

TITLUL I

ASPECTE INTRODUCTIVE PRIVIND CONTRACTUL DE SOCIETATE

Capitolul I. Contractul de societate – izvorul juridic al societății

Secțiunea I. Noțiuni preliminare

Încă de la începutul studiului nostru putem remarca diferența de exprimare a legiuitorului Codului civil în vigoare^[1] față de cea folosită de legiuitorul precedentului Cod civil (Codul civil de la 1864).

Actualul art. 1881 alin. (1) C. civ. preferă să definească „contractul de societate” ca acord de voințe creator al societății, și nu societatea prin prisma actului său creator (așa cum făcea art. 1491 din Codul civil de la 1864). Astfel, art. 1881 alin. (1) prevede că „*Prin contractul de societate două sau mai multe persoane se obligă reciproc să coopereze pentru desfășurarea unei activități și să contribuie la aceasta prin aporturi (...), cu scopul de a împărți beneficiile sau de a se folosi de economia ce ar putea rezulta*”, pe când art. 1491 stipula că „*Societatea este un contract prin care două sau mai multe persoane se învoiesc să pună ceva în comun, cu scop de a împărți foloasele ce ar putea deriva*” (subl. n.).

Noua formulă de exprimare a Codului civil în vigoare este laudabilă, întrucât, pe de o parte, subliniază imperativul unui acord de voințe la materializarea societății (cu excepția societății cu răspundere limitată cu asociat unic și a societății de fapt, nicio altă modalitate nefiind admisă pentru constituirea societății), iar, pe de altă parte, șterge conul de umbră care plana asupra en-

^[1] Codul civil a intrat în vigoare la data de 1 octombrie 2011 și a fost adoptat prin Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în M. Of. nr. 511 din 24 iulie 2009 și republicată în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011, modificată și completată prin Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în M. Of. nr. 409 din 10 iunie 2011.

tității colective născute din contractul de societate în vechea reglementare, punând societatea în lumina ei binemeritată.

Lăsând la o parte această modificare a obiectului definiției legale, noul Cod civil, ca și Codul civil de la 1864, reglementează societatea prin prisma originii sale eminamente contractuale.

Contractul de societate este un act juridic special, care depășește sfera clasică a noțiunii de contract ca acord de voință între două sau mai multe părți cu scopul de a produce efecte juridice, respectiv de a naște, a modifica sau a stinge un raport juridic (după cum definește art. 1166 C. civ. contractul în general)^[1]. Pe lângă raportul juridic obligațional pe care îl generează între părți (asociați), contractul de societate dă naștere și unei entități cu sau fără personalitate juridică. Entitatea colectivă rezultată din contractul de societate reprezintă o manifestare particulară a raporturilor juridice izvorâte din acest act juridic, fiind mijlocul juridic de realizare a scopului urmărit de către asociați prin încheierea lui, și anume realizarea și partajarea profitului rezultat.

Dacă societatea care se înființează prin contractul de societate are personalitate juridică, ea se constituie într-o entitate distinctă de persoana asociaților – părți contractante –, cu propria structură, propriul patrimoniu și propria voință juridică. Așa cum s-a afirmat în literatura juridică franceză, societatea care rezultă dintr-un contract de societate „se substituie fiecăruia dintre membrii care o compun și acționează în numele lor și pentru interesul

[1] D. *Alexandresco*, Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român, tomul V, Despre obligații, Tipografia Națională, Iași, 1898, p. 8; M. B. *Cantacuzino*, Elementele dreptului civil, Ed. All Educațional, București, 1998, p. 393; T. R. *Popescu*, Teoria generală a obligațiilor, Ed. Științifică, București, 1968, p. 21; I. *Dogaru*, Contractul. Considerații teoretice și practice, Ed. Scrisul Românesc, Craiova, 1983, p. 8-9; C. *Stătescu*, C. *Bîrsan*, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, Ed. All, București, 1998, p. 19; L. *Pop*, Tratat de drept civil. Obligațiile, vol. II, Contractul, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 155; P. *Vasilescu*, Relativitatea actului juridic. Repere pentru o nouă teorie generală a actului de drept privat, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 57 și urm.; C. *Macovei*, Contracte civile, Ed. Hamangiu, București, 2006, p. 1; Ph. *Malaurie*, L. *Aynès*, Ph. *Stoffel-Munck*, Drept civil. Obligațiile, Ed. Wolters Kluwer, București, 2010, p. 223 și urm.; I. *Adam*, Drept civil. Obligațiile. Contractul, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 1-6; I. *Turcu*, Vânzarea în Noul Cod civil, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 1 și urm.

Aceleași elemente sunt, în principal, surprinse și în definiția dată contractului de art. 1 alin. (1) al Proiectului de Cod european al contractelor – Code Européen des Contrats, Avant-projet, Académie des privatistes européens, Coordonateur Giuseppe Gandolfi, Livre premier, Milano-Dott, Ed. A. Giuffré, 2004.

lor”^[1]. În cazul în care societatea nu are personalitate juridică, ea reprezintă doar o entitate colectivă care nu are o existență juridică proprie și distinctă de persoana proprie a asociaților care o compun (deci nu constituie subiect de drept) și nu se poate aprecia că are un patrimoniu propriu, bunurile puse în comun de către asociați devenind coproprietatea acestora, și nu a societății în sine^[2].

Nu întotdeauna, însă, încheierea contractului este suficientă pentru constituirea societății, după cum încetarea contractului de societate nu duce automat și la încetarea societății.

Astfel, în cazul societăților fără personalitate juridică, acestea se constituie din chiar momentul încheierii contractului de societate^[3], pe când în situația societăților cu personalitate juridică, suplimentar trebuie îndeplinite și formalitățile de înregistrare sau, după caz, de înmatriculare și autorizare a funcționării societății și de publicitate privind constituirea societății în condițiile legilor speciale^[4].

Ba mai mult, în cazul anumitor societăți, contractul de societate nu este singurul act creator al societății, ci trebuie să fie însoțit de încheierea unui statut. Astfel, potrivit art. 5 alin. (1) din Legea nr. 31/1990^[5] – Legea societăților^[6] –, societatea pe acțiuni, societatea în comandită pe acțiuni, precum și societatea cu răspundere limitată se constituie prin contract de societate și statut. În aceste situații atât contractul de societate, cât și statutul societății sunt obligatorii. Ele se pot încheia și sub forma unui înscris unic denumit act constitutiv – art. 5 alin. (3) din Legea nr. 31/1990. De asemenea, obligativitatea însoțirii contractului

[1] K. Peglow, *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, L.G.D.J., Paris, 2003, p. 473.

[2] Gh. Piperea, în *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, volum colectiv, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1902.

[3] Contractul de societate prin care se constituie o societate fără personalitate juridică este supus înregistrării atât la forul colectiv superior (de exemplu, contractul de societate prin care se realizează o societate profesională de avocați trebuie încheiat în formă scrisă și înregistrat la Barou), precum și la bancă și la fisc, numai că înregistrarea are rol de opozabilitate față de terți sau se face în scopul dobândirii contului bancar sau atributului fiscal, dar nu condiționează constituirea societății.

[4] St. D. Cârpenaru, *Tratat de drept comercial român*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 159 și urm.

[5] Republicată în M. Of. nr. 1066 din 17 noiembrie 2004.

[6] Titulatura Legii nr. 31/1990 a fost modificată prin art. 18 pct. 1 din Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, publicată în M. Of. nr. 365 din 30 mai 2012. Inițial Legea nr. 31/1990 a purtat titulatura de „Legea privind societățile comerciale”.

de societate de un statut este prevăzută și de Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat^[1] și de Statutul profesiei de avocat^[2] în situația înființării societăților profesionale de avocați fără personalitate juridică sau cu personalitate juridică [art. 198 alin. (1) și art. 201 din Statut], precum și de alte legi speciale.

De asemenea, încetarea contractului de societate, în cazurile menționate de lege sau specificate în cuprinsul acestuia, nu duce la încetarea automată a societății, ci existența acesteia se va prelungi dincolo de acest moment, până la finalizarea operațiunilor de dizolvare și lichidare a înseși entității rezultate din contract.

În final, putem concluziona, afirmând că, în lumina noului Cod civil, contractul de societate reprezintă suma voințelor animate de intenția de a coopera prin punerea în comun a unui aport și de a împărți produsul acestei cooperări, fiind instrumentul generator al societății. Contractul de societate astfel cum este definit de art. 1881 alin. (1) C. civ. este, în egală măsură, fundamentul societăților fără personalitate juridică care, fiind lipsite de atributul personalității, nu sunt subiecte de drept distincte de persoana asociaților, cât și al societăților cu personalitate juridică care, dimpotrivă, fiind dotate cu personalitate juridică, se manifestă în raporturile juridice distinct de asociații care le compun, reprezentând, pe lângă un contract, și o persoană juridică.

Secțiunea a II-a. Natura juridică a actului creator al societății

Codul civil prevede prin art. 1881 alin. (1) că actul creator al societății este contractul de societate. Articolul 1881 alin. (1) constituie regula generală, fiind aplicabil tuturor formelor societate, atât celor cu personalitate juridică, cât și celor lipsite de personalitate juridică. Regula generală conținută de acest articol trebuie completată cu cea specială conținută de art. 5 alin. (1) din Legea 31/1990, care prevede că societatea în nume colectiv sau în comandită simplă se constituie prin contract de societate, iar societatea pe acțiuni, în comandită pe acțiuni sau cu răspundere limitată se constituie prin contract de societate și statut. Așa cum precizam anterior, în această ultimă situație sunt obligatorii

[1] Republicată în M. Of. nr. 98 din 7 februarie 2011.

[2] Publicat în M. Of. nr. 898 din 19 decembrie 2011.

ambele acte juridice (contract de societate și statut). Se impune să precizăm că și statutul societății este tot un contract, întrucât are la bază acordul de voințe al asociaților, trebuind să respecte toate condițiile generale de valabilitate cerute oricărui contract^[1].

Ca orice alt contract, și contractul de societate are la bază acordul de voințe dintre două sau mai multe persoane realizat cu scopul de a produce efecte juridice. Plecând de la această ipoteză, putem afirma că la baza oricărei societăți se găsește un acord de voință^[2]. Semnatarii contractului de societate poartă denumirea de fondatori.

Contractul de societate este însă mai mult decât un contract obișnuit, din mai multe puncte de vedere:

1. El poate fi atât rezultatul acordului de voințe al două părți (ca în cazul majorității contractelor), cât și rezultatul acordului de voințe al mai multor părți (cel puțin trei). Cu excepția societății cu răspundere limitată, legea nu prevede un număr maxim al asociaților; în anumite situații (de exemplu, în ipoteza societăților pe acțiuni constituite prin subscripție publică sau a societăților cotate la bursă) numărul asociaților putând să fie chiar foarte mare, fapt care generează anumite consecințe juridice deosebite.

2. El dă naștere unei entități cu sau fără personalitate juridică, care, pe lângă regulile aplicabile contractului care stă la baza sa, va fi cârmuită și de reguli proprii, unele stabilite de către părțile contractante în chiar cuprinsul contractului, altele prevăzute în mod imperativ de lege.

3. Regulile juridice stabilite prin conținutul contractului de societate sunt aplicabile unor situații juridice încă necunoscute la momentul încheierii lui, atât în raporturile dintre viitorii asociați, cât și în privința terților care vor contracta cu viitoarea societate^[3].

4. Raportul juridic obligațional care se naște din încheierea lui nu este unul comun. Astfel, dacă în cazul contractelor în general, raportul juridic obligațional care se naște între părți le așază pe acestea pe poziții antagoniste, fiecare fiind animată de un interes distinct, în cazul contractului de societate, părțile (asociații) sunt animate de un interes comun, de a desfășura împreună o anumită activitate prin punerea în comun a unui aport în scopul partajă-

[1] *St. D. Cărpănușu*, op. cit., p. 158.

[2] Regula nu este aplicabilă societăților de fapt, care reprezintă o situație creată în fapt între două sau mai multe persoane fără a se apela la vreo formă juridică, și nici societăților cu răspundere limitată cu un singur asociat, care se constituie prin voința unei singure persoane.

[3] *K. Peglow*, op. cit., p. 27.

rii profitului care ar putea rezulta. Părțile nu convin să-și datoreze reciproc o anumită conduită, ci doar se obligă reciproc să pună în comun ceva în vederea desfășurării unei activități comune și pentru partajarea profitului rezultat. De asemenea, obligația uneia dintre părți nu constituie cauza juridică a obligației celeilalte părți, ca în cazul celorlalte contracte, ci activitatea comună constituie cauza obligațiilor asumate individual de către părți.

Plecându-se de la această ultimă caracteristică a contractului de societate, în literatura juridică franceză s-a afirmat, cu privire la contractul de societate prin care se constituie o entitate cu personalitate juridică, că acesta „rămâne prin definiție legat de dreptul contractelor și de dreptul obligațiilor, dar, în același timp, prin combinația de «contract» și de «organizație», el se situează pe un alt teren, cel al organizației. ... Această organizație este cea care suscită în plan juridic un drept special al societăților care se abate parțial de la regimul dreptului obligațiilor”^[1].

În cazul societății lipsite de personalitate juridică, contractul de societate creează între asociați o comunitate de bunuri și de interese, asociații beneficiind de un mandat reciproc de a administra unul pentru altul în interesul societății, cu excepția cazului în care prin contract s-a desemnat un administrator.

În ceea ce privește natura civilă sau comercială a contractului de societate, în contextul Codului civil actual, care a optat pentru concepția monistă^[2] de reglementare a raporturilor de drept privat prin unificarea normelor de drept civil și de drept comercial în același corp legislativ, apreciem că nu mai sunt de actualitate discuțiile purtate anterior^[3] cu privire la stabilirea caracterului civil

^[1] K. Peglow, op. cit., p. 27.

^[2] Gh. Piperea, Concepția monistă a noului Cod civil: intenția și realitatea, în R.R.D.A. nr. 6/2011, p. 15. Potrivit autorului „se poate presupune că spiritul noii reglementări este acela de a refuza dualitatea sau pluralitatea în sistemul dreptului privat”. Pentru o opinie critică asupra concepției moniste adoptate de noul Cod civil și a neajunsurilor acesteia, a se vedea Gh. Buta, Noul Cod civil și unitatea dreptului privat, în M. Uliescu (coord.), Noul Cod civil. Comentarii, ed. a III-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 25 și urm.

^[3] St. D. Cărpenaru, Tratat de drept comercial român, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p.196; O. Căpățînă, Societățile comerciale, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 69-70; D.A. Popescu, Contractul de societate, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 29-30; M. Șt. Minea, Constituirea societăților comerciale, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 61; C. Gheorghe, Societăți comerciale. Voința asociaților și voința socială, Ed. All Beck, București, 2003, p. 33-37; M.C. Costin, Natura juridică a contractului de societate prin care se constituie o societate comercială, în R.D.C. nr. 3/1999, p. 78; G. Chițan, Natura juridică a contractului de societate comercială, în R.D.C. nr. 6/2005, p. 37.

sau comercial al contractului de societate. În contextul actual, ni se pare evident **caracterul civil al contractului de societate**, indiferent că acesta stă la baza constituirii unei societăți cu personalitate juridică sau a unei societăți fără personalitate juridică. Normele conținute în Codul civil în materia contractului de societate constituie **dreptul comun**, fiind aplicabile atât contractelor prin care se înființează o societate simplă, lipsită de personalitate juridică, dar și celor prin care se înființează o societate cu personalitate juridică, cu precizarea că, în această ultimă situație, se vor aplica cu prioritate dispozițiile legilor speciale care le reglementează.

În final, putem conchide susținând ideea potrivit căreia contractul de societate este un contract civil special supus atât regulilor generale aplicabile tuturor contractelor, cât și regulilor speciale reglementate în materia sa. Astfel, pe lângă elementele generale pe care trebuie să le conțină orice contract, contractul de societate trebuie să cuprindă și o serie de elemente specifice (precum punerea în comun a aportului, participarea la profit și la pierderi, *affectio societatis*) care îl disting în mod clar de celelalte contracte.

Secțiunea a III-a. Natura juridică a societății

Întemeindu-și existența pe un contract de societate, în logica cea mai simplă, putem afirma natura contractuală a societății, indiferent de tipul ei, cu sau fără personalitate juridică. Orice formă de societate (cu excepția societății de fapt și a societății cu răspundere limitată cu un singur asociat) are la bază acordul de voințe ale membrilor ei, exprimat cu intenția de a produce efecte juridice. Societatea (constituirea acesteia) nu este impusă nicio dată prin lege, ci crearea ei depinde numai de voința asociaților care o compun.

Voința părților contractante își pune amprenta atât asupra constituirii societății, cât și asupra organizării și funcționării ei. Prin voința lor, asociații convin cu privire la bunurile pe care le pun în comun, cu privire la activitatea pe care urmează să o realizeze în comun, cu privire la împărțirea profitului care ar putea rezulta. De asemenea, prin voința lor, asociații au dreptul să aleagă forma juridică a viitoarei societăți (cu sau fără personalitate juridică), tipul acesteia, precum și organizarea și funcționarea ei.

O analiză specială se impune a fi făcută în cazul societăților pe acțiuni constituite prin subscripție publică. În această situație contractul de societate se încheie între asociații care inițiază constituirea societății și care se numesc fondatori. Voința lor este cea care configurează viitoarea entitate juridică, cu toate elementele sale caracteristice: formă juridică, denumire, sediu, obiect de activitate, capital social, valoarea și tipul acțiunilor emise etc. De asemenea, fondatorii societății care se constituie în acest fel sunt cei care întocmesc și prospectul de emisiune^[1], care are valoarea unei oferte de a contracta făcută unor persoane nedeterminate, dar în cadrul unui anumit termen^[2]. Prin subscriere, persoanele nedeterminate cărora le este adresată oferta de a contracta ies din anonim și devin acționari în cadrul societății pe acțiuni. Semnând prospectul de emisiune și efectuând aportul lor la capitalul social, acestea își exprimă voința în sensul de a deveni membri în societate. În acest moment, oferta de a contracta adresată de către fondatori prin prospectul de emisiune se întâlnește cu acceptarea ofertei de către destinatarii ei prin semnarea prospectului, de unde rezultă că actul de subscriere are natura juridică a unui contract^[3]. Actul de subscriere este însă un act juridic de adeziune, subscriitorul având doar posibilitatea de a opta între a semna sau nu prospectul de emisiune, fără a-i putea modifica conținutul^[4]. După semnarea lui de către subscriitori, fondatorii nu mai pot schimba conținutul prospectului de emisiune.

^[1] E. Cârcei, Despre prospectul de emisiune și subscrierea acțiunilor, în Dreptul nr. 10-11/1995, p. 45 și urm.

^[2] C. Stătescu, C. Bîrsan, op. cit., p. 42.

^[3] I.L. Georgescu, Drept comercial român, vol. II, Societățile comerciale, Ed. Socec, București, 1946, p. 327; St. D. Cârpenaru, op. cit., 2012, p. 310. În literatura juridică s-a susținut și opinia potrivit căreia actul de subscriere are natura juridică a unei promisiuni bilaterale de a contracta – I. Schiau, T. Prescure, Legea societăților comerciale nr. 31/1990. Analize și comentarii pe articole, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 85. În literatura juridică franceză, actul de subscriere a primit numeroase calificări atât în literatura juridică, cât și în practica judiciară. Unii autori, precum și jurisprudența îl califică ca fiind un contract, iar alții autori, ca fiind un act unilateral. Opiniile nu sunt convergente nici în cadrul aceleiași teorii. În rândul autorilor care apreciază actul de subscriere ca fiind un contract, părerile sunt, la rândul lor, împărțite. Astfel, el este considerat a fi fie un contract încheiat între fondatori și subscriitori, fie un contract între societate și subscriitori, fie un contract între subscriitori. La rândul lor, susținătorii opiniei potrivit căreia actul de subscriere este un act unilateral se împart în două categorii: unii apreciază că acest act este un angajament unilateral, iar alții ca fiind un act unilateral colectiv – a se vedea K. Peglow, op. cit., p. 476-482.

^[4] O. Căpățînă, op. cit., p. 203; I. Adam, C.N. Savu, Legea societăților comerciale. Comentarii și explicații, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 88.

Prin urmare, voința asociaților este în toate cazurile necesară pentru constituirea societății.

În anumite situații, însă, voința asociaților nu este și suficientă pentru constituirea legală a societății, ci trebuie să fie secundară de îndeplinirea unor formalități ulterioare de înregistrare sau, după caz, de înmatriculare și autorizare a funcționării societății și de publicitate a constituirii societății. Este situația societăților cu personalitate juridică, formalitățile enumerate fiind necesare tocmai pentru dobândirea personalității juridice. În aceste cazuri, după momentul dobândirii de către societate a personalității juridice, rolul voinței asociaților se mai diminuează, societatea dobândind și un caracter instituțional^[1], având o organizare de sine stătătoare și propriile organe de conducere și de decizie. Voința asociaților se diminuează, dar nu se șterge în totalitate. Asociații păstrează pe mai departe dreptul de a decide asupra societății, cu respectarea prevederilor legale și în condițiile stipulate în contractul de societate. Astfel, asociații au dreptul, prin voința lor, să modifice contractul de societate și statutul sau pot decide dizolvarea societății, atunci când interesele lor o dictează.

Natura juridică a societăților fără personalitate juridică este, fără îndoială, una contractuală, acestea rezultând exclusiv din contractul de societate.

În schimb, în legătură cu natura juridică a societății cu personalitate juridică, și, în special, a societăților reglementate de Legea nr. 31/1990, în literatura juridică au fost emise mai multe teorii^[2].

Plecându-se de la teoria autonomiei de voință și păstrând tradiția romană în privința societății, a fost declarată și susținută teoria contractualistă, care permitea recunoașterea unei largi posibilități de constituire a acestor societăți și de adaptare a lor la nevoile dinamice ale comerțului. Potrivit acestei concepții, societatea este un contract ca orice alt contract și, prin urmare, trebuie să îndeplinească toate condițiile de valabilitate ale oricărui contract, iar funcționarea ei se poate explica prin aplicarea regulilor dreptului contractelor (de exemplu, mandatul dat administratorilor pentru administrarea societății)^[3].

[1] *St. D. Cărpănar*, op. cit., 2012, p. 123.

[2] *Idem*, p. 122-123; *I.I. Bălan*, Natura juridică a societății comerciale, în *Dreptul nr. 11/2000*, p. 35-43.

[3] *Ph. Merle*, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 16^{ème} éd., Ed. Dalloz, Paris, 2013, p. 42.

Această teorie a fost consacrată și de art. 1491 C. civ. de la 1864 și se pare că este menținută și de actualul art. 1881 alin. (1) C. civ. Teoria contractuală admite o singură excepție în cazul societăților comerciale cu răspundere limitată având un singur asociat.

Teoria contractuală a fost criticată pe motiv că acordă o importanță primordială voinței asociaților, lăsând în plan secund entitatea juridică ce se formează și care este dotată cu propria voință și este ghidată de propriul interes. O altă critică adusă acestei teorii constă în aceea că societatea nu accede în circuitul juridic decât prin îndeplinirea unei formalități legale, respectiv înmatricularea în registrul special, și nu prin voința unică și suverană a asociaților^[1].

Astfel, a fost formulată teoria instituțională, care a negat caracterul contractual al actului prin care se constituie societatea. În această concepție, societatea se aseamănă cu o instituție și reprezintă o reuniune de persoane organizate în mod stabil pe baza unor interese comune, interesul individual al asociaților fiind însă subordonat interesului social. Potrivit acestei teorii, drepturile asociaților nu sunt definitiv determinate prin contractul de societate, ci pot să fie modificate prin decizia majorității în numele interesului social, iar administratorii nu sunt mandatar, ci sunt organe alese pentru a aduce la îndeplinire voința societății^[2].

Această teorie a fost criticată ca fiind imprecisă. Ea a apărut din nevoia de a justifica intervențiile destul de numeroase ale legiuitorului, cu scopul de a supraveghea acțiunea societăților comerciale în activitatea economică.

În fine, a fost emisă și o a treia teorie, a actului colectiv, ai cărei susținători au negat caracterul de contract al actului juridic care stă la baza constituirii societății, afirmând că acesta este un act complex sau colectiv, care excede dreptului civil. Principalul argument avut în vedere în susținerea acestei teorii constă în faptul că interesele asociaților nu sunt divergente, cum se întâmplă în cazul contractelor, ci aceștia sunt animați de același scop, și anume să desfășoare în comun o anumită activitate și să împartă profitul.

Teoria instituțională și cea a actului colectiv nu au putut aduce suficiente argumente pentru negarea caracterului contractual al societății. Este adevărat că societățile cu personalitate juridică

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 43.

[2] *Ibidem*.

reglementate de Legea nr. 31/1990 nu se reduc numai la contract, ci constituie și o persoană juridică sau, înainte de toate, o persoană juridică organizată după reguli bine determinate legislativ, însă originea acesteia se întemeiază incontestabil pe acordul de voințe al asociaților părți contractante. Odată înființate, aceste societăți devin un subiect de drept, având propria voință și propriul destin juridic.

În literatura juridică s-a afirmat că societățile reglementate de Legea nr. 31/1990 prezintă „o dublă natură juridică, îmbinând în mod indisolubil atât o latură volițională (a asociaților), cât și o latură instituțională (ca efect al legii)”^[1], „în interiorul ei coexistând atât reguli de tip contractual, cât și reguli de tip instituțional”^[2].

În ceea ce ne privește, conchidem susținând caracterul prioritar contractual al societății, indiferent de forma juridică de manifestare a acesteia, cu sau fără personalitate juridică (bineînțeles, cu excepțiile enumerate mai sus).

Atât societatea cu personalitate juridică, cât și cea lipsită de personalitate juridică reprezintă profesioniști în înțelesul dat acestei noțiuni de art. 3 C. civ. Astfel, potrivit alin. (2) al art. 3, „Sunt considerați profesioniști toți cei care exploatează o întreprindere”, iar conform alin. (3), „Constituie exploatarea unei întreprinderi exercitarea sistematică, de către una sau mai multe persoane, a unei activități organizate ce constă în producerea, administrarea ori înstrăinarea de bunuri sau în prestarea de servicii, indiferent dacă are sau nu un scop lucrativ”. De asemenea, art. 8 alin. (1) din Legea nr. 71/2011 precizează că noțiunea de „profesionist” prevăzută de art. 3 C. civ. include „categoriile de comerciant, întreprinzător, operator economic, precum și orice alte persoane autorizate să desfășoare activități economice sau profesionale, astfel cum aceste noțiuni sunt prevăzute de lege, la data intrării în vigoare a Codului civil”.

Secțiunea a IV-a. Libertatea contractuală din perspectiva dreptului de asociere

Oamenii „n-au alt mijloc de autoconservare decât să formeze, prin agregare, o sumă de forțe în stare să învingă orice rezistență și să le pună în mișcare în vederea unui singur scop, făcându-le

^[1] O. Căpățînă, op. cit., p. 60.

^[2] Ph. Merle, op. cit., p. 44.

să acționeze într-un deplin acord^[1]. Așa fiind, pentru a fi mai puternic și pentru a obține rezultatele scontate, atât în viața socială, politică, cât și în viața economică, este necesar ca individul să-și coordoneze activitatea cu a celorlalți semenii. Acesta este, deci, nevoit să se asocieze. Putem generaliza afirmând că scopul oricărei forme de asociere constă în punerea în comun a eforturilor pentru desfășurarea unor activități comune, în vederea realizării unor interese legitime comune.

În viața politică, științifică, socială sau culturală, asocierea poate îmbrăca forme multiple, fiecare având o tipologie și un regim juridic propriu. Astfel, asocierea se poate realiza în partide sau formațiuni politice, în sindicate, patronate sau alte forme și tipuri de organizații, ligi și uniuni, precum și în societăți cu sau fără personalitate juridică sau alte asociații cu sau fără caracter lucrativ^[2]. Dacă primele forme asociative enumerate reprezintă asociații de drept public, fără scop lucrativ, al căror fundament de constituire îl reprezintă exclusiv libertatea de asociere reglementată de art. 40 din Constituție ca drept fundamental al cetățeanului, secundele sunt asociații de drept privat și sunt rezultatul unor contracte de asociere întemeiate pe (sau și pe) libertatea de a contracta (art. 1169 C. civ.)^[3]. Atât în literatura juridică^[4], cât și în practica judiciară^[5] s-a afirmat că libertatea de asociere garantată de art. 40 din Constituție nu poate reprezenta temei pentru constituirea asociațiilor de drept privat, textul având în vedere doar asociațiile de drept public, care au o cu totul altă natură juridică și o altă finalitate.

Din punctul nostru de vedere, libertatea de asociere nu poate fi negată în cazul constituirii subiectelor colective de drept privat, numai că, de această dată, ea se manifestă ca o componentă a libertății contractuale. Contractul de societate fiind un contract prin care, alături de obligațiile pe care și le asumă părțile contractante, se naște și o entitate colectivă, libertatea contractuală nu poate fi rezumată doar la libertatea părților de a hotărî dacă

[1] J.J. Rousseau, *Contractul social*, traducere de H.H. Stahl, Ed. Antet, p. 15.

[2] I. Muraru, E.S. Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, vol. I, ed. a 13-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 185-186.

[3] „... libertatea contractuală..., în ciuda unei aparente identități terminologice, nu face parte din categoria drepturilor și libertăților fundamentale, în expresia lor constituțională” – C.C., Decizia nr. 356/2005, publicată în M. Of. nr. 825 din 13 septembrie 2005.

[4] I. Muraru, E.S. Tănăsescu, *op. cit.*, p. 185-186.

[5] C.C., Decizia nr. 169/2003, publicată în M. Of. nr. 350 din 22 mai 2003.

încheie sau nu contractul, ci include, în mod indisolubil, și libertatea lor de a decide dacă se asociază sau nu în vederea constituirii viitoarei entități.

Prin urmare, fundamentul juridic al constituirii societăților și singurul izvor^[1] al acestora îl constituie voința asociaților de a încheia contractul de societate, căreia i se circumscrie libertatea lor de a se asocia. Părțile sunt libere să decidă dacă se asociază sau nu prin încheierea contractului, asumându-și obligația de a pune în comun aportul lor pentru desfășurarea unei activități comune în scopul împărțirii foloaselor care ar putea rezulta. De asemenea, părțile sunt libere să stabilească conținutul contractului de societate, putând, prin voința lor, să deroge de la prevederile legale, acolo unde actul normativ aplicabil le permite acest lucru (de exemplu, prin voința lor, asociații pot să determine cota de participare la profit și pierderi, fără a ține seama de contribuția lor la formarea capitalului social, dar fără a institui o clauză leonină, considerată de lege ca fiind nescrisă)^[2].

Libertatea lor contractuală nu trebuie însă absolutizată, ci trebuie circumscriasă limitelor impuse de lege, de ordinea publică și de bunele moravuri (art. 1169 C. civ.). În același sens s-a statuat și în practica Curții Constituționale care a decis că „libertatea contractuală poate fi valorificată numai în cadrul legal, cu respectarea unor limite rezonabile impuse de rațiuni de ocrotire a unor interese publice și private legitime; exercitată în afara acestui cadru, fără opreliști, orice libertate își pierde legitimitatea și tinde să se convertească în anarhie”^[3].

Așa fiind, voința asociaților la încheierea contractului de societate nu este suverană, ci suportă o serie de limitări legale. Una dintre cele mai importante limitări impuse asociaților privește tipul de societate. Potrivit art. 1888 C. civ., societățile pot fi: simple, în participație, în nume colectiv, în comandită simplă, cu răspundere limitată, pe acțiuni, în comandită pe acțiuni, cooperative sau alt tip de societate anume reglementat de lege. Rezultă din această dispoziție legală că asociații au dreptul și libertatea de a alege doar dintre formele de societate prefigurate de

^[1] *D. Ciobanu*, Inadmisibilitatea obligării prin ordonanță prezidențială a unei persoane fizice sau juridice de a se asocia cu alte persoane fizice sau juridice, în *Dreptul nr. 2/1992*, p. 40.

^[2] *D.M. Șandru*, Pactele societare. Clauze, pacte, înțelegeri între asociații societăților comerciale în reglementarea noului Cod civil, ed. a II-a, revizuită și adăugită, Ed. Universitară, București, 2012, p. 37.

^[3] C.C., Decizia nr. 356/2005, publicată în *M. Of. nr. 825 din 13 septembrie 2005*.

lege, ei nu au posibilitatea de a „crea” o formă proprie de societate și nici de a obține o formă de societate din însumarea sau combinarea regulilor prevăzute de lege pentru formele de societate existente^[1]. Odată aleasă forma de societate, asociații sunt ținuti să respecte dispozițiile legale care reglementează acea formă de societate, atât în ceea ce privește constituirea ei, cât și în privința organizării și funcționării ei. În acest sens dispune și art. 192 C. civ., potrivit căruia „Persoanele juridice legal înființate se supun dispozițiilor aplicabile categoriei din care fac parte, precum și celor cuprinse în prezentul cod, dacă prin lege nu se prevede altfel” (subl. n.). La fel, conform art. 1889 alin. (2) C. civ., „Dacă, potrivit voinței asociaților, societatea urmează să aibă personalitate juridică, indiferent de obiectul de activitate, ea poate fi constituită numai în forma și condițiile prevăzute de legea specială care îi conferă personalitate juridică” (subl. n.).

Însă, în cadrul formei de societate alese și cu respectarea regulilor prevăzute de lege pentru aceasta, voința asociaților se poate exprima liber, asociații putând crea un număr nelimitat de societăți de tipuri diferite (dintre cele impuse de lege)^[2]. Această concluzie se desprinde din prevederile art. 1 alin. (1) din Legea nr. 31/1990, în forma recent modificată, potrivit căreia „În vederea desfășurării de activități cu scop lucrativ, persoanele fizice și persoanele juridice se pot asocia și pot constitui societăți cu personalitate juridică, cu respectarea dispozițiilor prezentei legi”.

În anumite situații excepționale, intervine însuși legiuitorul și impune asociaților forma de societate pe care le este permis să o constituie. Astfel, art. 11 din Legea nr. 32/2000 privind activitatea de asigurare^[3] prevede că societățile comerciale din domeniul asigurărilor se constituie numai sub forma societăților pe acțiuni. În același sens dispune și art. 287 din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului^[4] („Băncile, persoane juridice române, se constituie sub formă juridică de so-

^[1] În literatura juridică s-a susținut opinia potrivit căreia nu este posibilă crearea „societății nenumite” – St. D. Cărpenu, op. cit., 2012, p. 141. La polul opus, s-a susținut și că principiul libertății de asociere ar permite constituirea și a unei alte forme de societate decât cele enumerate de lege – S. Niculaescu, M. Danil, Contractul de societate, în Dreptul nr. 5-6/1994, p. 34.

^[2] C. Gheorghe, Societăți comerciale, op. cit., p. 39.

^[3] Publicată în M. Of. nr. 148 din 10 aprilie 2000.

^[4] Publicată în M. Of. nr. 1027 din 27 decembrie 2006, modificată prin O.G. nr. 1/2012 pentru modificarea și completarea unor acte normative în domeniul instituțiilor de credit, publicată în M. Of. nr. 41 din 18 ianuarie 2012.

cietate pe acțiuni...”). În astfel de cazuri, libertatea contractuală se manifestă numai sub aspectul opțiunii între a constitui sau nu o societate având un asemenea obiect de activitate.

O altă limitare a voinței asociaților este prevăzută de art. 1882 alin. (2) C. civ., potrivit căruia „Orice societate trebuie să aibă un obiect determinat și licit, în acord cu ordinea publică și bunele moravuri”. În acord cu dispozițiile generale în materie contractuală, cauza contractului de societate trebuie să fie licită și morală [art. 1236 alin. (1) C. civ.], sub sancțiunea nulității absolute a contractului de societate [art. 1238 alin. (2) C. civ.].

De asemenea, libertatea contractuală a părților trebuie să fie manifestată în forma prevăzută de lege pentru valabilitatea contractului de societate [art. 1884 C. civ. și art. 5 alin. (6) din Legea nr. 31/1990].

Libertatea contractuală a asociaților trebuie coordonată și cu buna lor credință, manifestată atât la momentul încheierii contractului de societate, cât și în orice moment al executării sale.

În concluzie, în opinia noastră, libertatea contractuală este certă, fiind indiscutabil faptul că persoanele fizice sau juridice sunt libere să se asocieze și să încheie sau nu contractul de societate, să decidă asupra clauzelor esențiale ale acestuia și asupra configurației viitoarei entități care se naște, numai că este o libertate contractuală limitată, supusă atât rigorilor legii, cât și rigorilor moralei și ordinii publice. În acest sens a statuat și instanța supremă care, într-o decizie de speță, a afirmat libertatea contractuală limitată a părților la încheierea contractului de societate, dispunând: „Constituirea societăților comerciale, în condițiile Legii nr. 31/1990, este dominată de principiul libertății de asociere a persoanelor fizice și juridice. Limitările aduse libertății de asociere, prin dispozițiile imperative ale legii (...) sunt de strictă interpretare”^[1].

[1] C.S.J., dec. nr. 551/1994, în Dreptul nr. 4/1995, p. 73.