

REGIMUL JURIDIC AL DEȚINERII TEMPORARE DE PĂRȚI SOCIALE ȘI ACȚIUNI DE CĂTRE INSTITUȚIILE DE CREDIT

Avocat Bogdan Țene
Baroul Dolj

– Societatea de Avocați Săuleanu și Asociații S.P.A.R.L.

Dobândirea de participații la capitalul altor entități este una dintre activitățile ce pot fi desfășurate de instituțiile de credit, fiind prevăzută și la art. 18 lit. p) din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului printre activitățile permise.

Regulamentul nr. 26/2011 emis de B.N.R. și publicat în Monitorul Oficial nr. 855/05.12.2011 (denumit în cele ce urmează Regulamentul) reglementează deținerea temporară de acțiuni/părți sociale în cursul unei operațiuni de asistență sau restructurare financiară a unei entități din afara sectorului financiar, prevăzând în mod generic condițiile de dobândire cât și procedura de urmat.

1. Sfera de aplicare a Regulamentului cuprinde *entitățile din afara sectorului financiar*, respectiv orice entitate, alta decât o instituție de credit, o instituție financiară, o societate de asigurare, o societate de reasigurare sau o societate ce desfășoară activități care reprezintă o prelungire directă a activității bancare, cum ar fi leasing financiar, factoring, administrare de fonduri de investiții, sau care prestează servicii auxiliare activității bancare, cum ar fi servicii de procesare de date, sau alte activități similare.¹

Prin acțiuni și părți sociale deținute temporar în cursul unei operațiuni de asistență sau restructurare financiară a unei entități din afara sectorului financiar, Regulamentul înțelege acțiunile/părțile sociale dobândite de o instituție de credit sau de o entitate din aria de consolidare prudențială a acesteia, prin conversia totală sau parțială a creanțelor, pe care instituția de credit sau entitatea din aria de consolidare prudențială le înregistrează la momentul respectiv față de entitatea din afara sectorului financiar.²

2. Scopul, respectiv finalitatea procedurii vizate de Regulament ar fi, în opinia noastră :

- din perspectiva entității, acela de a crea un mijloc suplimentar pentru asistența și restructurarea societăților aflate în dificultate economică și financiară care a atins plafonul maxim de îndatorare;
- din perspectiva instituției de credit, unul referitor la gestiunea și administrarea riscului : acela de a crea pe de o parte posibilitatea exercitării unui control direct și eficient asupra activității entității asupra căreia deține deja creanțe; și de pe altă parte de a diminua riscul expunerii în cazul în care entitatea, în lipsa asistenței din partea instituției de credit, ar intra în insolvență/faliment.

3. a) Un prim aspect asupra ce necesită atenție este regimul juridic al traserii acțiunilor / părților sociale.

Din chiar titlul Regulamentului, aflăm că este vorba despre deținere temporară. De regulă, deținerea, ca instituție juridică civilă, este asimilată unei detenții, a unei posesii precare (de ex. art. 563 cod civil, definește acțiunea în revendicare ca acțiunea pe care proprietarul își revendică bunul ”de la posesor sau de la o altă persoană care îl deține fără drept”).

La art. 5 Regulamentul se vorbește despre *dobândirea și deținerea de părți sociale și acțiuni*.

Tot în cuprinsul prezentului articol se prevede că dobândirea, deținerea și înstrăinarea părților sociale se face cu respectarea prevederilor Legii nr. 31/1990 – legea societăților comerciale (LSC).

¹ Art. 2 alin. 3 din Regulamentul BNR nr. 26/2011.

² Art. 3 din Regulamentul BNR nr. 26/2011.

LSC reglementează modalitatea de transmitere a acțiunilor (art. 98, art. 99 și art. 103)³ și a părților sociale în cazul SRL-urilor (art. 202 și art. 203) ca fiind o cesiune/vânzare, în care părți sunt acționarii/asociații și alți acționari/asociați sau terțe persoane.

Pe de altă parte, Regulamentul prevede la art. 3 sus-citat că acțiunile/părțile sociale se dobândesc de instituția de credit prin conversia totală sau parțială a creanțelor pe care aceasta e înregistrează față de entitate.

LSC reglementează conversia creanțelor împotriva societății nu ca modalitate de transmitere a părților sociale, ci la capitolul privind majorarea capitalului social la societățile pe acțiuni (art. 210⁴ LSC) și cu răspundere limitată (art. 221 LSC ce trimite la art. 210).

Din cele de mai sus, rezultă că dobândirea părților sociale/acțiunilor de către instituția de credit este un mod *sui generis* de transmitere a părților sociale.

3.b) Tot din perspectiva transmiterii părților sociale/acțiunilor, se poate pune problema procedurii și formalităților de îndeplinit în vederea transmiterii acestora.

LSC reglementează reguli specifice de transmitere a părților sociale/acțiunilor, inclusiv cu privire la formalitățile de publicitate.

La societățile cu răspundere limitată, părțile sociale se transmit liber între asociați, și pot fi cesionate către terți cu votul favorabil al asociaților reprezentând cel puțin trei părți din capitalul social, transmiterea trebuind publicată în registrul comerțului. Ca și formalitate obligatorie, cesiunea trebuie menționată în cuprinsul unei hotărâri AGA, act adițional la actul constitutiv urmată de rescrierea actului constitutiv – toate înregistrându-se la registrul comerțului conform prevederilor Legii nr. 26/1990 (art. 202 și urm. LSC).

În cazul societăților pe acțiuni, dreptul de proprietate asupra acțiunilor nominative se transmite prin declarație făcută, pentru opozabilitate, în registrul acționarilor subscrisă de cedent și de cesionar (art. 98 LSC). Dreptul de proprietate asupra acțiunilor la purtător se transmite prin simpla tradițiune a acestora (art. 99 LSC). Nici într-un caz, nu este necesară rescrierea actului constitutiv sau menționarea în registrul comerțului.

În lipsa unei reglementări exprese de către Regulament, se pune întrebarea firească dacă în cazul dobândirii de către instituțiile de credit a acțiunilor / părților sociale este necesară îndeplinirea formalităților prevăzute de LSC. Din punctul de vedere al Legii nr. 31/1990, în opinia noastră este necesară parcurgerea formalităților, cel puțin în cazul societăților pe acțiuni cu acțiuni nominative, dar mai ales în cazul societăților cu răspundere limitată, nu atât ca și condiție de validitate a transmiterii dreptului, cât pentru realizarea publicității, respectiv a opozabilității modificărilor în structura capitalului social a entității vizate. Cu atât mai mult cu cât Regulamentul prevede, la art. 5 alin. 2, generic, condiția respectării prevederilor legislației societăților comerciale.

Pe de altă parte, din punctul de vedere al entității, din cele de mai sus reiese că este necesar acordul asociaților/acționarilor pentru transmiterea dreptului asupra părților sociale/acțiunilor.

4. Referindu-ne la scopul și finalitatea transmiterii părților sociale/acțiunilor conform Regulamentului, ne-am referit la controlul ce trebuie exercitat de instituția de credit asupra entității în vederea unei bune gestionări a activității de afaceri și pentru diminuarea riscului.

Din punct de vedere juridic, respectiv al LSC, în opinia noastră un astfel de control eficient nu se poate exercita doar prin dobândirea părților sociale/acțiunilor de către instituția de credit și,

³ Despre transmiterea acțiunilor, v. Lucian Săuleanu, *Societăți comerciale. Studii*, Ed. Universul Juristic, Buc., 2012, p. 193

⁴ Art. 210 (1) Capitalul social se poate mări prin emisiunea de acțiuni noi sau prin majorarea valorii nominale a acțiunilor existente în schimbul unor noi aporturi în numerar și/sau în natură. (2) De asemenea, acțiunile noi sunt liberate prin încorporarea rezervelor, cu excepția rezervelor legale, precum și a beneficiilor sau a primelor de emisiune, ori prin compensarea unor creanțe lichide și exigibile asupra societății cu acțiuni ale acesteia.

implicit, prin dobândirea calității de asociat/acționar al entității, fiind necesară în plus și implicarea directă și nemijlocită în activitatea de administrare a societății. În concret, pe lângă prerogativele conferite de calitatea de asociat/acționar (prerogativele AGA în cazul societăților pe acțiuni sunt reglementate de art. 111, art. 113, iar în cazul societăților cu răspundere limitată de art. 194 LSC), instituția de credit ar trebui să numească și administrator care, pe lângă calitatea de reprezentant al societății în relațiile cu terții, are și atribuțiile conferite de lege (atribuțiile consiliului de administrație, art. 142 LSC). Discuția s-ar face mai amplă în cazul societăților guvernate printr-un sistem dualist (directorat și consiliu de supraveghere).

5. În privința efectelor juridice ale dobândirii părților sociale/acțiunilor, putem observa următoarele aspecte.

a) Dobândirea calității de asociat/acționar ar trebui să confere instituției de credit toate drepturile și prerogativele pe care LSC și, eventual, actul constitutiv al entității, le recunosc acestora, între care dreptul la vot în adunările generale. Un alt drept recunoscut ar fi dreptul la dividende (art. 67 LSC) care se plătesc în termenul stabilit de adunarea generală a asociaților sau, după caz, stabilit prin legile speciale, dar nu mai târziu de 6 luni de la data aprobării situației financiare anuale aferente exercițiului financiar încheiat. Reiese că, cel puțin teoretic, instituția de credit ar fi îndreptățită pe durata celor 36 de luni la distribuirea de dividend, practic însă, fiind vorba despre o entitate în restructurare, este greu de crezut că activitatea societății va genera profitul necesar stabilirii și plății de dividende.

b) Un alt efect este cel referitor la răspundere.

În primul rând, este răspunderea asociaților / acționarilor pentru obligațiile societății, astfel cum este reglementată de LSC⁵.

În al doilea rând, este răspunderea organelor de conducere, reglementată de LSC care prevede condițiile răspunderii administratorilor față de societate și față de terți.

O reglementare specială a răspunderii organelor de conducere se regăsește în Legea nr. 85/2006, care la art. 138 instituie excepții de la limitele răspunderii prevăzute de art. 3 din LSC, extinzând-o la întreg patrimoniul acestor persoane. De aici reiese un risc suplimentar ce trebuie avut în vedere la analiza oportunității implementării unei astfel de proceduri de asistență și restructurare.

6. La expirarea termenului maxim de deținere a părților sociale, respectiv 36 luni conform art. 9 din Regulament (ce nu poate fi prelungit decât o singură dată, pentru motive temeinice), este necesară parcurgerea unei operațiuni inverse pentru înstrăinarea părților sociale/acțiunilor.

Dacă în cazul primei operațiuni a dobândire de către instituția de credit, Regulamentul prevede la art. 5 alin. 1 lit. d) că instituția de credit trebuie să elaboreze o metodologie adecvată pentru evaluarea acțiunilor la cea mai mică valoare atribuibilă⁶, Regulamentul nu prevede modalitatea de stabilire a valorii părților sociale/acțiunilor la retransmitere. Însă, în opinia noastră, tot instituția de credit este cea care trebuie să elaboreze o metodologie de evaluare care, chiar dacă Regulamentul nu prevede, în egală măsură trebuie să fie notificată BNR.

Ce se întâmplă cu creanțele pe care instituția de credit le deținea asupra entității și care au fost convertite în părți sociale/acțiuni.

⁵ Art. 3 (1) Obligațiile sociale sunt garantate cu patrimoniul social. (2) Asociații în societatea în nume colectiv și asociații comanditați în societatea în comandită simplă sau în comandită pe acțiuni răspund nelimitat și solidar pentru obligațiile sociale. Creditorii societății se vor îndrepta mai întâi împotriva acesteia pentru obligațiile ei și, numai dacă societatea nu le plătește în termen de cel mult 15 zile de la data punerii în întârziere, se vor putea îndrepta împotriva acestor asociați. (3) Acționarii, asociații comanditari, precum și asociații în societatea cu răspundere limitată răspund numai până la concurența capitalului social subscris.

⁶ Ce trebuie notificată Direcției de Supraveghere din cadrul BNR, conform art. 7 din Regulament

Indiferent dacă asistența și restructurarea și-au atins scopul propus, având în vedere că creanțele au fost convertite, și, din punct de vedere juridic și contabil-fiscal, acestea nu mai sunt înregistrate în evidențele financiar-contabile ale entității, soluția, în opinia noastră, ar fi să se urmeze operațiunea inversă a transformării părților sociale/acțiunilor care va duce la renașterea dreptului de creanță al instituției de credit împotriva entității.

Și în acest caz trebuie reluată procedura pentru asigurarea opozabilității modificărilor în structura capitalului social, pentru revenirea la situația anterioară.

Pe cale de consecință, în urma retransmiterii, ar trebuie reajustată valoarea fondurilor proprii de nivel 1 ale instituției de credit, care a fost diminuată cu valoarea deținerilor temporare.

De aici se poate observa o consecință directă asupra instituției de credit a acestor operațiuni: dacă la dobândirea părților sociale/acțiunilor instituția de credit poate lua o decizie justificată și documentată cu privire la valoare deținerilor care influențează fondurile proprii, pe parcursul procedurii de restructurare a entității, acestea pot fluctua, astfel încât la finalul acestei proceduri, fondurile proprii ale instituției de credit pot crește sau scade, funcție de evoluția restructurării.

7. În loc de concluzie, s-ar impune discutarea unor chestiuni de tehnică juridică.

Justificarea edictării Regulamentului din preambulul acestuia se face cu trimitere la dispozițiile art. 124⁷ și art. 145⁸ din O.U.G. nr. 99/2006 astfel : *Având în vedere dispozițiile art. 124 și 145 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului ... Banca Națională a României emite prezentul regulament:*

În cuprinsul Regulamentului, se face trimitere la art. 1, la art. 5, art. 7 și art. 10 la prevederile art. 145 din O.U.G. nr. 99/2006.

Prin O.U.G. nr. 113/2013 privind unele măsuri bugetare și pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 99/2006, prevederile art. 124, art. 143 și art. 145 din O.U.G. nr. 113/2013, publicat în Monitorul Oficial nr. 830/2013 au fost abrogate, fără ca în mod explicit Regulamentul să fie abrogate.

Se pune deci întrebarea în ce măsură mai sunt aplicabile prevederile Regulamentului și dacă nu a intervenit o abrogare tacită a acestuia în modalitatea arătată mai sus.

⁷ Art. 124 prevedea: Elementele care intră în calculul fondurilor proprii, condițiile și limitele în care acestea pot fi luate în considerare și situațiile în care pot fi depășite aceste limite, elementele care se deduc la calculul fondurilor proprii și orice alte cerințe de determinare a acestora, sunt stabilite prin reglementările emise în aplicarea prezentei ordonanțe de urgență, atât la nivel individual, cât și la nivel consolidat. Abrogat de Ordonanță de urgență nr. 113/2013 - privind unele măsuri bugetare și pentru modificarea și completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului din 18 decembrie 2013, M. Of. 830/2013

⁸ Art. 145 prevedea: Deținerile temporare de acțiuni în cursul unei operațiuni de asistență sau restructurare financiară ori în cursul normal al unei operațiuni de subscriere sau deținerile temporare de acțiuni în numele instituției de credit, persoană juridică română, dar pe contul altor persoane, nu se consideră participatii calificate și nu sunt luate în calculul limitelor prevăzute la art. 143 alin. (1) și (2). De asemenea, investițiile în acțiuni care nu întrunesc caracteristicile unei imobilizări financiare nu sunt incluse în acest calcul. - Abrogat de Ordonanță de urgență nr. 113/2013 - privind unele măsuri bugetare și pentru modificarea și completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului din 18 decembrie 2013, M. Of. 830/2013