

Articol de fond: „Opțiunile asociaților – valoare adăugată a unei achiziții de business sau doar teorie?”

de Carmen Duțescu, Managing Associate Voicu & Filipescu

Pe o piață activă a fuziunilor și achizițiilor, așa cum a fost cea din România în ultimii ani, investitorii au căutat întotdeauna structuri de tranzacții avantajoase, inovative și “nonconformiste”, cu scopul de a transpune cât mai fidel schema intenționată de investiții pe termen mediu sau lung.

O dată cu deschiderea pieței și infuzia de capital străin în economia locală, au fost importate nu doar servicii, produse sau modele de business dar și concepte și structuri juridice noi care să reflecte progresul pieței pe care o reglementau. Sistemul de drept anglo-saxon și practica activității de afaceri atașată acestuia a fost sursa principală de influență pentru sistemul de drept român, așa cum probabil a inspirat și alte sisteme de drept din Europa Centrală și de Sud-Est, aflate în stadiul unei economii de piață emergente.

Modificări legislative publicate în luna august 2018

Practica Voicu & Filipescu acoperă toate domeniile de expertiză relevante pentru compania dumneavoastră. În această ediție vă sunt prezentate câteva modificări legislative recente în următoarele domenii:

- Societăți comerciale
- Dreptul muncii
- Litigii și arbitraje

+ VF News

Chambers and Partners Europe recomandă Voicu & Filipescu pentru activitatea avocaților săi în 2 arii de practică: fuziuni și achiziții, și societăți comerciale.

IFLR 1000 recomandă Voicu & Filipescu pentru activitatea avocaților săi în 2 arii de practică: fuziuni și achiziții, și financiar-bancar.

Legal500 EMEA ediția 2018

recomandă Voicu & Filipescu pentru activitatea avocaților săi în 7 arii de practică: drept comercial, societăți comerciale și fuziuni și achiziții, dreptul muncii, energie și resurse naturale, PPP și achiziții publice, imobiliare și construcții, restructurare și insolvență. Mugur Filipescu, Marta Popa, Roxana Negutu, Raluca Mihai și Mariana Popa sunt de asemenea recomandați de ghidul de prestigiu pentru activitatea lor.

articol de fond

Opțiunile asociațiilor – valoare adăugată a unei achiziții de business sau doar teorie?

de Carmen Duțescu, Managing Associate Voicu & Filipescu

Pe o piață activă a fuziunilor și achizițiilor, așa cum a fost cea din România în ultimii ani, investitorii au căutat întotdeauna structuri de tranzacții avantajoase, inovative și “nonconformiste”, cu scopul de a transpune cât mai fidel schema intenționată de investiții pe termen mediu sau lung.

O dată cu deschiderea pieței și infuzia de capital străin în economia locală, au fost importate nu doar servicii, produse sau modele de business dar și concepte și structuri juridice noi care să reflecte progresul pieței pe care o reglementau. Sistemul de drept anglo-saxon și practica activității de afaceri atașată acestuia a fost sursa principală de influență pentru sistemul de drept român, așa cum probabil a inspirat și alte sisteme de drept din Europa Centrală și de Sud-Est, aflate în stadiul unei economii de piață emergente.

O parte esențială a unei tranzacții de fuziuni sau achiziții, și, în mod special, în contextul stabilirii unui joint venture, este negocierea pactelor dintre asociați, incluzând așa-numitele opțiuni ale asociațiilor. În sistemul de drept anglo-saxon, opțiunile pe care și le rezervă asociații sunt diverse: opțiunea de cumpărare a acțiunilor celorlalți asociați (*call option*), opțiunea de vânzare a acțiunilor către ceilalți asociați ai societății (*put option*), opțiunea de a vinde împreună cu ceilalți asociați (*tag along option*) sau de a solicita vânzarea acțiunilor la pachet a celorlalți asociați din societate (*drag along option*).

“Opțiunile” au fost introduse și în practica de afaceri de pe piața locală, fiind larg uzitate în tranzacții complexe, negociate între parteneri cu un anumit grad de sofisticare. Dincolo de terminologia împrumutată din dreptul anglo-saxon, “opțiunile” nu sunt altceva decât pacte societare, în sensul Codului Civil și al Legii 31/1990 a societăților comerciale.

Pactele societare sunt rezultatul compromisului de business, însă nu pot interveni în orice condiții, oricât de favorabile ar fi intereselor comerciale urmărite de părți, ci trebuie coordonate cu legislația aplicabilă și limitele impuse de aceasta. Nu există cerințe specifice de formă pentru validitatea unui pact societar. Fie că sunt stabilite prin documentele statutare, fie ca au baze extra-statutare, forma scrisă a pactului societar este suficientă pentru validitatea acestuia, bucurându-se de toate drepturile unei convenții legal încheiate.

În ceea ce privește fondul unui pact societar de tipul “opțiunilor”, în practica judiciară, deși săracă în materie, au fost exprimate opinii conform cărora acestora li se aplică prevederile art. 128 din Legea 31/1990 a societăților comerciale care reglementează interdicția cesiunii dreptului la vot și nulitatea convenției prin care acționarul se obligă să exercite dreptul de vot în conformitate cu instrucțiunile date sau propunerile formulate de societate sau de persoanele cu atribuții de reprezentare. Conform unei decizii mai vechi a Înaltei Curți de Casație și Justiție, este nulă clauza din contractul de vânzare-cumpărare de acțiuni încheiat cu AVAS, conform căreia în termen de un an societatea va beneficia de investiții într-un quantum determinat, deoarece prin această clauză se stabilește cu

anticipație un anume mod de a vota în adunarea generală. Interpretarea curții este cel puțin contestabilă, având în vedere că scopul reglementării amintite mai sus este acela de a proteja societatea de înțelegeri oculte ale asociaților, care i-ar putea afecta negativ funcționarea și activitatea, iar nu de a elimina și a sancționa orice strategie pe care asociații ar stabili-o în avans cu privire la activitatea de afaceri a societății.

Convențiile interzise prin legea societăților comerciale nu se referă la orice pacte între asociați, tacite sau exprese, care se pot încheia în virtutea libertății contractuale, ci doar la acelea care au ca obiect angajamentul de a vota într-un anume fel în dauna interesului prioritar al societății, pactele care prin obiectul și cauza lor aduc atingere libertății dreptului la vot, exercitabil în afara oricărei constrângeri.

Așa cum s-a spus, „convențiile de vot presupun restrângerea libertății de vot, dar aceasta se face prin exercitarea altei libertăți, respectiv a libertății contractuale”. De aceea, pactele între asociați ar trebui să fie analizate într-un context mult mai larg, luând în considerare situația specifică a fiecărei societăți, structura acționariatului și modelul de business al acesteia, contextul pieței pe care acționează, etc. Altfel sus, normele de drept și modul de interpretare și aplicare a acestora ar trebui să țină pasul cu realitatea activității de afaceri, aflate într-o continuă dinamică.

Ulterior scrutinului de validitate, cât de eficiente sunt efectele unui pact societar, de regulă atent negociat și reglementat de părți, dacă partea obligată refuză executarea acestuia? Este un aspect esențial care poate aduce plus valorii unei tranzacții sau, din contră, poate conferi pactelor celor mai sofisticate o simplă valoare teoretică.

Răspunsul trebuie căutat în dispozițiile codului civil privind executarea silită. În principal, obligațiile impuse părților prin pactele societare sunt obligații *de a face*. Obligația *de a face* se circumscrie spre exemplu obligațiilor asumate de un asociat privind promisiunea de vânzare sau de cumpărare a unor părți sociale sau acțiuni (ex., call option sau put option), obligației de a vota o majorare de capital social, de a vota în favoarea numirii unui administrator, de a vota contractarea unei finanțări, etc.

Conform **art. 1528 din Noul Cod Civil**, în cazul neexecutării unei obligații de a face, creditorul poate să execute el însuși ori să facă să fie executată obligația. Acest principiu general de executare silită are însă o limită importantă atunci când se intersectează cu dreptul societar: intangibilitatea dreptului la vot și, într-o oarecare măsură, interzicerea convențiilor asupra votului. Atunci când asociatul angajat printr-o convenție la vot s-a pronunțat în cadrul adunării generale contrar a ceea ce s-a angajat să facă, hotărârea respectivă a adunării generale rămâne valabilă, iar votul este considerat valabil exprimat indiferent de obligația asumată prin pactul societar care stipula contrariul.

În lumina art. 128 din Legea 31/1990 a societăților comerciale care interzice explicit cesiunea dreptului la vot, un vot exprimat în adunarea generală de către beneficiarul pactului societar, ca formă de executare silită a obligației de a face încălcate de către obligatul prin pactul societar, nu va fi niciodată validat. Totuși, ar fi de analizat pe viitor posibilitatea de a recunoaște validitatea unui mandat acordat *a priori* pentru exercitarea dreptului de vot într-o adunare generală viitoare având pe ordinea de zi operațiunea juridică obiect al pactului asociaților (spre exemplu, votul pentru vânzarea unor acțiuni în condițiile stabilite prin pactul dintre asociați, sau votul afirmativ pentru o majorare de capital social). Și aceasta cu atât mai mult cu cât societatea însăși (prin reprezentant legal și, eventual, în baza unei decizii a adunării generale a asociaților) poate fi inclusă ca parte semnatară a pactelor societare.

În materia executării silită a pactelor societare, jurisprudența franceză – care poate constitui o sursă de influență pentru jurisprudența instanțelor române – a fost mai flexibilă în a accepta executarea silită a anumitor pacte între asociați, cum ar fi dreptul de preempțiune sau stabilirea unei anumite componente a comitetului de supraveghere al unei societăți. Totuși, nici măcar în Franța, jurisprudența nu este constantă în acest sens.

În practică, pentru a impregna mai multă forță juridică și eficiență unui pact societar, părțile stabilesc plata de daune-interese (adesea sub forma unei clauze penale) pentru situația în care partea obligată refuză să își execute obligațiile angajate. În felul acesta se revine la modalitatea clasică de executare a obligației de a da o suma de bani, verificându-se în acest caz calitatea de titlu executoriu a pactului societar, împreună cu caracterul cert, lichid și exigibil al sumei de plătit. În ceea ce privește primul element de verificat, evident că forma autentică a unui pact societar ar fi de jutor. Totuși, în practică, rareori se apelează la formalitatea de autentificare a unui pact societar, cel mai uzitat fiind documentul sub semnătură privată. Aceasta cu atât mai mult cu cât deseori, părțile semnatare ale unui pact societar aleg să nu introducă în actele statutare ale societății (acte publice care asigură opozabilitatea înțelegerii lor față de terți) decât un sumar al acestor pacte, pastrând confidențialele detaliile înțelegerilor dintre ei. Dezavantajul practic corelativ este îngreunarea procedurii de executare silită.

În ceea ce privește caracterul cert, lichid și exigibil al daunelor-interese de achitat ca urmare a nerespectării unei înțelegeri între asociați, acestea depind în mare măsură de modul în care a fost redactată clauza relevantă. Stabilirea unor sume și repere clare privind plata acestora vor facilita recuperarea daunelor în cazul refuzului de executare voluntară.

Concluzionând asupra celor de mai sus, și astfel cum s-a afirmat deja în literatura de specialitate, slăbiciunea pactului societar este executarea lui. Va fi interesant de urmărit măsura în care jurisprudența va alinia modul de interpretare și de aplicare a normei de drept la realitatea activității de afaceri care, în mod ideal, ar trebui să permită posibilitatea executării în natură a unor asemenea pacte.

societăți comerciale - modificări legislative publicate în august 2018

La data de 1 august 2018 a fost publicată Decizia Curții constituționale a României nr. 382/31.05.2018 prin care au fost declarate neconstituționale prevederile din Legea nr. 31/1990 prin care deciziile consiliului de administrație privind majorarea capitalului social nu puteau fi atacate cu acțiune în anulare în instanță.

Curtea Constituțională a statuat, în esență, că art. 114 alin. (3) din Legea nr. 31/1990 se referă doar la atribuțiile delegate privind mutarea sediului, nu și la atribuția delegată referitoare la majorarea capitalului social, situație în care imposibilitatea concretă de sesizare a unei instanțe, în acest din urmă caz, de către persoana interesată, constituie o încălcare a dreptului acesteia de acces la justiție.

Curtea Constituțională a admis excepția de neconstituționalitate și a constatat că soluția legislativă cuprinsă în art. 114 alin. (3) din Legea societăților nr. 31/1990, care nu permite contestarea în justiție, pe calea acțiunii în anulare prevăzute de art. 132 din lege, a deciziilor consiliului de administrație, respectiv directoratului luate în exercitarea atribuției delegate de majorare a capitalului social, este neconstituțională.

Decizia Curții Constituționale a României nr. 382/31.05.2018 a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 668 din 01 august 2018 și este aplicabilă începând cu aceeași data.

dreptul muncii - modificări legislative publicate în august 2018

Hotărârea de Guvern nr. 584/2018 pentru modificarea Hotărârii Guvernului nr. 1.218/2006 privind stabilirea cerințelor minime de securitate și sănătate în muncă pentru asigurarea protecției lucrătorilor împotriva riscurilor legate de prezența agenților chimici a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 714 din data de 17 august 2018, intrând în vigoare în data de 21 august 2018.

Hotărârea nr. 584/2018 stabilește cerințe minime generale de securitate și sănătate în muncă cu privire la agenții chimici periculoși care sunt prezenți sau pot fi prezenți la locul de muncă, și stabilește că măsurile de protecție împotriva radiațiilor aplicabile agenților chimici vor fi în conformitate cu prevederile legislației naționale care transpun directivele adoptate în acord cu Tratatul de instituire a Comunității Europene a Energiei Atomice.

De asemenea, valorile-limită biologice obligatorii naționale se stabilesc pe baza unei evaluări științifice și a disponibilității tehnicilor de măsurare și vor reflecta factorii de utilitate cu scopul de a menține sănătatea lucrătorilor la locul de muncă. Aceste valori-limită, împreună cu studiile, evaluările științifice, datele științifice și tehnice relevante, precum și cu alte informații relevante despre supravegherea sănătății, vor fi comunicate Ministerului Muncii și Justiției Sociale.

Angajatorul va fi obligat să efectueze măsurările necesare ale agenților chimici care pot prezenta un risc pentru sănătatea lucrătorilor săi la locul de muncă, în mod regulat și ori de câte ori se produce vreo schimbare a condițiilor care pot afecta expunerea lucrătorilor la agenți chimici, în special cu privire la valorile-limită de expunere profesională, cu excepția cazului în care demonstrează prin alte mijloace de evaluare că au fost luate măsuri adecvate de prevenire și protecție.

litigii și arbitraje - modificări legislative publicate în august 2018

Legea nr. 231/2018 pentru modificarea și completarea Legii fondului funciar nr. 18/1991 a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 679 din 06 august 2018 și este aplicabilă începând cu 09 august 2018. Actul normativ modifică și completează după cum urmează Legea fondului funciar nr. 18/1991, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1 din 5 ianuarie 1998, cu modificările și completările ulterioare:

- (i) Se stabilește că în cazul în care suprafețele de terenuri aferente casei de locuit și anexelor gospodărești, precum și curtea și grădina din jurul acestora nu sunt evidențiate ca atare în actele de proprietate, în cartea funciară, în registrul agricol sau în alte documente funciare, la data intrării în cooperativa agricolă de producție, acestea pot fi dovedite orice mijloace de probă, inclusiv declarații autentice de martori. Se adaugă alin. (2¹) la art. 23, care prevede că în cazul înstrăinării construcțiilor, suprafețele de teren aferente prevăzute la alin. (2) al art. 23 sunt cele convenite de părți la data înstrăinării, dovedite prin orice mijloace de probă, inclusiv declarații autentice de martori;
- (ii) Prin adăugarea alin. (3) la art. 24 sunt arătate condițiile ce trebuie îndeplinite cumulativ pentru ca actualii deținători să își înscrie în proprietate terenurile situate în intravilanul localităților, aferente construcțiilor edificate de către fostele cooperative de producție, fostele asociații economice intercooperatiste și fostele cooperative de consum: a) sunt deținători de construcții de la data dobândirii și până la data solicitării înscrierii dreptului de proprietate; b) fac dovada că imobilul este înregistrat în registrul agricol și a plății impozitelor și taxelor în conformitate cu prevederile legale; c) pentru terenul aferent construcției nu a fost constituit sau reconstituit dreptul de proprietate și d) terenurile nu sunt în proprietatea publică sau privată a unităților administrativ-teritoriale;
- (iii) Prin introducerea alin. (1¹) la art. 27 se arată că în cazul în care la întocmirea proceselor-verbale de punere în posesie a persoanelor îndreptățite se constată că numele, prenumele sau inițiala acestor persoane au fost înscrise eronat în anexele validate prin hotărârea comisiei, față de numele și prenumele din actele de identitate prezentate, nu se modifică anexele validate anterior prin hotărâri de către comisie. Procesele-verbale de punere în posesie pentru eliberarea titlurilor de proprietate se vor completa cu numele și prenumele persoanelor conform actelor de identitate și vor fi însoțite în vederea emiterii titlurilor de proprietate de adeverințe semnate de către președintele comisiei locale și secretarul unității administrativ-teritoriale prin care se certifică faptul că persoanele înscrise în procesele-verbale de punere în posesie sunt identice cu persoanele înscrise în anexele validate anterior prin hotărâri de către comisie;
- (iv) Sunt evidențiate condițiile în care deținătorii sau moștenitorii acestora pot solicita comisiei județene emiterea titlului de proprietate pentru terenurile aferente locuinței, ce nu au fost cooperativizate: a) dacă solicitanții figurează în registrele agricole sau registrele cadastrale și în evidențele fiscale; b) dacă terenul este în proprietatea statului român și persoanele solicitante au calitatea de proprietari ai construcțiilor de pe terenurile

VOICU FILIPESCU

Attorneys at Law

News in Laws – Buletin Legislativ Lunar
Septembrie 2018

care fac obiectul prezentei legi; c) nu fac obiectul cererilor de reconstituire sau constituire a dreptului de proprietate de către alte persoane.

Persoanele fizice și juridice care îndeplinesc condițiile prevăzute de lege pot formula cereri în vederea constituirii și/sau reconstituirii dreptului de proprietate în termen de 120 de zile de la intrarea sa în vigoare. Cererile de reconstituire a dreptului de proprietate formulate în temeiul art. 23, 24 și 27 din Legea fondului funciar nr. 18/1991, republicată, cu modificările și completările ulterioare, aflate în curs de soluționare prin proceduri administrative ori judiciare, nu se supun prevederilor Legii nr. 231/2018.

Pentru mai multe detalii în legătură acest material, vă rugăm nu ezitați să ne contactați.

Voicu & Filipescu SCA
Strada General Ernest Broșteanu nr. 31
Sector 1, București, Cod 010527
Tel: +40 21 314-02-00
Fax: +40 21 314-02-90
E-mail: office@vf.ro
Website: www.vf.ro

