

TEORIILE MODERNISTE CU PRIVIRE LA CESIUNEA DE CONTROL A SOCIETĂȚILOR COMERCIALE

Author: Serghei VAHNOVAN*

***Abstract:** The modernist trend for approaching the notion of commercial company replaces the theory of the company-contract. The control cession of commercial companies is a commercial operation within which the modernist theory has specific and important effects, and this study presents an approach to this aspect.*

***Keywords:** Modernist Theories, Commercial Company, Company-Contract, Cession.*

***JEL Classification:** K 22*

În doctrina juridică franceză, au fost formulate mai multe teorii privind natura juridică a cesiunii de control, numite teorii moderniste.

Toate însă având însă un numitor comun - autonomia figurii juridice a cesiunii de control și prevalența scopului și efectelor asupra formei cesiunii de control.

Curentul „modernist”, pornește de la o nouă abordare asupra noțiunii de societate comercială; teoria societății-contract e abandonată în favoarea societății ca formă de organizare juridică a unei întreprinderi¹. Aceasta a atras și schimbarea viziunii asupra cesiunii de control, căreia începe să i se recunoască natura specifică, atât în raport cu simpla cesiune de titluri sociale, cât și cu cesiunea de fapt a unei întreprinderi.

Toate aceste teorii, se inspiră mai mult sau mai puțin, din considerentele Curții de Apel Rennes² în speța Cassegrain, decizie casată însă de Curtea de Casație franceză³.

În motivarea deciziei, magistrații Curții de Apel Rennes au pus bazele acestui curent doctrinar, încercând să afle „adevărata natură juridică a operațiunii”, cu consecință

* PhD. Candidate, Assistant, “Babeș Bolyai” University of Cluj-Napoca, Faculty of Law, Romania.

¹ J. Paillusseau, "Les fondements du droit moderne des sociétés ", Juris Classeur Périodique, ed. Générale, 1984, p. 13148.

² Curtea de Apel Rennes, dec. din 23 feb. 1968 în “Jurisclasseur Périodique – La Semaine Juridique, Ed. Générale”, anul 1969, p. 16122, comentată de J. Paillusseau și R. Contin.

³ Curtea de Casație, decizia din 21 ian. 1970 în Bull. IV Nr. 28, “Jurisclasseur Périodique – La Semaine Juridique, Ed. Générale”, 1970, p. 16541, comentată de B. Opetit și în R. T. Com. 1971, p. 738 comentată de R. Houin.

directă a anulării deciziilor care au permis realizarea sa. Magistrații din Rennes au statuat că cesiunea de control „are elemente care duc la modificarea radicală a operațiunii ce stă la baza sa formală”, transferul de participării sociale. Natura sa juridică adevărată s-ar ascunde în realitate în operațiuni „vecine”, care au aceeași finalitate economică.

Pentru Curtea de Apel Rennes, este vorba de un contract *sui generis*, neasimilabil unor contracte numite. Totuși Curtea refuză să urmeze raționamentele apelantului de a asimila această operațiune fuziunii, refuz criticat de unii doctrinari⁵ ca inconsecvență.

Asimilarea cesiunii de control cu fuziunea

Deși Curtea de Apel Rennes nu a mers atât de departe, încât să asimileze cesiunea de control cu fuziunea, o asemenea concluzie este consecința firească a argumentelor expuse în motivare. În motivarea refuzului său de a asimila total cele două instituții juridice, Curtea de Apel Rennes indică ca argument principal „personalitatea juridică menținută și existentă în continuare (*la momentul pronunțării – n.n.*) pentru a respinge calificarea ca fuziune, și mai ales, fuziune prin absorbție propusă și susținută (*de apelant – n.n.*)”⁶. De asemenea, Curtea de Apel Rennes a respins argumentarea apelantului că cesiunea de control ar reprezenta o simulare a fuziunii, deși datele speței predispuneau în acest sens. În speță, inițial s-a propusă o veritabilă fuziune, dar care s-a lovit de opoziția acționarului minoritar. Totuși, Curtea de Apel Rennes a notat că personalitatea juridică a societății cedate a continuat să existe, ceea ce nu ar fi cazul în ipoteza fuziunii. Mai mult de atât, confirmarea inexistenței fuziunii vine din faptul că societatea cedată a păstrat un patrimoniu distinct, angajați și organe de conducere proprii nu doar la un nivel formal, ci și la nivel operațional, continuând să desfășoare o activitate proprie, comparabilă cu perioada ante-preluare.

Această argumentare, lasă loc pentru o eventuală acțiune în simulație, în ipoteza în care ar avea loc un transfer cvasi-total de patrimoniu, angajați și o menținere doar artificială, formală a personalității juridice și a organelor de conducere. Deși nu a fost cazul în speță, se poate admite în principiu, deghizarea fuziunii prin cesiunea de control, analizându-se circumstanțele de fapt ale speței.

Unii autori⁷ au criticat această poziție a Curții de Apel Rennes deoarece ea nu conferă un criteriu precis de delimitare dintre cesiunea de control și fuziune.

În opinia mea, delimitarea unei cesiuni de control adevărate de o simulație ce ar ascunde o fuziune, trebuie făcută în baza următoarelor criterii:

1. *Păstrarea patrimoniului* – O societatea cedată ar păstra propriul patrimoniu. În cazul unei simulații, societatea cedată va fi golită de cvasi-totalitatea patrimoniului sau activele cele mai importante.

⁴ Curtea de Apel Rennes, dec. din 23 feb. 1968, precitată.

⁵ J. Pailisseau și R. Contin, " La cession de contrôle d'une société ", "Jurisclasseur Périodique – La Semaine Juridique, Ed. Générale", 1969, p. 2287.

⁶ Curtea de Apel Rennes, dec. din 23 feb. 1968 precitată.

⁷ J. C. Berr, « Participations et filiales », Juris Classeur –Soc., Fasc. 165/2, nr. 19, J. Pailisseau și R. Contin, op. cit., precum și R. Contin în critica Cass. Com. din 21 ian. 1970 în R.T.Com 71, p. 738.

2. *Păstrarea clientelei* – În cazul unei fuziuni simulate, clientela în mod inevitabil va fi transferată către cesionari, fie prin modificarea contractelor, fie gradual pe parcursul expirării acestora.
3. *Păstrarea angajaților* – În cazul unei fuziuni simulate, va avea loc un transfer, fie a totalității angajaților, fie a celor mai valoroși dintre aceștia, de la societatea cedată la societatea ce a dobândit controlul.
4. *Activitatea economică* – În cazul unei fuziuni simulate, va avea loc o scădere dramatică, până la anihilare, a activității economice a societății cedate, corelat cu o creștere a activității economice a societății cesionare.
5. *Structura participațiilor* – În cazul unei fuziuni simulate, cedenții vor dobândi, mai devreme sau mai târziu, participații la societatea cesionară, chiar dacă inițial au fost plătiți, dar a utilizat banii pentru cumpărarea de participații la societatea cesionară. În cazul unei simple cesiuni de control, drumurile acționarilor societății cedate și a cesionarei, se despart după momentul plății.

În funcție de datele speței, fiecare din criteriile amintite, va avea o greutate diferită. Într-o companie tehnologică, angajații, proprietatea intelectuală și clientela sunt cele mai valoroase active și respectiv, li se va acorda o importanță mai mare. Într-o societate industrială, activele tangibile joacă un rol mult mai important. În comerț, vadul și clientela, sunt definatorii.

Analizând aceste aspecte, terții sau acționarii minoritari, vor putea promova o acțiune în simulație. Dacă pentru acționarii minoritari, interesul ar consta în anularea fuziunii simulate, efectuate fără consimțământul lor, terții ar putea fi interesați de extinderea răspunderii societății cesionare la pasivele societății cedate, acum golită de orice active cât de cât valoroase, întocmai ca în cazul unei fuziuni normale.

În orice caz, ar fi exagerat să pretindem că orice cesiune de control, constituie *per se* o fuziune simulată, cu consecința adoptării regulilor juridice specifice acestei instituții.

Teoria „fuziunii economice”

Față de pedicile insurmontabile, ridicate de asimilarea cesiunii de control cu fuziunea, în doctrina juridică franceză apare o nouă teorie a „fuziunii economice”. Promotorii⁸ acestei teorii afirmă că „cesiunea de acțiuni ... este doar o piesă dintr-un mecanism juridic mai complex, destinat să transfere această putere particulară de dispoziție asupra bunurilor sociale, numită control. ... Validitatea sa ar trebui analizată în lumina finalității sale. (ca operațiune de concentrare economică – *n.n.*)⁹”.

Acestei teorii i se pot reproșa următoarele:

1. *Absolutizarea rolului cesiunii de control ca operațiune de concentrare economică* – Este adevărat că de multe ori scopul urmărit este cel de concentrare economică, dar acest fapt nu poate fi absolutizat. Cesiunea de control poate urmări eficientizarea activității societății cedate, investiții pur financiare ale disponibilităților bănești, dobândirea de noi

⁸ C. Champaud, « Présentation de la cession de contrôle » în « Nouvelles techniques de concentration », Centre du droit de l'entreprise, lucrările Congresului din Montpellier, ed. Litec, 1972, p. 85.

⁹ Ibidem.

tehnologii sau simpla rezolvare a disputelor dintre acționari. De asemenea, o cesiune de control s-ar putea să nu aibă efect asupra pieței, ca urmare a ne semnificativității societății preluate.

2. *Ignorarea preluărilor de către persoane fizice* – În economia actuală, persoanele fizice arareori joacă vreun rol pe o piață relevantă și respectiv o preluare de către persoane fizice a fi irelevantă pentru piață.
3. *Confuzia dintre raportul juridic și efecte* – Deși cesiune de control poate avea ca efect o concentrare economică, acest fapt este doar efectul raportului juridic respectiv și nu ne lămurește asupra naturii sale juridice.
4. *Absența reglementării din dreptul pozitiv* – Deși cesiunea de control este marginal reglementată în dreptul concurenței, ea nu își găsește o reglementare uniformă în dreptul comercial. Această „lacună” legislativă, nu poate fi rezolvată prin „inventarea” de noi norme juridice. În sistemul nostru legal, doctrinarii și magistrații nu pot „adăuga la lege”, ci doar aplica regulile generale în materia dreptului comercial, și prin extensie chiar civil. Această „lacună” nu constituie în mod necesar o „scăpare” a legiuitorului, ci anume o indicare a lipsei de specificitate. Referirile marginale în legislație, tind să sublinieze faptul că atunci când este cazul, legiuitorul subliniază și reglementează „aspecte” ale cesiunii de control. În acest context, în opinia mea, trebuie interpretată legislația, referirile punctuale stabilite de legiuitor, constituind unicele caracteristici specifice, în rest impunându-se aplicarea regulilor generale.

Teoria „fuziunii parțiale de active”

Pentru alți doctrinari francezi¹⁰ cesiunea de control apare ca „o categorie de fuziuni parțiale de active, constând în principal dintr-un aport parțial de active și ansamblul de operațiuni care tinde să creeze o unitate de decizie, un grup de afaceri.”¹¹. Această calificare este o continuare directă a teoriei expuse în decizia Curții de Apel Rennes, care a statuat că această „operațiune desimulează, în realitate, o convenție complexă, ce are ca efect plasarea sa sub controlul unui nou grup majoritar care afectează, în speță ... gestiunea, direcțiunea și supraviețuirea propriei întreprinderi”¹².

Prima greșeală făcută de susținătorii acestei teorii, este afirmația că societatea participă la această operațiune. În realitate, societatea cedată este **obiectul și nu subiectul** acesteia. Deoarece cesiunea de control privește participațiile la capitalul social, societatea **nu** o poate nici aproba, nici să i se opună. Dacă s-ar putea admite amestecul altor acționari (asociați) în baza contractului de societate (statutului), nu ar fi admisibil ca societatea, subordonată acționarilor (asociaților) și rodul capitalului social, să poată paraliza un raport juridic al cărui **obiect** este.

A doua greșeală, ar consta în absolutizarea noțiunii de „dependență economică”. Aceasta, deși poate apărea, nu este obligatorie, după cum însăși legislația concurenței o statuează. De asemenea, dependența economică, poate apărea în situații diverse, fiind dată nu numai de cesiunea de control, ci și din alte raporturi juridice sau chiar stări de

¹⁰ J. Pailluseau și R. Contin, « La cession de contrôle d'une société », “Jurisclasseur Périodique – La Semaine Juridique, Ed. Générale”, 1969, p. 2877.

¹¹ Ibidem.

¹² Courte de Appel Rennes, dec. precitată.

fapt. Exagerând un pic, în economia modernă, toate întreprinderile sunt interdependente, practic neexistând nici o societate, oricât de mare și puternică, care să realizeze de sine stătător toate operațiunile necesare producției, distribuției și consumului final. Evident că aceste societăți, se află sub un anumit grad de dependență economică una față de cealaltă, situație însă diferită de cea de control.

Dependența economică nu poate fi confundată cu controlul. Diferența majoră este că întotdeauna o societate va putea scăpa de dependență economică, chiar și cu importante sacrificii patrimoniale, însă nu va putea scăpa de control. De asemenea, controlul fiind o stare de drept, și *nu de fapt*, poate fi apărat prin mijloace juridice. Dependența economică, fiind o stare de fapt, nu este apărată în fața instanței, ci chiar poate fi sancționată de aceasta în anumite condiții ale legislației anti-monopol.

Teoriile moderniste – concluzii

Teoriile expuse mai sus, afirmă toate că lipsa de reglementare specială a cesiunii de control, provoacă un divorț între realitatea juridică și cea economică. Parte a unui curent doctrinar mai larg, zis „realist” doctrinarii amintiți subordonează reglementarea juridică a unui fenomen scopului lor economic.

Deși sunt de acord că dreptul nu trebuie să se „rupă” de realitățile sociale care le reglementează, nu pot fi de acord cu soluțiile propuse de „moderniști”.

Primul obstacol în fața acestor teorii, îl reprezintă lipsa reglementărilor în dreptul pozitiv. Sunt un adversar al „adăugării le lege”, al reglementării unor situații prin „drept pretorian”. Deși doctrina și jurisprudența pot interpreta, clarifica și detalia reglementările, ele nu pot crea aceste reglementări. Teoriile moderniste, ar putea servi eventual ca propuneri de *lege ferenda*, însă practicienii dreptului nu au o asemenea opțiune, în viața juridică de zi cu zi.

Într-al doilea rând, natura juridică a unui raport juridic nu este întotdeauna subordonată scopului său economic. Locațiunea, vânzarea sau donația unui imobil, pot avea același scop economic și social, satisfacerea necesităților de locuință a unei persoane, dar natura juridică a acestor contracte este foarte diferită. Până la urmă și un drept de abitație sau un uzufruct viager, pot avea același scop, dar acest fapt nu conduce la un regim juridic identic cu contractele sus-amintite. Tot așa, nu se poate cere o reglementare identică sau similară pentru cesiunea de control, fuziune sau vânzarea fondului de comerț.

În final, greșeala autorilor constă în extinderea unor situații juridice concrete, izolate, asupra întregii instituții. Într-adevăr, cesiunea de control **poate** disimula o fuziune, dar acest fapt **nu este de esența** cesiunii de control. Într-adevăr, cesiunea de control **poate** urmări suprimarea unui concurent, dar acest fapt **nu este de esența** cesiunii de control. Analiza instituției ar trebui să se limiteze la trăsăturile definitorii și indispensabile acestei instituții și nu pe cele accidentale, specifice unor spețe, dar care s-ar putea să nu se întâlnească în fiecare raport juridic analizat.