

Amelia-Raluca Onișor

Fuziunea societăților în dreptul român și european

Copyright©2019 Editura Hamangiu SRL

Editură de prestigiu recunoscut în domeniul științelor sociale CNATDCU

Toate drepturile rezervate Editurii Hamangiu

Nicio parte din această lucrare nu poate fi copiată

fără acordul scris al Editurii Hamangiu

Editura Hamangiu:

Str. Mitropolit Filaret nr. 39-39A, Sector 4, București, O.P. 5, C.P. 91

Tel./Fax: 021.336.04.43; 031.805.80.21;

Vânzări: 021.336.01.25; 031.425.42.24

E-mail: redactia@hamangiu.ro

Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României

Onișor, Amelia-Raluca

Fuziunea societăților în dreptul român și european / Amelia-Raluca Onișor. -

București : Editura Hamangiu, 2019

Conține bibliografie

ISBN 978-606-27-1349-2

Respectiv, cu oameni și cărți

O.U.G.	—	Ordonanță de urgență a Guvernului
op. cit.	—	opera citată
p.	—	pagina
P.R.	—	Pandectele Române
P.U.F.	—	Presses Universitaires de France
parag.	—	paragraful
R.D.C.	—	Revista de drept comercial
R.R.D.A.	—	Revista română de drept al afacerilor
s. com.	—	secția comercială
s. com., cont. adm și fisc.	—	secția comercială și de contencios administrativ și fiscal
s. com. și de cont. adm.	—	comercială și de contencios administrativ
Trib.	—	Tribunalul
U.E.	—	Uniunea Europeană;
vol.	—	volumul

CUPRINS

CAPITOLUL I. MODIFICAREA SOCIETĂȚILOR	1
<i>Secțiunea 1. Aspecte introductive</i>	1
§ 1. Noțiunea de modificare a societății și de modificare a actelor constitutive	1
§ 2. Sfera de aplicare a noțiunii de modificare a societății	2
<i>Secțiunea a 2-a. Condiții generale pentru modificarea actului constitutiv al societății privind activitatea economică</i>	4
§ 1. Reglementare	4
§ 2. Mijloace concrete de realizare	4
2.1. Modificarea actului constitutiv prin hotărârea adunării generale	5
2.1.1. Societățile de capitaluri	5
2.1.2. Societățile de persoane	6
2.1.3. Societățile cu răspundere limitată	7
2.2. Modificarea actului constitutiv prin decizia adoptată de Consiliul de administrație sau de directorat	10
2.3. Modificarea actului constitutiv al societății prin hotărâre judecătorească	13
§ 3. Condiții de formă referitoare la modificarea actului constitutiv	13
§ 4. Procedura de înregistrare și de publicare a modificărilor aduse actului constitutiv	15
§ 5. Dreptul de opoziție al creditorilor la modificarea actului constitutiv	18
§ 6. Posibilitatea asociaților de a solicita retragerea din societate	19
<i>Secțiunea a 3-a. Efectele modificării societății</i>	25
§ 1. Considerații generale	25
§ 2. Prolungirea duratei societății	26
2.1. Aspecte generale privind prolongirea duratei societății	26
2.2. Dreptul de opoziție împotriva prolongirii duratei de funcționare a societății	30

§ 3. Schimbarea formei societății	31
3.1. Noțiuni	31
3.2. Condiții de realizare a transformării societății	33
3.3. Efectele realizării transformării societății	34
<i>Secțiunea a 4-a. Aspecte de drept comparat privind modificarea societăților</i>	38
§ 1. Modificarea societăților în Regatul Unit al Marii Britanii	38
§ 2. Modificarea societății comerciale în Franța	39
§ 3. Modificarea societății în Belgia	40
§ 4. Modificarea societăților comerciale în Spania	42

CAPITOLUL II. NOȚIUNEA ȘI FORMELE FUZIUNII SOCIETĂȚILOR 44

<i>Secțiunea 1. Noțiunea fuziunii</i>	44
§ 1. Considerații introductive	44
§ 2. Istoricul fuziunilor	46
2.1. Începuturile fuziunilor. Societăți medievale	46
2.1.1. Exemplul britanic	46
2.1.2. Exemplul olandez	49
2.1.3. Exemplul francez	51
2.2. Epoca modernă și contemporană	54
2.2.1. Franța	55
2.2.2. Confederația Germană	61
2.2.3. România	64
2.2.3.1. Perioada medievală	64
2.2.3.2. Prima reglementare a fuziunii în dreptul român	66
2.2.3.3. Primele fuziuni românești	68
2.2.3.4. Reglementarea fuziunilor în perioada comunistă	71
2.2.3.5. Reglementarea fuziunilor după căderea comunismului	74
§ 3. Definiția fuziunilor	75
<i>Secțiunea a 2-a. Delimitare față de alte operațiuni de restructurare</i>	77
§ 1. Restructurările interne	77
§ 2. Cesiunea de titluri de participare sau de active	79

§ 3. Achizițiile de societăți prin efect de levier	80
§ 4. Societățile europene	85
<i>Secțiunea a 3-a. Natura juridică</i>	89
§ 1. Teoria extintiv-succesorală	89
§ 2. Teoria modificativ-extintivă	93
§ 3. Teoria pur modificativă	94
§ 4. Dificultatea adoptării teoriilor privind natura juridică a fuziunii	95
<i>Secțiunea a 4-a. Formele fuziunii</i>	96
§ 1. Criteriul strategiei industriale și financiare	96
§ 2. Criteriul concurențial-economic	96
§ 3. Criteriul motivației strategiei economice	98
§ 4. Criteriul formei juridice a societăților participante	98
§ 5. Criteriul naționalității societăților participante	99
§ 6. Criteriul sistemului de drept aplicabil	99
§ 7. Criteriul transmiterii patrimoniului și al condițiilor de existență	100

CAPITOLUL III. CONDIȚII LEGALE ALE REALIZĂRII FUZIUNII SOCIETĂȚILOR 103

<i>Secțiunea 1. Principii generale</i>	103
<i>Secțiunea a 2-a. Realizarea operațiunii de fuziune a societăților</i>	104
§ 1. Faza preliminară și decizia de principiu privind realizarea fuziunii	105
§ 2. Proiectul de fuziune	109
2.1. Forma și conținutul proiectului de fuziune	109
2.2. Avizarea și publicitatea proiectului de fuziune	111
<i>Secțiunea a 3-a. Protecția asociaților sau acționarilor societăților participante la fuziune</i>	112
<i>Secțiunea a 4-a. Protecția creditorilor</i>	118
<i>Secțiunea a 5-a. Hotărârea privind aprobarea fuziunii</i>	121

CAPITOLUL IV. EFECTELE FUZIUNII SOCIETĂȚILOR PRIVIND ACTIVITATEA COMERCIALĂ 124

<i>Secțiunea 1. Efectele fuziunii în raporturile dintre societățile participante</i>	124
§ 1. Principii generale	124

§ 2. Data de la care produce efecte fuziunea societăților	129
<i>Secțiunea a 2-a. Efectele fuziunii față de asociați</i>	130
§ 1. Aspecte introductive	130
§ 2. Aspecte particulare decurgând din legătura dintre societățile care fuzionează	131
§ 3. Aspecte particulare care decurg din existența unor titluri care conferă drepturi specifice	133
<i>Secțiunea a 3-a. Efectele fuziunii față de terți</i>	134
§ 1. Principii generale	134
§ 2. Protecția salariaților societăților participante la fuziune	135

CAPITOLUL V. NULITATEA FUZIUNII SOCIETĂȚILOR PRIVIND ACTIVITATEA COMERCIALĂ	139
<i>Secțiunea 1. Natura juridică a nulității fuziunii</i>	139
<i>Secțiunea a 2-a. Cauzele de nulitate a fuziunii</i>	139
<i>Secțiunea a 3-a. Procedura declarării nulității</i>	142
<i>Secțiunea a 4-a. Efectele nulității fuziunii</i>	146

CAPITOLUL VI. REGLEMENTAREA FUZIUNII TRANSFRONTALIERE ÎN UNIUNEA EUROPEANĂ	148
<i>Secțiunea 1. Considerații introductive</i>	148
<i>Secțiunea a 2-a. Istoricul reglementării</i>	151
<i>Secțiunea a 3-a. Reglementarea Uniunii Europene privind fuziunile transfrontaliere ale societăților comerciale pe acțiuni</i>	155
§ 1. Parcursul european	155
§ 2. Transpunerea reglementărilor europene în legislația națională	157
§ 3. Sfera de aplicare a fuziunii transfrontaliere	158
<i>Secțiunea a 4-a. Noțiunea și formele fuziunii transfrontaliere</i>	159
§ 1. Definiție	159
§ 2. Formele fuziunii transfrontaliere	161
<i>Secțiunea a 5-a. Procesul de realizare a fuziunii transfrontaliere</i>	164
§ 1. Competența de verificare a condițiilor de realizare a fuziunii	164

§ 2. Procesul de realizare a fuziunii	167
2.1. Faza preliminară privind realizarea fuziunii	167
2.2. Proiectul de fuziune	170
2.2.1. Forma și conținutul proiectului de fuziune	170
2.2.2. Avizarea și publicitatea proiectului de fuziune	171
2.3. Protecția asociaților sau acționarilor societăților participante la fuziune	173
2.4. Protecția creditorilor	175
2.5. Hotărârea privind aprobarea fuziunii	179
<i>Secțiunea a 6-a. Consecințele juridice ale fuziunii transfrontaliere</i>	181
§ 1. Efectele fuziunii transfrontaliere	181
§ 2. Nulitatea fuziunii transfrontaliere	183

CAPITOLUL VII. CONTROLUL FUZIUNII SOCIETĂȚILOR	186
<i>Secțiunea 1. Dimensiunea europeană</i>	186
§ 1. Aspecte introductive	186
§ 2. Istoricul reglementării și cadrul legal actual	189
2.1. Considerații istorice privind reglementarea în statele din sistemul common-law	189
2.1.1. Canada	189
2.1.2. Statele Unite ale Americii	190
2.1.3. Regatul Unit al Marii Britanii	192
2.2. Considerații istorice privind reglementarea la nivel european	194
2.3. Cadrul legal actual	207
§ 3. Definiții relevante	209
3.1. Termenul de întreprindere	209
3.2. Termenul de concentrare	217
3.2.1. Fuziunile între întreprinderi independente	218
3.2.2. Preluarea controlului	221
3.2.3. Metode de control	222
3.2.4. Tipuri de control	228
3.2.5. Întreprinderea în comun	230
3.2.6. Excepții în care preluarea controlului nu constituie concentrare	233
3.2.7. Renunțarea la concentrare	235

Respect pentru	3.3. Dimensiunea comunitară a concentrării	236
	3.3.1. Praguri	236
	3.3.2. Termenul de întreprindere implicată	237
	3.3.3. Prevederi legale	237
	3.3.4. Aplicații practice	240
	3.3.5. Explicații teoretice privind exemplele ilustrative	242
	3.3.6. Concluzii privind pragurile impuse și competența teritorială a Comisiei	242
	3.4. Noțiunea de piață relevantă	243
§ 4. Notificarea prealabilă a concentrărilor		245
4.1. Cui îi revine obligația de notificare?		246
4.2. Importanța datei notificării pentru concentrările paralele		247
4.3. Forma notificării		248
4.4. Suspendarea procedurilor de fuzionare		249
4.5. Publicarea notificării		250
4.6. Trimiterea cazului autorităților competente ale statului membru		250
4.7. Prorogarea competenței Comisiei la cererea întreprinderilor interesate		251
4.8. Excepții privind competența Comisiei		252
§ 5. Procedura propriu-zisă și termenele aplicabile		254
5.1. Etapa I		255
5.2. Etapa a II-a		256
5.3. Criteriul material pentru evaluarea concentrării		261
5.4. Sancțiuni		264
§ 6. Controlul exercitat de Curtea de Justiție a Uniunii Europene asupra deciziilor Comisiei		264
<i>Secțiunea a 2-a. Dimensiunea internă</i>		267
§ 1. Aspecte preliminare		267
1.1. Cadrul legal		267
1.2. Noțiunea de concentrare		268
1.3. Pragurile valorice privind cifra de afaceri		271
1.4. Procedura notificării concentrărilor		272
1.5. Efectele formulării unei notificări		274
1.6. Criteriul material privind aprecierea concentrărilor		275
1.7. Procedura de investigație		276

1.8. Deciziile privind compatibilitatea concentrărilor economice cu mediul concurențial efectiv	278
1.9. Alte decizii pe care autoritatea de concurență le poate adopta	280
1.9.1. Decizii privind impunerea de măsuri interimare	280
1.9.2. Decizii privind restabilirea situației anterioare	281
1.10. Căi de atac împotriva deciziilor Consiliului Concurenței	283
<i>Secțiunea a 3-a. Aspecte de drept comparat privind controlul concentrărilor</i>	284
§ 1. Franța	284
§ 2. Spania	286
§ 3. Germania	288
§ 4. Regatul Unit al Marii Britanii	292

BIBLIOGRAFIE	295
---------------------	------------

CAPITOLUL I. MODIFICAREA SOCIETĂȚILOR

Secțiunea 1. Aspecte introductive

§ 1. Noțiunea de modificare a societății și de modificare a actelor constitutive

În condițiile unor realități economice aflate într-o continuă transformare, funcționarea societății în limitele impuse de actul constitutiv poate să nu mai fie aptă să satisfacă pe deplin nevoile și interesele asociaților. În atare împrejurări, pentru corelarea acestor interese individuale cu împrejurările economice în care ele se manifestă, asociații pot recurge la adaptarea societății prin intermediul instituției modificării elementelor sale componente. Așadar, modificarea societății apare ca o prerogativă recunoscută asociaților, care își manifestă voințele proprii în sensul de mai sus, mecanismul de realizare a concordanței voințelor fiind similar celui necesar constituirii societății.

Circumstanțele care impun modificarea societății sunt, în mod evident, ulterioare formării voinței sociale inițiale. Totuși, modificarea cadrului statutar nu reprezintă reflexia voinței sociale, ci a voințelor individuale ale asociaților.

Articolul 153 din Legea nr. 31/1990, în forma inițială, impunea principiul simetriei condițiilor de fond și formă necesare modificării societății cu cele necesare constituirii acesteia. *Inter alia*, aceasta presupunea unanimitatea de voințe pentru ambele acte juridice. Ulterior, unanimitatea necesară pentru constituirea societății nu a mai fost impusă modificării sale, în prezent aceasta fiind guvernată de principiul general al majorității de voințe^[1].

^[1] De fapt, *principiul majorității* este direct aplicabil societății pe acțiuni, potrivit art. 204 alin. (1) raportat la art. 114 alin. (1) și art. 115 alin. (2) din Legea nr. 31/1990, respectiv și societății în comandită pe acțiuni, potrivit art. 187, art. 204 alin. (1) raportat la art. 114 alin. (1) și art. 115 alin. (2) din Legea nr. 31/1990. În cazul modificării societății cu răspundere limitată, este

Respectiv în acest sens, trebuie subliniat că, spre deosebire de mecanismul formării acordului de voință în dreptul comun al contractelor, care presupune concordanța tuturor voințelor juridice asumate atât pentru încheierea valabilă a actului juridic, cât și pentru modificarea acestuia^[1], în materia modificării societăților privind activitatea economică este suficientă convergența majorității voințelor, cu distincțiile pe care le vom arăta în cele ce urmează.

Modificarea societății se realizează prin modificarea actului constitutiv al acesteia. Astfel, legiuitorul a denumit Titlul IV al Legii nr. 31/1990 „Modificarea actului constitutiv”.

În mod judicios, s-a propus în doctrină^[2] ca acest titlu să poarte denumirea „Modificarea societății”, întrucât modificarea actului constitutiv este doar un mijloc prin care se realizează modificarea societății însăși. Constituirea, funcționarea, modificarea, dizolvarea și lichidarea societății sunt efectele juridice produse prin manifestările concordante ale voințelor asociaților și care se referă la însuși regimul juridic al societății.

§ 2. Sfera de aplicare a noțiunii de modificare a societății

Domeniul de aplicare al modificării societății, realizată prin modificarea actelor constitutive, astfel cum rezultă din Titlul IV al Legii nr. 31/1990, este reprezentat de modificarea formei juridice a societății [la care face referire art. 205 și art. 204 alin. (2) lit. b)], prelungirea duratei societății (art. 205) și reducerea sau majorarea capitalului social (Capitolul II – art. 207-221).

În plus față de acestea, art. 113 din lege face referire la mutarea sediului societății, schimbarea obiectului de activitate, înființarea sau desființarea unor sedii secundare: sucursale, agenții, reprezentanțe

necesar votul tuturor asociaților, potrivit art. 192 alin. (2) din lege, iar în cazul societății în nume colectiv și al societății în comandită simplă, fiind necesară întrunirea unanimă a voințelor asociaților.

^[1] A se vedea, în acest sens, art. 1270 alin. (2) C. civ., adoptat prin Legea nr. 287/2009 (republicată în M. Of. nr. 409 din 10 iunie 2011), care se referă la consimțământul mutual al părților necesar modificării sau încetării contractului. Anterior, acest principiu era consacrat de art. 969 alin. (2) C. civ. 1864.

^[2] ST. D. CĂRPENARU, *Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 231-232.

sau alte unități fără personalitate juridică, fuziunea cu alte societăți sau divizarea societății, precum și dizolvarea anticipată a societății.

Din economia dispozițiilor legale anterior menționate, rezultă fără echivoc caracterul enunțiativ al cazurilor de modificare a societăților, astfel că doctrina și practica judecătorească au inclus în această categorie: retragerea unui asociat din societate, cesiunea părților sociale a societății, completarea actului constitutiv al societății cu noi clauze referitoare la emisiunea de obligațiuni, posibilitatea continuării funcționării societății cu moștenitorii unui asociat, continuarea societății cu răspundere limitată cu un singur asociat în urma fie a retragerii, fie a excluderii fie a decesului celui alt/celorlalți asociați^[1] și revocarea administratorului numit prin act constitutiv^[2].

Pentru a conchide în legătură cu noțiunea de modificare a societății, din cele anterior expuse rezultă că reprezintă forme de modificare a societății toate schimbările referitoare la elementele prevăzute în actul constitutiv încă de la constituirea societății.

Voința asociaților/acționarilor de modificare a actului constitutiv se poate materializa adesea pe mai multe planuri, în sensul că hotărârea de modificare a actului constitutiv poate privi mai multe elemente ale societății.

Astfel, se poate majora capitalul social și schimba forma juridică a societății, se poate exercita dreptul de retragere a unui asociat simultan cu reducerea capitalului social cu o valoare egală părții sociale cuvenite asociatului care se retrage, se poate exercita dreptul de *squeeze-out* concomitent cu delistarea societății^[3] etc.

^[1] ST. D. CĂRPENARU, *op. cit.*, p. 232; I. TURCU, *Teoria și practica dreptului comercial*, Ed. Lumina Lex, 1998, vol. I, p. 360.

^[2] A se vedea C.S.J., s. com., decizia nr. 1990/2002, în R.R.D.A. nr. 2/2003, p. 118. În sens contrar, C.A. Timișoara, s. com., dec. civ. nr. 128 din 22 iunie 2010, nepublicată, prin care s-a arătat că „numirea și revocarea administratorilor, indiferent dacă aceștia sunt numiți prin actul constitutiv sau prin hotărâre a adunării generale a asociaților, nu reprezintă o modificare a actului constitutiv al unei societăți”.

^[3] În Europa Continentală, majoritatea societăților care se retrag de pe o piață reglementată, recurg la acest tip mixt de modificare a actului constitutiv, denumit *buyout offer with squeeze-out*, cu acronimul BOSO. Pentru descrierea acestui mecanism, precum și pentru un amplu studiu privind cauzele utilizării acestuia, a se vedea I. MARTINEZ, S. SERVE, *The Delisting Decision: The*

Respectiv, în aceste situații, trebuie verificate condițiile de legalitate pentru fiecare modificare în parte.

Secțiunea a 2-a. Condiții generale pentru modificarea actului constitutiv al societății privind activitatea economică

§ 1. Reglementare

Cu titlu preliminar, trebuie enunțate dispozițiile aplicabile societății simple, mai precis, art. 1891 C. civ., potrivit căruia, în lipsă de dispoziție contrară sau dacă prin lege nu se dispune altfel, modificarea contractului de societate se face cu respectarea dispozițiilor prevăzute pentru încheierea sa valabilă.

Articolul 204 din Legea nr. 31/1990, însă, prevede condiții generale specifice modificării contractului de societate privind activitatea economică.

Dispozițiile legale impuse pentru modificarea actului constitutiv au caracter imperativ, astfel că schimbarea pactului societar nu poate avea loc pe calea rezoluției judiciare^[1] sau pe cale judecătorească, cu excepția situației în care are loc retragerea sau excluderea unui asociat^[2].

§ 2. Mijloace concrete de realizare

Legiuitorul a precizat modalitățile prin care se pune în practică modificarea actului constitutiv în alin. (1) al art. 204 din Legea nr. 31/1990, care se referă la hotărârea adunării generale ori hotărârea Consiliului de administrație, respectiv hotărârea directoratului, adoptată în temeiul art. 114 alin. (1), sau la hotărârea instanței judecătorești, în condițiile art. 223 alin. (3) și ale art. 226 alin. (2) din lege.

Case of Buyout offer with Squeeze-out (BOSO), în *International Review of Law & Economics*, decembrie 2011, vol. nr. 31 nr. 4, p. 228-239.

^[1] C.S.J., s. com., dec. nr. 646 din 20 decembrie 1994, în R.D.C. nr. 5/1995.

^[2] C.S.J., s. com., dec. nr. 50/1997, în F. CIUTACU, *Codul comercial român adnotat*, ed. a 2-a, Ed. Sigma, 2001, p. 181.

2.1. Modificarea actului constitutiv prin hotărârea adunării generale

Astfel cum s-a arătat, specificul modificării actului constitutiv decurge, în principal, din natura contractuală a societății, exprimarea voinței asociaților realizându-se în cadrul impus de convenția inițială, iar nu în cel societar, creat ca urmare a încheierii unei astfel de convenții și a îndeplinirii tuturor condițiilor impuse de lege pentru constituirea valabilă a societății.

Totodată, trebuie menționat că, în astfel de situații, nu este necesar aportul instanței de judecată pentru a constata modificarea actului constitutiv dispusă în condițiile stabilite de Legea nr. 31/1990^[1].

Legea impune anumite condiții caracteristice fiecărui tip de societate, pentru adoptarea hotărârilor în adunarea generală.

2.1.1. Societățile de capitaluri

Articolul 204 din Legea nr. 31/1990 face trimitere la prevederile art. 114 alin. (1) din același act normativ, referitor la adunarea generală extraordinară.

Ca organ statutar, adunarea generală extraordinară are competență exclusivă relativ la modificările actului constitutiv al societății, Consiliul de administrație și directoratul beneficiind doar de competențe delegate de adunarea generală extraordinară, iar nu de competențe proprii^[2].

În privința societății pe acțiuni și al societății în comandită pe acțiuni, art. 115 alin. (1) din Legea nr. 31/1990 prevede că, pentru adunarea

^[1] Astfel, prin sent. civ. nr. 8537COM din 6 decembrie 2012, lege5.ro, Tribunalul Constanța a precizat că este inadmisibilă acțiunea în constatarea situației societății, conform voinței exprimate de asociați, pe considerentul că administratorul refuză în mod nejustificat să își exercite obligațiile legale. Modificarea actelor constitutive ale societății comerciale urmează regimul juridic stabilit prin Legea nr. 31/1990 și prin O.U.G. nr. 76/2001, fără ca acestea să poată face obiectul unei acțiuni întemeiate pe dispozițiile art. 111 C. proc. civ. anterior.

^[2] Pentru dezvoltări privind distincțiile între adunarea generală extraordinară a acționarilor și adunarea generală ordinară, precum și cu privire la sfera atribuțiilor adunării extraordinare, a se vedea C. GHEORGHE, *Drept comercial român*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 460-461.

Respectiv, generală extraordinară, este necesară, la prima convocare, prezența acționarilor deținând cel puțin o pătrime din numărul total de voturi, iar la convocările următoare, prezența acționarilor reprezentând cel puțin o cincime din numărul total de drepturi de vot.

Alineatul (2) prima teză a aceluiași text legal prevede că hotărârile trebuie luate cu majoritatea voturilor deținute de acționarii prezenți sau reprezentați.

A doua teză a alin. (2) introduce o excepție de la regula edictată prin teza inițială, în situația modificării obiectului principal de activitate al societății, reducerii sau majorării capitalului social, schimbării formei juridice, fuziunii, divizării sau dizolvării societății, situații care presupun ca hotărârea de modificare să fie adoptată cu o majoritate de cel puțin două treimi din drepturile de vot deținute de acționarii prezenți sau reprezentați.

Se observă, așadar, că legiuitorul impune *principiul majorității simple* sau *calificate* în cazul modificării societăților de capitaluri. Este lesne de explicat o astfel de opțiune, având în vedere faptul că, prin definiție, societățile de capitaluri presupun un număr semnificativ de acționari. Or, în astfel de condiții, regula consimțământului mutual, a unanimității de voință, este de natură să creeze un mecanism greoi, cu dificultăți majore de pus în practică, constituind un obstacol în calea evoluției societății.

2.1.2. Societățile de persoane

În cazul acestor societăți, natura contractuală, caracterul lor *intuitu personae*, răspunderea nelimitată pentru operațiunile societății a asociaților din societatea în nume colectiv și a asociaților comanditați în societatea în comandită, confundarea fie și parțială a patrimoniului societății cu cel al asociaților impun ca modificările actelor constitutive să fie adoptate prin consimțământul tuturor asociaților^[1].

^[1] Pentru justificarea terminologiei legate de condițiile întrunirii voințelor asociaților a se vedea A se vedea C. GHEORGHE, *Drept comercial român, op. cit.*, p. 463. Autorul arată că nu se poate utiliza noțiunea de „unanimitate de voturi”, întrucât voturile reprezintă o modalitate de exprimare a voinței juridice în cadrul organului statutar al adunării generale a asociaților, care nu este specific societăților de persoane.

2.1.3. Societățile cu răspundere limitată

Articolul 192 alin. (2) din Legea nr. 31/1990 impune ca, pentru hotărârile care privesc modificarea actului constitutiv al unei societăți cu răspundere limitată, să existe votul unanim al asociaților, cu excepția cazului în care legea sau actul constitutiv prevede altfel.

Desigur, posibilitatea derogării de la regulă nu există pentru societatea cu răspundere limitată cu asociat unic, care trebuie să se pronunțe în privința modificării actului constitutiv prin decizia asociatului unic^[1].

Din economia prevederilor în discuție, se observă că *regula unanimității* are caracter dispozitiv, permițând asociaților unei societăți cu răspundere limitată să deroge, prin actul constitutiv, de la principiul unanimității de voturi prescris de lege^[2], pentru a alege orice altă regulă, inclusiv cea a majorității simple sau calificate defapte de lege pentru societățile de capitaluri^[3].

^[1] În această privință, trebuie menționată Decizia nr. 140 din 20 martie 2012, pronunțată de C.A. București – s. a V-a civ., <http://portal.just.ro>, prin care s-a arătat că majorarea capitalului social al JA SRL trebuia să fie luată prin decizia asociatului unic JAM SRL. Astfel, Curtea a arătat că hotărârea adunării generale a asociaților JAM SRL nu a fost de natură să aibă ca efecte juridice modificarea actului constitutiv al JA SRL cu privire la majorarea capitalului social și creșterea numărului de părți sociale, câtă vreme o asemenea hotărâre nu era de competența adunării generale a asociaților JAM SRL, ci trebuia dispusă prin decizia asociatului unic al JA SRL. S-a apreciat că aceasta nu reprezintă o chestiune de ordin pur formal, fără însemnătate, ci dimpotrivă, este o problemă esențială, legată de existența sau nu a voinței sociale a JA SRL de modificare a actului constitutiv.

^[2] I.C.C.J., s. a II-a civ., dec. nr. 3598 din 15 noiembrie 2011, <http://www.iccj.ro/cautare.php?id=94715>. Instanța supremă a arătat, în această speță, că prin actul constitutiv se poate stabili luarea hotărârilor de modificare cu majoritate, care însă nu poate fi inferioară majorității absolute prevăzute ca regulă generală în alin. (1) al art. 192 din Lege. Apreciem că această concluzie nu are suport legal, din moment ce legea nu dispune în acest sens. Mai mult, aceasta prevede chiar că se poate deroga prin actul constitutiv de la regula stabilită la alin. (1) al art. 192.

^[3] E.g., se poate impune, prin actul constitutiv, ca hotărârile privind modificarea societății cu răspundere limitată să se realizeze cu întrunirea dublei majorități, a părților sociale și a asociaților. A se vedea, în acest sens, CA Brașov, s. com., dec. nr. 427 din 20 noiembrie 2001, citată de C. Cucu,

Totodată, însăși Legea nr. 31/1990 a prevăzut o excepție de la dispozițiile de principiu ale art. 192 alin. (2), în art. 202 alin. (2) din Legea 31/1990, care prevede că transmiterea părților sociale în favoarea unor terți –persoane din afara societății – este permisă exclusiv în situația în care a fost aprobată de asociați reprezentând cel puțin trei pătrimi din capitalul social.

Legea nr. 31/1990 nu stabilește condițiile modificării actului constitutiv în situația în care, la prima convocare a adunării generale, nu sunt întrunite condițiile pentru adoptarea hotărârii, fiind necesară o nouă convocare a acesteia.

Prin Decizia nr. 289 din 19 ianuarie 2007, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție – Secția comercială^[1], s-a arătat că, în ipoteza descrisă, este aplicabil art. 193 alin. (3) din Legea nr. 31/1990. Acest text legal prevede că, în situația în care adunarea generală legal constituită se află în imposibilitatea de a adopta o hotărâre valabilă din cauza lipsei majorității impuse, adunarea generală convocată ulterior se poate pronunța asupra ordinii de zi, indiferent de numărul de asociați și de partea din capitalul social pe care asociații prezenți îl dețin.

Nu împărtășim o astfel de opinie. În primul rând, se poate observa, din economia textului, că acesta privește adunarea generală ordinară și se referă la majoritatea cerută, iar nu la unanimitate. În al doilea rând, modificarea societăților comerciale nu reprezintă un rezultat al întrunirii voinței sociale, ci o prerogativă rezervată fiecărui asociat, în mod similar celei recunoscute pentru constituirea societății, astfel că și modificarea actului constitutiv trebuie realizată în aceleași limite voliționale^[2].

Cu toate acestea, apreciem că, în situația în care se derogă, prin actul constitutiv, de la dispozițiile art. 192 alin. (2) din lege și se prevede o majoritate calificată pentru modificarea actului constitutiv,

M.-V. GAVRIȘ, C.-G. BĂDOIU, C. HARAGA, în *Legea societăților comerciale nr. 31/1990*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 430-431.

^[1] <http://www.scj.ro/SE%20rezumate%202007/SE%20r%20289%202007.htm>.

^[2] A fost exprimată aceeași opinie, în cadrul unei adnotări privind art. 193 din Legea nr. 31/1990, în C. CUCU, M.-V. GAVRIȘ, C.-G. BĂDOIU, C. HARAGA, *op. cit.*, p. 434, pct. 7.

atunci devine aplicabil art. 193 alin. (3)^[1]. Desigur, actul constitutiv poate să prevadă o *majoritate calificată* pentru modificarea actelor constitutive, dar să excludă direct sau indirect aplicabilitatea art. 193 alin. (3). Mai precis, se poate stabili ca, indiferent dacă este vorba de prima sau a doua convocare, hotărârea să se adopte în aceleași condiții de votare.

De lege ferenda, susținem modificarea art. 193 alin. (3) din lege, în sensul ca acesta să aibă următorul conținut „[d]acă adunarea legal constituită nu poate adopta o hotărâre valabilă din cauza neîntrunirii majorității cerute *de lege sau de actul constitutiv potrivit prevederilor art. 192 alin. (1) și (2) din lege*, adunarea convocată ulterior se poate pronunța asupra ordinii de zi, indiferent de numărul de asociați și partea din capitalul social pe care asociații prezenți o reprezintă, *cu excepția cazului în care actul constitutiv prevede altfel*”. Textul propus spre modificare nu prevedea posibilitatea modificării convenționale a acestei reguli.

O astfel de modificare legislativă ar pune punct controverselor din doctrină și din practica judiciară atât cu privire la corelarea art. 193 cu art. 192 alin. (1) și (2) din lege, cât și cu privire la posibilitatea de a deroga, prin actul constitutiv, de la regula care stabilește condițiile adoptării hotărârii în situația unei noi convocări.

Se impune a se preciza că sancțiunea nerespectării clauzei din actul constitutiv privind condițiile de adoptare a hotărârilor adunării generale este sancționată cu nulitatea relativă, fiind vorba de interese de ordine privată.

Cu toate acestea, nerespectarea *condiției dublei majorități absolute*, pentru prima convocare, sau a dublei majorități simple, pentru cea de a doua convocare atrage nulitatea absolută a hotărârii nelegal adoptate^[2].

Dacă, în cadrul adunării legal constituite cu participarea tuturor asociaților, nu se poate lua hotărârea, întrucât nu a fost întrunită unanimitatea de voturi, asociații care nu sunt de acord cu această soluție au posibilitatea de a se retrage voluntar din societate, în condițiile descrise de art. 134 din Legea nr. 31/1990.

^[1] C.A. Brașov, dec. 179/R din 23 octombrie 2007, <http://portal.just.ro>.

^[2] S-a pronunțat în acest sens și C.A. Brașov, s. a II-a civ., dec. nr. 638R din 28 martie 2012, <http://jurisprudenta.org>.