

Director: Prof. Univ. Dr. Ștefan D. Cârpeanu
Redactor șef: Dr. Nicolae Țindălaș

Consiliul Științific

Ștefan Andrei Anghel
Lucian Bercea
Radu Buhă

Radu Catană
Gheorghe Pipere
Lucian Bernd Săulescu
Vladuța Ștefănescu

Maria Valer

REVISTA ROMÂNĂ

DE DREPT COMERCIAL [RRDC]®

Colegiul de redacție

Gheorghe Bata

Simona Mișu

Vasile Nemeș

Ioan Schiau

Camelia Florentina Șteia

Lavinia Tat

Lumința Tuloneț

Eugenia Văcheri

prof. Univ. Dr. Ștefan D. Cârpeanu - Facultatea de Drept și Științe Juridice, Universitatea de Științe Juridice și Administrative "Ștefan cel Mare" Iași
- Director Institutul Național de Pregătire a Practicienilor și Inginerilor Avocați, București
- conf. univ. dr. habilitat Ștefan Florin Florescu din București
- conf. univ. dr. habilitat Ștefan Florin Florescu din Brașov
- prof. univ. dr. habilitat Ștefan Florin Florescu din Iași
- conf. univ. dr. habilitat Ștefan Florin Florescu din Iași
- conf. univ. dr. habilitat Ștefan Florin Florescu din Iași
- conf. univ. dr. habilitat Ștefan Florin Florescu din Iași

1/2020

DOCTRINĂ

Pledoarie pentru necesitatea și utilitatea adoptării unui nou Cod comercial, în condițiile Codului civil în vigoare Stanciu D. Cârpenaru	15
--	----

A. SOCIETĂȚI ȘI ALTE GRUPURI

Transformarea transfrontalieră (I) Vasile Nemeș, Gabriela Fierbințeanu	26
Obligația de loialitate a administratorului față de societate și asociați Lavinia M. Tec	39
Înregistrarea valorilor mobiliare între tradiție și modernitate Cristian Gheorghe	53

B. ÎNTREPRINDERI ÎN DIFICULTATE

Executarea silită individuală – protecție a creditorului curent în cadrul procedurii insolvenței sau executare paralelă? Nicoleta Țăndăreanu	61
Despre ipoteca mobilă asupra veniturilor viitoare din contractele în derulare sau cât de „corespunzătoare” poate fi „protecția” acordată creditorului garantat în insolvență Simona Maria Miloș, Andreea Deli	82

C. CONTRACTE ȘI OBLIGAȚII COMERCIALE

Faptele (actele) de comerț în condițiile unificării dreptului privat. Necesitatea reconfigurării legislative a faptelor (actelor) de comerț Smaranda Angheni	99
Despăgubirile acordate de către asigurătorul de răspundere civilă auto obligatorie în cazul accidentelor auto Gabriela-Cristina Frențiu	117

D. DREPTUL CONSUMATORILOR

Scurte comentarii la un Ghid al Comisiei Europene privind interpretarea și aplicarea Directivei clauzelor abuzive (<i>și câte ceva despre scenarii legale ipocrite</i>) Gheorghe Piperea	134
--	-----

E. REGIMUL FISCAL AL AFACERILOR

Răspunderea administratorilor pentru insolvabilitatea societății (comerciale) în condițiile art. 25 alin. (2) din Codul de procedură fiscală Luminița Tuleașcă	156
--	-----

Societate pe acțiuni. Remunerarea membrilor consiliului de administrație – membri ai comitetelor consultative, în viziunea Curții de Conturi Dragoș Călin	173
--	-----

ACTUALITĂȚI

Tudor R. Popescu – profesorul, savantul, practicianul	
Adrian Severin	185

Transformarea transfrontalieră (I)

Cross-border transformation (I)

Conf. univ. dr. VASILE NEMEȘ

Universitatea „Nicolae Titulescu”

Asist. univ. dr. GABRIELA FIERBINȚEANU

Universitatea „Nicolae Titulescu”,

Facultatea de Drept, București

□ Rezumat

Libertatea de stabilire este un principiu fundamental al dreptului Uniunii. În conformitate cu art. 49 al doilea paragraf din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE), coroborat cu art. 54 din TFUE, libertatea de stabilire include constituirea și administrarea societăților potrivit cadrului juridic din statul membru în care societatea urmează a se stabili. Curtea de Justiție a Uniunii Europene a interpretat libertatea de stabilire ca subsumând și dreptul ca o societate care se constituie potrivit legii unui stat membru să se transforme într-o societate care va fi guvernată de legea altui stat membru, acesta din urmă fiind liber să stabilească, pe lângă formalitățile care privesc înregistrarea, și criteriul de legătură determinant pentru conexiunea dintre această societate și ordinea sa juridică. Fragmentarea și lipsa armonizării legislațiilor naționale în materia transformării transfrontaliere, precum și consecințele economice ale dificultăților practice de realizare a unei asemenea operațiuni au determinat apariția unui instrument legislativ european menit a stabili un cadru legal care să elimine restricțiile cu privire la libertatea de stabilire, furnizând o protecție adecvată părților interesate (salariați, creditorii, acționarii minoritari). Totodată, propunerea legislativă, nepierzând din vedere o posibilă utilizare abuzivă a procedurii de transformare pentru a crea aranjamente artificiale, instituie și controlul ex ante al acestei operațiuni prin instituirea de norme materiale și de procedură care stabilesc cerințele acțiunilor pe care autoritățile competente naționale urmează a le întreprinde în vederea combaterii abuzurilor.

Cuvinte-cheie: libertate de stabilire, transformare transfrontalieră, control ex ante, aranjament artificial.

□ Abstract

Freedom of establishment is a fundamental principle of the Union law. In compliance with art. 49 the second paragraph of the Treaty on the functioning of the European Union (TFEU), read in conjunction with art. 54 of TFEU, the freedom of establishment includes the incorporation and management of the companies regarding the legal framework in the Member State where the company shall be established. The Court of Justice of the European Union interpreted the freedom of establishment as including also the law as a company which is incorporated according to the law of a Member State to be changed into a company which shall be governed by the law of another Member State, the latter being free to establish, beside those formalities related to the registration, also the decisive liaison criterion for the connection between this company and its legal order. The fragmentation and the lack of harmonization of the national laws in the matter of cross-border

transformation, as well as the economic consequences of the practical difficulties in the performance of such an operation determined the emergence of an European legislative instrument intended to establish a legal framework which should eliminate those restrictions regarding the freedom of establishment, providing an adequate protection for the concerned parties (employees, creditors, minority shareholders). At the same time, the legislative proposal, since it does not overlook a possible abusive usage of the transformation procedure for the purpose of establishing artificial arrangements, also sets up the ex-ante control of this operation by establishing material rules and rules of procedure determining the requirements of the actions which the national relevant authorities shall carry out in order to fight against abuse.

Keywords: freedom of establishment, cross-border transformation, ex ante control, artificial arrangement.

Societățile comerciale au un rol important în cadrul pieței unice iar Uniunea Europeană este preocupată de asigurarea unui mediu juridic favorabil protecției acestora având în vedere politica de promovare a creșterii economice adaptată la realitățile erei digitale și globalizării. În același timp, orice modificări în cadrul legal de funcționare a societăților comerciale trebuie să aibă în vedere protecția tuturor intereselor de ordin public sau privat care se nasc în jurul acestora, în special a celor care privesc salariații, creditorii și acționarii minoritari, fără a pierde însă din vedere oferirea de garanții pentru evitarea fraudelor, regimul fiscal aplicabil și aspectele privind concurența¹.

Libertatea de stabilire este un element crucial în dezvoltarea pieței unice², având în vedere amplitudinea mobilității transfrontaliere a activităților economice derulate de societățile comerciale, care trebuie privită în primul rând ca mijloc de explorare a unor piețe noi și a oportunităților oferite de acestea, în vederea realizării scopului principal, și anume obținerea profitului. În scopul facilitării transnaționalizării societății se impune însă ca măsurile legislative promovate la nivelul Uniunii Europene să țină seama și de caracteristicile actorilor acestui proces. Fuziunile transfrontaliere sau posibilitatea înființării societăților europene reprezintă unele accesibile societăților care au un potențial financiar crescut și care prin modul de restructurare a activității, accesând aceste instrumente, dovedesc deja o solidă cunoaștere a regulilor pieței. Acestea sunt însă excepțiile deoarece la nivelul Uniunii Europene, din cele aproximativ 24 de milioane de societăți comerciale, 80% sunt societăți cu răspundere până la concurența capitalului social subscris iar dintre acestea aproximativ 98% sunt IMM-uri³, or cadrul juridic menit să favorizeze mobilitatea transfrontalieră trebuie să ofere și acestora din urmă condiții de acces proporționale cu resursele de care dispun.

În Comunicarea Comisiei Europene „Ameliorarea Pieței unice: mai multe oportunități pentru cetățeni și întreprinderi” din anul 2015⁴, se sublinia faptul că una dintre direcțiile

¹ Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy, *Droit des societes*, 30 edition, Lexis Nexis, 2017, p. 278 și urm.

² Pentru o analiză aprofundată privind libertatea de stabilire și de prestare a serviciilor la nivelul Uniunii Europene, a se vedea, Cristian Gavalda, Gilbert Parleani, *Droit des affaires de L'Union Europeenne*, Litec, 2006, p. 125 și urm.

³ Potrivit Ernst & Young (Ernst și Young) în cadrul Studiului privind operațiunile transfrontaliere (2018).

⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0550&from=EN>.

de acțiune menite să impulsioneze modernizarea și buna funcționare a pieței de produse și servicii este crearea de oportunități pentru consumatori și întreprinderi prin încurajarea dezvoltării economiei colaborative, susținerea dezvoltării IMM-urilor și a start-up-urilor, abordarea restricțiilor nejustificate și disproporționate în domeniul serviciilor profesionale și al comerțului cu amănuntul, precum și prin prevenirea discriminării consumatorilor și a antreprenorilor prin măsuri de combatere a restricțiilor pe criterii geografice la furnizarea de produse și servicii. Pentru asigurarea competitivității sustenabile a economiei, Comisia Europeană a lansat în 25 aprilie 2018, astfel cum anunțase în comunicările anterioare⁵, un pachet legislativ conținând două propuneri de directive, și anume Propunerea de Directivă a Parlamentului European și a Consiliului de modificare a Directivei (UE) 2017/1132 în ceea ce privește transformările, fuziunile și divizările transfrontaliere, respectiv Propunerea de Directivă a Parlamentului European și a Consiliului de modificare a Directivei (UE) 2017/1132 în ceea ce privește utilizarea instrumentelor și a proceselor digitale în contextul dreptului societăților comerciale. Negocierea interinstituțională dintre Parlamentul European și Consiliul Uniunii Europene s-a finalizat, astfel că ultima dintre cele două inițiative s-a concretizat în Directiva (UE) 2019/1151⁶, cea de-a doua preconizându-se a se formaliza până la finalul acestui an.

Ne propunem, prin inițierea unei serii de articole care tratează cele două directive, să abordăm textele legale atât din perspectiva contextului determinant pentru reglementare, cât și din perspectiva aspectelor nou introduse în legislația europeană, care evident vor impacta în urma transpunerii și legislația națională privind societățile.

Transformarea transfrontalieră: abordare după soluția Curții de Justiție în cauza C-106/16, Polbud

Normele europene privind mobilitatea corporativă au încercat de nenumărate ori în ultimele decenii⁷ să se ridice din anonimat și să propună un regim armonizat pentru transformările transfrontaliere, însă din păcate din cauza specificității dreptului național acest demers nu a fost unul de succes⁸. Deși statele membre au reglementat în parte posibilitatea de schimbare a sediului unei societăți în alt stat membru sau de transformare a acesteia prin menținerea personalității juridice, operațiunea s-a dovedit problematică, generând de-a lungul timpului numeroase dispute⁹ care au necesitat îndrumare din partea Curții Europene de Justiție.

⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the council, The European Economic and Social Committee and The Committee of the regions, Commission Work Programme 2017, Delivering a Europe that protects, empowers and defends, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/cwp_2017_en.pdf.

⁶ JLO 186 din data de 11 iulie 2019.

⁷ Problema transferului sediului se afla deja pe agenda legislativă începând cu 1997 – Propunere pentru a paisprezecea Directivă a Parlamentului European și a Consiliului privind transferul sediului social sau sediului *de facto* al unei societăți dintr-un stat membru în altul din 20 aprilie 1997.

⁸ Cu privire la evoluția operațiunilor de transformare a societăților comerciale, a se vedea, Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy, *Droit des societates*, 30 edition, Lexis Nexis, 2017, p. 277 și urm.

⁹ C-81/87 *Daily Mail*, C-212/97 *Centros*, C-208/00 *Überseering*, C-167/01 *Inspire Art*, C-411/03 *Sevic*, C-196/04 *Cadbury Schweppes*, C-210/06 *Cartesio*, C-378/10 *VALE Építésikft*, C-371/10 *National Grid Indus BV*, <https://curia.europa.eu>.

Chiar și între statele membre care au adoptat o legislație privind transformările transfrontaliere, procedurile puse în aplicare se pot dovedi incompatibile. De exemplu, statele membre au adoptat abordări divergente în ceea ce privește: cerințele de informare și de efectuare a publicității operațiunii sau garanțiile acordate părților interesate (angajați, creditori și acționari minoritari). În plus, regulile sunt diferite în funcție de tipul operațiunii reglementate. De exemplu, Ungaria nu permite societăților maghiare să se transforme în societăți dintr-un alt stat membru, în timp ce transformările societăților străine și înregistrarea acestora în Ungaria sunt permise sub rezerva unor condiții specifice stabilite de Curtea Supremă a Ungariei în urma deciziei Curții de Justiție din cauza *Vale* (C-378/10). În cauza la care ne referim, Vale Costruzioni Srl (o societate cu răspundere limitată de drept italian) a solicitat radierea din registrul comerțului din Roma, indicând intenția sa de a-și transfera sediul social și activitatea în Ungaria și de a-și înceta activitatea în Italia. Reprezentantul societății a depus o cerere la Fővárosi Bíróság (Curtea din Budapesta), în calitatea acesteia de cégbírószág (tribunal comercial), în vederea înregistrării societății potrivit dreptului maghiar. În cerere, acesta a menționat că VALE Costruzioni era predecesorul în drept al societății VALE Éptési. Potrivit instanțelor de fond și de apel maghiare, o societate constituită și înregistrată în Italia nu poate, potrivit normelor maghiare aplicabile societăților, să își transfere sediul social în Ungaria și nu poate să obțină înregistrarea în această țară în forma solicitată. În Registrul Comerțului nu poate fi înscrisă drept predecesor în drept o societate care nu este de drept maghiar.

Instanța de trimitere a arătat că transferul sediului social al unei societăți care intră sub incidența legislației unui alt stat membru, în speță Republica Italiană, cu o reconstituire a societății potrivit dreptului maghiar și cu menționarea predecesoarei sale italiene, astfel cum solicită VALE Éptési, nu poate fi considerat în dreptul maghiar ca fiind o transformare, întrucât dispozițiile naționale privind transformările nu se aplică decât unor situații interne. Curtea a declarat însă că „Articolele 49 TFUE și 54 TFUE trebuie interpretate, în contextul unei transformări transfrontaliere a unei societăți, în sensul că statul membru gazdă este îndreptățit să stabilească dreptul intern relevant pentru o asemenea operațiune și să aplice astfel dispozițiile dreptului său național referitoare la transformările interne care reglementează constituirea și funcționarea unei societăți, precum cerințele privind întocmirea unui bilanț și a unui inventar al activelor. Cu toate acestea, principiile echivalenței și efectivității se opun ca statul membru gazdă să refuze, în cazul transformărilor transfrontaliere, menționarea ca «predecesor în drept» a societății care a solicitat transformarea dacă o astfel de menționare a societății predecesoare în Registrul Comerțului este prevăzută pentru transformările interne”.

În plus, mai mult de jumătate dintre statele membre nu prevăd norme specifice care să permită conversii transfrontaliere (Austria, Bulgaria, Croația, Estonia, Finlanda, Germania, Ungaria, Irlanda, Lituania, Letonia, Polonia, Slovenia, Suedia și Regatul Unit). Alte state membre ar putea permite înregistrarea ca și consecință a unui transfer din alt stat membru însă în privința societăților de drept intern impun condiția lichidării și radierii acestora din registrul comerțului și astfel fac imposibile transformările. În absența unor norme clare la nivelul Uniunii Europene, societățile care doresc să treacă printr-o transformare transfrontalieră pot încerca să efectueze transformări indirecte prin alte proceduri existente cum ar fi, spre exemplu, fuziunea transfrontalieră sau constituirea unei Societăți Europene¹⁰. De asemenea, societatea poate fi lichidată,

¹⁰ Pe larg despre cele două modalități, Orga-Dumitriu, Gina, *Cross-Border Transfer of the Registered Seat – A Cinderella of the Freedom of Establishment?* (September 2, 2014).

activele și pasivele urmând a fi transferate unei societăți nou create în alt stat membru. Toate aceste operațiuni sunt însă inaccesibile societăților mici și mijlocii cu precădere din cauza costurilor ridicate.

În România, Legea nr. 31/1990 privind societățile a reglementat lapidar, ca și opțiune a societății, mutarea sediului în străinătate, mărginindu-se la plasarea deciziei privind această operațiune în competența adunării generale extraordinare (art. 113 coroborat cu art. 134 care reglementează dreptul de retragere al acționarilor din societate în cazul în care nu au votat în favoarea unei hotărâri a adunării generale care are ca obiect mutarea sediului societății în străinătate). Un element de noutate îl aduce însă Codul civil, care reglementează în art. 233 modurile de reorganizare a persoanei juridice, enumerând și transformarea pe lângă fuziune sau divizare. După cum legiuitorul statuează, potrivit art. 241 alin. (1) C. civ., transformarea persoanei juridice intervine în cazurile prevăzute de lege, atunci când o persoană juridică își încetează existența, concomitent cu înființarea, în locul ei, a unei alte persoane juridice. În cazul transformării, drepturile și obligațiile persoanei juridice care și-a încetat existența se transferă în patrimoniul persoanei juridice nou-înființate, cu excepția cazului în care prin actul prin care s-a dispus transformarea se prevede altfel. În aceste din urmă cazuri, dispozițiile art. 239, 240 și 243 rămân aplicabile [art. 241 alin. (2) C. civ.]. La momentul apariției Codului civil, se puteau identifica anumite situații care să coincidă ipotezei transformării cum ar fi, spre exemplu, transformarea regiilor autonome în societăți sau companii naționale, în baza O.U.G. nr. 30/1997, sau transformarea unor întreprinderi de stat în societăți comerciale, în baza Legii nr. 15/1990. În practică de asemenea erau destul de frecvente și operațiunile prin care se modifică forma juridică a unei societăți, caz în care personalitatea juridică a societății nu se pierde nici un moment pe parcursul procesului de modificare. Împărtășim opinia exprimată în literatura de specialitate¹¹ care consideră că transformarea presupune o schimbare de regim juridic, o trecere dintr-o categorie de persoane în alta, fără ca activitatea sa să înceteze și fără a-și pierde personalitatea juridică. Un argument suplimentar este dat și de faptul că la înregistrarea în registrul comerțului a mențiunii care are ca obiect schimbarea formei juridice a unei societăți pe acțiuni, spre exemplu, într-o societate cu răspundere limitată, numărul de înmatriculare al societății nu se schimbă. Considerăm că în situația în care s-ar proceda la radierea societății pe acțiuni și la înmatricularea unei societăți cu răspundere limitată ca și continuator al acesteia am fi mai aproape de textul ipotezei reglementate de art. 241 C. civ. însă ar fi necesară o delimitare mai clară în legislația secundară a scopului și efectelor celor două operațiuni. În ceea ce privește soluțiile instanțelor judecătorești, „tribunalul a respins plângerea împotriva rezoluției de respingere a cererii de înregistrare în registrul comerțului având ca obiect mutarea sediului social al societății... SRL în Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord, în condițiile art. 49 și art. 54 din Tratatul de Funcționare a Uniunii Europene, cu consecința transformării într-o societate comercială de naționalitate britanică, supusă legilor în vigoare la noul sediu. Prin hotărârea societății s-a decis de asemenea că aceasta va fi radiată din evidențele registrului comerțului, pierzându-și pe această cale naționalitatea română, însă fără a

International Multidisciplinary Scientific Conference on Social Sciences and Arts SGEM2014, SGEM2014 Conference Proceedings, ISBN 978-619-7105-25-4/ ISSN 2367-5659, September 1-9, 2014, Book 2, vol. 1, pp. 577-588, DOI: 10.5593/SGEMSOCIAL2014/B21/S5.076. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2909685>.

¹¹ Titus Prescure, *Reorganizarea persoanei juridice în viziunea Noului Cod civil*, în RRDA nr. 7/2015; iar cu specială privire asupra restructurării societăților comerciale, a se vedea Brigitte Hess-Fallon, Anne-Marie Simon, *Droit des affaires*, 17 edition, p. 247 și urm.

intervenii dizolvarea ori lichidarea acesteia, urmând a fi reînregistrată la autoritatea competentă de la noul sediu social ca o persoană juridică de naționalitate britanică. Instanța a reținut că, în absența unei convenții pentru recunoașterea reciprocă a societăților comerciale și păstrarea personalității juridice a acestora în cazul transferului sediului lor dintr-o țară în alta și respectiv în lipsa unei legislații în acest sens a statului unde societatea își va muta sediul, societățile comerciale nu pot beneficia de o regulă comunitară care să le ofere efectiv dreptul de transfer al sediului social dintr-un stat în altul. De asemenea, instanța a considerat că Hotărârea CJUE pronunțată în cauza *C. c. Enel*, invocată de petentă, nu prezintă relevanță în speță. S-a reținut în acest sens că CJUE a consacrat, în hotărârea *C. împotriva Enel* din data de 15 iulie 1964, principiul supremației. Astfel, dacă o regulă națională este contrară unei dispoziții europene, autoritatea statelor membre trebuie să aplice dispoziția europeană. Dreptul național nu este nici anulat și nici abrogat, însă caracterul său obligatoriu este suspendat. Or, în cauză, față de lipsa unor reglementări în dreptul comunitar referitoare la transferul sediului social al unei societăți comerciale dintr-un stat membru într-un alt stat membru, nu se poate susține că legea națională se îndepărtează de Tratat, că produce efecte contrare Tratatului sau că Tratatul are prioritate în raport cu prevederile naționale. În plus, din documentele depuse la dosar rezultă că o societate domiciliată în afara Gibraltarului și cu domiciliul pe teritoriul unui stat relevant poate, dacă i se permite acest lucru prin constituție și prin legea aplicabilă în jurisdicția înființării sale, să depună cerere pentru stabilirea domiciliului în Gibraltar. Societatea poate, prin urmare, redomicilia în Gibraltar, cu condiția ca legislația românească să permită acest lucru și cu condiția ca cerințele prevăzute în regulamente să fie îndeplinite, tribunalul apreciind că, față de faptul că legislația românească nu conține dispoziții referitoare la admisibilitatea și procedura de relocare transfrontalieră a sediului unei societăți cu răspundere limitată, se constată că petenta nu îndeplinește cel puțin una din condițiile impuse de legislația Regatului Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord pentru redomiciliere. Curtea menține soluția tribunalului, argumentând și faptul că legislația străină impune parcurgerea unei proceduri speciale de emitere a unui certificat de domiciliu acordat de grefier cu condiția ca societatea, în 6 luni de la data emiterii certificatului de înregistrare, să facă dovada că a încetat să mai aibă domiciliul în țara de origine, petenta nefăcând dovada inițierii procedurii de înregistrare în statul străin în materializarea unei duble condiționări. Prin urmare, se arată în motivarea Curții de Apel, statul român nu poate dispune radierea unei societăți înregistrate pe teritoriul său fără dizolvare sau lichidare, fără existența unor norme legale în acest sens și doar în urma unei simple manifestări de intenție din partea societății în cauză în legătură cu o virtuală procedură de relocare ce urmează a fi parcursă¹².

Aspectul pozitiv al acestei probleme constant dezbătute a fost reprezentat de faptul că orientările jurisprudențiale au ajutat la decantarea unor constante care au indicat limitele direcțiilor de urmat în inițierea unei propuneri legislative care să vizeze această operațiune.

Triumviratul problematic în procesul de transformare transfrontalieră este centrat pe dreptul de stabilire astfel cum este reglementat de art. 49 TFUE¹³, pe intenția de prevenire a proliferării societăților de tip căsuță poștală (letter-box), care nu au nicio activitate economică, și de asemenea pe necesitatea de a condiționa o transformare de existența unei legături economice cu statul de destinație.

¹² Decizia civilă nr. 910/R din 23 septembrie 2014, <http://www.rolii.ro/>.

¹³ Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (versiune consolidată).

Potrivit art. 49 TFUE, „În conformitate cu dispozițiile care urmează, sunt interzise restricțiile privind libertatea de stabilire a resortisanților unui stat membru pe teritoriul altui stat membru. Această interdicție vizează și restricțiile privind înființarea de agenții, sucursale sau filiale de către resortisanții unui stat membru stabiliți pe teritoriul altui stat membru. Libertatea de stabilire presupune accesul la activități independente și exercitarea acestora, precum și constituirea și administrarea întreprinderilor și, în special, a societăților în înțelesul art. 54 al doilea paragraf, în condițiile definite pentru resortisanții proprii de legislația țării de stabilire, sub rezerva dispozițiilor capitolului privind capitalurile”.

Curtea de Justiție a abordat chestiunea pe baza principiului libertății de stabilire cu o atenție specială în ceea ce privește obstacolele pe care statele membre le pot ridica în cazul unui transfer transfrontalier. Unul dintre punctele nevralgice din acest domeniu este posibila eludare a normelor naționale și europene printr-un aranjament artificial menit să obțină avantaje fiscale nejustificate sau să prejudice în mod nejustificat drepturile acționarilor minoritari, creditorilor sau angajaților. În acest sens, Parlamentul European, în Proiectul său de raport referitor la Propunerea de Directivă a Parlamentului European și a Consiliului de modificare a Directivei (UE) 2017/1132 în ceea ce privește conversiile transfrontaliere, fuziunile și divizările, atrăgea atenția asupra faptului că „Societățile de tip letter-box sunt creaturi artificiale ale dreptului societăților comerciale, stabilite prin înregistrare într-un stat membru, în timp ce își desfășoară activitatea în alte state membre, cu scopul de a evita legislațiile fiscale naționale, contribuțiile la asigurările sociale și legislația care are în vedere participarea salariaților la administrarea societății”.

Hotărârea din cauza *Polbud* reprezintă un final al controverselor stârnite de lipsa unei reglementări a transformărilor transfrontaliere dar și un moment de cotitură în abordarea principiului libertății de stabilire, mai exact a compatibilității dintre acest principiu și *forum shopping*. CJUE a susținut în această privință că libertatea de stabilire este aplicabilă în cazul în care se transferă dintr-un stat membru în altul doar sediul social, nu și cel real, dacă statul membru în care s-a efectuat noua constituire acceptă înregistrarea unei societăți chiar și fără exercitarea unei activități economice pe teritoriul său¹⁴ (este adevărat că art. 49 din TFUE nu impune derularea unei activități economice ca o condiție prealabilă pentru aplicabilitatea sa). De asemenea, CJUE a lăsat statelor membre competența de a decide care va fi factorul de legătură al societății comerciale cu ordinea sa juridică¹⁵ aplicând propriile cerințe pentru constituirea viitoarelor societăți comerciale. CJUE a mai reamintit și faptul că potrivit jurisprudenței sale anterioare simplul fapt al stabilirii sediului social sau real al unei societăți în conformitate cu legislația unui stat membru în scopul de a beneficia de o legislație mai favorabilă nu constituie, în sine, un abuz. În hotărârea *Polbud* s-a mai statuat și faptul că o normă națională care condiționează transferul transfrontalier de dizolvarea societății constituie o restricție nejustificată și disproporționată și, prin urmare, nelegitimă. În acest sens, Curtea a declarat că: „Articolele 49 și 54 TFUE trebuie interpretate în sensul că libertatea de stabilire este aplicabilă transferării sediului social al unei societăți, constituită în temeiul dreptului unui stat membru, pe teritoriul unui alt stat membru în scopul transformării sale, în conformitate cu condițiile impuse de legislația acestui alt stat membru, într-o societate care intră sub incidența dreptului acestui din urmă stat membru, fără modificarea sediului real al societății respective. Articolele 49 și 54 TFUE trebuie interpretate în sensul că se opun unei reglementări a unui stat membru care

¹⁴ *Polbud-Wykonawstwo*, cauza C-106/16, pct. 33 și urm., <https://curia.europa.eu>.

¹⁵ *Polbud-Wykonawstwo*, cauza C-106/16, pct. 40; *Daily Mail și General Trust*, C- 81/87, pct. 19-21; *Cartesio*, C-210/06, pct. 109-112; *VALE*, C-378/10, pct. 32, <https://curia.europa.eu>.

condiționează transferarea sediului social al unei societăți, constituită în conformitate cu dreptul unui stat membru, pe teritoriul unui alt stat membru în scopul transformării, în conformitate cu condițiile impuse de legislația acestui din urmă stat membru, într-o societate care intră sub incidența dreptului acestuia, de lichidarea celei dintâi societăți”.

Poziția Curții nu este la adăpost de critică, doctrina¹⁶ remarcând faptul că, de unde anterior deciziei sale Curtea realizase un compromis slab între liberalizarea pieței UE și contracararea unor efecte negative ale unor societăți „pseudo-străine”, în loc de a încerca să clarifice acest lucru, prin hotărârea pronunțată instanța a abandonat cu totul aceste premise. Modul în care s-a apreciat în hotărârea *Polbud* că libertatea de stabilire acoperă schimbarea dreptului aplicabil al societăților comerciale, chiar dacă aceasta nu este însoțită de un transfer al sediului real, este remarcabil, se mai arăta tot cu nuanță critică în literatura de specialitate¹⁷, întrucât opinia avocatului general în speță¹⁸ a fost mult mai conservatoare acesta statuând că „din moment ce pe de o parte, stabilirea constituie, incontestabil, condiția de aplicare a libertății de stabilire și, pe de altă parte, în jurisprudența constantă, noțiunea de stabilire implică o stabilire în mod real în statul membru gazdă și exercitarea unei activități economice efective, atunci, în mod logic, trebuie ca, în domeniul de aplicare al libertății de stabilire, să fie incluse numai operațiunile care sunt aferente unei stabiliri în sensul unei stabiliri reale”.

În absența armonizării la nivelul UE a transformărilor transfrontaliere, legislațiilor naționale le-ar fi revenit rolul de a reglementa procedura care trebuie urmată și protecția acționarilor minoritari, a creditorilor sau a salariaților ori combaterea abuzurilor fiscale sau de altă natură în cazul transformărilor transfrontaliere ale societăților. Prin urmare, în acest context, legiuitorul european a inițiat Propunerea de Directivă a Parlamentului European și a Consiliului de modificare a Directivei (UE) 2017/1132 în ceea ce privește transformările, fuziunile și divizările transfrontaliere. Obiectivul acesteia¹⁹ a fost de a oferi o procedură specifică pentru transformările transfrontaliere, menită să asigure și controlul legalității operațiunii defalcat între autoritatea competentă din statul membru de plecare și cea din statul membru de destinație²⁰, un element central în această procedură urmând a fi reprezentat de verificările efectuate de

¹⁶ Mucha, Ariel and Oplustil, Krzysztof, Redefining the Freedom of Establishment under EU Law as the Freedom to Choose the Applicable Company Law: A Discussion after the Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 25 October 2017 in Case C-106/16, *Polbud* (September 10, 2018). *European Company and Financial Law Review* vol. 15, no. 2. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3100156> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3100156>.

¹⁷ Davies, Paul L. and Emmenegger, Susan and Ferran, Eilis and Ferrarini, Guido and Hopt, Klaus J. and Moloney, Niamh and Opalski, Adam and Pietrancosta, Alain and Roth, Markus and Skog, Rolf R. and Winner, Martin and Winter, Jaap W. and Wymeersch, Eddy O., *The Commission's 2018 Proposal on Cross-Border Mobility – An Assessment* (September 27, 2018). *European Company and Financial Law Review* Forthcoming; Oxford Legal Studies Research Paper No. 25/2018. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3257846> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3257846>.

¹⁸ Concluziile Avocatului General Juliane Kokot din data de 4 mai 2017, C-106/16, <https://curia.europa.eu>.

¹⁹ Pe larg în Expunerea de motive a propunerii, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0241&from=EN>.

²⁰ Această dihotomie este consacrată inițial de cauza *Cartesio*, C-210/06 regăsindu-se și în decizia din cauza *VALE*, C-378/10; pe larg în Fabris, Daniele, *European Companies' 'Mutilated Freedom'*. From the Freedom of Establishment to the Right of Cross-Border Conversion (March 12, 2019). *European Company Law*, vol. 16, Issue 3, 2019 (Forthcoming). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3402991> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3402991>.