

Aspecte juridice privind deținerile temporare de acțiuni în entități nefinanciare

Adrian Dumitrescu, consilier juridic,
Direcția Juridică, BNR

I. Incapacitatea parțială de dobândire.

După cum se știe, **capacitatea de folosință** a persoanei juridice este acea parte a capacității sale civile care constă în aptitudinea acesteia de a avea drepturi și de a-și asuma obligații. Conținutul capacității de folosință ca aptitudine de a avea drepturi și obligații este țărmurit de anumite **limite**, dincolo de care nu mai este recunoscută această aptitudine. Limitele capacității de folosință, care sunt date de „îngrădirile” acesteia, prevăzute de lege, se înfățișează ca „**incapacități de folosință**”.

O **incapacitate specială de folosință** a persoanei juridice este reglementată prin dispozițiile articolelor 143 și 144 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului.

Astfel, în conformitate cu dispozițiile art. 143 alin.1 din OUG nr.99/2006, *„valoarea unei participații calificate a unei instituții de credit, persoană juridică română, într-o entitate, alta decât o instituție de credit, o instituție financiară, o societate de asigurare, o societate de reasigurare sau o societate ce desfășoară activități care reprezintă o prelungire directă a activității bancare, cum ar fi leasing, factoring, administrare de fonduri de investiții, sau care prestează servicii auxiliare activității bancare, cum ar fi servicii de procesare de date, ori desfășoară alte activități similare, nu poate să depășească 15% din fondurile sale proprii.”* Conform art.143 alin.2 din OUG nr.99/2006, *„valoarea totală a participațiilor calificate ale instituției de credit, persoană juridică română, în entitățile prevăzute la alin. (1) nu poate depăși 50% din fondurile sale proprii.”* În sfârșit, potrivit dispozițiilor art. 144 din OUG nr.99/2006, *„Instituțiile de credit, persoane juridice române, nu pot dobândi participații calificate într-o entitate de natura celor prevăzute la art. 143 alin. (1), dacă în acest fel instituția de credit poate **exercita controlul** asupra entității respective.”*

Observăm, aşadar, că această incapacitate este **relativă**, deoarece operează numai între subiectul de drept luat în considerare, respectiv instituţia de credit persoană juridică română, şi anumite subiecte de drept determinate, respectiv entităţile din afara sectorului financiar. Incapacitatea este şi **parţială**, întrucât se referă la participaţii calificate a căror valoare depăşeşte anumite limite stabilite de OUG nr.99/2006.

I.1 Reglementări anterioare.

Incapacităţi parţiale de dobândire a unor participaţii calificate în entităţi din afara sectorului financiar au existat şi în legile bancare anterioare. Astfel, **art.28 din Legea nr. 33/1991** privind activitatea bancară, preciza că *participarea unei societăţi Bancare la o firmă sau întreprindere al cărei obiect de activitate nu are legătură cu activitatea bancară nu putea depăşi 20% din capitalul firmei sau al întreprinderii respective*. Constatăm însă că incapacitatea era raportată numai la capitalul entităţii nefinanciare, iar nu şi la fondurile proprii ale societăţii bancare.

Raportarea la fondurile proprii ale instituţiei de credit a fost introdusă prin **Legea nr.58/1998 privind activitatea bancară**. Astfel, art. 68 alin.1 din această lege prevedea că *orice participaţie de natura imobilizărilor financiare, deţinută - direct şi/sau indirect - de o bancă, în părţi sociale, acţiuni sau alte titluri de natură participativă la entităţi, altele decât instituţii de credit, instituţii financiare, de asigurări şi societăţi prestatoare de servicii auxiliare sau conexe, nu putea să depăşească: a) 15% din fondurile sale proprii; b) 20% din capitalul social al entităţii respective sau, după caz, din valoarea totală a titlurilor de natură participativă emise de o asemenea entitate. Valoarea totală a imobilizărilor financiare prevăzute la alin. 1 nu poate depăşi 60% din fondurile proprii ale băncii*.

II. Deţinerea temporară de acţiuni.

Prin excepţie de la regula incapacităţii parţiale de dobândire, „*deţinerile temporare de acţiuni în cursul unei operaţiuni de asistenţă sau restructurare financiară a unei entităţi din afara sectorului financiar, care îndeplinesc cerinţele regulamentului nu se consideră participaţii calificate pentru scopul aplicării limitelor prevăzute la art. 143 alin.(1) şi (2) din O.U.G. nr. 99/2006.*”

II.1.Natura juridică a operațiunii de conversie a datoriilor în acțiuni.

Potrivit proiectului de regulament „se consideră **acțiuni detinute temporar** în cursul unei operațiuni de asistență sau restructurare financiară a unei entități din afara sectorului financiar, acțiunile dobândite de instituția de credit **în schimbul stingerii creanțelor** pe care aceasta le înregistrează în mod direct la momentul respectiv față de entitatea în cauză.”

Dobândirea acțiunilor de către instituțiile de credit în schimbul drepturilor de creanță se realizează în urma majorării de capital **prin compensarea unor creanțe certe, lichide și exigibile** asupra societății cu acțiuni ale acesteia, operațiune juridică cunoscută sub denumirea de **conversie în acțiuni a datoriilor societății**.

În conformitate cu prevederile art. 210 din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, „capitalul social se poate mări prin emisiunea de acțiuni noi sau prin majorarea valorii nominale a acțiunilor existente (...)” Potrivit art.201 alin.2 din aceeași lege, ”acțiunile noi sunt liberate prin încorporarea rezervelor, cu excepția rezervelor legale, precum și a beneficiilor sau a primelor de emisiune, ori **prin compensarea unor creanțe lichide și exigibile** asupra societății cu acțiuni ale acesteia.”

Deși textul de lege utilizează noțiunea de compensare, doctrina de drept comercial¹ arată faptul că operațiunea juridică **nu constituie, propriu-zis, o compensație** (care presupune existența deopotrivă a două creanțe certe, lichide și exigibile și care le stinge pe amândouă, până la concurența lor), ci reprezintă o **transformare** a creanțelor pe care terții le au față de societatea pe acțiuni, pe baza convenției dintre creditor și debitor care înțeleg, pe calea **novatiei obiective**, în condițiile art.1128 pct.1 din Codul civil, să transforme obligația de plată în obligația societății de a emite acțiuni de o valoare egală cu creanța, pe care să le distribuie creditorului. Operațiunea juridică constă în contractarea unei noi obligații ce se substituie celei vechi, care este stinsă, ceea este de esența și natura novației obiective.

¹ Ioan Schiau, Titus Prescure, *Legea societăților comerciale nr.31/1990:analize și comentarii pe articole*, București, Editura Hamangiu, 2007, p.623.

II.2. Efecte.

Efectul principal al novației este acela al **stingerii vechii obligații** și înlocuirea ei cu o obligație nouă. Odată cu vechea obligație **se sting și toate accesoriile și garanțiile** care o însoțeau (art.1134 Cod civil). Ca urmare a stingerii garanțiilor eventual constituite în favoarea instituției de credit, aceasta în calitate sa de acționar, în cazul falimentului, va avea un rang de prioritate inferior altor creditori ai societății.

II.3. Măsurile și sancțiuni aplicabile de Banca Națională a României.

În eventualitatea unor situații de nerespectare a cerințelor regulamentului privind deținerile temporare de acțiuni, devin incidente prevederile OUG nr.99/2006.

Astfel, în temeiul art.143 alin.3 din OUG nr.99/2006, Banca Națională a României ar putea considera o astfel de situație ca fiind o situație excepțională **și să dispună instituției de credit să-și majoreze fondurile proprii** în vederea încadrării în limitele prevăzute la art.143 alin. (1) și (2).

De asemenea, în temeiul art. 226 alin.1 lit.h) din OUG nr.99/2006, Banca Națională a României poate să dispună **măsura limitării participațiilor calificate în entități (...) nefinanciare, situație în care instituția de credit este obligată la înstrăinarea acestora.** Acest lucru este posibil, deoarece **numai acele dețineri temporare de acțiuni care îndeplinesc cerințele regulamentului** nu se consideră participații calificate. În măsura în care Banca Națională a României apreciază că deținerile temporare de acțiuni nu îndeplinesc cerințele regulamentului, aceste dețineri vor fi considerate drept participații calificate care depășesc limitele prevăzute la art.143 alin. (1) și (2).

În temeiul art. 228 alin.1 literele a) și b) din OUG nr.99/2006, Banca Națională a României poate aplica **sancțiuni**, în cazurile în care constată că o instituție de credit, persoană juridică română a încălcat prevederile **reglementărilor emise în aplicarea acesteia** sau că nu a respectat **măsurile** dispuse de Banca Națională a României.

II.4. Aspecte privind legislația concurenței.

Potrivit art. 11 din Legea nr.21/1996, legea concurenței, **nu constituie operațiuni de concentrare economică** situațiile în care: (...) **b)** instituțiile de credit (...) **detin temporar valori mobiliare** ale unei întreprinderi pe care le-au dobândit în vederea revânzării, cu **condiția ca acestea să nu își exercite drepturile de vot conferite de valorile mobiliare în cauză pentru a determina comportamentul concurențial al întreprinderii în cauză** (...) și ca **cesiunea să aibă loc în termen de un an de la data achiziției;**

La pct.117 din Ordinul Consiliului Concurenței nr. 386/2010 pentru punerea în aplicare a Instrucțiunilor privind conceptele de concentrare economică, întreprindere implicată, funcționare deplină și cifră de afaceri, se pune întrebarea dacă o operațiune de salvagardare a unei întreprinderi, constituie o concentrare economică în sensul legii. În acest sens se arată că, „o **operațiune tipică de salvagardare presupune conversia datoriei existente (în acțiuni –n.n.) prin care un consorțiu bancar poate prelua controlul în comun al întreprinderii în cauză. În cazul în care o operațiune îndeplinește criteriile pentru controlul în comun prevăzute anterior, respectiva operațiune trebuie considerată o concentrare economică. Chiar dacă intenția de bază a băncilor este de a restructura din punct de vedere financiar întreprinderea în cauză în vederea revânzării sale ulterioare, excepția prevăzută la art. 11 lit. b) din lege, nu se aplică acestui tip de operațiune. (...)** Programul de restructurare obligă băncile, care asigură controlul, să determine strategia comercială a întreprinderii salvate (...)”. Acest lucru este în contradicție cu cerința prevăzută la art. 11 din Legea concurenței, respectiv aceea ca instituția de credit să nu își exercite drepturile de vot pentru a determina comportamentul concurențial al întreprinderii în cauză.

Chiar dacă exemplul prezentat în textul citat se referă la dobândirea controlului de către un consorțiu bancar, considerăm că aceeași concluzie este valabilă și în cazul în care numai o singură instituție de credit preia controlul în cadrul unei operațiuni de salvagardare a unei întreprinderi.

Potrivit prevederilor art. 15. alin.1 din Legea concurenței, concentrările economice care depășesc pragurile valorice prevăzute la art. 14 din aceeași lege trebuie **notificate Consiliului Concurenței**. Conform art.14 din lege, prevederile menționate mai sus se aplică operațiunilor de concentrare economică, atunci când cifra de afaceri cumulată a întreprinderilor implicate în operațiune depășește echivalentul în lei a 10.000.000 euro și când cel puțin două dintre întreprinderile implicate au realizat pe teritoriul României, fiecare în parte, o cifră de afaceri mai mare decât echivalentul în lei a 4.000.000 euro.

15 februarie 2011