

INFLUENȚA ELEMENTELOR DE EXTRANEITATE ASUPRA DREPTULUI DE LIBERĂ STABILIRE A SOCIETĂȚILOR COMERCIALE



De Gabriel Mihai

Abstract

In this study, the author describes the phenomenon of establishing the registered office by the companies considering also the influence of the extraneity elements.

The structure and the body of the study reveal the comments on the right of establishment of legal entities, on the nationality and registered office of the company, on the powers and restrictions of the right of the freedom of establishment of companies and on the European legal and case-law framework regarding the right of establishment of legal entities.

Finally, the author puts forward brief considerations regarding the European case law in the matter of the right of establishment of companies.

Keywords: establishment of the registered office; extraneity elements; right of establishment; nationality; legislative framework; European case law.

Exercitarea de către o societate comercială a unor activități comerciale prevăzute în obiectul de activitate, în afara granițelor statului în conformitate cu legea căruia s-a constituit ori în care și-a stabilit sediul, a devenit în prezent un fenomen obișnuit.

Expansiunea eficientă și controlată a activității companiei este necesar a fi însoțită de o creștere exponențială a numărului de sucursale, agenții sau filiale, înființate de către societatea-mamă pe teritoriul statelor în care urmărește să pătrundă cu mărfurile sale. În ipoteza în care înființarea unor asemenea entități nu aduce rezultatul scontat ori interesele de reducere a cheltuielilor de exploatare o justifică, societatea, de obicei, procedează la mutarea sediului social de pe teritoriul statului de constituire pe teritoriul altui stat.

Sediul este un element de identificare a persoanei juridice, de localizare în spațiu, distinct de domiciliul sau sediul asociatului. Sediul are funcțiile pe care domiciliul le îndeplinește pentru persoana fizică, considerându-se că dispozițiile referitoare la domiciliu sunt aplicabile și sediului dacă nu sunt incompatibile cu natura persoanei juridice.

Prin noțiunea de *sediū* se înțelege locul unde se află centrul principal de conducere și de gestiune a activității statutare, chiar dacă hotărârile organului respectiv sunt adoptate potrivit directivelor transmise de acționari sau asociați din alte state.

Amploarea fenomenului de stabilire a sediului social a determinat la nivelul Uniunii Europene nevoia consacării unui drept care să permită societăților să-și transfere sediul dintr-un stat membru în altul, cu păstrarea personalității juridice. Odată cu încheierea Tratatului de la Roma^[1], prin prevederile Titlului IV Capitolul II art. 49, acest drept a primit consacrară pe plan european, sub denumirea de *drept de stabilire*.

Dreptul de stabilire a sediului în cazurile ce implică un element de extraneitate consacră o egalitate de tratament a societăților-mamă față de societățile aparținând statului-gazdă, egalitate evidențiată prin oferirea posibilității de a înființa subsidiare pe teritoriul unui alt stat membru în aceleași condiții ca societățile de naționalitatea statului-gazdă.

Resortisanții oricărui stat membru beneficiază de dreptul de a constitui o societate în oricare dintre statele membre, dreptul de a stabili sediul social sau administrația principală pe teritoriul acestuia și de a exercita activitatea comercială cuprinsă în obiectul său de activitate prin intermediul unei sucursale sau filiale înființate în acest scop în acel stat.

Dreptul de stabilire presupune interzicerea discriminării având drept criteriu de referință condițiile stabilite pentru proprii resortisanți de legea țării unde se efectuează acea stabilire. Această interdicție reprezintă, în fapt, aplicarea principiului nediscriminării astfel cum este reglementat de art. 18 din Tratatul de la Roma. Cu toate acestea, dreptul de stabilire și aplicarea tratamentului național nu presupun uniformitatea legislațiilor naționale sau înlăturarea particularităților naționale.

Libertatea de stabilire pe teritoriul altui stat, în scopul exercitării unui comerț sau unei profesii, poate fi considerată o componentă a libertății de circulație a persoanelor în spațiul Uniunii Europene, dar trebuie să fie asociată, în același timp, și cu libertățile de furnizare a serviciilor în vederea exercitării activităților productive și comerciale în cele mai favorabile medii socio-economice.

Scopul libertății de stabilire a fost de a desființa orice fel de barieră pe care frontiera națională o ridică în calea exercitării aptitudinilor antreprenoriale și organizaționale ale companiilor din fiecare stat membru pentru a se da esență obiectivului privind utilizarea efectivă a resurselor din cadrul pieței interne. Societățile comerciale au luat locul statelor, având rolul primordial în economia

mondială globalizată. Chiar dacă dreptul de liberă stabilire a societăților din diferite state membre s-a limitat inițial doar la dreptul de înființa filiale, sucursale, agenții sau reprezentanțe în alt stat membru, fără reglementări din partea statului gazdă cu caracter discriminatoriu bazat pe criteriul naționalității societății sau pe proveniența capitalului social, în timp, acest drept a cunoscut multiple transformări datorită hotărârilor Curții Europene de Justiție care i-au extins prerogativele.

Dreptul de stabilire este format, în genere, din două componente distincte, respectiv dreptul de stabilire primară și dreptul de stabilire secundară.

Prin stabilirea primară a unei societăți se înțelege operațiunea juridică prin care o societate își mută sediul de pe teritoriul unui stat pe teritoriul altuia, concomitent cu păstrarea personalității juridice.^[2]

Prin stabilirea secundară a unei societăți se înțelege operațiunea juridică prin care o societate își extinde activitatea sa comercială pe teritoriul altor state decât statul de origine, recurgând la înființarea de filiale, sucursale, agenții sau reprezentanțe. În ipoteza stabilirii secundare extinderea activității comerciale se realizează fără mutare de sediu într-un alt stat, spre deosebire de stabilirea primară care implică, în mod esențial, această operațiune.^[3]

Aplicarea dreptului de stabilire a societăților trebuie să țină seama de armonizarea elementelor de extraneitate cu normele interne ale spațiului economic în care se amplasează.

Dreptul de stabilire a persoanelor juridice

Beneficiari ai dreptului de stabilire sunt societățile de drept civil sau comercial, inclusiv asociațiile cooperatiste și alte persoane juridice de drept public sau privat, cu excepția societăților care nu urmăresc un scop lucrativ.

Pentru a se valorifica pe deplin beneficiul dreptului de liberă circulație trebuie soluționată, în prealabil, chestiunea personalității juridice a societăților. Condițiile atribuirii personalității juridice sunt reglementate diferit în statele membre^[4]. Sistemele statelor membre rămân diferite, în sensul că unele recunosc societățile străine numai în virtutea criteriului sediului social, altele țin cont în anumite situații de sediul real, dacă este diferit de sediul statutar, iar altele au în vedere criteriul încorporării care privilegiază îndeplinirea formalităților de constituire.^[5]

Dispozițiile Tratatului de la Roma asigură recunoașterea reciprocă de către state a exercitării libertăților de stabilire și de prestări servicii, principalele forme de acțiune ale societăților în spațiul comunitar european. Art. 54 al Tratatului de la Roma definește noțiunea de *desocietăți* ca reprezentând toate persoanele juridice care s-au constituit în conformitate cu regulile dreptului civil sau comercial al unui stat membru, indiferent dacă sunt persoane juridice de drept public sau de drept privat, cu singura condiție de a avea un scop lucrativ; se instituie astfel, sistemul liberal al încorporării, în beneficiul societăților constituite în conformitate cu legislația dintr-un stat membru.

Sistemul încorporării este, însă, modificat, în sensul că este necesar ca societățile să aibă în interiorul comunității fie sediul statutar, fie administrația centrală, fie un sediu principal[6]. În înțelesul art. 54 devenit art. 48 din Tratat se iau în considerare atât grupurile de societăți care posedă capacitate de acțiune și patrimoniu propriu,[7] precum și societățile economice mixte, grupurile de interes economic, instituțiile publice.

Naționalitatea și sediul societății comerciale

Naționalitatea este elementul care plasează societatea comercială în sfera unui sistem de drept exprimând apartenența acestuia la un anumit stat. Criteriul de drept comun pentru determinarea naționalității persoanei juridice este cel al sediului social, alături de care există și criterii speciale, întâlnite mai ales în convențiile internaționale, pentru situații deosebite. Unul dintre aceste criterii speciale este cel al controlului, conform căruia o persoană juridică poate fi socotită ca aparținând unui stat străin datorită controlului care se exercită asupra ei de către interese străine[8].

Existența diferențelor între sistemele legislative naționale, în privința mijloacelor folosite în vederea determinării *lex societatis*, împiedică consacrarea expresă a dreptului de stabilire primară a societăților comerciale, care trebuie să fie însoțită de o uniformizare sau armonizare a reglementărilor naționale din statele membre ale Uniunii Europene. Astfel, dacă o societate își mută sediul de pe teritoriul unui stat membru, care folosește ca mijloc de determinare pentru *lex societatis* sistemul încorporațiunii, pe teritoriul unui alt stat membru, care se folosește în acest scop de sistemul sediului real, va fi obligată în mod indirect ca, în prealabil, să se dizolve în statul de origine și ulterior să se înființeze în mod valabil, în conformitate cu regulile statului de primire, fiind astfel exclusă realizarea operațiunii de transfer al sediului, concomitent cu păstrarea personalității juridice. Transferul sediului dintr-un stat membru în altul, concomitent cu păstrarea personalității juridice, se poate realiza doar dacă ambele state aplică sistemul încorporațiunii.

Există și alte criterii ce pot fi folosite pentru determinarea *lex societatis* :

- *criteriul voinței fondatorilor persoanei juridice* reprezintă o aplicare a principiului autonomiei de voință în materia determinării naționalității persoanei juridice prin actul constitutiv și statut astfel cum ar fi mai convenabil în raport de interesele lor.

- *criteriul teritorialității conducerii (sediul social)*, prevăzut de legislația românească, a fost adoptat în practica românească, franceză, belgiană și germană. Sediul trebuie să fie real stabilit pe teritoriul aceluși stat, să nu fie fictiv, astfel ca persoana juridică să aibă centrul său administrativ de conducere pe acel teritoriu. Dacă persoana juridică are mai multe organe de conducere situate în țări diferite, sediul persoanei juridice este în țara în care se află organul superior de conducere a întregii persoane juridice.

- *criteriul controlului* prevede că naționalitatea persoanei juridice se determină fie după apartenența conducătorilor persoanei juridice, fie după cetățenia asociaților, fie după naționalitatea capitalului social, fie după cetățenia aceloră în folosul cărora se desfășoară activitatea persoanei juridice. Schimbarea naționalității societății comerciale prezintă importanță numai în cazul mutării sediului dintr-un stat în altul. Naționalitatea plasează societățile în cadrul unui sistem de drept, intern sau străin, și se identifică după locul sediului social și după controlul pe care îl exercită statele străine asupra conducerii și organizării acestor forme ale societății.

O aplicare elocventă în planul persoanelor juridice a tezei admisibilității multiplei cetățenii pentru persoanele fizice este existența *societăților transnaționale*, societăți care au sedii în mai multe state în același timp. La rândul lor, sucursalele și filialele sunt influențate de elementul de extraneitate specific acestei specii de societăți, având un comportament specific acestora. Ele trebuie să îndeplinească formalități prealabile, cum ar fi menționarea în documentele constitutive a structurii organizatorice a societății (forma, sediu, capital), a Adunării Generale și respectării hotărârilor acesteia.

Prerogativele și restricțiile dreptului de liberă stabilire a societăților comerciale

Principalele prerogative ale dreptului de stabilire a societăților comerciale sunt:

1. a) dreptul fondatorilor unei societăți comerciale de a decide în mod liber care va fi statul membru în care vor înființa societatea și care va fi forma pe care o va îmbrăca aceasta;

2. b) dreptul asociaților (acționarilor) de a hotărî în mod liber dacă exercitarea activității comerciale a societății se va desfășura pe teritoriul statului membru unde aceasta își are sediul social sau administrația principală ori pe teritoriul unui alt stat membru unde se va înființa în acest sens o filială sau o sucursală;

3. c) dreptul asociaților de a opta în mod liber dacă exercitarea activității comerciale în afara teritoriului statului de constituire se va realiza prin intermediul unei filiale sau sucursale, statul de primire fiind obligat să elimine orice regulă din legislația națională prin care se creează, în mod direct sau indirect, obligația unei societăți străine de a se stabili pe teritoriul acestuia doar în forma filialei;

4. d) dreptul oricărei societăți la egalitate de tratament în caz de constituire a unei filiale sau sucursale pe teritoriul altui stat membru, fără discriminări bazate pe originea capitalului sau naționalitate și în condiții similare societăților aparținând statului-gazdă.

Orice restricție adusă dreptului de stabilire trebuie strict motivată cu privire la modul în care se pot aduce restrângeri acestui drept fundamental.

Primul alineat al art. 45 prevede o derogare de la dreptul de stabilire, în cazul în care intervine interesul public al unui stat membru^[9]. O a doua excepție implică

restrângerea dreptului de stabilire atunci când obiectul acesteia este exercitarea unei activități care implică un exercițiu de autoritate publică. O altă excepție, pentru motive de politică, securitate și sănătate publică prevede că este necesar ca statul în cauză să poată demonstra existența unui pericol real și suficient de grav, care ar putea afecta interesul societății[10].

Cadrul legislativ și jurisprudențial european privind dreptul de stabilire a persoanelor juridice

Tratatul de la Roma de constituire a Comunității Economice Europene, prin art. 54[11], respectiv art. 235 și urm., stabilește pentru Consiliu și Comisie competențele de a emite și de a propune directive pentru a înlătura restricțiile libertății de mișcare și de asociere. În aplicarea acestora, au fost adoptate directive referitoare la societăți, în scopul armonizării unitare a legislației statelor membre, cu menținerea specificului lor național.

Convergența legislativă și recunoașterea reciprocă a entităților create sub un regim național, acceptarea unor efecte juridice similare în toate mediile naționale au fost realități câștigate odată cu implementarea acestor directive.

Începând cu anul 1968, anul primei directive[12], a urmat un efort legislativ remarcabil în domeniul societar, având ca punct de plecare conformarea cu principiul libertății de stabilire, respectiv cu interzicerea restricțiilor aduse libertății de stabilire, componentă a libertății de mișcare a persoanelor și a serviciilor. Tratatul identifică domenii particulare de acțiune pentru instituțiile comunitare, printre care și coordonarea granițelor care este necesară societăților din statele membre pentru protecția intereselor proprii și ale terților.

Prima Directivă, nr. 68/151/CEE, vizează regimul publicității constituirii societăților comerciale și puterile de reprezentare ale organelor de conducere, aspecte de natură să protejeze interesele terților în raporturile cu societățile comerciale respective. A doua Directivă, nr. 77/91/CEE, se referă la constituirea societăților pe acțiuni, capitalul social minim, mărirea și reducerea capitalului social, dividendele și distribuția acestora.

Directiva a III-a a Consiliului, nr. 78/855/CEE/1978, privește fuziunea societăților comerciale care se află în același stat membru (fuziunile naționale). Directiva a VI-a, nr. 82/891/CEE/1982, bazată pe art. 54 alin. (3) lit. g) din Tratat, privește divizarea societăților pe acțiuni (regulile privind divizarea prin absorbție, divizarea prin constituirea de noi societăți și divizarea sub control judiciar), iar Directiva a X-a reglementează fuziunea transfrontalieră a societăților pe acțiuni.

Directivele, a IV-a nr. 78/666 CEE/1978 și a V-a, stabilesc reguli privitoare la structura, atribuțiile, obligațiile organelor de conducere și standardele de raportare financiară anuală ale societăților de capitaluri. Directivele, a VII-a nr. 83/349/CEE/1993 și a VIII-a, privesc reguli în domeniul contabilității raporturilor dintre societățile-mamă și filialele lor.

Ultimele directive în materie, a XI-a nr. 89/666/CEE privind sucursalele societăților înregistrate în alt stat membru și a XII-a privind societatea cu răspundere limitată cu asociat unic nr. 89/667/CEE, privesc cerințele de publicitate în privința sucursalelor societăților. Directiva a XI-a stabilește cerințele minime cu privire la publicitatea impusă unei sucursale situate într-un alt stat decât acela în care se află societatea-mamă de care aparține, după cum aceasta depinde sau nu de spațiul comunitar (pentru bănci și societățile de asigurări se aplică directive speciale). Directiva a XII-a stabilește condițiile pentru o mai justă impozitare a societăților-mamă și a filialelor aflate în state membre diferite, scopul fiind acela de a se asigura că este evitată o dublă impunere fiscală.

Dispozițiile art. 49 din Tratatul de la Roma enumeră câteva forme de sedii secundare:

Agenția este constituită, în principiu, pe baza tehnicii mandatului, fiind o persoană juridică mandatată, dar denumirea este folosită, uneori, ca sinonim al sucursalei.

Sucursala este un sediu fără personalitate juridică ce nu este autonomă din punct de vedere juridic, chiar dacă are o autonomie de fapt.

Filiala este juridic autonomă, cu personalitate juridică, chiar dacă din punct de vedere economic este dependentă de societatea-mamă, prin participarea acesteia la capitalul filialei care se realizează fie prin întemeierea unei societăți noi, fie prin deținerea controlului asupra unei societăți existente. Față de sucursală, filiala are anumite avantaje prin naționalitate, apropierea față de piața de desfacere, autonomia deciziilor, finanțări locale proprii, precum și prin accesul mai ușor la informații pe plan local.

Progresiv, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a recunoscut un sens mai larg al noțiunii de stabilire, respectiv sub forma prezenței permanente.^[13] Dreptul de stabilire, element esențial al dezvoltării dreptului societar european este condiționat de procese politico-economice și exprimat în acte juridice complexe: directive, regulamente și hotărâri caracterizate printr-un rol integrator și o interpretare teleologică unitară.

În cauzele *Segers* și *Futura & Singer C-250/95 [1997] ECR I-2471 §24* Curtea a hotărât că resortisantul oricărui stat membru beneficiază, potrivit art. 49 și art. 54 din Tratatul de la Roma, de dreptul de alegere între a întemeia o societate în statul al cărui resortisant este sau într-un alt stat membru. Cele două articole din Tratat conferă asociaților (acționarilor) dreptul de a hotărâ care va fi locul unde societatea își va desfășura activitatea comercială. În această situație, asociații (acționarii) au un drept de opțiune în ceea ce privește desfășurarea activității comerciale prin intermediul unei filiale sau a unei sucursale, iar statul de primire nu va putea crea reguli care să oblige în mod direct sau indirect societatea să-și desfășoare activitatea doar într-o formă impusă.

Curtea a hotărât în cauza *Centros* că societățile pot funcționa prin sucursale sau agenții în oricare dintre state, chiar dacă în statul în care au fost înmatriculate nu

au funcționat. Argumentul referitor la o egalitate de șanse a prevalat celui referitor la protecția terților (față de faptul că societatea ar avea un capital social mai mic, prin constituirea în alt stat decât cel în care funcționează sediile secundare). Statele membre trebuie să stabilească metode mai eficiente de protejare a intereselor societărilor în loc să blocheze înființarea de subsidiare pe teritoriul lor din partea acestor societăți străine care n-au un capital social minim și obligatoriu, astfel încât nu ar corespunde prevederilor legale naționale în materie.

În cauzele *Comisie vs Franța, Commerzbank, Comisia vs Italia*, Curtea a statuat că dispozițiile fiscale statale contravin dreptului de stabilire instituit prin art. 49 și art. 54 din Tratatul de la Roma deoarece restrâng dreptul de alegere a societăților străine în ceea ce privește prezența lor pe teritoriul unui alt stat membru, sub forma liberei opțiuni de constituire a unei filialei, agenții sau sucursale. Statele gazdă obligau în mod indirect societățile străine din acest sector al economiei să constituie filiale în dauna sucursalelor, pentru a beneficia de anumite avantaje fiscale, fapt ce reprezintă, însă, o restrângere a libertății de stabilire și o încălcare a acestor articole, care stabilesc obligația statelor semnatare de a nu întreprinde demersuri susceptibile de a aduce atingere acestui drept.

Cauza *Factortame II C-221/89 ECR I-3905 §21* a ajuns în fața Curții de Justiție, care a stabilit că regulile Marii Britanii referitoare la înmatricularea în acest stat a societăților având ca obiect de activitate pescuitul, precum și a navelor de pescuit proprietatea acestora, reprezintă o restrângere a dreptului de stabilire prevăzut de art. 52 și art. 58 din Tratatul de la Roma deoarece limitează în mod drastic posibilitatea societăților din alte state membre de a înființa în Marea Britanie societăți având ca obiect de activitate pescuitul.

Într-o cauză recentă, *Daily Mail C-81/87-ECR 5483§17*, Curtea a hotărât în favoarea fiscolei englez dispunând că diferențele de reglementare nu pot fi armonizate sau uniformizate pe baza prevederilor art. 49 și art. 54 din Tratatul de la Roma deoarece aceste două articole instituie doar dreptul de stabilire secundară al unei societăți, nu și cel de stabilire primară. În consecință, art. 49 și art. 54 din Tratat nu pot fi invocate de o persoană juridică dintr-un stat membru pentru ca aceasta să-și poată transfera sediul social și administrația centrală dintr-un stat membru în altul cu păstrarea personalității juridice^[14].

Jurisprudența europeană ilustrează aplicarea directivelor și a conținutului articolelor Tratatului de la Roma, precum și influența acestora asupra procesului de modificare a reglementărilor interne pentru armonizarea cu dreptul de stabilire al societăților comerciale, modificări impuse de necesitatea de a evita discriminările fiscale, economice și de orice altă natură. Tentația de discriminare a țărilor participante la activitățile comerciale a fost contracarată prin hotărârile Curții de Justiție a Comunităților Europene care a criticat și sancționat aspru aceste tendințe ale statelor membre de a nesocoti prevederile Tratatului.

[1] Tratatul de la Roma privind funcționarea Uniunii Europene conține, în versiunea sa consolidată, toate modificările, revizuirile și actualizările efectuate prin Tratatul de la Maastricht privind Uniunea Europeană și, respectiv, Tratatul de la Lisabona de modificare a Tratatului privind Uniunea Europeană și a Tratatului de Instituire a Comunității Europene.

[2] Este exclusă situația transferului de sediu realizat prin dizolvare, lichidare și pierderea personalității juridice în statul de origine, urmată de renașterea acesteia în statul gazdă.

[3] În dreptul intern, pentru a dobândi personalitate juridică deplină, societatea trebuie să parcurgă o serie de formalități de constituire și publicitate profesională.

[4] În unele state membre, precum Italia, Germania, Olanda expresia „persoană juridică” este utilizată numai pentru societățile de capitaluri, dar în accepțiunea franceză termenul este folosit pentru toate societățile.

[5] Recunoașterea societăților încorporate în Marea Britanie, Franța sau Olanda nu se face în baza dreptului comun. Fără recunoaștere, societatea nu se poate prevala, în principiu, de capacitatea juridică conferită de legea statului căruia îi aparține.

[6] În context, este suficient să existe un sediu statutar, fără administrație centrală și fără un sediu principal.

[7] Se au în vedere societățile civile și comerciale din dreptul francez înmatriculate în Registrul Comerțului, iar printre acestea societatea anonimă simplificată.

[8] Controlul se apreciază după cetățenia (naționalitatea) asociaților, după proveniența capitalului social și/sau după cetățenia persoanelor care formează organele de conducere ale respectivei persoane juridice.

[9] Cauza *Commission vs. Greece* 147/86 ECR 1637 § 7, *Commission vs. Spain* C-114/97 ECR I-0000 §34.

[10] Cauza *Commission v Spain* C-114/97 ECR I-0000 §46.

[11] Temeiul aflat la baza majorității directivelor care au ca obiect norme de drept societar.

[12] Directiva nr. 68/151/CEE din 09.03.1968 1, „Directiva transparenței” sau „Directiva publicității” a fost elaborată în baza art. 54 alin. (2) din Tratatul de la Roma.

[13] Hotărârea CJCE Gebhard c) Consiliului Ordinului de Avocați și Procuratori din Milano – Cauza C55/1994 și Hotărârea CJCE c) Germania – Cauza 205-84/1986.

[14] Aceste două reguli pot fi folosite, de exemplu, pentru ca o societate dintr-un stat membru să beneficieze de egalitate de tratament cu societățile de naționalitatea statului gazdă în caz de constituire a unei filiale, sucursale, agenții sau reprezentanțe pe teritoriul statului gazdă.