PROBLEMELE ACTUALE ALE INSTITUȚIEI INSOLVABILITĂȚII TRANSFRONTALIERE ÎN DREPTUL INTERNAȚIONAL PRIVAT

CURRENT ISSUES OF THE INSTITUTION OF CROSS-BORDER INSOLVENCY IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

CZU: 341.9:347.427:339.56 **https://doi.org/10.59295/spd2024j.51**

Cristina BANCU,
ORCID: 0000-0002-6058-6555
e-mail: cristina.bancu.usm@gmail.com
Universitatea de Stat din Moldova

Summary. *In the current modern context, the legal regulation of cross-border insolvency issues in the field of private international law becomes particularly important considering the complicated economic situation and foreign policy worldwide. In such conditions, current problems related to protecting the rights and legal interests of creditors become highly relevant. This article examines current issues of cross-border insolvency institution and the tasks of improving insolvency procedures with foreign elements. It addresses the following problematic and significant questions: i) the issue of ,,bankruptcy tourism” (and closely related issues of mutual recognition of judicial decisions and procedural rejection); ii) the imposition of subsidiary liability on individuals controlling the debtor and iii) problematic aspects of conflict of laws regulation concerning challenging and invalidating debtor transactions. Special attention is focused on complex approaches in choosing the applicable law in such situations.*

The methods and materials applied in this research are based on scientific articles by foreign researchers in the field, employing various scientific research methods: analysis and synthesis, systemic method, comparative method, and legal interpretation.

Based on studying the experience of the Republic of Moldova and other states in applying the rules of private international law in judicial practice regarding cross-border insolvency cases, it is concluded that the national legal framework regulating cross-border insolvency relations requires additional modifications, particularly concerning accepting the provisions of EU Regulation No. 2015/848 of 05/20/2015, which resolve several disputed issues that arise when selecting the applicable law in cross-border insolvency matters. Additionally, regional agreements' adhesion or signing is necessary.

Keywords: *cross-border insolvency, applicable law, conflict of laws regulation, bankruptcy tourism.*

Cuvinte-cheie: *insolvența transfrontalieră, legea aplicabilă, reglementarea conflictului de legi, turismul falimentar.*

INTRODUCERE

În condițiile actuale, reglementarea legală a chestiunilor privind insolvența transfrontalieră a subiecților dreptului internațional privat capătă o importanță deosebită având în

vedere situația economică complicată și politica externă în întreaga lume. În astfel de condiții, problemele actuale legate de protejarea drepturilor și intereselor legale ale creditorilor devin deosebit de relevante. În acest articol sunt examinate problemele actuale ale instituției insolvenței transfrontaliere și sarcinile de îmbunătățire a procedurilor de insolvență, cu element de extraneitate. Sunt abordate următoarele întrebări problematice, catalogate ca fiind cele mai importante și actuale: I) problema „turismului de faliment" (și problemele strâns legate de recunoașterea reciprocă a hotărârilor judecătorești și de respingere pe motive procedurale); II) problema atragerii la răspundere subsidiară a persoanelor care controlează debitorul și III) aspectele problematice ale reglementării conflictului de legi privind contestarea și invalidarea tranzacțiilor debitorului. O atenție deosebită este axată asupra abordărilor complexe în alegerea legii aplicabile în astfel de situații.

MATERIALE ȘI METODE

Această lucrare se bazează pe articolele științifice ale cercetătorilor străini în domeniu, fiind utilizate o varietate de metode de cercetare științifică: analiza și sinteza, metoda sistemică, metoda comparativă, și interpretarea juridică.

Instituția insolvenței transfrontaliere și aspectele sale juridice este relativ nouă pentru literatura juridică autohtonă. Problematica insolvabilității în Republica Moldova a fost tratată în mai multe monografii, articole științifice, conferințe științifice. Preocupări privind procesul de insolvență sub aspect procedural, aspecte legale ale insolvabilității în plan național sunt analizate de către Gh. Macovei în cadrul lucrării *„Procedura de declarare a insolvabilității"* [1]. În ceea ce privește insolvența transfrontalieră și regimul acesteia în drept internațional privat, publicațiile științifice autohtone practic lipsesc. Prin urmare, ne propunem să evidențiem cele mai actuale probleme accentuate de autorii străini, care sunt valabile și pentru Republica Moldova. Cele mai interesante și mai importante aspecte la etapa actuală sunt:

- problema turismului de faliment și problemele strâns legate de recunoașterea reciprocă a hotărârilor judecătorești și de respingere procedural;
- problema atragerii la răspundere subsidiară a persoanelor care controlează debitorul și
- aspectele problematice ale reglementării conflictului de legi privind contestarea și invalidarea tranzacțiilor debitorului [2, p. 1] .

În continuare ne propunem să analizăm aceste probleme mai detaliat. În cea mai generală formă, turismul de faliment (care mai este numit și forum shopping) poate fi definit ca alegerea de către debitor de a iniția o procedură de insolvență într-o anumită jurisdicție în încercarea de a obține o situație mai favorabilă. Regulile aplicabile în privința deschiderii procedurii de insolvență într-un stat membru UE sunt determinate de localizarea „COMI" – „Centrul Intereselor Principale", determinat conform dispozițiilor art. 30 din Regulamentul (UE) nr. 2015/848:

I. Deschiderea procedurii principale de insolvență se face în statul membru în care se află COMI;

II. Prezumția centrului intereselor principale ale debitorului este, până la proba contrară, locul unde se află sediul social al acestuia;

III. Legea statului membru de deschidere („lex concursus”) determină normele referitoare la nulitatea, anularea sau inopozabilitatea actelor prejudiciabile creditorilor.

Este relevant a sublinia în acest context faptul că una dintre rațiunile avute în vedere la momentul adoptării Regulamentului nr. (UE) nr. 2015/848 a fost „necesitatea evitării, pentru buna funcționare a pieței interne, ca părțile să fie tentate să transfere bunurile lor sau procedurile judiciare dintr-un stat membru în altul, în încercarea de a obține o situație juridică mai favorabilă” [3].

În cadrul unei societăți sau a unei persoane juridice prezumția aplicabilă este că sediul social reprezintă centrul intereselor principale (COMI), în lipsa dovezilor contrare. Prezumția se aplică numai dacă sediul social nu a fost mutat într-un alt stat membru în termen de 3 luni înainte de depunerea cererii de deschidere a procedurilor de insolvență. Regulamentul stabilește că centrul intereselor principale trebuie să corespundă locului în care debitorul își conduce în mod obișnuit interesele și poate să fie verificat de către terți, iar art. 2 pct. 10 definește sediul social ca „orice loc de derulare de operațiuni unde un debitor exercită sau a exercitat în ultimele trei luni înainte de cererea de deschidere a procedurii principale de insolvență, în mod netranzitoriu, o activitate economică care presupune mijloace umane și active” [4].

Cu toate acestea este ușor de observat că și această abordare nu este ideală: COMI poate migra, poate fi schimbată locația conducerii companiei. De exemplu, un împrumut poate fi obținut într-o țară, relațiile fiind guvernate de legislația creditorului, dar în perioada prefaliment COMI se poate schimba și muta în țara debitorului sau într-un sistem avantajos pentru debitor. COMI poate fi de asemenea schimbat prin fuziune. Mecanismul acestei mutări este următorul: se înființează o subsidiară în altă jurisdicție, apoi se realizează o fuziune cu subsidiara respectivă, stabilind ca toate activele să devină proprietatea noului grup creat, subordonat jurisdicției altei țări. Astfel, deși standardul COMI în prezent reprezintă cel mai progresiv mecanism de reglementare a conflictului de legi în problemele generale ale insolvenței transfrontaliere, acesta nu este lipsit de anumite probleme.

În practică Curtea Europeană de Justiție a solicitat furnizarea unor dovezi suficiente pentru a înlătura prezumția și pentru a stabili că centrul intereselor principale (COMI) este în altă jurisdicție decât cea a sediului înregistrat. În cauza Eurofood IFSC Ltd (nr. C-341/04) instanța europeană a stabilit că prezumția poate fi înlăturată numai dacă „factori obiectivi și accesibili celui de-al treilea” permit să se stabilească existența unei situații de facto diferite. Faptul că deciziile economice sunt controlate de o societate-mamă, spre exemplu, nu este suficient pentru a înlătura prezumția [5].

În jurisprudența americană, identificarea factorilor relevanți pentru determinarea COMI este legată de conceptul „*nerve centre*”, respectiv centrul de interese al companiei, însă se au în vedere totodată și alte elemente, cum sunt locația sediului debitorului,

locația conducerii sale, localizarea activelor sale primare, locația majorității creditorilor săi, jurisdicția a cărei lege se aplică majorității litigiilor. Modalitatea de abordare este însă diferita de cea europeana ce vizează determinarea COMI pentru fiecare entitate în parte, chiar daca fac parte dintr-un grup de întreprinderi [6].

În România, în cauza soluționată definitiv prin sentință civilă în data de 07 martie 2019, de Tribunalul București, s-a reținut în esență că prezumția reglementată de Regulamentul UE, 2015/848 nu a fost răsturnată prin dovezi din care să rezulte că centrul intereselor principale ale debitoarei se află în altă locație decât Italia, locul înregistrării sediului principal, iar în România societatea are doar un sediu unde desfășoară operațiuni economice [7, p. 94].

În Republica Moldova, potrivit Legii insolvabilității „*Dacă în alt stat a fost deschis un proces de insolvabilitate împotriva unui debitor care dispune de active pe teritoriul Republicii Moldova, executarea asupra activelor acestuia poate fi inițiată doar în cazul existenţei unui acord bilateral între statul respectiv şi Republica Moldova cu privire la insolvabilitatea transfrontalieră* " [8, art. 252].

Având în vedere modelul european de reglementare a conflictului de legi, care pare a fi cel mai progresist la moment, transpunerea Regulamentul UE, 2015/848 în legislația națională ar fi cea mai potrivită soluție de uniformizare a legislației naționale.

Următoarea problemă majoră constă în atragerea la răspundere subsidiară a persoanelor care controlează debitorul. Trebuie remarcat faptul că, în sistemele juridice moderne, problemele legate de răspunderea persoanelor de conducere sunt reglementate de diferite ramuri ale dreptului: în unele țări, de legislația corporativă (Spania, Danemarca), în altele, de legislația privind insolvența (Rusia, Germania, Franța), iar în altele, se utilizează o abordare mixtă (Marea Britanie). În același timp, motivele și condițiile de atragere la răspundere a persoanelor de conducere, precum și standardele de probă, diferă semnificativ [1, p. 3]. Pentru a rezolva această problemă de conflict de legi, doctrina propune următoarele legături: *lex fori* (legea locului instanței de judecată); *lex societatis* (legea statului în care este înregistrată societatea); *lex cause* (legea care reglementează fondul cererii); principiul punctelor de legătură cele mai strânse. Cu toate acestea, în mod obișnuit, instanțele de judecată aplică legea locului înregistrării juridice a societății (*lex societatis*) ceea ce nu permite întotdeauna protejarea completă a intereselor creditorilor debitorului și diferențierea cererilor lor în mod corespunzător [9, p. 215].

După cum arată practica, persoanele care exercită controlul sau conducerea societății pot fi orice tip de subiect de drept civil (persoane fizice, persoane juridice, entități de drept public, membri ai organelor de conducere ale persoanei juridice, lichidatori) care au stabilit controlul efectiv asupra managementului persoanei juridice. Este important să subliniem că atragerea acestor persoane la răspundere civilă pentru datoriile persoanei juridice reprezintă o excepție de la regula generală a răspunderii patrimoniale separate a persoanei juridice și a participanților săi. Astfel de persoane pot fi atrase la răspundere patrimonială, inclusiv dacă comportamentul lor nelegal a contribuit la apariția semnelor de insolvabilitate în compania pe care o controlează și a condus la imposibilitatea sa-

tisfacerii deplină a cerințelor creditorilor. Practica judiciară din Republica Moldova cu privire la atragerea la răspundere subsidiară, în prezent, nu este uniformă. Instanțele de judecată nu au format principii certe de atragere la răspundere subsidiară a persoanelor ce au cauzat insolvabilitatea debitorului din culpa sa, adoptând o practică majoritară de respingere a atragerii la răspundere subsidiară din acest temei, argumentându-și hotărârile în mare parte prin lipsa stabilirii vinovăției persoanei (lipsa sentințelor penale sau contravenționale) [10].

În cele din urmă, a treia problemă se referă la contestarea tranzacțiilor debitorului. În acest caz, complexitatea alegerii legii aplicabile este generată de incertitudinea naturii relațiilor - ar trebui considerate relații civile generale și, prin urmare, ar trebui aplicate reglementările legale civile, sau ar trebui aplicat statutul special *lex fori concursus*? Aici trebuie menționată problema raportului dintre statutul general al insolvenței (*lex fori concursus*) și alte statute. Este evident că statutul insolvenței fie nu poate, fie nu poate reglementa în mod corespunzător toate relațiile care apar în procesul insolvenței unei organizații-debitor, prin urmare, dreptul internațional privat analizează în prezent problema excluderii din domeniul de aplicare al acestui statut a relațiilor de muncă, a relațiilor reale și a relațiilor obligaționale. De exemplu, Ghidul legislativ UNCITRAL privind insolvența prevede o serie de astfel de excepții, în primul rând în domeniul dreptului obligațiilor și proprietății. Cu toate acestea, în prezent, această problemă nu este complet rezolvată. Aici ne raliem la afirmația autorului Charles D. Booth că „una dintre cele mai evidente lacune ale dreptului internațional privat este lipsa consensului națiunilor în privința insolvenței transfrontaliere” [11, p. 185].

În practica judiciară, există o tendință către necesitatea aplicării *lex fori concursus* ca mijloc cel mai adecvat de protejare a intereselor creditorilor.

CONCLUZII

În urma studierii experienței Republicii Moldova și a altor state în aplicarea normelor dreptului internațional privat în practica judiciară referitoare la cazurile de insolvență transfrontalieră, concluzionăm că bazele legale naționale ale reglementării relațiilor din domeniul insolvenței transfrontaliere necesită modificări suplimentare, în primul rând în ceea ce privește acceptarea reglementărilor Regulamentului UE nr. 2015/848 din 20.05.2015, în cadrul cărora sunt soluționate mai multe chestiuni disputate care apar atunci când se selectează legea aplicabilă în problemele insolvenței transfrontaliere (falimentului). De asemenea, se impune aderarea sau semnarea unor acorduri regionale, care să determine legea aplicabilă și consolidarea normativă a *lex fori concursus* ca mod principal de soluționare aconflictului de legi în astfel de situații.

REFERINȚE

1. MACOVEI, G. Procedura examinării cauzelor de insolvabilitate, Chișinău, Ed. Lexon - Prim, 2020, 228 p. ISBN 978-9975-3388-8-2.

2. КОВАЛЕНКО Е., ЛИЦКАС М. Актуальные вопросы института трансграничного банкротства // Российско-азиатский правовой журнал, 2023, № 1. С. 53-57, DOI: 10.14258/ralj(2023)1.10. În: http://ralj.ru/article/view/%282023%291.10., [Accesat: la 04.07.2024].
3. DELI, A., Acțiunile revocatorii falimentare, În:https://www.unpir.ro/documents/phoenix/pdf/revista46.pdf, [Accesat la 24.06.2024].
4. Regulamentul (UE) 2015/848 al Parlamentului European și al Consiliului din 20 mai 2015 privind procedurile de insolvență (reformare), În:https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/RO/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2015.141.01.0019.01.RON&toc=OJ%3AL%3A2015%3A141%3ATOC, [Accesat: la 05.07.2024].
5. Cauza Eurofood IFSC Ltd, C-341/04, În:https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX%3A62004CJ0341&qid=1720431855708 [Accesat: la 05.06.2024].
6. NĂSTASIE, N. M., În:https://insolventatransfrontaliera.ro/blog/2023/06/20/insolventa_sucursala/ (on-line) [Accesat: la 05.06.2024].
7. NĂSTASIE, N. M., Cooperare, comunicare și coordonare în insolvența transfrontalieră a grupului de societăți. București, Ed. Universul juridic, 2022, 435 p. ISBN 978-606-39-0936-8.
8. Legea insolvabilității, Nr. 149 din 29-06-2012, În:https://www.legis.md/cautare/getResults?doc_id=142499&lang=ro# [Accesat: la 07.06.2024].
9. БИБИКОВ, С.Е. Коллизионно-правовое регулирование ответственности контролирующих должника лиц в отношениях трансграничной несостоятельности // Вестник Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА). 2021. No 3. С. 212–218, În: la https://vestnik.msal.ru/jour/article/view/1396/1417, [Accesat: la 04.06.2024].
10. ROȘCA V., Ridicarea vălului corporativ prin prisma Legii insolvabilității, În:https://www.bizlaw.md/ridicarea-valului-corporativ-prin-prisma-legii-insolvabilitatii, [Accesat: la 09.06.2024].
11. ПОЛШКОВА, М. И., Статут несостоятельности и lex fori concursus как основная коллизионная привязка // Вестник Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА). 2021. No 3. С. 178–189, În:https://vestnik.msal.ru/jour/article/view/1392/1413, [Accesat: la 04.06.2024].