

TITLUL I. PARTICIPANȚII LA ACTIVITATEA DE COMERȚ INTERNAȚIONAL

Capitolul I. Operatorii privați

Participanții la activitatea de comerț internațional sau operatorii de comerț internațional pot fi grupați în două categorii: operatorii privați și statul. Comerțul internațional reprezenta, în trecut, un domeniu rezervat statului (autorităților publice), care forma un veritabil parteneriat public-privat, trimițând emisari privați care deschideau rute comerciale, asigurându-se, astfel, schimburile transnaționale. În prezent, rolul statului în comerțul internațional s-a diminuat, protagoniști fiind operatorii privați^[1].

În România, erau considerați *operatori privați* comercianții^[2], care aveau aptitudinea de a face acte și fapte de comerț internațional, exercitând comerțul ca o profesiune obișnuită, așa cum rezulta din art. 7 C. com. român^[3]. După intrarea în vigoare a Codului civil în 2011, când Codul comercial a fost abrogat, noțiunea de „acte și fapte de comerț” a fost înlocuită cu expresia „activități de producție, comerț sau prestări servicii” [art. 8 alin. (2) din Legea nr. 71/2011 de punere în aplicare a Codului civil^[4]].

Potrivit art. 3 C. civ., comerciantul reprezintă doar o categorie dintr-o sferă mai largă, aceea de *profesionist*. Noțiunea de profesionist „include categoriile de comerciant, întreprinzător, operator economic, precum și orice alte persoane autorizate să desfășoare activități economice sau profesionale, astfel cum aceste noțiuni sunt prevăzute de lege, la data intrării în vigoare a Codului civil” [art. 8 alin. (1) din Legea nr. 71/2011]. Sunt considerați profesioniști toți cei care exploatează o *întreprindere* [art. 3 alin. (2) C. civ.]. Constituie *exploatarea unei întreprinderi* exercitarea sistematică, de către una sau mai multe persoane, a unei activități orga-

[1] CATHERINE KESSEDJIAN, *op. cit.*, p. 99.

[2] Pentru detalii, a se vedea LUCIA IRINESCU, *Subiectele raportului juridic de concurență neloială în contextul internaționalizării*, în *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași*, Tomul LVI, Științe Juridice, nr. 11/2010, p. 45-61, disponibil online la adresa <http://pub.law.uaic.ro/ro/sumarul-fasciculelor/2010/anale-uaic-tomul-lvi-tiine-juridice-2010-nr-ii>, consultată la 23 noiembrie 2017.

[3] Codul comercial român a fost adoptat prin Decretul-lege nr. 1233/1887, publicat în M. Of. nr. 31 din 10 mai 1887.

[4] Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în M. Of. nr. 409 din 10 iunie 2011.

nizate ce constă în producerea, administrarea ori înstrăinarea de bunuri sau în prestarea de servicii, indiferent dacă are sau nu ca scop obținerea de profit [art. 3 alin. (3) C. civ.].

Noțiunea de întreprindere are o sferă largă, în care pot fi incluse activități care excedează accepțiunii de persoană juridică în sensul ei clasic. Astfel, de exemplu, o persoană fizică, izolată din punct de vedere geografic, dar cu acces la Internet, poate desfășura un comerț electronic, care, datorită Internetului, devine transnațional (își poate oferi serviciile *online* sau poate vinde produse). Persoanele juridice rămân însă forma principală pe care întreprinderea o ia pentru desfășurarea operațiunilor de comerț internațional. Persoanele juridice au diverse forme în diferite sisteme de drept (care nu pot fi analizate decât în cadrul dreptului comparat). De asemenea, persoanele juridice care încheie operațiuni de comerț internațional formează grupuri, al căror statut juridic este dificil de stabilit, deși reprezintă o realitate economică.

Fără a ignora prevederile Codului civil român referitoare la întreprindere, pentru ușurința înțelegerii problematicii dreptului comerțului internațional, va fi analizată forma juridică obișnuită pe care o ia întreprinderea în dreptul român, și anume *societatea (comercială)*.

Societatea, ca operator de comerț internațional, poate fi legată de un anumit stat, fiind denumită societate unică sau independentă, izolată^[1], ori poate face parte dintr-un grup de societăți. La nivelul UE funcționează diferite forme de societăți, iar la nivel internațional există societăți internaționale, constituite prin tratate încheiate între state și care sunt supuse regulilor din dreptul internațional public^[2].

În continuare vor fi analizate: societatea unică (secțiunea 1); grupurile transnaționale de societăți (secțiunea a 2-a); forme de societăți în UE (secțiunea a 3-a); recunoașterea în România a societăților străine (secțiunea a 4-a); încetarea existenței unei societăți prin falimentul internațional (secțiunea a 5-a).

Secțiunea 1. Societatea unică

Societatea, ca operator de comerț internațional, atunci când poate fi legată de un anumit stat, se numește societate unică sau independentă, izolată.

^[1] HUGUES KENFACK, *op. cit.*, p. 107.

^[2] JEAN-MICHEL JACQUET, PHILIPPE DELEBECQUE, SABINE CORNELOUP, *op. cit.*, p. 139 și urm.

Naționalitatea și legea aplicabilă (*lex societatis*) unei societăți prezintă multe asemănări, care conduc, deseori, la confuzii, cele două noțiuni fiind în mod eronat suprapuse. Originea confuziei este dublă^[1]. Din punct de vedere istoric, în dreptul internațional privat există regula că statutul personal al persoanei fizice este reglementat de legea ei națională. Aplicând această regulă persoanelor juridice, mai precis societăților, s-a ajuns la ideea că legea aplicabilă societății este legea sa națională. Apoi, *criteriile* principale utilizate pentru stabilirea naționalității societății sunt aceleași criterii folosite pentru stabilirea legii aplicabile acesteia.

Cele două noțiuni nu trebuie confundate, deoarece fiecare dintre ele îndeplinește o altă funcție. *Naționalitatea* este expresia competenței unui stat de a stabili legătura cu naționalii săi^[2] și servește pentru determinarea *condiției juridice a străinilor*, iar *legea aplicabilă* reglementează *funcționarea* persoanei juridice.

§1. Naționalitatea societății unice

1.1. Criterii de determinare

Naționalitatea unei societăți unice se stabilește după criterii diferite, în funcție de sistemul juridic de referință. Sunt folosite două criterii principale: criteriul sediului social și criteriul înregistrării (*incorporation*). Mai poate fi folosit și criteriul controlului.

1.1.1. Criteriul sediului social

Sediul social are două forme: *sediul statutar*, adică locul ales de asociații pentru înregistrarea societății, care depinde de voința fondatorilor și care nu garantează, întotdeauna, realitatea legăturilor dintre societate și statul pe teritoriul căruia este stabilit sediul, și *sediul real*, adică locul unde societatea este efectiv implantată și de unde sunt conduse activitățile sale și este gestionată și care este stabilit în mod obiectiv și imperativ de judecător, după verificarea situației concrete, reale^[3].

^[1] *Idem*, p. 155.

^[2] JEAN-MICHEL JACQUET, PHILIPPE DELEBECQUE, SABINE CORNELOUP, *op. cit.*, p. 156.

^[3] MICHEL MENJUCQ, *La notion de siège social: une unité introuvable en droit international et en droit communautaire*, în Mélanges Béguin, 2005, p. 499 și urm., apud ALINA OPREA, *Observații privind regimul persoanelor juridice în dreptul internațional privat român din perspectiva reglementărilor din noul Cod civil*, în S.U.B.B., jurisprudentia, nr. 3/2011, p. 20.

Sediul statutar prezintă avantajele unicității, stabilității relative, identificării cu ușurință, publicității în registrele publice.

În Codul civil român, în art. 2571 alin. (1), se arată că persoana juridică are naționalitatea statului pe al cărui teritoriu și-a stabilit, potrivit actului constitutiv, *sediul social*. Prin urmare, criteriul determinării naționalității este acela al *sediului social statutar*.

Potrivit art. 2571 alin. (2), în cazul în care există sedii în mai multe state, determinant pentru a identifica naționalitatea persoanei juridice este sediul real. Prin *sediul real* 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. În comerțul internațional, în mod frecvent societatea poate avea sedii în mai multe state. Aplicarea în toate aceste cazuri a criteriului sediului social real poate conduce la conflicte de legi în stabilirea naționalității. De exemplu, o instanță din România ar putea considera că o societate are naționalitatea statului unde se află sediul ei real, iar în statul respectiv să existe prevederi care să arate că naționalitatea se stabilește potrivit sediului statutar.

De aceea, în literatura juridică^[1], această prevedere a fost interpretată ca fiind una excepțională, care s-ar aplica în situația în care sediul statutar se dovedește a fi fictiv, și nu în fiecare situație în care societatea are sedii în mai multe state. Deci, regula în dreptul internațional privat român este criteriul sediului statutar, care este similar cu criteriul *incorporation* din *common law*, iar excepția este criteriul sediului social real.

Dezavantajul criteriului sediului social real este acela că nu asigură stabilitatea sediului, locul de gestiune și de conducere a societății putând suferi modificări în timp.

În sistemul de drept romano-germanic se folosește, în multe state, criteriul sediului social real, cu tendința însă a orientării spre criteriul sediului statutar.

1.1.2. Criteriul incorporation

Conform criteriului *incorporation*, societatea are naționalitatea statului pe teritoriul căruia a îndeplinit formalitățile de constituire și a fost înregistrată/înmatriculată. Acest criteriu se folosește în sistemul de drept anglo-saxon și este asemănător cu cel al sediului statutar din statele de tradiție romano-germanică.

[1] ALINA OPREA, *Observații...*, op. cit., p. 21.

Criteriul *incorporation* prezintă avantajele simplității și stabilității, naționalitatea societății nefiind influențată de modificarea sediului sau de locul activităților principale ale acesteia^[1]. Dezavantajul principal este considerat riscul potențial de fraudă și de fictivitate, fondatorii înregistrând societatea într-un stat „atractiv”, mai ales din punct de vedere fiscal, cu intenția de a desfășura activitatea principală într-un alt stat, eludând astfel dispozițiile lui legale^[2].

1.1.3. Criteriul controlului

Prin control se înțelege puterea exercitată de acționari cu privire la conducerea și funcționarea societății. Sunt însă dificil de stabilit, în vederea determinării naționalității societății, cine deține capitalul, care este identitatea reală a acționarilor și care este cetățenia lor^[3].

De exemplu, în Convenția de la Washington din 1965 pentru reglementarea diferendelor relative la investiții între state și persoane ale altor state^[4], în art. 25 alin. (2) lit. b) se face referire la criteriul controlului, în vederea stabilirii competenței *Centrului internațional pentru reglementarea diferendelor relative la investiții* (ICSID).

În Franța se utilizează criteriul controlului pentru a refuza unei societăți anumite drepturi de acces la activități economice din sectoare considerate sensibile pentru economia națională^[5].

1.1.4. Criterii de determinare a naționalității folosite în legislația Uniunii Europene

În dreptul UE se folosesc diferite criterii. În Regulamentul Bruxelles I (revizuit)^[6], în art. 63 se face referire la criteriile sediului statutar, administrației centrale, punctului principal de activitate; în cazul Ciprului, al Regatului Unit și al Irlandei, prin „sediul statutar” se înțelege *registered office* (sediul social) sau, în lipsa acestuia, *place of incorporation* (locul

[1] JEAN-MICHEL JACQUET, PHILIPPE DELEBECQUE, SABINE CORNELOUP, *op. cit.*, p. 160.

[2] *Ibidem*.

[3] CATHERINE KESSEDJIAN, *op. cit.*, p. 107.

[4] Ratificată de România prin Decretul nr. 62/1975, publicat în B. Of. nr. 56 din 7 iunie 1975.

[5] JEAN-MICHEL JACQUET, PHILIPPE DELEBECQUE, SABINE CORNELOUP, *op. cit.*, p. 161.

[6] Regulamentul (UE) nr. 1215/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 12 decembrie 2012 privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială (reformare), publicat în J.O. L 351 din 20 decembrie 2012, aplicabil de la 10 ianuarie 2015.

de înregistrare) ori, în lipsa acestuia, locul conform legii prin care a avut loc *formation* (constituirea).

În art. 54 primul paragraf TFUE se arată: „Societățile constituite în conformitate cu legislația unui stat membru și având *sediul social, administrația centrală sau locul principal de desfășurare a activității* în cadrul Uniunii sunt asimilate, în aplicarea prezentului capitol, persoanelor fizice resortisante ale statelor membre” (*s.n., C.T.U.*).

În Regulamentul (UE) 2015/848 al Parlamentului European și al Consiliului din 20 mai 2015 privind procedurile de insolvență^[1], în art. 3 alin. (1) se prevede: „Competența de a deschide procedura de insolvență revine instanțelor din statul membru pe teritoriul căruia se află *centrul intereselor principale* ale debitorului. Centrul intereselor principale este locul în care debitorul își administrează în mod obișnuit interesele și care este verificabil de către terți. În cazul unei societăți sau persoane juridice, centrul intereselor principale este prezumat a fi, până la proba contrarie, locul unde se află sediul social” (*s.n., C.T.U.*).

1.2. Utilitatea determinării

Pe plan intern, în anumite domenii ale activității economice, statul îi tratează diferit pe străini față de naționali săi. Este ceea ce se numește *condiția juridică a străinilor* pe teritoriul unui stat.

Pe plan internațional, naționalitatea societății servește pentru utilizarea instituției protecției diplomatice. *Protecția diplomatică* este o instituție specifică dreptului internațional public, prin care statul îl apără pe naționalul său în cazul în care acesta a suferit un prejudiciu ca rezultat al acțiunilor unui alt stat. Statul care exercită protecția diplomatică se substituie în drepturile persoanei private prejudiciate, iar disputa se soluționează în ordinea juridică internațională, de regulă în fața Curții Internaționale de Justiție, subiecte fiind statele^[2].

Utilitatea naționalității societății reiese și din materia *dreptului investițiilor*, în care se face distincția între investitorul străin și cel care are naționalitatea statului-gazdă. Pentru ca investitorul străin să se bucure de protecție în statul-gazdă, trebuie să existe un tratat bilateral de protecție a investițiilor între statul a cărui naționalitate o are investitorul străin și statul-gazdă.

^[1] Publicat în J.O. L 141 din 5 iunie 2015, aplicabil de la 26 iunie 2017. În cuprinsul lucrării, referirile la acesta se fac utilizând denumirea „*Regulamentul insolvenței*”.

^[2] JEAN-MICHEL JACQUET, PHILIPPE DELEBECQUE, SABINE CORNELOUP, *op. cit.*, p. 158.

§2. Legea aplicabilă societății unice

Legea aplicabilă societății sau *lex societatis* este legea care reglementează constituirea, existența, funcționarea și desființarea/dizolvarea societății. *Lex societatis* guvernează organizarea internă a societății, raporturile ei cu terții și exercitarea drepturilor și îndeplinirea obligațiilor acesteia^[1].

2.1. Determinarea *lex societatis*

Pentru determinarea *lex societatis* se folosesc aceleași criterii ca celea utilizate pentru stabilirea naționalității societății, adică, în principal, criteriul *incorporation* (înregistrării) și criteriul sediului social real^[2].

2.1.1. Criteriul incorporation

Conform criteriului *incorporation* sau al locului de înregistrare/înmatriculare a societății, prin statutul societății este ales statul pe teritoriul căruia se îndeplinesc formalitățile de constituire a societății, adică se stabilește sediul statutar. Legea aplicabilă va fi legea statului de înregistrare. Fondatorii au, astfel, libertatea cvasi-discreționară de a alege legea care va governa constituirea și funcționarea societății, prin alegerea statului în care se înființează societatea; este ceea ce în literatura juridică se numește *law shopping*^[3]. Această libertate poate fi limitată numai prin invocarea fraudei la lege, dacă sunt îndeplinite condițiile corespunzătoare^[4].

Avantajele utilizării criteriului *incorporation* se referă la faptul că:

- se respectă voința fondatorilor cu privire la alegerea legii aplicabile societății;
- *lex societatis* este ușor de identificat;
- *lex societatis* se caracterizează prin stabilitate, în sensul că societatea are libertatea de a desfășura activitatea sa economică pe teritoriul altui sau altor state, schimbându-și chiar centrul de gravitate a activităților, fără ca legea aplicabilă să fie afectată; *lex societatis* rămâne aceeași^[5].

[1] MICHEL MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 3^e éd., Lextenso, Montchrestien, Paris, 2011, p. 107 și urm.

[2] MATHIAS AUDIT, SYLVAIN BOLLÉE, PIERRE CALLÉ, *op. cit.*, p. 41 și urm.

[3] DOMINIQUE BUREAU, HORATIA MUIR WATT, *Droit international privé*, tome II, P.U.F., Paris, 2010, nr. 1070, *apud* MATHIAS AUDIT, SYLVAIN BOLLÉE, PIERRE CALLÉ, *op. cit.*, p. 42.

[4] MATHIAS AUDIT, SYLVAIN BOLLÉE, PIERRE CALLÉ, *op. cit.*, p. 42.

[5] JEAN-MICHEL JACQUET, PHILIPPE DELEBECQUE, SABINE CORNELOUP, *op. cit.*, p. 140.

Dezavantajele determinării legii aplicabile folosind criteriul *incorporation* privesc doar statul sau statele pe teritoriul căruia/cărora societatea își desfășoară activitatea, altul/altele decât statul de înregistrare. Acestea se referă, în principal, la eludarea dispozițiilor legale din statul pe teritoriul căruia își desfășoară activitatea. În acest fel ar putea fi prejudiciați terții care ar considera că societatea este supusă legii statului de desfășurare a activității, necunoscând că *lex societatis* aparține unui stat străin^[1].

Criteriul *incorporation* este utilizat mai ales în statele de *common law*, cum este Marea Britanie, dar și în state de drept continental, cum sunt Olanda, Finlanda, Suedia, Danemarca, Elveția și, din 1995, Italia^[2].

Datorită dezvoltării mijloacelor electronice de comunicare, se constată, în ultimul timp, o preferință pentru criteriul *incorporation*^[3]. Astfel, de exemplu, în dreptul francez, înmatricularea societății are efect constitutiv, adică este o condiție pentru obținerea personalității juridice (art. L 210-6 din Codul de comerț). Înregistrarea societății se consemnează într-un proces-verbal, care are valoare de act autentic și care circulă în formă electronică. În acest mod, terții, prin Internet, au acces la registrele naționale și pot obține date precum: data înființării societății, locul sediului social, locul înmatriculării, legea aplicabilă, capitalul social etc. Circulația pe cale electronică a acestor informații, care au forma de acte autentice, îndreptățește orientarea spre legea locului înmatriculării, deoarece legea sediului social real nu prezintă garanții^[4]. De asemenea, în dreptul francez, terții sunt protejați prin dispoziții legale cuprinse în Codul civil (art. 1837) și în Codul de comerț (art. L 210-3), având posibilitatea să se bazeze, pentru apărarea intereselor lor, fie pe legea sediului statutar al societății, fie pe legea sediului real, în funcție de caz^[5]. Protejarea terților față de legea statului de înregistrare (pentru societățile a căror lege aplicabilă se stabilește prin *incorporation*) și posibilitatea invocării fraudei la lege, în cazurile în care sediul statutar (de înregistrare) este folosit exclusiv pentru eludarea legii competente care aparține unui alt stat, conduc la îndepărtarea în dreptul francez de teoria sediului real^[6].

[1] *Idem*, p. 141.

[2] JEAN-MICHEL JACQUET, PHILIPPE DELEBECQUE, SABINE CORNELOUP, *op. cit.*, p. 141; MICHEL MENJUCQ, *op. cit.*, p. 99.

[3] MICHEL MENJUCQ, *op. cit.*, p. 100-101.

[4] *Idem*, p. 101.

[5] MATHIAS AUDIT, SYLVAIN BOLLÉE, PIERRE CALLÉ, *op. cit.*, p. 44-45.

[6] *Idem*, p. 46.

În România, înmatricularea societății în registrul comerțului are, de asemenea, efect constitutiv. Potrivit art. 41 din Legea societăților nr. 31/1990^[1], „(1) Societatea este persoană juridică de la data înmatriculării în registrul comerțului. (2) Înmatricularea se efectuează în termen de 24 de ore de la data pronunțării încheierii judecătorului delegat prin care se autorizează înmatricularea societății”.

2.1.2. Criteriul sediului social

Sediul social poate fi statutar, stabilit de fondatori în actul de înființare a societății, și real. Sediul social real este sediul societății din statul în care își desfășoară efectiv activitatea și se găsește centrul de gestiune efectivă a societății.

Criteriul sediului social real se folosește în statele de drept continental (care aparțin sistemului de drept romano-germanic), printre care Germania, Franța, Belgia.

În ceea ce privește *legea aplicabilă* societății în dreptul internațional privat român, art. 2580 C. civ., cu denumirea marginală „Legea aplicabilă statutului organic”, prevede în alin. (1) că „Statutul organic al persoanei juridice este cârmuit de legea sa națională”. Potrivit art. 2568 alin. (1) C. civ., legea națională este legea statului a cărui naționalitate o are persoana juridică. Iar potrivit art. 2571 alin. (1) C. civ., persoana juridică are naționalitatea statului pe al cărui teritoriu și-a stabilit, potrivit actului constitutiv, *sediul social*^[2]. Prin urmare, *sediul social statutar* este criteriul de determinare atât a naționalității, cât și a legii aplicabile (*lex societatis*) întreprinderii. Potrivit art. 1 alin. (2) din Legea nr. 31/1990 a societăților, societățile cu scop lucrativ și cu personalitate juridică, ce au sediul în România, sunt persoane juridice române.

Prevederea din Codul civil a fost interpretată^[3] ca fiind artificială, apreciindu-se în mod corect că nu se poate stabili naționalitatea înainte de a se ști dacă societatea a fost în mod valabil înființată și dacă are personalitate juridică.

Conform Regulamentului Bruxelles I revizuit, criteriul sediului social se folosește și pentru determinarea competenței exclusive a instanței statale din statul membru respectiv (a sediului social) în litigiile privind validitatea

[1] Republicată în M. Of. nr. 1066 din 17 noiembrie 2004.

[2] CĂLINA JUGASTRU, *Legea aplicabilă în procesul civil internațional*, în IOAN LEȘ (COORD.), *Tratat de drept procesual civil*, vol. II, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 851-852.

[3] ALINA OPREA, *Observații...*, op. cit., p. 23.