ANALELE ŞTIINŢIFICE ALE UNIVERSITĂŢII „AL.I.CUZA" IAŞI
Tomul LIV, Ştiinţe Juridice, 2008

STRATEGII GLOBALE ÎN REGLEMENTAREA INSOLVENŢEI TRANSFRONTALIERE A INSTITUŢIILOR DE CREDIT

LUIZA CRISTINA GAVRILESCU

1. Aspecte generale privind insolvenţa transfrontalieră

Extinderea activităţilor de afaceri în plan internaţional a generat, pe lângă rezultate pozitive şi unele consecinţe negative, între care, dintre cele mai grave, multiplicarea cazurilor de insolvenţă transnaţională. În acest context, interesul pentru dezvoltarea strategiilor globale destinate soluţionării crizei insolvenţei transfrontaliere este în creştere.

Falimentul sau reorganizarea unei companii multinaţionale care întâmpină dificultăţi financiare poate prezenta aspecte extrem de complexe din punct de vedere al legislaţiei internaţionale. Problemele de insolvenţă transfrontalieră nu se limitează la eşecul marilor afaceri internaţionale. În forma cea mai simplă, insolvenţa transnaţională poate presupune o procedură de insolvenţă într-o ţară, cu creditori localizaţi în străinătate. În cazul cel mai complex, poate să implice sucursale, bunuri, operaţiuni şi creditori în numeroase alte state.

Elaborarea unei abordări universale privind soluţionarea dificultăţilor societare este o încercare dificilă. În parte, aceasta se datorează diferenţelor dintre legislaţiile falimentului, care reflectă deosebiri fundamentale în abordarea lichidării şi în atitudinea faţă de redresarea financiară. Aceste deosebiri nu sunt uşor sesizabile, deoarece legislaţiile falimentului tind să împărtăşească aceleaşi principii: protejarea intereselor creditorilor şi găsirea căilor de a-i ţine uniţi. Totuşi, practica judiciară variază în adoptarea celor mai potrivite mijloace pentru atingerea acestor scopuri cu anumiţi parametri de risc. Astfel, ordinea de preferinţă pentru distribuţie cunoaşte diferite grade în diverse jurisdicţii. În unele jurisdicţii se aplică conceptul subordonării echitabile, ceea ce poate afecta considerabil starea bilanţurilor contabile. Criteriile de deschidere a procedurii insolvenţei şi răspunderea directorilor variază de la un stat la altul, ca şi statutul angajaţilor şi conducerea afacerii.[1]

---

[1] Alan Tilley, *When Crisis Crosses Borders: A Guide to Bankruptcy, Insolvency Practices in the U.S., Europe*, 1 apr. 2006, disponibil la info@ tournaround.org., p. 4.

Regulile care guvernează legislația insolvenței şi practica din acest domeniu îşi au fundamentul în tradițiile legislative ale statelor[2]. În parte, acest fapt este generat de împrejurarea că legea insovlenței prevalează şi înlocuieşte multe reguli atât din dreptul material cât şi din cel procesual. Mai mult, importanța interesului economic național variază de la țară la țară, având ca rezultat diferite legi în materie de insolvență.[3]

În SUA, legislația falimentului este orientată pe ideea că reabilitarea şi menținerea conducerii oferă cele mai bune perspective pentru redresare dacă există un centru viabil de afaceri. Decizia cu privire la alegerea de a se supune sub protecția justiției sau de a obține redresarea consensuală poate depinde de abilitatea companiei de a convinge acționarii asupra unui plan de redresare credibil , drept alternativă la restructurarea printr-un proces formal.

Majoritatea jurisdicțiilor europene sunt mai favorabile creditorilor în abordarea lor , în pofida trendului crescător către o restructurare consensuală. Astfel, decizia de deschidere a procedurii este determinată de diferitele practici locale, cum ar fi preocuparea directorilor pentru răspunderea lor personală, preocuparea băncilor asupra răspunderii creditului şi aplicarea unor anumite criterii de insolvență.

Legislația insolvenței se schimbă pe măsură ce guvernele încearcă să stabilească o balanță echitabilă între menținerea valorii întreprinderii şi a angajaților pe de o parte şi protecția intereselor creditorilor, pe de altă parte. Ultimii ani au adus modificări ale legislației din SUA, Marea Britanie, Franța, Spania, Italia, Germania, iar mai recent, România.

Una din cele mai pregnante probleme ale falimentului internațional este lipsa structurilor legale destinate să se ocupe de cazurile de insolvență care depăşesc granițele naționale. Un număr însemnat de cazuri de amploare în materie de insolvență apărute în ultimii ani au adus în prim plan importanța dezvoltării unui sistem care să fie în măsură să le soluționeze.[4]

Încercarea de a simplifica problemele insolvenței transfrontaliere prin adoptarea Regulamentului Uniunii Europene 1346/2001 asupra procedurilor de insolvență a avut consecințe neprevăzute : negocieri de competență, cereri fictive privind centrul principalelor interese şi o mare confuzie în instanțele locale.

---

[2] Manfred Balz, *The European Union Convention on Insolvency Proceedings*, 70 Am. Bankr. L.J. (1996), p. 485-486.

[3] Roland Lechner, *The New Threat to International Commercial Tranzactions: Cross-border Insolvency and its Impact on the Standby Letter of Credit Regime*, National Law Center for Inter-American Free Trade, p. 14.

[4] Samuel Bufford, Louise De Carl Adler, Sidney Brooks, MarciaS. Krieger, *International Insolvency*, Federal Judicial Center, 2001, p. 3.

Datorită amendamentelor aduse la Codul Falimentului al SUA, care au intrat în vigoare în octombrie 2005, adăugării Capitolul 15 şi adoptării Legii Model UNCITRAL din 1997, companiile din SUA aflate în criză sunt în măsură să caute un debitor în posesie (DIP), procedura primară în străinătate, adăugând şi mai multă confuzie şi mai multe oportunități pentru profesionişti să caute jurisdicțiile favorabile intereselor clienților lor.

2. Particularități privind insolvența instituțiilor de credit în plan internațional

În mod tradițional, instituțiile bancare finanțează tranzacții internaționale prin scrisori de credit şi rezolvă orice probleme care apar când anumiți debitori nu sunt în măsură să îşi regleze conturile internaționale. Disponibilitatea şi eficiența procedurilor de insolvență este un punct important în evaluarea riscului dinafara pieței[5].

Insolvența instituțiilor financiare multinaționale este mult mai complexă decât falimentul corporațiilor şi aduce în atenție diversitatea de abordări a diferitelor jurisdicții. Înainte ca o bancă de dimensiuni mari sau medii să fie declarată insolventă, guvernele vor veni de cele mai multe ori în sprijinul acestor bănci aflate în impas financiar, pentru a evita consecințele negative asupra afacerilor pieței de capital. O asemenea intervenție prealabilă insolvenței este destinată soluționării instabilității financiare şi înlăturării încălcării cerințelor prudențiale încă dintr-un stadiu timpuriu. Majoritatea statelor prevăd în legislația bancară desemnarea unui supervizor bancar care este împuternicit să ia măsuri de remediere şi să conducă afacerile viitoare ale băncii.

Cu toate că legislația bancară internă conține cerințe speciale care limitează sau chiar înlătură dreptul creditorilor de a formula cereri de insolvență, majoritatea statelor membre ale UE nu au prevederi amănunțite asupra insolvenței bancare şi consideră suficientă aplicarea legislației comune în materia insolvenței. Numai Italia are o procedură specială administrativă aplicabilă anumitor entități, inclusiv băncile.[6] În ceea ce priveşte S.U.A., acestea exclud în mod explicit instituțiile financiare de la aplicarea legii generale a falimentului şi au un regim cu totul aparte. În Franța, instituțiile de credit sunt supuse Legii nr. 84-46 din 1984, cu modificările din 1999. În Canada, băncile se ală sub incidența Actului din 1985 privind lichidarea şi reorganizarea. Dreptul englez tratează băncile la fel ca pe celelalte companii şi nu prevede reguli specifice în materie de faliment bancar.

---

[5] Harold S. Burman, *Private International Law*, 32 Int'l Law (1998), p. 591-592.

[6] Collier, *International Business Insolvency Guide* § 43.04 (1) (matthew bender 2001).

În abordarea problematicii falimentului instituțiilor de credit s-au conturat trei posibile soluții[7]:

-edictarea de legi speciale în materia falimentului instituțiilor de credit,

-aplicarea legilor generale în materie de faliment;

-includerea regulilor privind falimentul instituțiilor de credit în legile care reglementează activitatea bancară.

În urma consecințelor dezastruoase ale insolvenței băncilor *Herstatt*[8] *și BCCI*[9], cazuri cu impact asupra economiei globale, au fost făcute mai multe eforturi pentru a asigura o îndrumarea efectivă în coordonarea cazurilor de încetare de plată multinaționale.

Aspectele jurisdicționale generate de incapacitatea de plată a unei bănci sunt mai complexe în cazul unei corporații multinaționale, întrucât toate acordurile internaționale și regionale asupra insolvenței transfrontaliere exclud instituțiile de credit de la scopul lor de aplicare. Motivul pentru acest tratament special al instituțiilor financiare poate fi explicat prin complexitatea materiei insolvenței băncilor și prin interesele divergente și suprapunerilede competențe naționale implicate. Eva Hupkes, de la Conducerea Regulamentului din departamentul legal al Comisiei băncii federale suedeze, subliniază că „stabilirea unui cadru legal pentru insolvența bancară este deja destul de complicat la nivel național, cu diferitele autorități implicate- de reglementare, de supraveghere și judiciară- complexitatea este cu atât mai mare la nivel internațional.[10] Interesul autorităților naționale competente de a determina în mod exclusiv cursul procedurilor de insolvență implicând instituții financiare în cadrul jurisdicției lor

---

[7] Andrew Campbell, *Issues in Cross-Border Bank Insolvency:The European Community Directive in the Reorganization and Winding-Up of Credit Institutions*, www.imf.org., p. 8.

[8] Hestatt a fost o mare bancă germană cu sediul în Cologne, Germania, cu filiale în toată lumea. În urma crizei petrolului și a efectelor sale asupra balanței internaționale de plăți, Herstatt a suferit mai multe pierderi severe și în cele din urmă a devenit insolventă. În conformitate cu legea germană, instanțele germane au declarat insolvența Herstatt și au desemnat un lichidator pentru a opri toate plățile și a închide banca. Balanța de cliring a Herstatt din New York a înghețat conturile Herstatt și a acceptat doar plăți care să îi profite lui Herstatt dar nu a permis vreo contraplată înafară. În perioada declarării insolvenței lui Herstatt, creditorii din New York au încercat să sechestreze conturile înghețate ale lui Herstatt. Instanțele de stat și federale din New York au admis sechestrul, iar conturile lui Herstatt din New York au fost golite de creditorii locali,. Creditorii americani erau preocupați de faptul că o instanță germană le va recunoaște, deoarece a devenit clar că o instanță germană ar avea competența cea mai potrivită pentru a conduce procedura insolvenței.

[9] A se vedea Basel Committee in Banking Supervision, „The Insolvency Liquidation of a Multinational Bank", December, 1992, disponibilă la http://www.bis. org/publ/bcbsc333.pdf.

[10] Eva Hüpkes, *Insolvency-Why a Special Regime for Banks?*, May 2002, disponibil la http://www.imf.org/external/np/leg/sem/2002/cdmfl/eng/hupkes.pdf., p. 28.

are rădăcini adânci în implicațiile sistemice ale economiilor naționale şi sistemelor bancare pe care aceste proceduri le vor determina.[11]

Regulamentul CE nr.1346/2000, care constituie cea mai completă legislație de insolvență internațională referitoare la conflictele de legi şi normele de cooperare dintre autoritățile competente, nu este aplicabil instituțiilor de credit. Legea Model UNCITRAL asupra insolenței transfrontaliere din 1997 şi majoritatea acordurilor bilaterale şi regionale referitoare la insolvența transfrontalieră exclud băncile din domeniul de aplicare.

În absența unui cadru legal internațional care să se refere la lichidarea sau reorganizarea instituțiilor financiare, coordonarea procedurilor de insolvență multiple depinde de conținutul respectivelor legi naționale ale fiecărei țări care îşi exercită jurisdicția asupra băncilor insolvente sau a uneia din sucursalele lor.[12] În falimentul băncilor multinaționale, procedurile de insolvență pot fi deschise în jurisdicțiile în care banca deține sucursale locale sau în care posedă bunuri. Conflictele vor apărea atunci când procedurile de insolvență multiple determină împărțirea bunurilor debitorului. Rezolvarea acestor conflicte va depinde în mare măsură de interacțiunea dintre legislațiile de insolvență sau cele bancare ale diferitelor jurisdicții implicate.[13] Cât timp insolvența bancară este recunoscută a fi de competența respectivelor autorități naționale, ținând cont şi că prevederile referitoare la tratamentul băncilor insolvente variază semnificativ în cadrul jurisdicțiilor, probabilitatea ca aceste autorități să coopereze cu o autoritate străină şi să se supună ordinelor acesteia este foarte redusă.

Deschiderea procedurii de faliment în ce priveşte o entitate bancară ridică următoarele întrebări: dacă în privința aceluiaşi debitor instituție de credit pot fi deschise mai multe proceduri concomitente sau este suficientă deschiderea unei singure proceduri, care va fi instanța competentă, care va fi legea aplicabilă, care vor fi efectele unei hotărâri pronunțate de instanța unui stat în materie de faliment , care va fi tratamentul acordat creditorilor străini față de cei autohtoni şi altele.[14]

---

[11] Philip Molyneux, *Banking Crises and the Macro-economic Context, in B*bank Failures and Bank Insolvency Law in Economies in Transition, (Rosa M. Lastra & Henry N. Schiffman, eds. 1999), p.14-17.

[12] Freshfields Bruckhaus Deringer, *Restructuring and Insolvency Bulletin*, Summer 2001,[hereinafter Freshfields-*Bulletin*] disponibil la http://www.freshfields.com/practice/finance/publications/newsletters/ribulletin/952.pdf, p. 3.

[13] Basel Committee, op. cit., p. 1.

[14] Ion Turcu, *Aspecte de drept internațional privat al falimentului băncilor* (*Insolvența transfrontalieră*), R.D.C., nr. 3/1999, p. 20.

2. Principiul entității unice sau principiul entităților separate

De o importanță deosebită atât pentru băncile insolvente cât şi pentru creditorii acestora este determinarea faptului dacă o anumită autoritate tratează o sucursală a băncii insolvente localizată în jurisdicția sa drept o entitate-unică sau ca o entitate-separată.

Lichidatorii din statele care au o abordare de entitate –separată, ca Statele Unite[15] şi Franța[16], urmăresc bunurile unei sucursale locale a unei bănci insolvente şi le distribuie creditorilor care au creanțe asupra acelei sucursale.[17] În baza acestei doctrine, fiecare sucursală a unei bănci străine care desfăşoară operațiuni în acea jurisdicție este tratată ca o entitate legală incorporată separat, pentru anumite scopuri. În eventualitatea lichidării unei bănci străine cu o sucursală locală, sucursala va fi lichidată separat de entitatea privită ca întreg. Creditorii sucursalei locale vor fi satisfăcuți din bunurile acelei sucursale şi alte bunuri ale băncii aflate în jurisdicția respectivă. Lichidatorul local este împuternicit să distribuie nu numai bunurile sucursalei din toată lumea, dar şi toate bunurile băncii din acea jurisdicție. Creditorilor altor sucursale le este interzis să participe în procedura de lichidare locală. Bunurile vor fi administrate mai întâi în beneficiul creditorilor sucursalei locale și în eventualitatea că există un surplus de bunuri după satisfacerea tuturor creditorilor, lichidatorul va putea transfera orice bun excedentar către altă jurisdicție pentru distribuția unei proceduri de insolvență locale. Abordarea ca entitate-separată are astfel consecințe negative pentru creditorii străini care nu au o creanță directă împotriva sucursalei locale, întrucât creditorii locali din jurisdicțiile entității separate pot primi o parte mai mare din creanța lor în cursul procedurii de lichidare, comparativ cu creditorii străini localizați în jurisdicțiile cu o abordare de entitate – singulară.

În schimb, în baza abordării ca entitate-unică, care este adoptată de Marea Britanie şi cele mai multe state din U. E., băncile sunt lichidate ca o singură entitate legală şi sucursalele băncilor străine sunt considerate sedii ale marii corporații unice. Toți creditorii băncii, naționali sau străini, au dreptul să participe la lichidare. Creanțele creditorilor unei anumite sucursale nu vor obține de regulă prioritate asupra creanțelor creditorilor altor sucursale în ce priveşte lichidarea. Teoretic, lichidatorii din jurisdicțiile ce aplică teoria entității- unice sunt preocupați de administrarea bunurilor băncii în lichidare situate în toată

[15] 12 U.S.C. § 3102(i) (1994).

[16] Richard Herring, *International Financial Conglomerates: Implications for Bank Insolvency Regimes*, July 2002, disponibilă la http://www1.worldbank.org/finance/assets/images/Herring--intl_finan_conglom-doc.pdf, p. 19.

[17] Basel Committee, op. cit., p. 9.

lumea. Totuşi, în practică, aceştia au şanse să obțină controlul numai asupra bunurilor localizate în cadrul propriei jurisdicții şi a bunurilor aflate în acele jurisdicții străine în care pot obține recunoaşterea. Dimpotrivă, jurisdicțiile care urmează abordarea entității-separate nu au şanse să coopereze cu administratorul străin al unei asemenea proceduri universale şi să transfere bunurile unei sucursale locale, cu excepția cazului în care un tratat bilateral între două autorități ar dispune o asemenea cooperare.

Fiecare din aceste abordări prezintă anumite dezavantaje.

Adoptarea de către autoritățile naționale competente a dreptului exclusiv de a administra procedura de insolvență a unei bănci localizate în jurisdicția sa conduce inevitabil la crearea a mai multor proceduri paralele, mai ales când bunurile, înființarea şi obligațiile băncii insolvente sunt identificate în mai mult de o procedură.[18] Deşi foarte puține proceduri teritoriale interzic astăzi în mod expres participarea creditorilor străini în cadrul procedurilor naționale, aceasta depinde de posibilitatea de cunoaştere şi informare, de abilitatea lor de a fi diligenți şi de a înlătura obstacolele procedurale.[19] Costurile colectării datoriilor dincolo de granițe şi nesiguranța litigiilor sunt de asemenea factori care fac accesul la procedurile de insolvență ale debitorului mai dificil pentru creditori. [20] Puțini creditori vor avea resursele necesare să se folosească de avantajele procedurilor multiple şi să recupereze debitele restante din diferite state, de regulă numai datorită faptului că acei creditori sunt ei înşişi entități multinaționale.

În jurisdicțiile care abordează soluția entității-unice, autoritatea competentă va administra toate bunurile debitorului, indiferent de locul situării lor, iar deciziile sale vor avea efect universal. Totuşi, abordarea entității-unice presupune că alte jurisdicții vor recunoaşte automat decizia instanței emitente. O astfel de recunoaştere automată este puțin probabil să apară în jurisdicțiile în care este aplicabil sistemul entității-separate față de sucursalele băncii străine.

Dreptul internațional privat austriac dă dreptul unui creditor străin să înregistreze creanța sa într-o procedură de insolvență din Austria, indiferent dacă statul în care creditorul străin este localizat a încheiat un tratat bilateral sau multilateral cu Austria.[21] Nu mai puțin important de menționat este faptul că Austria a încheiat un tratat bilateral referitor la problema insolvenței transfrontaliere cu Germania.

---

[18] Hupkes, *op. cit*., p. 27-31.

[19] Paul J. Omar, *The Landscape of International Insolvency Law*, 11 INT'L. INSOLV. REV. (2002), p. 173-177.

[20] Idem, p. 178.

[21] Collier, *op. cit*, 50 § 14A.06(a), (b).

Universalitatea este, în materia falimentului instituţiilor de credit, legată de conceptul „statului gazdă" („home country") al unei bănci, având competenţă asupra unei proceduri de insolvenţă unice. Teritorialitatea presupune proceduri separate în fiecare jurisdicţie. Procedura deschisă în „statul gazdă" nu produce efecte transfrontaliere.[22]

Aceste teorii nu reprezintă decât o particularizare a argumentelor care justifică cele două mari principii din materia falimentului internaţional: principiul teritorialităţii şi pluralităţii falimentului şi principiul unicităţii şi universalităţii falimentului.[23]

4. Reglementări comunitare privind falimentul instituţiilor de credit

De la adoptarea Regulamentului U.E., Consiliul Europei a emis două directive referitoare la reorganizarea şi lichidarea companiilor de asigurare[24] şi a instituţiilor de credit.[25] Spre deosebire de un regulament, care obligă prin el însuşi, o directivă este obligatorie numai în privinţa rezultatului de atins, în timp ce metoda şi forma prin care se va obţine acest scop este la dispoziţia guvernelor statelor membre. Concordanţa cu o directivă poate necesita un nou statut, un act administrativ sau chiar modificarea constituţiei. Directiva Consiliului Europei asupra reorganizării şi lichidării instituţiilor de credit obligă statele membre să modifice legile lor naţionale în conformitate cu prevederile Directivei. Termenul prevăzut pentru realizarea implementării a fost stabilit pentru 5 mai 2004. Directiva CE este primul cadru legal instituţional special destinat să trateze insolvenţa băncilor multinaţionale şi care este de natură să confere siguranţa necesară referitoare la legislaţia care guvernează procedurile de reorganizare şi lichidare.

1.Competenţa jurisdicţională

Directiva CE este aplicabilă instituţiilor de credit şi sucursalelor lor din statele membre ale UE. Trebuie semnalat faptul că domeniul de aplicare al directivei nu include băncile centrale din statele membre, şi nici anumite categorii de instituţii cum ar fi uniunile de credit. Directiva are un efect potenţial dincolo de statele membre ale UE şi se poate aplica sucursalelor unei bănci „non-europene", dacă acea bancă are sucursale în cel puţin două state membre. Terminologia „non-europene" se refă la băncile care au sediul central în afara

[22] Diana Ungureanu, *Falimentul internaţional*, Lumina Lex, 2004, p. 164.

[23] Batiffol et Lagarde, *Droit international prive*, t.II, 7 ed., p.745.

[24] Directiva CE 2001/17 din 19 martie 2001 asupra reorganizării şi lichidării instituţiilor de asigurare.

[25] Directiva CE 2001/24/CE din 4 aprilie 2001 asupra reorganizării şi lichidării instituţiilor de credit.

teritoriul statelor membre UE. În pofida expansiunii din domeniu, rămâne de văzut ce nivel de coordonare permis de prevederile directivei poate fi atins. O astfel de cooperare dintre autoritățile competente ale statului terț şi un stat membru al UE va depinde în mare parte de asemănarea dintre legile naționale şi procedura aplicabilă băncilor insolvente.

Directiva CE învesteşte cu competență exclusivă autoritățile administrative sau judiciare ale statelor membre de origine cu privire la deschiderea procedurii insolvenței împotriva unei bănci insolvente, inclusiv a sucursalelor sale din alte state membre, în baza legii naționale ale respectivelor statului membru de origine. Statul membru competent ca „stat membru de origine" va fi acela în care instituția de credit a fost autorizată.[26] Prin lăsarea stabilirii cursului normal al insolvenței în seama autorităților naționale competente, în locul stabilirii unei anumite proceduri, Directiva ia în considerare faptul că în unele state deschiderea procedurii insolvenței depinde de autoritățile judiciare, în timp ce în alte state, decizia aparține autorităților bancare cu atribuții de control.[27] O asemenea abordare a fost recomandată ținând seama mai ales de faptul că, în unele sisteme, băncile sunt supuse legii generale a insolvenței, iar în altele sunt supuse unei proceduri speciale.

Conceptul de „stat membru de origine" este folosită în raport cu cel de „stat membru gazdă". Statul „gazdă" este un stat membru în care instituția de credit are o sucursală sau în care deține servicii[28] .

Soluția aleasă de Directiva CE a fost aceea a unei proceduri centralizate, unice de insolvență, întrucât aceasta ar corespunde concepției generale conform căreia statul „de origine" este mai în măsură să se ocupe de problema băncii insolvente şi că astfel se va asigura creditorilor un tratament egal. Directiva investeşte autoritățile administrative sau judiciare competente din statul de origine cu competența exclusivă de a implementa una sau mai multe măsuri de reorganizare sau cu deschiderea procedurii de lichidare.

Deşi posibilitatea deschiderii procedurii insolvenței în statul „gazdă" sugerează că procedurile secundare teritoriale de insolvență sunt permise de Directiva CE, o asemenea percepție este greşită, întrucât Directiva prevede numai procedurile de reorganizare şi lichidare de diferite intensități supuse

[26] Directiva CE se referă la definiția dată în art. 1(6) a Directivei Parlamentului European 2001/12/CE referitoare la înființarea şi urmărirea instituțiilor de credit.

[27] Enrico Galanti, *The New EC Law on Bank Crisis*, 11 INT'L. INSOL. REV. 49, (2002), p. 56-57.

[28] Directiva Consiliului şi Parlamentului European 2001712/EC referitoare la instituirea şi urmărirea instituțiilor de credit, art. 1(7).

legilor statului membru de origine. [29] Deândată ce a fost deschisă procedura insolvenței în statele membre, autorizarea instituțiilor de credit va fi retrasă. [30]

2.Competența legislativă

Legea națională a statului membru de origine prevede condițiile de adoptare a măsurilor şi a deschiderii procedurii. Dacă majoritatea aspectelor procedurii, cum ar fi: compensarea, anularea tranzacțiilor, tratamentul creanțelor[31], vor fi guvernate de legile naționale ale statelor membre de origine, în schimb, situația anumitor contracte şi drepturi dobândite, cum ar fi dreptul angajaților şi rezerva titlului, sunt tratate în conformitate cu legea care le guvernează, mai exact *lex domicilii*, *lex situs*, sau *lex contractus*.[32] Excepția în favoarea *lex domicilii* sau *lex contractus* se limitează la efectele măsurilor asupra anumitor contracte şi drepturi, şi nu acoperă alte probleme cum ar fi înregistrarea, verificarea, admiterea şi rangul creanțelor referitoare la acele contracte sau drepturile şi regulile care guvernează distribuția sumelor, care sunt reglementate de legea națională a statului în cauză.[33]

Se verifică astfel şi în această materia regula din dreptul internațional privat conform căreia competența jurisdicțională atrage competența legislativă.

3.Recunoaşterea automată

Măsurile sau procedurile de reorganizare îşi vor produce efectele în cadrul UE deândată ce au devenit efective în statul membru în care au fost luate, fără a fi necesară îndeplinirea vreunei formalități sau procedura exequaturului.[34]

Dat fiind că Directiva CE nu se aplică sucursalelor localizate în Statele Unite, administratorii din procedura statului membru de origine vor fi nevoiți să se bazeze pe măsurile de cooperare prevăzute în Codul falimentului din SUA, mai ales pe posibilitatea instituirii procedurii secundare în baza secțiunii 304. Un exemplu relevant al unei asemenea de cooperări este cel al insolvenței privind banca rusească Rossiyskiy Kredit Bank –RKB, când instanța de faliment din SUA a Districtului de sud al New York a luat o decizie permanentă în baza Secțiunii 304 prin care interzice executarea hotărârilor privind eventualelor sechestrări de bunuri ale RKB în Statele Unite de către creditorii locali.[35] Decizia

[29] Idem.
[30] Directiva instituțiilor de credit, art. 12(1).
[31] Idem, art. 10.
[32] Idem, art. 20, 21.
[33] Galanti, *op. cit*., p. 59.
[34] Idem, art. 9(1).
[35] Evelyn H. Biery, *Ancillary Relief Granted in a Russian Bank Case*, 20-FEB AM. BANKR. INST. J. 24 (2001).

s-a bazat pe prezumția că, deşi prevederile Actului de Reconstrucție a creditului rusesc nu sunt identice cu cele ale legislației falimentului din SUA, diferențele nu sunt de natură a împieta succesul unei proceduri secundare, luând în considerare prevederile legilor în ansamblul lor. Această decizie ar putea servi drept un precedent important pentru eforturile viitoare de cooperare dintre Statele Unite şi alte jurisdicții în cazurile de insolvență transfrontalieră a băncilor. Totuşi, trebuie observat că banca rusească nu deține bunuri în Statele Unite şi nici nu menține o sucursală locală acolo. De aceea, decizia menționată nu împiedică posibilitatea ca Statele Unite să continue să aplice cu strictețe abordarea de entitate-separată referitor la sucursalele locale ale unei bănci insolvente străine.

4.Obligația de cooperare, informare şi publicitate

Directiva CE include un set de prevederi ample care asigură fluxul normal de informare şi comunicare între autoritățile competente ale statului membru de origine şi autoritățile şi creditorii din statul gazdă. Directiva CE impune totodată o obligație de cooperare între autoritățile competente ale statului de origine şi autoritățile şi creditorii din statul gazdă. Directiva CE stabileşte de asemenea în sarcina autorităților competente ale statului de origine îndatorirea de a informa autoritățile statului gazdă despre deschiderea procedurilor de reorganizare sau de lichidare.[36]

Mai mult, art.5 al Directivei impune obligația autorităților statului de origine de a informa autoritățile competente din statul gazdă, atunci când cel dintâi consideră necesară implementarea pe teritoriul lor a unora sau mai multor măsuri de reorganizare. Consiliul Europei a dorit să se asigure că autoritățile din statul de origine furnizează la timp informații cu privire la posibilele dificultăți întâmpinate de sucursalele locale în cadrul jurisdicției proprii şi permit evaluarea oportunității adoptării măsurilor de reorganizare pentru bancă în ansamblu sau doar pentru sucursala stabilită în alt stat membru.[37] Este important de menționat că Directiva CE nu limitează aplicarea legii naționale, care este în măsură să împuternicească autoritățile statului de origine să intervină în privința sucursalelor, chiar şi a celor situate în străinătate, ale unei bănci pe care ele au autorizat-o. Totuşi, dacă autoritățile statului membru de origine nu consideră necesar să-şi asume vreo inițiativă, nici în ce priveşte banca, nici asupra sucursalei, autoritățile statului gazdă sunt libere să îşi instituie propriile măsuri extraordinare pentru sucursalele stabilite pe teritoriul lor.

---

[36] Directiva Instituțiilor de Credit, art. 4, 9 (1).
[37] Galanti, *op. cit.,* p. 57-58.

Unul din obstacolele procedurale întâmpinate de creditorii străini în mod frecvent care se iveşte în încercarea de a participa la o procedură de insolvenţă în altă jurisdicţie, îl constituie lipsa notificării din timp şi cu informaţii adecvate asupra procedurii.

Directiva prevede reguli privind obligaţia de publicitate şi informare destinate să ajute clienţii şi terţii în general să îşi exercite propriile drepturi şi mai presus de orice, să pună clienţii sucursalei pe picior de egalitate, comparativ cu cei locali. Articolele 6 şi 13 prevăd obligaţiile de publicitate cu privire la măsurile de reorganizare şi procedurile de lichidare. Publicitatea trebuie să se realizeze prin publicarea unui extras al deciziei în Jurnalul Oficial al UE şi în două ziare naţionale în fiecare stat gazdă. Această obligaţie de publicitate este deosebit de importantă pentru a da creditorilor străini să aibă posibilitatea apelării în termen a deciziilor instanţelor privind deschiderea procedurii insolvenţei sau să îşi înregistreze creanţele în cadrul procedurii din statul naţional. Funcţia instrumentală a publicităţii pentru dreptul de apel este subliniată de art. 6 (1), care stabileşte că publicarea în sine trebuie să fie făcută astfel încât să faciliteze exerciţiul dreptului de apel în termenul legal.

Prevederile referitoare la schimbul de informaţii între autorităţile din statul de origine şi statul gazdă, ca şi îndatorirea de a realiza notificarea adecvată asupra existenţei procedurii, reiterează o noţiune care se regăseşte în întreg conţinutul Directivei, anume că autoritatea judiciară a statului de origine este singura competentă să aibă cunoştinţă de apelurile împotriva măsurii insolvenţei.[38]

5. Receptarea Directivei CE în dreptul român

România are o legislaţie specială în materia falimentului instituţiilor de credit- O.G. 10/2004 privind procedura reorganizării judiciare şi a falimentului instituţiilor de credit. Adoptarea O.G. nr. 10/2004 a fost cerută de necesitatea armonizării legislaţiei noastre cu cea europeană (Directiva 2001/24/CE privind reorganizarea şi lichidarea instituţiilor de credit, în special prin preluarea dispoziţiilor referitoare la reorganizarea instituţiilor de credit şi a celor referitoare la efectele îndeplinirii formalităţilor necesare instituirii măsurilor de reorganizare şi a procedurilor de lichidare a instituţiilor de credit cu sediul social în Uniunea Europeană şi care au sucursale autorizate în România, respectiv a instituţiilor de credit persoane juridice române cu sediul social în România şi care au sucursale autorizate în Uniunea Europeană. La scut timp de la adoptarea O.G. nr. 10/2004, aşa cum era normal, a fost adoptată Legea nr. 278/2004 pentru

[38] Idem, p. 63.

aprobarea Ordonanței Guvernului nr. 10/2004 privind procedura reorganizării judiciare şi a falimentului instituțiilor de credit. În principiu, Legea nr.278/2004 aduce două mari modificări ordonanței: în primul rând, revenirea la procedura falimentului şi eliminarea tuturor prevederilor referitoare la procedura reorganizării judiciare a instituțiilor de credit, iar în al doilea rând, corectarea reglementării în ceea ce priveşte organele care aplică procedura şi atribuțiile acestora, aspecte criticate vehement în doctrină noastră juridică.

Concluzii

Lipsa unui cadru legal internațional care să se refere efectiv la insolvența transfrontalieră a corporațiilor multinaționale sau a instituțiilor de credit are efecte dramatice asupra siguranței tranzacțiilor internaționale. În acest context, beneficiarii acreditivelor întâmpină o anumită dificultate în urmărirea creanțelor împotriva unei bănci multinaționale insolvente, întrucât autoritățile abilitate din fiecare stat competent vor fi interesate în protejarea economiei naționale şi a creditorilor locali. Întrucât majoritatea statelor aderă la o formă a principiului teritorialității în abordarea insolvenței transfrontaliere şi sunt mai puțin dispuse să coopereze în astfel de proceduri referitoare la instituțiile de credit, beneficiarii pot fi constrânşi să urmărească creanțele lor în mai multe jurisdicții străine şi urmează să suporte cheltuieli considerabile şi diferite obstacole procedurale.

Deşi au fost făcute unele progrese recente de către comunitatea internațională referitoare la insolvența transfrontalieră a entităților colective prin Legea Model UNCITRAL şi Regulamentul CE, unor asemenea documente fie le lipseşte caracterul legal obligatoriu, sau sunt limitate în domeniul lor de aplicare la o arie geografică restrânsă. Situația în aria insolvenței transfrontaliere a băncilor este şi mai complicată, deoarece fiecare acord internațional de insolvență a exclus instituțiile de credit din domeniul lor de aplicație.

Directiva nr. 2001/24/CE a fost considerată un prim pas în direcția corectă, chiar dacă se rezumă la insolvența transfrontalieră intervenită în cadrul statelor membre UE. După adoptarea Directivei CE în toate statele membre – proces realizat în anul 2004- s-a schimbat complet perspectiva insolvenței transfrontaliere a băncilor multinaționale în Europa.

În pofida potențialului promițător de a ajuta la rezolvarea mai eficientă a dificultăților pe care băncile multinaționale le presupun, Directiva CE are cu siguranță limitele şi restricțiile sale. Deşi teoretic, Directiva CE nu este neapărat limitată în scopul său de teritorialitatea UE, în ce priveşte executarea în afara UE, mai ales în jurisdicțiile de tipul entitate-separată, cum ar fi SUA, rămâne puțin probabilă. Mai mult, Directiva CE nu este aplicabilă sucursalelor unei bănci a UE localizate într-un stat ne-membru al UE.

În orice caz, Regulamentul CE şi Directiva CE conferă cu siguranță îndrumări valoroase pentru crearea unei convenții obligatorii în materia insolvenței internaționale care să includă cel puțin un set complet de norme conflictuale şi să înlăture astfel nesiguranța din domeniul tranzacțiilor comerciale internaționale.

Totuşi, atât timp cât negocierea tratatelor este considerată în primul rând un exercițiu în protejarea suveranității şi interesului național, calea spre o concluzie de succes asupra problemelor insolvenței va fi dificil de parcurs.

Până la alcătuirea unei astfel de convenții, părțile contractante pot să ia alte măsuri de precauție, prin reducerea riscului unei pierderi complete a creanțelor lor într-un caz de insolvență transfrontalieră. De exemplu, creditorii pot solicita o garanție reală în bunuri corporale sau incorporale, proprietate a debitorului. Ca deținător al unui astfel de drept real, acel creditor va dobândi statutul unui creditor garantat şi va avea o şansă mai mare în rambursarea creanței sale. Mai mult, legea care guvernează aceste drepturi reale este mai accesibilă, întrucât este de regulă vorba despre legea jurisdicției în care sunt localizate bunurile ce formează obiectul acestor drepturi.

GLOBAL STRATEGIES FOR THE REGULATION OF CROSS-BORDER INSOLVENCY OF CREDIT INSTITUTIONS

Abstract

The lack of an international legal framework actually referring to the cross-border insolvency of multinational corporations or credit institutions has dramatic effects on the security of international transactions. In this context, the beneficiaries of letters of credit are confronted with a certain difficulty in following the claims against an insolvent multinational bank, as the competent authorities in each relevant state are interested in protecting the national economy and the local creditors. Since most states adhere to a form of the territoriality principle in dealing with cross-border insolvency and they are less inclined to cooperate in such proceedings regarding credit institutions, the beneficiaries may be forced to follow their claims into a number of foreign jurisdictions and they are to bear considerable costs and face various procedural obstacles.

Although the international community has recently made some progress with regard to the cross-border insolvency of collective entities through the UNCITRAL Model Law and the EC Regulation, such documents either lack a legally binding character, or their scope is restricted to a limited geographical area. The situation in the field of cross-border insolvency of banks is even more complicated, as each international insolvency agreement excluded the credit institutions from its scope.

Directive 2001/24/EC has been considered the first step in the right direction, even if restricted to cross-border insolvency within the EU Member States. Once the EC Directive was adopted in all Member States – a process concluded in 2004 – the perspective on the cross-border insolvency of multinational banks in Europe has changed completely.

In spite of the promising potential of helping to solve more efficiently the difficulties posed by multinational banks, the EC Directive has no doubt its limits and restrictions. Although, in theory, the EC Directive is not necessarily limited in its scope by EU territoriality, its execution outside the EU, especially in separate-entity jurisdictions such as the USA, remains very unlikely. Moreover, the EC Directive is not applicable to the branches of an EU bank located in a non-EU state.