

## PROCEDURI TERITORIALE DE INSOLVENȚĂ

LUIZA CRISTINA GAVRILESCU

### Abstract

*The main international legal instruments in insolvency (European Regulation, the UNCITRAL Model Law and the European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy) have established several territorial procedures with local effects of substance regarding the debtor, the distribution of proceeds and ranking of claims. These procedures are characterized by a high degree of unpredictability and creditors prove inadequate. Drawbacks mentioned could be eliminated by revising the rules of insolvency proceedings in relation to market requirements. But this solution is only valid term, short-en, since the fundamental problem is that, although the local procedure is based on international assistance, is likely to alter the substantive rules of insolvency. Therefore, future solution lies in territorial proceedings ancillary to replace the current model of full territorial procedures. Such a procedure would provide procedural assistance to foreign courts and protection of local creditors, without interfering with the substantive issues of insolvency.*

**Keywords:** *territorial procedures, ancillary proceedings, procedural assistance*

### Introducere

Abordarea clasică în materie de insolvență internațională s-a concentrat asupra dialecticii teoretice între universalism și teritorialism. După cum se știe, *universalismul* se bazează pe o procedură de insolvență principală, care se referă la toți creditorii și toate bunurile debitorului, indiferent de locația lor<sup>1</sup>, în timp ce *teritorialismul* presupune o pluralitate de proceduri de insolvență care afectează doar creditorii și activele aflate în forul respectiv<sup>2</sup>. Aceste principii acordă o atenție deosebită naturii juridice reale sau personale ale proceduri de insolvență<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Carle, *La dottrina giuridica del fallimento nel diritto privato internazionale*, Naples, 1872, p. 32-69.

<sup>2</sup> Salgado de Somoza, *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorum communem inter illos caustam*, Lugduni, 1757, Volume I, Part II, Chapter XII, numbers 73-75.

Echilibrând aceste abordări dihotomice, modelul aplicabil în prezent este unul intermediar, bazat pe *universalismul controlat*: se deschide o procedură principală cu efecte universale, care este compatibilă cu procedurile locale și anume acelea care privesc numai bunurile situate în acel stat și care sunt coordonate cu procedura principală<sup>4</sup>. Acest universalism controlat a fost descris ca o abordare post-modernă<sup>5</sup>. Procedurile teritoriale deschise în cadrul acestui sistem, fie că sunt secundare sau independente, sunt de natură să inducă efecte de fond asupra insolvenței, ceea ce atrage, după cum vom arăta, unele neajunsuri. Pentru înlăturarea acestor probleme a fost creat un nou format de proceduri teritoriale, denumite auxiliare<sup>6</sup> ale procedurii principale de insolvență și care își limitează acțiunea la aspecte de natură procedurală. Procedura teritorială auxiliară are foarte puține în comun cu ceea ce astăzi este cunoscut sub numele de procedură teritorială deplină, sau cu universalismul pur, fiind considerată de către Comitetului European Economic și Social<sup>7</sup> că reprezintă viitorul în materie de legislație a insolvenței internaționale.

### **Formularea modelului bazat pe procedurile de insolvență auxiliare**

#### Fundamentul și funcțiile procedurii auxiliare

Funcționarea procedurilor auxiliare este concepută în contextul derulării unei proceduri de insolvență unice (procedură universală) cu efecte de fond, ceea ce presupune în prealabil derularea unui proces de *armonizare a normelor materiale*<sup>8</sup>. O astfel de armonizare nu ar trebui să fie concepută ca un scop în

---

<sup>3</sup> Meunier-Dollfus, *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire dans les rapports internationaux*, Paris, 1902, p. 12-42.

<sup>4</sup> Safa, *La faillite en droit international privé*, Beirut, 1954, p. 333-339.

<sup>5</sup> Surville, *Cours élémentaire de Droit International Privé*, 7<sup>th</sup> ed., Paris, 1925, p. 839-842.

<sup>6</sup> Ángel Espiniella Menéndez, *The ancillary insolvency proceeding*, *Español Anuario de Derecho Internacional Privado*, vol. V, 2005, p. 5.

<sup>7</sup> A se vedea Avizul forțat al Comitetului Economic și Social European privind inițiativa Republicii Federale Germania și a Republicii Finlanda în vederea adoptării unui regulament al Consiliului privind procedurile de insolvență, prezentat Consiliului la 26 mai 1999, JO, C 75, 15 martie 2000.

<sup>8</sup> Fernández Rozas, *Teoría y praxis en la codificación del Derecho de los negocios internacionales*, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2002, p. 143.

sine<sup>9</sup>, ci ca un mijloc de a atinge obiectivele legate de insolvență și ar trebui să vizeze o perfectă convergență între interesele publice și private<sup>10</sup>. Realizarea acestui cadru armonizat ar elimina costurile de informare și variațiile legii aplicabile, precum și obstacolele în calea libertății de afaceri.

O astfel de armonizare nu este posibilă însă în prezent, pentru că necesită o unitate între politicile și interesele statelor. Totuși, această procedură universală cu efecte de fond ar putea fi aplicată cu succes într-un context « subsidiar », adică într-un context de « privatizare »<sup>11</sup> a normelor de insolvență, în care interesele operatorilor ar fi mai importante decât interesul public. Astfel, statele ar putea avea o perspectivă comună în planul dreptului internațional privat<sup>12</sup>.

Procedura auxiliară trebuie să îndeplinească o dublă funcție: *protejarea creditorilor locali*, acei creditori ale căror creanțe provin din valorificarea exploatărilor economice situate în fiecare stat - și *asigurarea asistenței între instanțe*, pentru a atinge scopurile unei proceduri de insolvență în contextul internațional. Această funcție dublă se bazează pe un concept fundamental, logica pieței, deoarece normele de procedură trebuie să fie reglementate în conformitate cu modul de funcționare a afacerilor internaționale<sup>13</sup>. Astfel, în măsura în care creditorii și terții au negociat prin intermediul unei sucursale sau al unui sediu secundar al debitorului, creditele ar trebui să fie renegociate prin această unitate. Deși o astfel de exploatare economică nu este negociator cu personalitate juridică, aceasta poate acționa drept mijlocitor în acest sens<sup>14</sup>.

În plus, procedurile auxiliare trebuie să furnizeze asistență procedurii principale privind o reorganizare corectă a debitorului sau o valorificare mai bună a activelor sale și reducerea costurilor derivate din deschiderea unei

---

<sup>9</sup> Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Granada, 2002, p. 196.

<sup>10</sup> Hauschild, *The Way Ahead: Co-operation and Future Prospects of Improved Arrangements, Cross Border Insolvency: Problems and Legal Principles*, Windrut, 1986, p. 85.

<sup>11</sup> Înțelesă în sens microeconomic, adică, oferind un tratament preferențial către debitor, creditori și interesele terților - aceasta fiind totuși compatibilă cu drepturile autorităților fiscale și instituțiilor sociale să își depună creanțele în procedura de insolvență.

<sup>12</sup> Juenger/Sánchez Lorenzo, *Conflictualismo y lex mercatoria en el Derecho internacional privado*, R.E.D.I., vol. LII, 2000-2001, p. 46-47.

<sup>13</sup> Virgós/Garcimartín, *El Derecho concursal europeo: un ensayo sobre su racionalidad interna*, în Rev. Der. Eur., 2002, p. 67-100.

<sup>14</sup> Mankowski, *Konkursgründe beim inländischen Partikularkonkurs*, în Z.I.P., 1995, p. 1657.

proceduri. Atunci când se va reorganiza sau lichida o companie internațională se va considera că aceasta reprezintă o unitate juridică, ale cărei resurse umane și bunuri sunt descentralizate în state diferite<sup>15</sup>.

#### Deschiderea procedurii auxiliare

Formularea *condițiilor pentru deschiderea* procedurilor auxiliare și *determinarea măsurilor care pot fi adoptate* în cadrul lor trebuie să fie realizate prin intermediul unui regulament mixt, combinând normele de drept internațional privat cu regulile materiale interne de insolvență.

Deschiderea procedurii auxiliare presupune stabilirea a trei elemente de bază: norma de competență, situația debitorului și dreptul de a solicita deschiderea procedurii<sup>16</sup>.

*Determinarea competenței* trebuie să se raporteze la exploatările economice relevante, ce dețin resurse umane și bunuri de referință<sup>17</sup>. Aceste unități generează o serie de relații juridice legate de obiectul exploatării (între angajați, clienți, furnizori, creditorii). În acest fel, procedura de insolvență devine mai eficientă, pentru că este stabilită o corelație între obiectul problemei și modul în care este rezolvată: insolvabilitatea unui debitor a cărui activitate economică se derulează în state diferite va fi rezolvată prin mijloacele unei proceduri descentralizate. În plus, una din condițiile prealabile procedurii de insolvență și anume pluralitatea de creditorii, se preconizează în configurația normei de competență: o exploatare economică, care este capabilă să genereze o pluralitate de raporturi juridice<sup>18</sup>. Aceste exploatări economice trebuie să aibă o piață relevantă, la o dimensiune temporală, deoarece acestea ar trebui să fie exploatări economice netranzitorii, precum și la o dimensiune spațială, deoarece creditorii și terții ar trebui să poată localiza, în acea piață, exploatarea secundară prin intermediul căreia au fost stabilite raporturile juridice cu debitorul.

---

<sup>15</sup> Virgós/Garcimartín, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, 2003, p. 156-157.

<sup>16</sup> I. Macovei, *Instituții în dreptul comerțului internațional*, Ed Junimea, Iași, 1987, p.235.

<sup>17</sup> I. Turcu, *Creația dreptului european al falimentului* în Revista de Drept Comercial nr. 3-2001, p.23.

<sup>18</sup> von Savigny, *op. cit.*, § CCCLXXIV.III, p 290.

În afară de determinarea competenței, deschiderea procedurii auxiliare necesită recunoașterea anterioară a procedurii principale, având în vedere obiectivele de asistență a procedurii principale și de protecție a creditorilor locali. După ce a fost recunoscută această procedură principală, *starea de insolvență a debitorului este prezumată*, deci nu va mai fi examinată în cadrul procedurii auxiliare, pentru că această procedură are un caracter strict procedural, fără efecte de fond. Cu toate acestea, există două cazuri în care ar fi admisibilă deschiderea unei proceduri teritoriale depline cu efecte de fond, care ar presupune o evaluare a stării de insolvență a debitorului. În primul rând, în cazul în care recunoașterea procedurii principale nu a fost posibilă și, în al doilea rând, în cazul în care deschiderea procedurii de insolvență nu este admisă de legea statului pe teritoriul căruia este situat centrul principalelor interese ale debitorului<sup>19</sup>.

În fine, deschiderea procedurii auxiliare poate fi *solicitată numai de către creditorii locali și de către lichidatorul din cadrul procedurii principale*, datorită scopului auxiliar al acesteia. Creanțele creditorilor locali sunt strâns legate de exploatarea economică a debitorului din statul forului. Lichidatorul din procedura principală beneficiază de același drept, pentru că el ocupă o poziție privilegiată în ce privește evaluarea necesității asistenței internaționale. În plus, această asistență ar trebui să fie rapidă și eficientă. În acest scop, desemnarea lichidatorului trebuie să fie recunoscută fără nici o procedură intermediară anterioară, deoarece ar fi de durată, costisitor și ineficient să se suspende acordarea asistenței, până la finalizarea procedurii intermediare<sup>20</sup>.

#### Conținutul procedurii auxiliare

În cadrul unei proceduri auxiliare, instanțele pot adopta *măsuri procedurale de protecție a creditorilor locali* și de cooperare cu procedurile principalele străine. Conținutul acestora trebuie să fie suficient de flexibil, astfel

---

<sup>19</sup> D. Ungureanu, *Falimentul internațional*, Lumina Lex. 2004, p. 107.

<sup>20</sup> Hanisch, *Procédure d'insolvabilité interne comprenant des biens situés à l'étranger*, în *Premier Séminaire de droit international et de droit européen*. Neuchâtel, 11-12 octobre 1985; *Le droit de la faillite internationale*, Zürich, 1986, p. 24-25.

încât să poată fi adaptat la circumstanțele fiecărui caz în parte<sup>21</sup> și să permită coordonarea cu procedura principală<sup>22</sup>.

Astfel de măsuri procedurale pot fi *multilaterale* și adoptate cu acordul instanței care a deschis procedura principală - de exemplu, constituirea unui secretariat<sup>23</sup>, numirea unui consilier de investiții<sup>24</sup> sau a unui comitet al creditorilor<sup>25</sup>. În măsura în care ar fi necesar, aceste măsuri pot fi adoptate, de asemenea, prin intermediul unor protocoale auxiliare, adică prin intermediul unor acorduri între lichidatori în ceea ce privește administrarea mai bună a procedurii<sup>26</sup>.

În cazul în care interesele creditorilor locali o cer, unele măsuri procedurale *unilaterale* pot fi adoptate fără a lua în considerare ceea ce a fost stipulat în statul în care are loc procedura principală: de exemplu, numirea unui lichidator auxiliar, care este în contact direct cu autoritățile locale ale creditorilor<sup>27</sup>, sau autorizarea adunărilor locale ale creditorilor, în afară de adunarea din statul în care a fost deschisă procedura principală<sup>28</sup>.

În ceea ce privește legea aplicabilă, *lex fori concursus* va reglementa aspectele procedurale referitoare la anunțul de convocare și funcționarea acestor reuniuni locale, ca și cum ar fi fost o situație internă, însă convenabil adaptate,

---

<sup>21</sup> Woloniecki, *Co-operation between National Courts in International Insolvencies: Recent United Kingdom Legislation*, în I.C.L.Q., vol. 35, 1986, p. 657.

<sup>22</sup> Silverman, *Advances in Cross-border Insolvency Cooperation: The UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency*, în ILSA J. Int'l. & Comp. L., vol. 6, 1999-2000, p. 270.

<sup>23</sup> § 3 of the Protocol *In Re Manhattan Investment*, between the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, the High Court of Justice of the British Virgin Islands and the Supreme Court of Bermuda (text pe <http://www.iiiglobal.org>).

<sup>24</sup> Flaschen/Silverman, Maxwell Communication Corporation plc: *The Importance of Comity and Co-operation in Resolving International Insolvencies*, în *Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganizations*, London/Dordrecht/Boston, 1994, p. 48-57.

<sup>25</sup> Leonard/Marantz, *Cross-Border Issues Between the United States and Canada, in International Bankruptcies. Developing Practical Strategies*, New York, 1992, p. 464-465.

<sup>26</sup> Silverman, *The Implementation and Utilization of Cross-Border Insolvency Protocols*, în *Practitioner's Guide to Cross-Border Insolvencies*, New York, 2003, p. 2, 1-30.

<sup>27</sup> Tirado, Artículo 32, *Auxiliares delegados*, în *Comentario de la Ley Concursal*, vol. I, Madrid, 2004, p. 648-652, 667.

<sup>28</sup> Bond, *A Global Approach for Multi-Creditor Out-of-Court Restructurings-A New Initiative and the Wider Issues*, în Conn. J. Int'l. L., vol. 17, 2001, p. 41.

după caz (de exemplu, reuniunea locală ar trebui să aibă loc înainte de una principală).

Adunarea locală va putea să adopte propuneri care să fie prezentate procedurii principale străine și astfel, creditorii vor renegocia datoria în statul în care au contractat obligațiile lor legale cu debitorul. La această întâlnire locală, informațiile vor fi date pe seama procedurii principale sau altor rezoluții judiciare privind procedurile de insolvență<sup>29</sup>, sau a unor decizii privind anumite aspecte ale legislației insolvenței<sup>30</sup>. În consecință, numai creditorii ale căror creanțe provin din derularea activității unităților situate în cadrul forului pot participa la reuniunile locale<sup>31</sup>. Participarea trebuie să fie voluntară și nu poate implica nici o consecință negativă pentru creditorii absenți. În plus, participarea nu trebuie să fie exclusivă, astfel că orice creditor poate depune creanțele sale în cadrul procedurii principale, în cadrul căreia realizarea și distribuirea activelor ar avea loc. În ceea ce privește debitorul sau, după caz, ordonatorul de credite al sucursalei, el este obligat să se prezinte în cadrul procedurii auxiliare. De asemenea, dacă se dovedește util creditorilor locali, lichidatorul din cadrul procedurii auxiliare poate să își depună creanțele în cadrul procedurii principale<sup>32</sup>. Acest lucru este avantajos din punct de vedere economic, deoarece o singură persoană va reprezenta cererile unei pluralități de creditori, prevenind astfel necoordonarea litigiilor străine. Lichidatorii menționați vor avea dreptul să participe în cadrul procedurii principale în aceleași condiții ca cele prevăzute în cazul creditorilor, în special prin participarea la adunarea creditorilor. Acest drept nu trebuie să submineze dreptul creditorilor de a apărea în cadrul procedurii principale, în cazul în care refuză să fie reprezentați.

---

<sup>29</sup> § H.22 of Protocol *In Re Loewen*, between the United States Bankruptcy Court for the District of Delaware (June 30, 1999) and the Ontario Superior Court of Justice (June 1, 1999).

<sup>30</sup> Clift, *The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency-- A Legislative Framework to Facilitate Coordination and Cooperation in Cross-Border Insolvency*, în Tul. J. Int'l. & Comp. L., vol. 12, 2004, p. 344.

<sup>31</sup> Hirsch, *Vers l'universalité de la faillite au sein du marché commun?*, în Cahiers dr. europ., 1970, p. 56-59.

<sup>32</sup> Flaschen/Plank, *The Foreign Representative: A New Approach to Coordinating the Bankruptcy of a Multinational Enterprise*, în Am. Bankr. Inst. L. Rev., vol. 10, 2002, p. 111-134.

În afară de protejarea creditorilor locali, procedura auxiliară trebuie să furnizeze *asistență pentru procedura principală*. Numirea unui lichidator în cadrul procedurii auxiliare implică faptul că acesta va avea controlul asupra activelor debitorului și după caz, va fi posibil transferul acestor active către lichidatorul procedurii principale. Trebuie să existe un schimb de orice informații relevante între toți lichidatorii, de la deschiderea la închiderea procedurii, inclusiv asupra fiecărei etape din evoluția procedurii de insolvență (cu scopul de a informa creditorii locali care sunt prezenți în cadrul procedurii auxiliare și pentru o mai bună gestionare a procedurii principale). De asemenea, se va proceda la realizarea unor inspecții a documentelor contabile, a registrelor și a arhivelor relevante ale debitorului.

În cazul în care procedura principală are drept scop lichidarea activelor debitorului, procedura auxiliară trebuie să lichideze activele atribuite unității situate în cadrul forului și trebuie să facă acest lucru într-o manieră flexibilă, în conformitate cu caracterul funcțional unitar, însă descentralizat al debitorului internațional. Instanțele din fiecare stat vor păstra controlul asupra activelor situate în interiorul granițelor lor, prin aplicarea *lex fori executionis*, care reglementează procedura de realizare a creanțelor<sup>33</sup>. Totodată, acest lucru va facilita participarea cumpărătorilor care se află în statul unde este situat sediul și va reduce complexitatea procedurii de lichidare.

În orice caz, din moment ce societatea internațională nu este o simplă proprietate descentralizată, ci o unitate funcțională, modalitățile de executare prevăzute de *lex concursus* principală vor trebui să fie luate în considerare<sup>34</sup> numai dacă acest lucru este necesar pentru a crește valoarea activelor ce urmează a fi lichidate<sup>35</sup> și atâta timp cât *lex concursus* principală nu este vădit contrară ordinii publice a statului în care se face lichidarea. În acest scop, cumpărătorii potențiali ai activelor ca ansamblu în stare de funcționare trebuie să fie asistați de

---

<sup>33</sup> O astfel de cerere reprezintă o proiecție a competenței exclusive în cadrul procedurilor în cauză, privind executarea hotărârilor judecătorești. Este cunoscut faptul că instanțele din fiecare stat trebuie să aibă competența exclusivă pentru executarea hotărârilor judecătorești pe teritoriul lor, o expresie a monopolului în exercitarea de forță coercitivă.

<sup>34</sup> Kerameus, *Enforcement in the International Context*, R. des C., vol. 264, 1997, p. 306-318.

<sup>35</sup> González Álvarez, *Objeto del Derecho Internacional Privado y Especialización Normativa*, în A.D.C., 1993, p. 1146.



către lichidatori în toate procedurile. În plus, instanțele din fiecare stat pot manifesta aprobarea sau refuzul lor de cumpărare a activelor ca întreg prin emiterea unor decizii unice<sup>36</sup>, sau prin decizii succesive. În orice caz, distribuirea activelor rezultate va fi făcută în cadrul procedurii principale și cu aplicarea *lex concursus* principale.

În sfârșit, fiecare procedură implică unele costuri, iar procedura auxiliară nu este o excepție; cheia, cu toate acestea, este de a face costul acesteia proporțional cu beneficiile rezultate din deschiderea ei. Costurile și cheltuielile se suportă din bunurile situate în statul în care procedura auxiliară este deschisă. În plus, în vederea deschiderii unei proceduri auxiliare, legislația din unele state solicită ca activele să fie suficiente pentru a acoperi costurile și cheltuielile pe carea ea le implică. În plus, instanța sesizată poate să ceară solicitantului să facă o plată în avans a costurilor sau să depună o garanție corespunzătoare.

### **Compararea procedurilor auxiliare cu procedura teritorială deplină**

#### *Fundamentul comparației*

Procedura auxiliară este radical diferită de *procedurile teritoriale depline*, în care sunt prevăzute o distribuție a activelor, un clasament al creanțelor și unele efecte juridice asupra debitorului, creditorilor și terților<sup>37</sup>. Raționamentul comparației este că procedura completă teritorială prevalează în instrumentele cele mai relevante, cum ar fi *Regulamentul (CE) nr 1346/2000 al Consiliului din 29 mai 2000 privind procedurile de insolvență*<sup>38</sup> (denumit în continuare, *Regulamentul European*), *Legea Model UNCITRAL privind insolvența transfrontalieră*<sup>39</sup>, *Convenția europeană privind anumite aspecte internaționale în materie de faliment, care a fost deschisă spre semnare la Istanbul, la 5 iunie 1990 și elaborată în cadrul Consiliului Europei*<sup>40</sup>. La nivelul dreptului internațional privat al statelor menționăm pentru România, *Legea*

<sup>36</sup> Principles of Cooperation among the NAFTA Countries, New York, 2003, p. 115-122.

<sup>37</sup> Bloching, *op. cit.*, p. 115-118.

<sup>38</sup> Fletcher, *Historical Overview: The Drafting of the Regulation and its Precursors*, în *The EC Regulation on Insolvency Proceedings*, Oxford, 2002, p. 1-14.

<sup>39</sup> Omar, *The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, în *I.C.C.L.R.*, vol. 10, 1999, p. 248.

<sup>40</sup> Fletcher, *The Istanbul Convention and the Draft EEC Convention*, în *Festschrift für Hans Hanisch*, Colonia, 1994, p. 101-102.

nr.637/2002 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat în domeniul insolvenței care introduce pentru prima dată în legislația română un set de norme privind dreptul internațional în materie de insolvență iar pentru legislația altor state menționăm, drept exemplu, Legea nr.22/2003 din Spania<sup>41</sup>. Evident, fiecare dintre aceste instrumente are particularități proprii și conține norme diferite de procedură, dar toate permit deschiderea unei proceduri locale cu efecte de fond<sup>42</sup>. Comparând procedurile auxiliare cu procedurile teritoriale depline, observăm că ambele sunt concepute ca instrumente de protecție a creditorilor locali și mijloc de asistență pentru procedura principală<sup>43</sup>. Cu toate acestea, se va arăta în continuare că, în sistemul actual al procedurilor teritoriale depline, aceste funcții sunt uneori activate disproporționat.

Scopul procedurii teritoriale depline este asigurarea protecției creditorilor împotriva efectelor aplicării unei legi străine, astfel încât să poată fi siguri că situația lor juridică va fi aceeași cu cea dintr-o procedură națională<sup>44</sup>. Având însă în vedere că situațiile juridice internaționale sunt diferite de cele interne, nu există niciun fel de discriminare în tratarea diferitelor situații într-un mod distinct. Mai mult, un astfel de tratament diferit oferă un avantaj compensatoriu: dacă creditorul a făcut alegerea sa, dintr-o pluralitate de conjuncturi naționale și internaționale, el a avut posibilitatea de a estima costul juridic al unei insolvențe străine. Mai mult, anumite norme conflictuale pot fi folosite pentru a reglementa unele aspecte ale procedurii insolvenței (contracte de muncă, drepturi reale), reducând, prin urmare, domeniul de aplicare al *lex fori concursus*. În orice caz, regulile de fond nu ar trebui să fie modificate, din motive de asistență internațională.

---

<sup>41</sup> González Campos, *Aspectos internacionales de la situación concursal*, în *La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español*, Madrid, 1982, p. 329-396.

<sup>42</sup> Din acest motiv, atunci când ne referim la modelul actual avem în vedere doar aspectele comune ale acestor sisteme.

<sup>43</sup> Virgós, *The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: an Insider's View*, în *Forum Internationale*, number 25, 1998, p. 32.

<sup>44</sup> Raportul referitor la Convenția privind procedurile de insolvență, elaborat de Virgós și Schmit, în BIMJ, numărul supliment 1879, 15-X-00, § 32.

Așa cum am arătat anterior, *procedura auxiliară* presupune existența unei proceduri principale cu efecte de fond, care se referă la toate activele și la toți creditorii, indiferent de locația lor.

O asemenea configurație a procedurii principale se regăsește deja în Regulamentul European și în dreptul internațional privat al statelor (de exemplu, Legea română 637/2002 și Actul spaniol în materie de insolvență internațională): procedura principală va fi deschisă în statul în care se află centrul intereselor principale ale debitorului<sup>45</sup>. Cu toate acestea, până în prezent, în Europa nu s-a creat un context propice armonizării legislației insolvenței sau privatizării instituției insolvenței. Deși în dreptul comparat pot fi identificate anumite construcții care sunt favorabile actualului model al universalismului controlat, acest lucru nu a fost suficient pentru a permite introducerea, în mod corespunzător, a procedurilor auxiliare.

Vom analiza în continuare avantajele și dezavantajele a trei experiențe de armonizare radical diferite: unul dintre ele bazat pe modelul federal al unei puteri economice, în cazul Statelor Unite, iar celelalte două, la un nivel strict internațional, care realizează fie unificarea prin intermediul unui tratat în țările africane în cadrul OHADA, sau o armonizare atenuată, într-un forum global, respectiv UNCITRAL (care, va fi luată în considerare cu precauție, deoarece este formulată cu o asemenea flexibilitate, încât efectele sale de armonizare sunt mai degrabă discutabile)<sup>46</sup>.

În *Statele Unite*, nici în raporturile federale, nici în relațiile cu statele terțe, modelul auxiliar nu a fost pe deplin adoptat. *Ad intra*, existența unui sistem unic de legislație a insolvenței<sup>47</sup> este, de obicei, legată de deschiderea unei proceduri de insolvență unice pentru întregul teritoriul federal. Acest lucru generează o lipsă de protecție, deoarece îi obligă pe toți creditorii unei societăți debitoare din SUA să își depună creanțele în statul în care procedura a fost deschisă, chiar dacă domiciliul acestor creditori se află într-un alt stat. *Ad extra*,

---

<sup>45</sup> Calvo/Carrascosa, *Competencia internacional y procedimientos principales de insolvencia en el Reglamento 1346/2000*, în R.C.P., nr 1, 2004, p. 157-188.

<sup>46</sup> I. Schiau, *Reglementarea internațională a insolvenței transfrontaliere*, în R.D.C. nr. 3-2000, p. 80.

<sup>47</sup> Codul falimentului din 1978, menționat ca Titlul XI din Codul SUA, a fost modificată prin Actul din 2005 privind Prevenirea falimentelor abuzive și protecția consumatorilor.

deși legea federală prevede deschiderea unei proceduri auxiliare pentru asistența procedurii străine recunoscute în Statele Unite<sup>48</sup>, dă posibilitatea deschiderii unei proceduri complete<sup>49</sup>, chiar exclusiv pe baza faptului că debitorul are proprietăți în Statele Unite<sup>50</sup>.

Celelalte două experiențe ilustrează mai curând o aplicare disproporționată a unor măsuri, decât lipsa de protecție a creditorilor locali, pentru că acordă efecte substanțiale procedurii teritoriale. Acesta este cazul articolului 251.II din *Actul uniform OHADA de organizare a procedurilor colective pentru ștergerea datoriilor, adoptat la 10 aprilie 1998*<sup>51</sup>, precum și a *Ghidului legislativ UNCITRAL privind legislația insolvenței adoptat la 25 iunie 2004*<sup>52</sup>, care include Legea Model privind insolvența transfrontalieră. Paradoxal, ambele instrumente stabilesc o pluralitate de instanțe, care aplică un act uniform (în cazul OHADA) sau legislația națională armonizată - în ipoteza implementării cu succes a Ghidului UNCITRAL).

Din cele expuse rezultă că protecția creditorilor locali și asistența internațională a procedurii principale nu justifică desfășurarea procedurilor teritoriale complete, acestea fiind fundamentate de interesul fiecărui stat în deținerea controlului asupra propriei sale piețe. Problema constă în faptul că acest interes legitim a dus la un model care se dovedește a fi, după cum vom arăta, imprezicibil, ineficient, costisitor și necorespunzător din punct de vedere al intereselor operatorilor.

#### Diferențele privind momentul deschiderii

Deschiderea procedurii auxiliare presupune întotdeauna existența prealabilă a unei proceduri principale; în schimb, procedura teritorială deplină poate fi uneori deschisă în absența unei proceduri principale (în acest caz, aceasta se numește *procedură independentă*). Avantajul procedurii auxiliare

---

<sup>48</sup> Gross, *Foreign Creditor Rights: Recognition of Foreign Bankruptcy Adjudications in the United States and the Republic of Singapore*, în U. Pa. J. Int'l. Bus. Law, vol. 12, 1991, p. 129-139.

<sup>49</sup> Melnik, *Cross-Border Insolvencies: The United States Perspective-- A Primer*, in *International Bankruptcies*, op. cit., p. 230-232.

<sup>50</sup> Huber, *Creditor Equality in Transnational Bankruptcies. The United States Position*, în Vand. J. Transnat'l. L., vol. 19, 1986, p. 772-773.

<sup>51</sup> *Journal Official OHADA*, number 7, 1-VII-98 (text la <http://www.ohada.com>).

<sup>52</sup> Recomandate de Rezoluția 59/40 a Adunării Generale a ONU din 12.2.2004.

provine din faptul că nu mai este necesar să se evalueze starea de insolvență a debitorului, ca în cadrul unei proceduri independente.

Dintr-o perspectivă locală, starea de insolvență ar trebui să fie examinată în raport cu sediul situat în cadrul forului, deoarece acesta este criteriul folosit de norma de competență. O astfel de examinare locală este nerelevantă, deoarece insolvabilitatea se examinează cu privire la o unitate care nu are personalitate juridică, adică una care nu reprezintă debitorul, în plus, stabilimentul ar putea fi declarat insolubil, în timp ce întreprinderea ca un întreg poate fi pe deplin solvabilă. Alternativa la evaluarea locală a stării de insolvență, care este reprezentată de evaluarea globală a situației debitorului, nu este nici ea convingătoare. Este puțin probabil că instanța din statul în care se află un sediu al debitorului va fi calificată să examineze dacă acest debitor, al cărui centru de interes principal este situat într-un stat diferit, este solvabil sau nu. Unele situații contradictorii pot apărea în acest context: de exemplu, sediul respectiv poate fi solvabil, chiar dacă debitorul este insolubil. Ar fi, prin urmare, excesiv a deschide o procedură locală, atunci când acest sediu nu a generat insolvența debitorului, dar și mai mult, acesta ar putea deveni chiar reper de viabilitate a companiei.

Procedura auxiliară este mai asemănătoare cu *procedurile secundare*, adică cele deschise după recunoașterea procedurii principale în cadrul forului. Aceasta rezultă din regulile din Legea română nr. 637/2007 și Actul spaniol de insolvență, conform cărora procedurile teritoriale vor fi deschise, de îndată ce procedura principală este recunoscută, fără ca insolvența debitorului să fie examinată în țările respective<sup>53</sup>. Modelul procedurilor auxiliare conferă însă unele avantaje în raport cu sistemul proiectat de Legea model UNCITRAL și de Regulamentul European, după cum se va arăta în continuare.

Legea Model UNCITRAL stabilește că recunoașterea unei proceduri principale generează o prezumție că debitorul este insolubil, dar o astfel de *prezumție este relativă*<sup>54</sup>. Această soluție conduce la situații paradoxale, cum ar fi următoarele: un debitor care a fost declarat în faliment în statul centrului principalelor sale interese poate fi considerat pe deplin solvabil într-un loc unde el are doar o sucursală.

---

<sup>53</sup> Diago, *Los procedimientos territoriales en la nueva Ley concursal*, în *Cuestiones actuales*, op. cit., p. 488-492.

<sup>54</sup> I. Macovei, *Dreptul comerțului internațional*, vol. I, Ed. C.H.Beck, București, 2006, p. 191.

Regulamentul european stabilește *iuris et de iure* starea de insolvență a debitorului, o dată ce procedura principală a fost recunoscută. Cu toate acestea, Regulamentul permite în mod nejustificat ca, imediat după deschiderea unei proceduri principale bazată pe reorganizarea debitorului, să aibă loc deschiderea unei proceduri locale, care va trebui neapărat să fie o procedură de lichidare (a se vedea articolul 27 și anexa B). Acest lucru implică un factor de descurajare pentru multe companii, căci este puțin probabil că vor solicita deschiderea unei proceduri principale de reorganizare, sub amenințarea de lichidare forțată a subunităților lor. Și mai mult, aceasta îngreunează procedura principală de reorganizare, deoarece stabilimentele cele mai profitabile, care sunt de importanță strategică pentru activitatea economică generală, sau chiar toate unitățile situate în alte state membre, pot fi lichidate automat. Argumentele pentru această soluție au avut în vedere complexitatea procedurilor de reorganizare, care le face a fi mai dificil de coordonat, creând, implicit, riscul creării unor abuzuri. În schimb, preferința acordată procedurilor de reorganizare se datorează faptului că acestea sunt focalizate pe valorificarea bunurilor.

#### Diferențele în raport cu scopul urmărit

Procedurile teritoriale secundare sunt prevăzute să îndeplinească două funcții : să asigure protecția intereselor locale și să susțină derularea procedurii principale. În ce-i privește pe creditorii, trebuie să le garanteze că drepturile lor nu se schimbă, în caz de situare în străinătate a centrului principalelor interese ale debitorului, iar sindicului din procedura principală îi recunoaște dreptul de a cere deschiderea unei proceduri secundare<sup>55</sup>.

Așa cum s-a arătat mai sus, obiectivele *procedurii auxiliare* sunt asistența internațională și protecția creditorilor locali. În consecință, în ceea ce privește datoriile, numai acei creditorii ale căror creanțe provin din exploatarea sediului situat în cadrul forului pot participa în mod voluntar în cadrul procedurii auxiliare. În ceea ce privește activele, procedura auxiliară nu este concepută ca un mecanism de distribuție. Ambele aspecte implică diferențe importante în raport cu procedura teritorială deplină.

Modelul actual al *procedurilor teritoriale depline* permite tuturor creditorilor să participe la oricare dintre proceduri, ceea ce contribuie la ridicarea

---

<sup>55</sup> D. Ungureanu, *Falimentul internațional*, Lumina Lex, București, 2004, p. 105.

costurilor, deoarece fiecare creditor trebuie să-și înscrie creanța sa în fiecare procedură de insolvență, fie personal sau reprezentat de lichidator (formula « toți creditorii în toate procedurile »). Dimpotrivă, procedura auxiliară reduce aceste costuri, deoarece creditorii trebuie să își înscrie creanțele doar într-o procedură auxiliară (raportat la sediul de care este legată creanța lor) și în cadrul procedurii principale, fie personal, fie prin intermediul lichidatorului (formula « unu plus unu »).

Cu privire la activele debitorului, în timp ce procedura auxiliară nu aduce atingere deloc activului, procedura locală deplină afectează toate bunurile situate în statul în care aceasta este deschisă<sup>56</sup>. Simpla localizare a activelor în statul de deschidere este un criteriu insuficient, deoarece nu se referă la activele strategice ale acestui sediu, care pot fi situate în mod permanent sau temporar în străinătate. Pe de altă parte, aceasta afectează nejustificat acele active care, în ciuda faptului că se găsesc temporar în statul de deschidere, sunt de o importanță strategică pentru unitățile situate în străinătate. În plus, procedurile teritoriale depline pot împiedica libera circulație a mărfurilor în Uniunea Europeană. Într-adevăr, lichidatorii din cadrul procedurii principale sau debitorii ce au anumite bunuri la dispoziția lor se vor abține să își exercite dreptul la libera circulație a mărfurilor, în cazul în care constată că intrarea unor bunuri în statul în care debitorul are un sediu poate implica deschiderea unei proceduri teritoriale.

În ce privește *legea aplicabilă* procedurilor teritoriale, aceasta este aceea a statului pe teritoriul căruia astfel de proceduri sunt deschise. *Lex fori concursus* va determina efectele acestor proceduri: normele care reglementează distribuția încasărilor, rangul creanțelor, etc.

Dezavantajele *lex fori* sunt că este impredictibilă și nu reprezintă interesele procedurii de insolvență, deoarece sporește costul creditelor.

---

<sup>56</sup> Pentru motive de siguranță juridică, articolul 2 (g) din Regulamentul European stabilește că: (i) bunurile corporale sunt situate în statul membru pe teritoriul căruia este situată proprietatea, (ii) dreptul de proprietate și drepturile care trebuie să fie înscrise într-un registru public sunt situate în statul membru sub a cărui autoritate este ținut registrul, și (iii) creanțele sunt situate în statul membru pe teritoriul căruia terțul care pretinde executarea lor are centrul intereselor sale principale.

*Predictibilitatea* legii aplicabile poate fi examinată în două momente diferite: la identificarea *lex concursus* teritoriale și la evaluarea condițiilor de aplicare a acestei legi.

Atât Regulamentul European cât și Legea română, respectiv cea spaniolă în materie de insolvență permit identificarea *lex concursus* locale, deoarece sediul, folosit drept identificator al normei de competență, necesită o reglementare suplimentară<sup>57</sup>.

Documentele menționate nu permit însă evaluarea condițiilor de aplicare: procedurile teritoriale pot fi deschise înainte sau după ce o procedură de insolvență principală a fost deschisă, sau pur și simplu, pot să nu fie deschise deloc. Imposibilitatea de a prevedea dacă o procedură locală va fi deschisă sau nu, poate fi un obstacol deosebit de grav, având în vedere că aceasta poate denatura aplicarea normelor materiale uniforme europene: în special, în ceea ce privește articolele 5 și 7 din Regulamentul european, care stabilesc faptul că deschiderea procedurii de insolvență nu va afecta drepturile *in rem*, care sunt situate pe teritoriul unui alt stat membru<sup>58</sup>. O astfel de imunitate dispare însă, odată cu deschiderea unei proceduri locale în statul în care bunurile sunt situate<sup>59</sup>.

La impredictibilitatea procedurilor locale se adăugă efectul nedorit al « revenirii » la o diversitate de norme interne (*lex fori* locale), care nu au fost armonizate, ceea ce conduce la îndepărtarea de la obiectivul uniformizării.

În plus, procedura teritorială nu reprezintă corespunzător *interesele procedurii* de insolvență, dând curs intereselor particulare, care sunt favorizate de normele ce stabilesc calitatea procesuală. Dreptul individual de a solicita deschiderea procedurii teritoriale devine dreptul de a alege legea aplicabilă tuturor creditorilor. Dar interesul particular al unui singur *creditor* nu corespunde intereselor colectivității creditorilor. Astfel, legea forului promovează alegerile oportuniste ale normei aplicabile, spre deosebire de motivele deschiderii unei proceduri auxiliare, care sunt strict bazate pe asistență procedurală.

---

<sup>57</sup> Virgós/Garcimartín, *Comentario al Reglamento*, op. cit., p. 160-161.

<sup>58</sup> Wessels, *The Secured Creditor in Cross-border Finance Transactions under The EU Insolvency Regulation*, în J.I.B.L.R., nr 3, vol 18, 2003, p 138.

<sup>59</sup> Balz, *The European Union Convention on Insolvency Proceedings*, în Am. Bankr. L. J., vol. 70, 1996, p. 520.



Pe de altă parte, Regulamentul european stabilește că deschiderea procedurii locale poate fi solicitată de către orice altă persoană abilitată să facă acest lucru în temeiul legii forului (articolul 29). Prin urmare, este foarte probabil că *debitorul* va fi capabil de a solicita deschiderea procedurii secundare, alegând astfel legea aplicabilă anumitor active, în funcție de interesul său particular. Acest lucru constituie un fel de *forum shopping* local. În plus, acordarea unei asemenea prerogative debitorului, astfel cum este prevăzut de Regulament, poate fi în contradicție cu anumite reguli interne, care impun debitorului de a solicita deschiderea procedurii<sup>60</sup>, astfel că nu este clar dacă formularea cererii va fi considerată ca reprezentând un drept sau o obligație, cu consecințe în planul responsabilității.

Lipsa de reprezentativitate a solicitantului deschiderii procedurii insolvenței se poate datora și *lichidatorului* din cadrul procedurii principale. Acesta poate solicita deschiderea unei proceduri locale depline în scopul de a obține asistență internațională și pentru a realiza o mai bună administrare a procedurii insolvenței. Cu toate acestea, temeiul care justifică dreptul său de a solicita deschiderea diferă de efectul pe care îl produce. În fapt, dreptul său, bazat pe motive procedurale, implică o alegere unilaterală a normelor de fond.

În plus, dreptul lichidatorului este condiționat de recunoașterea prealabilă a hotărârii de deschidere a procedurii principale, precum și de recunoașterea numirii sale. Acest lucru nu reprezintă o problemă în cazul Regulamentului european, deoarece recunoașterea nu necesită nici o procedură intermediară (exequatur)<sup>61</sup>. Tot la fel, art. 49 din Legea română nr. 637/2002 prevede scutirea de îndeplinirea vreunei formalități în ce privește recunoașterea efectelor hotărârii de deschidere a unei proceduri principale, cu excepția cazului în care o procedură secundară a fost deschisă în acel stat. Dar, articolul 49 din Lega 220 din legea spaniolă în materie de insolvență, stabilește că hotărârea de deschidere a procedurii principale trebuie să fie recunoscută prin intermediul

---

<sup>60</sup> Art.5 din Legea spaniolă privind insolvența stabilește obligația debitorului de a cere deschiderea procedurii de insolvență în termen de două luni de la data în care acesta este sau ar fi trebuit să fie conștient de starea sa de insolvabilitate.

<sup>61</sup> A se vedea articolele 16 și 25 din Regulamentul european, care permit recunoașterea fără procedură intermediară (exequatur) a hotărârii de deschidere a procedurii de insolvență, precum și a altor decizii din materie de insolvență, între care cea privind numirea lichidatorului.

unui exequatur (o procedură intermediară)<sup>62</sup>. Un astfel de exequatur subminează dreptul lichidatorului de a solicita deschiderea unei proceduri locale într-un mod rapid, agil și eficient.

### **O revizuire a sistemului actual, în sensul unui compromis cu modelul auxiliar**

Implementarea procedurilor auxiliare presupune o armonizare a normelor de insolvență, astfel că se impune a se realiza mai întâi o *revizuire a normelor actuale* din punct de vedere *procedural, substanțial și spațial*. Această revizuire ar trebui să permită introducerea unei anumite logici a pieței, fie de *lege lata*, fie prin ajustări minore a normelor. Indiferent de caz, această revizuire trebuie să fie considerată drept provizorie, deoarece nu elimină efectele de fond ale procedurii teritoriale.

#### Din punct de vedere procedural

Din punct de vedere procedural, această revizuire vizează *norma de competență, momentul de deschidere al procedurii și efectele acesteia*.

*Norma de competență* folosește drept criteriu de determinare *sedii*, a cărui definiție actuală este orientată spre întreprinderi, în ciuda faptului că, în mod formal, este prevăzută pentru toți debitorii. În acest context, definiția normei de competență în cadrul procedurii auxiliare este similară cu conceptul de sediu prevăzut de art. 2 (h) din Regulamentul European și respectiv art.35 (2) din Legea română în insolvența internațională sau art. 10 (3) din Actul spaniol privind insolvența. Norma de competență se aplică diferit cu privire la grupurile multinaționale corporatiste. Fiecare companie a grupului poate fi supusă unei proceduri principale datorită capacității sale juridice independente<sup>63</sup>. Dar această procedură poate fi, deasemenea, deschisă în statul în care este situată societatea-

---

<sup>62</sup> Cerința ca numirea lichidatorului să fie dovedită este stabilită în termeni de probă a desemnării sale (suport documentar): o copie legalizată a originalului deciziei de desemnare lichidatorului sau orice alt certificat emis de către un tribunal competent, cu formalitățile necesare în Spania. Dar această cerință nu înseamnă că dreptul lichidatorului de a solicita deschiderea unei proceduri locale este echivalent cu dovada numirii sale. Pe de altă parte, articolul 221.4 cere recunoașterea anterioară a procedurii, după cum se afirmă că lichidatorul poate exercita toate puterile sale numai după ce o procedură principală străină a fost recunoscută.

<sup>63</sup> Wessels, *International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe*, în *Particular against (Groups of) Companies*, la <http://www.iiiglobal.org>, p. 19-20.

mamă, cu condiția ca toate centrele intereselor principale să fie situate în acest stat. În acest caz, dacă o procedură locală are loc în statul în care se află exploatarea principală a filialelor, procedura principală poate rămâne fără active<sup>64</sup> și aceasta pentru că principala exploatare a filialelor unei societăți constituie într-adevăr un sediu, dar nu se potrivește cu conceptul de sedii secundare sau sucursale<sup>65</sup>.

În acest context, trebuie evaluate limitele maxime și minime ale sferei conceptului vehiculat. La nivel minimal, conceptul de sediu trebuie să fie suficient de relevant pe piață, astfel încât să genereze un ansamblu de raporturi juridice, astfel că nu poate fi considerat satisfăcător prin simpla prezență a bunurilor. La nivel maximal, sediul, ca ramură secundară, nu poate fi identificat cu sediul-principal.

*Momentul de deschidere a procedurii locale* trebuie reevaluat prin perspectiva aspectelor de diferențiere între procedura independentă și procedura secundară, precum și a celor de asemănare între acestea.

În cadrul unei *proceduri independente*, stabilirea insolvabilității debitorului la nivel global și lipsa unui sediu secundar situat pe teritoriul forului trebuie să fie luate în considerare în mod cumulativ. Astfel, creditorii vor admite descărcările și moratoriile sau lichidarea bunurilor în cadrul unei proceduri teritoriale numai în cazul în care există o situație universală de insolvabilitate, însă nu și dacă sunt conștienți de capacitatea globală a debitorului de a face față plăților sale. În plus, sediul secundar trebuie să înceteze îndeplinirea atribuțiilor sale, astfel încât procedura de insolvență teritorială să nu devină un mod de lichidare a exploatărilor strategice sau profitabile<sup>66</sup>.

În ce privește formularea cererii de deschidere a procedurii, dreptul revine numai creditorilor care au domiciliul, reședința obișnuită sau sediul social în statul membru pe teritoriul căruia este situat sediul, sau ale căror creanțe

---

<sup>64</sup> van Galen, *The European Insolvency Regulation and Groups of Companies*, în INSOL Europe Annual Congress. Cork, Ireland. October 16-18, 2003, published la <http://www.iiiiglobal.org>, p. 7.

<sup>65</sup> Lorenzo Sánchez, 'El Derecho europeo de sociedades y la Sentencia «Centros», în *AEDIPr.*, vol. 10, 2000, p. 133-136.

<sup>66</sup> Espiniella, Artículo 211. Presupuestos del concurso, în *Comentarios a la legislación concursal, op. cit.*, vol. IV, p. 3304-3307.

provin din exploatarea acestui sediu (articolul 3 alin.4 din Regulamentul european).

În ceea ce privește *procedurile secundare*, mai exact cele deschise după recunoașterea procedurii principale, acestea nu ar trebui să fie configurate ca proceduri de lichidare atunci când procedura principală se bazează pe reorganizarea debitorului. Anexa B la Regulamentul european permite o astfel de revizuire, deoarece dă posibilitatea statelor membre să introducă un concept larg de lichidare, care include unele măsuri de reorganizare [articolul 2 alineatul (b) și 34]. Conform art. 66 din Legea română 637/2002, dacă legea aplicabilă procedurii secundare admite posibilitatea de închidere a acestei proceduri fără lichidare, în baza unui plan de reorganizare, concordat sau a unei alte măsuri similare, reprezentantul român, sau, după caz, lichidatorul european din procedura principală va putea propune o asemenea măsură. Spania a uzat de această posibilitate, incluzând ca o procedură secundară așa-numita *concurso*<sup>67</sup>, o procedură care, de asemenea, permite reorganizarea activității debitorului<sup>68</sup>. De remarcat însă că reorganizarea locală este posibilă prin intermediul dreptului intern al unui stat membru și nu printr-o normă uniformă. În plus, aplicarea acestei legi interne denaturează logica Regulamentului european, întrucât aceasta include măsuri reale de reorganizare în conceptul de lichidare.

O revizuire a ambelor tipuri de proceduri teritoriale este deci necesară. Un exemplu în acest sens îl reprezintă eliminarea stimulentei pentru deschiderea unei proceduri locale, atunci când acest lucru contravine intereselor colectivității de creditori. În acest scop, privilegiul sau preferința creditorului solicitant ar trebui să fie eliminată în procedurile teritoriale (întrucât sunt protejate în special interesele particulare mai degrabă decât interesele colective). Un alt obiectiv îl constituie eliminarea obligației debitorului de a solicita deschiderea procedurilor teritoriale<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> A se vedea Regulamentul (CE) nr 603/2005 din 12 aprilie 2005 de modificare a listelor procedurilor de insolvență, a procedurilor de lichidare și a lichidatorilor din anexele A, B și C la Regulamentul (CE) nr 1346/2000 privind procedurile de insolvență (JO numărul L 100, 20.04.2005).

<sup>68</sup> Espiniella, La ¿inocente? actualización del Reglamento (CE) número 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia, în R.E.D.I., vol. LVII, 2005-1, p. 529-532.

<sup>69</sup> Balz, *The European Union*, în *Int. Insolv. Rev. (Colloquium on Cross-Border Insolvency. Vienna, 17-19 April 1994)*, vol. 4, 1995, p. 67.

*Efectele procedurale* ale procedurii locale trebuie revizuite în ceea ce privește atât procesele în curs, cât și executarea activelor.

Se recomandă ca procedura locală să afecteze toate procesele în curs, legate de exploatarea economică care urmează să fie reorganizată sau lichidată. *Per a contrario*, este irelevant în ce stat sunt în curs aceste procese<sup>70</sup>: nu contează dacă procedura a fost deschisă într-un stat străin, sau în statul în care procedura de insolvență teritorială a fost deschisă. Criteriul decisiv este dacă procesele în curs se referă la activele legate de unitatea care face obiectul procedurii de insolvență.

În ceea ce privește executarea activelor, prevederile *lex concursus* principale pot fi luate în considerare în măsura în care este necesar pentru a maximiza valoarea activelor. Într-adevăr, raportul privind Convenția de la Bruxelles din 1995, care este un precursor direct al Regulamentului european, favorizează aplicarea *lex concursus* principală în ce privește mijloacele de lichidare<sup>71</sup>. În legea spaniolă în materie de insolvență o astfel de interpretare necesită sprijin jurisprudențial<sup>72</sup>, dar își poate găsi o bază în faptul că articolul 221.4 nu impune aplicarea legislației spaniole în ceea ce privește executarea activelor (Articolul 221.4)<sup>73</sup>. Conform art. 57 din Legea română în materie de insolvență internațională, hotărârile străine referitoare la procedura insolvenței vor fi puse în executare conform dispozițiilor legale în materie<sup>74</sup>. Mai exact, procedura executorului va fi în acest caz reglementată de Legea 187/2003.

---

<sup>70</sup> Normele actuale produc incertitudine juridică și ineficiență. O primă posibilă interpretare este că procedura locală se referă numai la procesele în curs din statul în care procedura de insolvență a fost deschisă. O a doua interpretare posibilă este aceea că efectele unei proceduri teritoriale se extind la orice proces pe rol, indiferent de locul în care a fost deschis, cu condiția ca procesul să se refere la bunurile situate în statul în care procedura de insolvență locală a fost deschisă.

<sup>71</sup> În orice caz, lichidatorul trebuie să respecte legislația statului în cazul în care activele sunt situate (*lex fori executionis*), readaptând legislația internă, având în vedere caracterul multilateral al regulamentului.

<sup>72</sup> Legea spaniolă în materie de insolvență stabilește că punerea în aplicare a hotărârii străine necesită un exequatur anterior (art. 224). Prin urmare, este posibil să se concluzioneze că procedurile pentru valorificarea activelor sunt reglementate de dreptul procedural spaniol.

<sup>73</sup> Din acest motiv, Rodriguez Pineau susține că normele spaniole vor fi luate în considerare, a se vedea art. 221, într-o *Comentarios la Ley Concursal, op. cit.*, vol. II, la p. 2164.

<sup>74</sup> C. T. Ungureanu, *Dreptul european privat al afacerilor*, Ed. Junimea, Iași, 2002, p. 17.

### Din punct de vedere substantial

Având în vedere că procedura teritorială are efecte de fond, este necesară o revizuire a reglementării actuale. Pe de o parte, anumite norme conflictuale sunt în măsură să pună capăt impredictibilității lui *lex concursus* teritoriale. Pe de altă parte, tăcerea normelor permite introducerea unei mai largi logici a pieței.

S-a subliniat deja că aplicarea *lex concursus* teritoriale este impredictibilă, deoarece deschiderea unor astfel de proceduri este nesigură. Această impredictibilitate poate fi parțial compensată de unele *exceptii de la lex fori concursus*, care se aplică indiferent dacă o procedură teritorială este deschisă sau nu. Cu toate acestea, trebuie să se țină seama de faptul că scopul urmărit nu îl reprezintă evaluarea temeiniciei excepțiilor de la *lex fori concursus*, ci indicarea modului în care aceste excepții facilitează predictibilitatea legii aplicabile.

Unele din aceste excepții sunt *lex rei sitae*, care se aplică la efectele procedurii de insolvență asupra contractelor referitoare la bunurile imobile; legea unui sistem de plată sau a unei piețe financiare, în ceea ce privește participanții; *lex contractus* se aplică la efectele procedurii de insolvență asupra contractelor de muncă; legislația statului sub a cărui autoritate este ținut registrul, în ceea ce privește domeniul imobiliar, al navelor sau aeronavelor ce fac obiectul înregistrării și *lex processus* în măsura în care procesele aflate pe rol sunt incidente în cauză (articolele 8-11 și 15 din Regulamentul european, și art. 40-47 din Legea română 637/2002, respectiv 202 la 204, 206, 207 și 209 din Legea spaniolă în materie de insolvență)<sup>75</sup>.

În toate aceste cazuri, operatorii pot prevedea legea aplicabilă, independent de procedura teritorială, deoarece aceste reguli speciale se vor aplica atât în cadrul procedurii principale cât și a celei teritoriale.

La limitarea impredictibilității *lex concursus* contribuie și utilizarea *normelor de conflict dispozitive*. În aceste cazuri, operatorii își pot asuma în mod voluntar impredictibilitatea lui *lex concursus* teritorială, sau pot invoca o

---

<sup>75</sup> Lorenzo Sánchez, *Garantías reales en el comercio internacional*, Madrid, 1993, p. 145-146.

altă *lex causae*, care poate fi chiar prevăzută drept *lex ante concursus*<sup>76</sup>: putem în acest sens să menționăm legea aplicabilă creanței debitorului insolvent pentru închiderea procedurii insolvenței<sup>77</sup> și legea care reglementează actele supuse nulității, anulării sau care nu pot fi puse în executare<sup>78</sup> (articolele 6 și 13 din Regulamentul European și respectiv 205 și 208 din Legea spaniolă în materie de insolvență).

Tăcerea normelor permite, de asemenea, deși într-un mod oarecum forțat, introducerea unei anumite *logici a pieței*. Este posibil ca efectele locale să se subordoneze procedurii principale, după cum vom arăta în continuare, în legătură cu efectele procedurii de insolvență asupra contractelor și asupra societăților și altor persoane juridice.

Din păcate, majoritatea actelor nu reglementează *efectele unei proceduri de insolvență teritoriale asupra contractelor*, deși se poate deduce că procedura de insolvență teritorială vizează numai două tipuri de contracte. În primul rând, la cele legate de bunurile situate pe teritoriul forului, și în al doilea rând, la cele care trebuie executate în statul în care procedura este deschisă<sup>79</sup>. Această delimitare este inadecvată, deoarece contractele legate de o exploatare străină, dar care trebuie să fie executate pe teritoriul forului, vor fi afectate de procedura teritorială. De asemenea, aceasta înseamnă a lăsa neafectate relațiile contractuale legate de sediul situat pe teritoriul forului, dar care sunt localizate în străinătate. De exemplu, este lipsit de sens ca procedurile teritoriale să afecteze un contract de muncă, dacă activitatea respectivă este legată de un sediu aflat în străinătate, după cum și a lăsa neafectat un contract de muncă localizat în străinătate, dacă activitatea este legată de o ramură localizată pe teritoriul forului.

Considerăm deci că ar fi necesar să se stabilească o corelație între contractele debitorului și sediul acestuia, care este criteriul pentru norma de

---

<sup>76</sup> Espiniella, El art. 11:401 (4) de los Principios de Derecho Contractual Europeo: quiebra del cedente del crédito y Derecho Concursal comunitario, în La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo, Valencia, 2005, p. 205-231.

<sup>77</sup> García Gutiérrez, *La compensación de créditos en el comercio internacional*, Madrid, 2002, p. 221-229.

<sup>78</sup> Carballo, *Acciones de reintegración de la masa y Derecho concursal internacional*, Santiago de Compostela, 2006, p. 267-287.

<sup>79</sup> Hanisch, *Universality versus Secondary...*, op. cit., p. 157.

competență<sup>80</sup>. Astfel, procedura teritorială s-ar referi numai acele contracte care sunt legate de exploatarea economică situată în cadrul forului. Deasemenea, în scopul de a facilita dovedirea acestei legături, o prezumție relativă ar putea fi stabilită, potrivit căreia toate contractele care trebuie îndeplinite într-un stat, sunt prezumate a fi legate de sediul din cadrul forului, cu excepția cazurilor când s-ar face dovada contrară. Mai mult, efectele de fond ale procedurii locale sunt un factor de destabilizare în ceea ce privește societățile comerciale și alte persoane juridice. A priori, o companie poate fi supusă dizolvării în fiecare din procedurile teritoriale. Dar această soluție dă naștere la incertitudine juridică, deoarece compania va fi înființată în unele state și în altele nu. Prin urmare, semnificația literală a Regulamentului European și a majorității actelor trebuie să fie reinterpretată în sensul, deja subliniat de doctrină, că instanța care a deschis o procedură locală este împuternicită să lichideze numai unitatea situată pe teritoriul forului, având în vedere că aceasta nu este o persoană juridică și prin urmare, nu are personalitate juridică<sup>81</sup>.

#### **Din punct de vedere spațial**

Logica pieței poate fi, de asemenea, introdusă printr-o revizuire a domeniului de aplicare spațială a procedurii teritoriale. Printr-o modificare a normelor actuale, care, totuși, nu trebuie să implice o schimbare substanțială a modelului, procedura teritorială ar trebui să privească activele atribuite sediului din statul în care procedura de insolvență a fost deschisă, indiferent de situarea reală a unor astfel de active. Simpla prezență a activelor în statul de deschidere trebuie să fie considerată ca reprezentând doar o prezumție simplă privind legătura lor cu acea exploatare.

Mai exact, Regulamentul european stabilește posibila extindere a unui concordat preventiv adoptat în cadrul unei proceduri teritoriale<sup>82</sup>. Jurisprudența

---

<sup>80</sup> Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 3<sup>rd</sup> ed., Paris, 2002, p. 184-189.

<sup>81</sup> Trochu, *Conflits de lois et conflits de juridictions en matière de faillite*, Paris, 1967, p. 238-239.

<sup>82</sup> În consecință, orice limitare a drepturilor creditorilor care decurg dintr-un plan de salvare sau un concordat, care este propusă în cadrul unei proceduri secundare, cum ar fi o suspendare a plăților sau o descărcare de gestiune a datoriei, nu poate avea efect cu privire la activele debitorului care nu sunt incluse în aceste proceduri fără consimțământul tuturor creditorilor care au un interes



trebuie să definească în mod explicit motivele care justifică o prelungire extrateritorială. Unul dintre aceste motive ar trebui să fie faptul că unele active sunt situate în străinătate, dar sunt legate de activitatea desfășurată în statul de derulare a procedurii.

Reglementările de drept internațional privat trebuie să fie revizuite mai în profunzime. De exemplu, Legea spaniolă în materie de insolvență stabilește prin art. 213 că un concordat instituit în cadrul unei proceduri de insolvență teritorială poate fi extins la alte active situate în străinătate, atâta timp cât s-a obținut acordul tuturor creditorilor. Un neajuns îl constituie faptul că această prevedere este formulată în mod unilateral, acoperind doar procedurile teritoriale deschise în Spania<sup>83</sup>. Astfel, trebuie prevăzut în mod expres că orice concordat adoptat în străinătate poate fi aplicat cu privire la bunurile situate în Spania<sup>84</sup>. Această interpretare este conformă cu un principiu structural al legii spaniole de insolvență: principiul reciprocității. Conform acestui principiu, efectele din străinătate ale procedurii teritoriale spaniole sunt aceleași ca și efectele procedurii teritoriale străine din Spania<sup>85</sup>. Indiferent de caz, recunoașterea unui concordat teritorial străin care afectează bunurile situate în Spania necesită norme specifice, care nu sunt prevăzute de legea spaniolă în materie de insolvență.

Ca principiu general, competența internațională a instanței care a aprobat concordatul local va fi supusă unui control, pentru a se asigura că aceasta se bazează pe o unitate situată în statul de deschidere. În plus, va trebui să fie

---

(art. 34.2). În cadrul unei proceduri de insolvență independente, orice restricție trebuie să producă efecte vis-à-vis de activele situate pe teritoriul unui alt stat membru numai în cazul acelor creditori care și-au dat acordul lor (art. 17.2).

<sup>83</sup> Acest articol este situat într-o secțiune referitoare la procedurile teritoriale, iar articolele 211 și 212 se referă la deschiderea unei proceduri în Spania. Din acest motiv, se pare că articolul 213 trebuie să fie interpretat ca făcând trimitere la procedurile locale deschise în Spania. De fapt, articolul 223.2 din legea spaniolă de insolvență prevede recunoașterea procedurii străine teritoriale numai cu privire la bunurile situate în cadrul forului, fără a se referi la extinderea concordatului sau a planului de salvare.

<sup>84</sup> Espiniella, *Artículo 213. Alcance de un convenio con los acreedores*, în *Comentarios a la legislación concursal*, op. cit., vol. IV, p. 3329-3351.

<sup>85</sup> Westbrook, *The Multinational Provisions of the Spanish Law*, în *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, op. cit., vol. I, p. 882.

examinată unanimitatea creditorilor afectați<sup>86</sup>. În cazul în care nu există această unanimitate, există două posibilități. În primul rând, atunci când o procedură de insolvență este deschisă sau recunoscută într-un stat, extinderea unui concordat teritorial va lipsită de orice efect. În al doilea rând, în cazul în care nu există nici o procedură de insolvență deschisă sau recunoscută în statul respectiv, concordatul local va avea efecte extrateritoriale numai în ceea ce-i privește pe acei creditori care și-au dat acordul în acest sens.

### Concluzii

Principalele instrumente juridice internaționale în materie de insolvență (Regulamentul european, Legea Model UNCITRAL și Convenția europeană privind anumite aspecte internaționale în materie de faliment) au instituit mai multe proceduri teritoriale cu efecte locale de fond în ceea ce privește debitorul, distribuirea încasărilor și rangul creanțelor. Aceste proceduri sunt caracterizate de un grad ridicat de impredictibilitate și se dovedesc a fi inadecvate pentru creditori. Inconveniente menționate ar putea fi înlăturate prin revizuirea normelor aplicabile procedurii de insolvență în raport cu cerințele pieței.

Realizarea revizuirilor menționate ar fi în măsură să îndeparteze doar parțial și provizoriu dezavantajele modelului actual. Adevărata problemă, care este mai dificil de rezolvat este aceea că, deși procedura teritorială se bazează pe asistență internațională, conduce la modificarea normelor de fond.

*În perspectivă* ar fi necesar să se facă distincția între normele de fond și de procedură. Recomandat este să se stabilească o procedură de insolvență unică, cu efecte de fond, implicând existența unei singure instanțe, cu competență universală, care ar aplica propriul său sistem de drept internațional privat și ale cărei hotărâri ar fi recunoscute în orice stat.

---

<sup>86</sup> Art.213 din Legea privind *insolvența spaniolă* dă naștere la incertitudine juridică, deoarece nu definește noțiunea de creditori interesați, adică cei care trebuie să își dea acordul pentru extinderea unui concordat adoptat în cadrul unei proceduri teritoriale. Acest consimțământ trebuie să fie exprimat de către toți creditorii debitorului, nu doar de cei din cadrul procedurii locale. Legea protejează drepturile creditorilor ale căror creanțe nu sunt acceptate în cadrul procedurii teritoriale, dar pot fi acceptate în cadrul unei proceduri principale.

Totodată, procedurile auxiliare ar urma să poată fi deschise în fiecare stat în care debitorul are exploatare economice relevante. În cadrul acestor proceduri, reuniunile auxiliare se vor desfășura cu participarea voluntară a creditorilor ale căror creanțe provin din exploatarea unității situate în forul respectiv. Lichidatorii auxiliari urmează să acorde asistență creditorilor locali și să-i reprezinte în străinătate. Deasemenea, orice informație relevantă va fi împărtășită de lichidatorii principali cu lichidatorii auxiliari. În măsura în care va fi necesar, activele atribuite sediului secundar vor fi lichidate, pentru a putea fi transferat numerarul aferent procedurii principale.

Prin urmare, soluția de perspectivă o reprezintă instituirea unei proceduri teritoriale auxiliare, care să înlocuiască modelul actual al procedurilor teritoriale depline. O astfel de procedură ar asigura asistență procedurală pentru instanțele străine și protecție pentru creditorii locali, fără a interveni asupra problemelor de fond ale insolvenței.

Aceste adaptări garantează că procedurile teritoriale vor îndeplini o funcție cu adevărat auxiliară atât în ceea ce-i privește pe creditorii locali cât și pe autoritățile străine.

