

ANALELE ȘTIINȚIFICE ALE UNIVERSITĂȚII „AL.I.CUZA” IAȘI  
Tomul LVI, Științe Juridice, 2010

**TEHNICI NORMATIVE DE OMOGENIZARE A  
REGLEMENTĂRILOR FALIMENTULUI INTERNAȚIONAL**

LUIZA CRISTINA GAVRILESCU

**Abstract**

*Recent legislative reforms of many countries, especially European ones, develop a positive attitude for an extrajudicial system of insolvency. New statutory instruments of international bankruptcy entered into a context of many particularities due largely to historical and political factors.*

*For this reason, legislative techniques were developed to allow maintaining a universal vocation of the instruments developed. Although the number of material rules they contain is still limited, new tools are part of a complex regulatory phenomenon in a system in which road levers classic rational way are likely to contribute to a homogenization of the international law of bankruptcy.*

**Keywords:** *reforms, extrajudicial system of insolvency, international bankruptcy, substantive rules*

Dreptul internațional cunoaște în prezent o evoluție remarcabilă. Ordinea juridică internațională pare să se reînnoiască, să se consolideze prin intermediul creațiilor instituțiilor juridice internaționale. Referitor la domeniul relațiilor private, un exemplu semnificativ în acest sens este Organizația Mondială a Comerțului (OMC). Aceste instituții, prin permanența lor, constituie noul generator al unei transformări substanțiale: relațiile internaționale nu mai sunt rezultatul inițiativelor izolate ale statelor. De asemenea, rolul statelor în calitate de veritabile subiecte de drept internațional este mai redus. Din acest motiv, statele nu mai pot ele însele să asigure, în aceleași condiții ca în urmă cu câțiva ani, afirmarea ordinilor lor interne respective. Acestea par deci să cedeze progresiv locul altora, căci relațiile internaționale nu mai vizează numai o protecție a ordinii lor interne. Alte ordini vor urma să le concureze, cum ar fi

ordinea comercianților sau ordinile intermediare, ca ordinea comunitară a Uniunii europene.

O asemenea schimbare nu este străină de o evoluție a conținutului dreptului internațional și, în special, de apariția progresivă a unor soluții materiale adaptate nevoilor pieței globale.

Recentele reforme legislative a numeroase state, mai ales ale celor europene, dezvoltă o atitudine favorabilă pentru un regim extrajudiciar al insolvenței.

Chiar în acest context, falimentul internațional ridică dificultăți semnificative: exigențele „ordinii publice”, naționale sau uneori regionale, diferențele profunde între sistemele juridice, aderența dreptului falimentului la toate segmentele legii forului. Aceste particularități sunt datorate, în mare parte, unor factori de natură istorică și politică. Realității caracterului internațional al legislației falimentului i se opune realitatea caracterului internațional al unui număr tot mai mare de proceduri falimentare, pentru că aria geografică a activității comercianților implicați depășește granițele naționale”<sup>1</sup>.

Fiind o procedură judiciară, insolvența transfrontalieră ridică, în principal, trei probleme: competența jurisdicțională, competența legislativă și efectele extrateritoriale ale hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței.<sup>2</sup>

În mod tradițional, reglementarea problematicii pe care o implică falimentul internațional era realizată prin intermediul convențiilor internaționale care urmăresc stabilirea anumitor compromisuri în ce privește politica legislativă a statelor. S-a constatat însă că soluționarea falimentelor internaționale prin intermediul unei convenții la o scară globală ridică dificultăți din mai multe motive. Astfel, diferențele legislative în materie de proceduri colective existente de la un stat la altul au avut drept consecință faptul că șansele de intrare în vigoare ale unei convenții sunt invers proporționale cu avantajele înregistrate la stadiul redactării. În plus, convențiile internaționale prezintă un inconvenient: prin aplicarea adagiului „pacta tertus nec nocent nec prosunt” (principiul efectului relativ), ele operează o selecție naturală între statele semnatare și cele

---

<sup>1</sup> Ion Turcu, *Creația dreptului european al falimentului*, partea I, în RDC nr. 3/2001, p. 21.

<sup>2</sup> Gheorghe Piperea, *Insolvența transfrontalieră*, în RRDA nr. 5 / 2006, p. 13.

ne-semnatare, cele din urmă rămânând deci excluse de la comunitatea convențională.<sup>3</sup>

Eșecul acestor metode a determinat căutarea unor soluții originale, care să permită conservarea unei vocații universale a instrumentelor elaborate. Soluțiile elaborate direct de operatorii de comerț internațional pentru propriile lor interese au constituit o premisă pentru elaborarea unor noi instrumente de reglementare.

Relativ recent, aceste eforturi s-au concretizat în instrumente internaționale eterogene în aparență: Regulamentul CE nr. 1346/2000 referitor la procedurile de insolvență, Actul Uniform referitor la organizarea procedurilor colective de acoperire a pasivului a Organizației pentru armonizarea în Africa a dreptului afacerilor (OHADA)-1993, Legea model privind insolvența internațională a Comunității Națiunilor Unite pentru Dreptul Comerțului Internațional (CNUDCI)1997 și Concordatul privind insolvența internațională al Asociației Internaționale a Avocaților (IBA)-1995.

Noile instrumente de reglementare intervin chiar la momentul în care această evoluție este în curs, iar rolul lor în acest cadru merită să fie apreciat. Desigur, numărul de reguli materiale pe care îl comportă rămâne, încă limitat. Aceste instrumente internaționale de reglementare a falimentului internațional se înscriu într-un context de numeroase particularități ce și-au pus în mod direct amprenta asupra reglementărilor existente.

### **Stabilirea unei ierarhii**

Multiplificarea ordinilor juridice și dezvoltarea situațiilor de conflict ridică necesitatea unei anumite tehnici de determinare a granițelor între normele aparținând unor ordini juridice distincte<sup>4</sup>, tehnică destinată să facă inteligibilă mecanica unui fenomen normativ ce se arată a fi destul de complex. Această

---

<sup>3</sup> Din acest motiv, statele ne-semnatare pot prezenta inaplicabilitatea convenției drept un avantaj în speranța de a atrage operatori interesați. Aceștia din urmă ar putea astfel să speră să se sustragă aplicării eventualei convenții în cazul când li s-ar părea defavorabilă.

<sup>4</sup> Sylvaine Poillot-Peruzzetto, *Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire*, Travaux du Comité français de droit international privé, 2002.

tehnică este internormativitatea. Or, în mod tradițional, internormativitatea a fost soluționată prin intermediul principiului ierarhizării introdus de Kelson.<sup>5</sup>

Complexitatea fenomenului normativ a condus la un mecanism ale cărui căi clasice presupun punerea în evidență a relațiilor verticale, relații care implică existența unei ordini, înțeleasă ca manifestare a nivelelor unei ierarhii și a unei subordonări, deci structura acestor grade trebuie să fie organizată pe baza unei logici de autoritate.

Situația fiecărui instrument normativ este predeterminată de fundamentul juridic al actului. Acest fundament determină legitimitatea sa și îi definește locul în ierarhia normelor ordinii juridice de apartenență și în relațiile cu ordinele juridice subordonate. Astfel, o graniță netă separă Regulamentul și Actul Uniform, pe de o parte, și Legea model și Concordatul, de altă parte. Primele sunt instrumente a căror origine este situată în cadrul ordinilor juridice ale organizațiilor regionale: aceste ordini le înglobează pe cele ale statelor membre între care normele edictate își produc efectele. Astfel, acestea pot fi calificate ca fiind de endogenează. Dimpotrivă, celelalte două sunt rezultatul lucrărilor instituțiilor exterioare ordinilor juridice în care își produc efectele: acestea trebuie să fie considerate deci de exogenează. Distincția este importantă, căci endogeneza și exogeneza atrag consecințe diferite.

Regulamentul și Actul Uniform relevă în principal această logică verticală.

Regulamentul CE nr. 1346/2000 vizează ordinea juridică comunitară, ordine care coexistă cu ordinea juridică a statelor membre. Dovada acestei coexistențe este necesitatea respectării principiului subsidiarității, ceea ce presupune o relație ierarhică între cele două ordini juridice. Totodată, aceasta reliefează că, în stadiul actual al construcției comunitare, diferitele ordini juridice nu pot fi încă reduse la una singură. Mai mult, trimiterea la ordinele juridice ale statelor membre, trimitere pe care Regulamentul o stabilește, în locul elaborării unor reguli materiale, reflectă articulația între aceste ordini.

Mutatis mutandi, aceleași remarci rămân valabile pentru Actul Uniform al OHADA, cu excepția faptului că relația ierarhică între ordinele juridice pare

---

<sup>5</sup> Hans Kelsen, *Theorie pure du droit*, LGDJ, Paris, 1999.

mai nuanțată, în raport cu câmpul de competență mai limitat al acestei organizații.

Pluralismul juridic modern a condus la înlocuirea, în parte, a acestei abordări, căci statul nu mai poate fi confundat cu dreptul. Astfel, trebuie să admitem rațiunea unei rețele de norme, rețea care nu este neapărat organizată în jurul unui centru sau pe baza unei ierarhii: Legea model și Concordatul relevă acest tip de logică.

Trebuie reamintit că Legea model și Concordatul nu sunt norme în vigoare. Accesul lor la o existență juridică propriu-zisă necesită un act preliminar. Pentru Legea model este nevoie de un act de încorporare, iar pentru Concordat de un protocol de acord.

În ce privește Legea model, calificarea legii nu determină nicidecum poziția ierarhică pe care instrumentul urmează să-l ocupe în ordinea juridică de încorporare. Această poziție va fi decisă direct de statul de încorporare și se conformează ierarhiei normelor recunoscute de dreptul său intern, mai ales dispozițiilor dreptului său constituțional.

Concordatul prezintă originalități notabile, căci natura nu îi permite o aplicabilitate generală. Mai mult, dispozițiile sale sunt totodată un bilanț al dreptului pozitiv al falimentului internațional în dreptul comparat și de asemenea un manifest, un program în acest sens. În cadrul statului, instrumentul trebuie să fie descris drept o operă de referință, o referință susținută de autoritatea intelectuală a IBA și a profesioniștilor care lucrează în cadrul comitetului J, comitet specializat în probleme de insolvență.

Fiind încorporate într-un protocol de acord, sub rezerva remarcilor referitoare la ordinea publică transnațională, dispozițiile Concordatului reflectă situația acestui acord. Or, reglementările naționale stabilesc competența organelor procedurale pentru a fi părți la aceste acorduri. Datorită acestui fapt, poziția acestor protocoale nu poate fi decât de rang inferior față de „lex concursus” națională.

Noile instrumente se înscriu deci în cadrul unui fenomen normativ și constituie roțițele unui veritabil mecanism, în care calea clasică și calea rațională sunt susceptibile să contribuie la o omogenizare a dreptului internațional al falimentului.

Astfel, stabilirea poziției fiecărui instrument ridică dificultăți notabile. Totuși, în cadrul relațiilor verticale, această ierarhie nu este decât punctul de plecare al aplicării unei logici de autoritate.

### **Logica de autoritate și aplicabilitatea directă**

Logica de autoritate și ordinea ierarhică pe care aceasta o impune în relațiile dintre normele diferitor ordini juridice implică faptul că instrumentul juridic respectiv beneficiază de un caracter obligatoriu și de un primat asupra altor norme. Eficacitatea sa este asigurată de aplicabilitatea directă.

Logica de autoritate structurează ordinele juridice în sine. Apriori, această logică nu poate fi stabilită, decât în cazul Regulamentului 1346/2000 și al Actului Uniform. În fapt, Regulamentul este un act de drept derivat particular, ale cărui caractere sunt stabilite prin art. 249 din TCE, care precizează că acesta este „obligatoriu în toate elementele sale și este direct aplicabil în toate statele membre”. Regulamentul se bucură de primatul dreptului comunitar asupra dreptului național. De o manieră aproximativ identică, după art. 10 din Tratatul OHADA, actele uniforme sunt „direct aplicabile și obligatorii între statele părți, în pofida oricăror dispoziții din dreptul intern, anterioare sau posterioare”.

Întrucât un regulament este obligatoriu în toate elementele sale, acest tip de act constituie manifestarea prin excelență a unității de ordine juridică comunitară, precum și instrumentul privilegiat al uniformizării. Tocmai caracterul său obligatoriu ne permite să îl deosebim de alte acte comunitare, precum recomandarea sau avizul indicativ, care nu leagă, sau chiar directiva, care nu comportă obligații decât în ceea ce privește rezultatul de atins. Aceasta subliniază acuitatea problemei interpretării sale. Fiind direct aplicabil, instrumentul își exercită efectul de intrare în vigoare chiar în absența oricărei măsuri naționale destinate să îi preia dispozițiile. Este adevărat că simpla reproducere a textului instrumentului este exclusă.

Totodată, unele măsuri de punere în aplicare pot fi uneori necesare, fie că sunt direct menționate în textul instrumentului însuși, fie că legislația națională trebuie să fie modificată în scopul asigurării deplinei eficacități a instrumentului. Prima ipoteză nu se regăsește în speță, întrucât Regulamentul nu menționează nici o măsură de punere în aplicare. Referitor la cea de a doua,

Marea Britanie a procedat la o modificare a legislației sale naționale și doctrina a admis că soluția ar trebui extinsă la legislația celorlalte state membre. În fine, se interzice statelor membre să adopte legi care să modifice efectul juridic al Regulamentului.

Mutatis mutandis, aceleași remarci rămân valabile pentru Actul uniform, căci Uniunea Europeană a reprezentat un model de referință pentru constituirea sistemului OHADA. Astfel, de exemplu, un act uniform poate, în pofida aplicabilității sale directe și al efectului său obligatoriu, să releve necesitatea luării dispozițiilor complementare în cadrul legislațiilor statelor părți.

În cadrul ordinii juridice comunitare, noțiunea de aplicabilitate directă a reprezentat sursa a numeroase controverse doctrinare. În fapt, CJCE utilizează expresiile „efect direct” și „aplicare directă”, drept sinonime. Totuși, unii autori au încercat să distingă unele diferențe între cele două noțiuni.<sup>6</sup> Într-o primă accepție, efectul direct implică faptul că regulamentul va crea în beneficiul justițiabililor drepturi a căror protecție poate fi regăsită în fața instanțelor naționale. Într-o altă accepție, dispozițiile din Regulament nu creează direct drepturi justițiabililor, fie datorită faptului că acestea se referă la instituții comunitare, fie întrucât vizează numai anumite persoane, cum ar fi sindicul. Aplicabilitatea directă nu implică deci interpoziționarea puterii legislative naționale, referitor la măsurile de publicitate și cu atât mai mult la cele de încorporare<sup>7</sup>. Această din urmă definiție este cea reținută cel mai adesea. Aplicabilitatea directă a ridicat în sistemul OHADA dificultăți de interpretare analoage celor întâmpinate în cadrul comunitar<sup>8</sup>. Totuși, unele caracteristici proprii instrumentului african fac ca relația de integrare între ordinea juridică creată de dreptul uniform OHADA și ordinile juridice naționale ale statelor părți pare mai puțin evidentă decât cea cunoscută în Europa între ordinea juridică comunitară și aceea a statelor membre. Aceste caracteristici se

---

<sup>6</sup> Stephen Weatherhill, Paul Beaumont, *EULaw*, Penguin, Londres, 1999, p. 398.

<sup>7</sup> Angelica Bonfanti, *Le procedure concorsuali internazionali tra il regolamento 1346/2000 e la disciplina italiana di diritto internazionale privato*, Diritto del Commercio Internazionale, 2003, p. 408.

<sup>8</sup> Joseph Issa-Sayegh et Jacqueline Lohoues-Oble, *OHADA-Harmonization du droit des affaires*, Bruylant, 2002, no.305, p. 133.

datorează în parte istoricului OHADA. În fapt, această organizație s-a dezvoltat înainte de toate pornind de la inițiativa statelor francofone, state care împărtășesc deci aceeași cultură juridică moștenită de la puterea colonială. Totodată, acest recurs la conceptele derivate din dreptul intern, în detrimentul promovării unor concepte autonome, riscă să ridice probleme în legătură cu adeziunea statelor anglofone, fiind deci un patrimoniu juridic diferit. În același sens, consacrarea, direct în actele uniforme a unor metodologii derivate din dreptul francez ar putea reprezenta un real obstacol cultural. Un asemenea obstacol ar fi susceptibil să apară datorită politicii rezervelor ridicate odată cu aderarea la organizație a statelor nefrancofone. Chiar și așa, demersul urmat de organizație pare deci să merite mai multe aprecieri decât critici. În fapt, dificultățile de dezvoltare și nivelurile de avansare inegale ale statelor Africii reprezintă deja suficiente obstacole în ce privește apariția unor noi solidarități viabile. În orice caz, această dualitate a contrastelor este obligatoriu însoțită de un joc mai puțin tranșant al regulilor de autoritate.

Relațiile verticale - care se rezolvă în mod normal prin aplicarea principiului ierarhiei-rămân, fără îndoială, cel mai ușor de întreținut. În această ipoteză, efectul obligatoriu și primatul normei provenind de la ordinea juridică superioară au ca rezultat favorizarea acestei norme în detrimentul celei a ordinii juridice inferioare. Mai mult, ierarhizarea beneficiază desigur de o aparență de raționalitate, de o structură bine ordonată. Din acest motiv, aceasta îndeplinește o funcție esențială în construcția europeană și *mutatis mutandi*, în cadrul OHADA.

Totuși, deși o ierarhizare între normele care relevă ordini juridice diferite există, relația între aceste norme nu se poate reduce numai la planul vertical. Existența unei ierarhii impune aplicarea normei superioare, adică a instrumentului internațional. Coexistența regulilor actului cu cele ale dreptului comun al forului, în vederea remedierii curențelor sale, ar putea conduce la situații de-a dreptul inextricabile, căci nici unele, nici celelalte nu au fost create a priori în vederea unei asemenea articulări. Ar putea fi deasemenea adus în discuție faptul că actul uniform constituie o derogare de la dreptul comun, deci, ca orice excepție, va trebui să fie supus unei interpretări stricte. Va fi astfel imposibil ca acesta să-și extindă domeniul de aplicare în afara termenilor săi.



Totuși, un acord între cele două structuri normative este inevitabil: instrumentul juridic și regulile sale materiale nu vor exista de o manieră complet autonomă, excluzând orice relație cu dreptul comun al forului, în sensul de dreptul sistemului în care instrumentul este introdus. De aceea, nici un instrument nu poate preîntâmpina toate dificultățile ridicate în practică prin aplicarea sa.

În anumite situații se impune ca norma derivând din ordinea juridică superioară să trimită la dreptul normei juridice inferioare. Dreptul Uniunii Europene oferă astfel de exemple: actele de drept comunitar mai ales pot să trimită la dreptul național și să contribuie la un dialog între ordinele juridice, care nu mai sunt privite ca simple suprapuneri, ci ca fiind complementare. După cum am menționat, acest tip de situație se întâlnește mai frecvent în cazul dreptului OHADA. Astfel, relațiile verticale între norme de ordine juridică diferită nu constituie nici un obiectiv absolut, nici o limită de netrecut către alte tipuri de mecanisme internormative mai complexe.

### **Concluzii**

Recursul la regulile substanțiale în materie de faliment internațional se lovește de un obstacol semnificativ: cu toate că fiecare sistem național aspiră la o aplicare universală a efectelor falimentului, regulile materiale se dovedesc adecvate numai la o aplicare teritorială limitată. Astfel, noile instrumente de reglementare nu au creat un veritabil drept material al falimentului internațional. Totuși, acestea pot fi mijloacele unei omogenizări a unui drept material al falimentului internațional printr-o mecanică a fenomenului normativ.

Problematica falimentului internațional este desigur departe de a fi soluționată: sistematizările generale în domeniu rămân rare și sunt devansate de numeroasele studii de drept comparat care exacerbează particularitățile lor. Se pare deci că, în materie de drept falimentar, mai ales cel al falimentului internațional, constanta o reprezintă un veritabil faliment al dreptului.<sup>9</sup> Această expresie recurentă în doctrină<sup>10</sup> exprimă reacția față de eșecurile repetate în încercarea de a elabora un arsenal de soluții și de instrumente adecvate materiei.

---

<sup>9</sup> Giulio Cesare Giorgini, *Methodes conflictuelles et regles materielles dans l'application des nouveaux instruments de reglement de la faillite internationale*, Dalloz, 2006, p. 1.

<sup>10</sup> Francois Terre, *Droit de la faillite ou faillite du droit ?*, Revue de jurisprudence commerciale, 1991, p. 3.

---

Problema autorității unui drept comun al falimentului nu este elucidată. Aplicarea sa directă nu poate fi imaginată decât în două ipoteze. Prima este cea mai generală: ea constă în receptarea sa de către fiecare drept național sub forma unei reguli pozitive. A doua se referă la rolul comunităților europene sau al OHADA: receptarea poate fi astfel realizată direct la nivel de drept derivat al organismelor respective.