

SISTEME DE DETERMINARE A COMPETENȚEI PRIVIND
DESCHIDEREA PROCEDURILOR DE FALIMENT INTERNAȚIONAL

LUIZA CRISTINA GAVRILESCU*

Abstract

The international regulations on cross border insolvency developed certain rules for determining the competent court to initiate and coordinate the insolvency proceedings that take place in several states. The elaborated solutions are essentially expressed by two pair of antithetical phrases: unity-plurality, universality-territoriality. From practical considerations, international regulations do not seek to establish a single bankruptcy procedure, excluding competence of national laws. Jurisdiction to open main proceedings belongs to the state in which the debtor's center of main interests is situated. In addition to opening the main proceeding, it is allowed the opening of secondary proceedings in the territory of states where there is a secondary establishment of the debtor.

Key-words: *universality, territoriality, main proceeding, secondary proceedings, the center of main interests*

Rezumat

Reglementările internaționale elaborate în materie de insolvență transfrontalieră stabilesc anumite reguli referitoare la determinarea instanței competente să deschidă și să coordoneze o procedură de insolvență care se derulează pe teritoriul mai multor state. Soluțiile consacrate sunt în esență exprimate prin două perechi de sintagme antitetice: unitate-pluralitate; universalitate-teritorialitate.

Din considerente de ordin practic, reglementările internaționale nu urmăresc să instituie o procedură de faliment unică, cu excluderea competenței legilor naționale. Competența pentru deschiderea procedurii principale aparține statului în care se află centrul principalelor interese ale debitorului. În afară de deschiderea unei proceduri principale, se admite deschiderea unor proceduri secundare, pe teritoriul statelor unde se află un sediu secundar al debitorului.

* Asist. univ. drd., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași.

Problema procedurală pe care intrarea în incapacitate de plăți a unei instituții multinaționale o generează este aceea de a determina care țară este competentă să conducă procedura de insolvență¹. Importanța deosebită a stabilirii competenței rezidă și din aceea că legea aplicabilă procedurii depinde de determinarea instanței care va soluționa cauza, întrucât aceasta va aplica propria sa lege de drept internațional privat².

Competența jurisdicțională este influențată de concepția adoptată asupra naturii falimentului în dreptul internațional privat. Opiniile consacrate sunt în esență exprimate prin două perechi de sintagme antitetice: *unitate-pluralitate*; *universalitate-teritorialitate*. În cadrul primei perechi, prima formulă reflectă principiul *unității falimentului*, ceea ce presupune o singură procedură unitară, guvernată de la centrul principal al debitorului, iar cealaltă, diametral opusă, redă principiul *pluralității falimentului*, care admite posibilitatea existenței mai multor proceduri, coordonate de diferite sedii secundare ale debitorului. A doua pereche se referă la problema efectelor procedurii de insolvență deschise în conformitate cu legea unui anumit stat și lasează principiul *universalității* în opoziție cu acela al *teritorialității falimentului*. Prima sintagmă avansează ideea că astfel de proceduri produc efecte asupra tuturor drepturilor și intereselor debitorului, indiferent unde s-ar afla situate, în timp ce a doua limitează efectele fiecăror proceduri teritoriale la nivelul arealului unde au fost deschise, fiind determinate de circumstanțele concrete ale cauzei³.

Universalitatea și teritorialitatea sunt frecvent expuse drept caracteristici ale falimentului internațional, prima dictată de finalitatea sa, cea de a doua de natura sa procedurală. Opoziția dintre cele două principii ocupă un loc central în teoria falimentului internațional, căci fiecare principiu a fost apărat printr-o viguroasă argumentație⁴.

¹ A se vedea Ian F. Fletcher & Hamish Anderson, *The Insolvency Issues*, în Michael Bridge & Robert Stevens, editori, *Cross-Border Security and Insolvency*, 2001, p.261.

² A se vedea Adrian Severin, *Elemente esențiale de drept al comerțului internațional*, Editura Lumina Lex, București, 2004, p. 248-260.

³ A se vedea R. M. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, Sweet / Maxwell London, 2005, p. 495.

⁴ A se vedea Michel Trochu, *Les conflits de lois et les conflits de juridictions en matiere de faillite*, Paris, Ed. Sirey, 1967, p. 3.

Sistemul eclectic a încercat să îmbine elementele ce au fost considerate mai valoroase din cele două sisteme. Soluțiile propuse au avut ca punct de plecare fie ideea caracterului hibrid al instituției falimentului, fie necesități practice. *Sistemul unității falimentului cu pluralitate de mase* constă într-o pluralitate de falimente organizate coerent, corelate între ele, precum și gruparea creditorilor în diferite mase credale echitabile⁵. Sistemul *teritorialității atenuate* propune recurgerea la falimente teritoriale, dar cu renunțarea la adoptarea unui principiu aprioric, spre a se aplica la fiecare caz în parte legea cea mai adecvată⁶. Fiecare din aceste sisteme sunt susținute prin argumente teoretice și practice⁷.

Universalitatea urmărește să protejeze în plan internațional criteriile fundamentale care stau la baza procedurilor colective în plan intern⁸. Teoria unității și universalității falimentului a fost consacrată de numeroase legislații naționale, cât și de unele convenții internaționale, cum ar fi *Convenția statelor nordice privind procedura falimentului* din 1993 sau *Convenția Uniunii Europene privind procedurile de insolvență* din 1995⁹.

Teritorialismul reprezintă teoretic o soluție destinată protejării reglementărilor naționale în materie de faliment. Abordarea teritorialistă este desemnată drept *grab rule*¹⁰, întrucât instanțele locale preiau bunurile situate în propria jurisdicție și le distribuie numai creditorilor care se prezintă în fața instanței pentru a-și prezenta creanțele. Teoria pluralității și teritorialității falimentului a fost receptată de reglementările moderne în materie, cum ar fi *Convenția Europeană privind anumite aspecte internaționale ale falimentului din 1990* sau *Legea model UNCITRAL privind insolvența din 1997*¹¹.

⁵ A se vedea L. Jacot, *La faillite en droit international*, în *Nouvelle revue de droit international privé*, 1934, p. 778.

⁶ A se vedea Victor Babiuc, *Dreptul comerțului internațional*, Editura Atlas Lex, București, 1994, p. 70.

⁷ A se vedea Gheorghe Piperea, *Falimentul în dreptul internațional privat*, în *Revista de Drept Comercial*, nr. 1/1996, p. 75.

⁸ A se vedea Maurice Travers, *L'unité de la faillite en droit international*, V. Giard et E. Briere, eds, Paris, 1894, p. 7.

⁹ A se vedea Ioan Macovei, *Dreptul comerțului internațional*, Editura C.H. Beck, 2010, p. 183.

¹⁰ A se vedea David H. Culmer, *The Cross-Border Insolvency Concordat and Customary International Law: Is it Ripe Yet?*, în *Connecticut Journal of International Law*, nr.14/1999, p. 563, 575.

¹¹ A se vedea Ioan Macovei, *op. cit.*, p. 184.

Din considerente de ordin practic, reglementările internaționale nu urmăresc să instituie o procedură de faliment unică, cu excluderea competenței legilor naționale. Soluțiile adoptate ajustează efectele universale ale procedurii de faliment principale, cu regulile particulare referitoare la anumite drepturi și situații juridice care trebuie protejate.

Regulile de competență stabilite prin *Regulamentul Consiliului Europei nr. 1346/2000* referitor la procedurile de insolvență se limitează la componenta internațională, desemnând statele membre care pot deschide o procedură de insolvență transfrontalieră. Competența teritorială internă este stabilită prin legile naționale ale fiecărui state. *Regulamentul* este denumit și *Codul european al insolvenței*, pentru că se aplică tuturor procedurilor de insolvență prevăzute în Anexele la *Regulament*. Cu toate acestea, domeniul de aplicare al *Regulamentului* este limitat la procedurile care implică desesizarea debitorului¹².

Pentru procedurile de faliment în care sunt implicate state din afara Uniunii Europene, *Regulamentul* nefiind aplicabil, devin incidente prevederile *Legii Model UNCITRAL din 1997 privind insolvența transfrontalieră*, în măsura în care au fost transpuse în legislația internă a statelor. Datorită amendamentelor aduse legislațiilor naționale ca urmare a adoptării *Legii Model*, companiile aflate în criză sunt în măsură să caute un „debitor în posesie” pentru deschiderea procedurii principale în străinătate, conferind mai multe oportunități pentru profesioniști să aleagă jurisdicțiile favorabile intereselor clienților lor.

Prevederile *Regulamentului CE* combină elemente din *teoria teritorialității* cu cele din *teoria universalității falimentului*¹³. Se recunoaște faptul că introducerea procedurilor de insolvență cu acoperire universală în întreaga *Uniune* nu ar fi eficientă, datorită diferențelor existente între legislații. Procedurile de insolvență cu o aplicare universală ar conduce, fără excepție, la aplicarea legii statului de deschidere a procedurii insolvenței. În art.3(1) din *Regulament* sunt prevăzute două categorii de proceduri de insolvență, respectiv *procedura principală* cu efect universal și *procedurile secundare* cu aplicare teritorială.

¹² A se vedea Bob Vessels, *European Union Regulation on Insolvency Proceedings*, în *ABI Journal*, November 2001, p. 24-25.

¹³ A se vedea Samuel Bufford, L.Adler, S.B.Brooks, M.S. Krieger, *International Insolvency*, Federal Judicial Center, 2001, p.77.

Competența pentru deschiderea procedurii principale aparține statului în care se află centrul principalelor interese ale debitorului. *Regulamentul* definește acest criteriu ca fiind “locul în care debitorul își administrează în mod obișnuit interesele și care poate fi deci verificat de către terți”. Se are deci în vedere criteriul celor mai strânse legături pe care un anumit loc le are cu activitatea desfășurată de către debitor, unde se concentrează relațiile sale de afaceri, sub rezerva însă de a avea un caracter public, cunoscut creditorilor¹⁴. Aceste reguli de competență fiind imperative, aplicarea oricărui alt criteriu, cum ar fi locul încheierii sau al executării unui contract este exclus.

În privința societăților comerciale există prezumția că acesta se află acolo unde se găsește principalul său sediu social, sau, conform legislației altor state, acolo unde a fost înregistrată acea societate. Dovedirea faptului că debitorul conduce administrarea afacerii sale în mod constant într-un alt stat membru și că această administrare este cunoscută terțelor persoane poate conduce la răsturnarea acestei prezumții. Prin urmare, prezumția instituită este una relativă și nu absolută¹⁵. Această abordare obiectivă și reală a centrului principalelor interese este diferită de practica judiciară consacrată de *Curtea de Justiție a Uniunii Europene*, care face să prevaleze dreptul de stabilire și drepturile care îi sunt atașate asupra realității sediului invocat¹⁶.

Aplicarea unei soluții distincte de cea cutumiară este justificată de finalitatea procedurilor colective, necesitatea lichidării bunurilor din patrimoniul debitorului reclamând prevalența sediului real față de cel statutar. O decizie a unei instanțe engleze s-a referit la înțelesul expresiei de „centrul principalelor interese”. În *Re Enron Directo SA*, instanța a stabilit că prezumția situării centrului principalelor interese acolo unde se află sediul principal al societății a fost înlăturată prin dovedirea faptului că deciziile de conducere ale societății se luau într-un alt loc¹⁷.

¹⁴ A se vedea G. Teboul, *Droit communautaire: le projet de reglement sur les procedures d'insolvabilite*, în Recueil 2000, Gazette du Paris, 21-22 iulie 2000, p. 1301.

¹⁵ A se vedea C. Nourissat, *Droit communautaire des affaires*, Dalloz, Paris, p.20.

¹⁶ A se vedea M. Menjucq, notă la hotărârea CJCE din 5 noiembrie 2002, UBERSEERING, în *Jurid-Classeur Periodique* 2003, p. 520.

¹⁷ A se vedea Freshfields Bruckhaus Deringer, *Restructuring and Insolvency Bulletin*, în Hereinafter Freshfields-Bulletin, 2002, <http://www.freshfields.com/practicr/finance/publications/newsletters/ribulletin/200211.pdf>.

Stabilirea centrului principalelor interese poate fi destul de dificilă în cazul asociațiilor unicorporale, deoarece adesea nu există un sediu statutar, iar centrul principalelor interese este fie în schimbare, fie greu de identificat¹⁸. În orice caz, *Curtea Europeană de Justiție* va fi în măsură să determine în concret realitatea centrului principalelor interese. Procedura principală va avea efect universal, referitoare la orice bunuri aparținând debitorului, indiferent unde sunt situate, cu excepția bunurilor aflate în jurisdicția unde o procedură secundară a fost deschisă, conform art. 4 (2) lit. (a-m) din *Regulament*. Legea aplicabilă în cadrul *UE* pentru procedura principală va fi legea statului membru unde a fost deschisă această procedură și va governa probleme cum ar fi compensarea, atribuțiile lichidatorilor, sau distribuția de bunuri.

Pentru a determina competența deschiderii unei proceduri principale în cazul în care într-un faliment internațional sunt implicate statele europene, vor putea fi urmate indicațiile date în Legea model UNCITRAL, prin adoptarea lor în dreptul intern.

În dreptul român, care a preluat dispozițiile Legii Model, conform art. 3 lit. d) din Legea nr. 637/ 2002, *centrul principalelor interese ale debitorului* este considerat până la proba contrarie după caz: sediul principal al persoanei juridice; domiciliul profesional al persoanei fizice care desfășoară o activitate economică sau o profesie independentă; ori domiciliul persoanei fizice care nu exercită o activitate economică sau o profesie independentă.

În afară de deschiderea unei proceduri principale, *Regulamentul european 1346/2000* permite deschiderea unor proceduri secundare, însă numai sub condiția ca debitorul să aibă un sediu în respectivele state. Astfel, în cazul în care centrul principalelor interese ale debitorului este situat pe teritoriul unui stat membru, instanțele unui alt stat membru nu sunt competente să deschidă procedura locală decât dacă debitorul posedă un sediu pe teritoriul aceluși stat. Termenul de sediu este definit de art. 2(h) din *Regulament* și presupune „orice loc de desfășurare a activității unde debitorul întreprinde o activitate economică

¹⁸ A se vedea Wolfgang Lueke, *The New European Law on International Insolvencies: A German Perspective*, în *Bankruptcy Developments Journal*, nr. 17/2001, p. 369, 380.

netranzitorie prin mijloace umane sau materiale”. Expresiile *netranzitorie* și *mijloace umane și materiale* trebuie să fie interpretate adecvat¹⁹.

În scopul de a atinge un consens între statele membre, adoptarea conceptului de sediu în *Regulament* a fost realizată într-o manieră mai puțin restrictivă, în raport cu aceea dată de *CEJ* în stricta sa interpretare a art. 5 (5) din *Convenția de la Bruxelles*. Stabilimentele de natură să atragă competența unei proceduri secundare sunt cele lipsite de personalitate juridică, dar care denotă o anumită continuitate în ce privește derularea activității debitorului, cum ar fi sucursalele. Procedurile de insolvență referitoare la aceste filiale, care au personalitate juridică proprie, vor fi guvernate de legea statului membru în care au fost înființate²⁰.

Dacă procedurile secundare nu pot fi deschise, datorită neexistenței unui sediu în statele membre, bunurile (cum ar fi polițele de asigurare, cărțile de credit, bunurile aflate în tranzit) situate în statele membre sunt susceptibile de a fi subiect de confiscare de creditorii locali individuali, în dezavantajul masei creditorilor în ansamblu²¹.

Deschiderea unei proceduri secundare nu poate avea loc înaintea deschiderii unei proceduri străine principale, cu excepția cazului în care fie o procedură principală nu poate fi deschisă, din cauza condițiilor stabilite de legea statului pe teritoriul căruia se află centrul principalelor interese ale debitorului și a situației când deschiderea procedurii teritoriale este solicitată de un creditor al cărui domiciliu, reședință sau sediu se găsește pe teritoriul aceluiași stat în care este stabilit sediul respectiv, sau a cărui creanță izvorăște din actele încheiate la locul aceluși sediu.

¹⁹ Conform *Raportului asupra Regulamentului*, o interpretare extensivă trebuie să reflecte discuțiile contradictorii dintre statele membre. Această interpretare este rezultatul unui compromis, întrucât unele state s-au manifestat pentru instituirea unei jurisdicții mai largi, bazate pe situarea oricărui bun într-unul din statele membre, fără a implica existența unui sediu, în timp ce altele, în opoziție cu acest concept, au dorit să evite un număr de mici falimente referitoare la averea imobiliară sau conturile din statele membre.

²⁰ A se vedea I.F. Fletcher, *op. cit* p. 3.

²¹ A se vedea G. Teboul, *Droit communautaire des procédures collectives: la circulaire du 17 mars 2003 sur l'application du règlement sur les procédures d'insolvabilité*, în *Petites affiches*, nr. 123/2003, p. 11.

Concesia pe care *Regulamentul* o face în favoarea principiului teritorialității, prin recunoașterea posibilității deschiderii acestor proceduri secundare este totuși, limitată²². Oricare din aceste proceduri secundare, subordonate procedurii principale, nu produce efecte decât asupra respectivului stabiliment de care aparține și asupra altor bunuri situate în statul de deschidere.

În privința procedurii secundare se va aplica legea statului membru pe teritoriul căruia a fost deschisă (art.27-28) din *Regulament*. Astfel, această lege va stabili care sunt persoanele abilitate să solicite deschiderea procedurii (art.29): lichidatorul desemnat în procedura principală, sau orice altă persoană ori autoritate îndreptățită să solicite deschiderea unei proceduri de insolvență, în conformitate cu legea statului pe teritoriul căruia se solicită deschiderea unei proceduri secundare. Admisibilitatea deschiderii procedurilor secundare determină o limitare a efectului extrateritorial al procedurii principale²³.

Disocierea noțiunii de universalitate din idealul de unitate și acceptarea unui anumit interes local conduce către o universalitate diminuată ca intensitate²⁴. Mecanismul instituit în Capitolul 3 din *Regulament* a fost calificat drept acela al *universalității limitate sau atenuate*. În fapt, regulile de competență admit posibilitatea deschiderii unei singure proceduri principale pe teritoriul Uniunii europene. O asemenea regulă reunește în mod avantajos universalitatea și unitatea.

În conformitate cu *Legea Model*, ulterior recunoașterii unei proceduri străine principale, se poate deschide o procedură locală de insolvență împotriva aceluiași debitor, în condițiile legii celui stat și numai în măsura în care debitorul are bunuri în acest stat; efectele acelei proceduri vor fi limitate, conform art. 28, la bunurile debitorului care sunt situate pe teritoriul acestui stat, precum și la alte bunuri ale debitorului care, în baza legii acestui stat, trebuie să fie administrate în acea procedură, în măsura necesară aplicării cooperării și coordonării în baza art. 25, 26 și 27 din *Legea model*.

²² A se vedea J-L Vallens, *La mise en oeuvre de reglement communautaire sur les procedures d'insolvabilite: questions de procedure*, în *Recueil Dalloz*, nr. 21/2003, p. 1423.

²³ A se vedea Claudio Dordi, *La convenzione dell'Unione Europea sulle procedure di insolvenza*, în *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Procesuale*, nr 2/1997, p. 333.

²⁴ A se vedea M. Balz, *The European Convention on Insolvency Proceedings*, în *American Bankruptcy Law Journal*, nr.70/ 1996, p. 496.

Dispoziția înscrisă în art. 28 este în esență similară cu cea adoptată în legislația unor state, criteriul situării unui sediu al debitorului în acel stat nefiind necesar²⁵. *Legea model* admite soluția aceasta mai permisivă pentru cazul în care debitorul se află deja implicat într-o procedură străină principală. Prin măsura recunoașterii procedurii străine principale și cooperarea cu instanța străină și cu reprezentantul străin, instanța din statul care a adoptat *Legea model* va avea suficiente modalități de a garanta că bunurile din acel stat vor fi administrate în așa fel încât interesele locale să fie protejate corespunzător.

Cu toate acestea, statul care a adoptat *Legea model* poate intenționa să instituie o condiție mai restrictivă, recunoscând posibilitatea inițierii unei proceduri locale numai dacă debitorul are un sediu în acel stat. De aceea, un stat care a adoptat *Legea model* poate adapta articolul prin înlocuirea expresiei *numai dacă debitorul are bunuri în acel stat*, așa cum aceasta apare în conținutul art. 28, cu expresia *numai dacă debitorul are un sediu în acel stat*, așa cum este acesta definit în art. 2, lit. f), ceea ce presupune că debitorul trebuie să fie angajat într-o activitate economică în statul respectiv.

Aceasta este și poziția adoptată de *Legea română nr. 637/2002*, care impune existența unui sediu al debitorului pe teritoriul României, pentru a se putea admite deschiderea unei proceduri secundare împotriva aceluiași debitor în condițiile legii române, ulterior deschiderii unei proceduri străine principale.

De regulă, procedura locală de tipul celei prevăzute în art. 28 va fi limitată la bunurile localizate în acel stat. În unele situații, administrarea procedurii locale ar putea presupune includerea altor bunuri aflate în străinătate, mai ales când nu este o procedură străină deschisă sau disponibilă în statul în care sunt situate bunurile (de exemplu, când sediul local ar avea un sediu operant într-o jurisdicție străină, caz în care ar fi posibil să se vândă bunurile debitorului în statul care a adoptat *Legea model* și bunurile din străinătate ca un ansamblu în stare de funcționare, sau când bunurile au fost transferate fraudulos înafara granițelor statului care a adoptat *Legea model*). Pentru a permite asemenea derogări în administrarea unei proceduri locale, articolul include termenii „și...

²⁵ A se vedea Carlos Esplugues, *The UNCITRAL Model Law of 1997 on Cross border Insolvency: an Approach*, în *Diritto del commercio internazionale*, nr.12/ 1998, p. 676.

pentru alte bunuri ale debitorului care... trebuie să fie administrate în acea procedură”.

Două restricții au fost incluse în articolul referitor la posibila extindere a efectelor procedurii locale față de bunurile situate în străinătate: în primul rând, extinderea este permisă „în măsura necesară implementării cooperării și coordonării în baza art. 25, 26 și 27 „și în al doilea rând, acele bunuri din străinătate trebuie să fie supuse administrării în statul care a adoptat *Legea model* „în baza legii acelu stat”²⁶. Aceste restricții sunt utile pentru a evita crearea unei posibilități nelimitate de a extinde efectele unei proceduri locale la bunurile situate în străinătate, facultate ce ar genera nesiguranță în aplicarea prevederilor respective și ar putea conduce la conflicte de jurisdicții.

În toate cazurile în care se desfășoară, pe teritoriul unor state diferite, mai multe proceduri de insolvență referitoare la același debitor, pentru evitarea conflictelor de competență precum și pentru buna coordonare a procedurilor, adoptarea unor măsuri de cooperare între autorităților implicate este esențială.

²⁶ A se vedea, Giulio Cesare Giorgini, *Methodes conflictuelles et regles materielles dans l'aplications des „nouveaux instruments” de reglement de la faillite internationale*, Dalloz, 2006, p. 332.