

Capitolul I. Considerații generale asupra falimentului

Secțiunea 1. Delimitări conceptuale

§1. Noțiunea de faliment

Instituția falimentului s-a impus încă de la începuturile relațiilor comerciale, ca o reacție față de disfuncțiile provocate de activitatea deficitară a anumitor comercianți care, neonorându-și la scadență obligațiile bănești, periclitează securitatea creditului, antrenând un blocaj financiar. Atitudinea față de comercianții aflați într-o astfel de situație a fost determinată de factorii economici specifici diferitelor epoci și regiuni^[1].

În dreptul intern, juriștii manifestă în prezent o oarecare reticență în utilizarea termenului de *faliment*, drept accepțiune generală. Expresia dreptul falimentului a căzut un timp în desuetudine, fiind abandonată în favoarea expresiei *dreptul întreprinderilor în dificultate* sau *dreptul procedurilor colective*. Această evoluție, proprie dreptului francez, a deplasat cadrul terminologic pentru a traduce o veritabilă transformare a obiectivelor și deci a conținutului materiei^[2].

O întrebare preliminară se referă la stabilirea situațiilor în care se impune utilizarea termenului de faliment. În pofida acestei denominalizări, noțiunea este totuși preferabilă oricărei alteia, deoarece prezintă un dublu avantaj, întrucât este inteligibilă și, totodată, comună, fiind astfel susceptibilă de a fi ușor utilizată. Mai mult, o asemenea poziție este conformă cerințelor dreptului internațional privat. Această materie impune adesea o anumită suplețe față de calificările din dreptul intern, căci ea presupune observarea structurii concrete a unei instituții străine, pentru a regăsi caracterele unei noțiuni diferite de cele ale forului. Or, este incontestabil că noțiunea de faliment internațional, așa cum este ea descrisă de doctrină, permite regăsirea caracterelor unor

^[1] A se vedea *St.D. Cârpenaru*, *Tratat de drept comercial român*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 540.

^[2] A se vedea *M.N. Costin, A. Miff*, *Falimentul. Evoluție și actualitate*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 41.

instituții care, în dreptul intern, se referă la dreptul întreprinderilor în dificultate.

Inițial, în accepțiunea dreptului român, termenii de faliment și insolvență au fost utilizați cu același sens. Astfel, conform primelor norme care reglementau procedura insolvenței, titulatura *procedura falimentului* acoperea deopotrivă procedura de reorganizare, cât și procedura de lichidare, ultima fiind denumită, impropriu, etapa falimentului, ceea ce a generat o percepție eronată asupra ansamblului procedurii, conferindu-i un caracter defăimător. Reglementările recente au corectat această imprecizie, termenul de insolvență fiind utilizat în mod adecvat pentru desemnarea procedurii colective în ansamblul său^[1].

Receptând semnalele din practica judiciară, literatura de specialitate a subliniat necesitatea elaborării unor studii de sinteză în domeniul falimentului, acestea fiind „cu atât mai de trebuință, într-o manieră ce prezintă numeroase particularități, datorate fie vicisitudinilor legislative, fie unei legiferări neconținut pripite și numai parțială”^[2].

1.1. Definiția falimentului

În tratarea instituției falimentului s-au evidențiat două abordări, în parte contradictorii: prima consideră falimentul un fapt obiectiv, iar cealaltă un produs juridic.

Conform unei abordări, s-a afirmat că falimentul este, înainte de toate, o stare economică, care constă în imposibilitatea patrimonială absolută de a face față datoriiilor contractate. Această definiție este utilă căci dreptul, înțeles ca disciplină științifică, încearcă, de o manieră ideală, a se ancora în realitatea obiectivă, astfel că toate construcțiile pur intelectuale sunt întâmpinate cu prudență. Accepțiunea conform căreia falimentul coincide cu situația desemnată în general prin termenul de insolvabilitate este unanim admisă, direct sau indirect, de doctrina internațională. Din perspectivă istorică, acesta este rezultatul unei tradiții care își are originea în legile comerciale din Florența^[3].

^[1] A se vedea A. *Birchall*, Procedura insolvenței. Reorganizarea judiciară și procedura falimentului. Note de curs incluzând procedura concordatului preventiv și a mandatului ad-hoc, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 10.

^[2] A se vedea M. *Pașcanu*, Dreptul falimentar român, Ed. Cugetarea, București, 1927, p. 5.

^[3] A se vedea J.F. *Bregi*, Quelques aspects du droit de la faillite d'après les arrêts notables du Parlement au Pays du Provence, în Procédures collectives

Pe de altă parte, concepția obiectivă asupra falimentului comportă unele rezerve. Este dificil de admis că simpla încetare a plăților, fie ea însoțită de deprecierea situației patrimoniale a debitorului, poate fi într-adevăr considerată drept o stare de faliment. Pentru declararea unei astfel de stări, decizia autorității publice referitoare la deschiderea procedurii împotriva debitorului pare a fi indispensabilă. S-ar putea totuși obiecta că problema menționată nu este înlăturată, ci doar deplasată în acest fel: respectiva decizie nu face decât să constate, să declare un faliment preexistent, fără să producă vreo schimbare în situația debitorului. Totuși, o analiză riguroasă conduce la concluzia că această constatare se referă aici la starea economică, la insolabilitatea debitorului, și nu la starea sa de faliment. De asemenea, trebuie să admitem că înainte de pronunțarea unei decizii ne aflăm în prezența unui insolubil, și nu a unui falit, dreptul falimentului neluând în considerare decât cea de-a doua categorie. În toate cazurile, o asemenea poziție ridică în prezent tot mai multe rezerve, datorită evoluției înregistrate de legislațiile naționale și dificultăților privind înțelegerea noțiunii de activ patrimonial al debitorului.

Conform unei alte abordări, falimentul este starea în care se găsește un debitor supus unei proceduri colective, egalitate și reglementate, supusă supravegherii unei autorități publice. Această procedură vizează despăgubirea creditorilor, redresarea debitorului, dar și sancționarea acestuia. Definiția permite identificarea trăsăturilor caracteristice falimentului. Mai înainte de toate, falimentul reprezintă o procedură generală care afectează în principiu ansamblul patrimoniului debitorului, pasivul și activul deopotrivă. De asemenea, caracteristic procedurii falimentului este faptul că privește un debitor care își pierde drepturile asupra patrimoniului său și care este astfel desesizat de bunurile sale. Nu în ultimul rând, specific procedurii este aceea că un reprezentant al procedurii, respectiv sindicul, este numit, însărcinat să vegheze la respectarea intereselor cauzei^[1].

et droit des affaires: Morceaux choisis – Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat, Frison-Roche, Paris, 2000, p. 38.

[1] A se vedea J.E. Stiglitz, *Bankruptcy Laws: Basic Economic Principles*, în S. Claessens, S. Djankov, A. Mody (eds.), *Resolution of Financial Distress: An International Perspective on the Design of Bankruptcy Laws*, WBI Development Studies, World Bank, International Bank for Reconstruction and Development, 2001, p. 22.

Echilibrând cele două tendințe, o abordare comparativă relevă, schematic, existența a trei categorii de proceduri: o procedură jurisdicțională, o procedură administrativă și o procedură informală, guvernată de autonomia de voință. Trebuie subliniat că materia pare animată, în special în ultimii ani, de o veritabilă dialectică între o abordare care acordă preferință soluțiilor negociate și o abordare care susține rolul de gestiune și de control al procedurii recunoscute de o autoritate publică. În același timp, nu trebuie imaginat falimentul ca o noțiune fixă. În fapt, este admis că trăsătura colectivă a procedurii este un element fundamental, căci îi permite diferențierea falimentului de calea de executare individuală la care creditorii pot recurge. Această caracteristică determină încetarea urmărilor individuale, efect care însoțește tradițional declanșarea unei proceduri colective. Totuși, caracterul colectiv cunoaște în prezent modificări remarcabile prin raportare la domeniul său tradițional. Același lucru se poate spune și în ceea ce privește desesizarea care, în materie de faliment internațional, este criteriul universal admis.

Pentru definirea juridică a falimentului au fost propuse mai multe formulări, care au încercat să cuprindă trăsăturile distinctive ale instituției.

În doctrina interbelică, falimentul era definit ca o procedură de executare silită, aplicabilă „comercianților aflați în încetare de plăți pentru datoriile comerciale, cu scopul de a lichida avutul acestora, pentru satisfacerea în mod egalitar a drepturilor tuturor creditorilor”^[1]. Din aceeași perspectivă, au fost decelate și alte sensuri ale noțiunii, cum ar fi:

– starea juridică a comerciantului față de care s-a pronunțat o sentință declarativă de faliment, cu urmări grave asupra statutului acestuia, spre exemplu, urmări infamante care dispăreau numai după reabilitare;

– imposibilitatea efectuării plăților comerciale^[2].

Doctrina postbelică a considerat falimentul o procedură de executare silită, cu caracter unitar, colectiv, consensual și egalitar, privind toate bunurile debitorului comun al mai multor creditori, în scopul satisfacerii intereselor fiecăruia dintre aceștia^[3].

[1] A se vedea *M. Pașcanu*, op. cit., p. 12.

[2] *Idem*, p. 13.

[3] A se vedea *T.R. Popescu*, *Dreptul comerțului internațional*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1983, p. 155.

Treptat, legislația insolvenței a devenit din ce în ce mai complexă, fără să ajungă vreodată la rezultate satisfăcătoare, fiind tot mai indulgentă cu debitorul, ajungând să pericliteze ideea de credit, ca încredere în comercianți. Astfel, s-a apreciat că această tendință a condus la instaurarea unui drept de a nu-și plăti datoriile în favoarea debitorului falit^[1].

Doctrina străină a definit dreptul falimentului ca fiind „legea pentru beneficiul și ușurarea creditorilor și a debitorului în cazul în care ultimul nu poate sau nu vrea să își plătească datoriile”^[2]. Într-o formulare mai generală, „falimentul este organizarea legală și procedurală a apărării în comun a creditorilor față de insolvența comerciantului”^[3].

În concepția contemporană, falimentul este descris drept o cale specială de executare silită asupra tuturor bunurilor debitorului care a încetat plata datoriilor sale^[4].

Prin urmare, procedura falimentului reprezintă procedura de insolvență concursuală, colectivă și egalitară, care se aplică debitorului în vederea lichidării averii acestuia pentru acoperirea pasivului, fiind urmată de radierea debitorului în registrul în care este înmatriculat^[5].

1.2. Particularitățile falimentului internațional

Falimentul internațional este susceptibil de definire într-un mod mai mult sau mai puțin extensiv, relevând rațiuni distincte. Astfel, s-a apreciat că falimentul internațional este un faliment comportând un element de extraneitate, în sensul că situația prezintă legături care nu se raportează la un singur stat, astfel că soluționarea cauzei poate interesa mai multe state^[6]. Această definiție permite luarea în considerare a mai multor ipoteze. Ea derivă dintr-o viziune clasică asupra materiei, care se bazează

[1] A se vedea *G. Ripert*, *Le droit de ne pas payer ses dettes*, DH 1936, Chron, p. 57.

[2] A se vedea *E. Warren*, *Bankruptcy Policy*, în *University of Chicago Law Review* nr. 54/1987, p. 777.

[3] A se vedea *L. Bolaffio*, *Del Fallimento. Commento al Codice di Commercio*, 1983, p. 2.

[4] A se vedea *I. Macovei*, *Dreptul comerțului internațional*, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 181.

[5] A se vedea *A. Birchall*, op. cit., p. 26.

[6] A se vedea *S. Poillot-Peruzzetto*, *Le créancier et la faillite européenne: commentaire de la Convention des Communautés européennes relative aux procédures d'insolvabilité*, în *Journal de droit international*, vol. 124, 1997, p. 760.

pe o abordare a relațiilor private internaționale având drept element de referință statul. Falimentul prezintă acest caracter internațional chiar dacă statele interesate sunt state federale aparținând aceleiași federații.

Într-o definiție mai restrictivă^[1], falimentul internațional se limitează la situațiile în care debitorul deține active, afectate sau nu unei activități economice, pe teritoriul mai multor state. O asemenea abordare se bazează pe o constatare pragmatică: în ipoteza în care numai creditorii se află dispersați pe teritoriul mai multor state, situația debitorului insolvent rămâne neschimbată, căci el va rămâne supus în continuare unei singure jurisdicții, ce va aplica o singură lege. Această definiție apreciază noțiunea de faliment internațional prin prisma conflictelor de jurisdicții și a conflictelor de legi, având tendința de a exclude din domeniul său de aplicare situațiile care nu ridică, *a priori*, dificultăți pe cele două planuri. În fapt, absența bunurilor în străinătate pare să suprime interesul deschiderii unei asemenea proceduri: situația debitorului va fi reglementată integral de *lex fori concursus*, adică de legea domiciliului, legea străină neavând aceeași vocație de a se aplica în calitate de *lex rei sitae*. Analiza expusă, foarte practică și realistă, are însă ca efect ignorarea anumitor realități. În primul rând, dacă deschiderea unei proceduri colective propriu-zise pare dificil a fi imaginată în absența unui activ, ea va întâmpina însă, în mod evident, obstacole importante în ce privește recuperarea bunurilor situate pe teritoriul statelor străine.

Așadar, falimentul internațional este sau nu o noțiune care să aibă o existență propriu-zisă^{[2]?} Întrebarea poate părea retorică. Cu toate acestea, internaționalizarea, adesea evocată, și globalizarea constituie mai curând fenomene economice decât juridice. Însăși noțiunea de grupuri de societăți internaționale sugerează, sub aspect juridic, că acele grupuri care beneficiază de o reală unitate de decizie sunt constituite din societăți fără personalitate juridică și naționalitate distinctă, în funcție de locul unde grupul își desfășoară activitatea. Nu există o societate juridică internațională propriu-zisă și nici apariția societății anonime europene nu a schimbat acest fapt. Astfel, trebuie să admitem că ipotezele falimentului internațional privesc subiecte care sunt legate de o

^[1] A se vedea *J.L. Vallens*, La faillite internationale: vers une loi-modèle?, în *Les Petites Affiches* nr. 72/1996, p. 21.

^[2] A se vedea *F. Tung*, Is International Bankruptcy Possible?, în *Michigan Journal of International Law* nr. 23/2001, p. 23.

ordine juridică națională. Cu siguranță, realitatea acestei legături poate fi discutată, la fel ca și conținutul său, însă nu poate fi ignorată. Putem vorbi în aceste condiții de un veritabil faliment internațional? Întrebarea este fără doar și poate legitimă. O reflecție mai aprofundată arată că, în general, este vorba de o falsă problemă. Mai puțin interesează că debitorul ar fi formal un subiect de drept național, caracterul internațional al falimentului nu derivă din naționalitatea debitorului, ci din caracterul internațional al activităților și din localizarea bunurilor sale. În aceste condiții, consecințele falimentului debitorului vor fi resimțite în mai multe state.

Această primă tentativă de caracterizare relevă perspectivele unui studiu considerabil, căci definițiile reținute nu permit, *a priori*, ca noțiunea să fie circumscrisă unui domeniu strict, datorită elementelor sale multiple și eterogene.

Denumirea de *faliment internațional* nu este folosită în sensul propriu al termenului, întrucât nu există o reglementare uniformă aplicabilă la nivel interstatal, ci doar o sumă de norme ce vizează, în principal, asigurarea eficienței efectelor deciziilor privind falimentul pronunțate în fața instanțelor din alte sate. Prin urmare, aceste norme sunt destinate să estompeze diferențele existente între reglementările naționale ale statelor, falimentul fiind, prin excelență, o procedură teritorială.

Caracterul internațional al falimentului este imprimat de existența unui element de extraneitate care este prezent în cadrul procedurii colective. Acest element pune în prezență mai multe sisteme de drept^[1], ridicând probleme specifice dreptului internațional privat, între care cele mai importante sunt cele legate de calificare, determinarea autorității competente să administreze procedura, a legii materiale aplicabile și mai ales a recunoașterii și executării în străinătate a efectelor hotărârii declarative de faliment.

Elementul de extraneitate poate consta în situarea bunurilor debitorului pe teritoriul unor state diferite sau atunci când debitorul are sedii secundare, creditori, furnizori sau salariați stabiliți în străinătate. S-a mai reținut că un punct de legătură îl poate constitui chiar fraudarea intereselor creditorilor, prin ascunderea unor bunuri ale debitorului în străinătate sau realizarea unor

[1] A se vedea S. Poillot-Peruzzetto, op. cit., p. 760.

transferuri patrimoniale către persoane fizice sau juridice străine ori nerezidente^[1].

Importanța deosebită a procedurilor de insolvență a determinat Comisia Europeană să emită propriile reglementări în materie, până în prezent fiind în vigoare un regulament și patru directive, destinate în special să rezolve problemele relative la insolvența transfrontalieră și la protecția salariaților din întreprinderile insolvente.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene a definit procedurile colective ca fiind „procedurile fondate pe starea de încetare de plăți, de insolvabilitate sau pierderea credibilității debitorului, implicând o intervenție a autorității judiciare și conducând la o lichidare obligatorie și colectivă a bunurilor sau cel puțin la un control al acestei autorități”^[2].

Potrivit Legii române cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat în materia insolvenței nr. 637/2002^[3], aceste raporturi reprezintă relațiile de drept privat cu element de extraneitate, care sunt supuse soluționării ca urmare a deschiderii unei proceduri de insolvență și în condițiile stabilite de aceasta.

§2. Funcțiile falimentului

Falimentul, în sensul clasic al cuvântului, avea două funcții precise, complementare și interdependente, care rezultau din atingerea scopurilor sale, respectiv a unui scop imediat, constând în asigurarea plății creditorilor și sancționarea debitorului falit, și a unui scop mediat, în care se urmărea asanarea mediilor comerciale^[4].

Principalele funcții ale falimentului pot fi grupate pe trei coordonate:

- organizarea unei metodologii pentru realizarea plății creditorilor, asigurând o oarecare egalitate și solidaritate între aceștia;
- salvarea întreprinderii, atunci când criza pe care o traversează debitorul nu este manifestarea unei incapacități totale de continuare a activității;

[1] A se vedea *I. Schiau*, Regimul juridic al insolvenței comerciale, Ed. All Beck, București, 2001, p. 497.

[2] C.J.C.E., cauza *Gourdain c. Nadler*, nr. 133/78, Hotărârea din 22 februarie 1979, ECR 1979, p. 733.

[3] M. Of. nr. 931 din 19 decembrie 2002.

[4] A se vedea *M. Pașcanu*, op. cit., p. 7.

– eliminarea debitorului înfrânt iremediabil de sistem, eliminare ce poate fi acompaniată de o atitudine represivă, de natură preventivă, cu rolul de a-i determina pe operatori să acționeze cu diligență.

Intensitatea fiecărui scop în economia internă a unui anumit regim este variabilă. Totodată, falimentul îndeplinește și un rol reparator, căci permite a se constata existența unei situații care justifică un tratament colectiv, transformând dezordinea afacerilor debitorului în dificultate într-o ordine intelectuală.

Inițial, reglementările în materia falimentului au urmărit realizarea următoarelor deziderate: asigurarea plății creditorilor și pedepsirea debitorului falit, care, odată îndeplinite, conduc la reabilitarea mediului comercial în ansamblul său.

Conceptiile moderne asupra falimentului induc o nouă orientare a priorităților, deplasând centrul de interes de la ideea de sancționare a falitului la cea de revitalizare a activității acestuia. Se au în vedere în acest sens și eventualele conjuncturi externe care au influențat negativ situația financiară a debitorului, independent de activitatea acestuia.

Astfel, în legislații precum cea americană, britanică, franceză sau germană, dacă debitorul prezintă un plan viabil de reorganizare judiciară, poate beneficia de sprijin financiar sub forma unor noi linii de creditare, pentru a se putea redresa în termen optim.

Designul procedurii insolvenței implică un echilibru dinamic. Protecția excesivă a debitorilor conduce la sufocarea pieței creditului. Dacă debitorii speculează că nu pot fi constrânși eficient să plătească, vor descuraja creditorii să le mai acorde credit pe viitor.

Protejarea creditorilor este esențială pentru investiții și pentru formarea capitalului circulant^[1]. Nici o protecție excesivă a creditorilor nu este adecvată, pentru că în acest mod se înrăutățește diviziunea riscului în defavoarea debitorilor și diminuează implicarea creditorilor de a se angaja în monitorizarea debitorilor.

Mai mult, s-a acreditat soluția instituirii unor reglementări de prevenire a impasurilor financiare, în special a celor ținând de domeniul concurenței.

^[1] A se vedea S. Claessens, S. Djankov, A. Mody, Resolution of Financial Distress: An Overview, în Resolution of Financial Distress, An International Perspective on the Design of Bankruptcy Laws, WBI Development Studies, World Bank, International Bank for Reconstruction and Development, 2001, p. XVII.

În același timp, în legislațiile falimentului s-au instituit anumite proceduri speciale de evitare a procedurii de lichidare a bunurilor, lăsându-se ca *ultima ratio* procedura falimentului^[1].

În legislația română au fost receptate tehnicile consacrate în practica statelor cu tradiție în rezolvarea acestei probleme, materializate prin Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței. O altă importantă realizare la nivel legislativ național o constituie adoptarea Legii nr. 637/2002 pentru reglementarea raporturilor de drept internațional privat în materia insolvenței, care creează premisele unei bune gestionări a problemelor pe care le ridică desfășurarea procedurii falimentului în relațiile internaționale.

Este recunoscut faptul că principala menire a legii insolvenței este să instituie criterii corecte de operare și tratament față de debitorul insolvent, asigurând, totodată, mecanismele de ieșire de pe piață a celui irecuperabil. Mai mult, deoarece creditorii sunt cei mai afectați de insolvența debitorului, trebuie să li se recunoască un rol important în procedura insolvenței, iar justiția să se limiteze la controlul procedurii, fără a fi obligată să arbitreze în mod părtinitor^[2].

În conformitate cu principiile privind procedurile de insolvență elaborate de Banca Mondială în anul 2001, pe baza studiului și a analizei comparate a sistemelor de drept existente, se consideră că scopul acestor proceduri poate fi atins dacă:

- se realizează o integrare armonioasă a legislației insolvenței în cadrul sistemelor legislative naționale;
- se asigură maximizarea averii debitorului;
- se menține un echilibru just între reorganizare și faliment;
- se oferă soluții rapide, eficiente și imparțiale pentru finalizarea procedurii;
- se asigură un tratament corect și echitabil creditorilor situați pe aceeași poziție, inclusiv celor străini;
- se cenzurează inițiativele creditorilor de a dezmembra averea debitorului;
- se asigură o supraveghere judiciară sau de altă natură în vederea prevenirii oricăror abuzuri;
- se conferă procedurii insolvenței transparență și previzibilitate;

[1] A se vedea Y. Guyon, *Droit des affaires. Entreprises en difficultés-Re-dressement judiciaire-Faillite*, vol. II, ed. a 9-a, Ed. Economica, Paris, 2003, p. 13.

[2] A se vedea I. Turcu, *Tratat de insolvență*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 170.