

STUDII

GARANȚIILE REALE ÎN PROCEDURA TRANSFRONTALIERĂ A INSOLVENȚEI

DOI: 10.24193/SUBBIur.68(2023).2.1
Data publicării online: 23.12.2023

Elena-Alina OPREA*

Rezumat. În Uniunea Europeană, regimul garanțiilor reale în insolvența transfrontalieră este determinat astăzi în principiu în conformitate cu regulile din Regulamentul european 848/2015, ce reflectă compromisul făcut de legiuitorul european în încercarea de a concilia interese contradictorii - salvarea debitorului, eficiența în procedură, asigurarea eficacității garanțiilor, susținerea creditului – în contextul unor divergențe semnificative între legislațiile statale în materie de garanții și insolvență. În prima parte, studiul trece în revistă condițiile stabilite de legiuitorul european pentru jocul regulii protectoare speciale de la art. 8, insistând asupra problemele legate de interpretarea și aplicarea acestora. Subsecvent, este abordată problema naturii acestei reguli, pentru a puncta implicațiile pe care ea le are în concret pentru creditorul beneficiar, dar și măsura în care soluția reținută de legiuitorul european merită sau nu a fi aprobată.

Cuvinte cheie: drepturi reale, garanții reale, universalități, creditori, insolvența transfrontalieră, *lex concursus*, *lex rei sitae*, regula de conflict, regula materială

* Lect. dr. Elena Alina OPREA, Facultatea de Drept, UBB Cluj Napoca, e-mail: alina.oprea@law.ubbcluj.ro, <https://orcid.org/0000-0003-2951-8818>.

IN REM RIGHTS (GUARANTEES) IN CROSS BORDER INSOLVENCY PROCEEDINGS

Abstract. In the European Union, the securities' regime in cross-border insolvency is nowadays determined in accordance with the rules established by the European Regulation 848/2015, which reflects the compromise made by the European legislator in its attempt to reconcile conflicting interests – saving the debtor, promoting the efficiency in the procedure, ensuring the effectiveness of guarantees, supporting the credit – in the context of significant divergences between the national legislations on guarantees and insolvency. In the first part, the study reviews the conditions established by the European legislator for the implementation of the special protective rule from art. 8, emphasizing the problems related to their interpretation and application. Subsequently, it addresses the question of the nature of this rule, aiming to reveal its implications for the concerned creditors, but also to evaluate it as to its merits.

Keywords: in rem rights, guarantees, universalities, creditors, cross border insolvency, *lex concursus*, *lex rei sitae*, conflicts of law norm, substantive norm

LES GARANTIES REELLES DANS LA PROCEDURE TRANSFRONTIERE D'INSOLVABILITE

Résumé. Dans l'Union Européenne, le régime des garanties réelles dans l'insolvabilité transfrontière est établi aujourd'hui en principe par les règles contenues dans le règlement 848/2015, qui reflète le compromis fait par le législateur européen dans son effort de conciliation des intérêts contradictoires – la sauvegarde du débiteur, efficacité de la procédure, efficacité des suretés, soutien du crédit – dans un contexte des divergences significatives entre les législations étatiques en matière de garanties et insolvabilité. Dans une première partie, l'étude passe en revue les conditions établies par le législateur pour le jeu de la règle protectrice de l'article 8, insistant sur les problèmes liés à leur interprétation et application. Ensuite, il aborde le problème de la nature de cette règle, pour insister sur les implications qu'elle a concrètement pour le créancier bénéficiaire, mais aussi sur son bien-fondé.

Mots-clés : droit réels, garanties réelles, universalités, créanciers, insolvabilité transfrontière, *lex concursus*, *lex rei sitae*, règle de conflit, règle matérielle

Cuprins

I.	Condițiile pentru intervenția art. 8 din regulamentul 848/2015	20
A.	Drepturile reale.....	20
B.	Hotărârea <i>Lutz</i>	22
C.	Hotărârea SCI Senior Home	22
D.	Particularizări.....	24
E.	Excludere	25
F.	Originea dreptului real.....	26
G.	Beneficiarii	27
H.	Bunurile.....	28
I.	Existența dreptului real	29
J.	Titularitatea bunurilor	30
K.	Localizarea bunurilor	31
L.	Reguli de localizare	33
M.	Localizarea garanțiilor ce poartă asupra unor universalități	34
N.	(Ne)deschiderea unei proceduri secundare.....	35
II.	Efectele regulii de la articolul 8 din regulamentul 848/2015	36
A.	Regulă de conflict?	36
B.	Regula substanțială	37
C.	Excluderea aplicării dreptului insolvenței din statul de situare a bunurilor grevate.....	39
D.	Întinderea protecției	41
E.	Declararea creanței în procedură?.....	43
	Concluzii	44

Garanțiile sunt un mecanism esențial în protecția proprietății și a drepturilor creditorilor, în special în cazul deschiderii unor proceduri de insolvență. Dacă în situațiile pur interne este relevantă o singură lege, în spețele cu elemente de extraneitate, din ce în ce mai frecvente astăzi, situația este complexă : garanțiile interesează dreptul contractelor, dreptul bunurilor, dreptul insolvenței, iar regulile de conflict de legi pentru aceste materii nu folosesc același element de legătură.

Având în vedere principiul recunoașterii automate și de plin drept, în spațiul european, a procedurii de insolvență deschisă într-un stat membru și potențialul impact negativ al acesteia cu privire la creditorii (chiar și aceia garantați)¹, în special în considerarea diferențelor legislative în materie, legiuitorul european a stabilit, în regulamentul 848/2015 privind insolvența transfrontalieră², soluții de compromis referitoare la situația acestora³. Regula

¹ Oricare ar fi legea aplicabilă, deschiderea procedurii insolvenței are implicații importante cu privire la situația creditorilor, ale căror drepturi sunt limitate în beneficiul masei. Prerogativele debitorului sunt și ele încadrate; el nu mai poate greva bunuri cu diferite drepturi reale în favoarea unui terț, anumite contracte sau drepturi create în perioada imediat anterioară deschiderii procedurii vor putea fi desființate în anumite condiții, garanțiile create cu anticipație asupra unor bunuri viitoare nu vor fi valabile dacă bunurile au fost dobândite de debitor ulterior deschiderii procedurii.

² Regulamentul (UE) 2015/848 al Parlamentului European și al Consiliului din 20 mai 2015 privind procedurile de insolvență, J.O. L 141 din 5 iunie 2015. În continuare, pentru că studiul privește soluțiile din acest act normativ, ne vom referi la el prin mențiunea generală regulament/regulamentul, fără să cităm denumirea lui completă; de asemenea, în cazul unor articole de lege pentru care nu menționăm actul normativ din care sunt preluate, este vorba de articole din regulamentul 848/2015.

³ Prezentul studiu fiind dedicat garanțiilor reale în insolvența transfrontalieră, punctul de plecare va fi reprezentat de regulamentul UE 848/2015 ce include reguli de competență jurisdicțională (mai puțin importante în acest context), reguli de conflict de legi, dar și regulile

generală, prevăzută la art. 7 din regulamentul 848/2015, este reprezentată de aplicarea lui *lex concursus*/legea din statul de deschidere a procedurii, ce va putea eventual dicta încetarea/suspendarea acțiunilor de executare silită individuală, obligația de declarare a creanțelor în procedură sub sancțiunea inopozabilității lor masei, acceptarea unei eventuale restructurări a datoriei, posibilitatea anularii unor acte încheiate imediat anterior deschiderii procedurii. Soluția cunoaște însă nuanțe, deoarece, pentru anumiți creditori, aplicarea exclusivă a lui *lex concursus* a fost considerată o soluție cel puțin parțial inadecvată : în fapt, deși creșterea șanselor de salvare a debitorului și eficacitatea procedurilor în general sunt obiective esențiale urmărite de legiuitorul european, protecția creditorilor și a expectativelor lor legitime nu au fost nici ele ignorate⁴, în măsura în care aceștia ar fi mai reticenți să accepte

materiale. Cu privire la acesta, a se vedea E. A. Oprea, „ Reforma regimului european al insolvenței transfrontaliere : regulamentul 848/2015”, RRDA, 1/2016, p. 71-93 (www.sintact.ro); B.F. NAE, „Noul regim juridic al dreptului internațional privat în materia insolvenței transfrontaliere în Uniunea europeană”, *Dreptul*, nr. 8/2018, online: <https://sintact.ro/-/publication/151020657>.

⁴ Importanța garanțiilor reale pentru operațiunile transfrontaliere este recunoscută de legiuitorul european în considerentul 68 din preambul: „În special în cazul drepturilor reale este necesară o derogare specială de la legea statului de deschidere, deoarece astfel de drepturi au o importanță considerabilă pentru acordarea creditelor. Justificarea, valabilitatea și întinderea drepturilor reale ar trebui, prin urmare, să fie determinate în mod normal de către legea locului (*lex situs*) și să nu fie afectate de deschiderea procedurii de insolvență. Titularul unui drept real ar trebui, prin urmare, să-și poată valorifica în continuare dreptul de a delimita garanția reală de masa bunurilor. Dacă bunurile sunt supuse drepturilor reale în temeiul legii statului unde sunt situate, dar procedura principală de insolvență se desfășoară în alt stat membru, practicianul în insolvență din cadrul procedurii principale de insolvență ar trebui să poată cere deschiderea unei proceduri secundare de insolvență în jurisdicția în care s-au născut drepturile reale, în măsura în care debitorul are un sediu în statul respectiv. Dacă nu sunt deschise proceduri secundare de insolvență, orice excedent obținut din vânzarea unui activ care

creditarea sau nu ar accepta-o în aceleași condiții dacă garanțiile obținute de ei ar risca să fie private de eficacitate în ipoteza cea mai delicată - aceea a insolvenței debitorului lor.

În legătură cu creditorii, legiuitorul european a intervenit printr-un set de norme speciale, ce derogă de la jocul lui *lex concursus*. Uneori este vorba de reguli de conflict (precum aceea de la art. 13 din regulament, ce precizează că situația creditorilor salariați va fi stabilită pe baza legii aplicabile contractului de muncă, eventual diferită de *lex concursus*), iar alteori este vorba de reguli materiale, ce traduc concepția lui particulară în raport cu eficacitatea procedurilor, dar și cu garantarea drepturilor tuturor celor interesați.

Una dintre aceste norme speciale figurează la articolul 8 din regulament, ce aduce o excepție importantă de la regula aplicării lui *lex fori concursus* în cazul bunurilor grevate de drepturi reale în favoarea unor creditori sau terți⁵: atunci când bunurile în discuție sunt localizate pe teritoriul altui stat membru decât cel de deschidere a procedurii principale și nu s-a deschis o procedură (secundară) pe teritoriul acestui stat, drepturile reale ce grevează aceste bunuri nu vor fi afectate de deschiderea procedurii de insolvență. Dispoziția, regăsită anterior într-o formulare aproape identică și în cuprinsul art. 5 din regulamentul 1346/2000⁶, limitează efectul universal al procedurii principale și este destinată a profita în special actelor de garanție

face obiectul drepturilor reale ar trebui plătit practicantului în insolvență din cadrul procedurii principale”.

⁵ M. MENJUCQ, „L’efficacité des sûretés à l’épreuve des procédures transfrontalières”, *Revue des procédures collectives*, mai-juin 2009, p. 19; R. SNOWDEN, „Third parties rights in rem”, in R. BORK, K. van ZWIETEN (eds.), *Commentary on the European Insolvency Regulation*, OUP, 2022, p. 269, n° 8.01.

⁶ Regulamentului (CE) nr. 1346/2000 al Consiliului din 29 mai 2000 privind procedurile de insolvență, J.O. L 160 din 30 iunie 2000.

constituite prin crearea de drepturi reale. Justificarea pentru această regulă specială are legătură cu protecția creditului și a expectativelor legitime ale creditorilor garantați⁷: titularul dreptului real va fi protejat în fața aplicării legii ce guvernează procedura insolvenței, lege care ar putea să limiteze sau chiar să blocheze efectele garanției constituite tocmai în considerarea unei eventuale insolvențe⁸.

Asupra acestei reguli vom insista în cele ce urmează, încercând să punctăm cum trebuie interpretat conceptul de drept real în contextul regulamentului *Insolvență transfrontalieră*, inclusiv în lumina jurisprudenței corespondente a CJUE. Vom continua cu trecerea în revistă a condițiilor în care operează articolul 8 din regulament, punctând și eventuale dificultăți pe care le presupune demersul de aplicare a acestuia. În final, vom insista asupra naturii juridice a acestei reguli, încercând să analizăm implicațiile pe care le are în concret pentru creditorul beneficiar, dar și măsura în care soluția reținută de legiuitorul european merită sau nu a fi aprobată.

⁷ A se vedea considerentele 67 și 68 din Preambul.

⁸ A se vedea considerentul 22 din Preambul, ce evocă diversitatea legislațiilor din statele membre cu privire la acest aspect. A se vedea și I. FLETCHER, în G. MOSS, I. FLETCHER, S. ISAACS (dir.), *The EC Regulation on Insolvency proceedings*, 2nd ed., OUP, 2009, p. 60, n^o 4.11. Unii autori au criticat însă soluția, arătând că ea este rezultatul incapacității legiuitorului european de a propune o soluție integratoare adecvată – a se vedea G. Cuniberti, P. Nabet, M. Raimon, *Droit européen de l'insolvabilité*, LGDJ, 2017, p. 280, n^o 557.

I. Condițiile pentru intervenția art. 8 din regulamentul 848/2015

A. Drepturile reale

Articolul 8 din regulamentul 848/2015 intervine pentru protecția titularilor unor drepturi reale, dar nu definește, la fel ca art. 5 din regulamentul 1346/2000, noțiunea. Absența unei definiții legale a „drepturilor reale” este o opțiune deliberată de politică legislativă a legiuitorului european⁹. De altfel, date fiind diferențele din legislațiile naționale în materie, această definiție ar fi fost probabil una hazardată.

Articolul 8(2) oferă totuși o listă ne-limitativă de exemple de drepturi care ar trebui să fie considerate drepturi reale în scopul aplicării textului discutat¹⁰. Acesta include expres: a) dreptul de a executa sau de a solicita executarea activelor și de a obține câștiguri materiale dintr-o asemenea executare ori din fructele activelor respective, în special în temeiul unui gaj sau ipotecă; b) dreptul exclusiv de realizare a unei creanțe, în special ca urmare a gajării sau a cesionării creanței cu titlu de garanție; c) dreptul de a revendica activele și/sau de a cere restituirea acestora din mâna oricui le-ar deține sau le-ar folosi împotriva voinței părții îndreptățite; d) dreptul real de a percepe fructele unui activ. În conformitate cu poziția Avocatului general Szpunar, în

⁹ A se vedea Raportul VIRGOS-SCHMIT (*Report on the Convention on Insolvency Proceedings, 1996*), pg. 100.

¹⁰ În plus de a identifica anumite drepturi ca fiind reale (cele create prin gaj, ipotecă, cesiune de creanță cu titlu de garanție), lista de la art. 8(2) permite stabilirea unor atribute ale drepturilor reale, de care se bucură titularul lor : de a dispune de bun, de a-l revendica, de a-i percepe fructele; această ultimă mențiune poate fi de exemplu relevantă în cazul unei ipotecă mobiliare guvernată de dreptul românesc, ce permite creditorului ipotecar ca, atunci când debitorul nu plătește debitul, să preia bunul în administrare și să se bucure de emolumentul acestuia până în momentul realizării creanței.

Concluziile din cauza *Lutz*, drepturile astfel menționate de legiuitorul european ar trebui să fie întotdeauna considerate ca drepturi reale, în sensul art. 8¹¹.

Suplimentar, art. 8(3) din regulament asimilează drepturilor reale și drepturile înscrise într-un registru public și opozabile terților, pe baza cărora se poate obține un drept real în sensul art. 8(1); textul adaugă un tip suplimentar de drept real. Soluția este una europeană, autonomă și ea intervine independent de prevederile pe care *lex rei sitae* sau *lex registri* le-ar avea în materie.

Având în vedere caracterul vag al art. 8, demersul adecvat pentru calificarea drepturilor reale este incert. Pe de o parte, este posibilă aplicare dreptului forului - în sensul că existența unui drept real fiind o problemă prealabilă, ea ar trebui rezolvată în principiu pe baza legii desemnate de regulile de conflict naționale specifice-, cu acceptarea faptului că art. 8(1) stabilește totuși o serie de limite. Pe de altă parte, este posibil să se considere că noțiunea ar trebui să fie reputată autonomă, la fel ca în cazul conceptului corespondent din art. 24(1)(a) din regulamentul Bruxelles I bis. Curtea de justiție a fost chemată să intervină pentru clarificări și, în două hotărâri din 2015 și 2016, ea încercat să ofere o serie de repere, înclinând balanța în favoarea primei alternative.

¹¹ Concluziile Av. general M. SZPUNAR, 27 noiembrie 2014, în cauza CJUE, C-557/13, ECLI:EU:C:2014:2404, *Lutz*, pg. 35, 38. A se vedea în același sens și M. DAHL, J. KORTLEBEN, în M. BRINKMANN (dir.), *European Insolvency Regulation*, Beck-Hart-Nomos, 2019, p. 127, n^o 10.

B. Hotărârea *Lutz*

Hotărârea *Lutz*¹² privea o poprire înființată în Austria asupra conturilor bancare ale debitorului, anterior deschiderii procedurii principale în Germania. Curtea a decis că aceasta ar putea constitui efectiv un „drept real” în sensul actualului art. 8(1) din regulamentul nr. 848/2015, cu condiția ca acest drept să prezinte, în temeiul legislației naționale aplicabil (legislația austriacă, în cauză) un caracter exclusiv în raport cu alți creditori ai societății debitoare (pg. 28). Poziția sa nu este neapărat tranșantă din perspectiva demersului de calificare.

C. Hotărârea *SCI Senior Home*

Mai clar este demersul în hotărârea *SCI Senior Home*¹³, intervenită într-o speță ce privea problema de a ști dacă o sarcină funciară, stabilită în baza dreptului german, ce dă dreptul unei municipalități ca, pentru acoperirea unei creanțe fiscale, să execute silit imobilului aparținând debitorului impozitul neplătit, este sau nu un drept real. De data aceasta, Curtea a impus

¹² CJUE, 16 aprilie 2015, C-557/13, *Lutz*, ECLI:EU:C:2015:227, pg. 28.

¹³ CJUE, 26 octombrie 2016, C-195/15, ECLI:EU:C:2016:804, *SCI Senior Home*. În speță, o societate civilă imobiliară franceză, ce deținea un imobil în Germania, fost supusă unei proceduri de redresare în Franța; prevalându-se de legea germană ce acorda administrației fiscale o sarcină funciară de drept public asupra acestuia, comuna germană Wedemark a solicitat instanțelor germane să autorizeze vânzarea forțată a acestuia în scopul recuperării taxelor funciare neplătite. Având dubii cu privire la modul în care trebuie procedat pentru calificarea sarcini funciare în discuție, instanțele germane au adresat Curții de justiție o întrebare preliminară. Mai precis, acestea doreau să se clarifice dacă problema existenței sau nu a unui drept real, în scopul aplicării (fostului) art. 5(1) din regulamentul *Insolvență* trebuie să fie apreciată pe baza dreptului german (*lex rei sitae*) sau, dimpotrivă, avându-se în vedere o interpretare autonomă.

cu claritate un raționament în doi timpi¹⁴. Mai întâi, pentru calificare, trebuie să se verifice dacă în conformitate cu *lex rei sitae* dreptul în discuție este sau nu unul real; se confirmă astfel că existența dreptului real și opozabilitatea lui depind de legea desemnată de regulile de conflict din statul forului¹⁵ (pg. 19-20). Apoi, în cazul unui răspuns pozitiv, trebuie de asemenea verificată îndeplinirea unor exigențe europene uniforme. Trimițând la Concluziile avocatului general Szpunar, Curtea a evocat două asemenea criterii „europene”, deduse din lectura art. 8(2)¹⁶ : pe de o parte, dreptul trebuie să aibă o relație directă și imediată cu bunul grevat și, pe de alta, acesta trebuie să aibă un efect *erga omnes*/să aibă o natură absolută și exclusivă. Balanța a fost astfel înclinată în favoarea primei alternative propuse de doctrină.

În opinia noastră, această verificare în doi pași este justificată. Aplicarea lui *lex rei sitae* este soluția naturală pentru a defini drepturile reale ce pot exista asupra bunurilor de pe un teritoriu, care sunt condițiile pentru crearea și pentru existența valabilă a acestor drepturi¹⁷. În plus, expectativa creditorilor este în sensul aplicării acestei legi în ceea ce privește validitatea și regimul garanției lor¹⁸.

¹⁴ M. DAHL, J. KORTLEBEN, op.cit., p. 127, n° 8.

¹⁵ În acest sens, este relevant și considerentul 68 din preambul, ce precizează că existența, validitatea, întinderea drepturilor reale se determină în conformitate cu legea locului de situare a bunului asupra cărora poartă aceste drepturi.

¹⁶ A se vedea și Raportul VIRGOS-SCHMIT, op.cit., pg. 103. Conform AG Szpunar, criteriile de calificare autonome prevăzute în cuprinsul art. 8(2) și 8(3) vin să limiteze calificarea națională a unui drept subiectiv ca drept real în scopul aplicării art. 8 din regulament (pg. 35, Concluzii, 27 noiembrie 2014, în cauza CJUE, C-557/13, *Lutz*).

¹⁷ A se vedea în România, în acest sens, art. 2613 C. civ.

¹⁸ *Lex rei sitae* (legea din statul de localizare a bunului grevat) va fi relevantă pentru a stabili dacă o *floating charge*, o fiducie sau un privilegiu generează sau nu drepturi reale.

Pentru insolvența transfrontalieră, și în considerarea regulii derogatorii instituite în cuprinsul art. 8, legiuitorul european a stabilit, indirect, limite la aplicarea exclusivă a lui *lex rei sitae*. Exklusivitatea lui *lex rei sitae* pentru calificare, dublată de eventuale soluții liberale în dreptul național, ar fi fost de natură să lipsească de sens prevederile regulamentului. În aceste condiții, calificarea stabilită pe baza dreptului național trebuie să fie confirmată și de criteriile europene, deduse odată cu examinarea listei de la art. 8(2), criteriile reamintite de Curtea de justiție în cauza *SCI Senior Home*¹⁹. Pe de altă parte, dublul test prezintă și un avantaj suplimentar, el fiind de natură să reducă cât mai mult cazurile în care, datorită calificărilor divergente reținute în legislațiile statelor membre, drepturi comparabile ar primi un tratament diferit din perspectiva regulamentului.

D. Particularizări

Articolul 8 din regulament ar putea fi aplicabil în ceea ce privește situația creditorilor ipotecari sau gajști, precum și a celor care se bucură de un drept de retenție sau de privilegii speciale (dar nu și de privilegii generale). În cauza *SCI Senior Home*, Avocatul general puncta faptul că privilegiile generale nu sunt drepturi reale în sensul regulamentului (pg. 43, Concluzii). Articolul 8 nu se aplică în privința drepturilor care, în conformitate cu legislația națională, conferă o simplă prioritate de plată în beneficiul unor creditori. În aceste cazuri, eventualele distribuiri sau priorități la plată pentru creditorii beneficiari vor fi stabilite în conformitate cu *lex concursus*

¹⁹ Deși Curtea a refuzat o definiție autonomă, ea a precizat că prin intermediul exemplelor oferite, legiuitorul european a încercat să seteze o serie de limite pentru protecția conferită prin intermediul art. 8 privilegiilor, garanțiilor sau altor drepturi ale creditorilor unui debitor insolubil, prevăzute de dreptul intern al statelor membre.

De asemenea, este posibil ca art. 8 să fie aplicabil în cazul unei fiduciei-garanție²⁰; mai precis, fiduciarul creditor se va putea îndestula din bunurile plasate în fiducie, chiar dacă împotriva constitutorului a fost deschisă procedura insolvenței într-un alt stat și legea acestui alt stat prevede o soluție diferită în legătură cu bunurile în cauză.

E. Excludere

Pentru că clauza de rezervă a dreptului de proprietate privește și ea un drept real, la o primă privire pare vizată de regula de la art. 8. Totuși în măsura în care cu privire la clauza de rezervă dreptului de proprietate există o dispoziție specială în regulament – art. 10 –, aceasta va avea prioritate de aplicare în fața regulii de la art. 8. Articolul 10 nu vizează însă decât clauza simplă de rezervă dreptului de proprietate²¹. Ea nu privește clauza de rezervă continuată (prin care cumpărătorul se obligă să stipuleze, în caz de revânzare a mărfurilor, o clauză de rezervă a proprietății în favoarea vânzătorului inițial, până în momentul în care acesta primește prețul), clauza de rezervă de proprietate în caz de transformare (aceea conform căreia, până la plata completă a prețului, vânzătorul rămâne proprietar al bunului, chiar dacă acesta este transformat de către cumpărător) sau clauza extinsă de rezervă de proprietate (aceea în virtutea căreia transferul proprietății este decalat până în momentul plăților tuturor facturilor scadente emise pe numele

²⁰ G. CUNIBERTI, P. NABET, M. RAIMON, op.cit., p. 285, n° 567.

²¹ *Idem*, p. 287, n° 572.

cumpărătorului)²². Conform doctrinei, pentru acestea este posibil să fie aplicat articolul 8(1) din regulament²³.

F. Originea dreptului real

În hotărârea *SCI Senior Home*, Curtea de justiție a oferit și o altă precizare importantă. Ea a acceptat o aplicare largă a art. 8, nu doar în ceea ce privește garanțiilor reale instituite voluntar, prin contract, ci inclusiv în privința acelor nașcute *ex lege*²⁴. În opinia Curții, două argumente militează împotriva unei interpretări restrictive. Pe de o parte, nici art. 8, nici considerentele 68 și 69 (ex 24 și 25) nu realizează o diferențiere în funcție de originea convențională sau legală a garanției reale protejate (pg. 27-29). Pe de altă parte, aplicarea textului doar în ceea ce privește drepturile reale nașcute pe cale convențională ar defavoriza nejustificat creditorii ale căror drepturi reale iau naștere *ex lege*, sau (eventual) pe cale judiciară, aspect ce contrariază un principiu fundamental al regulamentului - egalitatea creditorilor.

Astfel, sfera de aplicare a art. 8 trebuie determinată avându-se în vedere atât termenii folosiți de textul legal, ce nu conține limitări cu privire la originea sau natura – publică sau privată – a creanței garantate prin

²² Cu privire la acestea, a se vedea E.A. OPREA, „*Aspecte privind legea aplicabila clauzei de rezervă a dreptului de proprietate inclusă într-un contract internațional*”, RRD, 2/2010, p. 121-131.

²³ M. DAHL, J. KORTLEBEN, op.cit., p. 137, n° 5.

²⁴ Hotărârea *SCI Senior Home*, citată supra (n. 13), pg. 32. Curtea a decis astfel că sarcina funciară constituită în temeiul unei dispoziții de drept german, potrivit căreia imobilul ce aparține debitorului impozitul pe teren este grevat de plin drept de o sarcină publică, proprietarul trebuind să tolereze executarea silită asupra acestuia a titlului prin care se constată creanța fiscală, trebuie să fie considerată ca reprezentând un drept real în sensul (actualului) art. 8 din regulament.

respectivul drept, cât și scopul urmărit de legiuitor – protecția așteptărilor legitime ale celor interesați (pg. 26 și urm. din decizie).

G. Beneficiarii

Articolul 8 joacă în beneficiul titularului unui drept real, ce poate fi un terț²⁵ sau un creditor propriu-zis al debitorului aflat în insolvență (aceasta din urmă fiind ipoteza cea mai uzuală)²⁶. În condițiile în care noțiunea de creditor nu este însoțită de precizări sau limitări în regulament, textul poate să profite atât creditorilor locali, cât și creditorilor străini, în conformitate cu definițiile de la articolul 2 din regulament. În consecință, orice creditor, oricare ar fi locul situării sediului, domiciliului sau reședinței lui obișnuite și oricare ar fi originea creanței garantate prin acel drept real, se va putea prevala de prevederile art. 8, dacă celelalte condiții prevăzute de legiuitor în acest sens sunt îndeplinite²⁷.

²⁵ Titularul dreptului real poate fi un terț (deci o persoană diferită de debitor și creditor). Acest terț poate fi de exemplu un uzufructuar (debitorul având nuda proprietate) sau un fiduciar, care a primit bunul din partea debitorului în temeiul unui contract de fiducie. În caz de insolvență a debitorului-constituitor, dacă bunurile plasate în fiducie se află pe teritoriul altui stat membru decât cel de deschidere a procedurii, nu *lex concursus* va fi avută în vedere pentru a spune dacă fiduciarul poate sau nu să continue să dețină și să exploateze bunul în conformitate cu scopul fiduciei și evident în interesul beneficiarului inițial stabilit. În fapt, pe baza art. 8, fiduciarul își va putea exercita drepturile corespondente asupra bunului, ca și când insolvența constituitorului nu ar fi fost deschisă.

²⁶ M. DAHL, J. KORTLEBEN, op.cit., p. 127, n° 12.

²⁷ Astfel previzibilitatea regimului garanției reale depinde doar de localizarea bunului grevat de dreptul real, iar nu de calitatea creditorului, local sau străin.

H. Bunurile

În ceea ce privește bunurile grevate, legiuitorul european este de asemenea liberal. Sintagma „bunuri” va primi o interpretare largă, așa cum rezultă din însăși termenii folosiți în cuprinsul articolului 8. Este indiferent că acestea sunt mobile sau imobile, corporale sau incorporale (brevet, marca, creanța...), individualizate sau constituite în universalități. Este indiferent tipul garanței: cu sau fără deposedare.

În ceea ce privește noțiunea de „*ansamblurile de bunuri nedeterminate, a căror alcătuire se poate modifica*”, ansambluri ce pot fi grevate, trebuie arătat că expresia a fost utilizată pentru a desemna garanția din dreptul englez denumită *floating charge*²⁸. Ea poate să fie însă avută în vedere și pentru ceea ce noi în sistemul nostru cunoaștem sub forma garanției asupra unei universalități. Beneficiarul ipotecii asupra unui fond de comerț, asupra unui portofoliu de creanțe sau asupra unui cont se poate prevala de regula de la art. 8 din regulament, dacă condițiile acesteia sunt îndeplinite.

²⁸ A se vedea Raportul VIRGOS-SCHMIT, pg. 104; G. MOSS, I. FLETCHER, S. ISAACS, op.cit., p. 64-65, n° 4.19-4.20.

I. Existența dreptului real

Dreptul real trebuie să fi fost valabil creat și să existe în momentul deschiderii procedurii²⁹. Așa cum s-a punctat mai sus, valabilitatea dreptului real este o chestiune guvernată în principiu de *lex rei sitae*³⁰.

O nuanță se impune. Atunci când drepturile reale sunt constituite în perioada imediat anterioară deschiderii procedurii, practicianul în insolvență va încerca frecvent anularea actelor de creare lor, ca acte frauduloase, prejudiciabile. Art. 8(4) din regulament admite o asemenea posibilitate, trimitând la regulile generale. Astfel, în conformitate cu art. 7(2)(m) din regulament, în ceea ce privește nulitatea sau inopozabilitatea actelor prejudiciabile masei creditorilor va fi aplicată principial legea statului de deschidere a procedurii (*lex concursus*). Creditorul beneficiar va putea totuși paraliza o asemenea acțiune, în conformitate cu art. 16, invocând *lex causae* (adică în speță *lex rei sitae*), pentru a arată că în conformitate cu aceasta actul nu poate fi contestat prin niciun mijloc³¹.

²⁹ Art. 8 nu conferă protecție decât în cazul drepturilor reale care existau în momentul deschiderii procedurii - G. CUNIBERTI, P. NABET, M. RAIMON, op.cit., p. 292, n° 586. Conform doctrinei engleze, o floating charge este considerată a fi o garanție contemporană momentului acordării ei, chiar dacă „cristalizarea” pe bunuri particulare va avea loc ulterior – R. SNOWDEN, op.cit., p. 276, n° 8.22.

³⁰ Aceasta va spune, de exemplu în ceea ce privește garanția asupra unor bunuri viitoare, când anume se naște dreptul real și când se produc efectele acestuia. Dacă *lex rei sitae* precizează că dreptul real se naște efectiv doar după ce s-a realizat bunul, iar această realizare a intervenit după deschiderea procedurii, *lex concursus* va fi avută în vedere pentru stabilirea situației creditorului beneficiar al garanției. În schimb, dacă *lex rei sitae* prevede că garanția este efectivă imediat, fără să fie necesare acte viitoare, articolul 8 ar putea să fie utilizat chiar dacă bunul grevat ar fi produs doar după deschiderea procedurii.

³¹ CJUE, 16 aprilie 2015, C-557/13, *Lutz*, pg. 42-43 : „... deși articolul 5(4) din Regulamentul nr. 1346/2000 coroborat cu articolul 4 (2) (m) din acest regulament permite formularea unei

Problema de a ști dacă un drept real asupra bunurilor debitorului poate să se nască valabil după deschiderea procedurii este guvernată de *lex concursus*, ce va prevedea de altfel și conținutul și efectele acestuia³², respectiv va reglementa situația creditorului beneficiar.

J. Titularitatea bunurilor

Articolul 8 se aplică în ceea ce privește garanțiile/drepturile reale asupra unor bunuri care aparțin debitorului. Chestiunea titularului dreptului de proprietate asupra bunului grevat, chestiune prealabilă, trebuie rezolvată și ea pe baza lui *lex rei sitae*.

Dacă bunul grevat nu aparține debitorului supus procedurii insolvenței, ci unui terț care a oferit creditorului acelui debitor o garanție, articolul 8 nu se aplică. De altfel, în acest caz nu se va aplica nici *lex concursus* - legea ce guvernează procedura împotriva debitorului, situația creditorului

acțiuni în constatarea nulității, în anularea sau în inopozabilitatea unui act având ca obiect realizarea unui drept real după deschiderea unei proceduri de insolvență, aceste dispoziții trebuie interpretate, pentru a garanta articolului 5 (1) din regulamentul menționat un efect util, în sensul că nu exclud posibilitatea creditorului de a invoca articolul 13 din același regulament pentru a demonstra că respectivul act este supus legii altui stat membru decât cea a statului de deschidere a procedurii și că această lege nu permite în cazul respectiv, sub nicio formă, atacarea acelui act. (43). În aceste condiții, este necesar să se răspundă la prima întrebare că articolul 13 din Regulamentul nr. 1346/2000 trebuie interpretat în sensul că este aplicabil în cazul în care plata, contestată de lichidator, a unei sume poprite anterior deschiderii procedurii de insolvență a fost făcută doar după deschiderea procedurii”. Pe larg asupra problemei, a se vedea E.A. OPREA, „Anularea actelor frauduloase ale debitorului în insolvența transfrontalieră”, RRDA, nr. 5, 2017, p. 17-38; E.A. OPREA, „The Law Applicable to Transaction Avoidance in Cross-Border Insolvency Proceedings”, in LAZIĆ V., STUJ S. (dir.) *Recasting the Insolvency Regulation. Short Studies in Private International Law*. T.M.C. Asser Press, The Hague, 2020, p. 75-107.

³² Raportul VIRGOS - SCHMIT, pg. 96. M. DAHL, J. KORTLEBEN, op.cit., p. 129, n° 19.

fiind stabilită pe baza legii ce guvernează relația lui cu terțul garant (fiind vorba de beneficiul prerogativelor reale ce decurg din dreptul lui, relevantă va fi în principiu *lex rei sitae*, chiar dacă garanția s-a născut prin contract).

Precizarea legată de apartenența bunului grevat poate fi utilă în special în contextul fiduciei-garanție. Dacă debitorul transmite un bun sau un ansamblu de bunuri unui fiduciar în fiducie, în vederea garantării obligației sale față de creditorul beneficiar, în caz de insolvență a debitorului, bunurile plasate în fiducie nu îi aparțin lui, ci fiduciarului. Consecința este că un eventual creditor - beneficiar și-ar putea realiza direct garanția, în conformitate cu prevederile contractului de fiducie.

K. Localizarea bunurilor

Pentru ca regula de la art. 8 să opereze, bunul asupra căruia poartă dreptul real trebuie să fie localizat pe teritoriul altui stat membru decât cel de deschidere a procedurii³³. Momentul relevant este acela al deschiderii procedurii. Dacă bunul grevat de dreptul real este localizat în statul membru de deschidere a procedurii (indiferent că aceasta este principală sau secundară), *lex concursus* aferentă va stabili tratamentul în rezervat în procedură creditorului beneficiar³⁴. Dacă bunul grevat a fost deplasat în mod fraudulos din statul de deschidere a procedurii, art. 8 nu se aplică. În acest caz, cu condiția ca deplasarea frauduloasă să fi fost dovedită, situația

³³ În conformitate cu decizia CJUE, 5 iulie 2012, C-527/10, ECLI:EU:C:2012:417, *Erste Bank*, art. 8 poate fi avut în vedere și atunci când în momentul deschiderii procedurii bunurile erau localizate pe teritoriul unui stat terț, dar care ulterior a devenit stat membru.

³⁴ Această soluție este de natură să susțină previzibilitatea și corespunde de altfel expectativelor legitime ale tuturor celor interesați – R. SNOWDEN, op.cit., p. 270, n° 8.07.

creditorului va fi apreciată pe baza lui *lex concursus*³⁵. Atunci când bunul este localizat pe teritoriul unui stat terț, art. 8 nu se aplică și se va reveni la regula generală de la art. 7, ce dictează aplicarea lui *lex concursus*³⁶.

Localizarea bunurilor poate suscita dificultăți și legiuitorul european a încercat rezolvarea lor prin instituirea unei liste cu criterii de localizare. În regulamentul 1346/2000, art. 2(g) a oferit criterii pentru localizarea a trei categorii de bunuri: bunurile încorporale, drepturile înscrise într-un registru public și creanțele (art. 2.g). În regulamentul 848/2015, art. 8 și art. 2(9) oferă mai multe precizări cu privire la localizarea bunurilor grevate, fapt de natură să sporească securitatea juridică. Lista categoriilor de bunuri cu privire la care legiuitorul a oferit expres indicații de localizare este mult mai amplă, ceea ce reflectă faptul că legiuitorul european ține seama de faptul că garanțiile reale pot îmbrăca forme complexe astăzi.

³⁵ Tehnica folosită pentru reîntoarcerea la *lex concursus* nu este aceea a acțiunii în anulare, ci aceea a fraudei la lege, consacrată de legislația de DIP din statele membre.

³⁶ G. Moss, I. Fletcher, S. Isaacs, op.cit., p.61, n° 4.13. Cu privire la acest aspect, există în fapt o controversă. Este discutat faptul dacă regulile de conflict ce vor fi avut în vedere de instanța sesizată - instanța dintr-un stat membru - vor fi regulile de conflict din regulamentul sau, dimpotrivă, regulile de conflict din dreptul comun. În opinia noastră, prima alternativă ar trebui să prevaleze, chiar dacă legiuitorul european nu exclude expres retrimiteria în cuprinsul regulamentului 848/2015; o poziție diferită este însă uneori avansată în doctrină : a se vedea M. Dahl, J. Kortleben (op.cit., p. 128, n° 17), ce consideră că neaplicarea art. 8 presupune intervenția art. 7 din regulamentul, care desemnează însă nu dreptul insolvenței din statul lui *lex concursus*, ci regulile de DIP din statul respectiv. În condițiile în care obiectivul legiuitorului european a fost acela de a înlocui regulile de conflict din statele membre atunci când regulamentul este aplicabil, nu vedem niciun motiv pentru ca acestea să fie reintroduse (cu toată complexitatea aferentă), odată cu admiterea jocului retrimiterii.

L. Reguli de localizare

Acțiunile nominative a căror proprietate nu este dovedită printr-o înscriere în cont sau într-un registru sunt considerate localizate pe teritoriul statului membru în care își are sediul statutar societatea emitentă (art. 2(9)(i) din regulamentul 848/2015). *Instrumentele financiare* a căror proprietate este dovedită printr-o înscriere într-un registru sau într-un cont ținut de un intermediar sau în numele unui intermediar³⁷ se consideră că sunt localizate în statul membru în care este ținut registrul sau contul în care s-a făcut înscrierea (art. 2(9)(ii)).

În cazul *sumelor de bani* depuse în conturi deschise la diverse instituții de credit, se face o distincție după cum acestea dețin sau nu un cod IBAN. Dacă instituția de credit deține un cod IBAN, statul membru de situație este cel indicat în IBAN-ul contului. Dacă nu există un cod IBAN, se face o nouă distincție - dacă contul este deschis la o sucursală, la o filială sau alt sediu al instituției de credit, localizarea va fi aceea a sediului la care s-a deschis contul; în caz contrar activele sunt localizate pe teritoriul statului membru unde își are administrația centrală instituția de credit (art. 2(9)(iii)).

Bunurile și drepturile înscrise în registre publice (precum navele, aeronavele, brevete, garanții, dar nu și acțiuni nominative, vizate de art. 2(9)(i)), sunt repute localizate în statul membru sub autoritatea căruia este ținut registrul (art. 2(9)(iv)). Conform Raportului Virgos-Schmit, registrul (indiferent că este administrat public sau privat) ar trebui să fie public accesibil, iar înregistrările aferente ar trebui să fie opozabile terților³⁸.

³⁷ Aceste instrumente financiare pot fi identificate prin luarea în considerare a definiției de la art. 4.15 coroborată cu Anexa 1, C din *Directiva europeană 2014/65/UE din 15 mai 2014 privind piețele instrumentelor financiare* (MiFID II) (L 173, 12.6.2014).

³⁸ Raportul VIRGOS-SCHMIT, op.cit., pg. 69.

Drepturile de proprietate intelectuală nesupuse înregistrării (precum drepturile de autor, drepturile artiștilor interpreți sau executanți, drepturile producătorilor de fonograme, drepturile producătorilor de filme, drepturile autorilor de baze de date) se consideră localizate în statul membru pe teritoriul căruia titularul lor își are reședința obișnuită sau sediul social (vi).

Pentru *bunurile corporale* (altele decât cele de la pct. (i)-(iv), se ia în calcul statul membru de situare fizică a bunului (vii).

Creanțele față de terți (altele decât cele vizate de pct. (iii)) sunt considerate localizate în statul pe teritoriul căruia este localizat centrul intereselor principale ale terțului debitor (viii).

M. Localizarea garanțiilor ce poartă asupra unor universalități

În ciuda acestor clarificări, dificultăți vor exista în practică, în special în ceea ce privește garanțiile reale ce privesc ansambluri sau universalități de bunuri³⁹. De exemplu, este posibil ca creditorul să beneficieze de o ipotecă asupra unui portofoliu de creanțe, pe care debitorul din procedură le deține împotriva unor parteneri contractuali, localizați în state diferite; conform punctului viii) de la art. 2(9) creanțele vor fi considerate în localitate în statele unde debitorii debitorului își au centrul intereselor lor principale. În mod similar, este posibil ca creditorul să aibă o ipotecă pe un portofoliu de acțiuni, în proprietatea aceleiași persoane, dar care, deși sunt listate pe aceeași bursă, sunt emise de societăți din state diferite.

În aceste cazuri nu este foarte clar dacă trebuie procedat la o localizare a universalității de creanțe (aspect dificil în condițiile în care regulamentul nu oferă o soluție în acest sens) sau dacă garanția ar trebui divizată în funcție de localizarea creanțelor sau titlurilor care o compun. În prima alternativă,

³⁹ R. SNOWDEN, op.cit., p. 279, n° 8.33 și urm.

creditorului beneficiar i-ar fi rezervat unui tratament unitar - lui îi va fi acordată sau nu posibilitatea de a-și realiza garanția, după cum universalitatea ce face obiectul garanției este reputată localizată sau nu în alt stat membru decât cel de deschidere a procedurii. În cea de-a doua alternativă, tratamentul rezervat creditorului beneficiar al garanției va depinde de localizarea fiecărei creanțe sau titlu ce compune universalitatea. Astfel, în ceea ce privește creanțele împotriva unor debitori localizați în același stat cu debitorul supus procedurii insolvenței, respectiv în ceea ce privește titlurile emise de societăți localizate în același stat ca debitorul, creditorul trebuie să se supună prevederilor lui *lex concursus*. Pentru celelalte creanțe/titluri, el este îndreptățit să se prevaleze de articolul 8 și să își realizeze garanția.

Această ultimă soluție - fragmentarea garanției și eficacitatea ei în funcție de localizarea elementelor componente ale universalității asupra căreia poartă - pare a fi susținută de formularea textului art. 8, dar spiritul reglementării (acela de a proteja eficace creditorul garantat) nu este însă neapărat respectat. Deși am milita pentru aceasta – fragmentarea ni se pare o soluție mai practică -, dubiile sunt posibile, iar pentru ridicarea lor ar fi bineînțeles utilă intervenția fie a Curții de Justiție, fie a legiuitorului european.

N. (Ne)deschiderea unei proceduri secundare

Protecția conferită de art. 8 se pierde în cazul deschiderii unei proceduri secundare împotriva debitorului în statul în care este localizat bunul afectat de dreptul real (stat în care debitorul dispune de un

stabiliment/sediu)⁴⁰. În această ipoteză, drepturile titularilor de drepturi reale vor fi determinate de legea ce guvernează această procedură secundară (art. 35)⁴¹.

II. Efectele regulii de la articolul 8 din regulamentul 848/2015

Nici în regulamentul 1346/2000, nici în regulamentul 848/2015 nu este precizată semnificația expresiei „deschiderea procedurii nu afectează drepturile reale”, fapt ce a suscitât discuții cu privire la natura și sensul exact al regulii comentate⁴².

A. Regulă de conflict?

O primă posibilitate este aceea de a interpreta prevederea în sensul că ea conține o regulă de conflict, ce trimite la legea statului de localizare a bunurilor asupra cărora poartă garanția (inclusiv la prevederile ei în materie de insolvență)⁴³. Deși în condiții normale, într-adevăr, *lex rei sitae* este

⁴⁰ Articolul 8 nu împiedică practicianul în insolvență să solicite deschiderea unei proceduri secundare pe teritoriul statului unde sunt localizate bunurile grevate de drepturi reale (dacă pe teritoriul statului respectiv debitorul dispune de un stabiliment). În această ipoteză, prevederile legii din statul de deschidere a procedurii secundare vor fi avute în vedere în ceea ce privește tratamentul respectivelor drepturi reale în procedura de insolvență. A se vedea considerentul 68 din preambul.

⁴¹ V. și Raportul VIRGOS-SCHMIT, op.cit., pg. 98.

⁴² R. SNOWDEN, op.cit., p. 271, n^o. 8.09.

⁴³ Pentru referințe (din literatura germană) care au susținut această alternativă, a se vedea M. DAHL, J. KORTLEBEN, op.cit., p. 130, n^o 25. Un argument favorabil acesteia ar putea fi dedus din decizia CJUE, 5 iulie 2012, C-527/10, ECLI:EU:C:2012:417, *Erste Bank*, care precizează, în pg. 42 : „articolul 5(1) din regulament trebuie înțeles ca o dispoziție care, prin derogare de la regula aplicării legii statului de deschidere, permite aplicarea în privința dreptului real al unui

competentă în ceea ce privește drepturile reale pe care o persoană le poate avea asupra unor bunuri, precum și existența, întinderea și efectele acestor drepturi, art. 8 din regulament nu conține o asemenea soluție. În acest sens pot fi invocate atât argumente textuale (art. 8 nu se preocupă de determinarea legii aplicabile), cât și de istorie legislativă : în fapt, odată cu discuțiile referitoare la reforma regulamentului 1346/2000, INSOL Europe a propus reformularea art. 5, pentru a prevedea cu claritate că efectele procedurii de insolvență cu privire la drepturile reale ale creditorului sunt guvernate de *lex rei sitae*⁴⁴. Soluția a fost însă respinsă, legiuitorul european păstrând în actualul art. 8 formularea regăsită anterior în art. 5 din regulamentul 1346/2000. Acest lucru confirmă faptul că rolul art. 8 nu este acela de a stabili că regimul garanțiilor reale asupra bunurilor situate în alt stat membru decât statul de deschidere va fi stabilit pe baza normelor (inclusiv cele de dreptul insolvenței), din statul de localizare a bunului, ci doar să ofere protecție creditorilor, care și le vor putea astfel realiza direct⁴⁵.

B. Regula substanțială

Articolul 8 are o formulare negativă și este interpretat de doctrina majoritară ca instituind o regulă substanțială care limitează efectele lui *lex concursus* în favoarea titularilor unor drepturi/garanții reale⁴⁶. Ea

creditor sau al unui terț asupra unor bunuri care aparțin debitorului a legii statului membru pe teritoriul căruia se află bunul în cauză”.

⁴⁴ R. Van GALEN ET AL., *Revision of the European Insolvency Regulation. Proposals by INSOL Europe*, 2012, p. 50, p. 52, n° 5.9.

⁴⁵ R. SNOWDEN, op.cit., p. 275, n° 8.19.

⁴⁶ G. MOSS, I. FLETCHER, S. ISAACS, op.cit., p. 286, n° 8.185. R. SNOWDEN, op.cit., p. 271, n° 8.13; G. CUNIBERTI, P. NABET, M. RAIMON, op.cit., p. 281, n° 559. M. DAHL, J. KORTLEBEN, op.cit., p. 130, n° 25-26 și referințele suplimentare citate. A se vedea și Raportul VIRGOS - SCHMIT, pg. 95:

dezactivează jocul lui *lex concursus* și rigorile pe care aceasta le impune în ceea ce privește creditorii garantați. Soluția are un impact favorabil semnificativ pentru aceștia: bunurile nu vor fi cuprinse în masă, iar ei își vor putea realiza creanța asupra lor, fără să suporte concursul celorlalți creditori sau rigorile procedurii. De asemenea, ea este de natură să-i încurajeze în general să obțină garanții reale pe bunuri localizate în alte state decât cel de localizare a centrului intereselor principale ale debitorului lor sau să convingă debitorul, anterior deschiderii procedurii, să deplaseze bunurile grevate de garanții în favoarea lor pe teritoriul unui alt asemenea stat membru⁴⁷.

În conformitate cu această poziție, apreciată ca maximalistă, efectul art. 8 din regulament este deci acela de a imuniza în fața deschiderii procedurii drepturile reale asupra bunurilor localizate în alt stat membru decât cel de deschidere a procedurii. Soluția este confirmată de Curtea de justiție; astfel, în hotărârea *Lutz*, instanța europeană a menționat că dacă dreptul real a fost dobândit anterior deschiderii procedurii, titularul său trebuie să poată să și-l valorifice, separând de masa insolvenței bunul asupra căruia poartă garanția și folosindu-l pentru dezinteresare⁴⁸

„This means that although the law of the State of the opening stipulates that all assets are part of the estate, the holder of the right in rem retains all his rights in respect of the assets in question. For instance, the holder of the right in rem may exercise the right to separate the security from the estate and, where necessary, to realize the asset individually to satisfy the claim. On the other hand, the liquidator, even if he is in possession of the asset, cannot take any decision on that asset which might affect the right in rem created on it, without the consent of *its holder*”.

⁴⁷ R. SNOWDEN, op.cit., p. 271, n° 8.11.

⁴⁸ CJUE, 16 aprilie 2015, C-557/13, *Lutz*, pg. 38-40: „(38)... titularul unui drept real, constituit anterior deschiderii procedurii de insolvență, ar trebui să își poată valorifica în continuare, ulterior deschiderii acesteia, dreptul de a delimita garanția reală de masa bunurilor. (39) În vederea atingerii acestui obiectiv, articolul 5(1) din Regulamentul nr. 1346/2000 prevede că

C. Excluderea aplicării dreptului insolvenței din statul de situare a bunurilor grevate

Imunizarea prevăzută de art. 8 are loc chiar dacă legea insolvenței din statul de situarea bunurilor ar prevedea, la fel ca *lex concursus*, o afectare a situației titularilor drepturilor reale în urma deschiderii procedurii⁴⁹.

Faptul că articolul 8 nu trimite la dreptul insolvenței din statul de localizare a bunului este confirmat atât de Raportul Virgos- Schmit, cât și de considerentul 68 din Preambulul regulamentului, ce precizează că practicianul în insolvență poate solicita deschiderea unei proceduri secundare în statul unde sunt localizate bunurile grevate de drepturi reale, dacă debitorul are acolo un stabiliment, cu consecința că *lex concursus* din statul de localizare a bunurilor va fi aplicată în acest caz în ceea ce privește situația creditorilor garantați. Printr-o interpretare *per a contrario*, dacă pentru aplicarea dreptului insolvenței din statul de localizare a bunului grevat este

deschiderea unei proceduri de insolvență „nu aduce atingere” drepturilor reale care intră în domeniul de aplicare al acestei dispoziții. În mod evident, această normă urmărește, în special, să permită creditorului să își valorifice în mod efectiv, chiar după deschiderea procedurii de insolvență, un drept real constituit înainte de deschiderea acestei proceduri. (40) Or, pentru a permite unui creditor să își valorifice în mod util dreptul real, este indispensabil ca acest creditor să poată proceda, după deschiderea procedurii de insolvență, la realizarea acestui drept, în principiu în temeiul *lex causae...*”. Aceeași interpretare a fost urmată de Curtea de justiție și în hotărârea *SCI Senior Home*.

⁴⁹ G. CUNIBERTI, P. NABET, M. RAIMON, op.cit., p. 282, n° 560. M. DAHL, J. KORTLEBEN, op.cit., p. 130, n° 25. Situația creditorului nu va fi deci stabilită pe baza normelor de dreptul insolvenței din statul de localizare a bunului asupra căruia poartă garanția. Chiar dacă această lege locală a insolvenței ar permite (la fel ca *lex concursus*) o serie de limitări în ceea ce privește situația creditorului - de exemplu, l-ar obliga să accepte vânzarea bunului grevat către terți, liber de orice sarcini -, aplicarea ei ar contrazice norma materială de la art. 8 din regulament (creditorul beneficiar al unui drept real nu va fi afectat...) și nu va putea fi avută în vedere - a se vedea R. SNOWDEN, op.cit., p. 273-274, n°. 8.16

nevoie să se deschidă o procedură secundară împotriva debitorului, în lipsa acesteia dreptul insolvenței din statul în cauză nu va putea fi aplicat. Creditorul cu o garanție reală, născută valabil conform lui *lex rei sitae*, și-o va putea realiza în baza art. 8 din regulament, independent de prevederile lui *lex concursus* din statul de localizare a bunului⁵⁰.

În consecință, din moment ce aceste drepturi reale sunt excluse din procedura principală și sunt guvernate de legea aplicabilă lor în conformitate cu regulile de drept internațional privat comun, titularul lor ar trebui să le poată exercita în conformitate cu prevederile de drept comun ale *lex causae*⁵¹. Astfel, dacă legea din statul de localizare a bunurilor stabilește o serie de condiții pentru realizarea dreptului - precum obligarea creditorului de a avansa o serie de sume, ce vor beneficia celorlalți, acestea trebuie respectate, deși soluția de principiu dedusă pe baza art. 8 este aceea ca el își poate realiza dreptul⁵². Justificarea rezidă în aceea că creditorul beneficiar al garanției trebuie tratat ca și când procedura insolvenței nu ar fi fost deschisă⁵³. Ignorarea exigențelor stabilite de *lex rei sitae* pentru valorizarea dreptului ar echivala cu plasarea creditorului într-o situație mai bună decât cea la care ar fi fost îndreptățit în absența insolvenței, soluție ce nu poate fi susținută în baza prevederilor regulamentului.

⁵⁰ Acestea din urmă ar putea totuși să fie avute în vedere dacă în statul în cauză este deschisă împotriva debitorului o procedură secundară – v. G. MOSS, I. FLETCHER, S. ISAACS, op.cit., p.65, n° 4.21.

⁵¹ M. DAHL, J. KORTLEBEN, op.cit., p. 130, n° 26.

⁵² R. SNOWDEN, op.cit., p. 278, n° 8.28.

⁵³ Cu toate acestea, dacă după realizarea dreptului creditorului asupra bunului se constată un excedent (întrucât valoarea creanței garantate a fost mai redusă decât valoarea bunului), acesta va fi remis practicianului în insolvență din procedura principală - V. considerentul 68 din preambul. V. și Raportul VIRGOS-SCHMIT, op.cit., pg. 99.

D. Întinderea protecției

Deși natura de regulă substanțială a articolului 8 a fost recunoscută, unii autori au propus totuși o interpretare mai restrictivă a acestuia⁵⁴. În fapt, discuția a apărut în legătură cu problema eficacității unui plan de reorganizare votat de creditorii garantați majoritari în procedura principală, în conformitate cu *lex concursus*, și care ar prevedea limitarea drepturilor reale pe care creditorii (minoritari) le au asupra unor bunuri localizate în alt stat membru decât cel de deschidere a procedurii.

Pentru a susține deplina operativitate a acestui plan, un prim argument posibil este unul ce ține de interpretarea literală. Astfel, art. 8 vorbește doar de deschiderea procedurii, astfel că el ar proteja titularii de drepturi reale doar în ceea ce privește deschiderea procedurii, dar nu și raportat la diversele decizii luate pe parcursul acesteia. Această interpretare, argumentată prin referire la text, nu corespunde însă interpretării teologice a acestuia. Ea lipsește garanția de eficacitate tocmai când acest lucru este cel mai important - pe parcursul procedurii⁵⁵ - și de aceea ea nu ar trebui acceptată. De altfel, descriind regula, Raportul Virgos-Schmit se referă la neafectarea drepturilor reale în cazul unei proceduri de insolvență deschisă în alt stat membru decât cel de localizare a bunului, fără să folosească și expresia limitativă „deschiderea”.

Cel de al doilea argument posibil este legat de distincția conceptuală între datoria garantată și garanția reală⁵⁶; astfel, s-ar putea considera că art.

⁵⁴ A se vedea B. WESSELS, Vol. X. *International Insolvency Law : Part II, European Insolvency law*, Wolters Kluwer, 2017, n° 10.658(b).

⁵⁵ R. SNOWDEN, op.cit., p. 271, n° 8.13 și p. 282, n° 8.44.

⁵⁶ R. SNOWDEN, op.cit., p. 282, n° 8.45. M. DAHL, J. KORTLEBEN, op.cit., p. 131, n° 26, ce consideră că practicianul în insolvență din procedura principală are posibilitatea să răscumpere

8 protejează dreptul real, iar nu creanța garantată sau bunurile grevate cu acest drept real, consecința fiindcă practicianul în insolvență le-ar putea folosi pe acestea în plan, le-ar putea vinde sau ar putea institui un moratoriu sau o suspendare a procedurii de realizare a lor de către titular⁵⁷. Totuși o asemenea interpretare a textului contrazice obiectivul urmărit de legiuitor prin intermediul articolului 8 și ar trebui refuzată: protecția conferită creditorilor prin acest text ar fi subminată dacă garanția ar putea fi indirect diminuată prin reducerea obligației garantate⁵⁸.

creanța garantată și să prevină o pierdere de valoare a bunului, dacă acesta este realizat pe cale separată, individual, de către creditor.

⁵⁷ A se vedea G. CUNIBERTI, P. NABET, M. RAIMON, op.cit., p. 292-294, n° 587 și urm., precum și referințele suplimentare evocate.

⁵⁸ A se vedea G. CUNIBERTI, P. NABET, M. RAIMON, op.cit., p. 294, n° 592; autorii citează ca argument faptul că art. 20.2 din regulament, pentru a evita ne-afectarea drepturilor reale de care se bucura creditorii asupra unor bunuri localizate pe teritoriul unui alt stat decât statul de deschidere, prevede că „Orice limitare a drepturilor creditorilor, în special o suspendare a plății sau remiterea de datorie, poate fi opusă în ceea ce privește bunurile aflate pe teritoriul unui alt stat membru numai dacă respectivii creditori și-au exprimat acordul.”

E. Declararea creanței în procedură?

În fine, o altă problemă discutată este aceea de a ști dacă pentru a se putea prevala de articolul 8 creditorul trebuie sau nu să își declare creanța în procedura principală. Având în vedere formularea textului, care spune că deschiderea procedurii insolvenței nu afectează drepturile reale ale creditorului, s-ar putea susține că absența unei declarații a drepturilor creditorului în procedură nu ar putea să repună în discuție existența acestora și posibilitatea exercitării lor⁵⁹. În același timp, ignorarea normelor naționale care impun creditorilor declararea creanțelor lor pare și ea inacceptabilă. Deși apreciem ca prima interpretare este aceea corectă, o hotărâre preliminară a CJUE pentru clarificarea lucrurilor ar fi mai mult decât binevenită. Un lucru este cert totuși: dacă creditorul dorește să își rezerve drepturile în procedura principală (în special atunci când garanția este neîndestulătoare), declararea creanței este esențială.

⁵⁹ Sau, *per a contrario*, dacă pentru a-și valoriza dreptul real titularul ar trebui să își declare creanța în procedură, atunci acest dreptul real ar fi afectat de deschiderea procedurii (ceea ce este contrar art. 8); de aceea, soluția promovată în general în doctrina franceză este aceea că titularul dreptului real nu trebuie să-și declare creanța pentru a se putea bucura de prevederile art. 8 – cf. G. Cuniberti, P. Nabet, M. Raimon, op.cit., p. 294, n° 591.

Concluzii

Dedicat protecției titularilor de drepturi reale, articolul 8 din regulament este o dispoziție esențială, de natură să imunizeze în fața procedurii și în detrimentul masei drepturile și garanțiile reale ale creditorilor, atunci când acestea din urmă poartă asupra unor bunuri localizate pe teritoriul altui stat membru decât cel de deschidere a procedurii. Textul este rezultatul unui compromis dictat, pe de o parte, de nevoia de protecție a creditorilor garanțați, a intereselor și așteptărilor lor și, de pe alta, de diferențele legislative ce există în statele membre în materie de garanții.

Desigur, el ridică o serie de dificultăți de interpretare, dar perfecțiunea este greu de atins. Mai grav, el suscită și critici, pentru că, pe de o parte, creditorii beneficiari ai unor garanții reale sunt în fapt tratați diferit, în funcție de localizarea bunurilor ce fac obiectul garanției și, pe de altă parte, art. 8 conferă creditorilor garanțați o supra-protecție, superioară celei de care ar beneficia aceștia în caz de insolvență, fie în baza lui *lex concursus*, fie în baza prevederilor în materie de insolvență din statul unde este localizat bunul grevat, ceea ce poate părea nesatisfăcător ca perspectiva de politică legislativă. Desigur, doctrina vehiculează o serie de soluții de reformă, cea care se expune cel mai puțin criticilor fiind deocamdată aceea a armonizării la nivel european a reglementărilor în materie de garanții reale, ca atare sau în insolvență. Despre acestea vom vorbi însă cu o altă ocazie.