

HET FAILLISSEMENT IN INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT.

Marc Huysmans

*Onder wetenschappelijke begeleiding
van Prof. K. LENAERTS (K.U.L.)*

INLEIDING.

Met de geleidelijke totstandkoming van de Europese interne Markt tegen 1 januari 1993, is de ontwikkeling van de Europese tussenstaatse handelsactiviteit in een stroomversnelling gekomen. In het kader van het vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal hebben vele ondernemingen hun activiteiten binnen de E.G. uitgebreid, ondermeer door het sluiten van internationale overeenkomsten, de oprichting van kantoren en filialen zonder rechtspersoonlijkheid en het verwerven van eigendomsrechten.

Naarmate de realisatie van de Europese Eenheidsmarkt vordert, zal de concurrentie tussen Europese handelsondernemingen toenemen. Dit zal waarschijnlijk aanleiding geven tot een groter aantal faillissementen waarbij de drie traditionele I.P.R.-vragen aan de orde komen :

- welk rechtscollege is bevoegd om de faillietverklaring uit te spreken ?
- welk recht moet bij een internationale faling worden toegepast ?
- welke gevolgen veroorzaakt het vonnis of arrest van faillissement in de staten waar de handelaar of handelsvennootschap actief is ?

En de slotvraag luidt dan : is Europese eenmaking terzake denkbaar ¹ ?

I. HET FAILLISSEMENT IN DE E.G.: EEN RECHTSVERGELIJKEND OVERZICHT.

In de rechtspraak en rechtsleer van de E.G.-lidstaten onderscheidt men twee strekkingen : enerzijds de eenheid en universaliteit van het faillissement en anderzijds de territorialiteit en pluraliteit.

De eerstgenoemde theorie geeft aan de rechtbank van de woonplaats van de handelaar of aan die van de maatschappelijke zetel van de vennootschap de exclusieve bevoegdheid om het faillissement uit te spreken. De fail-

(1) GEINGER, H., "Het faillissement en het concordaat in de internationale context.", I.P.R., 1982, 115-116.

lietverklaring heeft dan uitwerking in alle landen, waar de gefailleerde goederen of belangen heeft. Dit heeft een aantal belangrijke implicaties. Er is slechts één faillissementsprocedure. De rechter stelt slechts één curator of groep curatoren aan. Er is slechts één failliete massa, die heel het vermogen van de gefailleerde omvat, ongeacht de ligging van de ertoe behorende goederen. Evenzo is er één groep schuldeisers, wier executiemogelijkheden beperkt worden.

Volgens de theorie van de territorialiteit en pluraliteit daarentegen kan de handelaar of handelsonderneming in de verschillende landen, waar hij/zij bedrijfsmiddelen in eigendom heeft, failliet worden verklaard. Elk faillissement verloopt dan volgens het recht van die staat. De gevolgen ervan blijven beperkt tot haar grondgebied. Deze benadering is nationalistisch getint ².

Beide theorieën vertonen pluspunten. De eenheid en universaliteit van het faillissement waarborgt de eerbiediging van de gelijkheid der schuldeisers en bevordert de mogelijkheid voor de gefailleerde handelaar om eerherstel te bekomen. Bovendien stemt deze theorie overeen met de aard van het faillissement: de gelijktijdige vereffening van alle schulden van de gefailleerde door tegeldemaking van zijn gehele patrimonium. Tenslotte komt de eenheidsopvatting ook tegemoet aan de praktische noden van de internationale handel: eenvoud, snelheid en kostenbesparing. Er stelt zich immers geen probleem van verdeling van activa onder onderscheiden failliete massa's. Conflicten tussen verschillende curatoren worden vermeden. Eén enkele faillietverklaring brengt minder financiële lasten met zich mee dan meerdere faillissementen ³.

Daartegenover biedt de territorialiteit en pluraliteit volgende voordelen. De rechter moet enkel binnenlands recht toepassen. De schuldeisers komen niet in samenloop met buitenlandse crediteurs. De grote gelukkige is de schuldenaar, wiens buitenlandse eigendommen buiten schot blijven ⁴.

Door deze tweedeling is eenheid in de internationale afhandeling van faillissementen ver zoek. Bovendien duiken nog andere fundamentele verschillen op in de nationale wetgevingen betreffende de falng. Beide luiken worden hieronder voor enkele Europese landen behandeld.

1. *België en Luxemburg.*

De Faillissementswet van 18 april 1851 bevat de volgende beginselen. Op grond van art. 437 Faill. W. kunnen alleen handelaars en handelsvenootschappen failliet verklaard worden. De gefailleerde verliest vanaf het vonnis het beheer over al zijn goederen, met inbegrip van deze, die hij zou

(2) GEINGER, H., *l.c.*, 117-118.

(3) GEINGER, H., *l.c.*, 118-121.

(4) GEINGER, H., *l.c.*, 121-124.

verkrijgen, terwijl hij zich in staat van faillissement bevindt (art. 444 Faill. W.). Tenslotte is volgens gevestigde Cassatierechtspraak de clause van eigendomsvoorbehoud niet tegenstelbaar aan de failliete boedel.

Ten aanzien van de internationale faillissementen, aanvaardt men het principe van de eenheid en universaliteit van de falings. Dit betekent dus dat voor één handelaar slechts één faillissement, in België of elders, wordt uitgesproken en dat deze faillietverklaring universele werking heeft⁵. Belgisch Internationaal Privaatrecht terzake zal gedetailleerder besproken worden in Hoofdstuk II.

In Luxemburg gelden gelijkaardige regels.

2. Bondsrepubliek Duitsland.

De Duitse *Konkursordnung* van 10 februari 1877 vertoont gelijkenissen met het Belgische recht. De chirografaire schuldeisers staan op gelijke voet en de tenuitvoerlegging is collectief. De failliete boedel omvat het gehele vermogen van de gefailleerde schuldenaar, die buiten bezit wordt gesteld. De bevoegdheid om zijn goederen te beheren en erover te beschikken wordt overgedragen aan de curator.

Toch is de regeling niet volledig identiek. Vooreerst kan in de Bondsrepubliek ook een niet-handelaar failliet verklaard worden, mits hij voldoet aan de voorwaarden van *Konkursfähigkeit*. Daarnaast is de andere grondvoorwaarde voor het faillissement niet de staking van betaling (een liquiditeitsprobleem), maar wel de insolvabiliteit, gedefiniëerd als "de duurzame onbekwaamheid als gevolg van onvoldoende betalingsmiddelen, om zijn onmiddellijke opeisbare schulden aan te zuiveren". De staking van betaling is een weerlegbaar vermoeden van insolvabiliteit. Vervolgens omvat het actief van de failliete massa uitsluitend die goederen, waarvan de gefailleerde eigenaar was op het moment van de uitspraak. Tenslotte bestaat er geen ambtshalve faillietverklaring en is de bevoegde rechtbank niet het *Handelsgericht* maar het *Amtsgericht* (een soort Vredegerecht)⁶.

Wat de internationale bevoegdheid van het Amtsgericht betreft, volstaat de aanwezigheid op het Duitse grondgebied van een bijhuis, of kantoor. Sinds het arrest van 11 juli van het Bundesgerichtshof is West-Duitsland hoofdzakelijk universalistisch ingesteld⁷. Buitenlandse faillietverklaringen sorteren er effect en ook Duitse faillissementen gelden in het buitenland, voor zover de zetel of woonplaats van de gefailleerde in West-Duits-

(5) GEINGER, H., *l.c.*, 125.

(6) WOLFCARIUS, M., "Faillite et déconfiture en droit comparé" in X., *Unité et diversité du droit privé*, Brussel, U.L.B., s.d., 269 - 273.

(7) GEINGER, H., *l.c.*, 129.

land ligt. Gaat het echter om een handelsvestiging, dan geldt de territoriale visie.

3. Frankrijk.

Het Franse faillissementsrecht kende enkele grondige hervormingen. Van een maatregel met penale inslag, evolueerde de faillietverklaring tot een regeling die vooral oog heeft voor de herstructurering van ondernemingen.

De grote revolutie kwam er door de Wet nr. 67 - 563 "relative à la liquidation des biens et au règlement judiciaire" van 13 juli 1967. Sindsdien kunnen, naast handelaars en handelsvennootschappen, ook rechtspersonen zonder handelskarakter, failliet verklaard worden ⁸.

Na de recentste hervorming door de Wet nr. 85 - 98 "relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises" van 25 januari 1985, zijn de redding van het bedrijf, de economische activiteit en de tewerkstelling prioriteiten voor de Franse wetgever. De bescherming en de gelijke behandeling van de schuldeisers komen pas op de tweede plaats. Deze nieuwe Faillissementswet is uiteraard van toepassing op handelaars en handelsvennootschappen, maar tevens op ambachtslui en privaatrechtelijke rechtspersonen. De toestand van staking wordt omschreven als de onmogelijkheid om te voldoen aan het opeisbaar passief met het beschikbaar actief. Er bestaat een verplichting voor de schuldenaar om binnen de twee weken na de *cessation de paiements* opening van de procedure te vorderen. Verder kunnen ook de schuldeisers, het Openbaar Ministerie en de Rechtbank van Koophandel de vordering inleiden. Het vonnis, dat de staking van betaling vaststelt, doet een observatieperiode van drie maanden lopen, die verlengbaar is tot maximaal één jaar. Bovendien bestaat er geen automatische buitenbezitstelling van de schuldenaar en wordt er geen massa gevormd, zolang de *liquidation* niet bevolen wordt. De debiteur kan ook het recht zijn activa te beheren, behouden. Het vonnis dat de observatieperiode afsluit, kan drie mogelijke dispositieven bevatten. Een eerste mogelijkheid is de voortzetting van het bedrijf. Het vonnis bepaalt dan de modaliteiten tot aanzuivering van het passief en is tegenstelbaar aan iedereen, ook aan de bevoorrechte schuldeisers. Een tweede mogelijkheid is de overdracht van de onderneming, waarbij een commissaris met de uitvoering van het overnameplan wordt belast. Deze zal de opeisbare schulden uitbetalen ten belope van de overnameprijs. Tenslotte kan het onderzoek tot de beslissing leiden dat de faling onvermijdelijk is. De vereffenaar zal dan de goederen verkopen en de schuldeisers uitbetalen volgens hun wettelijke volgorde. Na de sluiting van de vereffeningprocedure verliezen de schuldeisers hun vordering op de schuldenaar. Uitzonderlijk hernemen ze hun rechten, onder andere in geval van bedrog, bij persoonlijke faillietverklaring en voor

(8) WOLFCARIUS, M., *l.c.*, 231 - 269.

de persoonsgebonden rechten. Lopende overeenkomsten moeten normaal worden uitgevoerd. Een clause van eigendomsvoorbehoud, schriftelijk bedongen ten laatste op het tijdstip van de levering, blijft naar Frans recht geldig ⁹.

De Franse *Tribunal de Commerce* acht zich internationaal bevoegd in de volgende gevallen : de aanwezigheid van een bijhuis of kantoor op Frans grondgebied ; het feit dat de schuldenaar, wiens hoofdvestiging in het buitenland is gelegen, op Frans territorium goederen in eigendom heeft, er handelsdaden gesteld heeft of aldaar een beroep op krediet heeft gedaan ; ten slotte de nationaliteit van de betrokken partijen (bij toepassing van de artt. 14 en 15 C.C., kan het faillissement op verzoek van een schuldeiser van Franse nationaliteit gevorderd worden en kan een vreemde schuldeiser een schuldenaar van Franse nationaliteit dagvaarden, zelfs indien deze laatste met zijn vaderland geen andere band meer heeft dan zijn nationaliteit). Wat de grensoverschrijdende werking van faillissementen betreft, bestaat in Frankrijk een dubbel systeem : het faillissement van een schuldenaar, wiens hoofdvestiging op het grondgebied is gelegen, geldt erga omnes, terwijl de faillietverklaring van een schuldenaar die op Frans territorium alleen een kantoor heeft, eigenaar is van goederen of daden van koophandel heeft gesteld, een territoriale uitwerking heeft ¹⁰.

4. Verenigd Koninkrijk en Ierland.

Het Britse faillissementsrecht, gebaseerd enerzijds op de Bankruptcy Act van 1914, gewijzigd in 1926, 1947, 1952 (Bankruptcy Rules) en 1985 (Companies Act) en anderzijds op de rechterlijke beslissingen, werd recent gewijzigd door de Insolvency Act van 30 oktober 1985.

Merkwaardig is dat alleen natuurlijke personen, met uitzondering van gehuwde vrouwen, failliet kunnen verklaard worden, en dit zonder onderscheid tussen handelaars en gewone burgers. Wel zijn bepaalde specifieke gevolgen uit het faillissementsrecht enkel toepasselijk op personen die handel (*trade*) drijven of zaken (*business*) doen. De oorzaak van het faillissement is niet de staking van betaling of het wankel krediet. De wet heeft limitatief de daden opgesomd die de faillietverklaring meebrengen van diegene die ze heeft gesteld, op voorwaarde dat binnen de drie maanden een vordering wordt ingeleid. De schuldenaar te goeder trouw die zich onderwerpt aan de voorschriften van het faillissementsrecht, kan gebruik maken van het instituut van de *discharge*, waarbij hij volledig bevrijd wordt door de *discharge order*. Deze rechtsfiguur vereist geen toestemming van de

(9) GALAUDE, H., "Het nieuwe Frans recht over het faillissement", *Acc. Bedr.*, 1987, afl. 10, 1-5.

(10) GEINGER, H., *l.c.*, 128.

schuldeisers en kent het beheer over de failliete boedel niet toe aan een *trustee* ¹¹.

Het faillissement van *companies* bestaat hier niet : rechtspersonen kunnen alleen ontbonden en vereffend worden. De bedrijfsinsolventie wordt geregeld in een aparte Insolvency Act van 30 oktober 1985, die vooral de reorganisatie van de onderneming tot doel heeft. Vooreerst kan met een minimum aan formaliteiten een vrijwillig akkoord (*voluntary arrangement*) bereikt worden. Dit is tegenwerpelijk aan derden. Een bijeenkomst van schuldeisers beslist over het akkoord en kan dit amenderen. De rechten van zekerheidshouders kunnen alleen met hun instemming worden ingekort. Daarnaast kunnen zowel de schuldeisers als de *company* zelf een *Administration order* aanvragen, wanneer het bedrijf niet in staat is om zijn schulden te betalen, of wanneer een dergelijke toestand dreigt. Vanaf dat verzoek kan een voorlopig uitstel worden verleend, als daarmee de volgende doelstellingen kunnen gerealiseerd worden : de redding van de onderneming of een deel daarvan als een *going concern*, de aanmoediging van een *voluntary arrangement*, de ondersteuning van de procedure voor gerechtelijk akkoord of de verhoging van de opbrengst van vermogensbestanddelen. Door dit uitstel worden de uitvoeringsmaatregelen van alle schuldeisers opgeschort. De *administrator* beschikt over uitgebreide bevoegdheden : hij alleen mag het bedrijf voeren, over de eigendommen beschikken, geld lenen en zekerheden nemen voor rekening van de onderneming. Hij mag ook de tot zekerheid dienende goederen verkopen en de opbrengst met de zekerheidshouders verrekenen. Na inventarisatie stelt de *administrator* een plan op, dat de schuldeisers moeten goedkeuren en dat één van de genoemde objectieven moet nastreven ¹².

De Britse rechter acht zich internationaal bevoegd om een natuurlijk persoon *bankrupt* te verklaren, indien deze meer dan één jaar in het land verblijft of handel drijft (als het gaat om een faillissement op vraag van een schuldeiser) ; ofwel indien de schuldenaar in Engeland aanwezig is of er, zonder tijdsminimum, verblijft of handel drijft (als de gefailleerde zelf het initiatief neemt). De rechter mag een buitenlandse vennootschap ontbinden en vereffenen voor zover zij goederen in Engeland heeft. Het lijkt niet vereist dat zij een filiaal op Brits grondgebied heeft en a fortiori niet haar voornaamste vestiging ¹³.

Wanneer geen Britse curator aangeduid werd voor de gefailleerde natuurlijke persoon, wordt de buitenlandse curator beschouwd als *trustee* van alle roerende goederen en rechten welke zich in Engeland bevinden. De universaliteit van een buitenlands faillissement wordt evenwel niet erkend voor de Engelse onroerende goederen. Toch zou de rechter discretio-

(11) WOLFCARIUS, M. *l.c.*, 279-280.

(12) DORHOUT MEES, T., "(Pre-)insolventierecht in Engeland en Frankrijk", *Ars Aequi*, 1988, 226-283.

(13) VAN HOUTTE, H., "Internationaal faillissementsrecht", *B.R.H.*, 1978, 378-379.

nair bevoegd zijn om de vreemde curator toe te laten zulk onroerend goed van de failliete boedel te verkopen. Een curator (*winding up receiver*) van een in het buitenland gefailleerde vennootschap heeft analoge bevoegdheden ¹⁴.

De Ierse rechtspraak en rechtsleer volgen grotendeels deze beginselen.

5. Italië.

De Italiaanse basiswet terzake is de R.D. nr. 267 van 16 maart 1942 "sulla disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa", nadien herhaaldelijk gewijzigd en aangevuld, voor het laatst in 1981 ¹⁵. Haar toepassingsgebied is beperkt tot ondernemers die een handelsactiviteit uitoefenen. Daarvan worden dan nog kleine handelsondernemingen uitgesloten, waarvan de handelsactiviteit niet in vennootschapsvorm wordt uitgeoefend en waarvan het inkomen lager is dan een minimum, bepaald door de fiscale administratie; of waarvan het kapitaal, ingebracht in de onderneming, een zeker bedrag niet overschrijdt. Als voorwaarde voor faillietverklaring geldt niet langer de staking van betaling, maar wel insolventie, die door de rechter wordt afgeleid uit het feit dat de handelsonderneming niet meer in staat is om haar verplichtingen na te komen. Gelijk welke schuldeiser kan de faillietverklaring vorderen, ongeacht het burgerlijk of handelskarakter van zijn vordering ¹⁶.

In de Italiaanse rechtspraak geldt ontegensprekelijk de opvatting van de territorialiteit en pluraliteit van het faillissement. De Italiaanse rechter acht zich dus internationaal bevoegd om een faillissement uit te spreken met betrekking tot in Italië gelegen activa, ondanks de faillietverklaring van de schuldenaar door een vreemde rechter met een universele opvatting. Een buitenlands faillissementsvonnis kan in Italië erkend worden. Voor dwanguitvoering is eventueel de *delibazione* vereist. De vreemde curator, die zijn aanstelling formeel liet erkennen door een Italiaanse rechtbank, kan activa die volgens het vreemd faillissementsrecht tot de boedel behoren, terugvorderen. Zonder de formele erkenning van art. 769 van het Italiaans Gerechtelijk Wetboek blijft de curator echter onbevoegd om onroerende goederen te vervreemden ¹⁷.

(14) VAN HOUTTE, H., *l.c.*, 387-388.

(15) CLOQUET, A., *Les Nouvelles, Droit Commercial*, IV, V[[]] Les concordats et la faillite, Brussel, Larcier, 1985, nrs. 2923-2931.

(16) WOLFCARIUS, M., *l.c.*, 223-226.

(17) VAN HOUTTE, H., *l.c.*, 379-388.

6. *Nederland.*

De Nederlandse Faillissementswet van 1893 heeft van het faillissement een algemene instelling gemaakt, toepasselijk op alle schuldenaars, zowel handelaars als gewone burgers. Aldus werd deze rechtsfiguur uit het handelsrecht gehaald en in het algemeen privaatrecht geïntegreerd.

De faling vormt een collectieve beslagmaatregel op het gehele vermogen van de schuldenaar ten voordele van alle schuldeisers en vindt haar begrenzing in de realisatie van de activa van de boedel. Het faillissement behelst dus uitsluitend de goederen van de schuldenaar en niet zijn persoon. De gefailleerde blijft eigenaar van zijn vermogen en titularis van rechten en verplichtingen ¹⁸.

Naar Nederlands gemeen recht verhindert de buitenlandse faillietverklaring van een handelaar niet dat de Nederlandse rechter deze nogmaals failliet verklaart voor de in Nederland gelegen activa. De artt. 203-205 van de Nederlandse Faillissementswet huldigen de leuze "catch as catch can", maar dat is tot nu toe theorie gebleven. In het arrest van 15 april 1955 inzake Comfin besliste de Hoge Raad volgens de bedoeling van de wetgever dat de gevolgen van een in Nederland uitgesproken faillissement niet beperkt hoeven te blijven tot het vermogen binnen het grondgebied. Anderzijds houden de Nederlandse rechters op grond van art. 431 van het Gerechtelijk Wetboek de grenzen gesloten voor buitenlandse curatoren, behoudens andersluidende verdragsbepalingen ¹⁹.

II: HET FAILLESSEMENT IN BELGISCH I.P.R.

1. *De internationale bevoegdheid.*

Een onderscheid moet gemaakt worden tussen de bevoegdheid om een handelaar failliet te verklaren en de bevoegdheid voor de vorderingen die ontstaan uit het faillissement, maar vaak onder andere rechtstakken vallen.

a. **Internationale bevoegdheid tot faillietverklaring.**

(i) *Verdragsrecht.*

Zoals voor elk ander probleem van I.P.R. moet eerst onderzocht worden of een verdragstekst de oplossing biedt.

Een aantal verdragen lijken in aanmerking te komen, in de eerste plaats het E.E.X.-Verdrag met betrekking tot de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (onder-

(18) WOLFCARIUS, M., *l.c.*, 284-286.

(19) KORTHALS ALTES, A., "Naar een Europees faillissement: een moeizame weg", *Nederlands Juristenblad*, 1984, 546.

tekend te Brussel op 27 september 1968). Faillissementen, gerechtelijke akkoorden en andere soortgelijke procedures worden echter op grond van art. 1, tweede lid, 2° van dit Verdrag uitgesloten. Sedert juni 1980 wordt in de E.G. gewerkt aan een Verdrag om dit vacuüm op te vullen ²⁰. Maar wat is nu de precieze draagwijdte van de begrippen "faillissementen, gerechtelijke akkoorden en soortgelijke procedures"? Deze termen werden reeds geïnterpreteerd door de Rechtbank van Koophandel van Verviers op 14 juni 1977 en door het Oberlandesgericht van Frankfurt op 7 september 1977. Volgens de Belgische rechter volstaat een band tussen het voorwerp van het geschil en het faillissementsrecht om van een faillissementsgeschil te spreken ²¹. De Duitse rechter oordeelde dat de bevoegdheids- en erkenningsregels van het E.E.X.-Verdrag niet gelden zodra een geschil volgens het doel en het opzet van dat Verdrag of volgens de algemene rechtsbeginselen als een faillissementsgeschil beschouwd kan worden ²². Uitsluitel bracht het arrest van 22 februari 1979 van het Hof van Justitie van de E.G. In casu had een Frans Hof op grond van art. 99 van de Franse wet van 13 juli 1967 het passief van een failliete massa ten laste van een feitelijk beheerder van een rechtspersoon gelegd. Het Hof te Luxemburg diende te oordelen of deze uitspraak gewezen was in het kader van een faillissement of een soortgelijke procedure, dan wel als een beslissing inzake burgerlijke en handelszaken. Enkele overwegingen verdienen geciteerd te worden ²³: *"Les notions utilisées à l'article 1 de la Convention et servant à indiquer le champ d'application de celle-ci doivent être considérées comme des notions autonomes qu'il faut interpréter en se référant, d'une part, aux objectifs et au système de la Convention et, d'autre part, aux principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des systèmes de droit nationaux. (...) Les "faillites, concordats et autres procédures analogues", au sens de l'article 1, alinéa 2, 2° de la Convention sont des procédures fondées, selon des diverses législations des parties contractantes, sur l'état de cessation de paiement, l'insolvabilité ou l'ébranlement du crédit du débiteur impliquant une intervention de l'autorité judiciaire, aboutissant à une liquidation forcée et collective des biens ou, à tout le moins, un contrôle de cette autorité. Pour que les décisions se rapportant à une faillite soient exclues du champ d'application de la Convention, il faut qu'elles dérivent directement de la faillite et s'insèrent étroitement dans le cadre d'une procédure de liquidation des biens ou de règlement judiciaire, ainsi caractérisée."* Op basis van deze motivering oordeelde het Hof van Justitie dat de beslissing van het Franse Hof waarbij een feitelijk beheerder wordt veroordeeld tot betaling van geldsommen aan de failliete massa, moet worden aanzien als gewezen in het

(20) Ontwerp van Verdrag inzake faillissement, akkoord en ander soortgelijke procedures, Publ. E.G., Deel C, suppl. 2/82, 1982, 5-46.

(21) Kh. Verviers, 14 juli 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 278.

(22) VAN HOUTTE, H., *l.c.*, 380.

(23) GEINGER, H., *l.c.*, 134-135.

kader van een faillissement of een soortgelijke procedure en dat deze uit het toepassingsgebied van het E.E.X.-Verdrag is uitgesloten ²⁴.

Welke teksten moeten dan wel bekeken worden ?

Op grond van de artt. 55 en 56 van het E.E.X.-Verdrag gelden in België het Verdrag tussen België en Frankrijk ²⁵ en het Verdrag tussen België en Nederland ²⁶. Sedert 11 augustus 1975 zijn ook het Verdrag tussen België en Oostenrijk ²⁷ en het Aanvullend Akkoord ²⁸ van kracht. Deze drie bilaterale verdragen huldigen het beginsel van de eenheid en universaliteit, waarvan de geldingskracht echter beperkt blijft tot de verdragsluitende staten. Bovendien zijn deze internationale overeenkomsten uitsluitend van toepassing op de vonnissen van faillietverklaring van handelaars en handelsvennootschappen, en dit alhoewel in het interne Nederlandse recht een analoge beperking niet geldt en in Frankrijk ook burgerlijke vennootschappen in faling kunnen worden verklaard. Het Belgisch-Frans Verdrag bevat nog een supplementaire beperking : het heeft alleen gevolgen met betrekking tot de faillissementen van Belgische handelaars en/of van Franse handelaars en handelsvennootschappen ²⁹.

Op elk van de drie verdragen zal nu nader worden ingegaan.

. Het Belgisch-Frans Verdrag van 8 juli 1899.

Art. 8, par. 1 van het Verdrag verleent aan de rechtbank van de woonplaats van de Belgische of Franse handelaar de exclusieve bevoegdheid om het faillissement uit te spreken. Voor de Belgische of Franse handelsvennootschappen is de rechtbank van de maatschappelijke zetel bevoegd.

In het tweede lid van deze bepaling staat echter een belangrijke beperking van het eenheidsprincipe. Belgische of Franse handelaars zonder domicilie in een van beide landen, *kunnen* er toch failliet verklaard worden, indien ze er een handelsvestiging hebben. Dan is de bevoegde rechtbank deze van de plaats van die handelsvestiging. Deze bepaling, ingeschreven op vraag van de Franse delegatie, werd in facultatieve vorm ("*kunnen*") opgesteld, omdat een verplichte toepassing ervan niet zou stroken met de Bel-

(24) GEINGER, H., *ibid.*

(25) Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid, het gezag en de uitvoering van de rechterlijk uitspraken, van de scheidsrechterlijke uitspraken en van de rechtsgeldige akten, ondertekend te Parijs op 8 juli 1899, goedgekeurd bij wet van 31 maart 1900, B.S., 30-31 juli 1900.

(26) Verdrag betreffende de territoriale rechterlijke bevoegdheid, het gezag en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen, van scheidsrechterlijke uitspraken en van authentieke akten, ondertekend te Brussel op 28 maart 1925, goedgekeurd bij wet van 16 augustus 1926, B.S., 27 juli 1929.

(27) Verdrag betreffende het faillissement, het akkoord en de opschorting van betaling, ondertekend te Brussel op 16 juli 1969.

(28) Akkoord ondertekend te Brussel op 13 juni 1973, goedgekeurd bij wet van 15 april 1975, B.S., 24 juli 1975.

(29) GEINGER, H., *l.c.*, 136.

gische opvatting. De Belgische Rechtbank van Koophandel van de plaats van de handelsvestiging kan dus haar universele theorie blijven toepassen en voorrang geven aan de rechter van het domicilie³⁰. Krachtens par. 2 van art. 8 hebben zulke faillietverklaringen uitwerking op het grondgebied van de andere verdragsluitende staat.

Het Verdrag geeft geen definitie van het begrip "woonplaats van de handelaar". Door toepassing van zijn nationale wetgeving zal de rechter uitzoeken of de schuldenaar zijn woonplaats op het grondgebied heeft. In België wordt de term volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie uitgelegd als de plaats waar de handelaar in de registers van de burgerlijke stand is ingeschreven (artt. 36 en 631 Ger.Wb.)³¹. Het Hof volgde daarmee de opvattingen van FETTWEIS, die een breuk betekenden met de vroegere zienswijze waarin de woonplaats van de handelaar de plaats was waar hij zijn commerciële activiteiten uitoefende. In Frankrijk daarentegen is nu precies deze handelswoonplaats de "woonplaats" van de debiteur, ongeacht zijn civiel domicilie. Deze verschillende interpretatie geeft aanleiding tot bevoegdheidsconflicten. Een Belg die een handelsactiviteit uitoefent via een vestiging op Frans grondgebied, maar in België ingeschreven is in de registers van de burgerlijke stand, kan in beide landen failliet worden verklaard (positief bevoegdheidsconflict). Anderzijds is geen enkele rechtbank bevoegd voor de faillietverklaring van een handelaar die in Frankrijk in de registers van de burgerlijke stand is ingeschreven, maar in België handel drijft (negatief bevoegdheidsconflict)³².

De bevoegdheidsregel van art. 8, par. 1, eerste lid, is van openbare orde. Terzake kunnen partijen geen afwijkende clausules bedingen.

Het vonnis van faillietverklaring, geveld in strijd met de bevoegdheidsregel, kan op grond van art. 11, 5° in het andere land geen gezag van gewijsde hebben³³.

. Het Belgisch-Nederlands Verdrag van 28 maart 1925.

Art. 20.1 van het Verdrag verleent aan de rechter van de woonplaats van de handelaar de exclusieve faillissementsbevoegdheid. Voor de handelsvennootschappen met maatschappelijke zetel in een van beide landen, is de bevoegde rechter deze van de plaats waar die zetel gevestigd is.

Ook in dit Verdrag wordt het domiciliebegrip niet nader gedefinieerd, zodat de Belgische rechter opnieuw de nationale beginselen moet toepassen, die op Cassatierechtspraak gebaseerd zijn en waarvan de inhoud hierboven werd uiteengezet.

Deze jurisprudentie van ons hoogste rechtscollege is echter niet langer meer enigszinsmakend. De Rechtbank van Koophandel van Tongeren gaat

(30) GEINGER, H., *l.c.*, 136 en VAN HOUTTE, H., *l.c.*, 381-382.

(31) Cass., 2 februari 1978, *R. W.*, 1977-78, 2651.

(32) GEINGER, H., *l.c.*, 137.

(33) GEINGER, H., *l.c.*, 138.

er in zijn vonnis van 28 juni 1982 (niet gepubliceerd) immers regelrecht tegen in, door te oordelen dat "... het woord woonplaats in zijn commerciële betekenis dient te worden genomen, namelijk de plaats waar het zakencentrum van de handelaar gevestigd is". Hierdoor achtte zij zich bevoegd in een zaak omtrent een Nederlandse fabricant, ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand van het Nederlandse Weert en in het handelsregister van het arrondissement Tongeren. Ter staving van deze stelling gebruikt de rechtbank een aantal argumenten uit lagere Belgische rechtspraak, Nederlandse jurisprudentie en het Voorontwerp van het Europees Verdrag inzake faillissementen. Het meest doorslaggevend lijkt het internationaal publiekrechtelijk beginsel dat interne wetwijzigingen (in dit geval de inwerkingtreding van ons Gerechtelijk Wetboek van 1967) de toepassing van verdragsbegrippen niet unilateraal kunnen wijzigen. De term "woonplaats" moet dus geïnterpreteerd worden zoals in 1925. Bovendien wijst de rechtbank op enkele gevaren van de interpretatie uit het Cassatie-arrest van 2 februari 1978: fictieve inschrijvingen in het bevolkingsregister, gebrek aan toezicht op de handelsactiviteiten en complicatie van de afhandeling van de faillissementen.

In tweede aanleg bevestigde en nuanceerde het Hof van Beroep van Antwerpen de uitspraak van de Tongerse rechter³⁴. De betekening van een akte aan een gefailleerde moet evenwel nog steeds geschieden aan zijn woonplaats, zoals omschreven in art. 36 Ger.Wb.

In het Nederlands recht wordt onder het begrip "woonplaats van de handelaar" de plaats verstaan waar deze zijn hoofdverblijf heeft. Bijgevolg kan alleen een bevoegdheidsconflict ontstaan in het geval van een handelaar met geregistreerd domicilie in België en hoofdverblijf in Nederland.

Bij vennootschappen is de kans op bevoegdheidsconflicten als gevolg van uiteenlopende interpretaties van "maatschappelijke zetel van de vennootschap" groter. In het Nederlands vennootschapsrecht wordt deze term

(34) Antwerpen, 30 november 1982, R. W., 1983-84, 33-35 (noot VAN HOECKE). Vooreerst stelt het Hof dat "het nooit de bedoeling van de Belgische wetgever, noch van het Hof van Cassatie is geweest om de toepassingsfeer van het Verdrag impliciet te wijzigen". Maar de toepassing van het gerechtelijk woonplaatsbegrip zou, aldus het Hof, in dit geval tot een onredelijk resultaat leiden. De inpassing van het domiciliebegrip van artt. 36 en 631 van het Ger. Wb. in art. 20.1 van het Verdrag zou betekenen dat geen enkele Belgische Rechtbank van Koophandel een persoon, ingeschreven in het handelsregister, maar niet in het bevolkingsregister, failliet kan verklaren. Art. 20.1 van het Verdrag moet volgens het Hof gelezen en toegepast worden in samenhang met art. 5.3 dat zegt: "Elke fabrikant of handelaar (...), die in het andere land een bijkantoor, agentschap of soortgelijke instelling opricht, zal beschouwd worden als hebbende voor de berechting van alle geschillen betreffende dat bijkantoor, agentschap of die instelling, woonplaats gekozen ter plaatse waar deze hun zetel hebben." De inschrijving in het handelsregister van Tongeren bevestigde het vermoeden van keuze van woonplaats.

Tegen het arrest van het Hof van Beroep van Antwerpen werd een voorziening in Cassatie ingesteld. In haar arrest van 6 september 1984 bevestigde Cassatie de bevoegdheid van de Belgische rechter wanneer een in Nederland gedomicilieerde handelaar in België zijn handelsvestiging heeft.

niet gebruikt. Het equivalent is de "statutaire of wettelijke zetel". In België gaat het om het werkelijke centrum van de vennootschap. Ondanks deze conflicten kunnen toch geen tegenstrijdige of onverenigbare vonnissen gewezen worden, aangezien art. 20.3 voorziet dat wanneer de aanvraag tot faillietverklaring bij rechtbanken van beide landen wordt ingediend, de zaak wordt berecht door de rechtbank bij wie zij eerst aanhangig is gemaakt, indien deze zich bevoegd verklaart. De daarna gevatte rechter schorst de behandeling tot de eerste rechter uitdrukkelijk of stilzwijgend over zijn bevoegdheid heeft beslist. Aan deze beslissing is de latere rechter gebonden ³⁵. De beginselen van de eenheid en universaliteit van het faillissement, zoals beoogd door het Verdrag, gelden slechts binnen de Belgische en Nederlandse grenzen. Luidens art. 20.2 kunnen handelaars, wier woonplaats in België, noch in Nederland gelegen is, niettemin in één van beide landen failliet verklaard worden indien zij aldaar een handelskantoor houden. Dan is de rechtbank van de plaats waar het kantoor gevestigd is, bevoegd.

In tegenstelling tot het Belgisch-Frans Verdrag, wordt de toepassing van het Verdrag van 1925 niet afhankelijk gesteld van de nationaliteit van de gefailleerde. Het slaat op alle handelaars, woonachtig in België of in Nederland en op alle handelsvennootschappen met zetel in België of in Nederland ³⁶.

. Het Belgisch-Oostenrijks Verdrag van 16 juli 1969.

Deze overeenkomst vult het tussen België en Oostenrijk gesloten Verdrag aan betreffende de wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen, scheidsrechterlijke uitspraken en authentieke akten in burgerlijke en strafzaken ³⁷. Art. 1 hiervan sloot het faillissement, het akkoord en de opschorting van betaling uit zijn toepassingsgebied.

Art. 2.1 van het Verdrag van 1969 bevestigt de principes van eenheid en universaliteit door aan de Belgische en Oostenrijkse rechters in wiens ambtsgebied de leiding van de zaken van de koopman of de zetel van de handelsvennootschap gevestigd is, de exclusieve bevoegdheid toe te kennen. Wellicht kan de bevoegdheidsgrond "zetel van de vennootschap" opnieuw tot uiteenlopende interpretaties leiden.

Ook dit Verdrag bevat een beperking op het eenheidsbeginsel door in art. 2.2 aan de rechtbanken die niet bevoegd zijn op grond van art. 2.1, een facultatieve bevoegdheidsgrond toe te kennen.

Litispendingie tussen Belgische en Oostenrijkse rechtbanken wordt in art. 2.3 verholpen : de tweede aangesproken rechtbank onthoudt zich van kennisgeving, tenzij de eerst aangezochte rechtbank zich onbevoegd heeft verklaard.

(35) GEINGER, H., *l.c.*, 139.

(36) GEINGER, H., *ibid.*.

(37) Verdrag van 16 juni 1959, *B.S.*, 28 oktober 1961.

Door het Protocol van 13 juni 1973 werd het Verdrag niet toepasselijk gemaakt op het faillissement of akkoord van verzekeringsmaatschappijen. Krachtens art. 47, par. 3 van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen heeft de buitenlandse faillissementsregeling van een verzekeringsmaatschappij geen gevolg voor het "bijzonder vermogen" van de onderneming in België ³⁸.

(ii) *Belgisch intern recht.*

Luidens art. 631 Ger.Wb. dat in feite enkel betrekking heeft op de territoriale bevoegdheidsverdeling binnen het Belgisch grondgebied "geschiedt de faillietverklaring door de rechtbank van de woonplaats van de gefailleerde op het tijdstip van de staking van betaling". Deze bevoegdheidsgrond wordt in het internationaal procesrecht geprojecteerd om de internationale bevoegdheid van de Belgische rechtbanken te funderen. Aldus is de Belgische Rechtbank van Koophandel bevoegd om het faillissement uit te spreken wanneer de schuldenaar in België zijn domicilie heeft. Is zijn woonplaats elders gelegen, dan is de Belgische rechter onbevoegd. Hij mag dan bijvoorbeeld geen schuldvorderingen tot het passief toelaten ³⁹.

Voor de interpretatie van het begrip "woonplaats" naar Belgisch recht, volstaat het te verwijzen naar de reeds gemaakte beschouwingen rond het Cassatie-arrest van 2 februari 1978. Toch is daarmee de discussie nog niet afgesloten. VAN HOUTTE pleit voor de *firmaplaats* van de handelaar ter vervanging van het geregistreerde domicilie of het hoofdverblijf, als internationale bevoegdheidsgrond. Het is in de firmaplaats dat de boekhouding en andere bescheiden van de gefailleerde en een groot deel van zijn activa aanwezig zijn. Waarschijnlijk concentreerde de gefailleerde in het land van de firmaplaats zijn commerciële activiteiten, zodat aldaar ook de meeste debiteurs en crediteurs van de gefailleerde massa zich zullen bevinden ⁴⁰. Ook GEINGER toont aan dat de bevoegdheidsgrond van het gerechtelijk domicilie aanleiding geeft tot talrijke moeilijkheden. Op nationaal vlak werd bij de Kamer van Volksvertegenwoordigers een wetsvoorstel tot wijziging van art. 631 Ger.Wb. ingediend, waarbij de *bedrijfszetel* als criterium van de (interne) territoriale bevoegdheid wordt voorgesteld. Ook op internationaal vlak werden voorstellen geformuleerd, waarin de voorkeur wordt gegeven aan de *firmaplaats*. In de meeste E.G.-lidstaten, behalve Nederland, is trouwens deze rechtbank bevoegd om het faillissement uit te spreken. Tenslotte wordt in het E.G.-Ontwerp van Faillissementsverdrag het *zaken-centrum van de handelaar* als criterium voorgesteld ⁴¹.

Voor het faillissement van een handelsvennootschap is de internationaal bevoegde rechtbank deze van de plaats waar de werkelijke zetel gelegen

(38) VAN HOUTTE, H., *l.c.*, 384.

(39) VAN HOUTTE, H., *l.c.*, 376.

(40) VAN HOUTTE, H., *l.c.*, 376-377.

(41) GEINGER, H., *l.c.*, 125-126.

is, ongeacht de plaats van de maatschappelijke zetel, zoals vermeld in de statuten. Doorgaans valt de statutaire zetel wel samen met de voornaamste vestiging, maar de administratieve en exploitatiezetel blijven relevant om de werkelijke zetel te bepalen. Het feit dat een N.V. haar maatschappelijke zetel in het buitenland heeft, belet geenszins dat de rechter van de plaats waar zij haar hoofdactiviteit uitoefent, bevoegd is om ze failliet te verklaren ⁴². Aldus kon een vennootschap, opgericht in en met maatschappelijke zetel in Luxemburg, door een Brusselse Rechtbank van Koophandel failliet worden verklaard, omdat zowel de administratieve als de exploitatiezetel te Brussel gevestigd waren en haar kapitaal in Belgische Frank was uitgedrukt en verder omdat de meeste oprichters, de bestuurders en de commissaris in België verbleven ⁴³. Zo werd ook een buitenlandse vennootschap in vereffening in België failliet verklaard, omdat zij vanuit Brussel effectief geleid werd en omdat haar aandeelhouders, vroegere bestuurders en vereffenaars in België verbleven ⁴⁴.

Door de eenheid en universaliteit van het faillissement blijft de Belgische rechter evenwel onbevoegd om een in België gevestigd filiaal of bijhuis van een buitenlandse vennootschap in falings te verklaren: deze hebben immers geen afzonderlijke rechtspersoonlijkheid ⁴⁵. De ligging in België van de exploitatiezetel van een vreemde vennootschap volstaat evenmin om het faillissement te mogen uitspreken ⁴⁶.

De interne jurisprudentiële regel, volgens dewelke de rechtbank die het faillissement heeft uitgesproken, eveneens bevoegd is om dit tot de meester van de zaak uit te breiden, ongeacht diens woonplaats, zou in het belang der schuldeisers en ook om praktische overwegingen best op internationaal vlak getransponeerd worden. Dit zou terzake wel een afwijking vormen op het in België gehuldigd beginsel van eenheid en universaliteit. Het Hof van Beroep van Luik heeft dit advies vanuit de rechtsleer naast zich neergelegd door de Belgische rechter internationaal onbevoegd te verklaren om het in België uitgesproken faillissement van een vennootschap met Belgische werkelijke zetel uit te breiden tot de meester van de zaak, omdat deze op het moment van de staking van betaling zijn woonplaats in de zin van art. 36 Ger.Wb. in het buitenland had ⁴⁷. Het Hof noemde de vordering tot uitbreiding van het faillissement "une action qui conserve son caractère distinct et autonome par rapport à la faillite, déclarée par le tribunal, des sociétés". M.a.w. moest aan het internationaal bevoegdheidscriterium van art. 631 Ger.Wb. zowel door de vennootschap als door de meester van de zaak afzonderlijk voldaan worden. Dit heeft dan wel tot gevolg dat de commerciële woonplaats van de meester van de zaak samenvalt met de werkelijke

(42) GEINGER, H., *l.c.*, 126-127.

(43) Kh. Brussel, 22 mei 1948, *R.P.S.*, 1950, 48.

(44) Kh. Brussel, 10 november 1958, *J.T.*, 1959, 296.

(45) Kh. Brussel, 26 november 1973, *B.R.H.*, 1975, 355.

(46) Kh. Brussel, 14 juni 1978, *B.R.H.*, 1979, 419 (noot VAN HOUTTE).

(47) Luik, 3 juni 1983, *Jur. Liège*, 1983, 561 (noot KOHL).

zetel van de naar alle waarschijnlijkheid fictieve vennootschap, maar dat de internationale bevoegdheid van de Belgische rechter op grond van de artt. 36 en 631 Ger.Wb. beperkt blijft tot de vennootschap en niet de mees-ter van de zaak treft, die zich in San Marino op de bevolkingsregisters liet inschrijven "als hebbende aldaar zijn hoofdverblijf" ⁴⁸.

b. Internationale bevoegdheid voor vorderingen ontstaan uit het faillissement.

(i) Verdragsrecht.

Het Belgisch-Frans Verdrag zwijgt hierover. Via een extensieve interpretatie van art. 8, par. 1 en 4 aanvaarden de Belgische en Franse recht-spraak en rechtsleer evenwel dat deze bevoegdheid moet toegekend worden aan de rechter die het faillissement heeft uitgesproken ⁴⁹. In die zin oor-deelde het Hof van Beroep te Bergen dat de Franse rechter die op basis van art. 8, par. 1 het faillissement uitgesproken had, exclusief bevoegd was toen de schuldeiser schuldvergelijking inriep tussen zijn schuldvordering en een schuld aan de gefailleerde ⁵⁰.

Ook het Belgisch-Nederlands Verdrag bevat terzake geen bepalingen. Hier wordt art. 21 extensief geïnterpreteerd om de faillissementsrechter ook bevoegd te maken voor de aanverwante geschillen. Het Arbeidshof van Ant-werpen achtte de Belgische rechter onbevoegd om kennis te nemen van de vordering van een in België tewerkgestelde werknemer voor betaling van achterstallig loon en een opzegvergoeding door de in Nederland failliet ver-klarde werkgever ⁵¹. Het Hof oordeelde dat het geschil rechtstreeks be-trekking had op het faillissement in de zin van art. 1, 2° E.E.X.-Verdrag, zodat niet dit Verdrag, maar het Belgisch-Nederlandse moest worden toe-gepast. Luidens art. 21.1 van dit laatste Verdrag strekken de gevolgen van het faillissement zich uit over het territorium van de andere staat. In casu impliceerde dit dat alleen de Nederlandse rechter die op grond van art. 20.1 de faillietverklaring had uitgesproken, bevoegd was voor het geschil. Het Hof van Cassatie vernietigde deze beslissing door op onlogische wijze eerst de internationale bevoegdheid van het Belgische Arbeidshof naar intern recht (art. 635, 3° Ger.Wb.) vast te stellen, om daarna pas terug te vallen op het verdragsrecht ⁵². Het besprak twee hypothesen, die beide tot de internationale bevoegdheid van de Belgische rechter moesten leiden. In de

(48) LENAERTS, K., "Kroniek van het Internationaal Privaatrecht (1980-1985)", R. W., 1986-87, 2012.

(49) GEINGER, H., *l.c.*, 138.

(50) Bergen, 24 december 1984, *T.B.H.*, 1985, 774.

(51) Arbh. Antwerpen, 19 februari 1980, *J.T.T.*, 1980, 331.

(52) Cass., 5 oktober 1981, *Pas.*, 1982, I, 183; R. W., 1982-83, 2177 en *J.T.T.*, 1982, 244.

eerste hypothese vloeit de vordering rechtstreeks voort uit het faillissement, zodat niet het E.E.X.-Verdrag, maar wel het Belgisch-Nederlands Verdrag van toepassing is. De artt. 20 en 21 hebben dan "geenszins tot gevolg (...) dat, wanneer de werkgever in Nederland failliet wordt verklaard, de vordering van een werknemer tot betaling van loon, vakantiegeld, eindejaarspremie, opzeggingsvergoeding (...) aan de Belgische arbeidsrechtbank wordt onttrokken". In de tweede hypothese valt de vordering wel onder toepassing van het E.E.X.-Verdrag. Ook dan blijft de Belgische rechter internationaal bevoegd, op basis van art. 5, 1° (plaats van uitvoering van de verbintenis) of art. 5, 5° (plaats van exploitatie van een filiaal). Volgens LENAERTS is de tweede hypothese juridisch de correcte. De vordering van de werknemer is geen rechtstreeks gevolg van het faillissement, want zij bestaat ook tegen de niet-gefaillieerde werkgever. Aldus werd het arrest van het Antwerpse Arbeidshof terecht verbroken en de internationale bevoegdheid van de Belgische rechter gegrond op art. 5, 1° E.E.X.-Verdrag, aangezien de uitvoering van de verbintenis die de grondslag vormde van de vordering, in België gelocaliseerd was ⁵³.

In art. 3 van het Belgisch-Oostenrijks Verdrag "worden de rechtbanken van de overeenkomstsluitende staat waarin de faillietverklaring is uitgesproken, erkend bevoegd te zijn, wanneer zij uitspraak hebben gedaan in rechtsvorderingen die volgens de wet van één van beide staten rechtstreeks uit het faillissement voortvloeien".

(ii) *Belgisch intern recht.*

Krachtens art. 574, 2° Ger.Wb. is de Rechtbank van Koophandel bevoegd om kennis te nemen van "vorderingen en geschillen, rechtstreeks ontstaan uit het faillissement, overeenkomstig de voorschriften van het Wb. Kh. en waarvan de gegevens voor de oplossing zich bevinden in het bijzonder recht dat het stelsel van het faillissement beheerst".

Deze bepaling moet samen gelezen worden met art. 631, tweede lid Ger.Wb. Dan blijkt dat de Belgische rechter die internationaal bevoegd is om het faillissement uit te spreken, meteen ook bevoegd is voor de vorderingen die rechtstreeks ontstaan uit dat faillissement.

2. Het toepasselijke recht.

a. De verwijzingsregel inzake faillissement.

Het faillissement is het collectief beslag op alle goederen van de schuldenaar om de gelijkheid tussen de schuldeisers te respecteren. Hieruit volgt dat alle aspecten van het faillissement als procesrechtelijke regeling door de

(53) LENAERTS, K., *l.c.*, 2014- 2015.

lex fori worden beheerst. De rechtbank die internationaal bevoegd is past als "lex concursus" (het recht van het faillissement) nationaal recht toe.

De Rechtbank van Koophandel van Brussel werd geconfronteerd met de vraag van een curator van een in België failliet verklaarde Belgische vennootschap, om de activa van de Franse succursale af te scheiden en volgens de wet van de ligging der goederen te verdelen tussen de schuldeisers van dit bijhuis. De rechtbank wees deze vordering terecht af op grond van het beginsel van de eenheid en universaliteit : het faillissement omvat alle schuldeisers, ongeacht de plaats waar de activa van de gefailleerde vennootschap zich ook mogen bevinden ⁵⁴. Dit vonnis werd door het Hof van Beroep te Brussel bevestigd ⁵⁵.

b. De omvang van de verwijzingscategorie.

De lex concursus heeft een algemene roeping. Vanzelfsprekend beheerst zij als lex fori van de rechtbank de procedurale aspecten van de faillietverklaring. Daarenboven levert zij het materieel recht. Formele en inhoudelijke rechtsregels zijn bij het faillissement immers zeer nauw verbonden ⁵⁶.

Aldus stelt de lex concursus de grond- en vormvoorwaarden van de faillietverklaring vast. Zij determineert wie als handelaar en wat als handelsvennootschap beschouwd kan worden en of een niet-handelaar failliet verklaard kan worden. Zij regelt de bevoegdheid ratione loci en materiae, duidt de personen aan die een verzoek tot faillietverklaring kunnen indienen en bepaalt waar de bewijslast ligt ⁵⁷. Bovendien omschrijft de lex concursus de organisatie van de faillissementsprocedure : de publiciteit ; welke de bevoegde organen zijn (curator en rechter-commissaris) ; de aard, omvang en gevolgen van de buitenbezitstelling van de gefailleerde en de samenstelling van de failliete boedel ⁵⁸.

De Faillissementswet reglementeert ook het beheer van de failliete massa. Zo kan de curator in het buitenland alleen die bewarende maatregelen nemen die door de lex concursus erkend zijn. De curator mag uitsluitend goederen in het buitenland verkopen indien hij de hiervoor in de lex concursus voorziene machtiging verkreeg. Dezelfde wet maakt uit of deze verkoop onderhands of openbaar moet geschieden ⁵⁹.

Deze wet bepaalt de verdachte periode, waarover het faillissement kan terugwerken met het oog op de nietigheid of de vernietigbaarheid van de door de gefailleerde in die periode gestelde rechtshandelingen : de invloed van het faillissement op lopende contracten, intresten en voordelen van

(54) Kh. Brussel, 28 april 1980, *B.R.H.*, 1980, 417.

(55) Brussel, 16 februari 1984, *Rev.Not.B.*, 1984, 192.

(56) VAN HOUTTE, H., *l.c.*, 391.

(57) LENAERTS, K. en VAN HECKE, G., *Internationaal Privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1986, 358.

(58) VAN HOUTTE, H., *l.c.*, 392.

(59) VAN HOUTTE, H., *ibid.*

tijdsbepaling ; de mogelijkheid om contracten, in de verdachte periode of met bedrieglijk inzicht gesloten, niet- tegenstelbaar aan de boedel te verklaren en om de actio pauliana in te stellen ; of huwelijksvoordelen, eigendomsvoorbehoud, voorrechten en hypotheke na het faillissement tegenstelbaar zijn aan de failliete boedel ; de voorwaarden voor schuldvergelijking ⁶⁰.

Ook het eventueel akkoord dat in de loop van of ter voorkoming van een faillissement tot stand komt, wordt door de lex concursus geregeld : zowel de voorwaarden en gevolgen ervan als de mogelijkheid om het akkoord te vernietigen of te ontbinden. Dit is een bilaterale verwijzingsregel. In België zullen de gevolgen van een in het buitenland, overeenkomstig de lex fori, tot stand gekomen akkoord, erkend worden ⁶¹.

Tenslotte regelt deze wet de afwikkeling van het faillissement, de rechterlijke controle, de homologatie en de gevolgen van het faillissement. Ook de vraag of de gefailleerde na afsluiting van het faillissement nog voor faillissementsschulden kan worden aangesproken, wordt door de lex concursus beantwoord. De Engelse *order of discharge* zal dan ook buiten Engeland de bevrijding van de debiteur impliceren ⁶².

c. Enkele bijzondere problemen.

(i) Zekerheden, voorrechten en hypotheke.

Persoonlijke en zakelijke zekerheden kunnen bij internationale faillissementen aanleiding geven tot complexe problemen. Wetsconflicten kunnen immers ontstaan tussen de lex concursus, de lex obligationis (het recht dat de verbintenis beheerst) en de lex rei sitae (het recht van de plaats waar de goederen gelegen zijn). Het is noodzakelijk de problematiek te ontleden in een aantal afzonderlijke rechtsvragen en voor elk deelprobleem na te gaan welk recht van toepassing is.

De lex obligationis bepaalt in welke mate een schuldvordering bevoorrecht is. Bij contractuele schuldvordering is dit de lex contractus (doorgaans het door de partijen in de overeenkomst gekozen recht) of een politiewet. Bij delictuele schuldvorderingen gaat het om de lex loci delicti (het recht van de plaats van de onrechtmatige daad). Bij een onderhoudsvordering is het de lex alimentationis ⁶³.

Als recht van de ligging van de goederen bepaalt de lex rei sitae de toelaatbaarheid en modaliteiten van het voorrecht, ingesteld door de lex obligationis : welke goederen, inschrijving, publiciteit, rangorde en omvang van de zekerheid ⁶⁴.

(60) VAN HOUTTE, H., *ibid.*

(61) LENAERTS, K. en VAN HECKE, G., *o.c.*, 359.

(62) LENAERTS, K. en VAN HECKE, G., *ibid.*

(63) LENAERTS, K., *l.c.*, 2015.

(64) VAN HOUTTE, H., *l.c.*, 393.

Vermeldenswaard zijn twee verdragsbepalingen, die uiteraard primeren op het gemeen recht. Art. 23, 1° en 2° van het Belgisch-Nederlands Verdrag voorzien enerzijds dat de voorrechten op de roerende goederen van de gefailleerde worden geregeld door het recht van de staat waar het faillissement is uitgesproken (*lex concursus*) en anderzijds dat de onroerende goederen van de gefailleerde, die in één der verdragsluitende landen bezwaard zijn met een voorrecht of hypotheek, onderworpen blijven aan het recht van het land waar zij zich bevinden (*lex rei sitae*). In art. 8, 1° en 2° van het Belgisch-Oostenrijks Verdrag staat een analoge bepaling.

Tenslotte beslist de *lex concursus*, of de voorrechten, ingesteld door de *lex obligationis* en principieel uitoefenbaar krachtens de *lex rei sitae*, uitwerking kunnen krijgen bij de afwikkeling van het faillissement. Dit beginsel kan alleen zinvol toepassing krijgen indien het faillissement erkend wordt door het land van de effectieve ligging van de goederen, voor zover de *lex rei sitae* en de *lex concursus* niet samenvallen ⁶⁵.

Met andere woorden, het voorrecht moet cumulatief getoetst worden aan de *lex obligationis*, de *lex rei sitae* en de *lex concursus*. Omdat deze drie wetten in de praktijk vaak samenvallen, wordt de toetsing vergemakkelijkt. Een voorrecht, door de *lex obligationis* ingevoerd, moet toch getoetst worden aan de *lex rei sitae* en de *lex concursus*. Aanpassingsproblemen kunnen ontstaan. Niet altijd bestaat een voorrecht volgens identieke modaliteiten in meerdere rechtssystemen. Indien de verschillen tussen de rechtsstelsels de essentie van het voorrecht niet raken, kan dit als eenzelfde voorrecht in de beide rechtsstelsels optreden. Een treffend voorbeeld hiervan is een vonnis van de Rechtbank van Koophandel van Gent ⁶⁶. Een in Frankrijk werkende handelsvertegenwoordiger vorderde van een in België failliet verklaarde vennootschap de betaling van achterstallig commissie-loon en een opzevergoeding. Om het bevoorrecht karakter van deze schuldvordering in het passief van het faillissement te beoordelen, toetste de rechtbank "om praktische en billijkheidsoverwegingen" het voorrecht enkel aan de *lex rei sitae*. Vermits de activa van de vennootschap zich in België bevonden, viel het voorrecht onder de Belgische wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers en art. 19, 3°bis van de Hypotheekwet. Theoretisch had de rechter het voorrecht ook moeten toetsen aan de *lex concursus*. Vermits de *lex rei sitae* en de *lex concursus* hier samenvielen, was deze toetsing praktisch overbodig. In ieder geval had de rechtbank de onderzoeksplicht of het voorrecht effectief was ingevoerd door de *lex obligationis*. In casu ging het om een verbintenis uit de arbeidsovereenkomst van een handelsvertegenwoordiger. De toepasselijke *lex contractus* was meer dan waarschijnlijk het Franse recht, dus had de rechter moeten onderzoeken of naar Frans recht de handelsvertegenwoordiger een bevoorrechte schuldvordering heeft. Dit onderzoek zou uitgezweven hebben dat het algemeen voorrecht van de handelsvertegenwoor-

(65) LENAERTS, K., *l.c.*, 2015-2016.

(66) Kh. Gent, 8 januari 1982, *T.B.H.*, 1984, 35 (noot VAN HOUTTE).

diger door het Franse recht beperkt wordt. De rechtbank heeft enkel het Frans recht onderzocht betreffende de vraag of de handelsvertegenwoordiger beschouwd kan worden als werknemer zoals in art. 19, 3°bis Hypotheekwet bedoeld wordt ⁶⁷.

Een bijzonder interessant geval van wisselwerking tussen de *lex obligatoris*, de *lex rei sitae* en de *lex concursus* werd door de Rechtbank van Koophandel van Brussel behandeld ⁶⁸. De feiten kunnen bondig worden samengevat. Een Belgische vennootschap met maatschappelijke zetel te Vorst en filiaal in Tourcoing (Frankrijk) wordt in België failliet verklaard. De Franse syndic van de succursale heeft gelden geïnd van schuldenaars van de gefailleerde, omdat ze naar zijn mening volledig zouden moeten dienen om de gerechtskosten en de bevoorrechte schuldvordering van twee ontslagen bedienden uit te betalen. De Belgische curator vraagt tevergeefs aan de syndic om deze fondsen ter zijner beschikking te stellen. Art. 479 van de Belgische Faillissementswet zegt immers dat "de curatoren, tegen hun kwijtschriften, al de geldsommen of schuldvorderingen die aan de gefailleerde verschuldigd zijn, opzoeken, innen en storten in de Consignatiekas binnen acht dagen na ontvangst". Volgens de curator, die daarbij steunt op art. 8, par. 2 van het Frans-Belgisch Verdrag, kent het in België uitgesproken faillissement, uitwerking in Frankrijk. Derhalve moet hij alle maatregelen van bewaring of beheer van de failliete boedel ook daar kunnen nemen. De *lex obligatoris* is ongetwijfeld het Franse zekerhedenrecht. Ook de *lex rei sitae* is Frans (de schuldenaars van de geïncasseerde schuldvorderingen woonden in Frankrijk). Alleen de *lex concursus* is Belgisch. Deze moet dan ook bepalen welke beperkingen opgelegd worden aan de normale werking van de *lex obligatoris* en de *lex rei sitae*. De Franse syndic werd door de rechtbank in het ongelijk gesteld en veroordeeld tot betaling van de geïnde geldsommen aan de Belgische curator, wiens argumentatie in het vonnis werd bevestigd.

(ii) *De clause van eigendomsvoorbehoud.*

De clause verleent aan de verkoper het recht de verkochte goederen onverwijld weer in bezit te nemen, wanneer de koper de prijs niet heeft betaald binnen een bepaalde termijn. In het Belgisch intern recht is het beding niet tegenstelbaar aan de failliete massa.

Volgens VAN HOUTTE zijn drie wetten relevant ⁶⁹. De *lex contractus* duidt het moment van de overdracht van het eigendomsrecht aan, evenals de mogelijkheid voor koper en verkoper om deze overdracht uit te stellen. De contractuele geldigheid van het eigendomsvoorbehoud wordt dus beheerst door de wet die de partijen expliciet of impliciet in hun overeenkomst

(67) VAN HOUTTE, H., noot onder Kh. Gent, 8 januari 1982, *l.c.*, 35.

(68) Kh. Brussel, 20 juni 1983, *T.B.H.*, 1985, 46.

(69) VAN HOUTTE, H., "Eigendomsvoorbehoud en transnationaal faillissement", noot onder Kh. Gent, 8 januari 1982, *B.R.H.*, 1982, 417.

gekozen hebben. Bij gebrek aan dergelijke rechtskeuze moet de Haagse Conventie van 1955 worden toegepast ⁷⁰ Krachtens art. 3, eerste lid wordt de koop beheerst door de interne wet van het land waar de verkoper zijn gewoon verblijf heeft op het ogenblik waarop hij het order ontvangt.

Uiteraard is het de bedoeling dat het voorbehoud van eigendomsrecht erga omnes zou gelden. Welnu, de materiële inhoud van zakelijke rechten op goederen wordt geregeld door het recht van de plaats waar deze goederen gelegen zijn. De tegenwerpelijkheid van het beding van eigendomsvoorbehoud aan derden wordt dus eveneens bepaald door de *lex rei sitae* ⁷¹.

Tenslotte is er nog de *lex concursus*. Dit recht determineert in welke mate het eigendomsvoorbehoud bij de afhandeling van de faillissementsprocedure erkend moet worden. Doorgaans zullen het recht van het faillissement en het recht van de plaats waar de goederen gelegen zijn, samenvallen. Maar de goederen kunnen zich elders bevinden. Dan moeten de *lex contractus*, de *lex rei sitae* en de *lex concursus* cumulatief door de rechter worden toegepast ⁷². De Belgische gefailleerde had met een Nederlander een huurovereenkomst met koopoptie gesloten. De bedoeling de faillissementswet te ontduiken, lag besloten in art. 13 van de overeenkomst, dat aan de "verhuurder" het recht toekende de "verhuurde goederen" onverwijld weer in bezit te nemen "wanneer de huurder in staat van faillissement geraakt". Dergelijk beding is in een echt huurcontract zinloos. De rechter kwalificeerde de overeenkomst dan ook als een verkoop met eigendomsvoorbehoud. Aangezien de verkoper in Nederland woonde, was de *lex contractus* het Nederlands recht. Maar of Belgisch, dan wel Nederlands recht het contract beheerst, doet niet terzake. Beide rechtssystemen erkennen immers de contractuele geldigheid van het eigendomsvoorbehoud. De goederen waren ge-localiseerd in België, dus was de *lex rei sitae* het Belgisch recht. Volgens gevestigde jurisprudentie laat art. 546 Faillissementswet het bedongen eigendomsvoorbehoud niet werken tegen de in samenloop zijnde schuldeisers van de koper, die in het bezit van de zaak werd gesteld. De *lex concursus* was uiteraard het Belgische faillissementsrecht, zodat de derde toetsing overbodig werd.

Nog een schoolvoorbeeld van cumulatieve toetsing vindt men terug in een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen ⁷³. Een Duitse Bank stond aan de Duitse zustervenootschap van een in België failliet verklaarde Belgische vennootschap een kaskrediet toe. Tot zekerheid van deze schuldvordering werd een *Sicherungsübereignungsvertrag* gesloten tussen de Duitse

(70) Haagse Conventie van 1955 met betrekking tot de internationale koop van roerende lichamelijke goederen, *B.S.*, 1964.

(71) VAN HOUTTE, H., *l.c.*, 422.

(72) VAN HOUTTE, H., *ibid.*.

Deze wisselwerking tussen de verschillende "leges" is aan bod gekomen in een vonnis van de Rechtbank van Koophandel van Gent

(73) Antwerpen, 20 november 1984, *T.B.H.*, 1986, 787.

bank en de Belgische vennootschap. Deze zekerheidstelling beveiligde de vorderingen, rechten en aanspraken, die de bank tegen de Belgische en Duitse vennootschappen had en sloeg op "*die Fahrzeuge, die auf die F.R.V. p.v.b.a. in Beersel (Belgiën) zugelassen sind*". Alle voertuigen waren eigendom van de gefailleerde. De vraag was natuurlijk of de *Sicherungsübereignung*-clausule kon tegengeworpen worden aan de failliete boedel. Het Hof ontleedde dit probleem in drie rechtsvragen. De totstandkoming en de geldigheid van het beding worden beheerst door de *lex obligationis*, meer bepaald de *lex contractus*, in casu het Duitse recht. De tegenstelbaarheid van een zakelijk recht wordt, ook voor roerende goederen, beheerst door de *lex rei sitae*, in casu het Belgische recht. De geschillen betreffende de vereffening van het faillissement worden, gelet op het universaliteitsbeginsel, beheerst door de wet van het land waar het faillissement werd uitgesproken. In welke mate de *Sicherungsübereignung* kan tegengeworpen worden aan de schuldeisers, moet dus beantwoord worden volgens het Belgisch faillissementsrecht.

Wellicht zal het I.P.R.-eigendomsvoorbehoud veranderen onder invloed van de Franse wet van 1980, het Ontwerpverdrag (betreffende het faillissement, het gerechtelijk akkoord en soortgelijke procedures) en het Ontwerp van Richtlijn terzake. Afwachten dus of het trio *lex obligationis*, *lex rei sitae* en *lex concursus* maatgevend blijven ⁷⁴.

(iii) *De gevolgen van het faillissement ten aanzien van de persoon van de gefailleerde.*

De bekwaamheid van de gefailleerde en de vervallenverklaring van het recht bepaalde functies uit te oefenen, worden onder de verwijzingscategorie "faillissement" gebracht en aldus beheerst door de *lex concursus*. In België wordt hun toepasselijkheid bepaald door dezelfde territoriale afgrenzingsnorm als de strafmaatregel waarvan zij het gevolg zijn. Door een buitenlandse rechtbank uitgesproken, komen zij principieel niet in aanmerking voor erkenning. De *lex fori* kan echter onder de voorwaarden die zij stelt, een buitenlands strafvonnis gelijk stellen aan haar eigen strafvonnissen. Zulke bepaling vindt men terug in art. 2 van het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934 inzake de onbekwaamheid om functies in vennootschappen uit te oefenen ⁷⁵.

Naar analogie beslist ook iedere staat vrij of hij, met het oog op de toepassing van zijn eigen sancties tegen gefailleerden, een buitenlands faillissement gelijk stelt met een inheemse faillietverklaring. Art. 3 van dit K.B. aanvaardt die gelijkstelling inzake het uitoefenen van functies in vennootschappen ⁷⁶.

(74) VAN HOUTTE, H., *ibid.*

(75) K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934, B.S., 27 oktober 1934.

(76) LENAERTS, K. en VAN HECKE, G., *o.c.*, 359.

3. *Erkenning en exequatur van faillissementsvonnissen.*

a. Erkenning en exequatur van Belgische faillissementen in het buitenland.

De erkenning en tenuitvoerlegging van een in België uitgesproken faillissement moet, volgens het beginsel van eenheid en universaliteit, erga omnes gelden. Vaak blijft dit principe evenwel dode letter. Men mag immers niet vergeten dat bij gebrek aan verdragstekst de extra-territoriale uitwerking van het faillissement uiteindelijk bepaald wordt door de rechtsorde van het vreemde land waar de goederen gelegen zijn of de schuldvorderingen moeten geïnd worden. Kortom, waar het vonnis moet worden uitgevoerd. Elke staat stelt souverain en eenzijdig de voorwaarden vast voor erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde vonnissen. Sommige landen onderwerpen de vreemde faillietverklaringen aan vormvoorwaarden, andere behouden zich het recht voor de zaak nogmaals ten gronde te bekijken ⁷⁷. Aangezien de meeste landen voor de leer van de territorialiteit en pluraliteit opteren, zullen zij, veeleer dan het Belgische vonnis te erkennen, zelf uitspraak doen op grond van de aanwezigheid van een bijkantoor of goederen.

Het Belgisch I.P.R. huldigt de eenheid en universaliteit van het faillissement, waardoor de Belgische curator soms de opdracht krijgt op te treden in het buitenland. Doorgaans zal hij hierbij geen problemen ondervinden, indien hij zich beperkt tot daden van beheer en bewaring. Hij zal het echter veel moeilijker hebben om zich te verzetten tegen een apart vonnis van faillietverklaring, om over te gaan tot de gerechtelijke invordering van schuldvorderingen, om een *dessaisine* uit te voeren of om individuele vorderingen van schuldeisers de pas af te snijden. In dergelijk geval zal hij moeten handelen overeenkomstig de erkennings- en tenuitvoerleggingsvoorschriften van buitenlandse faillissementsvonnissen in deze landen. Dezelfde regeling heeft plaats wanneer de Belgische curator het algemeen beslag op de goederen van de gefailleerde wenst uit te breiden tot goederen die zich in het buitenland bevinden ⁷⁸.

(i) Verdragsrecht.

De Belgische curator, die opdrachten moet uitvoeren in Frankrijk, kan zijn bevoegdheden gronden op art. 8, par. 2 van het Belgisch-Frans Verdrag: "De uitwerking van de in één van beide landen door de bevoegde rechtbank uitgesproken faillietverklaring, strekt zich uit op het grondgebied van het andere land. Derhalve kan de curator alle maatregelen tot behoud of beheer nemen, en alle rechtsoverdrachten uitvoeren als vertegenwoordiger van de gefailleerde of van de boedel. Tot daden van uitvoering kan hij maar overgaan voor zover het vonnis, krachtens hetwelke hij handelt (...), bekleed is met de uitvoerbaarverklaring." Dit betekent dat de Belgi-

⁽⁷⁷⁾ GEINGER, H., *l.c.*, 129-130.

⁽⁷⁸⁾ GEINGER, H., *ibid.*

sche curator in Frankrijk, ook zonder exequatur, de gefailleerde buiten bezit en beheer kan stellen, dat hij diens handel mag verder zetten, dat hij derden kan aanspreken en alle andere geijkte handelingen kan stellen. Bij een eventuele betwisting hoeft de curator het Belgisch faillissementsvonnis dat hem aangesteld heeft, enkel te laten erkennen. Het Verdrag geeft nochtans geen nadere omschrijving van het begrip "daden van tenuitvoerlegging", wat in de praktijk tot problemen aanleiding kan geven ⁷⁹.

Art. 21 van het Belgisch-Nederlands Verdrag geeft aan de Belgische curator een stevigere rechtsgrond voor zijn optreden in Nederland: "De gevolgen van het faillissement, in één van beide landen uitgesproken door het bevoegde gerecht, strekken zich uit over het grondgebied van het andere land. De syndicus of curator kan bijgevolg alle conservatoire of administratieve maatregelen nemen, alle rechtsvorderingen instellen als vertegenwoordiger van de gefailleerde of van de boedel en de roerende goederen van deze gefailleerde verkopen." Daarna volgt een nauwkeurige omschrijving van de handelingen waarvoor het exequatur vereist is: "Hij kan echter niet tot de verkoop van onroerende goederen of tot daden van gedwongen executie overgaan, dan voor zover het vonnis van faillietverklaring voorzien is van het exequatur."

De meest gedetailleerde regeling vindt men terug in de artt. 4 en 11 van het Belgisch-Oostenrijks Verdrag. Bondig samengevat komt het hier op neer. De Belgische curator kan in Oostenrijk daden van bewaring of beheer verrichten, rechtsvorderingen instellen en roerende en onroerende goederen van de gefailleerde verkopen. Voor gedwongen executie maatregelen moet de curator het exequatur aanvragen. Voor de verkoop van onroerende goederen zal de Rechtbank van Koophandel van Wenen alle nodige maatregelen gelasten.

(ii) *Intern recht.*

In het algemeen zullen de landen die met België geen verdrag gesloten hebben, de territorialiteit en pluraliteit getrouw, nogmaals een vonnis uitspreken op grond van de aanwezigheid van een filiaal of activa. Hieronder zullen de bevoegdheden van de Belgische curator in West-Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Italië nagegaan worden.

Ondanks het Belgisch universeel faillissement en de internationale bevoegdheid van de Belgische curator, kon tot voor kort in *West-Duitsland* nogmaals een faillissement worden uitgesproken en bleven individuele vervolgingen door schuldeisers mogelijk. Voor het overige kon de Belgische curator in West-Duitsland in rechte optreden. Ofschoon het Bundesge-

(79) VAN HOUTTE, H., "Internationaal faillissementsrecht", *B.R.H.*, 1978, 385.

richtshof steeds ontkend heeft dat een buitenlands faillissementsvonnis enig direct gevolg heeft voor het eigendoms- of beschikkingsrecht van de gefailleerde handelaar over de Duitse activa, zou de curator van een gefailleerde vennootschap toch het beheer ervan kunnen overnemen. De bevoegdheden van de Belgische curator kunnen evenwel onmogelijk door de Duitse rechter erkend worden, indien het Belgisch vonnis dat het faillissement uitsprak en de curator aanstelde, niet voldoet aan de vereisten van par. 328 van de *Zivilprozessordnung* ⁸⁰.

Voor alle roerende goederen en rechten, welke zich in het *Verenigd Koninkrijk* bevinden, wordt de Belgische curator als *trustee* aanzien, wanneer geen Brits curator aangesteld werd. Hoewel de universaliteit van een buitenlands faillissement voor de Britse onroerende goederen niet erkend wordt, zou het tot de discretionaire bevoegdheid van de rechter behoren, om de Belgische curator toe te staan er één te verkopen. De curator van een in België gefailleerde vennootschap heeft analoge bevoegdheden als de curator van een handelaar in dezelfde situatie ⁸¹.

In *Italië* kan de rechter een Belgisch faillissementsvonnis erkennen, maar zal hij voor de maatregelen van dwanguitvoering de *delibazione* moeten verlenen. De Belgische curator kan dan goederen die naar Belgisch recht tot de massa behoren, revindiceren. Zonder de formele erkenning van art. 769 van het Italiaans Gerechtelijk Wetboek is de curator evenwel onbevoegd om onroerende goederen te verkopen ⁸².

b. Erkenning en exequatur van buitenlandse faillissementen in België.

De vreemde curator kan in België slechts optreden als een aantal voorwaarden voldaan zijn. Uiteraard moet het faillissementsvonnis dat hem aanstelde, aanspraak maken op een universele uitwerking. Een rechterlijke beslissing kan in het buitenland immers geen ander gevolg hebben dan wat haar wordt toegekend door de wetten van het land waar ze werd uitgesproken. Bovendien moet de vreemde faillissementsregeling aanvaardbaar lijken voor de Belgische rechtsorde: ze moet een op het Belgisch faillissement gelijkend juridisch systeem tot stand brengen. Beide regelingen hoeven niet identiek te zijn. Het is voldoende dat hun essentiële elementen overeenstemmen. Zo zou de Belgische rechter een buitenlands faillissement van een niet-handelaar kunnen erkennen, ofschoon deze in België niet failliet verklaard kan worden ⁸³.

(i) *Verdragsrecht.*

(80) VAN HOUTTE, *l.c.*, 386-387.

(81) VAN HOUTTE, H., *l.c.*, 387-388.

(82) VAN HOUTTE, H., *ibid.*

(83) GEINGER, H., *l.c.*, 130.

De Verdragen die België gesloten heeft met Frankrijk, Nederland en Oostenrijk bevatten het beginsel van wederkerigheid. Wat uiteen gezet werd voor het optreden van de Belgische curator in deze landen, geldt ook voor de Franse, Nederlandse en Oostenrijkse curator in België ⁸⁴.

(ii) *Intern recht.*

Faillietverklaringen, faillissementsregelingen en curatoren uit andere landen, kunnen in België alleen erkend worden indien het vonnis beantwoord aan de algemene erkenningscriteria van art. 570 Ger.Wb ⁸⁵

In dit verband is het interessant de historische ontwikkeling van deze regeling te schetsen.

De Tribunal de Commerce van Parijs had het faillissement uitgesproken van een Franse handelaar met domicilie te Parijs. Een Antwerpse bankier, schuldeiser van de gefailleerde, stelde tegen hem een vordering tot faillietverklaring in voor de Rechtbank van Koophandel van Antwerpen. De eis van de schuldeiser werd ingewilligd. Het Hof van Beroep hervormde deze beslissing en wees de vordering af. Op gelijklopende conclusies van het Openbaar Ministerie verwierp het Hof van Cassatie de voorziening tegen het arrest van het Hof van Beroep ⁸⁶. Volgens Cassatie behoorde het faillissement tot het personeel statuut van de handelaar. De raadsheren schreven: "(...) qu'il est admis généralement, surtout entre nations voisines et amies, que la personne et ses biens mobiliers sont régis, même en pays étranger, par le statut de son domicile."

In 1889 oordeelde het hoogste rechtscollege "(...) que la loi sur les faillites, ne régissant qu'un état purement temporaire, ne saurait être un statut personnel, celui-ci supposant un état permanent inséparable de l'individu. Aucune disposition légale ne fait dépendre de cette dernière la personnalité du statut." ⁸⁷

De rechtsleer bevestigde dat de Faillissementswet een wet van politiek en veiligheid is. ROLIN preciseerd dat deze kwalificatie overdreven is, omdat ze tot gevolg zou hebben dat de wet toepasselijk is op al diegenen die zich slechts tijdelijk op het grondgebied bevinden, zonder er een woon- of verblijfplaats te hebben. Hij omschrijft de faillissementsregeling als een wet van handelspolitiek en economisch belang, toepasselijk op alle handelaars, wat ook hun nationaliteit is, die hun woonplaats in ons land hebben. Dit volstaat om aan het faillissement zijn karakter van personeel statuut te ontzeggen ⁸⁸.

(84) VAN HOUTTE, H., *l.c.*, 388-389.

(85) RIGAUX, F., *Les grands arrêts de la jurisprudence belge: droit international privé*, Brussel, Larcier, 1981, 110-116.

(86) Cass., 6 augustus 1852, *Pas.*, 1853, I, 155.

(87) Cass., 23 mei 1889, *Pas.*, 1889, I, 229.

(88) ROLIN, A., "Etude sur la faillite en droit international privé", *Revue de droit international et de législation comparée*, 1903, II, 514.

Het Cassatie-arrest van 1852 heeft ook de uitwerking in België erkend van de rechterlijke beslissing waarbij de Franse rechtbank als rechter van het domicilie van de handelaar, hem failliet heeft verklaard. Deze oplossing kon toen uiteraard nog niet gesteund worden op het latere Belgisch-Franse Verdrag, noch op art. 570 van het huidige Ger.Wb., maar werd door het Hof gebaseerd op het gemultilateraliseerde art. 3, derde lid B.W.

Voor de erkenning van het buitenlands faillissementsvonnis vereist art. 570 Ger.Wb. dat de rechten van verdediging van de schuldeisers geëerbiedigd worden. Dit verhindert niet dat een akkoord of kwijtschelding van schuld niet bindend zou zijn voor de afwezig gebleven schuldeisers. De faillissementsprocedure moet, vooral wat betreft publicatiemaatregelen en organisatie, de rechten van verdediging van de hele groep schuldeisers respecteren ⁸⁹.

Een andere erkenningsvereiste is de eerbied voor de beginselen van de Belgische internationaal privaatrechtelijke openbare orde. Belangrijk hier is de gelijkheid van alle schuldeisers onder de buitenlandse faillissementsregeling. Aldus kunnen faillietverklaringen die enkel eigen onderdanen als schuldeisers toelaten, onmogelijk in België worden erkend. De Rechtbank van Koophandel van Brussel besliste dat een Duits vonnis waarbij het faillissement van een Duitse vennootschap met zetel in West-Duitsland, voor geopend verklaard werd, niet in België erkend kon worden, omdat de Duitse wet een territoriaal en partieel faillissement ten voordele van de Duitse schuldeisers toelaat ⁹⁰. Volgens de Duitse wetgeving kunnen de Belgische schuldeisers hun rechten niet laten gelden op goederen die zich in Duitsland bevinden, indien zij toebehoren aan een schuldenaar wiens faillissement in België werd open verklaard. De Duitse schuldeisers daarentegen zouden in het kader van hetzelfde faillissement kunnen beschikken over goederen die in België gelegen zijn. VAN HOUTTE was het hiermee oneens. Het kwam de Belgische rechter niet toe de Duitse wetgever de les te spellen wegens een wetsartikel dat in casu zelfs niet toegepast werd. Hij moest enkel controleren of de erkenning van het faillissementsvonnis gevolgen zou hebben tegen de essentiële morele, politieke of maatschappelijke waarden. Indien de toetsing tot het vonnis beperkt was gebleven zou niets de erkenning ervan in de weg hebben gestaan.

Een buitenlands curator wiens bevoegdheid door de partijen of door de Belgische rechter erkend werd, mag in België alle daden van beheer en bewaring verrichten, rechtsoverdrachten tegen de schuldenaars van de gefailleerde instellen, tussenkomen in processen, overeenkomsten met de schuldeisers van de gefailleerde sluiten en roerende goederen in de failliete boedel verwezenlijken. Voor handelingen van gedwongen tenuitvoerlegging en verkoop van onroerende goederen, moet hij voor de Rechtbank van Eerste Aanleg een procedure instellen om het exequatur van het buitenlands vonnis te verkrijgen. Het exequatur voor maatregelen van gedwongen ten-

(89) VAN HOUTTE, H., *l.c.*, 389.

(90) Kh. Brussel, 20 juni 1975, *B.R.H.*, 1976, 629.

uitvoerlegging behelst een specifieke procedure, terwijl voor de verkoop van onroerende goederen erkenning volstaat ⁹¹. De Rechtbank kan het exequatur alleen verlenen voor het gedeelte van het vreemde vonnis dat niet strijdig is met de beginselen van de Belgische internationaal privaatrechtelijke openbare orde.

c. Het arrest van het Bundesgerichtshof van 11 juli 1985 ⁹².

Dit arrest veroorzaakte een totale ommekeer in de Duitse jurisprudentie voor wat de uitwerking van buitenlandse faillissementsvonnissen in de Bondsrepubliek betreft. Het is van groot belang voor de Belgische hoven en rechtbanken. Ze zullen terzake hun standpunt moeten herzien.

(i) De toestand volgens de vroegere rechtspraak.

Volgens art. 237 van de Duitse *Konkursordnung* kan een buitenlandse faillietverklaring de procedure van gedwongen tenuitvoerlegging tegen de vertegenwoordiger van de gefailleerde voor de in West-Duitsland gelegen goederen, niet verlammen. De rechtspraak van het Bundesgerichtshof beschouwde deze bepaling als het territorialiteitsbeginsel in het faillissementsrecht. De opening van een vreemd faillissement moet immers beschouwd worden als een gedwongen executiemaatregel, uitgaande van de openbare macht, waarvan de gevolgen beperkt blijven tot het grondgebied van de betrokken staat.

Voor curatoren van vennootschappen werd niet gerefereerd naar art. 237. Hun toestand werd, als probleem van vertegenwoordiging van rechtspersonen, beschouwd als deel van het vennootschapsrecht. Volgens het Duits I.P.R. is dan alleen het recht van de plaats van de vennootschapszetel toepasselijk. De tussenkomst van de curatoren van buitenlandse gefailleerde vennootschappen zal volgens dat recht beoordeeld worden.

(ii) Naar een erkenning van buitenlandse faillissementen.

Deze rechtspraak werd in vraag gesteld door de Duitse rechtsleer, die het privaatrechtelijk karakter van de opening van het faillissement beklemtoonde. De souvereiniteit van de Duitse Bondsrepubliek zou alleen bepalingen rechtvaardigen die de gevolgen van buitenlandse faillissementen beperken, om Duitse schuldeisers de mogelijkheid te geven maatregelen van dwanguitvoering te nemen in de Bondsrepubliek, zonder rekening te moeten houden met de opening van het faillissement in het buitenland.

(91) VAN HOUTTE, H., *l.c.*, 390.

(92) Bundesgerichtshof, 11 juli 1985, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, 2897. Zie ook WELTER, R. "Le revirement de la jurisprudence allemande en matière de droit international de la faillite", *T.B.H.*, 1986, 503-507.

In 1985 werd de universaliteit van een in België uitgesproken faillissement, met betrekking tot de in West-Duitsland gelegen activa, erkend. Voor de erkenning van het vreemde faillissement moeten drie voorwaarden cumulatief vervuld zijn. Vooreerst moet het vreemde faillissementsbegrip enigszins overeen stemmen met het Duitse. Vervolgens moet de vreemde rechter internationaal bevoegd zijn. Tenslotte mag de faillietverklaring niet indruisen tegen de Duitse internationaal privaatrechtelijke openbare orde. In casu aanvaardde het Hof dat de Belgische curator de Duitse activa in de afwikkeling van het faillissement betrok. Ook de uitspraak ten gronde is interessant. De wet die de hoofdschuldvordering beheerst (de *lex obligationis*), bepaalt of schuldvergelijking in het algemeen toegelaten is en de wet van het faillissement (de *lex concursus*) bepaalt of een dergelijke operatie in geval van faillissement kan toegestaan worden.

Het Bundesgerichtshof geeft een ruime verantwoording voor haar ommekeer. Volgens het Hof hangt de erkenning van een akte, uitgaande van een buitenlandse overheid, af van de classificatie die eraan gegeven wordt. Zulke akte gaat uit van het openbaar gezag, maar heeft gevolgen in het privaatrecht. Verder stelt het Hof dat wederzijdse verbondenheid tussen de nationale economieën, vooral binnen de E.G., de erkenning van buitenlandse falingen gewoon noodzakelijk maakt. Bovendien meent het dat het niet langer duldbaar is dat het Duitse recht een universele roeping heeft voor faillissementen, in West-Duitsland geopend, terwijl in het buitenland uitgesproken faillietverklaringen er geen gevolg kunnen hebben.

(iii) Gevolgen van deze ommekeer.

De Belgische rechtspraak en rechtsleer hebben zich altijd uitgesproken voor de eenheid en universaliteit van het faillissement. Deze beginselen behoren trouwens tot de Belgische internationaal privaatrechtelijke openbare orde. Het Duitse faillissementsrecht kan door de Belgische hoven en rechtbanken niet toegepast worden in de mate dat dit recht de universaliteit van het faillissement alleen voorziet ten voordele van de Duitse schuldeiser en op deze wijze zowel de vreemde schuldeisers als faillissementen discrimineert. In het licht van het arrest van 1985 moet dit standpunt herzien worden. Het Hof heeft aan het Duits faillissementsrecht een beeld willen geven dat zulke tegenmaatregelen niet uitlokt.

III. HET E.G.-ONTWERP VAN EUROPEES FAILLISEMENTS-VERDRAG ⁹³.

1. Totstandkoming van het Ontwerp.

In art. 220 van het E.E.G.-Verdrag waren de oorspronkelijke zes lidstaten reeds overeengekomen "(...) voor zover nodig, met elkaar in onderhandeling te treden, ten einde voor hun onderdanen de formaliteiten waaraan de wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen en scheidsrechterlijke uitspraken onderworpen zijn, te vereenvoudigen". In een nota van de E.G.-Commissie van 22 oktober 1959 aan de lidstaten werd terecht opgemerkt dat een interne markt pas gerealiseerd zou zijn indien een voldoende rechtsbescherming voor alle E.G.-onderdanen ge waarborgd wordt.

Na voorbereidend werk van een Comité van deskundigen (samengesteld uit regeringsafgevaardigden en waarnemers van de Benelux-Studiecommissie tot Eenmaking van het Recht en van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht) kwam op 27 september 1968 te Brussel het Verdrag tot stand betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, later gewijzigd door het Toetredingsverdrag van 9 oktober 1978. Gezien de complexiteit van bij een faillissement rijzende vraagstukken en om de totstandkoming van het E.E.X.-Verdrag niet te vertragen, werd besloten de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen inzake het faillissement buiten het toepassingsgebied van het Verdrag van 1968 te houden en voor deze materie een afzonderlijk Verdrag te ontwerpen, waarbij zoveel mogelijk de beginselen van het E.E.X.-Verdrag zouden worden gevolgd.

Een eerste Ontwerp dateert van 1970, maar door de toetreding van Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk in 1973, moesten de onderhandelingen opnieuw beginnen.

In juni 1980 werd het huidige Ontwerp aan de Voorzitter van de Raad, aan de vertegenwoordigers van de lidstaten en aan de Voorzitter van de Commissie voorgelegd door de heer Lemontey, de voorzitter van de werkgroep, tevens auteur van het rapport bij het Ontwerp ⁹⁴. De inhoud ervan wordt hieronder weergegeven in de drie geijkte stappen.

2. Inhoud van het Ontwerp.

a. De internationale bevoegdheid.

In art. 2 van het Ontwerp wordt de keuze voor de eenheid en univer-

(93) Ontwerp van Verdrag inzake faillissement, akkoord en andere soortgelijke procedures, *Publ. E.G.*, C, suppl. 2/82, 1982, 5-46.

(94) LEMONTEY, M., "Rapport over het verdrag inzake faillissement, akkoord en soortgelijke procedures", *Publ. E.G.*, Deel C, supplement 2/82, 1982, 47-123.

saliteit van het faillissement resoluut bevestigd. Wanneer in één lidstaat het faillissement wordt geopend, heeft deze beslissing van rechtswege gevolgen op het grondgebied van de andere lidstaten. Dezelfde natuurlijke of rechtspersoon kan niet nog eens failliet verklaard worden. Op basis van dit eenheidsbeginsel koos men in art. 3 van het Ontwerp voor een directe algemene internationale bevoegdheidsgrond. Hiervoor wordt gebruik gemaakt van een communautair en autonoom criterium: de ligging van het *zakencentrum* van de schuldenaar. Dit criterium wordt nader omschreven als "de plaats waar de schuldenaar zijn voornaamste belangen pleegt te beheren". Voor rechtspersonen wordt in dit verband een weerlegbaar vermoeden geformuleerd: de statutaire zetel wordt geacht het zakencentrum uit te maken.

Voor het geval het zakencentrum buiten de territoria van de lidstaten ligt, voorziet art. 4 in een subsidiaire bevoegdheidsgrond: de plaats waar zich een *vestiging* bevindt. Ook dit criterium wordt nader gedefinieerd als "de plaats waar door de schuldenaar, hetzij door hemzelf, hetzij in zijn naam en voor zijn rekening, een activiteit wordt uitgeoefend die een reeks verrichtingen bevat".

Is er evenmin een vestiging op het grondgebied van één der lidstaten, dan zullen volgens art. 5 de subsidiaire criteria van de wetgeving of jurisprudentie van de lidstaten toegepast worden.

Art. 15 van het Ontwerp voorziet dat de rechter van de staat waar het faillissement is uitgesproken, meteen ook bevoegd is om kennis te nemen van een aantal rechtsvorderingen die uit het faillissement ontstaan (theorie van de "*vis attractiva concursus*") en die limitatief opgesomd zijn. Een uitzondering op de regel vormen de geschillen over vorderingen waarvoor een instantie bevoegd is verklaard door de wet van het land waar de vorderingen worden geïnd (fiscale vorderingen en sociale zekerheidsbijdragen), of door de wet, toepasselijk op de arbeidsovereenkomst. Om de internationale bevoegdheid, het bestaan en het bedrag van de vordering en het bestaan en de omvang van het daaraan verbonden voorrecht vast te stellen, moet men dus teruggrijpen naar de gewone bevoegdheidsregels van het betrokken land. Een analoge afwijkende regeling werd getroffen voor geschillen over vorderingen waarvoor algemene of bijzondere voorrechten gelden of waarvoor zekerheden zijn gesteld op goederen, die aan inschrijving onderworpen zijn. De rechter van de staat waar het faillissement is uitgesproken, is tenslotte evenmin bevoegd voor de betwistingen omtrent de beëindiging van lopende arbeidsovereenkomsten en overeenkomsten betreffende onroerende goederen. Alle rechtsvorderingen, die volgens de verschillende nationale wetten voortkomen uit het faillissement, maar die niet opgenomen zijn in de limitatieve lijst van art. 15, vallen onvermijdelijk onder het toepassingsgebied van het E.E.X.-Verdrag⁹⁵.

(95) LEMONTEY, M., *l.c.*, 60-75.

b. Het toepasselijk recht.

Art. 17 van het Ontwerp bepaalt dat de vereisten voor de faillietverklaring worden vastgelegd door het intern recht van de staat waar de volgens dit Verdrag bevoegde rechter zich bevindt (de *lex fori concursus*). Volgens de door de Haagse Conferentie voor I.P.R. vastgelegde terminologie moet onder "het interne recht" begrepen worden: de materiële wetgeving van de betrokken staat, met uitsluiting van het I.P.R. Onder de "vereisten voor faillietverklaring" vallen onder meer: de grondvoorwaarden in hoofde van de schuldenaar (staking van betaling, wankelen van krediet, insolventie, al dan niet handelaar zijn); wie het faillissement kan uitlokken (verzoekschrift van de schuldeiser, aangifte door de debiteur zelf, ambtshalve door de rechter, op vraag van het Openbaar Ministerie); de vorm van en de rechtsmiddelen tegen de beslissing, ...

Ingevolge art. 18, eerste lid van het Ontwerp bepaalt de *lex fori concursus* eveneens het verloop van de te volgen procedure: de benoeming en de bevoegdheden van de faillissementsorganen; de vaststelling van de totaliteit van alle schuldeisers; de modaliteiten en gevolgen van de indiening, verificatie en toelating van de schuldvorderingen en het passief; de vereisten voor en de gevolgen van de verschillende wijzen van beëindiging van de procedure; de opeisbaarheid van vorderingen onder tijdsbepaling; de schorsing van lopende intresten, enz.⁹⁶

Art. 18, tweede lid van het Ontwerp opent weer de mogelijkheid van toepassing van het I.P.R.-systeem van het *forum concursus* en verleent hieraan een algemene draagwijdte, wat betreft de gevolgen van het faillissement en de voorwaarden voor tegenwerpelijkheid aan derden. In deze bepaling wordt de uitdrukking "het recht van de staat waar het faillissement is uitgesproken" gebruikt in tegenstelling tot de term "het interne recht", waarvan sprake in de artt. 17 en 18, eerste lid. Het op de gevolgen van het faillissement toepasselijke recht wordt aangeduid door het verwijzingsrecht van de rechter die het faillissement uitspreekt (vaak is dit de *lex fori*), voor zover op deze aanduiding niet wordt geanticipeerd en geen eengemaakte regelingen worden getroffen door de speciale bepalingen van Titel IV van het Ontwerp, die al dan niet met de *lex fori* overeenstemmen. Inderdaad voorziet deze Titel heel wat uitzonderingen op de algemene beginselen van de artt. 17 en 18⁹⁷.

Zo levert art. 37 voor de curator een welkome aanvulling op het toepasselijke recht. Wanneer de *lex fori concursus* geen grond oplevert tot het instellen van de *actio pauliana* tegen de gewraakte handeling, maar het recht van de staat dat de handeling beheerst, daarin wel voorziet, dan primeert dit laatste, alsof het faillissement in die staat was uitgesproken. Verder bepaalt art. 38 dat de gevolgen van het faillissement ten aanzien van de arbeidsovereenkomst, beheerst worden door het recht, toepasselijk op het ar-

(96) LEMONTEY, M., *l.c.*, 75-76.

(97) LEMONTEY, M., *l.c.*, 76.

beidscontract, indien dit het recht is van een E.G.- lidstaat. Zoniet blijft de *lex fori concursus* toepasselijk. Doorgaans zal het recht, toepasselijk op de arbeidsovereenkomst, de door partijen gekozen wet zijn, waarbij dan wel de dwingende regels van de *lex causae* moeten nageleefd worden ⁹⁸. Voor huur-, pacht- en koopovereenkomsten van onroerende goederen en koopovereenkomsten met een combinatie van roerende en onroerende goederen worden de gevolgen van de faillietverklaring beheerst door het recht van de plaats waar deze goederen zijn gelegen (artt. 39 en 40).

Over de koopovereenkomsten met eigendomsvoorbehoud kon blijkbaar nog geen overeenstemming bereikt worden. In art. 41 twijfelt men voor een beoordeling van de geldigheid van de *clause* tussen het recht, aangewezen door het I.P.R., van de *lex fori concursus*, de *lex fori concursus* zelf en de *lex contractus*. Voor de tegenwerpelijkheid van het eigendomsvoorbehoud aan de failliete boedel bestaan eveneens drie alternatieven: een uniforme materieelrechtelijke regeling via het *procédé* van de eenvormige wet, de *lex rei sitae* op het ogenblik van de faillietverklaring of de *lex fori concursus*.

Het complexe probleem van de voorrechten en zekerheden wordt geregeld in de artt. 43 tot 52 van het Ontwerp. Hier werd voor de minst onvolmaakte en minst ingewikkelde oplossing gekozen: alle zekerheden worden onderworpen aan het recht van het land waar de goederen waarop de zekerheden betrekking hebben, gelegen zijn. Daartoe moest men het principe van de eenheid en universaliteit enigszins laten varen, door de vorming van evenveel onderboedels als er lidstaten zijn met te vereffenen goederen op hun grondgebied. De curator zal evenwel pas na de vereffening, onder controle van de faillissementsrechter, uitsluitend voor de berekening tot creatie van deze onderboedels overgaan (art. 43). Wel moesten verdelingsregels in het Ontwerp worden uitgewerkt om rekening te houden met schuldvorderingen in verschillende landen, gewaarborgd voor ongelijke bedragen en met zekerheden van verschillende aard of rang ⁹⁹.

c. Erkenning en exequatur.

Art. 56 van het Ontwerp formuleert de erkenning van rechtswege ¹⁰⁰.

In tegenstelling tot het E.E.X.-Verdrag, waarin de tenuitvoerlegging onderworpen wordt aan een (weliswaar summier) exequaturprocedure, huldigt art. 60 de tenuitvoerlegging van rechtswege, na erkenning op basis van art. 56. Aldus zal een faillissementsvonnis gevolgen ressorteren en uitgevoerd worden in alle E.G.-lidstaten, waar zich goederen van de gefailleurde bevinden.

De automatische erkenning en tenuitvoerlegging van een faillietverklaring kan alleen tegengehouden worden door een bijzondere verzetsproce-

(98) LEMONTEY, M., *l.c.*, 91-94.

(99) LEMONTEY, M., *l.c.*, 94-108.

(100) LEMONTEY, M., *l.c.*, 110-112.

deure. Deze zorgt ervoor dat het faillissement achteraf niet langer wordt erkend en ophoudt gevolgen te hebben in een andere staat. Opdat deze procedure een uitzondering zou blijven, heeft het Ontwerp haar beperkt tot de beslissingen waarbij een faillissement in gang wordt gezet en heeft het de gevallen waarin deze vordering kan worden ingesteld, tot een minimum beperkt (artt. 61 tot 66).

3. Enkele regels van eengemaakt materieel faillissementsrecht.

Een eerste soort regels, opgenomen in bijlage I van het Ontwerp wil het nationale recht aanpassen door de invoering van een eenvormige wet. Deze wet moet uiterlijk op de dag van inwerkingtreding van het Verdrag in de nationale wetgeving der lidstaten zijn ingevoerd. Het betreft het bewijs van het recht tot terugneming van de echtgenoot, de schuldvergelijking en eventueel de koopovereenkomst met beding van eigendomsvoorbehoud.

Een tweede soort materieelrechtelijke regels heeft niet de bedoeling het nationale recht te vervangen. Zij gelden alleen indien een faillissement in andere lidstaten gevolgen heeft. Men kan dit "satelliet"-eenvormig recht noemen. Stelt de schuldenaar na zijn faillietverklaring nog rechtshandelingen met betrekking tot zijn vermogen, waarover hij volgens de *lex fori* concursus het beheer- en beschikkingsrecht verloor, dan geldt de niet-tegenwerpelijke van deze handelingen ook in de andere landen, op voorwaarde dat de rechter die het faillissement uitsprak, de publicatie van de beslissing gelastte in het Publicatieblad van de E.G. (art. 27).

Tenslotte zijn er in het Ontwerp nog bepalingen omtrent de bevoegdheid van de curator (artt. 29 tot 32) en de omvang van het door de uitspraak getroffen vermogen van de schuldenaar (artt. 34 en 35)¹⁰¹.

4. Evaluatie van het Ontwerp.

Het Ontwerp vertoonde van in het begin een ernstig gebrek. Het ziet er zeer complex uit en geeft de indruk ontworpen te zijn door theoretici die de praktische moeilijkheden niet voldoende onderkennen. De tekst lijkt op een gesofisticeerd stukje speelgoed dat misschien niet zal werken, eens met de werkelijkheid geconfronteerd wordt¹⁰².

Ook de structuur van het Verdrag laat te wensen over. Het vormt een mengeling van materiële en formele regels.

De bevestiging van de eenheid en universaliteit vereist voor de internationale bevoegdheid directe en exclusieve criteria. Indien de schuldenaar zijn *zakencentrum* buiten de Gemeenschap heeft, maar *vestigingen* bezit in verschillende lidstaten, is de bevoegdheidstoewijzing niet langer exclusief.

(101) KORTHALS ALTES, A. "Naar een Europees faillissement: een moeizame weg", *Nederlands Juristenblad*, 1984, 548.

(102) DANIELE, L. "Les problèmes internationaux de la faillite: heur et malheur du projet de convention communautaire", *Cah. Dr. Eur.*, 1987, 513.

Hetzelfde geldt wanneer de schuldenaar zijn zakencentrum verplaatst van de ene lidstaat naar de andere. Gedurende een periode van zes maanden zullen dan twee rechters internationaal bevoegd zijn om het faillissement te openen. Aldus wordt een pluraliteit van faillietverklaringen in de hand gewerkt. In plaats van als subsidiair criterium de *voornaamste vestiging* te hanteren, of te kiezen tussen de rechter van de oorsprongstaat en de rechter van de staat van bestemming, wordt een stelsel van regels ter voorkoming van jurisdictiegeschillen uitgewerkt (artt. 13 en 14). Deze regeling gaat er evenwel van uit dat de rechters van de Europese landen volledig op de hoogte zijn dat tegen dezelfde schuldenaar elders al een faillissement loopt en dat de faillietverklaring al dan niet is uitgesproken. Het Ontwerp voorziet nergens een systeem van informatiedoorstroming of coöperatie tussen de rechters van de verschillende lidstaten ¹⁰³. Hoewel het algemeen beginsel blijft dat de faillissementsrechter de *lex fori concursus* moet toepassen, zal buitenlands recht toch veelvuldig op het menu staan; misschien zelfs als dagschotel, nu voor de *lex rei sitae* een grote rol is weggelegd, om nog te zwijgen van het vennootschapsstatuut (art. 11B), het recht van de registerstaat (art. 28), de *lex loci executionis* (artt. 29 en 33), de *lex obligationis* (art. 37) of het recht toepasselijk op de arbeidsovereenkomst (art. 38).

Het systeem van automatische erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse faillissementsvonnissen van de artt. 56 en 60 komt tegemoet aan het beginsel van eenheid en universaliteit en zal uitstekend functioneren indien slechts één faillietverklaring is uitgesproken. Vanaf het moment dat dezelfde schuldenaar in verschillende landen tegelijk failliet verklaard kan worden - wat het Ontwerp niet uitsluit - moet noodzakelijk in het Verdrag zelf geregeld worden welk van deze vonnissen "Europese werking" zal hebben. Art. 57 heeft daarin voorzien voor beslissingen van rechters met ongelijke bevoegdheid en art. 58 doet hetzelfde voor faillietverklaringen door rechters met concurrerende bevoegdheden. De onderliggende doelstelling van deze artikelen is uiteraard het herstel van de eenheid van het faillissement, die men niet had kunnen handhaven doorheen de regels betreffende de internationale bevoegdheid. De vraag is evenwel hoe deze voorrangregels in de praktijk zullen werken. Vermits geen enkele exequaturprocedure is voorzien, zal nooit komen vast te staan welke beslissing primeert. Elke belanghebbende zal dan zelf moeten nagaan of het faillissementsvonnis waarvan men hem de uitvoering vraagt of waarvan men hem de gevolgen tegenwerpt, wel deze is waaraan de artt. 57 of 58 "Europese werking" verlenen. Al deze problemen worden veroorzaakt door het feit dat het Ontwerp een systeem van automatische erkenning en tenuitvoerlegging wil koppelen aan een systeem van internationale bevoegdheidsregels, die niet in staat zijn de eenheid van het faillissement in de fase van de eigenlijke faillietverklaring te verzekeren. Misschien hadden de opstellers van het Ontwerp toch beter een summiere en snelle exequaturprocedure voorzien, zoals in het E.E.X.-

(103) DANIELE, L., *l.c.*, 515- 518.

Verdrag, zodat de voorrang van één faillissementsvonnis voor elke staat definitief en algemeen zou vaststaan. De ongemakken, verbonden aan het tijdsverloop om in elk land dergelijk exequatur te bekomen, zouden zeker gecompenseerd worden door de voordelen, in termen van rechtszekerheid, die eruit zouden voortvloeien ¹⁰⁴.

BESLUIT.

Doorheen dit artikel is vrij duidelijk aan het licht gekomen dat de dogmatische keuze voor de beginselen van eenheid en universaliteit van het faillissement, wellicht het meest overeenstemmen met de geest van het E.E.G.-Verdrag en de grote doelstelling ervan, nl. de totstandkoming van een Europese Eenheidsmarkt. Die keuze stelt echter in de juridische praktijk enorme problemen.

Anderzijds lijkt het voor de meest E.G.-lidstaten, die tot nu toe de principes van territorialiteit en pluraliteit huldigden, zeer moeilijk om van deze traditie af te stappen. Een uitzondering hierop vormt de Duitse Bondsrepubliek.

Hier ligt dan ook de oorzaak van het complexe en onvolmaakte karakter van het huidige Ontwerp van Europees Faillissementsverdrag. De weg naar een eengemaakt Europees internationaal privaatrecht inzake faillissement is dus nog zeer lang.

(104) DANIELE, L., *l.c.*, 518- 520.