

De Europese Insolventieverordening

Efficiënte afwikkeling van grensoverschrijdende insolventieprocedures: universalisme of territorialiteit? Is het glas halfvol of halfleeg?

Bart Garré

Onder wetenschappelijke begeleiding van Prof. Dr. E. Dirix

1. INLEIDING

De totstandkoming van de Europese Insolventieverordening¹ in mei 2000 was een antwoord op de problemen bij de afhandeling van grensoverschrijdende insolventieprocedures. Vooreerst moest de toepassing van de “*grab rule*” vermeden worden. Dat enkel de sterkste en snelste schuldeisers voldoening krijgen is niet billijk: *first come, first serve* voldoet hier niet.²

Een tweede probleem bij grensoverschrijdende insolventieprocedures was de grote verscheidenheid aan materieel insolventierecht in de verschillende E.U.-lidstaten. Die versnippering leidde ertoe dat er bij de afwikkeling van insolventieprocedures bevoegdheids- en wetsconflicten ontstonden tussen de rechters en curatoren van de onderscheiden lidstaten. Dat probleem had twee mogelijke oplossingen: universaliteit³ of territorialiteit⁴ van de procedure. In het verleden stonden die principes lijnrecht tegenover elkaar. België⁵, Luxemburg en Duitsland prefereerden de toepassing van het

¹ Verord. (EG) nr. 1346/2000 Raad 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures.

² T. BOSLY, ‘La faillite internationale. Une ère nouvelle s’est-elle ouverte avec le règlement du Conseil du 29 mai 2000 ?’, *J.T.* 2001, 689, nr. 2.

³ Voor de mogelijke rechtsgronden van het universalisme: zie T. BOSLY, ‘La faillite internationale. Une ère nouvelle s’est-elle ouverte avec le règlement du Conseil du 29 mai 2000 ?’, *J.T.* 2001, 690, nr. 7.

⁴ Voor de mogelijke rechtsgrond van het territorialisme: zie T. BOSLY, ‘La faillite internationale. Une ère nouvelle s’est-elle ouverte avec le règlement du Conseil du 29 mai 2000 ?’, *J.T.* 2001, 691, nr. 9.

⁵ E. DIRIX en V. SAGAERT, “Cross-Border Insolvency in Belgian Private International Law”, *Int. Insol. Rev.* 2006, 58; K. SWERTS, «Procesvoering bij internationale faillissementen gemakkelijker», *Juristenkrant* 2002, afl. 52, 12; I. VEROUGSTRAETE, “Les aspects internationaux e la faillite et du concordat” in O. BERTIN en I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, 723, nr. 1179; N. WATTÉ, “Droit international privé (conflit de lois) (deuxième partie)”, *R.C.J.B.* 2005, 317.

universaliteitsbeginsel, in tegenstelling tot Frankrijk, Engeland, Oostenrijk, Nederland, Italië, Finland en Zweden.⁶ Een collectieve insolventieprocedure omvatte alle activa van de debiteur en alle betrokken staten dienden de rechtsgevolgen van de procedure te erkennen voor de schuldeisers en goederen die zich op het eigen grondgebied bevonden. Het universalisme gaat noodzakelijk samen met de eenheid/uniciteit van de insolventieprocedure, wat inhoudt dat slechts één rechtbank bevoegd is om tot de liquidatie of sanering van die ene boedel te besluiten.⁷ Een universele benadering van een insolventieprocedure heeft als voordeel dat de gelijkheid tussen schuldeisers (art. 8 Hyp.W.) strikter nageleefd wordt.⁸ Er is immers maar één ‘curator’ die voor alle samenlopende schuldeisers optreedt t.a.v. alle activa van de debiteur (één boedel), onder het toezicht van één rechtbank en met in acht name van één set van rechtsregels.⁹ Verder heeft de debiteur er ook zelf baat bij dat de insolventieprocedure een universeel cachet heeft. Het bespaart hem heel wat tijd en kosten, aangezien er slechts één curator betaald moet worden en er geen tijdrovend conflict kan ontstaan tussen de curatoren van verschillende procedures.¹⁰ TORREMANS wijst er echter op dat de erkennings- of exequaturprocedure die volgt op een universele insolventieprocedure ook heel wat problemen en tijdsverlies kan veroorzaken.¹¹ Bovendien hing de effectieve universele werking van een insolventieprocedure in andere landen af van de keuze van die staten tussen universalisme en territorialisme. Landen met een territorialistische visie op insolventieprocedures prefereerden de opening van een afzonderlijke territoriale procedure boven de erkenning van een Belgische zelfverklaarde universele procedure. Dat gebrek aan harmonisatie wou de Verordening aanpakken.¹² De universalistische visie in België hield eveneens in dat een buitenlandse insolventieprocedure *de plano* effect sorteerde m.b.t. de activa die in België gelegen waren, zonder dat een exequatur vereist was.¹³ De daden van tenuitvoerlegging vereisten echter wel een voorafgaande erkenning. Dit vormde geen probleem indien de buitenlandse insolventieprocedure het universaliteitsprincipe hanteerde. Zoniet, konden de activa die zich in België

⁶ T. KRUGER, “De Europese Insolventieverordening: een toepassing”, (noot onder Kh. Tongeren 2003), *T.B.H.* 2004, afl. 1, 72, nr. 3; P. WAUTELET, “De Europese Insolventieverordening”, in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (eds.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 103.

⁷ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 3; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 1998, 617.

⁸ I. VEROUGSTRAETE, “Les aspects internationaux e la faillite et du concordat” in O. BERTIN en I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, 723, nr. 1177.

⁹ H. VAN HOUTTE, “Internationaal Faillissementsrecht”, *T.B.H.* 1978, 373-374.

¹⁰ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 4-6; H. VAN HOUTTE, “Internationaal Faillissementsrecht”, *T.B.H.* 1978, 373.

¹¹ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 6-7.

¹² E. DIRIX en V. SAGAERT, “Cross-Border Insolvency in Belgian Private International Law”, *Int. Insol. Rev.* 2006, 58.

¹³ Cass. 6 augustus 1852, *Pas.* 1853, 146; Cass. 23 mei 1889, *Pas.* 1889, 229.

situeerden niet gebruikt worden voor de betaling van de schuldeisers, aangezien de buitenlandse territoriale procedure zich enkel uitstrekt tot de goederen op haar grondgebied gelegen en een Belgische insolventieprocedure in dat geval niet mogelijk is omwille van haar universeel karakter dat strijdig zou zijn met de ‘*de plano*’-erkenning van de buitenlandse (territoriale) insolventieprocedure.¹⁴ De Verordening diende ook hiervoor een oplossing te bieden.

De aanhangers van het universalisme argumenteerden tevens dat het universalisme voortvloeide uit de aard zelf van een insolventieprocedure. Vooreerst is dergelijke procedure een situatie van collectieve samenloop, waarbij één curator optreedt voor alle schuldeisers met het oog op de vereffening en verdeling van het hele vermogen van de insolvens. Ten tweede, vormt het vermogen een één en ondeelbaar geheel dat verbonden is aan de persoon van de debiteur en waarover enkel de rechtbank van de woonplaats van de debiteur bevoegdheid heeft. Art. 7 Hyp.W. bepaalt immers dat de debiteur met heel zijn vermogen gebonden is tot naleving van zijn verbintenissen.¹⁵

Gaandeweg kwam men echter tot de conclusie dat een enkele en universele insolventieprocedure voor de hele Gemeenschap moeilijk uitvoerbaar is zonder afbreuk te doen aan vóór de opening van de procedure ontstane rechten die bestaan krachtens de uiteenlopende nationale rechtsstelsels van de lidstaten.¹⁶ De materieelrechtelijke verschillen inzake zakelijke zekerheidsrechten en voorrechten en hun tegenwerpbaarheid bij een collectieve insolventieprocedure, zouden het rechtmatig vertrouwen van schuldeisers kunnen schaden.¹⁷ Door alle staten ondertekende verdragen bleken geen afdoende oplossing te bieden en de harmonisering van het materieel insolventierecht drong zich op. Gezien de vele nationale verschillen, was/is dit echter een praktisch onmogelijk.

Een zuiver territorialisme vormt evenmin een adequate oplossing. Het impliceert immers een verdeelde aanpak met het risico van ongelijke behandeling van de schuldeisers van de verschillende lidstaten. Anderzijds kan men stellen dat het universalisme, eerder dan het territorialisme, een inbreuk vormt op de *paritas creditorum*-regel. Schuldeisers uit een andere staat dan die waar de insolventieprocedure geopend werd, bevinden zich immers in een nadeligere positie dan de binnenlandse schuldeisers. De kans is reëel dat de

¹⁴ E. DIRIX en V. SAGAERT, “Cross-Border Insolvency in Belgian Private International Law”, *Int. Insol. Rev.* 2006, 59.

¹⁵ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 4-5; H. VAN HOUTTE, “Internationaal Faillissementsrecht”, *T.B.H.* 1978, 373.

¹⁶ T. BOSLY, ‘La faillite internationale. Une ère nouvelle s’est-elle ouverte avec le règlement du Conseil du 29 mai 2000 ?’, *J.T.* 2001, 693, nr. 29.

¹⁷ B. WESSELS en M. PH. VAN SINT TRUIDEN, *Insolventierecht: tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2006, 467, nr. 10.

eerstgenoemde schuldeisers niet op de hoogte zijn van een buitenlandse insolventieprocedure en bovendien liggen de kosten van aangifte van hun schuldvordering bij hen veel hoger.

Ondertussen is men het erover eens te zijn dat de tweestrijd tussen universalisme en territorialiteit achterhaald is.¹⁸ Zo is de Europese Insolventieverordening geëvolueerd naar een systeem van “gecoördineerde pluraliteit van procedures”¹⁹ (*mitigated universality*²⁰ of *mitigated Europeanism*²¹). In het land waar de debiteur het centrum van zijn voornaamste belangen heeft gevestigd, kan een hoofdprocedure worden geopend die universele werking heeft. In andere lidstaten kan echter nog steeds een nationale procedure opgestart worden, op voorwaarde dat de betrokken debiteur in die lidstaat een vestiging heeft. Die territoriale procedure heeft dan enkel rechtsgevolgen voor de goederen op het grondgebied van die bepaalde lidstaat. De territoriale procedures matigen (*mitigate*) zo de Europese draagwijdte van de hoofdprocedure. De Europese Insolventieverordening is dus duidelijk een compromis tussen het universaliteits- en territorialiteitsbeginsel enerzijds, en de uniciteit (één boedel ongeacht de plaats waar de goederen gelegen zijn) en pluraliteit (meerdere boedels) van het faillissement anderzijds.²² De pluraliteit aan procedures (hoofd- en territoriale procedures) wordt gecoördineerd d.m.v. samenwerking tussen de verschillende curatoren.

De Raad redeneerde dat door een toenemende grensoverschrijdende activiteit van ondernemingen, de extra-territoriale gevolgen bij insolventie ook toenemen. Ten einde de goede werking van de interne markt te verzekeren, is de Gemeenschap dan ook verplicht om eenvormig verwijzingsrecht uit te vaardigen en om de maatregelen ten aanzien van het vermogen van de insolvente debiteur te coördineren. *Dépeçage*, toepassing van verschillende rechtstelsels op eenzelfde rechtsfeit, verhindert immers de efficiënte

¹⁸ N. WATTÉ en V. MARQUETTE, “Faillite internationale – Compétence – Effets d’une faillite prononcée à l’étranger – Sûretés réelles – Droit de préférence », *Eur. Rev. Private L.*, 1999, 292-294.

¹⁹ T.M. BOS, *Grensoverschrijdend faillissementsrecht in Europees perspectief: een studie naar het faillissement in het Internationaal privaatrecht van Nederland, België en Duitsland*, Deventer, Kluwer, 2000, nr. 9.3.4.10.

²⁰ M. VIRGÓS, “The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: an Insider’s View”, *Forum internationale*, nr. 25, 1998, Den Haag, Kluwer, 6, nr. 14.

²¹ M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 107.

²² K. SWERTS, « Procesvoering bij internationale faillissementen gemakkelijker », *Juristenkrant* 2002, afl. 52, 12; N. WATTÉ, “L’opposabilité des sûretés dans le nouveau règlement européen des procédures d’insolvabilité”, in Rev. dr. U.L.B., *Vers l’harmonisation en Europe du droit de l’insolvabilité et des garanties*, Brussel, Bruylant, 2001, 10, nr.4; N. WATTÉ en V. MARQUETTE, “Le règlement communautaire du 29 mai 2000, relatif aux procédures d’insolvabilité », *R.D.C.* 2001, 566, nr. 2; N. WATTÉ, “Droit international privé (conflit de lois) (deuxième partie)”, *R.C.J.B.* 2005, 317.

afwikkeling van een grensoverschrijdende insolventieprocedure.²³ Het dient wel benadrukt te worden dat de Verordening niet tot doel heeft om het nationale insolventierecht te harmoniseren. Een eenvormig insolventierecht is, ondanks bepaalde nationale gelijkenissen²⁴, niet meer dan een utopie.²⁵ De Verordening bestaat dan ook hoofdzakelijk uit verwijzingsregels van internationaal privaatrecht. De rechtsgrond voor de Verordening vinden we in art. 65 EG (“samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen”). Het beoogt een systeem van wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van grensoverschrijdende insolventieprocedures te installeren om zo de realisatie van de interne markt en de economische integratie te bevorderen.²⁶ De interne markt verbiedt dat partijen gestimuleerd worden om ter verbetering van hun rechtspositie geschillen of goederen van de ene lidstaat naar een andere over te brengen (*forum shopping*).²⁷ De Verordening wil dan ook een *level playing field* creëren door de nationale ongelijkheden inzake I.P.R. (en, in mindere mate, materieel insolventierecht) weg te werken.

Naast het evenwicht tussen universalisme en territorialiteit, zoekt men eveneens een middenweg tussen een efficiënte afwikkeling van de insolventieprocedure en respect voor het rechtmatig vertrouwen van de individuele schuldeisers.

De Raad probeert beide evenwichten te bereiken “door, enerzijds, een systeem van gecoördineerde pluraliteit en door, anderzijds, specifieke bepalingen te voorzien die het toepasselijke recht aanduiden voor specifieke rechten en rechtsverhoudingen (zakelijke rechten, arbeidsovereenkomsten, ...)”.²⁸

Het Belgisch internationaal privaatrecht werd met de codificatie op 16 juli 2004 aangepast aan de Europese ontwikkelingen.²⁹ Het breidt het toepassingsgebied van de Europese regels in de mate van het mogelijke uit tot de verhouding met derde- Staten.³⁰ België verliet dus de principes van eenheid en universaliteit en koos voor het Europees compromis van de gecoördineerde pluraliteit met universele en territoriale procedures. Bijgevolg belet een

²³ J.C. VAN APELDOORN en A.W. DE MAN, *De Europese Insolventieverordening in praktijkboek Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 37.

²⁴ MCBRYDE, FLESSNER en KORTMANN, *Principles of Insolvency Law*, Kluwer, 2003.

²⁵ J. MARSHALL, *European cross-border insolvency: a guide to insolvency procedures across the European Union*, Londen, Allen & Overy, 2002, 8, nr. 16.

²⁶ T. BOSLY, ‘La faillite internationale. Une ère nouvelle s’est-elle ouverte avec le règlement du Conseil du 29 mai 2000 ?’, *J.T.* 2001, 693, nr. 29 ; ²⁶ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 136.

²⁷ B. WESSELS en M. PH. VAN SINT TRUIDEN, *Insolventierecht: tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2006, 464, nr. 5.

²⁸ B. WESSELS en M. PH. VAN SINT TRUIDEN, *Insolventierecht: tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2006, 468, nr. 10.

²⁹ Hoofdstuk XI van de wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, *B.S.* 27 juli 2004, 57.344.

³⁰ E. DIRIX en V. SAGAERT, “Cross-Border Insolvency in Belgian Private International Law”, *Int. Insol. Rev.* 2006, 59.

insolventieprocedure in een derde- Staat niet langer de opening van een territoriale insolventieprocedure in België, wanneer de debiteur in België een ‘vestiging’ heeft (art. 118, §1, 2^o). DIRIX en SAGAERT merken op dat die evolutie ook het gevolg is van prangende bevoegdheidsconflicten die in het verleden waren opgetreden, zoals in de zaak *Lernout & Hauspie Speech Products NV*, waarbij de Belgische en Amerikaanse procedures elkaar tegenwerkten.³¹

De vraag die deze verhandeling zal proberen te beantwoorden is nu precies of de Europese wetgever erin slaagt om door middel van haar insolventieverordening de twee evenwichten, vermeld in randnr. 6, te bewerkstelligen. Is de universele werking van de verordening niet te beperkt? Bevat de verordening te veel formele verwijzingsregels i.p.v. materieelrechtelijke harmoniserende bepalingen? En anderzijds, zijn de belangen van de schuldeisers voldoende beschermd in het kader van internationale insolventieprocedures?

2. TOEPASSINGSGBIED EN SYSTEMATIEK VAN DE VERORDENING

2.1. TOEPASSINGSGBIED

Art. 1, lid 1 van de Verordening bepaalt dat ze van toepassing is op “*collectieve procedures die, op de insolventie van de schuldenaar berustend, ertoe leiden dat deze schuldenaar het beheer en de beschikking over zijn vermogen geheel of ten dele verliest en dat een curator wordt aangewezen*”.

Vooreerst moet het dus gaan om een **collectieve procedure**. Bijlage A van de Verordening bevat een lijst met wat voor elk land verstaan wordt onder een ‘collectieve procedure’. Voor België gaat het om het faillissement, het gerechtelijk akkoord, de collectieve schuldenregeling (CSR), minnelijke en gerechtelijke vereffening en de procedure van voorlopig bewind (art. 8 Faill.W.). Gezien de afschaffing in België van de Wet Gerechtelijk Akkoord van 1997 door de Wet Continuïteit Ondernemingen van 31 januari 2009, mag het gerechtelijk akkoord uit die lijst verdwijnen en vervangen worden door de nieuwe saneringsprocedures. De Regering zal die procedures zeker aanmelden bij de Commissie voor opname in de lijst van bijlage A van de Verordening, maar de vraag is of ze wel voldoen aan alle toepassingsvoorwaarden van de art. 1, lid 1 EIV. Het is duidelijk dat de tweede en derde voorwaarde, zijnde de buitenbezitstelling van de debiteur en de aanstelling van een curator (*infra, randnr. 12*), niet vervuld is. Bij het oud gerechtelijk akkoord was er echter evenmin sprake van buitenbezitstelling van de debiteur en toch werd het in de lijst opgenomen.

³¹ E. DIRIX en V. SAGAERT, “Cross-Border Insolvency in Belgian Private International Law”, *Int. Insol. Rev.* 2006, 60.

De laatste 3 procedures (minnelijke en gerechtelijke vereffening en de procedure van voorlopig bewind) zijn op grond van art. 45 EIV aan de lijst toegevoegd door een latere verordening om tegemoet te komen aan bepaalde praktische problemen.³² Zo was de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder krachtens art. 8 van de Belgische Faillissementswet geen insolventieprocedure in de zin van de Verordening, wat ertoe leidde dat de maatregelen die voorlopige bewindvoerders hadden getroffen, niet erkend konden worden via de Insolventieverordening. Het nationale IPR of eventueel bilaterale verdragen behandelden de erkenning van de bevoegdheden van de voorlopige bewindvoerder.³³ Die separate nationale behandeling van de erkenning van de bevoegdheden van de voorlopige bewindvoerder was natuurlijk niet bevorderlijk voor het economisch verkeer. Daarom probeerde men het begrip ‘voorlopige bewindvoerder’ van art. 8 Faill.W. gelijk te stellen met het begrip ‘voorlopige curator’ van art. 38 EIV. Het rapport Virgós/Schmit poneerde echter dat de bevoegdheid van de ‘voorlopige curator’ slecht erkend wordt door de Insolventieverordening, indien de vordering tot faillietverklaring reeds was ingesteld.³⁴ Dat terwijl de Belgische ‘voorlopige bewindvoerders’ aangesteld worden voordat dergelijke vordering is ingesteld, naar aanloop van het faillissement (art. 8, lid 5 Faill.W.).³⁵ Door de aanpassing van de lijst van ‘insolventieprocedures’ in de zin van de Verordening, is men aan dit probleem tegemoet gekomen.

In de *Eurofood*- zaak bepaalde het Hof van Justitie dat de aanstelling van een ‘voorlopige curator’ wiens bevoegdheden ertoe leiden dat de bestuurders van de vennootschap rechtens hun bevoegdheden verliezen, een beslissing is tot opening van een insolventieprocedure in de zin van art. 3, lid 1 EIV.³⁶

Een collectieve procedure in de zin van art. 1, lid 1 kan zowel een liquidatie – als een saneringsprocedure zijn.³⁷ Art. 1, lid 1 zet zich zo af tegen de vroegere rechtspraak van het Hof van Justitie in de zaak- *Gourdain*, die een enge interpretatie van het begrip ‘collectieve procedure’ als zijnde een liquidatieprocedure (en zeker geen saneringsprocedure) voorstond.³⁸ Bijlage B

³² Verordening E.U. van 12 april 2005 tot wijziging van de lijsten van insolventieprocedures, liquidatieprocedures en curatoren die zijn opgenomen in de bijlagen A, B en C bij Verordening E.G. nr. 1346/2000 betreffende insolventieprocedures nr. 603/2005, *Publ. EG* 20 april 2005.

³³ T. KRUGER, “De Europese Insolventieverordening: een toepassing”, (noot onder Kh. Tongeren 20 februari 2003), *T.B.H.* 2004, afl. 1, 73, nr. 6.

³⁴ Rapport Virgós/Schmit, §262-263.

³⁵ T. KRUGER, “De Europese Insolventieverordening: een toepassing”, (noot onder Kh. Tongeren 20 februari 2003), *T.B.H.* 2004, afl. 1, 73, nr. 7.

³⁶ H.v.J. 2 mei 2006, *Eurofood IFSC Ltd.*, nr. C- 341/04, *Jur. H.v.J.* 2006, I, r.o. 45.

³⁷ N. WATTÉ, “L’opposabilité des sûretés dans le nouveau règlement européen des procédures d’insolvabilité”, in Rev. dr. U.L.B., *Vers l’harmonisation en Europe du droit de l’insolvabilité et des garanties*, Brussel, Bruylant, 2001, 9, nr. 3.

³⁸ H.v.J. 22 februari 1979, *Gourdain/ Nadler*, nr. C- 133/78, *Jur. H.v.J.* 1979, I, 733 ; N. WATTÉ en V. MARQUETTE, “Le règlement communautaire du 29 mai 2000, relatif aux procédures d’insolvabilité », *T.B.H.* 2001, 566, nr. 5.

bepaalt dat in België onder ‘liquidatieprocedure’ wordt verstaan: het faillissement, de vrijwillige vereffening en de gerechtelijke vereffening. Het gerechtelijk akkoord, de CSR en de minnelijke vereffening zijn saneringsprocedures. Het onderscheid tussen liquidatie- en saneringsprocedures wordt relevant bij toepassing van art. 27 EIV (*infra, randnr. 52*).³⁹

Daarnaast moet de procedure zijn grondslag vinden in de **insolventie van de debiteur**. De invulling van het begrip ‘insolventie’ wordt overgelaten aan het nationaal recht van de lidstaten.⁴⁰ Het Belgische art. 2 Faill.W. bepaalt dat de debiteur “*die op duurzame wijze opgehouden heeft te betalen en wiens krediet geschokt is*” insolvent is. De insolvente debiteur, zoals bedoeld in de Verordening, kan zowel een koopman als een niet-handelaar, een rechtspersoon of een natuurlijke persoon zijn.⁴¹ De Verordening is op gelijke wijze van toepassing op deze categorieën van personen.⁴² Dit wilt echter niet zeggen dat al die soorten debiteurs onderworpen kunnen worden aan een insolventieprocedure. Dat is immers een vraag voor het door de Verordening aangeduide nationaal recht.⁴³

Vervolgens moet de debiteur het beheer en de beschikking over zijn vermogen geheel of gedeeltelijk verloren zijn aan een **curator**. Bijlage B geeft aan dat voor België de curator, de commissaris inzake opschorting en de schuldbemiddelaar als ‘curator’ in de zin van de Verordening moeten beschouwd worden.

Art. 1, lid 1 EIV stelt dus drie voorwaarden voorop voor haar toepassing: (1) insolventie van de schuldenaar, (2) de schuldenaar moet het beheer en de beschikking over dat vermogen verliezen en (3) aanstelling van een curator. Bij de moderne saneringsprocedures⁴⁴ zijn niet noodzakelijk al die voorwaarden vervuld en toch vallen ze krachtens bijlage A van de verordening onder haar toepassingsgebied. DAMMANN stelt zich de vraag of de nationale rechter die een insolventieprocedure opent, kan toetsen of die procedure die in bijlage A vermeld wordt wel degelijk voldoet aan de vereisten van art. 1, lid 1 EIV. Vanuit praktische en pragmatische overwegingen concludeert hij dat dit niet wenselijk is, omdat het zou leiden tot rechtsonzekerheid en de wederzijdse

³⁹ J.C. VAN APELDOORN en A.W. DE MAN, *De Europese Insolventieverordening in praktijkboek Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 25.

⁴⁰ N. WATTÉ en V. MARQUETTE, “Le règlement communautaire du 29 mai 2000, relatif aux procédures d’insolvabilité », *R.D.C.* 2001, 567, nr. 7.

⁴¹ J.C. VAN APELDOORN en A.W. DE MAN, *De Europese Insolventieverordening in praktijkboek Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 23.

⁴² Overweging 9 van de Verordening.

⁴³ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 142.

⁴⁴ In België: het Gerechtelijk Akkoord en de Collectieve Schuldenregeling; in Frankrijk: procédure de sauvegarde en procédure de conciliation.

erkenning van de moderne saneringsprocedures binnen Europa zou verhinderen.⁴⁵

Art. 1, lid 2 sluit verzekeringsondernemingen, kredietinstellingen en beleggingsondernemingen uitdrukkelijk uit van het toepassingsgebied van de Verordening. Zij zijn onderworpen aan de *home country control*: de vergunningsverstreckende nationale overheden houden toezicht op de uitbating van de onderneming, m.b.t. vestigingen in binnen- en buitenland.⁴⁶ Strenge nationale wetgeving schept, als gevolg van verscheidene Europese richtlijnen⁴⁷, het rechtskader voor het geval dat een dergelijke instelling insolvent verklaard wordt.⁴⁸

De Verordening is zowel van toepassing op natuurlijke personen als op rechtspersonen. Ingeval van geconsolideerde ondernemingen/concernvennootschappen, dient de insolventieprocedure tegen elke rechtspersoon afzonderlijk gevoerd te worden. Voor elke debiteur die een afzonderlijke juridische entiteit vormt, moet men de bevoegdheidscriteria toepassen (*infra, randnr. 34*).⁴⁹

De Insolventieverordening sluit perfect aan op de Brussel I- Verordening die “faillissement, akkoorden en soortgelijke procedures” van haar toepassingsgebied uitsluit. Het Hof van Justitie omschrijft die uitzondering: het gaat om “*de procedures die volgens de verschillende wetgevingen van de verdragssluitende staten zijn gebaseerd op de toestand waarin de debiteur heeft opgehouden te betalen, insolvent is of waarin zijn krediet is aangetast en waarin de rechter ingrijpt, hetgeen leidt tot een gedwongen collectieve liquidatie van het vermogen, of althans tot een eenvoudige controle door de rechter*”.⁵⁰

Ratione loci behoren slechts die insolventieprocedures waarbij het *centrum van de voornaamste belangen* van de debiteur in de E.U. (behalve

⁴⁵ R. DAMMANN, “Mobility of companies and localization of assets – arguments in favor of a dynamic and teleological interpretation of EC Regulation NO 1346/2000 on insolvency proceedings” in G. AFFAKI (ed.), *Cross-border insolvency and conflict of jurisdictions (a US-EU experience)*, Brussel, Bruylant, 2007, 118-120, nrs. 31-37.

⁴⁶ E. DIRIX, en V. SAGAERT, “De Europese Insolventieverordening” in X., *Faillissement & Gerechtelijk Akkoord*, Mechelen, Kluwer, 2006, 8, nr. 4; J.C. VAN APELDOORN en A.W. DE MAN, *De Europese Insolventieverordening in praktijkboek Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 24-25.

⁴⁷ Richtlijn 2001/17/EG, 19 maart 2001 betreffende de liquidatie en sanering van verzekeringsondernemingen, *P.B. L.* 20 april 2001, afl. 110, 28-39; Richtlijn 2001/24/EG, 4 april 2001 betreffende de sanering en liquidatie van kredietinstellingen, *P.B.L.* 5 mei 2001, afl. 125, 15-23.

⁴⁸ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 144.

⁴⁹ H.v.J. 2 mei 2006, *Eurofood IFSC Ltd.*, nr. C- 341/04, *Jur. H.v.J.* 2006, I, r.o. 30.

⁵⁰ H.v.J. 22 februari 1979, *Gourdain/Nadler*, nr. C-133/78, *Jur. H.v.J.* 1979, 743, r.o. 3.

Denemarken⁵¹) ligt, tot het toepassingsgebied van de Verordening (art. 3, lid 1).⁵² Niet- intracommunautaire collectieve procedures zijn onderworpen aan het nationale IPR van het betrokken land of aan bepaalde verdragen.⁵³ De Verordening geeft niet aan welke grondgebieden van de lidstaten nu precies geïndiceerd worden. VIRGÓS en SCHMIT verwijzen naar art. 29 van het Weens verdrag over het verdragenrecht⁵⁴ dat zegt dat een verdrag op het hele grondgebied van een verdragsstaat geldt. Daaruit concluderen ze dan dat de Verordening (vroeger: het Insolventieverdrag⁵⁵) van toepassing is op het hele territorium van de E.U.- lidstaten (behalve Denemarken), met inbegrip van de niet- Europese grondgebieden.⁵⁶ Daarnaast stellen ze dat de Verordening niet geldt voor de gebieden “waarvan de internationale betrekkingen door een lidstaat worden waargenomen, doch die geen deel uitmaken van het grondgebied van die Staat en een afzonderlijke entiteit vormen”.⁵⁷ Hiermee doelen de auteurs op Gibraltar dat sinds 1713 een autonoom gebied is onder de voogdij van het Verenigd Koninkrijk, dat bevoegd is voor de internationale betrekkingen ervan. WAUTELET betreurt het gebrek aan een lijst bij de Verordening van alle gebieden die onder haar werkingsfeer vallen, aangezien sommige niet-Europese gebieden belangrijke financiële centra zijn, waarnaar debiteuren hun vermogen zouden kunnen verplaatsen.⁵⁸

Voor insolventieprocedures met een extra- Europees aspect, d.w.z. insolventieprocedures m.b.t. een debiteur wiens CoMI buiten de E.U. (met uitzondering van Denemarken) gelegen is, biedt het Wetboek IPR de oplossing. Hoofdstuk XI van het wetboek geldt voor de *collectieve procedures die op de insolventie van de schuldenaar berusten* (art. 116 WIPR) en die niet onder de Europese insolventieverordening vallen.⁵⁹ Een verschil met de definitie van insolventieprocedure in art. 1, lid 1 EIV bestaat hierin dat het art.

⁵¹ Considerans nr. 33.

⁵² N. WATTÉ, “L’opposabilité des sûretés dans le nouveau règlement européen des procédures d’insolvabilité”, in Rev. dr. U.L.B., *Vers l’harmonisation en Europe du droit de l’insolvabilité et des garanties*, Brussel, Bruylant, 2001, 9, nr. 3; P. WAUTELET, “De Europese Insolventieverordening”, in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (eds.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 129, nr. 5-25.

⁵³ T. BOSLY, ‘La faillite internationale. Une ère nouvelle s’est-elle ouverte avec le règlement du Conseil du 29 mai 2000 ?’, *J.T.* 2001, 694, nr. 31; N. WATTÉ en V. MARQUETTE, “Le règlement communautaire du 29 mai 2000, relatif aux procédures d’insolvabilité », *T.B.H.* 2001, 568-569, nrs. 10-11.

⁵⁴ Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht 23 mei 1969, *B.S.* 25 december 1993, 28.706.

⁵⁵ De ‘European Union Convention on Insolvency Proceedings’ werd voor ondertekening open verklaard op 23 november 1995, maar de uiterste datum voor ondertekening (23 mei 1996) verstreek zonder ondertekening vanwege het Verenigd Koninkrijk.

⁵⁶ Rapport- Virgós/Schmit, nr. 301.

⁵⁷ Rapport- Virgós/Schmit, nr. 302.

⁵⁸ P. WAUTELET, “De Europese Insolventieverordening”, in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (eds.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 129, nr. 5-26.

⁵⁹ E. DIRIX en V. SAGAERT, “Cross-Border Insolvency in Belgian Private International Law”, *Int. Insol. Rev.* 2006, 60- 61.

116 WIPR niet uitdrukkelijk de buitenbezitstelling van de debiteur, noch de aanstelling van een curator vereist.

Bovendien beperkt de Insolventieverordening zich tot de activa die op het grondgebied van een of meerdere E.U.- lidstaten gelegen zijn.⁶⁰ Indien de schuldenaar ook goederen buiten de Unie heeft, bepaalt het I.P.R. van de lidstaat waar de procedure geopend werd of deze goederen mee betrokken worden in die procedure.⁶¹ Het Belgische principe van eenheid en ondeelbaarheid zou alle activa, ook die buiten de Unie, onderwerpen aan de insolventieprocedure.⁶² Het Belgisch recht kan dan wel in conflict komen met het nationale recht van de derde- staat waar de debiteur nog een vestiging of een verbonden vennootschap heeft.⁶³

Ten slotte is de Verordening *ratione temporis* alleen van toepassing op de insolventieprocedures geopend na haar inwerkingtreding op 31 mei 2002 (art. 43 *jo.* art. 1, f).

2.2. SYSTEMATIEK

2.2.1. De Europese Insolventieverordening = un traité triple

2.2.1.1. Structuur van de Verordening

De Europese Insolventieverordening is een '*traité triple*', d.w.z. dat het de drie traditionele luiken van internationaal privaatrecht behandelt: de bevoegdheid van de rechter, de erkenning en tenuitvoerlegging van diens beslissingen in het 'buitenland' en het toepasselijk recht.⁶⁴ De eerste twee topics worden in deze afdeling behandeld. Het luik van het toepasselijk recht wordt in titel II verder uitgediept. De rode draad doorheen de hele insolventieverordening is het onderscheid tussen de hoofdprocedure en de territoriale (eventueel secundaire) insolventieprocedure.

⁶⁰ N. WATTÉ, "L'opposabilité des sûretés dans le nouveau règlement européen des procédures d'insolvabilité", in Rev. dr. U.L.B., *Vers l'harmonisation en Europe du droit de l'insolvabilité et des garanties*, Brussel, Bruylant, 2001, 9, nr. 3.

⁶¹ I. VEROUGSTRAETE, "Les aspects internationaux e la faillite et du concordat" in O. BERTIN en I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, 723, nr. 1189.

⁶² Cass. 23 mei 1889, *Pas.* 1889, I, 229.

⁶³ DE WULF en WAUTELET, "Aspecten van internationaal privaatrecht" in H. BRAECKMANS, E. DIRIX en E. WYMEERSCH (eds.), *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord: Het nieuwe recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 141.

⁶⁴ J.C. VAN APELDOORN en A.W. DE MAN, *De Europese Insolventieverordening in praktijkboek Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 22.

2.2.1.2. De bevoegde rechter: centrum van voornaamste belangen of vestiging van de debiteur (hoeksteen van de Verordening)

2.2.1.2.1. Algemeen

Zoals reeds in de inleiding uiteengezet, hanteert de Verordening een systeem van gecoördineerde pluraliteit van procedures. De rechter van de lidstaat waar de debiteur het ‘centrum van zijn voornaamste belangen’ heeft, kan een insolventieprocedure openen die universele werking heeft binnen de Europese Unie en alle bewarende maatregelen nemen die noodzakelijk zijn voor het goede verloop van de procedure⁶⁵. Dergelijke procedure noemt men de ‘hoofdprocedure’. Het ‘**centrum van voornaamste belangen**’ of ‘*center of main interests*’, kortweg CoMI, komt overeen met “*de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert en die daardoor als zodanig voor derden herkenbaar is*”.⁶⁶ FLETCHER leidt daaruit af dat de transparantie en objectieve verifieerbaarheid van het CoMI van kapitaal belang zijn.⁶⁷ Het CoMI vormt eigenlijk de hoeksteen van de Verordening, aangezien ze niet alleen de bevoegde rechter aanwijst (art. 3, lid 1), maar indirect ook het toepasselijke recht (art. 4, lid 1). VAN APELDOORN en DE MAN menen dat de term ‘belangen’ staat voor ‘de economische activiteiten in algemene zin, die van particulieren (consumenten) daaronder begrepen’.⁶⁸ KRUGER stelt dat de ‘verwachting van derden’⁶⁹ en de ‘economische realiteit’⁷⁰ belangrijke criteria zijn om het centrum van voornaamste belangen te kunnen aanwijzen.⁷¹ MARSHALL merkt op dat het CoMI geen statisch concept is en doorheen de tijd verandert. Hij waarschuwt ook voor een lacune in de verordening: het gebrek aan een uniforme definitie van het CoMI in de Verordening zelf creëert het risico dat rechters uit verschillende lidstaten het begrip anders interpreteren.⁷² VEDER verwijst naar heel wat rechtspraak die blijkt geeft van uiteenlopende uitleggingen van het begrip ‘*centre of main interests*’. De enige houvast is dan het beginsel van de gemeenschapstrouw waaruit volgt dat de beslissing van een lidstaat om een insolventieprocedure te openen erkend

⁶⁵ T. BOSLY, ‘La faillite internationale. Une ère nouvelle s’est-elle ouverte avec le règlement du Conseil du 29 mai 2000 ?’, *J.T.* 2001, 694, nr. 33.

⁶⁶ Overweging, nr. 13 bij de Verordening.

⁶⁷ I.F. FLETCHER, *Insolvency in Private International Law. National and International Approaches*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 367, nr. 7.41.

⁶⁸ J.C. VAN APELDOORN en A.W. DE MAN, *De Europese Insolventieverordening in praktijkboek Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 27.

⁶⁹ Rapport Virgós/Schmit, §71; N. WATTÉ en V. MARQUETTE, “Le règlement communautaire du 29 mai 2000, relatif aux procédures d’insolvabilité », *T.B.H.* 2001, 571, nr. 19.

⁷⁰ A. ZENNER, *Les dossiers du journal des tribunaux: faillites et concordats 2002*, Bruxelles, Larcier, 2003, 45; P. WAUTELET, « De Europese insolventieverordening », in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER, *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2001, 134.

⁷¹ T. KRUGER, “De Europese Insolventieverordening: een toepassing”, (noot onder Kh. Tongeren 20 februari 2003), *T.B.H.* 2004, afl. 1, 72, nr. 3.

⁷² J. MARSHALL, *European cross-border insolvency: a guide to insolvency procedures across the European Union*, Londen, Allen & Overy, 2002, 6, nr. 9.

wordt in de rest van de E.U.⁷³ Met haar rechtspraak kan het Hof van Justitie wel aanzetten tot een eenvormige interpretatie van het concept.⁷⁴ Een alternatief is dat de Europese wetgever in de lijst van definities van art. 2 EIV een omschrijving van het CoMI opneemt.

Kortom, het aanknopingspunt voor de bevoegdheid van een E.U.- rechter, het CoMI, is een flexibel begrip, dat de voorkeur geeft aan de plaats waar de insolvens het beheer over zijn belangen voert boven de plaats waar diens activa gelegen zijn. TORREMANS nuanceert dit door te stellen dat de flexibiliteit begrensd wordt door het feit dat de invulling van het CoMI voor derden verifieerbaar en voorspelbaar moet zijn.⁷⁵ Daarnaast geeft hij aan dat voor natuurlijke personen de plaats van het beheer van hun belangen en de plaats waar hun vermogen ligt normalerwijze samenvallen.⁷⁶

Verder betoogt het Europese Hof van Justitie in de *Staubitz- Schreiber*- zaak dat het CoMI moet worden vastgesteld op het moment dat het verzoek tot opening van een insolventieprocedure ingediend wordt en niet op het moment van de beoordeling van dat verzoek. Het Hof argumenteert dat de Verordening pooft te verhinderen dat partijen geprikkeld worden om ter verbetering van hun rechtspositie geschillen of goederen van de ene lidstaat naar de andere te verplaatsen. Verder betoogt ze dat het CoMI een min of meer permanent karakter moet hebben.⁷⁷

De bevoegdheid van de door art. 3 EIV aangewezen rechter wordt afgebakend door art. 25 EIV.⁷⁸ Dat de rechtsvorderingen hun rechtsgrond vinden in het insolventierecht en nauw samenhangen met de insolventieprocedure, vormt het afbakingscriterium en is ontleend aan rechtspraak van het Hof van Justitie betreffende de uitlegging van art. 1, al. 2 EEX- verdrag waarbij ‘faillissement, akkoorden en soortgelijke procedures’ van de toepassing van dat verdrag worden uitgesloten.⁷⁹ Het wetboek IPR voorziet met art. 118, §2 in een gelijkaardige bepaling.⁸⁰ Krachtens art. 25, lid 1, §2 EIV vallen eveneens de beslissingen die rechtstreeks voortvloeien uit de insolventieprocedure en daar nauw op aansluiten, maar gegeven zijn door een **andere** rechter dan de

⁷³ Overweging 22 van de Verordening; M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 112.

⁷⁴ J. MARSHALL, *European cross-border insolvency: a guide to insolvency procedures across the European Union*, Londen, Allen & Overy, 2002, 16, nr. 39.

⁷⁵ Rapport Virgós/Schmit, § 75.

⁷⁶ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 153.

⁷⁷ H.v.J. 17 januari 2006, *Staubitz- Schreiber*, nr. C- 1/04, *Jur. H.v.J.* 2006, I, 701.

⁷⁸ M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 311-313.

⁷⁹ Overweging 6 van de Verordening; H.v.J. 22 februari 1979, *Gourdain/ Nadler*, nr. C- 133/78, *Jur. H.v.J.* 1979, I, 733.

⁸⁰ N. WATTÉ, “Droit international privé (conflit de lois) (deuxième partie)”, *R.C.J.B.* 2005, 319.

insolventierechter, evenals conservatoire maatregelen,⁸¹ onder het beginsel van de automatische erkenning en tenuitvoerlegging van art. 25 EIV. Het maakt m.a.w. niet uit of de betrokken beslissing door de insolventierechter dan wel door een gewone rechter van dezelfde lidstaat is gegeven, zolang de beslissing rechtstreeks voortvloeit uit de Verordening of daar nauw op aansluit.⁸² De duidelijke afbakening van de bevoegdheid van de internationaal bevoegde rechter in insolventieprocedures enerzijds (Insolventieverordening), en andere burgerlijke en handelszaken (Brussel I- Verordening) anderzijds, is van kapitaal belangen om leemtes tussen de twee verordeningen te vermijden.⁸³

Daarnaast kan ook de rechter van een lidstaat waar de debiteur een ‘**vestiging**’ heeft, een insolventieprocedure openen (art. 3, lid 2 EIV).⁸⁴ Art. 2 (h) EIV omschrijft een ‘vestiging’ als *elke plaats van handeling waar de schuldenaar met behulp van mensen en goederen een economische activiteit uitoefent die niet van tijdelijke aard is*. Een vestiging is m.a.w. een plaats van waaruit op de markt **economische** activiteiten worden ontplooid op een georganiseerde en **duurzame** manier.⁸⁵ Dat er op bestendige, duurzame basis economische activiteiten moeten ontplooid worden, doet de enkele transactie door een handelsvertegenwoordiger buiten het toepassingsgebied van art. 2, h EIV vallen.⁸⁶ Ook de cumulatieve aanwezigheid van mankracht en goederen die werkelijk gebruikt worden voor die economische activiteiten wordt vereist. Het feit dat de debiteur in de betrokken lidstaat goederen heeft (bijvoorbeeld een bankrekening) of er overeenkomsten gesloten heeft, volstaat niet om er een territoriale procedure te openen.⁸⁷ *Doorslaggevend is hoe de activiteit naar buiten overkomt en niet welk oogmerk de schuldenaar heeft*.⁸⁸ Potentiële schuldeisers die met een vestiging van een buitenlandse onderneming handelen, hoeven niet stil te staan bij het nationale dan wel buitenlandse karakter van de contractant.⁸⁹

⁸¹ P. WAUTELET, “De Europese Insolventieverordening”, in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER (eds.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 139, nr. 5-36.

⁸² Rapport Virgós/Schmit, nr. 194; M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 313-314.

⁸³ Rapport Virgós/Schmit, nr. 77.

⁸⁴ Voor een definitie van het begrip ‘vestiging’: art. 2 (h) EIV.

⁸⁵ Rapport- Virgós/Schmit, nr. 71.

⁸⁶ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 158.

⁸⁷ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 157; P. WAUTELET, «De Europese insolventieverordening», in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER, *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2001, 143, nr. 5-40.

⁸⁸ Rapport Virgós/Schmit, nr. 71; J.C. VAN APELDOORN en A.W. DE MAN, *De Europese Insolventieverordening in praktijkboek Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 32-33.

⁸⁹ P. WAUTELET, «De Europese insolventieverordening», in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER, *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2001, 144, nr. 5-41.

Dochtervennootschappen hebben eigen rechtspersoonlijkheid en kunnen niet beschouwd worden als een ‘vestiging’ van de moedervernootschap in de zin van art. 2, h EIV.⁹⁰ Volgens WAUTELET komt een tijdelijk kantoor dat opgericht werd om één transactie te voltrekken en daarvoor een beroep doet op de uitrusting van een ander bedrijf, evenmin in aanmerking.⁹¹

In haar recent arrest van 27 juni 2008 geeft het Hof van Cassatie uitleg omtrent de vereisten om van een ‘vestiging’ te kunnen spreken. Het Hof poneert dat het feit dat de debiteur erkend heeft dat hij geen enkele activiteit heeft verricht in België, niet volstaat om het bestaan van een ‘vestiging’ in België uit te sluiten. Ook andere objectieve factoren moeten in aanmerking genomen worden. Dat de debiteur in België ingeschreven is in de Kruispuntbank der Ondernemingen, een B.T.W.- nummer heeft, evenals een RSZ- inschrijving die de tewerkstelling van personeel in België mogelijk maakt, zijn belangrijke beoordelingsfactoren. De betrokken schuldenaar huurde bovendien een opslagplaats in België, beheerde zijn zaken vanuit België en heeft hier veel schulden gemaakt. Volgens het Hof van Cassatie moet dat allemaal in de beoordeling betrokken worden. Een ‘vestiging’ hoeft volgens het Hof niet noodzakelijk samen te vallen met de operationele activiteit van de onderneming; de aanwezigheid van een bestuurscentrum kan volstaan.⁹²

De ruime definitie van het begrip ‘vestiging’ is het gevolg van een compromis bij het opstellen van de Verordening. Uit het rapport- Virgós/ Schmit blijkt namelijk dat verscheidene lidstaten de ligging van activa van de insolvens als aanknopingspunt wilden nemen voor het bepalen van de internationaal bevoegde rechter, maar er uiteindelijk mee instemden om niet de ligging van de activa maar de ligging van een vestiging als criterium te hanteren. In ruil daarvoor besloot men het begrip ‘vestiging’ ruim te interpreteren.⁹³

Voor insolventies met een extra- Europees aspect, hanteert art. 118, §1, 2° WIPR eveneens het criterium van de ‘vestiging’.

Het bestaan van een vestiging een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde is om een insolventieprocedure te openen. Gezien het woord ‘kan’ in art. 29 EIV, is de opening van een secundaire procedure facultatief.⁹⁴ De rechter die gevat wordt door een verzoek tot opening van een secundaire

⁹⁰ P. L.C. TORREMAN, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 158.

⁹¹ P. WAUTELET, « De Europese insolventieverordening », in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER, *Het nieuwe Europese IPR : van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2001, 143, nr. 5-40.

⁹² Cass. 27 juni 2008, *J.L.M.B.* 2008, 1222.

⁹³ Rapport- Virgós/ Schmit, nr. 70; M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 113.

⁹⁴ P. WAUTELET, « De Europese insolventieverordening » in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER, *Het nieuwe Europese IPR : van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2001, 142, nr. 5-40.

procedure, moet onderzoeken of een secundaire procedure *in concreto* wel nuttig is. Zo bepaalde de rechtbank van koophandel te Gent dat de eventuele opening van een secundaire procedure zonder voorwerp is geworden of m.a.w. niet meer opportuun is, doordat de curator van de hoofdprocedure alle goederen heeft weggehaald uit de Belgische vestiging.⁹⁵

Een insolventieprocedure geopend in het land waar de insolvente onderneming een vestiging heeft noemt men een 'territoriale procedure' of, indien er reeds een hoofdprocedure geopend werd in een andere lidstaat, een 'secundaire procedure'. Dergelijke procedure strekt zich alleen uit over de activa die zich situeren op het grondgebied van de lidstaat van opening van die procedure (*infra, randnr. 57*). Het komt er dan ook op aan de ligging van goederen te bepalen.

2.2.1.2.2. Natuurlijke personen

Vooreerst is het begrip hoofdprocedure aan de orde. Voor **natuurlijke personen** geldt er in tegenstelling tot voor rechtspersonen geen vermoeden dat hun centrum van voornaamste belangen te situeren valt in de lidstaat van hun gewone verblijfplaats. SAGAERT wijst wel op het belang van de gewone verblijfplaats: het is en blijft een feitelijke aanwijzing dat in de invulling van het CoMI in rekening gebracht moet worden. Als de insolvens werkt in het buitenland en daar al zijn schuldeisers heeft, wordt het CoMI waarschijnlijk wel in het buitenland gesitueerd.⁹⁶ Zo besliste de Nederlandse Hoge Raad dat de Nederlandse rechtbanken/ hoven bevoegd zijn voor de insolventieprocedure m.b.t. een Nederlandse burger die in België gedomicilieerd was, maar wiens professionele activiteit erin bestond om Nederlandse vennootschappen te besturen en wiens bankverrichtingen zich in Nederland situeerden.⁹⁷ WATTÉ en MARQUETTE maken een onderscheid tussen natuurlijke personen die een commerciële of professionele activiteit uitoefenen en natuurlijke personen die dat niet doen. Bij de eerste categorie ligt het centrum van voornaamste belangen op de plaats waar de activiteit uitgevoerd wordt. Voor de tweede categorie is de plaats waar men zijn gewoonlijke verblijfplaats (niet noodzakelijk zijn/haar domicilie) heeft, bepalend.⁹⁸

⁹⁵ Kh. Gent 21 februari 2006, *Tijdschrift@ipr.be* 2006, afl. 1, 47.

⁹⁶ V. SAGAERT, "Kroniek internationaal insolventierecht", in ALLEMEERSCH, B., en LAMBRECHTS, D., VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE VAN BRUSSEL (ed.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 213, nr. 12; J.C. VAN APELDOORN en A.W. DE MAN, *De Europese Insolventieverordening in praktijkboek Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 28.

⁹⁷ H.R. 9 januari 2004, *JOR* 2004, 87, noot B. WESSELS.

⁹⁸ Rapport VIRGÓS/SCHMIT, p. 52, § 75 ; P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 152; N. WATTÉ, "L'opposabilité des sûretés dans le nouveau règlement européen des procédures d'insolvabilité", in Rev. dr. U.L.B., *Vers l'harmonisation en Europe du droit de l'insolvabilité et des garanties*, Brussel, Bruylant, 2001, 10, nr. 4; N. WATTÉ en V. MARQUETTE, "Le règlement communautaire du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité », *T.B.H.* 2001, 571, nr. 20.

Indien de Verordening niet van toepassing is, geldt art. 118, §1, 1° WIPR. Een Belgische rechter is bevoegd om een hoofdprocedure te openen t.a.v. een debiteur- fysieke persoon wiens woonplaats in België gelegen is. Art. 4, §1, 1° WIPR definieert het begrip ‘woonplaats’. In tegenstelling tot de Verordening, geeft het wetboek IPR dus wel aan waar het ‘centrum van voornaamste belangen’ van een natuurlijke persoon zich nu precies situeert.

2.2.1.2.3. *Rechtspersonen: weerlegbaar vermoeden van de statutaire zetel*

Wat **rechtspersonen** betreft, bepaalt art. 3, lid 1 dat het CoMI (*center of main interests*)⁹⁹ voor rechtspersonen vermoed wordt samen te vallen met de statutaire zetel.¹⁰⁰

In haar *Eurofood/ Parmalat*- arrest preciseert het Hof het vermoeden. *In casu* ging het om het faillissement van de Italiaanse vennootschap *Parmalat*. *Parmalat* had in Ierland een 100%- dochtervennootschap, *Eurofood IFSC Ltd.* met statutaire zetel in Dublin. *Eurofood* fungeerde als intra- groepsbank. Op 27 januari 2004 verzocht *Bank of America* de vereffening van laatstgenoemde vennootschap aan de Ierse *High Court*, dat op haar beurt een voorlopig bewindvoerder aanstelde. Op 10 februari 2004 werd in Italië eenzelfde verzoek ingediend en 10 dagen later verklaarde de Italiaanse rechter zich internationaal bevoegd voor de hoofdinsolventieprocedure van *Eurofood*. Het CoMI van *Eurofood* zou in Italië liggen, aangezien het CoMI van de Italiaanse controlerende moeder daar gelegen is. Op 23 maart 2004 besloot de Ierse rechter echter dat het CoMI van *Eurofood* in Dublin was gelegen, gelet op het vermoeden van art. 3, lid 1 EIV, en dat de hoofdprocedure bijgevolg vanuit Ierland gevoerd moest worden. De Ierse *High Court* weigerde het vonnis van de Italiaanse rechter te erkennen op basis van art. 26 EIV. Dat de Italiaanse rechtbank nagelaten had over de nodige processtukken te communiceren met de Ierse voorlopige bewindvoerder werd aanzien als een schending van het fundamenteel recht van de schuldeisers (en de bewindvoerder als vertegenwoordiger) om te worden gehoord (recht op een eerlijk proces). De Italiaanse bewindvoerder ging vervolgens in beroep tegen de beslissing van de Ierse rechter bij het Ierse *Supreme Court*. Hoger beroep in de nationale rechtsorde van de zich bevoegd verklarende rechter is onder de Insolventieverordening immers de enige manier om de bevoegdheid van die rechter te betwisten. Het *Supreme Court* stelde op haar beurt prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie omtrent de draagwijdte van het vermoeden van art. 3, lid 1 EIV. Het Hof oordeelde dat men, ter weerlegging van dat vermoeden, **objectieve en voor derden verifieerbare feiten** moeten kunnen voorleggen die aantonen dat in werkelijkheid het centrum van voornaamste

⁹⁹ Overweging 13 van de Verordening: CoMI = ‘de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert en die daardoor als zodanig voor derden herkenbaar is’.

¹⁰⁰ Art. 118, §1 WbIPR hanteert eveneens het criterium van de statutaire zetel, maar het voegt er ook dat van de voornaamste vestiging, wat overeenkomt met de werkelijke zetel, aan toe.

belangen niet samenvalt met de statutaire zetel van de vennootschap.¹⁰¹ Dat de economische keuzes van een dochtervennootschap (kunnen) bepaald worden door de moeder, volstaat niet om het vermoeden te weerleggen.¹⁰² Het tegenbewijs is dus moeilijk: u moet aantonen dat de statutaire zetel fictief is.¹⁰³ Dit is het geval bij de zgn. ‘brievenbusvennootschappen’. Bovendien moet het voor derden duidelijk zijn dat het gaat om een postbusvennootschap, wat zelden het geval zal zijn. Het Hof pleit m.a.w. voor een strenge interpretatie van het vermoeden en legt op die manier de nadruk op het formele criterium van de statutaire zetel.¹⁰⁴ VERSCHURE spreekt dat tegen: het Hof legt niet de nadruk op de statutaire zetel, maar wil enkel duidelijk maken dat de controle door een moedervennootschap alleen niet voldoende is om het vermoeden te weerleggen; er moeten ook andere factoren (opstellen van het beleidsplan van de vennootschap, uitvoering van de bestuurstaken, administratief en financieel centrum, ...) in aanmerking genomen worden. Volgens diezelfde auteur volgt het CoMI- begrip uit de werkelijke zetel- leer van het vennootschapsrecht en moet men dus op zoek gaan naar het land waar de vennootschap de nauwste band mee heeft en daartoe moeten voldoende factoren in aanmerking worden genomen.¹⁰⁵ Volgens WAUTELET koos de Europese wetgever bij het opstellen van de Verordening bewust voor een feitelijk en geen formeel criterium dat nauw aansluit bij de economische realiteit. Bij de invulling van het CoMI moet men kijken naar de ‘redelijke’ verwachtingen van de normaal zorgvuldige en vooruitziende schuldeiser.¹⁰⁶

De rechtspraak van vóór *Eurofood* die de *head of office functions theory* hanteerde¹⁰⁷, wordt, volgens VERSCHURE, zelfs bevestigd door *Eurofood*.¹⁰⁸ Het Hof eist dat de weerlegging van het vermoeden gebeurt aan de hand van objectieve en voor derden verifieerbare factoren. De CoMI moet dus de plaats zijn waarmee de rechtspersoon een reële binding heeft, doordat haar centraal

¹⁰¹ H.v.J. 2 mei 2006, *Eurofood IFSC Ltd.*, nr. C- 341/04, *Jur. H.v.J.* 2006, I, 3813, r.o. 37.

¹⁰² H.v.J. 2 mei 2006, *Eurofood IFSC Ltd.*, nr. C- 341/04, *Jur. H.v.J.* 2006, I, 3813, *T.B.H.* 2006, 797, noot V. MARQUETTE.

¹⁰³ N. WATTÉ, “Droit international privé (conflit de lois) (deuxième partie)”, *R.C.J.B.* 2005, 318.

¹⁰⁴ H.v.J. 2 mei 2006, *Eurofood IFSC Ltd.*, nr. C- 341/04, *Jur. H.v.J.* 2006, I, r.o. 35 ; T. BOSLY, “La faillite internationale. Une ère nouvelle s’est-elle ouverte avec le règlement du Conseil du 29 mai 2000?”, *J.T.* 2001, 691, nr. 32 ; V. SAGAERT, “Kroniek internationaal insolventierecht” in ALLEMEERSCH, B., en LAMBRECHTS, D., *VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE VAN BRUSSEL* (ed.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 213, nr. 13.

¹⁰⁵ J.A.A.M. VERSCHURE, « Het COMI na Eurofood : feitelijk invulling nog steeds belangrijker dan het vermoeden van statutaire zetel”, *TvI* 2007, 201.

¹⁰⁶ P. WAUTELET, “De Europese Insolventieverordening”, in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (ed.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Intersentia, Antwerpen, 2001, 137-138, nr. 5-34.

¹⁰⁷ High Court of Justice Leeds 16 mei 2003, *Daisytek* en High Court of Justice 20 mei 2003, *Crisscross Telecommunications*, zoals geciteerd in J.A.A.M. VERSCHURE, « Het COMI na Eurofood : feitelijk invulling nog steeds belangrijker dan het vermoeden van statutaire zetel”, *TvI* 2007, 197-198.

¹⁰⁸ J.A.A.M. VERSCHURE, « Het COMI na Eurofood : feitelijk invulling nog steeds belangrijker dan het vermoeden van statutaire zetel”, *TvI* 2007, 202.

management en de controle over de onderneming in relatie tot derden-schuldeisers (contractbesprekingen, correspondentie,...) zich daar bevindt. De rechtsonzekerheid die een dergelijke feitelijke benadering met zich meebrengt is volgens WAUTELET “de prijs die voor een niet-formele benadering moet worden betaald”, maar die zoveel als mogelijk moet beperkt worden door het vermoeden van de statutaire zetel.¹⁰⁹ Advocaat- generaal JACOBS vult aan: *insolventie is een voorzienbaar risico; daarom is het belangrijk dat het aanknopingspunt voor de internationale bevoegdheid (die de toepassing van het insolventierecht van een bepaalde staat met zich meebrengt) een voor de potentiële schuldeisers van de schuldenaar bekende plaats is, zodat de juridische risico's in geval van insolventie berekend kunnen worden.*¹¹⁰ VERSCHURE schat de slaagkans van de beperking van de weerlegging van het vermoeden tot uitzonderlijke gevallen echter zeer laag in, gezien de rechtspraak van het Hof van Justitie op het gebied van het vennootschapsrecht i.v.m. de vrijheid van vestiging van vennootschappen.¹¹¹ WAUTELET bekijkt het vanuit een andere invalshoek: de weerlegbaarheid van het vermoeden voorziet in de noodzakelijke aanvulling op het vrije vestigingsrecht van vennootschappen binnen de E.U. Lidstaten moeten vennootschappen opgericht volgens de *lex societatis* van één van hen zonder meer erkennen, maar ze kunnen wel nog steeds controle uitoefenen op de activiteiten van ‘brievensbusvennootschappen’ in het kader van een grensoverschrijdende insolventieprocedure.¹¹²

Terwijl VERSCHURE dus pleit voor een feitelijke en economische benadering van de CoMI en stelt dat het CoMI en niet de statutaire zetel de hoeksteen is van de Verordening, beweert WESSELS het tegendeel.¹¹³ MARQUETTE treedt WESSELS bij en stelt dat het Hof, ter wille van de rechtszekerheid, kiest voor een strenge toepassing van het vermoeden en dat de insolventie van

¹⁰⁹ P. WAUTELET, “De Europese Insolventieverordening”, in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (ed.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Intersentia, Antwerpen, 2001, 137-138, nr. 5-34.

¹¹⁰ Concl. Adv.- Gen. JACOBS 27 september 2005, r.o. 122, bij H.v.J. 2 mei 2006, *Eurofood IFSC Ltd.*, nr. C- 341/04, *Jur. H.v.J.* 2006, I, 3813.

¹¹¹ J.A.A.M. VERSCHURE, « Het COMI na Eurofood : feitelijke invulling nog steeds belangrijker dan het vermoeden van statutaire zetel”, *TvI* 2007, 201.

¹¹² V. SAGAERT, “Kroniek internationaal insolventierecht” in ALLEMEERSCH, B., en LAMBRECHTS, D., *VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE VAN BRUSSEL* (ed.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 216, nr. 15; P. WAUTELET, “Some considerations on the centre of main interests as jurisdictional test under the European Insolvency Regulation”, in G. AFFAKI (ed.), *Cross-border insolvency and conflict of jurisdictions. A US-EU experience*, Brussel, Bruylant, 2007, 86-87; P. WAUTELET, “Grensoverschrijdende insolventieprocedures – recente ontwikkelingen” in X (ed.), *XXXIste Postuniversitaire cyclus Willy Delva, Insolventierecht 2004-2005*, Mechelen, Kluwer, 2006, 483, nr. 10.

¹¹³ J.A.A.M. VERSCHURE, « Het COMI na Eurofood : feitelijke invulling nog steeds belangrijker dan het vermoeden van statutaire zetel”, *TvI* 2007, 199; B. WESSELS, *International Insolvency Law*, Deventer, Kluwer, 2006, 313-318, nrs. 10565-10570.

afzonderlijke rechtspersonen bijgevolg in principe apart dient behandeld te worden, ook al behoren die rechtspersonen tot eenzelfde groep.¹¹⁴

Belgische rechters achten zich vaak bevoegd op basis van een weerlegging van het vermoeden van art. 3, lid 1.^{115 116} Ze gaan dan na waar het zwaartepunt van de belangen van de debiteur ligt door verschillende factoren in aanmerking te nemen (plaats van waaruit bestuurshandelingen wordt gesteld, plaats van de centrale administratie, ...).¹¹⁷ Zo besloot de rechtbank van koophandel te Brussel op 8 december 2003 dat het centrum van voornaamste belangen van de vennootschap naar Belgisch recht, *Eurogyp*, nog steeds in België gelegen was, ondanks de verplaatsing van de statutaire zetel naar Parijs net voor de opening van de procedure. Dat leidde de rechtbank af uit het feit dat de onderneming de formaliteiten inherent aan haar activiteit (inschrijving in het ondernemingsregister, B.T.W.- nummer, ...) bleef vervullen in België.¹¹⁸ WAUTELET meent echter dat het CoMI niet samenvalt met de plaats waar de debiteur de voor zijn activiteit noodzakelijke juridische formaliteiten vervult. De rechtbank weerlegt volgens hem *in casu* al te lichtzinnig het vermoeden van art. 3, lid 1 EIV.¹¹⁹

Ook in Engeland springt men op een soepele manier met het vermoeden om, terwijl in andere landen het vermoeden op strikte wijze wordt toegepast.¹²⁰ De Verordening zou komaf moeten maken met dergelijke toepassingsverschillen in de lidstaten door duidelijk aan te geven welk gewicht aan het vermoeden toekomt. De gemakkelijke weerlegging van het wettelijk vermoeden van art. 3, lid 1, 2^e zin EIV vormt uiteraard een schending van het rechtmatige vertrouwen van de schuldeisers.¹²¹ Het was immers één van de hoofddoelen van de Verordening om de plaats van opening van de insolventieprocedure meer voorspelbaar te maken. Een strenge interpretatie van het vermoeden

¹¹⁴ V. MARQUETTE, "Insolvabilité transfrontalière des groupes de sociétés: le rappel à l'ordre de la CJCE en faveur d'une interprétation stricte de la notion de centre des intérêts principaux du débiteur", *T.B.H.* 2006, 804, nr. 9.

¹¹⁵ Kh. Tongeren 20 februari 2003, *R.D.C.* 2004, nr. 1, noot T. KRUGER; Kh. Brussel 29 juli 2003 (CGC Communications Ltd.), *DAOR* 2003, afl. 68, 94; Kh. Brussel 2 oktober 2003, beschikbaar op www.eir-database.com; Kh. Brussel 8 december 2003, *DAOR* 2003, afl. 68, 96, noot B. DE MOOR.

¹¹⁶ Contra: Kh. Dendermonde 18 augustus 2005, *R.W.* 2005-06, 595.

¹¹⁷ Kh. Brussel 29 juli 2003, *DAOR* 2003, afl. 68, 94; Kh. Brussel 2 oktober 2003, beschikbaar op www.eir-database.com; Kh. Brussel 8 december 2003, *DAOR* 2003, afl. 68, 96, noot B. DE MOOR; V. SAGAERT, "Kroniek internationaal insolventierecht" in ALLEMEERSCH, B., en LAMBRECHTS, D., *VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE VAN BRUSSEL* (ed.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 213, nr. 13.

¹¹⁸ Kh. Brussel (4^e kamer), 8 december 2003, *D.A.O.R.* 2003, 96, noot B. DE MOOR.

¹¹⁹ P. WAUTELET, "Développements récents du règlement 1346/ 2000 en Belgique et aux Pays-Bas", *D.A.O.R.* 2005, 316, nr. 31.

¹²⁰ P. WAUTELET, "Grensoverschrijdende insolventieprocedures – recente ontwikkelingen" in X (ed.), *XXXIste Postuniversitaire cyclus Willy Delva, Insolventierecht 2004-2005*, Mechelen, Kluwer, 2006, 481, nr. 8.

¹²¹ E. DIRIX, en V. SAGAERT, "De Europese Insolventieverordening" in X., *Faillissement & Gerechtelijk Akkoord*, Mechelen, Kluwer, 2006, 18, nr. 12.

verdient dus de voorkeur. Meer en meer rechters delen die visie.¹²² Men kan zich afvragen of de rechtspraak in algemeen haar beoordeling van het vermoeden van art. 3, lid 1 EIV zal verstrengen na het *Eurofood*- arrest van het Hof van Justitie van 2 mei 2006.

Soms wordt het vermoeden van art. 3, lid 1 EIV omzeild door de vestiging van een vennootschap als het centrum van de voornaamste belangen te aanzien. Zo oordeelde de Rechtbank van Koophandel te Brussel dat het CoMI van de Griekse luchtvaartmaatschappij Electra Airlines, die naliet belangrijke facturen te betalen, niet bestond in de statutaire zetel van de vennootschap in Griekenland, maar wel in de statutaire zetel van haar Brusselse vestiging.¹²³

Reeds vóór de *Eurofood*- rechtspraak van het Hof van Justitie bestond er casuïstiek inzake de interpretatie van het CoMI bij insolventie van groepsvennootschappen. Om te bepalen welke rechter bevoegd is om een insolventieprocedure te openen tegen een dochtervennootschap van een bepaalde groep wordt het vermoeden van de plaats van statutaire zetel soms omzeild door te bewijzen dat de betrokken dochter geen onafhankelijk leven leidt. De rechtbank van de lidstaat waar de controlerende moeder haar statutaire zetel heeft, mag zich dan bevoegd achten om de betrokken dochter insolvent te verklaren. Het vermoeden wordt hier niet terzijde gesteld door aan te tonen dat de statutaire zetel fictief is, d.w.z. dat het gaat om een postbusvennootschap, maar wel door de controle vanwege de moeder van de groepsvennootschap te beklemtonen. Het bekendste voorbeeld omtrent deze problematiek is de *Daisytek*-zaak, waar een Engelse rechter zich bevoegd achtte om zelfstandige rechtspersonen met statutaire zetel in Frankrijk en Duitsland mee te betrekken in de insolventieprocedure tegen de Engelse vennootschap *ISA International* van de *Daisytek*-groep, omdat *ISA International* de *head office functions* vervulde (het financieel beleid, ICT, goedkeuring voor grote aankopen, ...). Laatstgenoemde vennootschap was niet de moeder van de Franse en Duitse vennootschappen. Het was er een zuster van dat onder dezelfde holdingvennootschap ressorteerde, namelijk *Daisytek-ISA*.¹²⁴ FLETCHER looft de *head office functions theory/ 'command and control'*- test ter bepaling van het CoMI, zoals de Engelse rechters die hebben

¹²² Kh. Dendermonde 18 augustus 2005, *R.W.* 2005-06, 595 en *T.B.H.* 2006, 145; Luik (7^e kamer) 25 januari 2007, *J.L.M.B.* 2007, 1231; V. SAGAERT, "Kroniek internationaal insolventierecht" in ALLEMEERSCH, B., en LAMBRECHTS, D., *VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE VAN BRUSSEL* (ed.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 214, nr. 13; N. WATTE en V. MARQUETTE, "Le règlement communautaire, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité", *T.B.H.* 2001, 565-579.

¹²³ Kh. Brussel 2 oktober 2003, *onuitg.*, beschikbaar op www.eir-database.com, zoals geciteerd in P. WAUTELET, "Grensoverschrijdende insolventieprocedures – recente ontwikkelingen" in X (ed.), XXXIste Postuniversitaire cyclus Willy Delva, *Insolventierecht 2004-2005*, Mechelen, Kluwer, 2006, 484, nr. 12.

¹²⁴ High Court of Justice (Ch.D.) Leeds District Registry 16 mei 2003, *JOR* 2003/287, zoals geciteerd in P. WAUTELET, "Grensoverschrijdende insolventieprocedures – recente ontwikkelingen" in X (ed.), XXXIste Postuniversitaire cyclus Willy Delva, *Insolventierecht 2004-2005*, Mechelen, Kluwer, 2006, 486, nr. 15.

toegepast in de *Daisytek*-case.¹²⁵ Of de auteur na de *Eurofood*- rechtspraak uit 2006 bij hetzelfde standpunt blijft, is nog maar de vraag. In de betrokken zaak bepaalde het Hof immers dat het formele vermoeden van de statutaire zetel streng moet toegepast worden.

Op basis van de mogelijkheid om het vermoeden van art. 3, lid 1 te weerleggen, zou een rechter uit een E.U.- lidstaat zich bevoegd kunnen verklaren voor de insolventieprocedure van een onderneming die zijn statutaire zetel heeft in een derde- land (bv.: de VS), omwille van het feit dat die onderneming in werkelijkheid zijn economische activiteiten in die E.U.- lidstaat uitoefent.¹²⁶ Art. 3, lid 1 EIV maakt dus een territoriale uitbreiding van de verordening mogelijk: nergens eist de verordening dat de debiteur een Europese rechtspersoon moet zijn. Er anders over oordelen zou malafide debiteurs immers een vrijgeleide geven voor *forum shopping*.¹²⁷ De mogelijkheid tot weerlegging van het vermoeden geeft de nationale rechters een zekere appreciatiemacht, maar die beoordelingsmarge wordt wel beperkt door het doel van de Insolventieverordening, namelijk het regelen van intra-communautaire insolventieprocedures. Ter wille van de goede functionering van de Verordening, dienen de nationale rechters zich dan ook zoveel mogelijk te houden aan het vermoeden van art. 3, lid 1. Zoniet, zal het begrip ‘centrum van voornaamste belangen’ het voorwerp worden van uiteenlopende interpretaties, naargelang op welk criterium men een beroep doet: de incorporatieleer, de plaats van de economische activiteiten of de plaats waar directie van de rechtspersoon is gevestigd.¹²⁸

Art. 118, §1, 1° WIPR geeft aan dat een Belgische rechter bevoegd is om een hoofdprocedure te openen t.a.v. een debiteur- rechtspersoon, wanneer diens ‘voornaamste vestiging’ of ‘statutaire zetel’ in België ligt.

Art. 4, §3 WIPR reikt criteria aan ter bepaling van de ‘voornaamste vestiging’ van een rechtspersoon: *zijn bestuurscentrum, evenals zijn zaken- of activiteitencentrum, en in bijkomende orde zijn statutaire zetel*. De criteria zijn gerangschikt in dalende orde van relevantie, maar men dient wel met alle criteria rekening te houden. Hieruit blijkt dat het begrip ‘voornaamste vestiging’ sterkt gelijkt op de term ‘centrum van voornaamste belangen’ uit de Insolventieverordening. Het gaat echter niet om identieke begrippen, met als gevolg dat een autonome Belgische interpretatie van het begrip ‘voornaamste

¹²⁵ I.F. FLETCHER, *Insolvency in Private International Law. National and International Approaches*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 393-396, nr. 7.75-7.77.

¹²⁶ I. VEROUGSTRAETE, “Les aspects internationaux de la faillite et du concordat” in O. BERTIN en I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, 741, nr. 1194.

¹²⁷ P. WAULETEL, “Grensoverschrijdende insolventieprocedures – recente ontwikkelingen” in X (ed.), *XXXIste Postuniversitaire cyclus Willy Delva, Insolventierecht 2004-2005*, Mechelen, Kluwer, 2006, 484, nr. 11.

¹²⁸ N. WATTÉ en V. MARQUETTE, “Le règlement communautaire du 29 mai 2000, relatif aux procédures d’insolvabilité », *T.B.H.* 2001, 571, nr. 21.

vestiging' mogelijk is. Dit vergroot de mogelijkheid voor Belgische rechtbanken om zich bevoegd te verklaren voor insolventieprocedures die buiten het toepassingsgebied van de Verordening vallen. Het kadert in de bescherming van de plaatselijke schuldeisers en, meer algemeen, van de nationale economische belangen. DIRIX en SAGAERT betreuen de verschillende terminologie.¹²⁹ De Belgische rechtspraak die het vermoeden van statutaire zetel van art. 3, lid 1 EIV gemakkelijk weerlegt, zorgt wel voor de nodige toenadering tussen de bevoegdheidsregels van de Verordening en die van het wetboek IPR.¹³⁰ Zoals reeds uiteengezet, pleit het Hof van Justitie in de *Eurofood*-zaak echter voor een strenge toepassing van het vermoeden, waardoor die soepele Belgische rechtspraak waarschijnlijk niet zal standhouden (*supra*).

Daarnaast biedt art. 118, §1, 1° WIPR de Belgische rechter nog een alternatief aanknopingspunt, namelijk de 'statutaire zetel'.

Kortom, wanneer de insolvens zijn statutaire zetel én zijn voornaamste vestiging buiten België heeft, dan is de Belgische rechter toch nog bevoegd, indien het CoMI van de insolvens in België gelegen is. In haar arrest van 8 april 2004 moest het Hof van Beroep te Brussel zich onbevoegd verklaren voor een vordering tot faillietverklaring van een vennootschap met statutaire zetel in Lumumbashi, in Congo. Het personeel van de onderneming, evenals haar industriële activiteiten, situeerden zich in Congo, met als gevolg dat de statutaire zetel niet fictief is. Het centrum van de voornaamste belangen van de vennootschap lag evenmin in België en dus kon het Hof niet anders dan zich onbevoegd verklaren.¹³¹

2.2.1.2.4. Groepsvennootschappen

TORREMANS, MARSHALL, VAN GALEN, DAMMANN en BOSLY betreuen de afwezigheid van een regeling door de Verordening van de insolventie van groepsvennootschappen.¹³² Dit leidt immers tot rechtsonzekerheid voor een in de praktijk vaak voorkomende situatie. Men gaat uit van het principe dat elke aparte rechtspersoon een afzonderlijke

¹²⁹ E. DIRIX en V. SAGAERT, "Cross-Border Insolvency in Belgian Private International Law", *Int. Insol. Rev.* 2006, 62.

¹³⁰ E. DIRIX en V. SAGAERT, "Cross-Border Insolvency in Belgian Private International Law", *Int. Insol. Rev.* 2006, 63.

¹³¹ Brussel 8 april 2004, *Rev. Prat. Soc.* 2004, 175.

¹³² T. BOSLY, 'La faillite internationale. Une ère nouvelle s'est-elle ouverte avec le règlement du Conseil du 29 mai 2000?', *J.T.* 2001, 696, nr. 51; R. DAMMANN, "Mobility of companies and localization of assets – arguments in favor of a dynamic and teleological interpretation of EC Regulation NO 1346/2000 on insolvency proceedings" in G. AFFAKI (ed.), *Cross-border insolvency and conflict of jurisdictions (a US-EU experience)*, Brussel, Bruylant, 2007, 112, nr. 19; J. MARSHALL, *European cross-border insolvency: a guide to insolvency procedures across the European Union*, Londen, Allen & Overy, 2002, 8, nr. 15; P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 154; R.J. VAN GALEN, "The European Insolvency Regulation and Groups of companies", *TvI* 2004, 58.

debiteur is voor de toepassing van de Verordening.¹³³ Dit kan aanleiding geven tot problemen, indien de activa van de groepsvennootschappen op zodanige wijze met elkaar verbonden zijn dat gescheiden insolventieprocedures en een gescheiden verdeling van activa niet mogelijk zijn.¹³⁴

Gedurende de beginjaren van de Verordening bestond er onenigheid in de rechtspraak. Sommige rechters poneerden dat het feit dat het CoMI van de moeder in hun land gelegen is, hen ook jurisdictie verleent over de dochtervennootschappen van de groep. In de hiervoor reeds vermelde *Daisytek*-zaak verklaarde de rechter van het land waar het CoMI/‘hoofdkantoor’ van de groep gevestigd was, zich bevoegd voor alle groepsvennootschappen (*head office functions theory*)¹³⁵, wat navolging vond in latere rechtspraak.¹³⁶

Andere rechters meenden dan weer dat het feit dat de moeder economische macht uitoefent op haar dochters niet volstaat om het CoMI van de dochters te situeren bij het CoMI van de moeder. Enkel indien de dochtervennootschappen volledig afhankelijk zijn van hun moeder, dan kan dergelijke verschuiving van het CoMI naar de moeder geoorloofd zijn.¹³⁷

Het Hof van Justitie beslechtte de discussie in de *Eurofood*-zaak. Ze stelt dat het centrum van voornaamste belangen slechts bepaald kan worden aan de hand van objectieve en voor derden verifieerbare factoren.¹³⁸ De term ‘centrum van voornaamste belangen’ moet dan ook strikt geïnterpreteerd worden. Het zou dus niet geoorloofd zijn om d.m.v. een soepele uitlegging van het begrip, het CoMI van een dochtervennootschap te verplaatsen van de plaats waar haar statutaire (of werkelijke) zetel gelegen is naar de plaats waar de buitenlandse controlerende moeder haar statutaire zetel heeft. Verschillende feitelijke elementen moeten in de beoordeling betrokken worden: *aantal werknemers, beleidsvrijheid van de lokale directie, de plaats waar de productie- of distributiebeslissingen genomen worden, enz.* SAGAERT beklemtoont dat dit telkens *in concreto* te beoordelen valt.¹³⁹

¹³³ WESSELS, *International Insolvency Law*, Deventer, Kluwer, 2006, 330, nr. 10586.

¹³⁴ R.J. VAN GALEN, “The European Insolvency Regulation and Groups of companies”, *Tvl* 2004, 58.

¹³⁵ High Court of Justice (Ch. D.) 16 mei 2003, *T.B.H.* 2004, 813, noot C.BARBE; J.C. VAN APELDOORN en A.W. DE MAN, *De Europese Insolventieverordening in praktijkboek Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 25.

¹³⁶ Kh. Doornik 24 mei 2005 zoals geciteerd in B. WESSELS, *International Insolvency Law*, Deventer, Kluwer, 2006, 338, nr. 10595.

¹³⁷ Irish Supreme Court 27 juli 2004, *Tijdschrift@ipr.be* 2005, afl. 2, 61, noot P. TORREMANS (www.ipr.be); V. SAGAERT, “Kroniek internationaal insolventierecht” in ALLEMEERSCH, B., en LAMBRECHTS, D., VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE VAN BRUSSEL (ed.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 218, nr. 18.

¹³⁸ H.v.J. 2 mei 2006, *Eurofood IFSC Ltd.*, nr. C- 341/04, *Jur. H.v.J.* 2006, I, r.o. 33.

¹³⁹ V. SAGAERT, “Kroniek internationaal insolventierecht” in ALLEMEERSCH, B., en LAMBRECHTS, D., VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE VAN BRUSSEL (ed.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 218, nr. 18.

Een ruime interpretatie zou de kans op overlappende bevoegdheidsclaims van meerdere nationale rechters van verschillende lidstaten verhogen en bijhorend ook *forum shopping* aanwakkeren, hetgeen absoluut vermeden moet worden.¹⁴⁰

VAN GALEN bespreekt de mogelijkheid om in de toekomst een bepaling in de Verordening op te nemen die stelt dat het CoMI van de groepsvennootschappen vermoed wordt te zijn gelegen in de lidstaat waar de Europese moedermaatschappij haar centrum van voornaamste belangen heeft. Dergelijke regeling zou het aantal ‘*overlapping claims*’ verminderen. Eén centrale rechtbank in de lidstaat waar de moeder haar CoMI heeft, zou m.b.t. de insolventieprocedures van alle groepsvennootschappen een geïntegreerd vereffeningbeleid kunnen voeren. Het belang van de nadelen verbonden aan dergelijke regulering van grensoverschrijdende insolventieprocedures van groepsvennootschappen is echter niet verwaarloosbaar. Vooreerst bemoeilijkt het de verificatie van het centrum van voornaamste belangen van een dochtervennootschap door de schuldeisers ervan. Ze zouden eerst de groepsstructuur moeten onderzoeken om het CoMI van de dochter vast te stellen.¹⁴¹ Verder zou dergelijk vermoeden enkel mogelijk zijn, indien ook de moeder of andere groepsvennootschappen in een insolventieprocedure verwickeld zijn. Wanneer men de insolventie van de andere groepsvennootschappen als voorwaarde gaat hanteren voor de bepaling van het CoMI van de dochter op de plaats van de statutaire zetel van de moeder, dan wordt het CoMI voor derden- schuldeisers echter nog moeilijker verifieerbaar, wat in strijd zou zijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie.¹⁴² WESSELS poneert zelfs dat de *head office functions theory* (‘*parental control doctrine*’; ‘*mind of management approach*’) niet volgt uit de tekst van de Verordening, noch uit haar systematiek en haar doelstellingen. De doctrine zou die theorie ten onrechte afgeleid hebben uit de overweging in het rapport- Virgós/Schmit dat de statutaire zetel van een vennootschap normaliter diens hoofdkantoor is.¹⁴³ Bovendien kan het CoMI van de moeder verschuiven door de verkoop van haar meerderheidsparticipatie in de dochter aan een andere vennootschap. Dat zou de voorspelbaarheid en rechtszekerheid evenmin ten goede komen. Ten slotte zou een dergelijk vermoeden geen afdoende oplossing bieden in de vorm van één enkele geïntegreerde insolventieprocedure, aangezien de dochters meestal nog vestigingen en (de meeste van hun) activa hebben in de lidstaat waar ze geïncorporeerd zijn, met de opening van secundaire procedures tot gevolg.¹⁴⁴

¹⁴⁰ R.J. VAN GALEN, “The European Insolvency Regulation and Groups of companies”, *Tvl* 2004, 59.

¹⁴¹ B. WESSELS, *International Insolvency Law*, Deventer, Kluwer, 2006, 341, nr. 10598.

¹⁴² H.v.J. 2 mei 2006, *Eurofood IFSC Ltd.*, nr. C- 341/04, *Jur. H.v.J.* 2006, I, r.o. 33.

¹⁴³ Rapport VIRGÓS/SCHMIT, nr. 75; B. WESSELS, *International Insolvency Law*, Deventer, Kluwer, 2006, 340, nr. 10597- 10598.

¹⁴⁴ R.J. VAN GALEN, “The European Insolvency Regulation and Groups of companies”, *Tvl* 2004, 60.

Als alternatief stelt VAN GALEN voor om de relatie tussen moeder- en dochtervennootschap, die beiden in een insolventieprocedure verwickeld zijn, op dezelfde wijze te behandelen als de relatie hoofdprocedure - secundaire procedure, zoals die nu in de Verordening geregeld is. Dit houdt in dat de curator van de hoofdprocedure van de moeder de bevoegdheid krijgt om deze procedure en de hoofdprocedures van de dochters te coördineren. Daarvoor zouden hem bepaalde bevoegdheden moeten worden toegekend die de Verordening in haar artt. 29, 31, 33, 34, 37 en 38 toekent aan de curator van een hoofdprocedure t.a.v. de curator van de secundaire procedure (*infra, randnrs. 71-76*).¹⁴⁵

Vooreerst moet de curator van de moeder het recht hebben om een insolventieprocedure te openen m.b.t. de dochter(s) (art. 29 EIV). Er dient sprake te zijn van een wederzijdse kennisgevings- en samenwerkingsplicht tussen de curator van de moeder en de curator van de dochter(s) (art. 31 EIV). De curator van de moeder zou het recht moeten hebben om de rechtbank die de insolventieprocedure van de dochter surveilleert, te verzoeken om de liquidatie- of reorganisatieverrichtingen te schorsen, voor zover dit in het belang zou zijn van de groepsschuldeisers in hun geheel. Vervolgens zou de curator van de moeder een globaal saneringsplan moeten kunnen voorstellen dat zou gelden voor alle groepsvennootschappen (art. 34 EIV). Zo zou een geïntegreerde oplossing kunnen bereikt worden voor de insolventie van meerdere groepsvennootschappen. Ten slotte zou de curator van de moeder op het niveau van de dochter de omzetting van de saneringsprocedure in een liquidatieprocedure moeten kunnen vragen (art. 37 EIV). Ook een verzoek tot het nemen van bewarende maatregelen m.b.t. de hoofdprocedure van de dochter moet mogelijk zijn voor de curator van de moeder (art. 38 EIV).

2.2.1.3. Erkenning en tenuitvoerlegging van een grensoverschrijdende insolventieprocedure

Wat de erkenning en tenuitvoerlegging betreft, maakt de Verordening een onderscheid tussen de erkenning en uitvoering van de beslissing tot opening van een insolventieprocedure (art. 16 – 24 EIV) en de erkenning en tenuitvoerlegging van de beslissingen inzake het verloop en de beëindiging van een insolventieprocedure (art. 25 EIV). De eerstgenoemde beslissing houdt in: buitenbezitstelling, samenstelling van de boedel en benoeming van een curator.¹⁴⁶ Beide soorten beslissingen, evenals de beslissingen die rechtstreeks voortvloeien uit de insolventieprocedure of er nauw bij aansluiten en de conservatoire maatregelen die genomen zijn na het verzoek tot opening van de insolventieprocedure (art. 25, lid 1, §2-3), genieten van het stelsel van de

¹⁴⁵ R.J. VAN GALEN, “The European Insolvency Regulation and Groups of companies”, *Tvl* 2004, 61-63.

¹⁴⁶ I. VEROUGSTRAETE, “Les aspects internationaux e la faillite et du concordat” in O. BERTIN en I. VEROUGSTRAETE, *Mamel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, 769, nr. 1226.

automatische en onmiddellijke erkenning. Volgens het rapport van VIRGÓS en SCHMIT zijn ‘beslissingen die rechtstreeks voortvloeien uit de procedure of er nauw bij aansluiten *rechtsvorderingen die hun oorsprong vinden in (en die niet alleen beïnvloed worden door) het insolventierecht en die uitsluitend tijdens de insolventieprocedure of in direct verband daarmee ingesteld kunnen worden*. Het rapport vermeldt bijvoorbeeld de pauliaanse vordering (art.13). Vorderingen die los staan van het insolventierecht zijn uitgesloten, ook al worden ze door de opening van de insolventieprocedure getroffen, zoals bijvoorbeeld rechtsvorderingen betreffende het bestaan en de omvang van een schuldvordering.¹⁴⁷ Art. 121 WIPR hanteert eveneens een systeem van *de plano*-erkenning, op voorwaarde dat de insolventieprocedure geopend werd door een rechter van de Staat waar de voornaamste vestiging van de schuldenaar bij de inleiding van de procedure gelegen was. Het wetboek IPR stipuleert drie uitzonderingen: ten eerste, art. 25 WIPR (openbare orde), ten tweede, daden van tenuitvoerlegging en ten derde, de naleving van art. 119, §2-4 WIPR omtrent het toepasselijk recht.

Dat de erkenning ‘onmiddellijk’ is, betekent dat een beslissing *op hetzelfde moment* rechtsgevolgen sorteert in alle lidstaten. Art. 16, lid 1 bepaalt immers dat een beslissing in de lidstaten uitwerking heeft van zodra het gevolgen heeft in de Staat waar de procedure geopend is. De betrokken rechterlijke beslissing moet niet ‘definitief’ zijn (art. 2, (f) EIV).¹⁴⁸ De automatische en onmiddellijke erkenning vormt een heuse verbetering t.o.v. de oude exequaturprocedures die heel wat vertraging veroorzaakten.¹⁴⁹ SWERTS geeft aan dat het vroeger wel eens gebeurde dat, vooraleer een faillissement elders erkend was, bepaald activa reeds verdwenen waren.¹⁵⁰ De Verordening beoogt nu precies te vermijden dat schuldeisers individueel tot executie overgaan en zo de gelijke behandeling van de schuldeisers in het gedrang brengen (‘*race of diligence*’).¹⁵¹ De lidstaat waar een secundaire procedure geopend werd, dient de gevolgen van de hoofdprocedure vanzelfsprekend niet te ondergaan.¹⁵²

Voor de tenuitvoerlegging gelden de artt. 38-52 Brussel I- Verordening¹⁵³.

¹⁴⁷ Rapport Virgós/Schmit, nr. 196.

¹⁴⁸ P. WAUTELET, “De Europese Insolventieverordening” in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (ed.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Intersentia, Antwerpen, 2001, 150, nr. 5-47.

¹⁴⁹ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 190.

¹⁵⁰ K. SWERTS, « Procesvoering bij internationale faillissementen gemakkelijker », *Juristenkrant* 2002, afl. 52, 12.

¹⁵¹ P. WAUTELET, “De Europese Insolventieverordening” in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (ed.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Intersentia, Antwerpen, 2001, 149, nr. 5-46.

¹⁵² P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 191.

¹⁵³ Verordening Raad nr. 44/2001, 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb.L.* 16 januari 2001, afl. 12, 1-23.

2.2.1.3.1. De hoofdprocedure

Wanneer de bevoegde rechtbank een hoofdprocedure opent, kan, op basis van het wederzijds beginsel van de gemeenschapstrouw (het *Full Faith and Credit*-beginsel), geen enkele andere lidstaat dat nog doen. Van zodra de beslissing rechtsgevolgen heeft in de lidstaat van de hoofdprocedure, dan wordt de beslissing tot opening van de insolventieprocedure automatisch en van rechtswege erkend in de hele Europese Unie (art. 16-17).¹⁵⁴ De hoofdprocedure heeft in alle lidstaten dezelfde rechtsgevolgen als in de lidstaat waar ze opgestart is: buitenbezitstelling van debiteur, aanwijzing van een curator, samenstelling van de boedel, ...¹⁵⁵ Iedere individuele executiematregel is bijgevolg uitgesloten, wanneer de in het buitenland geopende hoofdprocedure voorziet in een schorsing van de individuele executierechten van de schuldeisers.¹⁵⁶ Men spreekt hier van het **expansiemodel**: de rechtsgevolgen van de hoofdprocedure worden via het principe van de automatische wederzijdse erkenning geëxporteerd naar alle lidstaten van de E.U. waar de debiteur activa of schuldeisers heeft.¹⁵⁷ Er is geen exequatur noch enige andere formaliteit, zoals publiciteit of registratie, vanwege de andere lidstaten vereist.¹⁵⁸ Om de gevolgen van een buitenlandse insolventieprocedure te bepalen zal de gevatte rechter uit een andere E.U.-lidstaat derhalve het buitenlands recht moeten consulteren. Indien elke lidstaat zijn eigen recht zou toepassen (het 'equivalentiemodel'), dan zou eenzelfde procedure andere rechtsgevolgen kunnen hebben in verschillende lidstaten, wat natuurlijk ingaat tegen de door de Verordening beoogde universaliteit.¹⁵⁹

In de *Eurofood*- case gaf het Hof van Justitie aan dat er sprake is van een 'beslissing tot opening van een insolventieprocedure in de zin van art. 16 EIV, indien de betrokken beslissing (1) gegrond is op de insolventie van de

¹⁵⁴ Overweging 22 van de Verordening.

¹⁵⁵ N. WATTÉ en V. MARQUETTE, "Le règlement communautaire du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité », *T.B.H.* 2001, 575, 35.

¹⁵⁶ V. SAGAERT, "Kroniek internationaal insolventierecht" in ALLEMEERSCH, B., en LAMBRECHTS, D., *VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE VAN BRUSSEL* (ed.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 222, nr. 24; N. WATTÉ, "L'opposabilité des stéréotypes dans le nouveau règlement européen des procédures d'insolvabilité, in Rev. dr. U.L.B., *Vers l'harmonisation en Europe du droit de l'insolvabilité et des garanties*, Brussel, Bruylant, 2001, 11, nr. 5.

¹⁵⁷ H. DE WULF en P. WAUTELET, "Aspecten van internationaal privaatrecht" in H. BRAECKMANS, E. DIRIX en E. WYMEERSCH (eds.), *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord: het nieuwe recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 153-155; P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 190; M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 181.

¹⁵⁸ M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 108 en 180.

¹⁵⁹ P. WAUTELET, "De Europese Insolventieverordening", in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (eds.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Intersentia, Antwerpen, 2001, 153, nr. 5-51.

debiteur, (2) ertoe leidt dat de debiteur het beheer en de beschikking over zijn vermogen verliest en (3) overgaat tot de benoeming van een ‘curator’ in de zin van bijlage C van de Verordening.¹⁶⁰ *In casu* was de beslissing van de Ierse rechtbank tot aanduiding van een voorlopig bewindvoerder m.b.t. de Ierse vennootschap *Eurofood* dan ook een ‘beslissing tot opening van een insolventieprocedure’ in de zin van art. 16 EIV. De Italiaanse rechtbank diende die beslissing ingevolge art. 16 EIV te erkennen en kan zich bijgevolg niet meer bevoegd verklaren voor de insolventie van de Ierse vennootschap *Eurofood*. De ruime invulling van de notie ‘beslissing tot opening van een insolventieprocedure’ door het Hof van Justitie kadert in diens streven om de doeltreffendheid van het door de Verordening ingevoerde systeem te garanderen. Het Hof wil concurrente bevoegdheidsaanspraken zoveel als mogelijk vermijden.¹⁶¹ MARQUETTE vindt dat het Hof hier te ver gaat. Ze stelt zich de vraag of de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder niet eerder een bewarende maatregel is die de eigenlijke opening van de insolventieprocedure voorafgaat en die bij hoogdringendheid genomen wordt, zonder toetsing van de bevoegdheid voor een hoofdinsolventieprocedure. Gezien het belang en de gevolgen van de kwalificatie als ‘beslissing tot opening van een insolventieprocedure’ in de zin van art. 16 EIV, pleit de auteur voor een engere definitie van die kwalificatie. De ruime interpretatie zou *forum shopping* stimuleren en een wedloop naar de rechter met het oog op het verkrijgen van bewarende maatregelen teweeg brengen.¹⁶² De kritiek van MARQUETTE is zeker en vast gegrond, maar de stelling van het Hof verdient de voorkeur, ter wille van de doeltreffendheid van de Verordening en, daarmee samenhangend, de rechtszekerheid.

Het principe van de automatische erkenning kan in werkelijkheid soms onrechtvaardig ogen. Schuldeisers die betaling hebben ontvangen van de debiteur buiten de lidstaat waar laatstgenoemde aan een insolventieprocedure onderworpen was, zonder weet te hebben van die insolventieprocedure, zijn te goeder trouw. Toch zullen ze op grond van art. 20 EIV hetgeen ze ontvangen hebben moeten restitueren aan de ‘curator’.¹⁶³ Publiciteit is dus geen voorwaarde voor de automatische erkenning en de expansie van rechtsgevolgen van een insolventieprocedure. In het licht van het rechtszekerheidsbeginsel stipuleert art. 24 EIV een uitzondering. De derde te goeder trouw die een verbintenis uitvoert ten voordele van de debiteur buiten het grondgebied van de lidstaat van opening van de procedure, terwijl hij die verbintenis had moeten uitvoeren voor de curator, is toch bevrijd. De derde wordt vermoed te goeder trouw te zijn, indien de betaling gebeurde vooraleer

¹⁶⁰ H.v.J. 2 mei 2006, *Eurofood IFSC Ltd.*, nr. C- 341/04, *Jur. H.v.J.* 2006, I, 3813, r.o. 54.

¹⁶¹ H.v.J. 2 mei 2006, *Eurofood IFSC Ltd.*, nr. C- 341/04, *Jur. H.v.J.* 2006, I, 3813, r.o. 52-53.

¹⁶² V. MARQUETTE, “Insolvabilité transfrontalière des groupes de sociétés: le rappel à l’ordre de la CJCE en faveur d’une interprétation stricte de la notion de centre des intérêts principaux du débiteur », *T.B.H.* 2006, 804, nr. 13.

¹⁶³ Art. 20 is net als artt. 5 en 7 een van de weinige materieelrechtelijke bepalingen van de Verordening.

de curator tot openbaarmaking was overgegaan overeenkomstig art. 21 EIV. De weerlegbaarheid van dat vermoeden vormt, volgens DIRIX, een schending van het Belgische fixatiebeginsel.¹⁶⁴ Bovendien speelt publiciteit of registratie ook krachtens art. 14 EIV een rol in de bescherming van de derde- verkrijger van de debiteur.¹⁶⁵

De andere lidstaten kunnen de bevoegdheid van de rechter die de hoofdprocedure opent, niet meer toetsen.¹⁶⁶¹⁶⁷ Zo besliste de Beslagrechter te Brussel tot lichte van een bewarend beslag op de goederen van NV MG Rover Belux die in België gelegen waren, omdat dat beslag gelegd was nadat de vennootschap reeds door de *High Court of Justice* van Birmingham insolvent verklaard was. Het moratorium van de Engelse procedure strekt zich immers ook uit over de Belgische goederen.¹⁶⁸

Indien er zich rechters van twee lidstaten bevoegd achten, zal degene die het eerst de insolventie aanvraagt en een CoMI kan aanwijzen, de hoofdprocedure mogen leiden.¹⁶⁹ Na die wedloop kan de ‘traagste’ rechter de bevoegdheid van de andere rechter niet meer betwisten en zelf een hoofdprocedure openen (*‘first in time rule’*).¹⁷⁰ Zo probeerde de Italiaanse rechter zich in het kader van de insolventieprocedure tegen de moeder van de groep *Parmalat* nog bevoegd te verklaren voor de Ierse dochter, op basis van de economische controle die de moeder op haar dochters uitoefent, ondanks het feit dat er in Ierland reeds een hoofdprocedure geopend was m.b.t. die Ierse dochter.¹⁷¹ De Italiaanse rechter kon de bevoegdheid van zijn Ierse collega enkel aanvechten door in Ierland in hoger beroep te gaan tegen de beslissing van de Ierse rechter tot opening van een insolventieprocedure.¹⁷² Beroep tegen een beslissing tot opening van een insolventieprocedure is immers enkel mogelijk in de lidstaat waar die procedure geopend is.¹⁷³ Bij de beslechting van gebeurlijke bevoegdheidsconflicten wordt voorrang verleend aan de rechter die zich als

¹⁶⁴ E. DIRIX, en V. SAGAERT, “De Europese Insolventieverordening” in X., *Faillissement & Gerechelijk Akkoord*, Mechelen, Kluwer, 2006, 21, nr. 13.

¹⁶⁵ M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 180.

¹⁶⁶ Overweging 22 van de Verordening; H.v.J. 2 mei 2006, *Eurofood IFSC Ltd.*, nr. C- 341/04, *Jur. H.v.J.* 2006, I, r.o. 44; Kh. Charleroi 16 juli 2002, *T.B.H.* 2004, 811; Beslagr. Brussel 11 juli 2005, *R.W.* 2005-06, 1027, noot V. SAGAERT; M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 109.

¹⁶⁷ Contra: Kh. Tongeren 20 februari 2003, *T.B.H.* 2004, 70, noot T. KRUGER.

¹⁶⁸ Beslagr. Brussel 11 juli 2005, *R.W.* 2005-06, 1027, noot V. SAGAERT.

¹⁶⁹ I. VEROUGSTRAETE, “Les aspects internationaux e la faillite et du concordat” in O. BERTIN en I. VEROUGSTRAETE, *Mamel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, 741, nr. 1195.

¹⁷⁰ Overweging 22 van de Verordening; Kh. Charleroi, 16 juli 2002, *T.B.H.* 2004, 811, noot C. BARBÉ; T. KRUGER, “De Europese Insolventieverordening: een toepassing”, (noot onder Kh. Tongeren 20 februari 2003), *T.B.H.* 2004, afl. 1, 72, nr. 3.

¹⁷¹ H.v.J. 2 mei 2006, *Eurofood IFSC Ltd.*, nr. C- 341/04, *Jur. H.v.J.* 2006, I, 3813.

¹⁷² H.v.J. 2 mei 2006, *Eurofood IFSC Ltd.*, nr. C- 341/04, *Jur. H.v.J.* 2006, I, r.o. 43.

¹⁷³ J.C. VAN APELDOORN en A.W. DE MAN, *De Europese Insolventieverordening in praktijkboek Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 58.

eerste bevoegd verklaarde en niet aan de eerst gevatte rechter.¹⁷⁴ Dergelijke beslechting van bevoegdheidsconflicten door de ‘blote’ toepassing van de anterioriteitsregel geeft aanleiding tot *forum shopping* en voldoet dus niet.¹⁷⁵ *De lege ferenda* moet hier verandering in komen.

Niet alleen wordt de bevoegdheid van de rechter enkel bepaald volgens het recht van de lidstaat die de hoofdprocedure opent. De debiteur dient evenmin insolvent te zijn volgens het recht van de andere lidstaten (art. 16, lid 1, §2).

De andere lidstaten kunnen wel nog steeds afzonderlijk een secundaire procedure opstarten, indien de debiteur op hun grondgebied een vestiging heeft (*infra, randnr. 23*).¹⁷⁶ De hoofdprocedure heeft m.a.w. universele werking, behoudens in de lidstaat waar een secundaire procedure werd geopend. De opening van dergelijke secundaire procedures mag wel geen achterpoortje worden, waarlangs rechters steevast de bevoegdheid van ‘buitenlandse’ rechters ontkennen en de zaak deels naar zich toe trekken.¹⁷⁷ Dat zou het beginsel van de universaliteit van de insolventie binnen de E.U. tegenwerken.¹⁷⁸ De automatische erkenning uit art. 16 EIV geldt eveneens voor de beslissingen genomen in het kader van een secundaire procedure, maar heeft op dat vlak een geringere betekenis gezien de territoriaal beperkte draagwijdte van een secundaire procedure.¹⁷⁹

VEDER wijst op het belang van een duidelijke aanduiding van de aard van de geopende procedure in de rechterlijke beslissing tot opening van een insolventieprocedure. Is het een hoofd- (art. 3, lid 1 EIV) of een secundaire (art. 3, lid 2 EIV) procedure? De Verordening bevat geen expliciete verplichting in die zin, maar volgens laatstgenoemde auteur vloeit dat voort uit de hele systematiek ervan.¹⁸⁰

¹⁷⁴ P. WAUTELET, “Grensoverschrijdende insolventieprocedures – recente ontwikkelingen” in X (ed.), XXXIste Postuniversitaire cyclus Willy Delva, *Insolventierecht 2004-2005*, Mechelen, Kluwer, 2006, 490, nr. 19.

¹⁷⁵ N. WATTÉ en V. MARQUETTE, “Le règlement communautaire du 29 mai 2000, relatif aux procédures d’insolvabilité », *T.B.H.* 2001, 571-572, nr. 22.

¹⁷⁶ Kh. Tongeren 9 september 2002, *onuitg.*, beschikbaar op www.euprocedure.be; Kh. Charleroi 16 juli 2002, *T.B.H.* 2004, 811 ; Kh. Brussel (4^e kamer), 18 november 2002, *D.A.O.R.* 2003, 88; Kh. Brussel (4^e kamer), 16 december 2002, *D.A.O.R.* 2003, 90; Kh. Tongeren 31 maart 2003, *onuitg.*, beschikbaar op www.euprocedure.be; N. WATTÉ, “L’opposabilité des sûretés dans le nouveau règlement européen des procédures d’insolvabilité”, in Rev. dr. U.L.B., *Vers l’harmonisation en Europe du droit de l’insolvabilité et des garanties*, Brussel, Bruylant, 2001, 11, nr. 5.

¹⁷⁷ T. KRUGER, “De Europese Insolventieverordening: een toepassing”, (noot onder Kh. Tongeren 20 februari 2003), *T.B.H.* 2004, afl. 1, 72, nr. 3.

¹⁷⁸ P. WAUTELET, “De Europese Insolventieverordening” in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER, *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2001, 103-110.

¹⁷⁹ M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 112.

¹⁸⁰ M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 109.

De lidstaat die meent dat de gevolgen van de erkenning of tenuitvoerlegging van de buitenlandse beslissing tot opening van een insolventieprocedure manifest in strijd zouden zijn met de nationale¹⁸¹ ¹⁸² ‘openbare orde’, kan zich onttrekken aan de universele werking ervan (art. 26). ‘Openbare orde’ verwijst naar de grondwettelijke rechten en vrijheden (bijvoorbeeld: art. 25, lid 3).¹⁸³ In haar arrest van 28 maart 2000 poneerde het Hof van Justitie dat het de taak is van de lidstaten om ieder voor zich een invulling te geven van het begrip ‘openbare orde’, maar dat het Hof die appreciatiemacht van de nationale rechters wel kan begrenzen opdat het beginsel van de automatische en onmiddellijke erkenning niet uitgehoud zou worden door een te ruime interpretatie van art. 25, lid 3 en 26.¹⁸⁴ WATTÉ en MARQUETTE wijzen er echter op dat de bevoegdheid van het Hof in dit gebied toch groter wordt, gezien de opmars van de Europeesrechtelijke mensenrechten (recht op eerlijk proces (art.6 EVRM), enz.).¹⁸⁵ Zo meent het Hof dat een lidstaat de erkenning/tenuitvoerlegging mag weigeren, indien bij de opening van de procedure de hoorplicht geschonden werd.¹⁸⁶ TORREMANS, WAUTELET en WESSELS waarschuwen voor een substantiële uitholling van de Verordening door een te ruime interpretatie van de openbare orde- clausule van art. 26 EIV.¹⁸⁷ Art. 26 EIV spreekt immers van een **kennelijke** inbreuk op de

¹⁸¹ Rapport VIRGÓS/SCHMIT, nr. 205; P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 192; J.C. VAN APELDOORN en A.W. DE MAN, *De Europese Insolventieverordening in praktijkboek Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 58; M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscenrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 180; P. WAUTELET, “De Europese Insolventieverordening”, in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (ed.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Intersentia, Antwerpen, 2001, 151, nr. 5-48; B. WESSELS, *International Insolvency Law*, Deventer, Kluwer, 2006, 460, nr. 10815.

¹⁸² Opgelet: V. SAGAERT spreekt ‘internationale openbare orde’ wat een engere betekenis heeft dan ‘nationale openbare orde’ (V. SAGAERT, “Kroniek internationale insolventierecht” in ALLEMEERSCH, B., en LAMBRECHTS, D., VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE VAN BRUSSEL (ed.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 222, nr. 24). De ‘internationale openbare orde’ is slechts de harde kern van de nationale openbare orde. De in België gangbare interpretatie is inderdaad een gelijkstelling van het begrip ‘openbare orde’ met ‘internationale openbare orde.’ (I. VEROUGSTRAETE, “Les aspects internationaux e la faillite et du concordat” in O. BERTIN en I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, 772, nr. 1230)

¹⁸³ H. DE WULF en P. WAUTELET, “Aspecten van internationaal privaatrecht” in H. BRAECKMANS, E. DIRIX en E. WYMEERSCH (eds.), *Faillissement en Gerechelijk Akkoord: het nieuwe recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 155-156; E. DIRIX, en V. SAGAERT, “De Europese Insolventieverordening” in X., *Faillissement & Gerechelijk Akkoord*, Mechelen, Kluwer, 2006, 20, nr. 12quater.

¹⁸⁴ H.v.J. 28 maart 2000, Dieter Krombach/ André Bamberski, nr. C- 7/98, *Jur. H.v.J.* 2000, I, 1935, r.o. 23-25; I. VEROUGSTRAETE, “Les aspects internationaux e la faillite et du concordat” in O. BERTIN en I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, 772, nr. 1230.

¹⁸⁵ N. WATTÉ en V. MARQUETTE, “Le règlement communautaire du 29 mai 2000, relatif aux procédures d’insolvabilité », *T.B.H.* 2001, 576, nr. 38.

¹⁸⁶ H.v.J. 2 mei 2006, *Eurofood IFSC Ltd.*, nr. C- 341/04, *Jur. H.v.J.* 2006, I, r.o. 66-67.

¹⁸⁷ P. WAUTELET, “De Europese Insolventieverordening”, in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (ed.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*,

openbare orde.¹⁸⁸ Uit art. 16, lid 1 EIV volgt dat het feit dat het recht van de erkennende lidstaat de debiteur als onbekwaam kwalificeert om voorwerp uit te maken van een insolventieprocedure, geen reden kan zijn om de erkenning te weigeren. Het is geen argument van openbare orde in de zin van art. 26 EIV.¹⁸⁹

Art. 25 EIV regelt, zoals reeds aangehaald, de erkenning en executie van beslissingen inzake het verloop en de beëindiging van de procedure. Ook voor die beslissingen geldt het beginsel van de automatische en onmiddellijke erkenning. Hun tenuitvoerlegging gebeurt overeenkomstig art. 38-58 Brussel I-verordening, met uitzondering van art. 45, lid 1.¹⁹⁰ De enige weigeringsgrond is de openbare orde- exceptie van art. 26 EIV.

De erkenning en uitvoering van ‘andere beslissingen’ in de zin van art. 25, lid 2 EIV¹⁹¹ wordt eveneens geregeld door de Brussel I- Verordening. Hiervoor gelden de vijf weigeringsgronden van laatstgenoemde verordening (art. 34-35 Brussel I- Verordening), en dus niet art. 26 EIV. Volgens WAUTELET, is het verschil in de praktijk niet zo groot: ook onder de Brussel I- Verordening fungeert de openbare orde- exceptie als een soort *catch all*- bepaling.¹⁹² Wat de tenuitvoerlegging van beslissingen betreft, verandert de Insolventieverordening dus niets aan de reeds bestaande regeling uit de Brussel I- verordening. Een exequatur is in de regel dus nog steeds vereist. Het aantal situaties waarvoor een exequatur vereist is, is dankzij de Verordening, wel verminderd. Zo zorgen de artt. 18 e.v. EIV ervoor dat de curator voor zijn grensoverschrijdend optreden geen exequatur behoeft, behoudens wanneer hij een beroep wenst te doen op dwangmiddelen.¹⁹³

Krachtens art. 2, a *jo.* bijlage A EIV kan een hoofdprocedure zowel een liquidatie- als een saneringsprocedure zijn. Het succes van een

Intersentia, Antwerpen, 2001, 152, nr. 5-48: WAUTELET spreekt zelfs van de ‘achilleshiel’ van de Verordening.

¹⁸⁸ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU. English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 192; . WESSELS, *International Insolvency Law*, Deventer, Kluwer, 2006, 460, nr. 10818.

¹⁸⁹ M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 180.

¹⁹⁰ EEX- verordening nr. 44/2001 van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PbEG L 12); Rapport Virgós/Schmit, nr. 197; M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 237.

¹⁹¹ Bijvoorbeeld : het vaststellen van een schuldvordering.

¹⁹² P. WAUTELET, “De Europese Insolventieverordening”, in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (eds.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Intersentia, Antwerpen, 2001, 156, nr. 5-55 en 160, nr. 5-60.

¹⁹³ K. SWERTS, « Procesvoering bij internationale faillissementen gemakkelijker », *Juristenkrant* 2002, afl. 52, 12 ; N. WATTÉ en V. MARQUETTE, “Le règlement communautaire du 29 mai 2000, relatif aux procédures d’insolvabilité », *T.B.H.* 2001, 576, nr. 39 ; P. WAUTELET, “De Europese Insolventieverordening”, in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (eds.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Intersentia, Antwerpen, 2001, 159-160, nr. 5-60.

saneringsprocedure als hoofdprocedure wordt echter sterk beperkt door art. 5 EIV. Op basis van dat artikel zijn schuldeisers met een zakelijk zekerheidsrecht op een goed dat in een andere lidstaat gelegen is dan de lidstaat waar de hoofdprocedure geopend wordt, niet gebonden door de schorsing van de middelen van tenuitvoerlegging die in een akkoordprocedure meestal voor alle schuldeisers geldt¹⁹⁴. BOSLY merkt op dat art. 34, lid 1 EIV hier een partiële oplossing biedt.¹⁹⁵ Indien het nationaal recht van toepassing in de lidstaat waar de houder van een zakelijk zekerheidsrecht in de zin van art. 5 EIV gevestigd is, in de mogelijkheid voorziet van een akkoordprocedure met bijhorende schorsing van de middelen van tenuitvoerlegging van de schuldeisers, dan kan men door de opening van een secundaire procedure in die lidstaat aan voornoemd ‘gebrek’ tegemoet komen. De curator van de hoofdprocedure kan dan immers op grond van art. 34, lid 1 EIV voorstellen om de secundaire procedure zonder liquidatie, maar door middel van een herstelplan of een akkoord te beëindigen. Dit is echter een serieuze omweg en bovendien moet de debiteur in de betrokken lidstaat ook een ‘vestiging’ hebben. De verordening zou daarom in de toekomst beter dermate gewijzigd worden dat ook een secundaire procedure een saneringsprocedure kan zijn. De ondergeschiktheid van die secundaire procedure aan de hoofdprocedure kan dan geïnstitutionaliseerd worden door de curator van de secundaire procedure voor bepaalde belangrijke beslissingen te onderwerpen aan de voorafgaande toestemming van de curator van de hoofdprocedure.

2.2.1.3.2. *De territoriale procedure(s)*

Verder heeft de Verordening het principe van eenheid en universaliteit genuanceerd door de bewindvoerder (‘curator’) van de hoofdprocedure of elke persoon of autoriteit die in een andere lidstaat gerechtigd is om een insolventieprocedure op te starten, de mogelijkheid te bieden om in die andere lidstaat een secundaire procedure op te starten (art. 29 EIV).¹⁹⁶ Zoals WATTÉ terecht opmerkt, volgt die bevoegdheid van de curator uit het feit dat een secundaire procedure ook in het belang kan zijn van de schuldeisers van de hoofdprocedure.¹⁹⁷ VEROUGSTRAETE meent dat de pluraliteit van procedures die kan tot stand komen door de mogelijkheid tot opening van territoriale procedures ‘chaos’ kan creëren en dat de Verordening op dat vlak dus niet noodzakelijk een vooruitgang betekent.¹⁹⁸ Voor de opening van een

¹⁹⁴ Art. 21 W.G.A. voor België.

¹⁹⁵ T. BOSLY, ‘La faillite internationale. Une ère nouvelle s’est-elle ouverte avec le règlement du Conseil du 29 mai 2000 ?’, *J.T.* 2001, 695, nr. 44.

¹⁹⁶ Kh. Charleroi 16 juli 2002, zoals geciteerd in N. WATTÉ, ‘Droit international privé (conflit de lois) (deuxième partie)’, *R.C.J.B.* 2005, 317.

¹⁹⁷ N. WATTÉ, ‘L’opposabilité des sûretés dans le nouveau règlement européen des procédures d’insolvabilité’, in Rev. dr. U.L.B., *Vers l’harmonisation en Europe du droit de l’insolvabilité et des garanties*, Brussel, Bruylant, 2001, 12, nr. 6.

¹⁹⁸ I. VEROUGSTRAETE, ‘Les aspects internationaux e la faillite et du concordat’ in O. BERTIN en I. VEROUGSTRAETE, *Mamel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, 742, nr. 1196.

secundaire procedure is wel vereist dat de debiteur in die lidstaat een ‘vestiging’ heeft, d.i. *elke plaats van handeling waar de schuldenaar m.b.v. mensen en goederen een economische activiteit uitoefent die niet van tijdelijke aard is* (art. 2, h).¹⁹⁹

De Verordening biedt de mogelijkheid om een territoriale procedure te openen ter bescherming van lokale belangen (of van de belangen van de schuldeisers van de hoofdprocedure, zie art. 29, a EIV)²⁰⁰ of om redenen van efficiëntie (bv.: de boedel is te complex om in één universele hoofdprocedure volledig te behandelen).²⁰¹ Dat een territoriale procedure de lokale belangen beschermt, duidt op “de bescherming van de lokale schuldeisers, die de debiteur krediet hebben verleend op basis van het in hun land aanwezige onderpand”²⁰². Lokale schuldeisers kunnen de procedurele kosten beperken door hun schuldvordering in te dienen in een lokale procedure bij een lokale ‘curator’ zonder grensoverschrijdende rechtshandelingen te moeten stellen. Bovendien kan de mogelijkheid om een territoriale procedure aan te vragen ook een drukkingsmiddel vormen t.a.v. de curator van de hoofdprocedure, in het bijzonder wanneer die hoofdprocedure gericht is op reorganisatie.²⁰³ BERENDS merkt echter op dat het beeld van de lokale crediteurs als zijnde kleine handelaars, voor wie het ‘deelnemen aan’ een buitenlandse (universele) insolventieprocedure een financieel en praktisch onoverkomelijke last vormt, niet altijd met de werkelijkheid overeenstemt. Hij benadrukt terecht dat elke grote schuldeiser in meerdere lidstaten vaak een lokale schuldeiser is die bijgevolg van het concept van de territoriale procedure zal kunnen profiteren, alhoewel die schuldeiser helemaal niet gekenmerkt wordt door kleinschaligheid (en kwetsbaarheid).²⁰⁴

Wanneer een territoriale procedure opgestart wordt omwille van een efficiënt beheer van de boedel, dan zal het initiatief eerder uitgaan van de curator i.p.v.

¹⁹⁹ Kh. Brussel 16 december 2002, *DAOR* 2003, 90; Kh. Brussel 18 november 2002, *DAOR* 2003, 88.

²⁰⁰ Overweging 11 van de Verordening; Rapport- Virgós/ Schmit, nr. 32; N. WATTÉ, “L’opposabilité des sûretés dans le nouveau règlement européen des procédures d’insolvabilité”, in Rev. dr. U.L.B., *Vers l’harmonisation en Europe du droit de l’insolvabilité et des garanties*, Brussel, Bruylant, 2001, 12, nr. 6.

²⁰¹ Overweging 19 van de Verordening; Rapport- Virgós/ Schmit, nr. 33; E. DIRIX, en V. SAGAERT, “De Europese Insolventieverordening” in X., *Failissement & Gerechtigelijk Akkoord*, Mechelen, Kluwer, 2006, 22, nr. 14.

²⁰² P. WAUTELET, « De Europese insolventieverordening » in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER, *Het nieuwe Europese IPR : van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2001, 140, nr. 5-37.

²⁰³ P. WAUTELET, « De Europese insolventieverordening » in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER, *Het nieuwe Europese IPR : van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2001, 148, nr. 5-44.

²⁰⁴ A.J. BERENDS, “Het Europees Verdrag betreffende insolventieprocedures en de UNCITRAL Modelwet inzake grensoverschrijdende insolventie met elkaar vergeleken” in A.J. BERENDS, J.C. VAN APELDOORN en R.J. VAN GALEN (eds.), *Grensoverschrijdende insolventieprocedures*, Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht nr. 117, Deventer, Kluwer, 1998, 205.

de lokale schuldeisers.²⁰⁵ De territoriale procedure kan dan beschouwd worden als de achtertuin van de curator van de hoofdprocedure. Indien het hem (lees: de belangen van de schuldeisers *in globo*) goed uitkomt, dan kan laatstgenoemde een secundaire procedure opstarten krachtens art. 29 (a) EIV. Het kan bijvoorbeeld dienen om art. 5 EIV te omzeilen en de tegenstelbaarheid van een zakelijk (zekerheids)recht af te wijzen (*infra, randnr. 82*).²⁰⁶ De secundaire procedure is ondergeschikt aan de hoofdprocedure (*infra, randnr. 71*).²⁰⁷

Bij territoriale procedures moet men een onderscheid maken tussen de zelfstandige territoriale procedure en de secundaire procedure. De zelfstandige territoriale procedure is er een die ingeleid wordt in een lidstaat waar de insolvente debiteur een vestiging heeft, alvorens een universele hoofdprocedure is geopend (art. 3, lid 4). Het kan zowel een liquidatieprocedure als een saneringsprocedure zijn. De opening van een zelfstandige territoriale procedure kan slechts wanneer aan twee cumulatieve voorwaarden is voldaan (art. 3, lid 4, a en b).²⁰⁸ Zo wil de Europese wetgever de zelfstandige territoriale procedure beperken tot de gevallen waarin het 'hoogstnoodzakelijk' is.²⁰⁹ VEDER stelt zich echter de vraag of de onderstaande voorwaarden wel voldoende streng zijn om de opening van zelfstandige territoriale procedure te beperken tot uitzonderlijke gevallen.²¹⁰ SAGAERT stelt terecht dat de beperking van de mogelijkheden tot opening van een territoriale procedure volledig in de lijn ligt van de achterliggende doelstellingen van de Verordening, namelijk de handhaving van het principe van de universele werking van de *lex concursus*.²¹¹

Wanneer er echter al een hoofdprocedure is opgestart, noemt men de territoriale procedure secundair. Een secundaire procedure kan alleen een liquidatieprocedure, en dus geen saneringsprocedure zijn (art. 3, lid 3 EIV).

In tegenstelling tot de Verordening, maakt het wetboek IPR geen onderscheid tussen een 'zelfstandige territoriale' procedure en een 'secundaire' procedure. De twee voorwaarden die onder de Verordening gelden voor de opening van de eerstgenoemde procedure (art. 3, lid 4 EIV), komen niet voor in art. 118, §1

²⁰⁵ P. WAUTELET, « De Europese insolventieverordening » in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER, *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2001, 142, nr. 5-39.

²⁰⁶ M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 114-115.

²⁰⁷ Zie Titel I, Afdeling 3.

²⁰⁸ Kh. Dendermonde 18 augustus 2005, *R.W.* 2005-06, 595.

²⁰⁹ Overweging 17 van de Verordening.

²¹⁰ M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 116.

²¹¹ V. SAGAERT, "Kroniek internationaal insolventierecht" in ALLEMEERSCH, B., en LAMBRECHTS, D., *VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE VAN BRUSSEL* (ed.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 219, nr. 21.

WIPR. Bijgevolg kan een schuldeiser ervoor kiezen om in België om de opening van een territoriale procedure i.p.v. een hoofdprocedure te verzoeken, ook al heeft de schuldenaar in België zijn domicilie (fysieke persoon) of voornaamste vestiging of statutaire zetel (rechtspersoon). Of omgekeerd, de debiteur kan zelf de opening van een territoriale procedure in België verzoeken om zijn buiten België gelegen activa uit de boedel te houden.²¹² Het Belgisch IPR hecht dus minder belang aan de universele werking van insolventieprocedures dan de Europese insolventieverordening. Een ander gevolg van de afwezigheid van onderscheid tussen zelfstandige en secundaire territoriale procedures ligt in het feit dat ook een secundaire procedure een liquidatieprocedure kan zijn onder het wetboek IPR, in tegenstelling tot art. 27 EIV. DIRIX en SAGAERT waarschuwen voor problemen in de praktijk wanneer een rechtbank van een derde- Staat in een hoofdprocedure tot liquidatie beslist, terwijl België een territoriale saneringsprocedure wenst te openen en de betrokken landen het wederkerigheidsprincipe hanteren.²¹³

Een belangrijk verschil met de hoofdprocedure is dat een territoriale procedure slechts rechtsgevolgen kan sorteren op het grondgebied van de lidstaat waar de insolvente onderneming een vestiging heeft en m.b.t. de activa die daar gelegen zijn. In tegenstelling tot de hoofdprocedure, heeft die dus geen uitwerking in de hele Europese Unie. WATTÉ nuanceert dit echter: art. 18, lid 2 EIV geeft de curator van een secundaire procedure de mogelijkheid om de goederen die na de opening van de procedure van het grondgebied van de betrokken lidstaat verdwenen zijn, te doen repatriëren.²¹⁴ Alleen de gevolgen van een secundaire insolventieprocedure worden aan territoriale restricties onderworpen. De voorwaarden waaraan een vordering tot insolventverklaring van de debiteur moet voldoen, worden op de schuldenaar als een geheel toegepast en niet op de vestiging, die zelf geen afgescheiden rechtspersoonlijkheid heeft.²¹⁵

Zowel de curator van de hoofdprocedure als enige andere persoon of autoriteit die daartoe het recht heeft krachtens het insolventierecht van de betrokken lidstaat, kan de opening van een secundaire insolventieprocedure vragen (art. 29 EIV). Ook individuele schuldeisers kunnen om de opening van zo'n procedure verzoeken. Er wordt geen specifiek belang vereist.²¹⁶ Omdat hier het gevaar bestond dat schuldeisers de secundaire procedure die enkel een liquidatieprocedure kan zijn, zouden aanwenden om de sanering in de

²¹² E. DIRIX en V. SAGAERT, "Cross-Border Insolvency in Belgian Private International Law", *Int. Insol. Rev.* 2006, 65.

²¹³ E. DIRIX en V. SAGAERT, "Cross-Border Insolvency in Belgian Private International Law", *Int. Insol. Rev.* 2006, 64.

²¹⁴ N. WATTÉ, "L'opposabilité des sûretés dans le nouveau règlement européen des procédures d'insolvabilité", in Rev. dr. U.L.B., *Vers l'harmonisation en Europe du droit de l'insolvabilité et des garanties*, Brussel, Bruylant, 2001, 12, nr. 7.

²¹⁵ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 162.

²¹⁶ Rapport Virgós/Schmit, § 227.

hoofdprocedure te belemmeren, voerde men art. 30 EIV in: de bevoegde rechtbank kan aan de eiser een voorschot vragen op de kosten en uitgaven van de aangevatte secundaire procedure.²¹⁷

De procedure wordt beheerst door het nationale recht (art. 28), zonder dat de debiteur ook volgens dat nationaal recht insolvent moet zijn (art. 27).

Een secundaire procedure kan enkel een liquidatieprocedure en geen saneringsprocedure zijn (art. 3, lid 3). Dat betekent dat een Belgische vestiging van een buitenlandse onderneming niet kan gered worden middels een secundaire akkoordprocedure.²¹⁸ Hier bevindt zich een belangrijk verschil met de zelfstandige territoriale procedure, die wel kan uitmonden in een saneringsplan. Een secundaire procedure kan slechts beëindigd worden door middel van een herstelplan, mits toestemming van de curator van de hoofdprocedure.

Dat een secundaire procedure geen saneringsprocedure kan zijn vormt een grote, maar begrijpelijke beperking voor de curator van die secundaire procedure. Indien de secundaire procedure immers een akkoordprocedure zou zijn, dan zou schuldkwijtschelding mogelijk zijn. Dergelijke grote impact van de secundaire procedure op de verhouding van de debiteur t.a.v. diens schuldeisers en dus ook op de hoofdprocedure is niet wenselijk, aangezien het de bedoeling is om de secundaire procedure ondergeschikt te houden aan de hoofdprocedure. O.g.v. art. 33, lid 1 *jo.* art. 34 kan de curator van de hoofdprocedure de curator van de secundaire procedure wel steeds verzoeken om de liquidatieverrichtingen geheel of ten dele op te schorten gedurende een maximumtermijn van 3 maanden. Tegelijk zou de curator van de hoofdprocedure dan een globaal saneringsplan kunnen opleggen aan de curator van de secundaire procedure.²¹⁹ Dit is zelfs mogelijk zonder toestemming van de curator van de hoofdprocedure, mits de financiële belangen van de schuldeisers van de hoofdprocedure niet worden geschaad (bv. door een schuldkwijtschelding) (art. 34, lid 1, alinea 2).

Wanneer een initieel zelfstandige territoriale saneringsprocedure door de posterieure opening van een hoofdprocedure secundair wordt, verwijs ik naar de artikelen 34 en 37, lid 1. De ‘curator’ kan in dat geval de omzetting van een territoriale saneringsprocedure in een secundaire liquidatieprocedure bevelen, indien dat de belangen van de schuldeisers behartigt (art. 37).

²¹⁷ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 160.

²¹⁸ E. DIRIX, en V. SAGAERT, “De Europese Insolventieverordening” in X., *Faillissement & Gerechtelijk Akkoord*, Mechelen, Kluwer, 2006, 23, nr. 14.

²¹⁹ E. DIRIX, en V. SAGAERT, “De Europese Insolventieverordening” in X., *Faillissement & Gerechtelijk Akkoord*, Mechelen, Kluwer, 2006, 23, nr. 14; J. MARSHALL, *European cross-border insolvency: a guide to insolvency procedures across the European Union*, Londen, Allen & Overy, 2002, 7, nr. 11.

BOSLY hekelt de principiële onmogelijkheid om een secundaire procedure te beëindigen d.m.v. een herstelplan.²²⁰ Ik treed de auteur op dit punt bij: samen met art. 5 EIV maakt art. 27 EIV de slaagkansen van een transnationale saneringsprocedure wel erg klein.

De opening van een territoriale procedure is slechts zinvol, indien de insolvente debiteur in de betrokken lidstaat voldoende activa bezit.²²¹ Het is niet de bedoeling dat een schuldeiser in een bepaalde lidstaat gaat verzoeken om de opening van een territoriale procedure enkel en alleen omdat het rechtstelsel van die lidstaat hem in gunstigere rechtspositie plaatst. *Forum shopping* mag geen streefdoel zijn.²²²

2.2.2. Samenstelling van de boedel, bevoegdheid van de curator en rechten van de schuldeisers

2.2.2.1. Samenstelling van de boedel

Om te beginnen bespreek ik het verschil in **samenstelling van de boedel** bij een hoofdprocedure en een territoriale procedure. Een hoofdprocedure heeft universele werking, d.w.z. dat elke beslissing m.b.t. de insolvente debiteur en zijn goederen in die procedure automatisch en van rechtswege erkend wordt in de hele E.U. Die universaliteit gaat gepaard met de uniciteit/eenheid van de insolventieprocedure, d.w.z. dat de rechtsgevolgen van de hoofdprocedure zich uitstrekken tot alle goederen van de insolvente debiteur, ongeacht in welke lidstaat ze zich bevinden (art. 16, lid 1).²²³ WAUTELET meent dat een hoofdprocedure ook de goederen van de debiteur kan omvatten die buiten de Unie gelegen zijn.²²⁴ Als derde- Staten bereid zijn om de gevolgen van een Europees faillissement te erkennen, dan zal de E.U. die uitwerking niet weigeren. Het gaat volgens hem niet over “Europees imperialisme”.²²⁵ Indien het CoMI van de debiteur buiten de Unie ligt en daar een hoofdprocedure geopend wordt, heeft die eveneens het gehele vermogen van de schuldenaar tot voorwerp (art. 117, 2° WIPR).

²²⁰ T. BOSLY, ‘La faillite internationale. Une ère nouvelle s’est-elle ouverte avec le règlement du Conseil du 29 mai 2000 ?’, *J.T.* 2001, 696, nr. 51.

²²¹ Rapport Virgós/Schmit, nr. 71.

²²² J.C. VAN APELDOORN en A.W. DE MAN, *De Europese Insolventieverordening in praktijkboek Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 34.

²²³ N. WATTÉ en V. MARQUETTE, “Le règlement communautaire du 29 mai 2000, relatif aux procédures d’insolvabilité », *T.B.H.* 2001, 572, nr. 25.

²²⁴ P. WAUTELET, “De Europese Insolventieverordening” in VAN HOUTTE, H. en PERTEGAS SENDER, M. (eds.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 136, nr. 5-33.

²²⁵ P. WAUTELET, “De Europese Insolventieverordening” in VAN HOUTTE, H. en PERTEGAS SENDER, M. (eds.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 136, nr. 5-33.

WATTÉ en MARQUETTE benadrukken echter dat derde- staten die de universele werking van de beslissingen van een E.U.- rechter en van de *lex concursus* niet hebben erkend, niet gebonden zijn door de beslissingen in het kader van een gemeenschapsrechtelijke insolventieprocedure²²⁶. Daartoe moet een verdrag gesloten worden met de betrokken derde- staat²²⁷.

Een territoriale procedure daarentegen sorteert alleen rechtsgevolgen voor de goederen, gelegen in de lidstaat waar die territoriale procedure geopend wordt (art. 3, lid 2 en art. 27, laatste zin).²²⁸ In het WIPR voorziet art. 117, 3° een gelijkaardige regel voor insolventieprocedures met een extra- Europees aspect. Het komt er dan ook op aan de ligging van de goederen te bepalen. Daarvoor geeft art. 2 (g) EIV ons een aantal aanwijzingen afhankelijk van de aard van het goed. TORREMANS betreurt het gebrek aan een uniforme definitie van de plaats waar aandelen of ongeregistreerde intellectuele eigendom, zoals copyright, gelegen zijn. M.b.t. die goederen zullen er daardoor conflicterende bevoegdheidsclaims tussen verschillende nationale rechters ontstaan. Voor wat het copyright betreft kan dat voor serieuze problemen zorgen, aangezien copyright een van de belangrijkste activa van de vele internetondernemingen wordt.²²⁹

Welke goederen onder de territoriale procedure vallen, wordt bepaald op het tijdstip van opening van die procedure, zijnde *het tijdstip waarop de beslissing tot opening van een procedure rechtsgevolgen heeft, onafhankelijk van de vraag of de beslissing definitief is* (art. 2 (f) EIV).²³⁰ Goederen die na de opening van de territoriale procedure uit de betrokken lidstaat zijn verwijderd, kunnen door de curator van de territoriale procedure teruggevorderd worden buiten de lidstaat waar hij is benoemd. (art. 18, lid 2). *Hij kan ook elk rechtsmiddel aanwenden dat de belangen van de schuldeisers dient* (art. 18, lid 2 *in fine*).

Rechtshandelingen gesteld na opening van de insolventieprocedure zijn niet noodzakelijk niet- tegenstelbaar aan de boedel. Voor rechtshandelingen die geregistreerd worden (bijvoorbeeld hypotheekvestiging) duidt art. 14 EIV het recht van de lidstaat waar het onroerend goed gelegen is of onder het gezag waarvan het register wordt gehouden, aan om zich uit te spreken over de

²²⁶ Cass. 26 september 1991, R.W. 1991-92, 917.

²²⁷ N. WATTÉ en V. MARQUETTE, "Le règlement communautaire du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité », *T.B.H.* 2001, 572-573, nr. 26.

²²⁸ T. KRUGER, noot onder Kh. Tongeren 20 februari 2003, *T. B.H.* 2004, 70.

²²⁹ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 156-157.

²³⁰ M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 117.

tegenstelbaarheid. Voor niet aan registratie onderworpen rechtshandelingen verwijst ik naar de *lex concursus* (art. 4, lid 2, c).²³¹

2.2.2.2. Bevoegdheid van de curator

Wat de **bevoegdheid van de curator** betreft, bepaalt art. 18 dat de ‘curator’ in een **hoofdprocedure in een andere Lidstaat alle bevoegdheden kan uitoefenen die hem zijn verleend door het recht van de Lidstaat waar de procedure is geopend, zolang in die andere Lidstaat geen andere insolventieprocedure is geopend, of geen tegenstrijdige conservatoire maatregel na een verzoek tot opening van een insolventieprocedure in die Lidstaat is getroffen**. De bevoegdheid van de ‘curator’ wordt dus bepaald door het recht van de lidstaat waar de insolventieprocedure geopend wordt, ongeacht het recht van een lidstaat waar activa zijn gelegen die onderworpen zijn aan de betrokken procedure. Indien hij echter een dwangmaatregel wil uitvoeren op het grondgebied van een andere lidstaat of daar conflicten wil beslechten, dient de curator wel het lokaal recht te consulteren (*infra*).²³² Bovendien wordt de bevoegdheid van de curator om goederen van het grondgebied van een andere lidstaat te verwijderen beperkt door de artt. 5 en 7 EIV.²³³ Sommige auteurs menen dat de bevoegdheid van de curator om goederen te verwijderen van het grondgebied van een lidstaat (art. 18, lid 2 EIV) een van de hoofdverdiensten is van de Verordening.²³⁴

Verder is de bevoegdheid van de curator in een hoofdprocedure onderworpen aan twee beperkingen: de opening van een secundaire procedure enerzijds, en het recht van de lidstaat waar hij optreedt anderzijds.

Vooreerst begrenst de opening van een secundaire procedure in een bepaalde lidstaat de bevoegdheid van de curator in de hoofdprocedure, aangezien voor de secundaire procedure een andere ‘curator’ wordt aangesteld, waarmee hij zal moeten samenwerken. Zo stelt de rechtbank van koophandel te Charleroi in de zaak- *Bati-France* dat er een zekere relatieve onafhankelijkheid bestaat van de secundaire liquidatieprocedure t.a.v. de hoofdprocedure, ook al is een secundaire procedure in de systematiek van de Verordening in principe ondergeschikt aan de hoofdprocedure. Daaruit leidt de rechtbank af dat de

²³¹ I. VEROUGSTRAETE, “Les aspects internationaux e la faillite et du concordat” in O. BERTIN en I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, 752, nr. 1207.

²³² T. BOSLY, ‘La faillite internationale. Une ère nouvelle s’est-elle ouverte avec le règlement du Conseil du 29 mai 2000 ?’, *J.T.* 2001, 694, nr. 35 ; J. MARSHALL, *European cross-border insolvency: a guide to insolvency procedures across the European Union*, Londen, Allen & Overy, 2002, 15, nr. 33.

²³³ I. VEROUGSTRAETE, “Les aspects internationaux e la faillite et du concordat” in O. BERTIN en I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, 774, nr. 1231.

²³⁴ I.F. FLETCHER, *Insolvency in Private International Law. National and International Approaches*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 425, nr. 7.125; P. WAUTELET, “De Europese Insolventieverordening” in VAN HOUTTE, H. en PERTEGAS SENDER, M. (eds.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 159, nr. 5-59.

curator van de Belgische secundaire procedure bevoegd is om te procederen tegen ondernemingen die hebben gehandeld met het oogmerk het onvermogen van de Belgische vestiging van de Franse onderneming *Bati-France* te organiseren. De Belgische curator is bevoegd om deze handelingen als niet tegenwerpbaar aan de boedel te verklaren. Zolang de curator zich beperkt tot de goederen gelegen op het Belgische grondgebied (lidstaat waar de vestiging van *Bati-France* zich situeert), heeft hij een zelfstandige bevoegdheid en beslissingsmacht en is een beroep op de curator van de hoofdprocedure in Frankrijk niet vereist.²³⁵

Art. 33 verleent de ‘curator’ van de hoofdprocedure echter wel de mogelijkheid om de liquidatie in het kader van de secundaire procedure op te schorten gedurende een verlengbare termijn van hoogstens drie maanden, om zo de sanering die hij doorvoert in de hoofdprocedure te kunnen bewerkstelligen. Indien de ‘curator’ van de hoofdprocedure bijvoorbeeld een koper heeft gevonden voor de insolvente onderneming die de activiteiten van de onderneming wil voortzetten, dan zou de vereffening en verdeling van activa van die onderneming in een andere procedure de *deal* immers in gevaar brengen.²³⁶

De ‘curator’ van de secundaire procedure kan die opschorting enkel weigeren, indien ze kennelijk in strijd is met de belangen van de schuldeisers van de **hoofd**procedure. Het betreft hier een marginale toetsing.²³⁷ TORREMANS vestigt vervolgens de aandacht op twee rariteiten in dat verband. Vooreerst is het vreemd dat de rechter van de secundaire procedure gevraagd worden om de belangen van de schuldeisers van de hoofdprocedure te beoordelen. Ten tweede, begrijpt de auteur niet waarom een verzoek dat de secundaire procedure in eerste instantie aanbelangt de belangen van de schuldeisers van die procedure niet in aanmerking neemt. Dit druist in tegen de ratio van de secundaire procedure, namelijk de bescherming van de belangen van de lokale schuldeisers. Uiteindelijk zal de betrokken rechter die belangen ook wel in rekening brengen krachtens het tweede lid van art. 33 EIV en zal hij de belangen van de twee categorieën van schuldeisers tegen elkaar afwegen.²³⁸ In die belangenafweging zullen de crediteurs van de hoofdprocedure ongetwijfeld de bovenhand halen, vanuit de idee dat de territoriale secundaire procedure ondergeschikt is aan de universele hoofdprocedure.

²³⁵ Kh. Charleroi, 14 september 2004, Rév. Rég. Dr. 2005, 359, zoals geciteerd in P. WAUTELET, “Développements récents du règlement 1346/ 2000 en Belgique et aux Pays- Bas”, D.A.O.R. 2005, 318-319, nr. 36.

²³⁶ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 164.

²³⁷ I. VEROUGSTRAETE, “Les aspects internationaux e la faillite et du concordat” in O. BERTIN en I. VEROUGSTRAETE, *Mamel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, 777, nr. 1235.

²³⁸ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 165-166.

De opschorting van liquidatie kan op elk moment door de rechter van de secundaire procedure opgeheven worden, indien de belangen van de schuldeisers dat vereisen (art. 33, lid 2). Dat zal voornamelijk het geval zijn wanneer de opschorting in strijd is met de belangen van de lokale schuldeisers in de secundaire procedure.²³⁹

Verder kan de rechter van de secundaire procedure de opschorting van liquidatie afhankelijk maken van het stellen van alle passende maatregelen door de ‘curator’ van de hoofdprocedure. De Verordening laat echter na om de niet-naleving van die voorwaarde te sanctioneren.²⁴⁰ Vervolgens bepaalt art. 33, lid 1 EIV dat de rechter van de secundaire procedure het verzoek enkel kan afwijzen, indien de schorsing van de liquidatie kennelijk in strijd zou zijn met de belangen van de schuldeisers van de hoofdprocedure.

Verder wordt de bevoegdheid van de curator van de hoofdprocedure ook nog begrensd door het recht van de lidstaat waar hij tot tenuitvoerlegging overgaat.²⁴¹ Hij mag, met in acht name van de artikelen 5 en 7 EIV, goederen van de debiteur doen weghalen van het grondgebied van de lidstaat waar zij gelegen zijn, indien die na de opening van de hoofdprocedure uit ‘zijn’ lidstaat zijn verwijderd (art. 18, lid 2 EIV).²⁴² De Verordening wil op die manier *forum shopping* tegen gaan. Men kan hier verwijzen naar art. 4, lid 2, m en 13 EIV (de faillissementspauliana).²⁴³ Op grond van art. 18, lid 3 is het wel verboden om hierbij dwangmiddelen aan te wenden. De lidstaten behouden hun monopolie voor dwanguitvoering. Indien de betrokkenen zich niet vrijwillig schikken naar de maatregelen van de curator, dan moet die curator de instanties van de Staat waar hij tot executie wil overgaan verzoeken om de vereiste dwangmaatregelen te nemen en uit te voeren. Op grond van de automatische erkenning van zijn aanwijzing en bevoegdheden (art. 18 en 19 EIV), kan hij de nationale instanties van de betrokken lidstaat zelfs verplichten om de dwangmaatregelen te nemen conform hun eigen nationaal recht.²⁴⁴

VIRGÓS en SCHMIT bepalen in hun rapport dat men art. 18, lid 3 moet samen lezen met art. 4, lid 2, c.²⁴⁵ Daaruit volgt dan dat de omvang van de bevoegdheid van de ‘curator’, evenals de wijze van uitoefening ervan, bepaald worden door de *lex concursus* (art. 4, lid 2, c), maar dat hij tegelijkertijd de procedurevoorschriften van de lidstaat waar hij die bevoegdheid uitoefent,

²³⁹ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 164.

²⁴⁰ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 165.

²⁴¹ N. WATTÉ, “Droit international privé (conflit de lois) (deuxième partie)”, *R.C.J.B.* 2005, 324.

²⁴² M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 113.

²⁴³ M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 185.

²⁴⁴ Rapport Virgós/Schmit, nr. 164, a.

²⁴⁵ Rapport Virgós/Schmit, nr. 164.

moet naleven.²⁴⁶ Het is m.a.w. de *lex concursus* die beslist of een onroerend goed onderhands dan wel openbaar verkocht zal worden. Kiest dat recht voor een openbare verkoop, dan zal die verlopen volgens de procedure voorgeschreven door de *lex rei sitae*, het recht van de lidstaat waar het onroerend goed is gelegen.²⁴⁷ VEDER waarschuwt echter voor moeilijkheden. Hij geeft als voorbeeld het geval waarin de ‘curator’ beslist tot een onderhandse verkoop van een goed van de debiteur na voorafgaande goedkeuring door een rechter, die waakt over de belangen van derden. Wat gedaan indien het recht van de staat waar die verkoop zal plaatsvinden geen voorafgaande goedkeuring door de rechter verbindt aan de onderhandse verkoop? Kan de rechtbank van de lidstaat waar de insolventieprocedure geopend werd dat die goedkeuring verlenen? De auteur meent van wel op basis van art. 25 EIV, alhoewel dat dit mijns inziens toch strijdig is met art. 18, lid 3 EIV. Hij pleit alleszins voor een eenduidig en duidelijk systeem waarbij ook de wijze van uitoefening van de bevoegdheden van de ‘curator’ en niet alleen de formele procedurerecht voortvloeit uit de *lex rei sitae*.²⁴⁸

Een buitenlandse curator die een hoofdprocedure in een andere E.U.- lidstaat leidt en die goederen van de debiteur die in België gelegen zijn wil verkopen, moet zich daarvoor dan tot de rechtbank van eerste aanleg wenden. In haar vonnis van 12 mei 2005 besloot de arrondissementsrechtbank van Luik dat de bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg samenhangt met haar bevoegdheid om buitenlandse beslissingen in België te erkennen en uit te voeren.²⁴⁹

Ten slotte bepaalt art. 21 dat de curator kan verzoeken om de essentiële elementen van de beslissing tot opening van een insolventieprocedure in alle lidstaten openbaar te maken. Lid 2 van datzelfde artikel gaat verder en stelt dat elke lidstaat waar de betrokken onderneming een vestiging heeft de openbaarmaking kan verplichten. In België gebeurde dat met de invoering van art. 3, laatste lid Faill.W.²⁵⁰ Openbaarmaking kan wel nooit een voorwaarde zijn voor de erkenning van de beslissing tot opening van een insolventieprocedure (*supra*, *randnr.* 42). Het is vooral bedoeld om het economisch verkeer in de landen waar de schuldenaar goederen of schuldeisers heeft te beschermen door schuldeisers of toekomstige contractpartijen te

²⁴⁶ I. VEROUGSTRAETE, “Les aspects internationaux e la faillite et du concordat” in O. BERTIN en I. VEROUGSTRAETE, *Mamel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, 774, nr. 1231.

²⁴⁷ Rapport Virgós/Schmit, nr. 164, c.

²⁴⁸ M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 184.

²⁴⁹ Arr. Rb. Luik 12 mei 2005, *J.L.M.B.* 2005, 1688-1690.

²⁵⁰ I. VEROUGSTRAETE, “Les aspects internationaux e la faillite et du concordat” in O. BERTIN en I. VEROUGSTRAETE, *Mamel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, 723, nr. 1197.

wijzen op de precaire rechtspositie van de debiteur.²⁵¹ Belgische rechters beslisten reeds dat de voortzetting van Belgische gerechtelijke procedures omtrent contractuele geschillen met de in een andere lidstaat insolvent verklaarde debiteur, bepaald wordt door het Belgisch recht op basis van art. 15 EIV.²⁵² Hiertegen kan men echter aanvoeren dat art. 15 EIV niet naar Belgisch materieel recht verwijst, maar wel naar het Belgisch wetboek van internationaal privaatrecht.²⁵³ WAUTELET pleit ervoor om een pan-Europese publiciteitsplicht in te voeren inzake insolventieprocedures. Op die manier zouden gelijkaardige conflicten tussen verschillende procedures kunnen vermeden worden, zonder een beroep te moeten doen op de goede trouw van de schuldeisers die de toestand van hun debiteur zouden moeten opvolgen.²⁵⁴

De bevoegdheid van de ‘curator’ dient in alle lidstaten erkend te worden op basis van een voor eensluidend verklaard afschrift van zijn door de rechter opgesteld aanwijzingsbesluit. De lidstaat waar de curator wil optreden kan wel een vertaling in één van haar officiële talen eisen. De oude, formele en trage legalisatieprocedure geldt hier niet meer (art. 19 EIV).²⁵⁵

De curator van de **secundaire procedure** heeft *ipso facto* een begrensde bevoegdheid door de hele systematiek van de Verordening. De procedure waarvoor hij is aangesteld heeft slechts territoriale werking, met als gevolg dat hijzelf evenmin bevoegd is buiten de grenzen van de betrokken lidstaat.²⁵⁶ De revindicatiemogelijkheid van art. 18, lid 2 vormt hierop een uitzondering.²⁵⁷

2.2.2.3. Rechten van de schuldeisers

Ten slotte overloop ik de bepalingen omtrent de **uitoefening van de rechten van de schuldeisers**. Vooreerst stelt art. 32, lid 1 EIV dat iedere schuldeiser zijn vordering kan indienen in de hoofdprocedure én in elke secundaire procedure²⁵⁸. Elke schuldeiser die zijn gewone verblijfplaats, woonplaats of zetel heeft in een andere Lidstaat dan die waar de procedure geopend werd, heeft bovendien het recht om zijn schuldvordering schriftelijk in te dienen (art.

²⁵¹ J.C. VAN APELDOORN en A.W. DE MAN, *De Europese Insolventieverordening in praktijkboek Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 62.

²⁵² Kh. Veurne, 18 december 2002, *T.B.H.* 2003, 794 ; Kh. Hasselt 17 december 2003, *omuitg.*, beschikbaar op www.euprocedure.be.

²⁵³ P. WAUTELET, “Développements récents du règlement 1346/ 2000 en Belgique et aux Pays-Bas”, *D.A.O.R.* 2005, 318, nr. 34.

²⁵⁴ P. WAUTELET, “Développements récents du règlement 1346/ 2000 en Belgique et aux Pays-Bas”, *D.A.O.R.* 2005, 318, nr. 35.

²⁵⁵ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 194.

²⁵⁶ N. WATTÉ en V. MARQUETTE, “Le règlement communautaire du 29 mai 2000, relatif aux procédures d’insolvabilité », *T.B.H.* 2001, 578, 42.

²⁵⁷ I. VEROUGSTRAETE, “Les aspects internationaux e la faillite et du concordat” in O. BERTIN en I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, 777, nr. 1236.

²⁵⁸ Zie ook de art. 39 EIV.

39 EIV). Art. 39 EIV geeft duidelijk aan dat dit ook geldt voor de belastingautoriteiten en de socialezekerheidsinstellingen van de lidstaten. Traditioneel werd nochtans aangenomen dat buitenlandse instellingen in België geen vordering kunnen indienen, indien die vordering zijn rechtsgrond vindt in de publiekrechtelijke bevoegdheden van die instellingen.²⁵⁹ De Verordening verbetert m.a.w. de rechtstoestand van de belasting- en socialezekerheidsautoriteiten in geval van insolventie van hun debiteur. Toch wordt de vooropgestelde universele werking van de hoofdprocedure niet volledig bereikt, aangezien de betrokken publiekrechtelijke instellingen in de praktijk hun vordering meestal zullen indienen in de lokale secundaire procedure, omdat hun voorrechten enkel in de eigen rechtsorde erkend worden.²⁶⁰ De wederzijdse erkenning van de voorrechten van de fiscus en de socialezekerheidsinstellingen door de E.U.- lidstaten zou ten goede komen aan de universele werking van de hoofdprocedure, maar blijkt (voorlopig) een brug te ver. De voorrechten waarover sprake zijn immers zeer uitgebreid en vinden hun rechtvaardiging bij uitstek in een specifiek nationaal belang.

Opdat de schuldeisers op de hoogte zouden zijn van het feit dat er in een bepaalde E.U.- lidstaat een insolventieprocedure geopend is, heeft men art. 40 ingevoerd. Dat artikel verplicht de rechter van de lidstaat waar een procedure is geopend of de daar aangewezen 'curator' om de 'bekende' schuldeisers die zich in een andere lidstaat bevinden, in kennis te stellen van de opening van de insolventieprocedure. Op die manier weet de schuldeiser dat hij zijn vordering in een insolventieprocedure in een bepaalde lidstaat moet indienen, indien hij alsnog betaald wilt worden. Het is echter nog onduidelijk wat met de term 'bekend' wordt bedoeld.²⁶¹

Daarnaast kan de curator vorderingen die reeds in 'zijn' procedure ingediend zijn, ook indienen in de andere (hoofd- of secundaire) procedures, indien dat in het belang is van de schuldeisers (art. 32, lid 2 EIV). Dat is het geval wanneer het dividend dat voor de schuldvordering zou kunnen verkregen worden, de kosten voor het handhaven van die vordering in twee procedures overtreft.²⁶² De schuldeisers kunnen zich hiertegen echter verzetten of hun reeds in een andere procedure ingediende vorderingen intrekken, bijvoorbeeld omdat ze de bijkomende kosten niet willen dragen²⁶³ (lid 2). Op grond van art. 42 EIV

²⁵⁹ V. SAGAERT, "Kroniek internationaal insolventierecht" in ALLEMEERSCH, B., en LAMBRECHTS, D., *VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE VAN BRUSSEL* (ed.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 223-224, nr. 26.

²⁶⁰ Kh. Brussel 18 november 2002, *DAOR* 2003, 88; Kh. Brussel 16 december 2002, *DAOR* 2003, 90; V. SAGAERT, "Kroniek internationaal insolventierecht" in ALLEMEERSCH, B., en LAMBRECHTS, D., *VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE VAN BRUSSEL* (ed.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 224, nr. 26.

²⁶¹ N. WATTÉ en V. MARQUETTE, "Le règlement communautaire du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité", *T.B.H.* 2001, 578, nr. 44.

²⁶² M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 163.

²⁶³ Rapport Virgós/Schmit, nr. 239.

kunnen er immers nog bijkomende kosten opduiken voor de vertaling van de schuldvordering.²⁶⁴ Over de mogelijkheid voor de ‘curator’ om de stemrechten verbonden aan de ingediende schuldvorderingen uit te oefenen op de vergadering van schuldeisers, hult de Verordening zich in stilzwijgen.²⁶⁵

Vervolgens bepaalt art. 20, lid 2 dat een schuldeiser die in een bepaalde lidstaat een uitkering ontvangen heeft, pas aan een uitdeling in een andere procedure kan deelnemen, nadat de schuldeisers van gelijke rang of gelijke categorie in die andere procedure een gelijkwaardige uitkering hebben ontvangen. Deze bepaling is een uitloper van de *paritas creditorum*-regel. Dat betekent echter niet dat schuldeisers hun vordering in een bepaalde procedure moeten verminderen met wat ze uit de vereffening in een andere insolventieprocedure reeds hebben verkregen. De schuldeiser wiens schuldvordering reeds gedeeltelijk voldaan werd in een andere insolventieprocedure, zal zijn claim wel slechts kunnen doen gelden in de tweede insolventieprocedure, nadat de andere schuldeisers een gelijk percentage van hun vordering hebben verkregen (*‘hotchpot’-rule*).²⁶⁶ Bij het berekenen van dat percentage, van dat reeds verkregen dividend wordt geen rekening gehouden met de rangorde van de verschillende schuldvorderingen. Die rangorde wordt voor elke procedure afzonderlijk bepaald door haar *lex concursus*.²⁶⁷

Inzake de individuele executierechten van de samenlopende schuldeisers (chirografaïre en algemeen bevoorrechte schuldeisers), bevat de Verordening een materieelrechtelijke bepaling i.p.v. louter een verwijzingsregel. Art. 20, lid 1 geeft aan dat een samenlopende schuldeiser die door uitvoeringsmaatregelen geheel of gedeeltelijk wordt voldaan uit de opbrengst van goederen die zich in een andere lidstaat bevinden, nadat er in zijn eigen land een insolventieprocedure werd geopend, verplicht is om wat hij ontvangen heeft aan de ‘curator’ te restitueren. Het doet er niet toe of de crediteur te goeder of kwader trouw is, in tegenstelling tot wat het geval is bij de derde- verkrijger van een zaak van de debiteur na de opening van de procedure (art. 14 EIV). De Verordening herhaalt m.a.w. het beginsel van de opschorting van de individuele executierechten van samenlopende schuldeisers, dat we in verscheidene Belgische bepalingen terugvinden (art. 25 Faill.W., art. 21, 22 W.G.A. en art. 1675/7, §2 Ger.W.).²⁶⁸ Zoals DIRIX aangeeft, heeft de

²⁶⁴ M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 163.

²⁶⁵ Rapport Virgós/Schmit, nr. 240.

²⁶⁶ WESSELS, *International Insolvency Law*, Deventer, Kluwer, 2006, 440-442, nrs. 10773-10775.

²⁶⁷ Rapport Virgós/Schmit, nr. 175; J.C. VAN APELDOORN en A.W. DE MAN, *De Europese Insolventieverordening in praktijkboek Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 67; M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 156.

²⁶⁸ J.C. VAN APELDOORN en A.W. DE MAN, *De Europese Insolventieverordening in praktijkboek Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 51.

'curator' niet alleen een universele, maar ook een exclusieve bevoegdheid tot beheer en vereffening.²⁶⁹ Slechts wanneer het beslag voltooid is vóór de opening van de procedure, is de samenlopende schuldeiser onaantastbaar. Het tijdstip van voltooiing van het beslag wordt bepaald door de wet van de plaats waar het beslag is gelegd. Belgisch recht stelt dit vast op het tijdstip waarop de schuldeisers geen tegenspraak meer kunnen voeren in de verdelingsprocedure.²⁷⁰

De artikelen 5 en 7 EIV vormen echter een uitzondering op art. 20, lid 1 EIV. De eerstgenoemde artikelen zijn materieelrechtelijke bepalingen en geen loutere verwijzingsregels. Ze stellen een principe voorop, ongeacht wat de *lex fori concursus* over de executie door individuele schuldeisers te zeggen heeft (*infra*).²⁷¹ Artt. 5 en 7 gelden wel enkel voor de separatisten, niet voor de schuldeisers in de boedel.

2.2.3. Coördinatie van hoofdprocedure en secundaire procedure: de spil van de Verordening

Vervolgens dient benadrukt te worden dat de Europese regelgever koos voor een systeem van **gecoördineerde** pluraliteit. De mogelijkheid om meerdere insolventieprocedures op te starten m.b.t. eenzelfde debiteur mag er niet toe leiden dat die procedures gewoon naast elkaar door of zelfs tegen elkaar in zouden werken.²⁷² Beide procedures kunnen conflicteren, doordat de hoofdprocedure het universaliteitsprincipe huldigt en er geen duidelijke 'ringfencing' is van de secundaire procedures die hen volledig afscheidt van de hoofdprocedure.²⁷³ Iedere schuldeiser kan zijn vordering immers zowel in de hoofd- als in de secundaire procedures indienen (art. 32 EIV), wat toont dat er onder de Verordening, ondanks de pluraliteit van procedures, in zekere zin slechts plaats is voor één boedel.²⁷⁴ Daarom voerde de Europese wetgever bepalingen in die bij een conflict tussen de hoofdprocedure en de secundaire procedure de dominantie van de hoofdprocedure²⁷⁵ (her)bevestigen: art. 31, 33,

²⁶⁹ E. DIRIX, en V. SAGAERT, "De Europese Insolventieverordening" in X., *Failissement & Gerechtelijk Akkoord*, Mechelen, Kluwer, 2006, 34, nr. 24.

²⁷⁰ Artt. 1634 en 1650 Ger.W.

²⁷¹ M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 141.

²⁷² M. RAIMON, 'Centre des intérêts principaux et coordination des procédures dans la jurisprudence européenne sur le règlement relatif aux procédures d'insolvabilité', *J.D.I. Clunet*, 2005, afl. 3, 760-762, nrs. 88-96.

²⁷³ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 164.

²⁷⁴ P. WAUTELET, "De Europese Insolventieverordening", in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (eds.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Intersentia, Antwerpen, 2001, 162, nr. 5-63.

²⁷⁵ DE WULF en WAUTELET, "Aspecten van internationaal privaatrecht" in H. BRAECKMANS, E. DIRIX en E. WYMEERSCH (eds.), *Failissement en Gerechtelijk Akkoord: het nieuwe recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 166; M. VEDER, *Cross-border Insolvency*

34, 35 en 37 EIV. Volgens TORREMANS vormen deze coördinatiemaatregelen (art. 31, 33 en 35 EIV) sleutelartikelen in de Verordening.²⁷⁶ De Europese wetgever is hier duidelijk vooruitziend geweest. Ze koos voor een systeem van uniforme verwijzingsregels en pakte mogelijke toekomstige problemen aan door te voorzien in een doordachte coördinatie. Over art. 33 EIV had ik het reeds in afdeling 2 van dit hoofdstuk.

Art. 31, lid 1 installeert een wederzijdse kennisgevingsplicht: ‘curatoren’ moeten elkaar in kennis stellen van alle mogelijke ‘nuttige’ informatie, zoals de indiening en de verificatie van schuldvorderingen en de maatregelen tot beëindiging van de procedure. Deze kennisgevingsverplichting kan echter worden beperkt door nationale wetgeving inzake de bescherming van persoonsgegevens.²⁷⁷

Bovendien verplicht de Raad de ‘curator’ om schuldvorderingen in een andere procedure in te dienen, indien dat in het belang is van de samenlopende schuldeisers, behoudens verzet van de betrokken schuldeisers (art. 32, lid 2). Die wederindiening zou moeten zorgen voor een billijke verdeling van de activa van de gefailleerde.²⁷⁸

De Verordening vertoont hier echter een lacune: de niet-naleving van de wederzijdse informatieplicht wordt niet gesanctioneerd, t.t.z. de nationale wetgeving (lex concursus) regelt in dit opzicht de aansprakelijkheid van de curator.²⁷⁹

Daarnaast bestaat er tussen ‘curatoren’ ook een samenwerkingsverplichting (art. 31, lid 2 en 3)²⁸⁰. Lid 3 van art. 31 geeft de ‘curator’ van de hoofdprocedure de mogelijkheid om voorstellen in te dienen betreffende de afwikkeling van de secundaire procedure. Die voorstellen zijn niet-bindend voor de ‘curator’ van de secundaire procedure, maar na samenlezing van lid 3 met de algemene samenwerkingsplicht van lid 2 blijkt dat de weigering om op het voorstel in te gaan een schending kan vormen van laatstgenoemde verplichting. Ook hier ontbreekt echter een uniforme sanctiëring.²⁸¹

Proceedings and security rights, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 185.

²⁷⁶ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 163.

²⁷⁷ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 167.

²⁷⁸ P. WAUTELET, “De Europese Insolventieverordening”, in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (eds.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Intersentia, Antwerpen, 2001, 163, nr. 5-63.

²⁷⁹ I. VEROUGSTRAETE, “Les aspects internationaux e la faillite et du concordat” in O. BERTIN en I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, 776, nr. 1234.

²⁸⁰ zie Deel I, Hoofdstuk II, afdeling 1

²⁸¹ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 167.

VEDER merkt terecht op dat de Verordening die informatie- en samenwerkingsverplichting best ook had gestipuleerd voor de rechtbanken die over het verloop van de insolventieprocedures toezicht houden.²⁸² Hij pleit dan ook voor een extensieve interpretatie van art. 31 EIV, zodat zeker ook de surveillerende rechtbanken onder die bepaling vallen.²⁸³

Het gebrek aan sancties voorzien door de Verordening van de niet-naleving van de artikelen 31 en 33 EIV leidt ertoe dat de implementatie van die artikelen grotendeels overgeleverd wordt aan de *goodwill* van de curatoren en aan de flexibiliteit van de nationale sancties (als die er al zijn).²⁸⁴ Dit is een spijtige zaak, aangezien art. 31 en 33 EIV de spil vormen voor een goede werking van de systematiek van de Verordening.

Omdat de coördinatie- en samenwerkingsverplichting van de verschillende curatoren niet echt gedetailleerd door de Verordening geregeld wordt, wat tot heel wat rechtsonzekerheid leidde²⁸⁵, vaardigde een werkgroep onder leiding van de professoren VIRGOS en WESSELS, de *CoCo-guidelines* uit. Dit zijn 18 niet-bindende richtlijnen die een concrete invulling geven aan de plicht tot *co-operation* en *co-ordination*.²⁸⁶

Verder vormt art. 35 EIV eveneens een coördinerende maatregel die opnieuw de dominantie van de hoofdprocedure benadrukt. Art. 35 EIV bepaalt dat het saldo dat overblijft na betaling van alle in de secundaire procedure ingediende vorderingen aan de curator van de hoofdprocedure overgemaakt moet worden. Het belang van deze bepaling mag echter niet overschat worden. Ten eerste zal het in de praktijk weinig voorkomen dat er na de afwikkeling in het kader van de secundaire procedure nog een saldo overblijft. Daarnaast kunnen schuldeisers gelet op art. 32 *jo.* 39 EIV hun schuldvordering ook altijd van meet af aan in de verschillende procedures indienen. TORREMANS merkt terecht op dat de indiening in de verschillende procedures echter zeer kostelijk is, wat schuldeisers zal afschrikken. Hij voegt er wel aan toe dat art. 32, lid 2 EIV aan dat probleem reeds tegemoet komt.²⁸⁷

Art. 37 EIV geeft de ‘curator’ van de hoofdprocedure de mogelijkheid om te verzoeken dat een saneringsprocedure die reeds in een andere lidstaat was

²⁸² M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 115.

²⁸³ M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 186.

²⁸⁴ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 167.

²⁸⁵ N. WATTÉ, “L’opposabilité des sûretés dans le nouveau règlement européen des procédures d’insolvabilité”, in *Rev. dr. U.L.B., Vers l’harmonisation en Europe du droit de l’insolvabilité et des garanties*, Brussel, Bruylant, 2001, 14, nr. 9.

²⁸⁶ W.J.B. VAN NIELEN, “(Concept) richtlijnen voor grensoverschrijdende samenwerking tussen curatoren en rechtbanken”, *Tvl* 2007, 115.

²⁸⁷ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 168.

opgestart, in een liquidatieprocedure om te zetten, voor zover dit in het belang is van de schuldeisers van de hoofdprocedure. Ook hier valt op dat de secundaire territoriale procedure ondergeschikt is aan de hoofdprocedure.

Vervolgens volgt die band van ondergeschiktheid eveneens uit het feit dat de rechter van de secundaire procedure de insolventie van de schuldenaar niet meer mag onderzoeken (art. 27 EIV). De vraag of de debiteur al dan niet insolvent is, wordt definitief beantwoord door de rechtbank die bevoegd is voor de hoofdprocedure en haar oordeel geldt *erga omnes*.²⁸⁸ TORREMANS vraagt zich hierbij af of dat ook geldt voor het oordeel van de rechter van de hoofdprocedure over de vraag of een natuurlijke persoon die geen handelaar is ook onderworpen kan worden aan de betrokken insolventieprocedure.²⁸⁹ In België lijkt het inderdaad die kant op te gaan.²⁹⁰

Een laatste maatregel die de coördinatie van hoofdprocedure en secundaire procedure beoogt, is art. 34, lid 1 EIV. Dat artikel zegt dat een secundaire procedure enkel d.m.v. een herstelplan of een akkoord kan beëindigd worden (en dus niet door liquidatie) mits toestemming van de curator van de hoofdprocedure en voor zover het de financiële belangen van de schuldeisers van de hoofdprocedure niet aantast. Dit toont opnieuw aan dat in de systematiek van de insolventieverordening de hoofdprocedure met zijn universele werking de bovenhand haalt op de secundaire procedure. De bovenstaande coördinerende bepalingen vormen, zoals reeds gezegd, de spil van het hele systeem.

Voor extra- Europese insolventieprocedures, voorziet art. 120 WIPR in een gelijkaardige regeling. De Belgische curator dient samen te werken met en informatie te verstrekken aan de curatoren van buitenlandse insolventieprocedures m.b.t. dezelfde schuldenaar. In tegenstelling tot de Verordening, onderwerpt het wetboek IPR deze verplichting wel aan een voorwaarde van wederkerigheid. De samenwerkings- en informatieverplichting voor de Belgische curator geldt enkel indien het recht dat de buitenlandse insolventieprocedure beheerst in een gelijkaardige (geen identieke)²⁹¹ vorm van samenwerking voorziet. De Verordening stelt die reciprociteitsvoorwaarde eigenlijk ook impliciet door art. 31 van toepassing te maken op insolventieprocedures die onder de Verordening vallen, zonder onderscheid naar de lidstaat waar die geopend wordt. In het wetboek IPR geldt

²⁸⁸ P. WAUTELET, "De Europese Insolventieverordening" in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (eds.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Intersentia, Antwerpen, 2001, 164, nr. 5-65.

²⁸⁹ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 170.

²⁹⁰ I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 1998, 628.

²⁹¹ E. DIRIX en V. SAGAERT, "Cross-Border Insolvency in Belgian Private International Law", *Int. Insol. Rev.* 2006, 68.

de samenwerkings- en informatieverplichting, net als onder de Verordening, enkel voor de curatoren, niet voor de toezichthoudende rechtbanken.

Art. 120 WIPR stelt dat het saldo dat overblijft na vereffening in een territoriale procedure overgedragen moet worden aan de curator van de hoofdprocedure, opnieuw op voorwaarde van wederkerigheid (*cfr.* Art. 35 EIV).

3. TOEPASSELIJK RECHT

3.1. ALGEMEEN PRINCIPE

De Europese Insolventieverordening bestaat voor het grootste deel uit gewone verwijzingsregels die in de plaats komen van het nationale Internationaal Privaatrecht, aangevuld met een aantal materieelrechtelijke regels.²⁹² Als men naar het recht van een bepaalde lidstaat verwijst, gaat het over het interne recht van die lidstaat, met uitsluiting van de internationaal privaatrechtelijke verwijzingsregels van die lidstaat.²⁹³ *Renvoi* is dan ook uitgesloten.²⁹⁴

Op grond van art. 4, lid 1 (en art. 28 EIV) worden de *insolventieprocedure en de gevolgen daarvan beheerst door het recht van de Lidstaat op het grondgebied waarvan de procedure geopend wordt* (de *lex fori concursus*), hierna te noemen “*Lidstaat waar de procedure wordt geopend*”. De *lex concursus* bepaalt onder welke voorwaarden deze procedure wordt geopend, verloopt en wordt beëindigd (art. 4, lid 2 EIV). Het tweede lid van art. 4 geeft vervolgens een exemplatieve opsomming van de aspecten van een insolventieprocedure die door de *lex concursus* beheerst worden.²⁹⁵ De lijst moet aangevuld worden met de zaken die op de administratie van een insolventieprocedure betrekking hebben.²⁹⁶ Dat de Europese wetgever erin geslaagd is om in de Verordening duidelijk te bepalen wat zeker onder de werkingssfeer van de *lex concursus* valt, is een grote stap vooruit.

²⁹² Overweging 23 van de Verordening.

²⁹³ Rapport Virgós/Schmit, nr. 87; I.F. FLETCHER, *Insolvency in Private International Law. National and International Approaches*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 397-398, nr. 7.79.

²⁹⁴ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 172.

²⁹⁵ E. DIRIX, en V. SAGAERT, “De Europese Insolventieverordening” in X., *Faillissement & Gerechtelijk Akkoord*, Mechelen, Kluwer, 2006, 26, nr. 26; J. MARSHALL, *European cross-border insolvency: a guide to insolvency procedures across the European Union*, Londen, Allen & Overy, 2002, 10-11, nrs. 19-21.

²⁹⁶ I. VEROUGSTRAETE, “Les aspects internationaux e la faillite et du concordat” in O. BERTIN en I. VEROUGSTRAETE, *Mamel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, 751, nr. 1204.

Volgens art. 4, lid 2, k) worden ook de rechten van de schuldeisers nadat de insolventieprocedure beëindigd is, beheerst door de *lex concursus*. Dat is van belang voor het leerstuk van de verschoonbaarheid (*décharge*) van de gefailleerde debiteur ter wille van een *fresh start*. Indien het recht van de hoofdprocedure immers beslist tot kwijtschelding van de schulden die overblijven na vereffening en verdeling (*décharge*), dan heeft die maatregel betrekking op alle activa, in welke EU- lidstaat die ook gelegen zijn. Alle schuldeisers, waar ook gevestigd in Europa, dienen zich te onderwerpen aan de *lex concursus*, behoudens in de lidstaten waar een secundaire procedure werd geopend. Indien een territoriale insolventieprocedure tot *décharge* leidt, dan beperkt die schuldkwijtschelding zich tot de activa die zich op het grondgebied van de lidstaat waar de territoriale procedure werd geopend. De schuldeisers in de betrokken lidstaat kunnen hun schuldvordering dan enkel nog verhalen op goederen gelegen in andere lidstaten, waar er geen *décharge* is uitgesproken.²⁹⁷ Op basis van art. 34, lid 2 kunnen schuldeisers er wel altijd mee instemmen dat de schuldkwijtschelding van een secundaire procedure zich ook uitstrekt over de in het buitenland gelegen goederen.²⁹⁸ Het lijkt echter weinig waarschijnlijk dat schuldeisers met een zodanig verlies van hun rechten zouden instemmen, alhoewel dat een tenuitvoerlegging in het buitenland natuurlijk een zeer kostelijke zaak kan zijn.

Art. 4, lid 2, m EIV brengt de vorderingen betreffende nietigheid of niet-tegenwerpbaarheid van de voor het geheel van de schuldeisers nadelige handelingen eveneens onder het toepassingsgebied van de *lex concursus*. Art. 13 EIV bepaalt echter dat de tegenwerpelijkheid van een transactie niet aan die *lex concursus* is onderworpen en wel aan de *lex causae*, indien aan twee voorwaarden is voldaan. Vooreerst dient deze transactie onderworpen te zijn aan het recht van een andere lidstaat dan die waar de procedure geopend is. Ten tweede mag dat recht niet voorzien in enig rechtsmiddel om de tegenwerpelijkheid van de transactie te bestrijden. De bewijslast ligt bij de partij die voordeel heeft gehad bij de transactie. Art. 13 beoogt de bescherming van de rechtmatige verwachtingen van de contractant van de debiteur.²⁹⁹ Sommige auteurs verwerpen de tweeledige test.³⁰⁰ Het beperkt de rechten van de samenlopende schuldeisers i.v.m. de wedersamenstelling van de boedel op onevenwichtige wijze ten voordele van de verkrijgende partij. Voor de

²⁹⁷ E. DIRIX, en V. SAGAERT, “De Europese Insolventieverordening” in X., *Faillissement & Gerechtelijk Akkoord*, Mechelen, Kluwer, 2006, 52, nr. 44.

²⁹⁸ I. VEROUGSTRAETE, “Les aspects internationaux e la faillite et du concordat” in O. BERTIN en I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, 764, nr. 1223.

²⁹⁹ I. VEROUGSTRAETE, “Les aspects internationaux e la faillite et du concordat” in O. BERTIN en I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, 751, nr. 1203.

³⁰⁰ A.J. BERENDS, J.C. VAN APELDOORN en R.J. VAN GALEN (eds.), *Grensoverschrijdende insolventieprocedures*, Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht nr. 117, Deventer, Kluwer, 1998, 130, nr. 288; M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 315.

verkrijger is het immers een voorzienbaar risico dat er een insolventieprocedure kan geopend worden in de lidstaat waar de debiteur, zijn wederpartij, zijn centrum van voornaamste belangen heeft. Dat het insolventierecht van die lidstaat de transactie dan zal beheersen, kan de verkrijgende partij eveneens voorzien. Art.13 EIV houdt met die elementen echter geen rekening en creëert zo een onevenwicht tussen de in het geding zijnde belangen.

De algemene toepassing van de *lex concursus* moet wel genuanceerd worden.³⁰¹ Enerzijds voorziet de Verordening in art. 5 EIV dat de toepassing van de *lex concursus* zonder meer uitsluit (*infra*). Ook de artt. 9 (betalingssystemen op financiële markten) en 10 (arbeidsovereenkomsten) EIV doen dat, met dat verschil dat die artikelen bijkomend bepalen dat de gevolgen van de insolventieprocedure voor de betrokken rechten en plichten *uitsluitend* beheerst worden door het recht dat op de transactie van meet af aan toepasselijk was. Ook de artt. 6 (compensatie) en 7 (eigendomsvoorbehoud) EIV wijken af van de algemene regel dat de *lex concursus* de gevolgen van een insolventieprocedure bepaalt. In tegenstelling tot art. 5 EIV, duiden zij daarbij aan welk recht dan wel van toepassing is op de betrokken rechtsverhouding. Ten slotte eist art. 11 EIV (aan registratie onderworpen rechten) *jo.* art. 4, lid 1 EIV de cumulatieve toepassing van de *lex concursus* en het recht dat de transactie reguleert.³⁰²

Indien het centrum van voornaamste belangen van de debiteur niet in de E.U. ligt, dan duidt art. 119, §1 WIPR het toepasselijke recht aan. Zoals art. 4, lid 1 EIV, duidt art. 119, §2 WIPR de *lex concursus* aan en §2 van laatstgenoemd artikel voorziet in dezelfde uitzonderingen als de Verordening (zakelijke rechten, eigendomsvoorbehoud). Wat de uitzondering i.v.m. compensatie betreft, is er een klein verschil: de Verordening maakt de toepassing van het recht dat toepasselijk is op de vordering van de schuldenaar ondergeschikt aan de toepassing van de *lex concursus*, terwijl het wetboek IPR onverkort het recht van de vordering van de insolvente debiteur aanduidt.³⁰³

3.2 AFWIJINGEN: ZAKELIJKE ZEKERHEIDSRECHTEN

Art. 5 EIV betoogt dat de opening van de insolventieprocedure onverlet laat, *het zakelijk recht van een schuldeiser of van een derde op lichamelijke of onlichamelijke roerende of onroerende goederen – zowel bepaalde goederen als gehelen, met wisselende samenstelling, van onbepaalde goederen -, die*

³⁰¹ Voor een uitgebreide bespreking van de uitzonderingen op de algemene regel van art. 4, lid 1 EIV, verwijs ik naar I.F. FLETCHER, *Insolvency in Private International Law. National and International Approaches*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 401-420, nrs. 7.84-7.118.

³⁰² M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 182.

³⁰³ E. DIRIX en V. SAGAERT, "Cross-Border Insolvency in Belgian Private International Law", *Int. Insol. Rev.* 2006, 66.

toebehoren aan de schuldenaar en die zich op het tijdstip waarop de procedure wordt geopend op het grondgebied van een andere Lidstaat bevinden.

De Europese Insolventieverordening onttrekt de zakelijke (zekerheids)rechten op goederen, gelegen in een andere lidstaat dan de lidstaat waar de procedure geopend werd, aan de toepassing van de *lex concursus*. De enige voorwaarde is dat het zakelijk recht betrekking heeft op een goed dat zich op het tijdstip van opening van de insolventieprocedure, in een andere lidstaat bevindt. Dat het goed **na** de opening van de insolventieprocedure verplaatst wordt naar een andere lidstaat dan de lidstaat waar de procedure geopend wordt, doet geen afbreuk aan de toepassing van de *lex concursus*.³⁰⁴ In sommige gevallen kunnen zakelijke (zekerheids)rechten die door de debiteur (lees: de curator) na de opening van de insolventieprocedure zijn toegekend toch nog genieten van het regime van art. 5 EIV. Dit is het geval onder de voorwaarden beschreven in art. 14 EIV.³⁰⁵

Indien het goed zich in een derde Staat bevindt, dan bepaalt die derde Staat of het recht van de E.U.- lidstaat waar de insolventieprocedure geopend werd op haar grondgebied van toepassing is.³⁰⁶

Art. 2, g definieert ‘de Lidstaat waar het goed zich bevindt’.

Art. 5, lid 4 nuanceert de uitsluiting van de *lex concursus*: de regels betreffende de nietigheid of niet- tegenwerpbaarheid van voor de schuldeisers nadelige handelingen vloeien voort uit de *lex concursus*. Art. 5 gaat uit van het feit dat de lokalisering van de activa te goeder trouw gebeurt. Indien de debiteur echter te kwader trouw een zakelijk recht vestigt ten gunste van een bepaalde schuldeiser, maar ten nadele van de overige crediteurs, dan moet er ingegrepen kunnen worden. Art. 5, lid 1 verleent dus geen volstrekte immuniteit t.o.v. de bepalingen van de Verordening betreffende voor schuldeisers nadelige handelingen.³⁰⁷ Dat moet echter op haar beurt met een korrel zout genomen worden, gelet op art. 13 EIV (*supra*, randnr. 79).³⁰⁸ De tegenstelbaarheid van zakelijke zekerheden onderwerpen aan de *lex concursus* zou de legitieme verwachtingen van de kredietverleners van de debiteur kunnen aantasten, gezien het relatief onvoorspelbare karakter van de *lex*

³⁰⁴ N. WATTÉ, “L’opposabilité des sûretés dans le nouveau règlement européen des procédures d’insolvabilité”, in Rev. dr. U.L.B., *Vers l’harmonisation en Europe du droit de l’insolvabilité et des garanties*, Brussel, Bruylant, 2001, 30-31, nr. 31.

³⁰⁵ Rapport Virgós/Schmit, nr. 96 ; M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 332.

³⁰⁶ N. WATTÉ, “L’opposabilité des sûretés dans le nouveau règlement européen des procédures d’insolvabilité”, in Rev. dr. U.L.B., *Vers l’harmonisation en Europe du droit de l’insolvabilité et des garanties*, Brussel, Bruylant, 2001, 31, nr. 31.

³⁰⁷ B. WESSELS, *International Insolvency Law*, Deventer, Kluwer, 2006, 378, nr. 10660.

³⁰⁸ M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 316.

concursum.³⁰⁹ De algemene tegenstelbaarheid van zakelijke zekerheden op grond van art. 5 EIV moet in de huidige geglobaliseerde economie zorgen voor een toename van de kredietverlening aan ondernemingen, hetgeen op haar beurt moet leiden tot een lager insolventie-risico van de onderneming.³¹⁰

Wat nu precies onder ‘zakelijk recht’ moet verstaan worden, is niet meteen duidelijk. Het Hof van Justitie gaf in haar arrest van 9 juni 1994 aan dat het verschil tussen een persoonlijk recht en een zakelijk recht gelegen is in het feit dat een zakelijk recht tegenwerpelijk is *erga omnes*, terwijl een persoonlijk recht enkel aan de debiteur kan worden toegeworpen.³¹¹

Art. 5 geeft zelf geen definitie. Het tweede lid van dat artikel geeft slechts een exemplatieve opsomming van rechten *in rem* (hypotheek, pand, retentierecht, ...).³¹² Het rapport Virgós/Schmit kiest voor de interpretatie *lege causae*, d.w.z. dat de normale voor het intreden van de insolventie geldende regels van IPR bepalen of een recht als zakelijk recht mag beschouwd worden.³¹³ De invulling van het begrip ‘zakelijk recht’ valt dan ook onder de appreciatiebevoegdheid van de nationale rechters van de lidstaat waar het goed gelegen is.³¹⁴ Dat kan echter leiden tot een verschillende toepassing van de Verordening (art. 5) op vergelijkbare situaties, gewoon omwille van verschillen tussen de nationale omschrijvingen van het begrip ‘zakelijk recht’ in de verscheidene lidstaten. Daarom bepaalt datzelfde rapport dat de *lege causae*-interpretatie wel begrensd wordt door de logica en de doelstellingen van art. 5 EIV. Aangezien art. 5 een uitzondering is op de toepassing van de *lex concursus*, moet een al te ruime interpretatie vermeden worden, om uitholling van de Verordening te vermijden.³¹⁵ Het rapport- Virgós/Schmit meent dat ‘zakelijke rechten’ in de zin van art. 5 EIV drie belangrijke kenmerken hebben. Vooreerst gaat het hier om een recht dat reeds vóór de insolventieprocedure bestond. Ten tweede is een zakelijk recht een recht dat *rechtstreeks en onmiddellijk betrekking heeft op het goed waarop het is*

³⁰⁹ P. L.C. TORREMANS, *Cross border insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 175.

³¹⁰ N. WATTÉ, “L’opposabilité des sûretés dans le nouveau règlement européen des procédures d’insolvabilité”, in Rev. dr. U.L.B., *Vers l’harmonisation en Europe du droit de l’insolvabilité et des garanties*, Brussel, Bruylant, 2001, 7 en 18, nrs. 1 en 13.

³¹¹ H.v.J. 9 juni 1994, *Lieber/Göbel*, nr. C-292/93, *Jur. H.v.J.* 1995, I, 2535. r.o. 14.

³¹² N. WATTÉ, “L’opposabilité des sûretés dans le nouveau règlement européen des procédures d’insolvabilité”, in Rev. dr. U.L.B., *Vers l’harmonisation en Europe du droit de l’insolvabilité et des garanties*, Brussel, Bruylant, 2001, 20, nr. 16.

³¹³ Rapport VIRGÓS/SCHMIT, nr. 100 ; B. WESSELS, *International Insolvency Law*, Deventer, Kluwer, 2006, 340, nr. 10643.

³¹⁴ Rapport VIRGÓS/SCHMIT, p.73, nr. 100; H. DE WULF en P. WAUTELET, « Aspecten van internationaal privaatrecht » in H. BRAECKMANS, E. DIRIX en E. WYMEERSCH (eds.), *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord: het nieuwe recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 187, nr. 72; N. WATTÉ, “L’opposabilité des sûretés dans le nouveau règlement européen des procédures d’insolvabilité”, in Rev. dr. U.L.B., *Vers l’harmonisation en Europe du droit de l’insolvabilité et des garanties*, Brussel, Bruylant, 2001, 19, nr. 15.

³¹⁵ Rapport VIRGÓS/SCHMIT, nr. 102.

gevestigd en niet zozeer vasthangt aan de ‘persoonlijke’ verhouding tussen de houder van het recht en een andere persoon. Ten derde betreft het hier rechten met een werking *erga omnes*.³¹⁶ VEDER stelt dat men op die manier terecht uitgaat van een autonome interpretatie van de term ‘zakelijk recht’, ondanks de *lege causae*-interpretatie die het rapport aanvankelijk voorstelt.³¹⁷ DE WULF en WAUTELET menen dat het gebrek aan een complete definitie van het begrip ‘zakelijk recht’ in de Verordening zelf een van de zwakke punten van de Verordening is.³¹⁸

Volgens DIRIX, gaat het hier om “zekerheidsrechten die aan de houder ervan de positie van separatist verlenen”.³¹⁹ WATTÉ is van oordeel dat dergelijke strikte interpretatie van art. 5, lid 1 EIV noodzakelijk is, aangezien het een uitzondering is op de algemene regel van toepassing van de *lex concursus*.³²⁰ Naar Belgisch recht vallen de hypothecaire en pandhoudende schuldeisers onder de definitie van separatist.³²¹ Zij kunnen in geval van een faillissementsprocedure immers separaat optreden. Zij kunnen individuele executiemaatregelen nemen, zonder op de curator een beroep te moeten doen (art. 25 Faill.W. *a contrario*), evenals de houders van bijzondere voorrechten (bv.: verhuurder krachtens art. 20, 1^o Hyp.W.), voorzover er sprake is van de vereiste band tussen het recht en het goed (*supra*).³²² Rechtstreekse vorderingsrechten (bv.: art. 1798 B.W.), worden er ook bij gerekend.³²³ Het rapport- Virgós/Schmit bepaalt dat het loutere recht om bij voorrecht betaald te worden uit de opbrengst van een goed niet valt onder het begrip ‘zakelijk recht’.³²⁴ Het rapport wilt hiermee de algemene voorrechten uitsluiten uit het

³¹⁶ Rapport VIRGÓS/SCHMIT, nr. 103; M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 336; I. VEROUGSTRAETE, “Les aspects internationaux e la faillite et du concordat” in O. BERTIN en I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, 756-757, nr. 1213.

³¹⁷ M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 334-336.

³¹⁸ H. DE WULF en P. WAUTELET, “Aspecten van internationaal privaatrecht” in H. BRAECKMANS, E. DIRIX en E. WYMEERSCH (eds.), *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord: het nieuwe recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 187.

³¹⁹ E. DIRIX, en V. SAGAERT, “De Europese Insolventieverordening” in X., *Faillissement & Gerechtelijk Akkoord*, Mechelen, Kluwer, 2006, 35, nr. 25.

³²⁰ N. WATTÉ, “L’opposabilité des sûretés dans le nouveau règlement européen des procédures d’insolvabilité”, in Rev. dr. U.L.B., *Vers l’harmonisation en Europe du droit de l’insolvabilité et des garanties*, Brussel, Bruylant, 2001, 20, nr. 16.

³²¹ N. WATTÉ, “L’opposabilité des sûretés dans le nouveau règlement européen des procédures d’insolvabilité”, in Rev. dr. U.L.B., *Vers l’harmonisation en Europe du droit de l’insolvabilité et des garanties*, Brussel, Bruylant, 2001, 21, nr. 16.

³²² I. VEROUGSTRAETE, “Les aspects internationaux e la faillite et du concordat” in O. BERTIN en I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, 758, nr. 1215.

³²³ E. DIRIX, en V. SAGAERT, “De Europese Insolventieverordening” in X., *Faillissement & Gerechtelijk Akkoord*, Mechelen, Kluwer, 2006, 35, nr. 25.

³²⁴ Rapport VIRGÓS/SCHMIT, nr. 102.

begrip ‘zakelijk recht’. Het retentierecht is evenmin een ‘zakelijk recht’ in de zin van de Verordening.³²⁵

In zijn rapport benadrukt VIRGÓS dat alleen de rechten van de separatisten krachtens art. 5 EIV onttrokken zijn aan de toepassing van de *lex concursus*, terwijl de goederen waarop ze betrekking hebben op grond van art. 4, lid 2, b door de *lex concursus* beheerst worden.³²⁶ Die tweedeling leidt ertoe dat separatisten bij de uitoefening van hun zakelijk (zekerheids)recht niet kunnen gehinderd worden door het insolventierecht van de lidstaat waar de procedure wordt geopend³²⁷, maar dat het saldo dat overblijft na voldoening van die separatisten toekomt aan de boedel.³²⁸ Althans wanneer het insolventierecht van de lidstaat waar de procedure geopend werd de goederen die het onderpand vormen van de schuldvorderingen van de separatisten tot de boedel rekent.

Daarnaast kunnen de goederen waarop het zakelijk recht rust zowel lichamelijke als onlichamelijke, roerende of onroerende goederen zijn. Het kan gaan om bepaalde, specifieke goederen, maar ook om gehelen met wisselende samenstelling (art. 5, lid 1 EIV). Het Belgische pand op de handelszaak, maar ook de Engelse *floating charge* vallen dus onder de insolventieverordening.³²⁹

Vervolgens dient het begrip ‘onverlet laten’ een omschrijving te krijgen. Dat betekent dat er bepaald moet worden door welk rechtstelsel de tegenwerpelijkheid van een zakelijk (zekerheids)recht in geval van een insolventieprocedure geregeld wordt. Hierover bestaat geen eensgezindheid in de rechtsleer. Er onderscheiden zich drie strekkingen.³³⁰ Een eerste stroming betoogt dat de zakelijke rechten van separatisten onderworpen zijn aan de beperkingen van het insolventierecht van de lidstaat waar het goed dat tot onderpand dient, gelegen is (*lex rei sitae*).³³¹ Het zou immers onaanvaardbaar zijn, indien de separatist zijn rechtspositie zou kunnen verbeteren doordat de

³²⁵ I. VEROUGSTRAETE, “Les aspects internationaux e la faillite et du concordat” in O. BERTIN en I. VEROUGSTRAETE, *Mamel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, 757, nr. 1213.

³²⁶ M. VIRGÓS, *The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: an Insider’s View*, in *Forum Internationale*, 1998, 20.

³²⁷ J.C. VAN APELDOORN en A.W. DE MAN, *De Europese Insolventieverordening in praktijkboek Insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 53.

³²⁸ Rapport VIRGÓS/SCHMIT, p. 72, nr. 99.

³²⁹ Rapport Virgós/Schmit, nr. 104; N. WATTÉ, “L’opposabilité des sûretés dans le nouveau règlement européen des procédures d’insolvabilité”, in Rev. dr. U.L.B., *Vers l’harmonisation en Europe du droit de l’insolvabilité et des garanties*, Brussel, Bruylant, 2001, 21, nr. 17.

³³⁰ E. DIRIX en V. SAGAERT, ‘Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese Insolventieverordening’, *T.B.H.* 2001, 588-589.

³³¹ M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 340; N. WATTÉ, “L’opposabilité des sûretés dans le nouveau règlement européen des procédures d’insolvabilité” in Rev. dr. U.L.B., *Vers l’harmonisation en Europe du droit de l’insolvabilité et des garanties*, Brussel, Bruylant, 2001, 24, nr. 22.

insolventieprocedure niet wordt geopend in de lidstaat waar het goed zich bevindt.

Men kan ook een cumulatieve toepassing van de twee rechtstelsels prefereren, waarbij de *lex rei sitae* alleen van toepassing is wanneer ze in overeenstemming is met de *lex concursus*.³³²

Ten slotte menen DIRIX, SAGAERT en vele andere auteurs dat art. 5 EIV de zakelijke (zekerheids)rechten van separatisten op absolute wijze vrijwaart van enige beperking, ongeacht of die beperking uitgaat van de *lex rei sitae* dan wel van de *lex concursus* (maximalistische interpretatie).³³³ Het dient wel benadrukt te worden dat het moet gaan om zakelijke zekerheidsrechten op goederen die zich in een andere lidstaat bevinden dan die waar de insolventieprocedure geopend is (art. 5, lid 1 *in fine*). Beperkingen vanwege de *lex rei sitae* zijn wel mogelijk, indien in de lidstaat waar de goederen gelegen zijn een secundaire insolventieprocedure geopend wordt.³³⁴ Daarvoor wordt weliswaar vereist dat de debiteur in de betrokken lidstaat een vestiging heeft (art. 3, lid 2 EIV). VEDER beaamt het eenduidige karakter van dergelijke lezing van art. 5 EIV, maar hij meent dat het het efficiënt beheer van de boedel belemmert. Aan de separatisten dergelijke onaantastbaarheid geven, verkleint de kansen op een succesvolle sanering van de insolvente onderneming. Dat terwijl er op nationaal vlak een tendens is tot verruiming van de mogelijkheden voor reorganisatie en een *fresh start* voor de debiteur ... Bovendien gaat het evenwicht tussen de belangen van de separatisten en die van de gewone schuldeisers in de boedel volledig teloor door dergelijke ruime interpretatie van de zinsnede 'onverlet laten'.³³⁵

Ondanks de kritiek van VEDER, verdient de derde opvatting de voorkeur. Indien men immers zou toelaten dat het recht van de lidstaat waar de insolventieprocedure opgestart werd beperkingen zou kunnen opleggen aan zakelijke (zekerheids)rechten die de schuldeiser in een andere lidstaat heeft verkregen jegens de schuldenaar, dan bezwaart men de positie van schuldeiser met een te grote onderzoeksplicht bij het contracteren met de debiteur. Wanneer A bijvoorbeeld een roerend goed verkoopt aan B, een onderneming met vestigingen in verschillende E.U.-lidstaten, dan zou A alvorens te

³³² N. WATTÉ, "L'opposabilité des sûretés dans le nouveau règlement européen des procédures d'insolvabilité" in Rev. dr. U.L.B., *Vers l'harmonisation en Europe du droit de l'insolvabilité et des garanties*, Brussel, Bruylant, 2001, 24, nr. 22.

³³³ E. DIRIX en V. SAGAERT, 'Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese Insolventieverordening', *T.B.H.* 2001, 588-589, nr. 23. M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 340; I. VEROUGSTRAETE, "Les aspects internationaux e la faillite et du concordat" in O. BERTIN en I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, 757, nr. 1214; B. WESSELS, *International Insolvency Law*, Deventer, Kluwer, 2006, 375, nr. 10654.

³³⁴ Overweging 25 van de Verordening.

³³⁵ M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 342.

contracteren met B moeten nagaan wat zijn financiële positie is in de verschillende lidstaten. Zoniet, zou A verrast kunnen worden door een ‘buitenlands’ faillissement van B. De zakelijke zekerheidsrechten die A bij de koop eventueel zouden hebben bedongen zouden gebeurlijk geheel waardeloos kunnen worden, indien die de beperkingen van het ‘buitenlandse’ faillissementsrecht zouden moeten ondergaan. Uiteraard kan A nooit alle mogelijke nakende faillissementen van B in andere landen voorzien. Daarom zou het onderwerpen van haar zakelijke zekerheidsrechten aan het ‘buitenlands’ recht onbillijk zijn en ingaan tegen het rechtmatig vertrouwen van schuldeiser A dat ze dankzij haar zakelijk zekerheidsrecht geen groot risico op wanbetaling loopt. Art. 5 EIV vindt dus rechtvaardiging in het beginsel van de bescherming van het rechtmatig vertrouwen van schuldeisers. Indien art. 5 niet zou voorzien in een ‘immunitéit’ van de zakelijke (zekerheids)rechten, dan zou bovendien de kredietverlening in gevaar komen.³³⁶

WATTÉ geeft daarentegen de voorkeur aan een distributieve toepassing van *lex concursus* en *lex rei sitae*. Laatstgenoemde bepaalt de geldigheid, de draagwijdte en de rechtsgevolgen van de zakelijke rechten, terwijl de *lex concursus* de executie ervan in het kader van een insolventieprocedure regelt.³³⁷

De curator kan altijd wel een individuele executie vanwege de separatist verhinderen door zijn lossingsrecht uit te oefenen. Art. 5 EIV zegt immers alleen dat de rechten onverlet moet gelaten worden, niet de goederen waarop die rechten betrekking hebben. De terugbetaling van de claim vormt geen aantasting van het ermee verbonden zakelijk recht.³³⁸ Door betaling aan de separatist van de waarde van diens schuldvordering, komt het goed dan onbezwaard in de boedel terecht. Dat is natuurlijk slechts nuttig indien de waarde van het goed de waarde van de claim overstijgt.³³⁹ Verder vindt WESSELS dat een afkoelingsperiode evenzeer verenigbaar is met art. 5 EIV, omdat dergelijk moratorium het zakelijk recht niet aantast.³⁴⁰ VEDER denkt daar echter anders over.³⁴¹

Ten slotte bestaat er ook discussie over wat men nu precies bedoelt met ‘de opening van de insolventieprocedure’ in art. 5 EIV. Sommige auteurs menen dat enkel de rechtsgevolgen die rechtstreeks voortvloeien uit de opening van de insolventieprocedure zelf de zakelijke rechten onverlet moet laten, in

³³⁶ Rapport Virgós/Schmit, nr. 97.

³³⁷ N. WATTÉ, « L’opposabilité des sûretés dans le nouveau règlement européen des procédures d’insolvabilité » in Rev. dr. U.L.B., *Vers l’harmonisation en Europe du droit de l’insolvabilité et des garanties*, Brussel, Bruylant, 2001, 24, nr. 22.

³³⁸ B. WESSELS, *International Insolvency Law*, Deventer, Kluwer, 2006, 376, nr. 10656.

³³⁹ Rapport VIRGÓS/SCHMIT, nr. 99.

³⁴⁰ B. WESSELS, *International Insolvency Law*, Deventer, Kluwer, 2006, 376, nr. 10657.

³⁴¹ M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 349.

tegenstelling tot bijvoorbeeld bewarende maatregelen die in de loop van de procedure zijn gesteld. VEDER benadrukt dat art. 5 EIV een *hard and fast rule* is en dus op absolute wijze moet worden toegepast. Het beschermt zakelijke rechten tegen de rechtsgevolgen van de hoofdprocedure *as such* en niet enkel tegen de rechtsgevolgen van de beslissing tot opening van die procedure.³⁴²

Indien er een secundaire procedure geopend werd en het recht van de betrokken lidstaat geeft de separatisten de mogelijkheid om hun zakelijke rechten zelf uit te oefenen, dan kan een schorsing van de liquidatie zoals verzocht door de curator van de hoofdprocedure krachtens art. 33 EIV, daar geen afbreuk aan doen, tenzij het een schorsing is waarin de *lex concursus* van de secundaire procedure voorziet.³⁴³

Indien de curator van de hoofdprocedure krachtens art. 33 EIV verzoekt om de secundaire procedure te beëindigen d.m.v. een herstelplan, dan zijn de schuldeisers die beschikken over een zakelijk zekerheidsrecht o.g.v. art. 5 EIV niet gebonden door een eventuele kwijtschelding die in dat plan voorzien is. VEDER meent evenwel dat daar een uitzondering op moet gemaakt worden voor die separatisten die uitdrukkelijk hebben ingestemd met het plan.³⁴⁴

Het weze duidelijk dat art. 5 EIV en art. 7 EIV (*infra*) regels van materieel recht en niet louter verwijzingsregels introduceren. Art. 8 EIV, dat het heeft over overeenkomsten die recht geven op de verkrijging of het gebruik van een onroerend goed, art. 9 EIV dat geldt voor deelnemers van financiële markten, art. 10 EIV betreffende arbeidsovereenkomsten en art. 11 EIV betreffende rechten onderworpen aan inschrijving in een register, zijn daarentegen slechts verwijzingsregels.³⁴⁵

4. BESLUIT

Kan de Insolventieverordening van 29 mei 2000 een succes genoemd worden?

Enerzijds wel, aangezien de Verordening het eerste rechtsinstrument is dat grensoverschrijdende insolventieprocedures kan reguleren. Het komt vooral tegemoet aan de kleinere ondernemingen voor wie 'deelnemen' aan verschillende (nationale en buitenlandse) insolventieprocedures een ondraaglijke financiële last vormt en praktisch vaak onhaalbaar is. Dat men gekozen heeft voor een mengeling van universalisme en territorialisme is

³⁴² M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 349-350.

³⁴³ M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 352.

³⁴⁴ M. VEDER, *Cross-border Insolvency Proceedings and security rights*, in *Onderzoekscentrum Onderneming & Recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 352-353.

³⁴⁵ T. BOSLY, 'La faillite internationale. Une ère nouvelle s'est-elle ouverte avec le règlement du Conseil du 29 mai 2000?', *J.T.* 2001, 695, nrs. 37-40.

logisch en pragmatisch, gezien de vele nationale materieelrechtelijke verschillen in onderhavig domein. Uit onderzoek blijkt dat de Verordening doorheen een aantal coördinatiemaatregelen kiest voor dominantie van de universele hoofdprocedure t.o.v. de territoriale procedures. De Europese wetgever beseft dat een enkele universele procedure voor heel Gemeenschap niet realistisch is, gezien de vele materieelrechtelijke verschillen tussen de lidstaten, maar haar uitgangspunt blijft toch de universaliteit van de insolventieprocedure, hier en daar gecorrigeerd door een territoriale procedure. Of die doelstelling in de praktijk ook daadwerkelijk zal bereikt worden, is nog maar de vraag. Alles hangt af van de opstelling van de schuldeisers. Nemen ze voldoening met de beschermende bepalingen in het kader van een hoofdprocedure, in het bijzonder de afwijkingen van de *lex concursus* (bijvoorbeeld: art. 5 EIV). Of verwordt het beoogde beperkt universalistische stelsel van de Verordening tot een stelsel van vermomde territorialiteit, doordat de vele schuldeisers kiezen voor de bescherming via secundaire procedures. Twee schuldeisers zullen *ipso facto* kiezen voor de tweede oplossing: de fiscus en de sociale zekerheidsinstellingen. Hun publiekrechtelijke voorrechten zullen immers niet erkend worden in andere lidstaten.

Het zij duidelijk dat het evenwicht tussen universalisme en territorialiteit wankel is. De praktijk zal uitwijzen of het beoogde evenwicht ook werkelijkheid zal kunnen worden, dan wel in elkaar zal stuiken.

Daarnaast zal het werkbaar maken van de pluraliteit van procedures een van de grootste uitdagingen zijn. Daarvoor zullen de verschillende curatoren en toezichthoudende rechtbanken efficiënt moeten samenwerken over de grenzen heen. Dat de coördinatiemaatregelen uit de Verordening niet voorzien zijn van sancties, zal in dat opzicht een belangrijke lacune blijken.

En dat is niet de enige leemte in de Verordening. Zo had de Europese wetgever bij het redigeren van de Verordening geen oog voor de situatie van insolventieprocedures in verschillende lidstaten tegen vennootschappen van eenzelfde groep, hetgeen, zoals BOSLY terecht opmerkt in de praktijk nochtans veel voorkomt.

Daarnaast stelt diezelfde auteur dat de verordening een lacune bevat door te bepalen dat een secundaire procedure enkel een liquidatieprocedure en geen saneringsprocedure kan zijn.³⁴⁶ Men zou nochtans kunnen argumenteren dat een herstelplan precies in een secundaire procedure met diens territoriale beperkingen in de praktijk een grotere slaagkans heeft dan in een universele hoofdprocedure.

³⁴⁶ T. BOSLY, 'La faillite internationale. Une ère nouvelle s'est-elle ouverte avec le règlement du Conseil du 29 mai 2000?', *J.T.* 2001, 696, nr. 51.

Art. 27 en art. 5 EIV bemoeilijken bovendien een transnationale saneringsprocedure, hetgeen een rem plaatst op economisch herstel van ondernemingen op Europees vlak en een beroep op een aloude, maar niet altijd geschikte liquidatieprocedure met zich meebrengt.

Mijns inziens helt de balans in de Verordening te veel over naar de kant van de belangen van de schuldeisers, terwijl de debiteur zelf vaak in de kou blijft staan. De Verordening creëert een systeem waarin de voldoening van de schuldvordering zoveel als mogelijk verzekerd wordt en het probeert de schuldeisers zoveel mogelijk rechtszekerheid te bieden (bv.: art. 5 en 7 EIV, art. 31-39 EIV). De debiteur zal daarentegen geen akkoord kunnen aanvragen in het kader van een secundaire procedure, hetgeen ingaat tegen de huidige nationaalrechtelijke ontwikkelingen waarbij de mogelijke saneringsprocedures en bijhorende *fresh starts* toenemen.

Wat betreft de tegenwerpelijke in de hele Europese Unie (behalve Denemarken) van zakelijke zekerheden, die ontstaan zijn in een E.U.- lidstaat, volstaat de verordening niet. Met art. 5 en 7 EIV gaat het wel de goede kant op, maar toch resteert er nog te veel rechtsonzekerheid. Er moet nog te vaak een beroep gedaan worden op de nationale regels van IPR om de uiteindelijk toepasbare wet te kunnen bepalen, hetgeen niet bevorderlijk is voor een efficiënte en voorzienbare coördinatie van grensoverschrijdende insolventieprocedures binnen de E.U. Dat een geharmoniseerd materieel zekerheidsrecht gezien de huidige verschillen niet mogelijk is, wilt niet zeggen dat de Europese wetgever haar geharmoniseerd stelsel van verwijzingsregels niet sluitend dient te formuleren. Rechtsonderhorigen moeten weten welk recht op hun zakenrechtelijke zekerheidspositie van toepassing is, zeker in de precaire situatie waarin de debiteur insolvent is. Momenteel is er echter nog te veel discussie in de rechtsleer over dat toepasselijk recht, hetgeen vermeden kan worden door de verwijzingsregels in de Verordening duidelijk en ondubbelzinnig te redigeren. Voor de instandhouding van de kredietverlening aan Europese ondernemingen en, bij uitbreiding, voor de instandhouding van de Europese economie (en interne markt), is rechtszekerheid vanuit het standpunt van schuldeisers- kredietverstrekkers van kapitaal belang. De Europese wetgever moet dan ook dringend duidelijkheid scheppen en de lacunes in de Verordening wegwerken.

Ten slotte toont het beperkte aantal materieelrechtelijke harmoniserende bepalingen van de verordening dat er nog werk is aan de winkel. *De lege ferenda* moet er dan ook gestreefd worden naar meer harmonisatie van het insolventierecht, wat gezien de grote materieelrechtelijke verschillen tussen de lidstaten echter geen sinecure is. De Commissie zal dan ook doordacht te werk moeten gaan, waardoor een stappenplan zich opdringt.

Art. 46 EIV bepaalt dat de Commissie uiterlijk op 1 juni 2012 verslag zal uitbrengen over de werking van de Insolventieverordening. Hopelijk zal men

bij de evaluatie oog hebben voor de hier vermelde tekortkomingen, zodat we de volgende stap kunnen zetten in een proces van een geïntegreerde Europese aanpak van transnationale insolventieprocedures. De belangen van de *stakeholders* (werknemers, aandeelhouders, land van vestiging, ...) van pan-Europese ondernemingen zijn zo groot dat ook de Europese instellingen zich van geen moeite mogen ontzien om van hun verordening een allesomvattend en sterk coördinerend geheel te maken.