

**HET NIEUWE EUROPESE IPR :
VAN VERDRAG NAAR VERORDENING**

**H. Van Houtte
M. Pertegás Sender
(eds)**

De Europese insolventieverordening

1. Inleiding : de opmars van de gecoördineerde pluraliteit

5-1. In de literatuur wordt er al lang gedebatteerd over de vraag welk model het best in staat is om grensoverschrijdende faillissementen op te lossen. Universaliteit en territorialiteit vormen de twee tegenpolen van de discussie.¹ Het universaliteitsbeginsel, en de daarmee samenhangende eenheid van het faillissement, hebben lang de voorkeur gekregen.² Rolin bijv. beschreef in 1926 de volgens hem onweerstaanbare "*mouvement et progrès des idées en faveur du principe de l'unité et de l'universalité de la faillite*".³ Het universaliteitsmodel heeft tot vandaag zijn stempel gedrukt op het Belgisch internationaal faillissementsrecht.

Geleidelijk aan drong het echter door dat het universaliteitsideaal, zelfs onder de vorm van door alle staten gedeelde afspraken, zonder eemaking van het materieel insolventierecht en in het bijzonder van de zekerheidsrechten weinig realistisch was. Universalisme smaakt immers te veel naar 'imperialisme'. Het dwingt buitenlandse crediteurs om hun aanspraken in het land waar de insolventie geopend werd, in te dienen, volgens de plaatselijke regels, met het risico dat hun preferente aanspraken niet erkend worden. Anderzijds leidt zuiver territorialisme tot een verdeeld aanpak met het gevaar dat bepaalde crediteurs meer geld krijgen dan andere, louter omwille van de snelheid waarmee ze handelen, of omdat de gefailleerde in hun land toevallig meer activa heeft.

Thans lijkt een consensus te bestaan in die zin, dat de strijd tussen universalisme en territorialisme achterhaald is.⁴ Het strikte onderscheid tussen deze twee modellen komt trouwens niet overeen met de veel meer genuanceerde praktijk en wetgeving van de meeste staten.⁵ De vraag blijft echter welk compromis tussen deze twee extreme posities

¹ Voor een ontleding van deze begrippen, zie bijv. BOGDAN, M., "International Bankruptcy in Scandinavia", *J.C.L.Q.*, 1985, (49), 49-52.

² Over de geschiedenis van de ideeën in het internationaal insolventierecht zie reeds MELI, F., *Die geschichtliche Entwicklung des internationalen Konkursrechts*, Zürich, Orell Fussli, 1908, 78 p. Voor meer recente overzichten, zie bijv. TRUNK, P., *Internationales Insolvenzrecht. Systematische Darstellung des deutschen Rechts mit rechtsvergleichender Bezügen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, 34-45 en HANISCH, H., "Bemerkungen zur Geschichte des internationalen Insolvenzrechts", in *Festschrift für F. Merz zum 65. Geburtstag am 3. Februar 1992*, W. GERHARDT et al. (eds.), Köln, 1992, 159-176.

³ ROLIN, A., "Des conflits de lois en matière de faillite", *Recueil des cours*, 1926-IV, t. 14, (5), 18-24.
⁴ Zie reeds in die zin, NADELMANN, K.H., "Solomons v. Ross and International Bankruptcy Law", *Modern Law Review*, 1946, (154), 167-168, herdrukt in NADELMANN, K.H., *Conflict of Laws: International and Interstate. Selected Essays*, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1972, 273-287 (NADELMANN schrijft dat "Flexibility in the rules appears to be indispensable in international bankruptcy. The situations which arise are so varied that anyone rigid rule cannot solve all of them satisfactorily [...] Neither the theory of territoriality nor the theory of ubiquity can cope adequately with the divergent situations").

⁵ Zie de analyse van WATTÉ, N. en MARQUETTE, V., "Faillite internationale - Compétence - Effets d'une faillite prononcée à l'étranger - Suretés réelles - Droit de préférence", *Eur. Rev. Private L.*, 1999, (287), 292-294 (volgens deze auteurs, "ce sont souvent les systèmes intermédiaires qui l'ont emporté", 292, noot 14). In dezelfde zin, VOLKEN, P., "Cross-Border Insolvency: Cooperation and Judicial Assistance", *Forum Internationale*, n. 19, Den Haag, Kluwer, 1993, (23-30), 24 ("There is

het zal halen. Zoals BOGDAN het terecht opmerkt, "[t]here are many conceivable combinations"⁶ tussen de twee extremen.

5-2. Over de laatste twintig jaar is het idee gegroeid dat de pluraliteit van procedures niet noodzakelijk schadelijk is, voorzover de betrokken landen bereid zijn samen te werken.⁷ De samenwerking kan erin bestaan dat de in het buitenland geopende procedure ten dienste staat van het in het forum geopende hoofdfailissement.⁸ Een eerste interessante evolutie in die richting deed zich voor in het Amerikaanse recht. Na enkele mislukte ervaringen met internationale insolventies, in het bijzonder de faling van de Duitse *Herstatt Bank*,⁹ werd in de Bankruptcy Code de mogelijkheid ingevoerd voor een buitenlandse curator om de opening in Amerika van een 'quasi-failissement' te vragen.¹⁰

De aldus geopende procedure is in wezen een *hulpfailissement*.¹¹ Het komt aan de buitenlandse curator om de samenwerking van de Amerikaanse rechtbank te vragen. Eens de procedure geopend, kan de curator bijv. vragen dat alle lopende gedingen tegen de gefailleerde geschorst worden. Hij kan ook activa naar het hoofdland overbrengen. De Amerikaanse rechter behoudt een beoordelingsmarge bij elke vraag tot samenwerking. Met section 304 was de weg echter voor andere ervaringen in dezelfde richting geopend.¹² Dezelfde internationale geest heeft de Zwitserse wetgever geïnspireerd bij de codificatie van het internationaal privaatrecht in 1987. Art. 170 van de IPR-wet voorziet dat de erkenning van een buitenlands failissement uitgesproken door de

rechter van de domicilie van de schuldenaar de opening in Zwitserland van een 'mini-failissement' tot gevolg heeft. Uit de overige bepalingen van de wet blijkt dat de Zwitserse procedure ondergeschikt is aan de buitenlandse, zij het in mindere mate dan onder het Amerikaans recht.¹³

5-3. Ook in andere landen is de overtuiging ontstaan dat een eventueel compromis tussen universaliteit en territorialiteit op de samenwerking tussen procedures moet berusten: de mogelijkheid om verschillende failissementen te openen wordt gecompenseerd door de verplichting om de procedures op elkaar af te stemmen, al dan niet in hiërarchisch verband. Pluraliteit gaat m.a.w. samen met coördinatie. Engeland, Canada en Australië hebben de Amerikaanse en de Zwitserse voorbeelden gevolgd.¹⁴ Ook de Uncitral model-wet erkent de onvermijdelijkheid van meervoudige procedures. Deze wet richt zich vooral op de coördinatie tussen de verschillende insolventies en de samenwerking tussen de curatoren en andere actoren van het failissement.¹⁵ De modelwet beperkt zich ertoe de toegang te verzekeren van curator en de schuldeisers tot de rechtbanken van andere landen.¹⁶ Het bevat als dusdanig geen bevoegdheidsregels, doch voorziet dat een buitenlands failissement uitgesproken door de rechter van

¹³ Zie in het bijzonder art. 173(1) LFDIP. Zie verder VOLKEN, P., *l.c. supra* noot 5, 28-30 en BREITENSTEIN, S., *Internationales Insolvenzrecht der Schweiz und der Vereinigten Staaten. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Zürich, Schulthess, 1990, 256 p.

¹⁴ Zie FLETCHER, I.F., *o.c. supra* noot 10, 186-217 voor een analyse van de Engelse, Canadese en Australische wetgeving en praktijk. Zie verder het Duitse ontwerp tot regeling van internationale failissementen, waarin voorzien wordt in de opening van "Sonderinsolvenzverfahrens" door de rechter van de plaats waar de schuldenaar een 'Niederlassung' heeft. Deze procedure is duidelijk onderworpen aan de hoofdsolventieprocedure. Zo heeft de buitenlandse curator het recht om de opening van het failissement aan te vragen (§ 396); de buitenlandse schuldeisers kunnen aan de verdeling deelnemen (§ 397). § 398 voorziet zelfs in een uitdrukkelijke *Zusammenarbeitverpflichtung* tussen de curatoren en tenslotte moest de curator van de secundaire insolventie een eventueel positief saldo aan de hoofdcurator overdragen (§ 399). Het ontwerp, dat later gesneuveld is, wordt afgedrukt in STOLL, H., (ed.), *Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, 137-143. Zie hierover LEIPOLD, D., "Miniatur oder Bagatelle: Das internationale Insolvenzrecht im deutschen Reformwerk", in *Festschrift für W. Henckel zum 70. Geburtstag am 21. April 1993*, GERHARDT, W. et al. (eds.), Berlin, Walter de Gruyter, 1995, 533-548.

¹⁵ Uncitral Modelwet m.b.t. grensoverschrijdende insolventie en richtlijnen voor de implementatie ervan, New York, United Nations, 1999, 94 p. (te vinden op www.uncitral.org). De Preambulle luidt: "The purpose of this law is to provide effective mechanisms for dealing with cases of cross-border insolvencies so as to promote the objective of (a) cooperation between courts and other competent authorities of this State and foreign States [...]"

¹⁶ Zie over de modelwet FLETCHER, I.F., *o.c. supra* noot 10, 323-363; BERENDS, A.J., "The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: a Comprehensive Overview", *Tulane J. Int'l. & Comp. L.* 1998, 309-399; id., "Uncitral modelwet inzake grensoverschrijdende insolventie", *T. v. I.* 1997, 135-143; CROWNN, M., "UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: Procedural Approach to a Substantive Problem", *J. Corporation L.* 1999, 709-726; ESPLUGUES MOTA, C.A., "The UNCITRAL Model Law of 1997 on Cross-Border Insolvency: an Approach", *Der Comercio Intern. : práctica intern. y der. interno* 1998, 657-680; KRINGS, E., "Unification législative internationale récente en matière d'insolvabilité et de faillite", *Uniforum L. Rev.* 1997, 657-674; VALLENS, J.-L., "La loi-type de la Cnudei sur l'insolvabilité internationale", *Dalloz* 1998, Chron., 157-168; HERRMANN, G., "International Cooperation on Cross-Border Insolvency Issues", *Int'l Bus. Lawyer* 1996, 218-219; BOS, T.M., "Modelbepalingen van Uncitral in het perspectief van een eeuwig tractaten en verdragen inzake internationale failissementen", *T. v. I.* 1996, 134-139. De Uncitral wet heeft reeds in Mexico en in Eritrea navolging gevonden.

at least one comforting aspect with these theories, for in practice a pure system of universality as well as a strict principle of territoriality are almost unknown. Nowadays most national legal system follow a middle course towards either a limited universality or a restricted (limited) territoriality".

⁶ BOGDAN, M., *l.c.*, noot 1, 51.

⁷ Zie vooral HANISCH, H., "Einheit oder Pluralität oder ein Kombiniertes Modell beim grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren?", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1994, 1-9.

⁸ P. VOLKEN schrijft in dit verband dat "[...] the idea of secondary or ancillary proceedings in which a court should aid or assist the proceedings of a foreign bankruptcy [...] is the only adequate and effective way of international cooperation in bankruptcy proceedings" (*l.c.*, noot 5, 27).

⁹ Zie hierover SPENNEMANN, G., *Insolvenzverfahren in Deutschland - Vermögen in Amerika: Das Beispiel Herstatt - Fragen des internationalen Insolvenzrechtes des BRD und der USA* Düsseldorf, Verlag Peter Mannhold, 1981, 384 p.; NADELIMANN, K.H., "Rehabilitating International Bankruptcy: Lessons Taught by Herstatt and Company", *N.Y. Univ. L. Rev.* 1977, 1-35; BECKER, J.D., "International Insolvency: the Case of Herstatt", *A.B.A.J.*, 1976, 1290-1295; LUPONE, A., *L'insolvenza transnazionale. Procedure concorsuali nello stato e beni all'estero*, Studie e Pubblicazione della RDIPP nr. 44, Padova, Cedam, 1995, 31-36; DALHUSEN, J.H., "Jens over het failissement in het internationale context (Het Herstatt akkoord)", *W.P.N.R.* 1978, nr. 5450. Zie ook FELSENFELD, C., "The Law of International Insolvency", in *International Insolvency*, I. C. FELSENFELD et al. (eds.), New York, Juris Publishing, 1999, nrs. 6.1-6.4. In dezelfde periode, *Israeli-British Bank (London) Ltd. v. FDIC*, 536 F.2d (2d Cir. 1976) en *Banque de Financement v. First National Bank of Boston*, 568 F.2d 911 (2d Cir. 1977).

¹⁰ I.I.U.S.C. 304. Zie hierover FLETCHER, I.F., *Insolvency in Private International Law. National and International Approaches*, Oxford, Clarendon Press, 1999, 201-210; TRAUTMAN, D.T., WESTBROOK, J.L. en GAILLARD, E., "Four Models for International Bankruptcy", *Am. J. Comp. L.*, 1993, (573), 609-622 en BOSHKOFF, D.G., "United States Judicial Assistance in Cross-Border Insolvencies", *I.C.L.Q.*, 1987, 729-750; BOTTIAU, A., "Aspects internationaux de la faillite en droit américain", *J.D.I.*, 1992, 89-99.

¹¹ S. 304 spreekt van "a case ancillary to foreign proceedings".

¹² VOLKEN meldt dat het idee van een secundair of hulpfailissement reeds in het Zwitserse-Frans verdrag van 15 juni 1869 te vinden was (P. VOLKEN, *l.c.*, noot 5, 27).

het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar, als 'main proceedings' moet erkend worden. Andere procedures worden als secundaire ('non-main') insolventies beschouwd. Tussen een secundaire en een hoofdsolventieprocedure schept de wet een duidelijke hiërarchie.¹⁷ Dit blijkt uit de talrijke regels voor de coördinatie tussen de procedures waarin de modelwet voorziet. De *Model International Insolvency Cooperation Act*, voorgesteld door een comité van de IBA,¹⁸ ligt in dezelfde lijn.

5-4. Het model van de gecoördineerde pluraliteit¹⁹ heeft duidelijk als inspiratiebron voor de Europese Insolventieverordening gediend. Deze verordening, die na een lange voorgeschiedenis (zie infra nrs. 8 e.v.) in juni 2000 eindelijk het daglicht gezien heeft, voorziet in een complexe regeling van de internationale (lees: Europese) aspecten van het faillissement, zonder te raken aan het materieel recht van de Lidstaten dat onder hun exclusieve verantwoordelijkheid blijft.²⁰ De filosofie van de verordening wordt in de Preambule zeer scherp samengevat:

"Uitgangspunt van deze verordening is dat, gezien de grote verschillen in het materieel recht van de Lidstaten, de invoering van een insolventieprocedure van universele strekking in de gehele Gemeenschap niet praktisch zou zijn. De toepassing, zonder uitzonderingen, van het recht van de Lidstaat waar de insolventieprocedure wordt geopend, zou daardoor veelal problematisch zijn. Dit geldt bijv. voor de zeer uiteenlopende zekerheidsrechten die in de Gemeenschap worden aangetroffen. Ook de voorrechten die sommige schuldeisers in een insolventieprocedure genieten, zijn in sommige gevallen totaal verschillend. Deze verordening dient op tweeërlei wijze met die situatie rekening te houden, door enerzijds specifieke voorschriften betreffende het toepasselijke recht te bepalen voor specifieke belangrijke rechten en rechtsverhoudingen [...] en, anderzijds, de mogelijkheid te bieden naast een

hoofdsolventieprocedure van universele strekking, ook nationale procedures te openen die uitsluitend het vermogen in de Lidstaat van de desbetreffende procedure betreffen".²¹

Het beginsel van de universaliteit blijft het uitgangspunt. Een insolventieprocedure heeft in beginsel onder de verordening over heel Europa uitwerking. Toch kunnen andere procedures geopend worden, in de Lidstaten waar de schuldenaar een 'vestiging' heeft. Dergelijke 'secundaire' procedures werken territoriaal. Ze hebben slechts gevolgen t.a.v. de goederen van de schuldenaar die zich op het grondgebied van de staat van de vestiging bevinden. *Universaliteit* betekent aldus niet meer noodzakelijk *eenheid* van procedure. De verordening voorziet daarom in een uitvoerige coördinatie-regeling om de verhouding tussen hoofd- en eventuele territoriale procedures op te vangen. Met de invoering van territoriale procedures knoopt Europa aan bij een reeds lange traditie.²²

5-5. Pluraliteit van procedures en samenwerking lijken aldus de sleutelwoorden van de huidige trend, waarvan de Europese verordening slechts één voorbeeld is.²³ De nieuwe Europese regeling bevat zeker niet het laatste woord over internationale samenwerking inzake insolventies. In Noord Amerika is de laatste jaren reeds veel verder gegaan. In die landen groeide de samenwerking tussen curatoren niet uit een wetgevende of verdragsrechtelijke verplichting, doch uit het initiatief van de actoren zelf van enkele belangrijke insolventies.²⁴

De huidige trend dateert waarschijnlijk van de beruchte BCCI-zaak. Toen werden de curatoren van de meest diverse landen geconfronteerd met de faling van tientallen dochterondernemingen en bijkantoren van de bank. In afwezigheid van verdragsrechtelijk kader en gezien de enorme belangen die op het spel waren, en in het bijzonder het groot aantal kleine schuldeisers, werden de curatoren a.h.w. gedwongen om samen te werken, dit om te vermijden dat de insolventie in een soort creditsanarchie zou onttaarden. De afspraken tussen de curatoren en met de verschillende categorieën schuldeisers waren in een aantal 'protocollen' neergelegd. De akkoorden werden dan aan de betrokken rechtbanken ter goedkeuring voorgelegd.²⁵ Deze *ad hoc* methode werd

¹⁷ Zie bijv. art. 31 luidens welke de opening van een insolventieprocedure in het land waar het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar gevestigd is, het vermoeden doet ontstaan dat de schuldenaar insolvent is.

¹⁸ De Model Act stelt zich ook als doel te dienen als inspiratie voor nationale wetgevende initiatieven. Zie hierover de (pauegrische) bijdragen van POWERS, T.E., "The Model International Insolvency Cooperation Act: A Twenty-First Century Proposal for International Insolvency Cooperation", in *Current Developments in International and Comparative Insolvency Law*, ZIEGEL, J.S., (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1994, 687-700; POWERS, T.E., MEARS, R.R. en BARRETT, J.A., "The Model International Insolvency Cooperation Act", in *Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganization*, LEONARD, E.B. en BESANT, C.W., (eds.), Londen, IBA/Graham & Trotman, 1994, 233-243.

¹⁹ VIRGÓS spreekt in dit verband van "mitigated universality" (VIRGÓS, M., "The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: an Insider's View", *Forum internationalé*, nr. 25, 1998, Den Haag, Kluwer, 6, nr. 14); TAUPITZ heeft het over "kruptierte Universalität" (TAUPITZ, J., "Das (zukünftige) europäische Internationale Insolvenzrecht - insbesondere aus international-privatrechtlicher Sicht", Z.Z.F. 1998, 325) en BOS over "bepoort universalistisch stelsel" (BOS, T.M., *Grensoverschrijdend faillissementsrecht in Europees perspectief: een studie naar het faillissement in het Internationaal privaatrecht van Nederland, België en Duitsland*, Kluwer, Deventer, 2000, nr. 9.3.4.10).

²⁰ BERENDS merkt op dat de eenmaking van de materiele regels betreffende de insolventieprocedures "ook niet gelakt zou zijn" (BERENDS, A.J., "Het Europees Verdrag betreffende insolventieprocedures en de UNCITRAL Modelwet inzake grensoverschrijdende insolventie met elkaar vergeleken", *Preadvies, Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht* nr. 117, Kluwer, Deventer, 1998, 187).

²¹ Overweging nr. 11. *Brevitatis causae* worden de eenvormige verwijzingsregels in deze bijdrage niet besproken.

²² BALZ merkt op dat "the concept of secondary insolvency has a distant lineage leading back to the ancillary proceedings provided for by § 304 of the U.S. Bankruptcy Code" (BALZ, M., "The European Union Convention on Insolvency Proceedings", *Am. Bankr. L. J.* 1996, 520).

²³ Zie verder MUJR WATT, H., recensie van het boek van I. F. FLETCHER (geciteerd *supra* noot 10), *R.C.D.I.P.*, 2000, 148-151.

²⁴ Algemeen over deze evolutie, LEONARD, E.B., "Developments and Trends in International Restructuring Insolvency", *Canadian Int'l Lawyer* 1999, (140), 144-145 en *id.*, "The Accelerating Changes in International Insolvency and Restructuring", in *Guide to the World's Leading Insolvency & Restructuring Lawyers*, Londen, Euromoney Publications, 1999, 3-5.

²⁵ Zie in de zaak BCCI bijv. de beslissing van de Engelse Court of Appeal tot goedkeuring van het protocol, in *Re Bank of Credit and Commerce International SI (No. 10)* [1997] Ch. 213, [1997] W.L.R. 172, [1996] 4 All ER 796, [1997] 1 BCLC 80, [1996] BCC 980. Verder Parijs, 8 juli 1992, D. 1992, Juris, 476, noot M. VASSEUR en, over het faillissement van het bijkantoor te Amsterdam, VAN GELDEN, R.J. en VAN APELDOORN, J.C., "Grensoverschrijdende aspecten van insolventieprocedures buiten verdrag", *Preadvies, Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht* nr. 117, Deventer, Kluwer, 1998, (3) 71-76. Over de BCCI-zaak in het algemeen, zie het verslag van de Committee on Foreign Relations van de Amerikaanse Senaat,

achteraf in een aantal belangrijke zaken herhaald, zoals de *Maxwell-faling*,²⁶ de *Olympia en York-faling*,²⁷ de *L. J. Hooker-faling*²⁸ en tenslotte de *Nakash-insolventie*.²⁹

Ondertussen is deze werkmethode, die oorspronkelijk louter *ad hoc* werd gebruikt, tot een echt 'model' uitgegroeid voor de vereffening van complexe internationale insolventies. Het IBA Committee J heeft zelfs een model-protocol opgesteld waarin curatoren en rechtbanken inspraak kunnen vinden voor hun akkoorden.³⁰ Tussen de verschillende procedures is er, in tegenstelling tot de regeling onder de verordening, geen hiërarchisch verband. De coördinatie impliceert niet dat één insolventie en één curator de bovenhand krijgen.³¹

5-6. Het is duidelijk dat de rechtstreekse samenwerking tussen curatoren, die zijn neerslag in het protocol vindt, in deze instanties slechts mogelijk was door het goedvinden van de betrokken rechtbanken. Het is de vraag of continentale rechters

KERRY, J. en BROWN, H., *The BCCI Affair*, U.S. G.P.O., Washington, 1993, 660 p. *Adde* GRIERSON, C., "Insolvency of Financial Institutions", *Int'l Business Lawyer* 1996, 211-216; FELSENFELD, C., o.c. *supra* noot 9, nrs. 6.5 - 6.13 en SCOTT, H.S., "Multinational Bank Insolvencies: The United States and BCCI", in *Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency*, ZIEGEL, J.S., (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1994, 733-745.

²⁶ Zie hierover GÖPFERT, B., "In Re Maxwell Communications - ein Beispiel einer 'koordinierten' Insolvenzverwaltung in parallelen Verfahren", *Z.Z.P. Int.* 1996, 269-286; GULTIN, R.A. en SILVERMAN, R.J., "International Insolvency and the Maxwell Communications Corporation Case: One Example of Progress in the 1990's", in *International Bankruptcies. Developing Practical Strategies*, Practising Law Institute Course Handbook Series Nr. 628, New York, Practising Law Institute, 1992, 7-19 (met in bijlage de tekst van de protokollet); FLASCHEN, E.D. en SILVERMAN, R.J., "Maxwell Communications Corporation plc: the Importance of Comity and Co-operation in Resolving International Insolvencies", in *Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganizations*, LEONARD, E.B. en BESANT, C.W., (eds.), London, IBA/Graham & Trotman, 1994, 41-47 (met tekst van de protocollen op p. 52-57); FLASCHEN, E.D. en SILVERMAN, R.J., "The Role of the Examiner as Facilitator and Harmonizer in the Maxwell Communication Corp. International Insolvency", in *Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law*, ZIEGEL, J.S., (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1994, 621-645; CARRINGTON, P., "Cross-Border Insolvency under the Common Law: the Maxwell case", *Forum Internationale*, nr. 19, Den Haag, Kluwer, 1993, 33-44.

²⁷ Zie hierover, FELSENFELD, C., o.c. *supra* noot 9, nrs. 6.22-6.27; SHARPE, S., "Dynamics of a Cross-Border Work Out", in *Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganizations*, LEONARD, E.B. en BESANT, C.W., (eds.), London, IBA/Graham & Trotman, 1994, 59-68.

²⁸ Zie de documenten opgenomen in SIGOLOFF, S.C., en FELDSTEIN, H.R., "Coordinating Global Insolvency Proceedings: the LJ Hooker Case", in *International Bankruptcies. Developing Practical Strategies*, Practising Law Institute Course Handbook Series Nr. 628, New York, Practising Law Institute, 1992, 93-224 en ook FELSENFELD, C., o.c. *supra* noot 9, nrs. 6.28-6.31.

²⁹ Hierover FELSENFELD, C., *supra* o.c. noot 9, nrs. 6.32-6.35.

³⁰ Het zgn. Concordat is gepubliceerd als bijlage bij LEONARD, E.B. en ZAIG, M.C., "Developments and Trends in United States/Canada Cross-Border Reorganizations", *Jour. Bank Law & Practice* 2000, (343), 362-375. Zie verder NIELSEN, A., SIGAL, M. en WAGNER, K., "The Cross-Border Insolvency Concordat: Principles to Facilitate the Resolution of International Insolvencies", *Am. Bankr. L.J.* 1996, 533-562. In de zaak *Everfresh* werd het akkoord op die basis onderhandeld (hierover LEONARD, B., "Managing Default by a Multinational Venture: Cooperation in Cross-Border Insolvencies", *Texas Int'l L.J.* 1998, (43), 548-553). Zie verder over de werkzaamheden van het IBA-Committee J de on line databank, toegankelijk op www.casselstrock.com.

³¹ Over het onderscheid tussen 'secondary' en 'ancillary' procedures, zie BARRETT, J.A., "Cross-Border Insolvency. Developments, Realities and Solutions", *Int'l Business Lawyer* 1996, 208.

evenzeer bereid zullen zijn om dergelijke initiatieven van curatoren te steunen.³² Een ander probleem met deze werkmethode is het gebrek aan rechtszekerheid: de schuldeisers kunnen bijv. onmogelijk op voorhand weten aan welke regime hun zekerheden zullen worden onderworpen. Bij het goedkeuren van het protocol erkennen de twee rechtbanken de nood om de activiteiten van de curatoren te coördineren. De samenwerking kan nog verder gaan, bijv. wanneer de rechtbanken beslissen om hun eigen activiteiten op elkaar af te stemmen. In sommige instanties hebben rechters in Noord-Amerika reeds gesprekken gevoerd over bepaalde aangelegenheden en/of informatie uitgewisseld. Soms werd er zelfs een 'joint-hearing' georganiseerd.³³ Een dergelijke mogelijkheid wordt trouwens uitdrukkelijk voorzien in de Uncitral-modelwet.³⁴ In het kader van het internationaal insolventie-project van de ALI,³⁵ werden zelfs uitvoerige richtlijnen opgesteld om de dialoog tussen rechtbanken te begeleiden.³⁶ Hiermee kent het samenwerkingsmodel zijn ultieme vertaling. Het is echter duidelijk dat de rechtstreekse samenwerking tussen curatoren en/of tussen rechtbanken van verschillende landen slechts noodzakelijk is in de meest complexe zaken. Bovendien is het samenwerkingsmodel, zoals het spontaan in de *common law*-landen ontstaan is, niet rechtstreeks uitvoerbaar naar de Europese rechtsordes. Zonder een duidelijk wettelijk kader is het voor Europese rechters veel minder evident om zelf grensoverschrijdende initiatieven te nemen.³⁷

De Europese Insolventieverordening bevat 5 een begin van) een kader voor het naast elkaar bestaan van meerdere faillissementsprocedures en voor de samenwerking tussen curatoren. Het zal al een hele opgave zijn om dit naar behoorlijk te laten functioneren. Misschien kan het *Europees Judicieel Netwerk* in de toekomst de basis bieden voor meer verregaande vorm van samenwerking.

5-7. De verordening bevat drie soorten regels, te weten regels m.b.t. de bevoegdheid van de rechtbanken om een faillissement uit te spreken, m.b.t. de mogelijkheid om zich in een land op een in een ander land uitgesproken faillissement te beroepen en tenslotte

³² Samenwerking tussen curatoren van verschillende landen is geen nieuw begrip. Reeds in 1926 wees ROLIN op de mogelijkheid om de moeilijkheden die uit een zuiver territorialistisch aanpak tijzen, op te lossen "par la bonne entente entre les curateurs ou syndics" (i.c., *supra* noot 3, 26).

³³ Zie hierover de opmerkingen van verschillende rechters in "The Judges Speak: A Panel Discussion", in *Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law*, ZIEGEL, J.S., (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1994, (749), 769-772. *Adde* UNT, L., "International Relations and International Insolvency Cooperation: Liberalism, Institutionalism and Transnational Legal Dialogue", *Law & Policy Int'l Business* 1997, 1037-1106, in het bijz. 1069-1096.

³⁴ Arts. 25-27, waarin de rechters en de curatoren aangespoord worden om zoveel mogelijk samen te werken. Onder samenwerking wordt ook rechtstreekse communicatie begrepen.

³⁵ Zie hierover, WESTBROOK, J.L., en ZIEGEL, J.S., "The American Law Institute NAFTA Insolvency Project", *Brooklyn J. Int'l Law* 1997, 7-24; WESTBROOK, J.L., "Creating International Insolvency Law", *Am. Bankr. L.J.* 1996, 563-574.

³⁶ De 'Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases' werden als bijlage gepubliceerd in LEONARD, E.B. en ZAIG, M.C., i.c. *supra* noot 30, 375-381.

³⁷ In die zin, BALZ, M., i.c. *supra* noot 22, 489 (BALZ merkt op dat in civil law landen "[j]udges generally have no discretion to embark upon legally unstructured communications with foreign judges in order to delineate each other's jurisdiction and relief powers in a protocol, as it was practiced in the Maxwell Communications case [...] Generally, the notion that bankruptcy courts are courts of equity with special powers to grant relief when the equities of a case so require is alien to civil law thinking").

ook regels die bepalen welk recht toepassing vindt op grensoverschrijdende insolventievragen. Daarnaast voorziet de verordening ook in een aantal praktische afspraken met het oog op de afstemming van de procedures op elkaar. Vooraleer deze drie topics achtereenvolgens te bespreken moeten eerst de geschiedenis en het toepassingsgebied van de nieuwe Europese regeling besproken worden.

2. Geschiedenis en toepassingsgebied

I. KORTE GESCHIEDENIS VAN DE EUROPESE REGELING

5-8. Het idee van een Europese regeling voor grensoverschrijdende insolventies is niet nieuw,³⁸ evenmin trouwens als de belangstelling van onderzoekers van alle landen voor het internationaal faillissementsrecht.³⁹ Reeds in de zestiger jaren, toen JENARD en consorts onderhandelingen voerden over wat het EEX-Verdrag moest worden, werd de nood ervaren aan een Europees kader voor de internationale aspecten van faillissementen.⁴⁰ In 1963 werd een comité opgericht in de schoot van de Europese Commissie om werk te maken van een dergelijke regeling. Dit leek onontbeerlijk om de interne markt te vervolledigen. Artikel 220 EG-verdrag (nu art. 293) verschafte een juridische

³⁸ Zie reeds het ontwerp opgesteld in 1825 door J. HENRY van een "International Bankrupt Code for the Different Commercial States of Europe", besproken door NADELMANN, K.H., "An International Bankruptcy Code: New Thoughts on a Old Idea", *I.C.L.Q.* 1961, 70-82.

Zie ook het verdrag over internationale faillissementen opgesteld door de 5de Haagse Conferentie voor het Internationaal Privaatrecht, dat echter nooit in werking getreden is, (*Conférence de La Haye de droit international privé. Actes de la cinquième session, tenue du 12 octobre au 7 novembre 1925*, Den Haag, 1926, 341-344). Zie hierover NADELMANN, K.H., "Bankruptcy Treaties", *U. Penn. L. Review* 1944, 58-97, herdrukt in NADELMANN, K.H., *Conflict of Laws: International and Interstate. Selected Essays*, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1972, 299-339, in het bijzonder 307-309; LIPSTEIN, K., "Bankruptcy and the Hague Conventions", in *Festschrift für H. Hanisch, ADEGOLD, E. et al.* (eds.), Köln, Carl Heymanns Verlag, 1994, 149-152 en BOS, T.M., o.c. *supra* noot 19, 69-79.

Voor Zuid-Amerika, zie de verdragen van Montevideo van 12 maart 1899 en 19 maart 1940 (waarover FLETCHER, I.F., o.c. *supra* noot 10, 222-236 en TRUNK, A., o.c. *supra* noot 2, 75-77).

³⁹ In de literatuur van de 19de eeuw bijv. CARLE, G., *La dotrina giuridica del fallimento nel diritto privato internazionale*, Napoli, 1872, 119 P., vertaald in het Frans als: *La faillite dans le droit international privé ou Du conflit des lois de différentes nations en matière de faillite*, door DUBOIS, E., Parijs, A. Maresq aîné, 1875, 163 p.; JITA, J., *La codification du droit international de la faillite*, Den Haag, Belfrage frères, 1895, 342 p. en ook THALLER, E., *Des faillites en droit comparé avec une étude sur le règlement des faillites en droit international*, Parijs, A. Rousseau, 1887, 2 v.

Zie meer recent, TRUNK, A., o.c. *supra* noot 2, 463 p.; BOS, T.M., o.c. *supra* noot 19, 422 p.; BERENDS, A.J., *Grensoverschrijdende insolventie*, NIBE-Bankjuridische reeks nr. 37, Amsterdam, 1999; BOGDAN, M., *Internationell Konturs- och Akordsrätt*, Stockholm, Norstedt & Söners, 1984, 438 p.; LUPONE, A., o.c. *supra* noot 9, 309 p.; LAUT, T., *Universalität und Sanktion im internationalen Insolvenzrecht*, Schriften zum Internationalen Recht Bd. 84, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, 267 p.; BLOCHING, M., *Pluralität und Partikularinsolvenz: eine Untersuchung zum deutschen internationalen Insolvenzrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, 355 p.; WOOD, P.R., *Principles of International Insolvency*, London, 1995, 391 p.; SCHLOSSER, P., *Recent developments in transnational insolvency*, Centro di studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straitorio, Saggi, Conferenze e Seminari vol. 25, Roma, 1999, 29 p.; SIEHR, K., "Grundfragen des internationalen Konkursrechts", *Schweiz. Juristenzeitung* 1999, 85 e.v.

⁴⁰ Algemeen over de geschiedenis van de Europese regeling, zie FLETCHER, I.F., o.c. *supra* noot 10, 247-250. Zie reeds BOHLE-STAMMSCHRÄDER, A., *Von einem Konkursabkommen der EWG-Staaten*, 1964.

grondslag voor de inspanningen. In 1970 verscheen een eerste ontwerp.⁴¹ Met de opeenvolgende toetreding van het Verenigd Koninkrijk en Denemarken enerzijds, en van Griekenland anderzijds, moest het ontwerp herzien worden. Dit leidde in 1980 tot een tweede tekst, die in 1984 na een tweede lezing geamendeerd werd.⁴²

⁴¹ Doc. BEG nr. 3.3271/1970 van 16 februari 1970, met Toelichtend Verslag van de heren NOËL en LEMONTEY, Doc. E.Comm. Doc. 16.775/XIV/70-F.

Zie hierover de bijdragen verzameld in *Les problèmes internationaux de la faillite et le marché commun. Actes du colloque international sur l'avant-projet de la convention CEE en matière de faillite, concordats et procédures analogues*, Studie e Pubblicazione della Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale No. 8, Padova, CEDAM, 1971, 304 blz. Zie ook NADELMANN, K.H., "L'avant-projet de Convention du marché commun sur la faillite: les biens situés à l'étranger et les problèmes qu'ils posent", *R.D.I.P.P.* 1970, 501-521; COLESANTI, V., "Unità e Universalità del Fallimento nel progetto di convenzione della C.E.E.", *R.D.I.P.P.* 1970, 522-556; LEMONTEY, J., "Vers un droit européen de la faillite", *I.C.F.D.I.P.*, 1971-1973, 11-35; NOËL, J., "Lignes directrices du projet de convention CEE relative à la faillite", *Rev. trim. dr. eur.* 1975, 159-171; LEMONTEY, J., "Perspectives d'unification du droit dans le projet de la Convention CEE relative à la faillite", *Rev. trim. dr. eur.* 1975, 172-180; NOËL, J. en LEMONTEY, J., "Aperçus sur la projet de convention européenne relative à la faillite, aux concordats et aux procédures analogues", *Rev. trim. dr. eur.* 1968, 703-719; HIRSCH, A., "Vers l'universalité de la faillite au sein du marché commun", *Cahiers Dr. Eur.* 1970, 50-60; COPPENS, P., "L'avant-projet de convention européenne sur la faillite", in *Idees nouvelles dans le droit de la faillite. Travaux de la 4ème journée d'études juridiques Jean Dabin*, Brussel, Bruylant, 1969, 171-183 (met de tekst van het ontwerp op p. 397-433); GANSHOF, L.-F., "L'élaboration d'un droit européen de la faillite dans le cadre de la CEE", *Cahiers dr. eur.* 1971, 146-189; JAHR, G., "Vereinheitliches Internationales Konkursrecht in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Der Vorentwurf eines Übereinkommens über den Konkurs, Vergleich und ähnliche Verfahren", *RechtsZ.* 1972, 620-652 (met tekst van het ontwerp op p. 734-767); GANSHOF, L.-F., *Le droit de la faillite dans les Etats de la Communauté économique européenne*, Brussel, C.I.D.C., 1969, 193-204; WESER, M., "Projet de convention entre les Etats de la CEE relative à la faillite", *B.R.H.*, 1968, 150-159 en 264-274; VAN DER GOUCHT, J., "Projet de convention entre les Etats de la CEE relative à la faillite", *B.R.H.*, 1968, 361-369 en 607-616; HUNTER, M., "The Draft Bankruptcy Convention of the European Economic Communities", *I.C.L.Q.* 1972, 682-698; id., "The Draft EEX Bankruptcy Convention: A Further Examination", *I.C.L.Q.* 1976, 310-328; HILLMAN, W.C., "An American Lawyer Looks at the Common Market Bankruptcy Convention", *Am. Bank L.J.* 1974, 369-376; FLETCHER, I.F., "The Proposed Community Convention on Bankruptcy and Related Matters", *E.L.R.* 1977, 15-33; PASTOR RUDRUEJO, J.A., "La faillite en droit international privé", *Revue des cours* 1971, t. 133, (141), 177-186.

⁴² BEG Doc. III/D/72/80, Ontwerp gepubliceerd in Bulletin van de Europese Gemeenschappen, 1982, Supplement 2, met toelichtend verslag van de heer J. LEMONTEY op p. 45 e.v. Het gewijzigde ontwerp van 1984 is verschenen in KEDEL, G. en THIEME, J., (eds.), *Forschläge und Gutachten zum Entwurf eines EG-Konkursübereinkommens*, Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht Bd. 32, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1988, 417-447, met commentaren van THIEME, J., HANISCH, H., DROBNIG, U. en FLESSNER, A.

Zie over dit ontwerp BEUKENHORST, D.H., "Het ontwerp Europees Faillissementsverdrag. Het ontwerp van Verdrag inzake faillissement, akkoord en andere soortgelijke procedures van 1980", in *Studieboek Prof. Mr. J. Offerhaus*, nr. 14, Deventer, Kluwer, 1983, 117 p.; BEUKENHORST, D.H., "Europese faillissementsprojecten: van kwaad tot erger?", in *Offerhauskring Vijftienvingtig Jaar Offerhaus (1962-1987)*, Deventer, Kluwer, 1987, 15-22; DANIELE, L., *Il fallimento nel diritto internazionale privato e processuale*, Studi e Pubblicazione della RDIPP nr. 28, Padova, Cedam, 1987, 226-311; id., "Les problèmes internationaux de la faillite: heurs et malheurs du projet de Convention communautaire", *Cah. Dr. Eur.* 1987, 512 e.v.; KORTHALS ALTES, A., "Naar een Europees faillissement: een moeizame weg", *N.J.B.* 1984, 546-549; FLETCHER, I.F., "The Draft Convention on Bankruptcy and Related Matters", in FLETCHER, I.F., *Conflict of Laws and European Community Law. With Special Reference to the Community Conventions on Private International Jurisdiction: News from the Common Market and a Reflection for Home Consumption*, *Am. Bkr.* L.J. 1982, 65-73; THIEME, J., "Der Entwurf eines Konkursübereinkommens der EG-Staaten von

Kenmerkend voor deze eerste inspanningen was een doorgedreven universalisme: het in één land uitgesproken faillissement moest in alle andere Lidstaten erkend worden, en de vaststelling van de omvang van de boedel moest voor het gehele gebied van de Lidstaten op uniforme wijze plaatsvinden, op grond van het recht van de staat waar het faillissement was uitgesproken. Voor het bepalen van de gevolgen van het faillissement speelde het recht van het faillissementsforum ook de hoofdrol. De ontwerpen waren echter niet ontdaan van elk territoriaalistische trekjes. Reeds toen werd immers beseft dat onverkort universalisme onhoudbaar was. Het credo van de eenheid en universaliteit van het Europese faillissement werd bijv. doorbroken bij de regeling van bijzondere zekerheden en voorrechten, waarvoor de *lex rei sitae* werd gekozen. Het systeem werd bemoeilijkt door de creatie van onderboedels 'ter berekening' ('*sous masses comptables*'). Op de regeling werden ernstige kritieken geuit, omdat het geheel in de praktijk onhanterbaar dreigde te worden.⁴³ Het herziene ontwerp verdween weldra in de bureauladen ergens in Brussel.⁴⁴

5-9. De draad werd pas opnieuw hernomen nadat de Raad van Europa zelf met een Insolventieconventie naar voren kwam in 1990. Het Istanboel-verdrag van de Raad van Europa,⁴⁵ gaat minder ver dan de vroegere Europese pogingen. Dit verdrag heeft enkel als doel de wederzijdse erkenning van (sommige) bevoegdheden van de curator te bewerkstelligen, nl. de bevoegdheid om in rechte op te treden en om activa van de gefailleerde op te eisen. Het regelt de internationale bevoegdheid slechts onrechtstreeks, wanneer de vraag zich bij de erkenning van een buitenlands faillissement stelt. Het

1980. Überblick und allgemeine Kritik", *RabelsZ.* 1981, 459-499; de bijdragen gebundeld in KECHEL, G. en THIEME, J., (eds.), *Vorschläge und Gutachten zum Entwurf eines EG-Konkursübereinkommens*, Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht Bd. 32, Tübingen, I.C.B. Mohr, 1988, 514 p.; WESSELING, H.C., "Het Ontwerp voor een Europees Faillissementsverdrag", *T.V.V.S.* 1984, 237-244; WINTERMANS, S., "Internationale faillissementen en het ontwerp EEG-faillissementsverdrag", *A.A.* 1983, 131-140.

⁴³ Zie bijv. BEUKENHORST, D.H., *l.c. supra* noot 42. *Offerhauskring Vijftienwintig Jaar*, Deventer, Kluwer, 1987, 17-18 en 20-21 (Volgens BEUKENHORST was het grote struikelblok "dat de ontworpen regeling in de praktijk uiterst moeilijk hanteerbaar zal zijn als gevolg van de noodzaak tot veelvuldige toepassing van vreemd lokaal recht en als gevolg van de regeling van de onderboedels ter berekening, die weer is ingegeven door de voor boedelschulden en algemene voorrechten gekozen compromisoplossing", 20-21). *Adèle OMAR, P.J.*, "The Case for a European Convention in Insolvency", *Int'l Comp. & Comm. L. Rev.* 1996, 163 e.v.

⁴⁴ BEUKENHORST meldt dat de Europese Ministers van Justitie in 1984 de werkgroep die het ontwerp voorbereid had, belast hadden met de bestudering van bepaalde fundamentele beginselen van het faillissementsrecht met het oog op de harmonisatie, een aanvullende opdracht die op een 'encommissiement' van het probleem neerkomt... BEUKENHORST, D.H., *l.c. supra* noot 42, *Offerhauskring Vijftienwintig Jaar*, Deventer, Kluwer, 1987, 22. Zie ook de opmerkingen van deze auteur over het verzet van Duitsland en het Verenigd Koninkrijk tegen het ontwerp op p. 16 en de bijdrage van THIEME, J., "German Attitudes Towards the EC Bankruptcy Convention and the Revised Draft", in *Corporate Bankruptcy and Similar Proceedings*, VOSKUH, C. et al., (eds.), Hague-Zagreb-Ghent Lectures vol. 7, Antwerpen, Maklu, 1989, 109-121.

⁴⁵ European Convention on Certain Aspects of Bankruptcy, voor ondertekening openverklard op 5 juni 1990, *European T.S.* No. 136. Zie hierover de gedetailleerde analyse van FLETCHER, I.F., *o.c. supra* noot 10, 302-322. Verder VALLENS, J.-L., "La Convention du Conseil de l'Europe sur certains aspects internationaux de la faillite", *R.C.D.I.P.* 1993, 136-166; FLETCHER, I.F., "The Istanboel Convention and the Draft ECC Convention", in *Festschrift für H. Hanisch, ADERHOLD, E. et al.* (eds.), Köln, Carl Heymanns Verlag, 1994, 89-107; VOLKEN, P., "L'harmonisation du droit international privé de la faillite", *Recueil des cours* 1991, t. 230, 343-432 en BOS, I.M., *o.c. supra* noot 19, 234-243.

verdrag van Istanboel voorziet tenslotte in de mogelijkheid om 'secundaire' insolventieprocedures te openen, waar de gefailleerde over substantiële bezittingen beschikt.⁴⁶ Hierdoor genieten lokale schuldeisers van het voordeel van een plaatselijke procedure, zonder evenwel te hervallen in een zuiver territoriale aanpak.

In mei 1989 nam de Europese Unie weer het initiatief, toen duidelijk werd dat het verdrag van Istanboel niet ver genoeg ging voor de interne markt. De nieuwe inspanningen werden gedeeltelijk geïnspireerd door de werkzaamheden van de Raad van Europa. De Ministerraad richtte een comité van experts op, onder voorzitterschap van Dr. M. BALZ.⁴⁷ In 1995 werd de tekst van het Europees Insolventieverdrag geboren, en op de Ministerraad op 23 november 1995 voor ondertekening open verklaard.⁴⁸ Nadat

⁴⁶ Art. 21.

⁴⁷ BALZ zelf merkt op hoe weinig orthodox deze procedure was, omdat het initiatiefrecht van de Commissie terzijde geschoven werd (*l.c. supra* noot 22, 494, noot 40). Zie voor een omschrijving van het mandaat van de comité, *id.*, 495.

⁴⁸ European Union Convention on Insolvency Proceedings, voor ondertekening openverklard op 23 november 1995. De tekst is bijv. verschenen in *Z.I.P.*, 1996, 976; *I.L.M.*, 1996, 1223; BERENDS, A.J., *l.c. supra* noot 20, 301-318.

Over dit verdrag verscheen een overvloedige literatuur. Zie o. a.: BALZ, M., "Das Übereinkommen der Europäischen Union über Insolvenzverfahren", *Z.Eu.P.* 1996, 325-331; *id.*, *l.c. supra* noot 22, 485-531; *id.*, "Cross-Border Insolvency and the EU Draft Convention", *Int'l Financial L. Rev.* 1994, 17-19; BERENDS, A.J., "Het verdrag betreffende insolventieprocedures", *N.T.B.R.* 1996, 165-170; *id.*, *l.c. supra* noot 20, 157-301; BEUKENHORST, D.H., "Verscheidenheid in Eenheid. Het Europees Faillissementsverdrag", *S.E.W.* 1997, 90-97; BOGDAN, M., "Les intérêts des consommateurs face à la nouvelle convention CE relative aux procédures d'insolvabilité", *Rev. Eur. Dr. Cons.* 1997, 116-121; BORCH, O., "EU Convention on Insolvency Proceedings: A Major Step Forward", *Int'l Business Lawyer* 1996, 224-228; BOS, I.M., "Een insolventieverdrag voor de Lidstaten van de Europese Unie?", *T.V.V.S.* 1996, 246-250; BURTON, L.A., "Towards an International Bankruptcy Policy in Europe: Four Decades in Search of a Treaty", *Annual Survey of Int'l & Comp. L.* 1999, 204-237; DALRUSSON, J.H., "Het ontwerp EU-faillissementsverdrag", *N.T.B.R.* 1996, 170-176; DORDI, C., "La convenzione dell'unione europea sulle procedure di insolvenza", *R.D.I.P.P.* 1997, 332-366; FLETCHER, I., "The EU Convention on Insolvency Proceedings: An Overview and Comment, with U.S. Interest in Mind", *Brooklyn J. Int'l Law* 1997, 25-55; *id.*, "The EU Convention on Insolvency Proceedings: Choice-of-Law Provisions", *Texas Int'l L. J.* 1998, 119-140; IDOT, L., "La faillite dans la Communauté européenne: enfin une convention internationale?", *D.P.C.I.* 1995, 34-56; JOHNSON, G.W., "The European Union Convention on Insolvency Proceedings: A Critique of the Convention's Corporate Rescue Paradigm", *Int'l Insolvency R.* 1996, 80; KAYSER, N., "A Study of the European Convention on Insolvency Proceedings", *Ann. Dr. Luxembourgais* 1997, 237-305; LUPONE, A., "La convenzione comunitaria sulle procedure di insolvenza e la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato", *Contratto e Impresa/Europa*, 1999, 429 e.v.; MCKENZIE, D., "The EC Convention on Insolvency Proceedings", *Eur. Rev. Private L.* 1996, 181-200; LÜKE, W., "Das europäische internationale Insolvenzrecht", *Z.Z.P. Int.* 1998, 275-314; OMAR, P., "Jurisdiction in the European Insolvency Convention: A Practical Problem", *Int'l Comp. & Comm. L. R.* 1999, 225 e.v.; PEREZUTTO, S., "Le créancier et la 'faillite européenne': commentaire de la Convention des Communautés européennes relative aux procédures d'insolvabilité", *J.D.I.* 1997, 757-782; SCHOLLMAYER, E., "The New European Convention on International Insolvency", *Bankr. Developments J.* 1997, 421-442; SEGAL, N., "The Choice of Law Provisions in the EU Convention on Insolvency Proceedings", *Brooklyn J. Int'l Law* 1997, 57-74; STRUB, A., "Das Europäische Konkursübereinkommen", *Eu.Z.W.* 1996, 71-74; *id.*, "Le marché unique des procédures d'insolvabilité entre l'universalité et la territorialité", *Rev. Marché Commun* 1995, 127-131; TAUPITZ, J., *l.c. supra* noot 19, 315-350; VALLENS, J.-L., "Le droit européen de la faillite: premiers commentaires de la convention relative aux procédures d'insolvabilité", *Dalloz* 1995, Chron., 307-310; VAN ZUTPHEN, R.F.B., "Lidstaten van de Europese Unie parafieren Faillissementsverdrag", *N.T.E.R.* 1995, 280-284; VIRGOS, M., *l.c. supra* noot 19, 66 p.; VANLERSBERGHE, P., "Europeesrechtelijke regeling inzake faillissementen. Het verdrag betreffende insolventieprocedures

het door 14 van de 15 Lidstaten ook dadelijk ondertekend werd, werd het Verdrag het slachtoffer van de gevolgen van de gekke koctien-ziekte, alsook van de eeuwige betwisting tussen Spanje en het Verenigd Koninkrijk over het lot van Gibraltar en de eventuele toepassing van het verdrag op dit grondgebied, met als gevolg de weigering van het Verenigd Koninkrijk om verder deel te nemen aan de Europese besluitvormingsprocedure.⁴⁹ De uiterste datum voor ondertekening (23 mei 1996) verstreek zonder actie vanwege het Verenigd Koninkrijk.⁵⁰

5-10. Uiteindelijk werd de Europese insolventieregeling gered door de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam. Het nieuwe artikel 65 EG-verdrag geeft aan de Unie verregaande bevoegdheden in de materie van het civielrechtelijk rechtsverkeer.⁵¹ Kort na de inwerkingtreding van het Verdrag namen Duitsland en Finland het initiatief om een verordening voor te stellen die de regels van het Insolventieverdrag overneemt.^{52,53}

van 23 november 1995", in *Failissement en gerechtelijk akkoord*, BYTTEBER, K. en FELTKAMP, R.R., (eds.), Antwerpen, Maklu, 1998, 161-194; VRIESENDRE, R.D., "Grensoverschrijdende insolventie in Europa", in *Het actuele recht 2. Tilburgse commentaren*, Lelystad, Vermande, 1995, 61-66. Zie ook de commentaar van WATRÉ, N. en MARQUETTE, V., T.B.H., 2001, te verschijnen en ENDEMÜLLER, "Das internationale Insolvenzrecht nach der neuen EG-Insolvenz-Verordnung", *IPRax* 2001, te verschijnen.

⁴⁹ Voor meer details, FLETCHER, I.F., o.c. *supra* noot 10, 298-300.

⁵⁰ Zie nochtans het positief verslag van de House of Lords Select Committee on the European Communities, Session 1995-96, 7th Report, 26 maart 1996 (beschikbaar op www.parliament.the-stationery-office.co.uk) (de Lords waren positief over het verdrag, doch bedreunden het ontbreken van een definitieve versie van het Toelichtend Rapport).

⁵¹ Zie algemeen de bijdrage van H. VAN HOUTTE in dit werk. *Adde BOELE-WOELKI, K.*, "De toekomst van het ipr na het Verdrag van Amsterdam", in *Privatrecht en Gros: Opstellen aangeboden aan prof. Mr. F. Willem Grosheide*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 355-375; ISRAEL, J., "Conflicts of Law and the EC after Amsterdam. A Change for Worse?", *Maasricht J. Eur. Comp. L.* 2000, 81-99; BETLEM, G. en HONDUS, E., "Europees Privaatrecht na Amsterdam", *N.J.B.* 1999, 1137-1147; HEBB, B., "Die 'Europäisierung' des internationalen Zivilprozessrechts durch den Amsterdamer Vertrag - Chancen und Gefahren", *N.J.W.* 2000, 23-32; KOHLER, CH., "Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam", *R.C.D.I.P.* 1999, 1-30; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "La evolución del derecho internacional privado comunitario en el tratado de Amsterdam", *Revista Española de Derecho Internacional* 1998, 373-376; SCHACK, H., "Die EG-Kommission auf dem Holzweg von Amsterdam", *Z.Ex.P.* 1999, 805-808; MEEUSEN, J., "Drie EG-Verordeningen over internationaal privaatrecht: het 'nieuwe' communautaire internationaal privaatrecht krijgt vorm", *R.W.* 2000, 284-286; BASEDOW, J., "The Communautarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam", *C.M.L. Rev.* 2000, 687-708.

⁵² Voorstel van 26 mei 1999 van Duitsland en Finland voor een verordening over de grensoverschrijdende aspecten van de insolventie, *Pb.* C 221, 3 augustus 1999, 8. Uit dit initiatief blijkt trouwens het bijzonder karakter van art. 65, dat voor een eerste periode van 5 jaar het initiatiefrecht ook aan de Lidstaten geeft.

⁵³ Zie ook het antwoord van de Commissie op de vraag nr. E-3450/97 van 31 oktober 1997 van Euro-Parlementslid A. MAC CARTNEY, waarin de Commissie laat weten dat het desnoods bereid is om "na te gaan of een wetsvoorstel nodig is teneinde de maatregelen die in het Verdrag van 1995 zijn opgenomen, ten uitvoer te leggen" (*Pb.*, C 223, 17 juli 1998, 2). Zie verder het verslag opgesteld door K. MALANGRÉ voor het Committee on Legal Affairs and Citizens' Rights van het Europees Parlement, 23 april 1999, Doc. PE 228.795 (beschikbaar op www.europarl.eu/committees/), waaruit blijkt dat het Parlement herhaaldelijk bij de Commissie aangedrongen heeft om een oplossing te vinden voor de paalstelling die uit de positie van het Verenigd Koninkrijk voortvloede.

Op 31 mei 2000 werd de verordening goedgekeurd.⁵⁴ Het treedt in werking op 31 mei 2002.⁵⁵

De vraag of artikel 65 een voldoende grondslag biedt voor een regeling van grensoverschrijdende insolventies wordt in deze bijdrage niet verder onderzocht.⁵⁶ Een gevolg van de 'communautarisering' van de insolventieregeling is het verdwijnen van het toelichtend verslag. Zoals reeds het geval was met het EEX-Verdrag werd voor het Insolventieverdrag ook een omstandig verslag opgesteld, dit keer door de heren VIRGÓS en SCHMIT.⁵⁷ Dit verslag vormt de neerslag van de besprekingen van de deskundigen. Traditioneel spelen de verslagen, en in het bijzonder de verslagen van JENARD en SCHLOSSER voor het EEX-Verdrag, een grote rol bij de interpretatie van de verdragsbepalingen.⁵⁸ Europese verordeningen komen niet met een toelichtend verslag. Het ziet er dus naar uit dat het Verslag van VIRGÓS en SCHMIT, dat nooit officieel gepubliceerd is geweest en waarvan er verschillende versies circuleren,⁵⁹ nooit het daglicht zal zien - tenzij als bijlage bij het nog te onderhandelen verdrag tussen de EU en Denemarken (zie verder nr. 27). Enkele elementen van het verslag werden in de - erg lange - Preambule van de verordening verwerkt. Dat het Rapport met de communautarisering 'verdwenen' is, moet betreurd worden. Het bevat talrijke aanwijzingen en preciseringen die voor de interpretatie van de nieuwe regeling waardevol zijn.⁶⁰

De communautarisering van het internationaal privaatrecht heeft ook vragen doen rijzen voor het optreden van de Unie in het internationaal rechtsverkeer. Het is niet duidelijk of de overdracht van bevoegdheden aan de Unie op het vlak van de 'samenwerking in burgerlijke en handelszaken' ook impliceert dat de Lidstaten afstand hebben gemaakt

⁵⁴ *Pb.*, L 160, 30 juni 2000, 1.

⁵⁵ Art. 47. Ondertussen heeft de Nederlandse rechtspraak reeds meermaals inspiratie gevonden in de bepalingen van het verdrag, zie bijv. H.R., 24 okt. 1997, *R. vdw.* 1997, 208; *J.O.R.* 1997, 146; noot H. VERHAEGEN en de opmerkingen van VEEDEER, P.M., "The Operation of Security Rights in the Context of International Insolvency", in *Netherlands Reports to the 15th International Congress of Comparative Law*, HONDUS, E., (ed.), Antwerpen, Intersentia, 1998, (163), 165-166; Rb. Harlem, 19 sept. 1996, *N.I.P.R.*, 1996, nr. 438 (rechtbank verwijst naar het Insolventieverdrag ter bevestiging van het feit dat de faillissementspauliana aan het EEX-Verdrag ontsnapt).

⁵⁶ Zie hierover ISRAEL, J., *l.c. supra* noot 51, 97-99 (de auteur twijfelt of artikel 65 een voldoende basis biedt voor de Insolventieverordening, omdat deze bepaling in eerste instantie het vrij verkeer van personen beoogt). Zie verder BASEDOW, J., *l.c. supra* noot 51, 696-699.

De in de Preambule aangehaalde motivering is bijzonder summier, de Raad beperkt er zich toe te noteren dat "Voor de goede werking van de interne markt zijn efficiënte en doeltreffende grensoverschrijdende insolventieprocedures nodig. Ter verwezenlijking van dat doel dient deze verordening te worden vastgesteld. Dit doel valt onder de samenwerking in burgerlijke zaken in de zin van artikel 65 van het Verdrag" (overweging nr. 2).

⁵⁷ Rapport bij het Verdrag betreffende insolventieprocedures opgesteld door heren VIRGÓS, M. en SCHMIT, E., Document 6500/95, niet gepubliceerd (hierna Toelichtend Rapport).

⁵⁸ Zie verder de bijdrage van K. VANDEKERCKHOVE in dit boek.

⁵⁹ Een versie is verschenen in STOLL, H., (ed.), o.c. *supra* noot 14, 32-134.

⁶⁰ Kenmerkend is dat Dr. M. BALZ, voorzitter van de deskundigengroep, op talrijke plaatsen in zijn uitstekende bijdrage in het *Am. Bankr. L. J.* (*l.c. supra* noot 22), bepaalde vragen verduidelijkt aan de hand van elementen waarvan hij preciezer dat ze later in het toelichtend verslag opgenomen zullen worden (bijv. voetnoot nr. 64 op blz. 501). In deze bijdrage zal vaak verwezen worden naar het Toelichtend Rapport. Zie ook de opmerking in het verslag van de House of Lords (o.c. *supra* noot nr. 50, 16, nr. 40) luidens welke "[l]ijkt er no doubt about the importance of the Explanatory Report, at least in the early life of the Convention".

van hun bevoegdheid om met derde Staten afspraken te maken.⁶¹ Dit kan belangrijke gevolgen hebben, in het bijzonder voor de werkzaamheden van de Haagse Conferentie voor het Internationaal Privaatrecht. Bij de toetstandkoming van de Insolventieverordening heeft de Raad uitdrukkelijk erkend dat de Verordening "er niet aan in de weg [staat] dat een Lidstaat overeenkomsten sluit met niet-Lidstaten die hetzelfde onderwerp bestrijken als deze verordening, wanneer de desbetreffende overeenkomsten deze verordening niet aantasten".⁶² Hiermee wordt erkend dat een eventuele externe bevoegdheid van de Unie geen exclusief karakter heeft.⁶³

Voor de (eenvormige) interpretatie van de verordening staat het Hof van Justitie garant. Vermits de verordening een zuiver communautair instrument is, was het niet nodig om een bijzondere regeling te voorzien om het Hof interpretatiebevoegdheid toe te kennen.⁶⁴ Zoals voor de rest van Titel IV geldt echter de gewone prejudiciële procedure (art. 234, oud 177 EG-verdrag) niet. Artikel 68 EG-verdrag kent het recht om een prejudiciële vraag te stellen slechts aan de instanties die in laatste aanleg zetelen.⁶⁵ De beperking van de toegang tot het Hof kan betreurd worden nu het Toelichtend Rapport wellicht ongepubliceerd zal blijven. De taak van de feitenrechters wordt hierdoor zeker niet eenvoudiger.⁶⁶ Anderzijds is de lengte van een prejudiciële procedure moeilijk verzoenbaar met de snelheid waarmee faillissementen dienen te worden behandeld. Oplettendheid is bijgevolg essentieel om te vermijden dat uiteenlopende interpretaties van bepaalde begrippen, zoals bijv. de 'vestiging', zouden ontstaan.

II. DE EUROPESE INSOLVENTIEVERORDENING IN BELGIË

5-11. De Europese Insolventieverordening treedt in werking op 31 mei 2002. Wat is het gevolg van deze inwerkingtreding voor de Belgische regeling van internationale faillissementen?

Het Belgische internationaal insolventierecht is grotendeels rechtersrecht. De oude Faillissementswet van 1851 bevatte geen specifieke bepaling voor grensoverschrijdende insolventies. Bij de herziening van de wet in 1997 beperkte de wetgever zich ertoe in de Nieuwe Faillissementswet één bepaling te voorzien die deze problematiek beoogt te regelen. Artikel 3 Nieuwe Faill. W. voerde een nieuwe bevoegdheidsregel in, die de Belgische rechtbanken de mogelijkheid geeft om het faillissement uit te spreken van een in België gelegen "vestiging", op voorwaarde dat het bestuurcentrum van de schuldenaar in een andere Lidstaat gelegen is. Deze bepaling precificeert verder dat de aldus geopende procedure een territoriaal karakter heeft, d.w.z. dat de gevolgen hiervan zich tot de activa op het Belgisch grondgebied beperken. Met deze (gevoelige) uitbreiding

van de internationale bevoegdheid van de Belgische rechtbanken,⁶⁷ beoogde de wetgever te anticiperen op de komende Europese regeling. Daarom besloot de wetgever ook dat artikel 3 slechts in werking kon treden wanneer het Insolventieverdrag zelf van kracht werd.⁶⁸

Ondertussen heeft het verdrag echter plaatsgemaakt voor een verordening. Hierdoor kan artikel 3 niet meer in werking treden aangezien het verdrag waaraan het gekoppeld is, zelf naar de prullenmand verwezen is. Bovendien is er geen behoefte aan enige omzetting van de Insolventieverordening. Een verordening is immers in al haar onderdelen rechtstreeks toepasselijk in elke Lidstaat (art. 189, lid 2 EG-Verdrag). Dit brengt mede dat de verordening automatisch tot de (hoogste) normen van de interne rechtsorde van de Lidstaat behoort, zonder dat daartoe enige omzetting in nationaal recht nodig is.⁶⁹ Sterker nog, het is de Lidstaten in principe verboden om enige stap te ondernemen met het oog op een eventuele omzetting.

Na de inwerkingtreding van de verordening zal de bevoegdheid van de Belgische rechtbanken voor faillissementen met Europese gevolgen aldus rechtstreeks geregeld worden door de bepalingen van de verordening. Artikel 3, dat geen verdere ambitie heeft dan een regeling te bieden voor de Europese insolventies, verliest op 31 mei 2002 zijn *raison d'être*.⁷⁰

5-12. Misschien krijgt het verdrag alsnog een tweede leven, om Denemarken, dat geen deel neemt aan de besluitvorming onder art. 65 EG-verdrag, toch op dezelfde golftegen te houden als de overige Lidstaten (zie verder nr. 5-27). Zelfs in dit geval echter zal wellicht een nieuw verdrag gesloten worden, aangezien het verdrag van 23 november 1995 juridisch-technisch niet meer in werking kan treden. Samenvattend staat het vast dat artikel 3 een maat voor niets is geweest. Het kan beter afgeschaft worden bij een volgende reparatiewet of bij het totstandkomen van het toekomstige IPR-wetboek (zie infra nr. 5-29).

III. VERHOUDING TOT ANDERE REGELINGEN

A. Bilaterale verdragen

5-13. De Lidstaten hebben al lang het nut begrepen van internationale verdragen voor de afwikkeling van grensoverschrijdende insolventies. Uit de opsomming in art. 44 blijkt dat de Lidstaten 11 bilaterale verdragen gesloten hadden, die voor internationale

⁶⁷ Zie DE WULF, H. en WAUTELET, P., "Aspecten van internationaal privaatrecht", in *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord. Het nieuwe recht*, DIRIX, E. et al (eds.), Antwerpen, Kluwer, 1998, 146 e.v. en WAUTELET, P., "Artikel 3", in *Artikelsgewijze Commentaar Handels- en Economisch Recht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1999, alsook BOS, T.M., o.c. *supra* noot 19, 104-111.

⁶⁸ Art. 150, lid 2 Faill. W. Zie verder over artikel 3, VEROUGSTRAETE, I. et al., *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer, Brussel, 1998, 628-629, nr. 1116.

⁶⁹ Bijv. LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *Europees recht in hoofdlijnen*, 2de ed., Antwerpen, Maklu, 1999, 554-555.

⁷⁰ In die zin ook CLAEYS, M., "De bevoegdheidsregels voor de internationale faillietverklaring naar huidig en toekomstig recht", *T.B.H.* 1997, (501) 509, nr. 22 (volgens CLAEYS is de invoering van artikel 3 "niet relevant" omdat de Europese regels steeds primieren op de bepalingen van de Faillissementswet). Zie ook BOS, T.M., o.c. *supra* noot 19, 292.

⁶¹ Algemeen, BASEDOW, J., *l.c. supra* noot 51, 703-705 (BASEDOW meent dat art. 65 impliciet de bevoegdheid aan de Unie toekent om extern op te treden).

⁶² Verklaring van de Raad, *Pb. C* 183, 30 juni 2000, I.

⁶³ Zie ook arts. 44(3)(a) en (b) van de Verordening, waarin voorbehoud wordt gemaakt voor de door de Lidstaten vóór de inwerkingtreding van de Verordening gesloten verdragen.

⁶⁴ *Vgl.* arts. 43-45 Insolventieverdrag.

⁶⁵ Zie algemeen BASEDOW, J., *l.c. supra* noot 51, 695; ISRAËL, J., *l.c. supra* noot 51, 84-85.

⁶⁶ Zie ook BASEDOW, J., *l.c. supra* noot 51, 695 (volgens wie "many landmark decisions of the ECJ have in fact been initiated by inferior courts, and it would therefore be very unwise to keep the right of reference limited as laid down in Article 68").

insolventies relevant waren.⁷¹ België was partij bij niet minder dan 4 verdragen, hetgeen aantoonbaar hoe bijzonder actief het Koninkrijk was tot de jaren 1970.⁷² De Insolventieverordening vervangt deze verdragen voor de verhoudingen tussen de Lidstaten. Ook het oude Scandinavische verdrag van 7 november 1933 verdwijnt, ten minste voor de verhoudingen tussen Finland en Zweden.⁷³ Tenslotte vermeldt artikel 44(1)(k) dat de verordening op het verdrag van Istanboel primeert, hetgeen overbodig is aangezien dit laatste verdrag preciseerd dat communautaire regels voorrang tussen de Lidstaten hebben.⁷⁴

De bilaterale verdragen blijven logischerwijze van toepassing voor aangelegenheden die niet onder de Insolventieverordening vallen. Dit is bijv. het geval wanneer het centrum van de voornaamste belangen van de gefailleerde (zie verder nr. 5-33) buiten de Europese Unie gevestigd is. Indien een Zwitserse onderneming met vestigingen in Frankrijk en België failliet verklaard wordt, kan het Frans-Belgisch verdrag ingeroepen worden t.a.v. eventuele vragen m.b.t. de faillietverklaring van de vestigingen. Al bij al blijft er voor de bilaterale verdragen slechts een marginale rol over. Blijft nog de vraag wat de invloed is van de Insolventieverordening op het EEX-Verdrag.⁷⁵

B. Verhouding tussen de Insolventieverordening en het EEX-Verdrag

5-14. De Insolventieverordening vormt de al 30 jaar beloofde aanvulling op het EEX-Verdrag (nu verordening). Faillissementen, akkoorden en soortgelijke procedures zijn van het toepassingsgebied van dit verdrag uitgesloten.⁷⁶ De vraag rijst naar de precieze

afbakening tussen de twee regelingen. Het volstaat zeker niet te stellen dat 'alles wat met insolventie te maken heeft' buiten het EEX-Verdrag en onder de Insolventieverordening valt.

Voor de bepaling van de scheidslijnen tussen de verordening en het EEX-Verdrag biedt de verordening slechts enkele aanwijzingen.⁷⁷ Enkele bepalingen van de verordening bevestigen dat vorderingen die de 'kern' van de insolventieprocedure betreffen, aan het EEX-Verdrag ontsnappen. Dit geldt in eerste instantie voor de beslissing tot opening van het faillissement, waarvoor de verordening bijzondere bevoegdheidsregels (art. 3, zie verder nrs. 5-33 e.v.), alsmede een regeling voor de erkenning (art. 16) voorziet. Het is duidelijk dat dergelijke beslissingen – ze worden in bijlagen A en B limitatief opgesomd – tot het faillissement behoren. Ook de beslissingen "inzake het verloop en de beëindiging van een insolventieprocedure", waarvoor artikel 25(1) een bijzondere erkenningsregeling voorziet (zie verder nrs. 5-46 e.v.), kunnen geacht worden tot het faillissement te behoren.

5-15. Verdere aanwijzingen verschaft de verordening niet. In artikel 25 worden twee categorieën beslissingen onderscheiden, te weten de beslissingen "die rechtstreeks voortvloeien uit de insolventieprocedure en daar nauw op aansluiten [...]" en een restcategorie. Daar waar de erkenning van de eerste beslissingen door de insolventieverordening geregeld wordt (zie verder nrs. 5-46 e.v.), wordt voor de overige beslissingen een beroep gedaan op de regeling van het EEX-Verdrag, "voorzover dat Verdrag van toepassing is".

Het Toelichtend Rapport geeft toe dat de omschrijving van de eerste categorie rechtstreeks ontleend is aan de door het Hof van Justitie gegeven definitie van de categorie "faillissementen, enz." in het EEX-Verdrag.⁷⁸ De verordening is m.a.w. van toepassing op alle vorderingen die van het toepassingsgebied van het EEX-Verdrag uitgesloten zijn.... Het probleem is echter dat de omschrijving van dit toepassingsgebied op één enkele beslissing van het Hof van Justitie berust, die ruimte voor twijfels laat.⁷⁹ Misschien is het zo dat de twee regelingen op elkaar naadloos aansluiten, hetgeen de

⁷¹ BOS bespreekt uitvoerig een aantal van deze verdragen, zie BOS, T.M., o.c. *supra* noot 19, 155-214.

⁷² Overeenkomst tussen België en Frankrijk betreffende de rechterlijke bevoegdheid, het gezag en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen, van scheidsrechtelijke uitspraken en van authentieke akten, gesloten te Parijs op 8 juli 1899, Wet 31 maart 1900, (B.S., 30-31 juli 1900); Verdrag tussen Nederland en België betreffende de rechterlijke bevoegdheid, het gezag en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen, van scheidsrechtelijke uitspraken en van authentieke akten, gesloten te Brussel op 28 maart 1925, Wet 16 augustus 1926 (B.S., 27 juli 1929) (over dit verdrag zie: WATTÉ, N., "La faillite internationale : quelques observations sur l'application du Traité néerlandais-belge du 28 mars 1925 et l'interprétation de la 'lex concursus' étrangère", *noot onder Cass.*, 12 jan. 1990, R.C.J.B., 1993, 454-485); Verdrag inzake faillissement, akkoord en uitstel van betaling tussen België en Oostenrijk, getekend te Brussel op 16 juli 1969 (met aanvullend Protocol van 13 juni 1973), Wet 15 april 1975 (B.S., 24 juli 1975); Verdrag tussen België en het Verenigd Koninkrijk betreffende de wederzijdse tenuitvoerlegging van vonnissen, gesloten te Brussel op 2 mei 1934, Wet 4 mei 1936 (B.S., 27 nov. 1936), in het bijz. art. 4(2)(c).

⁷³ Zie over dit verdrag, BOGDAN, M., "The Nordic Bankruptcy Convention : A Healthy Sexagenarian ?", in *Comparability and Evaluation : Essays on Comparative Private International Law and International Commercial Arbitration in Honour of Dimitra Kokkini-Iaridou*, BOELE-WOELKI, K., (ed.), Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, 27-36; BOGDAN, M., "The Nordic Bankruptcy Convention", in *Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law*, ZIEGEL, J.S., (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1994, 701-708; FLETCHER, L.F., o.c. *supra* noot 10, 237-245; SVENSSON, L.-O., "Inter-Nordic Insolvency Convention", *Int'l Business Lawyer* 1996, 225-228.

⁷⁴ Art. 38 § 2. En er bovendien weinig kans bestaat dat het verdrag van Istanboel ooit in werking zal treden.

⁷⁵ Ook dit verdrag wordt in een verordening omgezet. Om verzwaring met de Insolventieverordening te vermijden, wordt in deze bijdrage naar het 'EEX-Verdrag' verwezen.

⁷⁶ De Engelse tekst van het EEX-Verdrag viseert slechts de 'proceedings relating to the winding-up of insolvent companies'. Vermoensschappen zijn naar Engels recht niet onderworpen aan de Bankruptcy Act. Voor hen geldt de vereffening georganiseerd door de Companies Act. Het is de insolventie, en niet de aard van de procedure die daarop volgt, die voor de uitsluiting beslissend is. Bijgevolg moet

de rechter eerst nagaan of de 'winding up' in feite een solvabele of insolvabele onderneming betreft. Alleen in het tweede geval vindt het EEX-Verdrag geen toepassing. In het eerste geval speelt artikel 16,2 EEX. Zie het Schlosser Rapport, 90-92, nrs. 55-58. Zie ook BRIGGS, A. en REES, P., *Civil Jurisdiction and Judgments*, 2de uitg., Londen, LLP, 1997, 33, nr. 2.25.

⁷⁷ Een algemene aanwijzing wordt in artikel 4 van de verordening gevonden. Deze bepaling somt een aantal aangelegenheden op waarop de *lex concursus* toepassing vindt. Daaruit kan het vermoeden worden afgeleid dat deze vragen (o.a. welke schuldenaars failliet kunnen worden verklaard, welk deel van het vermogen van de schuldenaar tot de boedel behoort, welke de respectieve bevoegdheden van schuldenaar en curator zijn, enz.) aan het EEX-Verdrag ontsnappen.

⁷⁸ Toelichtend Rapport, § 77 en § 195. Zie ook BERENDS, A.J., *l.c. supra* noot 20, 195-196.

⁷⁹ Paradoxaal was het Hof van Justitie in de zaak *Gourdain* vooral bezorgd om niet vooruit te lopen op de toekomstige insolventieregeling en deze regeling niet te hypothekeren door een te ruime omschrijving van het toepassingsgebied van het EEX-Verdrag... Zie hierover LÜKE, W., "Europäisches Zivilverfahrensrecht – das Problem der Abstimmung zwischen EUnSÜ und EuGVÜ", in *Wege zur Globalisierung des Rechts. Festschrift für R. A. Schütze zum 65. Geburtstag*, GEMMER, R., (ed.), München, Beck, 1999, (467), 472.

bedoeling van de opstellers was.⁸⁰ Waar ze elkaar precies ontmoeten, kan echter niet duidelijk worden gepreciseerd. Dit probleem hangt samen met de moeilijkheid om de *vis attractiva concursus* te definiëren.⁸¹ Het resultaat is echter een zekere "onvoorspelbaarheid" in de afbakening.⁸²

5-16. Voor een goed begrip van de verhoudingen tussen de twee teksten is een gedetailleerde omschrijving van de categorie "faillissementen, akkoorden en soortgelijke procedure" van artikel 1 EEX-Verdrag aldus noodzakelijk.⁸³ Volgens het Hof van Justitie dient deze categorie *autonom* te worden uitgelegd.⁸⁴ Vallen hieronder 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".⁸⁵

Aansluitend op het Jenard Rapport,⁸⁶ heeft het Hof in de zaak *Gourdain* verder beslist dat niet alle uit een als dusdanig gedefinieerd faillissement voortvloeiende vorderingen buiten het toepassingsgebied van het EEX-Verdrag vallen.⁸⁷ In casu ging het om een rechtsvordering die naar Frans recht tegen de feitelijke bestuurder van de gefailleerde rechtspersoon werd ingesteld om hem te veroordelen een deel van de schulden van de vennootschap te dragen wegens gebrekkige leiding van het bedrijf (*action en comblement pour insuffisance d'actif*).⁸⁸ De Franse curator had in Frankrijk een beslissing

⁸⁰ Volgens het Toelichtend Rapport bestaan er geen leemten tussen de twee regelingen, § 191. In dezelfde zin, BALZ, M., *l.c. supra* noot 22, 518 ("One purpose of the [Insolvency] Convention was to close the recognition and enforcement gap left by the Brussels Convention").

⁸¹ In die zin, SMART, P. St., "Insolvency Proceedings and the Jurisdiction and Judgments Act 1982", *Civil Justice Quarterly* 1998, (149), 162 ("[...] a rigid and complete separation between civil proceedings and insolvency proceedings cannot always be maintained").

⁸² Volgens de woorden van Bos, T.M., "De Europese Insolventieverordening", *N.T.E.R.* 2000, (295), 298. Zie ook van dezelfde auteur, *o.c.*, noot 19, nr. 10.3.1 (BOS vreesde de invloed van nationale opvattingen over de definitie van het begrip "faillissementsaanleggen").

⁸³ Het volgende wordt deels gebaseerd op mijn bespreking van artikel 1 EEX-Verdrag, verschenen in *Aritkelgewijze Commentaar Gerechtelijk Recht*, Brussel, Kluwer Rechtswetenschappen, 1999, losbladig.

⁸⁴ H.v.J., 22 februari 1979, *Gourdain t. Nadler*, zaak 133/78, *Jur. H.v.J.*, 1979, 743, r.o. 3.

⁸⁵ *Ibid.*, 744, r.o. 4.

⁸⁶ Jenard Rapport, 12 (volgens wie "de verschillen welke verband houden met een faillissement zijn [...] niet noodzakelijk van de werking van het verdrag uitgesloten. Uitgesloten zijn slechts die procedures die rechtstreeks uit het faillissement voortvloeien [...]").

⁸⁷ H.v.J., *Gourdain*, *Jur. H.v.J.*, 1979, 744, r.o. 4. Zie de verwijzende beslissing van het OLG Frankfurt, *R.I.W.*, 1978, 195, met de commentaren van SCHÜTZE, R., 765 e.v. Voor een scherpe kritiek op dit uitspraak, zie LÜKE, W., *l.c. supra* noot 79, 472-478 (de auteur betwist de methodologie van het Hof, alsook enkele door zijn weerhouden criteria).

⁸⁸ Artikel 99 van de wet nr. 67-563 van 1967 m.b.t. "le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes". De wet is in 1985 veranderd, zie art. 180 van de wet nr. 85-95 m.b.t. "le redressement et la liquidation judiciaire".

LÜKE wijst erop dat sedert de hervorming van de *action en comblement de passif* in 1985, een aantal van de volgens het Hof beslissende kenmerken van deze vordering veranderd zijn. Zo komt de vordering niet meer ten behoeve van de boedel, maar van het vermogen van de vennootschap. Bovendien heeft de curator zijn exclusief initiatiefrecht verloren. Daarom twijfelt LÜKE eraan dat een vordering nieuwe stijl nog steeds buiten het EEX-Verdrag zou vallen, zie LÜKE, W., *l.c. supra* noot 79, 476-477. Volgens hem behoort de vordering zoals ze nu geregeld is meer tot het vennootschapsdan tot het insolventierecht. *Vgl.* OLG Hamm, 26 februari 1994, *R.I.W.* 1994, 62 (vordering onder de nieuwe wet valt buiten het EEX-Verdrag).

gegrepen waarbij de bestuurder van een faillietverklarde S.A.R.L., dochter van een Duitse vennootschap, veroordeeld werd. Bij het exequatur van deze beslissing in Duitsland rees de vraag of de curator zich op het vereenvoudigde exequaturregime van het EEX-Verdrag kon beroepen. Het Hof oordeelde dat de uitsluiting alleen slaat op de vorderingen die hun rechtsgrondslag *uitsluitend* in het faillissementsrecht vinden. Doorslaggevend is aldus de aard van de rechtsvordering en van de toe te passen regels. De Franse *action en comblement de passif* vertoont de volgende kenmerken, die de toepassing van het EEX-Verdrag volgens het Hof onmogelijk maakten: de vordering is in de Franse faillissementswet geregeld, wordt bij uitsluiting voor de rechter ingesteld die het faillissement uitgesproken heeft,⁸⁹ en uitsluitend op initiatief van de curator. De vordering komt ten behoeve van de boedel en niet van individuele schuldeisers. Tenslotte wijkt het af van de algemene aansprakelijkheidsregels.⁹⁰

Het is dus niet voldoende dat de rechtsvordering alleen maar beïnvloed wordt door een insolventieprocedure. Een goede, doch geen doorslaggevende aanwijzing is de vraag of de rechter die het faillissement uitspreekt, volgens zijn intern recht ook voor de betrokken vordering bij uitsluiting bevoegd is. De aantrekkingskracht van de faillissementsrechter betekent immers doorgaans dat de vordering bijzonder nauw met de faillissementsprocedure verbonden is.⁹¹ Dit zijn de algemene regels. Blijft nog de vraag op welke vorderingen het EEX-Verdrag concreet van toepassing is. Hierna worden enkele type-situaties onderzocht, zonder exhaustief te zijn.⁹²

5-17. De Insolventieverordening is in de eerste plaats niet van toepassing op minnelijke akkoorden tussen partijen die de tussenkomst van de rechter niet vereisen.⁹³ Ook de vorderingen die uit de (niet-georganiseerde) onvermogenheid van een niet-handelaar voortvloeien (*déconfiture civile*), vallen onder het EEX-Verdrag.⁹⁴ Tenslotte is dit

⁸⁹ Volgens LÜKE is dit "ein rein formeler Gesichtspunkt" dat niet beslissend is voor de vraag of een vordering tot het faillissementsrecht behoort (LÜKE, W., *l.c. supra* noot 79, 477).

⁹⁰ *Jur. H.v.J.*, 1979, 744, r.o. 5. Na het arrest van het Hof werd de vordering van de Franse curatoren tot tenuitvoerlegging van de litigieuze beslissing afgewezen: BGH, 16 mei 1979, *IPRspr.* 1979, nr. 199.

⁹¹ Zie voor België artikel 574-2° Ger.W.

⁹² Zie algemeen DUINTJER TEBBENS, H., "Het toepassingsgebied van de verdragen van Brussel en Lugano naar onderwerp, tijd en ruimte" in *Europese IPR-verdragen*, VAN HOUTTE, H. en PEREGAS SENDER, M., (eds.), Leuven, Acco, 1997, (24), 28, nr. 1.11; BEUKENHORSK, D.H., "Overzicht van rechtspraak. Internationaal privaatrecht (1990-93). Internationaal faillissementsrecht", *W.P.N.R.* 1994, nr. 6160; MARTIN SERF, A., "La faillite internationale: une réalité économique pressante, un enchevêtrement juridique croissant", *J.D.I.* 1995, 54-55; BERENDS, A.J., *l.c. supra* noot 20, 169-171; DANIELLE, L., "Fallimento e convenzioni di Bruxelles del 17 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale", *Dir. Com. Scambi Int.* 1984, 327 e.v.; LUPONE, A., *o.c. supra* noot 9, 213-216.

⁹³ Jenard Rapport, 12; Schlosser Rapport, 90, nr. 54. Zie evenwel overweging nr. 10 van de verordening, lidens welke een insolventieprocedure niet noodzakelijkerwijs het optreden van een rechterlijke instantie moet behelzen. Uit de overweging blijkt echter dat de insolventieverordening slechts toepassing vindt wanneer er een georganiseerde procedure is. BALZ vermeldt dat de verordening geen toepassing vindt op "pre-insolvency proceedings, such as the French 'réglement amiable' [...]" (*l.c.*, noot 22, 501).

⁹⁴ Jenard Rapport, 12. De verordening is daarentegen van toepassing op het burgerlijk faillissement wanneer de wetgever daarvoor een procedure voorziet, zoals de Belgische collectieve schuldregeling, of de Nederlandse schuldsaneringsregeling natuurlijke personen.

verdrag ook van toepassing op de vraag of een vennootschap moet worden ontbonden omdat een vennoot failliet is.⁹⁵

Hoger werd reeds vermeld dat de verordening de vorderingen beheerst die de 'kern' van het faillissement uitmaken, te weten de opening van de insolventie en de beslissingen inzake het verloop en de beëindiging van de insolventieprocedure. Tijdens de insolventie kunnen verdere procedures gevoerd worden. Vorderingen door de curator ingesteld vallen normaliter onder de insolventieverordening. Dit is bijv. het geval voor de *actio pauliana*.⁹⁶ Ook vorderingen inzake de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders (art. 63 *ter Venn. W.*) zijn zuivere insolventievorderingen.⁹⁷ Ontsnapt eveneens aan het EEX-Verdrag de vordering van de Duitse curator tot opheffing van een derdenbeslag.⁹⁸ In deze gevallen ontleent de curator zijn zelfstandige en bijzondere bevoegdheid immers rechtstreeks aan het faillissementsrecht.

Anderzijds is het EEX-Verdrag wel van toepassing op vorderingen van de curator die de failliet zelf had kunnen instellen. Wanneer de curator betaling vordert van de koopprijs van goederen die de gefailleerde vóór de faillietverklaring aan een koper had geleverd, oefent het faillissement geen bijzondere invloed uit op de vordering, behalve dat de curator hier als vertegenwoordiger van de schuldenaar optreedt.⁹⁹ De insolventieverordening mist daardoor toepassing. Dezelfde oplossing geldt wanneer de koop ná het faillissement plaatsvond, in het kader van de voortzetting van de werkzaamheden door de curator.¹⁰⁰ De vordering van de curator op grond van een tijdens het faillissement

⁹⁵ Schlosser Rapport, 92, nr. 59. In dezelfde zin Bos, T.M., o.c. *supra* noot 19, 222.

⁹⁶ Bijv. Kh. Doornik, 24 nov. 1977, *Reperitorium EEX*, I-1.2-B5 (vordering van de curator ex art. 445 oude Faill. W.); Rb. Haarlem, 17 sept. 1996, *N.I.P.R.* 1996, 438 (de rechtebank beroept zich ook op het feit dat de faillissementspauliana volgens het Toelichtend Rapport onder de insolventieverordening, en niet het EEX-Verdrag valt). Zie ook BGH, 11 januari 1990, *N.J.W.* 1990, 990; *IPRax* 1991, 183 (i.v.m. een vordering ex artikel 30 van de oude Konkursordnung). *Vgl.* Pres. Rb. Amsterdam, 3 augustus 1995, *N.I.P.R.* 1995, 554; K.G. 1995, 369 (faillissementspauliana vloeit niet rechtstreeks voort uit het faillissement).

⁹⁷ Over de uitsluiting van de Italiaanse 'azione revocatoria fallimentare', zie Trib. Torino, 22 dec. 1987, *R.D.I.P.P.* 1989, 659 en de opmerkingen van HONORATI, C., "Revocatoria fallimentare e convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968", *R.D.I.P.P.* 1989, 595-616; Cass. it., 23 februari 1990, *Riv. dir. int. priv. proc.* 1991, 975 (i.v.m. een 'revocatorie fallimentari' ex artikel 67 van de *Legge Fallimentare*); Cass. it., 21 april 1989, aangehaald door SASSANI, B., "Italy", in *Case Law on the Judgments Convention*, KAYE, P., (ed.), Wiley & Sons, Chichester, 655-656. Over de toepasselijkheid van het EEX-Verdrag op een vordering ex s. 423 van het Engelse *Insolvency Act*, zie SMART, P. St. J., *l.c. supra* noot 81, 153-160.

⁹⁸ Zie bijv. Parijs, 13 maart 1991, *J.D.I.* 1992, 187. Zie ook Rb. Amsterdam, 22 november 1995, *N.J. Kort* 1996, 25 (een vordering ex art. 2:248 NBW die alleen door de curator ingesteld kan worden, en ten behoeve van de boedel komt, vindt haar grondslag uitsluitend in het faillissement. Het EEX-Verdrag mist aldus toepassing. In dezelfde zin, Bos, T.M., o.c. *supra* noot 19, 222. Zie echter de opmerkingen van BERENDS, A.J., *l.c. supra* noot 20, 170).

⁹⁹ BGH, 11 januari 1990, *IPRax*, 1990, Nr. 164.

¹⁰⁰ Kh. Brussel, 22 maart 1977, *Reperitorium EEX*, I-1.2-B5, noot; Parijs, 14 juni 1979, *Rev. Soc.* 1980, 555, noot; Parijs, 16 maart 1979, *R.C.D.I.P.* 1980, 121, noot; Kh. Parijs, 29 feb. 1984, *Gaz. Palais* 1984, Sommaires, 185 (vordering van de curator tegen een derde wegens vóór de faillietverklaring gepleegde oneerlijke concurrentie); LG Mainz, 30 september 1988, *IPRax* 1988, nr. 164; Rb. Arnhem, 20 juni 1995, *N.I.P.R.* 1996, nr. 288 (vordering van de Nederlandse curator tegen een Duitse afnemer).

¹⁰¹ Kh. Verviers, 14 juli 1977, *Jur. Liège* 1978, 278 (waarin het EEX-Verdrag evenwel niet werd toegepast omdat de koper de compensatie inriep met een door hem vóór het faillissement aan de gefailleerde betaalde voorschot).

door een derde t.b.v. de gefailleerde aangeane borgtochtvereenkomst vloeit niet rechtstreeks uit het faillissement voort. De borgtocht had evenzeer buiten enig faillissement kunnen worden aangegaan.¹⁰¹ De revindicatievordering van de curator tegen een derde valt ook onder het EEX-Verdrag, ten minste wanneer het faillissementsrecht als dusdanig niet beslissend is voor de oplossing van het geschil.¹⁰² Anderzijds is het EEX-Verdrag volgens het Hof te Amsterdam toepasselijk op de vordering van de curator tegen een derde tot betaling van schadevergoeding wanneer de vordering een 'gewone' onrechtmatige daad betreft.¹⁰³ Tenslotte kan het verdrag ingeroepen worden op een door de curator ingestelde vordering tot terugbetaling van een bedrag aan de failliete boedel wegens een misdrijf of een onrechtvaardige verrijking.¹⁰⁴ In al deze gevallen heeft de vordering tot doel rechten van de failliet geldend te maken die deze zonder het faillissement zelf kon laten gelden. Het faillissement verandert niets aan het karakter van de vordering, doch slechts aan de vertegenwoordiging van de gefailleerde. De Insolventieverordening moet aldus plaats ruimen voor het EEX-Verdrag.

Moelijker te bepalen is het lot van vorderingen tegen de curator. Vorderingen betreffende de rangorde van een claim vinden hun oorsprong uitsluitend in het faillissementsrecht en vallen aldus ontegensprekelijk onder de Insolventieverordening.¹⁰⁵ Revindicatievorderingen van de onbetaalde verkoper tegen de boedel, bijv. op grond van een eigendomsvoorbehoudsclausule, geven aanleiding tot een kwalificatieprobleem. Enerzijds vinden ze hun rechtsgrondslag in de overeenkomst van partijen. De insolventieprocedure is slechts de aanleiding om de vordering in te stellen.¹⁰⁶ Anderzijds is in de regel de *lex concursus* beslissend voor vragen m.b.t. het eigendomsvoorbehoud (zie echter art. 7). Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat het EEX-Verdrag voor de verordening moet wijken. Dezelfde onzekerheid bestaat m.b.t. de betalingsvordering van de verkoper tegen de - inmiddels gefailleerde - koper.¹⁰⁷ In de rechtspraak worden deze vorderingen soms buiten het EEX-Verdrag gehouden op grond van de overweging dat, indien er geen faillissement was geweest, de onbetaalde verkoper geen vordering had moeten instellen.¹⁰⁸ De grondslag van dergelijke vorderingen ligt echter in vóór het

¹⁰¹ Hof 's-Hertogenbosch, 16 nov. 1995, *N.I.P.R.* 1996, nr. 119.

¹⁰² *Re Heyward* [1997] Ch. 45.

¹⁰³ Amsterdam, 14 mei 1992, *N.I.P.R.* 1992, nr. 260. Zie de opmerkingen van Bos, T.M., *l.c. supra* noot 82, 298.

¹⁰⁴ OLG Düsseldorf, 25 maart 1993, *IPRax* 1993, nr. 134.

¹⁰⁵ In die zin Toelichtend Rapport, § 196. *Vgl.* Parijs, 30 maart 1991, *J.D.I.* 1992, 188. Volgens artikel 4(2)(i) is de *lex concursus* trouwens van toepassing op "de verdeling van de opbrengst van de te gelde gemaakte goederen en de rangindeling van de vorderingen".

¹⁰⁶ MARTIN-SERF, A., *l.c. supra* noot 92, 54. *Vgl.* Douai, 21 juni 1990, *J.D.I.* 1992, 187, noot (EEX-Verdrag niet toepasselijk).

¹⁰⁷ Rb. Rotterdam, 21 nov. 1986, *N.I.P.R.* 1987, 257, nr. 255 (EEX-Verdrag toepasselijk op de vordering tot nakoming van een contractuele verbintenis ingesteld tegen de bewindvoerder van de Italiaanse gefailleerde); Brussel, 24 februari 2000, *J.T.* 2000, 468 (EEX-Verdrag toepasselijk op de vordering tot betaling ingesteld door de verkoper). In dezelfde zin: DYER, A., "Bankruptcies and Money Judgments: the Practice under the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters", in *Contemporary International Law issues. Conflicts and Convergence*, HEERE, W., (ed.) T.M.C. Asser Instituut, Den Haag, 1996, 131; GAUDEMET-TALLON, H., *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, Paris, L.G.D.J., 1996, 27, nr. 35, met verwijzing naar Franse rechtspraak. De vordering van de schuldeiser tegen de borg van de gefailleerde valt eveneens onder het EEX-Verdrag: Parijs, 2 maart 1993, *J.D.I.* 1994, 168, noot. Høyesteret, 18 jan. 1996, *Norsk Retstidende* 1996, 25; *J.L.P.* 1996, 461.

faillissement aangegane commerciële transacties. De vordering tegen de curator op grond van tijdens het faillissement gemaakte boedelschulden, bijv. bij voortzetting van het bedrijf, valt onder het EEX-Verdrag.¹⁰⁹

Wanneer het exequatur van een buitenlandse beslissing gevraagd wordt, vinden de vereenvoudigde regels van het Executieveverdrag slechts toepassing indien de oorspronkelijke vordering geen insolventieprocedure was.¹¹⁰ Na de opheffing van het faillissement kunnen de schuldeisers weer rechtstreeks tegen de gefailleerde procederen, bijv. om betaling van een schuldvordering te vorderen. Wanneer de vordering vóór en buiten het faillissement ontstaan is, staat er niets aan de toepassing van het EEX-Verdrag in de weg. Dit heeft het Hof van Justitie impliciet bevestigd in het *Courstier*-arrest.¹¹¹ In casu rees de vraag of een Franse beslissing waarbij een consument tot terugbetaling van een lening veroordeeld werd, 'uitvoerbaar' was in de zin van het EEX-Verdrag, nu de insolventie van de consument bij gebrek aan baten opgeheven was. Het Hof erkende uitdrukkelijk dat de Franse beslissing onder het EEX-Verdrag viel.¹¹²

5-18. De afbakening van de respectieve toepassingsgebieden van het EEX-Verdrag enerzijds en de Insolventieverordening anderzijds is niet zonder belang. Voor de bepaling van de bevoegde rechter zijn er belangrijke verschillen tussen de twee regelingen. De Insolventieverordening steunt op het *vis attractiva concursus*-beginsel, terwijl de regels van het EEX-Verdrag een ruimere spreiding van de bevoegdheid toelaten.¹¹³ Het risico bestaat dus dat de vorderingen die onder de verdragsregeling vallen, aan de bevoegdheid van de faillissementsrechter ontsnappen. Voor de behoorlijke afwikkeling van het faillissement lijkt een dergelijke versnippering van de bevoegdheid niet wenselijk. Om dit te voorkomen, verkiest een deel van de rechtspraak om aan de uitsluiting van 'faillissementen, enz.' een ruime uitleg te geven.¹¹⁴ Ook m.b.t. de erkenning en tenuitvoerlegging bestaan er belangrijke verschillen tussen de twee regelingen. Op bepaalde vlakken gaat de verordening bijv. verder dan het verdrag door enkele weigeringsgronden af te schaffen (art. 25; zie verder). Een duidelijke afbakening

¹⁰⁹ Cass. fr., 13 april 1992, *R.C.D.I.P.* 1993, 67, noot; *J.D.I.* 1994, 167, noot. Vgl. OLG Zweibrücken, 30 juni 1992, *EuZW* 1993, 165; *IPR* 1992, nr. 267 (weigert exequatur van Belgische beslissing waarbij de schuldeisers van een failliet verklaarde vennootschap betaling kregen voor leveringen gedaan tijdens de voorzetting van de activiteiten door de curator op grond van art. 475 Oude Falli.W.) en LG Düsseldorf, 12 december 1990, *IPR* 1991, nr. 229 (geen toepassing van het EEX-Verdrag op de tenuitvoerlegging in Duitsland van een Franse veroordeling tot betaling van achterstallige provisie aan de vertegenwoordiger van een gefailleerde Duitse vennootschap).
¹¹⁰ Cass. fr., 13 april 1992, *R.C.D.I.P.* 1993, 67, noot; Parijs, 16 maart 1979, *R.C.D.I.P.* 1980, 121, noot; vgl. Cass. fr., 10 maart 1981, *R.C.D.I.P.* 1981, 553; Cass. fr., 12 nov. 1986, *Bull. civ.* 1986, I, nr. 257, 246. In beginsel is de exequaturrechter niet gebonden door de kwalificatie van de oorspronkelijke rechter.
¹¹¹ H.v.J., 29 april 1999, C-267/97, *Courstier t. Fortis Bank SA*, *Jur.* 1999, I-2543
¹¹² *Ibid.*, r.o. 22.
¹¹³ De verordening bevat in feit slechts één (dubbele) bevoegdheidsregel. Deze regel wijst de rechter aan die het faillissement kan uitspreken. Deze rechter wordt geacht bevoegd te zijn voor alle 'faillissementsvragen', hoewel de verordening voor de bepaling van dit begrip verstek laat.

¹¹⁴ Bijv. Arbh. Antwerpen, 19 feb. 1980, *J.T.T.* 1980, 231 (de vordering van een ex-werknemer ten titel van loon valt buiten het EEX), niet verboden door Cass., 5 okt. 1982, *Pas.* 1982, I, 183.

dringt zich derhalve op. Nochtans blijven er nog twijfels over het lot van bepaalde vorderingen.¹¹⁵

5-19. Tussen het EEX-Verdrag en de Insolventieverordening bestaan er volgens het Toelichtend Rapport geen leemten.¹¹⁶ De verordening zou alle vorderingen opvangen die onder de uitsluiting van artikel 1, 2° EEX-Verdrag vallen. Nochtans kan worden getwijfeld of bijv. vorderingen m.b.t. extra-communitaire insolventieprocedures, die van de verordening uitgesloten zijn, steeds onder het EEX-Verdrag vallen.¹¹⁷ Dit is zeker niet het geval voor zuivere faillissementsvorderingen. Wanneer een in Zwitserland gevestigde gefailleerde een bankrekening in Luxemburg bezit, valt een vordering van de Zwitserse curator tot het overmaken van de tegoeden onder het EEX-Verdrag noch onder de Insolventieverordening. Hier ook komt het nationaal recht, inclusief de bilaterale verdragen, terug (zie nr. 29).

IV. TOEPASSINGSGEBIED VAN DE INSOLVENTIEVERORDENING

5-20. De verordening is van toepassing op de *intra-communitaire* aspecten van *insolventieprocedures*. Bepaalde *ondernemingen* worden uit het toepassingsgebied van de Europese regeling uitgesloten.

A. Insolventieprocedures

5-21. In artikel 1 lid 1 worden vier kenmerken opgesomd voor de bepaling van het begrip 'insolventieprocedure'. Om elke onzekerheid te vermijden is voor de toepassing van de verordening ook vereist dat de procedure in Bijlage A vermeld is (art. 2 onder (a)). Voor België zijn het faillissement, het gerechtelijk akkoord en de collectieve schuldregeling in bijlage A opgenomen.¹¹⁸

In de eerste plaats moet het gaan om een 'collectieve' procedure. Verder moet de procedure op de 'insolventie' van de schuldenaar berusten. Voor de inhoud van dit begrip wordt naar het nationaal recht verwezen van de Staat waar de procedure geopend wordt. Een Europese definitie vinden van de insolventie werd als onmogelijk beschouwd. Het Toelichtend Rapport vermeldt slechts dat van het bestaan van een 'financiële crisis' moet worden uitgegaan.¹¹⁹ In uitzonderlijke gevallen kunnen derhalve

¹¹⁵ In die zin eveneens, LÖKE, W., *l.c. supra* noot 79, 480 en Bos, T.M., *l.c. supra* noot 82, 298. Zie bijv. de controverse over de al dan niet toepasselijkheid van het EEX-Verdrag op de Nederlandse 'renvooi-procedure'. De rechtspraak lijkt in die zin te zijn gevestigd dat deze procedure als een 'gewoon' geding moet worden beschouwd, zodat het EEX-Verdrag toepassing vindt (bijv. Rb. Breda, 15 juni 1976, *N.J.* 1979, 163; H.R. 16 april 1999, *R.vdH.* 1999, 66; *J.O.R.* 1999, 156, noot P. VEDER) terwijl in de rechtsleer een andere mening verdeeld wordt (bijv. Bos, T.M., *o.c. supra* noot 19, 224, met verdere verwijzingen).

¹¹⁶ Toelichtend Rapport, § 195.
¹¹⁷ BEUKENHORST, D., *l.c. supra* noot 48, 92.

¹¹⁸ De aanstelling van een voorlopige bestuurder krachtens art. 8 Nieuwe Falli. W. valt bijgevolg niet onder de verordening. Daardoor mist deze nieuwe procedure elke internationale doelmatigheid. Hetzelfde geldt voor de Engelse 'Receiverships', zie hierover FLETCHER, I.F., *o.c. supra* noot 10, 257-258.

¹¹⁹ Toelichtend Rapport, 33, § 49. BALZ verwijst voor de omschrijving van het begrip insolventie naar "a common understanding which includes elements both of illiquidity and of insufficiency of assets, the later to be established by a balance test sheef" (BALZ, M., *l.c. supra* noot 22, 501).

ingevoerd.¹²⁴ Onder sommige van die stelsels moeten de rechten van de schuldeisers wijken voor het belang van de voortzetting van de activiteit van de onderneming en het vrijwaren van de werkgelegenheid.¹²⁵ In andere landen wordt daarentegen voorrang gegeven aan de rechten van de schuldeisers, zoals bijv. onder de nieuwe Duitse *Insolvenzordnung*.¹²⁶ In het licht van deze verschillen stonden de Lidstaten weigerachtig tegen een verplichting om saneringsprocedures wederzijds te erkennen. In dat geval zouden de Lidstaten waar de vestigingen gelegen zijn, verplicht worden om zich te schikken naar de doelstellingen en preferenties van de Lidstaat waar het centrum van de voornaamste belangen gelegen is. Lokale schuldeisers zouden dan achtergesteld kunnen worden in naam van de werkgelegenheid of andere beleidsdoelstellingen in een ander land. Daarom werd voorgesteld om bij de opening van een vereffeningsprocedure in een Lidstaat de andere Lidstaten onverkort toe te laten liquidatieprocedures te openen voor de lokale vestigingen. Daarmee zou echter de hoofdsaneringsprocedure in het gedrang komen, aangezien niet meer gerekend kan worden op de activa van de vestiging(en).¹²⁷

Uiteindelijk werd toch beslist dat territoriale procedures noodzakelijkerwijze de liquidatie van de onderneming moeten beogen (art. 3, lid 3 *in fine* en art. 27). Met de mogelijkheid een vestiging failliet te verklaren, kunnen de Lidstaten, aldus Balz, "pull an emergency brake if they feel that unlimited recognition of foreign rehabilitation proceedings is unfair to their (or to their local creditors' interests)".¹²⁸ Zodoende wordt in een ander land.¹²⁹ Om problemen op te vangen, werden bijzondere voorschrift-

¹²⁴ Zie algemeen FLESSNER, A., "Philosophies of Business Bankruptcy Law : An International Overview", in *Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law*, ZIEGL, J.S., (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1994, 19-28. Zie tevens FLESSNER, A., *Sanierung und Reorganisation. Insolvenzverfahren für Großunternehmen in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Untersuchung*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1982, 345 p., in het bijzonder 172-205 en COLLE, Ph., *Het juridisch kader van de faillissementsvoorkoming*, Antwerpen, Maklu, 1989, 491 p. ALDE DALHUISEN, J.H., "Modern Insolventrecht", in *De meerwaarde van de rechtsvergelijking. Opstellen aangehouden aan prof. Mr. H. U. Jessurun d'Oliveira*, HONDIUS, E.H., (ed.), Deventer, Kluwer, 1999, 39-51, in het bijz. 45-50.

¹²⁵ Zie vooral de Franse wet van 25 januari 1985, gewijzigd door de wet nr. 94-475 van 10 juni 1994. Luidens artikel I dient een 'redressement judiciaire' in eerste instantie de onderneming te redden, en de werkgelegenheid te vrijwaren ("Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et l'emploi et l'apurement du passif"). Pas dan komen de belangen van de crediteurs aan bod. Zie algemeen SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, Montchrestien, 1996, 728 p., in het bijz. 30-37; DERRIDA, F., GODÉ, P. en SORTAIS, J.-P., *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Paris, Dalloz, 1991, 675 p.; VALLANSAN, J., *Redressement et liquidation judiciaires*, Paris, Litec, 1996, 400 p.; KORAL, R.L., en SARDINO, M.-C., "The New Bankruptcy Reorganization Law in France : Ten Years After", *Am. Bank. L. J.* 1996, 437-458.

¹²⁶ Over de nieuwe wet, zie KAMLAH, K., "The New German Insolvency Act : Insolvenzordnung", *Am. Bank. L. J.* 1996, 417-435 en HASEMEYER, L., *Insolvenzrecht*, 2de uitg., Köln, Carl Heymanns Verlag, 1998, 820 blz. (in het bijz. pp. 20-53 over de filosofie van de nieuwe wet).

¹²⁷ BERENDS, A.J., *l.c. supra* noot 20, 166.

¹²⁸ BALZ, M., *l.c. supra* noot 22, 523.

¹²⁹ BALZ, M., *l.c. supra* noot 22, 500-501. Algemeen over de internationale aspecten van saneringsprocedures, zie LAUT, T., *o.c. supra* noot 39 en REINHART, S., *Sanierungsverfahren im internationalen Insolvenzrecht : eine rechtsvergleichende Untersuchung über die besonderen internationalrechtlichen Probleme liquidationsabwendender Insolvenzverfahren*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, 378 p.

twee rechtbanken van mening verschillen over de vraag of een bepaalde schuldenaar al dan niet insolvent is. Tot tegenstrijdige beslissingen hoeft dit echter niet te leiden, getuige op het in artikel 16 gehuldigde beginsel van de automatische erkenning in alle Lidstaten van de beslissing tot opening van een insolventieprocedure. De verordening weigert eveneens de controverse te beslechten tussen landen die het faillissement aan handelaars voorbehouden en landen die daarnaast een burgerlijke faillissement kennen. Het bevat immers geen vereiste m.b.t. de hoedanigheid van de schuldenaar. Elke Lidstaat bepaalt zelfstandig wanneer een insolventieprocedure geopend kan worden. Dit wordt in overweging nr. 9 van de Verordening bevestigd, luidens welke de Europese regeling toepassing vindt "ongeacht of de schuldenaar een natuurlijke dan wel een rechtspersoon, een koopman dan wel een particulier is". De verordening beperkt zich ertoe, conform het idee van de interne markt, het vrij verkeer van de nationale procedures te vrijwaren.

Tenslotte is vereist dat de procedure ertoe leidt dat de schuldenaar het beheer en de beschikking over zijn vermogen verliest én dat deze bevoegdheden aan een curator wordt overgedragen. In Bijlage C worden de personen genoemd die als curator worden aangemerkt. Voor België zijn dat de curator, de commissaris inzake opschorting en de schuldbemiddelaar. In artikel 2(b) wordt de curator gedefinieerd als "elke persoon of elk orgaan, belast met het beheer of de liquidatie van de goederen waarover de schuldenaar het beheer en de beschikking is verloren of met het toezicht op het beheer van diens zaken".

De verordening erkent ook de verschillen tussen de nationale regels m.b.t. het verlies van beheersbevoegdheid in hoofde van de gefailleerde. Artikel I(1) vereist immers slechts een *gedeeltelijk* verlies. Aldus vindt de verordening ook toepassing wanneer de schuldenaar bepaalde beheersbevoegdheden behoudt. Balz preciseert dat de verordening ook toepassing kan vinden wanneer aan bepaalde vereisten, zoals de benoeming van de curator, slechts voldaan is na de opening van het faillissement.¹²⁰

Hoewel de verordening uitdrukkelijk insolventieprocedure viseert,¹²¹ is voor de toepassing ervan niet vereist dat de procedure voor een rechterlijke instantie wordt gevoerd. Artikel 2(d) preciseert dat onder "rechter" dient te worden verstaan "de rechterlijke of elke andere bevoegde instantie van een Lidstaat die bevoegd is om een insolventieprocedure te openen of tijdens die procedure beslissingen te geven". Volgens BALZ moet ook als rechter worden beschouwd in de zin van de verordening de algemene vergadering van aandeelhouders wanneer zij bijv. over een vrijwillige ontbinding beslist.¹²²

5-22. De verordening is ook van toepassing op *saneringsprocedures*. Dit punt heeft tijdens de onderhandelingen tot vele discussies aanleiding gegeven.¹²³ Over de laatste 20 jaar hebben de Lidstaten immers de meest diverse vormen van saneringsprocedures

¹²⁰ *Ibid.*, 501.

¹²¹ Zie de titel van de verordening.

¹²² *L.c. supra* noot 22, 501.

¹²³ Zie het overzicht in BALZ, M., *l.c. supra* noot 22, 499-501.

ten voorzien inzake de coördinatie van procedures van verschillende aard (zie verder nr. 5-65). De enige uitzondering hierop betreft het (uitzonderlijk) geval waarin de vestiging vóór de hoofdondernemering het voorwerp van een procedure uitmaakt. In dit geval laat de verordening de mogelijkheid om de vestiging aan een saneringsprocedure te onderwerpen.¹³⁶ De curator van de hoofdprocedure kan in een later stadium de omzetting in een liquidatieprocedure vragen (art. 37).

5-23. Het toepassingsgebied van de verordening wordt meebepaald door de in de verschillende bijlagen opgenomen gegevens.¹³⁷ Deze bijlagen maken volgens art. 2 (a) integrerend deel uit van de communautaire regeling. De gegevens kunnen echter achterhaald worden, wanneer een Lidstaat zijn intern faillissementsrecht hervormt. Daarom wordt voorzien dat de Lidstaten de verschillende bijlagen op eenvoudige wijze kunnen aanpassen. In het Insolventieverdrag werd oorspronkelijk voorzien dat de wijziging door een kennisgeving aan de depositaris gebeurde, die de andere Lidstaten op de hoogte moest brengen. De wijziging werd van kracht indien de andere Lidstaten geen bezwaar maakten.¹³⁸ Nu bepaalt artikel 45 dat de Raad de bijlagen kan wijzigen met gekwalificeerde meerderheid, op initiatief van een van zijn leden of op voorstel van de Commissie.¹³⁹

Dit is niet zonder belang nu het toepassingsgebied van de verordening in de praktijk uitsluitend op de in de bijlagen vermelde gegevens zal berusten. In geval van twijfel zal immers niet de definitie van artikel 1 doch de lijst in bijlage geraadpleegd worden, die sowieso beslissend is. Het nut van de algemene definitie van de insolventieprocedure lijkt aldus te zijn beperkt tot het schetsen van een kader voor toekomstige wijzigingen van de bijlagen. Bij wijziging van de interne wetgeving van een Lidstaat zal de definitie van artikel 1 als maatstaf dienen om uit te maken of een nieuwe of gewijzigde procedure al dan niet onder de verordening valt.¹⁴⁰ De wijziging van de bijlagen is derhalve geen neutrale, formele operatie.¹⁴¹ De techniek van de bijlagen verschaft een grote rechtszekerheid en vergemakkelijkt aanzienlijk de praktische toepassing van de verordening. Blijft nog te zien of er geen problemen zullen rijzen bij toekomstige wijzigingen van de wetgevingen van de Lidstaten.

B. Uitgesloten ondernemingen

5-24. Artikel 1 lid 2 sluit verzekeringsondernemingen, kredietinstellingen en beleggingsinstellingen uit het toepassingsgebied van de verordening.¹³⁶ De draagwijdte van de uitsluiting wordt bepaald door de bestaande communautaire richtlijnen.¹³⁷ De ondernemingen die door deze richtlijnen gevisieerd worden, ontsnappen aan de Insolventieverordening. Ze zijn op communautair vlak aan bijzondere regelingen onderworpen, die op de 'home country control rule' berusten. De Commissie heeft in het verleden, zonder veel succes, voorstellen gemaakt om een juridisch kader te creëren voor falen van dergelijke ondernemingen.¹³⁸ Deze voorstellen bouwden voort op het toezicht door de Lidstaat van herkomst en dus op de universaliteitsidee.¹³⁹

C. 'Europese' insolventieprocedures

a. Een *intra-communautaire* regeling

5-25. De Insolventieverordening regelt slechts de *intra-communautaire* aspecten van insolventieprocedures. Een insolventieprocedure wordt geacht Europees te zijn wanneer het centrum van de voornaamste belangen¹⁴⁰ van de schuldenaar in een Lidstaat gevestigd is.¹⁴¹ Deze beperking is inherent aan de grondslag van de verordening. Artikel 65 EG-verdrag ziet immers slechts toe op maatregelen die nodig zijn voor de goede werking van de interne markt.¹⁴²

Basisvereiste voor de toepassing van de Insolventieverordening is aldus dat het bestuurscentrum van de gefailleerde in een Lidstaat gevestigd is. Dit kan worden afgeleid uit de in artikel 3 bevatte bevoegdheidsregel. Hiermee wordt de traditionele afbakeningsmethode van de Europese IPR-regelingen gevolgd – het EEX-Verdrag vindt

¹³⁶ Toelichtend Rapport, § 31.

¹³⁷ De techniek van de bijlagen is uit het verdrag van Istanboel overgenomen.

¹³⁸ Zoals BEUKENHORST het opmerkte, bevatte het Verdrag geen regel voor het geval dat wel bezwaar wordt gemaakt. BEUKENHORST, D.H., *l.c. supra* noot 48, 92; zie ook art. 36 lid 2 verdrag van Istanboel waarin evenmin in een procedure voorzien wordt ingeval van bezwaar.

¹³⁹ Zie ook overweging nr. 31 van de Preambule die luidt: "Aangezien die bijlagen uitsluitend betrekking hebben op de wetgeving van de Lidstaten bestaan er voor de Raad gemotiveerde bijzondere redenen om zich het recht voor te behouden deze bijlagen te wijzigen, teneinde rekening te houden met eventuele wijzigingen van het nationale recht van de Lidstaten".

¹⁴⁰ In die zin, BALZ, M., *l.c. supra* noot 22, 502 (volgens wie "The definition of insolvency proceedings in Article 1(1) will be needed only for subsequent modifications of the annexes (that is, for deciding inter alia, which new proceedings qualify for inclusion in the Convention), but not for the day-to-day application of the Convention").

¹⁴¹ BALZ vraagt zich af in dit verband of een Lidstaat de opnemings van een procedure, die op het Amerikaanse Chapter 11 geïnspireerd is, in bijlage B zou kunnen vragen. Hij antwoordt negatief, gelet op het feit dat in een dergelijke procedure geen curator benoemd wordt en de rechtbank slechts de rol van arbiter speelt (*l.c. supra* noot 22, 502).

¹³⁶ Zie reeds art. 1 Aanvullend Protocol bij het Belgisch-Oostenrijks verdrag van 16 juli 1969, ondertekend op 13 juni 1973 en art. 1 lid 1 *in fine* Verdrag van Istanboel.

¹³⁷ De verzekeringsrichtlijnen (nr. 73/239 van 24 juli 1973, *Pb.*, L 228, 3 en nr. 79/267 van 5 maart 1979, *Pb.* L 63, 1), de bankrichtlijn (nr. 77/780 van 12 december 1977, *Pb.* L 322, 30), de richtlijn beleggingsinstelling (nr. 93/22 van 10 mei 1993, *Pb.* L 141, 27). Zie de opsomming in het Toelichtend Rapport §§ 57-60.

¹³⁸ Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende de sanering en de liquidatie van kredietinstellingen en van de depositogarantiestelsels, *Pb.* 1985 C 356, 55, gewijzigd in *Pb.* 1988, C 36, 1; voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de verplichte liquidatie van ondernemingen in het directe verzekeringsbedrijf, *Pb.* 1987, C 71, 5, gewijzigd in *Pb.* 1989, C 253, 3. Zie hierover SAINT-ALARY-HOURN, C., *o.c. supra* noot 125, 702-704.

¹³⁹ Zie ook overweging nr. 9 Preambule. BALZ vermeldt dat de Lidstaten lang hebben gestreden over de vraag of banken ook onder de insolventieregeling zouden vallen. Vooral Duitsland en het Verenigd Koninkrijk waren volgens hem voorstander van de toepassing op banken. Men was het vooral te doen om de mogelijkheid te geven om secundaire insolventieprocedures te openen voor vestigingen van in andere Lidstaten gevestigde banken (*l.c. supra* noot 22, 503).

¹⁴⁰ Voor een ontleding van dit begrip zie *infra* nr. 5-33 e.v.

¹⁴¹ Zie ook Overweging nr. 14 van de Preambule, luidens welke de verordening "uitsluitend van toepassing [is] op procedures waarbij het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar in de Gemeenschap ligt".

¹⁴² Hierover BASEDOW, J., *l.c. supra* noot 51, 696-698; ISRAËL, J., *l.c. supra* noot 51, 88-98.

bijv. slechts toepassing indien de verweerder in een Lidstaat gedomicilieerd is.¹⁴³ Wanneer het centrum van de belangen van de schuldenaar buiten de Unie gevestigd is, komt de Europese regeling niet in beeld, zelfs indien de schuldenaar een 'vestiging' of andere activa in Europa heeft. Het komt dan aan het nationaal recht toe om te beslissen of het faillissement uitgesproken kan worden. De gevolgen van de opening van een dergelijke procedure in de andere Lidstaten vallen evenmin onder de verordening.¹⁴⁴

Concreet, indien een Amerikaanse onderneming failliet verklaard wordt, komt het aan het Franse en het Duitse recht toe om te beslissen of de aanwezigheid in Frankrijk van een bijkantoor resp. in Duitsland van goederen in een opslagplaats voldoende is om bevoegdheid aan de Franse resp. Duitse faillissementsrechter toe te kennen, wat de verhouding is met het Amerikaanse 'moeder'-faillissement en tenslotte wat de gevolgen in Duitsland en in Frankrijk zijn van een eventuele Franse resp. Duitse procedure.¹⁴⁵ Het gevolg van deze beperking is dat schuldeisers van een bijkantoor verschillend zullen worden behandeld naargelang de gefailleerde onderneming wel of niet binnen de Europese Unie gevestigd is. Slechts in het eerste geval genieten ze van de generieke Europese regeling. Dit kan betreurd worden, doch is inherent aan het beperkt mandaat van de Europese Unie.

Zelfs wanneer het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar in een Lidstaat gelegen is, ziet de verordening slechts op de *communautaire* elementen van de procedure toe. Indien een Duitse onderneming bijv. een vestiging in Slovenië heeft, valt het buiten de regeling. Duits recht beslist bijgevolg wat de gevolgen zijn van het Duitse faillissement voor deze vestiging. De verordening kan evenmin ingeroepen worden om eventuele conflicten tussen de Duitse en de Sloveense regelingen te beslechten. Wanneer dezelfde onderneming tevens een vestiging in Oostenrijk heeft, geeft de verordening geen regeling voor de oplossing van eventuele geschillen tussen de Duitse en de Oostenrijkse curatoren m.b.t. in Slovenië gelegen goederen.

b. Onzekerheid over bepaalde gebieden

5-26. De verordening geldt alleen voor de betrekkingen tussen de Lidstaten onderling, wanneer het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar op Europees grondgebied ligt. Het rept echter niet met geen woorden over de vraag welke grondgebieden van de Lidstaten precies gevisieerd worden. Dit was al het geval met het Insolventieverdrag, en de hieruit voortvloeiende onzekerheid over de toepassing van de Europese

¹⁴³ Zie recent H.v.J., 13 juli 2000, Group Josi Reinsurance Comp S.A. t. UGHIC, zaak 412/98, ongepubliceerd in *Jur. H.v.J.* Zie over dit arrest de bijdrage van I. COUVENBERG en M. PERTEGAS SENDER in dit boek.

¹⁴⁴ Toelichtend Rapport, § 44.

¹⁴⁵ In tegenstelling tot het EEX-Verdrag verplicht de Insolventieverordening de Lidstaten niet om gevolg toe te kennen aan de beslissingen van andere Lidstaten die in toepassing van het nationaal recht genomen werden. In het hiervoor aangehaalde voorbeeld, zijn de Lidstaten niet verplicht om de Franse beslissing tot opening van een insolventieprocedure voor de vestiging te erkennen. Hiermee wordt vermeden dat de Europese *full faith and credit clause* van de verordening zich ook zou uitstreken tot beslissingen die op basis van de meest exorbitante bevoegdheidsgronden van het nationaal recht genomen zijn, hetgeen discriminatoir zou zijn t.a.v. ondernemingen die buiten de Unie gevestigd zijn. Met FLETCHER (l.c. *supra* noot 48, *Brooklyn J. Int'l L.*, 1997, 36) moet dit goedgekeurd worden.

regeling in Gibraltar heeft waarschijnlijk bijgedragen tot de perikelen rond de ratificatie ervan.¹⁴⁶ Zoals geweten is Gibraltar sedert het Verdrag van Utrecht van 11 april 1713 een autonoom gebied onder de voogdij van het Verenigd Koninkrijk, dat verantwoordelijk is voor de internationale betrekkingen ervan. Tussen Spanje en het Verenigd Koninkrijk is het lot van Gibraltar het voorwerp van een oude betwisting, dat zelfs bij de toetreding van Spanje tot de EU niet (definitief) opgelost werd.¹⁴⁷ Om te vermijden dat Spaanse beslissingen in Gibraltar moeten worden erkend, hetgeen als een inkrimping van de Engelse soevereiniteit zou worden ervaren, werd in artikel 60 van het EEX-Verdrag toen bedongen dat dit verdrag geen toepassing vindt op de Europese grondgebieden waarvoor het Verenigd Koninkrijk de internationale betrekkingen waarnaemt, tenzij dit land een verklaring daartoe maakt.¹⁴⁸

Een gelijkaardige bepaling ontbreekt in de verordening. De enige aanwijzing over het territoriaal toepassingsgebied wordt in het Toelichtend Rapport gegeven. Daar wordt verwezen wordt naar artikel 29 van het Weense verdrag over het verdragenrecht. Krachtens deze bepaling moet aangenomen worden dat een verdrag op het hele grondgebied van een verdragsstaat geldt. VIRGOS en SCHMIT leiden hieruit af dat het verdrag toepassing vindt op het gehele grondgebied van de Lidstaten, met inbegrip van de niet-Europese 'beziittingen'.¹⁴⁹ Verder schrijven ze dat het Verdrag geen toepassing vindt op gebieden "waarvan de internationalen betrekkingen door een [Lidstaat] worden waargenomen, doch die geen deel uitmaken van het grondgebied van die Staat en een afzonderlijke entiteit vormen".¹⁵⁰

Onafgezien van het feit dat een vermelding in het verslag niet dezelfde autoriteit heeft als een uitdrukkelijke regel in de verordening zelf,¹⁵¹ is het ook de vraag of de regels van het Weens verdrag toepassing kunnen vinden op een Europese verordening. Bij gebrek aan specifieke bepalingen gelden de algemene regels van het Europees recht. Op grond hiervan zijn de Europese regels in beginsel op Gibraltar van toepassing.¹⁵² In

¹⁴⁶ Voor de 'petite histoire', zie FLETCHER, I.F., o.c. *supra* noot 10, 298-300 en het verslag van K. MALANGRÉ voor het Europees Parlement, o.c. *supra* noot 53, 6-7.

¹⁴⁷ Over het statuut van Gibraltar zie de conclusie van Adv. Gen. Lenz, bij H.v.J., *Gibraltar t. Raad van de Europese Gemeenschappen*, zaak C-298/89, *Jur.* 1993, I-3236, 3267, alsook ROMEO, D. en SMULDERS, B., "Financial Centres Within the Single Market - the Example of Gibraltar", *Year. Eur. L.* 1993, (361-379), in het bijz. 367-370.

¹⁴⁸ Zie DUMNTER IEBBENS, H., l.c. *supra* noot 92, 37, nr. 1.32.

¹⁴⁹ Toelichtend Rapport, § 301. Het Rapport vermeldt echter dat de Lidstaten d.m.v. een verklaring de toepassing van het verdrag op sommige gebieden kunnen uitbreiden dan wel uitsluiten.

¹⁵⁰ Toelichtend Rapport, § 302.

¹⁵¹ FLETCHER is bijzonder kritisch over het ontbreken van een uitdrukkelijke regeling. M.b.t. de uitleg in het verslag merkt hij op dat "this ex post rationalisation of the territorial scope of the Insolvency Convention in the concluding pages of the Explanatory Report appears far less secure, as a basis for resolving the vital question of the territorial scope of an international convention, by comparison to the express terms incorporated into the body of the Brussels Convention by its Article 60" (FLETCHER, I.F., o.c. *supra* noot 10, 300). Zie ook het Rapport MALANGRÉ, o.c. *supra* noot 53, 6-8.

¹⁵² Art. 299(4) (oud 227-4) EG-verdrag, volgens welke het verdrag van toepassing is op de grondgebieden waarvoor een Lidstaat de internationale betrekkingen waarnaemt. Algemeen LENAERTS, K. EN VAN NUFFEL, P., o.c. *supra* noot 59, 269-274; ROMEO, D. en SMULDERS, B., l.c. *supra* noot 147, 369-370; KAPTEYN, P.J.G. en VERLOREN VAN THEMATAAT, P., *Introduction to the Law of the European Communities. From Maastricht to Amsterdam*, 3de uitg., Londen, Kluwer, 1998, 90 en M. WAELBROECK et al. (eds.), *Commentaire Mégret*, vol. 15, Brussel, Ed. Universitaire de Bruxelles, 1987, 488-489. Zie ook het Rapport MALANGRÉ, o.c. *supra* noot 53, 6-7.

afwezigheid van andersluidende bepaling geldt dit ook voor de verordening. Het ontbreken van elke bepaling in die zin in de verordening kan betrouwd worden, doch is geen unicum. Beginnend met het verdrag van Lugano werden territoriale bepalingen in de verschillende Executieveverdragen geschrapt.¹⁵³ De bedoeling bestond erin om het vrij verkeer van beslissingen zo ruim mogelijk te laten spelen, en om ook de niet-Europese gebieden te raken.¹⁵⁴ Anderzijds bevat het Rapport bij het verdrag van Lugano een lijst van de geviseerde grondgebieden.¹⁵⁵ Een dergelijke lijst ontbreekt bij de Insolventieverordening. De hieruit voortvloeiende onzekerheid kan betrouwd worden, aangezien sommige niet-Europese gebiedsdelen van de Lidstaten belangrijke financiële centra zijn, waar debiteuren hun vermogen heen zouden kunnen verplaatsen.¹⁵⁶

c. Geen toepassing in Denemarken

5-27. De verordening is slechts van toepassing in 14 van de 15 Lidstaten. Artikel 65, waarop het gebaseerd is, maakt deel uit van Titel IV van het EG-verdrag. Om verschillende redenen hebben het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Denemarken verklaard niet te zullen deelnemen aan de besluitvorming onder Titel IV. Ierland en het Verenigd Koninkrijk hebben wel de mogelijkheid om voor alle nieuwe regelingen te verklaren of ze willen deelnemen ('opt-in'-systeem). Denemarken daarentegen kan alleen deelnemen als het volledig afstand maakt van zijn voorbehoud, hetgeen onwaarschijnlijk is.¹⁵⁷ Bij de totstandkoming van de Insolventieverordening hebben Ierland en het Verenigd Koninkrijk meegedeeld dat zij wensten deel te nemen.¹⁵⁸ De verordening is aldus bindend voor en van toepassing in die twee Lidstaten.

Voor Denemarken daarentegen geldt de nieuwe regeling niet. Naar verluidt zou het de bedoeling zijn om tussen Denemarken en de Unie een verdrag te onderhandelen, om Deense insolventies het voordeel van het vrij verkeer in Europa te geven.¹⁵⁹ Of hoe een verdrag een verordening wordt, om daarna opnieuw de vorm van een verdrag aan te

nemen... In ieder geval is de huidige situatie van Denemarken een aantasting van de goede werking van de interne markt.

d. Geen bijzondere regeling voor ondernemingsgroepen

5-28. De verordening bevat geen specifieke regels m.b.t. de insolventie van ondernemingsgroepen.¹⁶⁰ Het faillissement van een onderneming brengt in de meeste Lidstaten niet noodzakelijk het faillissement van gelieerde ondernemingen met zich mee. Evenmin is het steeds mogelijk om verschillende faillissementsprocedures te consolideren wanneer ondernemingen van dezelfde groep getroffen worden. Zelfstandige rechtspersonen worden in de regel aan afzonderlijke procedures onderworpen. Dit verklaart het ontbreken in de verordening van een bijzondere regeling voor groepsfaleningen. Zolang de Lidstaten geen eenvormige regels hebben over vennootschapsprocedures, lijkt een dergelijke regeling trouwens onmogelijk.¹⁶¹

Voor elke zelfstandige rechtspersoon moet aldus bevoegdheid bestaan onder de verordening. Dit neemt niet weg dat wanneer een Lidstaat volgens zijn eigen recht bevoegdheid heeft over twee zelfstandige maar verbonden rechtspersonen, het vrij is om de faillissementsprocedures te consolideren.¹⁶² Ondanks het ontbreken van specifieke regels kan de verordening toch nog help bieden bij groepsfaleningen. Wanneer een onderneming bijv. in België failliet verklaard wordt, kan de Belgische curator zich op de verordening beroepen om erkend te worden in de andere Lidstaten waar dochterondernemingen gevestigd zijn. Vermits het faillissement krachtens de verordening geen (rechtstreekse) gevolgen heeft voor deze ondernemingen, treedt de curator niet als curator van de groep, en kan hij bijv. de activa niet verkopen. Hij moet nochtans krachtens de verordening (art. 16) als vertegenwoordiger van de moedervennootschap worden erkend. Zijn bevoegdheden als vertegenwoordiger ontleent hij echter niet aan het faillissementsrecht, doch aan het vennootschapsrecht.¹⁶³ Eventueel kunnen conflicten zich voordoen tussen zijn opdracht als curator en zijn hoedanigheid van aandeelhouder. Voorlopig is er geen regeling voor de (eventuele) conflicten tussen de *lex concursus* en de *lex societatis* van de dochteronderneming. Indien deze eveneens failliet verklaard wordt, kunnen de curatoren eventueel afspraken maken, bijv. onder de vorm van een 'protocol' (zie supra nr. 5-5 e.v.).

e. Subsidiaire rol van het nationaal recht

5-29. Voor de insolventies die buiten de verordening vallen, blijft het nationaal recht, inclusief eventuele verdragen, relevant. Het Belgisch internationaal faillissementsrecht

¹⁶⁰ Toelichtend Rapport, § 76. Zie algemeen RIGAUD, F., "Les créanciers et la faillite à l'intérieur d'un groupe transnational de sociétés", in *Les créanciers et le droit de la faillite*, C.D.V.A. (ed.), Brussel, Bruylant, 1983, 559-594.

¹⁶¹ In die zin Toelichtend Rapport, § 76. Zie voor de stand van zaken anno 1999, SLAGTER, W.J., "Europees concentrrecht", in *De meervoud van de rechtsvergelijking. Opstellen aangeboden aan prof. Mr. H. U. Jessurun d'Oliveira*, HONDUS, E.H., (ed.), Deventer, Kluwer, 1999, 103-114.

¹⁶² BALZ, M., *l.c. supra* noot 22, 503-504.
¹⁶³ Zie verder, BALZ, M., *l.c. supra* noot 22, 503, noot 74 en ook het Verslag van de Housse of Lords, o.c. *supra* noot 50, 13, nr. 32.

¹⁵³ Art. 60 EEX komt niet meer in het Lugano-verdrag voor en werd ook geschrapt in het San Sebastian-verdrag.

¹⁵⁴ Zie het MÖLLER-Rapport over het verdrag van Lugano, *Pb. C* 189, 28 juli 1990, 57, §§ 91-93 en algemeen KAYE, P., *The Law of the European Judgments Convention*, V, Chichester, Barry Rose, 1999, 3935-3936, alsook H. DUJNTIER TEBBENS, *l.c. supra* noot 92, 38, nr. 1.34.

¹⁵⁵ MÖLLER-Rapport, §§ 94-97.

¹⁵⁶ Het Persbericht verspreid n.a.v. de vergadering van de Raad van Justitie en Binnenlandse Zaken op 2 dec. 1999 (Persbericht nr. 13461/99 dd. 2 dec. 1999 voor de 2229ste vergadering van de Raad, (beschikbaar op [http://ue.eu.int/newsroom]), vermeldt dat de Raad een algemene overeenstemming over de ontwerp-insolventieverordening bereikte "met uitzondering van het vraagstuk van het territoriale toepassingsgebied". Zie in dezelfde zin voor de EEX II-Vo, Persbericht nr. 7100/00 n.a.v. de 2251ste vergadering van de Raad dd. 27 maart 2000. Het is onduidelijk of en hoe dit probleem achteraf opgelost is geweest.

¹⁵⁷ Voor een gedetailleerde analyse van de positie van die drie landen, zie J. BASEDOW, *l.c.*, noot 51, 695-696; J. ISRAEL, *l.c.*, noot 51, 85-86.

¹⁵⁸ Overweging nr. 32 van de Preamble.

¹⁵⁹ Zie Persbericht Nr. 8832/00 van 29 mei 2000 naar aanleiding van de 2266ste vergadering op 29 mei 2000 van de Raad Justitie en Binnenlandse Zaken (beschikbaar op [http://ue.eu.int/newsroom]), waarin vermeld werd dat "Denemarken zal, overeenkomstig zijn protocol, niet deelnemen. Denemarken gaf wel te kennen dat het dezelfde voorschriften wenst toe te passen als die welke in de verordening zijn vervat op basis van een tussen dit land en de Gemeenschap te sluiten overeenkomst".

berust grotendeels op een aantal door de rechtspraak ontleend beginselen.¹⁶⁴ Op termijn zal deze regeling worden vervangen door het IPR-wetboek.¹⁶⁵ Het ontwerp, dat op 26 maart 1999 door de Ministerraad goedgekeurd werd, wordt naar verluidt door de Raad van State onderzocht. Het bevat een aantal bepalingen m.b.t. de internationale aspecten van insolventies (artt. 114-117). De toekomstige regeling volgt het Europees voorbeeld slechts gedeeltelijk.¹⁶⁶ Voor de bevoegdheid wordt er weliswaar verwezen naar het 'zaken- of activiteitencentrum' van de schuldenaar.¹⁶⁷ Verder houdt het ontwerp evenwel vast aan de traditionele universaliteitsleer. Zo wordt er geen bijzondere bevoegdheidsregel voorzien voor het geval dat de schuldenaar in België slechts een vestiging zou hebben. Schuldeisers van een Belgisch bijkantoor zullen in de toekomst aldus beter beschermd worden wanneer ze met een 'Europese' schuldenaar te maken hebben. België zal alleen blijven staan in het kamp van de utopische universalisten. Voor andere landen zullen de verdragen een rol blijven spelen, in het bijzonder het Scandinavisch verdrag.

3. Bevoegdheidsregeling

5-30. De bepaling van de bevoegde rechter neemt in het internationaal faillissementsrecht een bijzondere plaats.¹⁶⁸ Niet alleen neemt de bevoegde rechter dankzij het *vis attractiva concursus*-beginsel kennis van aanverwante vorderingen, tevens past hij in beginsel steeds zijn eigen recht toe als *lex fori concursus*.¹⁶⁹

Het Belgisch recht hanteerde tot 1997 een formele bevoegdheidsregeling.¹⁷⁰ De Europese Insolventieverordening heeft gekozen voor een soepel criterium dat aansluit bij de economische realiteit, doch meer ruimte laat voor onzekerheid. De verordening regelt slechts de internationale bevoegdheid. Binnen elke Lidstaat dienen dan ook de lokale bevoegdheidsregels toegepast te worden om de territoriaal bevoegde rechtbank te bepalen.¹⁷¹

¹⁶⁴ Zie voor een overzicht, DE WULF, H., en WAUTELET, P., *l.c. supra* noot 57, en de hierin geciteerde literatuur. *Adde* BOS, T.M., *o.c. supra* noot 19, 106-111.

¹⁶⁵ Over dit project algemeen, zie WATTÉ, N., *J.T.* 2000, 34 en verder de informatie beschikbaar op [www.internationaalprivaatrecht.com] (site van de Universiteit van Gent).

¹⁶⁶ In de toelichting wordt nochtans uitdrukkelijk gesteld dat het Insolventieverdrag voor de nieuwe regeling model heeft gestaan. Zie ook de aansporing in het Toelichtend Rapport naar de Lidstaten toe om hun nationale wetgeving op de Europese regels af te stemmen (§45). *Adde* voor Italië, PRATO, V., "Regolamento UE sulle procedure d'insolvenza: un'opportunità per il legislatore italiano", *Il Fallimento* 2000, 709-710.

¹⁶⁷ Art. 114, § 1. Het is onduidelijk waarom het ontwerp op dit vlak van de Europese terminologie afwijkt. In de toelichting wordt er geen uitleg gegeven over het begrip 'zaken- of activiteitencentrum'. De memorie vermeldt slechts dat het formele criterium van de woonplaats verlaten werd.

¹⁶⁸ In die zin, WATTÉ, N. en MARQUETTE, V., *l.c. supra* noot 5, 292.

¹⁶⁹ Onder de Insolventieverordening is het bevoegdheidsbegrip in een ander opzicht beslissend: de toepasselijkheid van de regeling is immers afhankelijk van het bestaan van het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar op het grondgebied van een Lidstaat. Zie *supra* nr. 25.

¹⁷⁰ Zie voor een bespreking van art. 631 Ger. W. zoals gewijzigd door de Nieuwe Faillissementswet: WAUTELET, P., *l.c. supra* noot 57. Voor een vergelijking tussen het (oud) Belgische recht en de Europese regeling, zie TORREMANS, P., "International Bankruptcy Jurisdiction: The Belgian Example and the (Draft) European Convention", *Int'l Insolvency Rev.* 1994, 102-121.

¹⁷¹ In die zin, Overweging nr. 15 Preamble.

Wanneer de verordening in werking treedt, zullen alle Lidstaten dezelfde bevoegdheidsregels hanteren. Dit is een onontbeerlijke voorwaarde om, zoals in het EEX-Verdrag, het beginsel van de wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen te kunnen handhaven. Dankzij de gemeenschappelijke bevoegdheidsregels kan het aantal weigeringsgronden tot een minimum worden beperkt. Anderzijds winnen de bevoegdheidsregels in een dergelijk systeem aan belang. Daar er geen plaats is voor een bevoegdheidscontrole op het stadium van de erkenning resp. tenuitvoerlegging (zie *infra* nr. 5-49), moeten de aanspraken op bevoegdheid in hoofdte van een Lidstaat door de andere Lidstaten gehonoreerd worden. Dit kan slechts indien deze aanspraken als billijk en rechtvaardig worden beschouwd. Zoniet zullen bevoegdheidsconflicten de werking van de verordening torpederen.¹⁷²

5-31. De verordening bevat een aantal verbeteringen in vergelijking met de ontwerpvragen van 1970 en 1980. In deze teksten werd een dubbele bevoegdheidsregel voorzien. Enerzijds werd 'exclusieve' bevoegdheid toegekend aan de rechter van het 'zakencentrum' van de gefailleerde.¹⁷³ De aldus geopende procedure werd geacht over heel Europa uitwerking te hebben. Wanneer dit centrum buiten het Europees grondgebied lag, was onder de twee teksten de rechter van de 'vestiging' bevoegd. Het probleem lag echter in de omschrijving van die twee begrippen. De definitie van het 'zakencentrum' was immers bijzonder summier.¹⁷⁴ De verdragsopstellers gingen er van uit dat het zakencentrum in de meeste gevallen zonder problemen gelokaliseerd zou kunnen worden.¹⁷⁵ Voor het begrip 'vestiging' werd in 1970 zelfs geen definitie gegeven.¹⁷⁶

De verdragsopstellers waren niet blind voor eventuele bevoegdheidsconflicten.¹⁷⁷ Een aantal regels werden voorzien voor het geval dat twee rechtbanken zich gelijktijdig

¹⁷² Zie *bijv.* onder het EEX-Verdrag, *Continental Bank MA v. Aeakos Compania Naviera SA*, [1994] 1 Lloyd's Rep 505, [1994] 1 W.L.R. 588 (C.A.).

¹⁷³ Art. 3(1) van de twee ontwerp-verdragen. In het Duits ging het om het "Geschäftszentrum", in het Engels over het "center of administration", in het Frans over "centre d'affaires". Voor een gedetailleerde ontleding van dit begrip, zie LEURQUIN, X., *La notion de centre des affaires dans le droit européen de la faillite*, Thesis Bijz. Licentie Europees Recht U.C.L. 1969, 194 p., in het *bijz. pp.* 112-174 en PESCE, A., "Le centre des affaires en tant que chef de compétence", in *Les problèmes internationaux de la faillite et le marché commun*, *o.c. supra* noot 41, 157-163.

¹⁷⁴ Art. 3(2) ontwerp had het over "[...] le lieu où s'exerce habituellement l'administration des intérêts principaux du débiteur [...]".

¹⁷⁵ *Bijv.* NOËL, J., *l.c. supra* noot 41, 162 ("Il se semble pas que cette notion, qui synthétise pour l'essentiel des lois nationales assez peu discordantes, risque de susciter de grandes difficultés pratiques").

Zie nochtans de twijfels in de literatuur werden over de bruikbaarheid en de praktische toepasselijkheid van het begrip 'centre des affaires': *bijv.* JAHR, G., *l.c. supra* noot 41, 628 en 638; COLESANTIL, V., "Unité et universalité de la faillite (rapport général)", in *Les problèmes internationaux de la faillite et le marché commun*, *o.c.*, noot 41, (4), 19-22; RIVOLTA, G.C., "Intervention", in *idem*, (196), 201. *Vgl.* SCHRÖDER, J., "Internationale Zuständigkeit, allgemeine Konkurswirkungen sowie Anerkennung und Vollstreckung", in KEGEL, G., en THIEME, J., (eds.), *o.c. supra* noot 42, (299), 300. *Adde* BEUKENHORST, D.H., *l.c. supra* noot 42, 17 ("De ontworpen regeling zal er immers in het leeuwedeel van de gevallen toe leiden dat één bevoegde rechter wordt aangewezen [...]").

¹⁷⁶ Over de redenen van dit stilzwijgen, zie NOËL, J., *l.c. supra* noot 41, 162. In de tekst van 1980 werd in art. 4(2) een definitie gegeven.

¹⁷⁷ *Bijv.* NOËL, J., *l.c.* noot 41, 163-164.

bevoegd zouden verklaren. Kort geschetst werd de regeling van de bevoegdheidsconflicten gebaseerd op de voorrang van de rechtbank van het 'zakencentrum' t.o.v. de rechtbank van de 'vestiging'. Tussen twee rechtbanken van dezelfde orde werd het pleit beslecht d.m.v. een traditionele litispidentierregel, gebaseerd op de chronologische volgorde van de procedures.¹⁷⁸ Deze regeling liet veel te wensen over.¹⁷⁹

5-32. De verordening behoudt de dubbele aanknopning, enerzijds aan het 'centrum van de voornaamste belangen' van de schuldenaar, anderzijds aan mogelijke 'vestigingen' van de gefailleerde. De rol van de vestiging is evenwel volledig veranderd. Bovendien gaat de nieuwe regeling verder in het omschrijven van die twee begrippen, zoveel dat de onderhandelaars er vertrouwen in hadden dat de verordening zonder een uitdrukkelijke regeling van de bevoegdheidsconflicten kon functioneren. De twee aanknopningen, en hun functie, worden achtereenvolgens besproken.

I. CENTRUM VAN DE VOORNAAMSTE BELANGEN: UNIVERSELE INSOLVENTIE

5-33. Artikel 3(1) verleent bevoegdheid aan de rechter van het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar om het faillissement uit te spreken.¹⁸⁰ Uit de economie van de verordening blijkt dat een dergelijke procedure een universele strekking heeft, d.w.z. dat ze alle goederen van de schuldenaar beoogt te omvatten.¹⁸¹ Hiermee worden niet alleen de op Europees grondgebied gelegen goederen geseerd.¹⁸² Dit is geen teken van Europees 'impertalisme', doch een aanwijzing naar derde Staten toe dat, indien ze bereid zijn om gevolgen toe te kennen aan een Europees faillissement, de verordening zelf deze uitwerking niet zal weigeren.¹⁸³

De verordening bevat geen definitie van het begrip 'centrum van de voornaamste belangen'. In de preambule wordt de definitie van het Toelichtend Rapport overgenomen.¹⁸⁴ Als centrum wordt beschouwd de "plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het

beheer over zijn belangen voert en die daardoor als zodanig voor derden herkenbaar is".¹⁸⁵ Voor vennootschappen en rechtspersonen wordt vermoed dat het centrum van de voornaamste belangen met de statutaire zetel samenvalt (art. 3, lid 1 *in fine*). Het vermoeden is weerlegbaar. In het Toelichtend Rapport werd voorts vermeld dat voor natuurlijke personen die een beroepsactiviteit uitoefenen, het centrum van de voornaamste belangen in de regel zal zijn op de plaats waar zij deze uitoefenen; voor natuurlijke personen in het algemeen werd verwezen naar de gewone verblijfplaats.¹⁸⁶

5-34. Deze (schaarse) aanwijzingen wijzen erop dat de onderhandelaars voor een feitelijke en geen formele benadering hebben geopteerd.¹⁸⁷ In het Toelichtend Rapport wordt vooral de *voorzienbaarheid* naar derden toe benadrukt: partijen die met de schuldenaar te maken hebben, moeten kunnen voorzien waar een eventueel faillissement uitgesproken zal worden.¹⁸⁸ Het faillissement wordt als een risico beschouwd, waarvoor potentiële schuldeisers van de schuldenaar voorzieningen moeten kunnen treffen. Hiervoor moeten ze weten waar het faillissement uitgesproken zal worden. Vanzelfsprekend gaat het niet om de subjectieve en individuele verwachtingen van bijzondere schuldeisers, doch slechts om de 'redelijke' verwachtingen van de schuldeiser-huisvader. De verwijzing naar de herkenbaarheid voor derden zal slecht in uitzonderlijke gevallen een rol spelen.¹⁸⁹

Naast de voorzienbaarheid speelt ook het begrip 'belangen' een rol. Hiermee worden volgens het Toelichtend Rapport niet alleen de commerciële, industriële of beroepsmatige activiteiten van de schuldenaar bedoeld, maar in het algemeen alle economische activiteiten zonder onderscheid. Dit is nodig nu de regeling ook van toepassing is op particulieren en in het bijzonder op consumenten. In geval van twijfel is de plaats van de *voornaamste* van deze belangen beslissend. Wanneer de productiewerkzaamheden en de beheersactiviteiten in verschillende landen verspreid zijn, lijkt voorrang aan deze laatste te moeten worden verleend.¹⁹⁰ Anderzijds zullen derden, bijv. leveranciers, waarschijnlijk meer vertrouwd zijn met de plaats waar de productieinstallaties en/of de kantoren liggen, dan met de plaats waar de beslissingen worden genomen.

De bevoegdheidsregel van artikel 3 lijkt een behoorlijk compromis te vormen tussen de tegenstrijdige imperatieven van 'nauwe band' enerzijds en van duidelijkheid en eenvoud

¹⁸⁵ Overweging nr. 13.

¹⁸⁶ Toelichtend Rapport, § 75. BERENDS heeft twijfels over dit laatste t.a.v. personen die in het ene land wonen en in het andere land werken: A. J. BERENDS, *l.c. supra* noot 20, 199.

¹⁸⁷ *Vgl.* met de aanknopning aan de plaats van inschrijving in het bevolkingsregister onder de oude

Faill. W., waarover DE WULF, H. en WAUTELET, P., *l.c. supra* noot 57, 147-151.

¹⁸⁸ Toelichtend Rapport, § 75.

¹⁸⁹ Het belang van de voorzienbaarheid voor potentiële schuldeisers dient te worden genuanceerd. In de mate dat de verordening eenvormige regels invoert, en in het bijzonder eenvormige verwijzingsregels, wordt het faillissement van een buitenlandse schuldenaar een minder groot risico voor de schuldeisers.

¹⁹⁰ Overweging nr. 13 van de Preamble heeft het immers over de plaats waar de schuldenaar zijn belangen "beheert". Het lijkt echter gevaarlijk om te concluderen dat het begrip 'centrum van de voornaamste belangen' gelijkgesteld kan worden met de in het Belgische ipr traditionele aanknopning aan de 'werkelijke zetel'. *Vgl.* TAUPITZ, J., *l.c. supra* noot 19, 326 (volgens TAUPITZ moeten de 'voornaamste belangen' van de schuldenaar vastgesteld worden overeenkomstig het in het conflictrecht gebruikelijke beginsel van de 'nauwste band').

¹⁷⁸ Artt. 15 en 16 van het ontwerp van 1970, arts. 13-14 ontwerp van 1980.

¹⁷⁹ Beide ontwerpen bevatten bijv. een regel voor het geval dat twee rechtbanken van dezelfde orde op dezelfde dag zouden worden gevat. In dit geval werd de *alfabetische* methode gebruikt, in functie van de benaming van de zetel van de twee rechtbanken. De teksten repten met geen woorden over het geval waarin beide namen met dezelfde letter zouden beginnen.... Zie art. 52(2) van de 1970-tekst en art. 58(2) van de 1980-tekst, waarover STARACE, V., "Sur la réglementation des concours de chefs de compétence judiciaires", in *Les problèmes internationaux de la faillite et le marché commun*, o.c. *supra* noot 41, 126-131. Voor een scherpe kritiek op deze absurde en arbitraire regeling, zie FLETCHER, I.F., o.c. *supra* noot 10, 253 (volgens wie het gaat om "surely the height of absurdity as a proposed rule for adoption by a sophisticated Community of States").

¹⁸⁰ *Vgl.* met de bevoegdheid in het Frans recht van de rechter van de 'centre principal des intérêts', waarover bijv. KHAIRALLAH, G., "Les faillites concurrentes", *Travaux com. Fr. DIP*, 1994-95, (157) 158.

¹⁸¹ Uitdrukkelijk in overweging nr. 12 van Preamble.

¹⁸² In het Toelichtend Rapport werd gewag gemaakt van 'wereldwijde' aanspraken, § 73.

¹⁸³ Over deze problematiek zie Cass., 26 sept. 1991, *R.W.* 1991-92, 917 (in dit arrest gaat het Hof van Cassatie ervan uit dat de Deense wetgeving aan Deense faillissementen geen extra-territoriale gevolgen toekent. Dit wordt tegengesproken door BOGDAN, M., *l.c. supra* noot 1, *J.C.L.Q.*, 1985, (49) 60 en door het overzicht van COOPER, N. en JARVIS, R., *Recognition and Enforcement of Cross-Border Insolvency. A Guide to International Practice*, Clutches, Insol International/John Wiley & Sons, 1996, 27).

¹⁸⁴ Toelichtend Rapport, § 73.

anderzijds. Toch blijft er ruimte voor betwistingen tussen twee rechtbanken.¹⁹¹ Fletcher verwijst bijv. naar het BCCI-geval waar de bank in Luxemburg geïncorporeerd was, doch het grootste deel van haar activiteiten in Engeland ontplooidte.¹⁹² In een dergelijk geval schrijft FLETCHER "[o]ne could imagine that [...] both courts could readily persuade themselves that the centre of the main interests of BCCI was located within their jurisdictions, for the purposes of Article 3(1)".¹⁹³

Dit is onvermijdelijk nu de onderhandelaars voor een feitelijk criterium geopteerd hebben, dat nauw bij de economische werkelijkheid aansluit. De (beperkte) onzekerheid is m.a.w. de prijs die voor een niet-formele benadering moet worden betaald.¹⁹⁴ De verordening komt echter gedeeltelijk tegemoet aan het verlangen voor rechtszekerheid door een weetlegbaar vermoeden in te voeren i.v.v. de statutaire zetel.¹⁹⁵ Het spreekt vanzelf dat geen rekening zal worden gehouden met deze zetel bij zgn. postbusvennootschappen.

5-35. In tegenstelling tot eerdere ontwerpen, bevat de verordening geen uitdrukkelijke regeling i.v.m. *bevoegdheidsconflicten*. VIRGÓS en SCHMIT schrijven (optimistisch) dat dergelijke conflicten de uitzondering zullen zijn, omdat het gehanteerde bevoegdheids-criterium "noodzakelijk een uniform karakter draagt".¹⁹⁶ Het lijkt weinig realistisch om, telkens twee rechters van mening verschillen over de lokalisatie van het bestuurcentrum van de schuldenaar, een beroep op het Hof van Justitie te doen.¹⁹⁷ De Preambule vermeldt dat bevoegdheidsconflicten "volgens het vertrouwensbeginsel" dienen te worden beslecht.¹⁹⁸ Verder wordt gepreciseerd dat de beslissing van de rechter die de procedure het eerst heeft geopend, "in de andere Lidstaten [moet] worden erkend, zonder dat deze de bevoegdheid hebben de beslissing van die rechter te toetsen".¹⁹⁹ Het is immers zo dat volgens art. 16 de beslissing tot opening van een faillissement in alle andere Lidstaten automatisch erkend dient te worden. Van zodra een rechter zich bevoegd verklaart om het faillissement uit te spreken, dienen de overige rechters te erkennen dat het centrum van de voornaamste belangen door deze beslissing onherroepelijk in het rechtsgebied van de eerste rechter is geweest.²⁰⁰ Zodoende wordt voor de beslechting van eventuele bevoegdheidsconflicten een bijzondere toepassing van de 'first in time rule' gemaakt : voorrang wordt (impliciet) verleend niet aan de eerst

¹⁹¹ In dezelfde zin, Bos, T.M., *l.c. supra* noot 82, 295; BEUKENHORST, D.H., *l.c. supra* noot 48, 93.

¹⁹² FLETCHER, I.F., *o.c. supra* noot 10, 261, noot 48 en *id.*, *l.c. supra* noot 48, *Brooklyn J. Int'l L.*, 1997, 37. Zie *supra* nr. 5 i.v.m. de BCCI-zaak.

¹⁹³ FLETCHER, I.F., *l.c. supra* noot 48, *Brooklyn J. Int'l L.* 1997, 37. *Id.*, *o.c. supra* noot 10, 261.

¹⁹⁴ Over de onderhandelingen, en in het bijzonder de keuze tussen een formeel-abstrakt criterium en een pragmatische opstelling, zie BERENDS, A. J., *l.c. supra* noot 20, 198-199.

¹⁹⁵ FLETCHER merkt terecht op dat de verordening niet aangeeft wat vereist is om het vermoeden te weerleggen : FLETCHER, I.F., *l.c. supra* noot 48, *Brooklyn J. Int'l L.*, 1997, 37.

¹⁹⁶ Toelichtend Rapport, § 79.

¹⁹⁷ Nochtans wordt dit als mogelijkheid vermeld in het Toelichtend Rapport, § 79. Zie eveneens BALZ, M., *l.c. supra* noot 22, 505, noot 83 ("The possibility of seeking a preliminary decision by the Court of Justice [...] is academic [...]").

¹⁹⁸ Over de beperkte mogelijkheid om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof, zie *supra* nr. 5-10. Overweging nr. 22.

¹⁹⁹ Overweging nr. 22. Zie reeds Toelichtend Rapport, § 79 e.v.

²⁰⁰ De verordening laat immers geen ruimte voor een onderzoek naar de bevoegdheid van de eerste rechter, Toelichtend Rapport, § 220 (ook niet onder de openbare orde clausule, § 202). Zie *infra* nr. 5-49.

gevatte rechter, doch aan de rechtbank die zich als eerst bevoegd verklaart. De vraag blijft open wat dient te gebeuren indien twee rechtbanken hun bevoegdheid op dezelfde dag erkennen.²⁰¹

5-36. De Insolventieverordening bevat geen uitdrukkelijke regels i.v.m. de bevoegdheid tot gelasten van voorlopige en bewarende maatregelen. Uit de preambule kan afgeleid worden dat de bevoegdheid daartoe aan de rechter toekomt die voor de opening van de hoofdsolventieprocedure bevoegd is.²⁰² Dergelijke maatregelen zijn vaak cruciaal voor het welslagen van de insolventie. Daarom wordt ook erkend dat de voorlopige bevoegdheid bestaat van zodra de rechter om opening van een insolventieprocedure verzocht is. Zodoende kunnen maatregelen worden getroffen nog vóór het faillissement uitgesproken is. De bewarende maatregelen zijn niet tot het grondgebied van de rechter beperkt. Ook goederen die zich op het grondgebied van andere Lidstaten bevinden kunnen geïseerd worden.²⁰³ Op dit grond kan bijv. een 'pan-europees' beslag op de goederen van de schuldenaar of een verbod op beschikking worden verkregen.

In tegenstelling tot het EEX-Verdrag (art. 24) voorziet de verordening niet in een zelfstandige bevoegdheidsregel voor het treffen van bewarende maatregelen. Dit betekent echter niet dat andere rechters dan de bodemrechter daartoe onbevoegd zouden zijn. Het Toelichtend Rapport verduidelijkt dat deze rechters nog steeds geïseerd kunnen worden voorzover ze volgens hun eigen nationaal recht bevoegd zijn.²⁰⁴ Dit nationaal recht zal ook bepalen welke voorlopige maatregelen beschikbaar zijn en onder welke voorwaarden. De subsidiaire bevoegdheid op grond van het nationaal recht zal aan de orde komen om zich bijv. rechtstreeks te wenden tot de rechter van het land waar de litigieuze goederen zich bevinden. Op dit vlak sluit de verordening het nationaal recht aldus niet uit.²⁰⁵ De rechter van de hoofdsolventieprocedure behoudt echter de bovenhand : hij kan de intrekking, wijziging dan wel de voortzetting van de door een andere rechter genomen maatregelen gelasten.²⁰⁶

De verordening spreekt zich niet uit over de draagwijdte van de door artikel 3 toegekende bevoegdheid. In artikel 15 van het gewijzigde Ontwerp van 1982 werden de aangelegenheden opgesomd waarover de jurisdictie van de bevoegde rechter zich uitstrekt. In de huidige tekst werd afgezien van een dergelijke definitie van het beginsel 'vis attractiva concursus'. Het Toelichtend Rapport verwijst voor de begrenzing van de bevoegdheid van de faillissementsrechter naar de beslissing *Gourdaint, Nadler* van het

²⁰¹ Het beroep op de automatische erkenning ter oplossing van bevoegdheidsconflicten kan tot spanningen leiden indien een rechtbank de Europese bevoegdheidsregels kennelijk miskent. Zoals FLETCHER het terecht opmerkt, "in practice, the ultimate outcome might depend on which court one approaches first, and on whether that court makes its determination in a manner that truly reflects the spirit of trust and good faith that is meant to infuse the working of the EU's Conventions" (*l.c. supra* noot 48, *Brooklyn J. Int'l L.*, 1997, 37 - cursivering door de auteur).

²⁰² Overweging nr. 16 erkent uitdrukkelijk dat de tot opening van de hoofdsolventieprocedure bevoegde rechter gemachtigd is om voorlopige maatregelen te treffen, zie verder Toelichtend Rapport, § 78.

²⁰³ Overweging nr. 16. Zie ook Toelichtend Rapport, § 78. Voor de erkenning, zie verder nr. 57.

²⁰⁴ Toelichtend Rapport, § 78.

²⁰⁵ Deze oplossing heeft het voordeel van de duidelijkheid. Zo wordt immers vermeden dat een bepaling zoals art. 24 EEX-Verdrag, die in wezen slechts een verwijzing naar het nationaal recht is, met de tijd tot een echte Europese bevoegdheidsregel groeit, met een zekere onzekerheid als gevolg.

²⁰⁶ Ten minste, zo wil het het Toelichtend Rapport, § 78.

Hof van Justitie (zie supra nrs. 16 e.v.). De aldaar gestelde regels dienen niet alleen voor de bepaling van de respectieve toepassingsgebieden van het EEX-Verdrag en de Insolventieverordening; ze zijn tevens beslissend voor de vraag naar de omvang van de bevoegdheid van de faillissementsrechter.

II. VESTIGING : TERRITORIALE INSOLVENTIES

5-37. In België domineert de universaliteitsleer al lang het debat. Hierdoor is er geen ruimte om het faillissement van een schuldenaar uit te spreken wanneer deze in België slechts over een vestiging beschikt.²⁰⁷ De Insolventieverordening laat daarentegen toe dat een insolventieprocedure geopend wordt in alle landen waar de schuldenaar d.m.v. een vestiging opereert. Deze aantasting van het universalistische uitgangspunt werd als noodzakelijk beschouwd om de instemming van alle Lidstaten te bereiken. Wanneer de schuldenaar over een vestiging in een Lidstaat beschikt, kan in deze Staat een aparte procedure worden geopend. Daar waar de schuldenaar geen vestiging heeft, is de rechter onbevoegd, zelfs wanneer hij bevoegdheid bezit krachtens zijn nationaal recht. Dit recht kan slechts ingeroepen worden wanneer het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar buiten de Unie gelegen is.²⁰⁸ De gevolgen van een dergelijke procedure vallen dan niet onder de verordening.

Een dergelijke insolventie werkt strikt *territoriaal*. De gevolgen ervan blijven beperkt tot de goederen van de schuldenaar die zich in de staat bevinden waar de procedure geopend wordt.²⁰⁹ In de Preambule wordt aangegeven onder welke omstandigheden het openen van een territoriale procedure wenselijk is.²¹⁰ In de eerste plaats dient de territoriale procedure tot bescherming van de 'plaatselijke belangen'.²¹¹ Hiermee wordt bedoeld de bescherming van de lokale schuldeisers, die de schuldenaar krediet hebben verleend op basis van het in hun land aanwezige onderpand. Het openen van een lokale procedure laat hen toe te ontsnappen aan de toepassing van de *lex concursus* van het land van het hoofdfailissement, dat hun voorrechten en zekerheden eventueel in het gedrang kan brengen. Hierdoor blijven ze ook immuun voor de bijkomende belasting

²⁰⁷ Bij de invoering van het Gerechtelijk Wetboek werd nochtans overwogen om het uitspreken van het faillissement van vestigingen door Belgische rechtbanken mogelijk te maken, omwille van de vastgestelde 'vermenigvuldiging van vestigingen van vreemde firma's': VAN REEPINGHEN, CH., *Verslag over de Gerechtelijke Hervorming*, Brussel, Belgisch Staatsblad, 1964, 255-256. Gevreesd werd dat die vestigingen volledig aan de Belgische faillissementswet zouden ontsnappen. Uiteindelijk werd van de hervorming afgezien in het vooruitzicht van een volledige hervorming van het internationaal faillissementsrecht, die er tot nu toe nog niet gekomen is.

Zie evenwel in de zaak *Air Zaïre* de opening in België van het faillissement van een onderneming waarvan de statutaire zetel te Kinshasa gevestigd was: *Cass.*, 2 dec. 1996, *T.B.H.* 1997, 526, noot M. CLAEYS; *J.T.* 1997, 236. Zie in dezelfde zaak Kh. Brussel, 12 juni 1995, *Rev. Prat.* Soc. 1996, 122, noot J.-L. VAN BOXSTAELE.

²⁰⁸ Toelichtend Rapport, § 82. BERENDS merkt evenwel op dat de verordening de mogelijkheid laat voor de Lidstaten om een procedure te openen, zelfs in afwezigheid van vestiging, voorzover de betrokken procedure niet in één van de bijlagen opgenomen is. Hij besluit echter dat 'het openen van een niet in de bijlagen genoemde procedure in een staat waar geen vestiging is, in strijd is met [de verordening], althans op gespannen voet staat met de geest van de verordening' (BERENDS, A.J., *l.c. supra* noot 20, 203).

²⁰⁹ Overweging nr. 12.

²¹⁰ Zie reeds Toelichtend Rapport, §§ 32-33.

²¹¹ Overweging nr. 19. In overweging nr. 12 wordt ietwat cryptisch verwezen naar de noodzaak om de 'diversiteit van de belangen' te beschermen.

en kosten die uit het voeren van een procedure in het buitenland voortvloeien. De mogelijkheid om een lokale procedure te openen is niet de enige maatregel ter bescherming van de plaatselijke schuldeisers. De verordening voorziet tevens in talrijke uitzonderingen op de toepassing van de *lex fori concursus*.

5-38. Het openen van een lokale procedure dient dan de verwachtingen van de lokale schuldeisers in te lossen. Er bestaat echter discussie over de noodzaak om plaatselijke schuldeisers te beschermen. Berends wijst er bijv. op dat het beeld van plaatselijke schuldeisers als kleine handelaars, voor wie het ondernemen van formaliteiten in een buitenlandse procedure een onoverkomelijk obstakel vormt, niet noodzakelijk met de werkelijkheid overeenstemt. Zoals hij het opmerkt, "[h]oe groter de schuldeiser, hoe vaker hij een plaatselijke schuldeiser is".²¹² Anderen zoals Dalhuisen bijv. menen dat de verordening niet ver genoeg gaat in de bescherming van de lokale schuldeisers.²¹³ De verordening heeft duidelijk voor de plaatselijke schuldeisers gekozen. Het laat immers geen ruimte voor een concrete toetsing aan de economische werkelijkheid. Het Toelichtend Rapport schrijft voor dat het recht van de schuldeisers om een secundaire procedure aan te vragen niet beperkt is door een vereiste van een specifiek belang. Tijdens de onderhandelingen werd voorgesteld om dit recht voor te behouden aan de schuldeisers met een gunstiger rechtspositie in de secundaire procedure dan in de hoofdprocedure, bijv. een gunstiger rang. Dit voorstel werd uiteindelijk niet aanvaard.²¹⁴

Van zodra er een vestiging is, zijn de lokale schuldeisers gerechtigd om een plaatselijk faillissement aan te vragen, zelfs indien het gaat om internationaal opererende bedrijven. De verordening laat niet toe dat de rechter zou nagaan of het openen van een territoriale procedure nderdaad gewenst is ter bescherming van bepaalde schuldeisers. De enige mogelijke ruimte zit in de uitlegging van het begrip 'vestiging'.

5-39. Naast de bescherming van de plaatselijke belangen kan een secundaire procedure volgens de preambule tevens vereist zijn voor een "efficiënt beheer" van de boedel. Het gaat met name om de situatie waarin de boedel van de schuldenaar te gecompliceerd is om als één boedel te worden beheerd, of de verschillen in de rechtsstelsels zo groot zijn "dat er moeilijkheden zouden rijzen bij uitbreiding van de rechtsgevolgen van het recht van de Lidstaat waar de procedure geopend wordt tot de anderen Lidstaten waar zich goederen bevinden".²¹⁵ De secundaire procedure wordt dan als een 'hulpprocedure'

²¹² BERENDS, A.J., *l.c. supra* noot 20, 205. BERENDS vervolgt, "Grote multinationale ondernemingen zijn een plaatselijke schuldeiser in elk land waar zij een vestiging hebben. [...] Juist deze schuldeisers kunnen in elk land waar het hun beste uitkomt gemakkelijk juridische bijstand zoeken. De 'model-plaatselijke schuldeiser' is niet langer de kleine melkboer om de hoek".

²¹³ DALHUISEN, J.H., *l.c. supra* noot 48, 171 e.v.

²¹⁴ Toelichtend Rapport, § 227. Zie voorts § 28: "Het Verdrag (lees nu: de verordening) sielt geen beperkingen aan het recht van een schuldeiser om de opening van een secundaire procedure aan te vragen". Volgens BALZ kan een Lidstaat zich echter op zijn nationaal recht beroepen om "frivolous filings" te weren (BALZ, M., *l.c. supra* noot 22, 524).

²¹⁵ Preambule, Overweging nr. 19.

beschouwd.²¹⁶ In deze situatie zal de curator zelf aan de grondslag van de territoriale procedure liggen, terwijl in het eerste geval de lokale schuldeisers het initiatief zullen nemen om een secundaire procedure aan te vragen.

5-40. Secundaire procedures worden in de verordening ingevoerd als correctief op de automatische erkenning in alle Lidstaten van de gevolgen van een in een ander Lidstaat uitgesproken faillietverklaring. Hierdoor heeft Europa voor het *pluraliteitsmodel* gekozen. Secundaire en hoofdsolventieprocedures bestaan echter niet parallel. Tussen de twee bestaat er een duidelijk hiërarchisch verband. Die vertaalt zich in een reeks concrete coördinatiemaatregelen (zie verder nrs. 5-62 e.v.). Het eerste element van deze hiërarchische verhouding bestaat erin dat territoriale insolventies niet onbeperkt mogelijk zijn. Hierna worden de verschillende voorwaarden besproken waaraan het openen van een dergelijke procedure onderworpen is.

Het openen van een secundaire procedure is in de eerste plaats slechts een *mogelijkheid*. Het louter bestaan van een vestiging betekent niet dat een secundaire procedure *ipso facto* geopend wordt. De hoofdcurator en de plaatselijke schuldeisers dienen het voordeel van een lokale procedure af te wegen met de kosten ervan. De opening van een secundaire procedure wordt verder begrensd door de vereiste aanwezigheid van een vestiging op het grondgebied van een andere staat dan waar het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar gelegen is.

Aan dit sleutelbegrip moet vanzelfsprekend een autonome definitie worden gegeven.²¹⁷ Volgens artikel 2 onder h) wordt met 'vestiging' bedoeld "elke plaats van handeling waar de schuldenaar met behulp van mensen en goederen een economische activiteit uitoefent die niet van tijdelijke aard is".²¹⁸ Het begrip vestiging wordt aldus "aan de ruime kant geformuleerd".²¹⁹ Volgens het Toelichtend Rapport is dit het gevolg van het compromis gesloten tussen de Lidstaten : in ruil voor het schrappen van de enkele aanwezigheid van goederen als bevoegdheidsgrond werd door sommige landen een ruime interpretatie van het begrip 'vestiging' bedongen.²²⁰ Dit neemt niet weg dat er voor het bestaan van een vestiging een zeker drempel is.

In de eerste plaats is een zekere *continuïteit* van de activiteit vereist. De verordening bevat geen minimum tijdsduur, hetgeen sowieso willekeurig zou zijn.²²¹ Daarnaast

wordt de gecumuleerde aanwezigheid van personeel en goederen vereist. Deze dubbele voorwaarde wijst op de noodzaak van een zekere *organisatie*. Met 'goederen' wordt niet zomaar om het even welke vermogensbestanddeel bedoeld. Aangenomen kan worden dat deze goederen in de economische activiteit gebruikt dienen te worden.²²² In het Toelichtend Rapport wordt uitdrukkelijk gepreciseerd dat de enkele aanwezigheid van goederen niet volstaat.²²³ De loutere omstandigheid dat de gefailleerde bijv. een of meerdere rekeningen bij een Luxemburgse bank bezit, volstaat nog niet om de rechter te Luxemburg bevoegd te maken. De passieve aanwezigheid van goederen, zelfs indien van grote waarde, volstaat niet. Vereist is dat de schuldenaar een minimum aan activiteiten ontplooid heeft.

Voor sommige landen betekent het vereiste van vestiging daarom een beperking van hun bestaande bevoegdheidsregels. Is evenmin voldoende de omstandigheid dat de debiteur in een bepaald land enige overeenkomsten heeft gesloten.²²⁴ BEUKENHORST vat dit samen door te stellen dat er slechts sprake van een vestiging is in aanwezigheid van een zekere mate van organisatie van de ingeschakelde mensen en goederen, alsmede een zekere duurzaamheid en stabiliteit van de ondernomen activiteit.²²⁵ Als voorbeelden kan verwezen worden naar het bijkantoor van een advocatenassociatie of het kantoor van de vertegenwoordiger van een buitenlandse onderneming mits hij over een zekere uitrusting – bijv. gehuurd kantoorruimte met geleaste apparatuur – beschikt.²²⁶

Een tijdelijk kantoor, geopend om één transactie af te wikkelen, en dat een beroep doet op de materiële uitrusting van een andere onderneming, komt niet in aanmerking.²²⁷ Hetzelfde geldt voor vakantiehuisen en alleenstaande vertegenwoordigers.²²⁸ Gedetacheerde werknemers en andere consultants die voor een lange periode in een ander bedrijf presteren, vallen in de regel evenmin onder het begrip 'vestiging'. Een dochteronderneming met aparte rechtspersoonlijkheid kan niet worden beschouwd als een

²²² VINGOIS en SCHMIT preciseren echter dat de activa van de vestiging niet per se met de economische activiteiten van de vestiging verband hoeven te houden (Toelichtend Rapport, § 71 *in fine*).

²²³ Toelichtend Rapport, § 70. Vgl. met art. 17 van het verdrag van Istanboel : zijn bevoegd om een secundaire procedure te openen de gerechten van de staat waar de schuldenaar over een vestiging of over goederen beschikt. In het Rapport MALANGRÉ voor het Europees Parlement (o.c. *supra* noot 53, 12), wordt het ontbreken van bevoegdheid uit hoofde van de aanwezigheid van goederen betreurd.

²²⁴ BERTRAMS, R., *l.c. supra* noot 48, 63. Vgl. met de bevoegdheid zoals ze nu in het Frans recht wordt bepaald : het bestaan van 'relations d'affaires réelles en France' volstaat om de bevoegdheid van de Franse rechter te steunen : REMERY, J.P., "La jurisprudence française en matière de faillite internationale", *Traavaux com. français DIP* 1992-93, (227), 230.

²²⁵ Volgens BERENDS kan het begrip 'vestiging' gelijk worden gesteld met het begrip 'kantoor' van art. 2 lid 4 Nederlandse Faill. W. (BERENDS, A.J., *l.c. supra* noot 20, 203). Over het begrip 'kantoor' zie DALHUISEN, J.H., "Report for the Netherlands", in *Cross-Border Insolvency : National and Comparative Studies*, FLETCHER, I.F. (ed.), Tübingen, J.C.B. Mohr, 1992, (186), 191-192.

²²⁶ BEUKENHORST, D.H., *l.c. supra* noot 48, 93. BOS heeft het over "iedere vorm van economische activiteit van een debiteur in een bepaald organisatorisch verband en met een zekere mate van stabiliteit" (T. M. BOS, o.c. *supra* noot 19, nr. 9.3.4.3.).

²²⁷ BALZ, M., *l.c. supra* noot nr. 22, 505.

²²⁸ In het Rapport wordt vermeld dat "[e]en louter toevallige plaats van werkzaamheden [...] niet als vestiging aangemerkt [kan] worden" (§ 71).

²²⁹ Zie nochtans i.v.m. een vakantiehuis met een olijfboomgaard of een lavandellekerij, BEUKENHORST, D., *l.c. supra* noot 48, 93-94.

²¹⁶ Zie over 'hulpfaillissementen' reeds BEUKENHORST, D.H., *l.c. supra* noot 42, 21 (BEUKENHORST stelde toen voor om territoriale procedures toe te laten, die hij als volgt beschreef : "facultatieve, op de aanwezigheid van (substantiële) vermogensbestanddelen gebaseerde hulpfaillissementen voor de afwikkeling van zuiver lokale aangelegenheden die [...] de afwikkeling van de hoofdboedel niet of nauwelijks betreffen").

²¹⁷ Toelichtend Rapport § 70. De verordening moet vanzelfsprekend worden uitgelegd onafhankelijk van het nationaal recht.

²¹⁸ Vgl. met de definitie in de Unictrol-modelwet, art. 2 (f) : "any place of operation where the debtor carries out a non-transitory economic activity with human means and goods or services".

²¹⁹ BERENDS, A.J., *l.c. supra* noot 20, 202. Zie ook in die zin, BALZ, M., *l.c. supra* noot 22, 505. In het Toelichtend Rapport wordt verwezen naar de "zeer open definitie" van artikel 2(h) (§ 70).

²²⁰ Toelichtend Rapport, § 70. Over dit compromis, zie BERENDS, A.J., *l.c. supra* noot 20, 201-203. Met name pleitte België tijdens de onderhandelingen voor een zo beperkt mogelijke uitzondering op de universaliteit (T. M. BOS, o.c. *supra* noot 19, nr. 9.3.4.3., noot 63).

²²¹ Door de negatieve omschrijving ("niet van tijdelijke aard") wordt het probleem van de minimumduur ontlopen.

vestiging.²²⁹ De dochteronderneming valt sowieso buiten het faillissement van de moederonderneming.

5-41. Voor het bepalen van de aanwezigheid van een vestiging zijn de *verwachtingen van derden*, en met name van de schuldeisers, ook belangrijk. Volgens het Toelichtend Rapport is "[d]oorlaggend [...] hoe de activiteit naar buiten overkomt en niet welke oogmerken de schuldenaar heeft".²³⁰ Schuldeisers die met de vestiging van een buitenlandse onderneming handelen, moeten erop kunnen rekenen dat de vestiging bij faillissement aan dezelfde regels onderworpen zal worden als de plaatselijke handelaars. Zodoende hoeven potentiële schuldeisers niet stil te staan bij het nationale dan wel het buitenlandse karakter van de contractspartner.²³¹

In de verordening wordt niet gepreciseerd wanneer de schuldenaar een vestiging moet bezitten. Logischerwijze is het tijdstip van het uitspreken van het faillissement beslissend.²³² De vraag blijft open of de bevoegdheid blijft bestaan wanneer de schuldenaar zijn activiteiten stopzet en de vestiging opdoekt met achterlating van onbetaalde schulden.²³³

5-42. Een verdere beperking betreft de *identiteit* van degenen die het openen van een territoriale insolventie kunnen aanvragen. Een territoriale procedure kan in de eerste plaats gevraagd worden door de curator van de hoofdprocedure (art. 29 (a)). Op dit vlak verandert de verordening het nationaal materieel recht.²³⁴ De curator van een secundaire procedure beschikt echter niet over dit recht, evenmin als een eventuele 'voorlopige curator' aangeesteld in afwachting van de opening van de hoofdinventieprocedure.²³⁵

Een secundaire procedure kan daarnaast ook gevraagd worden door alle personen en instanties die volgens het nationaal recht van de desbetreffende staat het faillissement mogen aanvragen, bijv. de schuldenaar of de rechter ambtshalve. Dit recht wordt hen zonder onderscheid toegekend. In het bijzonder wordt geen eis van specifiek belang

²²⁹ BERTRAMS, R., *l.c. supra* noot 48, 64. Zie *supra* nr. 5-28.

²³⁰ Toelichtend Rapport, § 71.

²³¹ Bij de interpretatie van het begrip 'vestiging' kan in ieder geval niet teruggegrepen worden naar de rechtspraak van het Hof van Justitie i.v.m. art. 5, 5^e EEX-Verdrag. De twee bepalingen streven gelijkaardige doeleinden na, te weten de bescherming van derden te goeder trouw tegen het 'buitenlands' risico. Art. 5, 5^e EEX-verdrag moet echter als uitzondering op de algemene regel van art. 2 beperkend worden geïnterpreteerd, terwijl de Lidstaten afgesproken hebben het begrip 'vestiging' van de verordening ruim te omschrijven. Uitdrukkelijk Toelichtend Rapport, § 70. Zie ook BALZ, M., *l.c. supra* noot 22, 505, noot 87 (volgens wie de definitie van het begrip vestiging in de verordening is "broader than the definition used in Article 5(5) of the Brussels Convention").

²³² BERTRAMS, R., *l.c. supra* noot 48, 63.

²³³ Onkenkend, BERTRAMS, R., *l.c. supra* noot 48, 64.

²³⁴ Een andere wijziging betreft de vereiste insolventie van de schuldenaar. Dit vereiste behoeft niet meer te worden nagegaan vermits art. 27 stelt dat een secundaire procedure kan worden geopend "zonder dat de insolventie van de schuldenaar [...] behandeld hoeft te worden".

²³⁵ Toelichtend Rapport, § 226 en § 262.

gesteld.²³⁶ Ook buitenlandse schuldeisers kunnen bijgevolg de opening van een secundaire procedure vragen, wanneer dit hen goed uitkomt.²³⁷

5-43. Beperkingen zijn er tenslotte wat de aard van de procedure betreft. Een lokale insolventieprocedure kan worden geopend zowel vóór als na een hoofdprocedure. In het eerste geval betreft het een 'zelfstandige territoriale procedure', omdat ze nog niet op een hoofdprocedure kan steunen. In het tweede geval gaat het om een 'secundaire territoriale procedure'.²³⁸ De verordening schrijft voor dat secundaire procedures steeds de versfeining van de onderneming dienen te beogen.²³⁹ Deze beperking werd ingevoerd in het licht van de moeilijkheid om procedures af te stemmen die verschillen- de doelstellingen nastreven (*supra* nr. 5-22).

Daarentegen wordt de mogelijkheid open gelaten dat een *zelfstandige* procedure zich op de reorganisatie van de onderneming zou richten. Deze uitzondering vloeit voort uit de onzekerheid over de aard van de toekomstige hoofdprocedure. Indien achteraf blijkt dat de hoofdprocedure niet reorganisatiegericht is, kan de omzetting van de zelfstandige procedure nog steeds worden gevraagd (art. 37). De omzetting wordt niet automatisch toegekend. De rechter dient de aanvraag van de hoofdcurator aan de belangen van de schuldeisers van de hoofdprocedure te toetsen.²⁴⁰

Een zelfstandige territoriale procedure kan slechts in twee gevallen geopend worden (art. 3 (4)). Die beperking is volgens de Preamble ingevoerd om de gevallen waarin een territoriale procedure wordt aangevraagd vóór een hoofdprocedure, tot het 'hoogst-noodzakelijke' te beperken.²⁴¹ De opening van een territoriale procedure kan in de eerste plaats aan een hoofdinventieprocedure voorafgaan wanneer het faillissement niet uitgesproken kan worden in het land van het centrum van de voornaamste belangen,

²³⁶ Toelichtend Rapport, § 227. Dit was wel zo in een eerder versie van het verdrag, zie MCKENZIE, D., *l.c. supra* noot 48, 189. Zie ook *supra* nr. 5-39.

²³⁷ *Igl.* met overweging nr. 4 van de Preamble, volgens welke de verordening mede tot doel heeft de forum shopping tegen te gaan.

²³⁸ Over terminologische problemen met dit onderscheid zie BERTRAMS, R., *l.c. supra* noot 48, 64.

²³⁹ Dit kan vestrekkende gevolgen hebben voor de reorganisatie van een onderneming. Wanneer een Belgische onderneming een concordaat aanvraagt, kunnen de schuldeisers het faillissement van buitenlandse vestigingen uitlokken en hierdoor de saneringspoging ernstig dwarsbomen. In dezelfde zin FLETCHER, I.F., *o.c. supra* noot 16, 263 (de auteur merkt op dat "where the main proceedings consist of an attempt to bring about the rescue of a business which maintains one or more foreign establishments, the prospects of success could be seriously undermined by any creditors who avail themselves of the opportunity to commence secondary proceedings in the States where the establishments are located"). In dezelfde zin BALZ, M., *l.c. supra* noot 22, 506. Zie evenwel art. 37 i.v.m. het recht voor de hoofdcurator om de schorsing van de territoriale procedure te vragen.

²⁴⁰ Portugal heeft bij deze bepaling een verklaring gemaakt, huizens welke de rechter bij de omzetting tevens met de situatie van de plaatselijke procedure rekening moet houden: Verklaring van Portugal betreffende de toepassing van de artikelen 26 en 37 van de Insolventieverordening, Pp. C 183, 30 juni 2000, 1.

²⁴¹ Overweging nr. 17. Zie verder Toelichtend Rapport, § 84. Reden hiervoor is o.a. om conflicten te vermijden m.b.t. de vraag of een bepaalde schuldenaar al dan niet het voorwerp van een insolventieprocedure kan maken. De voorwaarden hiervoor blijven immers grotendeels aan het nationaal recht onderworpen. De verordening wil bijgevolg vermijden dat een schuldenaar in het land waar hij een vestiging heeft, failliet verklaard wordt, terwijl hij volgens het recht van de staat van het centrum van zijn voornaamste belangen (nog) niet insolvent is (zie verder BALZ, M., *l.c. supra* noot 22, 506).

bijv. omdat de schuldenaar de vereiste hoedanigheid niet bezit om failliet verklaard te worden. Als voorbeeld noemt het Toelichtend Rapport de niet-handelaar of een overheidsbedrijf dat aan een speciale regeling onderworpen is.²⁴² Een zelfstandige territoriale procedure is daarnaast ook mogelijk wanneer het door een 'geprivilegeerde' schuldeiser wordt aangevraagd.

Art. 3 (4) maakt een onderscheid tussen twee categorieën van 'geprivilegeerde' schuldeisers. De monopolie om een zelfstandige procedure te vragen wordt in eerste instantie toegekend aan de 'plaatselijke' schuldeisers, te weten de schuldeisers die gevestigd zijn in de Lidstaat waar de betrokken vestiging gelegen is. Daarnaast kunnen ook de schuldeisers optreden wiens vordering het resultaat is van de exploitatie van de vestiging, zoals bijv. een werknemer van de vestiging die in een andere Lidstaat woont. De monopolie toegekend aan deze schuldeisers wordt verklaard door hun belang om de plaatselijke *lex concursus* op hun vorderingen te zien toepassen.²⁴³ Ambtshalve uitspreken van het faillissement is in dit geval uitgesloten.

De vordering rept met geen woorden over de vraag wat de gevolgen zijn van de opening van een territoriale procedure wanneer de drempel hiervoor niet bereikt is. Behalve een eventueel beroep op het Hof van Justitie, lijkt er geen oplossing te zijn voor een dergelijke (theoretische) patstelling.²⁴⁴

5-44. De praktijk zal uitwijzen of de schuldeisers het voordeel van een plaatselijke procedure vertiezen dan wel voldoende nemen met de beschermende maatregelen die de vordering aan de hoofdsolventieprocedure toevoegt, in het bijzonder de talrijke uitzonderingen op de *lex fori concursus*.²⁴⁵ Afhankelijk van de opstelling van de schuldeisers kan de vordering inderdaad evolueren van een beperkt universalistisch stelsel — waarin de insolventie het voorwerp van één pan-europese procedure maakt, met eventueel één territoriale procedure — tot een vermomde territorialiteit, indien meerdere secundaire procedures geopend worden. Volgens Bos is het evenwicht in de vordering tussen de territorialistische en universalistische elementen zelfs "wankel", nu in de praktijk een "veelheid aan secundaire faillietverklaringen [kan plaatsvinden] die de 'universaliteit' van de hoofdsolventieprocedure ondermijnt en deze hoofdsolventieprocedure tot een — in zijn uitwerking — nationaal faillissement degradeert".²⁴⁶

Een alternatieve mogelijkheid hebben de schuldeisers niet: hun keuze is beperkt tot het aanvragen van een lokale insolventie of het zich onderwerpen aan het hoofdsolventie-

²⁴² Toelichtend Rapport, § 85.

²⁴³ FLETCHER wijst op een andere reden, te weten de nood om te "preventive disruptive tactics on the part of creditors who do not have a close personal nexus with the jurisdiction in which the debtor's establishment is located": FLETCHER, I.F., o.c. *supra* noot 10, 263.

²⁴⁴ BALZ stelt voor om de territoriale procedure te negeren: BALZ, M., I.c. *supra* noot nr. 22, 523. Vermits een dergelijke procedure per definitie geen grensoverschrijdende ambities heeft, lijkt deze tactiek echter een slag in het water.

²⁴⁵ Volgens art. 32 hebben de schuldeisers het recht om hun vorderingen zowel in de hoofdprocedure als in elke secundaire procedure in te dienen.

²⁴⁶ BOS, T.M., o.c. *supra* noot 19, nr. 9.3.4.10. Zij wijst in het bijzonder op het scenario waarin een pluraliteit van secundaire procedures ontstaat omdat de hoofdprocedure reorganisatiegericht is, en bepaalde crediteuren via een secundaire procedure op korte termijn betaling van hun vorderingen proberen te ontvangen.

ment. In het bijzonder laat de verordening hen niet toe om de 'voorwaardelijke' erkenning van het hoofdsolventieprocedure te vragen. In een dergelijk systeem zou de hoofdsolventie in andere Lidstaten slechts gevolgen krijgen mits naleving van bepaalde voorwaarden, die in het belang van de plaatselijke schuldeisers worden gesteld.²⁴⁷

In de praktijk zullen de plaatselijke schuldeisers vooral belang hebben bij de opening van een plaatselijke procedure wanneer ze zich volgens het recht dat op de hoofdsolventieprocedure toepassing vindt, in een minder gunstige positie bij de rangschikking bevinden, bijv. omdat hun voorrecht of zekerheid niet erkend wordt. Dankzij de talrijke uitzonderingen op de *lex fori concursus* — zie de artikelen 5 e.v. — moeten een groot deel van de lokale schuldeisers weinig vrezen van de toepassing van dit recht. Voor twee categorieën schuldeisers lijkt het openen van een plaatselijke procedure echter de enige oplossing te zijn om uitbetaald te worden. Het betreft enerzijds de fiscus en de sociale-zekerheid, wiens publiekrechtelijke voorrechten door het recht van de hoofdprocedure meestal niet gehonoreerd zullen worden,²⁴⁸ en anderzijds de eventuele werknemers van de vestiging (art. 19 – 3 bis Hyp.W.). De vraag of deze voorrechten aan de boedel kunnen worden tegengeworpen, blijft onderworpen aan het recht van de hoofdsolventieprocedure.²⁴⁹ Daarom kan verwacht worden dat deze bijzondere schuldeisers vaak het initiatief zullen nemen voor een eventuele territoriale procedure.²⁵⁰

Naast de bescherming van hun bijzondere voorrechten kan een territoriale procedure voor de lokale schuldeisers ook kosten- en tijdsbesparend zijn, daar ze niet meer met een buitenlandse procedure, in een andere taal, geconfronteerd worden. Tenslotte kunnen

²⁴⁷ Het MALANGRÉ Rapport voor het Europees Parlement (o.c. *supra* noot 53, 12) pleit voor een dergelijk systeem. Volgens MALANGRÉ moeten plaatselijke schuldeisers de mogelijkheid hebben "to seek a judgment making the recognition of the main proceedings conditional on certain conditions adjusted to the circumstances in individual cases, e.g. permitting local creditors to lodge their claims in their own country or enabling certain general privileges to apply to local assets". Met dit voorstel komt men zeer dicht bij de 'ancillary proceedings' van het Amerikaans recht.

²⁴⁸ Over het strikt territoriaal karakter van deze voorrechten, zie DE WULF, H. en WAUTELET, P., I.c. *supra* noot 57, 191. Artikel 39 geeft de belastingautoriteiten en de sociale-zekerheidsinstellingen het recht om hun vorderingen in de buitenlandse insolventieprocedure in te dienen. Het garandeert echter niet dat de voorrechten ook gerespecteerd zullen worden. *Vgl.* BOS, T.M., o.c. *supra* noot 19, nr. 9.3.4.10.

²⁴⁹ De algemene voorrechten van de fiscus en van de sociale zekerheid vallen niet onder de uitzondering voorzien door art. 5 voor 'zakelijke rechten van derden', zie DE WULF, H. en WAUTELET, P., I.c. *supra* noot 57, 188, nr. 72 en Toelichtend Rapport, § 102.

Artikel 10 voorziet in een bijzondere verwijzingsregel voor de gevolgen van de insolventieprocedure op vragen zoals de beëindiging van het dienstverband door het faillissement en de eventuele voortzetting van de arbeidsbetrekkingen door de curator: Toelichtend Rapport, § 126. Deze bepaling laat niet toe om af te wijken van de toepassing van de *lex concursus* voor de vraag of en in welke mate een loonvordering door een voorrecht beschermd wordt. Een eventuele uitkering door een 'sluitingsfonds' blijft echter onderworpen aan het recht van de Lidstaat die het fonds beheert. Zie verder, SWENNEN, R., "Het sluitingsfonds en de problematiek van het faillissement", *J.P.R.* 1987, 217-240.

²⁵⁰ In die zin voor de fiscus en de sociale zekerheid, Rapport MALANGRÉ, o.c. *supra* noot nr. 53, 12. Zie verder de opmerking van BERTRAMS volgens wie "een territoriaal faillissement met name van belang is voor de schuldeisers die naar lokaal recht wel een voorrang hebben, maar niet volgens de *lex concursus* in het hoofdsolventieprocedure", Verslag van de Algemene Ledenvergadering Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht op 6 nov. 1998, Deventer, Kluwer, 1999, 3 en FLETCHER, I.F., o.c. *supra* noot 10, 290.

de lokale schuldeisers de mogelijkheid om een territoriale procedure te vragen, ook gebruiken als tactische zet in onderhandelingen met de hoofdcurator, in het bijzonder wanneer de hoofdprocedure reorganisatiegericht is. Vermits een territoriale procedure noodzakelijkerwijze liquidatiegericht is, zal de hoofdcurator met de wensen van de lokale schuldeisers rekening moeten houden. Zoals FLETCHER het schrijft, "the bargaining power thereby enjoyed by those in a position to initiate secondary proceedings may be substantial, and may enable even those creditors who do not have preferential status to secure a worthwhile advantage through negotiations with the liquidator in the main proceedings".²⁵¹

Om misbruiken te voorkomen kan de rechter desgevallends de aanvragende schuldeisers de verplichting opleggen om een voorschot op de kosten van de insolventieprocedure of een passende zekerheidsstelling te stellen (art. 30). Dit is echter slechts mogelijk wanneer het recht van de Lidstaat waar de territoriale procedure is aangevraagd, bepaalt dat de boedel van de schuldenaar toereikend moet zijn om de kosten van een procedure te dekken.

Ook de hoofdcurator, en de schuldeisers in het algemeen, kunnen een voordeel halen uit de opening van een territoriale procedure, bijv. omdat de lokale activa zo omvangrijk zijn of het plaatselijk recht zo ingewikkeld is dat een beroep op de deskundigheid en de tijd van een lokale curator noodzakelijk is. Het kan ook zijn dat de hoofdcurator een voordeel meent te kunnen halen uit de toepassing van de lokale *lex concursus*, bijv. omdat de mogelijkheid om een frauduleuze handeling aan te vechten groter is.²⁵²

4. Extra-territoriale werking van insolventieprocedures

5-45. De Insolventieverordening heeft als eerste doelstelling de 'exporteerbaarheid' van faillissementen in alle Lidstaten te verzekeren. Balz spreekt in dit verband van de "cornerstone of this instrument".²⁵³ Het is trouwens slechts in het licht van deze doelstelling dat gemeenschappelijke bevoegdheidsregels voorzien worden. Hiermee volgt de nieuwe regeling het model van het EEX-Verdrag. Op sommige punten gaat het echter zelfs verder. De verordening berust op het beginsel van het wederzijdse vertrouwen, d.w.z. dat faillissementen uitgesproken in een Lidstaat niet meer als 'buitenlands' moeten worden beschouwd. Met deze regeling wordt de in het Belgische recht al lang aangekondigde universaliteit van de faillissementsprocedure eindelijk werkelijkheid.

De vraag naar de extra-territoriale gevolgen van een insolventieprocedure stelt zich slechts wanneer de insolventie aanspraak maakt op een dergelijke werking. Onder de verordening is dit vanzelfsprekend. In de Preambule wordt immers uitdrukkelijk gesteld dat een insolventieprocedure geopend door de rechter van het centrum van de voor-naamste belangen een universele strekking heeft, en alle goederen van de schuldenaar

beoogt te omvatten.²⁵⁴ Hieruit blijkt duidelijk dat elke insolventieprocedure potentieel in alle Lidstaten gevolgen heeft.²⁵⁵

Voor de regeling van de extra-territoriale gevolgen van een insolventieprocedure maakt de verordening een onderscheid tussen verschillende categorieën beslissingen. Dit onderscheid is vooral relevant voor het gebruik van dwangmaatregelen. Daarom worden de erkenning en de tenuitvoerlegging achtereenvolgens besproken.

I. ERKENNING VAN DE BESLISSINGEN

A. Beginsel : automatische en onmiddellijke erkenning

5-46. Snelheid en eenvoud zijn cruciaal voor de goede afwikkeling van internationale insolventieprocedures. Indien een Duitse faillietverklaring pas na een lange procedure in België erkend wordt, kan de schuldenaar van deze (resp.)termijn profiteren om zijn goederen naar betere oorden te verplaatsen. Bij een te lange procedure kunnen de schuldeisers nog afzonderlijk tot executie overgaan – de zgn. 'race of diligence' – en de gelijkheid onder hen in het gedrang brengen. Daarom worden buitenlandse faillissementen in het Belgisch recht *de plano* erkend.²⁵⁶ De gevolgen van een buitenlands faillissement kunnen bijgevolg onmiddellijke uitwerking in België krijgen, zonder enige procedure.

De Insolventieverordening bouwt verder op hetzelfde spoor. De nieuwe regeling steunt immers op het beginsel van de *automatische* erkenning. Krachtens art. 16 wordt de opening van een insolventieprocedure in de andere staten automatisch erkend. Het automatisch karakter van de erkenning is vergelijkbaar met de *de plano* leer : de erkenning gebeurt "zonder enkele verdere formaliteit" (art. 17,1). Er is m.a.w. geen voorafgaande beslissing van een rechter van de aangezochte Staat vereist.²⁵⁷ Dit wordt nog verder benadrukt in art. 17,2 luidens welke de gevolgen van een hoofdsolventieprocedure in de andere Lidstaten niet kunnen worden betwist. De wederzijdse en onmiddellijke erkenning van insolventiebeslissingen vormt de zoveelste uitdrukking van

²⁵⁴ Overweging nr. 12. Onder het huidige Belgisch internationaal faillissementsrecht heeft een Belgisch faillissement extra-territoriale ambities : Cass., 6 aug. 1852, *Pas.* 1853, I, 146; Cass., 23 mei 1889, *Pas.* 1889, I, 229. Zie bijv. ook Kh. Brussel, 18 juni 1965, *B.R.H.* 1968, 161, noot VANDER ELST, R.; Kh. Brussel, 26 november 1973, *J.T.* 1974, 156; Kh. Brussel, 28 april 1980, *B.R.H.* 1980, 418; Brussel, 16 feb. 1984, *Rev. Not. B.* 1984, 193. Zie ook *supra* noot 183.

²⁵⁵ In die zin ook BALZ, M., *l.c.* noot 22, 514, noot 127 (BALZ laat echter de mogelijkheid open dat bepaalde procedures strikt territoriaal zouden werken : "One may question whether the Convention binds the Member States to attach such universal effects to all types of proceedings opened by a main forum. This author would answer the question in the negative").

²⁵⁶ Faillissementsommissen worden immers met beslissingen inzake de staat en de bekwamheid van de persoon gelijkgesteld. Hierdoor ontsnappen ze aan de herziening ten gronde voorzien door art. 570 Ger.W. Zie Cass. 16 jan. 1953, *Arr. Verb.* 1953, 31; *Pas.* 1953, I, 33 (*De Pallaeert*) en Cass. 29 maart 1973, *J.T.* 1973, 389; *Pas.* 1973, I, 742 (Defontaine) en voor meer details de bespreking van art. 570 Ger.W. in *Artikelsgewijze commentaar. Gerechtelijk Recht*, Brussel, Kluwer Rechtswetenschappen, 1998. In het ontwerp IPR-wetboek (*supra*, nr. 5-29) wordt de erkenning *de plano* van buitenlandse faillissementen behouden.

²⁵⁷ De curator zal evenwel bepaalde documenten moeten voorleggen wil hij zijn aanwijzing bewijzen. Artikel 19 verplicht hem een voor eensluidend getuimedt afschrift van het aanwijzingsbelsuit voor te leggen. Zo nodig kan ook een vertaling van dit document worden geëist.

²⁵¹ FLETCHER, I.F., *o.c. supra* noot 10, 291.

²⁵² FLETCHER, I.F., *o.c. supra* noot 10, 291; BALZ, M., *l.c. supra* noot 22, 520.

²⁵³ BALZ, M., *l.c. supra* noot 22, 513.

het beginsel van communautair vertrouwen.²⁵⁸ Nationale grenzen worden onder dit beginsel bijna volledig irrelevant. Zodoende komt een echte pan-Europese insolventieprocedure tot stand.²⁵⁹

5-47. De afwezigheid van elke procedure betekent ook dat een beslissing op hetzelfde tijdstip in alle Lidstaten gevolgen heeft. De erkenning is m.a.w. niet alleen automatisch, ze geschiedt *onmiddellijk*. Het automatisch én onmiddellijk karakter van de erkenning vormt een krachtig middel om de gelijkheid van de schuldeisers te waarborgen en de behoorlijke afwikkeling van de insolventie te verzekeren.

De ogenblikkelijke uitwerking van de insolventieprocedure moet *letterlijk* worden begrepen. Artikel 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.²⁶⁰ De gevolgen van de opening van de insolventie worden zodoende op hetzelfde ogenblik van kracht in alle Lidstaten. Hierdoor worden verdachte manoeuvres van de schuldenaar of de schuldeisers tussen het effectief worden van de insolventie in alle Lidstaten onmogelijk.²⁶¹

Om te genieten van de onmiddellijke erkenning onder de verordening moet een beslissing tot opening van een insolventieprocedure geen 'definitief' karakter hebben. Ook beslissingen waartegen nog hoger beroep mogelijk is, kunnen m.a.w. extra-territoriale gevolgen hebben. Dit wordt bevestigd in de definitie van het 'tijdstip waarop de procedure is geopend': volgens artikel 2(f) moet hiermee worden verstaan het tijdstip waarop de beslissing tot opening van een procedure rechtsgevolgen heeft, onafhankelijk van de vraag of de beslissing definitief is.²⁶²

B. Uitzondering : exceptie van openbare orde

5-48. De onmiddellijke en automatische erkenning wordt in de verordening zeer ruim opgevat. Zo voorziet de verordening in slechts één enkele weigeringsgrond, nl. een exceptie van openbare orde. Buiten deze uitzondering mag een Lidstaat geen verdere voorwaarden stellen voor de uitwerking van een buitenlands faillissement. In het bijzonder herinnert artikel 16, lid 1 *in fine* eraan dat de hoedanigheid van de schuldenaar niet kan ingeroepen worden om de erkenning te weigeren. Lidstaten die het faillissement aan handelaren voorbehouden, moeten bijgevolg de beslissingen erkennen waarbij niet-handelaren failliet worden verklaard. Verder wordt in het Toelichtend Rapport benadrukt dat de buitenlandse beslissing niet vatbaar is voor een herziening ten gronde.²⁶³

²⁵⁸ Zie overweging nr. 22 van de Preambule.

²⁵⁹ Toelichtend Rapport, § 147.

²⁶⁰ FLETCHER spreekt in dit verband van "temporal immediacy": FLETCHER, I.F., o.c. *supra* noot 10, 283.

²⁶¹ Voor de bepaling van het tijdstip waarop een vrijwillige vereffening door de schuldeisers gevolgen heeft, zie Toelichtend Rapport, § 68.

²⁶² Zie verder BERENDS, A.J., *l.c. supra* noot 20, 194-195 i.v.m. wegevingstechnische vragen m.b.t. deze definitie.

²⁶³ Toelichtend Rapport, § 202. Het verbod van de 'révision au fond' neemt niet weg dat de aangezochte rechter voor de toetsing aan zijn nationale openbare orde vaak ook de manier zal bekijken waarop in het buitenland recht werd gedaan. Zie bijv. VAN HOUTTE, H., "De 'openbare

De enige uitzondering op het vrij verkeer van insolventies ligt in de naleving van de openbare orde (art. 26). De toepassing van deze exceptie wordt, zoals in alle moderne IPR-regelingen, beperkt tot de gevallen waarin er *kennelijk* strijdigheid is met de openbare orde. De exceptie kan bijgevolg alleen in uitzonderlijke gevallen ingeroepen worden. De draagwijdte van de exceptie wordt verder gepreciseerd met de vermelding dat tot de openbare orde in het bijzonder behoren "de grondbeginselen [van de openbare orde] of [...] de grondwettelijk beschermde rechten en individuele vrijheden". Artikel 25 lid 3 laat de Lidstaten toe een buitenlandse beslissing te weren wanneer de erkenning ervan tot een beperking van de persoonlijke vrijheid of het postgeheim zou leiden.²⁶⁴ In het Toelichtend Rapport wordt gepreciseerd dat de Lidstaten op dit punt een uitzondering hebben willen maken op het beginsel van het wederzijdse vertrouwen.²⁶⁵ Het komt aan elke Lidstaat toe te bepalen welk gevolg hij geeft aan een buitenlandse beslissing van dien aard. De uitzondering op het vrij verkeer beschermt niet alleen de persoonlijke vrijheid van de schuldenaar, doch ook deze van enig andere persoon die door de uit de insolventieprocedure voortvloeiende beperkingen getroffen zou kunnen worden.²⁶⁶

Verder wordt uitdrukkelijk bepaald dat de aangezochte rechter alleen mag onderzoeken of de *gevolgen* die uit de erkenning voortvloeien, strijdig zijn met de openbare orde. Niet de vreemde beslissing als dusdanig, doch slechts de gevolgen van de erkenning ervan vormen het voorwerp van het onderzoek. Het Toelichtend Rapport verwijst in dit verband naar de leer van de *effets atténués*: hoe meer aanknopingen met de rechtsorde van de aangezochte rechter, hoe sneller de exceptie ingeroepen mag worden.²⁶⁷

Voor het overige is het onderzoek naar de openbare orde een zaak van elke Lidstaat.²⁶⁸ Artikel 26 verwijst immers naar de nationale openbare orde. Er wordt in beginsel niet naar een Europese, eenvormige openbare orde gestreefd.²⁶⁹ Zoals onder het EEX-Verdrag reeds het geval is,²⁷⁰ zal het Hof van Justitie ongetwijfeld toezien op de strikte toepassing van de openbare orde exceptie. Niettemin kan een te ruime uitleg door nationale rechters niet uitgesloten worden, vooral nu het beroep op de prejudiciële

orde' als beletsel voor de erkenning of de tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen", R.W., 1973-74, 759-760, nr. 33.

²⁶⁴ Zie in dit verband art. 50 Nieuwe Faill. W. Vgl. art. 99 Nederlandse Faill. W.

²⁶⁵ Toelichtend Rapport, § 193.

²⁶⁶ Over de rol van de grondrechten in de toepassing van de openbare orde exceptie, zie H.v.J., 28 maart 2000, *Krombach t. Bamberski*, C-7/98, *Jur.* 2000, I-1935, r.o. 35-45 en de bespreking door PIEKENBROCK, A., *IPRax*, 2000, 364-366.

²⁶⁷ Toelichtend Rapport, § 204.

²⁶⁸ Zie ook de verklaring van Portugal i.v.m. de artikel 26 en 37, *supra* noot 240.

²⁶⁹ In het Toelichtend Rapport wordt niettemin vermeld dat de openbare orde naast de grondwettelijk beschermde rechten en vrijheden en het beleid van de Lidstaat ook "het beleid van de Gemeenschap" behelst: Toelichtend Rapport, § 205.

²⁷⁰ Onder deze regeling heeft het Hof van Justitie weliswaar erkend dat de Lidstaten in beginsel vrij zijn om de eisen van hun openbare orde vast te leggen overeenkomstig hun nationale opvattingen, doch heeft het Hof zich ook het recht gereserveerd om toezicht uit te oefenen op de afbakening van het begrip openbare orde. Zie H.v.J., 11 mei 2000, C-38/98, *Régie nationale des usines Renault t. Maxicar SpA*, *Jur.* 2000, I-2973, r.o. 27; H.v.J., 28 maart 2000, *Krombach t. Bamberski*, C-7/98, *Jur.* 2000, I-1935, r.o. 22.

procedure sterk beperkt is. Dit zou wel eens de achilleshiel van de Europese regeling kunnen worden.²⁷¹

De openbare orde exceptie bestrijkt zowel materiële als procedurele aspecten. Bij deze laatste gaat het om de naleving van de essentiële waarborgen gedurende de procedure, zoals bijv. het recht op een eerlijk proces.²⁷² In de context van insolventies is het verbod op discriminatie van buitenlandse schuldeisers belangrijk, in het bijzonder bij de goedkeuring van een akkoord of een plan tot sanering van de onderneming. De regelmatigheid en het tijdig karakter van de betekening, die onder het EEX-Verdrag een bijzondere plaats nemen, zijn minder relevant gezien het collectief karakter van de insolventieprocedure.²⁷³

5-49. De verordening bevat geen regels betreffende de toetsing van de bevoegdheid van de rechter die de oorspronkelijke beslissing heeft genomen. In het Toelichtend Rapport wordt gepreciseerd dat er onder de verordening geen plaats is voor een dergelijke controle.²⁷⁴ Ook bij het onderzoek naar de openbare orde moet de aangezochte rechter de beslissing van de eerste rechter over zijn bevoegdheid respecteren. Hetzelfde verbod zou gelden voor de rechter die een secundaire procedure moet openen. Ook hij moet de beslissing van de eerste rechter vertrouwen.²⁷⁵

Nochthans is de lokalisatie van het centrum van de voornaamste belangen niet alleen relevant voor de bepaling van de bevoegde rechter. Ditzelfde criterium beslist ook over de toepasselijkheid van de verordening (zie *supra* nr. 5-25). In uitzonderlijke gevallen, wanneer er twijfels zijn over de ligging van het centrum, is het bijgevolg niet uitgesloten dat de aangezochte rechter de bevoegdheid van de oorspronkelijke rechter toch onrechtstreeks controleert.²⁷⁶

5-50. Op het vlak van de erkenning gaat de Insolventieverordening verder dan het EEX-Verdrag, dat naast de openbare orde ook andere weigeringsgronden voorziet, in het bijzonder i.v.m. de bevoegdheid van de oorspronkelijke rechter. Met name van Galen

²⁷¹ VIRGOS en SCHMIT benadrukken het uitzonderlijk karakter van de exceptie. In het bijzonder wordt vermeld dat de openbare orde "niet door de Verdragsluitende Staten [kan] worden aangegrepen om het Verdragsstelsel eenzijdig te wraken", Toelichtend Rapport, § 205. Het is duidelijk dat deze enkele waarschuwing elke particularistische uitleg door de nationale rechters niet uitsluit...

²⁷² Toelichtend Rapport, § 206. Zie het *Krombach* arrest, *supra* noot nr. 270, r.o. 44.

²⁷³ In die zin BERENDS, A.J., *l.c. supra* noot 20, 288 (BERENDS merkt op dat een regel zoals art. 27, 2 EEX-Verdrag in de Insolventieverordening "niet op haar plaats is"). Zie evenwel art. 21 i.v.m. de openbaarverzekering en art. 40 m.b.t. de kennisgeving aan schuldeisers.

²⁷⁴ VIRGOS en SCHMIT preciseren nochtans dat indien individuele beslissingen gegeven worden, soortgelijke waarborgen als deze van het EEX-Verdrag dienen te worden geboden: Toelichtend Rapport, § 206.

²⁷⁵ Toelichtend Rapport, § 202. Zie ook overweging nr. 22 van de Preambulen welke de beslissing van de rechter die de procedure het eerst heeft geopend, in de andere Lidstaten dient erkend te worden "zonder dat deze de bevoegdheid hebben de beslissing van die rechter te toetsen". In die zin ook, BERENDS, A.J., *l.c. supra* noot 20, 287; FLETCHER, I.F., *o.c. supra* noot 10, 288-289; BALZ, M., *l.c. supra* noot nr. 22, 504-505.

²⁷⁶ Toelichtend Rapport, §§ 215 en 220.

²⁷⁷ Zoals bijv. in het geval waarin het bestuurcentrum van de onderneming buiten de Unie gelegen is, doch de statutaire zetel in een Lidstaat ligt. Zie bijv. in een andere context, *Re Harrods (Buenos Aires) Ltd.* [1992] Ch 72, [1991] 4 All ER 348, [1991] 3 WLR 397, [1991] BCC 249 (statutaire zetel in Engeland, werkelijke zetel in Argentinië).

en van Apeldoorn hebben hun twijfels geuit over de praktische toepassing van de regeling. Ze wijzen erop dat de Europese verordening te weinig ruimte laat voor concrete toetsing, hoewel de afwikkeling van faillissementen zich in de meeste landen grotendeels aan de openbaarheid onttrekt. Precies door het gebrek aan motivering van de meeste beslissingen terzake zou er volgens deze twee advocaten meer behoefte zijn om bij de erkenning van buitenlandse faillissementen de vingers aan de pols te houden.²⁷⁷ De ervaring leert echter dat het beginsel van de wederzijdse erkenning onder het EEX-Verdrag behoorlijk functioneert. De openbare orde exceptie biedt m.i. voldoende garanties om de 'rotte appels' te weren.

C. Uitbreidingsmodel

5-51. De extra-territoriale werking van insolventiebeslissingen verloopt onder de Insolventieverordening volgens het *uitbreidingsmodel*. De verordening voorziet niet in een eenvormige regeling voor de gevolgen van een faillietverklaring. Deze gevolgen worden aan het recht aangeknoopt van de Lidstaat waar de procedure is geopend.²⁷⁸ Dit past in het universaliteitsmodel waarop de verordening gebaseerd is. Voor het bepalen van de gevolgen van een buitenlandse procedure dient de aangezochte rechter derhalve in eerste instantie het buitenlands recht te raadplegen.

De toepassing van buitenlands insolventierecht brengt in de praktijk misschien problemen op, doch een andere oplossing verkreegen zou de doeltreffendheid van de regeling in gevaar brengen. Het materieel recht van de Lidstaten verschilt immers over de gevolgen van een faillietverklaring – bijv. i.v.m. het verbod om individueel tot executie over te gaan, de ontferming van de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar, enz. Indien elke Lidstaat zijn eigen recht zou toepassen – het zgn. 'equivalentiemodel', de buitenlandse procedure wordt met de nationale procedure gelijkgesteld – zou eenzelfde insolventie verschillende gevolgen kunnen hebben in de Lidstaten. Om deze aantasting van de universele leer te vermijden worden de gevolgen van een procedure onder de verordening uitsluitend door de oorspronkelijke Lidstaat bepaald.

D. Mogelijkheid om een territoriale procedure te openen

5-52. Het systeem van de dwingende en automatische erkenning belet niet dat andere Lidstaten een territoriale procedure openen indien de schuldenaar aldaar een vestiging heeft. Van zodra een vestiging failliet verklaard wordt, ontsnappen de lokale goederen en vorderingen aan de werking van de hoofdprocedure.²⁷⁹ Het territoriaal faillissement verdringt m.a.w. het hoofdfaillissement voor de lokale activa. De afbakening tussen de respectieve toepassingsgebieden van de twee procedures kan echter tot moeilijkheden leiden.

²⁷⁷ VAN GALEN, R.J. en VAN APPELDOORN, J.C., *l.c. supra* noot 25, stelling nr. 3 p. 152 en de bespreking in het Verslag van de Algemene Ledenvergadering, *o.c. supra* noot 250, pp. 37-39. VAN GALEN verwijst ook naar het feit dat sommige van de huidige en toekomstige Lidstaten een minder sterke rechtsstatelijke traditie hebben en er daarom in die landen meer mogelijkheden zijn voor 'gesjoemel'.

²⁷⁸ Art. 17 lid 1. Zie verder Toelichtend Rapport, § 153.

²⁷⁹ Zie evenwel *infra* nr. 5-62 m.b.t. de coördinatie tussen verschillende procedures en het overwicht van de hoofdprocedure.

De algemene regel luidt dat de territoriale procedure alle activa bestrijkt die in het land van de vestiging gelegen zijn. Artikel 2(g) helpt bij het lokaliseren van de verschillende vormen van activa: lichamelijke zaken worden gelokaliseerd in de Lidstaat op het grondgebied waarvan de zaak zich bevindt; zaken of rechten onderhevig aan registratie in een openbaar register, in de Lidstaat onder de autoriteit waarvan dat register wordt gehouden. Tenslotte worden schuldvorderingen geacht in de Lidstaat van de schuldenaar te liggen. Deze bepaling laat de vraag open waar aandelen aan toonder of intellectuele rechten die niet aan registratie onderhevig zijn, te lokaliseren zijn voor de toepassing van de verordening.²⁸⁰

Bovendien kan de lokalisering van schuldvorderingen in de Lidstaat waar de schuldenaar gevestigd is, voor verrassingen zorgen. Bertrams geeft het voorbeeld van een Duitse onderneming met een bijkantoor in Nederland, dat hijskranen aan Belgische aannemers verhuurt. Volgens art. 2(g) dienen de vorderingen van het bijkantoor op de aannemers in België gelokaliseerd te worden. Bij faillissement van de onderneming vallen de vorderingen bijgevolg in de Duitse boedel, en niet in de Nederlandse territoriale procedure. Ook de hijskranen die in België gebruikt worden, ontsnappen volgens de verordening aan het Nederlandse faillissement.²⁸¹ Een dergelijk resultaat strijkt misschien niet met de 'logica', doch past het perfect in het streven van de verordening naar een universele oplossing voor faillissementen. In de universalistische visie worden territoriale procedures immers als de uitzondering beschouwd en moeten de effecten ervan op het pan-Europees faillissement zo beperkt mogelijk worden gehouden.²⁸²

E. Automatische en onmiddellijke erkenning: voor welke beslissingen?

5-53. De automatische en onmiddellijke erkenning geldt voor de beslissing tot opening van de procedure (art. 16), de aanstelling van de curator en zijn bevoegdheden (art. 18, zie verder nr. 5-57), de beslissingen inzake verloop en beëindiging van de procedure (art. 25 lid 1) en tenslotte voor de beslissingen die rechtstreeks voortvloeien uit de procedure en daar nauw op aansluiten, zelfs indien die beslissingen door een andere rechter worden gegeven. Voor de overige beslissingen verwijst de verordening naar het EEX-Verdrag. Hierna wordt voor elke categorie aangegeven welke beslissingen concreet worden bedoeld.

Onder beslissing tot opening van de procedure vallen alle 'primaire' gevolgen van het faillissement. Deze gevolgen worden eenzijdig bepaald door elk land. Zowel materiële als procedurele gevolgen komen in aanmerking. Het Toelichtend Rapport noemt de buitenbezitsstelling van de schuldenaar, het verbod voor de schuldeisers om nog individueel uit te voeren, de aanstelling van de curator en de opening van alle goederen van de schuldenaar in de boedel.²⁸³ Nogmaals beslist het nationaal recht van de hoofdprocedure welke gevolgen de opening van een insolventie heeft.

De automatische en onmiddellijke erkenning van het verbod van individuele tenuitvoerlegging en van de ontname van beschikkingsbevoegdheid aan de schuldenaar worden nader uitgewerkt in de artikelen 20 en 24. Krijgt een schuldeiser na de opening van het faillissement betaling van zijn vordering uit goederen die zich in andere staten bevinden, dan verplicht art. 20 lid 1 hem hetgeen hij verkregen heeft aan de curator terug te geven.²⁸⁴ Met deze regel verlaat de verordening het pad van het internationaal privaatrecht om zich aan een - weliswaar zeer beperkte - eenmaking van het materieel faillissementsrecht te bezondigen. De teruggaveverplichting wordt integrerend deel van elk faillissement dat onder de verordening valt. Met deze verplichting wordt de gelijkheid onder schuldeisers een Europees beginsel - zij het dat uitzondering wordt gemaakt voor bepaalde bevoorrechte schuldeisers, die op grond van een zakelijk recht tot executie overgaan.

Dezelfde opmerking geldt voor de door art. 20,2 voorziene aanrekeningsregel. Deze regel - ook wel eens 'hotchpot-rule' genoemd - bepaalt dat een schuldeiser die in een insolventieprocedure reeds gedeeltelijk of geheel uitbetaald is geweest, niet aan de overige uitdelingen kan deelnemen, zolang de andere schuldeisers van gelijke rang geen gelijkwaardige uitkering hebben ontvangen. Een dergelijke materiële normering van de gevolgen van het faillissement was onontbeerlijk nu de verordening zelf parallelle procedures toelaat.²⁸⁵

De verordening bevat een andere materiële regel voor de omgekeerde situatie: indien de schuldenaar na failliet te zijn verklaard, betaling krijgt van een van zijn eigen schuldenaars, schrijft art. 24 voor dat de betaling niet bevrijdend werkt. Desnoods kan de curator een tweede betaling eisen. Ook met deze regel gaat de verordening verder dan de strikt IPR-aspecten van de insolventie. Om derden te goeder trouw te beschermen, bepaalt art. 24 dat een dergelijke betaling wel bevrijdend werkt, wanneer de betalende schuldenaar niet op de hoogte van de opening van het faillissement was. Omdat het bewijs van deze kennis moeilijk te leveren is, voorziet art. 24 lid 2 in een dubbel vermoeden. Naargelang de betaling vóór of na de bekendmaking van de opening van het faillissement in de Lidstaten verricht is, wordt de betrokkene al dan niet geacht op de hoogte te zijn geweest van het faillissement. Het vermoeden is weerlegbaar. In een aantal gevallen kan het echter niet ingeroepen worden, nu de bekendmaking in andere Lidstaten geen verplichting is, doch slechts een mogelijkheid voor de curator.

5-54. Genieten ook van het systeem van de *plano* erkenning de beslissingen inzake het verloop en de beëindiging van de procedure (art. 25 lid 1). Het betreft bijv. de toelating voor de curator om de werkzaamheden van de gefailleerde verder te zetten, de beslissing tot vervroegde afsluiting van het faillissement wegens ontoereikend saldo,²⁸⁶

²⁸⁴ Deze regel geldt niet voor de schuldeiser die voldoening krijgt door executie op goederen gelegen buiten de Unie: BALZ, M., *l.c. supra* noot 22, 516.

²⁸⁵ Zie ook § 508 (a) U.S. Bankruptcy Code.

De aanrekeningsregel vindt ook toepassing op betalingen ontvangen in een territoriale procedure. Volgens BALZ, geldt het zelfs tussen twee territoriale procedures (BALZ, M., *l.c. supra* noot 22, 517).

²⁸⁶ Zodoende is een onbillijke beslissing zoals deze van de Hoge Raad in de *De Vleeschmeesters*-zaak, onmogelijk (H.R. 31 mei 1996, *RvdJW* 1996, 133; *N.J.* 1998, 108, noot DE BOER; *N.L.R.* 1996, 390, met noot T. M. Bos). In casu had de Hoge Raad geweigerd om aan de in Frankrijk toegekende *frash start* (art. 169 wet nr. 85-98 van 25 januari 1985) in Nederland gevolg toe te kennen, zodat

²⁸⁰ BERTRAMS, R., *l.c. supra* noot 48, 64.

²⁸¹ BERTRAMS, R., *Ver slag Algemene Ledenvergadering NIVR, o.c. supra* noot 250, 4-5. BERTRAMS bespreekt verder de gevolgen van de lokaliseringsregels voor het lot van zakelijke zekerheden.

²⁸² Daarom spreekt BERTRAMS in verband met het voorbeeld van BERTRAMS van een "goed verdeelbare oplossing": *Ver slag Algemene Ledenvergadering, o.c. supra* noot 250, 45.

²⁸³ Toelichtend Rapport, § 154.

de beslissing op een faillissementspauliana, enz. De automatische erkenning geldt ook voor de beslissing waarbij een rechter een akkoord homologeert.

Moelijker ligt het met de derde categorie, nl. de beslissingen die rechtstreeks uit de insolventieprocedure voortvloeiën en daar nauw op aansluiten (art. 25, lid 1, tweede alinea). Deze beslissingen worden uit het toepassingsgebied van het EEX-Verdrag uitgesloten.²⁸⁷ Om leemten tussen de twee regelingen te vermijden wordt deze categorie – waarvan de omvang niet exact kan worden bepaald²⁸⁸ – door de Insolventieverordening opgevangen.

Als voorbeeld is hier te noemen de beslissing op de pauliaanse vordering van de curator, of beslissingen betreffende de toelaatbaarheid en de rangorde van een vordering. Ook beslissingen betreffende de persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder, of geschillen tussen de curator en de gefailleerde omtrent de vraag of een bepaald goed al dan niet tot de boedel behoort, behoren tot deze categorie. Voor deze categorie is het niet relevant of de beslissing door de insolventierechter dan wel door een gewone rechter wordt genomen. Beslissing is de aard van de ingestelde vordering, en met name de vraag of het om een faillissementsaangelegenheid gaat (*supra* nrs. 5-16 e.v.).

5-55. De overige beslissingen vallen niet onder de Insolventieverordening. Voor deze restcategorie dient een beroep te worden gedaan op de erkennings- en tenuitvoerleggingsregeling van het EEX-Verdrag (art. 25 lid 2).²⁸⁹ Waar de Insolventieverordening slechts één weigeringsgrond voorziet, zal de erkenning van deze beslissingen op een van de vijf door het EEX-Verdrag opgesomde weigeringsgronden kunnen struikelen. Het onderscheid is in de praktijk evenwel niet zo groot. De openbare orde-exceptie kan steeds spelen als een *catch all*-bepaling. Miskennen van de rechten van verdediging, schending van de kracht van gewijsde en onverenigbaarheid met een vroegere nationale beslissing kunnen, met een beetje goede wil, ook onder de noemer openbare orde worden teruggebracht.

De regeling inzake de erkenning geldt ook voor de beslissingen gegeven in het kader van een *secundaire procedure*, en dus ook voor het buitenlands optreden van de territoriale curator. Een dergelijke procedure werkt weliswaar slechts t.a.v. de goederen van de schuldenaar die zich op het grondgebied bevinden van de staat waar de procedure geopend werd.²⁹⁰ De betekenis van de erkenning van een territoriale

individuele executie door een onbetaalde schuldeiser mogelijk bleef (zie ook de kritieken van VAN GALEN, R.J. en VAN APPELDOORN, J.C., *l.c. supra* noot 25, 32-33). Executie blijft mogelijk indien de schuldeiser een uitvoerbare titel vóór de faillietverklaring kreeg. Zie hierover H.v.J., 29 april 1999, zaak C-267/97, *Courcier t. Fortis Bank SA*, *Jur.* 1999, I-2543

²⁸⁷ Zie *supra* nr. 5-18 i.v.m. de moeilijke afbakening tussen de twee regelingen.

²⁸⁸ BALZ spreekt in dit verband van een "rather vague language", hetgeen hij verklaart door te preciseren dat het "makes sense only if one recalls that any decision which the ECJ formerly excluded from the scope of the Brussels Convention should now come within the scope of the new [Regulation]", BALZ, M., *l.c. supra* noot 22, 518.

²⁸⁹ Artikel 25, lid 2 in fine vermeldt een beetje dubbelzinnig dat voor de restcategorie slechts een beroep op de regeling van het EEX-Verdrag kan worden gedaan "voor zover dat Verdrag van toepassing is". Het is niet geheel duidelijk wat hiermee bedoeld wordt. Zou er een tussencategorie zijn waarop het EEX-Verdrag, noch de Insolventieverordening toepassing vinden?

²⁹⁰ Art. 3 lid 2, herhaald in art 27 *in fine*.

insolventie in andere Lidstaten is daarom gering. Daarmee wordt slechts bedoeld dat de opening van de procedure en de rechtsgevolgen die daaruit voortvloeien voor de goederen die zich in de betrokken staat bevinden, in de andere Lidstaten niet kunnen worden aangevochten.²⁹¹ Wanneer een schuldeiser na de opening van de secundaire procedure bepaalde goederen overbrengt naar een andere Lidstaat, kan de curator op grond hiervan de teruggave eisen.²⁹² De erkenning reikt niet verder dan op de vermogensbestanddelen die in de Lidstaat van de secundaire procedure liggen. Zo geldt het uitsluit van betaling of de kwijtschelding van schulden die eventueel tijdens een akkoord worden overeengekomen, alleen voor de goederen van de gefailleerde die zich in het land van de secundaire procedure bevinden. Het heeft geen effect waar het om vermogen gaat in de andere landen.²⁹³ Beperkingen van de rechten van de schuldeisers gelden niet in andere staten. Dit zal de praktische haalbaarheid van een gerechtelijk akkoord in het kader van een secundaire procedure aanzienlijk beperken.

5-56. Tenslotte bepaalt art. 25 lid 1 *in fine* dat ook eventuele *conservatoire maatregelen* onder de automatische erkenning vallen. Het EEX-Verdrag kan op dit vlak geen soelaas bieden, aangezien voorlopige en bewarende maatregelen van dit Verdrag uitgesloten worden van zodra ze een onderwerp betreffen dat, zoals de insolventie, zelf aan het Verdrag ontsnapt.²⁹⁴ De extra-territoriale werking van bewarende maatregelen is cruciaal nu deze maatregelen, in het bijzonder wanneer ze vóór de opening van de procedure getroffen worden, de integriteit van het vermogen van de schuldenaar en bijgevolg de doeltreffendheid van de procedure beogen te garanderen.²⁹⁵ Zo kan de rechter bijv. nog voor de opening van het faillissement de schuldenaar de beschikking op diens goederen ontnemen. Dankzij de onmiddellijke erkenning werkt een dergelijke maatregel voor het heel vermogen van de schuldenaar, ook voor de goederen die zich in het buitenland (lees: Europa) bevinden. Hetzelfde geldt voor een eventueel beslag op de goederen van de schuldenaar.

II. GRENSOVERSCHRIJDEND OPTREDEN VAN DE CURATOR

5-57. Artikel 18 regelt het grensoverschrijdend optreden van de curator.²⁹⁶ Hoewel deze bepaling onder hoofdstuk II geplaatst is, dat als titel de 'erkenning van de insolventieprocedure' draagt, heeft het in feite weinig van een traditionele IPR-erkenningsregel. Het grensoverschrijdend optreden van de curator wordt in de verordening immers rechtstreeks geregeld, d.m.v. materiële regels.²⁹⁷

Krachtens artikel 18 kan de curator *zonder meer*, d.w.z. zonder exequatur, in alle andere Lidstaten optreden. De overige Lidstaten kunnen zijn aanstelling, noch zijn bevoegdhe-

²⁹¹ Art. 17 lid 2. Zie verder BEUKENHORST, D., *l.c. supra* noot 48, 96; R. BERTRAMS, *l.c. supra* noot 48, 67.

²⁹² Art. 18 (2). Zie verder FLETCHER, I.F., *o.c. supra* noot 10, 284.

²⁹³ Art. 17 (2).

²⁹⁴ H.v.J., 27 maart 1979, zaak 143/78, *de Cavel t. de Cavel*, *Jur. H.v.J.*, 1979, 1055.

²⁹⁵ Zie ook overweging nr. 16 van de Preambule.

²⁹⁶ Zie de brede definitie van de curator in art. 2(b).

²⁹⁷ Zie in die zin i.v.m. de toelating voor de curator om de goederen op te eisen, BERENDS, A.J., *l.c. supra* noot 20, 233-234.

Het onderscheid tussen traditionele ipr-regels en materiële regels is voor de praktijk niet relevant. Eventueel kan het een invloed hebben op de rechtsgrondslag van het optreden van de Unie.

den betwisten. Deze bevoegdheden ontleent hij aan het recht van de staat van aanstelling, dat ook in het buitenland richtinggevend is.²⁹⁸ Een Belgische curator kan bijgevolg bij zijn optreden in Frankrijk meer of minder bevoegdheden hebben dan een Franse collega. De eenvoudige toepassing van het recht van de hoofdsolventieprocedure dient echter genuanceerd te worden: volgens art. 18 lid 3 moet de curator bij de uitoefening van zijn bevoegdheden het recht van de Lidstaat waar hij wenst op te treden eerbiedigen. Dit nationaal recht is niet zozeer beslissend voor de bevoegdheden van de curator, doch voor de modaliteiten van de uitoefening ervan. Zo vermeldt het Toelichtend Rapport dat de curator desgevallend rekening moet houden met de plaatselijke regels tot bescherming van het cultureel erfgoed, die een uitvoerverbod voor bepaalde goederen kunnen inhouden.²⁹⁹ Het plaatselijk recht kan voorts van belang zijn m.b.t. de procedure voor het te gelde maken van bepaalde goederen: wanneer de curator krachtens zijn nationaal recht bepaalde goederen onderhands dan wel openbaar mag verkopen, bepaalt het recht van de plaats van ligging van die goederen de precieze procedure voor de verkoop. De grens tussen de *lex concursus* en de plaatselijke wet zal soms moeilijk te bepalen zijn.³⁰⁰

5-58. Een andere beperking op de bevoegdheden van de curator vloeit voort uit de eventuele opening van territoriale procedures: zodra een dergelijke procedure geopend is, moet de hoofdcurator voor de territoriale curator wijken m.b.t. de goederen die in de Lidstaat van de vestiging gelegen zijn. De bevoegdheid van de territoriale curator over deze goederen is *exclusief*, met dien verstande dat de hoofdcurator een invloed op de secundaire procedure kan uitoefenen d.m.v. de coördinatie-regels.³⁰¹

Een laatste beperking op het buitenlands optreden van de hoofdcurator ligt in het verbod van het gebruik van dwangmaatregelen. De Lidstaten behouden hun monopolie op het gebruik van dwangmiddelen (zie verder nr. 5-60).

Openbaarmaking of andere vormen van publiciteit zijn geen voorwaarden voor het buitenlands optreden van de curator. De enige formaliteit die van de curator kan geëist

worden is de overlegging van het aanwijzingsbesluit.³⁰² In sommige omstandigheden is enige bekendmaking echter wenselijk, in het bijzonder naar een Lidstaat toe waar de schuldenaar substantiële activiteiten ontplooidt.³⁰³ Artikel 21 preciseert trouwens dat de curator steeds de mogelijkheid heeft om enige ruchtbaarheid te geven aan de beslissing tot opening van de insolventieprocedure.³⁰⁴ In dit geval dient hij de formaliteiten in acht te nemen van de Lidstaat waar de publiciteit wordt gevoerd. De Lidstaat op het grondgebied waarvan de gefailleerde een vestiging heeft, kan de bekendmaking van de beslissing tot opening van de insolventie verplichten (art. 21,2).

5-59. De automatische en onmiddellijke erkenning van de bevoegdheden van de curator betekent een substantiële verbetering van zijn positie en van zijn actiemogelijkheden. Onder het huidige recht wordt de bevoegdheid van een buitenlandse curator om in België op te treden weliswaar zonder meer erkend.³⁰⁵ Het omgekeerde is echter niet steeds werkelijkheid. Met de verordening wordt de curator aangesteld in de hoofdprocedure een soort 'super-curator': hij kan overal in Europa optreden, zonder daarvoor zijn bevoegdheid d.m.v. een procedure te moeten laten erkennen. Hij kan in alle Lidstaten in rechte optreden, bijv. om een faillissementspauliana in te stellen. Verder wordt hem ook uitdrukkelijk de mogelijkheid gegeven om goederen van de gefailleerde te verwijderen uit het grondgebied van de Lidstaat waar ze zich bevinden.³⁰⁶ Zoals Fletcher het opmerkt, "[t]he power to remove assets from one Contracting State to another, and to do so of right and without requiring the formality of an order of the court of the situs, constitutes a substantial improvement of the liquidator's capability to act incisively, and should avoid costly and cumbersome delays".³⁰⁷ Bij verzet van de bezitter moet de curator evenwel de medewerking vragen van de plaatselijke autoriteiten, die een monopolie over het gebruik van dwangmiddelen behouden. Een dergelijke procedure moet geen onoverkomelijk obstakel vormen, daar de bevoegdheid van de curator om in rechte op te treden, en om de verwijdering van de goederen te eisen, in de verordening zelf is voorzien.³⁰⁸

III. TENUITVOERLEGGING VAN BESLISSINGEN

5-60. Voor de tenuitvoerlegging van beslissingen in een andere staat is in de regel steeds een executuur vereist. Het soevereiniteitsbeginsel speelt hier (nog) ten volle: een beslissing kan slechts worden ten uitvoer gelegd worden als ze met de autoriteit van die

²⁹⁸ Zie *supra* nr. 52 i.v.m. dit zgn. 'uitbreidingsmodel'.

²⁹⁹ Toelichtend Rapport, § 164.

³⁰⁰ Zie verder BALZ, M., *l.c. supra* noot 22, 516 over de vraag wie de bewijslast draagt i.v.m. de bevoegdheden van de curator en het onderzoek naar het buitenlands recht dat hierop van toepassing is.

³⁰¹ De Nederlandse Staatscommissie IPR had bij de behandeling van een vroeger ontwerp voorgesteld om, op het model van de lijst behorende bij het internationale certificaat dat als bijlage is gevoegd bij het Haags Verdrag van 2 okt. 1973 over het internationaal beheer van nalatenschappen, een 'certificaat' op te stellen ten bewijze van de bevoegdheid van de curator, waaruit zou blijken tot welke handelingen en m.b.t. wat voor (soort) goederen de curator naar zijn nationaal recht bevoegd is en dit om de taak van de rechtbanken te vergemakkelijken: STAATSCOMMISSIE IPR, *Advies van 10 april 1981 over het voorontwerp voor een verdrag inzake faillissement, akkoord en andere soortgelijke procedures ter uitvoering van art. 220 van het EEG-Verdrag*, in *Staatscommissie IPR. Geselecteerde Adviezen. Naar een afgezwegen IPR*, FROHN, E. en HENNIS, E., (reds.), Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, 1995, 304-305.

³⁰² Zie verder nrs. 5-62 e.v. Artikel 18 maakt verder een voorbehoud voor eventuele bewarende maatregelen die in afwachting van een territoriale procedure bevolen worden.

³⁰³

Art. 19, zie *supra* noot 257. Legalisatie kan niet vereist worden.

Zie verder BALZ, M., *l.c. supra* noot 22, 517-518 over de pogingen van sommige Lidstaten om de totstandkoming van de Insolventieverdrag te koppelen aan de creatie van een centraal Insolventieregister.

³⁰⁴ Zie verder FLETCHER, I.F., o.c. *supra* noot 10, 286-287.

³⁰⁵ Openbaarmaking heeft een invloed op de mogelijkheid voor derden om te goeder trouw betalingen te ontvangen van de schuldenaar, zie art. 24 en *supra* nr. 54.

³⁰⁶ Bijv. Kh. Brussel, 23 april 1975, *J.T. 1975*, 589. *Vgl.* voor Nederland, VAN GALEN, R.J. en VAN APeldoorn, J.C., *l.c. supra* noot 25, 15-38.

³⁰⁷ Art. 18(1). De schuldeisers kunnen de overbrenging wel tegenhouden door een territoriale procedure te vragen.

³⁰⁸ FLETCHER, I.F., o.c. *supra* noot 10, 285.

Zie verder nrs. 5-62 e.v. over de bevoegdheden van de hoofdcurator in het kader van de coördinatie tussen hoofd- en territoriale insolventie.

staat bekleed is.³⁰⁹ Aan deze toestand verandert de insolventieverordening niets. Waar de verordening wel innoveert, is bij het invoeren van enkele materiële regels die het aantal situaties waarin het exequatuur vereist is, sterk doen verminderen.³¹⁰ Dit geldt vooral voor het grensoverschrijdend optreden van de curator, waarvoor de artikelen 18 e.v. een gedetailleerde regeling voorzien (*supra* nrs. 5-57 e.v.). Op grond van deze regeling kan de curator bijv. in rechte optreden, goederen verwijderen, de schuldvorderingen van de schuldenaar innen, de handelswerkzaamheden van de gefailleerde verderzetten, zonder dat daartoe een exequatuur vereist is. Het is slechts wanneer hij dwangmiddelen wenst aan te wenden, bijv. voor de uitvoering van een beslag, dat het exequatuur opnieuw belangrijk wordt. En zelfs dan kan hij de exequatuurprocedure vermijden door zich rechtstreeks tot de lokale rechter te wenden.³¹¹

Buiten het optreden van de curator en de loutere opening van de insolventieprocedure, wordt de nood om een beslissing ten uitvoer te leggen groter, en dus ook de exequatuurprocedure. De regeling van het exequatuur wordt aan het EEX-Verdrag ontleend. Weetom wordt een onderscheid gemaakt tussen twee categorieën beslissingen. De eerste categorie geniet van een bevoorrechte regime. De tenuitvoerlegging van deze beslissingen gebeurt inderdaad volgens de vereenvoudigde regeling van het EEX-Verdrag.³¹² De verordening gaat zelfs verder dan het verdrag, daar de weigeringsgronden eenvoudiger worden afgeschaft. Als enige mogelijkheid om de tenuitvoerlegging onder de verordening te weigeren geldt de strijdigheid met de openbare orde.³¹³ Genieten van deze voorkeursbehandeling de beslissingen inzake verloop en beëindiging van de procedure en de beslissingen die rechtstreeks uit het faillissement voortvloeien (zie *supra* nr. 54). De overige beslissingen worden aan het algemene mechanisme van het EEX-Verdrag onderworpen, weigeringsgronden inbegrepen. Op zich is dit al een substantiële verbetering met het gemeen recht van enkele Lidstaten, zoals bijv. dat van

³⁰⁹ In Nederland bestaat echter een jurisprudentiële constructie om de grenzen van de soevereiniteit die aan de extra-territoriale werking van het Nederlandse faillissement in de weg staan, te omzeilen. Aan de gefailleerde leggen de rechtbanken, onder sommige omstandigheden, de verplichting op om de curator een volmacht te geven voor goederen die in het buitenland liggen. Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch, 6 juli 1996, *N.I.P.R.* 1993, 469; *N.J.* 1994, 250. Zie BEUKENHORST, D., "Overzicht van rechtspraak. Internationaal privaatrecht (1990-93). Internationaal faillissementsrecht", *W.P.N.R.* 1994, nr. 6160. In Duitsland wordt deze constructie ook wel eens gebruikt: OLG Köln, 28 april 1986, *R.I.W.* 1986, 823. De vraag is of andere landen deze volmacht zullen erkennen. Zie voor vergelijkbare twijfels: HANISCH, H., "Report for Germany", in *Cross-Border Insolvency: National and Comparative studies*, FLETCHER, I.F., (ed.), Tübingen, J.C.B. Mohr, 1992, 114.

³¹⁰ Sommige beslissingen tenen zich door hun aard zelf niet voor tenuitvoerlegging in het buitenland. Die is bijv. het geval voor de beslissing tot opening van een insolventieprocedure. De enige uitwerking die een dergelijke beslissing in het buitenland kan hebben, is de aanvaarding van haar gezag van gewijsde. Dit gebeurt via de erkenning (art. 16, *supra* nrs. 47 e.v.). Logischerwijze bevat de verordening geen regeling voor de tenuitvoerlegging van een dergelijke beslissing. Vgl. BERENDS, A.J., *l.c. supra* noot 20, Preadvies, 233 (die lijkt te suggereren dat de beslissing tot opening van een insolventieprocedure in het buitenland wel tenuitvoerlegd kan worden).

³¹¹ Ook onder het huidige Belgisch recht is het exequatuur vereist, wil de buitenlandse curator in België dwangmiddelen aanwenden. Het is evenwel niet steeds duidelijk welke maatregelen louter de bewaring en het beheer beogen en welke dwangmaatregelen zijn. Zie bijv. i.v.m. de inschrijving van een wettelijk hypotheek, BOUCKAERT, F., noot onder Kh. Tongeren, 8 mei 1996, *Tijd. Not.*, 1997, 241.

³¹² Art. 25 lid 1. Over de procedure tot bekomen van de exequatuur onder het EEX-verdrag zie: BROECKX, K., "Erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen", in *Europese IPR-Verdragen*, VAN HOUTTE, H. en PERTEGAS SENDER, M., (eds.), Leuven, Acco, 1997, 139-188.

³¹³ Zie *supra* nrs. 5-49 e.v. voor een bespreking van deze voorwaarde.

Nederland. Misschien kan in de toekomst nog verder worden gegaan en de heuvel van de verklaring van uitvoerbaarheid zelfs afgeschaft worden.³¹⁴

5. Verhouding tussen hoofd- en secundaire insolventieprocedure

5-61. Parallele faillissementen kunnen verschillende vormen aannemen. In vele landen volstaat de aanwezigheid van een vestiging, of zelfs van goederen om een insolventieprocedure te openen.³¹⁵ Bijgevolg kan en procedure geopend worden zelfs nadat de schuldenaar reeds in zijn thuisland failliet is verklaard. Vaak zullen deze procedures op extra-territoriale gevolgen aanspraak maken. Voor de coördinatie van de insolventies bestaan geen dwingende regels. De curatoren zijn niet verplicht om samen te werken, of om informatie uit te wisselen. De schuldeisers moeten hun vorderingen in elke procedure indienen, telkens volgens de lokale regels. Tenslotte kan het parallel bestaan van meerdere faillissementen tot erkenningsproblemen leiden, bijv. wanneer de extra-territoriale aanspraken van een Belgische insolventie bot vangen in een land waar een afzonderlijke procedure geopend werd. De coördinatie berust m.a.w. op het goedvinden van de curatoren en de bereidwilligheid van de betrokken rechters.³¹⁶

Anderzijds kan een land de opening van een insolventieprocedure toelaten met de bedoeling om ten dienste van de hoofdprocedure te staan. Het gaat dan om een hulpfaillissement op het model van de Amerikaanse 'ancillary proceedings'.³¹⁷ De coördinatie tussen de insolventies gebeurt in die situatie op unilaterale wijze, op initiatief van de staat die zijn procedure vrijwilt aan het buitenlands faillissement ondergeschikt stelt. Het is duidelijk dat deze staat zich een zekere controle zal willen reserveren over de wijze waarop zijn rechtbanken medewerking verlenen aan een buitenlandse procedure.

5-62. De derde mogelijkheid bestaat erin dat staten afspraken maken voor de coördinatie van hun faillissementen. Dit is de weg die Europa gekozen heeft. De Insolventieverordening voert de mogelijkheid in om, naast de hoofdsolventieprocedure, tevens een of meerdere secundaire procedures te openen. Deze aantasting op het universele dogma werd als noodzakelijk beschouwd om de instemming tussen alle Lidstaten te bereiken. In tegenstelling tot de Amerikaanse 'ancillary proceedings' of de Zwitserse 'mini-faillite' (zie *supra* nr. 5-2) wijkt de territoriale procedure onder de verordening niet af van de andere door het recht van het land van de vestiging voorziene insolventieprocedure. Onder voorbehoud van het overwicht van de hoofdsolventieprocedure, heeft de territoriale procedure alle gevolgen die normaliter volgens de *lex concursus* aan een andere insolventieprocedure worden verbonden. De verordening

³¹⁴ Zie bijv. het voorstel van Frankrijk i.v.m. een 'Europese bezoektitel', Heß, B., "Der Verordnungsvorschlag der französischen Ratspräsidentenschaft vom 26.6.2000 über einen 'Europäischen Besuchstitel'", *IPRax* 2000, 361-363.

³¹⁵ Zie overzicht in FLETCHER, I.F., "General Report", in *Cross-Border Insolvency: National and Comparative studies*, FLETCHER, I.F., (ed.), Tübingen, J.C.B. Mohr, 1992, 275-280. In Nederland bijv. bepaalt art. 2 lid 3 Faill.W. dat de aanwezigheid van een kantoor volstaat. *Adde* voor Frankrijk, KHARALLAH, G., "Les faillites concurrentes", *Travaux com. Fr. DIP*, 1994-95, 157 e.v.

³¹⁶ Zie *supra* nrs. 5-5 e.v. i.v.m. de 'protocollet'.

³¹⁷ Zie *supra* nr. 5-2.

brenge slechts een wijziging m.b.t. de noodzaak om de insolventie van de schuldenaar te bewijzen (*supra* nr. 5-42), de internationale bevoegdheid (*supra* nr. 5-37) en de mogelijkheid om voor een saneringsprocedure te opteren (*supra* nr. 5-43). Voor het overige geldt het recht van het land van de vestiging.³¹⁸

In theorie kan één hoofdprocedure onder de verordening samen met 13 territoriale procedures coëxisteren. Voor de afstemming tussen deze procedures voorziet de verordening in dwingende coördinatieregels. Volgens VIRGÓS en SCHMIT vormen de voorschriften "[...] in de coördinatie met de hoofdprocedure [...] de garantie dat het beginsel van eenheid in de Europese Gemeenschap betracht wordt".³¹⁹ Deze innovatieve coördinatiemechanismen vormen, samen met de eenvormige verwijzingsregels de sleutel van de verordening.³²⁰

5-63. De verordening schept een hiërarchie tussen de verschillende procedures. De procedure geopend in het land van het centrum van de voornaamste belangen – de hoofdprocedure – heeft voorrang op de territoriale procedure(s).³²¹ Zij omvat het heel vermogen van de gefailleerde, terwijl secundaire procedures beperkt zijn tot het land waar de procedure geopend werd.

De opening van een territoriale procedure betekent niet dat de plaatselijke activa exclusief voor de lokale schuldeisers bestemd worden (zgn. 'ring-fencing'). Iedere schuldeiser kan immers krachtens art. 32 zijn vordering zowel in de hoofd- als in elke secundaire procedure indienen.³²² Deze regel geeft aan dat er ondanks de mogelijkheid om verschillende procedures te openen, onder de verordening slechts plaats is voor één boedel. Dit betel niet dat de secundaire procedure beheerst is door het recht van de Lidstaat op het grondgebied waarvan het geopend is (art. 28). Dit recht beslist wat het lot is van de vorderingen van buitenlandse schuldeisers, en in het bijzonder of hun voorrechten en zekerheden aan de boedel kunnen worden tegengeworpen.³²³

Het recht om deel te nemen aan de verdeling in elke procedure zou grotendeels theoretisch blijven, vooral voor de kleine schuldeisers, ware het niet dat art. 32(2) de last van de meervoudige indiening op de curatoren legt. De curatoren worden immers geacht de vorderingen die reeds zijn ingediend in de procedure waarvoor zij verantwoordelijk zijn, in de andere procedures weer in te dienen. Samen met de wederzijdse informatieplicht van art. 31 (zie verder nr. 5-65) moet de wederindiening door de

³¹⁸ Zie verder BALZ, M., *l.c. supra* noot 22, 522, in het bijzonder noot 181.

³¹⁹ Toelichtend Rapport, § 5.

³²⁰ De coördinatieregels zijn ook van toepassing op zelfstandige, territoriale procedures. Van zodra een hoofdprocedure geopend wordt, worden zelfstandige procedures ook ondergeschikte procedures (art. 36).

³²¹ De Preamble spreekt van 'overzicht' van de hoofdprocedure, zie overweging nr. 20.

³²² Zie verder de anti-discriminatieartikel in art. 39. Jammer genoeg verbiedt deze bepaling niet dat een Lidstaat weigert rekening te houden met de vordering van een buiten de EU gevestigde onderneming.

³²³ De anti-discriminatieartikel van art. 39 geldt ook voor de belastingautoriteiten en de sociale-zekerheidsinstellingen. FLETCHER vraagt zich in dit verband af of een Lidstaat nog steeds kan weigeren om het bevoorrecht karakter van deze publiekrechtelijke vorderingen te erkennen, zonder het anti-discriminatiebeginsel te schenden (FLETCHER, I.F., *o.c. supra* noot 10, 295-296).

curatoren voor een billijke verdeling van de activa van de gefailleerde zorgen.³²⁴ Schuldeisers kunnen zich steeds verzetten tegen de verdere indiening van hun vordering door de curator.

De verordening laat de schuldeisers ook de mogelijkheid om hun vorderingen zelf in de andere procedure in te dienen (art. 39). In de artikelen 40 t.e.m. 42 worden een aantal maatregelen voorzien die de taak van de schuldeiser bij de indiening in een andere Lidstaat vergemakkelijkt. Zo moeten de 'bekende' schuldeisers van de opening van een insolventieprocedure in een andere Lidstaat in kennis worden gesteld. Aldus wordt vermeden dat schuldeisers slechts na de deadline voor de indiening geïnformeerd zouden worden. In de praktijk rust de verplichting op de curator om aan elke schuldeiser een bericht te zenden, waarin de termijnen, de eventuele sanctie en de instantie waarbij de vorderingen moeten worden ingediend, duidelijk worden gepreciseerd.³²⁵

Artikel 41 regelt tenslotte de wijze waarop de schuldeiser zijn vordering moet indienen. Weerom voert de verordening een materiële regel in door de formaliteiten voor de indiening van een vordering door een buitenlandse schuldeiser rechtstreeks te specificeren.

5-64. De hiërarchie tussen hoofd- en secundaire procedure vertaalt zich in een aantal concrete bepalingen. Zo kan de hoofdcurator de *schorsing* vragen van een secundair faillissement (art. 33). Dit zal bijv. nuttig zijn indien de curator een overnemer gevonden heeft voor de volledige onderneming, of wanneer de hoofdprocedure een saneringsprocedure is. In dit geval heeft het immers weinig zin dat de secundaire procedure op een verkoop uitdraait, terwijl deze vestiging mee zou kunnen bijdragen tot het heropstarten van het bedrijf. Het verzoek tot schorsing van de hoofdcurator kan slechts in uitzonderlijke gevallen worden afgevoerd, wanneer de rechter van oordeel is dat een dergelijke schorsing niet in het belang is van de schuldeisers van de hoofdprocedure. Nogmaals laat de verordening weinig ruimte voor beoordeling. Dit gebrek aan flexibiliteit kan betreurd worden, doch het past in het universele schema waarop de verordening gebaseerd is. Het is niet duidelijk waarom de beoordeling aan de hand van de belangen van de schuldeisers van de *hoofdprocedure* moet geschieden. Het lijkt even logisch dat de belangen van de lokale schuldeisers in acht worden genomen.³²⁶ Volgens VIRGÓS en SCHMIT worden de schuldeisers van de secundaire procedure(s) beschermd door de mogelijkheid voor de rechter om van de hoofdcurator 'passende maatregelen' te verlangen, zoals bijv. het opleggen van een waarborg.³²⁷ Om misbruiken te voorkomen, wordt de schorsing beperkt tot een hernieuwbare periode van drie maanden. Het aantal verlengingen is onbeperkt.

³²⁴ Zie ook *supra* nr. 5-54 i.v.m. de hotchpot-rule.

³²⁵ Zie verder art. 42 voor de taal van het bericht.

³²⁶ BERTRAMS, R., *l.c. supra* noot 48, 68. In artikel 27 van het Verdrag van Istanboel wordt ook in hoofdprocedure omstandigheden verwezen naar de belangen van de schuldeisers van de hoofdprocedure. Om te weten tot welke procedure een schuldenvordering behoort moet gekeken worden welke activiteiten aan de grondslag ervan liggen.

³²⁷ Toelichtend Rapport, § 244. *Vgl.* § 361 U.S. Bankruptcy Code.

De hoofdcurator beschikt krachtens art. 34 over een andere mogelijkheid om in de secundaire procedure in te grijpen. Hij kan een herstelplan of een akkoord voorstellen, of daartegen zijn veto stellen.

Op de curatoren rust verder een algemeen *wederzijdse informatieplicht* (art. 31, 1). Daaronder valt bijv. de verplichting om aan de overige curator(en) al hetgeen voor de andere procedure van nut kan zijn' mee te delen, o.a. de stand van indiening en de verificatie van de vorderingen. Wel kan worden betwist dat voor deze verplichting geen sanctie wordt voorzien. Daardoor zal de schuldeiser een beroep moeten doen op een (hypothetische?) sanctie van het nationaal recht.

Het primaat van de hoofdprocedure blijkt voorts uit de verplichting voor de curator van de secundaire procedure om het niet-uitgekeerde saldo aan de hoofdprocedure over te dragen (art. 35). Dit is een symbolische maatregel, vooral nu schuldeisers hun vorderingen in elke procedure kunnen indienen.³²⁸

5-65. De verordening voorziet in specifieke coördinatierogels voor het geval dat de hoofdprocedure van een andere aard is dan de secundaire procedure(s). Deze dispariteit kan inderdaad tot ernstige problemen leiden. Daarom wordt bepaald dat de hoofdcurator de omzetting van een secundaire saneringsprocedure in een vereffeningprocedure kan vragen (art. 37). Nogmaals kan dit hem niet worden geweigerd, tenzij wanneer de omzetting de belangen van de schuldeisers van de hoofdprocedure niet dient.³²⁹

De hiërarchische verhouding blijkt tevens uit het feit dat voor de opering van een secundaire procedure de solvabiliteit van de schuldenaar niet meer onderzocht dient te worden.³³⁰ De vaststelling door de hoofdrechter dat de schuldenaar insolvent is, moet *erga omnes* aanvaard worden. Dit geldt onafgezien van de vraag of de betrokken landen verschillende definities hanteren voor de insolventie (bijv. al dan niet vereiste van wankelend krediet). De vraag blijft of onder 'insolventie' ook de hoedanigheid van de schuldenaar begrepen wordt. Kan de Belgische vestiging van een niet-handelaar die in Nederland failliet werd verklaard, door een Belgische rechter failliet worden verklaard?

Een laatste punt betreffende de coördinatie is de mogelijkheid voor de hoofdcurator om in de secundaire procedure voorstellen in te dienen om de boedel te vereffenen (art. 31 lid 3). De curator van de secundaire procedure moet hem tijdig de gelegenheid bieden om dergelijke voorstellen te doen. Of deze verplichting een informatieplicht inhoudt voor de curator van de secundaire procedure blijft onduidelijk. Ook onduidelijk is hoe eventuele betwistingen tussen de twee curatoren dienen te worden opgelost. Heeft de curator van de hoofdprocedure altijd het laatste woord?

³²⁸ In die zin FLEETHER, J.F., o.c. *supra* noot 10, 293.

³²⁹ Zie ook *supra* noot 240 i.v.m. de verklaring van Portugal.

³³⁰ Art. 27. Deze aflossing vindt men in § 102-3 Nieuwe Duitse Konkursordnung en art. 16 van het Verdrag van Istanboel. Dit betekent dat de Belgische rechter zich over het faillissement van een schuldenaar zal moeten buigen zelfs al zijn de voorwaarden daarvoor krachtens zijn Faillissementswet niet vervuld, en dit terwijl volgens art. 4 lid 2 de *lex fori concursus* de voorwaarden bepaalt waaronder een faillissementsprocedure kan worden geopend. Zie WATTÉ, N., "La faillite internationale : état actuel du droit conventionnel européen", in *L'entreprise en difficulté : vers un nouveau droit*, Commission Droit et Vie des Affaires, Luik, 1995, 224, § 29.

5-66. Tussen twee territoriale procedures is er geen behoefte aan rechtstreekse coördinatie. De coördinatie gebeurt onrechtstreeks, via de hoofdprocedure. Alle secundaire procedures zijn immers hiërarchisch onderworpen aan de hoofdprocedure. Dit hiërarchisch toezicht is evenwel beperkt. Daarom moeten volgens het Toelichtend Rapport een aantal van de coördinatievoorschriften ook tussen secundaire procedures onderling worden toegepast.³³¹ Dit is m.n. het geval voor de wederzijdse informatieplicht tussen curatoren, de aanrekeningsverplichting en de gekruiste indiening van de vordering. De nakoming van deze verplichtingen wordt door de verordening evenwel niet gesancioneerd. Veel zal bijgevolg afhangen van de bereidwilligheid van de curatoren op het terrein. Wanneer nog geen hoofdprocedure geopend werd, kunnen verschillende zelfstandige procedures parallel worden geopend. Voor deze uitzonderlijke situatie zijn geen coördinatiemechanismen voorzien.³³²

6. Bij wijze van besluit

5-67. Na meer dan 30 jaar is de Europese Unie erin geslaagd om een regeling te vinden voor de grensoverschrijdende aspecten van insolventies. Op zich is dit al een overwinning. Of er in de praktijk behoefte was aan een dergelijke regeling is een open vraag.³³³ In de literatuur wordt vaak verwezen naar de toename van het aantal grensoverschrijdende faillissementen om de talrijke internationale initiatieven en projecten te legitimeren.³³⁴ Anderen twijfelen aan het nut van een Europese regeling. Vooral DALHUISEN plaatst vraagtekens bij de inspanningen van de Europese Unie. Volgens hem is het steeds onduidelijk geweest "tot welke hoogte de verbroekeling van het faillissements- en goederenrecht in de Europese Unie belemmerend of verstorend werkt of zelfs überhaupt relevant is voor de functionering van de interne markt".³³⁵

Het is duidelijk dat de verordening slechts een oplossing biedt voor een beperkt aantal gevallen. Met name worden faalngen van ondernemingsgroepen door de nieuwe regeling links gelaten. Met BOS kan worden gesteld dat de Europese regeling vooral belangrijk zal zijn voor kleinere en middelgrote ondernemingen.³³⁶ Grote ondernemingen hebben als schuldeisers in het algemeen minder problemen met buitenlandse procedures. Bovendien brengen ze, niet in het minst om fiscale redenen, meestal hun buitenlandse activiteiten in een afzonderlijke rechtspersoon onder, waarover de verordening weinig greep heeft.³³⁷

³³¹ Toelichtend Rapport, § 35.

³³² Toelichtend Rapport, § 39.

³³³ Zie bijv. de argumenten aangehaald door KAYSER, N., *l.c. supra* noot 48, 257-258.

³³⁴ Zie bijv. de derde overweging van de Preamble van de verordening. Verder LIJKE, W., *l.c. supra* noot 79, 467; WATTÉ, N. en MARQUETTE, V., *l.c. supra* noot 5, 289. In 1926 wees ROLIN reeds op het groot aantal internationale faillissementen: "Il n'est pas une grande faillite qui s'ouvre de nos jours sans que des créanciers étrangers n'aient à y faire valoir leurs droits, sans que le failli n'ait des débiteurs étrangers, sans qu'une partie de son actif mobilier, immobilier même se trouve en dehors du territoire où le failli a son domicile, son centre d'affaire, sans que le curateur [...] doive contraindre des débiteurs étrangers à payer leurs dettes entre ses mains [...]". (A. ROLIN, *l.c.*, noot 3, empirical research exists" (o.c. *supra* noot 50, 13, nr. 32).

³³⁵ DALHUISEN, J.H., *l.c. supra* noot 124, 50.

³³⁶ BOS, T.M., o.c. *supra* noot 19, 290-291.

³³⁷ In dezelfde zin Verslag House of Lords, o.c. *supra* noot 50, 13, nr. 32 en 15, nr. 38 ("the Convention might have a greater impact on personal rather than corporate insolvency, because of the practice of undertakings carrying on the business in other Member States through local associated companies rather than branches").

Ondanks zijn tekortkomingen heeft de nieuwe regeling de verdienste te bestaan en binnenkort in werking te treden.³³⁸ De Insolventieverordening, en het verdrag waarop het voortbouwt, breken met de utopische pogingen van het verleden om grensoverschrijdende faillissementen d.m.v. één enkele, universele procedure aan te pakken. De Lidstaten hebben wijselijk geopteerd voor een pluralistisch model, waar secundaire procedures mogelijk blijven om de lokale belangen te beschermen. De grote uitdaging van dit model zit in de noodzaak om verschillende curatoren en eventueel ook rechters te laten samenwerken.³³⁹ Of de actoren van het faillissement in de praktijk bereid zullen zijn om over de grenzen heen samen te werken, zal de toekomst uitwijzen.³⁴⁰ De samenwerking kan soms gehinderd worden door het gebrek aan flexibiliteit van de nieuwe regeling.

De Insolventieverordening richt zich alleen op de coördinatie van nationale procedures. Het waagt zich niet aan eenmaking van het materieel faillissementsrecht,³⁴¹ noch van het recht van de zekerheden.^{342,343} De critici die dit betreuren, hebben weinig begrip voor de moeilijkheid van onderhandelingen tussen 15 Lidstaten.³⁴⁴ Nu elk Europees faillissement zonder meer exporteerbaar is, zullen de Lidstaten echter geconfronteerd worden met vreemd faillissementsrecht, dat niet altijd met de lokale tradities en regels gerijmd kan worden.³⁴⁵

³³⁸ In die zin BERTRAMS, R., *l.c. supra* noot 250, 3.

³³⁹ Zie reeds de opmerkingen van HIRSCH, A., over de samenwerking tussen verschillende faillissementen in "Vers l'universalité de la faillite au sein du marché commun ?", *Cahiers dr. eur.* 1970, (50), 58-59.

³⁴⁰ *Vgl.* met de opmerking van LEONARD i.v.m. de samenwerking tussen rechtbanken in multinationale insolventies: "Experience has shown that courts in all countries continue to be influenced by the interests of domestic creditors and that the courts of one jurisdiction, are generally reluctant to yield authority or concede primacy to the courts of another" (LEONARD, B., *l.c. supra* noot 30, 546-547).

³⁴¹ Zie het onderzoek naar de 'Principles of European Insolvency Law' onder leiding van Prof. A. FLESSNER van de Humboldt-Universitat te Berlijn.

³⁴² Zie o.a. het *Common Core of European Private Law Project* van de Universiteit Trento, onder leiding van Prof. MATTEI, U. en BUSSANI, M. In dit kader bereidt E.-M. KIENINGER een verslag over "Security on Movables" en is Prof. M.-E. STORME verantwoordelijk voor een studie over "Movable Assets and General Creditors".

³⁴³ Verder DROBNIG, U., "Security Rights in Movables", in *Towards a European Civil Code*, 2de uitg., HARTKAMP, A. *et al.* (eds.), Nijmegen/Den Haag, Ars Aequi Libri/Kluwer Law International, 1998, 511-524.

³⁴⁴ Over de 'Vereenheitlichung' van het materieel faillissementsrecht in Europees verband, zie verder de genuanceerde conclusie van BOS, T.M., *o.c. supra* noot 19, 290-293. Zie eveneens FLETCHER, I.F., *o.c. supra* noot 10, 265 ("absence of any prospect that the substantive insolvency laws of the EU Member States can be harmonised in the near future") en BALZ, M., *l.c. supra* noot 22, 506 ("[...] harmonisation of substantive insolvency law is not possible in the EU [...]").

³⁴⁵ Zie vooral DALHUISEN, J.H., *l.c. supra* noot 124, 50 (Volgens deze auteur is een louter ipr-regeling van de grensoverschrijdende faillissementen ofwel te veel, ofwel te weinig: "Mij lijkt het dat het van tweeën een is: of er is een werkelijk probleem en dan geeft een ipr regeling geen voldoende oplossing aangezien een faillissement in al zijn aspecten (inclusief de goederenrechtelijk, reorganisatie, kwijting en doorbraak problematiek) nauwelijks in zijn geheel door verwijzingsregels kan worden beheerst [...]. Indien er geen werkelijk probleem is dan zijn al deze pogingen, die in ieder geval tot nu toe van zwakke kwaliteit bleken te zijn, irrelevant. Is er wel een aanwijsbaar probleem, dan zal de oplossing eerder in unificatie van het faillissementsrecht en harmonisering van het vermogensrecht moeten worden gezocht").

³⁴⁶ Zie bijv. de spanning tussen het Engels en het Luxemburgs recht i.v.m. de verrekening in de BCCI-zaak, *In Re Bank of Credit and Commerce International St. (No. 10)*, [1997] Ch. 213, [1997] W.L.R. 172, [1996] 4 All ER 796, [1997] 1 BCLC 80, [1996] BCC 980.

De Insolventieverordening laat ruimte voor een subsidiaire regeling van internationale insolventies door de nationale wetgever. Het ontwerp van IPR-wetboek houdt in dit verband vast aan het universalistisch model. De vraag kan echter worden gesteld of dit geen voorbijgestreefde utopie is...