

Aanleggers *q.q.* tonen op afdoende wijze aan dat verweerster feitelijk een vestiging heeft of gevestigd is in België, meer in het bijzonder in Kortesseem, dus binnen de grenzen van het gerechtelijk arrondissement Tongeren.

De Rechtbank van Koophandel te Tongeren is bijgevolg bevoegd om te oordelen over onderhavige faillissementsvordering.

2. Ten gronde

De rechtbank stelt vast dat:

- de boekhouding van verweerster op het gebied van handelsvorderingen niet in overeenstemming is met de werkelijkheid en dat, volgens de verklaring die werd afgelegd door de heer Va., zaakvoerder, al de nog in de boekhouding als openstaande voorkomende vorderingen werden geïnd met uitzondering van een enkele vordering op een failliete klant.
- Uit deze balanspost kunnen aldus geen middelen komen ter voldoening van de passiva;
- de bankrekeningen van verweerster zijn geblokkeerd ingevolge een lopend strafonderzoek;
- de goederen die vermeld zijn in het P.V. van inventaris zijn, alleszins op korte termijn, niet verzilverbaar omdat zij in beslag genomen zijn;
- verweerster heeft belangrijke eisbare schulden.

Zo vertoont de saldijst leveranciers per einde februari 2002 een totaal saldo van € 4.916.204,42.

De boekhoudkundige verrichtingen van de vennootschap werden niet conform verricht, zodat men er het raden naar heeft wat de juiste toestand is.

Diverse schuldeisers hebben een schuldvordering gemeld bij aanleggers *q.q.* voor een geraamd totaal bedrag van ongeveer € 950.000.

Er is een totaal gebrek aan liquide middelen tegenover een groot bedrag aan opeisbare schulden.

De vennootschap beschikt niet meer over enige vorm van krediet op een enkele schuldeiser na die nog respijt geeft in de hoop van een toch nog gunstige afloop.

De rechtbank is van oordeel dat verweerster op een duurzame wijze haar betalingen heeft gestaakt en dat haar krediet is geschokt.

Om deze redenen:

De rechtbank uitspraak doende bij verstek en in openbare zitting:

Verklaart de vordering ontvankelijk en gegrond.

Verklaart de SPRL C., vennootschap naar Luxemburgs recht, ingeschreven in het H.R. te Luxemburg..., met vennootschapszetel te L-5575 Remich-Luxemburg..., doch met feitelijke zetel te 3723 Kortesseem..., import en export van onderdelen van computers, e-commerce oplossingen, software, hardware en elke andere activiteit in relatie tot het voorgaande, in staat van faillissement op dagvaarding.

Stelt voorlopig op 29 november 2002, datum van aanstelling van de voorlopige bewindvoerders, het tijdstip van staking van betalingen conform artikel 12 van de wet op de faillissementen.

(...)

Legt aan de schuldeisers van de gefailleerde op de verklaring van hun schuldvordering ter griffie van deze rechtbank... te doen uiterlijk op 22 maart 2003.

(...)

Noot

De Europese Insolventieverordening: een toepassing

Thalia Kruger¹

1. De Europese Insolventieverordening is nu ruim een jaar in werking². De verordening bepaalt dat een faillissement, uitgesproken in een EU-Lidstaat (met uitzondering van Denemarken³) geldt in alle andere Lidstaten. Alle binnen de EU liggende activa van de insolvente partij worden hierdoor

geraakt⁴. De Lidstaat die de insolventie uitspreekt, past daarvoor zijn eigen recht toe⁵. Toch blijft een secundaire insolventieprocedure in een andere Lidstaat mogelijk indien de gefailleerde daar een vestiging heeft. Deze procedure treft slechts de goederen gelegen in de Lidstaat waar ze is uitgesproken⁶.

¹. Assistente IPR, K.U.Leuven.

². Verordening (EG) nr. 1246/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures; *PB*. L. 160 van 30 juni 2000, 1, in werking getreden op 31 mei 2002.

³. Zie Insolventie-Vo, overweging 33.

⁴. Art. 3. De Insolventie-Vo bevat een compromis tussen de theorieën over universele en territoriale insolventie.

⁵. Art. 4.

⁶. Art. 3(2).

2. In dit vonnis komen verschillende aspecten van de Insolventie-Vo aan het licht, namelijk i) de rechterlijke bevoegdheid om een insolventieprocedure uit te spreken, ii) de verhouding tussen een hoofd- en secundaire insolventieprocedure en iii) de rol en functie van een voorlopige bewindvoerder, iv) de relevantie van zijn maatregelen en v) zijn eventuele gelijkstelling met de voorlopige curator. Deze vraagstukken worden hieronder besproken.

i) Welke rechter(s) is/zijn bevoegd om een insolventieprocedure te openen?

3. De bevoegde rechter is de rechter van het centrum van de voornaamste belangen. Belangrijke criteria om het centrum van de voornaamste belangen vast te stellen, zijn de verwachting van derden⁷ en de economische realiteit⁸. Omwille van de rechtszekerheid bestaat er een vermoeden dat dit de statutaire zetel is, maar het tegendeel kan bewezen worden⁹. Het weerhouden van de sociale zetel mag geen afbreuk doen aan de realiteit. Zenner drukt dit als volgt uit: *“Cette technique pourrait néanmoins mettre en péril le succès du Règlement dans la mesure où certains tribunaux pourraient s’arroger compétence sous prétexte de l’approche factuelle alors qu’en réalité celle-ci reviendrait aux tribunaux d’un autre État membre”*¹⁰.

Het is bijgevolg mogelijk dat twee rechters in verschillende landen het centrum van de voornaamste belangen niet eenduidig invullen. Dit lijkt hier het geval te zijn. Omdat de statutaire zetel zich in Luxemburg bevond, geldt het vermoeden in het voordeel van de Luxemburgse rechter. De Belgische rechter meent echter dat de werkelijke vestiging in België ligt. Indien de meeste activiteiten van het bedrijf effectief in België plaatsvonden, zouden derden immers wellicht ver-

wachten dat de insolventieprocedure in België zou worden uitgesproken. Daarom ware het in dit geval misschien beter geweest indien de Luxemburgse rechter geoordeeld had dat, hoewel de statutaire zetel zich in Luxemburg bevond, het werkelijk centrum van de voornaamste belangen in België lag. In dat geval had hij zich onbevoegd moeten verklaren.

Maar dit is *in casu* niet gebeurd. De Luxemburgse insolventie was reeds uitgesproken toen de voorlopige bewindvoerders een procedure inspanden voor de Rechtbank in Tongeren. Op basis van de Insolventie-Vo, geniet deze procedure *de plano* erkenning in alle EU-Lidstaten¹¹. De Belgische rechter mag de bevoegdheid van zijn Luxemburgse collega derhalve niet toetsen, zelfs al verschilt hij van mening m.b.t. de toepassing van de Insolventie-Vo¹². In de praktijk betekent dit dat een wedloop naar de rechter ontstaat: wie eerst een insolventie aanvraagt, en een centrum van de voornaamste belangen kan aanduiden, krijgt de hoofdprocedure en curator¹³.

De enige optie die de Belgische rechter, als verliezer, nog heeft, is het openen van een secundaire insolventie, op grond van een bijkomende vestiging op zijn grondgebied¹⁴. Een secundaire insolventieprocedure moet niet te snel worden geopend omdat dit kan ontaarden in een achterpoortje waardoor rechters toch liever zelf de procedure in handen nemen. Dit ondermijnt het doel van de Insolventie-Vo als gemeenschapsinstrument en werkt het beginsel van universalisme van de insolventie binnen de EU tegen¹⁵.

In de besproken zaak stelt de Belgische rechter evenwel niet dat het bedrijf zijn zetel in Luxemburg en een filiaal of kantoor in België heeft, maar dat het, hoewel geïncorporeerd in Luxemburg, zijn werkelijke zetel in België heeft. Dit is niet verordening-conform.

7. Overweging 13; Toelichtend Rapport door VIRGOS en SCHMIT, § 71.

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

9. Art. 3(1).

10. A. ZENNER, *Les dossiers du journal des tribunaux: Faillites et concordats 2002*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 45-46. Zie evenwel N. WATTÉ en V. MARQUETTE, “Le règlement communautaire, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d’insolvabilité”, *T.B.H.* 2001, 565-579, p. 571, die de hoop uitspreken dat de rechtbanken zich aan de statutaire zetel zullen houden, behalve in gevallen waar die fictief is. I.F. FLETCHER, “Scope and Jurisdiction”, in G. MOSS, I.F. FLETCHER en S. ISAACS, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 39, betreft het dat de verordening geen definitie van “centrum van de voornaamste belangen” bevat. D.H. BEUKENHORST, “Verscheidenheid en eenheid. Het Europees Faillissementsverdrag”, *S.E.W.* 1997, 90-97, p. 93 werpt de mogelijkheid op dat er aanvankelijk geen gegevens worden aangedragen ter weerlegging van het vermoeden t.g.v. de statutaire zetel, maar dat er dan achteraf blijkt dat het centrum van de voornaamste belangen toch elders ligt. T.M. BOS, “De Europese insolventieverordening”, *N.T.E.R.* 2000, 295-299, p. 295 voorziet ook de mogelijkheid dat twee rechters zich bevoegd vinden.

11. De insolventie heeft dan in al die staten dezelfde gevolgen als in de staat waar ze is uitgesproken; art. 16-17.

12. Er is maar één grond op basis waarvan erkenning kan worden geweigerd en dit is strijdigheid met de openbare orde; zie art. 26; Toelichtend Rapport door VIRGOS en SCHMIT, § 202. Zie ook D.H. BEUKENHORST, “Verscheidenheid en eenheid. Het Europees Faillissementsverdrag”, *S.E.W.* 1997, 90-97, p. 96.

13. Zie J. WILLCOCK, “How Europe became the capital of Forum Shopping (and how London hopes to become the Delaware of Europe)”, *INSOL World – Third Quarter 2003*, 8-9.

14. Toelichtend Rapport van VIRGOS en SCHMIT, § 220; zie ook P. WAUTELET, “De Europese insolventieverordening”, in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER, *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2001, p. 142.

15. België, Luxemburg en Denemarken waren aanhangers van het “universalisme”, terwijl Frankrijk, Engeland, Oostenrijk, Nederland, Italië, Zweden en Finland aanhangers waren van de theorie van de “territoriale” insolventie. Zie, in het algemeen, P. WAUTELET, “De Europese insolventieverordening”, in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER, *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2001, p. 103-110.

ii) Wat is de verhouding tussen de hoofd- en secundaire insolventies?

4. Als de failliete vennootschap goederen in andere EU-Lidstaten heeft, moeten deze in principe in dezelfde boedel vallen en door dezelfde procedure beheerst worden. Een secundaire insolventieprocedure in België kan enkel gevolgen hebben voor goederen op het Belgische grondgebied. Bovendien moeten de curatoren van de hoofdprocedure (in Luxemburg) en van de secundaire insolventie (in België) dan samenwerken en mekaar wederzijds in kennis stellen van alles wat voor de andere procedure van nut kan zijn¹⁶.

iii) Wat is de rol van voorlopige bewindvoerders?

5. De aanstelling van een voorlopige bewindvoerder in België vindt zijn grondslag in de Faillissementswet¹⁷. Toch wordt deze maatregel door de Insolventie-Vo niet erkend als een insolventieprocedure. Enkel de procedures waarnaar verwezen worden in bijlagen A vallen immers onder het regime van de Insolventie-Vo¹⁸. Indien een faillissement niet in België, maar in een andere EU-Lidstaat wordt uitgesproken, wordt dat faillissement *de plano* en onmiddellijk erkend in België¹⁹.

Dit betekent dat de Belgische voorlopige bewindvoerders van rechtswege hun bevoegdheden verliezen wanneer in een andere Lidstaat een curator is aangesteld. Maatregelen door hen getroffen ná de opening van de insolventieprocedure in Luxemburg, kunnen bijgevolg niet worden erkend en zijn niet tegenwerpelijk aan de Luxemburgse curator. Indien wij deze vaststelling doortrekken, kan de voorlopige bewindvoerder ook geen secundaire insolventieprocedure aanvragen, eenmaal elders in een EU-Lidstaat een insolventieprocedure is geopend. Hij verliest aldus zijn *locus standi*. In de praktijk zouden de schuldeisers dan om een secundaire insolventieprocedure moeten verzoeken²⁰.

iv) Wat is het gevolg van de maatregelen getroffen door de voorlopige bewindvoerders vóór de opening van de insolventie?

6. De Insolventie-Vo bevat regels voor de erkenning van voorlopige maatregelen ná de opening van de insolventieprocedure²¹. De aanstelling van een voorlopige bewindvoerder onder artikel 8 van de Faillissementswet is echter geen insolventieprocedure in de zin van de Verordening. De maatregelen die de voorlopige bewindvoerders getroffen hadden, kunnen dus niet via de Insolventie-Vo worden erkend. Zij vallen niet onder de EEX-Vo omdat voorlopige maatregelen t.o.v. materies die uitgesloten zijn van de EEX-Vo, eveneens uitgesloten zijn²². Voor de erkenning van de bevoegdheden van de voorlopige bewindvoerder kan enkel teruggegrepen worden naar het nationaal IPR van de Lidstaten of naar eventuele bilaterale verdragen.

v) Is een voorlopige bewindvoerder een voorlopige curator?

7. Het is de vraag of de maatregelen getroffen door de voorlopige bewindvoerder voor het faillissement toch binnen de sfeer van de Insolventie-Vo vallen omdat zij getroffen zijn door een “voorlopige curator”²³. Die aanstelling van een “voorlopige curator” wordt door de Insolventie-Vo erkend als ze is gebeurd *nadat* de vordering tot faillietverklaring is ingesteld²⁴. De Belgische voorlopige bewindvoerders ageren evenwel vóór het eventueel starten van de insolventieprocedure. Dus zou een voorlopige bewindvoerder strikt genomen geen voorlopige curator zijn. Anderzijds voorziet artikel 8 van de Faillissementswet dat een insolventieprocedure binnen 15 dagen nadat de voorlopige bewindvoerder is aangesteld, moet worden geopend. Een voorlopige bewindvoerder is bijgevolg een aanloop tot een insolventieprocedure. Dit pleit voor de erkenning van de voorlopige bewindvoerder als voorlopige curator – hij heeft immers dezelfde plichten als een voorlopige curator. Het zou het economisch verkeer vergemakkelijken indien de voorlopige bewindvoerder met een voorlopige curator gelijkgesteld wordt zodat zijn maatregelen onder de Insolventieverordening relevant zijn. Dat zou

¹⁶. Art. 31.

¹⁷. Nieuwe Wet op het faillissement van 8 augustus 1997; zie art. 8.

¹⁸. De bijlage vult de definitie in art. 1(a) aan. Volgens P. WAUTELET, “De Europese insolventieverordening”, in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER, *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2001, p. 128, zal de bijlage doorslaggevend zijn in geval van twijfel.

¹⁹. Overweging 22 en art. 16.

²⁰. Insolventie-Vo, art. 29. Zie ook Toelichtend Rapport door VIRGOS en SCHMIT, § 262; P. WAUTELET, “De Europese insolventieverordening”, in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER, *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening* 2001, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, p. 144.

²¹. Art. 25(1). Zie ook overweging 16 m.b.t. de bevoegdheid van de rechter om voorlopige maatregelen te gelasten.

²². H.v.J. 27 maart 1979, zaak 143/78, *de Cavel v. de Cavel*, *Jur. H.v. J.* 1979, 1055. Zie ook P. WAUTELET, “De Europese insolventieverordening”, in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER, *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2001, p. 157.

²³. In termen van art. 38.

²⁴. Zie Toelichtend Rapport van VIRGOS en SCHMIT, § 262-263; een voorlopige curator heeft een beperkte functie en hij wordt niet noodzakelijk vermeld in de lijst van curatoren in bijlage C, ter aanvulling van de definitie in art. 2(b).

ook lacunes tussen de EEX-Vo en de Insolventie-Vo vermijden²⁵.

Zoals bleek uit deze bespreking, zijn er nog veel onopgeloste vragen bij de toepassing van een Europese insolventie, o.a. de samenwerking tussen de curatoren en de rol van voorlo-

pige bewindvoerders. Het wederzijdse vertrouwen en de uitbouw van ongedefinieerde begrippen zoals “centrum van de voornaamste belangen” vormen een grote uitdaging voor de Lidstaten in een gevoelig rechtsdomein waar grote economische belangen op het spel staan.

RÉSUMÉ

Le Tribunal de Tongres s'est manifestement trompé quant à la compétence. Sans doute, le centre principal des affaires est-il le critère de compétence déterminant, mais lorsque, comme en l'espèce, un tribunal d'un autre État membre a déjà déclaré la faillite ouverte, le Tribunal de Tongres ne pouvait plus que déclarer ouverte une procédure secondaire. Ce qu'il ne fait pas.

S'il avait été plus soucieux de suivre les règles du règlement, le tribunal aurait nécessairement aussi dû statuer différemment quant aux relations entre la procédure principale et la procédure de Tongres: les biens situés en Belgique font a priori partie de la masse des biens de la procédure principale.

Les administrateurs provisoires désignés en vertu de l'article 8 de la loi sur la faillite perdaient nécessairement tout

pouvoir dès le prononcé de la faillite luxembourgeoise. Ils n'auraient pas pu agir dans la procédure de faillite. La procédure de l'article 8 ne fait pas partie des procédures d'insolvabilité retenues par le règlement (dans son annexe). Dès la faillite luxembourgeoise, cette faillite devait être reconnue en Belgique et y exercer ses effets. Les administrateurs provisoires devaient s'abstenir d'agir.

Les actes accomplis par les administrateurs provisoires ont l'effet que leur donnera le droit international privé commun. Ni le règlement CEE ni le règlement procédure d'insolvabilité trouve à s'y appliquer.

Mais sans doute est-il concevable de considérer que l'administrateur provisoire est un curateur provisoire, même si en principe ce cas de figure ne s'applique qu'après qu'une première procédure ait été déclarée ouverte.

²⁵ Zie ook K. VANDEKERCKHOVE, “Voorlopige en bewarende maatregelen in de EEX-Verordening, in EEX-II en in de Insolventieverordening”, in M. STORME en G. DE LEVAL, *Het Europees Gerechtelijk Recht & Procesrecht*, Brugge, die Keure, 2003, p. 144.