

## Noot

*Over de bevoegdheden van de curator en compensatie na faillissement in internationale insolventieprocedures*Johan Verlinden<sup>1</sup>

Op 8 juni 1995 spreekt de rechtbank van koophandel van Créteil het faillissement uit van een Franse schoenfabrikant en stelt zij een gerechtelijke vereffenaar (curator) aan. Deze dagvaardt een Belgische vennootschap ter betaling van 975.517,46 euro voor de levering van verschillende partijen schoenen. NV P. verweert zich met de stelling dat de schuldvorderingen van de Franse vennootschap worden gecompens-

seerd door haar eigen schuldvorderingen op deze vennootschap.

Deze noot behandelt twee aspecten van het internationale faillissement; a) de transnationale erkenning van de bevoegdheden van de curator en b) de mogelijkheid tot transnationale schuldvergelijking.

**A) DE BEVOEGDHEDEN VAN DE CURATOR**

In het Franse recht<sup>2</sup> is de gerechtelijke vereffenaar alleen en van rechtswege gerechtigd om in rechte te ageren namens de gefailleerde. In een internationale context rijst de vraag naar de erkenning in België van de bevoegdheden van de buitenlandse gerechtelijke vereffenaar.

De Europese Insolventie-Vo<sup>3</sup> is enkel van toepassing op insolventieprocedures die na de inwerkingtreding op 31 mei 2002 zijn geopend<sup>4</sup>. In casu is op een Frans faillissementsvonnis van 1995 echter nog het Frans-Belgische verdrag van 1899 van toepassing<sup>5</sup>. Artikel 8 § 2 van het verdrag bepaalt dat de gevolgen van een Frans faillissementsvonnis *de plano* erkend worden in België. De bevoegdheden van de Franse curator worden erkend in België.

De Insolventie-Vo geldt tussen de lidstaten van de EU (behalve Denemarken). De Insolventie-Vo heeft de bilaterale verdragen niet buiten werking gesteld. Zij blijven van toepassing voor die aangelegenheden die niet onder de Insolventie-Vo vallen, bijvoorbeeld wanneer het centrum van

voornaamste belangen van de gefailleerde buiten de Europese Unie is gevestigd<sup>6</sup>.

Toepassing van de Insolventie-Vo leidt tot hetzelfde resultaat. De Insolventie-Vo gaat uit van de automatische en onmiddellijke erkenning van een insolventievonnis uit een lidstaat<sup>7</sup>. De erkenning gebeurt zonder enkele formaliteit; geen voorafgaande beslissing van de rechter van de aangezochte lidstaat is vereist<sup>8</sup>. De automatische erkenning heeft betrekking op vier typen van beslissingen, namelijk; 1) de beslissing tot opening van de insolventieprocedure; 2) *de aanstelling van de curator en zijn bevoegdheden*; 3) beslissingen inzake het verloop en de beëindiging van de insolventieprocedure en 4) op de beslissingen die rechtstreeks voortvloeien uit de procedure en daar nauw op aan sluiten, zelfs indien deze beslissingen door een andere rechter worden gegeven.

De gevolgen van het faillissement worden eenzijdig bepaald door de lidstaat waar het faillissement wordt uitgesproken. Voorbeelden zijn: de buitenbezitstelling van de schuldenaar,

<sup>1</sup> Assistent Internationaal Privaatrecht K.U. Leuven.

<sup>2</sup> Art. L 622-9 Franse Wetboek van Koophandel: "Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens même de ceux qu'il a acquis à quelque titre que ce soit tant que la liquidation judiciaire n'est pas clôturée. Les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur."

"Toutefois, le débiteur peut se constituer partie civile dans le but d'établir la culpabilité de l'auteur d'un crime ou d'un délit dont il serait victime, s'il limite son action à la poursuite de l'action publique sans solliciter de réparation civile."

<sup>3</sup> Verordening (EG) 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *PB*. L. 160, 30 juni 2000, p. 0001.

<sup>4</sup> Art. 43 en 47 Insolventie-Vo.

<sup>5</sup> Overeenkomst tussen België en Frankrijk betreffende de rechterlijke bevoegdheid, het gezag en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen, scheidrechtelijke uitspraken en van authentieke akten, gesloten te Parijs op 8 juli 1899, wet van 31 maart 1900, *B.S.* 30 juli 1990, in werking sedert 25 augustus 1900.

<sup>6</sup> Zo kan het Belgisch-Franse verdrag worden ingeroepen m.b.t. de faillietverklaring van de Franse vestiging van een Zwitserse onderneming met vestigingen in Frankrijk en België, zie P. WAUTELET, "De Europese Insolventie-Vo", in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER (eds.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2001, p. 117-118.

<sup>7</sup> Art. 16 Insolventie-Vo.

<sup>8</sup> Art. 17 Insolventie-Vo.

het verbod voor de schuldeiser om nog individueel uit te voeren, de aanstelling van de curator, de opneming van alle goederen van de schuldenaar in de boedel<sup>9</sup>.

Het grensoverschrijdende optreden van de curator wordt in de Insolventie-Vo rechtstreeks geregeld door middel van materiële regels. De curator kan zonder exequatur in alle lidstaten optreden. Hij ontleent zijn bevoegdheden aan het recht van de staat van aanstelling. De curator uit een andere lidstaat kan bijgevolg bij zijn optreden in België meer of minder bevoegdheden hebben dan een Belgische collega. De curator moet wel bij de uitoefening van zijn bevoegdheden het recht van de lidstaat waar hij wenst op te treden eerbiedigen. Dit recht bepaalt niet de bevoegdheden van de curator maar wel de wijze van uitoefening ervan. Zo zal hij bijvoorbeeld rekening moeten houden met de plaatselijke wetten tot bescherming van het culturele erfgoed, dat een uitvoerverbod voor bepaalde goederen kan voorzien. Het plaatselijke recht is voorts ook nog bepalend voor de procedure voor het te gelde maken van bepaalde goederen. Het recht van de curator bepaalt of bepaalde goederen openbaar dan wel onderhands mogen worden verkocht. Het recht van de ligging van het goed bepaalt echter de precieze procedure<sup>10</sup>.

Het buitenlandse optreden van de curator is niet onderworpen aan enige voorwaarde van openbaarmaking of andere vorm van publiciteit van het faillissement. De enige formaliteit die van de curator kan geëist worden is de overlegging van het aanwijzingsbesluit. Legalisatie kan niet worden geëist<sup>11</sup>.

In sommige omstandigheden is bekendmaking evenwel wenselijk, bijvoorbeeld in een lidstaat waar de gefailleerde substantiële activiteiten ontplooid<sup>12</sup>. De lidstaat waar de gefailleerde een vestiging heeft, kan bekendmaking van de beslissing tot opening van een insolventieprocedure verplichten<sup>13</sup>.

De openbaarmaking van de opening van het faillissement is

geen voorwaarde voor de erkenning van het faillissement<sup>14</sup>. De verplichting tot openbaarmaking van de opening van de insolventieprocedure kan wel een rol spelen bij de bescherming van de wederpartij van de insolvente schuldenaar. Immers diegene die een verbintenis ten voordelen van de schuldenaar uitvoert terwijl hij dat had moeten doen voor de buitenlandse curator, wordt bevrijd indien hij niet van de opening van de insolventieprocedure op de hoogte was. Degene die een verbintenis heeft uitgevoerd vóór de openbaarmaking wordt vermoed niet op de hoogte te zijn. Dit vermoeden is weerlegbaar<sup>15</sup>.

Wanneer noch de Insolventie-Vo noch enig ander internationaal verdrag van toepassing is, spelen de erkenningsregels van het WIPR. Onder het WIPR worden buitenlandse faillissementsvonnissen *de plano* erkend (art. 121 § 1 WbIPR). Het WIPR voorziet in twee mogelijkheden.

Wanneer het vonnis uitgesproken is door de rechter van de voornaamste vestiging van de insolvente persoon wordt het vonnis erkend als een beslissing in een hoofdprocedure (art. 121 § 1, 1° WIPR).

Indien de beslissing genomen wordt door een rechter in een staat waar de insolvente persoon een vestiging had, maar niet zijn voornaamste vestiging, dan wordt de beslissing erkend als een beslissing in een territoriale procedure. De erkenning of uitvoering van de beslissing mag dan alleen betrekking hebben op goederen die gelegen waren op het grondgebied van die staat waar de procedure is geopend (art. 121 § 1, 2° WIPR).

Door de erkenning kan de beheerder (curator) de bevoegdheden uitoefenen die hem werden opgedragen in de buitenlandse beslissing<sup>16</sup>. Zo kan hij bijvoorbeeld als beheerder van een hoofdprocedure in België een territoriale procedure starten of voorlopige en bewarende maatregelen vragen (art. 121 § 3 WIPR).

## B) SCHULDVERGELIJKING NA INSOLVENTIE

Niet alleen in interne faillissementsprocedures maar ook in internationale faillissementen rijst de vraag of compensatie van schuldvorderingen mogelijk is na faillissement van één van de partijen. Compensatie vereenvoudigt niet alleen het betalingsverkeer door te verhinderen dat er tussen de partijen wederzijdse betalingen moeten plaatsvinden, zij biedt ook

een zekerheid. De schuldeiser die zich op compensatie beroept, verkrijgt immers volledige betaling onder de vorm van uitdoving van zijn schuld.

De regels inzake compensatie verschillen sterk in elk rechtstelsel. In België is compensatie na faillissement in principe

<sup>9</sup>. Rapport bij het verdrag betreffende insolventieprocedures opgesteld door de heren M. VIRGÓS en E. SCHMIT, Doc. 6500/95, § 154.

<sup>10</sup>. P. WAUTELET, "De Europese Insolventie-Vo", in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER (eds.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2001, p. 157-159.

<sup>11</sup>. Art. 19 Insolventie-Vo.

<sup>12</sup>. Art. 21, 1 Insolventie-Vo geeft de curator steeds de mogelijkheid om ruchtbaarheid te geven aan een beslissing tot opening van de insolventieprocedure. Hierbij moeten de formaliteiten in acht worden genomen van de lidstaat waar de publiciteit wordt gevoerd.

<sup>13</sup>. Art. 21, 2 Insolventie-Vo.

<sup>14</sup>. Considerans 29 preambule Insolventie-Vo; S.C.J.J. KORTMANN en P.M. VEDER, "De Europese Insolventieverordening", *W.P.N.R.* 2000, p. 766.

<sup>15</sup>. Art. 24, 2 Insolventie-Vo.

<sup>16</sup>. Toelichting, *Parl. St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, 138.

niet toegestaan, tenzij tussen beide vorderingen een objectief verband bestaat<sup>17</sup>. In Nederland<sup>18</sup> en Engeland daarentegen wordt compensatie na faillissement aan geen bijkomende voorwaarden onderworpen.

De traditionele Belgische verwijzingsregel inzake compensatie stelde dat compensatie alleen toegelaten is indien voldaan is aan de cumulatieve toepassing van de *lex causae* van de vorderingen. In geval van faillissement wordt de tegenstelbaarheid van de compensatie aan het faillissement bepaald door de *lex concursus*<sup>19</sup>.

Onder de Insolventie-Vo bepaalt de *lex concursus* onder welke voorwaarden een compensatie kan worden tegengeworpen aan het faillissement<sup>20</sup>. Het recht van toepassing op het faillissement bepaalt of compensatie mogelijk is. Een schuldeiser in een Belgische faillissementsprocedure kan beroep doen op compensatie als aan de voorwaarden van het Belgische recht is voldaan, ongeacht of de *lex causae* van beide schuldvorderingen compensatie toelaat<sup>21</sup>.

Wanneer compensatie niet toegelaten is onder de *lex concursus* voorziet artikel 6 van de Insolventie-Vo in een correctie. De compensatie is toch tegenstelbaar aan het faillissement wanneer ze wordt toegestaan door het recht dat op de vordering van de insolvente schuldenaar van toepassing is<sup>22</sup>. Wanneer bijvoorbeeld in een Belgische insolventieprocedure de vordering van de insolvente schuldenaar aan het Nederlandse recht is onderworpen, kan deze vordering toch gecompenseerd worden, zonder dat een objectieve samenhang tussen de vorderingen vereist is.

Sommige auteurs stellen dat artikel 6 Insolventie-Vo enkel betrekking heeft op die gevallen waarin de vordering van de insolvente schuldenaar wordt beheerst door het recht van een lidstaat. De Insolventie-Vo is immers beperkt tot de intracommunautaire gevolgen van de insolventieprocedures<sup>23</sup>. Andere auteurs leiden uit het ontbreken van deze beperking in artikel 6 af dat het niet is vereist dat de *lex causae* van de vordering van de gefailleerde onderworpen is aan het recht van een EU-lidstaat<sup>24</sup>.

De regels van de Insolventie-Vo zijn niet alleen van toepassing op de wettelijke compensatie maar ook op de conven-

tionele compensatie. De conventionele compensatie is tegenstelbaar aan de boedel indien die overeenkomst werkzaam is volgens de *lex concursus* of de *lex causae* van de vordering van de insolvente schuldenaar<sup>25</sup>.

De verwijzing naar het recht dat op de vordering van de insolvente schuldenaar van toepassing is houdt niet alleen een verwijzing in naar de civielrechtelijke regels inzake compensatie maar ook naar de bepalingen van het faillissementsrecht inzake compensatie van dat rechtsstelsel. Het tegenovergestelde zou leiden tot onaanvaardbare resultaten. Stel bijvoorbeeld dat een procedure wordt geopend in een EU-lidstaat en compensatie wordt uitgesloten. Het Belgische recht zou van toepassing zijn op de schuldvordering van de insolvente schuldenaar. Indien men de faillissementsregelen zou uitsluiten uit de verwijzing van artikel 6 Insolventie-Vo zou de compensatie tegenstelbaar zijn aan het internationale faillissement ook al zijn beide schuldvorderingen niet verknocht. Dit terwijl bij een interne procedure volgens geen van beide rechtsstelsels waarnaar verwezen wordt de compensatie tegenstelbaar zou zijn geweest<sup>26</sup>.

Dit houdt ook in dat wanneer de *lex causae* in een ruimere mogelijkheid tot compensatie voorziet in het geval van insolventie dan daarbuiten, dit tegenstelbaar is aan de buitenlandse faillissementsprocedure.

Tot slot kan nog worden opgemerkt dat de rechter de compensatie die wordt opgedrongen door het recht van toepassing op de vordering van de insolvente schuldenaar niet terzijde kan schuiven door een beroep te doen op de internationale openbare orde. Anders zou de verwijzingsregel van artikel 6 Insolventie-Vo inhoudsloos worden.

De verwijzingsregels inzake compensatie na faillissement in het nieuwe Wetboek IPR zijn geïnspireerd op de Insolventie-Vo. In principe wordt de tegenstelbaarheid van de compensatie aan het faillissement beheerst door de *lex concursus* (art. 119 § 1 WIPR). In afwijking hiervan wordt het recht van de schuldeiser om de verrekening van zijn vordering met de vordering van de schuldenaar te vragen, beheerst door het recht dat op de vordering van de insolvente schuldenaar van toepassing is (art. 119 § 2, 2° WIPR)<sup>27</sup>.

17. E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, E.Story-Scientia, 1999, p. 358.

18. Art. 53 lid 1 Nederlandse Faillissementswet: "Hij die zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is, kan zijn schuld met zijn vordering op de gefailleerde verrekenen, indien beide zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht."

19. G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *Internationaal Privaatrecht*, E. Story-Scientia, 1989, nrs. 687, 794 en 808.

20. Art. 4 lid 2, d Insolventie-Vo.

21. E. DIRIX en V. SAGAERT, "Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese Insolventieverordening", *T.B.H.* 2001, 597-599; D. BUREAU, "La fin d'un îlot de résistance. Le Règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité", *R.C.D.I.P.* 2002, 662-665.

22. Considerance 26 van de preambule van de Insolventie-Vo: Aldus opgevat wordt verrekening als het ware een soort waarborg die beheerst wordt door een recht op de toepassing waarvan de betrokken schuldeiser bij het sluiten van de overeenkomst of het aangaan van de schuld kan rekenen.

23. S.C.J.J. KORTMANN en P.M. VEDER, "De Europese Insolventieverordening", *W.P.N.R.* 2000, p. 773.

24. E. DIRIX en V. SAGAERT, "Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese Insolventieverordening", *T.B.H.* 2001, 598.

25. E. DIRIX en V. SAGAERT, "Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese Insolventieverordening", *T.B.H.* 2001, 598.

26. E. DIRIX en V. SAGAERT, "Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese Insolventieverordening", *T.B.H.* 2001, 598; voor een tegengestelde visie, zie S.C.J.J. KORTMANN en P.M. VEDER, "De Europese Insolventieverordening", *W.P.N.R.* 2000, p. 772.

27. V. MARQUETTE, "Insolvabilité", in "Le nouveau droit international privé belge", *J.T.* 2005, p. 199-201.