

Collectieve procedures van insolventie: opening van de procedure en enkele andere bevoegdheidsproblemen in het IPR-Wetboek

Ivan Verougstraete

I. Inleidende beschouwingen	647
<i>A. Toepassingsgebied</i>	647
<i>B. Wetgevingstechniek</i>	648
<i>C. Enkele basisbegrippen van het Belgisch en Europees recht: universaliteit en territorialiteitsbeginsel; centrum van de voornaamste belangen, voornaamste vestiging, vestiging</i>	648
II. Bevoegdheid	650
<i>A. Enkele beginselen</i>	650
<i>B. Bevoegdheid voor de opening van de insolventieprocedure: nadere omschrijving van de regels</i>	650
§ 1. <i>Opening van een procedure</i>	650
§ 2. <i>Praktische regeling</i>	651
a. Het centrum van de voornaamste belangen van een rechtspersoon is gelegen in de EG (met uitzondering van Denemarken) en in beginsel betreft dit een schuldenaar waarop de verordening toepasselijk is	651
b. Het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar rechtspersoon is in de EG gevestigd maar de verordening is toch niet toepasselijk	652
c. Het centrum van de voornaamste belangen is niet in de EG: voorwaarden voor het openen van een hoofdprocedure	652
d. De territoriale procedures buiten het kader van de verordening	653
e. Samenvattende tabel	654
<i>C. Bevoegdheid voor de betwistingen</i>	654
<i>D. De dringende maatregelen</i>	654
III. Plicht tot informatie en samenwerking	654
<i>A. Principiële maar begrensde plicht samen te werken</i>	654
<i>B. Saldo van de secundaire procedure</i>	655
Conclusie	655

SAMENVATTING

In deze tekst worden verschillende problemen van internationale bevoegdheid onderzocht die door het Wetboek van Internationaal Privaatrecht worden veroorzaakt.

Het algemeen conceptueel kader van het wetboek is geïnspireerd op de Europese insolventieverordening en beoogt voor de externe Belgische problemen in een gelijkaardige oplossing te voorzien. Dit leidt tot een wat complex resultaat.

Het wetboek is van toepassing op alle gevallen die niet door de verordening (of door bijzondere bepalingen) worden gedekt. Met het oog op de harmonisering met de verordening werd in het wetboek de behoorlijk territoriale visie van de Europese wetgever gevolgd.

De eerste vraag is waar het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar (de aanknopingsfactor uit de verordening) gelegen is. Indien dit in de Europese Gemeenschap ligt, is de verordening – althans in principe – van toepassing. Indien dit niet in de Europese Gemeenschap gelegen is, is het wetboek van toepassing. Dit wetboek voorziet in de meeste gevallen in de bevoegdheid van de Belgische rechter van zodra bepaalde activa zich in België bevinden: de Belgische rechter zal in ieder geval een territoriaal faillissement kunnen uitspreken, vaak zelfs ten aanzien van niet-handelaars.

De universaliteit zal in de Belgische rechtspraak niet aan bod komen, tenzij in één of andere nevenaspect.

Dit artikel stipt ook kort bepaalde bevoegdheidsproblemen aan die kunnen voortvloeien uit de activiteit van een Belgische curator in het buitenland of van een buitenlandse curator in België en besluit tot de verenigbaarheid van dit stelsel met het UNCITRAL-model.

RÉSUMÉ

Le texte examine les divers problèmes de compétence internationale que suscite le Code de droit international privé.

Le cadre conceptuel général du code est inspiré par le règlement communautaire sur l'insolvabilité et tente de donner aux problèmes externes belges une solution analogue. Ceci donne un résultat quelque peu complexe.

Pour tout ce qui n'est pas réglé par le règlement (ou par des dispositions spéciales), le code s'applique. Le code a, par souci d'harmonisation avec le règlement, adopté la vision assez territorialiste du législateur communautaire.

La première question à trancher est celle de savoir où est situé le centre des intérêts principaux, point de rattachement essentiel pour le règlement. S'il est situé dans la Communauté, le règlement s'applique, du moins en principe, et dans la mesure de ses effets. S'il n'est pas situé dans la Communauté, le Code de DIP s'applique. Ce code donne dans la plupart des cas une compétence au juge belge, dès que certains actifs se retrouvent en Belgique: le juge belge pourra à tout le moins prononcer, souvent même à l'égard de non-commerçants, une faillite territoriale.

L'universalité ne caractérise plus la jurisprudence belge, si ce n'est dans l'un ou l'autre aspect résiduaire.

L'article indique encore brièvement certains problèmes de compétence pouvant naître de l'activité du curateur belge à l'étranger ou étranger en Belgique et constate la compatibilité du régime avec la loi modèle de l'UNCITRAL.

I. INLEIDENDE BESCHOUWINGEN

A. Toepassingsgebied

1. De wet houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht (hierna: IPR-Wetboek) heeft wat de collectieve procedures van insolventie betreft, de Europese regelgeving aangevuld voor de gevallen die door de Europese regelgeving niet gedekt zijn. De Belgische bepalingen gaan uit van een gedeeltelijk ander concept dan de Europese regelgeving wat nochtans niet belet dat beide systemen samen genomen een aanvaardbare oplossing bieden voor de meeste gevallen van insolventie.

Hoofdstuk XI van het IPR-Wetboek, dat de titel draagt "Collectieve procedures van insolventie", is van toepassing op de collectieve procedures die op de insolventie van de schuldenaar berusten" (art. 116). Artikel 117 van het IPR-Wetboek bepaalt dat onder "insolventieprocedure" wordt bedoeld de "collectieve procedures bedoeld in artikel 116". Met andere woorden, een insolventieprocedure is een collectieve procedure die op de insolventie van de schuldenaar berust.

Deze schijnbaar tautologische definitie wordt ook teruggevonden in de Europese verordening 1346/2000 met nochtans dit verschil dat in de verordening een bijlage nader definieert wat die procedures zijn. De in de bijlage van de verordening vermelde procedures zijn in feite de procedures die geregeld worden door de verordening, en de bijlage heeft meer belang voor de omschrijving van het toepassingsgebied van de verordening dan de omschrijving in de verordening zelf.

Het IPR-Wetboek houdt geen dergelijke lijst in. Voortgaande op wat in gewoon spraakgebruik bedoeld wordt met collec-

tieve procedure, zou het wetboek toepasselijk zijn op het faillissement en op de collectieve schuldenregeling. Een deficitaire vereffening zou ook hiervan deel uitmaken, omdat de essentiële elementen van een collectieve procedure aanwezig zijn¹. Over het gerechtelijk akkoord kan er een zekere twijfel zijn aangezien het gerechtelijk akkoord in de regel juist niet op insolventie berust. De omstandigheid dat het gerechtelijk akkoord in de bijlage bij de Europese verordening wel als een insolventieprocedure wordt aangemerkt betekent evenwel dat het wetboek, dat ernaar streeft de verordening "aan te vullen" voor de externe betrekkingen, erop toepasselijk is. Het gerechtelijk akkoord heeft overigens gaande weg zijn bijzondere aard verloren van procedure van opschorting ten behoeve van ondernemingen met liquiditeitsproblemen en heeft een stille mutatie ondergaan naar een klassieke procedure van reorganisatie.

2. Het was de bedoeling van de wetgever dit hoofdstuk toepasselijk te maken op alle mogelijke insolventieprocedures, zowel de buitenlandse als de Belgische, met dien verstande dat procedures onderworpen aan de Europese verordening en door die verordening geregeld ontsnappen aan het IPR-Wetboek krachtens de voorrangregel die overigens opnieuw wordt verwoord in artikel 2 van het IPR-Wetboek².

Het IPR-Wetboek is evenmin toepasselijk wanneer bijzondere wetten de rechtsverhouding regelen.

Dit is het geval voor de krediet- en verzekeringsinstellingen (Richtlijnen 2001/17 en 2001/24). Deze richtlijnen hebben een sluitende regeling uitgewerkt voor de twee betrokken sectoren die berusten op een althans Europawijde universa-

¹ In deze zin, V. MARQUETTE, "Le nouveau droit international privé", *J.T.* 2005, 199; *Parl. St.* Senaat 2003-04, n° 3-27/7, p. 367.

² Onder voorbehoud van de toepassing van internationale verdragen, van het recht van de Europese Unie of van bepalingen in bijzondere wetten, regelt deze wet voor internationale gevallen de bevoegdheid van de Belgische rechters, de aanwijzing van het toepasselijke recht en de voorwaarde voor de uitwerking in België van buitenlandse rechterlijke beslissingen en authentieke akten in burgerlijke zaken en handelszaken (art. 2, wet 16 juli 2004).

liteit en uniciteit³. Dit model is niet gevolgd in de andere takken van het recht⁴. De wet van 6 december 2004 tot wijziging, wat insolventieprocedures betreft, van inzonderheid de wet van 22 maart 1993 op het statuut en het toezicht op de kredietinstellingen en de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen heeft de twee richtlijnen omgezet in het Belgisch recht.

De insolventieprocedures betreffende beleggingsondernemingen die diensten verrichten welke het houden van geld en effecten van derden behelzen, en instellingen voor collectieve beleggingen zijn onbeperkt onderworpen aan het IPR-Wetboek aangezien zij buiten het domein vallen van de verordening (op grond van art. 1 van die verordening dat die domeinen uitsluit). De wet van 20 juli 2004 die de richtlijnen inzake collectieve beleggingen transposeert (2001/107/EG; 2001/108/EG) houdt geen eigen IPR-regeling over de collectieve procedures van insolventie. Voor deze categorieën debiteuren zouden de vier bestaande bilaterale verdragen toepasselijk zijn⁵.

B. Wetgevingstechniek

3. Het IPR-Wetboek volgt een systeem dat de Raad van State in beginsel afkeurt: het verwijst naar de regels van de insolventieverordening, niet om ze rechtstreeks toe te passen maar om te beslissen dat die regels *mutatis mutandis* in het Belgisch recht kunnen gelden.

Het lijkt inderdaad onlogisch in een interne regeling bestemd om de internationale relaties van België te regelen te verwijzen naar een wettekst die bedoeld is om een Europawijd systeem te creëren. Zoals senatoren Vandenberghe en Zenner het uitdrukten “de praktische toepassing van de Europese regels buiten hun normaal werkingsveld, vereist bovendien diverse wijzigingen ‘mutatis mutandis’”, wat de duidelijkheid reduceert⁶.

4. Het Belgisch insolventierecht kent aldus in werkelijkheid minstens twee IPR-stelsels: het een toepasselijk op de relaties in de Europese Unie, het ander toepasselijk in de relaties met landen die geen deel uitmaken van de Europese Unie of niet gebonden zijn door de insolventieverordening

(Denemarken, *in casu*). Het lag voor de hand dat de twee stelsels nauw bij elkaar zouden aansluiten maar uit het verloop zal blijken dat die oefening geleid heeft tot een subtiel maar complex resultaat.

C. Enkele basisbegrippen van het Belgisch en Europees recht: universaliteit en territorialiteitsbeginsel; centrum van de voornaamste belangen, voornaamste vestiging, vestiging

5. Volgens het beginsel van *territorialiteit* kan een insolventieprocedure slechts effect sorteren in het land van de opening van de procedure en kan in het buitenland geen rechtsgevolg aan een insolventieverklaring in een bepaald land worden toegekend. Vanuit een procedurele benadering strekken de rechtsgevolgen van de procedure niet verder dan de rechtsmacht van de rechter die bevoegd is tot de opening van de procedure. De procedure heeft dus alleen betrekking op activa die gelegen zijn in het land waar de procedure is geopend⁷. Dit leidt tot de vermenigvuldiging van de procedures als er activa gelegen zijn in meer dan één Staat (in de termen van de verordening en van het wetboek: territoriale procedures). Dit wordt in artikel 117, 3°, van het IPR-Wetboek als volgt uitgedrukt: “een territoriale procedure is een insolventieprocedure met gevolgen die alleen de goederen van de schuldenaar betreffen die zich op het grondgebied bevinden van de Staat waar de procedure wordt geopend”.

Het *universaliteitsbeginsel* gaat uit van de tegenovergestelde opvatting: de opening van de procedure heeft gevolgen op alle activa van de debiteur, waar die activa zich ook zouden kunnen bevinden. In zijn zuiverste vorm⁸ betekent de universaliteitstheorie ook dat er maar één *lex concursus* bestaat en dus een uniforme regeling van de collectieve procedure. Eenheid en universaliteit zijn aan elkaar gebonden. Dit was tot voor kort de gangbare theorie in België.

Die brede visie botst met de nationaliteitsreflexen van de meeste Staten in de wereld. Zoals Drobnig het uitdrukte, “the true test of universality rests upon its passive aspect, *i.e.* the willingness to accept domestic effects of an insolvency proceeding opened abroad”⁹. De acceptatiegraad is relatief laag gebleven zodat de territoriale aanpak van de insolventiepro-

³ Zie over de Richtlijn voor de kredietondernemingen: J.P. DEGUEE, “La directive 2001/24/CE sur l’assainissement et la liquidation des établissements de crédit: une solution aux défaillances bancaires internationales?”, *Euredia* 2001-02, p. 241 e.v.; “La directive 2001/24/CE sur l’assainissement et la liquidation des établissements de crédit: enfin un droit international privé uniforme des procédures d’insolvabilité en matière bancaire”, *Cahiers AEDBF*, n° 15, Bruylant, 2004, p. 185 e.v.

⁴ Dit apart statuut verstevigt nog de trend om het financieel recht een evolutie te laten volgen die afwijkt van het gemene handelsrecht. Het Arbitragehof zou ongetwijfeld hierin, als het de huidige trend volgt van zijn rechtspraak, een discriminatie vinden maar is natuurlijk niet bevoegd om dit te beoordelen gelet op de Europese aspecten van de regeling.

⁵ België-Frankrijk: 8 juli 1999; België-Oostenrijk: 16 juli 1969; België-Nederland: 28 maart 1925; België-Verenigd Koninkrijk: 2 mei 1934. Deze verdragen zijn niet opgeheven door de Insolventieverordening maar hebben natuurlijk maar een zeer beperkte draagwijdte meer (zie art. 44 van de verordening).

⁶ Senaat 3/27/6 2003-04, p. 34. Uittreksels uit de belangrijkste elementen van de parlementaire voorbereiding zijn te vinden in J. ERAUW en C. ROMMELAERE, *Bronnen van Internationaal Privaatrecht*, 6^e editie, Kluwer, 2004.

⁷ Zie over deze begrippen, T.M. BOS, *Grensoverschrijdend faillissementsrecht in Europees perspectief*, Amsterdam, 2000, p. 3 e.v.

⁸ Er zijn meer afgezwakte vormen, zie M. VEDER, *Cross-border insolvency proceedings and security rights*, Kluwer, 2004, p. 87.

⁹ U. DROBNIG, “Cross-border insolvency: general problems”, in W.J. SLAGTER, *Cross-border insolvency. Forum Internationale*, nr. 19, p. 13.

cedures dan ook de favoriete oplossing is geweest in heel wat rechtsstelsels of in andere gevallen een “gemodificeerd universalisme” zoals in de Amerikaanse Bankruptcy code (art. 304).

De balans is, in de Europese Unie, definitief overgehield naar een quasi-territoriaal stelsel door de inwerkingtreding van de EG-verordening 1346/2000 van 29 mei 2000, genomen op grond van artikel 65 EG, die voor een belangrijk deel uitgaat van territoriale concepten maar zorgt voor een zekere vorm van coördinatie van de activiteiten van de curators en daarenboven een beperkte en Europawijde integratie beoogt.

Naar buiten toe lag het zeker niet in de bedoeling van de Europese wetgever een universele draagwijdte van de nationale insolventieprocedures te verwezenlijken *c.q.* te aanvaarden. De draagwijdte van de EG-verordening is beperkt: zij bevat eenvormige regels over de bevoegdheid, over de toepasselijke wet, over de erkenning van insolventieprocedures, en bevat ook enkele bepalingen van materieel recht. Zij heeft alleen effect op het territorium van de Europese Gemeenschap (met uitzondering van Denemarken). Zij laat ook toe secundaire faillissementen uit te spreken in elk land van de Europese Gemeenschap en coördineert die faillissementen met de hoofdprocedures.

In het algemeen is opvallend dat de makers van de tekst van het IPR-Wetboek verbitterd zijn over het gebrek aan wederkerigheid van andere landen en tijdens de parlementaire voorbereiding was er zelfs een oproep tot het invoeren van een algemeen concept van wederkerigheid¹⁰. Het universalisme heeft als doctrine opgehouden te bestaan in België, tenzij in een zeer verzwakte vorm.

6. Het IPR-Wetboek en de verordening hanteren concepten die nauw bij elkaar aansluiten maar elkaar niet steeds volledig dekken, wat de lezing van het IPR-Wetboek complex maakt. Wanneer de concepten verschillen zal dit hier worden aangestipt.

Een “*hoofdprocedure* is een procedure met gevolgen die het gehele vermogen van de schuldenaar betreffen” (art. 117, 2°, IPR-Wetboek), en een *territoriale procedure* is een insolventieprocedure met gevolgen die alleen de goederen betreffen die zich op het grondgebied bevinden van de Staat waar de procedure wordt geopend (art. 117, 3°, IPR-Wetboek). Een

territoriale procedure die geopend wordt nadat een hoofdprocedure is geopend is een *secundaire procedure*.

Het “*centrum van de voornaamste belangen*” is de spil waar rond de verordening draait. Het wordt niet rechtstreeks gedefinieerd in de verordening, maar wel in de aanhef. Het centrum van de voornaamste belangen komt overeen met de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert en die daardoor als zodanig voor derden herkenbaar is (considerans 13 van de verordening). Het is een feitelijk concept dat heel wat uitlegging zal vragen¹¹. Eens een procedure geopend is op die basis zal het beginsel van erkenning van de procedure beletten dat in een andere Staat een hoofdprocedure wordt geopend¹².

De verordening definieert wel rechtstreeks wat een *vestiging* uitmaakt: elke plaats van handeling waar de schuldenaar met behulp van mensen en goederen een economische activiteit uitoefent die niet van tijdelijke aard is (art. 2, *sub h*, van de verordening).

In het IPR-Wetboek zijn vorengenoemde concepten belangrijk omdat het wetboek verwijst naar de verordening. Maar het IPR-Wetboek heeft ook eigen concepten ontwikkeld.

Het concept van *statutaire zetel* is op zich duidelijk. De statutaire zetel is, volgens het IPR-Wetboek in artikel 4, de “woonplaats” van de vennootschap. Een rechtspersoon kan evenwel, volgens het wetboek, ook een aparte *voornaamste vestiging* hebben. De voornaamste vestiging “wordt bepaald door in bijzonder rekening te houden met zijn bestuurscentrum, evenals met zijn zaken- of activiteitencentrum, en in bijkomende orde met zijn statutaire zetel” (art. 4) (“*Pour l'application de la présente loi, l'établissement principal d'une personne morale se détermine en tenant compte, en particulier, du centre de direction, ainsi que du centre des affaires ou des activités et, subsidiairement, du siège statutaire*”)¹³. Wij zullen zien dat dit subsidiair karakter van de statutaire zetel in insolventiezaken minder belang heeft dan dit artikel 4 wet laat uitschijnen¹⁴.

Uit die definities kan wellicht worden afgeleid dat het centrum van de voornaamste belangen steeds de voornaamste vestiging zal zijn, maar dat dit laatste concept iets flexibeler is. De voornaamste vestiging zal niet noodzakelijk de plaats zijn van waaruit de debiteur zijn zaken voert maar kan een kwantitatief belangrijk activiteitencentrum zijn waar geen of weinig beleid wordt gevoerd¹⁵.

¹⁰ Senaat 3 27/7, p. 214.

¹¹ Zie over de problemen die dit zal stellen voor groepen van vennootschappen, C. BARBÉ, noot in *T.B.H.* 2004, 814.

¹² Comm. Charleroi 16 juli 2002, *T.B.H.* 2002, 811.

¹³ In art. 80 van het Wetboek der Successierechten wordt een equivalentie gecreëerd tussen statutaire zetel (siège statutaire), direction générale en établissement principal (wet van 10 november 2004 tot wijziging van art. 80 Wetboek der Successierechten).

¹⁴ De statutaire zetel is in de Insolventieverordening ook een cruciale factor en het tegenbewijs dat de statutaire zetel samenvalt met het centrum van de voornaamste belangen mag slechts in uitzonderlijke gevallen worden aangenomen, met name wanneer de statutaire zetel fictief is. Aldus terecht, N. WATTÉ en V. MARQUETTE, “Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité”, *T.B.H.* 2001, p. 565, n° 21.

¹⁵ Er worden nog andere concepten gehanteerd: de wet van 20 juli 2004 op de instellingen voor collectieve belegging gebruikt als parameters voor de bevoegdheid de “statutaire zetel en het centraal bestuur” (siège statutaire et administration centrale) terwijl de wet van 10 november 2004 die het Wetboek der Successierechten aanpast belang hecht aan “hetzij de statutaire zetel, hetzij de algemene leiding, hetzij de voornaamste vestiging” (siège statutaire, direction générale, établissement principal).

II. BEVOEGDHEID

A. Enkele beginselen

7. Artikel 118 van het IPR-Wetboek bepaalt dat in afwijking van de algemene bepalingen van de IPR-Wet, de Belgische rechters slechts bevoegd zijn om een insolventieprocedure te openen in de gevallen voorzien in artikel 3 van de Insolventieverordening. Artikel 3 van die verordening definieert, onder de titel “internationale bevoegdheid”, de gevallen waarin een rechter van een Lidstaat een hoofdprocedure of een territoriale procedure kan openen, dit zijn dus de gevallen waarin het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar gelegen is in de Europese Unie of nog, wanneer de schuldenaar een vestiging heeft in een land van de Europese Unie (in dit laatste geval voor een territoriale procedure). Die passus van de wet was in feite niet echt nodig omdat het niet behoort aan de Belgische wetgever zich in de plaats te stellen van de Europese wetgever maar verduidelijkt wellicht het concept dat de internationale bevoegdheid over insolventie aan specifieke regels beantwoordt die afwijken van de algemene regels inzake internationale bevoegdheid.

Het artikel preciseert onmiddellijk dat de Belgische rechters in een aantal andere nauwkeurig omschreven gevallen “evenwel” bevoegd zijn. Dit alles houdt in dat *de bevoegdheidsregels van openbare orde zijn* en dat conventioneel ervan afwijken niet mag. Artikel 12 van het IPR-Wetboek preciseert overigens dat “de rechter bij wie de zaak aanhangig is ambtshalve zijn internationale bevoegdheid onderzoekt”.

De bedoeling van de wetgever is de *ruimste draagwijdte* te geven aan de bevoegdheid van de Belgische rechter in alle gevallen die niet door de verordening gedekt zijn. De toepassing van de verordening heeft voorrang, maar zodra de verordening geen aanwijzing geeft over de bevoegdheid, komt het IPR-Wetboek in de plaats.

De algemene strekking van die bepaling is dat de Belgische rechter in de meeste gevallen die buiten het domein vallen van de insolventieverordening een basis zal vinden voor zijn bevoegdheid. Het wantrouwen tegen de buitenlandse rechters is expliciet uitgedrukt geworden tijdens de parlementaire voorbereiding door senator Zenner¹⁶. De Belgische wetgever was duidelijk van plan de Belgische schuldeisers in de toekomst te beveiligen tegen overmatige buitenlandse aanspraken.

8. Die residuaire bevoegdheid van de Belgische rechter wordt nog beklemtoond door artikel 118, § 3, van het IPR-Wetboek. Artikel 118, § 3, bepaalt dat de erkenning in België van een buitenlandse rechterlijke beslissing die een hoofdprocedure opent niet belet dat door een Belgische rechter een

territoriale procedure wordt geopend. Dit houdt meteen in dat de Belgische schuldeisers een bescherming kunnen genieten ten opzichte van aanspraken van de buitenlandse schuldeisers op de activa die in België te vinden zijn.

9. De nieuwe bepalingen van het IPR-Wetboek, de tekst van de insolventieverordening en de faillissementswet regelen thans op sluitende wijze de problemen van internationale bevoegdheid. Artikel 631 van het Gerechtelijk Wetboek heeft thans, voor het faillissement, zijn internationale draagwijdte verloren heeft (de tekst van dit artikel zorgde overigens voor wat verwarring door te gewagen over “hoofdvestiging” van de natuurlijke persoon en “zetel” van de rechtspersoon). In artikel 631, § 2, (gerechtelijk akkoord) gaat het om zijn “hoofdinstichting of zetel”. Ook wat dit betreft is de internationale werking van de bepaling verdwenen.

B. Bevoegdheid voor de opening van de insolventieprocedure: nadere omschrijving van de regels

§ 1. Opening van een procedure

10. De eerste regel van artikel 118 van het IPR-Wetboek is dat “in afwijking van de algemene bepalingen van (het IPR-Wetboek), de Belgische rechters slechts bevoegd zijn om een insolventieprocedure te openen in de gevallen voorzien in artikel 3 van de insolventieverordening”. Artikel 3 van de verordening bepaalt onder meer in 1 dat de “*rechters van de Lidstaat waar het centrum van de voornaamste belangen is gelegen bevoegd zijn de insolventieprocedure te openen*”. Artikel 3 van de verordening bepaalt ook dat de Lidstaten bevoegd zijn binnen bepaalde grenzen territoriale faillissementen te openen.

Die regel betekent letterlijk dat de Belgische rechters alleen bevoegd zijn in de mate de verordening hen die bevoegdheid toekent. Zo begrepen is die zin quasi overbodig, aangezien de verordening niet hoeft te worden omgezet of herhaald in de interne wetgeving maar heeft wellicht enige betekenis in de mate zij hiermede beklemtoont dat de algemene regels van internationale bevoegdheid die in de aanhef van het IPR-Wetboek moeten wijken voor de alhier specifiek vermelde regels. Dit betekent evenwel niet dat geen rekening mag of moet worden gehouden met de algemene definities die de wetgever heeft gegeven aan bepaalde begrippen.

Tijdens de parlementaire voorbereiding werd die passus als volgt uitgelegd: “Door de internationale bevoegdheid van de

¹⁶ Senaat, p. 214. De lessen van de beruchte Lernout & Hauspie-zaak waren niet vergeten. De Amerikaanse rechter wou de nogal extreem sterk geformuleerde aanspraken van de Belgische rechter op universaliteit van zijn beslissing niet aannemen en dit leidde tot een patsituatie waarmede in werkelijkheid niemand gediend was.

Belgische rechtbanken te beperken tot de gevallen voorzien in de verordening, bepaalt artikel 118 dat deze rechtbanken geen andere grond voor bevoegdheid vinden buiten de verordening. Praktisch gezien, betekent dit dat zij in principe enkel bevoegd zullen zijn, wanneer de schuldenaar in België zijn voornaamste centrum van belangen heeft. Alleen die manier van vastleggen van de toewijzing van bevoegdheid kon bewerken dat het nuttig gevolg van de verordening werd behouden, terwijl zulks gecombineerd wordt met de traditionele oplossing van het Belgisch recht. Door in tegenstelling tot de verordening, het centrum van de voornaamste belangen van de onderneming te situeren op de plaats van zijn voornaamste vestiging eerder dan op de plaats van zijn statutaire zetel, behoudt het artikel de traditionele oplossing. Voor een onderneming met voornaamste vestiging in België betekent dit praktisch dat wanneer deze onderneming zijn statutaire zetel in de Europese Gemeenschap heeft, de verordening van toepassing is. Wanneer anderzijds de statutaire zetel gelegen is buiten de Europese Gemeenschap, dan laat het artikel toe de bevoegdheid bij de Belgische rechtbanken te leggen¹⁷. Deze tekst brengt m.i. geen enkele opheldering, wel integendeel.

De tekst verruimt evenwel onmiddellijk de bevoegdheid van de Belgische rechter. Volgens de tekst zijn de Belgische rechters ook bevoegd in de gevallen waarin de verordening niet de basis is van de bevoegdheid van de Belgische rechter:

- 1° om een hoofdprocedure te openen: indien ofwel de voornaamste vestiging of de statutaire zetel van een rechtspersoon in België gelegen is, ofwel de woonplaats van een natuurlijk persoon in België gelegen is;
- 2° om een territoriale procedure te openen: indien de schuldenaar op het grondgebied van België een vestiging bezit.

Onder 1° krijgen de voornaamste vestiging en de statutaire zetel eenzelfde gewicht terwijl in de algemene definitie in artikel 4 van het wetboek gegeven aan de voornaamste vestiging de statutaire zetel maar een subsidiaire parameter was van de voornaamste vestiging (zie randnummers 6 en 20).

§ 2. Praktische regeling

11. De praktische gevallen die denkbaar zijn voor de opening van een insolventieprocedure kunnen als volgt worden samengevat:

a. Het centrum van de voornaamste belangen van een rechtspersoon is gelegen in de EG (met uitzondering van Denemarken) en in beginsel betreft dit een schuldenaar waarop de verordening toepasselijk is

12. Het centrum van de voornaamste belangen komt overeen met de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert en die daardoor als zodanig voor derden herkenbaar is (considerans 13 van de Insolventieverordening). Wat die plaats juist is vraagt een onderzoek van feiten, waarvoor noch een Hof van Cassatie noch het Hof van Justitie bevoegd is. Het Hof van Cassatie mag alleen marginaal toetsen of het rechtsconcept “centrum van voornaamste belangen” niet geschonden is, terwijl het Hof van Justitie alleen abstract mag zeggen wat dit concept inhoudt.

13. De Belgische rechtbanken zijn *bevoegd* wanneer het centrum van de voornaamste belangen gelegen is in België (zie verordening, art. 3). Voor vennootschappen en rechtspersonen wordt, zolang het tegendeel niet bewezen is, het centrum van de voornaamste belangen vermoed de plaats van de statutaire zetel te zijn. Dat tegenbewijs moet overtuigend zijn: indien dit vermoeden wordt uitgehold zal elke rechter van een land waar een vestiging bestaat de neiging hebben zijn bevoegdheid uit te breiden.

Het gevaar is bijzonder groot wanneer groepen van vennootschappen betrokken zijn bij een insolventie. De rechter die de insolventie van één vennootschap behandelt, zou kunnen geneigd zijn te beslissen dat ook voor de overige rechtspersonen het centrum van de voornaamste belangen in zijn forum gelegen is, wat hem toelaat alle dochter- en evenmaatschappijen te betrekken in een hoofdprocedure van insolventie. De verdenking is gerezen dat de Londense rechtbanken ervan dromen de belangrijkste hoofdprocedures van de Europese Unie tot zich te trekken op grond van de financiële macht van de moedermaatschappij die vaak in Londen zal “gevestigd” zijn en zo de legitieme verwachtingen van de schuldeisers van dochtermaatschappijen zullen negeren.

14. De Belgische rechtbanken zijn *niet bevoegd* om een hoofdprocedure te openen wanneer het centrum van de voornaamste belangen gelegen is in een ander land van de EG. Dus bv. wanneer de statutaire zetel gelegen is in een ander land van de EG wordt tot bewijs van het tegendeel vermoed dat het centrum van de voornaamste belangen in dat land gelegen is, en zijn de Belgische rechtbanken onbevoegd om een hoofdprocedure te openen, ook al zou de voornaamste vestiging in België gelegen zijn. Als het werkelijk centrum van de voornaamste belangen in België gelegen is en er nog geen hoofdprocedure geopend is in een of ander land, zou-

¹⁷ Senaat, 3-271, p. 135.

den de Belgische rechtbanken bevoegd zijn om de fictieve statutaire zetel opzij te schuiven.

Zij kunnen daarenboven in de grenzen van de verordening een territoriale procedure openen die een secundaire procedure zal zijn indien er reeds een hoofdprocedure is. Artikel 138 van het IPR-Wetboek bepaalt dat wanneer een territoriale insolventieprocedure wordt geopend in gevallen waar een vestiging is in België, de staat van faillissement wordt beoordeeld los van de hoedanigheid van koopman van de schuldenaar en van de staat van zijn vestigingen in het buitenland gelegen. Dit verruimt dus de toepassing van het materiële insolventierecht tot niet-kooplieden die een vestiging hebben in België.

Als de territoriale insolventieprocedure geopend wordt als gevolg van de erkenning van een buitenlandse rechterlijke beslissing, geschiedt de faillietverklaring zonder dat de staat van schuldenaar op enigerlei wijze wordt onderzocht.

15. Een bijzonder aspect lijkt mij dat in het geval het centrum van de voornaamste belangen in België gelegen is en tegelijkertijd ook de voornaamste vestiging of de statutaire zetel in België gelegen is, de procedure een universele draagwijdte heeft. De verordening heeft immers een werking die beperkt is tot het grondgebied van de Europese Unie, maar de Belgische insolventiewet blijft een universele draagwijdte uitstralen en regelt de gevolgen van een insolventie buiten de EG. Hiervoor moet natuurlijk de voornaamste vestiging of de statutaire in België gelegen zijn. Insolventieverordening, IPR-Wetboek en insolventiewetgeving moeten dus wat dit aspect betreft gecombineerd worden.

Dit leidt tot de wat vreemde toestand dat de gevolgen van een insolventieprocedure (een hoofdprocedure) in de EG geopend ten aanzien van de landen buiten de EG gevestigd zullen verschillen op grond van de nationale insolventiewetgeving die toegepast is.

b. Het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar rechtspersoon is in de EG gevestigd maar de verordening is toch niet toepasselijk

16. De regels van de verordening spelen in dat geval niet en zo zal de regeling gelden voor de “andere gevallen” bedoeld in artikel 118 van het IPR-Wetboek (“In de andere gevallen zijn zij evenwel bevoegd...”). Dit is het geval voor de beleggingsondernemingen en de ondernemingen voor collectieve belegging. De regeling is die welke omschreven is in artikel 118.

Een hoofdprocedure kan worden geopend wanneer de *voornaamste vestiging of de statutaire zetel* in België gevestigd is. Een van beide volstaat mits natuurlijk er niet voorafgaandelijk een hoofdprocedure geopend is in het buitenland.

Zoals reeds vermeld kunnen er ook specifieke regels gelden (krediet- en verzekeringsmaatschappijen). Voor deze vennootschappen geldt de regel dat uitsluitend de rechter van de staat van herkomst bevoegd is en dat secundaire of territoriale procedures uitgesloten zijn. Die regel geldt ook m.i. voor die vennootschappen op een breder vlak (wereldwijd), zodat die “interne” regel ook een universele draagwijdte zou hebben. De Belgische rechter zou bv. geen hoofdprocedure openen van een buitenlandse verzekeraar of bank.

c. Het centrum van de voornaamste belangen is niet in de EG: voorwaarden voor het openen van een hoofdprocedure

17. De hierna vermelde regeling is dus residuair bij transnationale faillissementen en zou in beginsel alle omstandigheden moeten dekken wanneer geen “centrum van de voornaamste belangen” in een van de Lidstaten is gevestigd.

De Belgische rechtbanken zijn, zegt de wet, “evenwel ook bevoegd om een *hoofdprocedure* te openen, indien ofwel de voornaamste vestiging of de statutaire zetel van een rechtspersoon in België gelegen is, ofwel de woonplaats van een natuurlijke persoon in België gelegen is”.

i. Natuurlijke personen

18. De woonplaats van de natuurlijke persoon is de plaats waar een natuurlijke persoon volgens de bevolkingsregisters, de vreemdelingenregisters of het wachtregister in België zijn hoofdverblijf heeft (art. 4, IPR-Wetboek). Dit is dus een formeel criterium dat afwijkt van de hoofdvestiging van de koopman van het artikel 631 Ger.W. De “gewone verblijfplaats” zoals gedefinieerd in artikel 4 van het IPR-Wetboek, is de “plaats waar een natuurlijke persoon zich hoofdzakelijk heeft gevestigd, zelfs bij afwezigheid van registratie en onafhankelijk van een verblijfs- of vestigingsvergunning”.

De Belgische rechtbanken zijn bevoegd op grond van het formeel criterium van de woonplaats, ook al is het centrum van de voornaamste belangen van die persoon of zijn hoofdvestiging niet in België. Dit is niet ondenkbaar, maar betekent dus een verruiming van de bevoegdheid van de Belgische rechter, wat meteen ook aanwijst dat artikel 631 Ger.W. zijn internationale draagwijdte heeft verloren.

Een theoretische mogelijkheid is dat het centrum van de voornaamste belangen zou gelegen zijn in het buitenland en de voornaamste vestiging in België. De woonplaats zal determinerend zijn voor de hoofdprocedure en de Belgische rechter zal een territoriale procedure kunnen openen.

ii. Rechtspersonen

19. Voor rechtspersonen is de vraag complexer.

De onderstelling is dat het centrum van de voornaamste belangen (dit is de plaats waar het beheer wordt gevoerd en aldus herkenbaar is) niet in een Lidstaat gelegen is. In België moet dan, om de bevoegdheid te gronden hetzij de voornaamste vestiging hetzij de statutaire zetel gelegen zijn.

De statutaire zetel is gauw gedefinieerd. De voornaamste vestiging van een rechtspersoon wordt bepaald door in het bijzonder rekening te houden met zijn “bestuurscentrum, evenals met zijn zaken- of activiteitencentrum, en in bijkomende orde met zijn statutaire zetel” (art. 4).

De bevoegdheid om een hoofdprocedure te openen veronderstelt dus:

- a. het centrum van de voornaamste belangen is buiten de EU;
- b. de voornaamste vestiging is in België OF de statutaire zetel is in België.

In normale omstandigheden wordt vermoed dat het centrum van de voornaamste belangen samenvalt met de statutaire zetel. Die bepaling zou dus toepasselijk zijn wanneer het bewijs wordt geleverd dat de statutaire zetel niet samenvalt met het centrum van de voornaamste belangen (anders is de insolventieverordening toepasselijk). Zo wordt verzekerd dat de rechtspersoon die in België werd opgericht toch verantwoording zal moeten afleggen.

20. Voor de voornaamste vestiging ligt dit wat moeilijker. Het lijkt mij nauwelijks acceptabel dat het centrum van de voornaamste belangen en de voornaamste vestiging van elkaar zouden afwijken: de twee begrippen zijn quasi gelijklopend, zeker voor de eerste component van hetgeen een voornaamste vestiging is (bestuurscentrum). De belangrijkste reden om dit begrip hier te hanteren is dat het aansluit bij het woordgebruik elders in de wet (art. 109) waar het concept voornaamste vestiging wordt gebruikt, maar meteen wordt de lezing van de wet zeer moeilijk.

Volgens de auteurs van het amendement dat geleid heeft tot het huidige artikel 118, geeft dit aan de Belgische rechter “enige flexibiliteit”, met andere woorden de Belgische rechter zou zijn bevoegdheid niet al te beperkend moeten uitleggen en zou zich bevoegd kunnen verklaren voor een hoofdprocedure indien een eerder zwakke bevoegdheidsgrond zou bestaan zoals het activiteitencentrum.

d. De territoriale procedures buiten het kader van de verordening

21. De Belgische rechtbanken zijn ook bevoegd een territoriale procedure te openen indien de schuldenaar op het

grondgebied van België een vestiging bezit. Een vestiging betekent elke plaats van handeling waar de schuldenaar met behulp van mensen en goederen een economische activiteit uitoefent die niet van tijdelijke aard is (zie art. 2 van de verordening).

Dit mogen ze reeds doen op grond van de insolventieverordening, dus wanneer het centrum van de voornaamste belangen in een van de Lidstaten ander dan België is gelegen. Met het IPR-Wetboek mogen ze dat ook doen in de andere gevallen met name wanneer de verordening geen toepassing vindt gelet op de betrokken sector of nog wanneer het centrum van de voornaamste belangen buiten de EG gelegen is.

Artikel 3, eerste lid, van de wet van 8 augustus 1997 zoals gewijzigd door het IPR-Wetboek (art. 138) wordt als volgt vervangen:

“§ 1. Wordt een territoriale insolventieprocedure geopend krachtens artikel 3, § 2, van de verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures of krachtens artikel 118, § 1, tweede lid, 2°, van de wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, dan wordt de staat van faillissement van de vestiging beoordeeld los van de hoedanigheid van koopman van de schuldenaar en van de staat van zijn vestigingen in het buitenland gelegen.

Wordt een territoriale insolventieprocedure geopend krachtens artikel 3, § 3, van de genoemde verordening of krachtens artikel 118, § 1, 2, 2°, van de genoemde wet, als gevolg van de erkenning van een buitenlandse rechterlijke beslissing om een hoofdprocedure te openen, dan geschiedt de faillietverklaring zonder dat de staat van schuldenaar op enigerlei wijze wordt onderzocht”.

In het tweede geval is alleen sprake van een rechterlijke beslissing. Een beslissing door een administratief orgaan volstaat niet en de staat van de schuldenaar moet toch worden onderzocht.

22. De erkenning in België van een buitenlandse rechterlijke beslissing die een hoofdprocedure opent, belet niet dat door een Belgische rechter een territoriale procedure wordt geopend.

Dit is een belangrijke inperking van het beginsel van de universaliteit of houdt een terugkeer in naar een stelsel van reciprociteit. De Belgische wetgever was niet geneigd de lokale activa te laten afvloeien naar het land van de hoofdprocedure.

Die bepaling is een spiegelbeeld van artikel 16 van de verordening. Dus in elk geval waar ook ter wereld het centrum van de voornaamste belangen is gevestigd en een insolventieprocedure geopend is, zal de Belgische rechter een territoriale procedure kunnen openen, in zoverre natuurlijk er een vestiging bestaat.

e. Samenvattende tabel

Centrum van voornaamste belangen in een EG-Lidstaat (rechtspersoon)

In België	In andere EG-Staat (niet Dk)	Belgische rechter
Centrum van voornaamste belangen	–	Hoofdprocedure
Centrum van voornaamste belangen	Statutaire zetel	Hoofdprocedure indien statutaire zetel fictief
Statutaire zetel	Centrum van voornaamste belangen	Hoofdprocedure tenzij statutaire zetel fictief
Voornaamste vestiging in materie van verordening	Centrum van voornaamste belangen	Territoriale procedure
Voornaamste vestiging of statutaire zetel in materie buiten verordening	–	Hoofdprocedure
Vestiging	Centrum van voornaamste belangen	Territoriale procedure

Centrum van voornaamste belangen buiten EG (rechtspersoon)

In België	Buiten EG of in DK	Belgische rechter
Statutaire zetel	Voornaamste vestiging of centrum van voornaamste belangen	Hoofdprocedure
Voornaamste vestiging	Statutaire zetel	Hoofdprocedure
Vestiging	Voornaamste vestiging	Territoriale procedure
Vestiging	Statutaire zetel	Territoriale procedure

Centrum van voornaamste belangen buiten EG (natuurlijke persoon)

In België	In het buitenland	Belgische rechter
Woonplaats	Voornaamste vestiging of centrum van voornaamste belangen	Hoofdprocedure
Gewone verblijfplaats	Woonplaats	Territoriale procedure
Vestiging	Woonplaats	Territoriale procedure

III. PLICHT TOT INFORMATIE EN SAMENWERKING

A. Principiële maar begrensde plicht samen te werken

25. De plicht tot samenwerking is het logische resultaat van het systeem dat thans niet meer universalistisch is en slechts in beperkte mate de samenwerking met buitenlandse beheerders organiseert.

Wanneer een Belgische hoofdprocedure is geopend of een

C. Bevoegdheid voor de betwistingen

23. Zowel wanneer zij bevoegd zijn krachtens de insolventieverordening als wanneer zij bevoegd zijn krachtens het IPR-Wetboek, nemen de Belgische rechtbanken kennis van de geschillen die “rechtstreeks ontstaan zijn” uit de opening van de procedure.

Rechtstreeks ontstaan is een weerspiegeling van de bevoegdheidsregel van artikel 574 Ger.W., althans het begin van de regel. Het tweede deel van de regel van artikel 574, 2, Ger.W. (waarvan de oplossing zich bevindt in rechtsregels;...) is een inhoudloze toevoeging en is dan ook terecht niet overgenomen in deze context.

De Franse tekst van artikel 118, § 2, is minder het spiegelbeeld van artikel 574 van het Gerechtelijk Wetboek want waar in artikel 574 van het Gerechtelijk Wetboek sprake is van “contestations qui découlent directement de la faillite...” wordt hier melding gemaakt van “contestations qui en dérivent directement”. De twee begrippen dekken elkaar volledig.

D. De dringende maatregelen

24. In dringende gevallen zijn de Belgische rechters ook bevoegd om voorlopige of bewarende maatregelen en uitvoeringsmaatregelen te bevelen betreffende personen en goederen die zich in België bevinden bij de instelling van de vordering, zelfs indien de Belgische rechters krachtens het IPR-Wetboek niet bevoegd zijn om van de zaak zelf kennis te nemen.

Dit wordt bepaald in artikel 10 van het IPR-Wetboek en is toepasselijk op deze materie¹⁸.

¹⁸ Senaat, amendement nr. 108, stukken 3-27/6, p. 35.

in het buitenland en dat aldaar territoriale of zelfs strijdige hoofdprocedures kunnen worden uitgesproken. De evolutie naar een stelsel dat duidelijk minder universalistisch is, is opvallend.

De plicht tot samenwerking wordt nog gerelativeerd doordat de curator het recht krijgt om de kosten af te wegen die opgelegd worden door die samenwerking ten opzichte van de boedel. Die beperkte verplichting is in eenklank met de type-wet van de UNCITRAL (www.uncitral.org).

26. De plicht tot samenwerking is een verzwakte vorm vergeleken met die welke geregeld is door de insolventieverordening. Op het vlak van de samenwerking kent de verordening niet de grenzen die opgelegd worden in het wetboek.

De regeling van artikel 31 biedt een uitgebreid model aan van samenwerking en informatie die de Belgische curator niet mag verwerpen om financiële redenen. Het samenwer-

kingsmodel is daarenboven nog meer uitgebreid in het geval van moeilijkheden in de krediet- of verzekeringssector.

B. Saldo van de secundaire procedure

27. Onder voorbehoud van reciprociteit van de wetstelsels moet de Belgische curator die met een surplus een territoriale procedure afsluit, dit surplus aan de beheerder van de hoofdprocedure overmaken.

In artikel 35 van de Insolventieverordening wordt bepaald dat indien de liquidatie van de boedel van de secundaire procedure de mogelijkheid biedt alle in die procedure toegelaten vorderingen uit te keren, de in die procedure aangewezen curator het saldo onverwijld overmaakt aan de curator van de hoofdprocedure. Logischerwijze wordt hier geen voorwaarde van reciprociteit gesteld.

CONCLUSIE

28. Het algemeen conceptueel kader van het IPR-Wetboek, voor de insolventiebepalingen, is geïnspireerd door de insolventieverordening en poogt de materie te regelen voor de extracommunautaire betrekkingen van België, op een overeenkomstige wijze. Dit heeft het volgend resultaat tot gevolg.

Voor wat niet geregeld is door de verordening geldt het IPR-Wetboek. Dit wetboek heeft – op een paar uitzonderingen na – de eerder territorialistische visie overgenomen van de communautaire wetgever.

De kernvraag voor de bevoegdheid en de toepasselijkheid van het IPR-Wetboek of van de verordening is waar het centrum gelegen is van de voornaamste belangen en of dit cen-

trum in de EG is gelegen. Wordt die vraag positief beantwoord, dan geldt de insolventieverordening, althans in de regel. Wordt zij negatief beantwoordt dan geldt het IPR-Wetboek waarbij de Belgische rechter in nagenoeg alle gevallen een bevoegdheid bewaart.

Bevoegdheidsproblemen die kunnen rijzen bij aangiften van schuldvordering en samenwerking met buitenlandse beheerders, worden opgelost op een wijze die voor een deel geïnspireerd is door de verordening, voor een deel door de UNCITRAL-regels.

Het geheel is een afscheid van de universaliteit die het Belgisch recht kenmerkte, op enkele randverschijnselen na die getuigen van dit verleden.