

## Noot

**Reorganisatie in grensoverschrijdend verband na Bank Handlowy: quo vadis?**Arie Van Hoe<sup>1</sup>

**1. Achtergrond** – Een spook waart door Europa – het spook van de reorganisatie. Terwijl het insolventierecht traditioneel (louter) een betalingsfunctie had (*saisie collective*), heeft het zich ontwikkeld tot een zelfstandige rechtstak met autonome doelstellingen, in het bijzonder wat de continuïteit van de onderneming betreft<sup>2</sup>.

Deze evolutie uit zich o.m. in het toepassingsgebied van insolventieprocedures, dat steeds ruimer bepaald wordt<sup>3</sup>. Traditionele insolventieprocedures – gebaseerd op de (eigenlijke) insolventie van de schuldenaar – worden in toenemende mate aangevuld met zgn. *pre-insolvency-procedures*, die (reeds) toepassing krijgen voorafgaand aan de (eigenlijke) insolventie van de schuldenaar. Deze evolutie kan doorheen de Europese Unie worden vastgesteld<sup>4</sup>. Voor wat België betreft, kan gewezen worden op de procedure van gerechtelijke reorganisatie<sup>5</sup>.

Deze koerswijziging van het insolventierecht is problematisch voor wat de toepassing van de insolventieverordening betreft<sup>6</sup>. Deze is geaxeerd op het (achterhaalde) model van

de (traditionele) liquidatieprocedure<sup>7</sup>. Het arrest *Bank Handlowy* illustreert de problemen waartoe zulks aanleiding geeft<sup>8</sup>.

**2. Setting the scene** – Bij vonnis van 1 oktober 2008 heeft de rechtbank van koophandel te Meaux een *procédure de sauvegarde* geopend t.a.v. Christianapol, een vennootschap naar Pools recht, met statutaire zetel te Lowyn.

De rechtbank achtte het vermoeden dat het centrum van de voornaamste belangen (COMI) de plaats van de statutaire zetel is, weerlegd, op grond van de vaststelling dat Christianapol deel uitmaakte van een vennootschapsgroep (als 100%-dochteronderneming van een Duitse vennootschap, die zelf voor 90% in handen is van een Franse vennootschap), niettegenstaande het gehele vermogen van Christianapol, met inbegrip van haar productiebedrijf, zich in Polen bevond. Of de rechtbank hiermee een correcte toepassing van de insolventieverordening maakte, is sterk betwistbaar. Het Europees Hof van Justitie houdt, zoals bekend, streng de hand aan voormeld vermoeden<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> Onderneming & Recht, Universiteit Antwerpen.

<sup>2</sup> K. BYTTEBIER en M. GESQUIÈRE, *Insolventierecht. Algemene Beginselen*, Gent, Story Publishers, 2012, 11-15; E. DIRIX, “Het insolventierecht op nieuwe wegen”, *RW* 2011-12, 74-80. Zie ook: F.M. MUCCIARELLI, “Not Just Efficiency: Insolvency Law in the EU and Its Political Dimension”, *EBOR* 2013, 175-200.

<sup>3</sup> G. COUTURIER, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, Parijs, LGDJ, 2013, 24, nr. 16: “(...) la mutation du droit des faillites en droit des entreprises en difficulté a provoqué une extension considérable de son domaine d’application.”

<sup>4</sup> External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings, 2012, [http://ec.europa.eu/justice/civil/files/evaluation\\_insolvency\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/evaluation_insolvency_en.pdf), 11: “At present, most national insolvency laws in Europe provide for pre-insolvency proceedings under the supervision of a court or an administrative authority for the purpose of enhancing corporate restructuring efforts to prevent the commencement of insolvency proceedings.”

<sup>5</sup> Vgl. art. 23, § 1 WCO: “De procedure van gerechtelijke reorganisatie wordt geopend zodra de continuïteit van de onderneming, onmiddellijk of op termijn, bedreigd is (...)” en art. 2, eerste lid Faill.W.: “De koopman die op duurzame wijze heeft opgehouden te betalen en wiens krediet geschokt is, bevindt zich in staat van faillissement.”

<sup>6</sup> Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *Pb.L.* 160 van 30 juni 2001, 1. De koerswijziging van het insolventierecht is niet enkel problematisch voor wat de insolventieverordening betreft. Zie bv. HvJ 18 april 2013, C-247/12, *Meliha Veli Mustafa*, m.b.t. art. 2, eerste lid van richtlijn 80/987/EEG van de Raad van 20 oktober 1980 betreffende de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever.

<sup>7</sup> P. SCHULZ, “Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahren während eines anhängigen Hauptinsolvenzverfahrens mit Schutzcharakter”, *EuZW* 2013, (141) 142: “Die Verordnung entstammt einer Zeit, zu der im Insolvenzrecht der Fokus weit weniger stark auf die Erhaltung und Sanierung insolventer bzw. insolvenzbedrohter Schuldner gerichtet war. Auf Verfahren, die auf Insolvenzvermeidung durch frühzeitige Verfahrenseröffnung, Schutzschirme und Eigenverwaltungen setzen, ist die Verordnung nicht zugeschnitten.” Zie ook: A. VAN HOE en M. VANMEENEN, “Verleden, heden en toekomst van de Europese Insolventieverordening” in M.E. STORME (ed.), *Insolventie- en beslagrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (1) 3, nr. 4.

<sup>8</sup> Zie over het geannoteerde arrest: J. URLAUB en S. REUBINK, “Notwendigkeit der Harmonisierung von Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren”, *European Law Reporter* 2013, 74-79; P. SCHULZ, “Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahren während eines anhängigen Hauptinsolvenzverfahrens mit Schutzcharakter”, *EuZW* 2013, 141-147.

<sup>9</sup> Concl. Adv.-Gen. KOKOTT, HvJ 22 november 2012, C-116/11, *Bank Handlowy, Adamiak / Christianapol*, nr. 43: “De Franse rechter heeft zijn bevoegdheid gebaseerd op het feit dat het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar (Center of Main Interests; hierna ‘COMI’) zich in Frankrijk bevindt en heeft derhalve een hoofdinsolventieprocedure krachtens bijlage A van de verordening geopend. In het onderhavige geval lijkt deze vaststelling echter twijfelachtig, aangezien het gehele vermogen van Christianapol, met inbegrip van het productiebedrijf, zich in Polen bevindt. In de zaak *Interdil* heeft het Hof geoordeeld dat het centrum van de voornaamste belangen volgens objectieve en tegelijk voor derden herkenbare criteria moet worden vastgesteld, hetgeen eveneens uit punt 13 van de considerans van de verordening volgt. Bij vennootschappen wordt volgens artikel 3, 1., tweede volzin, van de verordening bovendien vermoed dat het centrum van de voornaamste belangen zich op de plaats van de statutaire zetel bevindt. Na al hetgeen ik zojuist heb gesteld, pleit veel ervoor dat het COMI van Christianapol zich in Polen bevindt.” Zie hierover: A. VAN HOE, “Samengevoegde afwikkeling van faillissementen: het Europees Hof van Justitie stelt de grenzen scherp” (noot onder HvJ 15 december 2011), *RW* 2012-13, 140-143.

Op 21 april 2009 verzocht Bank Handlowy, een in Polen gevestigde schuldeiser van Christianapol, de verwijzende rechter (Sd Rejonowy Pozna-Stare Miasto w Poznaniu) om een secundaire procedure te openen jegens Christianapol. Subsidiair verzocht Bank Handlowy de opening van een insolventieprocedure tot liquidatie van de goederen van Christianapol, wanneer het vonnis van rechtbank van koophandel te Meaux niet erkend zou worden in Polen. Op 2 augustus 2009 diende een andere Poolse schuldeiser van Christianapol, Adamiak, een gelijkaardig verzoek in.

Op 20 juli 2009 bekrachtigde de rechtbank van koophandel te Meaux het door Christianapol voorgelegde herstelplan, dat voorzag dat de schuldvorderingen van de in het plan opgenomen schuldeisers over een periode van 10 jaar in termijnen zullen worden voldaan, en dat de overdracht verbod van de te Lowyn gevestigde onderneming en bepaalde goederen van de schuldenaar.

Christianapol verzette zich tegen de opening van een secundaire insolventieprocedure in Polen, omdat dit strijdig zou zijn “met het doel en de aard van de *sauvegarde-procedure*”. Na de bekrachtiging van het herstelplan betoogde zij bovendien dat niet hoefde te worden beslist over de vordering betreffende de opening van een secundaire insolventieprocedure, aangezien de hoofdprocedure reeds beëindigd was, en zij haar verplichtingen overeenkomstig het door de Franse rechter bekrachtigde plan getrouw nakwam, waardoor er naar Pools recht jegens haar geen opeisbare geldvorderingen (meer) zouden bestaan, zodat er geen grond was om haar insolvent te verklaren.

**3. Werkingssfeer van de insolventieverordening** – De rechtbank van koophandel te Meaux stelde (uitdrukkelijk) vast dat Christianapol “niet in de toestand [verkeerde] waarin zij is opgehouden te betalen, omdat de geschatte geldmiddelen positief blijken te zijn”. Dit is immers één van de toepassingsvoorwaarden van de (Franse) *sauvegarde-procedure*<sup>10</sup>. Valt de *sauvegarde-procedure* door deze vaststelling echter niet buiten de werkingssfeer van de insolventieverordening?

De insolventieverordening is van toepassing op “collectieve procedures die, op de insolventie van de schuldenaar berustend, ertoe leiden dat deze schuldenaar het beheer en de beschikking erkenning van de buitenlandse over zijn vermogen geheel of ten dele verliest en dat een curator wordt aangewezen”<sup>11</sup>. Bijlage A somt de desbetreffende insolventieprocedures per lidstaat op<sup>12</sup>.

Hoewel de *sauvegarde-procedure* opgenomen is in bijlage A, betwistte Bank Handlowy de toepasselijkheid van de Insolventieverordening, nu deze uitsluitend van toepassing zou zijn op procedures die (tevens) aan de (inhoudelijke) voorwaarden van artikel 1, 1. insolventieverordening voldoen.

Of een insolventieprocedure aan de (inhoudelijke) voorwaarden van artikel 1, 1. insolventieverordening voldoet, laat zich niet altijd even eenvoudig bepalen, en zeker niet door een “vreemde” rechter. Wat onder insolventie begrepen wordt, verschilt namelijk van lidstaat tot lidstaat.

Teneinde de hanteerbaarheid van de insolventieverordening te verzekeren, oordeelt het Hof dat “een procedure die opgenomen [is] in bijlage A bij de verordening, [moet] worden geacht binnen de werkingssfeer van de verordening te vallen. Deze opname heeft rechtstreekse werking en bindende kracht zoals bepalingen van een verordening”<sup>13</sup>. Het komt bijgevolg niet aan een rechter toe om een “vreemde” insolventieprocedure op verenigbaarheid met hetgeen bepaald in artikel 1, 1. insolventieverordening te toetsen<sup>14</sup>.

Via de opname van zgn. *pre-insolvency-procedures* in bijlage A streven de lidstaten een (verdoken) modernisering van het (Europees) insolventierecht na<sup>15</sup>. Op heden voorziet artikel 45 insolventieverordening dat de Raad de bijlagen kan wijzigen, met gekwalificeerde meerderheid, op initiatief van een van zijn leden of op voorstel van de Commissie. Dienaangaande wordt een wijziging in het vooruitzicht gesteld. De bevoegdheid om de bijlagen te wijzigen zou worden gedelegeerd aan de Commissie, waarbij de Commissie onderzoekt of de aangemelde bepalingen daadwerkelijk

<sup>10</sup>. Art. L. 620-1, eerste lid Code de commerce: “Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d’un débiteur mentionné à l’article L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu’il n’est pas en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l’entreprise afin de permettre la poursuite de l’activité économique, le maintien de l’emploi et l’apurement du passif.” (eigen benadrukking).

<sup>11</sup>. Art. 1, 1. insolventieverordening.

<sup>12</sup>. Zie over de verhouding tussen art. 1, 1. insolventieverordening en bijlage A: V. MARQUETTE, “La loi sur la continuité des entreprises – Réflexions sur les aspects d’extranéité” in A. ZENNER en M. DAL (eds.), *Actualité de la continuité, continuité de l’actualité*, Brussel, Larcier, 2012, (585) 589-597.

<sup>13</sup>. HvJ 22 november 2012, C-116/11, *Bank Handlowy, Adamiak / Christianapol*, § 33. Zie overweging 9 voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures, COM(2012) 744, 12 december 2012: “Wanneer een nationale procedure is opgenomen in bijlage A, is deze verordening van toepassing zonder dat de rechter van een andere lidstaat nader onderzoekt of aan de voorwaarden van deze verordening is voldaan.” Vgl. Luik 28 april 2011, *TBH* 2012, 165 (de vermelding van een procedure in bijlage A houdt minstens een vermoeden in dat de procedure de voorwaarden van art. 1 vervult.)

<sup>14</sup>. P. SCHULZ, “Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahren während eines anhängigen Hauptinsolvenzverfahrens mit Schutzcharakter”, *EuZW* 2013, (141) 142; J. URLAUB en S. REUBINK, “Notwendigkeit der Harmonisierung von Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren”, *European Law Reporter* 2013, (74) 75.

<sup>15</sup>. A. VAN HOE en M. VANMEENEN, “Verleden, heden en toekomst van de Europese Insolventieverordening” in M.E. STORME (ed.), *Insolventie- en beslagrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (1) 29, nr. 31.

voldoen aan de voorwaarden van artikel 1 insolventieverordening<sup>16</sup>.

Fundamenteel is de vooropgestelde wijziging voor wat de aard van een insolventieprocedure betreft. Om aansluiting te vinden bij de eerder vermelde evolutie in de lidstaten, wordt voorgesteld om het toepassingsgebied van de insolventieverordening uit te breiden tot “collectieve gerechtelijke of administratieve procedures, met inbegrip van kortgedingprocedures, die zijn gebaseerd op wetgeving inzake insolventie of schuldaanpassing, en waarin, ten behoeve van herstel, schuldaanpassing, reorganisatie of liquidatie, (a) de schuldenaar geheel of gedeeltelijk het beheer en de beschikking over zijn goederen heeft verloren en een curator is aangewezen, of (b) de goederen en zaken van de schuldenaar onder controle of toezicht van een rechter staan”<sup>17</sup>.

Zo krijgt de paradigmawijziging op het niveau van de lidstaten een Europese pendant.

**4. Beëindiging van een insolventieprocedure** – De eerste prejudiciële vraag betrof de uitlegging van het begrip “beëindiging van de insolventieprocedure”, zoals voorzien in artikel 4, 2., j) insolventieverordening.

Het Hof merkt vooreerst op dat, zelfs “[i]ndien de in Frankrijk tegen Christianapol geopende hoofdinsolventieprocedure moet worden geacht te zijn beëindigd, (...) de verwijzende rechter (...) slechts een tweede hoofdprocedure [kan] openen in Polen, voor zover kan worden aangetoond dat het centrum van de voornaamste belangen van Christianapol na de opening van de eerste hoofdprocedure in Frankrijk is verplaatst naar Polen”<sup>18</sup>.

Behoudens gewijzigde (materiële) omstandigheden, die een (aantoonbare) verplaatsing van het COMI tot gevolg hebben, werkt de beslissing tot opening van een insolventieprocedure door *na* een eventuele beëindiging van de insolventieprocedure<sup>19</sup>. Aangezien het vermogen van Christianapol, met inbegrip van haar productiebedrijf, zich in Polen bevond

ten tijde van de opening van de procedure in Frankrijk, lijkt een verplaatsing van het COMI uitgesloten<sup>20</sup>.

Voor de invulling van het begrip “beëindiging van de insolventieprocedure” verwijst het Hof naar de *lex concursus*, die “bepaalt onder welke voorwaarden deze procedure wordt geopend, verloopt en wordt *beëindigd*”<sup>21</sup>. Het beginsel dat de bepalingen van het Unierecht in geval van twijfel over de formulering ervan autonoom en uniform worden uitgelegd, rekening houdend met de context van de bepaling en het doel van de betrokken regeling, geldt alleen voor bepalingen die voor de betekenis en de draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijzen, *quod non*<sup>22</sup>.

Op zijn minst teleurstellend is dat de rechtbank van koophandel te Meaux (op verzoek van de Poolse rechter) noch een daartoe aangezochte deskundige, konden verduidelijken of er na de bekrachtiging van het herstelplan in Frankrijk nog een hoofdinsolventieprocedure aanhangig was<sup>23</sup>.

De nationale invulling van het begrip “beëindiging van de insolventieprocedure” kan verbazen in het licht van de eerdere autonome interpretatie van het begrip “beslissing tot opening van een insolventieprocedure” (*ex art. 16, 1. insolventieverordening*) in het arrest *Eurofood*<sup>24</sup>. Het Hof verklaart dit onderscheid evenwel door de vaststelling dat artikel 16, 1. insolventieverordening geen expliciete verwijzing naar het nationaal recht (geen collisierechtelijk karakter) bevat, maar een rechtstreeks toepasselijke regel in de vorm van een beginsel van erkenning van de eerste beslissing tot opening<sup>25</sup>.

Vóór de opening van een insolventieprocedure kunnen bevoegdheidsconflicten ontstaan. Bijgevolg is een uniforme voorrangregel vereist. Na de opening van een insolventieprocedure kunnen geen bevoegdheidsconflicten meer ontstaan<sup>26</sup>.

Om tegemoet te komen aan de problemen die zich stellen bij de vaststelling van het einde van een (vreemde) insolventie-

<sup>16</sup>. Art. 45 voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures, COM(2012) 744, 12 december 2012.

<sup>17</sup>. Art. 1 voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures, COM(2012) 744, 12 december 2012.

<sup>18</sup>. HvJ 22 november 2012, C-116/11, *Bank Handlowy, Adamiak / Christianapol*, § 44.

<sup>19</sup>. Concl. Adv. Gen. KOKOTT, HvJ 22 november 2012, C-116/11, *Bank Handlowy, Adamiak / Christianapol*, nr. 44: “Teneinde een hoofdinsolventieprocedure te kunnen openen, zou de Poolse rechter (...) krachtens artikel 3, 1., van de verordening om te beginnen moeten vaststellen dat het COMI van de schuldenaar zich in Polen bevindt. Aangezien de feitelijke omstandigheden zich echter sinds de opening van de Franse *sauvegarde-procedure* niet hebben gewijzigd, staat het zojuist verduidelijkte en door het Hof reeds meerdere malen bevestigde beginsel van wederzijdse erkenning in de weg aan deze vaststelling. Het zou neerkomen op een incidentele toetsing van de Franse beslissing, hetgeen de verordening niet toestaat.” In dezelfde zin: K. MARESCAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen binnen de EU en regelgevende competitie op het vlak van het vennootschapsrecht*, proefschrift UGent, 2013, 341, nr. 465.

<sup>20</sup>. P. SCHULZ, “Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens während eines abhängigen Hauptinsolvenzverfahrens mit Schutzcharakter”, *EuZW* 2013, (141) 143.

<sup>21</sup>. Art. 4, 2., j) insolventieverordening: “de voorwaarden voor en de gevolgen van de beëindiging van de insolventieprocedure, met name door een akkoord.”

<sup>22</sup>. HvJ 22 november 2012, C-116/11, *Bank Handlowy, Adamiak / Christianapol*, § 49-50.

<sup>23</sup>. Concl. Adv. Gen. KOKOTT, HvJ 22 november 2012, C-116/11, *Bank Handlowy, Adamiak / Christianapol*, nr. 25.

<sup>24</sup>. HvJ 2 mei 2006, C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, § 45-58.

<sup>25</sup>. HvJ 22 november 2012, C-116/11, *Bank Handlowy, Adamiak / Christianapol*, § 51.

<sup>26</sup>. Concl. Adv. Gen. KOKOTT, HvJ 22 november 2012, C-116/11, *Bank Handlowy, Adamiak / Christianapol*, nr. 38.

procedure, voorziet het voorstel tot wijziging van de insolventieverordening in de invoering van insolventieregisters die o.m. informatie bevatten betreffende de datum van de beëindiging van de hoofdprocedure<sup>27</sup>.

**5. Secundaire liquidatieprocedure na hoofdreorganisatieprocedure** – Kan een secundaire liquidatieprocedure geopend worden wanneer de hoofdprocedure een reorganisatieprocedure is?

Deze vraag was *in casu* bijzonder relevant, aangezien ongeveer het gehele vermogen van Christianapol zich in Polen bevond. Anders gesteld: kunnen Bank Handlowy en Adamiak, de Poolse schuldeisers van Christianapol, middels de opening van een secundaire liquidatieprocedure de (voor hen, negatieve) gevolgen “neutraliseren” van de beslissing van de rechtbank van koophandel te Meaux om het vermoeden ten gunste van de statutaire zetel te weerleggen, en zo de in Frankrijk geopende saneringsprocedure doorkruisen<sup>28</sup>?

Door Christianapol en de Franse Regering werd als principe vooropgesteld dat in geval van een saneringsprocedure geen secundaire procedures (meer) kunnen worden geopend. Wat dit principe betreft, oordeelt het Hof dat de “door Christianapol en de Franse Regering verdedigde uitlegging dat de opening van een hoofdprocedure waarmee een saneringsdoel wordt nagestreefd een beletsel zou vormen voor de opening van een secundaire procedure, (...) niet alleen onverenigbaar [is] met de bewoordingen van de betrokken bepalingen [art. 3, 3. insolventieverordening en art. 27, eerste volzin insolventieverordening], maar (...) bovendien in tegenspraak [is] met de plaats van secundaire procedures in het bij de verordening ingevoerde systeem”<sup>29</sup>.

De gespannen verhouding tussen een hoofdprocedure – die de reorganisatie van de schuldenaar nastreeft – en een secundaire procedure – die de liquidatie van de goederen van de schuldenaar die zich op het grondgebied van een andere lidstaat bevinden – beoogt – is het gevolg van de eerder

beschreven ontwikkeling van het insolventierecht van veel lidstaten – van een loutere liquidatieprocedure naar een saneringsprocedure<sup>30</sup>. Deze vaststelling verantwoordt evenwel geen algemeen verbod van secundaire procedures bij hoofdreorganisatieprocedures<sup>31</sup>.

De (moeilijke) verhouding tussen een hoofdreorganisatieprocedure en een secundaire procedure, meer bepaald wat de onderscheiden doelstelling ervan betreft, wordt geredigeerd in het voorstel tot wijziging van de insolventieverordening, o.m. door niet langer te eisen – zoals nu wel het geval is – dat een secundaire procedure (steeds) een liquidatieprocedure is<sup>32</sup>.

**6. Coördinatie van hoofd- en secundaire procedures bij reorganisatieprocedures** – Eens het principe van de samenloop van een hoofdreorganisatieprocedure en secundaire procedure verworven is, rijst de vraag naar de coördinatie tussen hoofd- en secundaire procedure.

De insolventieverordening voorziet *de lege lata* reeds in een aantal dwingende coördinatieregels die het overwicht van de hoofdinsolventieprocedure t.o.v. de secundaire procedure(s) verzekeren<sup>33</sup>. Zo wordt gewezen op de schorsing van de liquidatieverrichtingen op verzoek van de curator in de hoofdprocedure (art. 33, 1. insolventieverordening) en op diens recht om, ter beëindiging van de secundaire procedure, een herstelplan, een akkoord of een vergelijkbare maatregel voor te stellen (art. 34, 1. insolventieverordening). Deze, en andere, maatregelen maken het mogelijk om “de negatieve gevolgen van een secundaire procedure af te zwakken”<sup>34</sup>.

Ze volstaan evenwel niet. In haar conclusie argumenteert advocaat-generaal KOKOTT dan ook dat “[i]n afwachting van een verduidelijkende wijziging van de verordening (...) alle betrokkenen verplicht [zijn] om door middel van de bestaande instrumenten en in het kader van het nationaal recht, de doelstellingen van de hoofdprocedure in acht te nemen. Het beginsel van loyale samenwerking (art. 4, 3.

<sup>27</sup> Art. 20bis voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures, COM(2012) 744, 12 december 2012.

<sup>28</sup> Vgl. in de context van *forum shopping*: K. MARESCHEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen binnen de EU en regelgevende competitie op het vlak van het vennootschapsrecht*, proefschrift UGent, 2013, 339-342; F.M. MUCCIARELLI, “Not Just Efficiency: Insolvency Law in the EU and Its Political Dimension”, *EBOR* 2013, (175) 186, vn. 53 (“The opening of secondary proceedings can be used to contrast the implementation of main proceedings.”).

<sup>29</sup> HvJ 22 november 2012, C-116/11, *Bank Handlowy, Adamiak / Christianapol*, § 58.

<sup>30</sup> Concl. Adv.-Gen. KOKOTT, HvJ 22 november 2012, C-116/11, *Bank Handlowy, Adamiak / Christianapol*, nr. 55.

<sup>31</sup> P. SCHULZ, “Eröffnung eines Sekundärsolvenzverfahren während eines anhängigen Hauptinsolvenzverfahrens mit Schutzcharakter”, *EuZW* 2013, (141) 145.

<sup>32</sup> Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures, COM(2012) 744, 12 december 2012, 8-9: “Het voorstel schaft het thans geldende vereiste af dat secundaire procedures liquidatieprocedures moeten zijn. Wanneer secundaire procedures worden geopend, kan de betrokken rechter kiezen uit het volledige scala aan procedures dat krachtens de nationale wetgeving beschikbaar is, met inbegrip van herstructurering. Deze wijziging zorgt ervoor dat de opening van een secundaire procedure niet automatisch het herstel of de herstructurering van een schuldenaar in zijn geheel dwarsboomt.”

<sup>33</sup> Overw. 20 insolventieverordening: “De hoofdinsolventieprocedure en secundaire procedures kunnen alleen tot een efficiënte afwikkeling van de boedel bijdragen wanneer de gelijktijdige aanhangige procedures gecoördineerd worden. Een essentiële voorwaarde tot die coördinatie is een nauwe samenwerking van de diverse curatoren, in het bijzonder een nodige uitwisseling van informatie. Het overwicht van de hoofdprocedure moet verzekerd zijn doordat de curator van de hoofdprocedure in gelijktijdig aanhangige secundaire procedures kan ingrijpen, bijvoorbeeld door een herstelplan of akkoord voor te stellen of om schorsing van de afwikkeling van de boedel in de secundaire procedure te verzoeken.”

<sup>34</sup> Concl. Adv.-Gen. KOKOTT, HvJ 22 november 2012, C-116/11, *Bank Handlowy, Adamiak / Christianapol*, nr. 63.

VEU<sup>35</sup>) verplicht de rechter in de secundaire procedure daarbij, bij alle door hem te treffen maatregelen de doelstellingen van de hoofdprocedure in het oog te houden en rekening te houden met het stelsel van de verordening, dat uitgaat van het beginsel van wederzijds vertrouwen, de verplichting tot coördinatie van hoofd- en secundaire procedures, het doel om efficiënte en doeltreffende grensoverschrijdende procedures te verwezenlijken alsmede van de voorrang van de hoofdprocedure<sup>36</sup>.

Het Hof sluit zich hierbij aan, en oordeelt dat “[k]rachtens het in artikel 4, 3. VEU neergelegde beginsel van loyale samenwerking (...) de tot opening van een secundaire procedure bevoegde rechter bij de toepassing van deze bepalingen rekening [moet] houden met de doelstellingen van de hoofdprocedure en de opzet van de verordening<sup>37</sup>”.

Een concrete(re) vertaling van het beginsel van loyale samenwerking is terug te vinden in het voorstel tot wijziging van de insolventieverordening, dat o.m. voorziet in een procedure inzake de beslissing tot opening van een secundaire procedure (art. 29bis<sup>38</sup>) en in regels inzake samenwerking en communicatie tussen curatoren (art. 31), samenwerking en communicatie tussen rechters (art. 31bis) en samenwerking en communicatie tussen curatoren en rechters (art. 31ter).

Wat de rechtsgevolgen van de hoofdprocedure betreft, ging de conclusie van advocaat-generaal KOKOTT aanmerkelijk verder dan het arrest van het Hof. Gesteld werd dat “de rechtsgevolgen van het door de handelsrechtbank te Meaux gegeven besluit ook in materieel opzicht in aanmerking [moeten] worden genomen”, hetgeen zou betekenen dat “[m]et de in dat herstelplan vastgestelde maatregelen (...) dus rekening [moet] worden gehouden, met name in procedureel en materieelrechtelijk opzicht<sup>39</sup>”.

Met deze analyse kan niet zonder voorbehoud worden ingestemd. Ofschoon de *lex concursus* van de hoofdprocedure inderdaad bepalend is voor “de rechten van de schuldeisers nadat de insolventieprocedure beëindigd is<sup>40</sup>”, wordt een secundaire insolventieprocedure beheerst door het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de secundaire procedure is geopend<sup>41</sup>. Hierdoor is het onzeker of een hoofdinsol-

ventieprocedure inhoudelijk doorwerkt in een secundaire insolventieprocedure, wat de goederen onderworpen aan de secundaire insolventieprocedure betreft.

**7. Beoordeling insolventie bij hoofdreorganisatieprocedure** – Artikel 27 insolventieverordening bepaalt dat een secundaire insolventieprocedure kan worden geopend “zonder dat de insolventie van de schuldenaar behandeld hoeft te worden”, hetgeen een tweede behandeling van de insolventie door de rechter in de secundaire procedure overbodig maakt<sup>42</sup>.

Terwijl deze regel steek zonder meer houdt in het insolventierecht van weleer, is dit niet langer het geval in het insolventierecht van vandaag (en morgen). “Moderne” insolventieprocedures, zoals de *sauvegarde-procedure* en de gerechtelijke reorganisatie, ambiëren de preventie van insolventie, eerder dan de afwikkeling ervan.

De afwezigheid van een mogelijkheid voor de rechter in de secundaire procedure om de insolventie van de schuldenaar te behandelen, zou volgens advocaat-generaal KOKOTT onverenigbaar zijn met de doelstellingen van de hoofdprocedure, hetgeen opgevangen kan worden door een gedifferentieerde regeling, waarbij de behandeling van de insolventie door de rechter in de secundaire procedure altijd vereist is wanneer de hoofdprocedure een reorganisatieprocedure betreft, doch verboden is wanneer de hoofdprocedure een liquidatieprocedure is<sup>43</sup>.

Deze differentiatie wordt niet overgenomen door het Hof. Zoals inzake de werkingssfeer van de insolventieverordening (*supra*, nr. 3), is de beoordeling van de staat van insolventie van de schuldenaar door de tot de opening van de hoofdprocedure bevoegde rechter bindend voor rechters aan wie eventueel een verzoek tot opening van een secundaire procedure wordt voorgelegd<sup>44</sup>.

Het Hof merkt wel nog op dat insolventie “globaal wordt beoordeeld aan de hand van de algehele vermogenssituatie van de schuldenaar in alle lidstaten, en niet op zichzelf beschouwd waarbij alleen rekening wordt gehouden met vermogensbestanddelen die zich op een bepaald grondgebied bevinden<sup>45</sup> en dat “wanneer de rechter aan wie een ver-

<sup>35</sup>. Art. 4, 3. VEU: “Krachtens het beginsel van loyale samenwerking respecteren de Unie en de lidstaten elkaar en steunen zij elkaar bij de vervulling van de taken die uit de verdragen voortvloeien. De lidstaten treffen alle algemene en bijzondere maatregelen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. De lidstaten vergemakkelijken de vervulling van de taak van de Unie en onthouden zich van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen.”

<sup>36</sup>. Concl. Adv.-Gen. KOKOTT, HvJ 22 november 2012, C-116/11, *Bank Handlowy, Adamiak / Christianapol*, nr. 66.

<sup>37</sup>. HvJ 22 november 2012, C-116/11, *Bank Handlowy, Adamiak / Christianapol*, § 62.

<sup>38</sup>. Zo zou de rechter bij wie een verzoek tot opening van een secundaire procedure is ingediend, kunnen weigeren om een secundaire procedure te openen “wanneer de opening van een dergelijke procedure niet nodig is om de belangen van de plaatselijke schuldeisers te beschermen”.

<sup>39</sup>. Concl. Adv.-Gen. KOKOTT, HvJ 22 november 2012, C-116/11, *Bank Handlowy, Adamiak / Christianapol*, nr. 69.

<sup>40</sup>. Art. 4, 2., k) insolventieverordening.

<sup>41</sup>. Art. 28 insolventieverordening.

<sup>42</sup>. Concl. Adv.-Gen. KOKOTT, HvJ 22 november 2012, C-116/11, *Bank Handlowy, Adamiak / Christianapol*, nr. 76.

<sup>43</sup>. Concl. Adv.-Gen. KOKOTT, HvJ 22 november 2012, C-116/11, *Bank Handlowy, Adamiak / Christianapol*, nrs. 80-81.

<sup>44</sup>. HvJ 22 november 2012, C-116/11, *Bank Handlowy, Adamiak / Christianapol*, § 70.

<sup>45</sup>. HvJ 22 november 2012, C-116/11, *Bank Handlowy, Adamiak / Christianapol*, § 71.

zoek om opening van een secundaire procedure is voorged, de consequenties trekt uit de in het kader van het hoofdgeding vastgestelde insolventie, hij rekening moet houden met de doelstellingen van deze hoofdprocedure, de opzet van de verordening en de eraan ten grondslag liggende beginselen<sup>46</sup>.

**8. Slot** – Het arrest *Bank Handlowy* legt de prangende

noodzaak bloot om het Europees insolventierecht te doen aansluiten op de (gewijzigde) nationale “insolventieculuur”, die niet langer exclusief gericht is op de verwijdering van insolvente schuldenaars uit het handelsverkeer.

Dit noopt tot een *update* van de insolventieverordening<sup>47</sup>. Het voorbereidende werk daartoe is reeds vergesvorderd, hetgeen optimistisch stemt.

<sup>46</sup> HvJ 22 november 2012, C-116/11, *Bank Handlowy, Adamiak / Christianapol*, § 73.

<sup>47</sup> J. URLAUB en S. REUBINK, “Notwendigkeit der Harmonisierung von Haupt-und Sekundärinsolvenzverfahren”, *European Law Reporter* 2013, (74) 78: “Es besteht daher dringender Änderungsbedarf an der EuInsVo.”