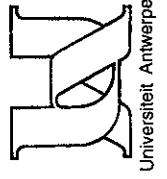


Faillissement en Gerechtelijk Akkoord:  
het nieuwe recht

H. Braeckmans  
E. Dirix  
E. Wymeersch  
(*editors*)

KLUWER  
RECHTSWETENSCHAPPEN  
BELGIË



## Hoofdstuk 5. Enkele bedenkingen

24 De nieuw ingevoerde procedure van ontname van beheer heeft een beperkt toepassingsgebied en welomschreven finaliteit. Het gaat niet om een maatregel tot redding van de onderneming in moeilijkheden. Het gaat wezenlijk om bewarende maatregel ten gunste van de schuldeisers, die enkel kan genomen worden in de hoger geschetste uitzonderlijke omstandigheden. Van interferentie met (slechts ogenschijnlijk) aanverwante instellingen zoals de gerechtelijk aangesteld voorlopige bewindvoerders of de commissaris inzake opschorting in de wet betreffende het gerechtelijk akkoord, zou dus geen sprake mogen zijn.

Op theoretisch vlak blijven vragen bestaan of voor een dergelijk beperkt doel niet naar andere (bestaande of lichtere) procedures kon worden uitgekeken. Delicaat blijft de kwestie of en in hoeverre een ambtshalve ontname van beheer verzoekenbaar is met de hogere rechtsbeginselen van recht van verdediging.

Op praktisch vlak rijst de vraag naar de werkbaarheid van het systeem, onder meer de vraag of kandidaten zullen worden gevonden voor de functie van voorlopige bewindvoerder. Rekening houdend met het volkomen nieuw karakter van de figuur en de onduidelijkheden die daaraan (nog) kleven, rijst de vraag of adequate aansprakelijkheidsverzekering ('le nerf de la guerre') beschikbaar zal zijn.

## VI. Aspecten van internationaal privaatrecht

Hans DE WULF  
*Assistent Instituut voor Financieel Recht, Universiteit Gent*

Patrick WAUTELET  
*Assistent Instituut voor Internationaal Handelsrecht, K.U.Leuven*

# Inhoud

Hoofdstuk 1. Inleiding	p.	135
Hoofdstuk 2. Het Europees insolventieverdrag: een inleiding		139
§ 1. Het verdrag in hoofdlijnen		139
§ 2. Op welke procedures is het insolventieverdrag van toepassing?		139
A. Insolventieprocedures		139
B. Uitgesloten ondernemingen		140
C. Europese insolventieprocedures		141
§ 3. Verhouding tot andere verdragen		141
Hoofdstuk 3. Bevoegdheid en erkenning		146
Afdeling 1. Bevoegdheid		146
§ 1. De gemeenschappelijke internationale bevoegdheidsregeling		146
§ 2. De verdragsrechtelijke bevoegdheidsregeling		151
Afdeling 2. De erkenning van buitenlandse faillissementen		152
§ 1. Erkenning van de opening van de insolventieprocedure		153
§ 2. Grensoverschrijdende aanwending van dwangmaatregelen		158
Hoofdstuk 4. Parallelle faillissementen		161
§ 1. Inleiding: een niet-geregelde aan gelegenheid		161
§ 2. Het Europees Insolventieverdrag: de institutionalisering van meervoudige faillissementen		162
A. Wanneer zijn secundaire procedures mogelijk?		163
B. De verhouding tussen hoofdprocedure en lokale procedure(s)		166
Hoofdstuk 5. Het toepasselijke recht		169
Afdeling 1. Het op aangifte, tegenwerpelij kheid en individuele tenuitvoerlegging na faillissement toepasselijke recht		169
§ 1. Aangifte van schuldvordering		169
§ 2. De gevolgen van het faillissement op vroeger tot stand gekomen rechtshandelingen		172
§ 3. Individuele tenuitvoerlegging en restitutieplicht na insolventie		174
§ 4. Verschoonbaarheid		176

Afdeling 2. Voorrechten en zekerheden		177
§ 1. Het algemene denkschema		177
§ 2. Enkele zekerheden van naderbij bekeken		181
A. Zakelijke zekerheden		182
B. De bijzondere voorrechten		188
C. De algemene voorrechten		189
D. Verrekening		192
E. Retentie		194
Hoofdstuk 6. Besluit		196

## Hoofdstuk 1. Inleiding

1 Faillissementen zijn niet aan nationale grenzen gebonden. Nochtans rept de Faillissementswet van 18 april 1851 met geen woord over de internationale aspecten van insolventies. Als enige eilanden in een zee van onzekerheid heeft België drie bilaterale verdragen gesloten, met Frankrijk<sup>1</sup>, Nederland<sup>2</sup> en Oostenrijk.<sup>3</sup> Met de nieuwe faillissementswet zal weinig veranderen aan deze situatie. De nieuwe wet bevat welgeteld één bepaling die specifiek de internationale problemen beoogt te regelen, nl. artikel 3, dat verwijst naar het nog niet van kracht zijnde Europees Insolventieverdrag, en pas in werking zal treden wanneer ook dit Insolventieverdrag in werking treedt. Het Belgische internationaal faillissementsrecht is vooralsnog grotendeels rechtshandhavingersrecht.<sup>4</sup>

2 Geconfronteerd met een faillissement met grensoverschrijdende aspecten, pretenderen de Belgische rechtshandhavingers, daarin gesteund door een quasi-unanieme rechtsleer, dat wanneer zij een handelaar failliet verklaren, dit faillissement zich uitstrekt tot het ganse vermogen van deze handelaar, ongeacht waar ter wereld het zich bevindt. Deze opvatting sluit aan bij de eenheid van het vermogen zoals vastgelegd in artikel 7 van de Hypotheekwet. De Belgische rechtbanken achten zich ook bevoegd voor alle geschillen die rechtstreeks uit

1. Overeenkomst tussen België en Frankrijk betreffende de rechterlijke bevoegdheid, het gezag en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen, van scheidsrechterlijke uitspraken en van authentieke akten, gesloten te Parijs op 8 juli 1899, Wet 31 maart 1900 (*B.S.*, 30-31 juli 1900).

2. Verdrag tussen Nederland en België betreffende de rechterlijke bevoegdheid, het gezag en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen, van scheidsrechterlijke uitspraken en van authentieke akten, gesloten te Brussel op 28 maart 1925, Wet 16 augustus 1926 (*B.S.*, 27 juli 1929); over dit verdrag zie: WATTÉ, N., 'La faillite internationale: quelques observations sur l'application du *Traité néerlandais-belge* du 28 mars 1925 et l'interprétation de la 'lex concursus' étrangère', noté onder Cass., 12 januari 1990, *R.C.J.B.*, 1993, 454-485.

3. Verdrag inzake faillissement, akkoord en uitstel van betaling tussen België en Oostenrijk, getekend te Brussel op 16 juli 1969 (met aanvullend Protocol van 13 juni 1973), Wet 15 april 1975 (*B.S.*, 24 juli 1975).

4. COLLE en T'KINT hebben 60 beslissingen onderzocht voor de periode tussen 1852 en 1989, waaronder 19 van het Hof van Cassatie. Volgens deze auteurs, 'la jurisprudence n'abonde pas': COLLE, Ph. en T'KINT, F., 'Report for Belgium', *Cross-border insolvency: national and comparative studies*, FLETCHEER, I. (ed.), Tübingen, Mohr, 1992, 49. Voor de periode tussen 1990 en 1995 vermelden GEINGER e.a. 6 beslissingen, waaronder één van het Hof van Cassatie: GEINGER, H., VAN BUGGENHOUT, Ch. en VAN HEUVERSWIN, Ch., 'Overzicht van rechtspraak. Het faillissement en het gerechtelijk akkoord (1990-1995)', *T.P.R.*, 1996, 1118-1121.

het door hen uitgesproken faillissement voortvloeiën. In het verlengde daarvan houdt men voor dat de Belgische curator op eenvoudig bewijs van zijn hoedanigheid maar zonder verdere procedure zou moeten kunnen optreden in het buitenland, voor zover hij aldaar geen dwangmaatregelen nastreeft, zoals de verkoop van activa.

Zeer rudimentair geschets<sup>5</sup> is dit de essentie van de leer van de eenheid en universaliteit van het faillissement met internationale aspecten. Deze universalistische kijk wordt weliswaar ook in sommige andere landen gehuldigd, maar wellicht nergens zo consequent als in België. In de praktijk kunnen de Belgische universele aanspraken slechts doorgezet worden voor zover zij in het buitenland erkend worden, hetzij door een verdrag, hetzij op basis van het buitenlandse IPR.

Naar Belgische opvattingen is er dus één universele boedel, verreffend door één curator onder controle van één rechtbank. De curator en, in geval van betwisting, de rechtbank, zouden daarbij één rechtstelsel dienen toe te passen op de afwikkeling van het faillissement, namelijk de lex van de rechtbank zelf, de lex fori (concurfus). Deze bepaalt de faillissementsvoorwaarden, de 'administratieve' organisatie van het faillissement (regels betreffende de curator en de rechtercommissaris...) en de regels die in acht te nemen zijn bij de specifieke vorm van vereffening-verdeling die het faillissement is ('kris-tallisatie' van de vorderingsrechten, aangifte, verificatie, betwistingen, rang-orde...). Wanneer in de loop van de faillissementsprocedure betwistingen rijzen omtrent (beweerde) zakelijke rechten of vorderingsrechten van schuldeisers, zullen deze vanzelfsprekend niet uitsluitend aan de hand van de lex fori concursus opgelost worden. Het bestaan en de precieze inhoud van deze rechten blijven ook in een faillissementsprocedure in beginsel beheerst door de leges aangeduid volgens de klassieke verwijzingsregels van het IPR. Deze leges zullen echter gedeeltelijk opzij geschoven worden wanneer hun toepassing onverenigbaar blijkt met bepaalde regels betreffende de afwikkeling van het faillissement, die door de lex fori geleverd worden, net zoals in het zilver interne Belgische recht het normaal toepasselijke zaken-en verbintenissenrecht gemodificeerd wordt door de regels betreffende de faillissements-samenloop.

3 Zoals reeds gezegd, heeft de Belgische wetgever geen specifieke regeling voor de internationale aspecten van het faillissement uitgewerkt. Op internationaal vlak zijn de laatste jaren daarentegen verschillende initiatieven ontwikkeld om door middel van een verdragsregeling enige orde te scheppen in de

5. Deze beginselen worden vanzelfsprekend gepreciseerd in het vervolg van deze bijdrage.

strijd tussen de verschillende nationale regelingen terzake.<sup>6</sup> Vervult het belangrijkste initiatief is het Europees Verdrag Insolventieprocedure<sup>7</sup>, dat ons internationaal faillissementsrecht in de toekomst wellicht grotendeels zal vervangen. Het verdrag werd voor ondertekening open verklaard op 23 no-

6. Het gaat om de Uncitral Model Legislative Provisions on Cross-Border Insolvency, Doc. A/CN.9/435, 19 februari 1997, toestandgekomen in de schoot van de *Verenigde Naties*; zie BOS, T.M., 'Modelbepalingen van UNCITRAL in het perspectief van een eeuw tractaten en verdragen inzake internationale faillissementen', *T.v.I.*, 1996, 134-139; de Convention Européenne sur certains aspects internationaux de la faillite, Istanboel, 5 juni 1990, *European Treaty Series*, 1990, 136, toestandgekomen binnen de *Raad van Europa*. Het verdrag is ondertekend door België, Cyprus, Frankrijk, Griekenland, Italië, Luxemburg en Turkije. Alleen Cyprus heeft ook geratificeerd; de *International Bar Association* (Committee I) leverde een bijdrage met het Draft of Model International Insolvency Cooperation Act, gepubliceerd in QUEENAN, J., HENDEL, P. en HILLINGER, I. (eds.) *Chapter 11 & Practice. A guide to reorganisation*, Horsham, 1994; tenslotte is er het belangrijkste initiatief van de *Europese Unie* (zie *infra*). Zie ook de Model Procedure for Coordination of Cross-border Insolvencies involving NAFTA-countries, waarover WEITSBROOK, J., 'Developments in transnational bankruptcy', *Saint-Louis Univ. L.J.*, 1995, 753.

7. Verdrag betreffende insolventieprocedures, ondertekend op 23 november 1995, nog niet gepubliceerd in de *Publicatieblad*, hierna verkort aangehaald als 'V.I.P.'. Over het verdrag werd een toelichtend rapport opgesteld door de heren M. VINGOS en E. SCHMITT: Rapport bij het Verdrag betreffende insolventieprocedures, Document 6500/95, nog niet gepubliceerd, hierna verkort aangehaald als 'Toelichtend Rapport'.

Over het verdrag verscheen al een overvloedige literatuur: BALZ, M., 'Das Übereinkommen der Europäischen Union über Insolvenzverfahren', *Z.Eu.P.*, 1996, 325-331; *id.*, 'Cross-border insolvency and the EU Draft Convention', *Intl. Fin. L. Rev.*, 1994, 17-19; BERENDS, A.J., 'Het verdrag betreffende insolventieprocedures', *N.T.B.R.*, 1996, 165-170; BEUKENHORST, D.H., 'Verscheidenheid in Eenheid. Het Europees Faillissementsverdrag', *S.E.W.*, 1997, 90-97; BOGDAN, M., 'Les intérêts des consommateurs face à la nouvelle convention CE relative aux procédures d'insolvabilité', *R.E.D.C.*, 1997, 116-121; BOKCH, O., 'EU Convention on Insolvency Proceedings: a Major Step Forward', *Intl. Business Law*, 1996, 224-226; BOS, T.M., 'Een insolventieverdrag voor de Lid-Staten van de Europese Unie?', *T.V.V.S.*, 1996, 246-250; DALHUISEN, J.H., 170-176; DORDI, C., 'La convenzione dell'unione europea sulle procedure di insolvenza', *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1997, 332-366; IDOT, L., 'La faillite dans la Communauté européenne: enfin une convention internationale?', *D.P.C.I.*, 1995, 34-56; JOBARD-BACHELIER, M.N., 'Quelques observations sur le domaine d'application de la loi de la faillite', *D.P.C.I.*, 1995, 4-33; JOHNSON, K., 'The European Union Convention on Insolvency Proceedings: a Critique of the Convention's Corporate Rescue Paradigm', *Intl. Insolvency R.*, 1996, 80; MCKENZIE, D., 'The EC Convention on Insolvency Proceedings', *Eur. Rev. Private L.*, 1996, 181-200; PEREZUTTO, S., 'Le créancier et la 'faillite européenne': commentaire de la Convention des Communautés européennes relative aux procédures d'insolvabilité', *J.D.I.*, 1997, 757-782; STRUB, A., 'Das Europäische Konkursübereinkommen', *Eu.Z.W.*, 1996, 71-74; TURNING, D., 'The European Convention on Insolvency Proceedings', *Butterworths J. Intl. Banking & Fin. L.*, 1996, 56-59; VALLENS, J.-L., 'Le droit européen de la faillite: premiers commentaires de la convention relative aux procédures d'insolvabilité', *Dalloz*, 1995, Chron., 307-310; VAN ZUTPHEN, R.F.B., 'Lidstaten van de Europese Unie parafieren Faillissementsverdrag', *N.T.E.R.*, 1995, 280-284.

vember 1995.<sup>8</sup> Het zal nog enige jaren duren voordat het Verdrag in werking treedt.<sup>9</sup>

In onderhavige bijdrage zullen we het huidige Belgische internationaal faillissementsrecht en het Europees insolventieverdrag parallel behandelen, zij het dat de noodzaak de omvang van de bijdrage te beperken tot gevolg heeft dat de nadruk zal liggen op het huidige gemeen recht. Dit niet alleen omdat het Verdrag nog niet in werking is, en ongetwijfeld het voorwerp zal uitmaken van toekomstige studiedagen en boeken, maar ook omdat het geen allesomvattende regeling bevat en het gemene recht voor een stuk naast het verdrag zal blijven bestaan.

De bijdrage bestaat uit drie delen. In een eerste deel zal het zopas vermeld de Europees Insolventieverdrag kort worden gesitueerd. In het tweede deel zal aandacht worden besteed aan de traditionele vragen van bevoegdheid en erkenning. In het derde deel tenslotte zal de vraag naar het toepasselijk recht, en in het bijzonder het lot van de zekerheidsmechanismen centraal staan.

8. Alleen het Verenigd Koninkrijk heeft het verdrag niet tijdig ondertekend. Vermits de termijn voor ondertekening verstreken is, wordt verwacht dat een wijzigend protocol aan de Lid-Staten ter ondertekening voorgelegd wordt van zodra het Verenigd Koninkrijk laat weten bereid te zijn het Verdrag te ondertekenen. Hopelijk zal deze Lid-Staat de onderhandelingen niet willen heropenen. Eens dit obstakel uit de baan is moet het verdrag door alle Lid-Staten geratificeerd worden.

9. Berends stelt dat de rechtspraak op de inwerkingtreding van het verdrag kan anticiperen, en de regels ervan vervroegd toepassen: BERENDS, A.J., *l.c.*, 166. Een dergelijke anticipatieve toepassing lijkt evenwel moeilijk omdat het verdrag, door zijn universele uitgangspunten, sterk afwijkt van de huidige regelingen in de meeste Lid-Staten. Nationale rechters zouden hun eigen bevoegdheden beknotten door het verdrag vervroegd toe te passen. Een vervroegde toepassing via incorporatie in de nationale wetgeving stuit op een ander bezwaar, nl. het risico dat nationale rechters het verdrag elk volgens hun eigen inzichten zouden interpreteren.

## Hoofdstuk 2. Het Europees insolventieverdrag: een inleiding

### § 1. Het verdrag in hoofdlijnen

4 Het insolventieverdrag bevat regels m.b.t. de bevoegdheid, de erkenning en tenuitvoerlegging en, bijkomend, enkele eenvoudige verwijzingsregels. Het beginsel van de universaliteit blijft het uitgangspunt. Elke insolventie wordt in één enkele procedure afgewikkeld, die over heel Europa uitwerking krijgt. Op dit uitgangspunt wordt uitzondering gemaakt wanneer de schuldenaar over vestiging(en) beschikt in andere landen dan het land waar de procedure begonnen is. Die vestigingen kunnen het voorwerp van aparte faillissementsprocedures maken. Dergelijke 'secondaire' procedures werken territoriaal. Ze hebben slechts gevolgen t.a.v. de goederen van de schuldenaar die zich op het grondgebied van de staat van de vestiging bevinden.

### § 2. Op welke procedures is het insolventieverdrag van toepassing?

Het verdrag is van toepassing op de *intra-communitaire* aspecten van *insolventieprocedures*. Bepaalde *ondernemingen* worden uit het toepassingsgebied van het verdrag uitgesloten.

#### A. Insolventieprocedures

5 Artikel 1, lid 1, V.I.P. somt vier kenmerken waaraan een procedure moet beantwoorden om als insolventieprocedure te kunnen worden aangemerkt. Om elke onzekerheid te vermijden is voor de toepassing van het insolventieverdrag ook vereist dat de procedure in Bijlage A vermeld is (art. 2, onder (a), V.I.P.). Door België zijn het faillissement en het gerechtelijk akkoord in bijlage A opgenomen.<sup>10</sup>

10. De aanstelling van een voorlopige bestuurder krachtens art. 8 Faill. W. valt bijgevolg niet onder het verdrag. Daardoor mist deze nieuwe procedure elke internationale doelmatigheid.

In de eerste plaats moet het gaan om een collectieve procedure, die op de insolventie van de schuldenaar berust. Het insolventiebegrip wordt in het verdrag niet omschreven.<sup>11</sup> Het V.I.P. bevat geen vereiste m.b.t. de hoedigheid van de schuldenaar, die bijgevolg ook een niet-handelaar kan zijn indien het nationale recht van de geïdeerde rechtbank dit voorziet. Elke Lid-Staat bepaalt zelfstandig wanneer een insolventieprocedure geopend mag worden. Het verdrag beperkt zich ertoe, conform artikel 220 EG-verdrag, het vrij verkeer van de nationale procedures te vrijwaren.

Onder het verdrag is verder vereist dat de procedure ertoe leidt dat de schuldenaar het beheer en de beschikking over zijn vermogen verliest én aan een curator wordt overgedragen. In Bijlage C worden de personen genoemd die als curator worden aangemerkt. Voor België zijn dat de curator en de rechter-commissaris.

Er wordt niet vereist dat de procedure noodzakelijk tot de vereffening van de boedel leidt. Saneringsprocedures komen bijgevolg in aanmerking. Dit zal bijkomende problemen in het leven roepen. De coördinatie tussen sanerings- en vereffeningprocedures kan op internationaal vlak tot ingewikkelde situaties leiden. Anderzijds zouden saneringsprocedures onmogelijk worden indien ze tot het grondgebied van één land beperkt blijven.<sup>12</sup> Om problemen op te vangen, werden bijzondere voorschriften voorzien inzake de coördinatie van procedures van verschillende aard (zie *infra*, nrs. 42-43).

## B. Uitgesloten ondernemingen

6 Artikel 1, lid 2, sluit verzekeringsondernemingen, kredietinstellingen en beleggingsinstellingen uit het toepassingsgebied van het insolventieverdrag.<sup>13</sup> De draagwijdte van de uitsluiting wordt bepaald door de bestaan- de communautaire richtlijnen.<sup>14</sup> Voor deze ondernemingen liggen speciale voorstellen ter tafel.<sup>15</sup> Zij worden gekenmerkt door een doortrekking van

11. Het Rapport vermeldt slechts dat van het bestaan van een 'financiële crisis' moet worden uitgegaan: *Toelichtend Rapport*, 33, § 49.

12. BERENDS, A.J., *loc. cit.*, 166.

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

14. De verzekeringsrichtlijnen, de richtlijn kredietinstelling, enz. Zie de opsomming in het *Toelichtend Rapport*, 40, § 57.

15. Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende de sanering en de liquidatie van kredietinstellingen en van de depositogarantiestelsels, *Pb*, 1985, C 356, 55, gewijzigd in *Pb*, 1988, C 36, 1; voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de verplichte liquidatie van ondernemingen in het directe verzekeringsbedrijf, *Pb*, 1987, C 71, 5, gewijzigd in *Pb*, 1989, C 253, 3.

het 'home country control'-principe op insolventievlak. De universaliteitsidee blijft daardoor intact.

## C. Europese insolventieprocedures

7 Het V.I.P. regelt alleen de intra-communautaire aspecten van insolventieprocedures.

Een eerste beperking vloeit voort uit artikel 3, lid 1: het V.I.P. is slechts toepasselijk wanneer het 'centrum van de voornaamste belangen' van de schuldenaar in een Lid-Staat gelegen is.<sup>16</sup> Wanneer dit niet het geval is, komt de verdragsregeling niet in beeld, zelfs indien de schuldenaar over een vestiging in Europa beschikt. Het nationaal recht zal beslissen of de aanwezigheid van die vestiging volstaat om een procedure te starten. De gevolgen van de opening van een dergelijke procedure in de andere Lid-Staten zullen dan ook niet onder het V.I.P. vallen.

Wanneer het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar in een Lid-Staat gelegen is, regelt het insolventieverdrag slechts de communautaire elementen van de procedure. Indien een Duitse onderneming bijv. vestigingen heeft in Slovenië of Polen, vallen ze buiten het verdragsgebied. Duits recht beslist bijgevolg of deze vestigingen in de boedel vallen, en komt mogelijk in botsing met het Pools resp. Sloveense faillissementsrecht. Wanneer de Duitse onderneming tevens een vestiging in Oostenrijk heeft, geeft het V.I.P. geen regeling voor de oplossing van eventuele geschillen tussen de Duitse hoofdcurator en de in Oostenrijk aangestelde curator m.b.t. in Sloveense gelegen goederen.

De verdragsregels gelden bijgevolg alleen voor de betrekkingen tussen de Lid-Staten onderling, wanneer het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar op Europees grondgebied ligt.<sup>17</sup>

## § 3. Verhouding tot andere verdragen

8 Het Insolventieverdrag vervangt andere door de Lid-Staten gesloten verdragen slechts in de mate dat deze verdragen dezelfde aangelegenheden

16. Voor een ontleding van dit begrip zie *infra*, nr. 18.

17. Het V.I.P. bevat geen antwoord op de vraag voor welke grondgebieden van de bij een geval betrokken verdragsstaat of -staten het precies geldt. Dit is te betreuren, aangezien sommige niet-Europese gebiedsdelen van EG-staten belangrijke financiële centra zijn waar debiteuren hun vermogen heen zouden kunnen verplaatsen. Bv. Aruba en de Nederlandse Antillen. Vgl. art. 60 EEX-Verdrag. Krachtens art. 29 van het Weense verdrag inzake het verdragenrecht moet aangenomen worden dat het verdrag over het hele grondgebied van de Lid-Staten geldt.

regelen (art. 48(1) V.I.P.). Bilaterale verdragen gesloten tussen Lid-Staten verdwijnen bijgevolg niet volledig van het toneel. Indien een Amerikaanse onderneming die failliet wordt verklaard, vestigingen in Frankrijk en in Engeland heeft, kan een eventueel verdrag tussen die twee landen nog een (bescheiden) rol spelen. Deze verdragen zullen slechts van subsidiair belang zijn. Ook het verdrag van Istanboel vervalt tussen de Lid-Staten.<sup>18</sup> Daardoor krijgt het waarschijnlijk een genadeslag.

9 Het EEX-verdrag daarentegen verdwijnt niet. Dit verdrag en het V.I.P. vullen elkaar aan. Faillissementen, akkoorden en soortgelijke procedures zijn van het toepassingsgebied van het EEX-verdrag uitgesloten.<sup>19</sup> Voor deze procedures werd het V.I.P. immers speciaal in het leven geroepen. De afbakening van het respectievelijke toepassingsgebied van de twee verdragen zorgt evenwel voor problemen. De categorie 'faillissementen, akkoorden en soortgelijke procedures' laat zich niet makkelijk omschrijven. Daardoor kunnen er leemten ontstaan tussen de twee verdragen.

Aansluitend op het Rapport Jenard<sup>20</sup> heeft het Hof van Justitie in de zaak *Gourdain/Nadler* beslist dat enkel de rechtsvorderingen die hun rechtsgrondslag *uitsluitend* in het faillissementsrecht vinden, buiten het toepassingsgebied van het EEX-verdrag vallen.<sup>21</sup> De scheidingslijn is een zaak van casu-

18. Deze laatste precisering is overbodig aangezien het verdrag van Istanboel zelf bepaalt dat com-munautaire regels voorrang hebben tussen de Lid-Staten (art. 38, § 2).

19. Art. 1, lid 2, 2°, EEX-verdrag; de Engelse tekst van het EEX-verdrag preciseerd dat slechts 'proceedings relating to the winding-up of insolvent companies' uitgesloten zijn. Vennootschappen zijn naar Engels recht niet onderworpen aan de Bankruptcy Act. Voor hen geldt de vereffening georganiseerd door de Companies Act. Alleen wanneer de vennootschap insolvent is, zal een vereffening bijgevolg buiten het toepassingsgebied van het EEX-verdrag vallen. Zie SCHLOSSER, P., 'Rapport over het verdrag van 9 okt. 1978 inzake de toetreding van Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk tot het EEX-verdrag', *Pb.*, 5 maart 1979, C-59/91, §§ 55 e.v.

20. JENARD, P., 'Rapport over het verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken', *Pb.*, 5 maart 1979, C-59/12 (hierna verkort aangehaald als 'Rapport Jenard').

21. H.v.J., 22 februari 1979, *Gourdain t. Nadler*, zaak 133/78, *Jur.*, 1979, 733. In casu ging het om een rechtsvordering die naar Frans recht enkel door de curator tegen de feitelijke bestuurder van de gefailleerde rechtspersoon kon worden ingesteld (*action en comblement pour insuffisance d'actif*). Het Hof voegde daar aan toe dat de draagwijdte van de uitsluitingsgrond in ieder geval *autonom* moet worden bepaald, en niet met verwijzing naar een nationaal recht: H.v.J., 22 februari 1979, *Gourdain t. Nadler*, zaak 133/78, *Jur.*, 1979, 733, §3; zie ook H.v.J., 14 oktober 1976, *LTU t. Eurocontrol*, zaak 29/76, *Jur.*, 1976, 1541. Dit is belangrijk nu het beginsel vis *attractiva concursus* in elke Lid-Staat anders wordt uitgelegd.

istiek.<sup>22</sup> Vermits het Insolventieverdrag naadloos beoogt aan te sluiten op het EEX-verdrag, is het belangrijk om weten wanneer dit laatste verdrag van toepassing is.

10 Het EEX-verdrag is in de eerste plaats van toepassing op minnelijke akkoorden tussen partijen die de tussenkomst van de rechter niet vereisen.<sup>23</sup> Ook de vorderingen die uit de onvermogensheid van een niet-handelaar voortvloeien, vallen onder het EEX-verdrag.<sup>24</sup>

Vorderingen door de curator ingesteld vallen normaliter buiten het EEX. Dit is bv. het geval voor de *actio pauliana*, omdat de curator deze bijzondere bevoegdheid rechtstreeks aan het faillissementsrecht ontleent.<sup>25</sup> Ook vorderingen inzake de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders zijn zilvere insolventievorderingen.

Anderzijds is het EEX wel van toepassing op vorderingen van de curator die de gefailleerde zelf had kunnen instellen. Wanneer de curator betaling vordert van de koopprijs van goederen die de gefailleerde vóór de faillietverklaring aan een koper had geleverd, treedt hij op als vertegenwoordiger van de schuldenaar.<sup>26</sup> Dezelfde oplossing geldt wanneer de koop na het faillissement plaatsvond, in het kader van de voortzetting van de werkzaamheden door de curator.<sup>27</sup> De vordering van de curator op grond van een tijds het faillissement door een derde t.b.v. de gefailleerde aangegane borgtochtvereenkomst vloeit niet rechtstreeks uit het faillissement voort. De borgtocht had evenzeer buiten enig faillissement kunnen worden aangegaan.<sup>28</sup>

22. Zie DUJNTJER TEBBENS, H., 'Het toepassingsgebied van de verdragen van Brussel en Lugano naar onderwerp, tijd en ruimte', *Europese IPR-verdragen*, VAN HOUTTE, H. en PERTEGAS SEN-DEK, M. (eds.), Leuven, Acco, 1997, 28, nr. 1.11; *Toelichtend Rapport*, 121, § 194; BEUKEN-HORST, D., 'Overzicht van rechtspraak. Internationaal privaatrecht (1990-93). Internationaal faillissementsrecht', *W.P.N.R.*, 1994, nr. 6160; MARTIN-SERF, A., 'La faillite internationale: une réalité économique pressante, un enchevêtrement juridique croissant', *J.D.I.*, 1995, 54-55.

23. *Rapport Jenard*, C-59/12.

24. *Idem*, C-59/12.

25. Art. 17-18 Faill. W.; Kh. Doornik, 24 november 1977, *Repertorium EEX*, I-1.2-B5 (vordering van de curator ex art. 445 oude Faill. W.); Kb. Haarlem, 17 september 1996, *N.I.P.R.*, 1996, 438.

26. Kh. Brussel, 22 maart 1977, *Repertorium EEX*, I-1.2-B5, noot; Parijs, 14 juni 1979, *Rev. Soc.*, 1980, 555, noot DE BOTTINI, R.; Parijs, 16 maart 1979, *R.C.D.I.P.*, 1980, 121, noot MEZGER, E.; Kh. Parijs, 29 februari 1984, *Gaz. Palais*, 1984, Sommaires, 185 (vordering van de curator tegen een derde wegens voor de faillietverklaring gepleegde onrechtelijke concurrentie); Hof Amsterdam, 14 mei 1992, *N.I.P.R.*, 1992, 260. In dezelfde zin: REMERY, J.P., noot onder Cass. fr., 13 april 1992, *R.C.D.I.P.*, 1993, 69.

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

28. Hof 's-Hertogenbosch, 16 november 1995, *N.I.P.R.*, 1996, 119.



Meer omstreden is het lot van vorderingen tegen de curator. Vorderingen betreffende de rangorde van een claim vinden hun oorsprong uitsluitend in het faillissementsrecht.<sup>29</sup> Revindicatievorderingen van de onbetaalde verkoper tegen de boedel, bijv. op grond van een eigendomsvoorbehoudsclausule, vinden hun rechtsgrondslag in de overeenkomst van partijen. De insolventieprocedure is slechts de aanleiding om de vordering in te stellen.<sup>30</sup> De bevoegdheid en de erkenning zullen daarom door de EEX-regels worden bepaald. Dezelfde overwegingen pleiten voor de toepassing van het EEX op de betalingsvordering van de verkoper tegen de - inmiddels gefailleerde - koper.<sup>31</sup> In de rechtspraak worden deze vorderingen evenwel soms buiten het EEX gehouden.<sup>32</sup> De grondslag van dergelijke vorderingen ligt echter in vóór het faillissement aangegane commerciële transacties. De vordering tegen de curator op grond van tijdens het faillissement gemaakte boedelschulden, bijv. bij voortzetting van het bedrijf, vallen eveneens onder het EEX-verdrag.<sup>33</sup>

Wanneer het exequatur van een buitenlandse beslissing gevraagd wordt, vinden de vereenvoudigde regels van het EEX slechts toepassing indien de oorspronkelijke vordering geen insolventieprocedures was.<sup>34</sup>

11 Bij de interpretatie van de uitsluitingsgrond dient rekening te worden gehouden met het risico dat bepaalde vorderingen aan de bevoegdheid van de faillissementsrechter ontsnappen. Een te strikte interpretatie van de *vis attractiva concursus* leidt er inderdaad toe dat veel vorderingen onder de regels van het EEX-verdrag vallen, en mogelijk door verschillende rechtbanken behandeld worden, die elk eventueel verschillende rechten toepassen.

29. *Toelichtend Rapport*, 122, § 196.

30. MARTIN-SERF, A., *l.c.*, 54; *contra*: Douai, 21 juni 1990, *J.D.I.*, 1992, noot HUET, A.

31. Rb. Rotterdam, 21 november 1986, *N.I.P.R.*, 1987, nr. 255. In dezelfde zin: DYER, A. 'Bankruptcies and Money Judgments: the practice under the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters', in *Contemporary International Law issues. Conflicts and Convergence*, HEERE, W. (ed.) T.M.C. Asser Instituut, Den Haag, 1996, 131; GAUBMET-FALLOU, H., *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, Parijs, L.G.D.J., 1996, 27, § 35, met verwijzing naar Franse rechtspraak; REMERY, J.P., *l.c.*, 71. De vordering van de schuldeiser tegen de borg van de gefailleerde valt eveneens onder het EEX-verdrag: Parijs, 2 maart 1993, *J.D.I.*, 1994, 168, noot HUET, A.

32. Høyesteret, 18 januari 1996, *Norsk Residende*, 1996, 25, aangehaald door DUJNTJER TEBBENS, H., *l.c.*, 28, nr. 1.13.

33. Cass. fr., 12 april 1993, *R.C.D.I.P.*, 1993, 67, noot REMERY, J.P.; *J.D.I.*, 1994, 167, noot HUET, A.

34. Cass. fr., 12 april 1993, *R.C.D.I.P.*, 1993, 67, noot REMERY, J.P.; Parijs, 16 maart 1979, *R.C.D.I.P.*, 1980, 121, noot MEZGER, E.; vgl. Cass. fr., 10 maart 1981, *Bull. civ.*, 1981, I, nr. 84, 70; Cass. fr., 12 november 1986, *Bull. civ.*, 1986, I, nr. 257, 246.

Om de coherentie te waarborgen en elke versnippering van bevoegdheid te voorkomen, verkiest een deel van de rechtspraak om aan de uitsluiting van 'faillissementen, enz.' een ruime uitleg te geven.<sup>35</sup>

Tussen het EEX en het V.I.P. bestaan er volgens het Toelichtend Rapport geen leemten.<sup>36</sup> Het V.I.P. zou alle vorderingen opvangen die onder de uitsluiting van artikel 1, 2°, EEX vallen. Nochtans kan worden getwijfeld of bijv. vorderingen m.b.t. extra-communautaire insolventieprocedures, die van het V.I.P. uitgesloten zijn, steeds onder het EEX vallen.<sup>37</sup> Dit is zeker niet het geval voor zuivere faillissementsvorderingen. Wanneer een in Zwitserland gevestigde gefailleerde een bankrekening in Luxemburg bezit, valt een vordering van de Zwitserse curator tot het overmaken van de tegoeden onder het EEX noch onder het V.I.P. Hier ook komt het nationaal recht, inclusief de bilaterale verdragen, terug.

35. Arbh. Antwerpen, 19 februari 1980, *J.T.T.*, 1980, 231 (de vordering van een ex-werknemer ten titel van loon valt buiten het EEX), niet verbroken door Cass., 5 oktober 1982, *Pas.*, 1982, I, 183.

36. *Toelichtend Rapport*, 121, § 195.

37. BEUKENHORST, D., *l.c.*, 92.

# Hoofdstuk 3. Bevoegdheid en erkenning

## AFDELING 1. BEVOEGDHEID

12 De bepaling van de bevoegde rechter is in deze materie erg belangrijk. Niet alleen neemt de bevoegde rechter dankzij het *vis attractiva concursus*-beginsel kennis van aanverwante vorderingen, hij past tevens steeds zijn eigen recht als de *lex fori concursus* toe.<sup>38</sup>

Het Belgisch recht hanteert sedert 1978 een formele bevoegdheidsregeling. Dit is met de nieuwe Faillissementswet niet veranderd. Het Europees Insolventieverdrag heeft integendeel gekozen voor een soepel criterium, dat beter aansluit bij de economische realiteit, doch meer ruimte laat voor onzekerheid.

### § 1. De gemeenrechtelijke internationale bevoegdheidsregeling

13 De universaliteitsleer eist dat slechts één rechter bevoegd is om één, grensoverschrijdend faillissement uit te spreken. Daarom wordt in België steun gezocht bij artikel 631 Ger. W. om de bevoegdheid te bepalen. Deze bepaling, een naar oorsprong interne bevoegdheidsregel, verleent bevoegdheid aan de rechtbank van de woonplaats van de gefailleerde. De woonplaats is immers de bevoegdheidsgrond die universele faillissementen de meeste kansen geeft, aangezien schuldenaars maar één woonplaats hebben.

Eens vaststaat dat de Belgische rechter bevoegd is, strekt zijn bevoegdheid zich uit tot alle vorderingen die uit het faillissement voortspuiten. Ook de vorderingen betreffende in het buitenland gelegen activa of buitenlandse schuldeisers zullen, indien het faillissement door een Belgische rechter uitgesproken werd, aan deze rechter dienen voorgelegd te worden.

De centrale vraag is wanneer een schuldenaar geacht wordt zijn woonplaats in België te hebben.

38. Onder het Insolventieverdrag is het bevoegdheidsbegrip in een ander opzicht beslissend: de gehele toepasselijkheid van het verdrag is immers afhankelijk van het bestaan van het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar op het grondgebied van een Lid-Staat.

14 Van oudsher werd aangenomen dat met woonplaats de handelswoonplaats van de gefailleerde bedoeld was -nl. de plaats van waaruit effectief handel gedreven wordt en de leiding over de zaken uitgeoefend wordt. Deze opvatting vond steun in artikel 440, lid 2, oude Faill. W. De invoering van het Gerechtelijk Wetboek heeft daar twijfels over gezaaid.<sup>39</sup> Volgens het Hof van Cassatie<sup>40</sup> moet aansluiting gezocht worden bij artikel 36 Ger. W. Bepalend is bijgevolg de plaats waar de schuldenaar op het bevolkingsregister ingeschreven is. Er is geen aanwijzing dat de wetgever van 1997 deze rechtspraak naar de prullenmand wou verwijzen.<sup>41</sup> De bevoegdheidsproblematiek stond klaarblijkelijk niet hoog op de agenda van de wetgever.<sup>42</sup> Nogtans kleven er een aantal, niet-onbelangrijke bezwaren aan de verwijzing naar artikel 36 Ger. W.<sup>43</sup>

39. Het grootste deel van de rechtspraak bleef trouw aan de commerciële interpretatie: Antwerpen, 13 januari 1977, *B.R.H.*, 1977, 485, noot VAN HOUTTE, H.; Kh. Brussel, 23 april 1975, *J.T.*, 1975, 589; Kh. Oudenaarde, 29 mei 1973, *B.R.H.*, 174, 79; Arrondrb. Brussel, 1 december 1977, *J.T.*, 1978, 63; Brussel, 3 november 1975, *Pas.*, 1976, II, 123; Antwerpen, 10 november 1975, *R.W.*, 1977-78, 1692, noot GALAUDE, H.; Kh. Brussel, 14 februari 1977, *J.T.*, 1977, 270; zie in een andere zin Arrondrb. Oudenaarde, 20 juni 1973, *B.R.H.*, 1974, 79; Brussel, 9 juni 1977, *J.T.*, 1977, 658; FETTWIS, A., 'La compétence territoriale en matière de faillite', *J.T.*, 1977, 265 (voor de interne bevoegdheid).

40. Cass., 2 februari 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 661; *Pas.*, 1978, I, 643; *R.W.*, 1978-79, 2651, noten LAENENS, J. en LIEVENS, J.; Cass., 11 mei 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 1067; *Pas.*, 1978, I, 1037; *R.W.*, 1978-79, 1602; Cass., 3 december 1987, *R.W.*, 1987-88, 856. De lagere rechtspraak heeft gevolgd: Bergen, 13 februari 1990, *T.B.H.*, 1990, 848; Bergen, 31 mei 1994, *J.M.L.B.*, 1995, 1209.

41. Over het nieuw art. 631 Ger. W. werd tijdens de parlementaire behandeling geen opmerkingen gemaakt: *Verslag Vandeurzen*, Ontwerp van faillissementswet, *Gedr. St.*, Kamer, 1995-96, nr. 329/17, 160.

42. Het kan betreurd worden dat de wetgever van de invoering van de nieuwe wet geen gebruik heeft gemaakt om een einde te maken aan de sinds de invoering van het Gerechtelijk Wetboek aanslepende controverse over de definitie van het begrip woonplaats. Het nieuwe artikel 631 Ger. W. bevat wel een toe te juichen verbetering i.v.m. het ogenblik waarop het bestaan van de woonplaats beoordeeld wordt. Onder de oude regeling moest de woonplaats worden vastgesteld op het ogenblik van de staking van betaling. Daardoor moest de rechter, bij het onderzoek naar zijn bevoegdheid, de datum van staking van betaling anticipatief vaststellen. Dit leidde tot problemen wanneer de bevoegdheid betwist was, en de arrondissementsrechtbank het geschil moest beslechten (LAENENS, J. 'De territoriale bevoegdheid van de Rechtbank van Koophandel inzake faillietverklaring', noot onder Cass., 11 mei 1978, *R.W.*, 1978-1979, 1603-1604; COLLE, Ph., *l.c.*, 476, nr. 5.) Het nieuwe art. 631 Ger. W. schrijft voor dat de woonplaats op 'de dag van de aangifte van het faillissement of van het instellen van de rechtsvordering' vastgesteld moet worden. Daardoor verdwijnt het probleem van de anticipatieve redenering.

43. Zie o.a. LAENENS, J., 'De territoriale bevoegdheid van de rechtbank van koophandel inzake faillietverklaring', en LIEVENS, J., 'De vreemde kijk van het Hof van Cassatie op de faillissementsrechtspraak', noten onder Cass., 2 februari 1978, *R.W.*, 1977-78, 2653-2655; VAN HOUTTE, H., 'Internationaal faillissementsrecht', *B.R.H.*, 1978, 377; VAN HOEKE, M., 'Wettelijke

Van de wetswijziging werd wel gebruik gemaakt om een subsidiaire bevoegdheidsgrond in te voeren: indien de schuldenaar in België noch in het buitenland een gekende woonplaats heeft, wordt bevoegdheid toegekend aan de rechtbank van zijn 'hoofdvestiging'.<sup>44</sup> Dit begrip wordt niet nader uitgelegd.<sup>45</sup>

15 Voor rechtspersonen wordt de woonplaats omschreven als de maatschappelijke zetel.<sup>46</sup> In beginsel verwijst het begrip 'maatschappelijke zetel' naar de hoofdzetel, d.i. de plaats van waaruit de vennootschap effectief geleid en bestuurd wordt.<sup>47</sup> Vaak valt deze plaats samen met de zetel zoals die vermeld staat in de statuten van de vennootschap. De statutaire zetel is evenwel slechts een aanwijzing waarmee rekening wordt gehouden. De statuten die- ners steeds aan de economische werkelijkheid getoetst te worden. Wanneer blijkt dat de statutaire zetel fictief is, dient de rechtbank naar de werkelijke zetel te zoeken.<sup>48</sup> De werkelijke zetel wordt, zoals in het conflictrecht,<sup>49</sup> omschreven als de voornaamste administratieve en exploitatiezetel van de vennootschap. De rechtbank moet zich in concreto laten leiden door de plaats waar de Raad van Bestuur vergadert, het adres vermeld op de briefwisseling en de facturen, het domiciliërsadres van de bankrekeningen, enz. De statutaire zetel naar een ander land overbrengen om aan het faillissement te ont-

→ definities en wetsinterpretatie - de woonplaats van handelaars en de faillietverklaring', notie onder Antwerpen, 30 november 1982, *R.W.*, 1983-84, 36; 'T. KINT, F. en COLLE, Ph.', 53, § 8; CLAEYS, M., 'De bevoegdheidsregels voor de internationale faillietverklaring naar huidig en toekomstig recht', notie onder Cass., 2 december 1996, *T.B.H.*, 1997, 507-508.

44. Dit is slechts de wettelijke bevestiging van de vroegere Cassatie-rechtspraak: Cass., 30 september 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 128; Cass., 3 december 1987, *R.W.*, 1987-88, 856. Deze rechtspraak verwees naar de rechtbank van de 'verblijfplaats'.

45. In de rechtspraak werd verwezen naar de plaats waar de commerciële hoofdactiviteit wordt uitgeoefend. Aangenomen mag worden dat de nieuwe wet daar niets aan veranderd heeft.

46. Nieuw art. 631 Ger.W. (waar de Nederlandse tekst naar de 'zetel' verwijst, wordt in de Franse versie over de 'siège social' gesproken).

47. Kh. Brussel, 15 februari 1983, *Rev. prat. soc.*, 1984, 6305; Kh. Brussel, 17 augustus 1983, *Rev. prat. soc.*, 1984, 6306; Kh. Brussel, 4 november 1981, *B.R.H.*, 1982, 472; Kh. Kortrijk, 16 augustus 1985, *T.B.H.*, 1986, 715; Kh. Namen, 20 maart 1980, *R.R.D.*, 1980, 245; Kh. Luik, 25 oktober 1993, *T.B.H.*, 1994, 904. In dezelfde zin onder het Frans-Belgisch verdrag: Gent, 9 december 1993, *Pas.*, 1993, II, 30.

48. Vgl. mbt de interne bevoegdheid: Cass., 26 februari 1993, *T.B.H.*, 1993, 830 waarin de voorkeur wordt gegeven aan de statutaire zetel boven de uitbatingszetel.

49. Zie PRIoux, R., 'L'article 197 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, disposition méconnue du droit international privé belge', *T.B.B.R.*, 1989, 484; VAN BOXSOM, J.L., *Rechtsvergelijkende studie over de nationaliteit der vennootschappen*, Brussel, Bruylant, 1964, §82-24; VAN HECKE, G. en LENAERTS, K., *Internationaal Privaatrecht*, Overdruct uit A.P.R., Gent, E. Story-Scientia, 1989, 348-349.

snappen, is bijgevolg nutteloos. De loutere omstandigheid dat de statutaire zetel van de vennootschap in een zgn. belastingparadijs gevestigd is, volstaat niet om de statutaire bepaling te negeren. Dit geldt ook voor zgn. 'off shore' vennootschappen, die hun werkelijke activiteiten buiten het incorporatieland dienen te ontplooiën. De verplichte 'extra-territorialiteit' slaat immers slechts op de commerciële en de productiewerkzaamheden, doch doorgaans niet op het bestuur en de leiding. De statutaire zetel kan in de praktijk bijgevolg slechts worden genegeerd bij werkelijke 'postbusvennootschappen'.

16 Indien blijkt dat een vennootschap vanuit het buitenland beheerd en bestuurd wordt, dienen de Belgische rechtbanken zich onbevoegd te verklaren. De aanwezigheid in ons land van een filiaal of een bijkantoor waarmee de onderneming in België handel drijft, verandert niets aan de principiële onbevoegdheid van de Belgische rechtbanken.<sup>50</sup> Deze vestiging zonder rechtspersoonlijkheid valt mede in het faillissement van de hoofdonderneming. Aldus is de rechter van de hoofdzetel bevoegd. De verwijzing naar de rechter van de hoofdzetel kan tot een juridisch vacuüm leiden indien faillissementen naar het recht van het land waar de hoofdzetel ligt, geen extraterritoriale aanspraken hebben. In dit geval ontsnappen de Belgische vestigingen aan elk vorm van georganiseerde procedure.

17 De problematiek van het faillissement van Belgische vestigingen kwam in een nieuw licht te staan in het arrest Air Zaire.<sup>51</sup> Volgens haar statuten was de zetel van de onderneming te Kinshasa gevestigd. Niettemin heeft de rechtbank van koophandel van Brussel, gevolgd door het Hof van Beroep, de vennootschap failliet verklaard. De rechtbank kwam na een grondig onderzoek tot de conclusie dat de statutaire zetel te Kinshasa virtueel was geworden, doordat alle activiteiten naar Brussel werden overgebracht. De gefailleerde wierp voor het Hof van Cassatie op dat het Belgische kantoor slechts een vestiging van de onderneming was, voor het faillissement waarvan de

50. Kh. Brussel, 26 november 1973, *J.T.*, 1974, 156; *B.R.H.*, 1975, 355; Brussel, 14 juni 1978, *B.R.H.*, 1979, 419, notie VAN HOUTTE, H.; Kh. Luik, 3 februari 1975, *Jur. Liège*, 1974-75, 182; Kh. Brussel, 15 november 1976, *B.R.H.*, 1977, 714; Kh. Brussel, 24 mei 1989, *T.B.H.*, 1990, 851; zie echter art. 8, § 1, lid 2, Frans-Belgisch verdrag en art. 20, lid 2, Nederlands-Belgisch verdrag, die bevoegdheid toekennen aan de rechtbank van de 'handelskantoor' resp. 'gesticht van koophandel' indien de schuldenaar in geen van beide verdragsstaten gedomicilieerd is.

51. Cass., 2 december 1996, *T.B.H.*, 1997, 526, notie CLAEYS, M. ('De bevoegdheidsregels voor de internationale faillietverklaring naar huidig en toekomstig recht'); *J.T.*, 1997, 236. Zie in dezelfde zaak: Kh. Brussel, 12 juni 1995, *Rev. prat. soc.*, 1996, 122, notie VAN BOXSTAE, J.L.; Brussel, 21 september 1995, *Rev. prat. soc.*, 1996, 125; *J.T.*, 1995, 719.

Belgische rechtbanken niet bevoegd waren. Hij verweet het Hof van Beroep niet voldoende te hebben aangetoond dat de vestiging *de facto* een van de moedervennootschap economisch onafhankelijk bestaan leidde. Het Hof van Cassatie verwierp o.i. terecht dit argument door naar de omstandige motivering van de appelrechter te verwijzen. Na een gedetailleerde feitenonderzoek kon het Hof van Beroep tot de conclusie komen dat het Brussels kantoor geen vestiging doch de werkelijke zetel was geworden. De statutaire zetel was in deze zaak niet *ab ovo* fictief. Het is met de jaren een lege doos geworden, zodat aangeknoopt diende te worden bij wat oorspronkelijk slecht een vestiging was.

Waar de ligging van de zetel vroeger op de dag van de staking van betaling moest worden nagegaan<sup>52</sup>, bepaalt het nieuwe artikel 631 Ger. W. dat deze beoordeling voortaan op de dag van het instellen van de vordering dient te geschieden.

In de drie door België gesloten bilaterale verdragen worden gelijkaardige bevoegdheidsregels gehanteerd.<sup>53</sup> In het verdrag met Oostenrijk is de plaats waar de leiding van de zaken van de schuldenaar zich bevindt bevoegdheidsbepalend. De twee andere verdragen verwijzen naar de woonplaats van de schuldenaar, zonder dit begrip te definiëren. Het verdient aanbeveling dit woonplaatsbegrip verdragsautonoom te interpreteren. Daarbij mag men niet uit het oog verliezen dat beide verdragen van voor het cassatiearrest van 1978 dateren<sup>54</sup> en dat er op dat moment nauwelijks onenigheid bestond over het feit dat onder de 'woonplaats' van een handelaar zijn commerciële, feitelijke woonplaats diende verstaan te worden. In de gepubliceerde rechtspraak blijkt het Hof van Beroep te Brussel inderdaad een verdragsautonome interpretatie voor te staan<sup>55</sup> van het Belgisch-Franse verdrag. Ook het Hof van Beroep te Antwerpen interpreteert het woonplaatsbegrip uit het Belgisch-Nederlands verdrag als de commerciële woonplaats<sup>56</sup>, in tegenstelling tot het Hof van Beroep te Gent.<sup>57</sup> De visie van het Hof van Beroep te Gent heeft als praktisch nadeel dat zij negatieve bevoegdheidsconflicten laat bestaan, die zich ook voordoen tussen België en landen waarmee geen verdrag

52. Cass., 26 februari 1993, *T.B.H.*, 1993, 830; Cass., 2 december 1996, *J.T.*, 1997, 236.

53. Zie voor meer details: MARQUETTE, V., *loc. cit.*, *R.C.J.B.*, 1993, 466 e.v.; WESER, M., *Traité Franco-Belge du 8 juillet 1899: étude critique à la lumière des jurisprudences françaises et belges comparées, avec proposition de réformes*, Paris, Sirey, 1951, 235; BELLEFROID, I.H.P., *Toelichting van het Nederlands-Belgisch Verdrag van 28 maart 1925*, Nijmegen, Dekker, 1931, 136 e.v.

54. Waarin het woonplaatsbegrip van art. 631 Ger. W. werd ingevuld aan de hand van art. 36 Ger. W.

55. Brussel, 18 juni 1996, *T.B.H.*, 1997, 319, noot MARQUETTE, V.

56. Antwerpen, 30 november 1983, *R.W.*, 1983-84, 32, noot VAN HOECKE, M.

57. Gent, 14 juli 1983, *R.W.*, 1983-84, kol. 1356.

bestaat. Zo zal in deze visie een Nederlander, ingeschreven in de Nederlandse bevolkingsregisters, maar met commerciële hoofdvestiging in België, alhier niet failliet verklaard kunnen worden, terwijl ook de Nederlandse rechtbanken zich onbevoegd ten aanzien van hem zullen verklaren, aangezien zij het criterium van de commerciële hoofdvestiging hanteren en niet veel belang hechten aan de inschrijving in het bevolkingsregister.

## § 2. De verdragsrechtelijke bevoegdheidsregeling

18 Blijkens artikel drie van het V.I.P. zijn de rechters van de staat waar het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar gelegen is, bevoegd om de insolventieprocedure te openen. Het gaat dan om de zogenaamde hoofdsolventieprocedure, die uitwerking heeft over het gehele verdragsgebied, in tegenstelling tot de lokale procedures, geopend in plaatsen waar de schuldenaar slechts - maar ook minimaal - een vestiging heeft (zie daarover *ijfva*, nrs. 35 e.v.). Onder 'centrum van de voornaamste belangen' dient de plaats verstaan te worden waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert en die als zodanig voor derden herkenbaar is.<sup>58</sup> Elke schuldenaar kan slechts één centrum van voornaamste belangen hebben.<sup>59</sup>

Voor rechtspersonen en vennootschappen wordt vermoed dat het centrum van de voornaamste belangen samenvalt met de statutaire zetel. Dit vermoeden is weerlegbaar. Natuurlijke personen die een beroepsactiviteit hebben zullen hun centrum van voornaamste belangen in de regel hebben op de plaats waar zij deze uitoefenen; natuurlijke personen in het algemeen op hun gewone verblijfplaats. Voor natuurlijke personen verwerpt het V.I.P. dus de formalistische Belgische aanknopingsfactor van de inschrijving in het bevolkingsregister, hoewel die ongetwijfeld een feitelijke rol zal spelen bij het

58. *Toelichtend Rapport*, nr. 73.

59. In tegenstelling bv. tot de interpretatie die de Franse rechtbanken en Hoven geven aan de woorden 'principal établissement' uit het décret 85-1388 dd. 27 december 1985. Krachtens art. 1 van dit décret is in faillissementszaken de rechtbank bevoegd van de zetel van de onderneming van de debiteur of, à défaut de siège en territoire français, son principal établissement'. In Frankrijk is men het er nagenoeg over eens dat dit betekent dat men dient na te gaan 's'il existe un principal établissement en France et non, ... s'il existe en France le principal établissement de la société' (PÉRICARD, A., *La faillite de la BCCI. Quelques enseignements tirés des conflits judiciaires issus d'une faillite bancaire internationale*, Banque et droit, 'hors série', april 1996, 21.). Er kunnen dus, voor een internationaal actieve handelaar, meerdere 'établissements principaux' zijn. De Franse rechter zal bevoegd zijn indien er überhaupt een 'établissement' in Frankrijk is. Zijn er meerdere in Frankrijk, dan is de rechter van het voornaamste établissement bevoegd. Een extrapolatie van dergelijke interpretatie naar de termen 'centrum van de voornaamste belangen' in het V.I.P. is dus uitgesloten.

bepalen van het centrum van de voornaamste belangen, vooral voor niet-handelaars.

19 De bevoegdheidsomschrijving in het V.I.P. en in het Toelichtend Rapport laat enige ruimte voor interpretatie. Er lijkt voorrang te moeten gegeven worden aan de plaats waar de onderneming beheerd wordt tegenover de ligging van de activa. In het Toelichtend Rapport wordt immers de plaats waar de schuldenaar beheert benadrukt. In een van de ontwerp-versies van het V.I.P. was trouwens sprake van 'de plaats waar de schuldenaar zijn voornaamste belangen pleegt te beheren'.<sup>60</sup> Dit is ook in overeenstemming met het criterium voor rechtspersonen en vennootschappen: de statutaire of werkelijke zetel, niet de plaats waar de produktieinstallaties/kantoren zich bevinden (indien beide plaatsen verschillen). Anderzijds benadrukt het Toelichtend Rapport evenzeer dat het centrum als dusdanig voor derden herkenbaar dient te zijn, wat dan weer voor de plaats waar de voornaamste activa zich bevinden pleit, althans voor natuurlijke personen. Wellicht kan men, ook in het V.I.P., differentiëren: voor vennootschappen en rechtspersonen wordt een formeel criterium gehanteerd, zij het dat statutaire zetels die slechts postbus- en zijn als aanknopingspunt terzijde zullen geschoven worden. Voor natuurlijke personen daarentegen prevaleert een feitelijk gegeven: de plaats van waar zij hun belangen behartigen.

Het V.I.P. duidt enkel de rechters van een bepaald land als bevoegd aan. Binnen die verdragsstaat dienen dan de lokale bevoegdheidsregels toegepast te worden om de territoriaal bevoegde rechtbank te determineren.

## AFDELING 2. DE ERKENNING VAN BUITENLANDSE FAILLISSEMENTEN

20 Eens het faillissement uitgesproken is, moet nog onderzocht worden of de andere landen de gevolgen daarvan zullen erkennen. Dit probleem stelt zich natuurlijk slechts wanneer de buitenlandse beslissing aanspraak maakt op extra-territoriale werking.<sup>61</sup>

60. BRUKENHORST, D., *l.c.*, 1997, 93.

61. Cass., 26 september 1991, *R.W.*, 1991-92, 917. Uit dit arrest blijkt dat de Deense wetgeving aan zijn eigen faillissementen geen extra-territoriale uitwerking toekent. Zie nochtans voor de tegenovergestelde mening: BROGDAN, M., 'The Nordic Bankruptcy Convention', *Current Developments in International & Comparative Corporate Insolvency Law*, ZIEGEL, J.S. (ed.), 1994, Oxford, Clarendon Press, 638.

De toepassing van het principe van eenheid en universaliteit van het internationaal faillissement impliceert dat Belgische faillissementen het hele vermogen van de gefailleerde omvatten, waar ook gelegen.<sup>62</sup> Dit is ook het geval voor faillissementen die onder het insolventieverdrag vallen. Volgens artikel 17 V.I.P. heeft de opening van een insolventieprocedure in de andere landen de gevolgen die daaraan worden verbonden door het recht van de Staat waar de procedure is geopend. Dit impliceert dat elke procedure uitwerking krijgt in de andere Lid-Staten. De inhoud van deze uitwerking wordt soeverein door de oorspronkelijke staat bepaald. Het insolventieverdrag werkt m.a.w. met het *uitbreidingsmodel*: er wordt niet voorzien in een eenvormige afbakening van de gevolgen van de opening van een procedure. De procedure wordt ook niet, wat de gevolgen betreft, gelijkgesteld met een nationale procedure. Elk land bepaalt soeverein welke gevolgen het faillissement heeft, en deze gevolgen worden tot alle andere staten uitgebreid.<sup>63</sup>

Wat de erkenning betreft, schiet de huidige regeling duidelijk tekort. Wanneer het in werking treedt zal het insolventieverdrag een duidelijke verbetering brengen. Duidelijkheidshalve wordt eerst de erkenning van de opening van het faillissement besproken om daarna te komen tot het vraagstuk van de dwangmaatregelen.

### § 1. Erkenning van de opening van de insolventieprocedure

21 De opening van het faillissement brengt een aantal 'natuurlijke' gevolgen met zich mee: ontmensing van beheer- en beschikkingsbevoegdheid aan de schuldenaar, aanwijzing van een curator, verbod voor de schuldeisers om individueel tot executie over te gaan, opnemning van alle goederen van de schuldenaar in de boedel, enz. Indien deze gevolgen niet tegelijkertijd in alle betrokken staten van toepassing zijn, wordt de gelijkheid van de schuldeisers in het gedrang gebracht.

62. Cass., 6 augustus 1852, *Pas.*, 1853, I, 146; Cass., 23 mei 1889, *Pas.*, 1889, I, 229. Zie bv. ook Kh. Brussel, 18 juni 1965, *B.R.H.*, 1968, 161, noot VANDER ELST, R.; Kh., Brussel, 26 november 1973, *J.T.*, 1974, 156; Kh. Brussel, 28 april 1980, *B.R.H.*, 1980, 418; Brussel, 16 februari 1984, *Rev. Not. B.*, 1984, 193. Onder de drie eerder aangehaalde bilaterale verdragen lijken faillissementen beperkt tot het grondgebied van de verdragsstaten: zie art. 8, § 2, Frans-Belgisch verdrag; art. 4, lid 1, Oostenrijks-Belgisch verdrag en art. 20-1 Nederlands-Belgisch verdrag. In dezelfde zin: BELLEFROUD, J.H.P., *o.c.*, 132, nr. 111.

63. *Toelichtend Rapport*, 95, § 151. Wanneer een faillissement op extra-territoriale uitwerking aanspraak maakt, moeten de andere staten een vreemd nationaal recht onderzoeken om de gevolgen van het faillissement vast te stellen, met alle problemen vandien.

22 De Belgische rechtsorde heeft dit probleem ingezien. In het verlengde van de universaliteitsleer worden buitenlandse faillissementen in België *de plano* erkend. Een executieprocedure is m.a.w. niet vereist. De gevolgen van buitenlandse faillissementen kunnen bijgevolg principieel onmiddellijke uitwerking krijgen in België. Indien het toch tot een procedure komt, moeten de voorwaarden van artikel 570 Ger. W., de herziening ten gronde uitgezonderd<sup>64</sup>, onderzocht worden.<sup>65</sup>

23 Het lot van Belgische faillissementen in het buitenland is onzeker. Of onze faillissementen erkend worden is een vraag die aan het recht van de aangezochte rechter overgelaten wordt. Faillissementen die onder een bilateraal verdrag vallen, worden doorgaans automatisch erkend.<sup>66</sup> In geval van betwisting gelden gelijkaardige voorwaarden als onder artikel 570 Ger. W.<sup>67</sup> In afwezigheid van verdrag treft men de grootste verscheidenheid van regelingen.<sup>68</sup>

Dit brengt mee dat een schuldeiser ondanks het bestaan van een Belgisch faillissement vaak in staat zal zijn om vooralsnog betaling te krijgen in het buitenland. Indien hij daarna zijn vordering bij de Belgische curator indient, moet theoretisch rekening worden gehouden met de opbrengst van de buitenlandse activa, vermits zijn vordering door betaling uitgedoofd is, zij het gedeeltelijk.<sup>69</sup> Dit kan evenwel alleen indien de curator daar op de hoogte

64. Faillissementsvonnissen worden gelijkgesteld met vonnissen m.b.t. de staat en bekwaamheid van de persoon. De inhoud van de controle op deze vonnissen is sedert de arresten *De Pallart* (Cass., 16 januari 1953, *Arr. Cass.*, 1953, 1, 33) en *Defontaine* (Cass., 29 maart 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 763; *Pas.*, 1973, 1, 742) beperkt tot de vijf punten die art. 570, lid 2, Ger. W. opsomt, met uitzondering van de herziening ten gronde.

65. Voor een algemene bespreking van deze bepaling zie: VAN HECKE, G. en LENAERTS, K., o.c., 74-90.

66. Art. 8, § 2. Frans-Belgisch verdrag; art. 21 Nederlands-Belgisch verdrag; art. 4 Oostenrijks-Belgisch verdrag.

67. Zie art. 11 Frans-Belgisch verdrag; art. 11 Frans-Belgisch verdrag; art. 9 Oostenrijks-Belgisch verdrag.

68. Zie bv.: COOPER, N. en JARVIS, R., *Recognition and enforcement of cross-border insolvency: a guide to international practice*, Londen, Wiley, 1996, 130 blz.

69. In Duitsland heeft het BGH beslist dat een schuldeiser die betaling krijgt op buitenlandse activa van schuldenaar, niettegenstaande de opening van een faillissement in Duitsland, verplicht is het bedrag in mindering te brengen van zijn eigen schuldvordering. Doet hij dit niet, dan kan de betaling die hij in Duitsland ontvangt verminderd worden met het bedrag dat hij in het buitenland gekregen heeft, op basis van de leer van de verrijking zonder oorzaak: BGH, 13 juli 1983, *ZIP*, 1983, 961; zie voor meer details: NADELMAN, K., 'The lure in international bankruptcies of assets located abroad', *J.C.L.Q.*, 1984, 431-436. Vgl. art. 203 Nederlandse Faillissementswet.

van wordt gesteld. Bij gebrek aan georganiseerde informatiewisseling, dreigt de aanrekeningsplicht in sommige gevallen dode letter te blijven.

24 Deze en andere problemen zullen met de inwerkingtreding van het insolventieverdrag verdwijnen (zie verder nrs. 46 en 53). Het V.I.P. biedt een sluitende regeling voor de erkenning van faillissementen. Het wordt niet gehinderd door een gebrek aan wederkerigheid. Het insolventieverdrag berust immers op het beginsel van communautair vertrouwen.

Voorop staat het beginsel van de automatische erkenning. Krachtens artikel 16 wordt de opening van een insolventieprocedure in een staat automatisch erkend in alle andere Verdragsluitende staten. Het automatisch karakter van de erkenning is vergelijkbaar met de leer van de erkenning *de plano*. De erkenning mag niet afhankelijk worden gemaakt van het doorlopen van een procedure. Dit wordt benadrukt in artikel 17, lid 2, dat bepaalt dat de gevolgen van een insolventieprocedure in de andere verdragsluitende staten niet betwist kunnen worden. De andere staten verplichten zich niet zozeer om buitenlandse beslissingen als hun eigen beslissingen te behandelen, doch om aan deze beslissingen dezelfde effecten te geven als hen in het land van herkomst toekomt.<sup>70</sup>

25 Het insolventieverdrag voorziet in slechts één weigeringsgrond, nl. de exceptie van openbare orde (art. 26). Dit betekent echter niet dat elke bevoegdheidscontrole door de aangezochte rechter werd afgeschaft.<sup>71</sup> De gehele toepasselijkheid van het verdrag hangt immers af van de aanwezigheid van het centrum van de voornaamste belangen in een Lid-Staat. De aangezochte rechter zal dit noodzakelijk nagaan. Zodoende zal hij, zij het onrechtstreeks, de bevoegdheid van de oorspronkelijke rechter toch controleren.

De toepassing van de openbare orde-exceptie wordt, zoals in alle moderne ipr-verdragen, beperkt tot de gevallen waarin er *kennelijk* strijdige gevallen de openbare orde. De exceptie kan bijgevolg alleen in uitzonderlijke gevallen ingeroepen worden.<sup>72</sup> De draagwijdte van de exceptie wordt zeer gedetailleerd omschreven. Artikel 25, lid 3, bepaalt dat de erkenning geweigerd kan worden indien ze tot een beperking van de persoonlijke vrijheid of het postgeheim zou leiden.<sup>73</sup> Artikel 26 V.I.P. preciseert dat de aangezochte rechter alleen mag onderzoeken of de gevolgen die uit de erkenning voortvloeien,

70. Dit zog. 'uitbreidingsmodel' brengt mee dat de overheden van het land waar de erkenning gevraagd wordt, verplicht zijn het faillissementsrecht van het oorspronkelijk land en niet hun eigen recht toe te passen, met alle problemen vandien: MCKENZIE, D., l.c., 191.

71. Zie nochtans *Toelichtend Rapport*, 126, § 202.

72. *Toelichtend Rapport*, 128, § 205.

73. Zie in dit verband art. 50 Faill. W.

strijdig zijn met de openbare orde. Niet de vreemde beslissing als dusdanig maar wel de gevolgen van de erkenning ervan zijn het voorwerp van het onderzoek. Het *Toelichtend Rapport* verwijst in dit verband naar de leer van de *effets atténués*: hoe meer aanknopingen met de aangezochte rechtsorde, hoe sneller de exceptie ingeroepen kan worden.<sup>74</sup> Bovendien wordt gepreciseerd dat deze gevolgen aan de openbare orde *van de verdragsluitende staat* moeten worden getoetst. Er werd niet verwezen naar een Europese openbare orde. Elk land bepaalt soeverein wat de grenzen zijn van zijn welwillendheid. Hier raakt men de achilleshiel van het V.I.P.: het systeem van de automatische en onmiddellijke erkenning kan op spel worden gezet indien elk land zijn particularistische opvattingen naar voren brengt en het begrip openbare orde onredelijk ruim uitlegt.

26 Buiten de naleving van de openbare orde mag de aangezochte staat geen verdere voorwaarden stellen. In het bijzonder geldt dat de hoedanigheid van de gefailleerde geen obstakel kan zijn voor de erkenning (art. 16, lid 1, *in fine* V.I.P.). In sommige landen wordt het faillissement aan handelaren voorbehouden, in andere is de procedure ook open voor burgers. Deze dispariteit kan geen aanleiding zijn om een buitenlandse beslissing te weren. Verder wordt in het *Toelichtend Rapport* herinnerd dat de vreemde beslissing niet vatbaar is voor herziening ten gronde.<sup>75</sup> Het onderzoek naar de strijdigheid met de openbare orde nodigt de rechter evenwel reeds uit de manier te bekijken waarop in het buitenland recht werd gedaan. In die zin is de herziening ten gronde niet goed te onderscheiden van de toetsing aan de openbare orde.<sup>76</sup>

27 De automatische erkenning geldt van zodra de beslissing gevolgen heeft in de Staat waar de procedure is geopend (art. 16, lid 1, V.I.P.). De gevolgen van de opening van het faillissement worden zodoende op hetzelfde ogenblik van kracht in alle staten.

De automatische erkenning geldt voor de beslissing tot opening van de procedure, de aanstelling van de curator en zijn bevoegdheden (art. 18 V.I.P.), de beslissingen inzake verloop en beëindiging van de procedure (art. 25, lid 1, V.I.P.) en de beslissingen die rechtstreeks voortvloeien uit de procedure en daar nauw op aansluiten, zelfs indien die beslissingen door een andere rechter worden gegeven. Hierna wordt voor elke categorie aangegeven welke beslissingen concreet worden bedoeld.

74. *Toelichtend Rapport*, 127, § 204.

75. *Toelichtend Rapport*, 126, § 202.

76. VAN HOUTTE, H., 'De 'openbare orde' als beletsel voor de erkenning of de tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen', *R.W.*, 1973-74, 759-760, § 33.

Onder beslissing tot opening van de procedure vallen alle 'primaire' gevolgen van het faillissement. Deze gevolgen worden eenzijdig bepaald door elk land. Zowel materiële als procedurele gevolgen komen in aanmerking. Het *Toelichtend Rapport* noemt de buitenbezitsstelling van de schuldenaar, de onmogelijkheid voor de schuldeisers om nog individueel uit te voeren en de aanstelling van de curator.<sup>77</sup>

28 Genieten ook van het systeem van automatische erkenning de beslissingen inzake verloop en beëindiging van de procedure. Het betreft bv. de toelating voor de curator om de werkzaamheden van de gefailleerde verder te zetten, de beslissing tot vervroegde afsluiting van het faillissement wegens ontoereikend saldo, enz. De automatische erkenning geldt ook voor de beslissing waarbij een rechter een akkoord homologeert.

29 Moeilijker ligt het met de derde categorie, nl. de rechtstreeks uit het faillissementsrecht voortvloeiende beslissingen die nauw op de insolventieprocedure aansluiten, doch niet de opening, het verloop of de beëindiging van de procedure betreffen (art. 25, lid 1, tweede alinea, V.I.P.). Deze beslissingen worden uit het toepassingsgebied van het EEX-verdrag uitgesloten.<sup>78</sup> Daarom worden ze door het V.I.P. opgevangen. Zodoende bestaat er geen leemte tussen het algemeen en het bijzonder verdrag. Als voorbeeld is hier te noemen de beslissing op de pauliaanse vordering van de curator, of beslissingen betreffende de toelaatbaarheid en de rangorde van een vordering. Ook beslissingen betreffende de persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder, of geschillen tussen de curator en de gefailleerde omtrent de vraag of een bepaald goed al dan niet tot de boedel behoort, behoren tot deze categorie. Waar voor beslissingen inzake verloop van de procedure vereist is dat ze uitgaan van de rechter die het faillissement uitgesproken heeft, kunnen de hier bedoelde beslissingen ook door een gewone rechter genomen zijn.

Overige beslissingen, nl. de beslissingen die niet voldoende nauw aansluiten op het faillissement, vallen niet onder het V.I.P. Voor deze restcategorie moet een beroep worden gedaan op de erkennings- en tenuitvoerleggingsregeling van het EEX-verdrag, zo dit verdrag van toepassing is (art. 25, lid 2, V.I.P.).

30 Dezelfde regels en dezelfde indeling in categorieën gelden voor de erkenning van beslissingen uitgaande van een secundaire procedure. Dit is op het eerste gezicht merkwaardig omdat de gevolgen van een dergelijke proce-

77. *Toelichtend Rapport*, 97, § 154.

78. Zie *supra*, nrs. 9 e.v.

dure alleen gelden t.a.v. de goederen van de schuldenaar die zich op het grondgebied bevinden van de staat waar de procedure geopend werd.<sup>79</sup> De betekenis van de erkenning in andere landen van een secundair faillissement is natuurlijk gering. Erkenning van een territoriale procedure betekent dat de opening van de procedure en de rechtsgevolgen die daaruit voortvloeien voor de goederen die zich in de betrokken staat bevinden, in de andere staten niet kunnen worden aangevochten.<sup>80</sup> Wanneer een schuldeiser na de opening van de secundaire procedure bepaalde goederen overbrengt naar een andere staat, kan de curator van die procedure de teruggave eisen. De erkenning reikt niet verder dan op de vermogensbestanddelen die in de staat van de secundaire procedure liggen. Zo geldt het uitsel van betaling of de kwijtschelding van schulden die eventueel tijdens een akkoord worden overeengekomen, alleen voor de goederen van de gefailleerde die zich in het land van de secundaire procedure bevinden. Het heeft geen effect waar het om vermogens gaat in de andere landen.<sup>81</sup> Beperkingen van de rechten van de schuldeisers gelden niet in andere staten. Dit zal de geloofwaardigheid van een gerechtelijk akkoord als secundaire procedure niet ten goede komen.

## § 2. Grensoverschrijdende aanwending van dwangmaatregelen

**31** Voor de aanwending van dwangmaatregelen in een andere staat is steeds een executur vereist.<sup>82</sup> Het soevereiniteitsbeginsel speelt hier nog ten volle: een beslissing kan enkel binnen het territorium van een staat worden ten uitvoer gelegd als ze bekleed is met de autoriteit van die staat. Deze situatie zal met de inwerkingtreding van het insolventieverdrag niet veranderen.

79. Art. 3, lid 2, herhaald in art. 27 in fine V.I.P.

80. BEUKENHORST, D., L.c., 96; BERTRAMS, R.I.F.V., l.c., 67.

81. Art. 17 (2) V.I.P. In deze bepaling wordt verkeerd gesproken over een procedure als bedoeld in artikel 3, lid 1, waar artikel 3, lid 2, bedoeld wordt. BEUKENHORST, D., l.c., 96. Zie *Toelichtend Rapport*, 98-99, § 157.

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

Wanneer de schuldenaar activa bezit in het buitenland, rijst de vraag of de curator bij machte zal zijn deze activa voor rekening van de boedel te verzilveren. De bevoegdheid van de buitenlandse curator om in België op te treden wordt zonder meer aanvaard.<sup>83</sup> Zo kan de buitenlandse curator voor de Belgische rechter optreden, de schuldvorderingen van de gefailleerde innen, de handelswerkzaamheden van de gefailleerde verderzetten, en in het algemeen alle maatregelen tot bewaring of beheer nemen.<sup>84</sup> Van zodra dwangmaatregelen vereist zijn, moet hij evenwel het executur bekomen.<sup>85</sup> Dit is bv. het geval voor de uitvoering van een beslag, de inschrijving van een wettelijke hypotheek<sup>86</sup>, de openbare verkoop van goederen, enz. De executurrechter zal naast de vijf voorwaarden van artikel 570 Ger. W. ook de grond van de zaak onderzoeken.<sup>87</sup> Hij kan beslissen een gedeeltelijk executur te verlenen.<sup>88</sup> Het executur moet aan de rechtbank van eerste aanleg gevraagd worden. De procedure verloopt op tegenspraak.

**32** Ook onder het Insolventieverdrag is de algemene regel dat elk gebruik van de macht op het grondgebied van een andere staat voortgegaan moet worden door een verklaring van uitvoerbaarheid. Dit wordt bevestigd in artikel 18 V.I.P.: waar lid 1 van deze bepaling de bevoegdheid van de curator erkent om goederen van de schuldenaar uit het grondgebied van andere Lid-Staten te verwijderen, wordt in lid 3 van dezelfde bepaling voorbehoud gemaakt voor de aanwending van dwangmiddelen. Eens het verlof tot tenuitvoerlegging bekomen, zal de eigenlijke tenuitvoerlegging volgens het recht van de Staat verlopen waar de uitvoering moet plaatsvinden.

Nogmaals moet een onderscheid worden gemaakt tussen verschillende categorieën beslissingen. Het optreden van de curator, de beslissingen inzake verloop en beëindiging van de procedure en de beslissingen die rechtstreeks uit het faillissement voortvloeien genieten van een bevoorrecht regime: ze worden tenuitvoergelegd krachtens de vereenvoudigde regeling van het EEX-

83. Kh. Brussel, 23 april 1975, *J.T.*, 1975, 589.

84. Voor een bijna exhaustive opsomming, zie: COLLE, Ph., l.c., 498-499.

85. Vgl. Kh. Tongeren, 8 mei 1996, *T. Not.*, 1997, 241, noot BOUCKAERT, F.; *R.W.*, 1996-97, 961 waarin de rechter 'vergeten' is na te gaan of het Nederlands vonnis ge-executeerd werd.

Onder de bilaterale verdragen geldt ook het vereiste van executur: art. 11 Belgisch-Oostenrijks verdrag; art. 8, § 2, Belgisch-Frans verdrag; art. 21, § 2 Belgisch-Nederlands verdrag.

86. Contra: BOUCKAERT, F., noot onder Kh. Tongeren, 8 mei 1996, *T. Not.*, 1997, 241.

87. De herziening ten gronde wordt uitgesloten in de bilaterale verdragen met Frankrijk (art. 12-3°) en met Nederland (art. 12-3°), maar niet met Oostenrijk (art. 11-3°).

88. Zie bv. *Gent*, 29 oktober 1952, *R.W.*, 1962-63, 1825, noot BOUCKAERT, F.; *Cass.*, 18 februari 1926, *Pas.*, 1926, I, 254; *Cass.*, 6 juni 1907, *Pas.*, 1907, I, 275.



verdrag.<sup>89</sup> Het Insolventieverdrag gaat nog verder dan het EEX vermits het executie slechtis geweigerd kan worden op grond van strijdigheid met de openbare orde. De andere weigeringsgronden van het EEX-verdrag kunnen niet ingeroepen worden.

33 De tenuitvoerlegging van andere beslissingen gebeurt op grond van het EEX-mechanisme, weigeringsgronden inbegrepen. Dit betekent nochtans al een gevoelige verbetering in vergelijking met de regeling van artikel 570 Ger. W. Het EEX-verdrag schaft immers de herziening ten gronde af, en voorziet in een versnelde procedure.

In beide regelingen is een verklaring van uitvoerbaarheid vereist wanneer de curator een beroep wil doen op de 'sterke arm' van de wet. Voor de curator betekent dit een procedure voeren in het buitenland, wat, zelfs in Europa, nog steeds geen evidentie is. Voor de executie rechter betekent dit een voor hem vreemde lex concursus toepassen, o.m. om de bevoegdheden van de curator vast te stellen. Hij moet krachtens het faillissementsrecht van het land van oorsprong oordelen, wat geen gemakkelijke opgave is. Het Insolventieverdrag brengt daar geen verbetering in.<sup>90</sup> Het bevat alleen een regeling m.b.t. het bewijs van de aanstelling van de curator. Luidens artikel 19 V.I.P. bewijst de curator zijn aanwijzing door een voor eensluidend ge- waarmerkt afschrift van het aanwijzingsbesluit voor te leggen. Bijkomend obstakel is dat er een vertaling van het afschrift kan worden verlangd in de officiële taal van de Staat waar de curator voornemens is op te treden.

89. Art. 25, lid 1, V.I.P. Over de procedure tot bekomen van het executie onder het EEX-verdrag zie: BROECKX, K., 'Erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen', *Europese IPR-verdragen*, VAN HOUTTE, H. en PERTEGAS, M. (eds.), Leuven, Acco, 1997, 139-188.

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

## Hoofdstuk 4. Parallele faillissementen

### § 1. Inleiding: een niet-geregelde aangelegenheid

34 België staat tot nu toe geïsoleerd in zijn verdediging van de universaliteitsleer. Andere landen zijn veel minder doctrinair en aanvaarden hun bevoegdheid sneller: de aanwezigheid van een vestiging of zelfs van goederen op hun grondgebied volstaat om een faillissementsprocedure te openen.<sup>91</sup> Wanneer de moederonderneming het voorwerp maakt van een aparte procedure in haar thuisland, lopen dan twee procedures parallel. In België heeft de rechtspraak steevast geweigerd om Belgische vestigingen van buitenlandse ondernemingen failliet te verklaren.<sup>92</sup>

Met de inwerkingtreding van de nieuwe Faillissementswet zal daar niets aan veranderen: artikel 3 van deze wet opent weliswaar de mogelijkheid om Belgische vestigingen van buitenlandse ondernemingen failliet te verklaren, maar deze bepaling werd aan de nieuwe faillissementswet slechts toegevoegd om de inwerkingtreding van het Insolventieverdrag voor te bereiden. Deze bepaling en de eerder radicale hervorming die ze teweegbrengt zal dan ook niet met de rest van de Faillissementswet inwerking treden. Artikel 3 wordt pas van kracht wanneer het Insolventieverdrag van kracht wordt.<sup>93</sup> In wezen is artikel 3 Faill. W. bijgevolg een doodgeboren kind: tot aan de inwerkingtreding van het insolventieverdrag kan het niet toegepast worden. Na deze inwerkingtreding heeft het geen nut meer daar de bepalingen van het verdrag rechtstreekse werking hebben in onze rechtsorde. Symbolisch geeft artikel 3 echter aan dat België achter het Insolventieverdrag staat.

Er bestaan in het Belgische recht geen dwingende regels betreffende de afhandeling van parallelle faillissementen. De coëxistentie van meerdere faillissementen kan ook een invloed hebben op de problematiek van de erkenning. Belgische rechtbanken zullen immers geen gevolg geven aan faillissementen van buitenlandse vestigingen wanneer de schuldenaar zijn woon-

91. In Nederland bv. bepaalt art. 2, lid 3, Faill. W. dat de aanwezigheid van een kantoor volstaat. 92. Zie *supra*. Bij de invoering van het Gerechtelijk Wetboek werd overwogen om het uitspreken van het faillissement van Belgische vestigingen door Belgische rechtbanken mogelijk te maken, omwille van de vastgestelde 'vermenigvuldiging van vestigingen van vreemde firma's': VAN REEPINGHEN, Ch., *Verlag over de Gerechtelijke Hervorming*, Brussel, Belgisch Staatsblad, 1964, 255-256. Gevreesd werd dat die vestigingen volledig aan de faillissementswet zouden ontsnappen. Uiteindelijk werd van de hervorming afgezien omdat internationale faillissementen niet gediend waren door een beperkte en punctuele hervorming. 93. Art. 153, lid 2, Faill. W.

plaats in België heeft. De woonplaats als bevoegdheidsgrond behoort immers tot onze openbare orde. Omgekeerd zullen de extra-territoriale aanspraken van Belgische faillissementen bot vangen in landen waar een afzonderlijke procedure geopend werd voor een lokale vestiging. Kortom, de coëxistentie van verschillende faillissementen roept onder de huidige regeling ernstige problemen op. Het Insolventieverdrag brengt gelukkig een zeer uitgewerkte regeling voor het parallel bestaan van faillissementen.

## § 2. *Het Europees Insolventieverdrag: de institutionalisering van meervoudige faillissementen*

35 Het Insolventieverdrag beruist op een compromis. De universele uitgangspunten van het verdrag worden immers in een zekere mate geschonden door de mogelijkheid secundaire procedures te openen. Een minimale dosis van territorialiteit werd als noodzakelijk beschouwd om de instemming tussen alle Lid-Staten te bereiken. Secundaire procedures worden daarom ingevoerd als correctief op de universaliteitsleer.<sup>94</sup> Wanneer de schuldenaar over een vestiging beschikt kan deze vestiging het voorwerp maken van een aparte faillissementsprocedure ondanks het bestaan van een procedure geopend door de rechter van het centrum van de voornaamste belangen. Procedures die op het bestaan van een vestiging steunen, zijn territoriale procedures. Ze omvatten slechts de goederen gelegen op het grondgebied van de Staat waar de procedure geopend wordt.<sup>95</sup> De universele werking van de hoofdprocedure wordt dus slechts voor die Staat beperkt.

94. Het V.I.P. heeft op dat vlak duidelijk inspiratie gezocht in de bepalingen van het Verdrag van Istanboel. In dit laatste verdrag wordt evenwel de mogelijkheid om secundaire procedures te openen niet rechtstreeks ingevoerd. Er wordt slechts bepaald dat dergelijke procedures erkend moeten worden onder de verdragstaten. Vgl. met art. 170 van de Zwitserse IPR-wet van 18 dec. 1987 dat de opening van een 'mini-faillissement' voorziet in Zwitserland telkens wanneer een buitenlands faillissement door een Zwitserse rechtbank erkend wordt. De erkenning heeft m.a.w. tot gevolg dat er een aparte procedure geopend wordt in Zwitserland. De wet voorziet echter dat deze mini-faillissement ondergeschikt is aan de buitenlandse hoofdprocedure. Vgl. met § 304 US Bankruptcy Code (11 USC § 304 1988) waaronder een 'action ancillary to the foreign bankruptcy' mogelijk is. In het VK bestaan ancillary proceedings ook: MCKENZIE, D., i.c., 189; ELLAND-GOLDSMITH, M., 'La faillite: le droit international privé anglais', *Int'l. Business L.J.*, 1989, 210.

95. Het lokaliseren van bepaalde goederen op het grondgebied van een Staat kan moeilijkheden opleveren. Daarvoor voorziet het insolventieverdrag in art. 2 onder g) in een aantal eenvoudige regels. Zo dient een schuldvordering te worden gelokaliseerd op het grondgebied van de Staat waar het schuldenaar het centrum van zijn voornaamste belangen heeft. De verdragsregels beantwoorden niet de vraag waar aandelen aan toonder of intellectuele rechten die niet aan registratie onderhevig zijn, te bevinden zijn voor de toepassing van het verdrag: zie BERTRAMS, R., i.c., 64.

Met het Insolventieverdrag wordt de pluraliteit van procedures m.a.w. eerder de regel dan de uitzondering. Dit zal evenwel niet tot chaos leiden. Het V.I.P. bevat immers een wel doordachte coëxistentieregeling. Het eerste element van deze regeling bestaat erin dat secundaire procedures niet onbeperkt mogelijk zijn. Daarom zullen eerst de openingsvoorwaarden van dergelijke procedures onderzocht worden.

### A. Wanneer zijn secundaire procedures mogelijk?

36 Omdat territoriale procedures inbreuk maken op het universele uitgangspunt van het verdrag wordt de mogelijkheid om dergelijke nevenprocedures te openen beperkt. Het openen van een secundaire procedure is slechts een mogelijkheid. Het louter bestaan van een vestiging betekent niet dat een secundaire procedure ipso facto geopend wordt. De opening van secundaire procedures wordt verder begrensd door het vereiste dat de schuldenaar over een vestiging beschikt op het grondgebied van een andere Staat dan de Staat waar de hoofdprocedure geopend wordt. Het begrip 'vestiging' heeft dus een drempelfunctie.

37 Bij de begripsschrijving moet met deze drempelfunctie rekening worden gehouden. Volgens artikel 2 onder h) wordt met 'vestiging' bedoeld 'elke plaats van handeling waar de schuldenaar met behulp van mensen en goederen een economische activiteit uitoefent die niet van tijdelijke aard is'. Dit is op zichzelf al een beperkende definitie. Naast de continuïteit wordt ook de gecumuleerde aanwezigheid van personeel en goederen geëist. Bovendien wordt met 'goederen' niet zomaar om het even welke vermogensbestanddeel bedoeld. Aangenomen moet worden dat deze goederen gebruikt dienen te worden in de economische activiteit. In het Toelichtend Rapport wordt verduidelijkt dat de loutere aanwezigheid van goederen niet volstaat.<sup>96</sup> Wanneer de gefailleerde over een bankrekening in Luxemburg beschikt, is dit nog niet voldoende opdat de Luxemburgse rechter een afzonderlijke procedure zou mogen starten. Voor sommige landen betekent het vereis- te van vestiging daarom een beperking van hun huidige bevoegdheidsregels. Is evenmin voldoende de omstandigheid dat de debiteur in een bepaald land enige overeenkomsten heeft gesloten.<sup>97</sup>

96. *Toelichtend Rapport*, 48-49, § 70. Vgl. met art. 17 van het verdrag van Istanboel: zijn bevoegd om een secundaire procedure te openen de gerechten van de Staat waar de schuldenaar over een vestiging of over goederen beschikt.

97. BERTRAMS, R., i.c., 63; vgl. met de bevoegdheid zoals ze nu in het Frans recht wordt bepaald: het bestaan van 'relations d'affaires nées en France' volstaat om de bevoegdheid van de Franse rechter te steunen: REMERY, J.P., i.c., *T.C.F.D.I.P.*, 1992-93, 230.

38 Aan dit sleutelbegrip moet vanzelfsprekend een autonome definitie worden gegeven.<sup>98</sup> Volgens het Rapport moet het begrip 'vestiging' ruim worden uitgelegd. Deze ruime interpretatie werd door sommige landen bedongen in ruil voor het schrappen van de enkele aanwezigheid van goederen als bevoegdheidsgrondslag. In geval van twijfel zou dus de aanwezigheid van een vestiging moeten worden aangenomen. Dit neemt niet weg dat voor het aannemen van het bestaan van een vestiging, een zekere mate van organisatie van de ingeschakelde mensen en goederen, alsmede en zekere duurzaamheid en stabiliteit van de ondernomen activiteit vereist is.<sup>99</sup> Een tijdelijk kantoor, geopend om één transactie af te wikkelen, en dat een beroep doet op de materiële uitrusting van een andere onderneming, komt o.i. niet in aanmerking. Hetzelfde geldt voor vakantiehuisen en alleenstaande vertegenwoordigers. Een dochteronderneming met aparte rechtspersoonlijkheid kan niet worden beschouwd als een vestiging.<sup>100</sup> De dochteronderneming valt immers sowieso buiten het faillissement van de moederonderneming.

39 Bij zijn beslissing over de al dan niet aanwezigheid van een vestiging, moet de rechter zich laten leiden door wat voor de andere deelnemers in de betrokken markt kenbaar is: konden lokale schuldeisers weten dat zij in contact waren met een louter verlengstuk van een buitenlandse onderneming, waardoor ze ingeval van faillissement met een buitenlandse procedure geconfronteerd worden? Zo niet is een secundaire procedure mogelijk. Hopelijk leidt dit begrip tot niet te veel casuïstiek, en zal het Hof van Justitie duidelijkheid scheppen.<sup>101</sup>

40 In het V.I.P. wordt niet gepreciseerd op welk tijdstip de schuldenaar een vestiging moet bezitten. Logischerwijze moet de debiteur een vestiging hebben ten tijde van het uitspreken van het faillissement.<sup>102</sup> Wanneer de schul-

98. *Toelichtend Rapport*, 48, § 70. Het verdrag bevat geen uitdrukkelijke verplichting voor de nationale rechters om de regels ervan autonoom te interpreteren. Dat elke interpretatie naar nationaal recht echter uitgesloten is, lijkt vanzelfsprekend en wordt bovendien bevestigd door de invoering van de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie (art. 43 e.v. V.I.P.).

99. BEUKENHORST, D.H., l.c., 93.  
100. BERTRAMS, R., l.c., 64.

101. Bij de interpretatie van het begrip 'vestiging' kan het Hof in ieder geval niet terugrijpen naar zijn rechtspraak i.v.m. art. 5, 5°, EEX-verdrag. De twee bepalingen streven gelijkaardige doeleinden na, te weten de bescherming van derden te goeder trouw die het 'buitenlands' risico niet ingezien hadden. Maar art. 5, 5°, EEX-verdrag moet als uitzondering op de algemene regel van art. 2 beperkend worden geïnterpreteerd, terwijl de Lid-Staten afgesproken hebben het begrip 'vestiging' van het V.I.P. ruim te omschrijven.

102. BERTRAMS, R., l.c., 63.

denaar zijn activiteiten stopzet en de vestiging opdoekt met achterlating van onbetaalde schulden, kan dit evenwel het uitspreken van het faillissement niet verhinderen.<sup>103</sup>

41 De opening van een secundaire procedure kan in de eerste plaats gevraagd worden door de curator van de hoofdprocedure (art. 29 (a) V.I.P.). Het verdrag verandert bijgevolg wat dit betreft de voorwaarden die het nationaal recht aan de opening van een insolventieprocedure stelt.<sup>104</sup> De curator van een secundaire procedure beschikt echter niet over dit recht.<sup>105</sup> De voorlopige curator van de hoofdprocedure kan dit evenmin aanvragen. Daarnaast komt dit recht toe aan alle personen en instanties die volgens het nationaal recht van de desbetreffende staat het faillissement mogen aanvragen. Dit recht wordt hen zonder onderscheid toegekend. In het bijzonder wordt geen eis van specifiek belang gesteld.<sup>106</sup>

42 Beperkingen zijn er wel wat de aard van de procedure betreft. Een lokale insolventieprocedure kan immers worden geopend zowel voordat als nadat een hoofdprocedure is geopend. In het eerste geval wordt de procedure als 'zelfstandige territoriale procedure' aangemerkt, omdat ze vooralsnog niet kan steunen op een hoofdprocedure. In het tweede geval gaat het om een 'secundaire territoriale procedure'.<sup>107</sup> Waar secundaire procedures steeds de vereffening van de onderneming beogen, kunnen zelfstandige procedures ook de sanering nastreven van de onderneming. Deze beperking werd ingevoerd in het licht van de moeilijke coördinatie tussen procedures van verschillende aard. Het is inderdaad moeilijk denkbaar dat een vestiging het geïsoleerd voorwerp zou zijn van een saneringsprocedure, terwijl de rest van de onderneming gewoon vereffend wordt. Daarom werd besloten slechts liquidatieprocedures toe te staan als secundaire procedures. De uitzondering voor zelfstandige procedures vloeit voort uit de onzekerheid over de aard van de hoofdprocedure bij het openen van de zelfstandige procedure. Indien achteraf blijkt dat de hoofdprocedure niet reorganisatiegericht is, kan de omzetting van een zelfstandige saneringsprocedure nog steeds worden gevraagd.

103. In een andere zin: BERTRAMS, R., l.c., 64.

104. Een andere wijziging betreft het vereiste dat de schuldenaar volgens het nationaal recht insolvent moet zijn. Dit vereiste behoeft niet meer te worden nagekomen.

105. *Toelichtend Rapport*, 138, § 226.

106. *Toelichtend Rapport*, 139, § 227. Dit was wel zo in een eerdere versie van het verdrag. McKenzie, D., l.c., 189.

107. Over terminologische problemen met dit onderscheid zie BERTRAMS, R., l.c., 64.

43 De mogelijkheid om een zelfstandige territoriale procedure te openen wordt verder beperkt in artikel 3 (4) V.I.P. Slechts in twee gevallen kan de opening van een territoriale procedure aan de opening van een hoofdinsolventieprocedure voorafgaan. Dit is in de eerste plaats het geval wanneer het faillissement niet uitgesproken kan worden in het land van het centrum van de voornaamste belangen. Een dergelijke onmogelijkheid kan erin bestaan dat de schuldenaar de vereiste hoedanigheid niet bezit om failliet verklaard te worden. Als voorbeeld noemt het *Toelichtend Rapport* de niet-handelaar of een overheidsbedrijf dat aan een speciale regeling onderworpen is. Een zelfstandige territoriale procedure is ook mogelijk wanneer het door een plaatselijke schuldeiser wordt aangevraagd. Artikel 3 (4) V.I.P. verteent dit recht aan twee categorieën schuldeisers: de schuldeisers gevestigd in het land van de vestiging en de degene wiens vordering het resultaat is van de exploitatie van de vestiging, bv. een werknemer, maar ook de fiscus of de sociale-zekerheid hebben dit recht.

Een zelfstandige procedure kan maar moet niet noodzakelijk een saneringsprocedure zijn. Het kan ook een liquidatieprocedure zijn.

B. De verhouding tussen hoofdprocedure en lokale procedure(s)

44 Het Insolventieverdrag voorziet dwingende coördinatieregels die de verhouding tussen de verschillende procedures verduidelijken. Deze innoverende coördinatiemechanismen vormen de sleutel van het verdrag.<sup>108</sup>

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

45 De hiërarchie vertaalt zich in een aantal concrete bepalingen. Zo kan de hoofdcurator de schorsing vragen van een secundair faillissement (art. 33). Dit zal bv. nuttig zijn indien de curator een overnemer gevonden heeft voor de gehele onderneming, of wanneer de hoofdprocedure een saneringsprocedure is. In dit geval heeft het immers weinig zin dat de secundaire procedure op een verkoop uitdraait, terwijl deze vestiging mee zou kunnen bijdragen tot het heropstarten van het bedrijf. Het verzoek tot schorsing van de hoofdcurator kan slechts in uitzonderlijke gevallen worden afgewezen, wanneer de

108. De coördinatieregels zijn ook van toepassing op zelfstandige, territoriale procedures. Van zodra een hoofdprocedure geopend wordt, worden zelfstandige procedures ook ondergeschikte procedures.

rechter van oordeel is dat een dergelijke schorsing niet in het belang is van de schuldeisers van de hoofdprocedure. Of deze rechter beter in staat is om te oordelen over de belangen van de schuldeisers dan de curator van de hoofdprocedure, is en open vraag. Niet duidelijk is waarom deze beoordeling aan de hand van de belangen van de schuldeisers van de hoofdprocedure moet geschieden. Het lijkt even logisch dat de belangen van de lokale schuldeisers in acht worden genomen.<sup>109</sup> Om misbruiken te voorkomen, wordt de schorsing beperkt tot een hernieuwbare periode van drie maanden, en kan de rechter van de hoofdcurator verzoeken dat hij 'passende maatregelen' neemt ten voordeel van de schuldeisers van de secundaire procedure.

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

Het primaat van de hoofdprocedure blijkt ook uit de verplichting voor de curator van de secundaire procedure om het niet-uitgekeerde saldo aan de hoofdprocedure over te dragen (art. 35 V.I.P.). Dit is een symbolische maatregel, des te meer dat schuldeisers hun vordering in elke procedure kunnen indienen.

Het insolventieverdrag voorziet in specifieke coördinatieregels voor het geval dat de hoofdprocedure van een andere aard is dan de secundaire procedure(s). Deze dispariteit kan inderdaad tot ernstige problemen leiden. Daarom wordt voorzien dat de hoofdcurator de omzetting van een secundaire saneringsprocedure kan vragen in een vereffeningprocedure (art. 37 V.I.P.). Nogmaals kan dit hem niet worden geweigerd, tenzij wanneer de omzetting de belangen van de schuldeisers van de hoofdprocedure niet dient.

47 De hiërarchische verhouding blijkt tevens uit het feit dat voor de opening van een secundaire procedure de solvabiliteit van de schuldenaar niet meer

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

onderzocht moet worden.<sup>110</sup> De vaststelling door de hoofdrechtter dat de schuldenaar insolvent is, moet *erga omnes* aanvaard worden. Dit geldt onafgezien van de vraag of de betrokken landen verschillende definities hanteren voor de insolventie (al dan niet vereiste van wankelend krediet). De vraag blijft of onder 'insolventie' ook de hoedanigheid van de schuldenaar begrepen wordt. Kan de Belgische vestiging van een niet-handelaar die in Nederland failliet werd verklaard, door een Belgische rechter failliet worden verklaard?

Een laatste punt betreffende de coördinatie is de mogelijkheid voor de hoofdcurator om in de secundaire procedure voorstellen in te dienen om de boedel te vereffenen (art. 31, lid 3, V.I.P.). De curator van de secundaire procedure moet hem tijdig de gelegenheid bieden om dergelijke voorstellen te doen. Of deze verplichting een informatieplicht inhoudt voor de curator van de secundaire-procedure is onduidelijk.

48 Tussen twee territoriale procedures is er geen behoefte aan rechtstreekse coördinatie. De coördinatie gebeurt onrechtstreeks, via de hoofdprocedure. Alle secundaire procedures zijn immers hiërarchisch onderworpen aan de hoofdprocedure. Dit hiërarchisch toezicht is evenwel beperkt. Daarom moeten volgens het *Toelichtend Rapport* een aantal van de coördinatievoorschriften ook tussen secundaire procedures onderling worden toegepast.<sup>111</sup> Dit is m.n. het geval voor de wederzijdse informatieplicht tussen curatoren, de aanrekeningsverplichting en de gekruisde indiening van de vordering. De nakoming van deze verplichting wordt door het insolventieverdrag evenwel niet gesanctioneerd. Veel zal bijgevolg afhangen van de bereidwilligheid van de curatoren op het terrein. Wanneer nog geen hoofdprocedure geopend werd, kunnen verschillende zelfstandige procedures parallel worden geopend. Voor deze uitzonderlijke situatie zijn geen coördinatie mechanismen voorzien.<sup>112</sup>

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

111. *Toelichtend Rapport*, 23, § 35.

112. *Toelichtend Rapport*, 26, § 39.

## Hoofdstuk 5. Het toepasselijke recht

49 De rechtbank die het faillissement uitspreekt zal in beginsel haar eigen recht, de *lex fori (concurus)* op het faillissement toepassen. Ook het insolventieverdrag huldigt dit principe. In artikel vier vindt men er een verhelderende opsomming van de reikwijdte van de *lex fori concursus*, die volledig overeenstemt met het gemeen Belgische IPR.

De faillissementsvoorwaarden en de vraag wie de vordering tot faillietverklaring kan instellen worden vanzelfsprekend door de *lex fori concursus* bepaald. Zo zal een Nederlander met woonplaats in België hier niet failliet kunnen verklaard worden, ook niet op verzoek van een Nederlandse schuldeiser die zich zou beroepen op het feit dat in Nederland ook niet-handelaars aan een insolventieprocedure onderworpen kunnen worden. In België is het faillissement van een niet-handelaar immers niet mogelijk. Onder het Europees Insolventieverdrag zal België zich niet meer op deze regel kunnen beroepen om de erkenning van een buitenlands (bv. Nederlands) faillissementsvonnis ten aanzien van een niet-handelaar te weigeren (art. 16, lid 1, V.I.P.). Het Hof van cassatie heeft al eerder beslist dat het feit dat de buitenlandse rechter niet dezelfde faillissementsvoorwaarden heeft gehanteerd als een Belgische zou gedaan hebben, niet aan de erkenning van een buitenlands insolventievonnis in de weg staat.<sup>113</sup>

### AFDELING 1. HET OP AANGIFTE, TEGENWERPELIJKHEID EN INDIVIDUELE TENUITVOERLEGGING NA FAILLISSEMENT TOEPASSELIJKE RECHT

#### § 1. Aangifte van schuldvordering

50 Bij een faillissement met veel buitenlandse schuldeisers stelt zich het probleem hoe deze kennis krijgen van het faillissementsvonnis. Naar huidig Belgisch recht bestaan geen voorschriften die speciaal betrekking hebben op de bekendmaking van grensoverschrijdende faillissementen. Bijgevolg geldt ook bij grensoverschrijdende faillissementen artikel 38 van de Faillissementswet, dat bepaalt dat het faillissementsvonnis in het *Belgisch Staatsblad* evenals in twee kranten of tijdschriften dient bekendgemaakt te worden.

113. Cass., 12 januari 1990, *Arr. Cass.*, 1989-90, 630; *R.C.J.B.*, 1993, 450, noot WATTE, N.

De rechtbank of de curatoren zouden kunnen beslissen tot een bijkomende bekendmaking in buitenlandse kranten<sup>14</sup>, maar de kost hiervan zal goed moeten afgewogen worden tegen het nut. Buiten publicatie in de kranten, kan de curator in het buitenland enkel deze publiciteitsmaatregelen opdringen die aldaar gekend zijn, en dit voor zover zijn bevoegdheid in het buitenland erkend wordt. De bekende schuldeisers worden krachtens artikel 62 uitgenodigd. Normalerwijze zou het mogelijk moeten zijn ook de buitenlandse schuldeisers via de boekhouding op te sporen.

51 Het V.I.P. bevat terzake wel een expliciete regeling in de artikelen 21 en 22. De curator kan steeds, in alle verdragssluitende Staten, om de bekendmaking verzoeken van de belangrijkste elementen uit de beslissing tot opening van een insolventieprocedure. Hij kan eveneens verzoeken om inschrijving van de beslissing in het kadaster, handelsregister of elk ander openbaar register. De Lidstaten kunnen dergelijke algemene bekendmaking evenals voornoemde inschrijving verplicht stellen. De kosten van dergelijke al dan niet verplichte bekendmakingen en inschrijvingen zijn kosten van de procedure en dus wellicht als kosten van de massa te beschouwen (art. 23). Krachtens artikel 40 V.I.P. dienen de bekende schuldeisers in elk geval door de rechtbank of de curator individueel aangeschreven te worden. Dit individuele bericht dient de termijnen te vermelden die in acht te nemen zijn, evenals de sancties bij laattijdige aangifte. Om buitenlandse schuldeisers te helpen dient het bericht, dat opgesteld is in de taal van het faillissementsforum, in alle officiële talen van de Europese Unie te vermelden dat het om een uitnodiging tot aangifte van schuldvordering gaat.

52 Ook voor de aangifte van buitenlandse schuldvorderingen wordt in het Belgische gemeen recht geen specifieke regeling voorzien. Buitenlandse schuldeisers worden niet gediscrimineerd vergeleken bij Belgische schuldeisers<sup>15</sup>, hetgeen in de praktijk betekent dat zij, gezien de afstand, soms benadeeld zullen worden.

Er bestaat in elk geval geen twijfel, noch naar Belgisch recht noch onder het V.I.P., dat vorm van aangifte, aangifetermijnen, verificatie van schuldvorderingen en aanvaarding ervan beheerst worden door de *lex fori* concur-

114. Zoals die bv. werd opgelegd door de Luxemburgse rechtbank in het faillissement van BCCI, mede om de universele aanspraken van het Luxemburgse faillissement kracht bij te zetten?

115. COLLE, Ph., *l.c.*, T.P.R., 1992, (473), 488, nr. 29, en verdere verwijzingen aldaar.

sus.<sup>116</sup> Dit impliceert ook dat de taal van de *lex concursus* dient gebruikt te worden (Nederlands, Frans of Duits).

53 In het V.I.P. voorziet artikel 32 vooreerst in de substantiële regel dat elke schuldeiser het recht heeft zijn vordering in elke procedure in te dienen. De curatoren zijn verplicht<sup>17</sup> de vorderingen die bij hen ingediend worden ook in de andere procedures in te dienen, voor zover dit nuttig is voor de schuldeisers wier belangen zij dienen en voor zover een schuldeiser zich niet verzet tegen de indiening van zijn vordering in een andere procedure.

Uiteraard dient vermeden te worden dat een schuldeiser meer dan 100% van zijn vordering uitbetaald krijgt doordat hij zijn vordering in meerdere procedures indient. Dit kan vooreerst voorkomen worden doordat de curatoren ingelicht worden over de aangiftes in ander procedures: art.31 voorziet in een wederzijdse samenwerkingsplicht tussen de curatoren en concretiseert die onder ander door te bepalen dat zij elkaar onverwijld kennis geven van de stand van verificatie en indiening van vorderingen.

Belangrijk voor de coördinatie tussen de verschillende procedures op het gebied van aangifte van vorderingen is artikel 20, lid 2: 'ter verzekering van een gelijke behandeling van de schuldeisers' wordt voorzien dat de schuldeiser die een uitkering ontvangt in de ene insolventieprocedure, pas aan uitkeringen in een andere procedure mag deelnemen wanneer de schuldeisers van dezelfde rang of dezelfde categorie in die andere procedure een gelijkwaardige uitkering hebben ontvangen. De vage bewoordingen ('dezelfde rang of categorie' 'gelijkwaardige uitkering') van dit artikel lijken zich uitstekend te lenen tot interpretatietwisten voor de rechtbanken. De opstellers van het *Toelichtend Rapport* hebben dit blijkbaar ingezien en het artikel van een uitgebreide commentaar voorzien, die wellicht beter in een apart verdragsartikel was opgenomen.<sup>118</sup>

Wat de taal en vorm van de aangifte betreft, bepaalt het V.I.P. dat deze schriftelijk dient te gebeuren, onder bijvoeging van bewijsstukken en met de vermelding of de schuldeiser meent aanspraak te kunnen maken op een voorrecht of zakelijke zekerheid. De aangifte mag gebeuren in de officiële taal van de woon- of verblijfplaats van de schuldeiser, maar terwille van de curator dient het opschrift 'Indiening van een schuldvordering' aangebracht te

116. COLLE, Ph., *l.c.*, T.P.R., 1992, (473), 489, nr. 31; VAN HECKE, G. en LENAERTS, K., *o.c.* in A.P.R., Brussel, E. Story-Scientia, 1989, nr. 806; VAN HOUTTE, H., 'Internationaal faillissementsrecht', T.B.H., 1978, 391.

117. Vgl. de bewoordingen van art. 32, lid 2: 'de curatoren ... dienen in de andere procedures de vorderingen in ...

118. Zie p. 107-110 *Toelichtend Rapport*. De aldaar gegeven toelichting kan moeijelijk samengevat worden en wegens plaatsgebrek hier niet weergegeven worden.

worden in de taal van het faillissementsforum. Bovendien kan de curator toch nog een vertaling eisen.

### § 2. De gevolgen van het faillissement op vroeger tot stand gekomen rechtshandelingen

54 Schuldvorderingen worden doorgaans niet als dusdanig als verwijzingscategorie in het IPR beschouwd. Niet de verbintenis of de schuldvordering zelf, maar de rechtshandeling of het feit waaruit zij voortspruiten worden aangeknoopt.<sup>119</sup> De geldige totstandkoming van verbintenissen, de inhoud van rechten en verplichtingen van partijen, de vragen rond de wanprestatie (definitie en sancties), de verjaring, zij worden allen beheerst door de *lex contractus* of de *lex delicti*.<sup>120</sup> Deze leges zullen dus determinerend zijn bij de verificatie van de schuldvorderingen door de curator.

De gevolgen van het faillissement op de bestaande schuldvorderingen worden door de *lex concursus* geregeld: de vraag naar de onmiddellijke eisbaarheid van termijnschulden, stuiting van de loop van de intresten, gevolgen voor de lopende contracten.

De rangregeling tussen de schuldeisers wordt eveneens door de *lex fori concursus* geregeld. Zoals COLLE stelt is dit een logisch uitvloeisel van het principe van eenheid en universaliteit van het faillissement.<sup>121</sup>

55 De vraag of een in principe geldig tot stand gekomen schuldvordering in geval van faillissement kan aangevochten worden, bv. omdat de overeenkomst die aan de schuldvordering ten grondslag ligt tijdens de verdachte periode tot stand kwam, wordt beantwoord aan de hand van de *lex fori concursus*.<sup>122</sup> Deze bepaalt ook beginpunt en maximale duur van de verdachte

119. VAN HECKE, G. en LENAERTS, K., *Internationaal Privaatrecht*, A.P.R., Brussel, E. Story-Scientia, 1989, nr. 788; WATTÉ, N., 'Questions de droit international privé des sûretés', *Le droit des sûretés*, Ed. Jeune Barreau, 1992, (305), 318, nr. 44. In Duitsland overweegt de tegengestelde mening.

120. COLLE, Ph., *l.c.*, T.P.R., 1992, (473), 489, nr. 31.

121. COLLE, Ph., *l.c.*, T.P.R., 1992, (473), 489, nr. 31.

122. Bv. Gent, 15 februari 1991, T.B.H., 1990, 418, betreffende een inbetalinggeving door een Belgische gefailleerde aan een Nederlandse schuldeiser. Dit arrest bevestigt het in een universeel systeem vanzelfsprekende principe dat de *lex concursus* ook toepasselijk is op inbetalinggevingen van in het buitenland gelegen goederen, aan een buitenlandse schuldeiser. VAN HECKE, G. en LENAERTS, K., o.c., A.P.R., Brussel, E. Story-Scientia, 1989, nr. 808; RIGAUX, F. en FALLON, M., *Droit international privé. Droit positif belge*, Brussel, Larcier, 1993, 499; ERAUW, J., *Beginselen van internationaal privaatrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1985, 267; GANSHOF, L., *Le droit de la faillite dans les Etats de la communauté économique européenne*, →

periode.<sup>123</sup> Sommigen menen dat een verdachte periode van langer dan zes maanden strijdig is met de Belgische internationale openbare orde.<sup>124</sup> Wellicht is deze opvatting gesteund op de overweging dat de werking van de verdachte periode het 'normale' verbintenissenrecht fundamenteel doorkruist door een aparte vorm van nietigheid/niet-tegenwerpelijkheid te introduceren, vaak zonder onderzoek naar de goede trouw van de wederpartij van de gefailleerde. Men kan zich nochtans afvragen of zes maanden een absolute grens dient te zijn voor de verdachte periode.

56 Ook het V.I.P. huldigt in artikel 4, lid 2, onder m), het principe van de toepasselijkheid van de *lex concursus* op de vraag naar de tegenwerpelijkheid van schuldvorderingen, waar het bepaalt dat de regels<sup>125</sup> betreffende nietigheid, vernietigbaarheid of niet-tegenwerpbaarheid van voor het geheel van de schuldeisers nadelige rechtshandelingen beheerst wordt door de *lex fori concursus*. Dit recht bepaalt ook of de nietigheid van rechtswege intreedt dan wel gevorderd moet worden, of zij terugwerkt of niet enz. In artikel 13, wordt de principiële toepasselijkheid van de *lex concursus* genuanceerd. Wanneer een persoon die voordeel heeft gehad bij een aanvechtbare rechtshandeling aantoon dat deze onderworpen is aan een ander recht dan de *lex concursus*, en dat dit ander recht niet voorziet in de mogelijkheid om de rechtshandeling 'in het gegeven geval' aan te vechten, zal de *lex concursus* ook niet toegepast worden op de vordering tot niet-tegenwerpelijkheid na faillissement. Artikel 13 speelt vanzelfsprekend enkel zolang geen insolventieprocedure is geopend.<sup>126</sup>

Artikel 14 bevat een zelfstandige uitzondering op de toepasselijkheid van de *lex fori concursus* voor in een register ingeschreven goederen, die hier slechts vermeldt wordt: wanneer de schuldenaar na de opening van de insolventieprocedure toch nog beschikt, onder bezwarende titel, over een onroer-

→ Brussel, C.I.D.C., 1969, 67 e.v.; COLLE, Ph., o.c., T.P.R., 1992, (473), 499, nr. 51; PEETERS, I., 'Internationaal Privaatrecht', *Voorrechten en Hypotheken*, losbladige artikelsgewijze commentaar, Antwerpen, Kluwer, 58, nr. 128.

123. Zie vorige voetnoot.

124. Rb. Charleroi, 3 december 1887, *Pand. pér.*, 1888, nr. 309. CLOQUET, A., *Les Nouvelles, Droit commercial*, IV, 1985, nr. 1261; COLLE, Ph., *l.c.*, T.P.R., 1992, (473), nr. 37.

125. Zijnde de 'voorwaarden, inhoud en rechtsgevolgen': zie § 136 *Toelichtend Rapport*.  
126. Wanneer op 10 mei een insolventieprocedure wordt geopend in Duitsland, zal een Belgische schuldeiser die op 11 mei een naar Duits recht aanvechtbare handeling stelt, niet meer kunnen opwerpen dat deze aan Belgisch recht onderworpen is, en naar dit recht niet aanvechtbaar is, ook al was hij op het moment van het openen van de procedure nog niet op de hoogte van de insolventie. Onder het V.I.P. heeft de insolventie immers van rechtswege gelding in het hele verdragsgebied.

rend goed of over een schip, luchtvaartuig of effect dat in een wettelijk voorgescreven register is geregistreerd, wordt de rechtsgeldigheid van die handeling niet beoordeeld aan de hand van de *lex concursus*, maar door de wet van het land van ligging van het onroerend goed of waar het register gehouden wordt.<sup>127</sup>

### § 3. *Individuele tenuitvoerlegging en restitutieplicht na insolventie*

57 Het is een universeel beginsel dat individuele tenuitvoerlegging na opening van een insolventieprocedure grotendeels uitgesloten wordt. De vraag in welke mate dit toch nog gedeeltelijk mogelijk blijft wordt zowel naar Belgisch gemeen recht<sup>128</sup>, als blijkens artikel 4, lid twee, f<sup>129</sup> van het V.I.P. beantwoord aan de hand van de *lex concursus*.

Wat indien in land A een insolventieprocedure geopend is, en een schuldeiser toch nog over gaat tot individuele tenuitvoerlegging, maar dan wel in het buitenland (land B). Aangezien op de dag van vandaag de meeste Europese landen de territorialiteit van het faillissement aanhangen<sup>130</sup> zal bv. een Belgisch faillissementsvonnis in het buitenland vaak niet kunnen ingeroepen worden om een beslag te verhinderen/op te heffen.<sup>131</sup> Wanneer de beslag-

leggende schuldeiser dan aangifte van schuldvordering doet in het faillissement in land A, zal hij vanzelfsprekend enkel recht hebben op hetgeen hij nog niet door tenuitvoerlegging in het buitenland verkregen heeft.<sup>132</sup> In landen die aanspraak maken op een universele uitwerking van hun faillissementsen, neemt men bovendien aan dat de schuldeiser verplicht is tot restitutie aan de curator van hetgeen hij in het buitenland verkregen heeft, zelfs indien hij geen aangifte doet in het Belgisch faillissement.<sup>133</sup> Omgekeerd wordt naar Belgisch recht aangenomen dat Belgische of buitenlandse schuldeisers in België geen individuele maatregelen van tenuitvoerlegging meer kunnen verrichten nadat in het buitenland een faillissementsprocedure is geopend die krachtens het aldaar geldende recht universele gelding nastreeft.<sup>134</sup> Het verbod van individuele tenuitvoerlegging vloeit immers voort uit de gelijkheidsregel onder schuldeisers in geval van samenloop, regel die geacht wordt tot de Belgische internationale openbare orde te behoren.<sup>135</sup>

58 Zoals hoger uiteengezet vertrekt ook het V.I.P. van een universele instelling (die dan sterk afgezwakt wordt) en zullen insolventieprocedures in principe over het ganse verdragsgebied dienen erkend te worden (zie art. 16-17). Het verdrag bevat dan ook een regeling betreffende de restitutieplicht van hetgeen schuldeisers buiten de insolventieprocedure bekomen hebben. Artikel 20 maakt duidelijk dat de opening van een primaire insolventieprocedure de rechten van de schuldeisers op individuele tenuitvoerlegging ook in het bui-

127. Deze bepaling is o.i. enigszins onzorgvuldig verwoord. Blijkens het *Toelichtend Rapport*, § 140, gaat de bepaling terug op de wens om derden te goeder trouw die op de inschrijving in een register vertrouwen, te beschermen. In dat geval had men in de verdragstekst zelf dienen toe te voegen, dat de opening van de insolventie niet in het register vermeld (gekantmeld) mag zijn opdat de derde zich op de toepassing van de 'lex rei sitae' zou kunnen beroepen. De auteurs van het *Toelichtend Rapport* zijn duidelijk deze mening toegedaan, maar stellen niet expliciet dat de verdragstekst ook zo dient geïnterpreteerd te worden.

128. Zie bv. ook ERAUW, J., o.c., 267.

129. 'De gevolgen van de insolventieprocedure voor individuele vervolgingen met uitzondering van lopende rechtsvorderingen'.

130. Weliswaar vaak vertrekkend van een theoretisch universeel standpunt, waarop echter zodanig veel uitzonderingen gemaakt worden, dat in de praktijk de territorialiteit overheerst. Sommige staten eisen alleen voor hun eigen faillissementen universele gelding op, zonder hetzelfde effect aan buitenlandse faillissementen toe te kennen. Zie voor een overzicht het reeds geciteerde, rechtsvergelijkende artikel van Philippe COLLE, evenals de oudere studie van H. VAN HOUTTE, 'International faillissementsrecht', *B.R.H.*, 1978, 372.

131. Vgl. Kh. Brussel, 18 juni 1965, *B.R.H.*, 1968, 161; RIGAUX, Fr. en FALLON, M., o.c., nr. 1253; zie ook GANSHOF, L., o.c., 84-85. Zo erkende Duitsland vroeger de universaliteit van zijn eigen faillissementen, terwijl aan de buitenlandse faillissementen slechts een territoriale werking werd toegekend, zodanig dat nog beslag kon gelegd worden op Duitse activa; Het BGH-arrest dd. 11.7.1985 (*BGHZ* 95, 256) heeft weliswaar gesteld dat buitenlandse faillissementsvonnissen principieel ook in Duitsland dienen erkend te worden (zie daarover WELTER, R., 'Le revirement de la jurisprudence allemande en matière de droit international de faillite', *T.B.H.*, 1986, 503; LORSCHER, G., 'Effets en Allemagne d'une procédure de faillite étrangère'

→

132. *R.D.A.I.*, 1991, 855), maar het zou zonder meer fout zijn daaruit af te leiden dat een beslag op activa van een Belgische gefailleerde die zich in Duitsland bevinden voortaan naar Duitse opvattingen ontoelaatbaar zou zijn; er bestaat terzake zelfs geen begin van eensgezindheid. Zie voor een overzicht van de huidige stand van de discussie bij FLESSNER, A., 'Internationales Insolvenzrecht in Deutschland nach der Reform', *IPRax*, 1997, (1), 5 e.v.

133. Vgl. Kh. Brussel, 18 juni 1965, *B.R.H.*, 1968, 161; PEETERS, I., o.c., 61, nr. 135.

134. Kh. Brussel, 18 juni 1965, *B.R.H.*, 1968, 161, met als motivering dat er anders over oordelen in strijd zou zijn met het beginsel van de gelijkheid onder schuldeisers; VAN HECKE, G. en LENAERTS, K., o.c., nr. 805; ERAUW, J. en WATTE, N. *International aspects of insolvency proceedings. National Report: Belgium*, ongepubliceerde tekst van een congres te Taormina, 1995, 16.

135. Cass., 23 mei 1889, *Pas.*, 1889, I, 229; RIGAUX, Fr. en FALLON, M., o.c., nr. 1255. Aangezien aan een buitenlands vonnis geen uitwerking wordt gegeven die het volgens zijn nationale recht niet heeft, zal een faillissementsvonnis uit een land waar strikt territoriale visie op het faillissement geldt, zoals Denemarken, geen uitwerking hebben in België en dus geen beletsel vormen voor een beslag alhier door schuldeisers van de gefailleerde: Cass., 26 september 1991, *T.B.H.*, 1992, 360 (zie *supra* noot 61).

136. Cass., 26 september 1991, *T.B.H.*, 1992, 360, *R.W.*, 1991-92, 917; Kh. Brussel, 20 juni 1975, *J.T.*, 1975, 641; Vz. Kh. Luik, 10 september 1991, *J.T.*, 1992, 18; CLOQUET, A., o.c., nr. 1031; ERAUW, J., o.c., 298; GEINGER, H., 'Het faillissement en het concordaat in de internationale context', *T.P.R.*, 1982, (115), 131; VAN HOUTTE, H., *l.c.*, 389.



tenland opschort: de schuldeiser die na opening van dergelijke procedure op enige wijze geheel of gedeeltelijk voldaan wordt uit goederen die zich op het grondgebied van een andere verdragssluitende staat bevinden<sup>136</sup>, moet hetgeen hij verkregen heeft resitueren aan de curator, 'onder voorbehoud van het bepaalde in de artikelen vijf en zeven'. Deze laatste precisering betekent dat de schuldeiser die reeds voor de opening van de insolventieprocedure een zakelijk recht had op in het buitenland gelegen goederen, of op dergelijke goederen een eigendomsvoorbehoud kon laten gelden, deze rechten toch nog kan invoeren en niet tot restitutie verplicht is. De restitutieplicht geldt ook wanneer een schuldeiser in het buitenland vrijwillig betaald wordt door de gefailleerde (vgl. de woorden 'wordt voldaan' en 'verkregen heeft' in art. 20).<sup>137</sup>

Wanneer een schuldenaar na opening van een insolventieprocedure in het ene land vrijwillig een verbintenis ten aanzien van de gefailleerde uitvoert in een ander land, wordt hij bevrijd indien hij te goeder trouw was. De goede trouw wordt vermoed zolang er geen publiciteit aan het faillissement is gegeven in de vormen voorzien in artikel 21 (zie verder). Daarna wordt de kwade trouw vermoed. Telkens is het vermoeden weerlegbaar.

#### § 4. *Verschoonbaarheid*

59 In de nieuwe Belgische faillissementwet is een ingrijpende nieuwe regeling over de verschoonbaarheid ingevoerd.<sup>138</sup> De gefailleerde die verschoonbaar is verklaard door de rechtbank, kan niet meer vervolgd worden door zijn schuldeisers, volgens de Nederlandse tekst, van de wet ook niet door diegenen die geen aangifte hebben gedaan. In sommige andere landen, zoals het Verenigd Koninkrijk, was de techniek van de 'discharge' reeds lang gekend. De vraag of en in welke mate schuldeisers hun rechten hernemen na sluiting van de insolventieprocedure, wordt beantwoord door de *lex concursus*.<sup>139</sup> Wanneer een Belgische gefailleerde verschoonbaar wordt verklaard, zou deze verschoonbaarverklaring naar Belgische opvattingen ook in het buitenland aanvaard moeten worden, zodat ook aldaar gelegen activa van de

136. De schuldeiser die bv. Amerikaanse, Oost-Europese, Turkse, Israëlische bezittingen van zijn schuldenaar in beslag wil nemen wordt door het V.I.P. dus niet tegengehouden.

137. *Toelichtend Rapport*, p. 107.

138. Art. 79 e.v., zie daarover de bijdrage van E. DIRIX.

139. Art. 4, lid 2, k, V.I.P.; Belgisch gemeen recht: VAN HECKE, G. en LENAERTS, K., o.c., nr. 810.

voormalige gefailleerde niet zouden mogen kunnen worden aangesproken ter voldoening van 'oude' schulden.<sup>140</sup>

## AFDELING 2. VOORRECHTEN EN ZEKERHEDEN

### § 1. *Het algemene denkschema*

60 Precies in gevallen van samenloop zoals faillissement hoopt de schuldeiser wellicht nog meer dan anders dat zijn zekerheid hem zal beschermen door hem voorrang te verlenen boven de andere schuldeisers. Dit verlangen komt soms in conflict met het voor georganiseerde samenloop typerende gelijkheidsbeginsel.

Bij internationaal faillissement botsen de verwachtingen van de schuldeiser bovendien met het op het faillissement toepasselijke recht. Dit doorkruist soms de werking van de zekerheid waarop de schuldeiser meendé te mogen vertrouwen, door het in beginsel op deze zekerheid toepasselijke recht buiten spel te zetten.

SCHRANS en VAN HOUTTE schreven dat voorrechten en zekerheden in het internationaal faillissement voor de grootste verwarving zorgen.<sup>141</sup> Wanneer men de bekendste handboeken internationaal privaatrecht er op naslaat krijgt men nochtans een vrij geordend overzicht van de materie. Het aldaar aangeboden schema wordt in de rechtspraak echter vaak niet gevolgd - soms ook om aanvaardbare redenen, die verband houden met de specificiteit van een bepaald geval - wat de rechtszekerheid niet ten goede komt en inderdaad voor grote verwarving zorgt.

Wegens plaatsgebrek kunnen in hetgeen volgt slechts enkele hoofdlijnen van de problematiek geschetst worden.

61 De rechtsleer stelt traditioneel, dat er *drie fasen* te onderscheiden zijn bij het bepalen van het toepasselijke recht.<sup>142</sup>

140. Zie vorige voetnoot; *addé* ERAUW, J. en WATTÉ, N., 'International aspects of insolvency; national report for Belgium', nog niet gepubliceerde tekst voor een congres gehouden in de zomer 1995 in Taormina, 13; VAN HECKE, G., 'Company bankruptcy and similar proceedings in Belgian private international law', *Corporate bankruptcy and similar proceedings - Hague-Zagreb-Gent Essays 7*, Antwerpen, Maklu, 1989, 84. Zie ook H.R., 31 mei 1996, *N.I.P.R.*, 1997, 153, nr. 116; *N.I.L.R.*, 1996, 390.

141. SCHRANS, G. en VAN HOUTTE, H., *Internationaal handels- en financieel recht*, Leuven, Acco, 1991, nr. 698.

142. Zie bv. COLLE, Ph., *L.c.*, *T.P.R.*, 1992, 501; GEINGER, H., 'Het faillissement en het concordaat in de internationale context', *T.P.R.*, 1982, (115), 133, nr. 32; SCHRANS, G. en VAN HOUTTE, H., o.c., Leuven, Acco, 1991, nr. 698.

1. De *lex obligationis*

Zekerheden zijn minstens economisch, qua doel, accessoir ten opzichte van een schuldvordering. Vandaar dat de vraag naar het bevoorrecht karakter van een schuldvordering en de vraag naar de mogelijkheid om een bepaalde schuldvordering en een bepaalde zekerheid te voorzien bepaald wordt door het rechtsstelsel dat ook die schuldvordering beheerst: *lex contractus*, *lex loci delicti commissi*, enz.<sup>143</sup>

Dit is de vraag naar de *bestaansmogelijkheid* van de zekerheid.

2. De *lex rei sitae*

Indien een zekerheid dient uitgeoefend te worden op goederen die zich bevinden in een andere staat dan deze wiens recht de schuldvordering beheerst, dient nagegaan te worden onder welke voorwaarden de zekerheid, in het buitenland tot stand gekomen of bedongen, aldaar tegenwerpelijk gemaakt kan worden.

Men dient dus de Wet op te sporen die deze tegenwerpelijkheid beheerst. Zoals zal blijken is dit meestal de Wet van de ligging van het goed op het moment van tegeldmaking, de *lex rei sitae*. Daarbij gaat het niet enkel om de vraag of een in het buitenland geldig tot stand gekomen zekerheid überhaupt erkend wordt (bv. bezitloos pand). De *lex rei sitae* bepaalt ook in welke mate de prerogatieven die de *lex obligationis* aan een bepaalde zekerheid toekent, eventueel ingeperkt worden, welke formaliteiten en publiciteitsmaatregelen in acht dienen genomen te worden om de zekerheid tegenwerpig te maken, en tenslotte ook de rangorde van de zekerheid bij de verdeling.

Dit alles kan men samenvatten als de vraag naar de *erkenning* van de zekerheid.

3. De *lex fori concursus*

De wet van het faillissementsforum regeert de tegenwerpelijkheid van de zekerheid in geval van faillissement, vanzelfsprekend inclusief de vraag of en onder welke voorwaarden zekerheden gevestigd tijdens de verdachte periode kunnen 'nietigverklaard' worden, maar meer in het algemeen de vraag naar tegenwerpelijkheid in geval van samenloop.<sup>144</sup>

143. Zie vorige voetnoot; *addé*: ERAUW, J., o.c., 1985, 268; LENAERTS, K., 'Kroniek internationaal privaatrecht (1980-1985)', *R.W.*, 1986-87, 2015, nr. 99; VAN HECKE, G. en LENAERTS, K., o.c., nr. 792; VAN HOUTTE, H., *l.c.*, 393; VAN HOUTTE, H., 'Bevoorrechte schuldvordering en transnationaal faillissement', *T.B.H.*, 1984, 37.

144. COLLE, Ph., *l.c.*, 501, nr. 53; ERAUW, J., o.c., 1985, 268; GANSHOF, L., o.c., nr. 69; RIGAUX, F. en FALLON, M., o.c., nr. 1264; VAN HOUTTE, H., o.c., *T.B.H.*, 1984, 37.

62. Daar waar theoretisch elke van deze drie leges een bepaalde fase in het leven van de zekerheid beheerst - bestaan, tegenwerpelijkheid en tegenwerpelijkheid ingeval van faillissement - merkt men in de praktijk dat de drie leges *cumulatief* toegepast worden. De drie fases zijn in de praktijk immers moeilijk van elkaar te scheiden. De cumulatieve toepassing van de drie leges brengt met zich mee dat in werkelijkheid de strengste *lex doorslaggevend* is.<sup>145</sup>

Dat het onderscheid tussen, bestaan en tegenwerpelijkheid van een zekerheid enigzins kunstmatig is, heeft te maken met het feit dat een zekerheid die geldig tot stand is gebracht overeenkomstig het recht van land A, vaak slechts in land B erkend zal worden indien ze daar a.h.w. opnieuw tot stand is gebracht.

Dit kan geïllustreerd worden aan de hand van de *hypotheek*.

Indien men een hypotheek wil vestigen op een in België gelegen onroerend goed, geldt daarvoor Belgisch recht, ook al is de hypotheecaire lening onderworpen aan bv. Frans recht. De mogelijkheid om een schuldvordering te garanderen door een hypotheek wordt beheerst door de *lex contractus*, bv. Frans recht en zelfs de hypotheekvestiging kan gebeuren overeenkomstig een aan Frans recht onderworpen akte. Maar om de hypotheek op een Belgisch onroerend goed tegenwerpelijk te maken aan derden dient men de Belgische publiciteitsvoorschriften te volgen.

Voor hypotheeken is de situatie dan nog vrij eenvoudig omdat het gaat om een zekerheid die in een of andere vorm in alle West-Europese landen geldig is. De Belgische Hypotheekwet bevat in haar artikel 77 zelfs een regeling betreffende de wijze waarop een buitenlandse hypotheekakte in België erkend te worden. Samengevat komt het er op neer dat dergelijke buitenlandse hypotheekakte een visum moet krijgen van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg waarbij wordt nagegaan of voldaan is aan de authenticiteitsvoorwaarden in het land van oorsprong.<sup>146</sup>

63. Veel meer problemen ontstaan bij zekerheden die geldig tot stand zijn gebracht krachtens het recht van staat A, maar totaal onbekend zijn in land B. Wanneer in land B een restrictieve houding ten aanzien van zekerheden

145. Zie hierover meer uitgebreid WATTE, N., 'Questions de droit international privé des sûretés', *Le droit des sûretés*, Brussel, Ed. Jeanne Barreau, 1992, (305), 325-326.

146. Zie daarover ERAUW, J., o.c., 1985, 216; RIGAUX, F. en FALLON, M., o.c., 496, nr. 1259. Artikel 93 Hypotheekwet breidt het dubbele vereiste van authenticiteit en visum uit tot buitenlandse akten houdende toestemming tot doorhaling of vermindering van een hypotheecaire inschrijving in België. Een cassatiearrest van 15 januari 1853 (*Pas.*, 1853, I, 104) heeft deze eisen uitgebreid naar de in het buitenland opgemaakte volmacht die hier wordt voorgelegd bij het nemen van de inschrijving.

## § 2. Enkele zekerheden van naderbij bekeken

In dit onderdeel zullen we meer specifiek voor een aantal zekerheden nagaan welke wet hun tegenwerpelijkheden beheerst wanneer zij uitgeoefend worden op goederen gelegen in een andere staat dan deze wiens recht de onderliggende schuldvordering beheerst.

## A. Zakelijke zekerheden

65 Typevoorbeelden hiervan zijn het pand en de hypotheek. Ook het eigendomsvoorbehoud kan hier ondergebracht worden.

Het wordt niet betwist dat de tegenwerpelijkheden van deze zekerheden onderworpen is aan de *lex rei sitae*,<sup>154</sup> met andere woorden de wet van de liggende van de goederen op het moment dat men deze, in uitoefening van de zekerheid, wil te gelde maken.<sup>155</sup> Deze wet regelt meer bepaald, en zoals reeds gezegd, de in acht te nemen formaliteiten en openbaarmakingsverplichtingen teneinde de tegenwerpelijkheden te bekomen, de prerogatieven van de pandhouder, hypothecaire schuldeiser enz, en de rangorde van de zekerheid.<sup>156</sup> Zo besliste de Rechtbank te Brussel<sup>157</sup>, dat de rangorde van een Belgische hypotheek, gevestigd op een alhier gelegen goed, beoordeeld wordt naar Belgisch recht, ook al was het goed eigendom van een Franse vennootschap die in Frankrijk failliet verklaard was.

66 Zoals reeds uit deze ene uitspraak naar voor komt, blijft de *lex rei sitae* van toepassing na faillissement.<sup>158</sup> De toepassing van de *lex concursus* is beperkt tot de problematiek van de nietigverklaring of niet-tegenwerpelij-

154. Rb. Brussel, 24 juni 1970, *Pas.*, 1970, III, 117; Kh. Kortrijk, 25 juni 1964, *R.W.*, 1964, 271; Brussel, 26 februari 1913, *Pas.*, 1913, II, 173; VAN HOUTTE, H., *l.c.*, T.B.H., 1978, 393, nr. 25; GANSHOF, L., *o.c.*, nr. 69; COLLE, Ph., *o.c.*, 501, nr. 54; RIGAUD, Fr. en FALLON, M., *o.c.*, 496, nr. 1259; ZENNER, A. en AFSCHRIFT, Th., 'La répartition des actifs d'une société belge faillite possédant des entreprises distinctes en Belgique et à l'étranger', T.B.H., 1981, 79, nr. 8. Deze auteurs wijzen op een beperkte 'uitzondering': het is de *lex concursus* die het bestaan van de wettelijke hypotheek beheerst.

155. Zij het dat men aanneemt dat bij de bepaling van de *lex rei sitae* geen rekening dient gehouden te worden met verplaatsingen van het goed na opening van de insolventieprocedure: zie Brussel, 15 juni 1932, *J.C.B.*, 1933, 146; PEETERS, I., *l.c.*, 32, nr. 53. Ook wanneer de verplaatsing voor opening van de insolventieprocedure plaatsvond, maar bedrieglijk gebeurde, wordt er meestal geen rekening mee gehouden: PEETERS, I., *l.c.*, 32, nr. 54 en de verwijzingen.

156. Gent, 15 mei 1907, *Pas.*, 1907, II, 337; Brussel, 24 juni 1970, *Pas.*, 1970, III, 117; RIGAUD, F. en FALLON, M., *o.c.*, nr. 1108; PEETERS, I., *l.c.*, 39, nr. 75.

157. Rb. Brussel, 24 juni 1970, *Pas.*, 1970, III, 117.

158. Zie ook Antwerpen, 3 mei 1988, T.B.H., 1991, 141.

verklaring van de zakelijke zekerheid op specifiek faillissementsrechtelijke gronden, bv. omwille van vestiging tijdens de verdachte periode. Dit is althans de mening die hier en in een aanzienlijk deel van de rechtspraak en rechtsleer verdedigd wordt (zie noot nr. 154). Sommigen menen echter dat de zekerheid slechts kan ingeroepen worden na faillissement wanneer de *lex concursus* haar erkent.<sup>159</sup> Wij zien geen logische noch praktische reden waarom de *lex concursus* een impact zou moeten hebben op naar *lex obligatorum* en *lex rei sitae* geldige zekerheden, buiten de gevallen die expliciet in het toepasselijke faillissementsrecht voorzien zijn ter vrijwaring van de gelijkheid van de schuldeisers. Uiteraard zal de *lex concursus* in de praktijk meestal samenvallen met de *lex rei sitae*. Dit mag echter niet tot de methodologische fout leiden te verklaren dat de *lex concursus* de 'erkenning' van 'buitenlandse' zekerheden beheerst.

67 In dat verband stelt zich de vraag of bij het faillissement van een Belgische vennootschap, die een onroerend goed bezit in Frankrijk, alwaar dit goed met een hypotheek bezwaard is ten voordele van een Franse schuldeiser, de Belgische faillissementswet, en meer bepaald artikel 447, lid 2, van de oude wet, artikel 19, tweede lid, van de nieuwe wet, als *lex concursus* kan ingeroepen worden om een hypotheek te laten 'nietig' verklaren die ingeschreven is meer dan 15 dagen na de dagtekening van de akte van hypotheekvestiging. Het betreft hier een specifiek faillissementsrechtelijke voordeeling, zodat men geneigd is de *lex concursus* toepasselijk te verklaren, ook al ligt het gehypothekeerde goed in Frankrijk.<sup>160</sup> Anderzijds leidt een toepassing van de Belgische faillissementswet ertoe dat Belgische opvattingen over formaliteiten bij het tegenwerpelijk maken van een hypotheek worden opgedrongen met betrekking tot een onroerend goed dat buiten België gelegen is en voor zekerheidsvestiging vatbaar is overeenkomstig de formaliteiten van zijn liggende.

68 Voor roerende zekerheden is er het bijkomend probleem van het zogenaamde *conflict mobile*: Wanneer een roerend goed verplaatst wordt en daarbij een grens overschrijdt, wordt in principe een nieuwe *lex rei sitae* van toepassing, waardoor de zekerheid eventueel ernstig kan aangetast worden of zelfs verdwijnen.<sup>161</sup> Dit was één van de kenmerkende problemen waarmee

159. Onder anderen: LECHTEN, D., noot onder Antwerpen, 3 mei 1988, T.B.H., 1991, 147.

160. In die zin PEETERS, I., *l.c.*, 60, nr. 132 en verdere verwijzingen; Gent, 15 mei 1907, *Pas.*, 1907, II, 337.

161. Voor koopwaren die getransporteerd worden, zogenaamde *res in transitu*, gelden bijzondere regelen. De meerderheidsopvatting terzake vindt men kort samengevat bij PEETERS, I., *l.c.*, 33, nr. 55.

de schuldeisers die een eigendomsvoorbehoud bedongen hadden geconfronteerd werden. Zoals bekend wordt de tegenwerpelijheid van het eigendomsvoorbehoud door de nieuwe faillissementswet nu ook bij samenloop erkend, zodat de problemen dienaangaande voor een groot stuk tot het verleden zullen behoren.<sup>162</sup> De problemen rond het bezitloos pand en aanverwante figuren zijn daarmee nog niet opgelost. Om het te volgen denkmodel te illustreren kan nog gewezen worden op de te strenge opvatting van de rechtbank van koophandel te Brussel in een vonnis uit 1958, waar zij oordeelde dat een clause van eigendomsvoorbehoud, geldig tot stand gebracht in het buitenland, geen uitwerking meer kan hebben van zodra het goed waarop het eigendomsvoorbehoud slaat in België komt.<sup>163</sup> Aldus geformuleerd is de opvatting o.i. te streng.<sup>164</sup> Men mag niet uit het oog verliezen dat de geldigheid van het eigendomsvoorbehoud en andere zakelijke zekerheden in principe beoordeeld wordt aan de hand van de lex obligatoris, voor eigendomsvoorbehoud de lex contractus. Wanneer een goed een grens overschrijdt wordt het niet zonder meer gezuiverd van de er op rustende zekerheden. Iets anders is de tegenwerpelijheid van dergelijke zekerheid tegenover derden. Daar speelt zeker de lex rei sitae.

69 Men kan zich nochtans vragen stellen over de toepassing van de nieuwe lex rei sitae op zakelijke zekerheden waarvan verplaatste roerende goederen het onderpand vormen. De toepassing van de nieuwe lex rei sitae wordt meestal verantwoordt door te wijzen op de noodzaak de belangen van derden te beschermen, die ervan uitgaan dat wat een persoon bezit, ook zijn eigendom is. Nog afgezien van de vraag of in een handelswereld waar leasing en consignatie de normaalste zaak van de wereld zijn, een derde die afgaat op schijnbare eigendom bij zijn kredietbeslissingen niet getuigt van een aan nalatigheid grenzende naïviteit, dient men zich af te vragen of de belangen van de buitenlandse leverancier of kredietverlener, die de moeite doet om contractueel niet-bedrieglijke zekerheidsconstructies uit te werken, niet even beschermenswaard zijn als die van de lokale schuldeisers die er menen te mogen van uit gaan dat er geen andere zekerheden bestaan dan die van hun lokale recht.<sup>165</sup> N. Watté stelt een tussenoplossing voor door zich af te

162. Om die reden wordt hier niet ingegaan op de niet altijd even overtuigende, noch van onderlinge tegenstrijdigheden gespeende Belgische rechtspraak dienaangaande.

163. Kh. Brussel, 27 oktober 1959, *J.C.B.*, 1959, 81.

164. In dezelfde zin: VAN HECKE en LENAERTS, *o.c.*, nrs. 304 en 646; PEETERS, *l.c.*, 32, nr. 51.

165. En economisch blijkbaar een onderhandelingspositie bekleedt die hem toelaat dit af te dwingen tegenover zijn medecontractant.

166. Zie ook KHARALLAH, G., *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Paris, Economica, ca. 1984, 111, nr. 141.

vragen: 'ne faut-il pas, quand on parle de l'opposabilité de la clause de propriété aux tiers, distinguer entre les tiers qui ont acquis un droit sur les meubles objets de la réserve de propriété, et se conformant aux règles de publicité de la lex rei sitae, et les créanciers chirographaires? Seuls les premiers pourraient se prévaloir de la lex rei sitae'.<sup>167</sup>

Het moet nochtans erkend worden dat deze gedachten nog geen weerklank gevonden hebben in de Belgische rechtspraak. Wij beweren ook niet dat het argument van de derdenbescherming volstrekt zonder merites zou zijn.<sup>168</sup>

70 Daarentegen hebben we veel grotere twijfels bij het argument van de gelijkheid onder de schuldeisers, dat door de Belgische rechtspraak herhaaldelijk wordt aangegrepen om de (Belgische) lex concursus te gebruiken om afbreuk te doen aan de tegenwerpelijheid van een in het buitenland geldig tot stand gebrachte roerende zekerheid. Meer bepaald de nu wellicht tot het verleden behorende rechtspraak inzake de tegenwerpelijheid van het eigendomsvoorbehoud na faillissement hanteerde de lex concursus ten onrechte in die zin.<sup>169</sup> De gedachte is dat bij de vereffening-verdeling die uit het faillissement voortvloeit, met geen andere zekerheden zijnde inbreuken op de gelijkheid-rekening mag gehouden worden dan deze die de lex concursus kent. Bij nader toezien is dit het tegenovergestelde van het respecteren van de gelijkheid: men discrimineert de buitenlandse schuldeisers met zekerheid. De werkelijke reden waarom men dat doet heeft niets te maken met het handhaven van gelijkheid, maar met het honoreren van de verwachtingen van 'derden', zijnde de lokale, Belgische schuldeisers. Zoals hierboven gezien is deze aanpak misschien niet vrij van kritiek, maar in elk geval nog te rechtvaardigen wanneer de lex concursus en de lex rei sitae samenvallen. Men doet er dan echter goed aan ook daadwerkelijk te schrijven dat men een bepaalde zekerheid niet tegenwerpelijk acht omdat de lex rei sitae haar niet erkent, in plaats van de methodologische fout te maken het toepassingsgebied van de lex concursus uit te breiden tot een vraag waarop zij geen invloed

167. WATTÉ, N., *o.c.*, 331, nr. 88 en de verwijzing naar LAGARDE in haar voetnoot 50.

168. Bedenkingen daarover die het niveau van het clichématige overstijgen vindt men, naast bij de auteurs geciteerd in de vorige twee voetnoten, o.a. bij DALHUSEN, J.H., 'Het ontwerp EU-Faillissementsverdrag', *N.T.B.R.*, 1996, 171 e.v. en TRAUTMAN, D.T., WESTBROOK, J.L. en GALLARD, E., 'Four models for international bankruptcy', *American Journal of Comparative Law*, 1993, 573.

169. Zie bv. Kh. Brussel, 22 maart 1988, *T.B.H.*, 1989, 631, noot J.F. GERARD; Brussel, 27 oktober 1958, *J.C.B.*, 1959, 11; cf. Gent, 29 oktober 1979, *T.B.H.*, 1980, 464, waar het eigendomsvoorbehoud evenwel tijdens de verdachte periode was bedongen; Wellicht in dezelfde zin, maar dan in verband met een Duitse 'Sicherungsübereignung': Antwerpen, 20 november 1984, *T.B.H.*, 1986, 787, waar men daarnaast de karakteristieke motivering vindt: 'overwegende dat, van welke hoek men het probleem ook benadert, steeds de Belgische wet van toepassing is op de huidige betwisting'.

mag hebben.<sup>170</sup> Deze methodologische precisie is ook van groot praktisch belang in die gevallen waar *lex rei sitae* en *lex concursus* niet samenvalen. Het volgende voorbeeld kan dit illustreren.

Veronderstel dat bij een verkoop een bezitloos pand gevestigd wordt op het verkochte goed ter verzekering van betaling van de koopprijs. Dit is perfect geldig volgens de *lex contractus*, het recht van land A, waar het goed zich ook bevindt op het moment van het afsluiten van de koop. De koper, een Belgische vennootschap, laat het goed leveren aan haar bijkantoor in land B, wiens recht de tegenwerpelijkheid van het bezitloos pand eveneens erkent. De nodige publiciteitsmaatregelen worden aldaar vervuld. Wanneer de Belgische vennootschap nu failliet gaat, kan men niet de Belgische *lex concursus* inroepen om te beweren dat het bezitloos pand niet aan de boedel tegenwerpelijk zou zijn.

Dat is nochtans het — absurde — resultaat dat men zou verwachten bij een analoge toepassing van de Belgische rechtspraak inzake eigendomsvoorbehoud.<sup>171</sup>

Niet de *lex concursus*, maar de *lex rei sitae* beheerst de vraag naar de tegenwerpelijkheid. Het feit dat het verkochte goed tengevolge van de Belgische universalistische visie op het faillissement principieel wel binnen de reikwijdte van de Belgische *lex concursus* valt en, indien het niet in pand was gegeven, tot de boedel had behoord, kan aan dit principe geen afbreuk doen. Het Belgische recht zou als *lex concursus* bv. wél de vraag beheersen of een *tijdens de verdachte periode* gevestigd bezitloos pand tegenwerpelijk is aan de boedel. Het gaat hier immers om een specifiek faillissementsrechtelijk probleem, nl. het verhinderen dat (al dan niet onweerlegbaar vermoed) bedrog afbreuk doet aan de gelijkheid tussen de schuldeisers.

71 Ook de opstellers van het V.I.P. hebben er zorg voor gedragen de zakelijke rechten te beschermen tegen al te verre gaande afbreuk door de *lex concursus*, nl. voor het geval *lex rei sitae* en *lex concursus* verschillen. Dit is de gedachte die tot uitdrukking wordt gebracht in artikel vijf van het V.I.P.,

170. Zoals gezien dient de *lex concursus* in deze materie enkel onderzocht te worden om na te gaan of zij geen specifieke faillissementsrechtelijke regelen bevat die afbreuk kunnen doen aan de tegenwerpelijkheid van een zekerheid.

171. Het is niet zeker dat de rechtspraak dergelijk moeilijk aanvaardbaar resultaat inderdaad zou nastreven: er zijn drie gepubliceerde vonnissen inzake eigendomsvoorbehoud die niet naar de *lex concursus* verwijzen maar naar de *lex rei sitae*: Kh. Kortrijk, 25 juni 1964, R.W., 1964-65, kol. 271; Kh. Gent, 8 januari 1982, T.B.H., 1982, 417, noot VAN HOUTTE, H.; Kh. Liège, 25 november 1988, T.B.H., 1990, 809. Maar in alle drie de gevallen was de *lex rei sitae* dezelfde als de *lex concursus* (zoals dit trouwens bijna steeds het geval is), namelijk het Belgische recht. In alle andere uitspraken wordt de *lex concursus* toegepast. De in voemoot 56 geciteerde rechtspraak past de *lex concursus* in zeer algemeen termen toe.

waar men leest dat zakelijke rechten op goederen die toebehoren aan de geïllustreerde en zich op het ogenblik waarop de procedure geopend wordt bevinden in een andere staat dan deze waar de procedure geopend wordt, door de *lex concursus* 'onverlet gelaten' worden. Specifiek voor de clauseule van eigendomsvoorbehoud is een identieke regel vervat in artikel 7, lid 1, V.I.P.

Wat de betekenis is van de uitdrukking 'onverlet laten' wordt duidelijk wanneer men het Toelichtend Rapport raadpleegt: 'dit behelst dat de procedure geen rechtsgevolgen heeft voor de zakelijke rechten van derden of schuldeisers'.<sup>172</sup>

Dit is een uitzondering op de in artikel 4 geponeerde algemene toepasselijkheid van de *lex concursus*. Die bepaalt onder andere welk deel van het vermogen van de schuldenaar tot de boedel behoort en of de na de opening van de procedure verkregen goederen tot die boedel behoren; zij bepaalt de regels betreffende de verdeling van de opbrengst van de vereffening, de rangregeling van de vorderingen en de rechten van de schuldeisers die krachtens een zakelijk recht of verrekening reeds gedeeltelijk zijn voldaan. Maar de zakelijke rechten op goederen in derde staten worden door de *lex concursus* dus onverlet gelaten.

Men mag echter het vierde lid van artikel vijf niet uit het oog verliezen: specifiek faillissementsrechtelijke vorderingen strekkende tot niet-tegenwerpelijkheid van een zakelijk recht omdat de bedoelde zekerheid alle schuldeisers zou benadelen blijven wel nog mogelijk, en dit volgens de regelen van de *lex fori concursus*.

72 Een zwak punt van artikel 5 en het V.I.P. in het algemeen is dat het begrip zakelijke rechten niet omschreven is. De invulling ervan wordt bijgevolg noodzakelijkerwijze aan de nationale rechters overgelaten. Dit is een bewuste keuze van de opstellers van het Verdrag geweest, ingegeven door de vrees dat een definitie bepaalde in een Lid-Staat goed ingeburgerde zekerheden zou uitsluiten of anderzijds aan de Lid-Staten bepaalde zakelijke zekerheden die zij niet kennen zou opdringen.<sup>173</sup>

172. p. 70, § 94; zie ook p. 18, § 23.1. Het belangrijkste argument om de zakelijke zekerheden onverlet te laten was in de ogen van de opstellers van het V.I.P., dat dergelijke zekerheden zeer belangrijk zijn bij kredietverlening en bij het aantrekken van kapitaal en dat het economisch belangrijk is de beschikbaarheid van het krediet niet in gevaar te brengen door onvolgende bescherming van de zekerheden in geval van faillissement. Hier wordt dus duidelijk en o.i. terecht stelling genomen tegen de visie dat het principe van de gelijkheid en de verwachtingen van derden die afgaan op schijnbare eigendom mogen primeren op de belangen van diegenen die zich de moeite getroosten (en economisch in staat zijn, gezien de prestatie die zijzelf aan de kredietnemer leveren) om zakelijke zekerheden te bedingen.

173. Deze gedachtegang leidt ertoe dat wellicht zelfs geen verdragsautonome interpretatie van het begrip 'zakelijk recht' onder 'controle' van het Europese Hof van Justitie wenselijk wordt →

Niettemin geeft artikel vijf een opsomming van een aantal rechten die in elk geval als zakelijke rechten dienen beschouwd te worden. Het *Toelichtend Rapport* brengt ook enige verduidelijking. 'Vorderingsrechten die simpelweg versterkt worden door het recht te verlangen dat de vordering bij voorrang wordt voldaan, zoals bij een aantal voorrechten het geval is' kunnen niet als zakelijke rechten in de zin van het verdrag beschouwd worden.<sup>174</sup> Kenmerkend voor elk zakelijk recht is blijkens het rapport<sup>175</sup> dat het recht rechtstreeks op een goed slaat, dat tot voldoening van het recht bestemd blijft, ongeacht de relatie van de houder tot een andere persoon; en dat het tegenwerpelijk is aan iedereen, ook in geval van individuele tenuitvoerlegging door derden en in collectieve insolventieprocedures (door boedelafschieding). Het feit dat een recht niet slechts op een bepaald goed slaat is gene beletsel voor een kwalificatie als zakelijk recht.<sup>176</sup>

Uit dit alles lijkt men te kunnen afleiden dat algemene voorrechten niet als zakelijke rechten in de zin van het V.I.P. kunnen beschouwd worden. De positie van bijzondere voorrechten onder het V.I.P. is totaal onduidelijk. Zeker is dat zij, minstens naar Belgische opvattingen, niet als zakelijke rechten kunnen beschouwd worden. Anderzijds worden zij in het gemene Belgische IPR wel behandeld alsof het zakelijke rechten waren, omdat ook zij meestal op een bepaald goed slaan.

## B. De bijzondere voorrechten

**73** Zoals zonet gesteld, zijn deze geen zakelijke rechten, maar worden ze in het Belgische gemene IPR wel als dusdanig behandeld: zij worden, ook na faillissement, beheerst door de *lex rei sitae*.<sup>177</sup>

→ geacht. Het Rapport stelt duidelijk: 'of een recht als zakelijk recht aangemerkt kan worden, is derhalve te bepalen aan de hand van het nationale recht dat overeenkomstig de normale, voor de toestand van insolventie geldende conflictenregels, zakelijke rechten beheerst (in het algemeen, de op het terzake doende tijdstip geldende *lex rei sitae*)'. De Nederlandse raadsherr Beukenhorst merkt dan ook enigszins sarcastisch op dat de opstellers van het verdrag, na jarenlange onderhandelingen en uitdenken van verschillende systemen, het probleem van de voorrechten uiteindelijk 'onverlet' gelaten hebben.

174. p. 74, § 102.

175. § 103.

176. Deze uitdrukkelijke toelichting in het Rapport was weermom nodig om de Britten gerust te stellen aangaande de erkenning van hun *floating charge* als zakelijk recht.

177. Gent, 9 juli 1938, *Pas.*, 1941, II, 31; Brussel, 16 februari 1984, *Rev. not. b.*, 1984, 193; RIGAUX, F. en FALLON, M., o.c., 499, nr. 1264; VAN HECKE, G. en LENAERTS, K., o.c., 363; CLOQUET, A., o.c., nr. 1797; ZENNER, A. en AFSCHRIFT, Th., i.c., 80, nr. 9.

Dit neemt niet weg dat alleereerst onderzocht moet worden of de schuld-vordering krachtens de *lex obligatoris* überhaupt bevoorrecht is. De *lex rei sitae* kan geen voorrecht toekennen aan een vordering die volgens de *lex obligatoris* niet bevoorrecht is.<sup>178</sup> Wanneer het voorrecht dan uitgeoefend wordt in een andere staat dan die van de *lex obligatoris*, dient het getransformeerd te worden naar een voorrecht dat gekend is onder de *lex rei sitae*, ondanks de kleine verschillen die onvermijdelijk zullen bestaan tussen wettelijk identieke voorrechten uit verschillende staten.<sup>179</sup> De rangorde van het voorrecht zal dan bepaald worden door de *lex rei sitae*. Indien dergelijke informatie niet mogelijk blijkt, omdat geen gelijkaardig voorrecht bestaat in de staat van de *lex rei sitae*, dan kan het buitenlandse voorrecht aldaar niet erkend worden.<sup>180</sup>

**74** Het *Belgisch-Oostenrijks Verdrag* en het *Belgisch-Nederlands Verdrag* maken geen onderscheid tussen algemene en bijzondere voorrechten, maar tussen roerende en onroerende. De voorrechten op roerende goederen worden beheerst door de *lex concursus*, deze op onroerende goederen, evenals de hypothecken, door de *lex rei sitae*.<sup>181</sup>

## C. De algemene voorrechten

**75** Deze veroorzaken de grootste verdeeldheid in de rechtsleer.

Een eerste groep rechtspraak en auteurs pleit voor de toepassing van de *lex concursus*.<sup>182</sup> enkel algemene voorrechten die volgens deze wet erkend

178. RIGAUX, F. en FALLON, M., o.c., nr. 1262; VAN HOUTTE, H., 'Bevoorrechte schuldvordering en transitiefaillissement', noot bij Kh. Gent, *T.B.H.*, 1984, 38, waar de auteur terecht kritiek geeft op het geannoteerde vonnis omdat dit zonder meer de *lex rei sitae* (Belgisch recht) toepaste, zonder na te gaan of de vordering krachtens de *lex contractus*, wellicht Frans recht, bevoorrecht was. In een oud arrest van het Hof van Beroep te Brussel, *J.C.B.*, 1933, 146 werden de terzake geldende principes zuiver uitgedrukt: 'Pour qu'un privilège puisse, en droit international privé, être attribué à une créance, une double condition est requise: il faut d'abord, que la loi qui régit la créance lui confère le privilège; il faut, ensuite, que la loi de la situation du bien sur lequel le privilège doit porter reconnaisse celui-ci; en effet, d'une part, seule la loi qui régit une créance, qui en détermine la nature et les effets est compétente pour décider si cette créance présente la qualité voulue pour être douée d'un privilège; sue, d'autre part, les lois qui créent des privilèges et hypothèques modifient la situation des autres créanciers et des tiers qui pourraient acquérir des droits sur ces biens, sont des lois de crédit public et, dès lors des lois territoriales'.

179. Zie een vb. van dergelijke informatie in Kh. Gent en de noot van VAN HOUTTE, H., *T.B.H.*, 1984, 37-38.

180. ZENNER, A. en AFSCHRIFT, Th., o.c., nr. 10.

181. Art. 8 Belgisch-Oostenrijks Verdrag, art. 23 Belgisch-Nederlands Verdrag.

182. Kh. Brussel, 28 april 1980, *T.B.H.*, 1980, 417; Brussel, 16 februari 1984, *Rev. not. b.*, 1984, 193. (beroepsarrest m.b.t. het vorige vonnis) met advies van het O.M. en expliciet de stelling →

worden, kunnen toegepast worden bij de verdeling van de failliete boedel. Nu kan men er niet omheen dat verdelingen vanzelfsprekend ook buiten faillissement gebeuren en dat de verdeling na faillissement, enkele bijzondere voorschriften zoals het oude artikel 445 Faill. W. niet te na gesproken, niet fundamenteel verschilt van andere gevallen van verdeling. Voorrechten spelen natuurlijk ook buiten faillissement; het gaat dus niet op het ganse systeem van de voorrechten door elkaar te gooien omdat er een faillissement is. De auteurs die de toepassing van de lex concursus bepleiten, stellen echter dat de lex concursus toepasselijk is ten titel van lex rei sitae.<sup>183</sup> Het vermoeden van de gefailleerde, aldus de subtiële redenering, is misschien feitelijk gezien verspreid over meerdere landen, maar juridisch is het te situeren op de plaats van faillietverklaring, althans in een universele visie op het faillissement. Bijgevolg dient het vermogen van de gefailleerde verdeeld te worden rekening houdend met de door de lex concursus ingestelde voorrechten.

Deze opvatting sluit in elk geval perfect aan bij een universalistisch faillissementsstelsel en is eenvoudig. Ook in de Belgische rechtspraak heeft zij weerklank gevonden.<sup>184</sup>

76 Een ander deel van de Belgische rechtsleer, inmiddels wellicht in de meerderheid, kleeft nochtans de stelling aan dat ook de algemene voorrechten door de lex rei sitae beheerst worden.<sup>185</sup> Op het eerste gezicht lijkt het

→ gen van ZENNER en AFSCHRIFT verwerpend (Mr. ZENNER was curator in deze zaak); CLOUQUET, A., o.c., nr. 1797; zie ook de verwijzingen naar gezaghebbende Franse auteurs zoals BATTIFOL en LAGARDE en NIBOYET bij ZENNER, A. en AFSCHRIFT, Th., o.c., nr. 10; Kh. Brussel, 20 juni 1983, T.B.H., 1985, 47; de Franse 'syndic' had gelden geïnd van sommige schuldenaars van de failliete vennootschap, bevoegdheid die hem door het Franse recht was verleend om met de opbrengst te voldoen, zo argumenteerde hij, aan het door de Franse wet ingestelde supervoorrecht voor de onbetaalde werknemers van de Franse vestiging van de vennootschap. Hoewel de lex contractus het Franse recht was, dat het voorrecht instelt, en ook de lex rei sitae Frans recht was (de ligging van een schuldvordering wordt volgens een belangrijke strekking in de rechtsleer evenals volgens het V.I.P., art. 2, g), derde streepje bepaald door de woonplaats van de debiteur), werd de Franse syndic door de Brusselse rechtbank verplicht de gelden af te geven aan de Belgische curator, op basis van de Belgische universaliteitsleer, die de toepasselijkheid van de Belgische lex concursus impliceerde. De Belgische curator werd wel eveneens verplicht de gelden weer door te storten aan de Franse syndic.

183. Zie in de eerste plaats CLOUQUET, A., o.c., nr. 1797.

184. Zie voetnoot nr. 182.

185. De meest strijdbare voorvechters van dit idee zijn ongetwijfeld ZENNER, A. en AFSCHRIFT, Th., o.c., nr. 11 e.v. Zie verder: COLLE, Ph., o.c., T.P.R., 1992, 502; VAN HECKE, G. en LENAERTS, K., o.c., 363, nr. 792; PEETERS, I., I.c., nr. 130; RIGAUD, F. en FALLON, M., o.c., 1262-1264. Deze laatste zijn echter minder precies, in die zin dat zij zonder verdere toelichting verklaren dat de lex rei sitae toepasselijk is op de roerende zekerheden, zonder een onderscheid tussen bv. bijzondere en algemene voorrechten te maken.

nochans niet onmogelijk om ook buitenlandse goederen in een faillissement te betrekken en de opbrengst ervan te verdelen volgens de lex concursus.

ZENNER en AFSCHRIFT geven daarentegen een aantal overtuigende redenen waarom het vanuit praktische oogpunt realistisch is de lex rei sitae toe te passen. Vooreerst is er het feit dat zo goed als niet betwist wordt dat de tegenwerpelijkheid van bijzondere voorrechten volgens de lex rei sitae beoordeeld wordt. Welnu, de verdeling van één boedel moet volgens één recht gebeuren. Men kan niet de lex rei sitae voor de bijzondere voorrechten toepassen en de lex concursus voor de algemene. Dat geeft wetsconflicten voor de oplossing waarvan geen regels bestaan, zoals de rangorde tussen bijzondere voorrechten beheerst door bv. Frans recht en een algemeen voorrecht beheerst door Belgisch recht.

Als tweede argument wijzen ZENNER en AFSCHRIFT op het strict territoriale karakter van bepaalde voorrechten, in de eerste plaats de semi-publiekrechtelijke voorrechten van de fiscus en de sociale zekerheid, die steeds slaan op alle goederen van de schuldenaar in het land dat deze voorrechten heeft ingesteld, ook al heeft hij zijn woonplaats elders. Anderzijds neemt men meestal aan dat dergelijke voorrechten geen extraterritoriale werking hebben.<sup>186</sup> Wanneer men nu zou aanvaarden dat bepaalde algemene voorrechten wel extraterritoriaal werken, zullen zij in conflict komen met de lokale 'publiekrechtelijke voorrechten'. Het lijkt nagenoeg onmogelijk om dergelijk conflict van rangorde tussen voorrechten onderworpen aan verschillende rechtsstelsels, op te lossen. In de praktijk zal een staat ook moeilijk aanvaarden dat de voorrechten van 'zijn eigen' fiscus opzigezet zouden worden door een buitenlands voorrecht.

Aangezien de grensoverschrijdende werking van voorrechten bovendien soms uitgesloten wordt door de wettekst die het voorrecht instelt zelf, of het land waar men een buitenlands voorrecht wil uitoefenen dit gewoonweg niet aanvaardt, dreigt een toepassing van de lex concursus in de praktijk bepaalde schuldeiser die normaal op een voorrecht mochten rekenen, van elk voorrecht te beroven; ZENNER en AFSCHRIFT geven als voorbeeld het voorrecht van de onbetaalde werknemer.<sup>187</sup> Krachtens de wettekst zelf bestaat dit enkel voor

186. Het Belgisch-Oostenrijks verdrag voorziet terzake, in art. 8.5: 'bij faillietverklaring in een overeenkomstsluitende staat worden de schuldvorderingen van de publiekrechtelijke rechtspossonen van de andere staat in het passief van het faillissement opgenomen. De aan hun schuldvorderingen verbonden voorrechten worden alleen erkend ten aanzien van de goederen die zich bevinden op het grondgebied van de staat waarin de faillietverklaring niet is uitgesproken; zij vallen aldaar onder de wet van die staat'.

187. Bëtreffende dit voorrecht bevat het Belgisch-Oostenrijks verdrag dd. 16 juli 1969, goedgekeurd bij wet dd. 15 april 1975, B.S., 24 juli 1975, in zijn art. 8.4 een expliciete regel: de

de in België tewerkgestelde werknemers. Het is dus niet toepasselijk op de Belgische werknemers in het Franse bijkantoor van een Belgische vennootschap. Maar dergelijke werknemers kunnen bij een toepassing van de lex concursus evenmin genieten van de Franse wetgeving, die op hen niet toepasselijk wordt geacht.

77 Het is duidelijk dat een toepassing van de lex rei sitae ernstig afbreuk doet aan de universaliteit van het faillissement. Men is immers verplicht subboekdels te vormen, waarvan de geldelijke opbrengst telkens volgens het lokale recht verdeeld wordt.

Dit betekent niet dat de lokale goederen worden voorbehouden aan lokale schuldeisers. Buitenlandse schuldeisers kunnen proberen een lokaal voorrecht in te roepen. Wanneer na betaling van de schuldeisers die krachtens de lex rei sitae bevoorrecht zijn, nog geld overblijft, valt dit ongetwijfeld, in een universalistisch systeem, in de internationale boedel.

Zelfs in een territoriaal systeem kunnen ook buitenlandse schuldeisers hun vordering in een lokale massa indienen. De toepassing van de lex rei sitae doet afbreuk aan de verwachtingen van schuldeisers uit het land van de lex concursus, die misschien gedacht hadden hun algemeen voorrecht ook op de in het buitenland gelegen goederen te kunnen uitoefenen. Maar men mag niet de verwachtingen van de schuldeisers uit het land van de ligging van de goederen verwaarlozen: dezen verwachten minstens deze goederen als hun onderpand te kunnen aanslaan. Ook zij kunnen hun voorrecht in het buitenland niet uitoefenen. Eigenlijk is de toepassing van de lex rei sitae een botte maar praktische manier om conflicten tussen voorrechten uit verschillende rechtsstelsels op te lossen en aldus de gelijkheid formeel te waarborgen.

#### D. Verrekening

78 Er bestaat geen noemenswaardige discussie over het principe dat de lex concursus de tegenwerpelijkheid van een verrekening aan de failliete boedel beheerst.<sup>188</sup>

→ werknemers die zij tewerkgesteld in een vestiging van de schuldenaar in de verdragsluitende staat waar het faillissement niet is uitgesproken, kunnen kiezen tussen een eventueel lokaal voorrecht voor werknemers als het eventuele voorrecht voor werknemers dat in de staat van de woonplaats van de schuldenaar is ingesteld. Onderpand van het voorrecht zijn echter enkel de goederen die zich in de vestiging waar zij tewerkgesteld zijn bevinden.

188. Mons, 24 december 1984, *T.B.H.*, 1985, 775; ERAUW, J. en WATTÉ, N., *l.c.*, 13; COLLE, Ph., *l.c.*, 504, nr. 60 en de verwijzingen in zijn voetnoot 101; WATTÉ, N., *l.c.*, 321, nr. 54 en de verwijzingen naar de gelijkkluidende Franse rechtsleer in haar voetnoot 85.

Voorafgaandelijk dient natuurlijk wel de vraag beantwoord te worden of compensatie überhaupt mogelijk is. Terzake gerechtelijke compensatie neemt men aan dat de lex fori beslist of deze kan en onder welke voorwaarden aangezien, aldus de traditionele verklaring, het de rechter is die de compensatie doorvoert.<sup>189</sup>

In de rechtsleer bestaat geen eensgezindheid over de vraag welke wet de wettelijke compensatie regelt<sup>190</sup>, maar de - schaarse - rechtspraak past de leges die elk van de te compenseren schuldvorderingen beheersen cumulatief toe<sup>191</sup>; van zodra één van die leges een bepaalde voorwaarde stelt, dient deze vervuld te zijn vooraleer tot compensatie wordt overgegaan. Dit is niet zeer praktisch en leidt er trouwens toe dat uiteindelijk geen van beide wetten gerespecteerd wordt.

79 Het V.I.P. voorziet terzake in een gedeeltelijke uniformiserende regel van dezelfde aard als de in artikel 5 vervatte regel betreffende zakelijke rechten. Artikel 6 stelt dat de opening van een insolventieprocedure het recht van een schuldeiser op verrekening onverlet laat wanneer die verrekening is toegestaan bij het recht dat op de vordering van de insolvente schuldenaar van toepassing is. Artikel 6 doet meer dan het toepassingsgebied van de lex concursus beperken. Het sluit ook een cumulatieve toepassing uit van het op elk van de te compenseren vorderingen toepasselijke recht. Alleen het recht dat toepasselijk is op de vordering van de insolvente schuldenaar bepaalt of diens schuldeiser compensatie kan opwerpen.

Men moet daarbij goed voor ogen houden dat artikel 6 enkel speelt ten aanzien van schulden die zijn aangegaan voor de opening van de insolventie. Na het openen van de insolventieprocedure is de lex concursus overeenkomstig artikel 4 bij uitsluiting bevoegd om te bepalen of verrekening mogelijk is en onder welke voorwaarden.

Opnieuw is de 'uitzondering' voorzien, dat een aanvechting van de verrekening overeenkomstig de lex concursus mogelijk blijft wanneer deze voor het geheel van de schuldeisers nadelig blijkt.

189. N. WATTÉ is strenger en meent dat de rechter slechts tot gerechtelijke compensatie kan beslissen indien niet alleen zijn lex fori, maar ook de wetten die elk van de te compenseren schuldvorderingen beheersen de compensatie toelaten: *l.c.*, 320, nr. 50.

190. Zie voor een overzicht van de verschillende stellingen, de gedetailleerde bijdrage van WATTÉ, N., *l.c.*, 319.

191. Bv. Trib. Gr. Inst., Seine, 17 december 1962, *R.C.D.I.P.*, 1964, 84.



E. Retentie<sup>192</sup>

80 Het is niet eenvoudig het retentierecht precies te kwalificeren. In elk geval is het een middel om een verbintenis van een tegenpartij af te dwingen door een te leveren zaak achter te houden tot dit gebeurd is. Het retentierecht is verbonden aan een verbintenis en slaat op een bepaald goed. In die zin ligt het dicht bij een bijzonder voorrecht.<sup>193</sup>

Voor bijzondere voorrechten wordt algemeen aanvaard dat hun tegenwerpelijheid beheerst wordt door de lex rei sitae. Vaak wordt het retentierecht trouwens zonder meer als een zakelijk recht gekwalificeerd.<sup>194</sup>

Ons inziens is de kwalificatievraag niet van doorslaggevend belang. Wij voelen meer voor de aanpak van BATTIFOL en LAGARDE<sup>195</sup>, die menen dat de lex rei sitae de tegenwerpelijheidsvraag beheerst omdat de retentor het goed in elk geval feitelijk bezit.<sup>196</sup>

Het retentierecht is eveneens accessoir aan een verbintenis, wiens uitvoering het 'garandeert'. Vandaar dat de lex contractus moet geraadpleegd worden om te bepalen of het uitvoeren van het retentierecht überhaupt geoorloofd wordt geacht.<sup>197</sup> Hier geldt weer de regel die we reeds tegenkwamen: de lex rei sitae kan de uitvoering van een recht wel beperken, maar kan geen retentierecht in het leven roepen dat volgens de lex obligationis niet erkend wordt. De in België geldende meerderheidsopvatting is dan ook dat lex contractus en lex rei sitae cumulatief dienen toegepast te worden.<sup>198</sup>

192. Zie daarover de bijdrage van NUYTS, A., 'Le droit de rétention en droit international privé: quelques observations sur le rôle de la loi de l'obligation, de la loi réelle, et de la loi du lieu d'exécution', *T.B.B.R.*, 1992, 30 e.v.

193. Zij het dat het niet, door een wet gecreëerd is, maar eerder berust op een feitelijke machtsverhouding.

194. Zij het dat de mening dat het om een persoonlijk recht gaat, zeker ook zijn aanhangers heeft (bv. VANDER ELST, R., *Les sûretés réelles traditionnelles en droit international privé*, Colloque sur les sûretés, Brussel, Feducci, 1983, 424). Deze auteurs willen dan de lex contractus toegepast zien.

195. *Droit international privé*, 7<sup>e</sup> Ed., t. II, Parijs, *L.G.D.J.*, 1983, 186, nr. 522.

196. Vgl. de opvatting van het Hof van Beroep te Luik, 25 november 1988, *T.B.H.*, 1990, 811, in een zaak die het eigendomsvoorbehoud betrof: 'qu'en l'état actuel du droit belge, s'il est question d'un droit de rétention, il faudra considérer les règles en vigueur au lieu de la situation du bien'.

197. Luik, 25 november 1988, *T.B.H.*, 1990, 811; COLLE, Ph., *l.c.*, nr. 59; NUYTS, A., *l.c.*, nr. 10.  
198. Zie NUYTS, A., 'Le droit de rétention en droit international privé: quelques observations sur le rôle de la loi de l'obligation, de la loi réelle, et de la loi du lieu d'exécution', *T.B.B.R.*, 1992, 30 e.v. Deze wijst er op dat bij de tenuitvoerlegging van het retentierecht ook art. 10, § 2, van het EVO een rol speelt: de lex van de plaats van de uitvoering dient gerespecteerd betreffende de uitvoeringsmodaliteiten en om te bepalen welke maatregelen de schuldeiser mag nemen in geval van niet-uitvoering van een verbintenis. Maar niet alleen is deze lex bijna steeds dezelfde als de lex rei sitae, uit het feit dat blijkt art. 10, § 1c, van het EVO de gevolgen van

In geval van faillissement lijkt de lex concursus, tenminste naar Belgische opvattingen, geen invloed te hebben op de uitvoering van het retentierecht.

Het V.I.P. bevat geen expliciete regeling van het retentierecht, maar het lijkt weinig twijfel dat het retentierecht kan ondergebracht worden bij de zakelijke rechten in de zin van artikel 5 V.I.P., zodanig dat de lex concursus dit recht onverlet zal laten.

→ de niet-uitvoering van een verbintenis beheerst worden door de lex contractus, lijkt men te mogen afleiden dat art. 10, § 2, enkel slaat op de praktische, mineure uitvoeringsmodaliteiten. Deze indruk wordt versterkt door het feit dat art. 10, § 2, het enkel heeft over rekening houden met de lex van de plaats van de plaats van de uitvoering.

## Hoofdstuk 6. Besluit

81 Wanneer het in werking treedt zal het insolventieverdrag een duidelijke meerwaarde brengen voor onze faillissementen. Waar momenteel Belgische faillissementen niet of slechts na een executieprocedure in het buitenland uitwerking krijgen, huldigt het insolventieverdrag het beginsel van de automatische en onmiddellijke erkenning. De prijs die daarvoor betaald moet worden is een beperkte inbreuk op de universaliteitsleer: voortaan zullen faillissementen van vestigingen getolereerd, en zelfs erkend moeten worden. Belgische secundaire faillissementen zullen in de toekomst slechts uitwerking krijgen op het Belgisch grondgebied. Internationaal lijkt de strijd tussen universaliteit en territorialiteit als dusdanig achterhaald. Alle internationale regelingen (verdragen modelwetten, enz.) proberen deze twee te verzoenen. Het insolventieverdrag maakt er een coherente synthese van. Een perfecte regeling van faillissement in internationaal verband kan niet zonder een eenmaking van het materieel faillissementsrecht. Dit geldt in het bijzonder voor het probleem van de zekerheidsrechten. Het insolventieverdrag, een bescheiden project, heeft zich daar niet aan gewaagd. Er kon terzake geen eensgezindheid bereikt worden. Dit bevestigt de stelling van Niboyet, dat zekerheden rechten zijn die niet voor export in aanmerking komen. Toch betekent het Insolventieverdrag ook op dit vlak een stap vooruit. Het Insolventieverdrag laat immers niet toe dat de lex concursus afbreuk zou doen aan een zakelijk recht, inclusief zakelijke zekerheden, wanneer de lex concursus verschilt van de lex rei sitae. Dit komt tegemoet aan de legitieme verwachtingen van de partijen bij een handelstransactie en past het IPR aan de eisen van kredietverleners aan. Daarbij wordt geen afbreuk gedaan aan de gelijkheid onder de schuldeisers, maar worden derden eenvoudigweg verplicht naar buitenlands recht tot standgebrachte zekerheden te respecteren net zoals zij verplicht zijn binnenlandse zakelijke zekerheden te respecteren. Van een afbreuk aan de 'verwachtingen van derden' lijkt dus niet echt sprake te kunnen zijn.

Het Insolventieverdrag laat ruimte voor een nationale regeling van internationale insolventies. Wanneer het niet van toepassing is, moet een andere regeling worden toegepast. Dit komt de duidelijkheid niet ten goede. In Duitsland rijzen er stemmen om het gemeen recht op de verdragsregeling af te stemmen. Misschien verdient dit navolging in België.

## VII. Rechterlijke organisatie, bevoegdheid en rechtspleging

Prof. Dr. Jean LAENENS  
*Universiteit Antwerpen (U.I.A.)*  
Advocaat