



Straatsburg, 2012 12 12
COM(2012) 743 final

**VERSLAG VAN DE COMMISSIE AAN HET EUROPEES PARLEMENT, DE RAAD
EN HET EUROPEES ECONOMISCH EN SOCIAAL COMITÉ**

**over de toepassing van Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000
betreffende insolventieprocedures**

INHOUDSOPGAVE

1.	Inleiding	3
1.1.	Achtergrond	3
1.2.	Algemene beoordeling van de toepassing van de verordening.....	4
2.	Toepassingsgebied van de verordening	4
2.1.	Procedures die onder de verordening vallen	4
2.1.1.	Pre-insolventie- en hybride procedures.....	4
2.1.2.	De insolventie van particulieren en zelfstandigen	7
2.2.	Procedures waarop de verordening niet van toepassing is, artikel 1, lid 2	7
2.3.	Erkenning van insolventieprocedures die buiten de EU worden geopend of coördinatie tussen procedures binnen en buiten de EU	8
3.	Rechterlijke bevoegdheid voor het openen van insolventieprocedures	9
3.1.	Omschrijving en vaststelling van het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar.....	9
3.2.	Procedureel kader voor onderzoek naar de rechterlijke bevoegdheid	10
3.3.	Uit insolventie voortvloeiende acties	11
4.	Toepasselijke Wetgeving	11
4.1.	Werkingsfeer van de algemene regel (lex fori concursus)	11
4.2.	Uitzonderingen op het lex fori-beginsel.....	12
5.	Erkenning van beslissingen tot opening van insolventieprocedures.....	14
6.	Coördinatie van hoofd- en secundaire procedures	14
7.	Groep van ondernemingen	15
8.	Openbaarmaking en kennisgeving van insolventieprocedures	16
9.	Indiening van vorderingen	17
10.	Conclusies	18

VERSLAG VAN DE COMMISSIE AAN HET EUROPEES PARLEMENT, DE RAAD EN HET EUROPEES ECONOMISCH EN SOCIAAL COMITÉ

over de toepassing van Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures

1. INLEIDING

1.1. Achtergrond

Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures¹ (hierna de "verordening" genoemd) trad in mei 2002 in werking. Met deze verordening werd een Europees kader voor grensoverschrijdende insolventieprocedures vastgesteld. Zij is van kracht wanneer een schuldenaar in meer dan één lidstaat vermogen of schuldeisers heeft, of hij nu een natuurlijke persoon of een rechtspersoon is. De verordening bepaalt welke rechter bevoegd is om insolventieprocedures te openen en waarborgt in de gehele Unie erkenning en handhaving van de hieruit voortvloeiende beslissing. De verordening omvat ook uniforme regels aangaande het toepasselijke recht en voorziet in de coördinatie van hoofd- en secundaire procedures.

De verordening is van toepassing in alle lidstaten, met uitzondering van Denemarken, dat een speciale regeling heeft voor justitiële samenwerking krachtens het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

Dit verslag is opgesteld overeenkomstig artikel 46 van de verordening. Het heeft tot doel het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité een beoordeling van de toepassing van de verordening voor te leggen. In dit verslag zijn de volgende documenten in aanmerking genomen:

- een vergelijkende juridische studie inzake de evaluatie van de verordening in 26 lidstaten, uitgevoerd door de universiteiten van Heidelberg en Wenen, ondersteund door een netwerk van nationale rapporteurs²;
- een studie voor een effectbeoordeling van een wijziging van de verordening, uitgevoerd door een consortium van GHK en Milieu³;
- de resultaten van een tussen maart en juni 2012 uitgevoerde onlineraadpleging⁴. De Commissie ontving van alle lidstaten, behalve Bulgarije en Malta, in totaal 134 antwoorden. Het Verenigd Koninkrijk (21%), Roemenië (20%) en Italië (12%)

¹ PB L 160 van 30.6.2000, blz.1.

² Hess/Oberhammer/Pfeiffer, Studie voor een evaluatie van Verordening (EG) nr. 1346/2000 betreffende insolventieprocedures; gepubliceerd op de Europa-site van DG JUSTITIE op http://ec.europa.eu/justice/civil/document/index_en.htm.

³ Deze studie is gepubliceerd op de Europa-site van DG JUSTITIE op http://ec.europa.eu/justice/civil/document/index_en.htm.

⁴ Een statistisch overzicht van de door middel van de IPM-tool ontvangen antwoorden is gepubliceerd op <http://ec.europa.eu/yourvoice/ipm/forms/dispatch?userstate=DisplayPublishedResults&form=Insolvency>. Een door GHK/Milieu opgestelde analyse van alle ontvangen antwoorden maakt deel uit van de effectbeoordelingsstudie waarnaar hierboven wordt verwezen.

vertegenwoordigden ruim de helft van de ondervraagden. Er werden antwoorden ontvangen van een breed scala aan belanghebbenden. Het merendeel van de antwoorden kwam van academici, juristen en overheden.

De toepassing van de verordening werd ook besproken met het Europees justitieel netwerk in burgerlijke en handelszaken.

1.2. Algemene beoordeling van de toepassing van de verordening

Op grond van de evaluatie concludeert de Commissie dat de verordening over het algemeen wordt beschouwd als een succesvol instrument voor de coördinatie van grensoverschrijdende insolventieprocedures in de Unie. De fundamentele keuzes en het onderliggende beleid worden in ruime mate door de belanghebbenden onderschreven. Over de interpretatie van de verordening aangaande een aantal kwesties werd duidelijkheid verschaft door de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU). Daarmee werd een bijdrage geleverd aan een uniforme interpretatie van de verordening door nationale rechters. Deze beoordeling wordt ondersteund door de resultaten van de openbare raadpleging, waaruit blijkt dat een meerderheid van de respondenten van oordeel is dat de verordening efficiënt werkt. Juristen, overheden en academici zijn het positiefst.

Niettemin zijn door de evaluatiestudie en de openbare raadpleging een aantal tekortkomingen van de verordening aan het licht gekomen. De Commissie is daarom van mening dat er aanpassingen nodig zijn om aan de behoefte aan een moderne en ondernemersvriendelijke omgeving te voldoen. Er zijn in hoofdzaak problemen vastgesteld met betrekking tot het toepassingsgebied van de verordening, de regels betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de verhouding tussen hoofd- en secundaire procedures, de openbaarmaking van beslissingen die aan insolventie zijn gerelateerd en het indienen van vorderingen. Daarnaast is er kritiek op het ontbreken van specifieke regels voor de insolventie van leden van een groep ondernemingen. Deze kwesties worden hieronder nader besproken.

2. TOEPASSINGSGEBIED VAN DE VERORDENING

2.1. Procedures die onder de verordening vallen

Het voornaamste doel van de verordening is ervoor te zorgen dat een beslissing tot opening van een insolventieprocedure en de effecten hiervan, zowel met betrekking tot natuurlijke personen als tot rechtspersonen, in de gehele Unie worden erkend. **Artikel 1, lid 1**, waarin de criteria worden vermeld waaraan nationale procedures moeten voldoen om binnen de werkingssfeer van de verordening te vallen, is een afspiegeling van het traditionele concept van insolventieprocedures: het vooronderstelt de insolventie van de schuldenaar en vereist dat deze het beheer en de beschikking over zijn vermogen verliest, en dat er een curator wordt aangesteld. Vanwege nieuwe tendensen en benaderingen in de lidstaten valt een breed scala aan nationale procedures die tot doel hebben een oplossing te vinden voor de schuldenlast van ondernemingen en particulieren, niet onder het huidige toepassingsgebied van de verordening.

2.1.1. Pre-insolventie- en hybride procedures

Heden ten dage voorzien veel nationale insolventiewetten in Europa in pre-insolventie- en hybride procedures. Pre-insolventieprocedures kunnen worden gekenschetst als quasi-collectieve procedures onder toezicht van een rechter of een overheidsorgaan, die een schuldenaar in financiële problemen de mogelijkheid bieden van herstructurering in een pre-

insolventiefase en van vermindering van de aanvang van de insolventieprocedure in gebruikelijke zin. Hybride procedures zijn procedures waarbij de schuldenaar enige controle behoudt over zijn activa en zaken, zij het onder toezicht of controle van een rechter of een met insolventiezaken belaste functionaris.

Deze evaluatiestudie wijst uit dat 15 lidstaten pre-insolventie- of hybride procedures hebben die momenteel niet worden vermeld in bijlage A van de verordening, zoals in de tabel hieronder is weergegeven.

Tabel: Pre-insolventie- en hybride procedures die niet zijn opgenomen in bijlage A van de verordening

Oostenrijk	- procedures krachtens de Wet Reorganisatie van Ondernemingen van 1997 (<i>Reorganisationsverfahren</i>)
België	- Handelonderzoek/Enquête commerciale; artikel 8 en volgende WCO (Loi relative à la continuation des entreprises/wet betreffende continuïteit van ondernemingen) - Aanstelling ondernemingsbemiddelaar/Désignation d'un médiateur d'entreprise; art. 13 WCO - Aanstelling gerechtsmandataris/Désignation d'un mandataire de justice; art. 14 LCE - <i>Minnelijk akkoord/accord amiable</i> ; art. 15 WCO - Gerechtelijke reorganisatie door een minnelijk akkoord/Réorganisation judiciaire par accord amiable; art. 43 WCO -Aanstelling voorlopig bestuurder/Désignation d'un administrateur provisoire; art. 28 WCO
Estland	- Reorganisatieprocedures voor rechtspersonen (Estlandse Reorganisatiewet) - Schuldaanpassingsprocedures voor natuurlijke personen (Wet voor schuldherschikking en schuldbescherming)
Frankrijk	- <i>mandat ad hoc</i> (L 611-3 Handelswet) - <i>schikkingsprocedures</i> (L 611-4 en volgende, Handelswet) - <i>sauvegarde financière accélérée</i> (SFA)
Duitsland	- procedures voor een beschermend schild (<i>Schutzschirmverfahren</i> , Sectie 270b InsO) ⁵
Griekenland	- Reorganisatieprocedure (diadikasia eksigiansis, διαδικασία εξυγίανσης;

⁵ De huidige situatie is onduidelijk: aangezien bijlage A over het algemeen naar procedures van de insolventiewet verwijst, lijken de procedures voor een beschermend schild te zijn inbegrepen. Er bestaat echter nog altijd onduidelijkheid of deze procedures overeenkomen met de omschrijving in artikel 1, lid 1, van de verordening.

	artikelen 99 en volgende van de Griekse insolventiewet, zoals gewijzigd bij artikel 234 van de recente wet nr. 4072/2012)
Italië	- <i>accordo di ristrutturazione dei debiti</i> (art. 182 bis van de Italiaanse insolventiewet) - piano di risanamento attestato
Letland	- buitengerechtelijke wettelijke beschermingsprocedures (zoals voorzien in de insolventiewet van 26 juli 2010)
Malta	- Wettelijke regeling voor een compromis of overeenkomst (<i>Rikostruzzjonijiet ta' Kumpaniji</i>) - Procedure voor het herstel van ondernemingen
Nederland	- <i>Schuldsaneringsregeling</i> , van toepassing op natuurlijke personen, artikel 287a van de Nederlandse Faillissementswet
Polen	- rehabilitatieprocedure (<i>Postępowanie naprawcze</i> ; art. 492-521 van de faillissements- en rehabilitatiewet)
Roemenië	- <i>mandat ad-hoc</i> (<i>mandatul ad-hoc</i> ; art. 7 en volgende, Wet nr. 381/2009) - preventief concordaat (<i>concordatul preventiv</i> ; art. 13 en volgende, Wet nr. 381/2009)
Spanje	- <i>homologación de los acuerdos de refinanciación</i> (4 ^e aanvullende bepaling van Wet nr. 38/2011 tot wijziging van de Spaanse insolventiewet)
Zweden	- Procedures voor schuldverlichting (<i>skuldsanering</i> ; Sectie 4 van de Wet inzake schuldverlichting) van toepassing op particulieren
VK	- regelingen voor een overeenkomst (Deel 26 van de wet op de ondernemingen 2006)

Het voornaamste probleem dat voortvloeit uit het feit dat een aanzienlijk aantal pre-insolventie- en hybride procedures momenteel niet onder het toepassingsgebied van de verordening valt, is dat hun gevolgen niet in de hele EU worden erkend. Schuldeisers die het met een dergelijke procedure niet eens zijn, kunnen daardoor hun vorderingen proberen te verhalen op activa van de schuldenaar die in zich in een andere lidstaat bevinden, hetgeen pogingen om een onderneming te redden kan ondergraven (het zogeheten "holding-out" probleem). Bovendien kunnen de kansen om ondernemingen te redden teloor gaan omdat de partijen niet bereid zijn zich te onderwerpen aan de relevante procedures indien hun grensoverschrijdende erkenning niet is gewaarborgd. Daarom is de aanbeveling gedaan om deze problemen in de herziening van de verordening aan te pakken. Deze zienswijze wordt gedeeld door een meerderheid van de respondenten van de openbare raadpleging. 59% meende dat de verordening van toepassing moet zijn op pre-insolventie- en hybride procedures. De meningen waren echter verdeeld over de vraag op welke procedures precies de verordening van toepassing zou moeten zijn en met name over de vraag wanneer rechterlijk toezicht geëist zou moeten worden.

Bovendien heeft de evaluatiestudie problemen aan het licht gebracht met betrekking tot de discrepanties tussen de in de bijlagen vermelde procedures en de in artikel 1, lid 1, opgenomen voorwaarden. Deze problemen worden geïllustreerd door twee verwijzingen naar verzoeken om een prejudiciële beslissing die momenteel in behandeling zijn bij het HvJEU. De eerste zaak betreft de vraag of de verordening van toepassing is op een nationale insolventieprocedure die niet in de bijlagen wordt vermeld, maar die overeenkomt met de omschrijving in artikel 1, lid 1⁶. De tweede zaak betreft de kwestie of de verordening van toepassing is op nationale procedures die in de bijlage worden vermeld, maar niet overeenkomen met de omschrijving in artikel 1, lid 1⁷. Deze zaken laten zien dat er momenteel enige rechtsonzekerheid bestaat over de vraag welke procedures thans onder het toepassingsgebied vallen.

Een derde vastgesteld probleem heeft betrekking op situaties waarin lidstaten nationale procedures die in de bijlagen worden vermeld, wijzigen zonder de Commissie hiervan in kennis te stellen. In deze situaties is het onduidelijk of de gewijzigde of nieuwe procedures van de lidstaten overeenkomen met de omschrijving van artikel 1, lid 1.

2.1.2. *De insolventie van particulieren en zelfstandigen*

De verordening is van toepassing op nationale procedures, ongeacht of de schuldenaar een natuurlijke dan wel een rechtspersoon, een koopman dan wel een particulier is⁸. Uit de evaluatiestudie bleek dat veel lidstaten weliswaar hun insolventieprocedures inzake natuurlijke personen voor opnemings in de bijlagen ter kennis hebben gebracht⁹, maar dat een groot aantal insolventieprocedures inzake natuurlijke personen momenteel niet onder het toepassingsgebied van de verordening vallen¹⁰. Dit komt gedeeltelijk omdat de procedures niet voldoen aan de omschrijving in artikel 1, lid 1, van de verordening, dan wel pas kort geleden werden ingevoerd of omdat de desbetreffende lidstaat vindt dat ze niet onder het toepassingsgebied van de verordening vallen¹¹. Dit laatste contrasteert met de uitkomsten van de openbare raadpleging, waarin een meerderheid van de respondenten (59%) aangaf dat de verordening van toepassing moet zijn op particulieren en zelfstandigen.

De verscheidenheid aan nationale wetten maakt een en ander nog ingewikkelder. Sommige lidstaten hebben helemaal geen regeling voor insolventie van natuurlijke personen. Andere lidstaten hebben regelingen voor insolventie van natuurlijke personen die zowel op zelfstandigen of individuele ondernemers als op consumenten van toepassing zijn. Een derde groep heeft alleen speciale regelingen voor consumenten: zelfstandigen en handelaren vallen onder insolventieregelingen voor ondernemingen. Een vierde groep heeft aparte regelingen voor consumenten, zelfstandigen en individuele ondernemers.

De Commissie is van mening dat de status quo een probleem is omdat deze ertoe kan leiden dat schuldenaren aansprakelijk blijven jegens buitenlandse schuldeisers. Zo kan met name een

⁶ HvJEU, zaak C-461/11, *Ulf Kaziemierz Radziejewski*.

⁷ HvJEU, zaak C-116/11, *Bank Handlowy*.

⁸ Overweging 9 van de verordening.

⁹ AT, BE, CZ, CY, DE, LV, MT, NL, PL en – gedeeltelijk – FR, SI en UK. In het oosten van Frankrijk (Bas-Rhin, Haut-Rhin, Moselle), is de algemene insolventiewet ook van toepassing op particulieren met te hoge schulden. In het Verenigd Koninkrijk vallen sommige procedures die open staan voor natuurlijke personen met te hoge schulden, onder de verordening (faillissement, individuele vrijwillige schikking, trustakten, beslaglegging), maar andere niet (schuldverlichtingsregelingen ofwel 'debt relief orders', schuldbeheersingsregelingen).

¹⁰ EE, EL, FI, FR, LT, LU, SI, SE, UK.

¹¹ FR, LU.

eerlijke ondernemer die in een lidstaat van zijn schulden is bevrijd, ervan worden weerhouden een nieuw bedrijf op te zetten of handel te drijven in een andere lidstaat. Het probleem kan ook schuldenaren die in eigen land van hun schuld zijn bevrijd, ontmoedigen om in een andere lidstaat te gaan wonen of werk te zoeken.

2.2. Procedures waarop de verordening niet van toepassing is, artikel 1, lid 2

De verordening is niet van toepassing op verzekeringsondernemingen en kredietinstellingen, beleggingsondernemingen die diensten verrichten welke het houden van geld of effecten van derden behelzen, en instellingen voor collectieve belegging. Deze vallen niet onder deze verordening, omdat zij aan specifieke regelingen onderworpen zijn waarbij de nationale toezichthoudende autoriteiten in bepaalde opzichten over omvangrijke bevoegdheden beschikken om in te grijpen¹². Grensoverschrijdende insolventieprocedures betreffende verzekeringsondernemingen en kredietinstellingen worden door andere instrumenten van het EU-recht beheerst¹³. Net als de verordening voorzien deze instrumenten in regels ten aanzien van de internationale rechterlijke bevoegdheid inzake de vaststelling van reorganisatiemaatregelen of het aanvangen van liquidatieprocedures, het toepasselijk recht en de erkenning van procedures.

In academische publicaties is opgemerkt dat het ontbreken van een EU-instrument dat grensoverschrijdende insolventie van instellingen voor collectieve belegging en beleggingsfirma's regelt, een ongewenste lacune in het EU-recht inhoudt. Met betrekking tot het merendeel van deze beleggingsfirma's zal deze lacune binnenkort waarschijnlijk worden opgevuld wanneer de in het recente voorstel voor een richtlijn voor het herstel en de afwikkeling van banken¹⁴ voorziene wijzigingen van Richtlijn 2001/24/EG worden goedgekeurd. Ten aanzien van collectieve beleggingsondernemingen hebben belanghebbenden gemeld dat de huidige situatie in de praktijk niet tot problemen heeft geleid, aangezien insolventie van collectieve beleggingsondernemingen tamelijk zeldzaam is.

2.3. Erkenning van insolventieprocedures die buiten de EU worden geopend of coördinatie tussen procedures binnen en buiten de EU

De verordening is van toepassing op insolventieprocedures van schuldenaars die het centrum van hun voornaamste belangen in een lidstaat hebben. Insolventieprocedures waarbij het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar buiten de EU ligt, vallen niet onder de verordening. Zelfs indien het centrum van de voornaamste belangen binnen de EU ligt, is het toepassingsgebied beperkt ten aanzien van activa, schuldeisers of instellingen in het buitenland. In dergelijke situaties is de verordening slechts gedeeltelijk van toepassing, op de actoren en activa in een lidstaat. Kwesties die niet onder het toepassingsgebied van de verordening vallen, zijn onderworpen aan het nationale recht.

In de effectbeoordelingsstudie wordt opgemerkt dat sinds de verordening werd vastgesteld, diverse lidstaten wetten hebben uitgevaardigd om aspecten van grensoverschrijdende

¹² Vgl. overweging 9.

¹³ Richtlijn 2009/138/EG betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II), PB L 335 van 17.12.2009, blz. 1; Richtlijn 2001/24/EG betreffende de sanering en de liquidatie van kredietinstellingen, PB L 125 van 5.5.2001, blz. 15.

¹⁴ Voorstel van 6 juni 2012 voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van de Richtlijnen 77/91/EEG en 82/891/EG van de Raad, de Richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG en 2011/35/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010, COM(2012) 280 finalief.

insolventie te regelen die betrekking hebben op staten buiten de EU. Roemenië, Polen, het Verenigd Koninkrijk, Slovenië en Griekenland hebben wetten aangenomen die gebaseerd zijn op de UNCITRAL-modelwet uit 1997. België, Duitsland en Spanje hebben wetten inzake internationale insolventie ingevoerd waarin de UNCITRAL-aanpak niet wordt overgenomen, maar die door de bank genomen wel op soortgelijke onderwerpen van toepassing zijn. Frankrijk en Italië hebben geen specifieke wetgeving op dit gebied, maar hun rechters passen algemene beginselen van internationaal privaatrecht toe.

De effecten van de internationale dimensie van insolventie kunnen dus per betrokken lidstaat verschillen. Op grond van de evaluatiestudie concludeert de Commissie evenwel dat er in de praktijk geen grote problemen zijn geweest door het gebrek aan geharmoniseerde bepalingen voor de erkenning van niet-EU-insolventieprocedures of de coördinatie tussen procedures binnen en buiten de EU. De meningen van de respondenten van de openbare raadpleging waren verdeeld over de vraag of het gebrek aan bepalingen voor de erkenning of coördinatie van insolventieprocedures buiten de EU problemen had veroorzaakt: 44% vond van wel, 37% meende van niet. Er werden een aantal problemen met de erkenning van EU-beslissingen of de bevoegdheden van een EU-curator in niet-lidstaten zoals Zwitserland gerapporteerd. Zulke problemen kunnen echter enkel door een internationaal verdrag worden opgelost, niet door een EU-instrument. Er zij in dit verband opgemerkt dat Zwitserland informeel belangstelling heeft getoond voor het opstellen van een bilaterale overeenkomst inzake insolventie met de EU.

3. RECHTERLIJKE BEVOEGDHEID VOOR HET OPENEN VAN INSOLVENTIEPROCEDURES

3.1. Omschrijving en vaststelling van het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar

Het concept “centrum van de voornaamste belangen” is van cruciaal belang voor de toepassing van de verordening. De Commissie merkt op dat er algemene steun is voor het concept “centrum van de voornaamste belangen” zoals het HvJEU dit interpreteert. Dit komt overeen met de resultaten van de openbare raadpleging, waarbij een significante meerderheid van de respondenten (77%) het centrum van de voornaamste belangen als geschikt middel beschouwde om te bepalen waar de hoofdprocedure dient plaats te vinden. Wel was 51% van mening dat de interpretatie van de term “centrum van de voornaamste belangen” praktische problemen tot gevolg had. Desalniettemin vonden sommigen dat de verduidelijkingen van het HvJEU zeer hebben bijgedragen tot een uniformere toepassing van de term.

De jurisprudentie van het HvJEU heeft het concept “centrum van de voornaamste belangen” in zijn arresten *Eurofood*¹⁵ en *Interedil*¹⁶ verduidelijkt. De vaststelling van het centrum van de voornaamste belangen vereist een brede beoordeling van de omstandigheden van elk afzonderlijk geval; volgens de objectieve benadering van het HvJEU moet het centrum van de voornaamste belangen worden vastgesteld aan de hand van door derden controleerbare criteria. In het algemeen worden deze criteria daar vervuld waar de schuldenaar zijn zakelijke activiteiten uitvoert of waar zijn hoofdadministratie is gevestigd.

Voor bedrijven en andere rechtspersonen gaat **artikel 3, lid 1**, uit van een weerlegbaar vermoeden ten gunste van de plaats van de statutaire zetel. In de jurisprudentie van het HvJEU zijn de voorwaarden verduidelijkt waaronder dit vermoeden kan worden weerlegd, op

¹⁵ HvJEU, zaak C-341/04, *Eurofood*.

¹⁶ HvJEU, zaak C-396/09, *Interedil*.

een wijze die algemeen als geschikt wordt beschouwd. Er is echter gerapporteerd dat in veel lidstaten (AT, BE, CZ, FR, DE, EL, IT, LU, NL, PL, RO, ES, SE, UK) het vermoeden soms werd weerlegd zonder de door het HvJEU geëiste brede beoordeling. Het is onduidelijk of dit komt omdat de rechter zich onvoldoende bewust was van de jurisprudentie van het HvJEU, of vanwege de problemen die de vereiste feitelijke benadering met zich brengt.

Hoewel de verordening van toepassing is op de insolventie van natuurlijke personen ongeacht of zij koopman of consument zijn, wordt in de huidige bewoordingen van artikel 3, lid 1, het centrum van de voornaamste belangen van particulieren niet expliciet aan de orde gesteld. In dat opzicht heeft de evaluatiestudie inconsistenties in de praktijk van lidstaten aan het licht gebracht. Sommige rechters pasten een vermoeden toe ten gunste van de woonplaats van de schuldenaar, terwijl andere rechters eenvoudigweg nationale concepten toepasten op het centrum van de voornaamste belangen van particulieren.

Het is zeer moeilijk het centrum van de voornaamste belangen vast te stellen wanneer de schuldenaar van woonplaats is veranderd voordat de insolventie is aangevraagd. Volgens de jurisprudentie van het HvJEU¹⁷ is de indiening van het verzoek tot opening van de hoofdprocedure het beslissende moment om het bestaan van het centrum van de voornaamste belangen vast te stellen. Indien de schuldenaar zijn centrum van voornaamste belangen daarna naar een andere lidstaat overbrengt, behoudt de geadieerde rechter de rechterlijke bevoegdheid. Deze jurisprudentie wordt door de rechters grotendeels geëerbiedigd. Er kunnen problemen ontstaan indien de schuldenaar zijn centrum van voornaamste belangen vóór het verzoek naar een andere lidstaat overbrengt. De evaluatiestudie bracht gevallen aan het licht van (tijdelijke) verplaatsingen door particulieren van hun centrum van voornaamste belangen waarbij evident sprake was van misbruik, omdat zij er enkel kwijtschelding van overblijvende schulden mee beoogden. Deze kwestie, ook wel aangeduid als “faillissementstoerisme”, beperkt zich tot een klein aantal regio's in de Unie. Het oosten van Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Letland trekken schuldenaars uit andere landen aan. Met name Duitse en Ierse schuldenaars hebben geprobeerd profijt te trekken van de door de Engelse wetgever geboden mogelijkheden tot kwijtschelding van een schuld binnen slechts een jaar.

Het is ook voorgekomen dat bedrijven naar een andere lidstaat verhuisden dan die waar hun statutaire zetel was gevestigd om er profijt te trekken van meer verfijnde herstructureringsmechanismen. Zulke verplaatsingen zijn echter niet per definitie als misbruik of als onrechtmatig aan te merken. In de eerste plaats worden verplaatsingen van centra van de voornaamste belangen van bedrijven door het HvJEU geaccepteerd als een rechtmatige uitoefening van de vrijheid van vestiging. Zo lichtte het Hof in zijn Centros-besluit toe dat zakelijke activiteiten in een lidstaat via een bedrijf dat gevestigd is in een andere lidstaat, onder de vrijheid van vestiging vallen, zelfs indien de statutaire zetel van de onderneming werd gekozen om de minimumkapitaalvereisten van de lidstaat waar zich de werkelijke zetel bevindt te vermijden. Bovendien is verplaatsing van het centrum van de voornaamste belangen vaker in het voordeel dan in het nadeel van schuldeisers. Vaak geschieden verplaatsingen zelfs op aandringen van (hoofd)schuldeisers, teneinde het bedrijf te redden of te herstructureren. Er bestaan diverse gevallen waarbij een verplaatsing van het centrum van de voornaamste belangen naar het Verenigd Koninkrijk een succesvolle herstructurering van een bedrijf mogelijk maakte, vanwege de flexibiliteit die de Britse insolventiewetgeving bedrijven in dit opzicht gunt.

¹⁷ HvJEU, zaak C-1/04, *Staubitz-Schreiber*.

3.2. Procedureel kader voor onderzoek naar de rechterlijke bevoegdheid

De evaluatiestudie legt de nadruk op een aantal significante problemen met betrekking tot het procedurele raamwerk voor het onderzoek naar de bevoegdheid van de rechter die insolventieprocedures opent. Nu staat er in de verordening niets specifiek over deze kwestie, die wordt geregeld door het procesrecht van de lidstaten en algemene beginselen van efficiëntie en non-discriminatie. De wijze waarop nationale rechters de rechterlijke bevoegdheid krachtens artikel 3 vaststellen, verschilt in de EU echter aanzienlijk. Het is kennelijk niet alle rechters duidelijk dat zij de plicht hebben hun rechterlijke bevoegdheid ambtshalve te onderzoeken en in de beslissing tot opening van de procedure expliciet te vermelden waarop zij de rechterlijke bevoegdheid tot vaststelling van die beslissing baseren. Dit is een probleem, aangezien het beginsel van wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten als hoeksteen van de verordening vereist dat de rechters van de lidstaten het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar zorgvuldig beoordelen. Immers, beslissingen om insolventieprocedures te openen worden door andere lidstaten zonder meer erkend. Er bestaat geen enkele bevoegdheid om het besluit van de rechter zelf te onderzoeken.

Wat het procedurele raamwerk betreft, is tevens kritiek geleverd op het feit dat buitenlandse schuldeisers niet altijd het recht hebben de beslissing om insolventieprocedures te openen aan te vechten. En ook als zij formeel gerechtigd zijn dit te doen, dan nog worden zij zo laat van de beslissing in kennis gesteld dat zijn hun recht om de beslissing aan te vechten niet daadwerkelijk kunnen uitoefenen.

3.3. Uit insolventie voortvloeiende acties

De afbakening tussen de Brussel I-verordening¹⁸ en de verordening is een van de meest omstreden kwesties op het gebied van grensoverschrijdende insolventie. Het meningsverschil heeft betrekking op de internationale bevoegdheid (artikel 3) en de erkenning van buitenlandse beslissingen (artikel 25).

Volgens de jurisprudentie van het HvJEU moeten beslissingen over civiele acties als insolventiespecifiek worden gekenschetst indien zij rechtstreeks voortvloeien uit insolventieprocedures en er nauw verband mee houden (*vis attractiva concursus*). Niettemin is dit beginsel enkel gecodificeerd ten aanzien van de erkenning (artikel 25 van de verordening). De formulering ter afbakening werd door het HvJEU in 1979 vastgelegd¹⁹ met betrekking tot het Verdrag van Brussel²⁰ en werd door het Hof herhaald in het arrest *DekoMarty*²¹ ten aanzien van de rechterlijke bevoegdheid uit hoofde van de verordening. Het HvJEU oordeelde dat de rechter die de insolventieprocedure opent rechterlijke bevoegdheid heeft voor vorderingen tot nietigverklaring van de curator jegens een derde partij, zoals een vordering tot nietigverklaring van een overdracht van aandelen in het kader van een insolventieprocedure²², en dat de Brussel I-verordening op dergelijke acties niet van toepassing is.²³ Daarentegen oordeelde het Hof dat een actie van een verkoper op grond van een eigendomsvoorbehoud jegens een insolvente koper²⁴ en een *actio Pauliana* gebaseerd op

¹⁸ Verordening (EG) nr. 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, PB L 12 van 16.1.2001, blz. 1.

¹⁹ HvJEU, zaak 133/78, *Gourdain v. Nadler*.

²⁰ Verdrag van Brussel van 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (geconsolideerde versie in PB C 27 van 26.1.1998, blz. 1).

²¹ Zaak C-339/07, *Deko Marty*.

²² Zaak C-111/08, *SCT Industri*.

²³ Zaak C-111/08, *SCT Industri*.

²⁴ Zaak C-292/08, *German Graphics*.

een door een curator aan de enige schuldeiser toegewezen vordering jegens derden²⁵, niet kan worden gekenschetst als nauw verband houdend met de insolventieprocedures.

44% van de respondenten van de openbare raadpleging meldde dat er ten aanzien van de wisselwerking tussen de verordening en de Brussel I-verordening geen problemen waren die niet op bevredigende wijze door jurisprudentie waren opgelost. Niettemin concludeert de Commissie dat het ontbreken van een uitdrukkelijke regel inzake de rechterlijke bevoegdheid voor uit insolventie voortvloeiende acties tot onzekerheid leidt voor juristen die niet goed zijn ingevoerd in de jurisprudentie van het HvJEU. Daarnaast is er kritiek op het feit dat een curator een uit insolventie voortvloeiende actie niet kan cumuleren met een actie die onder de Brussel I-verordening valt.

4. TOEPASSELIJKE WETGEVING

4.1. Werkingssfeer van de algemene regel (*lex fori concursus*)

Een meerderheid van degenen die op de openbare raadpleging reageerden (55%) vond dat de bepalingen van de verordening bevredigend zijn, tegenover een minderheid van 32% die meende dat dit niet zo is.

Volgens de evaluatiestudie is de algemene bepaling inzake het toepasselijke recht (*lex fori concursus*) in **artikel 4, lid 1**, van de verordening in overeenstemming met algemene en breed erkende beginselen van internationaal privaatrecht volgens welke insolventieprocedures worden geregeld door het recht van de staat waar de procedure wordt geopend. De Commissie concludeert dat wijzigingen met betrekking tot deze bepaling niet nodig zijn.

In de evaluatiestudie wordt verwezen naar kwesties die rijzen met betrekking tot kwalificatie of karakterisering, maar ervan uitgegaan dat de behandeling van dergelijke kwesties onder de verantwoordelijkheid valt van de nationale rechter, of, zo nodig, van het HvJEU.

4.2. Uitzonderingen op het *lex fori*-beginsel

Een meerderheid van degenen die op de openbare raadpleging reageerden (56%), bevestigde dat de uitzonderingen op de algemene regel betreffende het toepasselijke recht gerechtvaardigd zijn ter bescherming van het gewettigd vertrouwen en de rechtszekerheid.

Artikel 5 bepaalt dat het zakelijk recht van derden “onverlet” wordt gelaten door de opening van de insolventieprocedure. Bijna de helft van de respondenten van de openbare raadpleging (49%) stelde dat de bepaling over zakelijke rechten in de praktijk bevredigend werkt, tegenover 26% die dit niet vindt. In de evaluatiestudie wordt gesteld dat de toepassing van de artikelen 5 en 7 tot zeer weinig jurisprudentie heeft geleid, maar worden wel de volgende problemen aan de orde gesteld:

- Het voornaamste probleem in dit verband is hoe artikel 5 in wezen moet worden opgevat. In een overweldigende meerderheid van lidstaten worden deze bepalingen opgevat als “materieel beperkende regels”, wat betekent dat de betrokken zakelijke rechten of het eigendomvoorbehoud onverlet worden gelaten door de insolventiebepalingen, ongeacht of zij afkomstig zijn van de staat waar de procedure wordt geopend of van de staat waar de activa zich

²⁵ Zaak C-213/10, *F-Tex*.

bevinden, tenzij er in de laatstgenoemde lidstaat secundaire procedures worden geopend. Dit probleem doet zich ook voor ten aanzien van **artikel 7** (eigendomsvoorbehoud). Ten aanzien van artikel 5 zijn er praktische problemen gerezen wanneer door zakelijke rechten beschermde vorderingen in reorganisatieprocedures worden aangepast. Het is onduidelijk of een dergelijke aanpassing van de verzekerde vordering de bijkomende zekerheid wel of niet “onverlet” laat en mogelijk dus verboden is uit hoofde van artikel 5 van de verordening.

- De plaatsbepaling van onlichamelijke goederen als intellectuele-eigendomsrechten en bankrekeningen heeft in de praktijk tot problemen geleid. Met name voor wat betreft rekeningen bij een plaatselijk filiaal van een buitenlandse bank is het de vraag of zij zich bevinden in de lidstaat van het bankfiliaal of in de lidstaat waar de bank zijn hoofdkantoor en zijn centrum van voornaamste belangen heeft (artikel 2, onder g)).
- Het is onzeker wat de werkingssfeer van artikel 5 respectievelijk artikel 4, lid 2, onder i), is ten aanzien van de verdeling van de opbrengst in gevallen waarin goederen die aan zakelijke rechten ten grondslag liggen, worden vervreemd of waarin de curator de rechten van de rechthebbende op de zakelijke zekerheid nalatig heeft geschonden. In deze context is het ook onduidelijk wat het toepasselijk recht inzake een eventuele vordering tot schadevergoeding jegens de curator inhoudt.

Wat betreft **artikel 6** (verrekening) is het onduidelijk of deze bepaling ook van toepassing is indien het “recht dat op de vordering van de insolvente schuldenaar van toepassing is” het recht van een niet-lidstaat is. In de meeste nationale verslagen in het kader van de evaluatiestudie wordt de toepasselijkheid van artikel 6 op dergelijke gevallen bevestigd, maar deze kwestie is in een groot aantal lidstaten onduidelijk. Er is ook kritiek op het feit dat de toepassing van artikel 6 op regelingen inzake “netting” onduidelijk is en dat de bescherming van regelingen inzake “netting” uit hoofde van het EU-recht op dit moment verschilt al naar gelang de insolventie van de schuldenaar wordt beheerst door de verordening of door de richtlijnen betreffende de sanering en liquidatie van kredietinstellingen en verzekeringsondernemingen.

In de evaluatiestudie worden geen specifieke problemen vastgesteld met betrekking tot **artikel 9** (betalingssystemen en financiële markten).

Wat betreft **artikel 10** (arbeidsovereenkomsten) zijn er wat klachten over de wisselwerking tussen arbeidsrecht en insolventierecht geweest, in het bijzonder met betrekking tot de goedkeuringsvereisten voor de beëindiging of wijziging van arbeidscontracten. Daarnaast wordt in de evaluatiestudie gesteld dat van elkaar afwijkende normen op het gebied van arbeidsrecht een curator kunnen verhinderen om op gelijke wijze te werk te gaan ten aanzien van werknemers in verschillende lidstaten en dat deze situatie de herstructurering van een bedrijf kan bemoeilijken. Deze situatie is echter inherent aan de beleidskeuze die ten grondslag ligt aan artikel 10 en die in de evaluatiestudie niet ter discussie wordt gesteld. Een harmonisering van bepaalde aspecten van het arbeidsrecht kan dit probleem verzachten, maar is moeilijk te verwezenlijken, aangezien het arbeidsrecht diep geworteld is in nationale tradities en zou hoe dan ook verder gaan dan de beoogde herziening van de verordening. In de studie komt verder de wisselwerking tussen insolventierecht en waarborgfondsen uit hoofde

van Richtlijn 2008/94/EG²⁶ aan de orde. De conclusie luidt dat problemen op dit gebied het beste kunnen worden bestreden met aanpassingen van de nationale wetgeving die op deze instellingen van toepassing is of van de nationale insolventiewetgeving.

In de evaluatiestudie wordt geen dwingende noodzaak ontwaard om wijzigingen aan te brengen in **artikel 12** (gemeenschapsoctrooien en –merken), dat van beperkte betekenis in de praktijk lijkt te zijn of naar bevrediging lijkt te werken.

Wat betreft **artikel 13** (nadelige handeling), hebben sommige curatoren geklaagd hoe ingewikkeld het is om rekening te houden met meerdere rechtsstelsels teneinde vast te stellen of een vordering ter zijde kan worden geschoven. De evaluatiestudie komt echter tot de bevinding dat deze complexiteit noodzakelijk is om goede resultaten te boeken met betrekking tot het gewettigd vertrouwen van de partijen. Alternatieve oplossingen die in de rechtsliteratuur worden voorgesteld, zoals enkel bescherming tegen een verandering in het centrum van de voornaamste belangen, zijn niet bevredigend. De verschillende zienswijzen ten aanzien van de bepaling inzake nadelige handelingen waren tamelijk gelijk verdeeld. Een derde van de respondenten sprak van een bevredigende werking, 37% was het hiermee niet eens.

Artikel 15 (gevolgen van de insolventieprocedure voor lopende rechtsvorderingen) geeft geen grote problemen. De meeste of alle wetgevingen van de lidstaten lijken een regel te bevatten, die prioriteit geeft aan insolventieprocedures boven door particulieren aanhangig gemaakte rechtszaken of procedures of neigen ertoe in die prioriteit te voorzien. Wel is er enige onzekerheid over de toepasselijkheid van artikel 15 op arbitrageprocedures.

De Commissie neemt nota van de bevindingen in de evaluatiestudie ten aanzien van de uitzonderingen op het *lex fori*-beginsel, maar is van mening dat de voornaamste wettelijke bepalingen van de verordening op bevredigende wijze kunnen worden toegepast en in dit stadium geen verandering behoeven.

5. ERKENNING VAN BESLISSINGEN TOT OPENING VAN INSOLVENTIEPROCEDURES

Uit de evaluatiestudie blijkt dat rechters van lidstaten de eerdere opening van hoofdprocedures in een andere lidstaat meestal eerbiedigden. In enkele gevallen blijken rechters deze verplichting echter niet te hebben nageleefd. Het is niet altijd duidelijk wanneer de opening van de procedure “in werking trad”; dit geldt in het bijzonder voor de aanstelling van een Duitse “*vorläufiger Insolvenzverwalter*”, die door de meeste, maar niet alle rechters van de lidstaten werd aanvaard als een “opening” van de insolventieprocedure uit hoofde van de verordening.

De toepassing van het voorbehoud inzake openbare orde uit hoofde van **artikel 26** van de verordening gaf geen aanleiding tot grote problemen; niettemin blijken er enkele gevallen te zijn waarin rechters van lidstaten zich op de openbare orde beriepen om buitenlandse hoofdprocedures niet te erkennen.

De helft van de respondenten van de openbare raadpleging (51%) was het erover eens dat de omschrijving van de beslissing “tot opening van een insolventieprocedure” zodanig moet

²⁶ Richtlijn 2008/94/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever, PB 283 van 28.10.2008, blz. 36.

worden gewijzigd dat er rekening wordt gehouden met nationale wettelijke regelingen waarbij er feitelijk geen rechter is die de procedures opent.

6. COÖRDINATIE VAN HOOFD- EN SECUNDAIRE PROCEDURES

Volgens de evaluatiestudie hebben secundaire procedures niet gediend als instrument voor de hoofdcurator, zoals beschreven in **overweging 19** van de verordening – bijvoorbeeld wanneer “de boedel van de schuldenaar [...] te gecompliceerd [is] om als één geheel te worden beheerd, of de verschillen in de rechtsstelsels [...] zo groot zijn dat er moeilijkheden zouden rijzen bij uitbreiding van de rechtsgevolgen van het recht van de lidstaat waar de procedure wordt geopend”. Slechts in een vrij klein aantal gevallen lijkt de hoofdcurator daadwerkelijk om de opening van een secundaire procedure te hebben verzocht. Ze werden veeleer om verschillende redenen gebruikt (en misbruikt), in het bijzonder als instrument om plaatselijke belangen te beschermen en als instrument in conflicten omtrent de rechterlijke bevoegdheid, waarbij de opening van een secundaire procedure werd beschouwd als de op een na beste oplossing ten opzichte van de opening van een hoofdprocedure in een specifieke lidstaat. Uit de evaluatiestudie komt naar voren dat de nadelen van secundaire procedures zwaarder lijken te wegen dan de voordelen. Indien de secundaire curator zich coöperatief opstelt is dit al waar, maar het is nog evidentier als dit niet het geval is. De standpunten van de respondenten van de openbare raadpleging ten aanzien van de pluspunten van secundaire procedures liepen uiteen: 36% meende dat de verdeling in hoofd- en secundaire procedures nuttig was, 37% was het hier niet mee eens.

De evaluatiestudie vermeldt de volgende problemen:

Het feit dat secundaire procedures liquidatieprocedures moeten zijn, bemoeilijkt flexibele en effectieve herstructureringsmaatregelen.

Het ontbreken van specifieke voorschriften voor de procedure inzake de opening van een secundaire procedure is problematisch. Er is geen bepaling die de bevoegde rechter in staat stelt de opening van een secundaire procedure te weigeren wanneer een dergelijke opening niet het belang van plaatselijke schuldeisers dient. Er is ook geen uitdrukkelijke bepaling die vereist dat de hoofdcurator wordt gehoord voordat de procedure wordt geopend.

Bovendien is het onduidelijk of curatoren in alle lidstaten overeenkomsten kunnen sluiten die voor schuldeisers die om een secundaire procedure zouden kunnen verzoeken, voldoende waarborgen inhouden dat zij alle preferentiële rechten zullen eerbiedigen die dergelijke schuldeisers in een secundaire procedure zouden genieten, teneinde te voorkomen dat zij zo'n verzoek om een secundaire procedure daadwerkelijk indienen (of dat de rechter deze procedure opent). Britse rechters en juristen hebben een dergelijke aanpak ontwikkeld, maar het is onduidelijk of curatoren in alle andere lidstaten krachtens hun respectieve nationale insolventiewetgevingen de bevoegdheid hebben dergelijke voorstellen te doen.

De samenwerking- en kennisgevingsplicht van **artikel 31** van de verordening is tamelijk vaag. De verordening voorziet niet in een plicht tot samenwerking tussen rechters of curatoren en rechters. In een aantal gevallen blijken rechters of curatoren onvoldoende te hebben samengewerkt. Deze bevindingen worden bevestigd door de resultaten van de openbare raadpleging, daar 48% van de respondenten ontevreden was over de coördinatie tussen hoofd- en secundaire procedures.

Artikel 33, lid 1, dat de hoofdcurator de mogelijkheid biedt de liquidatie in de secundaire procedure te schorsen, is niet duidelijk en breed genoeg ten aanzien van de reeks maatregelen waarnaar de curator in zijn aanvraag kan verwijzen. De norm van art. 33, lid 2, betreffende de beëindiging van de schorsing strookt niet met die van art. 33, lid 1.

7. GROEP VAN ONDERNEMINGEN

Hoewel een groot aantal gevallen van grensoverschrijdende insolventie groepen ondernemingen betreffen, bevat de verordening geen specifieke voorschriften ten aanzien van de insolventie van een multinationale groep van ondernemingen. De basispremissie van de huidige verordening is dat insolventieprocedures betrekking hebben op één enkele rechtspersoon en dat er in beginsel voor elk lid van de groep een afzonderlijke procedure moet worden geopend. Er geldt geen verplichting tot coördinatie van de onafhankelijke procedures voor een moedermaatschappij en haar dochterondernemingen met het oog op een vergemakkelijking van de reorganisatie van deze ondernemingen of – wanneer dit niet mogelijk is – om hun liquidatie te coördineren. Noch de curatoren, noch de rechters die betrokken zijn bij de verschillende procedures ten aanzien van de leden van dezelfde groep ondernemingen, zijn verplicht samen te werken en te communiceren. Curatoren kunnen op vrijwillige basis samenwerken, maar rechters worden hier in veel lidstaten van weerhouden bij ontstentenis van een rechtsgrond die hun dit expliciet toestaat.

Via jurisprudentie is op diverse wijzen getracht het gebrek aan specifieke bepalingen betreffende groepsinsolventie in de praktijk te verhelpen:

In de eerste jaren na de inwerkingtreding van de verordening interpreteerden sommige nationale rechters de regels van de verordening betreffende rechterlijke bevoegdheid ruim, teneinde insolventieprocedures voor alle leden van de groep, waaronder die in een andere lidstaat, bij de statutaire zetel van de moedermaatschappij voor de rechter te brengen. De betrokken rechters motiveerden een dergelijke consolidatie van insolventieprocedures doorgaans op grond van het feit dat over de handelsbeslissingen van de dochterondernemingen zeggenschap werd uitgeoefend door de moedermaatschappij²⁷.

Het *Eurofood*-arrest uit 2006 van het HvJEU beperkte de toepassingsmogelijkheid van een dergelijke procedurele consolidatie aanzienlijk en versterkte de regel dat elke rechtspersoon afzonderlijk moet worden behandeld²⁸. Volgens het Hof is het toezicht van de directies van ondernemingen niet voldoende om te bepalen dat het centrum van economische belangen van een dochteronderneming bij haar moedermaatschappij ligt, in plaats van bij haar eigen statutaire vestiging. Na *Eurofood* – en de daaropvolgende beslissing in de zaak-*Interedil*, waaruit een flexibeler benadering blijkt – is het nog steeds mogelijk om tegen een dochteronderneming een insolventieprocedure te openen in de lidstaat waar de moedermaatschappij haar statutaire zetel heeft, maar alleen indien er objectieve factoren zijn waaruit blijkt dat het centrum van de voornaamste belangen van de dochteronderneming zich ter plaatse van de zetel van de moedermaatschappij bevindt en derden die factoren kunnen controleren. In de praktijk betekent dit dat rechters een complex samenstel van factoren moeten bestuderen, onder meer of de moedermaatschappij zorg draagt voor de financiering van een dochteronderneming, of de moedermaatschappij toezicht hield op de operationele bedrijfsvoering (bijvoorbeeld door aankopen boven een bepaalde drempel goed te keuren) en

²⁷ Deze aanpak werd eerst in Engeland doorgevoerd en later door rechters in lidstaten als Frankrijk, Duitsland, Hongarije en Italië.

²⁸ Zaak C-341/04 *Eurofood*, punt 30.

op de indienstneming van personeel, en of bepaalde functies (waaronder het beheer van IT-apparatuur of de visuele/zakelijke identiteit) gecentraliseerd waren²⁹. In essentie worden deze voorwaarden alleen vervuld bij sterk geïntegreerde ondernemingen.

Een andere praktijk is de aanstelling van eenzelfde curator in de procedures betreffende alle leden van de betrokken groep, of van curatoren die eerder succesvol hebben samengewerkt inzake groepsinsolventie³⁰. Deze mogelijkheid hangt momenteel echter af van de bereidheid van de respectievelijke curatoren en rechters om samen te werken.

In het algemeen deelt de Commissie de constatering van de evaluatiestudie dat het ontbreken van een specifiek kader voor groepsinsolventie in bepaalde gevallen een obstakel vormt voor een efficiënt beheer van de insolventie van leden van een groep ondernemingen³¹. Deze beoordeling wordt ondersteund door de uitkomsten van de openbare raadpleging: bijna de helft van de respondenten is van mening dat de verordening niet efficiënt werkt ten aanzien van de insolventie van een multinationale groep. Ruim twee derde van de rechters en academici is deze mening toegedaan.

8. OPENBAARMAKING EN KENNISGEVING VAN INSOLVENTIEPROCEDURES

De verordening bevat bepalingen die ertoe moeten bijdragen dat de bekendheid en de kennisname van insolventieprocedures zijn gewaarborgd. De **artikelen 21 en 22** van de verordening bepalen dat de curator kan verzoeken dat de beslissingen tot opening van de insolventieprocedure en tot zijn aanstelling in een andere lidstaat openbaar worden gemaakt en in de openbare registers van die staat worden ingeschreven. Lidstaten kunnen dergelijke openbaarstellingen en registraties verplicht stellen, maar het blijven in essentie discretionaire maatregelen.

Er is brede steun voor de conclusie dat het nalaten om de opening van een procedure in een openbaar register openbaar te maken, de mogelijkheid van schuldeisers om op de hoogte te zijn van een in een andere lidstaat geopende insolventieprocedure aanzienlijk beperkt. Het gebrek aan informatie over bestaande procedures heeft ook geleid tot onnodige, want tegelijk lopende procedures in verschillende lidstaten. Drie kwart van de respondenten van de openbare raadpleging (75%) is van mening dat het ontbreken van verplichte openbaarstelling en inschrijving van een beslissing tot opening van een insolventieprocedure een probleem is.

In de effectbeoordelingsstudie wordt gewezen op een reeks problemen, zelfs indien openbaarstelling en inschrijving verplicht worden gesteld. Insolventieprocedures van rechtspersonen worden in alle lidstaten geregistreerd, maar insolventie van particulieren slechts in een aantal. Slechts 14 lidstaten maken beslissingen openbaar in een insolventieregister dat online voor het publiek toegankelijk is³². In negen andere lidstaten is enige informatie beschikbaar in een elektronische database, bijvoorbeeld een ondernemingsregister of een elektronische versie van het staatsblad. Vier lidstaten hebben helemaal geen informatie over insolventieprocedures in elektronische vorm beschikbaar, wat de toegang tot informatie vanuit het buitenland bijzonder bemoeilijkt. Zelfs wanneer er elektronische registers bestaan, is het voor buitenlandse schuldeisers en rechters onbegonnen

²⁹ Zie bijv. het arrest van het Hoogerechtshof in *Daisytek*, 16.5.2003.

³⁰ Bijv. Nortel.

³¹ Voor bijzonderheden zie de effectbeoordeling bij het voorstel voor een verordening tot wijziging van de Insolventieverordening.

³² AT, CZ, FI, DE, HU, LV, NL, PL, PT, RO, SI, SK, SE en – deels – UK.

werk het register van elk lidstaat regelmatig te controleren. Als een van de uitvoeringsmaatregelen van het Actieplan van 2009 voor E-recht heeft de Commissie een proefproject opgezet voor de onderlinge koppeling van elektronische insolventieregisters. Dit proefproject omvat tot op heden echter slechts zeven lidstaten. Een meerderheid van de respondenten was van mening dat lidstaten ertoe moeten worden verplicht beslissingen tot opening van procedures in een insolventieregister op te nemen en dat nationale insolventieregisters onderling gekoppeld dienen te zijn.

9. INDIENING VAN VORDERINGEN

In de evaluatiestudie komen praktische problemen aan de orde met betrekking tot bepaalde aspecten van de indiening van vorderingen in grensoverschrijdende situaties, in het bijzonder taalbarrières, kosten, tijdlimieten voor de indiening van vorderingen en een gebrek aan informatie over de beslissing tot opening, de curator en de formaliteiten van de *lex fori concursus* voor de indiening van vorderingen. De **artikelen 39 tot en met 42** van de verordening voorzien slechts in minimumregels op grond waarvan buitenlandse schuldeisers hun vorderingen kunnen indienen. Ze bieden echter geen alomvattend procedureel kader.

Ingevolge **artikel 42, lid 2**, van de verordening kan van de schuldeiser een vertaling in de officiële taal of een van de officiële talen van de lidstaat waar de procedure is geopend, worden verlangd. Uit de evaluatiestudie blijkt dat in sommige lidstaten het eisen van een vertaling eerder regel dan uitzondering is geworden, wat bijkomende kosten en vertragingen met zich meebrengt.

Deze kwestie houdt verband met het probleem van de procedurekosten. De meeste nationale rapporteurs hebben kritiek geleverd op de hoge vertaalkosten die met de indiening van een vordering zijn gemoeid. Daarnaast verlangen sommige lidstaten dat er een plaatselijke advocaat wordt ingeschakeld voor de indiening van de vordering. De gemiddelde kosten voor een buitenlandse schuldeiser in verband met de indiening van een vordering worden geschat op ongeveer 2 000 EUR in een grensoverschrijdende situatie. Vanwege de hoge kosten kunnen schuldeisers ervoor kiezen een schuld kwijt te schelden, vooral als het een gering bedrag betreft. Met dit probleem hebben vooral kleine en middelgrote bedrijven, alsmede particulieren, te maken.

In de evaluatiestudie wordt voorts gewezen op moeilijkheden die voortkomen uit de toepassing van het recht van de staat waar de procedure is geopend, in het bijzonder met betrekking tot deadlines, het bewijs van vorderingen en de specifieke procedures met betrekking tot de indiening van vorderingen. Er zijn gevallen gerapporteerd waarin buitenlandse schuldeisers hun vordering niet tijdig konden indienen omdat de deadlines uit hoofde van het lokale recht betrekkelijk krap zijn, en omdat de curator de schuldeisers vóór het verstrijken van de deadline geen kennisgeving had doen toekomen.

Bijna de helft van de respondenten van de openbare raadpleging (46%) bleek de mening toegedaan dat er problemen waren met de indiening van vorderingen krachtens de verordening. Deze kwestie is vooral een punt van zorg voor het midden- en kleinbedrijf.

10. CONCLUSIES

Op grond van de resultaten van bovenbedoelde evaluatie, is de Commissie van oordeel dat de verordening in het algemeen deugdelijk en bevredigend werkt. Het beginsel van wederzijdse

erkenning van grensoverschrijdende insolventieprocedures wordt door de verordening goed toegepast en de coördinatie van dergelijke procedures is erdoor verbeterd.

Niettemin kunnen bepaalde kwesties door aanpassing van de verordening worden verbeterd. De voornaamste door de Commissie voorgestelde wijzigingen betreffen in de eerste plaats het toepassingsgebied. De Commissie stelt voor het toepassingsgebied van de verordening uit te breiden door de omschrijving van insolventieprocedures zodanig te herzien dat hybride en pre-insolventieprocedures en insolventieprocedures voor natuurlijke personen die nu worden uitgesloten, erin worden opgenomen.

Met betrekking tot de rechterlijke bevoegdheid moet in de verordening het begrip “centrum van de voornaamste belangen” zoals dit door het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt geïnterpreteerd, worden gehandhaafd, maar de Commissie stelt een taalkundige herziening voor om de betekenis ervan te verduidelijken. Die preciseert ook de toepassing van de regel inzake het centrum van de voornaamste belangen voor particulieren. Met de voorgestelde herziening wordt tevens voorzien in een regel inzake rechterlijke bevoegdheid voor samenhangende acties. Het procedurele kader voor het onderzoek inzake de rechterlijke bevoegdheid moet worden verbeterd om de mogelijkheid van ongeoorloofde “forum shopping” te beperken.

De Commissie stelt voor de openbaarmaking van insolventieprocedures op tweeërlei wijze te verbeteren: door de openbaarmaking van beslissingen in een andere lidstaat verplicht te stellen en door voor te schrijven dat de beslissingen tot opening en sluiting van insolventieprocedures en bepaalde andere beslissingen openbaar worden gemaakt in een elektronisch register dat vrij toegankelijk is op het internet. De elektronische insolventieregisters moeten voldoen aan de behoeften inzake grensoverschrijdende insolventie, maar zullen vanzelfsprekend ook binnenlandse gebruikers van dienst zijn.

Het voorstel om nieuwe standaardformulieren in te voeren voor de kennisgeving van procedures en de indiening van vorderingen zal het voor buitenlandse schuldeisers makkelijker maken te vorderen. Daarnaast moeten de uiterste termijnen voor indiening ruim genoeg voor hen zijn om een effectieve vordering te kunnen indienen.

Tot slot behandelt de Commissie de kwestie van groepsinsolventie: de Commissie stelt voor specifieke regels in de verordening op te nemen om de afhandeling van de insolventie van leden van een multinationale groep ondernemingen efficiënter te maken. Een soepeler samenwerking tussen curatoren in verschillende lidstaten zou moeten bijdragen tot de redding van ondernemingen en de maximalisering van de waarde van hun activa.

Andere zaken ten aanzien waarvan in de evaluatie problemen werden gesignaleerd, zoals de uitbreiding van het toepassingsgebied buiten de EU en van de toepasselijke wetgeving, zijn ook in overweging genomen. De Commissie acht het echter niet wenselijk om specifieke bepalingen in de verordening op te nemen die betrekking hebben op erkenning van en coördinatie met insolventieprocedures die buiten de EU worden geopend. Zoals hierboven gesteld is de voornaamste reden hiervoor dat zulke bepalingen alleen bindend zouden zijn in de lidstaten en niet in niet-EU-landen. Dit doel kan daarom beter worden bereikt door eventueel een ontwerp van een internationaal verdrag uit te werken. Een dergelijke uitwerking zou ook de belangen van de Unie in onderhandelingen met derde landen waarborgen.

Ook stelt de Commissie geen wijzigingen voor van de bepalingen betreffende het toepasselijk recht. De Commissie is van oordeel dat de bestaande bepalingen soepel genoeg binnen de EU

kunnen worden toegepast en dat de *lex fori* en *lex situ* in een juist evenwicht zijn. Dienovereenkomstig luidt de opvatting dat het de voorkeur verdient de huidige verwijzingsregels te laten voortbestaan totdat de effecten van mogelijke veranderingen op nationaal insolventie-, vennootschaps- en sociaal recht nader zijn bestudeerd.