

2012•2013

FACULTEIT RECHTEN

master in de rechten: rechtsbedeling

Masterproef

Insolventie en IPR: Lex Concursus

Promotor :
Prof. dr. Geert VAN CALSTER

Laura Willems

*Masterproef voorgedragen tot het bekomen van de graad van master in de rechten ,
afstudeerrichting rechtsbedeling*

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten
in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



Universiteit Hasselt | Campus Hasselt | Martelarenlaan 42 | BE-3500 Hasselt
Universiteit Hasselt | Campus Diepenbeek | Agoralaan Gebouw D | BE-3590 Diepenbeek



Maastricht University

2012•2013

FACULTEIT RECHTEN

master in de rechten: rechtsbedeling

Masterproef

Insolventie en IPR: Lex Concursus

Promotor :
Prof. dr. Geert VAN CALSTER

Laura Willems

*Masterproef voorgedragen tot het bekomen van de graad van master in de rechten ,
afstudeerrichting rechtsbedeling*

Samenvatting

De totstandkoming van de interne markt en de daarmee samenhangende internationalisering, zorgen ervoor dat het aantal grensoverschrijdende insolventieprocedures steeds meer toeneemt. Het is echter niet steeds duidelijk welk recht van toepassing is. Voorbeelden hiervan zijn de inbreng van een bedrijfstak tijdens de insolventieprocedure, herstructureringsmaatregelen, de bestuurdersaansprakelijkheid en het beroepsverbod dat hiermee samenhangt.

In principe is de vennootschap immers onderworpen aan de *lex societatis*, het recht van de lidstaat waar de vennootschap werd opgericht, dan wel haar statutaire zetel heeft. Toch kan het toepasselijke recht verschillen, indien de vennootschap onderworpen wordt aan een grensoverschrijdende insolventieprocedure. Indien de Insolventieverordening van toepassing is, zal de *lex concursus* de procedure en de gevolgen hiervan beheersen. Dit is het recht van de lidstaat waar de procedure geopend werd en de vennootschap bijgevolg haar centrum van voornaamste belangen (COMI) heeft. Het COMI bevindt zich immers niet steeds in dezelfde lidstaat als waar de vennootschap haar statutaire of werkelijke zetel heeft. De vraag die zich vervolgens stelt is of het aspect een vennootschapsrechtelijke aangelegenheid is dat onderworpen moet worden aan de *lex societatis* of het eerder gaat om een insolventierechtelijk aspect waarop de *lex concursus* van toepassing is.

Om de aspecten te kwalificeren moet men de draagwijdte van de verschillende leges onderzoeken. Relevant inzake de draagwijdte van de *lex societatis* zijn de Brussel I Verordening, de Rome I Verordening en de Rome II Verordening. Uit de toelichtende rapporten van deze instrumenten blijkt dat de *lex societatis* moet worden toegepast wanneer het gaat om de interne organisatie van de vennootschap, zoals de oprichting en handelingsbevoegdheid van de vennootschap. Bovendien toont verschillende rechtspraak van het Hof van Justitie aan dat deze aangelegenheden restrictief dienen te worden geïnterpreteerd. Een loutere band met voorvermelde aspecten blijkt niet voldoende om de toepassing van de *lex societatis* te verdedigen.

Bij het bepalen van de draagwijdte van de *lex concursus* is de Insolventieverordening belangrijk. Ook hier biedt het toelichtend rapport meer duidelijkheid. Artikel 4 van de Verordening staat open voor een ruime interpretatie. Enerzijds bevat de exemplatieve lijst aangelegenheden die verder gaan dan de loutere organisatie van de procedure. Anderzijds blijkt dat een nauwe band met de insolventieprocedure voldoende is om toepassing te verlenen aan de *lex concursus*. Deze nauwe band veronderstelt het bereiken van een insolventierechtelijk doel. Bovendien dient men rekening te houden met de legitieme verwachtingen van de schuldeisers, een element waar de Verordening veel belang aan hecht.

Dit heeft tot gevolg dat de inbreng van een bedrijfstak, herstructureringsmaatregelen, de bestuurdersaansprakelijkheid alsook het beroepsverbod voor bestuurders meestal onderworpen zullen worden aan de *lex concursus*. Ook in nationale rechtspraak is deze tendens merkbaar. Hoewel er geen vaste rechtspraak van het Europees Hof van Justitie terug te vinden is met betrekking tot deze problematiek, is het naar de toekomst toe wenselijk dat het Hof enkele criteria zal vastleggen, die de kwalificatie zullen vergemakkelijken.

Dankwoord

Vele mensen hebben bijgedragen aan de totstandkoming van deze masterscriptie. Ik wil graag van de gelegenheid gebruik maken om hen te bedanken.

Een bijzonder woord van dank gaat uit naar mijn promotor, Professor Dr. Geert van Calster, voor zijn tips, ondersteuning en begeleiding tijdens het schrijven van dit werk.

Daarnaast bedank ik ook mijn ouders en mijn vriend, voor hun steun en motivatie gedurende mijn hele studies en tijdens het schrijven van deze scriptie. Ten slotte nog een dankwoord aan Caroline voor het nalezen en verbeteren van de tekst.

Inhoudsopgave

SAMENVATTING	I
DANKWOORD	III
INHOUDSOPGAVE.....	V
INLEIDING	1
1 PROBLEEMSTELLING	3
1.1 SITUERING	3
1.2 VOORBEELDEN	3
2 DE EUROPESE INSOLVENTIEVERORDENING.....	7
2.1 TOTSTANDKOMING.....	7
2.2 TOEPASSINGSGEBIED	8
2.2.1 <i>Ratione materiae: insolventieprocedures</i>	8
2.2.1.1 Collectieve procedures	8
2.2.1.2 Insolventie van de schuldenaar	9
2.2.1.3 Beschikkingsonbevoegdheid.....	10
2.2.1.4 Aanwijzing van een curator.....	10
2.2.2 <i>Ratione loci: centrum van voornaamste belangen</i>	11
2.2.2.1 Begrip.....	11
2.2.2.2 Verplaatsen van het COMI: forumshopping	12
2.2.3 <i>Ratione temporis</i>	13
2.3 SYSTEMATIEK	14
2.3.1 <i>Gematigd universaliteitsbeginsel</i>	14
2.3.2 <i>Un traité triple</i>	15
3 LEX SOCIETATIS	17
3.1 WERKELIJKE ZETELLEER V. INCORPORATIETHEORIE	17
3.1.1 <i>Werkelijke zetelleer</i>	18
3.1.2 <i>Incorporatieleer</i>	18
3.1.3 <i>Invloed vrijheid van vestiging</i>	19
3.1.3.1 Daily Mail	19
3.1.3.2 Centros	19
3.1.3.3 Überseering	20
3.1.3.4 Cartesio	21
3.1.3.5 Inspire art	21
3.2 DRAAGWIJDTE LEX SOCIETATIS	22
3.2.1 <i>Brussel I Verordening</i>	22
3.2.1.1 Toepassingsgebied	22
3.2.1.2 Algemene regel.....	24

3.2.1.3	Uitzondering: de exclusieve bevoegdheid van artikel 22 Brussel I Verordening	24
3.2.1.3.1	Hassett v. The Medical Defence Union arrest	27
3.2.1.3.2	BVG/ JP Morgan Chase arrest	28
3.2.2	Rome I Verordening	30
3.2.2.1	Toepassingsgebied	30
3.2.3	Rome II Verordening	32
3.2.3.1	Toepassingsgebied	32
4	LEX CONCURSUS	35
4.1	HOOFDREGEL	35
4.2	DRAAGWIJDTE LEX CONCURSUS	36
4.3	NAAR EEN VIS ATTRACTIVA CONCURSUS BEGINSEL?	43
4.3.1	<i>Gourdain/Nadler</i>	44
4.3.2	<i>Seagon v. Deko Marty Belgium</i>	45
4.3.3	<i>German Graphics</i>	46
4.3.4	<i>Herziening van de Insolventieverordening</i>	46
4.3.5	<i>Toepasselijk recht</i>	47
5	OVERZICHT EN TOEPASSINGEN	49
5.1	ALGEMEEN	49
5.2	TOEPASSINGEN	53
5.2.1	<i>Inbreng</i>	53
5.2.2	<i>Herstructureringsmaatregelen</i>	55
5.2.3	<i>Bestuurdersaansprakelijkheid</i>	57
5.2.4	<i>Beroepsverbod</i>	62
	BESLUIT	65
	BIBLIOGRAFIE	67

Inleiding

1. Naar aanleiding van de totstandkoming van de interne markt, wordt men steeds meer geconfronteerd met grensoverschrijdende insolventieprocedures. Het internationaal privaatrecht moet een antwoord bieden op de verschillende vragen die hierbij rijzen. Welke rechtbank is bevoegd en welk recht moet deze toepassen. Deze paper beperkt zich echter tot de problematiek inzake het toepasselijk recht.

2. In het eerste hoofdstuk wordt het probleem geschetst aan de hand van enkele voorbeelden. Vennootschappen worden in beginsel onderworpen aan hun eigen recht, volgens welk zij zijn opgericht of hun werkelijke zetel hebben. Dit is de *lex societatis*. Indien zij onderworpen worden aan een insolventieprocedure zijn zij onderworpen aan de *lex concursus*, het recht van de lidstaat waar de insolventieprocedure geopend wordt. De afbakening tussen vennootschapsrechtelijke aangelegenheden en insolventierechtelijke aangelegenheden is echter niet geheel duidelijk. De centrale onderzoeksvraag van deze paper kan worden omschreven als:

"Welke vragen van internationaal privaatrecht behoren tot het vennootschapsrecht (lex societatis) en welke tot het insolventierecht (lex concursus)? Bestaan er met andere woorden problemen bij de afbakening van deze categorieën en hoe moet dit worden opgelost?"

3. Europa heeft getracht deze grensoverschrijdende insolventieprocedures te vergemakkelijken. De toepassing van de *lex concursus* vindt zijn grondslag in de Europese Insolventieverordening. De moeizame totstandkoming, het toepassingsgebied en het kernbegrip van deze Verordening komen in het tweede hoofdstuk aan bod.

4. Om een antwoord te bieden op de centrale onderzoeksvraag is het eerst van belang de draagwijdte van de verschillende leges te onderzoeken. Het derde hoofdstuk zal dan ook handelen over de *lex societatis*. Er zijn twee verschillende theorieën inzake het bepalen van dit recht, die doorheen de tijd steeds meer het voorwerp hebben uitgemaakt van rechtspraak van het Europees Hof van Justitie.

Ook de reikwijdte van de *lex societatis* zal in het hoofdstuk worden onderzocht. Hierbij zijn de Brussel I Verordening, alsook de Rome I en II Verordening belangrijk. De toelichtende rapporten van de vermelde instrumenten geven immers een indicatie van de aspecten die als vennootschapsrechtelijk moeten worden gekwalificeerd.

5. Inzake het toepassingsgebied van de *lex concursus* is de Insolventieverordening het belangrijkste instrument. Ook hier wordt in de eerste plaats nagegaan aan de hand van welk begrip dit recht bepaald wordt. Vervolgens komt de exacte draagwijdte van de *lex concursus* aan bod, met verwijzing naar het toelichtend rapport inzake de Insolventieverordening.

In het hoofdstuk wordt ook duidelijk dat de toepassingsgebieden van de Brussel I Verordening en de Insolventieverordening elkaar in de praktijk niet naadloos aanvullen, zoals men wou bereiken. Deze afbakeningsproblematiek heeft aanleiding gegeven tot verschillende arresten van het Hof van Justitie. Het is echter de vraag of deze arresten ook relevant zijn bij het beantwoorden van de centrale onderzoeksvraag.

6. In het vijfde en laatste hoofdstuk zal in eerste instantie een overzicht worden gegeven van de conclusies van zowel de draagwijdte van de *lex concursus* als die van de *lex societatis* en welk recht de voorkeur verdient.

Ten slotte zal worden terugverwezen naar de voorbeelden uit het eerste hoofdstuk en zullen de conclusies hierop worden toegepast, zodat een antwoord wordt geboden op de voorgestelde problematiek.

1 Probleemstelling

1.1 Situering

7. Één van de belangrijkste doelstellingen van de Europese Unie, opgenomen in het Europees verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, is de verwezenlijking van een Europese interne markt.¹ Hierbij stelt men het vrij verkeer van goederen en diensten, kapitaal en personen voorop. Het sluiten van internationale overeenkomsten wordt hierdoor vergemakkelijkt en ondernemingen hebben de mogelijkheid hun activiteiten ook buiten hun eigen grondgebied uit te oefenen. Zij kunnen samenwerken met bedrijven die gevestigd zijn in een andere lidstaat of er zelfs filialen oprichten.

Dit vrij verkeer brengt met zich mee dat ook grensoverschrijdende insolventieprocedures deel uitmaken van het internationaal privaatrecht. Hoewel de Europese Unie de Europese Insolventieverordening heeft uitgevaardigd, kunnen er nog problemen rijzen met betrekking tot het toepasselijke recht.

8. In principe wordt de vennootschap beheerst door de *lex societatis*², het recht van het land waar de vennootschap zijn werkelijke³, dan wel statutaire zetel heeft.⁴ Ingeval de vennootschap onderworpen wordt aan een insolventieprocedure zal hierop volgens de Europese Insolventieverordening, de *lex concursus* van toepassing zijn. Deze wordt bepaald aan de hand van het recht van de staat waar de insolventieprocedure geopend werd.⁵

1.2 Voorbeelden

9. Indien een vennootschap aan een insolventieprocedure onderworpen wordt, kunnen hierdoor problemen ontstaan indien het nationale recht dat van toepassing is op de vennootschap zelf en het nationale recht dat van toepassing is op de insolventieprocedure niet overeenstemmen. Het is immers niet steeds duidelijk wanneer het gaat om een insolventieprocedure, dan wel om een strikt vennootschapsrechtelijke aangelegenheid en aan welk recht zij bijgevolg onderworpen moeten worden. Volgende voorbeelden⁶ zullen dit kwalificatieprobleem illustreren:

10. Een vennootschap is onderworpen aan een insolventieprocedure. Deze werd geopend in land A, die vervolgens de *lex concursus* toepast. Land B, waar de vennootschap zijn statutaire of

¹ Artikel 26 ev. verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU), *Pb.L.* 30 maart 2010, nr. C 83/01, blz. 1-388.

² L. STRIKWERDA., *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, p. 202 ev.

³ P. VLAS, *Rechtspersonen*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2009, p. 29 e.v.

⁴ CASTELEIN, C., "De Societas Europaea: nuttig instrument of maat voor niets?", *JF* 2002-2003, p. 41-76.

⁵ A.J. BERENDS, *Insolventie in het internationaal privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, p. 122 e.v.

⁶ H. DE WULF en L. VAN DEN STEEN, "Enkele IPR problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen *lex concursus* en *lex societatis*, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS" in J. ERAUW en P. Taelman (eds.) *Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal*, Mechelen, Kluwer, 2009, p. 391 – 485.

werkelijke zetel heeft, levert de *lex societatis*. Zowel het vennootschapsrecht van land A, als dat van land B, laten inbreng van een bedrijfstak onder algemene titel toe.

Ingeval van insolventie, bepaalt het recht van land A dat de aandeelhouders hiervoor hun toestemming niet moeten verlenen en dat de curator zonder meer mag overgaan tot de inbreng. Het vennootschapsrecht van land B daarentegen, bepaalt dat 60% van de aandeelhouders akkoord moeten gaan, vooraleer dergelijke inbreng mogelijk is ingeval van insolventie. De vraag die zich stelt is of deze problematiek onder het toepassingsgebied van de *lex concursus* dan wel van de *lex societatis* valt. De gevolgen die voortvloeien uit het toegepaste recht zullen verschillen, men kan aan de hand van het recht van land A immers de algemene vergadering volledig buiten spel zetten.

11. Een tweede voorbeeld betreft de vraag of maatregelen ter uitvoering van een gerechtelijk herstructureringsplan een insolventierechtelijke aangelegenheid zijn en bijgevolg beheerst moeten worden door de *lex concursus*. Zo kan de *lex concursus* toelaten dat kapitaalverhogingen –of verminderingen mogelijk zijn zonder de goedkeuring van de meerderheid van de aandeelhouders, of dat de gelijkheid van aandeelhouders niet gerespecteerd dient te worden. Indien de *lex societatis* dit niet toelaat, kunnen er problemen ontstaan. Aan welke leges moet men voorrang verlenen?

Herstructureringsmaatregelen kunnen vervolgens ook bepalen dat de schuldvorderingen omgezet moeten worden in aandelen. Ook hier rijst de vraag of het om een insolventierechtelijke aangelegenheid gaat, dan wel om een louter interne vennootschapsaangelegenheid die moet worden beheerst door de *lex societatis*.

12. De problematiek is nog duidelijker wanneer het gaat om de aansprakelijkheid van bestuurders in de navolging van het faillissement van de vennootschap. De bestuurders van een vennootschap zijn immers onderworpen aan een aantal verplichtingen. Zo moeten zij onder andere tijdig aangifte doen van het faillissement. Indien zij nalaten dit te doen, kan de bestuurder hiervoor aansprakelijk worden gesteld. Maakt deze aansprakelijkheid strikt genomen nog deel uit van de insolventieprocedure en moet zij beheerst worden door de *lex concursus*, of gaat het om een vraag die beantwoord moet worden aan de hand van de *lex societatis*?

Het is ook mogelijk dat bestuurders weet hebben van de financiële moeilijkheden van de vennootschap of hier redelijkerwijze kennis van moesten hebben. Indien zij dan nog overeenkomsten sluiten, waarvan men weet dat de vennootschap deze niet zal kunnen nakomen, kunnen bestuurders ook hier aansprakelijk worden gesteld. In dit verband kan men verschillende leges aanhalen. Enerzijds kan men zich beroepen op de *lex societatis*. Het gaat immers om de aansprakelijkheid van een orgaan van de vennootschap en dit wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de rechtspersoon zelf. Anderzijds kan men ook de toepassing van de *lex concursus* verdedigen, de handelingen van de bestuurder zijn nauw verbonden met de insolventieprocedure.

Men zou overigens inzake de aansprakelijkheid van bestuurders ook kunnen opteren voor de toepassing van de *lex loci delicti*. De gestelde handelingen van de bestuurders kunnen immers ook een onrechtmatige daad uitmaken. Dan zal de *lex loci delicti* van toepassing zijn, het recht van de plaats waar de onrechtmatige daad zich voortdeed. Kwalificatieproblemen met betrekking tot de onrechtmatige daad vallen echter buiten het toepassingsgebied van dit werk.

13. Een laatste voorbeeld heeft betrekking op het beroepsverbod dat men oplegt aan bestuurders of andere leidinggevende personen wegens bestuursfouten, die de insolventie van de vennootschap tot gevolg had.

14. Bovenstaande voorbeelden schetsen een klassiek internationaal privaatrechtelijk probleem, het kwalificatieprobleem tussen de toepassing van de *lex societatis* en de *lex concursus*. Om een juist antwoord te bieden op deze vooropgestelde situaties, is het belangrijk eerst de draagwijdte van de verschillende leges te onderzoeken.

2 De Europese Insolventieverordening

2.1 Totstandkoming

15. Insolventieprocedures zijn, zoals gezegd, niet weg te denken uit het internationaal privaatrecht. Voordien werden insolventieprocedures onderworpen aan het beginsel van universaliteit of het territorialiteitsprincipe.⁷

Het principe van universaliteit gaat uit van een eenheid van insolventieprocedures, die voortvloeit uit de aard van de procedures zelf. Er zal één curator worden aangesteld, die één boedel zal beheren, onder het toezicht van één rechtbank die één bepaald rechtsstelsel toepast. Dit universaliteitsbeginsel werd toegepast in o.a. België en Duitsland en houdt in dat de procedure plaats zal vinden in het thuisland van de schuldenaar.

Het territorialiteitsbeginsel werd o.a. in Engeland, Frankrijk en Nederland toegepast. Dit principe gaat ervan uit dat een insolventieprocedure enkel gevolgen kan hebben in het land waar ze is ingesteld. Goederen gelegen in een andere lidstaat konden bijgevolg geen deel uitmaken van de geopende insolventieprocedure. Enkel goederen gelegen op het grondgebied van de lidstaat waar de procedure is geopend komen in aanmerking.

De verscheidenheid aan rechtsstelsels gaf echter aan dat er nood was aan een internationaal privaatrechtelijk instrument, dat het mogelijk maakt deze insolventieprocedures op de meest efficiënte manier af te handelen.

16. Op 2002 trad de Europese Insolventieverordening in werking.⁸ Deze is het resultaat van een lang proces.⁹ Al sinds 1963 werkten een comité van deskundigen aan een ontwerp tekst die deze insolventieprocedures zou regelen. Door de steeds uitbreidende Europese Gemeenschap kreeg de uiteindelijke ontwerp tekst echter geen uitwerking. Meer dan 25 jaar later besluit de Europese Raad een adhoc-groep aan te stellen, die in 1995 met succes een ontwerp Insolventieverdrag voorlegt. Dit ontwerpverdrag met betrekking tot insolventie werd echter noch ondertekend noch geratificeerd door het Verenigd Koninkrijk. Het gevolg hiervan was een voorstel tot een Europese Insolventieverordening op initiatief van de Bondsrepubliek Duitsland en de Republiek Finland, dat qua inhoud overeenstemt met het oorspronkelijke ontwerpverdrag. Het belangrijkste kenmerk van een Verordening is dat deze een algemene strekking heeft en bijgevolg rechtstreeks verbindend is voor alle lidstaten. Enige omzetting naar nationaal recht is hier dus niet vereist.¹⁰

⁷ T.M., BOS, *Grensoverschrijdend faillissementsrecht in Europees perspectief*, Amsterdam, Kluwer, 2000, p. 3 e.v.

⁸ Verordening (EG) Nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *Pb.L.* 160 van 30 juni 2000, blz. 1-18.

⁹ G. MOSS, F. FLETCHER, S. ISAACS, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A commentary and annotated guide*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 1-16.

¹⁰ Artikel 288, lid 2 VWEU.

17. Niet onbelangrijk bij het begrijpen van de Europese Insolventieverordening is het toelichtend rapport van Miguel Virgos en Etienne Schmit.¹¹ Dit rapport werd reeds ten tijde van het ontwerpverdrag opgesteld, met als doel tot officiële toelichting te dienen. Zoals gezegd is dit verdrag echter nooit in werking getreden, met als gevolg dat ook dit rapport niet als officieel document werd erkend. Toch wordt dit rapport, naast de rechtsoverwegingen, veelvuldig gebruikt bij de interpretatie van de Verordening. De tekst van het ontwerpverdrag is na de omzetting ervan in een Verordening immers dezelfde gebleven en om deze reden wordt dit rapport nog steeds als gezaghebbend beschouwd.¹²

2.2 Toepassingsgebied

2.2.1 Ratione materiae: insolventieprocedures

18. Om het toepassingsgebied van de Verordening te bepalen en de nodige afbakening te kunnen maken, is een definitie van het begrip insolventieprocedure belangrijk. Een concrete, duidelijke definitie van het begrip is echter niet terug te vinden in de Insolventieverordening.¹³ Wel kan men verwijzen naar artikel 2 EIV. Hierbij wordt voor de definitie van een insolventieprocedure verwezen naar de collectieve procedures in artikel 1, lid 1 EIV, opgenomen in bijlage A.

Artikel 1, lid 1 EIV bepaalt vervolgens dat:

"1. Deze Verordening is van toepassing op collectieve procedures die, op de insolventie van de schuldenaar berustend, ertoe leiden dat deze schuldenaar het beheer en de beschikking over zijn vermogen geheel of ten dele verliest en dat een curator wordt aangewezen"

Er worden vier kenmerken van een insolventieprocedure aangehaald, die hierna verder besproken zullen worden:

2.2.1.1 Collectieve procedures

19. Het eerste kenmerk dat we terugvinden in artikel 1, lid 1 EIV is dat het moet gaan om collectieve procedures. In het toelichtend rapport Virgos/Schmit wordt aangehaald dat hiermee de onmogelijkheid van individuele executie wordt bedoeld.¹⁴

Zoals artikel 2 EIV al vermeldde, wordt in bijlage A van de Insolventieverordening voor elke lidstaat een opsomming gegeven welke procedures onder het toepassingsgebied vallen. Voor België

¹¹ M. VIRGOS en E. SCHMIT, "Ontwerprapport Virgós/Schmit bij het verdrag betreffende insolventieprocedures" in B. WESSELS, *International insolvency law*, Deventer, Kluwer, 2006, 673-746.

¹² B. WESSELS, *International Insolvency Law*, Deventer, Kluwer, 2006, p. 233 e.v.

¹³ J. C. VAN APELDOORN en A. W. DE MAN, *De Europese Insolventieverordening: grensoverschrijdend insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2006, p. 12.

¹⁴ Paragraaf 49 Virgo/Schmit rapport.

zijn dit het faillissement, de gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord, de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, de collectieve schuldenregeling, de vrijwillige en gerechtelijke vereffening en de procedure van voorlopig bewind. Voor Nederland gelden het faillissement, de surséance van betaling en de schuldsanering voor natuurlijke personen als collectieve procedures in de zin van de Insolventieverordening.

De opgesomde procedures voldoen echter niet steeds aan de voorwaarden van artikel 1 EIV. Toch worden zij opgenomen als procedures die onder het toepassingsgebied van de Verordening vallen.¹⁵

20. Uit deze lijst kan men afleiden dat zowel liquidatieprocedures¹⁶ (bv. faillissement¹⁷), alsook saneringsprocedures¹⁸ (bv. collectieve schuldenregeling) onder het toepassingsgebied van de Insolventieverordening vallen. De Verordening kiest voor een ruime interpretatie van het begrip insolventieprocedure, in tegenstelling tot wat het Hof van Justitie besliste in het arrest *Gourdain/Nadler*.¹⁹ Het hof besliste in deze zaak dat een collectieve procedure onder de Verordening steeds een liquidatieprocedure veronderstelde.

2.2.1.2 Insolventie van de schuldenaar

21. Een tweede kenmerk van een insolventieprocedure veronderstelt de insolventie van de schuldenaar. De Verordening bevat zelf geen definitie van het begrip insolventie. Men kan verwijzen naar het rapport *Virgos/Schmit*.²⁰ De Verordening beoogt geen harmonisering van begrippen en regels, maar stelt slechts verwijzingsregels op in geval van grensoverschrijdende insolventie.²¹

De invulling van het begrip wordt bijgevolg overgelaten aan de lidstaten zelf, die de insolventie van de schuldenaar beoordelen aan de hand van het nationale recht. Elke lidstaat kan bijgevolg een andere inhoud geven aan het begrip insolventie als voorwaarde voor de opening van een insolventieprocedure. Het is echter belangrijk dat ook indien men een andere inhoud geeft aan het begrip 'insolventie', men steeds geacht wordt de insolventieprocedure van een andere lidstaat te erkennen volgens de Verordening.²²

¹⁵ Een voorbeeld hiervan is de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag. Deze procedure voldoet niet aan de voorwaarden van art. 1 EIV, het is immers niet vereist dat de schuldenaar zijn beschikkingsbevoegdheid verliest. Toch werd de procedure opgenomen in bijlage A.

¹⁶ Liquidatieprocedures veronderstellen de ontbinding van de onderneming en het vereffenen van de schulden dan de onderneming.

¹⁷ Opgesomd in bijlage B EIV.

¹⁸ Saneringsprocedures veronderstellen het nemen van maatregelen die het rendement van de onderneming beogen te herstellen.

¹⁹ HVJ C-133/78, *Gourdain/Nadler*, [1979], *Jur.* I-00733, zie ook randnummer 124.

²⁰ Paragraaf 49 b) *Virgo/Schmit*.

²¹ KORKMAZER, F., "Grensoverschrijdende aspecten van internationale insolventieprocedures voor rechtspersonen in een notendop", *Cah. Jur.* 3/2008, 53-61.

²² Rechtsoverweging 22 EIV.

22. Ten slotte bepaalt rechtsoverweging 9 van de EIV dat de insolvente schuldenaar zowel een natuurlijke persoon als een rechtspersoon, een koopman als particulier kan zijn en dat de Verordening op al deze insolventieprocedures onverlet van toepassing is.

2.2.1.3 Beschikkingsonbevoegdheid

23. Een derde element veronderstelt de beschikking- en beheersonbevoegdheid van de schuldenaar over zijn vermogen. Het is echter niet noodzakelijk dat de debiteur volledig zijn bevoegdheid over zijn vermogen verliest, een gedeeltelijke beschikkingsonbevoegdheid is voldoende.²³

24. Ook hier biedt een verwijzing naar het rapport Virgos/Schmit meer duidelijkheid. Volgens paragraaf 49, c) veronderstelt deze voorwaarde dat de beschikking- en beheersbevoegdheid over het vermogen overgaat op een andere persoon dan de schuldenaar of dat in geval van gedeeltelijke beschikkingsonbevoegdheid, de schuldenaar slechts op beperkte wijze zijn bevoegdheden kan uitoefenen door hem te onderwerpen aan een controle of door zijn handelingen te sturen.

2.2.1.4 Aanwijzing van een curator

25. Indien de schuldenaar zoals hierboven vermeld geheel of gedeeltelijk beschikkingsonbevoegd wordt verklaard en deze bevoegdheid overgaat op een andere persoon dan de schuldenaar, komen we bij het laatste kenmerk van een insolventieprocedure, de aanwijzing van een curator.

De Verordening biedt een ruime interpretatie²⁴ van het begrip aan, dat wordt gedefinieerd in artikel 2 (b) EIV als:

"elke persoon of elk orgaan, belast met het beheer of de liquidatie van de goederen waarover de schuldenaar het beheer en de beschikking is verloren of met het toezicht op het beheer van diens zaken. Deze personen en organen worden opgesomd in bijlage C"

²³ Zie noot 13.

²⁴ Paragraaf 49 d) Virgo/Schmit rapport.

2.2.2 Ratione loci: centrum van voornaamste belangen

2.2.2.1 Begrip

26. Het territoriaal toepassingsgebied van de Verordening is terug te vinden in artikel 3 EIV, dat stelt dat zij van toepassing is op insolventieprocedures waarbij het centrum van voornaamste belangen van de schuldenaar gelegen is binnen de Europese Unie.²⁵ Ligt het centrum van voornaamste belangen buiten de Europese Unie, kan de Verordening nooit van toepassing zijn. Hoewel het COMI begrip niet noodzakelijk hetzelfde is als de werkelijke zetelleer, liggen deze twee begrippen toch dicht bij elkaar. Het is opmerkelijk dat men in de Europese Insolventieverordening voor het COMI begrip kiest, terwijl de werkelijke zetelleer meer en meer onder druk komt te staan in de rechtspraak van het Hof van Justitie, zoals uit het volgende hoofdstuk zal blijken.²⁶ De meeste schuldeisers zullen zich echter in het COMI bevinden, wat de keuze voor dit begrip als aanknopingspunt in de Verordening verklaart.

27. Het 'centre of main interests', afgekort COMI, is een kernbegrip in de Verordening.²⁷ Als eerste wordt het territoriaal toepassingsgebied hierdoor beperkt tot de Europese Unie. Verder is de rechter waar het COMI gelegen is, bevoegd om een insolventieprocedure te openen. Ten slotte wordt ook het toepasselijke recht bepaald door dit kernbegrip, namelijk de toepassing van het insolventierecht van de lidstaat waar het COMI gelegen is, de *lex concursus*.

Een concrete definitie ontbreekt in de Verordening zelf²⁸, maar het begrip wordt wel gedefinieerd in rechtsoverweging 13 als:

"Het „centrum van de voornaamste belangen" dient overeen te komen met de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert en die daardoor als zodanig voor derden herkenbaar is."

Volgens het rapport Virgos/Schmit²⁹ is deze regel noodzakelijk om de schuldeisers van de betrokken schuldenaar meer inzicht te geven en hen zo de mogelijkheid bieden eventuele risico's in geval van insolventie te berekenen.

28. Voor rechtspersonen en vennootschappen geldt een vermoeden dat het COMI de lidstaat is waar hun statutaire zetel gelegen is, dit is uitdrukkelijk opgenomen in artikel 3, lid 1, tweede zin EIV. Dit vermoeden kan echter weerlegd worden. Ook in de rechtspraak aanvaardt men regelmatig dat het COMI niet altijd gelegen is in de lidstaat waar de vennootschap haar statutaire zetel heeft. Bij de beoordeling van dit tegenbewijs heeft het Hof van Justitie in zijn belangrijkste arrest met betrekking tot het COMI aangegeven dat men een zorgvuldige feitenanalyse moet voeren.³⁰

²⁵ Met uitzondering van Denemarken, zie considerans 33 EIV.

²⁶ Zie randnummer 48.

²⁷ WESSELS, B., "Cross-border insolvency law in Europe: present status and future prospects", PER 2008.

²⁸ PAREIN, F., "De Europese Insolventieverordening", NJW, 2011, p. 246-253.

²⁹ Paragraaf 75 Virgo/Schmit rapport.

³⁰ HvJ C-341/04, *Eurofood*, [2006], *Jur.* I- 3813, 34°.

Het Hof van Justitie benadrukt in het Eurofood arrest dat men het vermoeden moet weerleggen met objectieve criteria, die voor derden verifieerbaar zijn:

"Derhalve kan bij de bepaling van het centrum van de voornaamste belangen van een schuldplichtige vennootschap slechts worden afgeweken van het door de gemeenschapswetgever ingevoerde vermoeden dat dit haar statutaire zetel is, indien aan de hand van objectieve, voor derden verifieerbare factoren kan worden aangetoond dat de werkelijke situatie verschilt van die welke de aanknopng bij de statutaire zetel wordt geacht te weerspiegelen."

29. Men mag het tegenbewijs niet te gemakkelijk aanvaarden, alle feiten moeten in concreto worden beoordeeld waarbij vele factoren een rol spelen. Doorslaggevend bij de beoordeling van de feiten is doorgaans waar het financiële beheer van de vennootschap wordt gevoerd, waar men de boekhouding beheert, vanuit waar men het personeelsbeleid stuurt,... Men evolueert als het ware naar een 'Head Office Functions'-aanpak.³¹

Waar het hoofdkantoor zich bevindt, vanuit welke lidstaat de vennootschap wordt geleid of waar deze voornamelijk zijn commerciële activiteiten uitoefent, blijken minder doorslaggevende elementen in de beoordeling van het COMI.

Ten slotte hecht de Verordening veel belang aan de kenbaarheid van derden van het COMI. Dit sluit aan bij het rapport Virgos/Schmit dat, zoals gezegd, stelt dat het COMI juist dient om schuldeisers meer inzicht te geven in geval van insolventie. Zij zijn dan ook in de veronderstelling dat hun rechten, wanneer insolventie zich voordoet, worden geregeld door de lidstaat waar het COMI gelegen is.³²

2.2.2.2 Verplaatsen van het COMI: forumshopping

30. In het kader van het COMI, komt ook de problematiek van forumshopping aan bod. Een van de doelstellingen van de Verordening is om dit fenomeen tegen te gaan. Zo bepaalt rechtsoverweging 4 EIV:

"De goede werking van de interne markt moet verhinderen dat er prikkels voor partijen bestaan om ter verbetering van hun rechtspositie geschillen of goederen van de ene lidstaat naar de andere over te brengen („forumshopping")."

31. Wanneer het insolventierecht voor de vennootschap in een ander land voordeliger lijkt, kan men het COMI verplaatsen naar deze lidstaat. Forumshopping is op zich niet verboden. Het insolventierecht van de lidstaat waar de vennootschap zijn COMI heeft wordt bijgevolg toegepast. Vennootschappen hebben in dit opzicht veel mogelijkheden, het verplaatsen van het COMI veronderstelt immers niet de goedkeuring van de aandeelhouders. Het betekent ook niet

³¹ Zie noot 6, p. 428.

³² E. ALOFS, K. BROECKX e.a., *Insolventierecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, p.479 e.v.

noodzakelijk een verplaatsing van de statutaire zetel. Zoals reeds aangegeven is de plaats van het COMI en deze van de statutaire zetel niet steeds dezelfde.

32. Een belangrijk arrest van het Hof van Justitie met betrekking tot deze problematiek is de zaak *Staubitz-Schreiber*.³³ In dit arrest stelt het Hof dat de lidstaat waar het COMI van de schuldenaar gelegen is op het moment dat de schuldenaar een verzoek indient tot opening van een insolventieprocedure bevoegd blijft, indien de schuldenaar na indiening van dit verzoek (maar voor opening van de insolventieprocedure) zijn COMI verplaatst naar een andere lidstaat. Wijzigen met betrekking tot het COMI nadat het verzoek tot opening van een insolventieprocedure werd ingediend, zijn dus niet relevant.

33. Indien de schuldenaar zijn COMI verplaatst naar een andere lidstaat met een gunstiger insolventierechtelijke regeling, is het belangrijk dat deze schuldenaar ook daadwerkelijk zijn COMI verplaatst en niet enkel aanknopingspunten met deze lidstaat creëert, teneinde fraude te plegen door zich te onttrekken aan bepaalde schuldeisers. Opgemerkt moet worden dat het verplaatsen van het COMI afbreuk kan doen aan het 'kenbaarheidvereiste' van derden waar de Verordening zoals hierboven reeds werd aangehaald, veel belang aan hecht.³⁴

Zoals gezegd is het niet noodzakelijk de aandeelhouders, alsook de schuldeisers te betrekken in de beslissing tot verplaatsing van het COMI.³⁵ Men kan stellen dat hierdoor afbreuk wordt gedaan aan de verwachtingen die de schuldeisers hebben, aangezien hun rechten plots door het insolventierecht van een andere lidstaat wordt geregeld. De rechter kan hier een oplossing bieden, door bijvoorbeeld na te gaan of de schuldeisers op de hoogte zijn van de verplaatsing van het COMI. Zo zal men de kans op fraude kunnen verkleinen.

2.2.3 Ratione temporis

34. De Insolventieverordening trad in werking op 31 mei 2002³⁶ en is bijgevolg enkel van toepassing op insolventieprocedures die hierna werden geopend. De vraag die vervolgens rijst is vanaf welk moment men kan stellen dat de procedure geopend is. Volgens artikel 2, f) EIV is dit wanneer de beslissing tot opening rechtsgevolgen heeft. Het is hierbij niet belangrijk of de beslissing al dan niet definitief is, kracht van gewijsde is hier dus niet vereist.³⁷

³³ HvJ C-1/04, *Staubitz-Schreiber*, [2006], *Jur.* I-701, 29°.

³⁴ Zie randnummer 29.

³⁵ Zie randnummer 31.

³⁶ Artikel 47 EIV.

³⁷ Paragraaf 68 Virgos/Schmit rapport.

2.3 Systematiek

2.3.1 Gematigd universaliteitsbeginsel

35. Hoewel men in het toelichtend rapport aangeeft dat de Verordening in beginsel gebaseerd is op het principe van universaliteit, erkent men dat er in de Verordening meermaals van dit principe wordt afgeweken.³⁸ Men spreekt van een gematigd universaliteitsbeginsel.³⁹

Het gaat om een tussenmodel. Zowel het universaliteitsbeginsel als het principe van territorialiteit kende enkele nadelen. Het succes van het universaliteitsbeginsel is immers afhankelijk van de visie waarvoor in de andere lidstaten werd gekozen. Ook met het territorialiteitsprincipe gaan enkele nadelen gepaard. De transactiekosten lopen op indien er meerdere procedures in verschillende landen worden ingesteld. Het gevaar bestaat dat wanneer de schuldenaar over een groter vermogen beschikt in een bepaald land, dit ook alleen de schuldeisers van dit land ten goede komt en zij een groter deel van het vermogen verkrijgen.

Het gematigd universaliteitsbeginsel omhelst een minder strikt systeem dan het zuiver universalisme en landen hebben bijgevolg de mogelijkheid om naast de hoofdprocedure in een andere lidstaat, een secundaire procedure te openen. De Verordening laat dus zowel een hoofdprocedure als een secundaire procedure toe.⁴⁰

36. De grondslag voor het openen van een hoofdprocedure is terug te vinden in artikel 3, lid 1 EIV. De rechters van de lidstaat waar het COMI van de schuldenaar gelegen is, zijn bevoegd de insolventieprocedure te openen. Dit artikel beoogt de opening van een universele hoofdprocedure. Dit heeft als gevolg dat alle goederen en elke schuldeiser van de betrokken schuldenaar in rekening wordt genomen.

37. Zoals aangegeven kan hiernaast ook een secundaire procedure worden geopend in een andere lidstaat. De grondslag voor deze secundaire procedure is terug te vinden in artikel 3, lid 2 EIV. Het artikel bepaalt in de eerste plaats dat rechters van een andere lidstaat slechts bevoegd zijn tot opening van een secundaire procedure, indien de schuldenaar een vestiging⁴¹ heeft op het grondgebied van de betrokken lidstaat.

Verder wordt in het artikel ook duidelijk dat het om een territoriale procedure gaat, de gevolgen die deze secundaire procedure met zich meebrengen zullen immers enkel betrekking hebben op de goederen van de schuldenaar die op het grondgebied van de betrokken lidstaat zijn gelegen.

³⁸ Paragraaf 12 Virgos/Schmit rapport.

³⁹ Zie noot 5, p. 55.

⁴⁰ GARRE, B., "De Europese Insolventieverordening: Efficiënte afwikkeling van grensoverschrijdende insolventieprocedures: universalisme of territorialiteit? Is het glas halfvol of halfleeg?", JF 2009-2010, p. 43-106.

⁴¹ Artikel 2, h) EIV bevat een definitie van het begrip vestiging: plaats waar de schuldenaar met behulp van goederen en personen een economische activiteit uitoefent, die niet van tijdelijke aard is.

38. Ten slotte bepaalt artikel 3, lid 3 EIV dat elke procedure die geopend wordt na de hoofdprocedure op basis van artikel 3, lid 2 EIV een secundaire procedure uitmaakt, die noodzakelijkerwijze een liquidatieprocedure moet zijn.

39. De Verordening kiest duidelijk voor een compromis tussen universaliteit en territorialiteit. Belangrijk is op te merken dat de secundaire procedures, vanzelfsprekend, ondergeschikt zijn aan de hoofdprocedures en dat deze hoofdprocedures bijgevolg geen uitwerking kunnen hebben op het grondgebied van de lidstaat die reeds een secundair (territoriale) procedure opende. Om dit compromis tussen enerzijds universaliteit en anderzijds territorialiteit te bewerkstelligen, is een samenwerkingsplicht⁴² tussen de verschillende lidstaten weliswaar een noodzaak.⁴³

Het is echter ook mogelijk dat deze secundaire (territoriale) procedure geopend wordt, zonder dat er reeds een hoofdprocedure op basis van artikel 3, lid 1 EIV werd geopend. Het gaat dan om een zelfstandige procedure, die enkel in de beperkte gevallen van artikel 3, lid 4 EIV kan worden ingesteld.⁴⁴

In tegenstelling tot de secundaire (territoriale) procedure, is het in geval van een zelfstandige procedure niet vereist dat het enkel om liquidatieprocedures gaat. Ook saneringsprocedures kunnen het voorwerp uitmaken van dergelijke zelfstandige procedures

2.3.2 Un traité triple

40. De Verordening is opgebouwd als 'un traité triple'.⁴⁵ Zowel de bevoegde rechter, het toepasselijke recht en de erkenning en uitvoering van beslissingen worden behandeld in de Europese Insolventieverordening. Dit werk beperkt zich tot het vaststellen van het toepasselijke recht, zoals bepaalt in artikel 4 EIV.

⁴² Artikel 31 EIV.

⁴³ Rechtsoverweging 20.

⁴⁴ Dit is mogelijk in twee gevallen. Indien er geen hoofdprocedure kan worden geopend in verband met de voorwaarden die gesteld worden in de wetgeving van de lidstaat waar het COMI gelegen is. Ook indien de opening van een territoriale insolventieprocedure is aangevraagd door een schuldeiser die zijn woonplaats, zetel of gebruikelijke verblijfplaats heeft in de lidstaat op het grondgebied waarvan de betrokken vestiging is gelegen of wiens vordering het resultaat is van een uit de exploitatie van de vestiging voortvloeiende verplichting, kan een zelfstandige procedure worden geopend.

⁴⁵ Zie noot 13, p. 26.

3 Lex societatis

3.1 Werkelijke zetelleer v. incorporatietheorie

41. Binnen het internationaal privaatrecht is het belangrijk te weten volgens welk recht de vennootschap is opgericht en waaraan zij bijgevolg is onderworpen. Deze *lex societatis* bepaalt als het ware het personeel statuut van de vennootschap, men kan ook wel spreken van de nationaliteit van de vennootschap.⁴⁶ Deze nationaliteit van de vennootschap hangt nauw samen met de vrijheid van vestiging⁴⁷, die door de Europese Unie wordt vooropgesteld:

Artikel 49 VWEU:

"In het kader van de volgende bepalingen zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.

De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 54, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld."

42. In vele lidstaten zijn de oprichting, de samenstelling, de werking en de eventuele ontbinding van de rechtspersoon onderwerpen die beheerst worden door de *lex societatis*. Toch moet het opgemerkt worden dat er geen algehele overeenstemming is binnen de verschillende lidstaten welke aspecten van de vennootschap onderworpen worden aan de *lex societatis*.⁴⁸

43. Zoals reeds in het inleidend hoofdstuk kort werd aangehaald, kan men de *nationaliteit* van de vennootschap bepalen aan de hand van twee verschillende theorieën. Enerzijds kan men de werkelijke zetel als aanknopingspunt gebruiken, anderzijds zijn er ook landen die uitgaan van de statutaire zetel.⁴⁹

⁴⁶ G. VAN CALSTER, *European Private International law*, Oxford, Hart, 2013, p. 211 e.v.

⁴⁷ K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, p. 203 e.v. Zowel primaire als secundaire vrijheid van vestiging wordt gewaarborgd. Het oprichten van een vennootschap valt onder het primair vestigingsrecht, terwijl men bij het oprichten van filialen, bijkantoren of dochterondernemingen over het secundair vestigingsrecht spreekt.

⁴⁸ R. JAFFERALI, "L'application du droit belge aux sociétés de droit étranger. Une esquisse des contours de la *lex societatis*", R.D.C., 2004, pp. 764-790.

⁴⁹ Zie noot 2, p. 202 e.v.

3.1.1 Werkelijke zetelleer

44. Volgens de werkelijke zetelleer is de vennootschap onderworpen aan het vennootschapsrecht van het land waar deze zijn werkelijke zetel heeft. De plaats waar een vennootschap zijn werkelijke zetel heeft, is niet noodzakelijk dezelfde als waar men zijn statutaire zetel heeft. Om te bepalen waar de werkelijke zetel gelegen is, kijkt men in principe naar de plaats van waaruit de vennootschap daadwerkelijk geleid wordt en waar bijgevolg het beslissingscentrum gelegen is. Toch is dit geen eenduidig begrip in de verschillende landen die deze theorie volgen.⁵⁰ Men gaat uit van verschillende elementen om deze werkelijke zetel te bepalen: waar het personeel tewerk wordt gesteld, waar het hoofdkantoor zich bevindt of vanuit welk land de vennootschap daadwerkelijk geleid wordt. Hoewel de werkelijke zetel niet noodzakelijk hetzelfde is als het COMI begrip dat in de Europese Insolventieverordening wordt vooropgesteld, liggen deze begrippen wel dicht bij elkaar.⁵¹

45. Men wil met deze leer bereiken dat de vennootschap onderworpen wordt aan het recht van de staat waarmee zij het nauwst verbonden is. Men vermijdt hierdoor ook misbruik door de vennootschap. Zij kunnen de oprichtingsakte van de vennootschap niet in een andere staat verlijden, om aan de toepassing van het recht waar de werkelijke zetel gelegen is te ontsnappen.⁵² Deze leer wordt toegepast in de meeste civil law landen, zoals onder andere België⁵³, Frankrijk⁵⁴ en Duitsland (sitztheorie).

3.1.2 Incorporatieleer

46. Common law landen zoals Nederland⁵⁵ en Engeland daarentegen, maken gebruik van de incorporatieleer. Volgens deze leer is het recht van het land waar de statutaire zetel van de vennootschap gelegen is van toepassing. Men moet dus kijken naar het recht van het land waar de vennootschap werd opgericht, ook al bevindt de werkelijke zetel zich in een ander land. Men houdt met andere woorden geen rekening met de feitelijke omstandigheden, in tegenstelling tot de werkelijke zetelleer.⁵⁶ Indien de werkelijke zetel gelegen is in een andere lidstaat dan waar de vennootschap werd opgericht, moet die lidstaat volgens de incorporatietheorie de nationaliteit van de vennootschap erkennen. Het toepasselijke vennootschapsrecht kan bijgevolg niet gewijzigd worden, tenzij men kiest voor de ontbinding van de betrokken vennootschap en deze opnieuw opricht in een andere staat.⁵⁷

⁵⁰ Zie noot 46, p. 177 e.v.

⁵¹ Zie randnummer 26.

⁵² Zie noot 3, p. 101 e.v.

⁵³ Artikel 110 WIPR: *Rechtspersonen worden beheerst door het recht van de Staat op wiens grondgebied zich vanaf de oprichting hun voornaamste vestiging bevindt*

⁵⁴ Artikel 1837 Code Civil: *Toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française. Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu.*

⁵⁵ Artikel 118 Boek 10 Nieuw Burgerlijk Wetboek: *Een corporatie die ingevolge de oprichtingsovereenkomst of akte van oprichting haar zetel of, bij gebreke daarvan, haar centrum van optreden naar buiten ten tijde van de oprichting, heeft op het grondgebied van de staat naar welks recht zij is opgericht, wordt beheerst door het recht van die staat*

⁵⁶ Zie noot 50

⁵⁷ Zie noot 4

3.1.3 Invloed vrijheid van vestiging

47. De vrijheid van vestiging wordt bijgevolg het meest bewerkstelligd door deze laatste theorie. Zo zal men de vennootschap oprichten in de lidstaat die het meest voordelig systeem aanbiedt. Het is bijgevolg mogelijk dat het centrale beslissingscentrum naar een andere lidstaat verplaatst wordt, terwijl de statutaire zetel in het land van incorporatie is gelegen.

48. De werkelijke zetelleer wordt daarentegen bekritiseerd, omdat het de vrijheid van vestiging zou beperken. Volgens deze theorie is het immers niet mogelijk dat de statutaire zetel in een andere lidstaat gelegen is dan waar de werkelijke zetel gelegen is. Forumshopping is onder deze leer dan ook niet mogelijk. Het Hof van Justitie heeft in verschillende rechtspraak geoordeeld dat de vrijheid van vestiging zo veel mogelijk moet worden gerespecteerd.

3.1.3.1 Daily Mail

49. In het arrest *Daily Mail*⁵⁸ betrof het een Britse vennootschap die haar werkelijke zetel wou verplaatsen naar Nederland⁵⁹ met behoud van haar Britse nationaliteit, evenwel zonder de noodzakelijke toestemming van de bevoegde Britse autoriteiten. Het Engelse recht stelt echter dat indien de verplaatsing toch zou gebeuren zonder deze vereiste toestemming, de vennootschap van rechtswege wordt ontboden en een fiscale afrekening verschuldigd is. De vennootschap acht deze regeling in strijd met de vrijheid van vestiging.

Het Hof van Justitie besliste echter dat de vereiste toestemming geen schending van de vrijheid van vestiging met zich meebracht. Er is immers geen harmonisatie op het vlak van verplaatsing van de werkelijke zetel naar een andere lidstaat dan waar de vennootschap is opgericht. Bijgevolg zijn de lidstaten zelf bevoegd en hebben de lidstaten van herkomst (in casu Engeland) een ruime appreciatiemarge om voorwaarden te koppelen aan het vertrek van de vennootschap.⁶⁰

3.1.3.2 Centros

50. Ook in het arrest *Centros*⁶¹ gaat het om twee landen die uitgaan van de incorporatieleer. Het betreft een Engelse vennootschap, die geen enkele activiteit in deze lidstaat uitoefent en haar werkelijke zetel wil verplaatsen naar Denemarken. Denemarken weigert echter de inschrijving, aangezien de vennootschap al haar activiteiten in Denemarken uitoefent. Men is van oordeel dat de vennootschap enkel en alleen in Engeland werd opgericht om te voorkomen aan de voorwaarde inzake het minimumkapitaal dat de Deense wetgeving vereist. De vennootschap stelt een schending van de vrijheid van vestiging vast, daar het niet om de verplaatsing van de werkelijke zetel gaat, maar om de hoofdzetel van de vennootschap.

⁵⁸ HVJ C- 81/87, *Daily Mail*, [1988], *Jur.* I-05483.

⁵⁹ Om aan de belastingheffing in het Verenigd Koninkrijk te ontsnappen.

⁶⁰ A.C.G.A.C. DE GRAAF, P. KAVELAARS, A.J.A. STEVENS, *Internationaal belastingrecht*, Deventer, Kluwer, 2009, p. 217 e.v.

⁶¹ HVJ C-212/97, *Centros*, [1999], *Jur.* I-01459.

Het Hof van Justitie besliste dat de weigering van inschrijving door de lidstaat van ontvangst (in casu Denemarken) inderdaad een schending van de vrijheid van vestiging uitmaakte, indien het filiaal werd opgericht met de bedoeling al haar activiteiten in deze lidstaat uit te oefenen.⁶² Het is bijgevolg niet noodzakelijk dat er een nieuwe vennootschap in Denemarken wordt opgericht. Het is Denemarken echter wel toegelaten om maatregelen te nemen ter bestrijding van fraude.

3.1.3.3 Überseering

51. In het arrest Überseering⁶³ ging het over de verplaatsing van de werkelijke zetel vanuit een lidstaat die de incorporatietheorie verdedigt, naar een lidstaat die uitgaat van de werkelijke zetelleer. De Nederlandse vennootschap Überseering sloot een aannemingsovereenkomst met een Duitse vennootschap in het kader van renovatiewerken. Überseering eist schadevergoeding bij de Duitse rechter wegens wanprestatie van de Duitse vennootschap, nadat alle aandelen van Überseering eerder werden verkregen door Duitse onderdanen.

Volgens het Duitse recht gaat het om een verplaatsing van de werkelijke zetel van Nederland naar Duitsland en heeft de vennootschap bijgevolg geen rechtsbekwaamheid. Duitsland gaat immers uit van een strikte interpretatie van de werkelijke zetelleer en stelt dat de vennootschap moest worden heropgericht naar Duits recht, vooraleer de vennootschap een vordering in Duitsland kon instellen.⁶⁴

Het Hof van Justitie stelt ook hier een schending van de vrijheid van vestiging vast. De vennootschap is rechtsgeldig naar Nederlands recht opgericht. De omstandigheid dat alle aandelen in handen zijn van Duitse onderdanen heeft volgens het Nederlandse recht niet het verlies van de rechtspersoonlijkheid tot gevolg en is dan ook niet relevant. Het niet erkennen van de rechtsbekwaamheid en het toepassen van de werkelijke zetelleer door het land van ontvangst, is vervolgens een inbreuk op de vrijheid van vestiging.

52. Zoals reeds vermeld wordt de werkelijke zetelleer vanuit Europees standpunt bekritiseerd, omdat het de vrijheid van vestiging belemmert. Uit het Überseering arrest volgt immers dat een vennootschap opgericht volgens een lidstaat die de incorporatietheorie verdedigt en vervolgens zijn werkelijke zetel verplaatst naar een lidstaat die uitgaat van de werkelijke zetelleer, nooit onderworpen kan zijn aan het recht van deze laatste lidstaat.⁶⁵

⁶² R. BARENTS, *Ondernemingsrecht*, Deventer, Kluwer, 2004, p. 672.

⁶³ HVJ C-202/00, *Überseering*, [2002], *Jur.* I-9919.

⁶⁴ Zie noot 3, p. 77.

⁶⁵ W.J. SLAGTER, *Compendium van het ondernemingsrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, p. 169.

3.1.3.4 Cartesio

53. In het arrest *Cartesio*⁶⁶ preciseert het Hof van Justitie de arresten *Daily Mail* en *Überseering*. In casu wil een Hongaarse vennootschap haar werkelijke zetel verplaatsen naar Italië, weliswaar met behoud van haar Hongaarse rechtspersoonlijkheid. Volgens Hongaars recht is het echter niet mogelijk dat de werkelijke zetel zich in een ander land bevindt dan waar de vennootschap is opgericht. Dit heeft de ontbinding van de vennootschap tot gevolg en men weigert bijgevolg dan ook de wijziging van de inschrijving in het handelsregister.

Het Hof van Justitie stelt dat lidstaten waar de vennootschap is opgericht beperkingen mogen stellen aan de verplaatsing van de werkelijke zetel naar een andere lidstaat, wanneer de vennootschap haar rechtspersoonlijkheid wil behouden.⁶⁷ Dit veronderstelt geen beperking van de vrijheid van vestiging. Anderzijds stelt men dat wanneer de lidstaat waar de vennootschap is opgericht de verplaatsing van de werkelijke zetel met wijziging van het toepasselijke recht⁶⁸ beperkt, dit wel een schending kan uitmaken van de vrijheid van vestiging.⁶⁹

3.1.3.5 Inspire art

54. Het gaat om *Inspire art*⁷⁰, een vennootschap opgericht naar Engels recht, die al haar activiteiten uitoefent in Nederland. De vennootschap werd enkel in het Verenigd Koninkrijk opgericht, om de strenge oprichtingseisen die Nederland stelt, te vermijden. De kamer van koophandel verplichtte de vennootschap haar inschrijving aan te vullen met 'formeel buitenlandse vennootschap'. *Inspire art* weigerde dit echter, daar dit negatieve gevolgen voor haar zou hebben.

Het Hof van Justitie oordeelt dat deze vereiste in principe geen schending van de vrijheid van vestiging uitmaakt, zolang deze in overeenstemming is met de Elfde EG richtlijn.⁷¹ De regeling gaat echter verder dan deze richtlijn, men verwacht immers ook de storting van een minimumkapitaal. Volgens het Hof van Justitie is er een schending van de vrijheid van vestiging, maar het Hof laat enige ruimte om eventueel misbruik te bestrijden. Dit moet volgens het Hof geval per geval worden beoordeeld.

⁶⁶ HVJ C-210/06, *Cartesio*, [2008], *Jur.* I- 09641.

⁶⁷ Zie *Daily Mail*, randnummer 49.

⁶⁸ Wijziging van het toepasselijke recht veronderstelt re-incorporatie van de vennootschap in de andere lidstaat.

⁶⁹ Zie noot 64

⁷⁰ HVJ C-167/01, *Inspire art*, [2003], *Jur.* I-10155.

⁷¹ Richtlijn (EG) nr. 89/666 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de openbaarmakingsplicht voor in een Lidstaat opgerichte bijkantoren van vennootschappen die onder het recht van een andere staat vallen, *pb.* L. 30 december 1989, nr. 395, blz. 36-39. De richtlijn bevat specifieke openbaarmakingsverplichtingen van filialen van ondernemingen.

3.2 Draagwijdte lex societatis

55. De vraag die zich vervolgens stelt is welke aspecten van de vennootschap beheerst worden door deze *lex societatis*. Welke elementen maken deel uit van het personeel statuut van de rechtspersoon?

56. Met betrekking tot het internationaal privaatrecht in burgerlijke en handelszaken, dat relevant is voor de huidige problematiek, heeft de Europese Unie naast de Europese Insolventieverordening drie belangrijke instrumenten uitgevaardigd. Enerzijds is er de Brussel I Verordening⁷², die de bevoegde rechter aanwijst en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in andere lidstaten vastlegt. Anderzijds wordt ook het toepasselijke recht aangewezen in de Rome I Verordening⁷³ ingeval van overeenkomsten, en de Rome II Verordening, indien er geen overeenkomsten gesloten werden.⁷⁴

In elk van deze instrumenten wordt een regime voorzien dat betrekking heeft op vennootschappen. De draagwijdte van de relevante begrippen kan bijgevolg helpen bij het onderscheid tussen *lex societatis* en *lex concursus* en aldus bij de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag van de huidige paper.

3.2.1 Brussel I Verordening

3.2.1.1 Toepassingsgebied

57. Een eerste vraag die zich stelt inzake internationaal privaatrecht is welke rechter bevoegd is om kennis te nemen van de vordering. Inzake commerciële -en handelszaken wordt deze bevoegdheid bepaald aan de hand van de Brussel I Verordening.

Belangrijk voor een juiste interpretatie van dit Europees instrument zijn de rapporten Jenard⁷⁵ en Schlosser⁷⁶. Deze rapporten dienden oorspronkelijk tot een juiste interpretatie van het EEX Verdrag, dat later vervangen werd door de huidige Brussel I Verordening. Deze toelichtende rapporten zijn bijgevolg ook van toepassing op de Verordening en er zal doorheen dit document dan ook meermaals naar verwezen worden.

⁷² Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb.L.* 16 januari 2001, nr. 12, blz. 1-23.

⁷³ Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *Pb.L.* 4 juli 2008, nr. 177, blz. 6-16.

⁷⁴ Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, *Pb.L.* 31 juli 2007, nr. 199, blz. 40-49.

⁷⁵ P. JENARD, "Rapport betreffende het Verdrag inzake de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken", *Pb.L.*, EG C59, p. 10.

⁷⁶ B. HESS, T. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, "Rapport betreffende de toepassing van de Brussel I Verordening in de lidstaten", *Pb.L.*, C 59, nr. 53 (p.89-90).

58. Inzake insolventierechtelijke aangelegenheden is het vooreerst belangrijk op te merken dat deze uitdrukkelijk worden uitgesloten van het toepassingsgebied van de Brussel I Verordening:

Artikel 1, § 2, b) Brussel I Verordening:

2. Zij is niet van toepassing op:

- a) *de staat en de bevoegdheid van natuurlijke personen, het huwelijksgoederenrecht, testamenten en erfenissen;*
- b) *het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures;*
- c) *de sociale zekerheid;*
- d) *de arbitrage.*

59. Volgens het rapport Jenard⁷⁷ vallen faillissementen en soortgelijke procedures niet onder het toepassingsgebied van de Verordening, vermits hiervoor toen al een afzonderlijk instrument werd voorbereid dat een aanvulling moet bieden op het EEX Verdrag, doch dat, zoals gesignaleerd, slechts moeizaam tot stand kwam.

Insolventieprocedures, akkoorden en andere soortgelijke procedures worden in het rapport Jenard⁷⁸ omschreven als:

"depending on the system of law involved, are based on the suspension of payments, the insolvency of the debtor or his inability to raise credit, and which involve the judicial authorities for the purpose either compulsory and collective liquidation of the assets or simply of supervision."

60. Wanneer het gaat om procedures die slechts verband houden met insolventie, blijft de Brussel I Verordening echter niet noodzakelijk buiten toepassing. Enkel indien zij rechtstreeks voortvloeien uit de insolventie van de schuldenaar en onder het toepassingsgebied van de Europese Insolventieverordening vallen, zal de Brussel I Verordening niet van toepassing zijn.

Hoewel de twee Europese instrumenten in theorie elkaar perfect lijken aan te vullen, zullen we in het volgende hoofdstuk zien dat het toepassingsgebied van deze twee Verordeningen in de praktijk niet steeds even duidelijk is.⁷⁹

⁷⁷ Rapport Jenard p. 11.

⁷⁸ Rapport Jenard p. 12.

⁷⁹ Zie inzake deze problematiek o.a. arrest Gourdain/Nadler, randnummer 124 e.v.

3.2.1.2 Algemene regel

61. Uit artikel 2 Brussel I Verordening volgt de algemene regel dat de verweerder slechts kan worden opgeroepen voor de gerechten van de lidstaat waar hij woonplaats heeft, ongeacht zijn nationaliteit.⁸⁰ Hieruit volgt dat vennootschappen enkel kunnen worden opgeroepen voor de gerechten waar zij gevestigd zijn.⁸¹

62. Inzake de woonplaats van een rechtspersoon, moet worden verwezen naar artikel 60 Brussel I Verordening. Dit artikel stelt dat een vennootschap woonplaats heeft in de lidstaat waar hun statutaire zetel, hoofdbestuur of hun hoofdvestiging gelegen is. Indien hierdoor meer dan een gerecht bevoegd is om kennis te nemen van de vordering, zal het gerecht waarbij de zaak eerst aanhangig gemaakt werd bevoegd zijn.⁸²

63. Een uitzondering op de algemene regeling die voortvloeit uit artikel 2 van de Verordening kan worden teruggevonden in artikel 5, lid 5 van dezelfde Verordening. Hierbij stelt men dat een vennootschap toch kan worden opgeroepen voor de gerechten waar hun bijkantoren of filialen gevestigd zijn. Dit op voorwaarde dat het om een geschil betreffende de exploitatie van een filiaal, agentschap of enige andere vestiging gaat.

3.2.1.3 Uitzondering: de exclusieve bevoegdheid van artikel 22 Brussel I Verordening

64. Een van de belangrijkste artikelen met betrekking tot de *lex societatis* is terug te vinden in artikel 22, lid 2 Brussel I Verordening:

Ongeacht de woonplaats, zijn bij uitsluiting bevoegd:

2. *voor de geldigheid, de nietigheid of de ontbinding van vennootschappen of rechtspersonen met plaats van vestiging in een lidstaat, dan wel van de besluiten van hun organen: de gerechten van die lidstaat. Om deze plaats van vestiging vast te stellen, past het gerecht de regels van het voor hem geldende internationaal privaatrecht toe*

Artikel 22, lid 2 Brussel I Verordening bepaalt de exclusieve bevoegdheid van de gerechten waar de vennootschap is gevestigd. Wanneer het gaat om de geldigheid, nietigheid of ontbinding van een vennootschap of van besluiten van haar organen, zijn de gerechten waar de vennootschap is gevestigd exclusief bevoegd om te oordelen over het geschil.

⁸⁰ Rechtsoverweging 11 Brussel I Verordening: "De bevoegdheidsregels moeten in hoge mate voorspelbaar zijn, waarbij als beginsel geldt dat de bevoegdheid in het algemeen gegrond wordt op de woonplaats van de verweerder; de bevoegdheid moet altijd op die grond kunnen worden gevestigd, behalve in een gering aantal duidelijk omschreven gevallen waarin het voorwerp van het geschil of de autonomie van de partijen een ander aanknopingspunt wettigt. Voor rechtspersonen moet de woonplaats autonoom worden bepaald om de gemeenschappelijke regels doorzichtiger te maken en jurisdictiegeschillen te voorkomen."

⁸¹ U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law: Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, 2007, p. 356 e.v.

⁸² Artikel 29 Brussel I Verordening.

65. Belangrijk is dat de vestiging van de betrokken vennootschap voor deze exclusieve bevoegdheidsregel niet bepaald wordt aan de hand van artikel 60 Brussel I Verordening en dus niet afhankelijk is van de woonplaats van de partijen. Zoals het artikel zelf al aangeeft wordt de plaats waar de betrokken vennootschap gevestigd is, bepaald aan de hand van de regels van het internationaal privaatrecht. Dit betekent dat de vestiging van de vennootschap bepaald zal worden aan de hand van de werkelijke zetelleer of de incorporatietheorie. Zoals hierboven reeds besproken verkrijgen deze twee theorieën niet steeds dezelfde invulling in de verschillende lidstaten.⁸³ Daarbij komt dat de werkelijke zetelleer steeds meer strijdig met de vrijheid van vestiging wordt geacht door het Hof van Justitie en het Hof hierdoor voorkeur lijkt te verlenen aan de incorporatieleer.⁸⁴ Volgens sommige rechtsleer dient de rechter dan ook deze te zijn waar de vennootschap haar statutaire zetel heeft. Indien meerdere gerechten zich exclusief bevoegd achten om kennis te nemen van de vordering, kan ook hier verwezen worden naar artikel 29 Brussel I Verordening.

Men kan niet afwijken van deze exclusieve bevoegdheidsregel, ook niet aan de hand van een forumkeuze. Belangrijk is dat ook de rechter zich ambtshalve onbevoegd moet verklaren, indien hij van oordeel is dat een andere rechter exclusief bevoegd is om kennis te nemen van de vordering op basis van artikel 22, lid 2 Brussel I Verordening.

66. Het precieze doel van artikel 22, lid 2 Brussel I Verordening kan worden teruggevonden in de voorbereidende werken. Het rapport Jenard⁸⁵ bepaalt dat de bepaling in de eerste plaats werd ingevoerd om te voorkomen dat er tegenstrijdige beslissingen zouden worden gewezen met betrekking tot het bestaan van een vennootschap, alsook met betrekking tot de rechtsgeldigheid van de besluiten die genomen werden door hun organen.

Ten tweede zijn in het kader van een goede rechtsbedeling en een toenemende rechtszekerheid de lidstaten waar de vennootschap is gevestigd het best geplaatst om uitspraak te doen over deze geschillen. De openbaarmakingformaliteiten vinden immers in dezelfde lidstaat plaats. Men garandeert een bijzondere nabijheid van het geschil met de bevoegde rechtbank.

Ten slotte wijst men er ook op dat deze exclusieve bevoegdheidsregeling vaak zal leiden tot de bevoegdheid van het gerecht waar de verweerder woonplaats heeft.

67. Een andere reden voor de invoering van artikel 22, lid 2 Brussel I Verordening, kan worden gevonden in het toepasselijke recht. Het toepasselijke recht inzake interne vennootschapsaangelegenheden, wordt zoals reeds aangegeven bepaald door de *lex societatis*. Dit zal meestal het recht zijn waar de vennootschap zijn zetel heeft. Om de toewijzing van de exclusieve bevoegdheid inzake artikel 22, lid 2 Brussel I Verordening te begrijpen, moet men uitgaan van dezelfde interpretatie van het zetelbegrip inzake het toepasselijke recht. Indien men dit niet zou doen, zou er een discrepantie bestaan tussen het bevoegde gerecht en het recht dat zij

⁸³ Zo hanteert België een gematigde werkelijke zetelleer, in tegenstelling tot Duitsland die uitgaat van een radicale werkelijke zetelleer.

⁸⁴ Zie o.a. arrest Überseering, randnummer 51 e.v.

⁸⁵ Rapport Jenard p. 35.

moeten toepassen.⁸⁶ Door het invoeren van de bepaling streeft men bijgevolg naar een overeenstemming tussen de bevoegde rechtbank en het recht dat hij toepast. Een voorbeeld kan dit aantonen. Wanneer een vennootschap haar statutaire zetel in Nederland heeft en de geschillen onder het toepassingsgebied van artikel 22, lid 2 Brussel I Verordening vallen, zal de Nederlands rechter bevoegd zijn om hier uitspraak te doen. Hij past vervolgens de *lex societatis* toe, met name het Nederlandse recht, ten gevolge van de incorporatietheorie die in Nederland gevolgd wordt.

68. Wanneer men spreekt over de ontbinding van de vennootschap, moet men een ruime interpretatie van het begrip hanteren volgens het rapport Schlosser.⁸⁷ Het betreft hier immers ook de vorderingen die ontstaan na de ontbinding van de rechtspersoon, en die bijgevolg verband houden met de liquidatie van de vennootschap. Hierbij is het echter belangrijk een onderscheid te maken tussen de ontbinding van de vennootschap en insolventieprocedures, die zoals reeds aangegeven, buiten het toepassingsgebied van de Verordening vallen.⁸⁸

69. De draagwijdte van artikel 22, lid 2 Brussel I Verordening komt in verschillende arresten van het Hof van Justitie aan bod. De arresten hebben vooral betrekking op de geldigheid van de besluiten van de organen van de vennootschap. De vraag die zich stelde was of de geschillen met betrekking tot deze materie ruim of eerder restrictief dienden te worden geïnterpreteerd. Hieromtrent bestond immers onduidelijkheid, ten gevolge van de verschillende taalversies van de Verordening.⁸⁹ Ging men uit van een ruime interpretatie, dan zou artikel 22, lid 2 Brussel I Verordening ook betrekking hebben op de geldigheid van de uitvoering van dergelijke besluiten, alsook de gevolgen die deze besluiten met zich meebrengen. Opteert men daarentegen voor een beperkende interpretatie van het artikel, zou enkel de geldigheid van besluiten van organen van de vennootschap beoordeelt moeten worden door de exclusief bevoegde rechter.

70. Het Hof van Justitie gaat uit van een strikte interpretatie van het betreffende artikel.⁹⁰ Het is immers vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat, indien er verschillen bestaan binnen de taalversies, de tekst eenvormig moet worden uitgelegd.⁹¹ Hierbij zal men rekening moeten houden met het algemene opzet en de doelstelling van de regeling, zoals ook uit de volgende arresten zal blijken.

⁸⁶ Zie noot 81.

⁸⁷ Paragraaf 55 rapport Schlosser.

⁸⁸ Zie randnummer 58 e.v.

⁸⁹ Zie arrest BVG n° 26: "Wat de bewoordingen van artikel 22, punt 2, van verordening nr. 44/2001 betreft, lopen de verschillende taalversies van deze bepaling wat uiteen. Volgens sommige taalversies zijn de gerechten van de plaats van vestiging van een vennootschap of een andere rechtspersoon immers exclusief bevoegd „voor” de geldigheid, de nietigheid of de ontbinding van een dergelijke vennootschap of rechtspersoon of voor de geldigheid van de besluiten van de organen daarvan. Volgens andere taalversies daarentegen zijn die gerechten bevoegd zodra een geschil een dergelijke kwestie als „voorwerp” heeft. Anders dan de eerste formulering suggereert de tweede formulering dat alleen een geschil in het kader waarvan de geldigheid van een vennootschap of van een besluit van de organen van een vennootschap primair aan de orde is, onder die bepaling van verordening nr. 44/2001 valt." Zie ook randnummer 74 e.v. m.b.t. dit arrest.

⁹⁰ HVJ C-34/82, *Peters v ZNAV*, [1982], ECR 987 en HVJ C-214/89, *Powell Duffryn v Petereit*, [1992], Jur. I-01745.

⁹¹ HVJ C-341/01, *Plato Plastik*, [2001], Jur. I-4883, n°64: "The Court has consistently held that the different language versions of a Community text must be given a uniform interpretation and hence in the case of divergence between the versions the provision in question must be interpreted by reference to the purpose and general scheme of the rules of which it forms part".

3.2.1.3.1 *Hassett v. The Medical Defence Union* arrest

71. Een voorbeeld hiervan is het arrest *Hassett v. The Medical Defence Union*.⁹² Het Hof van Justitie gaat uit van een beperkende interpretatie van artikel 22, lid 2 Brussel I Verordening.

In casu ging het om een schadevordering die werd ingesteld door *Hassett* en *Doherty* tegen twee Ierse gezondheidsdiensten, omwille van de ernstige schade die veroorzaakt zou zijn door een beroepsfout van een tewerkgestelde arts in deze gezondheidsdiensten. De betrokken artsen waren echter lid van de *Medical Defence Union (MDU)*, een vennootschap naar Engels recht, die er zich toe verbindt haar leden een schadeloosstelling toe te kennen in het kader van de beroepsfouten die zij maken. De raad van bestuur wijst de verzoeken tot schadeloosstelling echter af.

De betrokken artsen zijn niet akkoord met de afwijzing en roepen de MDU in de zaak, door middel van dagvaarding naar Iers recht. De MDU roept op haar beurt een procedurele exceptie tot nietigheid van de dagvaarding in. Hiervoor beroept men zich op artikel 22, lid 2 Brussel I Verordening. Het gaat volgens de MDU om een geschil betreffende de geldigheid van een door de raad van bestuur genomen besluit. Vervolgens is het gerecht waar de vennootschap gevestigd is dan ook exclusief bevoegd, met name de Britse gerechten.

Volgens de artsen gaat het niet om de geldigheid van de besluiten, maar is de MDU haar contractuele verplichtingen niet nagekomen en is artikel 5, lid 1 Brussel I Verordening van toepassing en zijn bijgevolg de Ierse gerechten wel bevoegd om kennis te nemen van het geschil. De vraag die rijst is of het gaat om een geschil betreffende de geldigheid van besluiten van een orgaan van een vennootschap, wanneer dit orgaan door middel van een besluit de rechten van een van haar leden schendt, die zij verkrijgt op basis van de statuten van die vennootschap.

72. Het Hof van Justitie verwijst in de eerste plaats naar het doel van artikel 22, lid 2 Brussel I Verordening. Zoals reeds eerder werd aangegeven, werd het artikel ingevoerd ter voorkoming van tegenstrijdige beslissingen met betrekking tot het bestaan van een vennootschap, alsook met betrekking tot de rechtsgeldigheid van de besluiten genomen door hun organen.⁹³ De lidstaten waar de vennootschap gevestigd is, zijn bijgevolg het best geplaatst om hierover uitspraak te doen.

Het feit dat een vordering slechts verband houdt met de besluiten van een orgaan van de vennootschap, zoals in casu het geval is, is niet voldoende om onder het toepassingsgebied van artikel 22, lid 2 Brussel I Verordening te vallen. Een ruime interpretatie van dit artikel zou afbreuk doen aan het oorspronkelijke doel van het uitzonderingsprincipe, aangezien dit niet zou leiden tot tegenstrijdige uitspraken met betrekking tot de geldigheid van besluiten en een onderzoek naar de openbaarmakingformaliteiten niet noodzakelijk is voor het beslechten van het geschil.

⁹² HVJ C-372/07, *Hassett v. The Medical Defence Union*, [2008], *Jur.* I-0010.

⁹³ Zie randnummer 66 e.v.

Artikel 22, lid 2 Brussel I Verordening moet volgens het Hof van Justitie strikt worden geïnterpreteerd. Enkel geschillen met betrekking tot de geldigheid van besluiten door de organen van een vennootschap die rijzen op basis van het vennootschapsrecht of statuten die de bevoegdheid van de organen bepalen, vallen onder het desbetreffende artikel. Deze uitspraak bevestigt het oorspronkelijke doel van artikel 22 Brussel I Verordening. Het is immers enkel in deze situaties dat de openbaarmakingformaliteiten eventueel relevant zijn.

73. Deze rechtspraak bepaalt dat niet alle interne conflicten met betrekking tot een vennootschap of die hiermee verband houden, onder het toepassingsgebied van artikel 22, lid 2 Brussel I Verordening vallen.

3.2.1.3.2 BVG/ JP Morgan Chase arrest⁹⁴

74. De rechtspraak van het Hof van Justitie gaat echter nog verder. Men stelt dat wanneer het geschil met betrekking tot de geldigheid van besluiten van de organen van de vennootschappen ondergeschikt is aan een ander geschil, dit geschil niet onder het toepassingsgebied van artikel 22, lid 2 Brussel I Verordening valt.⁹⁵

75. In casu ging het om een vennootschap opgericht naar Duits recht, Berliner Verkehrsbetriebe (BVG) die met JP Morgan Chase Bank een swapovereenkomst had gesloten. Volgens deze overeenkomst had BVG de verplichting om aan JP Morgan Chase een bepaald bedrag te betalen, indien bepaalde derde vennootschappen overgingen tot staking van betaling.

Wanneer deze vennootschappen inderdaad overgaan tot staking van betaling, verzoekt JP Morgan Chase om de verschuldigde betaling van de bedragen jegens BVG. Deze laatste weigert echter over te gaan tot betaling van de bedragen.

JP Morgan Chase start een procedure bij de Engelse rechtbank. Deze keuze wordt verantwoord door een forumkeuze beding dat werd opgenomen in de gesloten overeenkomst.

76. BVG stelt echter dat de vennootschap niet gehouden is tot betaling, aangezien JP Morgan Chase de vennootschap niet voldoende had ingelicht over de inhoud en de gevolgen die de overeenkomst zou teweegbrengen. Bijgevolg is de overeenkomst niet geldig, aangezien dit ertoe heeft geleid dat BVG in strijd met het statutaire doel van de vennootschap heeft gehandeld. De besluiten die uiteindelijk tot het sluiten van de overeenkomst hebben geleid zijn bijgevolg niet geldig.

Naar aanleiding van dit laatste argument rees de vraag naar de bevoegdheid van de Engelse rechter. De geldigheid van besluiten valt immers onder het toepassingsgebied van artikel 22, lid 2

⁹⁴ HVJ C-144/10, *BVG v. JP Morgan Chase Bank*, [2011], *Jur. I*- 03961.

⁹⁵ F. IBILI, M.E. KOPPENOL-LAFORCE, M. ZILINSKY, *IPR in de spiegel van Paul Vlas*, Deventer, Kluwer, 2012, p. 126 e.v.

Brussel I Verordening. Volgens deze bepaling is de rechter waar de vennootschap is gevestigd de exclusief bevoegde rechter. De vennootschap had zich in Duitsland gevestigd, wat de bevoegdheid van de Duitse rechter veronderstelde. De Engelse rechter stelde een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie, doch deze werd reeds beantwoord door het Hof naar aanleiding van een prejudiciële vraag van de Duitse rechter met betrekking tot dezelfde zaak.

77. BVG had immers na de opening van de zaak bij de Engelse rechter, een procedure gestart bij de Duitse rechter, zich beroepend op artikel 22, lid 2 Brussel I Verordening naar aanleiding van hetzelfde argument als hierboven reeds uiteengezet. Vervolgens stelde ook de Duitse rechter een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie, betreffende de draagwijdte van artikel 22, lid 2 Brussel I Verordening.

78. Het Hof van Justitie oordeelde dat:

"Artikel 22, punt 2, van verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken moet aldus worden uitgelegd dat het niet van toepassing is op een geschil in het kader waarvan een vennootschap aanvoert dat een overeenkomst haar niet kan worden tegengeworpen omdat een besluit van haar organen dat tot het sluiten van die overeenkomst heeft geleid, ongeldig is wegens schending van haar statuten."

Het Hof bevestigt in eerste instantie de beperkende interpretatie die moet worden gegeven aan het betreffende artikel.

Vervolgens stelt het Hof dat artikel 22, lid 2 Brussel I Verordening enkel kan worden toegepast indien de geschillen met betrekking tot de geldigheid, nietigheid of ontbinding van de vennootschap of de geldigheid van de besluiten van haar organen, het hoofdvoorwerp uitmaken. Zo wordt het geschil betreffende de geldigheid van het besluit om een overeenkomst te sluiten, zoals in casu het geval is, beschouwd als ondergeschikt aan het geschil dat uit de overeenkomst voortvloeit.⁹⁶

Ook hier houdt het Hof van Justitie bij de beoordeling rekening met het doel van de bepaling. Men stelt echter dat dergelijk geschil geen bijzonder nauwe band vertoont met de gerechten waar de vennootschap gevestigd is. In het kader van de rechtszekerheid en de goede rechtsbedeling is het bijgevolg niet noodzakelijk inzake dit geschil een exclusieve bevoegdheid toe te kennen aan de lidstaat van vestiging van de betrokken vennootschap.

⁹⁶ Zie ook noot 46, p. 55.

79. Ten slotte moet worden verwezen naar het groenboek van de Europese Commissie in 2009.⁹⁷ Hierin overweegt men het toepassingsgebied van artikel 22, lid 2 Brussel I Verordening uit te breiden. Naast de geldigheid, nietigheid en ontbinding van vennootschappen zouden dan ook geschillen met betrekking tot de interne organisatie en de besluitvorming binnen de vennootschap het voorwerp uitmaken van artikel 22, lid 2 Brussel I Verordening. Deze wijziging werd echter niet opgenomen in het voorstel van de Europese Commissie tot wijziging van de Brussel I Verordening.⁹⁸ Artikel 22, lid 2 Brussel I Verordening blijft aldus ongewijzigd.

3.2.2 Rome I Verordening

80. Een tweede vraag die rijst inzake het internationaal privaatrecht is welk recht de bevoegde rechter moet toepassen. Inzake overeenkomsten kan worden verwezen naar de Rome I Verordening.⁹⁹ In principe kunnen de partijen zelf het toepasselijke recht bepalen, de *lex contractus*.¹⁰⁰ Bij gebreke van een rechtskeuze bepaalt de Verordening enkele regels.¹⁰¹

Voor een juist begrip van de Verordening zijn ook hier de voorbereidende werken belangrijk. Men kan verwijzen naar het rapport Giuliano-Lagarde.¹⁰²

3.2.2.1 Toepassingsgebied

81. Inzake het toepasselijke recht worden bepaalde vennootschapsrechtelijke aangelegenheden uitdrukkelijk uitgesloten van het toepassingsgebied van de Rome I Verordening. Artikel 1, § 2, f) Rome I Verordening bepaalt:

2. Deze Verordening is niet van toepassing op:

f) kwesties behorende tot het recht inzake vennootschappen, verenigingen en rechtspersonen, zoals hun oprichting door registratie of anderszins, hun rechts- en handelingsbevoegdheid, hun inwendig bestel en hun ontbinding, alsook de persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten en de organen voor de verbintenissen van de vennootschap, vereniging of rechtspersoon;

82. Het artikel geeft een indicatie welke kwesties tot het recht inzake vennootschappen behoren. Het gaat onder andere om de oprichting van een vennootschap, de ontbinding en de

⁹⁷ Groenboek over de herziening van Verordening (EG) nr. 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, COM (2009), 175 def., p. 10.

⁹⁸ Voorstel voor een Verordening van het Europees parlement en de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, COM (2010), 748 def.

⁹⁹ Zie noot 73.

¹⁰⁰ Zie artikel 3 Rome I Verordening.

¹⁰¹ Zie artikel 4 Rome I Verordening. De Verordening bevat ook specifieke regels voor vervoersovereenkomsten, consumentenovereenkomsten, verzekeringsovereenkomsten en arbeidsovereenkomsten (artikelen 5-8 Rome I Verordening).

¹⁰² M. GIULIANO en P. LAGARDE, "Rapport betreffende het verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst", Senaat, Gedr. St. 1985-86, nr. 362/1, 42 (hierna het rapport Giuliano-Lagarde genoemd).

persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten en organen voor de verbintenissen van de vennootschap. Deze lijst is echter niet limitatief.¹⁰³

Het rapport Giuliano-Lagarde kan hier meer duidelijkheid bieden.¹⁰⁴ In het rapport stelt men dat het gaat om alle handelingen die gesteld moeten worden inzake de oprichting van een vennootschap. Andere handelingen waarbij er slechts verplichtingen worden gecreëerd met het oog op de oprichting van een vennootschap vallen bijgevolg wel onder het toepassingsgebied van de Verordening.

De bepaling kan van toepassing zijn op een orgaan met of zonder rechtspersoonlijkheid, met of zonder winstoogmerk. Het is bijgevolg mogelijk dat een materie volgens het recht van het ene land als een kwestie van vennootschapsrecht wordt gekwalificeerd, en in het andere land niet. Men benadrukt echter de flexibiliteit van de regeling, die rekening houdt met de verschillende nationale rechtsstelsels.

Verder geeft men enkele voorbeelden wat onder de interne organisatie van de vennootschap kan worden begrepen. Het gaat onder meer over het organiseren van vergaderingen, het recht om te stemmen, het behalen van een noodzakelijk quorum en het aanduiden van bestuurders.

Deze bepaling moet, net als alle uitzonderingsbepalingen, echter restrictief worden geïnterpreteerd.¹⁰⁵

83. Het niet opnemen van het recht inzake vennootschappen in de Rome I Verordening is niet te wijten aan het feit dat dit als onbelangrijk beschouwd werd. De uitzondering moet worden gezien in het licht van de ontwikkelingen op Europees niveau inzake de *lex societatis*. Het leek de wetgever bijgevolg overbodig om het toepasselijke recht in zowel de Rome I als de Rome II Verordening te bepalen.¹⁰⁶

84. Ten slotte is het belangrijk dat de Rome I Verordening, in tegenstelling tot de Brussel I Verordening geen drievoudig criterium¹⁰⁷ hanteert inzake de woonplaats van een vennootschap, maar uitgaat van één criterium. De conflictregel dient immers beperkt te zijn, zodat partijen de mogelijkheid hebben om te voorspellen aan welk recht zij onderworpen zullen zijn. De gewone verblijfplaats van een vennootschap volgens de Rome I Verordening, is deze daar waar de vennootschap haar hoofdbestuur heeft.¹⁰⁸ Een duidelijke definitie van het begrip gewone verblijfplaats was vereist in het kader van de rechtszekerheid. Een gelijkaardige bepaling is terug te vinden in de Rome II Verordening.¹⁰⁹

¹⁰³ Dit blijkt uit het woord 'zoals'.

¹⁰⁴ Artikel 1 § 6 rapport Giuliano-Lagarde.

¹⁰⁵ Voorstel voor een Verordening van het Europees parlement en van de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ("ROME II"), COM (2003), 427 def., 9.

¹⁰⁶ Artikel 1 § 6 rapport Giuliano-Lagarde.

¹⁰⁷ Artikel 60 Brussel I Verordening.

¹⁰⁸ Artikel 19 Rome I Verordening.

¹⁰⁹ Zie artikel 23 Rome II Verordening: plaats waar zich de hoofdvestiging bevindt.

3.2.3 Rome II Verordening

3.2.3.1 Toepassingsgebied

85. Indien er geen sprake is van een contractuele verbintenis, kan de Rome II Verordening¹¹⁰ van toepassing zijn. De algemene regel bepaalt dat het recht van de plaats waar de schade zich voortdoet van toepassing zal zijn, de *lex loci delicti*.¹¹¹ Ook hier voorziet de Verordening in een aantal specifieke regels.¹¹²

Om de Verordening op een correcte wijze te interpreteren, kan men ook hier verwijzen naar het rapport Giuliano-Lagarde dat meer duidelijkheid zal bieden.¹¹³

86. Het toepassingsgebied wordt in de eerste plaats beperkt tot niet-contractuele verbintenissen.¹¹⁴ Net zoals de Rome I Verordening, sluit ook de Rome II Verordening vennootschapsaangelegenheden uitdrukkelijk uit van het toepassingsgebied. Artikel 1, §2, d) Rome II Verordening bepaalt:

2. Uitgesloten van het toepassingsgebied van deze Verordening zijn:

d) niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit het recht inzake vennootschappen, verenigingen en rechtspersonen, zoals de oprichting door registratie of anderszins, de rechts- en handelingsbevoegdheid, het inwendige bestel en de ontbinding van vennootschappen, verenigingen en rechtspersonen, de persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten en de leden van de organen voor de schulden van de vennootschap, vereniging of rechtspersoon, en de persoonlijke aansprakelijkheid van de accountants jegens een vennootschap of de leden van haar organen voor de wettelijke controle op de boekhoudkundige bescheiden.

Deze buitencontractuele aansprakelijkheid is immers nauw verbonden met het recht dat van toepassing is op de vennootschap zelf.¹¹⁵

87. De bepaling is in grote mate vergelijkbaar met artikel 1, §2, f) Rome I Verordening. De Rome II bepaling voorziet echter in een bijkomende bepaling. Ook de persoonlijke aansprakelijkheid van de accountants jegens een vennootschap voor de wettelijke controle op de boekhouding werd opgenomen in artikel 1, §2, d) Rome II Verordening.

¹¹⁰ Zie noot 74.

¹¹¹ Artikel 4 Rome II Verordening.

¹¹² Artikel 5-14 Rome II Verordening, bijvoorbeeld productaansprakelijkheid en milieuschade.

¹¹³ Zie noot 102.

¹¹⁴ Artikel 1§ 1 Rome II Verordening.

¹¹⁵ Zie noot 105.

88. Het is belangrijk op te merken dat enkel niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit het recht inzake vennootschappen uitgesloten worden. Dit begrip dient autonoom te worden geïnterpreteerd.¹¹⁶ Een loutere band met de opgesomde materies is bijgevolg niet voldoende.

Indien een vennootschap een onrechtmatige daad pleegt, kan de Rome II Verordening bijgevolg nog steeds van toepassing zijn.¹¹⁷

89. Welke aspecten voortvloeien uit het recht inzake vennootschappen wordt ook hier bepaald door het rapport Giuliano-Lagarde, zoals hierboven reeds uiteengezet.

Men kan echter aannemen dat deze bepaling niet vaak van toepassing zal zijn. De verplichtingen die rusten op een vennootschap, zullen in de meeste gevallen immers contractueel bepaald worden.

90. De Rome II Verordening sluit, net als de Rome I Verordening, de persoonlijke aansprakelijkheid van vennoten en de leden van de organen voor de schulden van de vennootschap of rechtspersoon uit van het toepassingsgebied.¹¹⁸ Zo kan een bestuurder die als orgaan van de vennootschap een onrechtmatige daad begaat, niet worden onderworpen aan de Rome II Verordening.

De vraag die men zich hierbij kan stellen is of het hier ook gaat om de verplichtingen die de vennoten zelf hebben ten opzichte van de vennootschap.¹¹⁹ Deze verplichtingen zullen echter vaak contractueel bepaald worden en niet onder het toepassingsgebied van de Verordening vallen. Toch is het mogelijk dat er niet-contractuele verplichtingen op bestuurders rusten.¹²⁰

Om te bepalen of deze verplichtingen onder het toepassingsgebied van de uitzondering vallen, moet men bepalen of de verplichtingen algemeen beschouwd worden als aspecten van de *lex societatis*. Het is onjuist om de verplichtingen te vergelijken met de onrechtmatige daad die de bestuurder ten opzichte van een derde begaat.

¹¹⁶ HVJ, C- 133/78, *Gourdain-Nadler*, [1979], *Jur.* I-00733, paragraaf 3: "Derhalve moet het ervoor worden gehouden dat de in artikel 1 gebezigde termen autonome begrippen dekken, die moeten worden uitgelegd aan de hand van enerzijds de doelen en het stelsel van het Verdrag en anderzijds de algemene beginselen die in alle nationale rechtsstelsels tezamen worden gevonden."

¹¹⁷ P. HUBER, I. BACH, *Rome II Regulation: Pocket commentary*, Munich, European Law Publishers, 2011, p. 48 e.v.

¹¹⁸ Bijgevoegd op vraag van Duitsland om toepassingsgebied te verduidelijken.

¹¹⁹ A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: The law applicable to non-contractual obligations*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 205 e.v.

¹²⁰ Bijvoorbeeld de Engelse Equitable duty voor bestuurders van een vennootschap. Zij moeten handelen met voldoende zorg in hun hoedanigheid van bestuurder. Zie *Base Metal Trading Limited v Shamurin* [2005].

91. Men kan stellen dat de verplichtingen voortvloeien uit de interne relatie tussen de vennootschap en de bestuurder en dat deze bijgevolg niet voor andere partijen geldt. Men kan dit principe vergelijken met de vraag wanneer een overheidsinstantie ook daadwerkelijk optreedt in de uitoefening van zijn bevoegdheden.¹²¹

Men treedt op binnen zijn bevoegdheid wanneer men aan meer verplichtingen dan de algemene verplichtingen, die voortvloeien uit het burgerlijk –en handelsrecht en die rusten op meerdere natuurlijke –of rechtspersonen, wordt onderworpen.

92. Indien men dit uitgangspunt aanneemt, samen met de beperkende interpretatie van de vennootschapsaangelegenheden die volgens het rapport Giuliano-Lagarde onder het uitzonderingsartikel vallen, moet men stellen dat deze bestuurdersaansprakelijkheid ten aanzien van de vennootschap zelf niet onder het uitzonderingsregime van de Rome II Verordening valt.

De algemene bestuurdersaansprakelijkheid¹²² daarentegen kan wel worden geplaatst onder het toepassingsgebied van het uitzonderingsregime van de Rome II Verordening. Deze algemene aansprakelijkheid dient te worden onderworpen aan de *lex societatis*

¹²¹ HVJ C-172/91, *Sonntag v Waidmann*, [1993], *Jur.* I- 01963, 22°: "In de tweede plaats wordt in de rechtsstelsels van de meeste Lid-Staten het gedrag van een leraar aan een openbare school, in het kader van het hem tijdens een schoolexcursie opgedragen toezicht op leerlingen, niet beschouwd als een uiting van uitoefening van overheidsbevoegdheden, aangezien hij ter zake geen *bijzondere bevoegdheden uitoefent in vergelijking tot de regels die gelden in de relaties tussen particulieren.*"

¹²² De aansprakelijkheid van de vennootschap ten opzichte van derden.

4 Lex Concursus

4.1 Hoofdregeel

93. Zoals reeds werd aangegeven hanteert de Europese Insolventieverordening 'un traité triple'.¹²³ Naast de bevoegdheidsregels en regels met betrekking tot de uitvoering en erkenning van beslissingen, wordt ook het toepasselijke recht vastgelegd in de Verordening.

94. Het moet worden opgemerkt dat de Verordening voornamelijk verwijzingsregels bevat. Het moge dan ook duidelijk zijn dat men met 'toepasselijk recht' verwijst naar het nationaal recht van één van de betrokken lidstaten, niet naar de nationale regels in verband met internationaal privaatrecht.¹²⁴ Rechtsoverweging 23 EIV bepaalt dat voor zover de Verordening van toepassing is, deze conflictregels in de plaats treden van de nationale regels inzake internationaal privaatrecht. Renvoi¹²⁵ is bijgevolg niet mogelijk onder de Insolventieverordening.¹²⁶

95. Het algemeen principe inzake het toepasselijke recht wordt bepaald in artikel 4, lid 1 EIV.¹²⁷ Rechtsoverweging 23 bepaalt dat in de regel alle rechtsgevolgen van de insolventieprocedure, zowel materieel als procedureel, geregeld worden door de *lex concursus* ten aanzien van de betrokken rechtssubjecten en rechtsbetrekkingen.

Artikel 4, lid 1 EIV stelt:

"Tenzij deze Verordening iets anders bepaalt, worden de insolventieprocedure en de gevolgen daarvan beheerst door het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de insolventieprocedure wordt geopend, hierna te noemen „lidstaat waar de procedure wordt geopend"

Het recht van de lidstaat waar de procedure geopend werd, houdt in dat het recht waar de schuldenaar zijn COMI heeft van toepassing zal zijn op de procedure. Een insolventieprocedure kan immers enkel worden geopend in de lidstaat waar de schuldenaar zijn COMI heeft.¹²⁸ Zo koppelt de Insolventieverordening de bevoegdheid aan het toepasselijke recht, daar het volgens internationaal privaatrecht aangewezen is dat de bevoegde rechter ook zijn eigen recht zal toepassen.

96. De ratio leges hierachter kan worden uitgelegd aan de hand van drie argumenten.¹²⁹ Ten eerste stelt men dat collectieve actie enkel mogelijk is indien er een juridisch kader voorhanden is, zodat beide partijen op de hoogte zijn van hun rechten en verplichtingen. Dit juridisch kader is noodzakelijk omwille van de grote verscheidenheid aan insolventierechtelijke regelingen.

¹²³ Zie noot 45.

¹²⁴ Paragraaf 87 Virgos/Schmit rapport.

¹²⁵ De nationale regels inzake internationaal privaatrecht verschillen naargelang de lidstaten. Herverwijzing of renvoi houdt in dat men rekening zou houden met de regels inzake IPR van een andere lidstaat.

¹²⁶ K. PANNEN, *European Insolvency Regulation: commentary*, Berlijn, De Gruyter, 2007, p. 204.

¹²⁷ B. WESSELS, *International Insolvency Law*, Deventer, Kluwer, 2006, p. 81 e.v.

¹²⁸ Deze regeling is terug te vinden in artikel 3 EIV.

¹²⁹ M. V. SORANIOS, F. J. ALFERES, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, Den Haag, Kluwer, 2004, p. 72 e.v.

Ten tweede kan worden aangehaald dat deze regeling van de *lex concursus* de kosten aanzienlijk doet dalen en de administratie vergemakkelijkt.¹³⁰ Ten slotte komt dit ook de gelijkheid van schuldeisers ten goede. Alle schuldeisers van de betrokken schuldenaar worden immers onderworpen aan hetzelfde juridische kader.

97. Zoals in het vorige hoofdstuk reeds aangegeven, wordt in de Verordening een onderscheid gemaakt tussen hoofdprocedures en secundaire procedures.¹³¹ De regeling van het toepasselijk recht is van toepassing op beide procedures, men maakt geen onderscheid.

Wel kan worden opgemerkt dat artikel 28 EIV deze regeling herhaalt met betrekking tot secundaire procedures, om eventuele twijfel te vermijden.¹³² Er kan zich bijgevolg een situatie voordoen waarbij er meerdere procedures geopend zijn, bijvoorbeeld een hoofdprocedure en een secundaire procedure. Het logische gevolg dat uit de Verordening voortvloeit is dat de gevolgen van deze procedures kunnen verschillen per lidstaat. Elke procedure wordt immers onderworpen aan zijn eigen toepasselijke recht, zijn eigen *lex concursus*.

4.2 Draagwijdte *lex concursus*

98. Zoals reeds in het tweede hoofdstuk vermeld, kan men voor een juiste interpretatie van de artikelen van de Insolventieverordening verwijzen naar het rapport Virgos/Schmit.¹³³

Volgens artikel 4, lid 1 EIV beoogt de *lex concursus* enkel de procedure en alle gevolgen daarvan te beheersen. Dit is echter een zeer ruime en algemene omschrijving. Het rapport geeft enkele voorbeelden van aspecten die hieronder worden begrepen. Het gaat onder meer over wie onderworpen kan worden aan een insolventieprocedure, de voorwaarden tot opening van de procedure, wie de procedure kan aanvragen, de mate waarin de schuldenaar zijn beheers – en beschikkingsbevoegdheid verliest, welke goederen deel uitmaken van de boedel, wie de beheers – en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar overneemt en in hoeverre, de toelaatbaarheid van vorderingen, de rangorde van de schuldeisers en de beëindiging van de procedure, evenals de gevolgen hiervan.

Ook de materiële gevolgen worden beheerst door de *lex concursus*. Ook hier biedt het rapport Virgos/Schmit meer duidelijkheid. Het gaat om de gevolgen die typerend zijn voor het insolventierecht. Hiermee doelt men op de gevolgen die noodzakelijk zijn om het doel van de insolventieprocedure te bereiken.¹³⁴

¹³⁰ Ingeval van insolventie zijn verschillende procedurele aspecten van belang, men moet weten hoe 'vreemde' recht werkt. Dit brengt veel kosten met zich mee.

¹³¹ Rechtsoverweging 23 EIV, zie ook randnummer 37 e.v.

¹³² Paragraaf 89 Virgos/Schmit rapport.

¹³³ Zie randnummer 17.

¹³⁴ Paragraaf 90 Virgos/Schmit rapport.

99. Zoals reeds aangehaald hecht de Insolventieverordening veel belang aan het kenbaarheidvereiste voor derden.¹³⁵ Dit heeft als gevolg dat men bij de beoordeling van de toepassing van de *lex societatis* of de *lex concursus* ook rekening moet houden met de legitieme verwachtingen van de rechtsonderhorigen, zoals bijvoorbeeld de schuldeisers. Men mag deze verwachtingen niet doorkruisen. Dit is echter een vaag criterium.

Het is beter om aan te nemen dat een aspect enkel door de *lex concursus* beheerst zou moeten worden, indien er een voldoende nauwe band met de insolventieprocedure aanwezig is. Deze band kan men enerzijds aantonen door te stellen dat de handeling noodzakelijk is om een insolventierechtelijk doel te bereiken, bijvoorbeeld het waarborgen van het principe van gelijkheid onder de schuldeisers. Anderzijds kan men ook argumenteren dat de handeling noodzakelijk is om het doel van de insolventieprocedure te bereiken, zoals hierboven reeds werd aangehaald.¹³⁶

100. Om de reikwijdte van de *lex concursus* te verduidelijken, wordt in het tweede lid van artikel 4 EIV een indicatie gegeven van de aspecten die volgens artikel 4, lid 1 EIV onderworpen zijn aan de *lex concursus*. Men stelt dat het recht van de lidstaat waar de procedure geopend werd, de *lex concursus*, bepaalt onder welke voorwaarden de procedure geopend kan worden, zijn verdere verloop alsook de beëindiging van de procedure. Hiermee wordt evenwel bedoeld dat nationale rechter eerst zal nagaan of er voldaan is aan de voorwaarden van zijn nationaal recht tot opening van een insolventieprocedure. Pas als aan die voorwaarden is voldaan, zullen ook het verdere verloop alsook de beëindiging door datzelfde recht worden beheerst.

Het toepassingsgebied is dus zeer ruim. Ook de gevolgen zullen worden beheerst door de *lex concursus*. Wanneer er bijvoorbeeld een overeenkomst gesloten werd met de schuldenaar voor de opening van de procedure, zal de *lex concursus* enkel het gevolg bepalen voor de overeenkomst onder invloed van de insolventieprocedure, bijvoorbeeld het al dan niet voortbestaan van de overeenkomst. Noch de inhoud, noch de totstandkoming is onderworpen aan de regels van de *lex concursus*. Deze blijven onderworpen aan de *lex causea*.¹³⁷

101. Vervolgens vinden we in hetzelfde artikel een lijst terug met onderwerpen die door de *lex concursus* geregeld worden. Het gaat om een exemplatieve lijst, die er toe moet bijdragen de interpretatie van artikel 4, lid 1 EIV te vergemakkelijken wanneer er twijfel bestaat of een onderwerp al dan niet tot de insolventieprocedure of zijn gevolgen behoort:

- a) Welke schuldenaars op grond van hun hoedanigheid aan een insolventieprocedure kunnen worden onderworpen

102. De hoedanigheid van de schuldenaar is van belang om te bepalen of deze schuldenaar aan een insolventieprocedure kan worden onderworpen. Dit moet ook worden bepaald aan de hand van de *lex concursus*. Het nationale recht waar de schuldenaar zijn COMI heeft, bepaalt of de schuldenaar aan de voorwaarden voldoet om dergelijke procedure op te starten. Zo kan men

¹³⁵ Zie randnummer 29.

¹³⁶ Zie randnummer 98.

¹³⁷ Rechtbank Arnhem 15 maart 2001 (dateert van voor EIV, toch van toepassing).

bijvoorbeeld stellen dat enkel schuldenaars met de hoedanigheid van koopman aan een insolventieprocedure kunnen worden onderworpen.¹³⁸

103. Belangrijk hierbij is artikel 3, lid 4, onderdeel a) EIV. Indien een schuldenaar zijn COMI heeft in lidstaat A en voldoet aan de voorwaarden van die lidstaat, kan een hoofdprocedure in diezelfde lidstaat worden geopend. Indien deze schuldenaar niet voldoet aan de voorwaarden van lidstaat B tot opening van een procedure, betekent dit echter niet dat de hoofdprocedure in lidstaat A geen gevolgen kan hebben in lidstaat B. Dit wordt immers uitdrukkelijk bepaald in artikel 16, lid 1, 2^e alinea EIV. Lidstaat B moet de procedure van lidstaat A erkennen, ook indien de schuldenaar volgens lidstaat B niet de hoedanigheid bezit om het voorwerp uit te maken van een insolventieprocedure.

Indien lidstaat A bepaalt dat de schuldenaar niet voldoet aan de voorwaarden tot opening van een insolventieprocedure, maar hier wel zijn COMI heeft, betekent dit niet noodzakelijk dat lidstaat B geen procedure kan openen. Artikel 3, lid 4, onderdeel a) EIV biedt lidstaat B de mogelijkheid tot opening van een zelfstandige territoriale procedure, zonder dat een hoofdprocedure vereist is. Dit kan echter enkel wanneer de schuldenaar een vestiging heeft in lidstaat B.¹³⁹ Indien dit niet het geval is, zal lidstaat B geen procedure kunnen starten, omdat het nationale recht van lidstaat A dit niet toelaat.

b) Welk deel van het vermogen van de schuldenaar tot de boedel behoort en of de na de opening van de insolventieprocedure verkregen goederen tot deze boedel behoren

104. De *lex concursus* bepaalt welke goederen van de schuldenaar tot de boedel behoren. Het is immers mogelijk dat sommige goederen van de schuldenaar buiten de boedel worden gehouden, bijvoorbeeld indien deze nodig zijn om de professionele activiteit verder te kunnen zetten.

105. Er moet echter een onderscheid worden gemaakt tussen de vraag welke goederen van de schuldenaar tot de boedel behoren en dus door de *lex concursus* beheerst worden, en welke goederen tot het vermogen van de schuldenaar behoren. Het is immers niet altijd even duidelijk of de schuldenaar wel de daadwerkelijke eigenaar is van de goederen die hij in zijn bezit heeft, bijvoorbeeld wanneer er een eigendomsvoorbehoud in de overeenkomst is opgenomen. Deze problematiek kwam aan bod bij het Hof van Justitie in het arrest *German Graphics*.¹⁴⁰ Het ging hier om een Duitse onderneming *German Graphics*, die machines verkocht aan een Nederlandse onderneming, *Holland Binding*. *Holland Binding* werd echter failliet verklaard en een hoofdprocedure werd geopend. De Duitse rechter beveelt de teruggave van de machines, die zich op het grondgebied van Nederland bevinden, op basis van het eigendomsvoorbehoud dat in de overeenkomst opgenomen werd. De vraag die zich hier stelt is of de Insolventieverordening hier wel van toepassing is. Het Hof van Justitie besliste dat de beslissing tot teruggave van de goederen op basis van het eigendomsvoorbehoud geen insolventierechtelijke aangelegenheid was, en de

¹³⁸ Zie noot 12, p. 357 e.v.

¹³⁹ Artikel 4, lid 2 EIV.

¹⁴⁰ HvJ, C-292/08, *German Graphics*, [2009], *Jur.* I-08421, zie ook randnummer 123 e.v. inzake de problematiek tussen de afbakening van het toepassingsgebied Insolventieverordening en Brussel I Verordening.

Europese Insolventieverordening bijgevolg niet van toepassing was. Aangezien het hier niet om een insolventierechtelijke aangelegenheid ging, kon men de Brussel I Verordening toepassen.

106. Hieruit volgt dat wanneer men wil weten welke goederen tot het vermogen van de schuldenaar behoren, men zich niet moet beroepen op de *lex concursus*, maar wel op de *lex rei sitae* regel. Dit betekent dat men een beroep moet doen op het recht van het land waar het goed gelegen is. Artikel 7 EIV met betrekking tot het eigendomsvoorbehoud is dus niet van belang bij de beantwoording van de vraag naar de eigenaar van het goed. Pas wanneer men het vermogen van de schuldenaar heeft vastgesteld, kan men zich afvragen welk deel van dit vermogen tot de boedel behoort. Hier gaat het dan wel om een insolventierechtelijke aangelegenheid die onder de Verordening valt en beheerst wordt door regels van de *lex concursus*, zoals in dit onderdeel wordt bedoeld.

c) Welke de respectieve bevoegdheden van de schuldenaar en de curator zijn

107. De *lex concursus* bepaalt vervolgens ook in hoeverre de schuldenaar zijn beheer- en beschikkingsbevoegdheid verliest, welke handelingen hij nog wel kan stellen en welke sancties van toepassing zijn indien hij zich niet aan deze regels houdt. Er moet echter rekening worden gehouden met artikel 14 EIV, waarin de Verordening een uitzondering voorziet op deze regeling.¹⁴¹

Aan de hand van de *lex concursus* zal worden bepaald welke personen of instanties kunnen worden aangewezen om het vermogen van de schuldenaar geheel of gedeeltelijk te beheren. Ook hun verplichtingen, aansprakelijkheid als hun vergoeding zullen worden beheerst door het recht van de lidstaat waar de procedure geopend werd.¹⁴²

d) Onder welke voorwaarden een verrekening kan worden tegengeworpen

108. De *lex concursus* bepaalt of een beëindiging van de verbintenissen door middel van verrekening¹⁴³ mogelijk is en aan welke voorwaarden moeten worden voldaan. Ook hier geldt een uitzondering die opgenomen is in artikel 6 EIV.¹⁴⁴

e) De gevolgen van de insolventieprocedure voor lopende overeenkomsten waarbij de schuldenaar partij is

109. De Verordening bevat geen definitie van het begrip 'lopende overeenkomsten'. Algemeen wordt echter aangenomen dat het gaat om wederkerige overeenkomsten die tot stand kwamen voor de opening van een insolventieprocedure en die tijdens de procedure nog niet nagekomen zijn. Het gevolg dat de opening van een insolventieprocedure op deze lopende overeenkomsten heeft, wordt bepaald door de *lex concursus*, bijvoorbeeld of de overeenkomst alsnog zal moeten worden uitgevoerd.¹⁴⁵

¹⁴¹ Indien de schuldenaar na opening van de procedure beschikt onder bezwarende titel over een onroerend goed, een schip of luchtvaartuig of effecten, wordt de rechtsgeldigheid van de handeling niet beheerst door de *lex concursus*, maar door de *lex rei sitae*.

¹⁴² Zie noot 5 p. 306 e.v.

¹⁴³ Bevat 2 aspecten: betaling van een verbintenis + soort waarborg, zekerheid voor voldoening.

¹⁴⁴ De *lex concursus* laat het recht tot verrekening onverlet, indien verrekening is toegelaten onder het recht dat van toepassing is op de vordering van de schuldenaar.

¹⁴⁵ Zie noot 129, p. 73 e.v.

Het is echter van belang op te merken dat niet alle lidstaten het eens zijn wat onder 'gevolgen van de insolventieprocedure' moet worden begrepen. In sommige rechtsstelsels fungeert de ontbinding van de lopende overeenkomst als een gevolg van de insolventieprocedure dat wordt beheerst door de *lex concursus*, in andere lidstaten is dit niet zo.

110. Problemen kunnen echter rijzen wanneer een secundaire procedure wordt geopend. Indien er reeds een hoofdprocedure geopend werd in lidstaat A, is het recht van deze lidstaat van toepassing op de gevolgen van de lopende overeenkomst die de schuldenaar heeft met een schuldeiser uit lidstaat B. Indien de schuldenaar echter een vestiging heeft in lidstaat B en een secundaire procedure wordt geopend, is ook het recht van lidstaat B van toepassing op de gevolgen van de lopende overeenkomst. Deze gevolgen behoeven echter niet dezelfde te zijn. Het is perfect mogelijk dat lidstaat A tot de ontbinding van de overeenkomst beslist, terwijl lidstaat B de verdere uitvoering ervan beveelt. De Verordening biedt hier geen specifieke regeling voor. Wel kan men artikel 33, lid 1 EIV toepassen. De rechter van de lidstaat waar de secundaire procedure geopend werd, moet zijn verrichtingen schorsen indien de rechter van de lidstaat waar de hoofdprocedure geopend werd hierom verzoekt.

111. Ook met betrekking tot de gevolgen van een insolventieprocedure op lopende overeenkomsten voorziet de Europese wetgever in een aantal uitzonderingen, namelijk met betrekking tot overeenkomsten betreffend onroerend goed en arbeidsovereenkomsten. Deze uitzonderingen, zijn respectievelijk terug te vinden in artikel 8 EIV en artikel 10 EIV.¹⁴⁶

f) De gevolgen van de insolventieprocedure voor individuele vervolgingen met uitzondering van lopende rechtsovereenkomsten

112. Ook de gevolgen van de insolventieprocedure voor individuele vervolgingen worden geregeld door de *lex concursus*. Het gaat hier om vorderingen die door individuele schuldeisers werden ingesteld. Eens de collectieve insolventieprocedure geopend wordt, worden deze individuele vervolgingen meestal niet voorgezet en worden zij verboden of geschorst.

Uitzondering moet worden gemaakt voor de lopende rechtsovereenkomsten. Dit zijn procedures die nog niet beëindigd waren ten tijde van de opening van de insolventieprocedure, en waarover de schuldenaar bijgevolg geen beheer- en beschikkingsbevoegdheid meer heeft. Artikel 15 EIV bepaalt dat deze vorderingen uitsluitend beheerst worden door het recht van de lidstaat waar deze vordering aanhangig is.

¹⁴⁶ De gevolgen van de procedure voor een overeenkomst die recht geeft op verkrijging of gebruik van een onroerend goed, worden beheerst door het recht van de lidstaat waar het onroerend goed is gelegen. De gevolgen voor de arbeidsovereenkomst worden bepaald door het recht van de lidstaat dat op de arbeidsovereenkomst van toepassing is.

- g) Welke vorderingen te verhalen zijn op het vermogen van de schuldenaar en wat de gevolgen zijn ten aanzien van vorderingen die zijn ontstaan na de opening van de insolventieprocedure

113. Het recht van de lidstaat waar de procedure werd geopend, bepaalt de verifieerbare vordering. Dit zijn de vorderingen die de schuldeisers kunnen verhalen op het vermogen van de schuldenaar. De *lex concursus* bepaalt eveneens wat er moet gebeuren met de boedelvorderingen. Dit zijn de vorderingen die ontstaan zijn na de opening van de procedure. De schulden die ontstaan zijn bij de administratie van de procedure, alsook de schulden die het gevolg zijn van het beheer van de boedel behoren tot deze boedelschulden.¹⁴⁷

- h) De regels betreffende indiening, verificatie en toelating van de vorderingen

114. Ook de regels met betrekking tot de indiening, verificatie en toelating van de vorderingen zullen beheerst worden door de *lex concursus*. Zo zal de *lex concursus* bepalen of een vordering van een schuldeiser uit een andere lidstaat toegelaten is in de insolventieprocedure. Er moet echter melding worden gemaakt van hoofdstuk 4 EIV. Naast de verwijzingsregels bevat de Verordening immers ook een aantal materieelrechtelijke regels, die het nationale recht vervangen. Zo bepaalt artikel 39 EIV dat elke schuldeiser uit een andere lidstaat dan de lidstaat waar de procedure geopend werd, het recht heeft om een schriftelijke vordering in te dienen. Het recht van de lidstaat waar de procedure geopend werd, bepaalt vervolgens de toelaatbaarheid van deze vordering.¹⁴⁸

- i) De regels betreffende de verdeling van de opbrengst van de te gelde gemaakte goederen, de rangindeling van de vorderingen, en de rechten van schuldeisers die krachtens een zakelijk recht of ingevolge verrekening gedeeltelijk zijn voldaan

115. Een belangrijke centrale doelstelling die in elk insolventierecht terug te vinden is, is het creëren van een duidelijke rangorde van de ingediende vorderingen. Ook deze rangorde zal bepaald worden aan de hand van het recht van de lidstaat waar de procedure geopend werd. De *lex concursus* zal bepalen welke vordering de hoogste prioriteit heeft en welke niet.¹⁴⁹

116. De inhoud van de vorderingen wordt bijgevolg niet geregeld door de *lex concursus*. Hierbij kunnen echter problemen ontstaan, wanneer de *lex concursus* niet dezelfde is als het recht dat van toepassing is op de vordering zelf. De rangindeling van de vorderingen wordt gecreëerd door de lidstaat waar de procedure geopend werd. Om deze rangorde te bepalen kijkt de nationale wetgever van deze lidstaat naar de rechten die bestaan in zijn eigen nationale rechtsstelsel. Het is bijgevolg mogelijk dat het recht van de schuldeiser uit een andere lidstaat niet in dezelfde vorm bestaat in de lidstaat waar de procedure geopend werd. Indien dit probleem zich voordoet, moet men onderzoeken of het betrokken recht een equivalent kan uitmaken van een bestaand recht in het nationale stelsel van de lidstaat waar de procedure geopend werd. Men moet met andere woorden nagaan of deze rechten onderling *functioneel verwisselbaar* zijn. Zij moeten dezelfde essentiële elementen omvatten, alsook dezelfde functies vervullen. Indien dit het geval is, kunnen

¹⁴⁷ Zie noot 13 p. 40 e.v.

¹⁴⁸ Zie noot 13, p. 52 e.v.

¹⁴⁹ Zie noot 129 p. 74 e.v.

deze rechten op dezelfde manier behandeld worden als de rechten van de lidstaat waar de procedure geopend is, en krijgen zij dezelfde plaats in de rangorde.

117. Een ander probleem dat zich kan stellen is wanneer een derde in de rechten van de schuldeiser treedt, door middel van subrogatie. Ook hier bepaalt de *lex concursus* of de vordering van deze derde dezelfde is als deze van de oorspronkelijke schuldeiser binnen de rangindeling. Of deze derde al dan niet gemachtigd was om in de rechten van de schuldeiser te treden wordt echter niet bepaald door de *lex concursus*.

j) De voorwaarden voor en de gevolgen van de beëindiging van de insolventieprocedure, met name door een akkoord

118. De *lex concursus* bepaalt wat de voorwaarden zijn voor de beëindiging van een procedure, alsook welke gevolgen dit met zich meebrengt.¹⁵⁰

Wanneer een secundaire procedure aan de hand van een akkoord beëindigd wordt, moet de curator van de hoofdprocedure hiermee instemmen. Deze toestemming is niet noodzakelijk wanneer de beëindiging de financiële belangen van de schuldeisers van de hoofdprocedure niet aantast.¹⁵¹ Er moet echter vermelding worden gemaakt van de beperkingen die voortvloeien uit artikel 17, lid 2 EIV en artikel 34, lid 2 EIV. Hierbij wordt gesteld dat de beperkingen van de rechten van de schuldeisers ook buiten het grondgebied kunnen gelden, mits toestemming van alle schuldeisers. Zoals eerder aangegeven lijkt dit weinig waarschijnlijk.

k) De rechten van de schuldeisers nadat de insolventieprocedure beëindigd is

119. Ook de rechten van de schuldeisers na beëindiging van de procedure worden onderworpen aan de *lex concursus*. Deze bepaling is belangrijk wanneer het gaat om de verschoonbaarheid van de schuldenaar. In geval van verschoning, hebben de betrokken schuldeisers niet meer de mogelijkheid tot verhaal op de versoonde schuldenaar voor de schulden die niet werden gerecupereerd tijdens de insolventieprocedure. De schuldenaar wordt vrijgesteld van betaling van alle resterende schulden.¹⁵²

Indien lidstaat A een hoofdprocedure opent en de *lex concursus* van deze lidstaat tot verschoning van de schuldenaar overgaat, dan heeft deze verschoning betrekking op alle goederen van de schuldenaar, ook die buiten de lidstaat zijn gelegen. Alle schuldeisers zullen deze schuldkwijtschelding moeten respecteren.

120. Indien echter de schuldenaar in lidstaat B een vestiging heeft en er een secundaire procedure wordt geopend waarbij men tot verschoning van de schuldenaar beslist, heeft deze schuldkwijtschelding slechts territoriale werking. Dit betekent dat de verschoning enkel gevolgen zal hebben op de goederen die op het grondgebied van lidstaat B gelegen zijn. De schuldeisers

¹⁵⁰ Zie noot 12, p. 375 e.v.

¹⁵¹ Artikel 34, lid 1 EIV.

¹⁵² Enkel voor natuurlijk personen, onder voorwaarde van goeder trouw. Niet alle schulden vervallen, er zijn uitzonderingen, bv onderhoudsschuld.

kunnen zich dan enkel nog beroepen op goederen die buiten lidstaat B zijn gelegen, onder voorwaarde dat er in die bepaalde lidstaat geen verschoning werd verleend aan de schuldenaar. In dit verband kan worden verwezen naar artikel 34, lid 2 EIV. Dit artikel laat toe dat de schuldkiwitschelding die uit een secundaire procedure voortvloeit en in principe territoriale werking heeft, ook kan gelden voor goederen die buiten lidstaat B gelegen zijn. Hiervoor is echter de toestemming van alle schuldeisers vereist. De vraag stelt zich echter in hoeverre schuldeisers bereid zijn tot een verdere beperking van hun rechten.

l) Voor wiens rekening de kosten en uitgaven in het kader van de insolventieprocedure zijn

121. Het recht van de lidstaat waar de procedure werd geopend bepaalt ook wie de kosten zal dragen van de procedure.

m) De regels betreffende nietigheid, vernietigbaarheid of niet-tegenwerpbaarheid van de voor het geheel van schuldeisers nadelige rechtshandelingen

122. Ook vorderingen met betrekking tot de nietigheid, vernietigbaarheid en de niet-tegenwerpbaarheid van de voor het geheel van schuldeisers nadelige rechtshandelingen, worden beheerst door de *lex concursus*. De *lex concursus* bepaalt wie en wanneer men een vordering tot nietigheid of niet-tegenwerpbaarheid kan indienen en gaat na of de procedure op een geldige wijze werd geopend.¹⁵³

Artikel 4, lid 1 EIV bepaalt uitdrukkelijk dat deze algemene regeling enkel van toepassing is, indien de Verordening niets anders bepaalt. Hiermee duidt men op de uitzonderingen die de Insolventieverordening voorziet op de principiële toepassing van de *lex concursus*. Deze uitzonderingen, vervat in de artikelen 5-15 EIV, laten dit recht buiten toepassing door uitdrukkelijk een ander recht aan te wijzen.

4.3 Naar een vis attractiva concursus beginsel?

123. Het toepassingsgebied van de Insolventieverordening werd reeds in hoofdstuk 2 beschreven, het moet gaan om een insolventieprocedure. Dit veronderstelt vier elementen: het moet gaan om een collectieve procedure, waarbij een insolvente schuldenaar betrokken is, die zijn beschikkingsbevoegdheid verliest en deze overdraagt naar de curator.¹⁵⁴

Pro memorie, de Insolventieverordening biedt een aanvulling op de Brussel I Verordening, aangezien deze laatste insolventieprocedures uitdrukkelijk uitsluit van zijn toepassingsgebied.¹⁵⁵ Hoewel het toepassingsgebied van beide instrumenten theoretisch duidelijk afgebakend lijkt, is het in de praktijk niet altijd even duidelijk wanneer het om een insolventieaangelegenheid ging en aan de Brussel I Verordening bijgevolg geen toepassing moet worden verleend.¹⁵⁶

¹⁵³ Zie noot 5, p. 346.

¹⁵⁴ Zie randnummer 18 e.v.

¹⁵⁵ Zie randnummer 58.

¹⁵⁶ T.M. BOS, "De verhouding tussen de EEX Verordening (Brussel I) en de Insolventieverordening", WPNR 2011

4.3.1 Gourdain/Nadler

124. Deze afbakeningsproblematiek kwam aan bod in het arrest Gourdain-Nadler van het Europees Hof van Justitie.¹⁵⁷ In casu werd de Franse vennootschap, in navolging van haar Duitse moedervenootschap, failliet verklaard. De feitelijke bestuurder van de Franse vennootschap wordt bijgevolg aansprakelijk gesteld en veroordeeld tot betaling van een deel van de schulden. De Franse curator vraagt vervolgens de tenuitvoerlegging van deze beslissing aan de Duitse rechter, daar het om een burgerlijke –en handelszaak gaat en de EEX Verordening (nu Brussel I Verordening) bijgevolg van toepassing is.¹⁵⁸

Het Hof van Justitie oordeelde echter dat de Brussel I Verordening niet van toepassing is. Enerzijds bepaalt het Hof dat er slechts sprake is van een faillissement, akkoord of soortgelijke procedure, indien de schuldenaar insolvent is, heeft opgehouden te betalen of wanneer zijn krediet is aangetast. Dit leidt tot een gedwongen collectieve liquidatieprocedure van het vermogen of tot ingrijpen van de rechter.¹⁵⁹ Deze definitie werd later opgenomen in het toepassingsgebied van de huidige Insolventieverordening.¹⁶⁰ Deze procedures vallen bijgevolg niet onder het toepassingsgebied van de Brussel I Verordening. Anderzijds stelt het Hof vast dat ook beslissingen die *verband* houden met het faillissement buiten het toepassingsgebied van de Brussel I Verordening vallen, indien zij rechtstreeks uit het faillissement voortvloeien.

Hieruit volgt dat men bij de beoordeling van de beslissing van de Franse rechter moet nagaan of deze zijn grondslag vindt in het faillissementsrecht. Om dit te bepalen haalt het Hof in het arrest Gourdain/Nadler enkele elementen aan¹⁶¹:

- *de vordering is afzonderlijk geregeld in de faillissementswet*
- *zij is ingesteld bij de bevoegde rechterlijke instantie, die het faillissement heeft uitgesproken, maar kan ook worden ingesteld door de curator ten behoeve van de boedel met het oog op voldoening van de schuldeisers en met eerbiediging van het beginsel van gelijkheid van schuldeisers*
- *de vordering is ingesteld ten behoeve van de boedel en komt de schuldeisers ten goede*
- *de vordering scheidt een vermoeden van aansprakelijkheid ten aanzien van de bestuurders. Het vermoeden is weerlegbaar, indien men aantoonst dat men het bedrijf met alle zorg en inspanning geleid heeft.*
- *De verjaringstermijn begint te lopen na het vaststellen van de lijst van schuldeisers.*
- *Indien de vordering zou slagen, komt dit alle schuldeisers ten goede.*

Niet al deze eigenschappen zijn echter even doorslaggevend. De belangrijkste werden later opgenomen in het toepassingsgebied van de Insolventieverordening, zoals reeds aangegeven.

¹⁵⁷ HVJ, C- 133/78, *Gourdain-Nadler*, [1979], *Jur.* I-00733.

¹⁵⁸ Zie noot 5, p. 57 e.v.

¹⁵⁹ Paragraaf 4 *Gourdain-Nadler*.

¹⁶⁰ Zie randnummer 18 e.v.

¹⁶¹ Paragraaf 5 *Gourdain/Nadler*.

4.3.2 Seagon v. Deko Marty Belgium

125. In het arrest *Seagon v. Deko Marty Belgium*¹⁶², bevestigt het Hof van Justitie het principe van het *Gourdain/Nadler* arrest. In casu ging het om een Duitse onderneming die 50 000 euro overschrijft naar de Duitse bankrekening van een vennootschap met statutaire zetel in België. De curator die aangesteld werd, vecht deze nadelige handeling (het gaat om de Duitse *faillissementspauliana*) aan bij de Duitse rechter. Deze laatste acht zich echter onbevoegd om hierover uitspraak te doen, aangezien de betrokken vennootschap *Deko Marty* haar statutaire zetel in België had.

Het Hof van Justitie verwijst in zijn uitspraak naar het arrest *Gourdain/Nadler*. Men stelt immers dat de rechter die bevoegd is om de insolventieprocedure te openen op basis van artikel 3 EIV¹⁶³, ook bevoegd is om uitspraak te doen over vorderingen die nauw met deze procedure samenhangen en hieruit rechtstreeks voortvloeien. Dit wordt eveneens bevestigd in rechtsoverweging 6 van de EIV.¹⁶⁴

Het Hof beslist dat het wenselijk is dat alle vorderingen inzake het faillissement door één rechter behandeld zullen worden. De *faillissementspauliana* wordt bijgevolg als een faillissementsvordering gekwalificeerd en valt onder het toepassingsgebied van de Insolventieverordening.¹⁶⁵

126. Het Hof van Justitie gaat hier met name uit van het *vis attractiva concursus* beginsel. Volgens dit beginsel is de rechtbank die de insolventieprocedure opent bevoegd om uitspraak te doen over de vorderingen die nauw aansluiten bij deze procedures, ook al zou deze rechtbank buiten het geval van faillissement niet bevoegd zijn om van deze vordering kennis te nemen.¹⁶⁶

Dit *vis attractiva concursus* beginsel is niet expliciet opgenomen in de Insolventieverordening. Paragraaf 77 van het toelichtend rapport *Virgos/Schmit* stelt dat hoewel verschillende staten het beginsel aanvaardden en het ook opgenomen werd in het oorspronkelijke voorstel tot het Insolventieverdrag, het uiteindelijk niet werd opgenomen in de Insolventieverordening.

Wel kan men verwijzen naar artikel 25 EIV. Het artikel stelt dat ook beslissingen die rechtstreeks uit de insolventieprocedure voortvloeien en daar nauw op aansluiten, zonder verdere formaliteiten erkend moeten worden.¹⁶⁷

¹⁶² HVJ C-339/07, *Seagon v. Deko Marty Belgium*, [2009], *Jur.* I-00767.

¹⁶³ Rechter van de lidstaat waar de vennootschap haar COMI heeft.

¹⁶⁴ Op grond van het proportionaliteitsbeginsel mag deze verordening alleen voorschriften behelzen tot regeling van de rechterlijke bevoegdheid inzake de opening van een insolventieprocedure en de beslissingen die rechtstreeks uit een insolventieprocedure voortvloeien en daarmee nauw samenhangen.

¹⁶⁵ Zie noot 5, p. 60 e.v.

¹⁶⁶ M. Ph. VAN SINT TRUIDEN, F.M.J. VERSTIJLEN, *Insolventierecht: tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2008, p. 882-883.

¹⁶⁷ Paragraaf 77 *Virgos/Schmit* rapport.

4.3.3 German Graphics

127. In het arrest *German Graphics*¹⁶⁸ gaat het Hof uit van een beperkende interpretatie van de Insolventieverordening. Het gaat om Holland Binding, een onderneming die in Nederland failliet werd verklaard. De Duitse onderneming (*German Graphics*) had echter een eigendomsvoorbehoud op enkele machines die reeds geleverd werden, doch niet betaald werden. De Duitse rechter beveelt enkele bewarende maatregelen met betrekking tot de machines. Na hoger beroep tegen deze vordering, stelt de Hoge Raad een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie.¹⁶⁹

Het Hof van Justitie toetst de Gourdain/Nadler criteria, maar stelt vast dat het eigendomsvoorbehoud in casu geen vordering is die voortvloeit uit de insolventieprocedure of hiermee nauw samenhangt. Men stelt dat het eigendomsvoorbehoud haar grondslag niet vindt in het faillissementsrecht en bijgevolg een autonome vordering is. De Duitse rechter beoogde enkel duidelijkheid te scheppen inzake de eigendom van de goederen van Holland Binding. De opening van een insolventieprocedure of de aanwijzing van een curator zijn niet noodzakelijk inzake een vordering tot eigendomsvoorbehoud. Het feit dat er wel een curator aangesteld is, betekent niet dat de vordering moet worden gekwalificeerd als een vordering die uit de insolventieprocedure voortvloeit of hiermee samenhangt.

Verder stelt het Hof dat wanneer men nagaat of een vordering voortvloeit uit de insolventieprocedure of hiermee nauw verbonden is, artikel 4, lid 2 EIV hier geen antwoord op kan bieden. Deze bepaling duidt enkel het toepasselijk recht aan, om eventuele conflicten te voorkomen. Zij heeft geen enkele invloed op het toepassingsgebied van de Brussel I Verordening.

4.3.4 Herziening van de Insolventieverordening

128. Er moet ook worden gewezen op het voorstel van de Commissie tot herziening van de Insolventieverordening. Het voorstel stelt dat de rechter die de procedure geopend heeft, ook bevoegd is om uitspraak te doen over vorderingen die voortvloeien uit de insolventieprocedure of hiermee nauw verbonden zijn.¹⁷⁰ Hoewel vele lidstaten kritiek hadden op het arrest Gourdain/Nadler, zou deze wijziging van de Verordening een bevestiging zijn van het *Deko Marty* arrest. Het vis attractiva concursus beginsel met betrekking tot de rechtsmacht moet volgens de Commissie uitdrukkelijk opgenomen worden in de Verordening:

"Thirdly, the proposal clarifies that the courts opening insolvency proceedings also have jurisdiction for actions which derive directly from insolvency proceedings or are closely linked with them such as avoidance actions. This amendment codifies the case-law of the CJEU in the "Deko Marty" decision"

¹⁶⁸ HVJ C- 292/08, *German Graphics v. Alice van der Schee*, [2009], *Jur.* I-08421.

¹⁶⁹ T. M. BOS, "Grensgeschillen tussen de EEX-Verordening en de Europese Insolventieverordening", WPNR 2009.

¹⁷⁰ Voorstel Commissie tot herziening van de Europese Insolventieverordening COM (2012), 744 def., p.7.

129. De Commissie voegt toe dat deze regeling het mogelijk maakt dat de rechter die de insolventieprocedure opent, bijgevolg uitspraak kan doen over vorderingen inzake bestuurdersaansprakelijkheid en op vennootschapsrecht gebaseerde vorderingen tegen bestuurders.

4.3.5 Toepasselijk recht

130. Men mag echter niet uit het oog verliezen dat bovenstaande arresten betrekking hebben op de afbakening van het toepassingsgebied van de Brussel I Verordening en de Insolventieverordening, teneinde de bevoegde rechtbank te bepalen.

De Gourdain/Nadler criteria kan men bijgevolg niet naar analogie toepassen bij het beantwoorden van de vraag welke aspecten als vennootschapsrechtelijk dan wel als insolventierechtelijk moeten worden gekwalificeerd en welk recht bijgevolg van toepassing is.

5 Overzicht en toepassingen

5.1 Algemeen

131. Zoals reeds in het inleidend hoofdstuk aangegeven, ontstaan er vaak problemen wanneer de *lex societatis* en de *lex concursus* niet overeenstemmen. Het is immers perfect mogelijk dat een vennootschap zijn COMI heeft in een andere lidstaat dan waar de vennootschap werd geïncorporeerd.¹⁷¹

Inzake het toepasselijk recht is het bijgevolg belangrijk te bepalen welke aspecten van de vennootschap als vennootschapsaangelegenheden, dan wel als insolventierechtelijke aangelegenheden worden gekwalificeerd.

132. De kwalificatie als insolventierechtelijk dan wel vennootschapsrechtelijk bepaalt ook indirect in hoeverre partijen het toepasselijke recht zelf kunnen kiezen. Een vennootschap die haar centrale administratie verhuist naar een andere lidstaat, moet in die lidstaat erkend worden volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie die reeds in het derde hoofdstuk aan bod kwam.¹⁷² Partijen kunnen dus kiezen aan welk recht zij hun vennootschap onderwerpen.¹⁷³

Wanneer het gaat om een insolventierechtelijke kwalificatie is dit echter niet zo makkelijk. Het toepasselijke recht is het recht van de lidstaat waar het COMI van de vennootschap is gelegen. Hoewel de vennootschap zelf kan kiezen in welke lidstaat zij haar COMI heeft, is een loutere wijziging van de centrale administratie niet voldoende om de vennootschap aan een andere *lex concursus* te onderwerpen. Het is noodzakelijk dat alle activiteiten van de vennootschap naar deze andere lidstaat verhuizen.¹⁷⁴

De vennootschap heeft bijgevolg meer vrijheid om het toepasselijke vennootschapsrecht te kiezen, dan de mogelijkheid om het toepasselijke insolventierecht te kiezen.

133. Met betrekking tot het bepalen van het toepasselijke recht inzake insolventieaangelegenheden, is op Europees niveau bijgevolg de meeste harmonisatie terug te vinden, namelijk de totstandkoming van de Europese Insolventieverordening. Inzake vennootschapsrechtelijke aangelegenheden is er daarentegen geen specifiek instrument dat deze problematiek regelt. Er is bijzonder weinig harmonisatie, op enkele arresten met betrekking tot de vrijheid van vestiging van het Hof van Justitie na.

Het is bijgevolg afhankelijk van de kwalificatie of het geharmoniseerde recht van toepassing is of men dit overlaat aan het conflictenrecht van de diverse nationale rechtsstelsels. Men moet dus in

¹⁷¹ Zie randnummer 28.

¹⁷² Zie randnummer 47 e.v.

¹⁷³ HESS, B., OBERHAMMER, P., PFEIFFER, T., *External evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings*, 9 januari 2013, http://ec.europa.eu/justice/civil/files/evaluation_insolvency_en.pdf, (laatst geconsulteerd op 13 april 2013).

¹⁷⁴ Zie randnummer 33.

eerste instantie bepalen of men het aspect kan onderbrengen in artikel 4 EIV en bijgevolg de *lex concursus* van toepassing is. Er moet immers voorrang worden verleend aan de geharmoniseerde Europese regels.¹⁷⁵

134. Op het gebied van het bepalen van de *lex concursus* is er zoals gezegd dus wel sprake van enige harmonisatie. De Europese Insolventieverordening bepaalt immers dat dit het recht is van de lidstaat waar de insolventieprocedure geopend werd.

135. Met betrekking tot de specifieke draagwijdte van de *lex concursus* is artikel 4 EIV belangrijk. De *lex concursus* beheerst de insolventieprocedure en alle gevolgen daarvan. Dit is echter een zeer ruime omschrijving. Het toelichtend rapport geeft enkele voorbeelden van welke aspecten onder het artikel zouden moeten vallen. Het gaat onder andere wie onderworpen kan worden aan een insolventieprocedure, welke goederen deel uitmaken van de boedel en de gevolgen van de beëindiging.

Ook indien er een voldoende nauwe band aanwezig is met de insolventieprocedure kan dit aanleiding geven tot toepassing van de *lex concursus*. Deze nauwe band is aanwezig indien de handeling noodzakelijk is om een insolventierechtelijk doel te bereiken, zoals de gelijkheid van de schuldeisers. Ook kan men aantonen dat de handeling noodzakelijk is om een doel van de insolventieprocedure te bereiken, namelijk indien men gevolgen die typerend zijn voor het insolventierecht wil bereiken.¹⁷⁶

136. Het tweede lid van artikel 4 EIV kan meer duidelijkheid bieden, het betreft een lijst met onderwerpen die door de *lex concursus* beheerst moeten worden. Het is duidelijk dat de wetgever niet de bedoeling had dat alle aspecten van de insolventieprocedure door de *lex concursus* zouden worden beheerst. In de eerste plaats gaat het om een louter exemplatieve lijst, aanvulling is bijgevolg mogelijk. In de tweede plaats moet het worden opgemerkt dat de onderwerpen niet enkel het verloop van de procedure beogen zoals het eerste lid van hetzelfde artikel lijkt aan te geven.¹⁷⁷Dit alles wijst erop dat artikel 4, lid 2 EIV vatbaar is voor een zeer ruime interpretatie.¹⁷⁸

137. De *lex societatis* bepaalt het personele statuut van de vennootschap. Dit toepasselijke recht kan worden bepaald aan de hand van twee verschillende theorieën. Zoals reeds aangetoond is er op dit gebied geen harmonisatie inzake het aanduiden van het recht. Enerzijds is er de incorporatieleer, anderzijds de werkelijke zetelleer. Deze laatste theorie staat echter onder druk door de rechtspraak van het Hof van Justitie. Men oordeelt steeds meer dat de werkelijke zetelleer strijdig is met de vrijheid van vestiging, die door de Europese Unie gewaarborgd wordt.¹⁷⁹

¹⁷⁵ R. BARENTS, L.J. BRINKHORST, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer, Kluwer, 2006, p. 73.

¹⁷⁶ Zie randnummer 98.

¹⁷⁷ Bijvoorbeeld artikel 4, lid 2,c) EIV: de bevoegdheden van schuldenaar en curator worden onderworpen aan de *lex concursus*. Bovendien bepaalt de *lex concursus* ook de sancties, indien men de bevoegdheidsverdeling niet naleeft, zie randnummer 107. Ook de rechten van de schuldeiser na beëindiging procedure vallen onder de *lex concursus* volgens artikel 4, lid 2, k) EIV. Deze bevoegdheid overstijgt de organisatie van de procedure.

¹⁷⁸ Zie randnummer 101 e.v.

¹⁷⁹ Zie randnummer 48 e.v.

138. Eens de toepasselijke *lex societatis* vastligt, is het de vraag welke aspecten deel uitmaken van het personele statuut van de vennootschap en bijgevolg beheerst worden door dit recht. Hiervoor kan men een beroep doen op de Brussel I Verordening, Rome I Verordening en Rome II Verordening. In elk van deze instrumenten is immers een regeling voorzien inzake vennootschappen.¹⁸⁰

139. Insolventieprocedures worden uitgesloten van de Brussel I Verordening. Het toelichtend rapport bepaalt echter dat indien een vordering verband houdt met insolventie, deze niet noodzakelijk uitgesloten is van het toepassingsgebied van de Brussel I Verordening. Deze problematiek betreft echter de afbakening van de werkingssfeer van de Brussel I Verordening en Insolventieverordening. De criteria die het Hof van Justitie heeft vastgesteld in het Gourdain/Nadler arrest kan men bijgevolg niet toepassen wanneer men oordeelt over het toepasselijke recht.¹⁸¹

Met betrekking tot vennootschapsaangelegenheden, bevat diezelfde Verordening een belangrijke bepaling. Het gaat om artikel 22, lid 2 dat een exclusieve bevoegdheid verleent aan de gerechten waar de vennootschap is gevestigd, indien het een geschil betreft met betrekking tot de geldigheid, nietigheid of ontbinding van een vennootschap of van besluiten van haar organen. Volgens verschillende rechtspraak van het Hof van Justitie moet dit artikel strikt worden geïnterpreteerd, een louter verband met de geldigheid is niet voldoende.¹⁸²

140. In de Rome I Verordening bepaalt artikel 1 § 2, f) welke aspecten tot het recht inzake vennootschappen behoren, zoals de oprichting, ontbinding en persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten. Volgens het toelichtend rapport betreft het de interne organisatie van de vennootschap. Deze aspecten worden bijgevolg beheerst door de *lex societatis*.

141. Een gelijkaardige bepaling is terug te vinden in de Rome II Verordening. De Verordening voegt in de eerste plaats de persoonlijke aansprakelijkheid van de accountants toe aan de lijst met onderwerpen die beheerst worden door de *lex societatis*. In de tweede plaats stelt men dat enkel niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit het recht inzake vennootschappen aan de *lex societatis* onderworpen moeten worden. Een loutere band met de aangehaalde materies is ook hier niet voldoende.¹⁸³

142. De *lex societatis* is niet steeds de beste oplossing.¹⁸⁴ Zoals reeds meerdere malen aangegeven is er op dit gebied amper harmonisatie terug te vinden. De verschillende aanknopingspunten, statutaire dan wel werkelijke zetel, kunnen zoals besproken voor problemen zorgen.

¹⁸⁰ Zie randnummer 55 e.v.

¹⁸¹ Zie randnummer 130.

¹⁸² Zie randnummer 64 e.v.

¹⁸³ Zie randnummer 8185.

¹⁸⁴ K. VANDEKERCKHOVE, *Piercing the corporate veil*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, 489.

Daarbij komt dat het internationaal privaatrecht van de verschillende landen verschillende aanknopingspunten hanteert. Renvoi is bijgevolg niet uitgesloten.¹⁸⁵ Ook het argument dat de *lex societatis* het best kan worden toegepast, omdat dit recht het best de belangen van de betrokken partijen beschermt, kan weerlegd worden. De meeste schuldeisers van de vennootschap zullen zich immers bevinden in het COMI, omdat de vennootschap daar haar werkelijke activiteiten uitoefent.¹⁸⁶ Zij verwachten bijgevolg toepassing van de *lex concursus*.

143. Indien men deze criteria toepast, kunnen een aantal conclusies worden waargenomen¹⁸⁷, die in het volgende hoofdstuk verder besproken zullen worden naargelang de voorbeelden uit het inleidend hoofdstuk:

- a) De mogelijkheid of de insolventie van een vennootschap automatisch kan worden uitgebreid naar haar leden, is een vraag die moet worden beantwoord aan de hand van de *lex concursus*. Het betreft immers een insolventierechtelijk doel, namelijk de bescherming van de schuldeisers. Of deze leden ook aansprakelijk kunnen worden gesteld voor schulden van de vennootschap wordt dan weer beoordeeld aan de hand van de *lex societatis*.¹⁸⁸
- b) De aansprakelijkheid van de bestuurders naar de schuldeisers van de vennootschap toe, naar aanleiding van de insolventie van de vennootschap, zal beheerst worden door de *lex concursus*.¹⁸⁹
- c) De wijzigingen die de opening van een insolventieprocedure teweegbrengt binnen de vennootschap, zoals bijvoorbeeld onder het toezicht van een curator staan of de curator die de bevoegdheid uitoefent wordt onderworpen aan de *lex concursus*. Hierbij kan verwezen worden naar artikel 4, lid 2, c) EIV.
- d) Ook de tijdige plicht tot aangifte van het faillissement moet worden beheerst door de *lex concursus*. Ook deze plicht vervult immers een insolventierechtelijke doelstelling.¹⁹⁰
- e) De mogelijke ontbinding van de vennootschap wordt echter beheerst door de *lex societatis*. Insolventie is geen voorwaarde voor de ontbinding, dus er is geen sprake van een insolventierechtelijk doel. Ook kan men hier verwijzen naar de toelichtende rapporten van de Rome I en Rome II Verordening, waar men stelt dat de ontbinding het voorwerp uitmaakt van de *lex societatis*.

144. Hoewel deze kwalificatieproblemen meermaals het voorwerp van discussie uitmaken en het bijgevolg een actuele problematiek betreft, is het opmerkelijk dat er bijzonder weinig rechtspraak van het Europees Hof van Justitie terug te vinden is met betrekking tot deze kwalificatieproblemen. Europese criteria die een oplossing bieden voor het onderscheid tussen vennootschapsrechtelijke aangelegenheden dan wel insolventierechtelijke aangelegenheden zijn dan ook wenselijk naar de toekomst toe. Het moet echter opgemerkt worden dat het bepalen van deze criteria niet makkelijk zal zijn.¹⁹¹ Men moet immers rekening houden met de doelstellingen van zowel het

¹⁸⁵ Wel uitgesloten onder de Insolventieverordening, zie noot 125.

¹⁸⁶ Zie randnummer 27 e.v.

¹⁸⁷ Zie noot 129.

¹⁸⁸ Zie Rome I en Rome II Verordening, randnummers 8287.

¹⁸⁹ Zie hierover meer in het volgende hoofdstuk, randnummer 161 e.v.

¹⁹⁰ Zie randnummer 164.

¹⁹¹ Zie noot 173, p. 247.

vennootschapsrecht als het insolventierecht, die waarschijnlijk zullen verschillen naargelang de lidstaten. Harmonisatie van het materiële recht zou hiervoor een oplossing kunnen bieden.

145. Het gebrek aan harmonisatie brengt met zich mee dat het voorlopig de taak van de nationale rechter is deze kwalificatieproblemen op te lossen, indien een geschil zich voortdoet. In principe zal het de bevoegde rechtbank zijn, die volgens de regels en begrippen van zijn eigen nationale recht zal bepalen of het om een insolventierechtelijke dan wel vennootschapsrechtelijke aangelegenheid gaat.¹⁹²

Toch zijn er na verloop van tijd enkele nieuwe theorieën ontstaan over de wijze waarop men dit kwalificatieprobleem moet oplossen.¹⁹³ Volgens een eerste theorie moet de kwalificatie niet gebeuren aan de hand van het recht van de bevoegde rechter, maar volgens het recht dat van toepassing is op de materie zelf. Deze theorie kan echter niet worden bijgetreden, het toepasselijke recht moet net aan de hand van de kwalificatie worden bepaald. Beter is de theologische interpretatie. Volgens deze theorie moet de kwalificatie beoordeeld worden aan de hand van het doel en de functie van de wetgeving. Deze theorie stemt overeen met artikel 4 EIV, volgens welk ook vorderingen die nauw samenhangen met de procedure onder de *lex concursus* vallen. Deze nauwe band dient te worden aangetoond aan de hand van het doel van de regeling.

5.2 Toepassingen

146. In dit deel wordt terugverwezen naar de voorbeelden uit het inleidend hoofdstuk. Op elke geschetste situatie zullen bovenstaande conclusies worden toegepast. Er zal bijgevolg een antwoord geboden worden op de vraag of het een vennootschapsrechtelijke aangelegenheid betreft en de *lex societatis* bijgevolg van toepassing is, of het toch eerder om een insolventierechtelijk aspect gaat dat onderworpen wordt aan de *lex concursus*.

5.2.1 Inbreng

147. Het eerste voorbeeld betreft de techniek van inbreng van een bedrijfstak in de vennootschap, zoals reeds geschetst in randnummer 10:

Een vennootschap is onderworpen aan een insolventieprocedure. Deze werd geopend in land A, die vervolgens de lex concursus toepast. Land B, waar de vennootschap zijn statutaire of werkelijke zetel heeft, levert de lex societatis. Zowel het vennootschapsrecht van land A, als dat van land B, laten inbreng van een bedrijfstak onder algemene titel toe.

Ingeval van insolventie, bepaalt het recht van land A, dat de aandeelhouders hiervoor hun toestemming niet moeten verlenen en dat de curator zonder meer mag overgaan tot de inbreng. Het vennootschapsrecht van land B daarentegen, bepaalt dat 60% van de aandeelhouders akkoord moeten gaan, vooraleer dergelijke inbreng mogelijk is ingeval van insolventie.

¹⁹² Zie noot 184, p. 469.

¹⁹³ F. RIGAUX, M. FALLON, *Droit international privé*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2005, p. 171 e.v.

148. Het uitgangspunt bij het bepalen van het toepasselijke recht is of het aspect valt onder het toepassingsgebied van artikel 4 EIV en de *lex concursus*. De Europese Insolventieverordening is immers een *lex specialis* en verkrijgt bijgevolg voorrang op de nationale wetgeving als *lex generalis*.

149. Bij de beoordeling of het gaat om de organisatie van de procedure en de gevolgen hiervan, is het eerst en vooral belangrijk om te kijken of de legitieme verwachtingen van de rechtsonderhorigen aangetast worden indien men toepassing maakt van de *lex concursus*. Om dit te onderzoeken, moet men kijken naar het insolventierecht van land B. Indien dit recht de curator ook toelaat om zonder enige instemming van de aandeelhouders een bedrijfstak in te brengen, is er geen probleem en kan de *lex concursus* in principe worden toegepast. Er wordt immers geen afbreuk gedaan aan iemands legitieme verwachtingen.¹⁹⁴

150. Men kan ook argumenteren dat deze handeling valt onder artikel 4, lid 2, c) EIV. De inbreng van een bedrijfstak in geval van insolventie moet gebeuren door de curator. De vennootschap bevindt zich in een insolventieprocedure, waarbij de schuldenaar zijn beheers –en beschikkingsbevoegdheid heeft verloren.¹⁹⁵ Deze komt nu toe aan de curator. Volgens artikel 4, lid 2, c) EIV bepaalt de *lex concursus* wat de bevoegdheden van de curator zijn en hoever deze bevoegdheid reikt. Indien men deze redenering aanneemt, is het bijgevolg niet van belang of het insolventierecht van land A inbreng zonder toestemming, dan wel met goedkeuring van de aandeelhouders toelaat.

151. Wanneer zowel de *lex concursus* als de *lex societatis* voorzien in de techniek van inbreng, maar het verschil zit in het toestemmingspercentage dat bereikt moet worden door de aandeelhouders, bijvoorbeeld 30 % volgens de *lex concursus*, 60 % volgens de *lex societatis*, is de situatie anders. Men kan stellen dat dit een louter vennootschapsrechtelijke aangelegenheid betreft, daar het gaat om de interne besluitvorming van de vennootschap en bijgevolg onderworpen is aan de *lex societatis*. Er is geen sprake van een louter insolventierechtelijk doel. Daarbij komt dat de wetgever van de *lex societatis* deze regeling waarschijnlijk heeft bepaald om bepaalde partijen te beschermen, zoals minderheidsaandeelhouders. Men zou de legitieme verwachtingen van deze partijen doorkruisen indien men dan de toepassing van de *lex concursus* zou verdedigen.

152. Nog anders is de situatie indien volgens het recht van land B de techniek van inbreng niet bestaat. De toepassing van de *lex concursus* kan in dit geval niet verdedigt worden. Enerzijds worden de legitieme verwachtingen van de betrokken aangetast, anderzijds moet men benadrukken dat de *lex concursus* geen nieuwe vennootschapstechnieken kan creëren, indien deze niet bestaan volgens de *lex societatis*.

¹⁹⁴ Zie noot 6.

¹⁹⁵ Zie randnummers 23 en 107.

5.2.2 Herstructureringsmaatregelen

153. Het tweede voorbeeld opgenomen in randnummer 11, betreft de herstructureringsmaatregelen. Het is de vraag of deze maatregelen een insolventierechtelijke aangelegenheid zijn, dan wel een vennootschapsrechtelijke aangelegenheid.

154. Indien een vennootschap haar COMI verhuist vanuit bijvoorbeeld België naar een land waar de werkelijke zetelleer ook wordt gevolgd, zal dit weinig problemen opleveren. Hoewel het COMI begrip niet dezelfde inhoud heeft als het werkelijke zetel begrip, zullen deze doorgaans wel hetzelfde zijn. In dit geval vallen *lex concursus* en *lex societatis* samen en zal er bijgevolg voorrang moeten worden verleend aan de insolventierechtelijke regeling, die wordt gezien als een *lex specialis*. De vennootschapsrechtelijke regels en insolventieregels zijn immers het resultaat van eenzelfde wetgever.

155. Verplaatst een vennootschap haar COMI vanuit een land zoals België naar bijvoorbeeld Engeland, zal dit niet altijd problematisch zijn. Ook al gaat men in België uit van de werkelijke zetelleer en in Engeland van de incorporatieleer. Volgens het Belgische recht moet de vennootschap immers volledig onderworpen worden aan het Engelse recht, aangezien zowel de werkelijke zetel als het COMI in Engeland gelegen is.

Vanuit het perspectief van Engeland moeten zij de *lex concursus* leveren volgens de Insolventieverordening. Het is echter waarschijnlijk dat zij ook de *lex societatis* zullen leveren. Hiervoor kan men twee redenen geven. Enerzijds zal België zich niet bevoegd achten, aangezien zij uitgaan van de werkelijke zetelleer. Anderzijds zal Engeland niet gewillig zijn om voorrang te verlenen aan een vreemd vennootschapsrecht, ten koste van hun eigen vennootschapsrechtelijke regels.¹⁹⁶ Het is echter wel steeds mogelijk volgens het internationaal privaatrecht.

156. De situatie is anders indien een vennootschap haar COMI en werkelijke zetel verhuist vanuit bijvoorbeeld Nederland naar België. Vanuit Belgisch perspectief zullen zij de *lex concursus* leveren, het COMI bevindt zich immers op Belgisch grondgebied. Bovendien zullen zij ook de *lex societatis* leveren, aangezien men ook de werkelijke zetel naar België heeft verhuisd. Bijgevolg zal de *lex concursus* van toepassing zijn, aangezien het insolventierecht een *lex specialis* is en bijgevolg voorrang verkrijgt op de vennootschapsrechtelijke regeling.¹⁹⁷

Vanuit het perspectief van Nederland zal men deze redenering echter niet volgen. Men volgt immers de incorporatieleer. Hoewel het Belgisch insolventierecht van toepassing zal zijn volgens de Insolventieverordening, zal het Nederlandse recht nog steeds de *lex societatis* leveren en zullen puur vennootschapsrechtelijke aangelegenheden aan de hand van het Nederlandse recht beoordeeld moeten worden.

¹⁹⁶ Zie ook randnummer 1.

¹⁹⁷ Zie noot 6 p. 450

157. In principe worden zuiver interne aangelegenheden beheerst door de *lex societatis*. Doch is het mogelijk dat de *lex concursus* toepassing zal vinden, indien het kan worden aangenomen dat dit nodig is om een insolventierechtelijk doel te bereiken. Dit brengt met zich mee dat de vraag of een aspect al dan niet als insolventierechtelijk wordt gekwalificeerd, afhankelijk is van het insolventierechtelijk beleid dat de betrokken lidstaat voert. Ook hier moet worden opgemerkt dat de *lex concursus* enkel maatregelen kan opleggen die ook bestaan volgens de *lex societatis*. De *lex concursus* kan bijgevolg geen nieuwe maatregelen creëren.¹⁹⁸

158. Ook hier moet men eerst nagaan of een herstructureringsplan onder artikel 4 EIV valt. Hiervoor is artikel 4, lid 2, j) EIV relevant. Volgens dit artikel bepaalt de *lex concursus* de voorwaarden en de gevolgen van de beëindiging van de insolventieprocedure, met name door een akkoord. In samenhang met artikel 4, lid 2, k) EIV, waardoor ook de rechten van de schuldeisers na beëindiging van de procedure beheerst worden door de *lex concursus*, kan men concluderen dat elk alternatief met betrekking tot de procedure beheerst zal worden door dit recht. Het betreft hier het bereiken van een akkoord, maar ook herstructureringsmaatregelen vallen hier onder.¹⁹⁹ Het is de *lex concursus* die zal bepalen wie de bevoegdheid heeft dergelijke maatregelen voor te stellen en op te leggen, hoe de procedure zal verlopen en wat de gevolgen hiervan zijn voor de betrokken partijen.

Ook kan men argumenteren dat de herstructureringsmaatregelen wel degelijk een nauwe band met de insolventieprocedure vertoont. De maatregelen zijn immers nodig om de continuïteit van de vennootschap te bewerkstelligen en de financiële gezondheid van het bedrijf te verbeteren.

159. Een herstructureringsplan kan echter verschillende maatregelen omvatten. Zo kan men de aansprakelijkheid van de schuldenaar aanpassen, door bijvoorbeeld de schuld te verminderen of het betalingsschema aan te passen. Ook kan men voorwaarden stellen aan het aangaan van nieuwe leningen, nieuwe aandeelhouders of overgaan tot een fusie. Men kan stellen dat deze aspecten in beginsel eerder betrekking hebben op de interne structuur van de vennootschap. De vraag die zich stelt is of dergelijke maatregelen, opgelegd door een herstructureringsplan in het kader van insolventie, nog steeds zuiver vennootschapsrechtelijke aangelegenheden zijn die onderworpen zijn aan de toepassing van de *lex societatis*.²⁰⁰

Men kan dus aannemen dat de *lex concursus* zal bepalen welke vormen herstructureringsmaatregelen kunnen aannemen, volgens artikel 4, lid 2, j) en k) EIV zoals hierboven besproken. De vraag welke organen dergelijke akkoorden kunnen sluiten, alsook hoe de maatregelen moeten worden uitgevoerd, betreffen dan eerder vennootschapsrechtelijke aangelegenheden, daar zij betrekking hebben op de besluitvorming binnen de betrokken vennootschap. Zoals in hoofdstuk drie reeds werd aangehaald moeten deze aspecten onderworpen worden aan de *lex societatis*.

¹⁹⁸ Dit werd reeds benadrukt in randnummer 152.

¹⁹⁹ Zie noot 129.

²⁰⁰ Zie noot 129, p. 83

Indien men deze stelling aanneemt, wordt er bijgevolg geen afbreuk gedaan aan de legitieme verwachtingen van de betrokken partijen. De regels van de toepasselijke *lex societatis* zullen immers aangepast zijn om bijvoorbeeld de aandeelhouders te beschermen. Op welke wijze de herstructureringsmaatregelen moeten worden uitgevoerd betreft dan ook geen louter insolventierechtelijk doel en moet bijgevolg beheerst worden door de *lex societatis*.

160. Een voorbeeld van een herstructureringsmaatregel is de omzetting van schuldvorderingen in aandelen. Wiens goedkeuring hiervoor vereist is, alsook de waardering van de inbreng van de schuldvorderingen, betreffen vennootschapsrechtelijke aangelegenheden die betrekking hebben op de interne organisatie en bijgevolg onder het toepassingsgebied van de *lex societatis* vallen.²⁰¹

5.2.3 Bestuurdersaansprakelijkheid

161. Inzake bestuurdersaansprakelijkheid kan men twee situaties onderscheiden, zoals reeds aangehaald in randnummer 12. Enerzijds hebben bestuurders de plicht om tijdig aangifte te doen van het faillissement en kunnen zij bij niet-nakoming van deze plicht aansprakelijk worden gesteld. Anders geldt deze aansprakelijkheid ook indien zij weet hebben van het faillissement en toch nog een aantal verbintenissen aangaan in naam van de vennootschap.²⁰² De vraag die zich stelt is of deze materie al dan niet beheerst moet worden door de *lex concursus*. Zo kan het land waar een insolventieprocedure geopend wordt bijvoorbeeld voorzien in een strenger of milder beleid inzake de aansprakelijkheid van bestuurders, wat de relevantie ervan verklaart.

162. Zoals in het derde hoofdstuk²⁰³ reeds kort werd aangegeven, moet de algemene bestuurdersaansprakelijkheid beheerst worden door de *lex societatis*. Volgens het toelichtend rapport inzake de Rome II Verordening, valt deze aansprakelijkheid immers binnen het toepassingsgebied van het uitzonderingsregime dat de Verordening vooropstelt. De algemene bestuurdersaansprakelijkheid betreft de sancties die worden opgelegd aan de bestuurder van een vennootschap, indien deze de toepasselijke vennootschapsregels schendt. De vraag die hierbij rijst is of men moet aannemen dat deze *lex societatis* nog steeds van toepassing is indien de bestuurder verzaakt aan regels van het toepasselijke insolventierecht. De soort wetgeving waarin het aansprakelijkheidsregime is opgenomen, biedt echter niet altijd een afdoende oplossing inzake de kwalificatie als vennootschapsrechtelijk, dan wel insolventierechtelijk. Het loutere feit dat de regeling is opgenomen in het vennootschapsrecht, dan wel het insolventierecht vertelt ons immers niets meer over de inhoud en reikwijdte van de aansprakelijkheid.

²⁰¹ Zie noot 6.

²⁰² B. DE MOOR, F. KORKMAZER F., "Aansprakelijkheid Van Bestuurders Van Groepsverbonden Vennootschappen." in P. ERNST, A. FRANCOIS, A. VAN OEVELEN, M. VAN PASSEL, *Bestendig Handboek: Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2008, p.199.

²⁰³ Zie randnummer 92.

163. Indien de *lex societatis* overeenstemt met de *lex concursus*, zullen zich hier weinig problemen stellen. De *lex concursus* verkrijgt voorrang, daar insolventierecht een *lex specialis* vormt ten opzichte van de algemene vennootschapsrechtelijke regels. Indien de vennootschap haar COMI echter verhuist naar een andere lidstaat, kan dit echter wel verschillende gevolgen met zich meebrengen.

164. De plicht om tijdig aangifte te doen van het faillissement is vrij duidelijk. Miskenning van deze plicht kan men plaatsen onder artikel 4 EIV.²⁰⁴ Ten eerste kan men stellen dat deze plicht valt onder het ruime toepassingsgebied van de *lex concursus*. De *lex concursus* beheerst immers de voorwaarden tot opening, het verloop en beëindiging van de insolventieprocedure. Tijdig aangifte doen van het faillissement lijkt mij dan ook een voorwaarde tot opening.²⁰⁵ Miskenning van deze plicht moet dan ook beheerst worden door de *lex concursus*. Ten tweede kan men ook argumenteren dat deze plicht een bijzonder nauwe band vertoont met de insolventieprocedure en een insolventierechtelijk doel beoogt. Bijgevolg hebben alle betrokkenen kennis van de slechte financiële toestand van de vennootschap. De vordering wegens miskenning van de plicht tot tijdige aangifte van het faillissement moet onderworpen worden aan de *lex concursus*.²⁰⁶

165. Deze zienswijze werd bevestigd in een arrest van het Landesgericht Kiel.²⁰⁷ In casu betreft het de aansprakelijkheid van een bestuurder van een Duitse dochtervennootschap (de moedervennootschap bevindt zich in Engeland) wegens het laattijdig verzoeken om de opening van een insolventieprocedure en wordt een vordering tot schadevergoeding jegens deze bestuurder ingesteld op basis van §823, lid 2 BGB jo. §64 GmbHG jo. §263 StGB. Deze vordering wordt in eerste aanleg verworpen, daar volgens de rechtbank het Engelse recht van toepassing is op de vennootschap, volgens heersende rechtspraak van het Hof van Justitie.²⁰⁸ Deze beslissing houdt in dat de aansprakelijkheid van bestuurders onderworpen moet worden aan het Engelse recht, de *lex societatis*.²⁰⁹

Het Hof van beroep oordeelde hier echter anders over en stelt dat het Duitse recht wel van toepassing is. Dit kan men afleiden uit artikel 4 EIV. De insolventieprocedure en de gevolgen hiervan worden beheerst door het recht waar de insolventieprocedure geopend is. Het doel van §64 lid 1 GmbHG²¹⁰ is immers om de schuldeisers van de vennootschap te beschermen, door de failliete boedel te beschermen. Verder heeft deze bepaling een insolventierechtelijke functie, namelijk de failliete vennootschappen onttrekken aan het handelsverkeer.²¹¹ Bijgevolg dient de plicht tot tijdige aangifte van het faillissement te worden gekwalificeerd als een insolventierechtelijke aangelegenheid.

²⁰⁴ Zie noot 6, p. 454.

²⁰⁵ Zie noot 129, p. 82.

²⁰⁶ Zie noot 184, p. 622-623.

²⁰⁷ LG Kiel 20 april 2006.

²⁰⁸ De rechtbank verwijst naar Überseering en Inspire art. Zie ook randnummer 51 e.v.

²⁰⁹ Zie noot 126, p. 238

²¹⁰ § 64 GmbHG voorziet in de verplichting van bestuurders om tijdig aangifte te doen van het faillissement.

Voor het niet naleven van deze plicht kan volgens § 823 BGB schadevergoeding worden gevraagd, wegens het niet naleven van een wettelijke verplichting.

²¹¹ HIRTE, H., *Insolvenzantragspflicht nach dem MoMiG*, <http://www.uni-hamburg.de/fachbereiche-einrichtungen/handelsrecht/html/Antragspflicht.pdf>, (laatst geconsulteerd op 13 april 2013), p 21.

§64 GmbHG diende bijgevolg te worden toegepast. Het Hof van Beroep oordeelde dat de voorwaarden van het artikel vervuld waren, aangezien de schuldenaar pas na drie weken na staking van betaling dergelijk aangifte deed. De vordering tot schadevergoeding werd vervolgens ingewilligd.

166. Indien een bestuurder verbintenissen aangaat in naam van de vennootschap, terwijl hij weet dat de vennootschap deze nooit zal kunnen nakomen, draagt de bestuurder bij aan het faillissement van de vennootschap. Ook het Belgisch recht kent deze vorm van bestuurdersaansprakelijkheid. Indien de bestuurders een kennelijke grove fout hebben begaan die heeft bijgedragen aan het faillissement, kunnen zij hiervoor aansprakelijk worden gesteld.²¹² Onder het Belgische recht wordt deze bestuurdersaansprakelijkheid gekwalificeerd als een insolventierechtelijke aangelegenheid, die volgens de heersende rechtsleer beheerst moet worden door de *lex concursus*.²¹³ Ook de voorbereidende werken van het Wetboek Internationaal Privaatrecht bevestigen deze zienswijze:

“In dat verband wijst de heer Zenner erop dat artikel 111, 9°, de bevoegdheid van de Belgische rechtscolleges met betrekking tot de aansprakelijkheid van de leidinggevende personen beperkt tot de overtredingen van het vennootschapsrecht of van de statuten. Dat moet worden samen gelezen met de regels over de insolventie. Spreker denkt erbij vooral aan de verzwaarde aansprakelijkheid in geval van faillissement, aan de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid en aan de aansprakelijkheid op basis van lastgeving.”²¹⁴

167. Deze kwalificatie is aannemelijk. Artikel 4 EIV biedt immers een ruime werkingssfeer van de *lex concursus* aan. Men kan stellen dat de bestuurdersaansprakelijkheid wegens bijdrage aan het faillissement een gevolg is van de insolventieprocedure. Bijgevolg wordt de aansprakelijkheid onderworpen aan de *lex concursus*.

168. Anderzijds hangen deze soort aansprakelijkheidsvorderingen nauw samen met de insolventieprocedure. Vorderingen met betrekking tot de aansprakelijkheid van de bestuurders wegens bijdrage aan het faillissement kunnen immers enkel ontstaan wanneer de vennootschap daadwerkelijk onderworpen is aan dergelijke procedure. Dit brengt voorts met zich mee dat de regeling inzake deze aansprakelijkheid zal verschillen ten opzichte van de regeling inzake algemene bestuurdersaansprakelijkheid.²¹⁵

²¹² Artikel 530 § 1 Wetboek Vennootschappen.

²¹³ Zie noot 48 p. 782.

²¹⁴ Zie Wetsontwerp houdende het Wetboek Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003-2004, nr. 3/27-7, 205-206.

²¹⁵ Hiermee wordt de aansprakelijkheid van de bestuurders buiten insolventie bedoeld.

169. Ook in Nederland²¹⁶ beschouwt men de aansprakelijkheid van bestuurders, die bijgedragen hebben aan de insolventie van de vennootschap, als een insolventierechtelijke aangelegenheid die onder het toepassingsgebied van artikel 4 EIV valt.

Dit wordt immers bevestigd in de rechtspraak.²¹⁷ In casu werd een vennootschap onderworpen aan een insolventieprocedure, geopend in Nederland. Volgens de curator heeft de betrokken bestuurder, woonachtig in België, zijn taak onbehoorlijk uitgevoerd en is dit een belangrijke oorzaak van het faillissement van de vennootschap. Hij vordert bijgevolg de veroordeling van de bestuurder tot betaling van de schulden van de vennootschap op basis van Nederlands recht.²¹⁸

Ten eerste gaat de rechtbank na of hij bevoegd is om over deze kwestie uitspraak te doen. Men stelt dat de vordering buiten het toepassingsgebied van de Brussel I Verordening valt. De vordering vloeit rechtstreeks uit de in Nederland geopende insolventieprocedure en hangt hiermee nauw samen.²¹⁹ De Nederlands rechter is bevoegd op basis van de Insolventieverordening.

Vervolgens moet de rechter nagaan of hij het Nederlandse recht en bijgevolg artikel 2:248 BW kan toepassen. Hier stelt de rechtbank dat de vordering binnen het toepassingsgebied van artikel 4 EIV valt. Volgens de rechtbank is de aansprakelijkheidsvordering van bestuurders die hebben bijgedragen tot het faillissement een gevolg van de geopende insolventieprocedure en is het Nederlandse recht van toepassing:

De rechtbank is van oordeel dat dergelijke vorderingen vallen onder de reikwijdte van artikel 4 lid 1 IVO. Daarbij neemt de rechtbank in aanmerking dat in overweging 23 van de preambule van de Insolventieverordening onder meer is bepaald dat de lex concursus, het recht van de lidstaat waar de faillissementsprocedure is geopend, bepalend is voor alle rechtsgevolgen van de insolventieprocedure, zowel procedureel als materieel, ten aanzien van de betrokken rechtssubjecten en rechtsbetrekkingen.

Op grond van artikel 4 lid 1 IVO worden de jegens [gedaagde] ingestelde vorderingen ex artikel 2:248 BW beheerst door Nederlands recht, nu de onderhavige faillissementsprocedures in Nederland zijn geopend.

²¹⁶ Zie artikel 2:248 BW: *In geval van faillissement van de vennootschap is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.*

²¹⁷ Rechtbank Breda 25 maart 2009, LJV BH 9042, zie ook Rechtbank Dordrecht 3 februari 2010, LJV BL2214.

²¹⁸ Artikel 3 EIV.

²¹⁹ Zie noot 156 en 157.

170. Men kan zich ook beroepen op artikel 4, lid 2, c) EIV, volgens het welk de *lex concursus* de bevoegdheden van de curator beheerst. Het is bijgevolg nuttig na te gaan of de curator volgens het recht van de aangestelde insolventierechter bevoegd is om dergelijke vordering uit te oefenen. Hierbij dient men een onderscheid te maken tussen collectieve en persoonlijke schade.²²⁰ Enkel de eerste schade, die toekomt aan de failliete boedel, kan worden uitgeoefend door de curator en kan bijgevolg onderworpen aan de toepassing van de *lex concursus*.

Een voorbeeld zal deze zienswijze verduidelijken. Een vennootschap is onderworpen aan een insolventieprocedure, geopend in België. De rechter dient na te gaan of de curator bevoegd is de vordering inzake bestuurdersaansprakelijk in te stellen volgens het Belgische recht. De schade die voortvloeit uit het handelen van de bestuurders is immers een collectieve schade. Naar aanleiding van deze collectieve schade kan, volgens het Hof van Cassatie²²¹, enkel de curator een vordering instellen. Bijgevolg is de vordering onderworpen aan de *lex concursus*, daar dit recht de bevoegdheden van de curator bepaalt.

171. Sommige auteurs opteren echter voor de toepassing van de *lex societatis* boven de toepassing van de *lex concursus*. Volgens KOPPENSTEINER²²² moet de fout van de bestuurder worden beoordeeld aan de hand van de *lex societatis*. Zo niet zou dit ervoor kunnen zorgen dat de bestuurder onderworpen wordt aan een aansprakelijkheidsregime dat niet bestaat volgens de *lex societatis*, dat hij kent. Volgens de auteur is er geen reden om aan te nemen dat de aansprakelijkheid van de bestuurder beoordeeld moet worden aan de hand van een ander recht, louter omwille van het feit dat de vennootschap insolvent is. De functies van het aansprakelijkheidsregime zijn immers dezelfde indien men de *lex societatis* toepast.

172. Toepassing van de *lex societatis* omwille van de redelijke verwachtingen van de betrokken bestuurders is geen afdoend argument. De vennootschap verplaatst immers haar COMI naar een andere lidstaat. Bestuurders dienen te kennis te hebben van het feit dat de verplaatsing van het COMI van de vennootschap ook invloed zal hebben op het recht toepasselijk op de vennootschap en haar leden.

173. Verder kan men stellen dat de *lex concursus* de voorkeur verdient. Ook al verschillen de functies inzake de toepassing van *lex concursus* of *lex societatis* niet, de reikwijdte van deze bestuurdersaansprakelijk is echter wel afhankelijk van de situatie van insolventie van de vennootschap. Een meerderheid van de rechtsleer besluit dan ook tot de toepassing van de *lex concursus* inzake de aansprakelijkheid van bestuurders in navolging van het faillissement.

²²⁰ Indien men persoonlijke schade lijdt, lijdt het vermogen van de betrokkene rechtstreeks schade. De curator kan de vordering meestal niet uitvoeren. Hij kan dit echter wel indien het gaat om collectieve schade, is deze schade gemeenschappelijk aan de boedel.

²²¹ Cass. 12 februari 1981, *Pas.* 1981, p.I-639.

²²² Zie noot 206 p. 578.

174. Opgemerkt moet worden dat sommige auteurs van oordeel zijn dat deze aangelegenheid noch door de *lex societatis*, noch door de *lex concursus* beheerst moeten worden. De aansprakelijkheid van de bestuurders veronderstelt immers een onrechtmatige daad, die vervolgens onderworpen dient te worden aan de *lex loci delicti*, de plaats waar de schade zich voortdoet.²²³ Veelal zal deze plaats echter overeenstemmen met het COMI en de plaats waar de procedure geopend wordt. Het logische gevolg hiervan is dat de *lex loci delicti* samenvalt met de *lex concursus*. De afbakening tussen deze twee leges valt echter buiten het toepassingsgebied van deze paper.

5.2.4 Beroepsverbod

175. Een andere materie, die nauw verbonden is met de bestuurdersaansprakelijkheid, is het bestuursverbod dat kan worden opgelegd aan de bestuurders of andere leidinggevende personen in navolging van het faillissement van de vennootschap. In het Belgisch recht is deze regeling voornamelijk terug te vinden in het KB nr. 22 van 1934.

176. Zoals aangegeven in het tweede hoofdstuk²²⁴ zal de schuldenaar zijn beheers -en beschikkingsbevoegd geheel of gedeeltelijk verliezen tijdens de insolventieprocedure. Dit is een gevolg van het openen van de insolventieprocedure, die vervolgens beheerst moet worden door de *lex concursus*. De *lex concursus* kan vervolgens ook bepalen dat de bestuurder na faillissement voor een bepaalde tijd de goederen niet kan beheren. Ook dit is een sanctie die voortvloeit uit de insolventieprocedure en die bijgevolg beheerst wordt door de *lex concursus*. De vraag die zich in dit verband stelt is of het beroepsverbod voor de gefailleerde of bestuurders, ook gezien kan worden als dergelijke sanctie.²²⁵

177. Men kan twee verschillende visies onderscheiden. Enerzijds kan men stellen dat het beroepsverbod inderdaad een sanctie is die voortvloeit uit het faillissement van de vennootschap. Deze wordt dan beheerst door de *lex concursus*. Anderzijds kan het beroepsverbod worden gekwalificeerd als een maatregel die de openbare orde beschermt. Indien men sommige personen uitsluit van de mogelijkheid om bestuurder van een vennootschap te worden, betekent dit een betere kwaliteit van het vennootschapsrecht. Men hanteert een zorgvuldigheidsnorm inzake het bestuur van vennootschappen. Neemt men deze kwalificatie aan, dan zal het beroepsverbod geen insolventierechtelijke materie zijn, maar een vennootschapsrechtelijke materie. Men bepaalt aan de hand van de zorgvuldigheidsnorm immers wie wel en wie niet bestuurder mag zijn van een vennootschap. Het betreft de interne structuur van de vennootschap en dit dient bijgevolg beheerst te worden door de *lex societatis*.²²⁶

²²³ Zie noot 6.

²²⁴ Zie randnummer 23.

²²⁵ Zie noot 6 p. 457.

²²⁶ Zie noot 129 p. 82 e.v.

Indien men aanneemt dat het beroepsverbod onderworpen is aan de toepassing van de *lex concursus*, zoals de eerste functie veronderstelt, dient deze beslissing te worden erkend in andere lidstaten.²²⁷ Indien men ten gevolge van een insolventieprocedure in België een beroepsverbod kreeg opgelegd, is het bijgevolg niet mogelijk in een andere lidstaat wel bestuurder te worden van een vennootschap. Voorziet de *lex concursus* echter niet in de sanctie van beroepsverbod, is het volgens de tweede functie nog steeds mogelijk dat de gefailleerde geen bestuurder meer kan zijn van de vennootschap in het buitenland. Dit zal het geval zijn, indien de *lex societatis* van die andere lidstaat wel voorziet in de mogelijkheid deze bestuurders uit te sluiten van de vennootschap. Deze laatste toepassing vereist echter wel dat de insolventie gelijkaardig is aan de insolventie in de oorspronkelijke lidstaat.²²⁸

178. Dit betekent echter geen schending van de vrijheid van vestiging. Dit werd bevestigd in rechtspraak van het Bundesgerichtshof (BGH).²²⁹ Het ging om een Engelse vennootschap die een filiaal wenste op te richten in Duitsland. De inschrijving van het filiaal in het Duitse handelsregister werd echter geweigerd. De bestuurder van de vennootschap kreeg immers reeds een beroepsverbod opgelegd in Duitsland.

Deze weigering was volgens het BGH niet strijdig met de Europese vrijheid van vestiging. Volgens rechtspraak van het Hof van Justitie²³⁰ kan men zich immers niet op het recht van vrijheid van vestiging beroepen indien dit aanleiding zou geven tot rechtsmisbruik. Het BGH oordeelt dat er in casu sprake is van rechtsmisbruik. Zo zou men de vennootschap in Engeland hebben opgericht, om vervolgens een filiaal op te richten in Duitsland en zo alsnog daar haar activiteiten uitoefenen, ondanks het beroepsverbod dat aan de bestuurder in Duitsland werd opgericht.

Vervolgens stelt het BGH dat de nationale maatregel die dit vrij verkeer belemmert moet voldoen aan vier voorwaarden volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie.²³¹ De maatregel mag in de eerste plaats niet discriminerend zijn. Hieraan is voldaan, ook nationale vennootschappen moeten het beroepsverbod immers respecteren. Ook moet zij een algemeen belang nastreven, in casu wordt de bescherming van schuldeisers en de consument tegen een onbetrouwbare vennootschap aangenomen als algemeen belang. Vervolgens moet de maatregel passend zijn. Ook hier is aan voldaan. Indien men de maatregel niet zou aannemen, kan men de schuldeiser en de consument immers moeilijk beschermen. Ten slotte mag de maatregel niet verder gaan tot wat noodzakelijk is voor het bereiken van het doel, namelijk bescherming van de schuldeisers. Het BGH acht ook deze voorwaarde voldaan. Er is bijgevolg geen schending van het recht op vrijheid van vestiging.

²²⁷ Op basis van artikel 16 EIV.

²²⁸ Zie noot 129.

²²⁹ BGH 7 mei 2007, EuZW 2007, 546.

²³⁰ Zie Centros, randnummer 50.

²³¹ Zie Inspire art, randnummer 54.

179. Bovendien moet men rekening houden met het feit dat eens een insolventieprocedure in een lidstaat geopend is, de bevoegde rechter liefst zijn eigen recht zal toepassen.²³² Voorbeeld bij uitstek hiervan is Engeland. Eens de Engelse rechter de insolventieprocedure opent, zal hij zich snel bevoegd achten om ook uitspraak te doen over vorderingen die voortvloeien uit de procedure. Het gaat om vorderingen inzake bestuurdersaansprakelijkheid (*wrongful trading*) en het beroepsverbod (*directors disqualification*).²³³

180. Uit verschillende rechtspraak blijkt immers dat Engeland hun wetgeving inzake bestuurdersaansprakelijkheid en het beroepsverbod op een ruime wijze interpreteren.²³⁴

Dit blijkt uit zowel de Company Directors Disqualification Act van 1986 en de Insolvency Act van 1986. Hieruit blijkt dat indien vennootschappen niet opgericht zijn in Engeland of hier geen enkel filiaal of vestiging hebben, toch onderworpen kunnen worden aan voorvernoemde regelingen.

Zoals gezegd wordt deze regeling zeer ruim geïnterpreteerd. Dit heeft tot gevolg dat voor zover deze vennootschappen een voldoende nauwe band hebben met Engeland, zij ook onder zowel de Company Directors Disqualification Act als onder de Insolvency Act kunnen vallen. Deze ruime interpretatie werd bevestigd in het arrest *Re Drax Holdings Ltd*:

*Before a foreign company could be wound in England, three core requirements had to be fulfilled: (1) there must be a sufficient connection with England which may, but does not necessarily have to, consist of assets within the jurisdiction; (2) there must be a reasonable possibility, if a winding-up order is made, of benefit to those applying for the winding-up order; and (3) one or more persons interested in the distribution of assets of the company must be persons over whom the court can exercise a jurisdiction.*²³⁵

²³² Zie noot 6, p. 457.

²³³ S. RAMMELOO, *Corporations in private international law: a European perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 144.

²³⁴ I. FLETCHER, *Insolvency in private international law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 153 e.v.

²³⁵ *Drax Holdings Ltd.*, Re [2003] .

Besluit

181. Uit het onderzoek blijkt dat het inderdaad niet altijd even duidelijk is welke vragen van internationaal privaatrecht behoren tot het vennootschapsrecht en welke behoren tot het insolventierecht. Dit probleem stelt zich het meest indien het COMI niet gelegen is in dezelfde lidstaat als waar de vennootschap haar statutaire zetel heeft. Dit is het gevolg van de verschillende theorieën inzake het bepalen van de *lex societatis* die de lidstaten hanteren. Bovendien lijkt het Hof van Justitie steeds meer te opteren voor de incorporatietheorie.

182. Indien dit kwalificatieprobleem zich stelt, moet men in de eerste plaats de Europese Insolventieverordening raadplegen en oordelen of de materie onder artikel 4 EIV geplaatst kan worden. Het betreft immers een geharmoniseerd Europees instrument, waar bovendien de voorkeur moet aan worden verleend. Uit het toelichtend rapport blijkt dat deze bepaling zeer ruim kan worden geïnterpreteerd. Het gaat om aangelegenheden die de organisatie van de procedure betreffen, alsook de gevolgen ervan. Bovendien kunnen ook aangelegenheden die een voldoende nauwe band met de insolventieprocedure vertonen het voorwerp uitmaken van het toepassingsgebied van de *lex concursus*. Zo is de bescherming van de schuldeisers van een vennootschap veelal een doorslaggevend element om de toepassing van de *lex concursus* te verkiezen.

Daarbij komt dat de rechter die de procedure geopend heeft geen voorstander zal zijn om een vreemd recht toe te passen. De COMI rechter zal in veel gevallen de voorkeur verlenen aan de toepassing van zijn eigen recht.

183. Desalniettemin is de toepassing van de *lex societatis* niet onmogelijk. Ook hier geven de toelichtende rapporten een duidelijke indicatie welke materies onder het toepassingsgebied van de *lex societatis* dienen te vallen. Het betreft vooral de interne organisatie van de vennootschap. Hoe moet de vennootschap rechtsgeldig worden opgericht, volgens welke procedures gebeurt de interne besluitvorming en wanneer kan de vennootschap ontbonden worden.

Uit verschillende rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt echter dat de relevante artikelen restrictief dienen te worden geïnterpreteerd. Een loutere band met een van de opgesomde aangelegenheden is dan ook niet voldoende om de toepassing van de *lex societatis* te rechtvaardigen.

Ook hier kan men argumenteren dat de belangen van de betrokkenen gerespecteerd moeten worden, zoals bijvoorbeeld de bestuurders of aandeelhouders. Men moet echter in het achterhoofd houden dat deze problematiek zich voornamelijk stelt indien de vennootschap haar COMI verhuist naar het buitenland. De betrokkenen van de vennootschap kunnen in dit geval echter vermoeden dat een andere regeling van toepassing zal zijn. Het is echter niet onmogelijk dat de belangen van de betrokkenen van de vennootschap voorrang verkrijgen op de legitieme verwachtingen van de schuldeisers.

184. Ten slotte is het opmerkelijk dat hoewel de kwalificatie als vennootschapsrechtelijk dan wel als insolventierechtelijk een actueel probleem is in het licht van de toenemende grensoverschrijdende insolventie, er inzake deze problematiek geen rechtspraak is van het Hof van Justitie. Naar de toekomst toe is het dan ook noodzakelijk dat het Hof enkele criteria vastlegt die deze kwalificatie zal vergemakkelijken. Doch is dit geen makkelijke opdracht, aangezien deze criteria moeten worden vastgelegd in het licht van het toepasselijk insolventierecht. De doelstellingen van het insolventierecht zullen echter verschillen naargelang de lidstaat, wat de terughoudendheid van de nationale lidstaten naar het Hof van Justitie kan verklaren.

Bibliografie

Wetgeving

België

Koninklijk besluit nr. 22 betreffende het rechterlijk verbod aan bepaalde veroordeelden en gefailleerden om bepaalde ambten, beroepen of werkzaamheden uit te oefenen, *B.S.* 27 oktober 1934.

Wetboek van vennootschappen, *B.S.* 8 augustus 1999.

Wetboek Internationaal Privaatrecht, *B.S.* 27 juli 2004.

Duitsland

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG).

Strafgesetzbuch (stGB).

Engeland

Company Directors Disqualification Act (1986).

Insolvency Act (1986).

Europa

Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie, *Pb.L.* 30 maart 2010, blz. 1-388.

Richtlijn (EG) nr. 89/666 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de openbaarmakingplicht voor in een Lidstaat opgerichte bijkantoren van vennootschappen die onder het recht van een andere staat vallen, *pb. L.* 30 december 1989, nr. 395, blz. 36-39.

Verordening (EG) Nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *Pb.L.* 160 van 30 juni 2000, blz. 1-18.

Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb.L.* 16 januari 2001, nr. 12, blz. 1-23.

Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, *Pb.L.* 31 juli 2007, nr. 199, blz. 40-49.

Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *Pb.L.* 4 juli 2008, nr. 177, blz. 6-16.

Frankrijk

Code Civil, *Journal Officiel* 6 juli 1983.

Nederland

Nieuw Burgerlijk Wetboek, *Staatsblad Koninkrijk der Nederlanden*.

Vorbereidende werken

JENARD, P. "Rapport betreffende het Verdrag inzake de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken"(1979), *Pb. L. EG* C59, p. 10.

M. GIULIANO en P. LAGARDE, "Rapport betreffende het verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst", Senaat, Gedr. St. 1985-86, nr. 362/1, 42.

HESS, B., PFEIFFER, T., SCHLOSSER, P., "Rapport betreffende de toepassing van de Brussel I Verordening in de lidstaten", *Pb. L. EG* C 59, nr. 53, p.89-90.

VIRGOS, M. en SCHMIT, E., "Ontwerprapport Virgós/Schmit bij het verdrag betreffende insolventieprocedures" (1996) in B. WESSELS, *International insolvency law*, Deventer, Kluwer, 2006, 673-746.

Voorstel voor een Verordening van het Europees parlement en van de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ("ROME II"), COM (2003), 427 def.

Wetsontwerp houdende het Wetboek Internationaal Privaatrecht, Parl.St. Senaat 2003-2004, nr. 3/27-7, 205-206.

Groenboek over de herziening van Verordening (EG) nr. 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, COM (2009), 175 def.

Voorstel voor een Verordening van het Europees parlement en de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, COM (2010), 748 def.

Voorstel Commissie tot herziening van de Europese Insolventieverordening, COM (2012), 744 def.

Rechtspraak

HVJ C-133/78, *Gourdain/ Nadler*, [1979], *Jur.* I-00733.

Cass. 12 februari 1981, *Pas.* 1981, p.I-639.

HVJ C-34/82, *Peters v ZNAV*, [1982], *Jur.* I-987.

HVJ C- 81/87, *Daily Mail*, [1988], *Jur.* I-05483.

HVJ C-214/89, *Powell Duffryn v Petereit*, [1992], *Jur.* I-01745.

HVJ C-172/91, *Sonntag v Waidmann*, [1993], *Jur.* I- 01963.

HVJ C-212/97, *Centros*, [1999], *Jur.* I-01459.

Rechtbank Arnhem, 15 maart 2001.

HVJ C-341/01, *Plato Plastik*, [2001], *Jur.* I-4883.

HVJ C-202/00, *Überseering*, [2002], *Jur.* I-9919.

HVJ C-167/01, *Inspire art*, [2003], *Jur.* I-10155.

Drax Holdings Ltd., Re [2003].

LG Kiel 20 april 2006.

HvJ C-1/04, *Staubitz-Schreiber*, [2006], *Jur.* I-701.

HvJ C-341/04, *Eurofood*, [2006], *Jur.* I- 3813.

BGH 7 mei 2007, *EuZW* 2007, 546.

HVJ C-372/07, *Hassett v. The Medical Defence Union*, [2008], *Jur.* I-0010.

HVJ C-210/06, *Cartesio*, [2008], *Jur.* I- 09641.

HVJ C-339/07, *Seagon v. Deko Marty Belgium*, [2009], *Jur.* I-00767.

Rechtbank Breda 25 maart 2009, *LJN* BH 9042.

HVJ C- 292/08, *German Graphics v. Alice van der Schee*, [2009], *Jur.* I-08421.

Rechtbank Dordrecht 3 februari 2010, LJN BL2214.

HVJ C-144/10, *BVG v. JP Morgan Chase Bank*, [2011], *Jur.* I- 03961.

Boeken

ALOFS, E., BROECKX, K., e.a., *Insolventierecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 588 p.

BARENTS, R., BRINKHORST, L.J., *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer, Kluwer, 2006, p. 646.

BARENTS, R., *Ondernemingsrecht*, Deventer, Kluwer, 2004, 1102 p.

BERENDS, A.J., *Insolventie in het internationaal privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 561 p.

BOS, T.M., *Grensoverschrijdend faillissementsrecht in Europees perspectief*, Amsterdam, Kluwer, 2000, 422 p.

DE GRAAF, A.C.G.A.C., KAVELAARS, P., STEVENS, A.J.A., *Internationaal belastingrecht*, Deventer, Kluwer, 2009, 478 p.

DICKINSON, A., *The Rome II Regulation: The law applicable to non-contractual obligations*, New York, Oxford University Press, 2008, 872 p.

FLETCHER, I., *Insolvency in private international law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 776 p.

HUBER, P., BACH, I., *Rome II Regulation: Pocket commentary*, München, European Law Publishers, 2011, 470 p.

IBILI, F., KOPPENOL-LAFORCE, M.E., ZILINSKY, M., *IPR in de spiegel van Paul Vlas*, Deventer, Kluwer, 2012, 304 p.

LENAERTS, K., VAN NUFFEL, P., *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 901 p.

MAGNUS, U., MANKOWSKI, P., *European Commentaries on Private International Law: Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, 2007, 852 p.

MOSS, G., FLETCHER, F., ISAACS, S., *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A commentary and annotated guide*, New York, Oxford University Press, 2009, 550 p.

PANNEN, K., *European Insolvency Regulation: commentary*, Berlijn, De Gruyter, 2007, 912 p.

RAMMELOO, S., *Corporations in private international law: a European perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 349 p.

RIGAUX, F., FALLON, M., *Droit international privé*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2005, 1038 p.

SLAGTER, W.J., *Compendium van het ondernemingsrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 734 p.

SORANIOS, M.V., ALFERES, F.J., *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, Den Haag, Kluwer, 2004, 256 p.

STRIKWERDA., L., *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 311 p.

VAN APELDOORN, J.C. en DE MAN, A.W., *De Europese Insolventieverordening: grensoverschrijdend insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 128 p.

VAN CALSTER, G., *European Private International law*, Oxford, Hart Publishing Ltd, 2013, 382 p.

VANDEKERCKHOVE, K., *Piercing the corporate veil*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, 765 p.

VAN SINT TRUIDEN, M. Ph., VERSTIJLEN, F.M.J., *Insolventierecht: tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2008, 1011 p.

VLAS, P., *Rechtspersonen*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2009, 253 p.

WESSELS, B., *International Insolvency Law*, Deventer, Kluwer, 2006, 670 p.

Bijdragen in boeken

DE MOOR, B., KORKMAZER F., "Aansprakelijkheid Van Bestuurders Van Groepsverbonden Vennootschappen." in P. ERNST, A. FRANCOIS, A. VAN OEVELEN, M. VAN PASSEL, *Bestendig Handboek: Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2008, p.199

DE WULF H. en VAN DEN STEEN L., "Enkele IPR problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen lex concursus en lex societatis, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS" in J. ERAUW en P. TAELEMAN (eds.) *Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal*, Mechelen, Kluwer, 2009, p. 391 - 485

Artikelen

BOS, T.M., "De verhouding tussen de EEX Verordening (Brussel I) en de Insolventieverordening", WPNR 2011.

BOS, T.M., "Grensgeschillen tussen de EEX-Verordening en de Europese Insolventieverordening", WPNR 2009.

CASTELEIN, C., "De Societas Europaea: nuttig instrument of maat voor niets?", JF 2002-2003, p. 41-76.

GARRE, B., "De Europese Insolventieverordening: Efficiënte afwikkeling van grensoverschrijdende insolventieprocedures: universalisme of territorialiteit? Is het glas halfvol of halfleeg?", JF 2009-2010, p. 43-106.

JAFFERALI, R., "L'application du droit belge aux sociétés de droit étranger. Une esquisse des contours de la lex societatis", R.D.C., 2004, pp. 764-790.

KORKMAZER, F., "Grensoverschrijdende aspecten van internationale insolventieprocedures voor rechtspersonen in een notendop", Cah. Jur.3 2008, 53-61.

PAREIN, F., "De Europese Insolventieverordening", NJW, 2011, p. 246-253.

WESSELS, B., "Cross-border insolvency law in Europe: present status and future prospects", PER 2008.

Online bronnen

HESS, B., OBERHAMMER, P., PFEIFFER, T., *External evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings*, 9 januari 2013, http://ec.europa.eu/justice/civil/files/evaluation_insolvency_en.pdf, (laatst geconsulteerd op 13 april 2013).

HIRTE, H., *Insolvenzantragspflicht nach dem MoMiG*, http://www.uni-hamburg.de/fachbereiche-einrichtungen/handelsrecht/html/_Antragspflicht.pdf, (laatst geconsulteerd op 13 april 2013).

Auteursrechtelijke overeenkomst

Ik/wij verlenen het wereldwijde auteursrecht voor de ingediende eindverhandeling:

Insolventie en IPR: Lex Concursus

Richting: **master in de rechten-rechtsbedeling**

Jaar: **2013**

in alle mogelijke mediaformaten, - bestaande en in de toekomst te ontwikkelen - , aan de Universiteit Hasselt.

Niet tegenstaand deze toekenning van het auteursrecht aan de Universiteit Hasselt behoud ik als auteur het recht om de eindverhandeling, - in zijn geheel of gedeeltelijk -, vrij te reproduceren, (her)publiceren of distribueren zonder de toelating te moeten verkrijgen van de Universiteit Hasselt.

Ik bevestig dat de eindverhandeling mijn origineel werk is, en dat ik het recht heb om de rechten te verlenen die in deze overeenkomst worden beschreven. Ik verklaar tevens dat de eindverhandeling, naar mijn weten, het auteursrecht van anderen niet overtreedt.

Ik verklaar tevens dat ik voor het materiaal in de eindverhandeling dat beschermd wordt door het auteursrecht, de nodige toelatingen heb verkregen zodat ik deze ook aan de Universiteit Hasselt kan overdragen en dat dit duidelijk in de tekst en inhoud van de eindverhandeling werd genotificeerd.

Universiteit Hasselt zal mij als auteur(s) van de eindverhandeling identificeren en zal geen wijzigingen aanbrengen aan de eindverhandeling, uitgezonderd deze toegelaten door deze overeenkomst.

Voor akkoord,

Willems, Laura

Datum: **15/05/2013**