

2016•2017
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef

De nieuwe insolventieverordening en harmonisatie van het nationale
insolventierecht

Promotor :
Prof. dr. Geert VAN CALSTER

Ine Schoemans
Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten

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

2016•2017
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef

De nieuwe insolventieverordening en harmonisatie van het
nationale insolventierecht

Promotor :
Prof. dr. Geert VAN CALSTER

Ine Schoemans

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten

SAMENVATTING

Deze masterproef is gewijd aan de Europese Insolventieverordening. Sinds de verwezenlijking van de interne markt waarbij het vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal centraal staan, is er sprake van meer grensoverschrijdende handel. Meer en meer ondernemingen gaan hun activiteiten uitbreiden over de nationale landsgrenzen heen. Hierdoor is het onvermijdbaar dat een aantal ondernemingen zal falen, waardoor we te maken krijgen bij grensoverschrijdende insolventie. Een grensoverschrijdend faillissement brengt veel gecompliceerde juridische vragen met zich mee. Het is daarom noodzakelijk een solide en consistent rechtskader te creëren. Dit onderzoek bestudeert de actuele evolutie die de Europese Insolventieverordening recentelijk heeft doorgemaakt.

Het eerste onderdeel van deze masterproef heeft betrekking op de eerste evolutie van het Europees insolventierecht. Hierin wordt het Europees wettelijk kader rond grensoverschrijdende insolventie geschetst en op welke wijze Insolventieverordening nr. 1346/2000 tot stand is gekomen. Het tweede deel bevat een korte, beschrijvende rechtsvergelijking tussen de regels rond insolventie in België, Nederland en het Verenigd Koninkrijk. Deze rechtsvergelijking kan een inspiratiebron vormen voor een meer geharmoniseerd en geüniformeerd Europees insolventierecht. Het derde onderdeel van het onderzoek heeft betrekking op de tweede evolutie, meer bepaald de herziening van de Verordening. In dit hoofdstuk wordt nagegaan wat de aanleiding is geweest om tot de herziening over te gaan en welke doelstellingen de wetgever beoogde. Dit is nodig om de inhoud van de nieuwe Verordening te kunnen evalueren.

In het vierde onderdeel van de masterproef gaan we de herziende Verordening beoordelen. In het eerste hoofdstuk wordt de inhoud van Verordening nr. 2015/848 geschetst en vergeleken met het voorstel van de Europese Commissie en aanbeveling van het Europees Parlement. Dit beschrijvend gedeelte zal gevolgd worden door een eigen evaluatie van de nieuwe Verordening. In het tweede hoofdstuk zal op basis van de rechtsvergelijking nagegaan worden of er sprake is van enige harmonisatie van het substantieel insolventierecht. In dit onderdeel krijgen we een antwoord op beide hoofdonderzoeksvragen. Het volgende hoofdstuk heeft betrekking op de Bank- en Verzekeringsrichtlijn. Hier wordt het specifiek karakter van beide Richtlijnen toegelicht, alsook kort toegelicht of er sprake is van harmonisatie in deze Richtlijnen.

Tenslotte bespreken we de actuele evolutie in de wereld van de grensoverschrijdende insolventie. Onlangs heeft de Europese Commissie een nieuw voorstel ingediend met betrekking tot preventieve reorganisatieprocedures en het verzekeren van een tweede kans van ondernemers. Dit voorstel wordt in deel zes verder verduidelijkt. In dit onderdeel wordt stilgestaan bij de voornaamste vernieuwingen die de Europese Commissie voorstelt.

DANKWOORD

Deze masterproef vormt het sluitstuk van mijn rechtenopleiding aan de Universiteit Hasselt. Ik wil van de gelegenheid gebruik maken om een aantal personen te bedanken voor de ondersteuning tijdens deze vijfjarige opleiding en bij het schrijven van deze masterscriptie in het bijzonder.

In de eerste plaats wil ik mijn promotor, Prof. Dr. Geert van Calster, bedanken voor zijn tips en ondersteuning tijdens het schrijven van deze masterscriptie.

Daarnaast wil ook mijn ouders, zus en vriend bedanken voor de steun en motivatie gedurende de hele opleiding en tijdens het schrijven van deze scriptie.

INHOUDSOPGAVE

Samenvatting	1
Dankwoord	2
Inhoudsopgave	3
Onderzoeksopzet	5
Deel I: Evolutie van de Europese Insolventieverordening	9
1.1 Hoofdstuk 1: Insolventieverordening (EG) nr. 1346/2000	9
1.1.1 Totstandkoming van de Verordening	9
1.1.2 Doelstelling	10
1.2 Hoofdstuk 2: Toepassingsgebied	10
1.2.1 Materieel: razione materiae	10
1.2.1.1 Collectieve procedures	11
1.2.1.2 Insolventie van de schuldenaar	11
1.2.1.3 Beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar	11
1.2.1.4 De aanduiding van een curator	12
1.2.2 Territoriaal: razione loci	12
Deel II: Rechtsvergelijking	15
2.1 Hoofdstuk 1: Inleiding	15
2.2 Hoofdstuk 2: Rechtsvergelijking	16
2.2.1 Recht op falen	17
2.2.2 Derdenbescherming	18
2.2.3 Faillissementspauliana	19
2.2.4 Arbeidsovereenkomsten	20
2.2.5 Kwalificatie en het werk van de curator	21
2.3 Hoofdstuk 3: Tussenbesluit	21
Deel III: De herziening van Verordening (EG) nr. 1346/2000	23
3.1 Hoofdstuk 1: Inleiding	23
3.2 Hoofdstuk 2: Insolventiepakket tot modernisering van het insolventierecht	23
3.2.1 Hess-Oberhammer-Pfeiffer-Pieckebrock-Seagon rapport	24
3.2.2 Impact Assessment	25
3.2.2.1 Probleemstelling	26
3.2.2.2 Doelstellingen	26
3.2.2.3 Beleidsopties	27
3.2.3 Een nieuwe Europese aanpak van faillissementen en insolventie	28
3.2.4 Aanbeveling Europese Commissie	32
3.3 Hoofdstuk 3: Voorstel tot herziening van Insolventieverordening nr. 1346/2000	32
3.3.1 Voorstel Europese Commissie	32
3.3.2 Aangenomen tekst	35
3.4 Hoofdstuk 4: Tussenbesluit	36

Deel IV: Beoordeling van de herziening	37
4.1 Hoofdstuk 1: Inleiding	37
4.2 Hoofdstuk 2: Belangrijkste wijzigingen	37
4.2.1 Definitie 'insolventieprocedures'	37
4.2.2 Centre of Main Interests (COMI)	39
4.2.3 Secundaire procedures	40
4.2.4 Grensoverschrijdende samenwerking en communicatie	41
4.2.5 Leden van een groep ondernemingen	42
4.3 Hoofdstuk 3: Harmonisatie van het nationaal insolventierecht	43
4.4 Hoofdstuk 4: Voor- en nadelen van harmonisatie	44
4.5 Hoofdstuk 5: Tussenbesluit	47
 Deel V: Bank- en Verzekeringsrichtlijn	 49
5.1 Hoofdstuk 1: Inleiding	49
5.2 Hoofdstuk 2: Richtlijn 2001/17/EG	49
5.2.1 Wetgevingsproces Solvency II	51
5.3 Hoofdstuk 3: Richtlijn 2001/24/EG	53
5.4 Hoofdstuk 4: Tussenbesluit	55
 Deel VI: Recente ontwikkelingen	 57
6.1 Hoofdstuk 1: Inleiding	57
6.2 Hoofdstuk 2: Toelichting van het voorstel	57
6.2.1 Herstructurering in een vroeg stadium	58
6.2.2 Tweede kans	58
6.2.3 Doel en verenigbaarheid van het voorstel	59
6.3 Hoofdstuk 3: Tussenbesluit	61
 Conclusie	 63
 Bibliografie	 65

Situering van het onderwerp

Uit een studie van het handelsinformatiekantoor Graydon Belgium is gebleken dat er een lichte daling is van het aantal faillissementen in België, in vergelijking met 2015¹. De eerste tien maanden van dit jaar gingen er 8.434 bedrijven over de kop, wat neerkomt op een daling van -5,27%. Dit is een positieve evolutie sinds de economische crisis van 2008. In de periode van 2009 tot 2011 gingen in de Europese Unie jaarlijks gemiddeld 200 000 ondernemingen failliet, met het rechtstreeks gevolg dat 1,7 miljoen banen verloren gingen. Ongeveer één vierde van deze faillissementen had een grensoverschrijdend aspect, waardoor deze onder de recent gewijzigde Verordening (EG) nr. 1346/2000 vielen.²

Als reactie hierop, heeft de Europese Commissie in december 2012 een pakket aan maatregelen voorgesteld (hierna 'insolventiepakket') tot modernisering van het insolventierecht. Het voornaamste onderdeel van dit insolventiepakket, was een voorstel tot wijziging van insolventieverordening nr. 1346/2000. Dit heeft uiteindelijk geleid tot de herziende Verordening nr. 2015/848, die de leidraad vormt van deze masterproef.

" Europa heeft behoefte aan een reddings- en saneringscultuur voor rendabele ondernemingen en personen in financiële moeilijkheden. Eerlijke ondernemers moeten een tweede kans krijgen, zodat insolventie niet eindigt met een levenslange veroordeling wanneer er iets misgaat. Kmo's , die de ruggengraat van onze economie vormen, zijn van bijzonder belang." – Vicevoorzitter, Viviane Reding, Europees Commissaris voor Justitie.³

Doel van het onderzoek

In dit onderzoek worden twee hoofdonderzoeksvragen beantwoord. Vooreerst luidt de vraag :

" Voldoet de gewijzigde Europese Insolventieverordening (EG) nr. 2015/848 aan de verwachtingen, die de Europese Commissie had vooropgesteld ?". De tweede onderzoeksvraag zal dan nagaan of er daadwerkelijk sprake is van een harmonisatie van het substantiële insolventierecht.

Verschillende sub-onderzoeksvragen zullen worden besproken om beide hoofdonderzoeksvragen te beantwoorden. Hoe is de Verordening tot stand gekomen ? Wat is de inhoud van het voorstel van de Commissie ? Wat is de doelstelling van de Commissie? Wat is de inhoud van Verordening 2015/848? Is de inhoud van de Verordening verregaand genoeg? Wat is harmonisering en is dit een mogelijkheid binnen het jargon van insolventie?

¹https://graydon.be/sites/graydon/files/visual_select_file/Graydon%20Belgium%20Barometer%20faillissementen%20oktober%202016.pdf (geraadpleegd op 21 november 2016)

² Commission staff working document (Comm.). Executive summary of the impact assessment accompanying the document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, 12 december 2012, SWD(2012)0417 def.

³ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-655_nl.htm (geraadpleegd op 1 november 2016)

De hierboven beschreven problematiek en de beantwoording van de onderzoeksvragen, brengt ons bij de centrale onderzoeksvraag en titel van deze masterproef: " De Nieuwe Europese insolventieverordening en de harmonisatie van het substantiële insolventierecht?"

Relevantie

Sinds de Europese Unie een interne markt heeft gecreëerd, waarbij het vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal de hoekstenen vormen, is er steeds meer grensoverschrijdende handel. De handel breidt zich uit naar nieuwe markten, over de grenzen heen. Deze uitbreiding van internationale handel heeft de groei van multinationale ondernemingen tot gevolg gehad. Een groot aantal ondernemingen zal handel drijven in het buitenland, waardoor het onvermijdbaar is dat een aantal ondernemingen hierin zullen mislukken. Deze ondernemingen zullen te maken krijgen met grensoverschrijdende insolventie.

Een grensoverschrijdend faillissement brengt veel gecompliceerde juridische vragen met zich mee. Welke nationale rechter is bevoegd ? Welk recht moet de rechter toepassen ? Wat zijn de gevolgen voor vermogensbestanddelen van de schuldeisers en schuldenaar, die zich buiten het grondgebied van de nationale rechter bevinden ? De insolventieverordening van 2000 heeft al een aantal complexe vragen beantwoord en rechtszekerheid gecreëerd. Echter na tien jaar inwerking te zijn, is het nationale insolventierecht sterk geëvolueerd, waardoor een herziening noodzakelijk werd. De gewijzigde Verordening is op 25 juni 2015 in werking getreden, maar zal pas na 26 juni 2017 op insolventieprocedures van toepassing zijn. De nieuwe bepalingen omtrent de insolventieprocedure moeten ervoor zorgen dat grensoverschrijdende procesvoering efficiënter en doeltreffender verloopt.

Methodologie

Het eerste deel van het onderzoek heeft betrekking op de eerste evolutie van het Europees insolventierecht. Het eerste deel is beschrijvend, hierin wordt het Europees wettelijk kader rond grensoverschrijdende insolventie geschetst. Deze schets is beperkt tot de informatie die nodig is om 'grensoverschrijdende insolventie' te verstaan. Het tweede deel bevat een korte, beschrijvende rechtsvergelijking tussen de regels rond insolventie in België, Nederland en het Verenigd Koninkrijk. De wetgeving rond insolventie in andere Europese lidstaten komt niet aan bod. Deze drie Europese lidstaten zijn gekozen in samenspraak met Professor Dr. Van Calster. Deze vergelijking kan een inspiratiebron vormen voor een meer geharmoniseerde en geüniformeerde procedure. Het derde deel van het onderzoek betreft de tweede evolutie, meer bepaald de herziening van de verordening . Dit onderdeel is zowel beschrijvend als evaluerend. Door de inhoud van de verordening te analyseren worden de gebreken van de huidige regels rond grensoverschrijdende insolventie duidelijk. Vervolgens wordt het voorstel van de Europese Commissie besproken en geëvalueerd. Onderdeel vier heeft betrekking op de beoordeling van de herziening. In dit deel van het onderzoek wordt de eerste hoofdonderzoeksvraag beantwoord.

In het eerste hoofdstuk wordt de inhoud van Verordening 2015/848 geschetst en vergeleken met het voorstel van de Europese Commissie en aanbevelingen van het Parlement. Dit beschrijvend gedeelte wordt gevolgd door een eigen evaluatie van de nieuwe verordening. Tezelfdertijd wordt ook

de tweede hoofdonderzoeksvraag beantwoord omtrent de daadwerkelijke harmonisatie van het nationaal insolventierecht. Het vijfde onderdeel van de masterproef focust zich op de Bank- en Verzekeringsrichtlijn. Hier wordt het specifiek karakter van beide richtlijnen toegelicht, alsook kort toegelicht of er sprake is van harmonisatie in deze specifieke richtlijnen. Tenslotte bespreken we de actuele evolutie in de wereld van de grensoverschrijdende insolventie. Het betreft het voorstel van de Europese Commissie van 22 november 2016, om nationale rechtsorde meer op elkaar te laten afstemmen. Het accent van dit voorstel ligt op de preventieve reorganisatieprocedures en het verzekeren van een tweede kans voor ondernemers.

Deel I: Evolutie van de Europese Insolventieverordening

Het eerste deel van dit onderzoek focust zich op de ontstaansgeschiedenis van het Europees insolventierecht. Hoofdstuk één betreft de totstandkoming van Verordening 1346/2000 en hoofdstuk twee heeft betrekking op het toepassingsgebied.

1.1 Hoofdstuk 1: Insolventieverordening (EG) nr. 1346/2000

1.1.1 Totstandkoming van de Verordening

Eén van de voornaamste doelstellingen van de Europese Unie was de verwezenlijking van een Europese interne markt waarin het vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal centraal stonden. Enerzijds biedt dit bedrijven de mogelijkheid om activiteiten niet enkel binnen de landsgrenzen, maar ook over de nationale grenzen heen te ontvouwen. Anderzijds zijn de gevolgen van internationale handel niet langer beperkt tot deze nationale landsgrenzen, maar zullen zij ook een impact hebben op andere lidstaten. Om die reden, werd op 29 mei 2000 Verordening (EG) nr. 1346/2000 betreffende insolventieprocedures⁴ aangenomen, dewelke op 31 mei 2002 in werking zou treden. Deze Verordening vindt zijn grondslag terug in artikel 61 c jo. 65 EG-Verdrag dat aan de Europese Unie de bevoegdheid verschaft, de nodige maatregelen te nemen inzake de samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen, voor zover die nodig zijn voor de goede werking van de interne markt.

Deze Verordening was het gevolg van jarenlange inspanningen om een wettelijk kader te vormen omtrent insolventieprocedures. Het creëren van een gemeenschappelijk markt is doorheen de jaren uitgegroeid tot een niet te miskennen succes, desondanks bleef het insolventierecht een hekelpunt. De tegenstrijdige nationale materiële rechten, die onderworpen zijn aan verscheidene nationale Europees privaatrechtelijke rechten werden beschouwd als een belemmering voor de goede werking van de interne markt.⁵ De moeilijkheden die het Europees insolventierecht met zich meebracht, was de reden om faillissementen afzonderlijk te behandelen en niet op te nemen in het toepassingsgebied van het Verdrag van Brussel (1968)⁶. In 1995, resulteerde de volharding van een werkgroep onder leiding van Miguel Virgos en Etienne Schmit⁷, in een 'Convention on Insolvency Proceedings'. Dit ontwerpverdrag met betrekking tot grensoverschrijdende insolventie werd uiteindelijk niet bekrachtigd binnen de voorziene termijn omwille van de niet deelname van Groot-Brittannië.⁸ Dit was het gevolg van een verwrongen relatie tussen Groot-Brittannië en andere lidstaten door de BSE of 'gekkekoeienziekte'.

⁴ Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *Pb. L.*, 30 juni 2000, afl. 160/1.

⁵ D. RHODIN, *A look at the recast EC regulation on insolvency proceedings – with particular focus on corporate insolvencies*, onuitg. Master of Laws Program Lund University, 2016, 4. <https://lup.lub.lu.se/student-papers/search/publication/8873823>.

⁶ Art. 1 (2) Verdrag van Brussel betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van 27 september 1968, *Pb. L.*, 31 december 1972, afl. 299, 32.

⁷ M. VIRGOS en E. SCHMIT, "Ontwerprapport Virgos/Schmit bij het verdrag betreffende insolventieprocedures" in B.WESSELS, *International insolvency law*, Deventer, Kluwer, 2006, 673-746.

⁸ A.J. BERENDS, "The EU insolvency regulation: some capita selecta", *NILR* 2010, LVII, 423 – 442.

Het rapport dat destijds mede werd opgesteld als toelichting bij het Verdrag, geeft vandaag de dag nog steeds een toelichting van de Verordening omwille van de woordelijke overeenstemming. Uiteindelijk hebben Duitsland en Finland het voortouw genomen voor de verordening inzake insolventieprocedures die geleid heeft tot Verordening (EG) nr. 1346/2000.

1.1.2 Doelstelling

" It seems hard to accept that undertakings' activities are increasingly being regulated by Community law while national law alone continues to apply in the event of the failure of an undertaking " – Community Ministers for Justice ⁹

De voornaamste doelstelling van deze Verordening was ervoor te zorgen dat de interne markt van de Europese Unie behoorlijk functioneert. Belangrijk voor deze doelstelling is dat grensoverschrijdende insolventieprocedures doeltreffend en efficiënt kunnen worden afgehandeld. Het was noodzakelijk om een gemeenschappelijk kader te ontwikkelen inzake rechterlijke bevoegdheid, erkenning en toepasselijk recht vervat in het Gemeenschapsrecht dat verbindend is in al haar onderdelen en rechtstreeks van toepassing is op iedere lidstaat. Enerzijds stelt men dat een 'universele strekking in de gehele Gemeenschap' niet opportuun is, door de sterk uiteenlopende nationale wetgeving van de lidstaten. Anderzijds wordt het geacht noodzakelijk te zijn, een overkoepelend insolventierecht te creëren, waarbij het opportunistisch gedrag van de schuldenaars wordt ingeperkt. Zonder deze adequate regeling zouden partijen hun goederen overbrengen van de ene lidstaat naar een andere, om hun rechtspositie te versterken ('forum shopping') of om een individuele executie na te streven.¹⁰

1.2 Hoofdstuk 2: Toepassingsgebied

1.2.1 Materieel : Ratione materiae

Artikel 1, lid 1 van de Verordening bepaalt dat: *" 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."*

Het materieel toepassingsgebied is vaag geformuleerd en voor interpretatie vatbaar. Dit komt omdat de wetgever de ratione materiae opzettelijk onnauwkeurig geformuleerd heeft, omwille van de opmerkelijke verschillen tussen nationale insolventieprocedures¹¹. Het is aan de lidstaten om te bepalen welke insolventieprocedures onderworpen worden aan de Verordening, dewelke in de bijlagen moeten worden opgenomen. Procedures die niet zijn opgenomen in de bijlage, vallen buiten het toepassingsgebied.

⁹ Virgos-Schmit Report, para 1, p. 6.

¹⁰ G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 190.

¹¹ K. PANNEN, *European Insolvency Regulation: commentary*, Berlijn, De Gruyter, 2007, 24.

Uit artikel 1, lid 1 Europese Insolventieverordening worden traditioneel vier voorwaarden afgeleid. Enkel wanneer deze voorwaarden cumulatief vervuld zijn, is er sprake van een insolventieprocedure. Het begrip 'insolventie' wordt verder niet gedefinieerd door de Verordening. De voorwaarden om te spreken van een insolventieprocedure zijn: (I) collectieve procedures, (II) gebaseerd op de insolventie van de schuldenaar, (III) waarbij de schuldenaar beschikkingsonbevoegd wordt geacht, (IV) en de aanduiding van een curator.¹²

1.2.1.1 Collectieve procedures

De eerste voorwaarde voor de toepassing van de Verordening, is dat sprake moet zijn van een collectieve procedure. In het Virgos-Schmit rapport wordt aangehaald dat een individuele executie door één schuldeiser wordt uitgesloten door de Verordening.¹³

Bijlage A van de Verordening bestaat uit een limitatieve lijst waarin wordt weergegeven welke procedures voor welke lidstaat onder het toepassingsgebied vallen. Voor België is dit het faillissement, het gerechtelijk akkoord en de collectieve schuldenregeling. In 2005 werd het toepassingsgebied verder uitgebreid met de vrijwillige/gerechtelijke vereffening en de procedure van voorlopig bewind.¹⁴ Echter, kunnen we opmerken dat deze procedures niet altijd voldoen aan de voorwaarden, vooropgesteld in artikel 1 Europese Insolventieverordening. Uit deze limitatieve lijst kunnen we afleiden dat niet enkel liquidatieprocedures, maar ook saneringsprocedures onder het toepassingsgebied vallen. De Verordening kiest zodoende voor een ruime interpretatie van het begrip insolventieprocedure.

1.2.1.2 Insolventie van de schuldenaar

Een tweede voorwaarde van de insolventieprocedure betreft de insolventie van de schuldenaar. De Verordening voorziet niet in een eigen definitie van 'insolventie', maar laat de invulling van het begrip over aan de nationale wetgeving van het land waar de procedure wordt gestart.¹⁵ De Verordening beoogde geen harmonisering van het substantieel nationaal recht, waardoor elke lidstaat een andere interpretatie aan het begrip kan geven. Vervolgens bepaalt overweging 9 dat de schuldenaar zowel een natuurlijk dan wel rechtspersoon kan zijn, een koopman dan wel een particulier.

1.2.1.3 Beschikkingsonbevoegdheid van de schuldenaar

De derde voorwaarde heeft betrekking op de beschikkingsonbevoegdheid van de schuldenaar. De schuldenaar verliest zijn bevoegdheid om te beschikken, al dan niet geheel of gedeeltelijk, over zijn vermogen.¹⁶

¹² VAN CALSTER, G., *European Private International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 187-189.

¹³ Virgos-Schmit Report, para 49, p. 33.

¹⁴ V. SAGAERT, " Kroniek Internationaal Insolventierecht", in B. ALLEMEERSCH en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 211.

¹⁵ Virgos-Schmit Report, para 49(b), p. 33.

¹⁶ Virgos-Schmit Report, para 9, p. 12.

1.2.1.4 De aanduiding van een curator

Wanneer de schuldenaar, geheel of gedeeltelijk, zijn beschikkingsbevoegdheid verliest, zal deze bevoegdheid overgaan op een andere persoon dan de schuldenaar. Deze wordt aangesteld met als opdracht: het beheer en controle van het vermogen en de goederen van de beschikkingsonbevoegde. De Verordening voorziet een ruime interpretatie van het begrip, gedefinieerd in artikel 2 (b). In bijlage C, wordt voor België begrepen een curator, een commissaris inzake opschorting en een schuldbemiddelaar.

1.2.2 Territoriaal: Ratione loci

Het territoriaal toepassingsgebied van de Verordening heeft enkel betrekking op grensoverschrijdende en intracommunautaire insolventie, waarbij het centrum van voornaamste belangen van de schuldenaar gelegen is binnen de Europese Unie.¹⁷ De rechter waar de 'centre of main interests' is gelegen, is bevoegd kennis te nemen van de insolventie en de insolventieprocedure te openen. Wanneer de debiteur goederen heeft buiten het grondgebied van een EU-lidstaat, zullen de regels van het internationaal privaatrecht van die lidstaat bepalen waar de procedure geopend wordt. Tenslotte heeft Denemarken niet deelgenomen aan de aanneming van deze Verordening en is bijgevolg, noch bindend noch van toepassing voor Denemarken.

Het 'centre of main interests', afgekort COMI, is één van de kernbegrippen van de Verordening. Nochtans voorziet de Verordening geen duidelijke definitie van dit begrip. Een aanwijzing wordt wel gevonden in overweging 13 van de preambule: "*het centrum van voornaamste belangen dient overeen te komen met de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn goederen voert en die daardoor als dusdanig voor derden herkenbaar is.*" Voor veel vennootschappen wordt dit vermoed samen te vallen met hun operationeel hoofdkantoor, aldus met hun 'statutaire zetel'.¹⁸ Nochtans aanvaardt de rechtspraak de weerlegging van dit vermoeden. Het principe-arrest was EUROFOOD¹⁹, waarbij het Europees Hof van Justitie oordeelde dat:

"het centrum van de voornaamste belangen moet worden geïdentificeerd aan de hand van de criteria die zowel objectief als voor derden verifieerbaar zijn. Deze objectiviteit en deze verifieerbaarheid voor derden zijn noodzakelijk om de rechtszekerheid en de voorspelbaarheid van de bepaling van de voor de opening van een hoofdinsolventieprocedure bevoegde rechter te garanderen. Deze zijn des te belangrijker nu de bepaling van de bevoegde rechter overeenkomstig artikel 4, lid 1, van de Verordening mede het toepasselijke recht bepaalt."

¹⁷ Art. 3(1) Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *Pb. L.* 30 juni 2000, afl. 160.1.

¹⁸ K. MARESCEAU, "Het arrest Burgo Group: een verdere verduidelijking van de Europese Insolventieverordening", *TRV* 2015, 115-116.

¹⁹ Case C-341/04 Eurofood IFSC [2006] ECR I-3813, para 34-35.

"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."

Deel II: Rechtsvergelijking

2.1 Hoofdstuk 1: Inleiding

De oorspronkelijke insolventieverordening, was een belangrijke middel van het Europees privaatrecht. Het was namelijk het eerste rechtsinstrument dat trachtte de grote verschillen in het nationale recht van de EU-lidstaten te overwinnen, zonder dat het tot doel had het nationale insolventierecht te harmoniseren. De invoering van een insolventieprocedure met algehele strekking zou niet alleen onpraktisch, maar ook problematisch zijn omwille van deze verschillen²⁰. Een éénvormig insolventierecht bleek dan ook niet meer dan een utopie te zijn.²¹

Lange tijd bleek de combinatie harmonisatie en insolventie dan ook onmogelijk. Professor Ian Fletcher kwam in 2000 tot de conclusie: "*dat de nationale houdingen ten opzichte van het insolventierecht zeer veranderlijk zijn, evenals de sociale en juridische gevolgen van de betrokken schuldenaars.*"²² Daarnaast vermeldde overweging 11 van Verordening nr. 1346/2000, uitdrukkelijk de erkenning van de verschillen in het materieel insolventierecht van de EU-lidstaten. Dit bleef gedurende enige tijd de overheersende houding, tot men in 2010 een hele ommekeer heeft gemaakt in deze redenering.

Op verzoek van het Europees Parlement werd in april 2010 een rapport ("Note") met betrekking tot de harmonisatie van het insolventierecht op Europees niveau voorgelegd.²³ De doelstelling van deze studie was te achterhalen of de harmonisatie van het insolventierecht al dan niet nodig en zinvol zou zijn voor grensoverschrijdende insolventieprocedures. Dit rapport, gebaseerd op antwoorden van een vragenlijst georganiseerd door INSOL EUROPE²⁴, gaf verscheidene problemen aan, die zouden kunnen optreden bij het ontbreken van gemeenschappelijke regels inzake insolventie.

Rekening houdend dat ondernemingen steeds meer mobiel zijn en meer grensoverschrijdende handel voeren, is een harmonisering van het insolventierecht op Europees niveau aangeraden. Dit zou zorgen voor meer efficiëntie in het afhandelen van faillissementen en reorganisaties, met als gevolg meer vertrouwen en rechtszekerheid in de financiële infrastructuur van de EU. Omwille van de grotere transparantie, zullen de betrokken partijen een beter inzicht krijgen op bepaalde procedures, middelen en remedies om hun onderneming financieel gezond te houden.²⁵

²⁰ Overweging 11 van de Verordening.

²¹ J. MARSHALL, *European cross-border insolvency: a guide to insolvency procedures across the European Union*, London, Allen & Overy, 2002, 8, nr. 16.

²² B. WESSELS, "Harmonization of Insolvency Law in Europe", *European Company Law* 2011, Vol.8, Afl. 1, 27-31.

²³ DIRECTOR-GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, POLICY DEPARTMENT CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS (C), LEGAL AND PARLIAMENTARY AFFAIRS, *Note on the Harmonisation of Insolvency Law at EU level*, April 2010, PE 419.633.

²⁴ INSOL Europe is een Europese organisatie gespecialiseerd in insolventie, faillissement, zakelijke wederopbouw en herstel.

²⁵ Note, p. 26-27.

Niettegenstaande dit rapport harmonisatie hoog in het vaandel draagt, erkent het ook dat bepaalde aspecten meer nood hebben aan harmonisatie dan andere.²⁶ Insolventierecht staat vaak in verbinding met andere rechtstakken als arbeidsrecht, verbintenissenrecht en ondernemingsrecht waardoor een volledige harmonisatie onmogelijk blijft vooraleer deze andere rechtstakken voldoende zijn geharmoniseerd²⁷. Er is met andere woorden nood aan een uitgebalanceerde en doordachte harmonisatie²⁸.

2.2 Hoofdstuk 2: Rechtsvergelijking

Dit hoofdstuk geeft een korte vergelijking weer van de regelgeving omtrent het insolventierecht in België, Nederland en het Verenigd Koninkrijk. Het doel van deze rechtsvergelijking is het onderzoeken of er gelijkenissen bestaan in de regelgevende principes, die een oplossing kunnen bieden voor de harmonisatie van het Europees insolventierecht. Eerder werd aangehaald dat het moeilijk is om een universele insolventieprocedure in te voeren omwille van de grote diversiteit van het nationale insolventierecht. De basiselementen van het insolventierecht verschillen sterk van land tot land. Opmerkelijk is vast te stellen dat zelfs in de meer recente Europese insolventiewetgeving, die de afgelopen jaren een grondige herziening hebben doorstaan, grote verschillen terug te vinden zijn.

Hoewel het ondenkbaar is om op korte termijn één universele insolventieprocedure voor de gehele Europese Unie in te voeren, betekent dit niet dat het nationale insolventierecht geen gemeenschappelijke kenmerken kan delen. Hierbij is het belangrijk dat de Europese wetgeving verder wordt bestudeerd om meer inzicht te verwerven in de verschillen tussen de rechtstelsels, juridische terminologie en concepten, zodoende te vermijden dat er diversiteit ontstaat als gevolg van een gebrek aan kennis over andere Europese rechtstelsels. In 1999 heeft 'The International Working Group on European Insolvency Law' voor het eerst getracht de gemeenschappelijke elementen vast te leggen in de '*Principles of European Insolvency Law*'.²⁹ Deze principes waren de uitkomst van het verder kijken dan de verschillen in structuur, toepassingsgebied, concepten en formuleringen. Deze elementen zouden een basis kunnen vormen voor verdere harmonisatie. In de volgende paragrafen beschrijf ik summier enkele gemeenschappelijke elementen specifiek voor België, Nederland en het Verenigd Koninkrijk.

²⁶ Note, p. 27.

²⁷ J.L. WESTBROOK, C.D. BOOTH, C.G. PAULUS en H. RAJAK, *A global view of business insolvency systems*, Washington D.C, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 246-247.

²⁸ Note, p. 27.

²⁹ W. MCBRYDE, A. FLESSNER, S.C.J.J. KORTMANN (eds.), *Principles of European Insolvency Law, Series Law of Business and Finance*, Nederland, Kluwer Legal Publishers, 2003, Vol. 4. www.iiiglobal.org.

2.2.1 Principe recht op falen

Het principe van 'recht op falen' heeft als doel de nadruk te verleggen van liquidatie naar het bevorderen van herstructureringen van ondernemingen in een vroeg stadium om insolventie te voorkomen. Dit principe zou een win-winscenario kunnen opleveren. Enerzijds worden ondernemingen geholpen om economisch actief te blijven en banen te behouden. Anderzijds is dit voordelig voor de schuldeisers, die een groter aandeel van hun investering zullen terugkrijgen dan wanneer de schuldenaar failliet zou worden verklaard.

De Belgische wetgever heeft hieraan tegemoet willen komen door de Wet Continuïteit van Ondernemingen in het leven te roepen.³⁰ Een herziening van deze wet kwam er op 27 mei 2013 (hierna: WCO-Reparatiewet).³¹ De wetgever heeft deze procedure opgedeeld in twee categorieën. Enerzijds heeft men het minnelijk akkoord of buitengerechtelijke procedure en anderzijds is er de gerechtelijke reorganisatie. Art. 16 WCO definieert het doel van deze gerechtelijke organisatie als volgt: *"De procedure van gerechtelijke reorganisatie strekt tot het behouden, onder toezicht van de rechter, van de continuïteit van het geheel of een gedeelte van de onderneming in moeilijkheden of van haar activiteiten."* In concreto zijn er drie verschillende methoden om deze continuïteit te waarborgen: het minnelijk akkoord, het collectief akkoord en de overdracht onder gerechtelijk gezag. Deze drie procedures hebben allen een hoger doel, namelijk het behoud van de continuïteit verwezenlijken.

De Wet Continuïteit Ondernemingen beoogt ondernemingen met een precaire financiële situatie, een aantal juridische mogelijkheden aan te bieden om de continuïteit van de onderneming te waarborgen en eventueel te herstellen om zo een mogelijk faillissement te vermijden. Een faillissement impliceert een verlies van waarde en tewerkstelling, met als gevolg een hoge maatschappelijke kost. Een reorganisatie daarentegen zal efficiënter zijn en zodoende een positieve invloed hebben op economische ontwikkelingen.

Als variant op de Belgische gerechtelijke reorganisatie kent Nederland de procedure van surséance van betaling. Deze procedure is gericht op het voortbestaan en financieel herstel van de onderneming gebruikmakend van een betalingsregeling opgesteld in onderling overleg met de schuldeisers.³² De schuldenaar of onderneming die niet kan voortgaan met het betalen van zijn opeisbare schulden, kan surséance of uitstel van betaling vragen door middel van een verzoekschrift bij de rechtbank.

³⁰ Wet van 31 januari 2009 betreffende de Continuïteit van de Ondernemingen, *BS* 9 februari 2009, 8436.

³¹ Wet van 27 mei 2013 tot wijziging van verschillende wetgevingen inzake de continuïteit van de ondernemingen, *BS* 22 juli 2013.

³² R. VRIESENDORP, R. HERMANS, K. DE VRIES, " Herijking faillissementsrecht en het informeel akkoord: gemiste kans of opportunity voor een Nederlandse scheme of arrangement?", *TvI* 2013, 12.

Tenslotte heeft ook het Verenigd Koninkrijk soortgelijke concepten ontwikkeld, met name de Schemes of Arrangement en Company Voluntary Agreement.³³ Een 'Scheme' is een formele procedure waarbij een vennootschap een overeenkomst afsluit met haar schuldeisers of aandeelhouders, op basis van de Companies Act 2006.³⁴ Deze procedure wordt voornamelijk gebruikt bij het herstructureren van schulden van vennootschappen in moeilijkheden. De procedure neemt aanvang door middel van een verzoek aan de Companies Court, waarbij gevraagd wordt een bijeenkomst te organiseren met iedere groep van schuldeisers of aandeelhouders.³⁵ Deze aandeelhouders en schuldeisers zullen moeten stemmen omtrent de 'scheme' en zal worden goedgekeurd wanneer er een gewone meerderheid is, de minstens 75% van de totale waarde van de vorderingen binnen hun groep vertegenwoordigen.³⁶ Vervolgens heeft het Verenigd Koninkrijk ook nog de Company Voluntary Agreement (hierna: CVA), dit is een informeel akkoord tussen een onderneming en de concurrerende schuldeisers waarin de schulden van de onderneming wordt overeengekomen. Deze procedure toont veel gelijkenissen met deze van de Scheme of Arrangement, met verschil dat deze vrijwillig overeengekomen wordt zonder tussenkomst van de rechtbank.³⁷

2.2.2 Derdenbescherming

Krachtens artikel 16, eerste lid Faillissementswet zijn rechtshandelingen van de gefailleerde niet-tegenwerpelijk aan de boedel. Uit deze bepaling leidt men klassiek af dat de gefailleerde eigenaar blijft van zijn goederen, echter verliest hij zijn beschikkingsbevoegdheid. Een overdracht of vestiging door de beschikkingsonbevoegde eigenaar is zakenrechtelijk smet op de verdere schakels in de keten³⁸. Het '*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*' principe oftewel 'niemand kan meer rechten overdragen dan hij zelf heeft', wordt getemperd door de regels van derdenbescherming. In welbepaalde gevallen zal een derde-verkrijger, indien hij te goeder trouw is, beschermd worden door de regels van derdenbescherming³⁹. De goede trouw betekent in deze context dat een derde ervan mocht uitgaan dat zijn rechtsvoorganger wel beschikkingsbevoegd was.

In de Nederlandse Faillissementswet bestaat een gelijkaardige regeling met betrekking tot derdenbescherming⁴⁰. Dit vindt men terug in artikel 51, lid 2 Fw. Dit artikel beschermt de rechten door derden anders dan om niet verkregen, alsook de derde die om niet heeft verkregen, wanneer die derde kan aantonen dat hij niet is gebaat met deze handeling. Deze bescherming is een generieke bepaling, die gelijk is voor roerende zaken, registergoederen en vorderingen.⁴¹

³³ J. PAYNE, "Cross-border Schemes of Arrangement and Forum Shopping", *European Business Organization Law Review*, 2013, 564.

³⁴ A. KATZ en D. SHAH, "Scheme of Arrangement: An English Law Cram Down Procedure", *Mayer-Brown*, 2012.

³⁵ G. O'DEA et al., *Schemes of Arrangement*, 44; J. PAYNE, *Schemes of Arrangement*, 29.

³⁶ G. O'DEA et al., *Schemes of Arrangement*, 49-50; J. PAYNE, *Schemes of Arrangement*, 57.

³⁷ SLAUGHTER AND MAY, "An introduction to English Insolvency Law", May 2015, 9. <https://www.slaughterandmay.com/media/251437/an-introduction-to-english-insolvency-law.pdf>.

³⁸ HvC 6 maart 2009 (1^e k.), RW 2009-10, nr. 9, 362, noot R. JANSEN.

³⁹ HvC 6 maart 2009 (1^e k.), RW 2009-10, nr. 9, 363, noot R. JANSEN.

⁴⁰ B. WESSELS, "Beschikken door de failliet en betalen aan de failliet", *VRA* 2008/3, 22-23.

⁴¹ F. DAMSTEEGT-MOLIER, "Derdenbescherming na een vernietiging op grond van de actio pauliana: vreemde eend in de bijt?", *WPNR* 2008, 1.

Ook het Verenigd Koninkrijk heeft soortgelijk concept ontwikkeld. Wanneer een onderneming een transactie begaat binnen een bepaalde periode in de aanloop naar een faillissement of vereffening, kan de curator zich tot de rechter wenden en bevelen de partijen terug in diezelfde positie te plaatsen als wanneer de transactie niet zou hebben plaatsgevonden.⁴² Ofschoon zijn er aantal gevallen waarin er sprake is van derdenbescherming, een derde partij geniet deze bescherming als zij te goeder trouw voor waarde en zonder voorafgaande kennisgeving belang heeft verworven.⁴³

2.2.3 Faillissementspauliana

Op grond van zijn bijzondere herstelbevoegdheid kan de curator zich ontdoen van bepaalde excepties die een derde jegens de gefailleerde heeft. Met een faillissement in het vooruitzicht bestaat de mogelijkheid dat de gefailleerde met behulp van een derde zich tracht onvermogen te maken of zich te ontdoen van welbepaalde activa, met de bedoeling zijn schuldeisers bedrieglijk te benadelen. Op grond van artikel 20 Faillissementswet, heeft de curator de mogelijkheid deze bedrieglijke handelingen niet-tegenwerpelijk te laten verklaren aan de failliete boedel waardoor de verhaalsrechten van de schuldeisers niet in het gedrang komen. Dit artikel is analoog met artikel 167 BW, waarbij moet voldaan zijn aan vier cumulatieve toepassingsvoorwaarden: (i) er moet sprake zijn van een bedrieglijke handeling, door de schuldenaar gesteld, (ii) waarbij de boedel benadeeld wordt door een verarming van het vermogen van de schuldenaar, (iii) en er sprake is van bedrieglijk opzet van de schuldenaar, (iv) waarbij de derde-medecontractant medeplichtig is.⁴⁴ Tenslotte bestaat er op basis van artikel 17 en 18 Faillissementswet een vereenvoudigde procedure met betrekking tot bepaalde rechtshandelingen gesteld in de 'verdachte periode', met verschil dat het bedrog niet dient bewezen te worden.⁴⁵

In de Nederlandse Faillissementswet zijn een aantal bepalingen opgenomen in verband met de faillissementspauliana, met name artikel 42 tot en met 49. Artikel 42 Fw is het overkoepelend artikel waarin wordt bepaald: *"De curator kan ten behoeve van de boedel elke rechtshandeling die de schuldenaar vóór de faillietverklaring onverplicht heeft verricht en waarvan deze bij dit verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, door een buitengerechtelijke verklaring vernietigen."*

Sectie 423 van de Insolvency Act voorziet in soortgelijke procedure waarbij de transactie nietig kan worden verklaard voor de rechtbank bij frauduleus of onrechtmatig handelen. De benadeelde schuldeisers zullen deze vordering moeten instellen zonder een bepaalde tijdslimiet in acht te nemen.⁴⁶

⁴² SLAUGHTER AND MAY, "An introduction to English Insolvency Law", May 2015, 9. <https://www.slaughterandmay.com/media/251437/an-introduction-to-english-insolvency-law.pdf>.

⁴³ SLAUGHTER AND MAY, "An introduction to English Insolvency Law", May 2015, 9. <https://www.slaughterandmay.com/media/251437/an-introduction-to-english-insolvency-law.pdf>.

⁴⁴ X, noot onder Brugge 6 juni 2011, RW 2012-13, 671-672.

⁴⁵ J. VANANROYE, "Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en -handhaving", TRV 1999, 159.

⁴⁶ B. LEONARD, "Restructuring & Insolvency 2017", Law Business Research 2016, 158. http://www.freshfields.com/uploadedFiles/SiteWide/Campaigns/R_and_I/Content/England%20and%20wales%202014.pdf

2.2.4 Arbeidsovereenkomsten

Op het moment van faillietverklaring zijn er altijd wederkerige overeenkomsten aanwezig, waarbij de failliet verklaarde partij en diens wederpartij, zich over en weer verbinden tot bepaalde verplichtingen. Deze wederkerige overeenkomsten, in het bijzonder de arbeidsovereenkomsten, worden hieronder kort vergeleken.

In de Belgische faillissementswet bepaalt artikel 46 §1 dat een faillissement van de werkgever niet automatisch tot gevolg heeft dat de lopende arbeidsovereenkomsten eindigen.⁴⁷ De curator kan evenwel beslissen deze overeenkomsten al dan niet verder uit te voeren en heeft hiervoor een beslissingstermijn van vijftien dagen. Hoewel een faillissement indirect het einde van de actieve onderneming impliceert, kan de curator overwegen het personeel in dienst te houden. De voortzetting van de arbeidscontracten kan omwille van verschillende beweegredenen zoals bijvoorbeeld: de voortzetting van een kleinhandel met het oog op een voortverkoop, het afwerken van lopende bestelling omwille van de opbrengst voor de activa of de bedrijfskennis van het personeel dat belangrijk kan zijn voor de faillissementsafwikkeling.⁴⁸ Vervolgens hebben vorderingen van werknemers tot betaling van hun beëindigingsvergoeding een 'supervoorrecht' ten opzichte van andere schuldeisers. Deze vergoedingen kunnen hoog oplopen en een ernstig nadeel inhouden voor de andere schuldeisers, waarbij het belangrijk is dat de curator in alle redelijkheid deze beslissing kan maken.⁴⁹

In het Nederlands rechtssysteem is het uitgangspunt dat de faillietverklaring in beginsel geen gevolgen heeft voor de bestaande wederkerige overeenkomsten. De wederzijdse verplichtingen tussen beide partijen zullen door de faillietverklaring niet worden gewijzigd. Uiteraard betekent dit niet dat deze lopende overeenkomsten altijd worden nagekomen ingeval van een faillissement. De curator heeft een keuzerecht en zal enkel wederkerige overeenkomsten nakomen wanneer dit de boedel daadwerkelijk bevoordeelt⁵⁰. Dit kan leiden tot een onzekere situatie voor de wederpartij, daarom heeft de wetgever artikel 37 Faillissementswet in het leven geroepen, waarbij de curator binnen een redelijke termijn kenbaar moet maken of de overeenkomst al dan niet behouden blijft. Doorgaans wordt een termijn van 14 dagen voldoende geacht, afhankelijk van de omstandigheden.⁵¹ Tenslotte hebben werknemers in het Nederlands faillissementsrecht een preferente rechtsvordering ten opzichte van andere schuldeisers. Artikel 3:288 Burgerlijk Wetboek bepaalt dat "*De bevoorrechte vorderingen op alle goederen zijn de vorderingen ter zake van: al hetgeen een werknemer over het lopende en het voorafgaande kalenderjaar in geld op grond van de arbeidsovereenkomst van zijn werkgever te vorderen heeft, alsmede de bedragen door de werkgever aan de werknemer in verband met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst verschuldigd uit hoofde van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de arbeidsovereenkomst.*"

⁴⁷ Art. 26 lid 2 Arbeidsovereenkomstenwet; Cass. 24 februari 1992, *JTT* 1992, 437; *RW* 1992-93, 437.

⁴⁸ R. CRIVITS en C. PERSYN, "Voortgezette arbeidsovereenkomsten bij faillissement", *NJW* 2013, 431.

⁴⁹ R. CRIVITS en C. PERSYN, "Voortgezette arbeidsovereenkomsten bij faillissement", *NJW* 2013, 431.

⁵⁰ Artikel 68 Faillissementswet

⁵¹ <https://www.sgadvocaten.nl/wederkerige-overeenkomsten-ingeval-van-faillissement/> (geraadpleegd op 21 maart 2017).

In het Verenigd Koninkrijk kent men de 'Administration' procedure, dit is een formele procedure waarbij een 'insolvency practitioner' wordt aangeduid. Tijdens deze procedure is er geen sprake van een automatische beëindiging van contracten en heeft de 'insolvency practitioner' een periode van 14 dagen om een keuze te maken met betrekking tot de arbeidscontracten.⁵² Ook een 'winding up' procedure of liquidatie houdt geen automatische schending in van de verplichtingen van de onderneming. Het starten van deze procedure betekent met andere woorden niet automatisch het einde van de onderneming, zodat de contractspartij vrij kan beslissen al dan niet de overeenkomst voort te zetten.⁵³ Echter, is het belangrijk voor iedere schuldeiser betrokken bij een faillissement, om zijn positie te kennen wanneer het gaat om de realisatie en verdeling van het maatschappelijk vermogen. De insolvency practitioner moet hierbij een strikte volgorde in acht nemen op basis van bijlage 6 van de Insolvency Act 1986. Opmerkelijk stellen wij vast, dat ook in het Common Law stelsel de werknemer een bevoorrechte positie inneemt.⁵⁴ Daarnaast heeft het Verenigd Koninkrijk een vangnet gecreëerd door middel van de 'Redundancy Payments Service'. Onder de 'Employment Rights Act 1996' heeft men vastgesteld dat de eerste minister bepaalde schulden ten laste van de insolvente werkgever zal uitbetalen aan de werknemer.⁵⁵

Uit het voorgaande kunnen we concluderen dat alle onderzochte wettelijke stelsels gebruik maken van bijzondere procedures ten aanzien van werkgerelateerde contracten. Het fundamenteel kenmerk van al deze overeenkomsten is dat minstens één van de partijen hun verplichtingen niet nakomt⁵⁶. Een ander gemeenschappelijk kenmerk is dat de opening van een insolventieprocedure niet automatisch de beëindiging van het contract met zich mee brengt, en indien er toch een beëindiging zou plaatsvinden bevindt de werknemer zich in een bevoorrechte positie ten opzichte van andere schuldeisers.

2.2.5 De kwalificatie en het werk van de curator

In het vonnis van faillietverklaring benoemt de rechtbank van koophandel één of meer curators, naargelang de complexiteit en draagwijdte van het faillissement.⁵⁷ Deze worden gekozen uit personen ingeschreven op een lijst opgesteld door de algemene vergadering van de rechtbank van koophandel. Enkel advocaten ingeschreven op het tableau van de Orde van Advocaten van het gerechtelijk arrondissement waar deze rechtbank zetelt komen hiervoor in aanmerking.⁵⁸ De curator is de sleutelfiguur van de faillissementsprocedure en zal als neutraal bewindvoerder over het vermogen van de gefailleerde beschikken. Hij stelt daarbij handelingen die een weerslag zullen hebben op de patrimoniale rechten van de schuldeisers.⁵⁹

⁵² Annex III of the Note, p. 153

⁵³ Zie supra.

⁵⁴ <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN00651/SN00651.pdf> (geraadpleegd op 23 maart 2017)

⁵⁵ Directive (EC) nr. 2008/94 of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 on the protection of employees in the event of the insolvency of their employer, *OJ. L.*, 28 October 2008, 36-42.

⁵⁶ DIRECTOR-GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, POLICY DEPARTMENT CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS (C), LEGAL AND PARLIAMENTARY AFFAIRS, *Harmonisation of Insolvency Law at EU level: Avoidance actions and rules on contracts*, March 2011, PE 432.767, p.19.

⁵⁷ Artikel 11 Faillissementswet

⁵⁸ Artikel 27, lid 1 Faillissementswet

⁵⁹ L. CORNELIS, "Persoonlijk over schade en de aansprakelijkheidsvordering van de curator" in X, *Liber Americum Yvette Merchiers*, Brugge, Die Keure, 2001, 72.

Indien een schuldenaar in Nederland failliet wordt verklaard houdt het vonnis tot faillietverklaring onder meer de aanstelling van één of meer curators in.⁶⁰ Deze personen zijn doorgaans ingeschreven in desbetreffend arrondissement en zijn voornamelijk insolventierechtelijk gespecialiseerde advocaten.⁶¹ Vervolgens kijkt de rechter of deze over de juiste kwaliteiten beschikt ten behoeve van een vlotte afwikkeling van het faillissement. Voor 1896, werd de curator bij voorkeur gekozen uit de schuldeisers. Bij de huidige Faillissementswet was dit evenwel niet langer wenselijk en heeft men geopteerd voor een onpartijdige curator die beschikt over de nodige rechtsgeleerde kennis.

Ook in de Insolvency Act heeft de wetgever een wettelijke kader geschetst omtrent de kwalificatie van de curator, meer bepaald de nodige vakbekwaamheid en vaardigheid. Ieder individuele beroepsbeoefenaar is lid van een accountancy onderneming, dewelke wordt erkend door een professionele beroepsorganisatie (RPB) of waarvoor een machtiging wordt verleend door een bevoegde autoriteit. Vervolgens gaat men na of de beroepsbeoefenaar over de nodige kwaliteiten beschikt voor de goede uitvoering van zijn taak.⁶²

We stellen vast dat de curator in iedere lidstaat moet worden toegelaten door een bevoegd lichaam of door een bevoegde rechtbank worden benoemd. Daarnaast moet, in iedere lidstaat, de curator bevoegd en gekwalificeerd zijn om de organisatie van de debiteur in te schatten en de bestuurstaken van deze onderneming over te nemen. Tenslotte moet de curator ten alle tijde volledig onafhankelijk zijn van de schuldeisers en andere belanghebbenden bij de insolventieprocedure.

2.3 Hoofdstuk 3: Tussenbesluit

Bij het analyseren van de drie verschillende rechtssystemen waren de verschillen van het nationaal substantieel insolventierecht aanzienlijk zichtbaar. Opvallend bleek dat zelfs de basiselementen van het insolventierecht van land tot land sterk verschillend waren. Echter, na het volledig doorlichten van de rechtssystemen en na het verder kijken dan het toepassingsgebied, de structuren en formuleringen vertoonde deze rechtssystemen een aantal gemeenschappelijke kenmerken waarvan een aantal hierboven kort werden toegelicht. Deze kenmerken kunnen een sterke basis en grondslag vormen voor verdere harmonisatie.

⁶⁰ Artikel 14 Nederlandse Faillissementswet

⁶¹ B. WESSELS, *De onafhankelijkheid van de faillissementscurator: Preadvies Christen Juristen Vereniging 2013*, Universiteit Leiden, 2013, 24.

⁶² Annex III of the Note, p. 156-157.

3.1 Hoofdstuk 1: Inleiding

In dit onderdeel wordt de herziening van de Insolventieverordening die recent door de Europese Commissie werd voorgesteld, besproken. In het eerste hoofdstuk wordt het pakket van maatregelen ter modernisering van de insolventieregels beschreven. Hier wordt toegelicht welke maatregelen de Europese Commissie in 2012 heeft voorgesteld en welke elementen aanwezig waren. In het tweede hoofdstuk wordt de probleemstelling geschetst. Wat is de aanleiding geweest om tot de herziening over te gaan en wat waren de exacte doelstellingen van deze herziening.

3.2 Hoofdstuk 2: Insolventiepakket tot modernisering van het insolventierecht

In 2008, kreeg de wereldwijde economie te maken met één van de grootste economische crisis sinds de jaren '30. De wereldwijde economie kwam in zwaar weer terecht. De aanleiding hiervan was de ineenstorting van de huizenmarkt in de Verenigde Staten die leidde tot een bankencrisis. Omwille van de verbondenheid van de internationale financiële markten, had dit ook negatieve gevolgen voor de rest van de wereld. Europa kwam hierdoor in een recessie, die uiteindelijk uitmondde in een eurocrisis waarbij een aantal landen, waaronder Griekenland, Spanje en Portugal zwaar getroffen werden.

Europa maakte een ernstige economische en sociale crisis door, waarbij ook bedrijven in financiële moeilijkheden raakte. Uit cijfers bleek dat het aantal faillissementen aanzienlijk steeg, naar schatting gingen 1,7 miljoen banen verloren als gevolg van insolventie. Europa had nood aan een herziening van het insolventierecht, waarbij economisch herstel en duurzame groei werd bevorderd, werkgelegenheid werd gecreëerd alsook gevrijwaard en financiële consolidatie werd gestimuleerd.⁶³ Door deze economische crisis, is er vanaf 2011 in Europa een ongeziene politieke aandacht voor insolventie-aangelegenheden.

De Europese Commissie heeft daarom in december 2012, een pakket aan maatregelen ter modernisering van de insolventieregels voorgesteld. De voornaamste elementen van dit insolventiepakket waren: (i) een voorstel tot wijziging van Verordening nr. 1346/2000/EC, (ii) het rapport omtrent de externe evaluatie van Verordening nr. 1346/2000/EC of het 'Hess-Oberhammer-Pfeiffer-Pieckenbrock-Seagon' rapport, (iii) het Rapport van de Commissie omtrent deze externe evaluatie (iv) een Impact Assessment en tenslotte (v) de mededeling omtrent de nieuwe aanpak voor de insolventie van ondernemingen gevolgd door een aanbeveling, waarin de Commissie het gebrek aan harmonisatie aankaart.⁶⁴

⁶³ Mededeling (Comm.) omtrent een nieuwe Europese aanpak van faillissementen en insolventie, COM(2012)0742def.

⁶⁴ G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016, 277.

3.2.1 Hess-Oberhammer-Pfeiffer-Pieckenbrock-Seagon rapport

De herschikking van de insolventieverordening is mede gebaseerd op studies waarin de werking van de Verordening werd geëvalueerd. Op verzoek van de Europese Commissie, is in Maart 2012 een rapport tot stand gekomen waarin een uitgebreide analyse werd gemaakt van Verordening nr. 1346/2000 en het effect van deze Verordening op de 26 lidstaten.⁶⁵ Deze studie werd uitgevoerd door werkgroepen van de universiteiten Heidelberg en Wenen, onder leiding van Prof. Hess, Prof. Oberhammer en Prof. Pfeiffer.⁶⁶ Deze werkgroepen werden verder ondersteund door een groep van experts, die iedere EU-lidstaat vertegenwoordigde. Gedurende een periode van zes maanden stonden deze auteurs in voortdurend contact met de Europese Commissie, die deelnam aan dit evaluatieproces. De bevindingen uit deze vergelijkende studie hebben een aanzienlijke impact gehad en diende dusdanig als basis voor de toen nog hangende hervorming van de Europese insolventieverordening.⁶⁷

Uit de resultaten van deze empirische studie bleek dat er een algemene consensus bestaat wat betreft Verordening nr. 1346/2000. De Verordening heeft een grondige basis gelegd en bleek een succesvol instrument te zijn voor de coördinatie van grensoverschrijdende insolventieprocedures in de Europese lidstaten. Het Europees Hof van Justitie speelt hier een belangrijke rol, die de toepassing van de Verordening garandeert door middel van zijn rechtspraak, die grotendeels aanvaardt wordt door de EU-lidstaten. De auteurs kwamen tot de conclusie dat het niet noodzakelijk was, de fundamentele structuren van de Verordening te wijzigen, echter drong zich wel een vernieuwing van een aantal aspecten op om betaalde tekortkomingen het hoofd te bieden.⁶⁸

Verschillende belanghebbende waren het erover eens dat de belangrijkste doelstelling van de Verordening was, een universaliteit te creëren tussen de verschillende nationale insolventieprocedures. Evenwel, is de gedachtegang het laatste decennia behoorlijk gewijzigd. Heden wordt het moderne insolventierecht gekenmerkt door het streven naar herstructureringen en het voorkomen van formele faillissementsprocedures met als doel ondernemingen een nieuwe kans te geven. Vervolgens bleek uit de vragenlijst, de noodzaak om het toepassingsgebied uit te breiden tot pre-insolventie en hybride procedures.⁶⁹

⁶⁵ Denemarken werd niet opgenomen in deze studie, aangezien de Verordening niet van toepassing is op Denemarken (zie overweging 33)

⁶⁶ B. HESS, P. OBERHAMMER, T. PFEIFFER, A. PIECKENBROCK en C. SEAGON, *External Evaluation of Regulation 1346/2000 on Insolvency Proceedings* (December 2012), raadpleegbaar op http://ec.europa.eu/justice/civil/files/evaluation_insolvency_en.pdf.

⁶⁷ B. HESS, P. OBERHAMMER, T. PFEIFFER, *European Insolvency Law, The Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report*, United Kingdom, Hart Publishing, 2014, 5.

⁶⁸ B. HESS, P. OBERHAMMER, T. PFEIFFER, A. PIECKENBROCK en C. SEAGON, *External Evaluation of Regulation 1346/2000 on Insolvency Proceedings* (December 2012), raadpleegbaar op http://ec.europa.eu/justice/civil/files/evaluation_insolvency_en.pdf.

⁶⁹ Supra.

3.2.2 Impact Assessment

Samen met het voorstel tot herziening werd een 'impact assessment' gepubliceerd, waarbij de directoraten-generaal (DG) trachtte een volledig beeld te schetsen omtrent Verordening nr. 1346/2000. Deze opdracht werd uitgevoerd door het directoraat-generaal Justitie waarbij beroep werd gedaan op verschillende invalshoeken: het Heidelberg/Vienna rapport, de impact assessment van het GKH/Milieu, een externe expertise van de Steering group, verschillende publieke consultaties en de input van de Impact Assessment Board (IAB). De studie handelt omtrent vier onderwerpen: de probleemstelling, de doelstellingen, de beleidsopties en de impactanalyse. De resultaten van deze studie worden hieronder kort besproken.

3.2.2.1 Probleemstelling

Het eerste fundamenteel probleem dat in deze impact assessment wordt aangehaald, heeft betrekking op het toepassingsgebied van de Verordening. Meer bepaald het ontbreken van bepalingen omtrent pre-faillissement regelingen en de bepalingen omtrent multinationals of ondernemingen met meerdere inrichtingen. Sinds de inwerkingtreding van de Verordening, hebben steeds meer lidstaten hun insolventierecht grondig gewijzigd. We stellen vast dat verscheidene lidstaten procedures hebben ingevoerd, specifiek gericht op het redden van bedrijven met als doel eerlijke ondernemers een tweede kans te geven. Uit het Heidelberg/Vienna rapport bleek dat twee derde van de lidstaten een pre-faillissement of hybride procedure hebben. Deze nationale procedures gericht op het redden van de onderneming vallen buiten het toepassingsgebied van de Verordening, waardoor ze geen Europese erkenning genieten. Als gevolg daarvan, zullen buitenlandse schuldeisers nog steeds individuele rechtshandelingen kunnen stellen tegen de onderneming en haar activa. Hierdoor zullen ze minder geneigd zijn om deel te nemen aan eventuele onderhandelingen en/of herstructurerings.⁷⁰ Uit de publieke consultaties bleek de noodzaak aan pre-insolventie en hybride procedures, maar liefst 59 procent van de ondervraagde was het ermee eens dat deze procedures onder het toepassingsgebied zouden moeten vallen.

Ongeveer 2100 ondernemingen, waaronder 2000 kleine en middelgrote ondernemingen, worden jaarlijks beïnvloed door moeilijkheden in groepsinsolventie of het faillissement van multinationals. Het uitgangspunt van de insolventieverordening is dat insolventieprocedures slechts betrekking hebben op één juridische entiteit, waarbij in principe telkens een afzonderlijke procedure moet worden geopend voor iedere dochteronderneming. Er is, met andere woorden, geen verplichte coördinatie van insolventieprocedures voor een moedermaatschappij en haar dochteronderneming. Deze situatie reduceert de kans op een herstructurering en vermindert eveneens de groepsactiva.

Een tweede struikelblok zijn de verschillende problemen die rijzen met het implementeren van de Verordening. Het gebrek aan een efficiënte en éénduidige definitie van het begrip 'COMI' en de daaruit voortvloeiende problemen in verband met het bepalen van de bevoegdheid voor het openen

⁷⁰ Commission staff working document (Comm.). Impact Assessment: Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, 12 December 2012, SWD (2012) 416 final, 11.

van een insolventieprocedure zorgen voor een inefficiënte afhandeling van insolventie.⁷¹ De insolventieprocedure wordt gestart in de lidstaat waar de onderneming zijn COMI heeft. De toepassing ervan heeft in de praktijk aanleiding gegeven tot problemen omdat lidstaten onvoldoende op de hoogte zijn van de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie. Vervolgens laat de Verordening forum shopping toe door ondernemingen en natuurlijk personen, hetgeen wordt versterkt door de verschillen in het nationale insolventierecht en waarbij men het systeem uitbuit door hun COMI naar een andere lidstaat te verplaatsen.

Het merendeel van de belanghebbende vond ook de relatie tussen de hoofd- en secundaire insolventieprocedure gedateerd.⁷² In insolventieverordening nr. 1346/2000 is het mogelijk een secundaire procedure te openen, indien de schuldenaar een vestiging heeft in een andere lidstaat dan deze van de hoofdprocedure. Echter, is het bepaald dat deze secundaire procedure moet gericht zijn op een ontbinding van de onderneming of een liquidatie. Deze bepaling oogstte veel kritiek aangezien deze vestigingen niet de mogelijkheid kregen zich te herstructureren en meer bepaald omwille van de onverenigbaarheid met de huidige reddingscultuur die de Europese Commissie wil invoeren, gericht op het herstructureren in plaats van liquideren. Dit enge toepassingsgebied van de secundaire procedures belemmert het voortbestaan van de onderneming en het behoud van banen, waardoor een succesvolle reorganisatie onmogelijk wordt.

Tenslotte werden ook de moeilijkheden aangehaald in verband met de praktische uitvoering en het gebrek aan publiciteit van de besluiten, alsmede het indienen van de vorderingen. Er bestond geen centraal registratie- en publicatiesysteem waardoor er een gebrek aan informatie bestond tussen de verschillende lidstaten.⁷³ Volgens de publieke consultatie bleek dat schuldeisers moeilijkheden ondervinden met het indienen van vorderingen en dat curators de schuldeisers niet tijdig over hun recht om een claim in te dienen informeren. Met als gevolg dat verschillende vordering laattijdig werden ingediend en de schuldeisers grote verliezen leden. Tenslotte is ook de gemiddelde kost een afschrikwekkende factor, aangezien deze voor buitenlandse schuldeisers snel kan oplopen tot 2000 euro in een grensoverschrijdend faillissement.

3.2.2.2 Doelstellingen

Het is duidelijk dat de algemene doelstelling van de herziening is om het Europese kader efficiënter te maken voor het oplossen van grensoverschrijdende insolventie en de werking van de interne markt te verbeteren.

⁷¹ Commission staff working document (Comm.). Impact Assessment: Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, 12 December 2012, SWD (2012) 416 final, 18-26.

⁷² Commission staff working document (Comm.). Impact Assessment: Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, 12 December 2012, SWD (2012) 416 final, 22-24.

⁷³ Commission staff working document (Comm.). Impact Assessment: Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, 12 December 2012, SWD (2012) 416 final, 24-26.

Om dit te realiseren werden een aantal specifieke doelstellingen opgesteld: het erkennen van nationale insolventieprocedures die bijdragen aan het redden van ondernemingen en het stimuleren van ondernemerschap, meer rechtszekerheid creëren voor schuldeisers om grensoverschrijdende handel en investeringen te verhogen, een efficiënt beheer van het faillissement bewerkstelligen voor alle partijen evenals voor multinationals.⁷⁴ De operationele doelstellingen die hieruit voortvloeien zijn de volgende:

- Het probleem omtrent de werkingssfeer van de Verordening aanpakken, waarbij geen rekening wordt gehouden met pre-faillissement en hybride procedures;
- De regels betreffende de bevoegdheid voor het openen van een insolventieprocedure verduidelijken;
- Het procedurele kader verbeteren in verband met het nemen van bevoegdheidsbeslissingen;
- Het verbeteren van de coördinatie tussen rechtbanken, de transparantie vergroten door verplicht alle beslissingen in elke lidstaat te publiceren;
- Een specifiek wettelijk kader creëren voor multinationals.

3.2.2.3 Beleidsopties

Na de probleemstelling en de doelstellingen wordt in dit onderdeel de opties van de Europese Commissie verder bestudeerd. Bij het begin van dit proces werden drie opties overwogen, hoewel optie A en B overeenkomstige elementen hadden, werd de voorkeur gegeven aan optie A.⁷⁵ Het eerste element van deze optie betreft de uitbreiding van de definitie van 'insolventieprocedure' naar hybride procedures, pre-insolventie en persoonlijke insolventieprocedures. De nationale procedures die onder het toepassingsgebied zouden vallen, worden opgenomen in de bijlage. Vervolgens zou de huidige voorwaarde dat secundaire procedures enkel betrekking kunnen hebben op een faillissement of liquidatie afgeschaft worden, waardoor herstructureringen bevorderd worden.⁷⁶

Het tweede element betreft de algemene samenwerking en coördinatie tussen hoofdprocedures met betrekking tot leden van dezelfde groep in verschillende lidstaten, met de mogelijkheid een leidinggevende curator te benoemen. Deze coördinatie zou zijn toepassing vinden in drie opzichten. Ten eerste, zullen de vereffenaars van de verschillende hoofdprocedures verplicht met elkaar moeten communiceren en samenwerken, om een reorganisatieplan te ontwikkelen. Deze verplichting bouwt voort op het bestaande mechanisme van coördinatie tussen de curatoren van hoofd- en secundaire procedure. Niet enkel de vereffenaars, maar ook de bevoegde rechtbanken onderling en in relatie met de curator, moeten samenwerken om een efficiënte afwikkeling van de faillissementen bekomen.⁷⁷

⁷⁴ Commission staff working document (Comm.). Impact Assessment: Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, 12 December 2012, SWD (2012) 416 final, 30-31.

⁷⁵ Commission staff working document (Comm.). Impact Assessment: Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, 12 December 2012, SWD (2012) 416 final, 46.

⁷⁶ Commission staff working document (Comm.). Impact Assessment: Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, 12 December 2012, SWD (2012) 416 final, 32.

⁷⁷ Commission staff working document (Comm.). Impact Assessment: Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, 12 December 2012, SWD (2012) 416 final, 32-33.

Het derde element verplicht de lidstaten uitspraken te publiceren in een elektronisch register in het e-justitie portaal. Deze registers hebben als doel het verstrekken van een toegankelijke en alomvattende EU-databank waardoor iedere schuldeiser, aandeelhouder, werknemer en rechtbank de nodig kennis heeft omtrent een insolventieprocedure geopend in een andere lidstaat. Het vierde aspect is het introduceren van een standaardformulier op Europees niveau voor het indienen van claims.⁷⁸

In het vijfde element werd er voorgesteld het juridische kader te hervormen, meer bepaalde de definitie van de COMI verder te verduidelijken en rechters verplichten hun bevoegdheid ambtshalve te toetsen. Rechters moeten nagaan of er daadwerkelijk sprake is van een verplaatsing van de COMI door bijkomende documenten te eisen van de schuldenaar en/of schuldeisers. Om deze verplaatsing juist te interpreteren, zullen de rechters voldoende kennis moeten hebben omtrent het begrip COMI en de bijhorende rechtspraak van het Europees Hof van Justitie. Bijgevolg werd er gepleit voor een specifieke opleiding voor rechters omtrent deze materie.⁷⁹

De zesde en laatste optie heeft betrekking op het verbeteren van de wisselwerking tussen de hoofd- en secundaire procedures. Deze wisselwerking kan mede mogelijk gemaakt worden door de vereffenaar van de hoofdprocedure te horen, voorafgaand aan een secundaire procedure. Vervolgens moet de rechter de mogelijkheid hebben een secundaire te weigeren of op te schorten, indien deze een doeltreffend beheer zou belemmeren.⁸⁰

3.2.3 Een nieuwe Europese aanpak van faillissementen en insolventie

In 2010 heeft de Europese unie een groeistrategie op lange termijn ingevoerd, 'Europa 2020'. Deze strategie had als doel de economische crisis overwinnen, maar ook de juiste omstandigheden scheppen voor slimme, duurzame en inclusieve groei.⁸¹ Een belangrijk thema in de agenda van de Commissie betrof de modernisering van de Europese regels inzake insolventie. Deze modernisering moet ondernemingen betere overlevingskansen bieden en ondernemers een tweede kans geven. De eerder aangenomen Verordening omtrent grensoverschrijdende insolventieprocedures trachtte nationale insolventieprocedures te erkennen, coördineren en te voorkomen dat partijen gingen forum shoppen, door hun goederen over te brengen van de ene naar de andere lidstaat.⁸² Er bestaan nog steeds grote verschillen in de nationale wetten, waardoor er geen sprake is van harmonisering. Dit heeft tot gevolg dat schuldeisers uit verschillende lidstaten ongelijk worden behandeld.⁸³ Gelijke voorwaarden kan leiden tot meer vertrouwen in de interne markt en in systemen van andere lidstaten.

⁷⁸ Supra.

⁷⁹ Commission staff working document (Comm.). Impact Assessment: Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, 12 December 2012, SWD (2012) 416 final, 34.

⁸⁰ Supra.

⁸¹ http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-a-nutshell/index_nl.htm

⁸² Med. (Comm.) aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal comité over een nieuwe Europese aanpak van faillissementen en insolventie, 12 december 2012, COM(2012) 742 def., 2.

⁸³ Med. (Comm.) aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal comité over een nieuwe Europese aanpak van faillissementen en insolventie, 12 december 2012, COM(2012) 742 def., 2.

De uitdaging bestaat erin een reddings- en saneringscultuur te ontwikkelen waarbij enerzijds de financiële moeilijkheden van de schuldenaar doeltreffend en efficiënt worden aangepakt en anderzijds de legitieme belangen van de schuldeisers worden beschermd en gewaarborgd.

Een belangrijk aspect om ondernemingen een tweede kans te bieden, is de termijn van bevrijding. Dit is de periode tussen het faillissement van onderneming en de nieuwe start. Deze schuldsaneringsperiode verschilt aanzienlijk van land tot land.⁸⁴ In bepaalde landen worden eerlijke onderneming automatisch bevrijd na liquidatie. In sommige landen moeten ze de bevrijding expliciet aanvragen, terwijl in andere landen eerlijke ondernemers niet worden bevrijd.⁸⁵ Dit geeft aanleiding tot rechtsonzekerheid en een ongunstig ondernemingsklimaat.

Wanneer een eerlijke ondernemer door bepaalde omstandigheden failliet is gegaan, dezelfde beperkingen krijgt als frauduleuze ondernemers lopen ze vaak het risico een bepaald stigma te krijgen waardoor het niet eenvoudig is opnieuw een onderneming te starten. Daarom is het belangrijk om maatregelen te nemen, die een groter onderscheid maken tussen eerlijke en oneerlijke faillissementen.⁸⁶ Een oneerlijk faillissement kan men definiëren als een onderneming die bewust bepaalde wettelijke verplichtingen niet heeft nageleefd en daardoor strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld. Alleen eerlijke ondernemingen zouden in aanmerking mogen komen voor bepaalde saneringsprogramma's, want het is cruciaal dat zij niet levenslang worden gestraft voor eerdere fouten. De bevrijdings- en vereffeningstermijnen verkorten en uniformeren zou een belangrijke stap zijn naar een gunstiger ondernemingsklimaat. De lidstaten waren het eens over deze noodzaak en waren akkoord met een periode van maximaal drie jaar voor deze bevrijding en schuldvereffening.⁸⁷

Op 15 november 2011 heeft het Europees Parlement een resolutie aangenomen waarbij ze verzochten bepaalde aspecten van het nationaal insolventie- en vennootschapsrecht te harmoniseren.⁸⁸ Zelfs wanneer een materieel insolventierecht op Europees niveau niet mogelijk is, is het toch nuttig en haalbaar bepaalde aspecten te harmoniseren. De aanbevelingen van het Europees Parlement betreffende de harmonisatie van specifieke aspecten van insolventie- en vennootschapsrecht zijn mede ingegeven door in de praktijk gebleken problemen en neveneffecten van de Insolventieverordening. Deze aanbevelingen worden verder onderverdeeld in vijf categorieën:

⁸⁴ Med. (Comm.) aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal comité over een nieuwe Europese aanpak van faillissementen en insolventie, 12 december 2012, COM(2012) 742 def., 4.

⁸⁵ Med. (Comm.) aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal comité over een nieuwe Europese aanpak van faillissementen en insolventie, 12 december 2012, COM(2012) 742 def., 5.

⁸⁶ Med. (Comm.) aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal comité over een nieuwe Europese aanpak van faillissementen en insolventie, 12 december 2012, COM(2012) 742 def., 5.

⁸⁷ Med. (Comm.) aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal comité over een nieuwe Europese aanpak van faillissementen en insolventie, 12 december 2012, COM(2012) 742 def., 5.

⁸⁸ Res. (EP) with recommendations to the Commission on insolvency proceedings in the context of EU company law, 15 november 2011, P7_TA(2011)0484.

- Aanbevelingen betreffende de opening van insolventieprocedures

We stellen vast dat er grote verschillen bestaan tussen de criteria voor het openen van een insolventieprocedure. In bepaalde lidstaten kan een procedure worden geopend wanneer een schuldenaar in financiële moeilijkheden verkeert, in andere lidstaten kan een solvabele onderneming anticiperen op insolventie in de toekomst. Daarnaast maken verschillende lidstaten gebruik van een liquiditeitstest respectievelijk een balanstest. Hieruit volgt dat ondernemingen in soortgelijke financiële omstandigheden, niet dezelfde kansen krijgen. Daarom vroeg het Europees Parlement aan de Commissie, dat iedere schuldeiser met een juridisch belang en geloofwaardigheid een verzoek tot opening kan indienen tegen schuldenaars die natuurlijke personen, rechtspersonen of verenigingen zijn.⁸⁹

Vervolgens moet het mogelijk zijn een procedure te openen wanneer de schuldenaar insolvent is, wanneer een schuldenaar dreigt insolvent te worden of bij een tijdelijke insolventie ter zelfbescherming. Zelfs na ontbinding van een rechtspersoon of organisatie zonder rechtspersoonlijkheid, kan een insolventieprocedure worden geopend, zolang er geen verdeling van de boedel heeft plaatsgevonden, of indien er nog vermogen aanwezig is. Daarnaast moeten insolventieprocedures worden geopend door een rechtbank of een andere bevoegde autoriteit op schriftelijk verzoek van een schuldeiser en/of schuldenaar, binnen een periode van maximum twee maanden na staking van betaling. Echter, kunnen er uitzonderingen worden bepaald indien de rechter voorheen passende maatregelen heeft getroffen ter bescherming van het vermogen, mits er voldoende vermogen beschikbaar is ter dekking van de kosten van de procedure. Tenslotte moeten de lidstaten de nodige sancties voorzien, om de schuldenaar aansprakelijk te stellen bij het niet-indienen of ondeugdelijk indienen. Deze sancties worden geacht doeltreffend, evenredig en afschrikkend te zijn.⁹⁰

- Aanbevelingen betreffende bepaalde aspecten van de indiening van vorderingen

Een tweede aspect waarin het Europees Parlement harmonisatie nuttig achtte, betrof de voorwaarden waaronder een vordering kon worden ingediend. Hierbij was het belangrijk bepaalde termijnen vast te stellen, onder meer het tijdstip waarop de insolventie van de werkgever begint en de termijnen waarbinnen schuldeisers hun schriftelijke vordering moeten indienen bij de curator. Uit de voorgaande studies bleek dat lidstaten een maximale termijn van drie maanden nodig achtte, na bekendmaking van het faillissementsbesluit, voor het indienen van deze vordering bij de curator. De curator wordt geacht een lijst op te stellen van alle ingediende vorderingen en deze lijst ter inzage te leggen bij de bevoegde rechtbank, de zin van artikel 2, d) van de insolventieverordening. Schuldeisers die deze uiterste termijn niet in acht nemen, kunnen worden geverifieerd, maar de extra kosten die hiermee gepaard gaan worden ten laste van de schuldeiser gelegd.⁹¹

⁸⁹ Med. (Comm.) aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal comité over een nieuwe Europese aanpak van faillissementen en insolventie, 12 december 2012, COM(2012) 742 def., 7.

⁹⁰ Med. (Comm.) aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal comité over een nieuwe Europese aanpak van faillissementen en insolventie, 12 december 2012, COM(2012) 742 def., 7.

⁹¹ Med. (Comm.) aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal comité over een nieuwe Europese aanpak van faillissementen en insolventie, 12 december 2012, COM(2012) 742 def., 7.

- Aanbevelingen betreffende bepaalde aspecten van het beroep tot nietigverklaring

Iedere lidstaat moet voorzien in de mogelijkheid handelingen aan te vechten die vóór de opening van de procedure zijn verricht met de bedrieglijke bedoeling schuldeisers te benadelen. Het Europees Parlement acht het opportuun de termijnen waarbinnen deze handeling kan worden aangevochten door middel van een beroep tot nietigverklaring te assimileren. De periode begint op datum van het verzoek tot opening van de procedure en varieert naargelang de aard van de handeling. Het Europees Parlement stelt voor: een periode van drie à negen maanden voor transacties verricht in een situatie van dreigende insolventie, zes à twaalf maanden voor het vestigen van een zekerheidsrecht, één à twee jaar voor een overeenkomst met een verbonden partij en drie à vijf jaar voor transacties met het oogmerk de schuldeisers bedrieglijk te benadelen. De bewijslast voor deze nietigverklaring berust op de schuldeiser.⁹²

- Aanbevelingen betreffende de kwalificatie en het werk van de curator

Het Europees Parlement stelt ook voor dit aspect te harmoniseren. Het moet gaan om een 'curator' toegelaten door een bevoegd lichaam van een lidstaat of een bevoegde rechtbank, met een onberispelijk gedrag. Deze vereffenaar kan enkel zijn taak uitvoeren indien hij de nodige opleiding heeft afgerond en over de nodige kennis beschikt om de organisatie van de schuldeiser verder over te nemen. Het Europees Parlement stelt een termijn van zes maanden voor na de opening van de procedure waarin de curator bevoegd moet worden verklaard om met terugwerkende kracht te besluiten over het vermogen, indien een onderneming haar kapitaal heeft verschoven. De curator moet onafhankelijk zijn van de schuldeisers en eventuele andere belanghebbende. Wanneer sprake is van een belangenconflict zal hij noodgedwongen zijn functie als curator moeten neerleggen.⁹³

- Aanbevelingen betreffende herstructureringsplannen

Tenslotte stelt het Europees Parlement in deze resolutie voor de bepalingen betreffende de vaststelling, gevolgen en inhoud van herstructureringsplannen te harmoniseren. De regels inzake herstructurering zijn cruciaal voor het tot stand brengen van een succesvolle reorganisatie. Starre en onpraktische regels kunnen de kans op een herstructurering verminderen, zodat de stopzetting van het bedrijf een logisch gevolg zal zijn. Het Europees Parlement heeft daarom geoordeeld dat het herstructureringsplan moet voorgelegd worden aan de bevoegde rechter en een schikking moet omvatten die voldoening biedt aan iedere schuldeiser. Vervolgens moet dit plan ook beschikken over een aansprakelijkheidsregeling voor de schuldenaar na afronding van de insolventieprocedure. Tenslotte moet het plan alle informatie bevatten die schuldeisers in staat stellen, het al dan niet te accepteren. Nadien wordt dit voorgelegd aan rechter, die het zal goedkeuren of afwijzen. Uiteraard zullen enkel schuldeisers die belang hebben bij het plan mogen stemmen, zodat andere schuldeisers die niet benadeeld zijn geen invloed kunnen hebben in de goedkeuring van het plan.⁹⁴

⁹² Supra.

⁹³ Supra.

⁹⁴ Supra.

3.2.4 Aanbeveling Europese Commissie

De aanbeveling omtrent een nieuwe Europese aanpak van faillissement en insolventie werd aangevuld met een nieuwe aanbeveling waarin op haar beurt de Europese Commissie nogmaals het gebrek aan harmonisatie aankaart.⁹⁵ Het doel van de Aanbeveling is lidstaten aanmoedigen, een gemeenschappelijk kader te laten creëren waardoor belemmeringen voor de goede werking van de interne markt worden vermindert. Het wegwerken van obstakels zou zorgen voor meer zekerheid en minder risico voor ondernemingen die willen investeren in een andere lidstaat. Het creëren van een 'level playing field' zou daarnaast zorgen voor meer vertrouwen in het systeem van andere lidstaten en de toegang tot kredieten en investeringen aanmoedigen.⁹⁶

3.3 Hoofdstuk 3: Voorstel tot herziening van Insolventieverordening 1346/2000/EG

In het algemeen bleek de insolventieverordening met betrekking tot grensoverschrijdende insolventieprocedures in de Europese unie een succesvol instrument te zijn. Echter, na verschillende juridische en empirische onderzoeken in opdracht van Europese Commissie werden er een reeks problemen blootgelegd bij de praktische toepassing en efficiëntie van de Verordening. Bovendien kwam de huidige reddings- en saneringscultuur, die na de crisis was ontstaan, onvoldoende tot uiting in de Verordening. Daarom heeft de Commissie een voorstel gelanceerd om deze problemen aan te pakken, alsook de transparantie en efficiëntie te vergroten door Verordening nr. 1346/2000/EG te wijzigen.

3.3.1 Voorstel Europese Commissie

De Europese Commissie heeft op 12 december 2012 haar voorstel tot herziening van de Verordening voorgesteld.⁹⁷ Dit voorstel was gebaseerd op basis van ervaringen van de actieve opvolging van de voorgaande jaren, de publieke consultatie en de impact assessment. Deze evaluatie bracht vijf belangrijke tekortkomingen aan het licht, die vergelijkbaar zijn met de eerdere resultaten uit de impact assessment. De voorgestelde maatregelen van de Europese Commissie worden hieronder verder verduidelijkt.

Het voorstel breidt het toepassingsgebied van de Verordening uit door de vigerende definitie van 'insolventieprocedures' in artikel 1, lid 1 van de Verordening te wijzigen. De Europese Commissie tracht nationale insolventieprocedures waarbij de curator geen deel uitmaakt, maar waarin goederen en zaken van de debiteur toch onder controle van de rechter vallen, in het toepassingsgebied op te nemen. Dit heeft tot gevolg dat verscheidene nationale procedures in verband met herstructurering en sanering op Europees niveau erkend zullen worden, waarbij tevens het streven naar herstel

⁹⁵ Commission Recommendation of 12 March 2014 on a new approach to business failure and insolvency, COM(2014), 1500.

⁹⁶ Commission Recommendation of 12 March 2014 on a new approach to business failure and insolvency, COM(2014), 1500, 3.

⁹⁷ Voorstel (Comm.) voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures, 12 december 2012, COM(2012) 744 def. – 2012/0360 (COD).

opnieuw centraal staat.⁹⁸ Deze nationale procedures zullen worden opgenomen in bijlage A en beslissen of het procedé daadwerkelijk onderdeel uitmaakt van de definitie. Desalniettemin blijven vertrouwelijke insolventieprocedures, waarbij een schuldenaar confidentieel een akkoord bereikt met de schuldeisers omtrent de opschorting van individuele handhavingsprocedures, buiten het toepassingsgebied.⁹⁹ Het vertrouwelijk karakter van deze overeenkomst maakt een Europese erkenning onmogelijk, ondanks de beduidende rol die het kan spelen in een lidstaat.

Een tweede voorstel verduidelijkt de regels inzake het bepalen van de rechterlijke bevoegdheid. Omtrent het concept COMI is nog niet veel opgenomen in de Verordening. De invulling van de feitelijke omstandigheden komt tot stand in de jurisprudentie en wordt *in concreto* bekeken. Er bestaan verschillende onduidelijkheden omtrent dit begrip en de weinige houvast, brengen rechtsonzekerheid met zich mee. Ook in de UNCITRAL Modelwet, opteert men voor het COMI-begrip, al valt hier een meer flexibele interpretatie waar te nemen. De rechtbanken in de Verenigde Staten kennen minder gewicht toe aan het bewijsvermoeden van de statutaire zetel, en zijn meer gericht op een waarde-optimalisering van de boedel. Het verschil in interpretatie ligt wellicht in het feit dat de COMI een andere functie vervult onder het UNCITRAL. Daar waar de COMI in het Europees insolventierecht bepaalt welke lidstaat jurisdictie heeft, bepaalt de COMI onder de UNCITRAL Modelwet slechts de aard van de buitenlandse insolventieprocedures.¹⁰⁰ Om toch een zekere houvast te bieden, stelt de Europese Commissie voor het begrip te definiëren en het toepassingsgebied verder uit te breiden naar natuurlijke personen. Vervolgens zou een nieuwe overweging verder verduidelijken onder welke voorwaarden de statutaire zetel kan worden weerlegd.¹⁰¹ Deze bewoordingen komen rechtstreeks uit het 'Interdil'-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie¹⁰². Verder verplicht het voorstel de rechter ertoe zijn bevoegdheid ambtshalve te onderzoeken en dit ter kennis te brengen aan de betrokken buitenlandse partijen, zodat ze hun rechten daadwerkelijk kunnen praktiseren en het besluit tot opening kunnen aanvechten. Deze wijziging van het procedureel kader zou ervoor moeten zorgen dat enkel de lidstaat die de daadwerkelijke rechtsmacht heeft, een procedure kan openen.

In het derde onderdeel van de rechterlijke bevoegdheid maakt het voorstel duidelijk dat de rechter die een insolventieprocedure opent, automatisch ook bevoegd zal zijn voor vorderingen die rechtstreeks uit deze procedure voortvloeien of die hiermee nauw verbonden zijn.

⁹⁸ Voorstel (Comm.) voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures, 12 december 2012, COM(2012) 744 def. – 2012/0360 (COD), 6.

⁹⁹ Voorstel (Comm.) voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures, 12 december 2012, COM(2012) 744 def. – 2012/0360 (COD), 7.

¹⁰⁰ B. WESSELS, "Corporate migration or COMI manipulation?", *Ondernemingsrecht* 2008-1, p. 34-35.

¹⁰¹ Voorstel (Comm.) voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures, 12 december 2012, COM(2012) 744 def. – 2012/0360 (COD), 7.

¹⁰² HvJ 20 oktober 2011, nr. C-396/09, ECLI:EU:C:2011:671, Interdil Srl/Faillimento Interdil Srl en Intesa Gestione Crediti SpA.

Deze overweging vindt zijn grondslag in het DekoMarty-arrest van het Europees Hof van Justitie.¹⁰³ " Artikel 3, lid 1, van de verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, moet aldus worden uitgelegd dat de rechterlijke instanties van de lidstaat op wiens grondgebied de insolventieprocedure is geopend, bevoegd zijn om uitspraak te doen over een faillissementspauliana die is er gericht tegen een verweerder die zijn statutaire zetel in een andere lidstaat heeft." Deze uitspraak biedt de mogelijkheid een vordering inzake onrechtmatige daad, een vordering tegen een bestuurder of een vordering inzake bestuurdersaansprakelijkheid aanhangig te maken bij dezelfde rechter als diegene die de procedure opent.

Het derde voorstel betreft de secundaire insolventieprocedures, waarbij de nadruk wordt gelegd op het efficiënte beheer van het vermogen van de debiteur. De wetgever biedt de rechter de mogelijkheid, de opening van een secundaire procedure te weigeren of op te schorten wanneer deze procedure niet noodzakelijk is voor de belangen van de plaatselijke schuldeisers.¹⁰⁴ In een aantal gevallen kan dit voordeliger zijn voor de plaatselijke schuldeisers, onder meer wanneer een investeerder een onderneming zou overnemen op basis van de continuïteit van de onderneming. Dit zou voor de crediteurs meer kunnen opleveren dan een liquidatie. In casu kan de rechter deze secundaire procedure weigeren. Een ander methode is de zogenoemde " synthetische secundaire procedure", de curator verplicht zich ertoe de schuldeisers in de hoofdprocedure gelijk te behandelen alsof een secundaire procedure was geopend. Deze praktijk wordt vooral gebruikt bij een grensoverschrijdende insolventieprocedure, waar de hoofdprocedure in het Verenigd Koninkrijk wordt geopend. Desondanks deze procedure in veel lidstaten geen wettelijk grondslag heeft, introduceert het voorstel een regel van materieel recht waarbij de curator de mogelijkheid heeft dergelijke overeenkomst met bindende gevolgen aan te gaan. Vervolgens verplicht het voorstel de rechter bij wie een verzoek tot opening van een secundaire procedure is ingeleid, de curator in de hoofdprocedure te horen in verband met mogelijkheden en gevolgen van een toekomstige procedure.¹⁰⁵

Eerder werd aangehaald dat secundaire procedures enkel betrekking konden hebben op liquidatieprocedures, waardoor het streven naar herstel en herstructurering in secundaire procedures werd gedwarsboemd. Het voorstel schaft deze vereiste zonder meer af en bijgevolg kan de betrokken rechter kiezen uit een breed scala aan procedures, herstructureringsprocedures in het bijzonder. Tenslotte wordt de samenwerkingsverplichting, die thans alleen gold voor curatoren, uitgebreid naar rechters. Deze samenwerking tussen verschillende rechters in hoofd- en secundaire procedures, zal de samenwerking over verschillende lidstaten heen ten goede komen en herstructureringen bevorderen.¹⁰⁶

¹⁰³ HvJ 12 februari 2009, nr. C-339/07, ECLI:EU:C:2009:83, Christopher Seagon/Deko Marty Belgium NV.

¹⁰⁴ Voorstel (Comm.) voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures, 12 december 2012, COM(2012) 744 def. – 2012/0360 (COD), 8.

¹⁰⁵ Voorstel (Comm.) voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures, 12 december 2012, COM(2012) 744 def. – 2012/0360 (COD), 8-9.

¹⁰⁶ Supra.

Het vierde aspect van het voorstel heeft betrekking op de transparantie en openbaarmaking van de insolventieprocedures. De Europese Commissie is het eens dat er een minimum aan informatie openbaar moet worden gemaakt, door middel van een elektronisch register. Dit register is gratis toegankelijk via het Europese e-justitieportaal en bevat onder meer informatie over: de datum van opening en beëindiging, het soort procedure, de schuldenaar, beslissing tot aanwijzing van curator en dergelijke. Deze openbaarmaking is echter beperkt tot ondernemingen, zelfstandigen en onafhankelijke beroepsbeoefenaars, voor procedures met betrekking tot consumenten geldt deze verplichting niet. Deze koppeling tussen verschillende nationale registers, zorgt ervoor dat iedere schuldeiser op een efficiënte methode kan vaststellen of er in een andere lidstaat al een procedure ten opzichte van dezelfde schuldenaar is geopend. Het voorstel vereenvoudigt ook het indienen van vorderingen voor buitenlandse schuldeisers, door twee standaardformulieren te voorzien. Het ene formulier is ertoe gericht schuldeisers in kennis te stellen over de nakende procedure en het ander formulier is voor het indienen van de vordering in se. Deze formulieren worden ter beschikking gesteld in alle officiële talen van de Europese Unie en zorgen niet alleen voor een kostenbesparend maar ook voor een drempelverlagend effect voor buitenlandse schuldeisers. Het voorstel geeft buitenlandse schuldeisers minstens 45 dagen om hun vorderingen in te dienen, na publicatie van de kennisgeving van opening van de procedure in het insolventieregister. Ongeacht of het toepasselijk nationaal recht voorziet in een kortere of langere termijn.¹⁰⁷

Het vijfde en laatste voorstel betreft de insolventie van leden van een groep ondernemingen. Hier tracht het voorstel op soortgelijke wijze, als wordt voorgesteld in het kader van de hoofd- en secundaire procedures, een specifiek rechtskader te ontwikkelen waar samenwerking en coördinatie ten grondslag ligt. De samenwerking kan allerlei vormen aannemen, afhankelijk van de concrete omstandigheden in casu. Curatoren zullen moeten samenwerken en informatie uitwisselen bij het tot stand brengen van een herstel- of reorganisatieplan. Rechters daarentegen zullen niet alleen informatie moeten uitwisselen, maar ook de coördinatie van curatoren voor zijn rekenen nemen en het goedkeuren van protocollen die de curatoren voorleggen. Het voorstel geeft de curator procesbevoegdheid in een procedure van een onderneming van dezelfde groep, het recht om in die procedure te worden gehoord en eventueel een schorsing te verzoeken. De doelstelling is het verwezenlijken van een coördinatie van verschillende procedures tot leden van één en dezelfde groep. Echter, moeten we een onderscheid maken voor verregaand geïntegreerde groepen ondernemingen met dezelfde COMI, waardoor de procedure binnen één enkel rechtsgebied worden ingeleid.¹⁰⁸

3.3.2 Aangenomen tekst

De voorzitter van het Europees Parlement verwees het voorstel van de Europese Commissie naar een parlementaire commissie, onder leiding van Klaus Heiner Lehne, die verantwoordelijk is voor het opstellen van een verslag waarin de amendementen op de tekst worden benoemd en waarna de

¹⁰⁷ Voorstel (Comm.) voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures, 12 december 2012, COM(2012) 744 def. – 2012/0360 (COD), 9-10.

¹⁰⁸ Voorstel (Comm.) voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures, 12 december 2012, COM(2012) 744 def. – 2012/0360 (COD), 10-11.

Commissie stemt over dit verslag. Het Europees Parlement heeft op 5 februari 2014, het voorstel besproken en gestemd over het wetsvoorstel in de plenaire vergadering.¹⁰⁹ Dit werd met een grote meerderheid gesteund. Echter, neemt dit niet weg dat het Parlement het Commissievoorstel naar zijn hand zette en 68 amendementen op de tekst goedkeurde, dewelke het Commissievoorstel op belangrijke punten wijzigingen. Deze wijzigingen worden in het volgende hoofdstuk verder besproken. Na de eerste lezing werd het standpunt van het Europees Parlement meegedeeld aan de Raad van EU, wiens werkzaamheden parallel lopen met de eerste lezing. De Raad heeft de wijzigingen van het Europees Parlement geaccepteerd en vervolledigd met een Addendum waarbij verscheidene voorstellen tot wijziging van het voorstel werden geformuleerd. Deze oriëntatietekst van de Raad van de EU vormde de basis voor verdere onderhandelingen en leidde tot een tweede lezing van het Parlement.

Na een uitgebreid tripartiete overleg tussen het Europees Parlement, de Europese Commissie en de Raad is de langverwachte Verordening (EU) 2015/848 op 20 mei 2015 goedgekeurd en officieel gepubliceerd in het Publicatieblad op 5 juni 2015.¹¹⁰ De nieuwe Verordening is op 25 juni 2015 in werking getreden, maar zal pas van toepassing zijn op insolventieprocedures die na 26 juni 2017 worden geopend.

3.4 Hoofdstuk 4: Tussenbesluit

Het insolventierecht kreeg de afgelopen jaren, na de economische crisis, bijzonder veel aandacht op Europees niveau. In beleidsdocumenten van zowel de Commissie als het Europees Parlement werd insolventie geregeld als prioriteit naar voren geschoven. De uit 2000 daterende voorschriften bleken verouderd en de nood aan een herziening drong zich meer en meer op. Sinds de aanneming in 2000 hebben er talrijke veranderingen plaatsgevonden in het faillissementsmilieu, waaronder een verdubbeling van het aantal lidstaten van de Europese unie en vele wijzigingen die lidstaten hebben doorgevoerd in hun nationaal insolventierecht, met in bijzonder de focus op herstructurering.

De Europese Commissie heeft daarom het voorstel gepubliceerd waarmee ze gezonde ondernemingen, getroffen door de crisis, een tweede kans willen geven. De gedateerde voorschriften te moderniseren zodat ze worden aangepast aan de ontwikkelingen in het nationale insolventierecht. De Europese Insolventieverordening die destijds werd ingevoerd had niet de doelstelling het materiële recht te harmoniseren. De huidige voorstellen daarentegen lijken een andere weg in te slaan, waardoor een harmonisatiebeweging op gang komt. In de resolutie als de Aanbeveling van de Commissie worden aspecten aangeduid waarin een ééngemaakt regime interessant lijkt. Daarom is het belangrijk deze parallelle harmonisatiebeweging niet uit het ook te verliezen, omwille van de invloed op de hervorming van de Insolventieverordening.

¹⁰⁹ Wetgevingsres. (EP) over het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1346/2000 betreffende insolventieprocedures, 5 februari 2014, COM(2012)0744 – C7-0413/2012 – 2012/0360(COD).

¹¹⁰ Verord.Comm. nr. 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (herschikking), *Pb.L.* 5 juni 2015, afl. 141/19.

Deel IV: Beoordeling van de herziening

4.1 Hoofdstuk 1: Inleiding

In dit onderdeel van de masterproef wordt de herziende Europese Insolventieverordening nr. 2015/848 beoordeeld. De inhoud van de Verordening nr. 2015/848 wordt geschetst en vergeleken met het voorstel van de Europese Commissie en aanbevelingen van het Parlement. De uitkomst van deze beoordeling leidt tot een antwoord op mijn eerste hoofdonderzoeksvraag: "Voldoet de nieuwe Insolventieverordening aan de verwachtingen van de Europese Commissie?". Vervolgens maken we een terugkoppeling naar de rechtsvergelijkende studie en gaan we kort na of bepaalde aspecten van deze rechtsvergelijking in de nieuwe Insolventieverordening zijn opgenomen. Hierdoor wordt onmiddellijk mijn tweede hoofdonderzoeksvraag beantwoordt met betrekking tot de daadwerkelijke harmonisatie. Tot slot, bespreek ik in dit onderdeel de voor- en nadelen van harmonisatie.

4.2 Hoofdstuk 2: Belangrijke wijzigingen

Een eerste opmerkelijk verschil dat valt waar te nemen is de verdubbeling van het aantal artikels. Verordening nr. 1346/2000 bestond uit 47 artikels, 33 overwegingen en 3 bijlagen. De nieuwe Verordening bevat 92 artikels, 89 overwegingen en 4 bijlagen. Bijlage A omvat alle nationale termen die onder de in artikel 2, punt 4) bedoelde insolventieprocedures vallen. Bijlage B bevat een lijst van alle nationale insolventiefunctionarissen als bedoeld in artikel 2, punt 5. In bijlage C bevindt zich een overzicht van alle ingetrokken verordeningen evenals de wijzigingen en tenslotte, bijlage D, met een concordantietabel van alle herschikte artikelen. Tot op zekere hoogte kunnen we de verdubbeling van het aantal artikelen, toeschrijven aan het volledig nieuwe hoofdstuk met betrekking tot de leden van een groep ondernemingen.

4.2.1 De definitie 'insolventieprocedures'

Artikel 1(1) Verordening 1346/2000 was enkel 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 (verloor) en dat een curator (werd) aangewezen*". Bepaalde concepten werden verder verduidelijkt in artikel 2. Een collectieve procedure binnen het toepassingsgebied van artikel 1(1) en dewelke werd opgenomen in bijlage A, wordt geacht binnen de werkingssfeer van de Verordening te vallen. Het is onvoldoende dat de nationale procedure enkel aan de voorwaarden van artikel 1(1) voldoet. Dit werd bevestigd in het arrest Bank Handlowy van het Europese Hof van Justitie. Een procedure opgenomen in bijlage A van de verordening, wordt geacht binnen de werkingssfeer van de verordening te vallen.¹¹¹

¹¹¹ HvJ 22 november 2012, nr. C-116/11, ECLI:EU:C:2012:739, Bank Handlowy w Warszawie SA and PPHU/ Rsyszard Adamiak v Christianapol sp.z o.o.

De nieuwe Verordening heeft het toepassingsgebied verder uitgebreid, in overeenstemming met de doelstellingen van de Europese Commissie. Niet enkel liquidatieprocedures maar ook reorganisatieprocedures worden opgenomen in het nieuwe toepassingsgebied. Zoals de Europese Commissie had voorgesteld, is de Verordening nu van toepassing op natuurlijke personen, rechtspersonen, handelaar of individu. Tenslotte wordt de term 'curator', vervangen door insolventiefunctionaris.

Artikel 1 (1) Verordening 2015/848 bepaalt: " *Deze verordening is van toepassing op openbare collectieve procedures, met inbegrip van voorlopige procedures, die zijn gebaseerd op het recht inzake insolventie en waarin, ten behoeve van herstel, schuldaanpassing, reorganisatie of liquidatie:*

- a) een schuldenaar het beheer en de beschikking over zijn goederen geheel of gedeeltelijk verliest en een insolventiefunctionaris wordt aangewezen,*
- b) de goederen en de onderneming van een schuldenaar onder controle of toezicht van een rechter staan, of*
- c) een tijdelijke schorsing van een afzonderlijke executieprocedure door een rechter wordt verleend of van rechtswege gebeurt, ten behoeve van onderhandelingen tussen de schuldenaar en diens schuldeisers, voor zover de procedure waarin de schorsing wordt verleend in passende maatregelen ter bescherming van de gezamenlijke schuldeisers voorziet en, indien er geen overeenstemming wordt bereikt, voorafgaan aan de onder a) of b) bedoelde procedure.*

Indien de in dit lid bedoelde procedures kunnen worden ingeleid in omstandigheden waarin er slechts een risico op insolventie bestaat, hebben deze procedures tot doel de insolventie van de schuldenaar of het staken van diens bedrijfsactiviteiten te voorkomen. De in dit lid bedoelde procedures worden opgesomd in bijlage A."

Verscheidene Europese lidstaten hanteren specifieke procedures om ondernemingen te herstructureren. Een specifieke regeling vinden we terug in het Verenigd Koninkrijk, namelijk de 'Schemes of Arrangement', die eerder in deze masterproef werd toegelicht. We stellen vast dat deze procedure niet binnen het toepassingsgebied van de insolventieverordening valt, hoewel ze gericht is op het herstructureren van ondernemingen binnen het Verenigd Koninkrijk. Een verklaring hiervoor vinden we terug in overweging 16 waarin bepaald wordt dat enkel procedures die gebaseerd zijn op wetten met betrekking tot insolventie in het toepassingsgebied van de verordening valt. Echter, is de 'Schemes of Arrangement' niet uitsluitend gericht op het insolventierecht maar op het vennootschapsrecht in het algemeen. Deze procedure vindt zijn toepassing dan ook in de Brussel Ibis verordening.¹¹² In tegenstelling tot de insolventieverordening waar de rechterlijke bevoegdheid gebaseerd wordt op objectieve elementen, is in de Brussel Ibis verordening de bevoegdheid voor Engelse rechtbanken.

¹¹² Verord.Raad nr. 44/2001, 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb.L.* 16 januari 2001, afl. 12, 0001-0023. Verord.Raad nr. 1215/2012, 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking), *Pb.L.* 20 december 2012, afl. 351/1.

4.2.2 Centre of Main Interests (COMI)

De regels inzake de internationale bevoegdheid, op basis van het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar, hebben het voorwerp uitgemaakt van vele rechtszaken en juridische debatten. De gedateerde regels van Verordening 1346/2000 maakten het voor schuldenaren mogelijk om aan forum-shopping te doen, door hun procedure in te leiden voor de meest gunstige rechter. Dit werd voornamelijk veroorzaakt door het ontbreken van een éénduidige definitie van het begrip COMI. In overweging 13 werd het begrip kort toegelicht maar in de Verordening in se was hieromtrent niets opgenomen. Uit deze overweging kunnen twee elementen worden afgeleid: (i) het moet gaan om de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert en, (ii) het moet als zodanig duidelijk herkenbaar zijn voor derden.

Artikel 3 (1) van verordening 1346/2000 vermoedt dat het centrum van de voornaamste belangen zich bevindt op de plaats van de statutaire zetel, behoudens tegenbewijs. In de praktijk heeft het Europees Hof van Justitie het vermoeden opgeheven, waardoor het de mogelijkheid biedt minder gewicht te geven aan de locatie van de statutaire zetel.¹¹³

Het Eurofood-arrest is een belangrijk mijlpaalarrest waarin het Hof oordeelde dat men, ter weerlegging van het vermoeden, objectieve en voor derden verifieerbare feiten moeten kunnen aantonen dat in werkelijkheid de COMI niet samenvalt met de statutaire zetel van de onderneming.¹¹⁴ In casu betrof het een zogenaamde 'postbusvennootschap'.

Verordening nr. 2005/848 heeft het begrip verder uitgebreid en het vermoeden van de COMI verduidelijkt. De definitie is bijna een letterlijke kopie van de beschrijving in het Interedil-arrest.¹¹⁵ Het vermoeden dat het centrum van voornaamste belangen gelegen is op de plaats waar de onderneming of rechtspersoon zijn statutaire zetel heeft blijft, behoudens weerlegging van het vermoeden. Echter, is dit niet van toepassing wanneer de maatschappelijke zetel naar een andere lidstaat werd verplaatst binnen een termijn van drie maanden voorafgaand aan het verzoek om de opening van een insolventieprocedure. De nieuwe Verordening maakt hier een onderscheid tussen een natuurlijk persoon die als zelfstandige een bedrijfs- en beroepsactiviteit uitoefent en elke andere natuurlijk persoon die deze activiteit niet uitvoert. Voor de natuurlijk personen die een bedrijfs- of beroepsactiviteit uitoefenen bedraagt deze termijn drie maanden. Voor iedere andere persoon zal deze termijn zes maanden bedragen. Met andere woorden, om forum-shopping te vermijden wordt er geen rekening gehouden met de zogenoemde vermoedens wanneer er binnen een zekere termijn voorafgaand aan het aanvragen van de insolventieprocedure, de betrokken locatie werd verplaatst.¹¹⁶

¹¹³ G. VAN CALSTER, 'COMIng, and here to stay. The review of the European Insolvency Regulation', *European Business Law Review*, 2016, p. 743-745.

¹¹⁴ HvJ 2 mei 2006, nr. C-341/04, ECLI:EU:C:2006:281, Eurofood IFSC Ltd.

¹¹⁵ HvJ 20 oktober 2011, nr. C-396/09, ECLI:EU:C:2011:671, Interedil Srl/Faillimento Interedil Srl en Intesa Gestione Crediti SpA.

¹¹⁶ http://www.tetralaw.com/sites/default/files/docs/TETRALERT%20%20Herwerking%20verordening%20insolventieprocedures_0.pdf (geraadpleegd op 7 april 2017)

Na een grondige analyse van het artikel, kunnen we concluderen dat ook hier aan de doelstellingen van de Europese Commissie zijn voldaan. Artikel 3(1) Verordening 2015/848 bepaalt:

" 1. De rechters van de lidstaat op het grondgebied waarvan het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar gelegen is, zijn bevoegd een insolventieprocedure ("hoofdingsolventieprocedure") te openen. Het centrum van de voornaamste belangen is de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert en die als zodanig voor derden herkenbaar is.

Bij vennootschappen en rechtspersonen wordt, zolang het tegendeel niet is bewezen, het centrum van de voornaamste belangen vermoed de plaats van de statutaire zetel te zijn. Dit vermoeden geldt alleen indien de statutaire zetel in de drie maanden voorafgaand aan het aanvragen van de insolventieprocedure niet naar een andere lidstaat is overgebracht.

In het geval van een natuurlijke persoon die als zelfstandige een bedrijfs- of beroepsactiviteit uitoefent, wordt, zolang het tegendeel niet is bewezen, het centrum van de voornaamste belangen vermoed de plaats van diens hoofdvestiging te zijn. Dit vermoeden geldt alleen indien de hoofdvestiging van de natuurlijke persoon in de drie maanden voorafgaand aan het aanvragen van de insolventieprocedure niet naar een andere lidstaat is overgebracht.

In het geval van elke andere natuurlijke persoon wordt, zolang het tegendeel niet is bewezen, het centrum van de voornaamste belangen vermoed de diens gebruikelijke verblijfplaats te zijn. Dit vermoeden geldt alleen indien de gebruikelijke verblijfplaats in de zes maanden voorafgaand aan het aanvragen van de insolventieprocedure niet naar een andere lidstaat is overgebracht."

Artikel 6 van de gewijzigde insolventieverordening introduceert, op verzoek van de Europese Commissie in het voorstel, dat de rechter van de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend automatisch bevoegd zal zijn voor alle vorderingen die uit deze insolventieprocedure voortvloeien en in nauw verband staan.

4.2.3 Secundaire procedures

Een territoriale insolventieprocedure is een procedure die wordt geopend in het land waar de schuldenaar 'een vestiging' heeft. Een territoriale insolventieprocedure heeft geen universele werking, wat wilt zeggen dat de procedure beperkt blijft tot de goederen gelegen in de lidstaat waar deze procedure is geopend. Vanaf het moment dat er een procedure wordt geopend in de lidstaat van de COMI, wijzigt de benaming van territoriale naar secundaire procedure.¹¹⁷ In de oude verordening kon deze secundaire procedure enkel betrekking hebben op liquidatieprocedures.

¹¹⁷ G. VAN CALSTER, 'COMIng, and here to stay. The review of the European Insolvency Regulation', *European Business Law Review*, 2016, p. 749.

Zoals eerder vermeld in Deel III, kan dit een efficiënte herstructurering van een vestiging ondermijnen. Daarom heeft de nieuwe Insolventieverordening de voorwaarde van liquidatie achter zich gelaten, zodat de iedere procedure overeenkomstig artikel 3 lid 2, een secundaire insolventieprocedure kan zijn.

Een tweede belangrijke wijziging is de definitie van het begrip 'vestiging'. Artikel 2 (10) bepaalt dat een vestiging betekent: "*elke plaats van handeling waar een schuldenaar met behulp van mensen en goederen een economische activiteit die niet van tijdelijke aard is, uitoefent of heeft uitgeoefend in de periode van drie maanden voorafgaand aan het aanvragen van de hoofdinsolventieprocedure.*" Opnieuw is de verdachte periode van 3 maanden, om het forumshoppen tegen te gaan, geïncorporeerd. Daarnaast is het woord bezit/activa is gewijzigd naar goederen, wat vooral nuttig kan zijn in de dienstverlenende industrie.¹¹⁸ Het Europees Hof van Justitie heeft in Interedil de term vestiging geïnterpreteerd als "*een structuur met een minimum aan organisatie en een zekere stabiliteit voor de uitoefening van een economische activiteit.*" Hoewel deze definitie zeer eng geïnterpreteerd wordt door het Hof, is deze definitie ondubbelzinnig en duidelijker. Tenslotte heeft de Europese wetgever artikel 36, waarbij de zogezegde synthetische secundaire procedure, ingevoerd.

4.2.4 Grensoverschrijdende samenwerking en communicatie

De plicht tot samenwerking zoals bepaald in artikel 31 van de Insolventieverordening werd vervangen door artikel 41 en volgende van de herschikte Verordening. De samenwerkings- en kennisgevingsplicht van de curatoren wordt verder uitgebreid naar rechters en insolventiefunctionarissen en rechters onderling. Met het oog op een goede en efficiënte grensoverschrijdende samenwerking kunnen de insolventiefunctionarissen en rechtbanken, overeenkomsten afsluiten, protocollen invoeren, informatie uitwisselen verenigbaar met de toepasselijk rechtsregels van die lidstaat. Zoals in de artikelen bepaald wordt bij iedere mogelijkheid, zoals hierboven vermeld, verwezen naar het nationale procesrecht. Het is met andere woorden aannemelijk, dat bepaalde lidstaten weigeren samen te werken of niet kunnen samenwerken door procedurele grenzen. Met als gevolg, moeten we rekenen op de 'goodwill' van de rechtbanken en insolventiefunctionarissen. Verder wordt bepaald dat de samenwerking niet mag indruisen tegen de belangen van de schuldeiser en moet het gericht zijn op het vinden van een oplossing om de symbiose tussen de verschillende procedures zo optimaal te maken. Van deze samenwerking werd al eerder gebruik gemaakt bij verscheidene leden van dezelfde groep ondernemingen, maar de duidelijke instructies in de huidige bepalingen zullen helpen het procedurele kader verder uit te bouwen.

Een tweede aspect wat aan bod komt in verband met de uitwisseling van informatie, is de invoering van insolventieregisters. Iedere lidstaat wordt geacht één of meer registers in te voeren waarin men de gegevens betreffende insolventieprocedures bekendmaken.

¹¹⁸ G. VAN CALSTER, 'COMIng, and here to stay. The review of the European Insolvency Regulation', *European Business Law Review*, 2016, p. 751.

Vervolgens heeft de Commissie door middel van uitvoeringshandelingen een gedecentraliseerd systeem ingevoerd voor de onderlinge koppeling van de nationale insolventieregisters. Dit zal toegankelijk worden gemaakt via het Europees e-justitieportaal, waarin alle gegevens beschikbaar worden gesteld. Van zodra in een lidstaat een procedure wordt geopend, stelt de bevoegde rechter of de insolventiefunctionaris de bekende buitenlandse schuldeisers hiervan in kennis, door gebruik te maken van het kennisgevingsformulier. Dit standaardformulier tracht opnieuw de procedure te vereenvoudigen en toegankelijker te maken voor buitenlandse schuldeisers. Hetzelfde standaardformulier bestaat voor het indienen van de vorderingen.

4.2.5 Leden van een groep ondernemingen

Artikel 2 (13) bepaalt dat een groep ondernemingen bestaat uit een moederonderneming en al haar dochterondernemingen. Een moederonderneming wordt geacht een onderneming te zijn die: "*rechtstreeks of onrechtstreeks zeggenschap heeft over een of meer dochterondernemingen. Een onderneming die geconsolideerde financiële overzichten opstelt overeenkomstig Richtlijn 2013/"/EU van het Europees Parlement en de Raad, wordt geacht een moederonderneming te zijn.*"

Een procedure betreffende groep ondernemingen werd op vraag van het Europees Parlement, na een eerste lezing, aangebracht in het voorstel. Het voorstel van het Europees Parlement omtrent de opening van groepscoördinatieprocedures, zag eruit als volgt:

"1. Groepscoördinatieprocedures kunnen door een insolventievertegenwoordiger worden ingeleid bij een rechter die bevoegd is voor de insolventieprocedures van een lid van de groep op voorwaarde dat:

- a) insolventieprocedures met betrekking tot dit lid van de groep hangende zijn; alsmede*
- b) de leden van de groep die hun centrum van de voornaamste belangen in de lidstaat hebben van de rechter bij wie een verzoek tot opening van de groepscoördinatieprocedure werd ingediend, oefenen cruciale functies uit binnen de groep.*

2. Wanneer bij meer dan één rechter een verzoek tot opening van de groepscoördinatieprocedure werd ingediend, wordt de groepscoördinatieprocedure geopend in de lidstaat waar de meest cruciale functies worden uitgeoefend. Daartoe communiceren de rechters bij wie een verzoek werd ingediend, en werken zij samen overeenkomstig artikel 42ter. Wanneer de meest cruciale functies niet kunnen worden bepaald, kan de eerste rechter bij wie een verzoek werd ingediend, een groepscoördinatieprocedure openen op voorwaarde dat aan de voorwaarden om dergelijke procedures te openen wordt voldaan.

3. Wanneer een groepscoördinatieprocedure werd geopend, wordt het recht van de insolventievertegenwoordigers om overeenkomstig artikel 42 quinquies, lid 1, onder b), een schorsing van de insolventieprocedure te verzoeken onderworpen aan de goedkeuring door de coördinator. Bestaande schorsingen blijven van kracht, behoudens de bevoegdheid van de coördinator om het verval van dergelijke schorsingen te verzoeken."

Opmerkelijk is het 'cruciale functies' begrip waar naar verwezen wordt. Het Europees Parlement heeft voorgesteld om deze groepsprocedure te openen in de lidstaat waar de meeste cruciale functie worden uitgeoefend. Het begrip werd in artikel 2, Jbis verder gedefinieerd als:

" i) de mogelijkheid om, voor de opening van de insolventieprocedures met betrekking tot een lid van de groep, beslissingen van strategisch belang voor de groep of delen ervan te nemen en uit te voeren; of

ii) het economisch belang binnen de groep, dat wordt verondersteld als het lid of de leden van de groep ten minste 10% van het geconsolideerde balanstotaal of de geconsolideerde omzet bijdragen."

De Europese Commissie achtte de criteria voor het bepalen van de bevoegde rechter onduidelijk en vaag, waardoor het bepalen van de bevoegdheid in de praktijk aanleiding zou kunnen geven tot heel wat controverse.

De Europese Commissie heeft het gebrek aan forumkeuze opgelost door artikel 62 op te nemen met een strikte *lis alibi pendens*-regel. Dit artikel stelt een duidelijke voorrangsregel voorop, bij afwezigheid van een onderlinge keuze van rechter, wordt de zaak verwezen naar de rechter bij wie het eerst aanhangig is gemaakt. Deze *lis pendens* regel is de ultieme formulering in de zoektocht naar meer duidelijkheid en voorspelbaarheid.¹¹⁹ Echter, is deze regel ondergeschikt wanneer ten minste twee-derde van alle insolventiefunctionarissen aangewezen in de procedure, onderling hebben besloten een rechter aan te duiden. Deze aangewezen rechter heeft dan de exclusieve bevoegdheid, met als gevolg dat iedere andere rechter zich onbevoegd moet verklaren met betrekking tot die welbepaalde procedure. De aangezochte rechter zal slechts kennis kunnen nemen van de groepscoördinatieprocedure nadat aan alle criteria van artikel 63 is voldaan. Tenslotte is het belangrijk op te merken dat de exclusieve bevoegdheidsregels enkel worden toegepast in groepscoördinatieprocedures en geen uitwerking hebben op de hoofd- of secundaire insolventieprocedure.

4.3 Hoofdstuk 3: Harmonisatie van het nationaal insolventierecht

Zoals eerder aangehaald, staat sedert enkele jaren de harmonisering van het insolventierecht bovenaan de Europese politieke agenda.¹²⁰ Eerst met een resolutie van het Europees Parlement¹²¹ waarbij ze verzochten bepaalde aspecten van het nationaal insolventie- en vennootschapsrecht te harmoniseren en nadien met een aanbeveling van de Europese Commissie¹²² waarbij nogmaals het gebrek aan harmonisatie aangekaart werd.

¹¹⁹ G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 107.

¹²⁰ A. VAN HOE, "Naar een Europees insolventierecht", *RW* 2016-17, afl. 23, 882.

¹²¹ Res. (EP) with recommendations to the Commission on insolvency proceedings in the context of EU company law, 15 november 2011, P7_TA(2011)0484.

¹²² Commission Recommendation of 12 March 2014 on a new approach to business failure and insolvency, COM(2014), 1500.

In deel II, hoofdstuk 2 heb ik de nationale insolventiewetgeving van België, Nederland en het Verenigd Koninkrijk onderzocht door middel van een rechtsvergelijkende studie. Na een grondige analyse van de nationale wetgevingen, ben ik tot de conclusie gekomen dat ondanks de aanzienlijke verschillen, ieder rechtstelsel soortgelijke principes handhaaft. Deze parallelle principes konden een basis vormen voor de herziening van Insolventieverordening nr. 1346/2000. Vervolgens heb ik in deel III, hoofdstuk 2 de resolutie van het Europees Parlement kort uiteengezet, waarbij vijf categorieën werden voorgesteld waar een geüniformeerd regelgeving nuttig en noodzakelijk wordt geacht.

Na een grondige doorlichting van Insolventieverordening nr. 2015/848 is gebleken dat er geen sprake is van een harmonisatie van het nationaal substantieel insolventierecht. We stellen vast dat geen enkel aspect van de eerdere rechtsvergelijking noch de voorstellen van het Europees Parlement geharmoniseerd werden. De insolventieverordening van 2015 is een instrument van internationaal privaatrecht, dat zich voornamelijk richt op het oplossen van bevoegdheidsconflicten, welke nationale wetten van toepassing zijn in grensoverschrijdende procedures en de erkenning en uitvoering van insolventie-gerelateerde uitspraken in de Europese Unie.

De wetgever heeft daarbij een sterk procedureel kader gecreëerd met betrekking tot groepscoördinatieprocedures en grensoverschrijdende samenwerking. Echter, het uitgangspunt van insolventieverordening 2.0 blijft nog steeds het respect en de gelijkwaardigheid van de verschillende rechtssystemen van de lidstaten binnen de Europese Unie, onder het motto *in varietate concordia* of met andere woorden: in verscheidenheid verenigd.¹²³

4.4 Hoofdstuk 4: Voor- en nadelen van harmonisatie

In dit onderdeel wordt dieper ingegaan op de voor- en nadelen die harmonisatie van het insolventierecht met zich meebrengt. Vooreerst is het belangrijk een onderscheid te maken tussen enerzijds het begrip "harmonisatie" en anderzijds het begrip "unificatie of éénmaking".¹²⁴ Een geünificeerd recht betekent dat alle verschillen in wetgeving tussen de nationale lidstaten worden weggewerkt, waardoor er één recht ontstaat dat wordt toegepast in alle lidstaten. Een belangrijk instrument voor de verwezenlijking van een ééngemaakt recht, is de Verordening.¹²⁵ Een Verordening heeft een algemene strekking en is per definitie verbindend in al haar onderdelen en rechtstreeks toepasselijk in iedere lidstaat.

Het begrip harmonisatie daarentegen betekent verschillende rechtstelsels naar elkaar laten toegroeien op grond van een gemeenschappelijke norm. Harmonisatie wordt niet aanzien als een doel op zich, maar als een middel om een volwaardige interne markt te creëren waarin het vrij verkeer van goederen, diensten, kapitaal en personen wordt gewaarborgd.

¹²³ A. VAN HOE, "Naar een Europees insolventierecht", *RW* 2016-17, afl. 23, 882.

¹²⁴ W. VAN GERVEN, "L'harmonisation du droit des contrats en Europe. *Rapport Introductif*" in C. JAMIN en D. MAZEAUD, *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Parijs, Economica, 2001, (3).

¹²⁵ Artikel 288, lid 2 VWEU.

Het juridisch instrument bij uitstek is de richtlijn, dewelke anders dan een verordening, niet rechtstreeks toepasselijk is.¹²⁶ Deze wordt eerst in nationale wetgeving omgezet, waardoor lidstaten over een zekere vrijheid beschikken over hoe ze de vorm, middelen en regels zullen uitwerken om tot het gewenste resultaat te komen. Deze masterproef handelt over de nieuwe Insolventieverordening, waardoor wij ons kunnen afvragen of dit wel het geschikte instrument is om tot een volledige harmonisatie te komen. Dit zal verder worden toegelicht in deel V.

Het essentieel kenmerk van het nationaal insolventierecht in Europa is tweevoudig. Enerzijds heb je het streven naar de maximalisatie van de activa van de schuldenaar dat een gunstig effect heeft op de schuldeisers en iedere betrokken partij bij de procedure, zoals de belangen van de eventuele werknemers of aandeelhouders. Anderzijds heb je streven naar een rechtvaardige en efficiënte procedure, waarbij geen enkel partij een nadeel ondervindt. De vele verschillen in de nationale insolventie- en herstructureringswetgevingen vormen een obstakel voor grensoverschrijdende procedures, die kunnen leiden tot concurrentievoordelen of –nadelen.¹²⁷

Harmonisatie in het kader van grensoverschrijdende insolventie heeft zowel voor- als nadelen. Een belangrijk voordeel is dat harmonisatie zal leiden tot een betere werking van de Interne Markt, waarbij één van de belangrijkste doelstellingen van de Europese Unie wordt verwezenlijkt. Deze is onder meer gericht op het tot stand brengen van een economische samenwerking tussen verscheidene lidstaten, met als gevolg dat de intracommunautaire handel toeneemt. Desondanks de vele inspanningen van de Europese Commissie blijft het faillissementsrecht een heikel punt. Er bestaat nog heel wat onzekerheid omtrent deze materie, wat tot gevolg kan hebben dat partijen afzien van het contracteren met een partij uit een andere lidstaat.¹²⁸

Vervolgens is één van de voornaamste voordelen, de reductie van de transactiekosten. Transactiekosten kunnen we onderverdelen in vaste 'ex ante' en variabele 'ex post' kosten. Met betrekking tot de eerste categorie vinden we onder meer terug: zoek- en informatiekosten, wetgevingskosten en kosten met betrekking tot lobbying. In de tweede categorie hebben we de onderhandelings-, contract-, nalevings-, handhavings- en verdragingskosten.¹²⁹ Partijen gaan eventueel afzien van handel drijven in het buitenland omwille van deze hoge transactiekosten, wat uiteraard opnieuw indruist tegen de principes van de Interne Markt. Dit valt te verklaren door het gebrek aan wetgeving waarin de lidstaten worden verplicht, toegankelijke en volledige informatie te verstrekken omtrent hun wetgeving. Een tweede voordeel vindt zijn oorsprong in de strijd tegen het insolventietoerisme, dat eerder in deze masterproef werd aangehaald.

Tegenstanders van harmonisatie wijzen erop dat harmonisatie zou leiden tot het verlies van eigenheid, authenticiteit en identiteit van het nationaal insolventierecht. Dit is volgens Professor Wessels, een weinig overtuigend argument.

¹²⁶ Artikel 288, lid 3 VWEU.

¹²⁷ I.F. FLETCHER and B. WESSELS, *Harmonisation of Insolvency Law in Europe*, Deventer, Kluwer, 2012, 110-111.

¹²⁸ I.F. FLETCHER and B. WESSELS, *Harmonisation of Insolvency Law in Europe*, Deventer, Kluwer, 2012, 42-43.

¹²⁹ W. MARNEFFE en L. VEREECK, "De kosten van wetgeving: een taxonomie", *T.v.W* 2008, afl. 1, 4-5.

Het opzet van het insolventierecht is de bedrijfsprocessen vergemakkelijken. Enkel duidelijke afgebakende belangen zoals de belangen van de werknemers, kunnen beschermd worden door nationale insolventiewetten voor zover deze geen invloed hebben op de bijdragen van de belastingbetalers of nadat er voldaan is aan een afweging van alle belangen.¹³⁰

Tegenstanders van harmonisatie wijzen daarnaast op het feit dat de concurrentie tussen de verschillende rechtsstelsel verloren zal gaan. Lidstaten zullen niet langer kunnen leren van elkaars geslaagde en minder geslaagde initiatieven. Concurrentie kan leiden tot een 'race-to-the-top', wat wilt zeggen dat rechtstelsels gaan concurreren met elkaar om steeds betere en meer toegankelijke regels te creëren. Anderzijds kan concurrentie ook leiden tot een 'race-to-the-bottom', waarbij lidstaten ondernemers wilt aantrekken door bijvoorbeeld de bescherming van werknemers of aandeelhouders te reduceren.¹³¹ Het 'race-to-the-bottom'-principe kan hierdoor in het insolventierecht heel wat schade aanrichten. Echter, kunnen we aannemen dat lidstaten niet actief en/of doelbewust zullen concurreren met elkaar om faillissement aan te trekken.¹³²

Een derde nadeel is het zogenaamd 'versteningseffect' als gevolg van het harmoniseren van het materieel insolventierecht. Dit wilt zeggen dat Europese lidstaten geconfronteerd worden met een aanzienlijke vertraging in het wijzigings- of aanpassingsproces van wetten, waardoor zij minder snel kunnen inspelen op maatschappelijke veranderingen.¹³³ Dit argument is volgens Professor Wessels niet overtuigend, aangezien het gebaseerd is op de veronderstelling dat het hervormingsproces aanzienlijk sneller zou gaan zonder harmonisatie.¹³⁴ Vervolgens is het argument van de tegenstanders enkel gebaseerd op 'hard law' of dwingende wettelijke bepalingen, zonder in acht te nemen dat bepaalde regels op een meer flexibele manier kunnen worden opgesteld, waarbij lidstaten over de nodige discretionaire bevoegdheid blijven beschikken.¹³⁵

Harmonisatie leidt ongetwijfeld tot heel wat voordelen, toch is een maximumharmonisatie onder het huidige EU-wetgevingsmechanisme onmogelijk. Dit wordt mede veroorzaakt door het 'democratisch tekort' van de Europese instellingen. Deze term wordt gebruikt om het gebrek aan democratische legitimiteit in de EU-instellingen en besluitvormingsprocedures aan te duiden, alsook de afwezigheid van een éénsgezinde Europese regering.¹³⁶ Het complexe besluitvormingsproces vraagt een consensus van alle lidstaten, waardoor het zeer waarschijnlijk wordt dat belangengroepen bepaalde regels willen beschermen. Met andere woorden, is het mogelijk dat deze belangengroepen zelfs de besluitvorming op het hoogste EU-niveau kunnen beïnvloeden, wat het harmonisatieproces belemmert. We kunnen tenslotte stellen dat aan harmonisatie zowel voor- als nadelen zijn verbonden. Het is aldus zeer belangrijk, iedere optie en/of belang zorgvuldig af te wegen.

¹³⁰ I.F. FLETCHER and B. WESSELS, *Harmonisation of Insolvency Law in Europe*, Deventer, Kluwer, 2012, 112.

¹³¹ Supra.

¹³² L. ENRIQUES and M. GELTER, "How the old world encountered the new one: Regulatory Competition and Cooperation in European Corporate and Bankruptcy Law", *Tulane Law Review* 2007, Vol. 81, No 3, 640.

¹³³ I.F. FLETCHER and B. WESSELS, *Harmonisation of Insolvency Law in Europe*, Deventer, Kluwer, 2012, 50.

¹³⁴ I.F. FLETCHER and B. WESSELS, *Harmonisation of Insolvency Law in Europe*, Deventer, Kluwer, 2012, 113.

¹³⁵ I.F. FLETCHER and B. WESSELS, *Harmonisation of Insolvency Law in Europe*, Deventer, Kluwer, 2012, 113.

¹³⁶ http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/democratic_deficit.html?locale=nl. (geraadpleegd op 25 april 2017).

4.5 Hoofdstuk 5: Tussenbesluit

In dit onderdeel van de masterproef werden belangrijke onderzoeksvragen beantwoordt. Verordening nr. 2015/848/EU is sterk uitgebreid en verscheidene nieuwigheden werden aangebracht. We kunnen constateren dat in Verordening 2015/848/EU, de oorspronkelijke doelstellingen van de Europese Commissie werden bereikt. De Verordening breidde niet enkel het toepassingsgebied uit, maar creëerde onder andere ook een sterk procedureel kader voor groepscoördinatieprocedures waar de nadruk expliciet ligt op samenwerking en uitwisseling van informatie. Desondanks de doelstellingen van de Europese Commissie werden bereikt, heeft de EU de kans om het insolventierecht te harmoniseren volledig laten liggen. Deze verordening is vooral gericht op het oplossen van rechtsbevoegdheids- en wetsconflicten in grensoverschrijdende insolventieprocedures en heeft een grote invloed op de Europese erkenning van beslissingen inzake insolventie. In Deel II werden een aantal aspecten opgesomd waar harmonisatie niet enkel nuttig maar ook haalbaar zou zijn. Desalniettemin constateer ik dat geen enkel aspect werd geharmoniseerd in de nieuwe Insolventieverordening. De wetgever heeft hierdoor de opportuniteit om een Europees insolventierecht te creëren laten liggen.

5.1 Hoofdstuk 1: Inleiding

In dit onderdeel van de masterproef staan twee richtlijnen centraal, die niet binnen het toepassingsgebied van Verordening 2015/848 vallen. Enerzijds hebben we Richtlijn 2001/17/EG betreffende de sanering en de liquidatie van verzekeringsondernemingen¹³⁷, anderzijds betreft het Richtlijn 2001/24/EG betreffende de sanering en liquidatie van kredietinstellingen¹³⁸. Aanvankelijk start ik met het toelichten van beide richtlijnen, vervolgens bespreek ik enkele recentelijke evoluties om ten slotte na te gaan of er daadwerkelijk sprake is van enige harmonisatie van nationale wetgevingen in deze richtlijnen.

Artikel 1(2) van verordening 2015/848 stelt dat: "*Deze verordening is niet van toepassing op in lid 1 bedoelde procedures betreffende: a) verzekeringsondernemingen, b) kredietinstellingen, c) beleggingsondernemingen en andere instellingen of ondernemingen voor zover daarop Richtlijn 2001/24/EG van toepassing is of d) instellingen voor collectieve beleggingen.*"

De verklaring hiervoor vinden we terug in overweging 19 van de eerder genoemde verordening. De wetgever acht deze aspecten van het insolventierecht te specifiek om binnen het toepassingsgebied van de algemene Insolventieverordening te vallen, aangezien de nationale toezichthoudende autoriteiten over ruime bevoegdheden beschikken om, indien nodig, in te grijpen. Daarom heeft de wetgever twee aangepaste en op maat gemaakte richtlijnen voorzien.

5.2 Hoofdstuk 2: Richtlijn 2001/17/EG

In 2001 is Richtlijn 2001/17 tot stand gekomen met betrekking tot de reorganisatie en liquidatie van verzekeringsondernemingen. De wetgever heeft geopteerd voor een richtlijn, dewelke door middel van een wetgevend proces in elke EER-lidstaat moet worden geïmplementeerd.¹³⁹ Deze implementatie diende te gebeuren voor 20 april 2003.¹⁴⁰ De doelstelling van deze richtlijn is het behouden en waarborgen van een financiële stabiliteit binnen de verzekeringsmaatschappijen. De Richtlijn tracht dit waar te maken zonder technische uitvoeringsmaatregelen vast te stellen, maar enkel door kernbeginselen en respectievelijk richtsnoeren in te voeren. Het introduceren van het eenheids- en universaliteitsbeginsel heeft ertoe geleid dat slechts één lidstaat bevoegd kan zijn voor de procedure, ongeacht er meerdere vestigingen in verschillende lidstaten zijn.

¹³⁷ Richtl. Raad nr. 2001/17/EG, 19 maart 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van verzekeringsondernemingen, *Pb.L.* 20 april 2001, afl. 110/28.

¹³⁸ Richtl. Raad nr. 2001/24/EG, 4 april 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van kredietinstellingen, *Pb.L.* 5 mei 2001, afl. 125, 0015-0023.

¹³⁹ EER-lidstaat is een lidstaat binnen de Europese Economische Ruimte.

¹⁴⁰ B. WESSELS, "European insolvency law: Sleeping beauty has woken up", *European Company Law* 2005, afl. 2, 49.

In tegenstelling tot de oplossing van Verordening 1346/2000 zal er geen sprake zijn van secundaire procedures, maar zal er sprake zijn van wederzijdse erkenning en zullen de maatregelen rechtstreeks toepasselijk zijn op de vestigingen.¹⁴¹

De richtlijn bepaalt welk recht van toepassing zal zijn op de reorganisatie- of insolventieprocedure. Deze nationale rechter zal dan de volledige procedure leiden: de opening, de uitvoering en de sluiting volgens de wettelijke bepalingen neergelegd in artikel 9, voor zover andere aspecten niet uitdrukkelijk werden toegewezen aan een andere lidstaat door de contractspartijen.

De opstellers van de richtlijn hebben geprobeerd de bescherming van de polishouder te harmoniseren in artikel 10. Dit is gedeeltelijk geslaagd, maar niet volledig aangezien de richtlijn twee wijzen van bescherming noemt in dit artikel, waarbij iedere lidstaat één mogelijkheid moet kiezen. De richtlijn stelt twee opties voor: (i) verzekeringsvorderingen zijn bevoorrecht boven alle andere vorderingen wanneer zij betrekking hebben tot de activa ter dekking van de technische voorzieningen of (ii) verzekeringsvorderingen met betrekking tot het gehele vermogen van de verzekeringsonderneming bevoorrecht boven alle andere vorderingen. De mogelijke uitzonderingen hierop zijn vorderingen van werknemers, van de fiscus, van sociale zekerheidsstelsels en vorderingen op activa waarop een zakelijk recht gevestigd is.¹⁴²

We kunnen opnieuw vaststellen dat deze richtlijn niet voorziet in een harmonisatie van nationale wetgeving. Desalniettemin voorziet de Richtlijn wel in een aantal onbetwistbare definities en zorgt ze voor een betere samenwerking tussen verschillende lidstaten door het invoeren van de verplichte uitwisseling van informatie en publicatie van de uitspraken. Daarnaast verstrekt zij een algemene regel wat betreft het toepasselijk recht, de 'lex fori concursus'. Dit impliceert dat een rechter zijn eigen nationaal insolventierecht mag toepassen op een procedure behandeld door hemzelf. Verder geeft de Richtlijn een enorme beleidsvrijheid aan de nationale rechter om 'iedere noodzakelijke maatregel te nemen' die hij nodig acht om de belangen van zwakkere partijen te waarborgen. Tenslotte geeft de wetgever nogmaals duidelijk aan in de overwegingen, dat deze Richtlijn niet tot doel heeft nationale wetgeving betreffende insolventieprocedures en saneringsmaatregelen te harmoniseren.¹⁴³

Evenwel is er de afgelopen jaren heel wat gewijzigd in het Europees verzekeringsinsolventierecht. Op 1 januari 2016 is de Solvency II-richtlijn in werking getreden.¹⁴⁴ Met de inwerkingtreding van deze Richtlijn zijn er ingrijpende wijzigingen geweest voor verzekeraars en herverzekeraars in Europa. De Richtlijn vervangt een groot aantal richtlijnen, waaronder Richtlijn 2001/17, die als Solvency I werden aangeduid.¹⁴⁵

¹⁴¹ K. SOULTATI, "Issues arising from EU law on reorganization measures and winding-up proceedings of insurance undertakings", 2009, <http://www.erevija.org/pdf/articles/eng/KonstantinaSoultatEng34-2009.pdf>.

¹⁴² A.J. BERENDS, "De richtlijnen sanering en liquidatie verzekeraars en banken", *TvI* 2002, p. 151.

¹⁴³ Overweging 8 en 9 van Richtlijn 2001/17.

¹⁴⁴ Richtl. Raad nr. 2009/38/EG, 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II), *Pb.L.* 17 december 2009, afl. 335/1.

¹⁴⁵ W.G. DE HAAN en J.T. KOOL, "Solvency II: een globale verkenning", *Tijdschrift voor Compliance* 2015, 326.

5.2.1 Wetgevingsproces Solvency II

De Europese ontwikkelingen spelen zich af op 3 niveaus. De Insolvency-Richtlijn werd in 2009 aangenomen en sindsdien enkele malen gewijzigd. In 2014 werd de Richtlijn Omnibus II ingevoerd, met als onderwerp: de uitbreiding van de van de European Insurance and Occupational Pensions Authority (kortweg "EIOPA"), de introductie van lange termijngarantiemaatregelen en de introductie van een overgangsrecht. In de Lamfalussy-indeling maken de Solvency II-richtlijn en de Omnibus II-richtlijn deel uit van het eerste niveau. Het omvat een kaderrichtlijn waarin de basisbeginselen en de uitvoeringsbevoegdheden werden vastgelegd. Deze Lamfalussy indeling focust zich voornamelijk op de instelling van een nieuw comité voor financiële diensten en de ontwikkelingen die zich voordoen op financiële markten waarbij het noodzakelijk is dat toezichthouders de financiële stabiliteit kunnen waarborgen.

Vervolgens wees de Europese Commissie op het belang van de toezichthouders. De Europese Commissie drong erop aan een wettelijk kader te creëren omtrent de werkzaamheden en samenwerking van de verschillende toezichthouders, alsook hun rol verder te verduidelijken om een verstoring in de financiële markt te vermijden. De Solvency II-richtlijn werd verder ingevuld door de Europese Commissie door middel van een uitvoeringsverordening die op 17 januari werd gepubliceerd in het publicatieblad van de Europese Unie. Dit zijn technische regulerings- en uitvoeringsnormen voor de EIOPA. Deze documenten van de Europese Commissie vormen samen niveau twee.

Tenslotte vermeldt de Solvency II-richtlijn op welke manieren de EIOPA de richtlijn verder ingevuld kan worden door regulerings- en uitvoeringsnormen voor te stellen. We kunnen spreken van een kaderwetgeving waarin door middel van deze reguleringsnormen een specifieke regelgeving verder uitgewerkt wordt. De uitvoeringsnormen daarentegen hebben tot doel meer conformiteit te brengen in de toepassing van de wetgeving. Deze nadere invulling door EIOPA is niveau drie van het wetgevingsproces.

Op nationaal niveau werd verwacht dat Richtlijn Solvency II uiterlijk tegen 31 maart 2015 zou worden omgezet in het nationaal recht en de bepalingen vanaf 1 januari 2016 van toepassing zouden zijn, na twee keer te zijn uitgesteld. De opbouw van de Solvency II-Richtlijn bestaat uit drie afzonderlijke pilaren die onderling één samenhangend geheel vormen. De eerste pilaar heeft betrekking op de financiële vereisten waaraan de verzekeraars dienen te voldoen en de kwantificeerbare risico's. Zo dienen de balansposten gewaardeerd te worden tegen de marktwaarde, waarbij wordt afgeweken van Solvency I, waar verzekeraars de mogelijkheid kregen verschillende waarderinggrondslagen te hanteren. Omtrent de solvabiliteitsvereisten wordt een onderscheid gemaakt tussen: het solvabiliteitskapitaalvereiste en het minimumkapitaalvereiste. De eerstgenoemde solvabiliteitskapitaalvereiste is afhankelijk van de omvang en complexiteit van de risico's, die de verzekeraar loopt. Dit dient een proportionele verhouding aan te nemen, met name hoe meer risico een verzekeraar loopt, hoe hoger de vereisten zijn. Deze berekening wordt uitgevoerd aan de hand van een standaardmodel.

De tweede pilaar steunt op het risicomanagement en bedrijfsvoering van een verzekeraar. Verzekeraars dienen te beschikken over een doeltreffende 'governancesysteem', waarbij de wetgever een gezonde en prudente bedrijfsvoering beoogt. De wetgever hanteert hier een aantal aanvullende vereisten waaraan de verzekeraars moeten voldoen, zoals onder meer: (i) over een risk managementsysteem te beschikken dat bestaat uit strategieën, processen en rapportageprocedures, (ii) de verzekeraar moet een systeem hanteren van interne controle, (iii) voorzien in een interne auditfunctie waarbij het governance-systeem wordt geëvalueerd, dewelke objectief en onafhankelijk dient te gebeuren en tenslotte (iv) de invoering van een 'actuariële functie'. Deze persoon met de nodige kennis van financiële wiskunde dient de technische voorzieningen te berekenen en na te gaan of de juiste methodieken en modellen worden gebruikt.

De derde pilaar bevat alle voorschriften omtrent de rapportage en openbaarmaking van informatie. De transparantievereiste wordt onderverdeeld in de openbare en vertrouwelijke rapportage. Jaarlijks dient de verzekeraar een minimale hoeveelheid aan informatie openbaar te maken in de jaarrekening en jaarverslag over zijn solvabiliteit en financiële positie.

De Europese wetgever heeft in deze richtlijn geopteerd voor een 'principle based approach'. Deze aanpak is gericht op beginselen, begrippen en meer algemene afspraken. In tegenstelling tot de 'rule based approach', dat voornamelijk bestaat uit specifieke regelgeving, is er in deze aanpak meer ruimte voor interpretatie. Men legt de nadruk op het behalen van bepaalde doelstellingen en finaliteiten.¹⁴⁶ Het voordeel van een op principes gebaseerde aanpak is dat het de toezichthoudende autoriteiten meer autonomie en flexibiliteit geeft. Het laat toe de interpretatie en implementatie van de Richtlijn over te laten aan de verzekeringsondernemingen zelf.

De Solvency II-Richtlijn is een maximale harmonisatie van nationaal recht. Het creëert een 'level playing field' over de nationale grenzen heen. Met deze richtlijn streeft men naar een betere werking van de interne verzekeringsmarkt en zorgt voor een betere bescherming van verzekeringsnemers en begunstigten. Deze maximumharmonisatie vinden we terug onder andere in de solvabiliteits- en transparantievereisten. Wanneer Europese lidstaten de Richtlijn omzetten naar nationale wetgeving is het niet mogelijk extra regels toe te voegen of bepalingen strenger te maken, met andere woorden: 'Gold plating' is bij deze onderdelen niet mogelijk. Echter, wanneer we de Richtlijn verder bestuderen kunnen we opmerken dat in sommige uitdrukkelijk gedefinieerde gebieden, de lidstaten toch de mogelijkheid hebben zelf te bepalen hoe zij bepaalde vereisten implementeren.

Titel IV van de Richtlijn betreft de sanering en liquidatie van verzekeringsondernemingen. De nationale wetgeving omtrent saneringsmaatregelen en liquidatieprocedures is nog niet geharmoniseerd. Dit vinden we opnieuw terug in overweging 117 dewelke bepaald dat:

¹⁴⁶ H. COUSY en M. DREESEN, " De bredere effecten van Solvency II in België", in J. ROGGE (ed.), *Solvency II en IFRS. Een nieuwe solvabiliteitsregeling voor de verzekeringssector*, Mechelen, Kluwer, 2009, 149.

"Aangezien de nationale wetgeving betreffende saneringsmaatregelen en liquidatieprocedures nog niet is geharmoniseerd, dienen in het kader van de interne markt de wederzijdse erkenning van in de lidstaten geldende saneringsmaatregelen en liquidatieprocedures ten aanzien van verzekeringsondernemingen en de noodzakelijke samenwerking te worden gewaarborgd, waarbij rekening wordt gehouden met de voor dergelijke maatregelen geldende beginselen van eenheid, universaliteit, coördinatie en openbaarmaking, en met gelijke behandeling en bescherming van verzekeringsschuldeisers."

Ook in deze Richtlijn tracht de wetgever de financiële stabiliteit van de ondernemingen in stand te houden, dit komt tot uiting in overweging 118: *" Er moet worden gegarandeerd dat de door de bevoegde instantie van een lidstaat vastgestelde saneringsmaatregelen die tot doel hebben de financiële soliditeit van een verzekeringsonderneming in stand te houden of te herstellen en liquidatie zoveel mogelijk te voorkomen, ten volle effect sorteren in het de Gemeenschap."*

5.3 Hoofdstuk 3: Richtlijn 2001/24/EG

Als gevolg van de financiële crisis en de turbulente ontwikkelingen van de laatste jaren, werd snel duidelijk dat er nood was aan een efficiënt wettelijk kader voor de insolventie van banken. Het enige Europees instrument dat ten tijde van de financiële crisis voorhanden was, was Richtlijn 2001/24/EG specifiek gericht op kredietinstellingen. Financiële instellingen hebben specifieke kenmerken en bevoegdheden die hen differentieert van gewone ondernemingen en waarvoor een specifiek insolventieregime wenselijk is.

Banken spelen een enorm belangrijke rol in de economie van een land door het verlenen van publieke diensten. Om deze speciale regelgeving te rechtvaardigen, onderscheidt E. HÜPKENS drie karakteristieke kenmerken, eigen aan financiële instellingen.¹⁴⁷ Het eerste kenmerk bestaat erin dat banken enerzijds strenge liquide verplichtingen hebben in de vorm van deposito's en anderzijds langlopende leningen geven die zeer moeilijk kunnen worden verkocht op korte termijn. Wanneer er een vertrouwensbreuk komt in het vermogen van de bank om haar betalingsverplichtingen na te komen, kunnen massale terugtrekkingen liquiditeitsproblemen veroorzaken en de solvabiliteit van de bank bedreigen. Ten tweede zijn de financiële diensten die banken bieden zoals het verstrekken van kredieten, het ontvangen van deposito's en het verwerken van betalingsverrichtingen fundamenteel voor het goed functioneren van de economie. Doorgaans blijven banken de voornaamste liquiditeitsbron voor financiële en niet-financiële instellingen. Tenslotte zijn banken enorm kwetsbaar en gevoelig voor het verlies van vertrouwen. Ieder gerucht of suggestie dat banken niet meer in staat zijn hun verplichtingen na te komen, kan leiden tot massale terugtrekkingen van de deposito's of de zogenaamde 'bank run', dewelke niet enkel zware gevolgen heeft voor de financiële instelling, maar ook voor de hele economie van een land.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Eva Hüpkens is Hoofd van het juridisch departement van de Zwitserse Federale Bankcommissie.

¹⁴⁸ E. HÜPKENS, " Insolvency – why a special regime for banks?" *Current developments in Monetary and Financial Law*, 2002, Vol. 3, 2-3. <http://ssrn.com/abstract=1751644>. (geraadpleegd op 4 mei 2017)

Een ander belangrijk aspect van de financiële crisis was de attitude van banken, die uitgingen van het "too-big-to-fail"-principe. Overheden hebben de laatste jaren vangnetten gecreëerd om de financiële stabiliteit van de kredietinstellingen te waarborgen. In geval van insolventie van banken of wanneer zij in zwaar weer terechtkomen, kunnen ze enerzijds beroep doen op overheidsgaranties zoals het depositogarantiestelsel en anderzijds beroep doen op de centrale bank als "lender of last resort". Het depositogarantiestelsel is een vangnet waarbij rekenhouders hun tegoeden, een vooraf vastgesteld maximumbedrag, terugbetaald krijgen van de bank in geval van faillissement.¹⁴⁹ Dit "moral hazard" gedrag zet grootbanken aan om meer risico te nemen, net omwille van deze impliciete verzekering.

Binnen de Europese Unie geldt sinds 2001 de Europese Richtlijn 2001/24/EG betreffende de sanering en liquidatie van kredietinstellingen. De richtlijn stelt de verwijzingsregels vast omtrent het toepasselijk recht bij insolventieprocedures van kredietinstellingen. De richtlijn bepaald in overweging 6 dat: "*de administratieve of rechterlijke instanties van de lidstaat van herkomst, dienen als enige bevoegd te zijn tot het vaststellen en uitvoeren van saneringsmaatregelen overeenkomstig de in deze lidstaat geldende wetgeving en praktijken.*" Met andere woorden de 'lex concursus' is bepalend voor zowel de procesrechtelijke als materieelrechtelijke gevolgen van een sanerings- of liquidatieprocedure.

Vervolgens vermeldt de Richtlijn expliciet dat het onmogelijk is, iedere materiële nationale wetgeving te harmoniseren. Om hieraan tegemoet te komen voorziet de wetgever in deze richtlijn, de wederzijdse erkenning en handhaving van de sanerings- en liquidatieprocedures jegens een kredietinstelling en haar bijkantoren.¹⁵⁰ De richtlijn biedt de nodige garantie dat kredietinstellingen en haar bijkantoren als één entiteit worden behandeld en door éénzelfde nationale insolventieprocedure wordt afgehandeld. De principes van eenheid en universaliteit staan hier centraal om een gelijke behandeling te waarborgen, ongeacht de verblijfplaats, woonplaats of nationaliteit.¹⁵¹ De Richtlijn biedt geen oplossing voor de bestaande heterogeniteit in de verschillende insolventiewetgevingen in de Europese Unie. Het voldoet niet aan de wens om nationale wetgevingen te harmoniseren en laat de beslissing om al dan niet in te grijpen over aan de nationale autoriteiten.¹⁵²

Op 15 mei 2014 heeft het Europees Parlement en de Raad een Richtlijn aangenomen "betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen", de Bankenafwikkelingsrichtlijn of de BRRD-Richtlijn.¹⁵³

¹⁴⁹ J. NICHOLAS and JR. KETCHA, "Deposit insurance system design and considerations", <http://www.bis.org/publ/plcy07o.pdf>, 223. (geraadpleegd op 4 mei 2017)

¹⁵⁰ Overweging 6 van Richtl. Raad nr. 2001/24/EG, 4 april 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van kredietinstellingen, Pb.L. 5 mei 2001, afl. 125, 0015-0023

¹⁵¹ T. BAXTER, J. HANSEN and J. SOMMER, "Two cheers for territoriality: An essay on International Insolvency Law." In *Am. Bank L.J.* 78, 2004, 58; R. LASTRA, "Northern Rock, UK bank insolvency and cross-border bank insolvency", *Journal of Banking Regulation*, 2008, Vol. 9, 175.

¹⁵² M. MARINC and R. VLABU, *The Economics of Bank Bankruptcy Law*, 2011, 34, https://www.dnb.nl/en/binaries/working%20paper%20310_tcm47-257056.pdf. (geraadpleegd op 4 mei 2017)

¹⁵³ Richtl. Raad nr. 2014/59/EU, 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijn 82/891/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU en 2013/36/EU en de

De Richtlijn moest worden omgezet naar nationale wetgeving voor 31 december 2014 en de lidstaten zouden de bepalingen moeten toepassen vanaf 1 januari 2015. Echter, zijn een aantal bepalingen pas van toepassing sinds 1 januari 2016, zoals onder meer de bail-in. Deze masterproef beoogt niet de verdere behandeling en uitwerking van deze richtlijn, maar wijst op de belangrijke recentelijke evolutie.

Richtlijn 2001/24/EG wordt niet door de BRRD opgeheven, maar wijzigt de definitie van saneringsmaatregelen. Saneringsmaatregelen worden van nu af aan omschreven als: "*maatregelen die bestemd zijn om de financiële positie van een kredietinstelling in stand te houden of te herstellen, en die van dien aard zijn dat zij bestaande rechten van derden kunnen aantasten, met inbegrip van maatregelen die opschorting van de betaling, opschorting van de executiemaatregelen of verlaging van de schuldvordering mogelijk maken.*" Vervolgens wordt ook de *ratione personae* in beide richtlijnen gelijkgeschakeld om een gelijke behandeling van schuldeisers te waarborgen. Richtlijn 2001/24/EG werd daarom verder uitgebreid naar beleggingsondernemingen en iedere andere financiële instelling die onder de afwikkelingsregeling valt.¹⁵⁴

Richtlijn 2014/59/EU betekent een aanzienlijke stap naar harmonisatie, zowel wat betreft de preventieve "early intervention" maatregelen als de effectieve afwikkelingsmaatregelen. Dit leidt tot een versterkte Europese Unie, een betere financiële stabiliteit en legt een grondige basis voor economisch herstel. De richtlijn bestaat uit minimumharmonisatieregels, die niet leiden tot een gehele centralisatie van de besluitvorming. De Richtlijn laat de nationale autoriteiten vrij in de toepassing van de instrumenten en het gebruik van nationale financieringsregelingen te bepalen. Zo beschikken de nationale autoriteiten over de nodige instrumenten om tijdig in te grijpen wanneer zich een kritieke en precaire situatie voordoet.

5.4 Hoofdstuk 4: Tussenbesluit

Zowel Richtlijn 2001/17/EG en 2001/24/EG vallen buiten het toepassingsgebied van de algemene Europese insolventieverordening. Beide richtlijnen zijn specifiek gericht op één welbepaald, duidelijk en afgebakend toepassingsgebied. De nationale toezichthoudende autoriteiten beschikken over een ruime bevoegdheid om, indien nodig, in te grijpen. Vervolgens heeft de Richtlijn met betrekking tot financiële instellingen specifieke kenmerken en bevoegdheden die hen differentieert van gewone ondernemingen en waarbij er een sterke correlatie is tussen de deze instellingen en de economische welvaart van een welbepaalde lidstaat.

Na een uitvoerige bestudering van beide richtlijnen, kunnen we vaststellen dat geen van beide Richtlijnen voorzien in een harmonisatie van het nationale materiële recht van de verschillende Europese lidstaten. Desalniettemin voorzien de richtlijnen wel in een betere samenwerking.

Verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees Parlement en de Raad, *Pb.L.* 12 juni 2014, afl. 173, 190.

¹⁵⁴ S. PAUWELS, *Bancair insolventierecht: Liquiditeits- en afwikkelingsmaatregelen*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 198-199.

Beide Richtlijnen voorzien niet in een harmonisatie van het nationale materiële recht van de verschillende Europese lidstaten. Desalniettemin voorzien de Richtlijnen wel in een aantal bepalingen die zorgen voor een betere samenwerking over de verschillende lidstaten. Dit gebeurt door het invoeren van een verplichte uitwisseling van informatie, het openbaar maken van de uitspraken en de wederzijdse erkenning en handhaving van de sanerings- en liquidatieprocedures volgens de principes van eenheid en universaliteit.

Er is de voorbije jaren heel wat inkt gevloeid omtrent de moeilijkheden die de bankensector tijdens de financiële crisis en in de nasleep hiervan te verwerken kreeg. Minder becommentarieerd, maar daarom niet minder belangrijk is de afhandeling van insolvente ondernemingen in de verzekeringssector. In beide sectoren kunnen insolventie en inadequaar toezicht desastreuze gevolgen hebben. Tijdens de financiële crisis van 2008 is gebleken dat men over een gedateerd solvabiliteitsraamwerk beschikte en werd het snel duidelijk dat een hervorming van de wetgeving nodig was. De nood aan een geharmoniseerde wetgeving, waarbij de fragmentering werd weggewerkt, drong zich alsmaar meer op. In de verzekeringssector is onlangs de Solvabiliteit II-richtlijn in werking getreden waarbij de wetgever tracht het toezichtskader te verbeteren en de regels te moderniseren om de financiële markt voor te bereiden op een eventuele tegenslag. In de bankensector daarentegen is de BRRD-richtlijn in werking getreden die zorgt voor effectieve afwikkelingsmaatregelen in de bankensector door onder meer de invoering van het depositogarantiesysteem. In deze nieuwe Richtlijnen werd geopteerd voor het harmoniseren van nationale wetgevingen, waarbij enerzijds in de Solvabiliteit II-richtlijn werd geopteerd voor een maximumharmonisatie en anderzijds in de BRRD-richtlijn gekozen werd voor een minimumharmonisatie, waarbij de nationale autoriteiten nog steeds beschikken over de nodige vrijheid met betrekking tot de implementatie. De stap naar een Europese éénmaking van het insolventierecht is hierdoor gezet.

6.1 Hoofdstuk 1: Inleiding

De internationalisering van het handelsverkeer over de grenzen heen zorgt ervoor dat slechts weinig insolventieprocedures een puur nationaal karakter hebben. Tegenwoordig vertonen de activa en passiva van de schuldenaar en de procedures zelf vaak internationale elementen. Een pure nationale benadering is bijna onmogelijk geworden en is niet in overeenstemming met de beginselen van de Interne Markt. Hoewel de Europese insolventieverordening onlangs is gemoderniseerd voorziet zij niet in een harmonisatie van het materiële insolventierecht en bestaan er nog altijd grote verschillen in wetten en regels. Daarom heeft de Europese Commissie op 22 november 2016 een nieuwe richtlijn voorgesteld om de verschillende nationale rechtsordes op elkaar af te stemmen.¹⁵⁵ Het accent van dit voorstel ligt op de preventieve reorganisatieprocedures en het verzekeren van een tweede kans voor ondernemers. Een eerdere aanzet werd gegeven in de Aanbeveling van de Commissie in maart 2014, inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie.

6.2 Hoofdstuk 2: Toelichting van het voorstel

Op 12 maart 2014 keurde de Europese Commissie een aanbeveling inzake herstructurering goed waarbij de wetgever ook aandacht had voor het recht op een tweede kans. Uit de Flash-Eurobarometer bleek dat maar liefst 43% van de Europeanen geen eigen onderneming willen starten uit angst voor een faillissement.¹⁵⁶ Vervolgens bleek ook dat de helft van de ondernemingen een korte levensduur heeft van minder dan vijf jaar.¹⁵⁷ De aanbeveling vroeg van de lidstaten enerzijds doeltreffende pre-insolventieprocedures in te voeren om levensvatbare schuldenaren te helpen en insolventie te vermijden, anderzijds vroeg de wetgever een tweedekansbeleid in te voeren zodat drie jaar na de insolventie kwijting wordt verleend aan de debiteur. De aanbeveling nodigde de lidstaten uit de vastgestelde beginselen uit te voeren uiterlijk twaalf maanden na de bekendmaking van de aanbeveling, waarna nadien de tenuitvoerlegging geëvalueerd werd. De tenuitvoerlegging werd twee keer geëvalueerd in 2015 en 2016. Uit de evaluatie bleek dat de aanbeveling een nuttig instrument was voor lidstaten die hervormingen aan het doorvoeren waren, evenwel was er geen sprake van een consistente hervorming in alle lidstaten. De oorzaak hiervoor was dat in een groot aantal lidstaten de hervormingen slechts gedeeltelijk uitgevoerd waren.¹⁵⁸ Aangezien deze aanbeveling niet wettelijk kon worden afgedwongen, opteert de wetgever nu voor een richtlijn. Hierdoor zullen de lidstaten verplicht worden deze bepalingen om te zetten in nationale wetgeving.

¹⁵⁵ Voorstel (Comm.) voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU, 22 november 2016, COM(2016) 723 def. – 2016/0359 (COD).

¹⁵⁶ Flash-Eurobarometer zijn ad hoc thematisch telefonische interviews. Deze worden uitgevoerd op verzoek van de Europese Commissie waarbij men zich concentreert op een welbepaald doelgroep. Hierdoor is men in staat relatief snel resultaten te verkrijgen. http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/flash_arch_en.htm (geraadpleegd op 9 mei 2017)

¹⁵⁷ Voorstel (Comm.) voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU, 22 november 2016, COM(2016) 723 def. – 2016/0359 (COD), 2.

¹⁵⁸ Voorstel (Comm.) voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU, 22 november 2016, COM(2016) 723 def. – 2016/0359 (COD), 9.

6.2.1 Herstructurering in een vroeg stadium

Er bestaan de dag van vandaag nog steeds lidstaten waar een bedrijf geen beroep kan doen op preventieve herstructureringsstelsels alvorens insolvent te worden. Bepaalde lidstaten hebben wel nieuwe herstructureringsprocedures ingevoerd, doch zijn deze vaak niet in overeenstemming met de aanbeveling. Wat betreft de duur, de uitzonderingen, het vaststellen van een herstructureringsplan door crediteuren, de vereiste meerderheden, de voorwaarden, et cetera varieert dit nog sterk van lidstaat tot lidstaat. Deze verschillen maken het onmogelijk om een grensoverschrijdend herstructureringsplan vast te stellen voor een groep ondernemingen. Het voorstel voorziet daarom in een 'adempauze' waarbij schuldeisers geen individuele executiemaatregelen kunnen nemen, zodat de herstructureringsonderhandelingen met de schuldenaar en schuldeisers in een relatief rustige omgeving kunnen plaatsvinden.

Hoe de herstructureringsprocedures worden geregeld heeft een directe uitwerking op het terugvorderingspercentage van de schuldeisers. Volgens de Wereldbank verschilt dit naargelang waar herstructurering de meest gebruikelijke insolventieprocedure is, hoe hoger het percentage hoe meer herstructureringen worden aangemoedigd. In België en Finland is dit 90% en in Kroatië en Roemenië 30%.¹⁵⁹

6.2.2 Tweede kans

De tweede focus ligt op het creëren van een tweede kans voor ondernemers. In het voorstel stelt de Europese Commissie voor dat natuurlijke personen die een onderneming uitbaten onder bepaalde voorwaarden vrijgesteld worden van hun schulden, na een maximumtermijn van drie jaar.¹⁶⁰ In vele lidstaten duurt het langer dan drie jaar vooraleer bonafide of betrouwbare ondernemers schuldenvrij zijn. Dit zorgt voor een inefficiënt tweedekansbeleid en heeft als gevolg dat ondernemers vast komen te zitten in een neerwaartse spiraal en naar de zwarte economie worden gedreven. In extreme gevallen kan het gebeuren dat ondernemers moeten uitwijken naar andere rechtsgebieden om toegang te krijgen tot voordelige rechtstelsels. Dit gaat uiteraard gepaard met hoge kosten en zullen wellicht enige tijd in die lidstaat gevestigd moeten zijn vooraleer ze kwijtschelding van schuld kunnen vragen.¹⁶¹ In de Nederlandse wetgeving is deze bepaling reeds geïmplementeerd in de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen.

Daarnaast is er in sommige lidstaten zelfs 'het vrij zijn van schulden' onvoldoende om opnieuw te starten met een onderneming. In bepaalde omstandigheden kan een beroepsverbod uitgevaardigd worden ongeacht of de ondernemer te goeder of te kwader trouw is.

¹⁵⁹ Voorstel (Comm.) voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU, 22 november 2016, COM(2016) 723 def. – 2016/0359 (COD), 3.

¹⁶⁰ Artikel 20 van het voorstel (Comm.) voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU, 22 november 2016, COM(2016) 723 def. – 2016/0359 (COD),

¹⁶¹ Voorstel (Comm.) voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU, 22 november 2016, COM(2016) 723 def. – 2016/0359 (COD), 4.

Het voorstel stelt voor dit beroepsverbod te beperken en af te stemmen op de kwijtingsperiode. Het is belangrijk de overmatige schuldenlast van de debiteur te beperken en een meer proportionele verhouding laten aannemen.

6.2.3 Doel en verenigbaarheid van het voorstel

Het doel van dit voorstel is opnieuw de verwezenlijking van de interne markt en het vrij verkeer van kapitaal dat hieruit voortvloeit. Vervolgens wordt het ondernemerschap en de economie gestimuleerd. Het wegnemen van belemmeringen, het minimaliseren van banenverlies en het minimaliseren van verliezen van de schuldeisers, het voorkomen van oninbare leningen en het vergemakkelijken van grensoverschrijdende herstructureringen komt de economie ten goede en zorgt voor een beter ondernemingsklimaat. De wetgever heeft in het voorstel een aantal gemeenschappelijke doelstellingen uitgewerkt in de vorm van kernbeginselen en voorziet waar nodig in meer doelgerichte regels om de herstructureringsprocedures efficiënter te maken. Dit zou leiden tot meer coherentie tussen de regelgevingsstelsels van de lidstaten, maar geeft terzelfdertijd ook flexibiliteit aan de lidstaten zodat ze de doelstellingen kunnen bereiken zonder hun hele nationale wetgeving om te gooien.

Het voorstel maakt een belangrijk onderscheid tussen de harmonisatie van belangrijke aspecten en de belangrijke problemen van het insolventierecht. Vooreerst is op te merken dat het voorstel geen harmonisatie beoogt van de belangrijke aspecten van insolventie, met name regels omtrent de voorwaarden voor het inleiden van procedures, de rangindeling van de vorderingen, de vorderingen tot nietigverklaring of een gemeenschappelijke definitie van insolventie.¹⁶² Nochtans heeft een groot aantal belanghebbende tijdens de openbare raadpleging geopperd voor een harmonisatie van enkele belangrijke aspecten van het insolventierecht, om meer grensoverschrijdende rechtszekerheid tot stand te brengen.¹⁶³ Toch zal het in dit huidig tijdsbestek en met de diversiteit aan rechtsstelsels die momenteel bestaan, enorm moeilijk zijn deze grote verschillen te overbruggen. Niet enkel de diversiteit maar ook de talrijke verbanden met andere aanverwante rechtstakken als onder meer: arbeids- en socialezekerheidswet, handelsrecht, vennootschapsrecht zou verregaande gevolgen hebben voor deze rechtsgebieden. Met andere woorden, een volledige harmonisatie is op dit ogenblik nog steeds een fictieve illusie.

¹⁶² Voorstel (Comm.) voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU, 22 november 2016, COM(2016) 723 def. – 2016/0359 (COD), 6.

¹⁶³ Commission staff working document (Comm.), Executive summary of the impact assessment accompanying the document: Commission Recommendation on a new approach to business failure and insolvency, 12 maart 2014, SWD(2014)62 final.

Juist omwille van de complexiteit van het insolventierecht ligt de nadruk in dit voorstel op de belangrijkste moeilijkheden die wel op een realiseerbare manier via harmonisatie kunnen worden aangepakt. Het is belangrijk om ondernemers in financiële moeilijkheden de kans te geven vroegtijdig te herstructureren. Om aan deze behoefte tegemoet te komen heft het voorstel de verplichting op waarbij het noodzakelijk was een insolventieprocedure in te stellen terwijl de herstructureringsprocedures nog hangende was.¹⁶⁴

Het geeft de debiteur een financiële 'adempauze' van maximum vier maanden. In deze periode mag geen enkele crediteur beslag leggen of uitvoeren. Het geeft de onderneming de kans in alle rust te onderhandelen en een eventueel akkoord te bereiken. Het doel dat de herstructurering voorziet zou tenietgedaan worden door het instellen van een insolventieprocedure.

Vervolgens heeft het voorstel een tweede bepaling ingevoerd om hieraan tegemoet te komen. Deze bepaling voorziet dat iedere transactie die gesloten werd met het oog op preventieve herstructurering van de debiteur beschermd wordt, indien deze te goeder trouw werd gesloten.¹⁶⁵ Deze regel komt tot uiting in artikel 16 van hoofdstuk 4: "*De lidstaten zorgen ervoor dat nieuwe en tussentijdse financiering voldoende worden aangemoedigd en beschermd. Nieuwe en tussentijdse financiering mogen met name niet als een voor de gezamenlijke crediteuren nadelige rechtshandeling nietig, vernietigbaar of niet niet-tegenwerpbaar worden verklaard in het kader van daaropvolgende insolventieprocedures, tenzij de transacties frauduleus of te kwader trouw werden uitgevoerd.*"

Een derde belangrijke wijziging heeft betrekking op de niet-instemmende minderheidscrediteuren. De onderhandelingen kunnen niet meer gedestabiliseerd worden door minderheidscrediteuren. Een herstructureringsplan moet verplicht worden goedgekeurd door de vereiste meerderheid in elke betrokken categorie. Een plan dat niet de vereiste steun heeft gekregen, kan toch nog door een gerechtelijke of administratieve instantie worden goedgekeurd, op voorwaarde dat ten minste één categorie heeft ingestemd met het plan en dat de niet-instemmende categorieën niet worden benadeeld. Dit noemt men de "*cram-down*" van niet-instemmende crediteuren. Wanneer blijkt dat de minderheden daadwerkelijk een niet te rechtvaardigen nadeel hebben geleden, kunnen de lidstaten een financiële compensatie overwegen. Deze compensatie wordt betaald door de schuldenaar of de schuldeisers die wel hebben ingestemd met het plan.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Artikel 6 lid 4 van het voorstel (Comm.) voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU, 22 november 2016, COM(2016) 723 def. – 2016/0359 (COD), 6.

¹⁶⁵ Voorstel (Comm.) voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU, 22 november 2016, COM(2016) 723 def. – 2016/0359 (COD), 7.

¹⁶⁶ Voorstel (Comm.) voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU, 22 november 2016, COM(2016) 723 def. – 2016/0359 (COD), 36.

Tenslotte voorziet het voorstel ook maatregelen die een rechtstreeks invloed hebben op de duurtijd van de procedures. Deze maatregelen hebben voornamelijk betrekking op de professionaliteit en specialisatie van de rechters en functionarissen, waarbij de lidstaat er moet op toezien dat iedere rechter en bevoegde instantie een behoorlijke opleiding heeft genoten, de nodige expertise heeft en zich gespecialiseerd heeft in de discipline van insolventie, meer bepaald in herstructurerings- en tweedekansbeleid. Het oprichten van gespecialiseerde rechtbanken met ervaren leden moet ervoor zorgen dat op een relatief korte termijn beslissingen kunnen worden gegeven, die significante economische of sociale gevolgen kan hebben. Dit heeft mede tot gevolg dat niet enkel de duurtijd maar ook de kosten gereduceerd worden.

Wat betreft de verenigbaarheid met bestaande bepalingen, komt dit voorstel niet in het vaarwater van andere Europese regelgeving. Op 26 juni 2017 zal Verordening (EG) nr. 1346/2000 vervangen worden door Verordening (EU) nr. 2015/848. Zoals eerder vermeld, handelt deze verordening over de rechterlijke bevoegdheid, het toepasselijk recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van insolventieprocedures. Deze Verordening zorgt voor een Europese erkenning van bestaande herstructurerings- en insolventieprocedures van lidstaten en verplicht lidstaten er niet toe te zorgen voor een preventief kader en tweekansenbeleid.¹⁶⁷ Het voorstel zou dus eerder een aanvulling zijn op Verordening 2015/848, waarin lidstaten minimumnormen en gemeenschappelijke doelstellingen vaststellen overeenkomstig de bepalingen van het voorstel. Wat betreft het wettelijk kader inzake financiële diensten zou dit voorstel geen afbreuk doen aan de specifieke regeling voor verzekerings- en kredietinstellingen.

6.3 Hoofdstuk 3: Tussenbesluit

Eind november 2016 heeft de Europese Commissie eindelijk een voorstel gepresenteerd omtrent de nieuwe aanpak van ondernemingen in moeilijkheden. Dit voorstel geeft uitwerking aan werk- en aandachtspunten, die in eerdere aanbevelingen waren verschenen. De voorgestelde richtlijn beoogt het creëren van gemeenschappelijk uitgangsbeginselen, het wegwerken van de verschillen in nationale wetgeving en het bevorderen van herstructurerings- en insolventieprocedures. De voorgestelde richtlijn kunnen we onderverdelen in drie pijlers. De eerste pijler richt zich specifiek op het creëren van gemeenschappelijke beginselen waarbij preventie hoog in het vaandel wordt gedragen. Ondernemingen krijgen de kans hun activiteiten voort te zetten en de jobs van werknemers worden behouden. De tweede pijler geeft ondernemers een tweede kans, zodat zij niet levenslang gestraft worden voor eerdere fouten en hieruit kunnen leren. Tenslotte streeft de Commissie in de derde en laatste pijler naar maatregelen waarbij lidstaten de efficiëntie van nationale herstructurerings- en insolventieprocedures kunnen vergroten, door onder meer gespecialiseerde rechters en rechtbanken in te zetten bij de afhandeling van deze procedures.

¹⁶⁷ Voorstel (Comm.) voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU, 22 november 2016, COM(2016) 723 def. – 2016/0359 (COD), 9-10.

Dit voorstel van de Europese Commissie zou een enorme vooruitgang betekenen bij het redden van ondernemingen in financiële moeilijkheden. Echter, moeten we dit voorstel met een kritische blik aanschouwen en ons de vraag stellen of de wetgever al dan niet doorschiet met zijn goede bedoelingen. De focus van dit voorstel is ondernemingen redden van een nakend faillissement en het behoud van banen. Maar een aantal auteurs zijn het niet eens over deze grondslag en pleiten voor een grondslag gebaseerd op het vergemakkelijken van vorderingen van de schuldeisers om deze eenvoudiger en flexibeler voldaan te krijgen. Daarnaast is de economische levensduur van een onderneming niet oneindig en heeft geen enkele onderneming enige garantie voor de toekomst. Tenslotte rijst de vraag of deze principes gelden voor alle ondernemingen of enkel voor de grote complexe ondernemingen op basis van de kosten en de eventuele wenselijkheid. Uiteindelijk blijft dit alsnog koffiedik kijken en zal de toekomst ongetwijfeld meer duidelijkheid brengen.

Conclusie

De herziening van de Insolventieverordening was onvermijdelijk. Sinds de Europese Unie een interne markt heeft gecreëerd, is er steeds meer sprake van grensoverschrijdende handel. Onvermijdelijk leidt dit ook tot meer grensoverschrijdende faillissementen. Zoals bleek uit deel III van de masterproef was Verordening nr. 1346/2000 gedateerd en voldeed ze niet meer aan de eisen van de moderne tijd. Uit verscheidene studies bleek dat er problemen waren met onder meer het toepassingsgebied, de regels betreffende de bevoegdheid voor het openen van een insolventieprocedure, de coördinatie tussen lidstaten en ontbrak een specifiek wettelijk kader voor multinationals of groepen ondernemingen.

De Europese Commissie heeft op 12 december 2012 haar voorstel tot herziening van de Verordening voorgesteld, waarbij de problemen omtrent de praktische toepassing en efficiëntie van de Verordening werden aangepakt. Dit voorstel was gebaseerd op basis van ervaringen van de actieve opvolging van de voorgaande jaren, de publieke consultatie en de impact assessment. Na een uitgebreid tripartiete overleg tussen het Europees Parlement, de Europese Commissie en de Raad is de langverwachte Verordening (EU) 2015/848 op 20 mei 2015 goedgekeurd en officieel gepubliceerd in het Publicatieblad op 5 juni 2015. De nieuwe Verordening is op 25 juni 2015 in werking getreden, maar zal pas van toepassing zijn op insolventieprocedures die na 26 juni 2017 worden geopend.

De vraag is nu natuurlijk in hoeverre de gewijzigde Europese Insolventieverordening 2015/848 voldoet aan de verwachtingen die de Europese Commissie had vooropgesteld. Deze eerste hoofdonderzoeksvraag werd beantwoord in deel IV van de masterproef. Zowel de Raad als het Europees Parlement heeft weinig gewijzigd aan het voorstel, waardoor Verordening 2015/848 de vooropgestelde doelstellingen waarborgt. Na een uitgebreide analyse van zowel het initieel voorstel van de Europese Commissie als de uiteindelijk wettekst, kunnen we concluderen dat deze inhoudelijk amper gewijzigd werd en zodoende veel gelijkenissen vertoont.

De tweede hoofdonderzoeksvraag werd opnieuw beantwoord in deel IV. Verscheidene studies drongen erop aan het nationaal materieel insolventierecht te harmoniseren. Dit kwam meermaals tot uiting in de Resolutie van het Europees Parlement en de Aanbeveling van het Europees Parlement. Dit zou leiden tot een betere werking van de Interne markt, met als gevolg dat de intracommunautaire handel toeneemt en de transactiekosten gereduceerd worden. Deze onderzoeksvraag werd opgelost aan de hand van de rechtsvergelijking in deel II. Het doel van de rechtsvergelijking was het onderzoeken of er gelijkenissen bestaan in de regelgevende principes van België, Nederland en het Verenigd Koninkrijk die een eerste stap kunnen betekenen naar een Europees insolventierecht. Na een grondige bestudering van Verordening nr. 2015/848 kunnen we concluderen dat geen enkel aspect van deel II werd geharmoniseerd in de nieuwe Insolventieverordening. De Europese wetgever heeft de opportuniteit om een Europees insolventierecht te creëren laten liggen.

In deel V van de masterproef stonden twee richtlijnen centraal, die niet binnen het toepassingsgebied van Verordening 2015/848 vallen, met name Richtlijn 2001/17/EG betreffende de sanering en de liquidatie van verzekeringsondernemingen en Richtlijn 2001/24/EG betreffende de sanering en liquidatie van kredietinstellingen. Beide richtlijnen zijn specifiek gericht op één welbepaald, duidelijk en afgebakend toepassingsgebied waardoor een op maat gemaakte richtlijn noodzakelijk was. Vervolgens hebben deze instellingen specifieke kenmerken en bevoegdheden die hen differentieert van gewone ondernemingen en waarbij er een sterke correlatie is tussen de deze instellingen en de economische welvaart van een welbepaalde lidstaat. Na een uitvoerige bestudering van beide Richtlijnen, kunnen we vaststellen dat geen van beide Richtlijnen voorzien in een harmonisatie van het nationale materiële recht van de verschillende Europese lidstaten. Desalniettemin voorzien de richtlijnen wel in een betere samenwerking.

Tenslotte is er op dit ogenblik een belangrijke evolutie aan de gang in de wereld van het Europees insolventierecht. Op 22 november 2016 heeft de Europese Commissie een nieuwe richtlijn voorgesteld waarbij de verschillende nationale rechtsordes op elkaar afgestemd worden. Het accent van dit voorstel ligt op de preventieve reorganisatieprocedures en het verzekeren van een tweede kans voor ondernemers. Een eerdere aanzet werd gegeven in de Aanbeveling van de Commissie in maart 2014, inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie. In dit voorstel is er wel sprake van enige harmonisatie van het nationaal insolventierecht, dat men tracht te verwezenlijken door het invoeren van minimumnormen en gemeenschappelijke doelstellingen. We kunnen met z'n allen reikhalzend uitkijken naar het verdere verloop van dit voorstel.

BIBLIOGRAFIE

Wetgeving

Europa

Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *Pb. L.*, 30 juni 2000, afl. 160/1.

Verord.Raad nr. 44/2001, 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb.L.* 16 januari 2001, afl. 12, 0001-0023. Verord.Raad nr. 1215/2012, 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking), *Pb.L.* 20 december 2012, afl. 351/1.

Richtl.Raad nr. 2001/24/EG, 4 april 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van kredietinstellingen, *Pb.L.* 5 mei 2001, afl. 125, 0015-0023.

Richtl.Raad nr. 2009/38/EG, 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II), *Pb.L.* 17 december 2009, afl. 335/1.

Richtl.Raad nr. 2001/17/EG, 19 maart 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van verzekeringsondernemingen, *Pb.L.* 20 april 2001, afl. 110/28.

Richtl. Raad nr. 2014/59/EU, 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijn 82/891/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU en 2013/36/EU en de Verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees Parlement en de Raad, *Pb.L.* 12 juni 2014, afl. 173.

Verord.Comm. nr. 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (herschikking), *Pb.L.* 5 juni 2015, afl. 141/19.

Verdrag van Brussel betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van 27 september 1968, *Pb.L.*, 31 december 1972, afl. 299, 32.

Directive (EC) ,r. 2008/94 of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 on the protection of employees in the event of the insolvency of their employer, *OJ. L.*, 28 October 2008, 36-42.

Voorstel (Comm.) voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures, 12 december 2012, COM(2012) 744def. – 2012/0360(COD).

Voorstel (Comm.) voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU, 22 november 2016, COM(2016) 723 def. – 2016/0359 (COD).

Commission staff working document (Comm.). Executive summary of the impact assessment accompanying the document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, 12 december 2012, SWD(2012)0417 def.

Commission staff working document (Comm.). Impact Assessment: Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, 12 december 2012, SWD(2012) 416 final.

DIRECTOR-GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, POLICY DEPARTMENT CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS (C), LEGAL AND PARLIAMENTARY AFFAIRS, *Note on the Harmonisation of Insolvency Law at EU level*, April 2010, PE 419.633.

Med. (Comm.) omtrent een nieuwe Europese aanpak van faillissementen en insolventie, COM(2012)0472def.

Med. (Comm.) aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal comité over een nieuwe Europese aanpak van faillissementen en insolventie, 12 december 2012, COM(2012) 742 def.

Res. (EP) with recommendations to the Commission on insolvency proceedings in the context of EU company law, 15 november 2011, P7_TA(2011)0484.

Wetgevingsres. (EP) over het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1346/2000 betreffende insolventieprocedures, 5 februari 2014, COM(2012)0744- C7-0413/2012-2012/0360(COD).

Commission Recommendation of 12 March 2014 on a new approach to business failure and insolvency, COM(2014), 1500.

België

Wet van 31 januari 2009 betreffende de Continuïteit van de Ondernemingen, *BS* 9 februari 2009, 8436.

Wet van 27 mei 2013 tot wijziging van verschillende wetgevingen inzake de continuïteit van de ondernemingen, *BS* 22 juli 2013.

Rechtspraak

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

HvJ C-396/09, *Interedil Srl t. Fallimento Interedil Srl en Intesa Gestione Crediti SpA*, 2011, *Jur.* I-09915.

HvJ C-339/07, *Christopher Seagon/Dekon Mary Belgium NV*, 2009, ECLI:EU:C:2009:83.

HvJ C-116/11, *Bank Handlowy w Warszawie SA and PPHU/ Ryszard Adamiak v Christianapol sp.z.oo*, 2012, ECLI:EU:C: 2012:739.

Rechtsleer

Boeken

CORNELIS, L., "Persoonlijk over schade en de aansprakelijkheidsvordering van de curator" in X, *Liber Amorum Yvette Merchiers*, Brugge, Die Keure, 2001, 72.

COUSY, H., DREESSEN, M., " De bredere effecten van Solvency II in België" in J. ROGGE (ed.), *Solvency II en IFRS. Een nieuwe solvabiliteitsregeling voor de verzekeringssector*, Mechelen, Kluwer, 2009, 200 p.

FLETCHER, I.F., and WESSELS, B., *Harmonisation of Insolvency Law in Europe*, Deventer, Kluwer, 2012, 135 p.

HESS, B., OBERHAMMER, P., PFEIFFER, *European Insolvency Law, The Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report*, United Kingdom, Hart Publishing, 2015, 1034 p.

MCBRYDE, W., FLESSNER, A., KORTMANN, S.C.J.J. (eds.), *Principles of European Insolvency Law, Series Law of Business and Finance*, Nederland, Kluwer Legal Publishers, 2003, vol. 4, www.iiiglobal.org.

MARSALL, J., *European cross-border insolvency: a guide to insolvency procedures across the European Union*, London, Allen & Overy, 2002, 383 p.

PAUWELS, S., *Bancair insolventierecht: Liquiditeits- en afwikkelingsmaatregelen*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 520 p.

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

SAGAERT, V., "Kroniek Internationaal Insolventierecht", in B. ALLEMEERSCH en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 242 p.

VAN CALSTER, G., *European Private International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 340 p.

VAN GERVEN, W., "L'harmonisation du droit des contrats en Europe. *Rapport Introductif* in C. JAMIN en D. MAZEAUD, *L'harmonisation du droit des contract en Europe*, Parijs, Economica, 2001.

VIRGOS, M., en SCHMIT, E., "Ontwerprapport Virgos/Schmit bij het verdrag betreffende insolventieprocedures" in B.WESSELS, *International Insolvency law*, Deventer, Kluwer, 2006, 670 p.

WESSELS, B. , *De onafhankelijkheid van de faillissementscurator: Preadvies Christen Juristen Vereniging 2013*, Universiteit Leiden, 2013.

WESTBROOK, J.L., BOOTH, C.D., PAULUS, C.G. and RAJAK, H., *A global view of business insolvency systems*, Washington D.C, Martinis Nijhoff Publishers, 2010, 300 p.

Tijdschriften

BAXTER, T., HANSEN, J. and SOMMER, J., "Two cheers for territoriality: An essay on International Insolvency Law" In *Am. Bank L.J* 78, 2004, 58; R. LASTRA, "Northern Rock, UK bank insolvency and cross-border bank insolvency", *Journal of Banking Regulation*, 2008, Vol. 9, 175.

BERENDS, A.J., "The EU insolvency regulation: some capita selecta", *NILR* 2010, LVII, 423-442.

BERENDS, A.J., " De richtlijnen sanering en liquidatie verzekeraars en banken", *TvI* 2002, p. 151.

CRIVITS, R., PERSYN, C., " Voortgezette arbeidsovereenkomsten bij faillissement", *NJW* 2013, 431.

DAMSTEEGT-MOLIER, F., " Derdenbescherming na een vernietiging op grond van de action pauliana: vreemde eend in de bijt?" *WPNR* 2008,1.

KATZ, A., SHAH, D., " Scheme of Arrangement: An English Law Cram Down Procedure", *Mayer-Brown*, 2012.

HUPKENS, E., " Insolvency-why a special regime for banks?" *Current developments in Monetary and Financial Law*, 2002, Vol. 3, 2-3.

LEONARD, B., " Restructuring & Insolvency 2017", *Law Business Research* 2016, 158.
http://www.freshfields.com/uploadedFiles/SiteWide/Campaigns/R_and_I/Content/England%20and%20wales%202014.pdf

MARESCEAU, K., " Het arrest Burgo Group: een verdere verduidelijking van de Europese Insolventieverordening", *TRV* 2015, 115-116.

MARNEFFE, W., VEREECK, L., " De kosten van wetgeving: taxonomie", *T.v.W* 2008, afl. 1, 4-5.

PAYNE, J., " Cross-border Schemes of Arrangement and Forum Shopping", *European Business Organization Law Review*, 2013, 564.

VAN CALSTER, G., "COMIng, and here to stay. The review of the European Insolvency Regulation", *European Business Law Review*, 2016, p. 743-745.

VAN HOE, A., "Naar een Europees insolventierecht", *RW* 2016-17, afl. 23, 882.

VANANROYE, J., "Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en -handhaving", *TVR* 1999, 159.

VRIESENDORP, R., HERMANS, R., DE VRIES, K., "herrijking faillissementsrecht en het informeel akkoord: gemiste kans of opportunity voor een Nederlandse scheme of arrangement?" *TVI* 2013/12.

WESSELS, B., "Harmonization of Insolvency Law in Europe", *European Company Law* 2011, vol. 8, Afl. 1, 27-31.

WESSELS, B., "Corporate migration or COMI manipulation?", *Ondernemingsrecht* 2008-1, 34-35.

WESSELS, B., "Beschikken door de failliet en betalen aan de failliet", *RVA* 2008/3, 22-23.

WESSELS, B., "European Insolvency Law: Sleeping beauty has woken up", *European Company Law* 2005, afl. 2, 49.

Andere bronnen

Comm., *Persbericht: Commissie vraagt inbreng van het publiek over Europese aanpak van insolventie van ondernemingen*, 5 juli 2013, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-655_nl.htm.

HESS, B., OBERHAMMER, P., PFEIFFER, T., PIECKENBROCK, A., and SEAGON, C., *External Evaluation of Regulation 1346/2000 on Insolvency Proceedings*, December 2012, http://ec.europa.eu/justice/civil/files/evaluation_insolvency_en.pdf.

NICHOLAS, J, and KETCHA, JR., "Deposit insurance system design and considerations", <http://www.bis.org/publ/plcy07o.pdf>.

MARINC, M., VLABU, R., *The Economics of Bank Bankruptcy Law*, 2011, 34, https://www.dnb.nl/en/binaries/working%20paper%20310_tcm47-257056.pdf.

RHODIN, D., *A look at the recast EC regulation on insolvency proceedings- with particular focus on corporate insolvencies*, onuitg. Master of Laws Program Lund University, 2016, 4, <https://lup.lub.lu.se/student-papers/search/publication/8873823>.

SLAUGHTER and MAY, " An introduction to English Insolvency Law", May 2015, 9,
<https://www.slaughterandmay.com/media/251437/an-introduction-to-english-insolvency-law.pdf>.

SOULTATI, K., " Issues arising from EU law on reorganization measures and winding-up proceedings
of insurance undertakings", 2009,
<http://www.erevija.org/pdf/articles/eng/KonstantinaSoultatEng34-2009.pdf>.

<https://www.sgadvocaten.nl/wederkerige-overeenkomsten-ingeval-van-faillissement/>

https://graydon.be/sites/graydon/files/visual_select_file/Graydon%20Belgium%20Barometer%20faillissementen%20oktober%202016.pdf

Auteursrechtelijke overeenkomst

Ik/wij verlenen het wereldwijde auteursrecht voor de ingediende eindverhandeling:
De nieuwe insolventieverordening en harmonisatie van het nationale insolventierecht

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

Jaar: **2017**

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,

Schoemans, Ine

Datum: **15/05/2017**