

# Een geharmoniseerd Europees Insolventierecht?

## Verslag van de Jaarvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht (14 december 2012)

26

De auteurs doen verslag van de jaarvergadering van de Vereniging van Burgerlijk Recht, waar Prof. Wessels en Prof. Fletcher hun preadvies over de harmonisering van het Europees Insolventierecht verdedigden. Zij gaan hierbij in op de redenen voor harmonisatie, op de doeleinden en kans van slagen daarvan, en de wijze van harmonisatie. Tot slot stippen de auteurs het recente voorstel van de Europese Commissie ter moderisering van grensoverschrijdende insolventies aan.

### 1. Europese harmonisatiegedachte

Het kon bijna niet actueler. Twee dagen nádat de Europese Commissie zijn evaluatie van de Europese Insolventieverordening openbaarde,<sup>2</sup> stond ter jaarvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht het preadvies van prof. Wessels en prof. Fletcher over de harmonisering van het Europees insolventierecht centraal.<sup>3</sup> Dat voorstel van de Europese Commissie had overigens al eerder klaar moeten zijn: krachtens art. 46 EU-Insolventieverordening had de Europese Commissie op uiterlijk 1 juni 2012 verslag moeten uitbrengen van de ervaringen met de Insolventieverordening.<sup>4</sup> Vooruitlopend daarop vaardigde het Europees Parlement eind 2011 alvast een resolutie uit, waarin het Parlement onder de noemer van een 'EU Corporate Insolvency Framework' een aantal voorstellen tot harmonisatie van insolventierechtelijke onderwerpen benoemde.<sup>5</sup> Ook INSOL Europe, de vereniging voor insolventie-juristen, preludeerde op de evaluatie van de Insolventieverordening en bracht een Voorstel tot Herziening van de Europese Insolventieverordening uit, waarin onder andere wordt geadviseerd om de *UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency* in de Insolventieverordening op te nemen.

Internationaal insolventierecht is dus een 'hot topic'. Dat mag niet verbazen. De economische crisis leidt in Europa tot een groeiend aantal faillissementen: per jaar failleren in Europa thans ongeveer 200.000 bedrijven. Dat is in toene-

mende mate geen geïsoleerd nationaal probleem meer: 25% van de faillissementen hebben een grensoverschrijdend effect.<sup>6</sup> Bijvoorbeeld omdat een multinational of een internationale groep van ondernemingen failliet, of omdat schuldeisers gevestigd zijn in andere jurisdicties dan de failliet.

### 2. Het preadvies

Een actueel onderwerp dus, waar Wessels en Fletcher zich in hun preadvies voor geplaatst zagen. Zoals eerder in dit tijdschrift besproken,<sup>7</sup> plaatsen de preadviseurs de hiervoor genoemde resolutie van het Europees Parlement van november 2011 in hun preadvies centraal, gaan zij verder in op harmonisatie van onderdelen van het insolventierecht van de lidstaten, bespreken zij de voor- en nadelen van harmonisatie en de mogelijke rechtsgrondslagen daarvan, en gaan zij in op het hiervoor al vermelde voorstel van INSOL Europe en op (andere) bronnen van soft-law. De preadviseurs menen dat aan de hand van de volgende zeven indicatoren moet worden vastgesteld in welke situatie en in welke mate harmonisatie moet worden nagestreefd: 1. consistentie met internationale regelgeving; 2. overeenstemming over de basis voor Europese regelgeving en het doel hiervan; 3. een voorbereidend overzicht van bestaande harmonisatie; 4. formulering van beginselen zoals dat van rechtszekerheid; 5. flexibele regelgeving die gemakkelijk aan veranderde omstandigheden kan worden aangepast; 6. onderzoek naar de behoefte aan ingrijpen door de wetgever; en ten slotte 7. een eerlijke balans tussen de belangen van schuldeisers en anderen.<sup>8</sup>

### 3. De jaarvergadering

#### 3.1 Algemeen

Ter jaarvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht verdedigden de preadviseurs hun preadvies. Als gezegd, verkennen zij daarin de wenselijkheid en mogelijkheid van harmonisatie van het Europees insolventierecht. Bij harmonisatievragen draait het doorgaans om de volgende vragen: 1. waarom moet worden geharmoniseerd?; 2. welke doeleinden worden met harmonisatie nagestreefd en op welke grondslag?; en 3. op welke wijze moet worden geharmoniseerd? Wij zullen de discussieonderwerpen dan ook groeperen rond deze kernpunten en voegen daar nog aan toe de plannen van de Europese Commissie in het hiervoor al aangehaalde voorstel van eind december 2012.

1 H.N. Schelhaas & M.W. Scheltema zijn beiden bestuurslid van de Vereniging voor Burgerlijk Recht.

2 Proposal for a Regulation amending Insolvency Regulation 1346-2000, zie voor het persbericht: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-12-1354\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1354_en.htm).

3 I.F. Fletcher & B. Wessels, *Harmonisation of Insolvency Law in Europe*, Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2012 (hierna: Fletcher & Wessels 2012).

4 Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende Insolventieprocedures, *PbEG* 2000, L 160 van 30 juni 2000 (laatstelijk gewijzigd bij Uitvoeringsverordening van de Raad (EU) nr. 583/2011, *PbEU* 2011, L 160 van 18 juni 2011), en in werking getreden op 31 mei 2002.

5 Resolutie van 15 november 2011, nr. 2011/2006 (INI).

6 Cijfers afkomstig uit de Proposal for a Regulation amending Insolvency Regulation 1346-2000, d.d. 12 december 2012.

7 A.J. Berends & M.A. Broeders, 'Voorbereiding preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2012', *NTBR* 2012/9.

8 Fletcher & Wessels 2012, nr. 193 e.v.

### 3.2 *Waarom moet worden geharmoniseerd: forumshopping*

Het Europees Parlement heeft in zijn hierboven aangehaalde resolutie een aantal redenen aangegeven waarom het insolventierecht moet worden geharmoniseerd.<sup>9</sup> De preadviseurs tonen zich kritisch ten aanzien van een aantal van deze grondslagen, maar onderschrijven dat het tegengaan van *forumshopping* een reden kan vormen om het insolventierecht te harmoniseren.<sup>10</sup> Omdat insolventieprocedures in de diverse landen zowel materieel als formeel uiteenlopen, komt *forumshopping* in het insolventierecht voor: voor bedrijven met een potentieel hoge schuldenlast (zoals *private equity*-bedrijven) loont het de moeite om te bezien welke insolventieprocedure het meest voordelig is, bijvoorbeeld een procedure waarin schuldeisers zo weinig mogelijk controle hebben. Hoe meer de schuldenaar de controle kan uitoefenen, hoe beter. Door de Center of Main Interest (COMI) van een vennootschap tijdig te verplaatsen, zouden zo de vruchten kunnen worden geplukt van een voor de debiteur gunstiger insolventieprocedure, waarbij crediteuren worden benadeeld. Forumshopping wordt daarom als een van de belangrijke motieven gezien om tot harmonisatie van het insolventierecht over te gaan.

Zowel De Weijs (UvA en Houthoff) als Vriesendorp (Universiteit Tilburg) plaatsten kritische vraagtekens bij het negatieve effect van forumshopping. Dit fenomeen kan immers ook voordelen hebben: een gunstig insolventierecht klimaat kan als een aantrekkelijk exportproduct dienen, en bovendien is forumshopping een directe consequentie van de bevordering van het vrije verkeer binnen de EU. Forumshopping is, zo betoogden beide intervenienten, een 'fact of life', waar niet veel tegen is. Wellicht zou één grens moeten worden getrokken: forumshopping zou moeten worden tegengegaan als sprake is van misleiding.

De preadviseurs repliceerden door de negatieve consequenties van forumshopping, ook wel 'insolvency tourism' genoemd, te onderstrepen: een keuze voor een bepaald insolventierecht regime kan de crediteuren in aanzienlijke mate benadelen.<sup>11</sup> En natuurlijk, een gunstig insolventierecht kan als een aantrekkelijk exportproduct dienen, zoals de praktijk in het Verenigd Koninkrijk heeft laten zien. In de jaren 1998-2002, toen aldaar een snelle en soepele insolventieprocedure werd geïntroduceerd, zorgde dit voor een aanzuigende werking. Maar dergelijke praktijken leiden volgens de preadviseurs gemakkelijk tot manipulatie, en – wat ons betreft belangrijker – tot beschadiging van het gerechtvaardigd vertrouwen van schuldeisers, en dragen bovendien niet bij aan transparante insolventieprocedures. Dat is

nadelig en geeft aanleiding tot rechtsonzekerheid. Om deze redenen kan forumshopping in de ogen van de preadviseurs (terecht) wel één van de redenen vormen om tot harmonisatie over te gaan. Een geharmoniseerd insolventierecht zou de rechter volgens de preadviseurs de bevoegdheid moeten geven om *ex officio* te onderzoeken of de COMI van een vennootschap wel 'genuine' is. Forumshopping kan dan godeldeels worden voorkomen.

### 3.3 *De doeleinden en kans van slagen van een geharmoniseerd insolventierecht*

Zodra de vraag óf moet worden geharmoniseerd bevestigend is beantwoord, moeten de doeleinden van harmonisatie worden geïdentificeerd. Volgens Fletcher en Wessels moet het doel van een geharmoniseerd insolventierecht gelegen zijn in de maximalisatie van de waarde van het actief van de boedel, ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren. Een en ander moet op een transparante en efficiënte wijze geschieden, zo propageren Fletcher en Wessels, opdat het voor alle belanghebbenden helder is welke stappen kunnen worden ondernomen ten aanzien van bedrijven in betalingsmoeilijkheden en opdat eveneens duidelijk is welke remedies de schuldeisers ten dienste staan.<sup>12</sup>

Een behartigenswaardig doel, waar op het eerste gezicht niet veel tegen lijkt te kunnen worden ingebracht. Maar wel iets. Zo benadrukte De Weijs (Houthoff en UvA) dat een dergelijk streven niet te eindimensionaal moet worden benaderd, vooral niet ten aanzien van agressieve schuldeisers die door risicovol (overleveraged) financieren zelf mede debet zijn aan de insolventie en koste wat het kost destructief de maximale waarde van het actief willen laten realiseren, zonder dat hierbij voldoende acht wordt geslagen op de instandhouding van waardevolle bronnen, zoals IE-rechten. Tegen het ook ter vergadering opgeworpen punt dat getuige de populariteit van de Chapter 11-procedure een geharmoniseerde regeling ook moet zijn gericht op de ondersteuning van de sturende rol van de *debiteur*,<sup>13</sup> bracht Wessels in dat die Chapter 11-procedure niet meer een dergelijk karakter heeft: de huidige praktijk van de Chapter 11-procedure laat zich thans veeleer karakteriseren door het verkopen van het actief tegen een zo hoog mogelijke waarde.<sup>14</sup> Kritische kanttekeningen werden verder geplaatst bij de vraag of een geharmoniseerd insolventierecht wel realistisch is. Daarvoor is volgens Fletcher en Wessels onder meer een vergelijkbare opleiding van de belangrijkste actoren in faillissementen, zoals curatoren voor nodig, zodat zij op vergelijkbare wijze te werk gaan. Vriesendorp (Universiteit Tilburg) was kritisch: het verschil in achtergrond van de curatoren in de diverse lidstaten is daarvoor zijns inziens te groot (in sommige lidstaten worden veelal accountants als curator benoemd, terwijl andere lidstaten louter van juris-

9 Zie de preambule van de resolutie: 1. de interne markt zou profiteren van een *level playing field*; 2. forumshopping moet worden voorkomen; 3. als al niet tot gehele harmonisatie wordt overgegaan, dan moet een aantal kritische onderwerpen worden geharmoniseerd; 4. het nationale insolventierecht van de verschillende lidstaten vertoont in toenemende mate convergentie; daarom zullen harmonisatiepogingen worden ondersteund.

10 Fletcher & Wessels 2012, nr. 49 e.v.

11 Zie onder meer de *Schefenacker*-zaak, waarover B. Wessels, 'Corporate migration or COMI manipulation?', *Ondernemingsrecht* 2008/1, p. 34 e.v.

12 Zie voor het voorgaande Fletcher & Wessels 2012, onder meer in nr. 45 en – samenvattend – in nr. 148.

13 Zie ook A.J. Berends & M.A. Broeders, 'Voorbespreking preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2012', *NTBR* 2012/9.

14 In de Verenigde Staten wordt gewerkt aan een drastische vernieuwing van de Chapter 11-procedure, zie B. Wessels, 'Amerikaanse faillissementswetgeving op de schop', *Ondernemingsrecht* 2013/3, p. 116 e.v.

ten gebruik maken). Het scheppen van een gemeenschappelijke achtergrond en dus tot een echte eenwording van het insolventierecht zal dan ook moeilijk zijn.

De preadviseurs gaven te kennen daar geen principiële problemen in te zien: niet de opleiding, maar de functie als curator staat centraal. Zodra begonnen wordt bij de basis, en een richtsnoer wordt opgesteld ter verzekering van het eenvormig naleven van de Insolventieverordening (onder meer eenvormige interpretatie en het eenduidig gebruik van terminologie en door het opstellen van 'best practices'), gevolgd door trainingen aan rechters en practici, dan volgt een gemeenschappelijk referentiekader vanzelf. Evenmin zien zij bezwaren in de tegenwerping van Schmieman (Directie Wetgeving en Juridische Zaken van het Ministerie van Veiligheid en Justitie) dat, nu zelfs de *UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency* slechts in vijf landen is geaccepteerd, van een eenvormig insolventierecht weinig progressie kan worden verwacht: deze Modelwet is volgens Fletcher en Wessels weliswaar niet in alle landen formeel geaccepteerd, maar wordt wel vaak als basis gebruikt voor nieuwe wetgeving in bijvoorbeeld Spanje, Duitsland en België. Ook het Nederlandse Voorontwerp Insolventiewet – hoewel ingetrokken – is op de Modelwet gebaseerd. Kortom, de preadviseurs zijn optimistisch.

### 3.4 De wijze van harmonisatie

Als dan wordt geopteerd voor een geharmoniseerd insolventierecht, op welke wijze moet dat dan worden gerealiseerd? INSOL Europe stelt voor om de hiervoor genoemde Uncitral Modelwet in de Insolventieverordening op te nemen. Fletcher en Wessels zijn niet gecharmeerd van dit idee: aan de Modelwet kleven te veel nadelen, zoals inconsistenties met de Insolventieverordening. Zij stellen voor om éérs te bepalen wélk soort insolventieprocedure navolging verdient en wélke harmoniserende regels aangewezen zijn, en pas daarna te bezien welke vorm van EU-harmonisatie geëigend is (richtlijn, verordening, aanbeveling?): 'first the topic, then the preferred EU measure'. Bij het opstellen van de harmoniserende regels is het volgens Fletcher en Wessels noodzakelijk om ook specialisten van andere rechtsgebieden dan het insolventierecht in te schakelen: het insolventierecht is immers geen geïsoleerd terrein, maar grijpt direct in op privaatrechtelijke verhoudingen, terwijl ook het strafrecht invloed uitoefent. Wat betreft de wijze waarop een en ander moet worden geharmoniseerd suggereren Fletcher en Wessels om ook het contractenrecht te betrekken en te bezien op welke wijze daar harmonisatie-initiatieven zijn ontplooid: is het bijvoorbeeld verstandig om bij het insolventierecht ook met een *Draft Common Frame of Reference* te werken?

Aan de preadviseurs kan worden toegegeven dat het te prefereren is om éérs de inhoud adequaat vast te stellen, en dán pas te bezien welk format moet worden gebruikt om tot harmonisatie te geraken. Zoals Berend en Broeders in hun voorbespreking van het preadvies echter al terecht constateerden is daar natuurlijk wel een nadeel aan verbonden, dat verband houdt met het politieke karakter van de besluitvorming: het insolventierecht staat thans op de

agenda van de Europese politiek. Indien niet van dit momentum gebruik wordt gemaakt om enige regelgeving te initiëren, kan dat een aanzienlijke vertraging in een harmoniseringsproces tot gevolg hebben.

### 3.5 Het voorstel van de Commissie

Zoals hiervoor aangestipt, was het voorstel van de Europese Commissie ter modernisering van grensoverschrijdende insolventies nog geen twee dagen oud toen de Vereniging voor Burgerlijk Recht het preadvies van Fletcher en Wessels op de agenda had staan. Ter vergadering belichtte mr. Carriat van de Europese Commissie de hoofdpunten van dit voorstel. Het voorstel wordt ook wel aangeduid als het 'insolvency package' omdat het bestaat uit een aantal instrumenten: 1. een voorstel om de EU-Insolventieverordening te wijzigen; 2. een rapport over de toepassing van deze Verordening; 3. een Impact Assessment van de Verordening; en 4. een kennisgeving voor een nieuwe Europese benadering over 'business failure' en insolventie. Het zwaartepunt in de plannen van de Commissie komt hierbij te liggen op reorganisatie in plaats van liquidatie. De voorschriften uit de bestaande Insolventieverordening moeten volgens de Commissie dan ook in die zin worden gemoderniseerd, dat ze beter worden toegerust op grensoverschrijdende herstructureringsprocedures, op 'redding en herstel'. Volgens de Commissie is dat óók in het belang van schuldeisers, omdat de kans wordt vergroot dat zij hun vorderingen voldaan krijgen.<sup>15</sup> Veder (Radboud Universiteit Nijmegen) vroeg zich af hoe dit nieuwe voorstel, met een nadruk op herstructurering in plaats van liquidatie, door de preadviseurs werd gewaardeerd. Een en ander lijkt op het eerste gezicht namelijk niet direct verenigbaar met het doel dat Fletcher en Wessels voor ogen hebben. Verder valt op dat de Europese Commissie niet veel zegt over harmonisatie, afgezien dan van de enkele observatie dat harmonisatie op bepaalde punten 'worthwhile and achievable' is.

Fletcher en Wessels betuigden zich inderdaad niet onverdeeld gelukkig met het voorstel van de Europese Commissie: maximalisatie van het actief van de boedel moet het primaire doel zijn van insolventieprocedures. In een voorkomend geval kan reorganisatie van de debiteur worden nagestreefd, althans als dat bijdraagt aan een maximalisatie van het actief van de boedel. Is dat niet het geval, dan is een herstructurering niet realistisch, al zorgt dit op korte termijn wellicht voor het behoud van meer arbeidspotentieel. Verder is het volgens Fletcher en Wessels teleurstellend dat de Europese Commissie geen mededeling doet van volgende concrete stappen op het harmonisatievlak. Daar moet volgens de preadviseurs echter wel mee worden voortgegaan, waarbij de beide preadviseurs onzes inziens terecht aandacht vragen voor privaatrechtelijke input. Omdat het insolventierecht nu eenmaal direct ingrijpt op het privaatrecht, dienen privaatrechtelijke wetenschappers en practici meer te worden betrokken bij het formuleren van

<sup>15</sup> Zie in dit verband ook de brief van de Minister van Buitenlandse Zaken van 25 januari 2013 (*Kamerstukken II 2012/13, 22 112, nr. 1554*).

materiële regels op het gebied van het (ogenschijnlijk geïsoleerde) Europees insolventierecht.

#### 4. Slot

De jaarvergadering leverde een geslaagde bijeenkomst op, ook door de actualiteit van het onderwerp. De toelichting door een afgevaardigde van de Europese Commissie onderstreepte de actualiteitswaarde van het Europese insolventierecht. De vergadering bereikte echter geen algehele consensus over het doel van het faillissement en in het verlengde daarvan over het nut van harmonisatie. Dat neemt niet weg dat de preadviseurs ons inziens overtuigend hebben uiteengezet dat zeker binnen Europa aan verdergaande harmonisatie op het gebied van het faillissementsrecht niet valt te ontkomen, en dat privaatrechtelijke input nodig is.