

Voorbespreking preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2012

Bespreking van I.A. Fletcher en B. Wessels, *Harmonisation of Insolvency Law in Europe*

49

In deze bijdrage bespreken de auteurs het preadvies voor dat I.A. Fletcher en B. Wessels geschreven hebben voor de jaarvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht die plaatsvindt op 14 december 2012. Het thema van de preadviezen is 'Harmonization of Insolvency law in Europe'.

In 1890 schreef de Raad van State in zijn advies over het voorstel voor de Faillissementswet dat 'internationale faillissementseenheid een ideaal [is] dat vooreerst nog wel niet zal worden verwezenlijkt',³ en in 1967 merkte de President van de Rechtbank 's-Gravenhage nog op dat 'het laatste woord in de gecompliceerde materie van de zgn. universaliteitsleer nog niet is gezegd'.⁴ Aan hen beiden kunnen voorspellende gaven niet worden ontzegd. Het onderwerp van het Engelstalige preadvies van de twee preadviseurs is nog steeds, of wederom, actueel. Europa is hot en internationaal insolventierecht ook. Dit is in meer dan een opzicht waar. Europa worstelt zich door de financiële crisis. Een crisis die zich ogenschijnlijk als een veenbrand van financiële sector naar de nationale overheden heeft verplaatst en van *sovereign debt crisis* weer naar de financiële sector en de reële economie. De Europese Unie bevindt zich in een belangrijke fase van haar bestaan. Volgt een vlucht voorwaarts, dan zal verdere harmonisatie volgen. Het is ook het derde preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk recht op rij met een Europeesrechtelijke of supranationale inslag. Eerdere preadviezen hadden de Europeanisering van vermogensrecht⁵ en het EVRM en privaatrecht⁶ tot onderwerp. Ook de preadviseurs realiseren zich in hoofdstuk 1 de huidige economische realiteit en onderkennen daarvan ook de impact op het materiële recht doordat de financiële crisis en de daarvoor tot dusver geïdentificeerde oorzaken en knelpunten

wetgevers in verschillende jurisdicties tot actie hebben aangespoord, met name op het gebied van internationaal privaatrecht, maar ook op het gebied van het formele en materiële insolventierecht. Tegen deze achtergrond heeft de Vereniging voor Burgerlijk Recht de preadviseurs gevraagd zich te buigen over 'cross border and international insolvency law' met bijzondere aandacht voor het internationaal verband enerzijds en anderzijds aandacht voor onderwerpen met een sterkere invloed op (Nederlands) nationaal recht. Het internationaal insolventierecht is in beweging.⁷ Dit geldt ook voor het Europees internationaal insolventierecht, zo constateren ook de preadviseurs. Het is in 2012 10 jaar geleden dat de EU-Insolventieverordening van kracht werd.⁸ In art. 46 EU-Insolventieverordening is bepaald dat de Europese Commissie uiterlijk op 1 juni 2012 verslag zou doen over de ervaring met de Verordening aan onder meer het Europees Parlement. Deze deadline is niet gehaald. Daarop vooruitlopend heeft het Europees Parlement in 2011 een aantal belangrijke voorstellen tot harmonisatie van insolventierechtelijke onderwerpen gedaan.⁹ Daarbij gaat het ook om onderwerpen van materieel insolventierecht.¹⁰ Ook Insol Europe heeft vooruitlopend op de evaluatie van de EU-Insolventieverordening in mei 2012 een voorstel tot herziening van de EU-Insolventieverordening gepubliceerd. Daarin wordt ook uitvoerig stilgestaan bij de vraag of de UNCITRAL¹¹ Modelwet in de EU-Insolventieverordening moet worden opgenomen.¹² Dit voorstel zou ertoe leiden dat de UNCITRAL Modelwet rechtstreeks en onmiddellijk 'pan-europees' zou gelden en daarmee ook onderdeel zou worden van het Nederlandse internationale faillisse-

1 Mr. dr. A.J. Berends is werkzaam bij het Ministerie van Financiën. Hij is als Nederlandse delegatie ten nauwste betrokken geweest bij de totstandkoming van zowel de EU-Insolventieverordening als de UNCITRAL Modelwet.
2 Mr. M.A. Broeders is werkzaam als advocaat te Amsterdam.
3 'Advies van 24 juni 1890 van de Raad van State met betrekking tot een ontwerp van wet op het faillissement en de surséance van betaling', in: S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet, deel 2-II*, Zwolle: W.E.J. Tjeen Willink 1994, p. 291.
4 Rb. 's-Gravenhage (pres.) 17 mei 1967, *NJ* 1967/291.
5 A.L.M. Keise & P.M. Veder, *Europeanisering van vermogensrecht*. Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijkrecht, Deventer: Kluwer 2010.
6 G.E. van Maanen & S.D. Lindbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?* Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011.

7 Zo is in 1997 is de Uncitral Modellaw on Cross Border Insolvency tot stand gekomen. Sindsdien verschenen in 2004 de *Legislative Guide on Insolvency Law*, in 2009 de *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation* en in 2010 en 2011 respectievelijk de *Legislative Guide on Insolvency Law, Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency and The judicial Perspective*. Vgl. www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/insolvency/. De Modelwet is ondertussen in 20 jurisdicties geïmplementeerd.
8 Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende Insolventieprocedures, *PbEG* 2000, L 160 van 30 juni 2000 (laastelijk gewijzigd bij Uitvoeringsverordening van de Raad (EU) nr. 583/2011 van 9 juni 2011, *PbEU* 2011, L 160 van 18 juni 2011) in werking getreden op 31 mei 2002. De Verordening is niet van toepassing op Denemarken.
9 Resolutie van het Europees Parlement van 15 november 2011 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende insolventieprocedures in het kader van het vennootschapsrecht van de EU (2011/2006 (INI) - 15/11/2011 met als bijlage een rapport met daarin gedetailleerde uitwerking.
10 Zoals ook de preadviseurs onderkennen bevat de EU-Insolventieverordening op dit moment ook al materieel insolventierecht, namelijk in art. 7(2), 20, 29-35, 39 en 40.
11 United Nations Commission on International Trade Law.
12 *Revision of the European Insolvency Regulation, as provided by Insol Europe*, gepubliceerd door Insol Europe mei 2012.

mentsrecht. De preadviseurs kiezen er nadrukkelijk voor om zich in het preadvies verder te focussen op deze twee recente ontwikkelingen. In hoofdstuk 1 spitsen de preadviseurs zich verder toe op het toelichten van de inhoud van de resolutie van het Europese Parlement en de herzieningsvoorstellen van INSOL Europe, waaronder het voorstel tot opname van de UNCITRAL Modelwet in de EU-Insolventieverordening. Bij de bespreking van de Resolutie van het Europese Parlement leggen de preadviseurs zich nadrukkelijk een aantal beperkingen op. Dat kan ook eigenlijk niet anders. De voorstellen zijn omvangrijk en op onderdelen ook ingrijpend. Jammer is het wel. Zo laten zij de insolventie van natuurlijke personen buiten beschouwing en beperken zij zich tot ondernemingen, financiële instellingen uitgezonderd. De preadviseurs laten in hun preadvies ook buiten beschouwing de aanbevelingen van het Europese Parlement die zien op groepen van ondernemingen. Ditzelfde geldt ook voor de voorstellen van INSOL Europe hierover van de hand van Van Galen. Het hoeft geen betoog dat de behandeling van de insolventie van in een groep verbonden rechtspersonen in de praktijk een zeer belangwekkend onderwerp is. De realiteit is nu eenmaal dat een beetje onderneming – en dat zijn nu juist de insolventies waar de meeste waarde valt te behouden of te realiseren ten behoeve van stakeholders – in de regel door in een groep verbonden rechtspersonen wordt gedreven. Er zijn dus belangwekkende ontwikkelingen internationaal, ook voor het Nederlandse faillissementsrecht.¹³

In hoofdstuk 2 onderzoeken de preadviseurs methoden van convergentie van recht, zoals unificatie, harmonisatie en (be)nadering van rechtssystemen en hoe het proces van harmonisatie van Europees insolventierecht zich recentelijk heeft voltrokken. De term convergentie wordt door de preadviseurs voor het proces gebruikt waarbij rechtssystemen in lidstaten actief en passief naar elkaar toegroeien (de term 'harmonisatie' is binnen het jargon van de Europese Unie gereserveerd voor convergentie door Europese Richtlijnen). Dit vindt plaats tegen de achtergrond van de constatering dat het Europese Parlement in de Resolutie een aantal aanbevelingen doet voor onderwerpen waarop het nationale recht van de lidstaten zou moeten convergeren. Het Parlement stelt dat verschillen tussen de nationale insolventiesystemen van de lidstaten tot forumshopping leiden, wat klaarblijkelijk onwenselijk wordt geacht. Dit terwijl de interne markt van een level playing field zou kunnen profiteren doordat er nu competitieve voor- en nadelen zouden bestaan tussen ondernemingen drie cross border opereren en ondernemingen die dit niet doen. De preadviseurs lijken zich kritisch te tonen ten aanzien van de constatering in de Resolutie van het Europees Parlement dat er sprake is van voortgaande toenadering van de nationale rechtssystemen van de lidstaten. Vervolgens brengen de preadviseurs de verdragsrechtelijke basis in kaart op grond waarvan binnen de Europese Unie convergentie van recht kan plaatsvinden, waarbij zij ook stilstaan bij de betekenis van de beginselen

van subsidiariteit en proportionaliteit zoals die door de Europese wetgever in acht dienen te worden genomen. Zij constateren verder dat deze principes in recital 6 van de EU-Insolventieverordening tot uitdrukking zijn gebracht en dat deze principes ook door de Verordening worden gerespecteerd. Vervolgens staan de preadviseurs stil bij convergentie onder de vlag van UNCITRAL en de rol van softlaw zoals de UNCITRAL Modelwet als basis voor harmonisatie en bij de 'harmonisatie' initiatieven van de American Law Institute (ALI) op het gebied van grensoverschrijdende insolventies. Het hoofdstuk wordt afgesloten met twee conclusies 1. het gebruik van termen als convergentie en harmonisatie binnen de organen van de Europese Unie en instellingen als UNCITRAL en ALI is verschillend. Dat mag niet geheel verbazen, gezien de specifiek juridische context van de Europese Unie; 2. het internationaal insolventierecht kenmerkt zich door een vrij grote hoeveelheid softlaw. Daarbij kan als kanttkening worden geplaatst dat de UNCITRAL Modelwet het etiket softlaw, langzaamaan wel aan het ontgroeien is gezien het grote aantal staten dat deze Modelwet in hun nationale wetgeving hebben geïmplementeerd.

Aan de Resolutie van het Europese Parlement ging een rapport vooraf over de harmonisatie van insolventierecht op EU-niveau dat op verzoek van het Europese Parlement door INSOL Europe is opgesteld en in april 2010 is gepubliceerd.¹⁴ Dit rapport en de daarin opgenomen bevindingen nemen een belangrijke plaats in hoofdstuk 3 in dat dan ook als titel heeft 'Harmonisation of insolvency law in Europe'. Dit rapport wordt hierna, net als door de preadviseurs, aangeduid als de 'Note'. Doel en strekking van de Note was om vast te stellen of harmonisatie van insolventierecht op EU-niveau noodzakelijk en de moeite waard is. Daarnaast wordt in de Note onderzocht op welke wijze de aanname van gemeenschappelijke regels op het gebied van insolventierecht de harmonisatie van ondernemingsrecht binnen de EU kan faciliteren. Uiteindelijk worden in de Note zes onderwerpen geïdentificeerd die zich het meest voor harmonisatie zouden lenen: 1. de actoren bij insolventie, de verantwoordelijkheid en procedures voor het voorstellen, verifiëren, aannemen, aanpassen en vaststellen van de inhoud van reorganisatieplannen; 2. benadelende handelingen; 3. regels over de aanpassing en de beëindiging van overeenkomsten waaronder in het bijzonder arbeidscontracten; 4. regels met betrekking tot de coördinatie en effectieve reorganisatie van insolventieprocedures met betrekking tot verschillende economische entiteiten die tot dezelfde economische groep behoren, internationale holdingstructuren en de organisatie van financiële groepen op basis van businesslijnes; 5. de effecten van de opening van de insolventieprocedures op rechtszaken die direct of indirect samenhangen met een insolventieprocedure; en 6. de UNCITRAL Modelwet zou in zijn totaliteit moeten worden aangenomen.

¹³ F.M.J. Verstijlen, *Alles (te) rustig aan het wetgevingsfront*, TVI 2011/12.

¹⁴ www.insol-europe.org/eu-research/harmonisation-of-insolvency-law-at-eu-level.

Tegen de achtergrond van de Note bespreken de preadviseurs de Resolutie van het Europese Parlement en constateren zij dat de doeleinden van insolventierecht op zowel nationaal als Europees niveau daarin onvoldoende worden geïdentificeerd. De preadviseurs stellen dat het inherente doel van iedere insolventiewet de maximalisatie van de waarde van het actief van de boedel is ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren in een transparante voorspelbare en efficiënte manier. In internationale context menen de preadviseurs dat de twee overkoepelende hoofddoelen zouden moeten zijn de maximalisatie van waarde en het bewerkstelligen van een juiste administratie van de procedure. Deze doeleinden zijn behoorlijk abstract. Eigenlijk kan men daar natuurlijk niet tegen zijn. De kernvraag is hoe deze doeleinden het beste kunnen worden gerealiseerd. Daarin verschillen de insolventiesystemen binnen de Europese Unie. Daarbij lijkt in de praktijk in het kader van herstructureringen een praktische voorkeur te bestaan voor systemen waarin de debiteur een belangrijke (leidende) rol speelt. Anders laat zich de populariteit van de Amerikaanse Chapter 11 procedure en de daarop geïnspireerde procedures die in de afgelopen jaren in verschillende nationale insolventierechtssystemen van de lidstaten zijn gecreëerd niet goed verklaren.¹⁵

De preadviseurs tonen zich kritisch ten aanzien van de stelling van het Europese Parlement in de Resolutie dat de interne markt voordeel van een 'level playing field' zou hebben. Vervolgens staan de preadviseurs stil bij het fenomeen van 'forumshopping', en bij de verschillen in nationale insolventiesystemen en bespreken zij enkele individuele gevallen waarbij sprake is geweest van forumshopping. Zij constateren dat vele door private equity partijen in eigendom gehouden ondernemingen grote schuldenlasten hebben en dat het voor deze partijen interessant kan zijn om mogelijkheden te onderzoeken die er aan in de weg staan dat schuldeisers de controle grijpen. Eerlijk gezegd zien wij daar niet steeds een probleem. Uiteindelijk gaat het erom aan wie de waarde van de onderneming toekomt. Daarbij kan het zo zijn dat een onderneming na een reorganisatie weer buitengewoon winstgevend wordt. Doorslaggevend lijkt ons van welke partij de middelen afkomstig zijn om de herstructurering mogelijk te maken. Indien deze van de aandeelhouder afkomstig zijn, is voortdurende betrokkenheid van de aandeelhouder gerechtvaardigd. Daarmee is niet gezegd dat aan degene die de herstructurering mogelijk maakt een 'blocking vote' of iets dergelijks zou moeten worden gegeven, maar een systeem van 'checks and balances' waarbij op zorgvuldige en transparante wijze duidelijk wordt aan welke partijen de waarde van de onderneming toekomt en hoe deze waarde het beste kan worden gerealiseerd en toebedeeld, lijkt een goed vertrekpunt.

De preadviseurs staan er verder stil bij dat de insolventierechtssystemen van de lidstaten gedurende de laatste 10 jaar gemeenschappelijke kenmerken zijn gaan vertonen. Zij constateren dat in een groot aantal Europese landen recentelijk belangrijke wijzigingen van het insolventierecht hebben plaatsgevonden en dat ondanks onderliggende beleidsoverwegingen er in de meeste van deze jurisdicties sprake is van een welwillende attitude ten aanzien van 'corporate rescue procedures' als een alternatief voor liquidatie procedures.

In hoofdstuk 4 gaan de preadviseurs in op de mogelijke rechtsbases in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) om insolventierecht te harmoniseren. Ze constateren dat de rechtsbases in het VWEU niet specifiek betrekking hebben op de harmonisatie van het insolventierecht. Wel biedt art. 81 VWEU een basis voor regels betreffende de grensoverschrijdende aspecten van civiele procedures en toepasselijk recht. Volgens de preadviseurs verhindert niets in dat artikel de harmonisatie van materieel recht, dus ook niet van materieel insolventierecht. Art. 114 VWEU kan dienen als een rechtsbasis voor regels op het terrein van het instellen en de werking van de interne markt, al achten de preadviseurs de term 'interne markt' niet geheel duidelijk. Art. 288 VWEU ten slotte biedt aan de Commissie de bevoegdheid om onder andere verordeningen en richtlijnen voor te stellen.

In de al eerdergenoemde Note wordt aanbevolen dat met een richtlijn de diverse aspecten van de opening van een procedure worden geharmoniseerd. Dit geeft de preadviseurs aanleiding in hoofdstuk 5 te onderzoeken welke criteria in de insolventiewetten van de respectieve lidstaten worden genoemd. Zij onderscheiden criteria op basis van liquiditeit of cashflow, de balans en de vraag of de debiteur in de toekomst zal kunnen voldoen aan zijn verplichtingen; het eerste criterium is het meest gangbare. Vervolgens onderzoeken zij wie in de diverse lidstaten als curator kan worden benoemd. Meestal zijn dat professionele beroepsbeoefenaren in de private sector. In veel lidstaten moeten zij voldoen aan bepaalde vereisten om hun beroep te mogen uitoefenen.

Hoofdstuk 6 is een van de interessantste hoofdstukken en gaat in op de vraag of het wenselijk is dat de UNCITRAL Modelwet de verhouding tussen enerzijds EU-lidstaten en anderzijds derde landen regelt en zo ja, hoe dat zou moeten worden vormgegeven. Wij zullen iets langer stilstaan bij dit hoofdstuk. In een notendop komt de Modelwet erop neer dat een rechter een buitenlandse insolventieprocedure op verzoek van de curator kan erkennen wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Er is dus geen automatische erkenning zoals onder de EU-Insolventieverordening. Wanneer een buitenlandse insolventieprocedure eenmaal is erkend, heeft dat enkele automatische gevolgen, terwijl sommige andere gevolgen eerst dan intreden wanneer de rechter daartoe heeft besloten. Dat laatste is anders onder de EU-Insolventieverordening. Ten slotte kan de rechter gevol-

¹⁵ O.a. Duitsland, Frankrijk en Spanje hebben de afgelopen jaren ingrijpende wijzigingen van hun insolventierecht doorgevoerd. Vgl. ook het preadvies op p. 98, nr. 182.

gen die de erkenning heeft gekregen wijzigen of zelfs tenietdoen. Ook dat is een groot verschil met de EU-Insolventieverordening. De Verenigde Naties beveelt landen over de gehele wereld aan de Modelwet te incorporeren in hun eigen wetgeving.

Insol Europe heeft voorgesteld om een hoofdstuk aan de EU-Insolventieverordening toe te voegen, waarin de UNCITRAL Modelwet vrijwel letterlijk wordt opgenomen. De preadviseurs gaan uitgebreid op dit voorstel in. Zij voeren enkele bezwaren aan tegen het voorstel, maar deze hebben eerder betrekking op de uitwerking van het voorstel dan op de kern. Dat zij de kern van het voorstel van Insol lijken te steunen is verheugend. De Modelwet beoogt de deur open te zetten voor de 'goede' landen voor wat betreft de erkenning van insolventieprocedures en de deur dicht te houden voor 'landen met een andere rechtstraditie'.

Het eerste punt van kritiek van de preadviseurs heeft betrekking op de definitie van een insolventieprocedure:

"a collective judicial or administrative proceeding in a non-Member State, including an interim proceeding, pursuant to a law relating to insolvency in which proceeding the assets and affairs of the debtor are subject to control or supervision by a court from a non-Member State, for the purpose of reorganization or liquidation."¹⁶

Hun kritiek richt zich op de cursieve zinsnede en vragen zich af wat een 'law pursuant to insolvency' is. Het antwoord kan worden gevonden in de Guide to Enactment, een handleiding die UNCITRAL heeft geschreven om landen die de Modelwet implementeren behulpzaam te zijn.¹⁷ In § 23 van deze Guide to Enactment wordt opgemerkt dat het moet gaan om de wet van de staat waar de insolventieprocedure is geopend. De opstellers van de Modelwet en de Guide to Enactment hebben hun inspiratie deels gezocht in de voorloper van de EU-Insolventieverordening, een nooit geratificeerd Verdrag¹⁸, dat vrijwel identiek is aan de EU-Insolventieverordening, en het daarbij geschreven *Rapport Virgós-Schmitt*¹⁹. Zoals in hoofdstuk 5 van het preadvies wordt opgemerkt, verschilt het begrip 'insolventie' van land tot land. De opstellers van de Modelwet, en trouwens ook

die van de EU-Insolventieverordening, hebben niet ervoor gekozen het begrip 'insolventie' te definiëren. Voor de Modelwet zou dat als nadeel hebben gehad dat, wanneer de Modelwet zou worden geïncorporeerd in de nationale regels van een staat, die staat twee definities van 'insolventie' moet hanteren: één voor intern gebruik en één voor erkenning van buitenlandse insolventieprocedures. Daarom is in de Modelwet ervoor gekozen dat kan worden volstaan met te kijken naar het recht van het land waar de insolventieprocedure is geopend.

Een tweede punt van kritiek van de preadviseurs op het voorstel om de Uncitral Modelwet op te nemen in de EU-Insolventieverordening is dat insolventieprocedures betreffende sommige ondernemingen, bijvoorbeeld banken en verzekeraars, zijn uitgesloten. Binnen de Europese Unie valt daarvoor veel te zeggen, nu voor de erkenning van procedures betreffende deze twee typen ondernemingen tussen lidstaten onderling al richtlijnen bestaan. Dat geldt echter niet voor de relatie tussen de Europese Unie en derde landen. De kritiek is terecht, maar op het grote geheel is dit slechts een detail.

Een andere kwestie waarbij de preadviseurs stilstaan is de vraag of de opstellers van de Modelwet hebben gedacht aan de mogelijkheid om de bevoegdheid om buitenlandse insolventieprocedures te erkennen te concentreren bij een speciale rechter. Een dergelijke concentratie is echter te veel een binnenlandse aangelegenheid. De Verenigde Naties heeft zich terecht niet met die kwestie bemoeid. De preadviseurs noemen verschillende voordelen van een dergelijke concentratie. Een nadeel mag echter niet onvermeld blijven. Iedereen vindt zichzelf bijzonder. Wanneer een speciale rechter wordt benoemd voor de erkenning van buitenlandse insolventieprocedures, waarom dan niet ook een speciale rechter voor elk rechtsgebied dat zichzelf anders vindt dan de andere? Het gevaar van versnippering dat voor elk rechtsgebied een speciale rechter wordt ingesteld, ligt op de loer.

De preadviseurs merken terecht op dat de term 'centrum van de voornaamste belangen' in de EU-Insolventieverordening voor een ander doel wordt gebruikt dan in de UNCITRAL Modelwet. In de Insolventieverordening wordt de term gebruikt om de bevoegde rechter en in het kielzog daarvan het toepasselijke recht aan te wijzen, en om te bepalen van welke rechters de insolventieprocedures moeten worden erkend. In de Modelwet wordt de term uitsluitend voor erkenningsdoelen gebruikt. Zij betuigen hun instemming met een uitspraak van een Nieuw-Zeelandse rechter die overweegt dat men moet bedenken dat de term in de onderscheiden regelingen voor verschillende doelen wordt gebruikt.²⁰ Wij menen daarentegen dat het enkele feit dat de term deels voor verschillende doelen wordt gebruikt niet ertoe moet leiden dat de term verschillende betekenissen

¹⁶ Cursivering door ons, AJB en MAB.

¹⁷ Te vinden op www.uncitral.org.

¹⁸ Zie voor de Nederlandse tekst van het ontwerp-Verdrag A.J. Berends, *Het Europees Verdrag betreffende insolventieprocedures en de UNCITRAL Modelwet inzake grensoverschrijdende insolventie met elkaar vergeleken*, Deventer: Kluwer 1998, (preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Internationaal recht, Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, nr. 117), p. 301 e.v.; A.J. Berends, *Grensoverschrijdende insolventie*, Amsterdam: Nederlands Instituut voor het Bank- en Effectenbedrijf 1999, p. 279 e.v.; de Engelse tekst is gepubliceerd in I.A. Fletcher, *Insolvency in private international law*, Oxford: Clarendon Press 1999, Appendix II, p. 387 e.v.

¹⁹ Gepubliceerd in, bijv., R.J. van Galen, E.W.J. de Liagre Böhl & R.W. de Ruuk (red.), *Faillissementswet*, losbladige editie, achter het tabblad 'Internationale Regelingen', Deventer: Kluwer; B. Wessels, *Current Topics of international insolvency law*, Deventer: Kluwer 2004, p. 369 e.v.; G. Moss, I. Fletcher & S. Isaacs (red.), *The EC Regulation on insolvency proceedings*, Oxford: University Press 2009 (2nd edition).

²⁰ Re *Williams/Simpson*, HC HAM CIV 2010-419-1174 (12 October 2010), Heath J.

krijgt. De eveneens door de preadviseurs aangehaalde beslissing van een Engelse rechter die het laatste betoogt, spreekt ons dan ook meer aan.²¹

Tot slot stellen de preadviseurs dat de Uncitral Modelwet beter in een richtlijn dan in een verordening, in casu de Insolventieverordening, kan worden opgenomen om de relaties tussen enerzijds de EU-lidstaten en anderzijds derde landen te regelen. Dat zijn wij niet met hen eens. Een richtlijn moet worden geïmplementeerd, waardoor de kans bestaat dat er verschillen tussen de nationale wetten van de onderscheiden lidstaten ontstaan. Dat sommige lidstaten de Modelwet al hebben geïncorporeerd in hun nationale regels, is geen argument voor een richtlijn. Ook bij een richtlijn zullen de desbetreffende lidstaten hun nationale wetten moeten wijzigen voor zover deze afwijken van de Modelwet.

De preadviseurs adviseren dat Insol Europe teruggaat naar de tekentafel met het voorstel om de Uncitral Modelwet op te nemen in de EU-Insolventieverordening. Dat is niet verstandig. De geschiedenis van de harmonisatie van internationaalprivaatrechtelijke regels met betrekking tot insolventie leert dat men het nogal eens moet hebben van het momentum. De kritiepunten van de preadviseurs betreffen niet de kern maar details. Wanneer we lang zouden onderhandelen over de details, kan de stemming met betrekking tot de kern omslaan. Dan zijn we verder van huis. Beter op korte termijn een misschien niet geheel perfecte regeling dan een net iets betere regeling over vele jaren.

Hoofdstuk 7 is het afsluitende hoofdstuk van het preadvies. Onder verwijzing naar de prikkelende stelling van de Amerikaanse auteur Lynn LoPucki dat *'Harmonisation is a euphemism for forcing commercially less important countries to adopt remedies and priorities of the commercially more important countries'*²² komen de preadviseurs tot hun conclusies. De preadviseurs concluderen dat de stelling dat insolventierecht een instrument moet zijn voor het redden van ondernemingen op Unie-niveau volgens de preadviseurs bij afwezigheid van een onderbouwing betekenisloos en hopeeloos vaag is. Zowel met betrekking tot de betekenis van het begrip 'instrument' als ten aanzien van het begrip 'redding'. De preadviseurs stellen verder over de insolventie van *cross border*-groepen van vennootschappen, dat overwegingen daarover, zonder onderbouwing en/of zonder rekening te houden met andere ontwikkelingen ten aanzien van de verdere vorming en toekomst van het Europees vennootschapsrecht, onjuist zijn. De preadviseurs stellen nogal beeldend dat insolventie de rol van Assepoester krijgt toebedeeld in het voortdurende drama van de ontwikkeling van het Europese handelsrecht. Na de vraag wat de basis is voor verdergaande harmonisatie binnen het EU-verdrag,

adviseren de preadviseurs verdere studie. Voor zover het aankomt op het formuleren van het overkoepelende doel, constateren de preadviseurs dat daartoe waarschijnlijk nodig is een onderscheid te maken tussen liquidatieprocedures en reorganisatieprocedures. Voor de betekenis van deze termen verwijzen zij naar de UNCITRAL Legislative Guide.

De preadviseurs stellen dat waar er zo veel belangen op het spel staan (de contractuele positie van de verstrekkers van goederen en diensten, de belangen van cliënten met betrekking tot de ongestoorde voortzetting van de levering van goederen en diensten, werkgelegenheid, belastingbetalingen), verdere studie noodzakelijk is naar wat de redding van ondernemingen op Unie-niveau inhoudt of in zou moeten houden. De preadviseurs onderscheiden daartoe twee relevante gebieden: 1. de invloed van de aanvang van de herstructurering op bestaande rechten; en 2. de gevolgen van de herstructurering op de rechten na afloop.

Om het eerste gebied in kaart te brengen, is het volgens de preadviseurs nodig vast te stellen in hoeverre de verschillende nationale rechtstelsels op het gebied van insolventierecht ondertussen naar elkaar toe zijn geconvergeerd. Met betrekking tot het tweede gebied dient onderzoek te worden gedaan naar de relevante vereisten voor het openen van een procedure, de belangen waarop acht moet worden geslagen in het kader van een reorganisatie, de taken en rechten van bestuurders en de wijze waarop deze verschillende belangen tot elkaar staan. Volgens de preadviseurs is het daarvoor noodzakelijk dat niet-insolventiespecialisten worden geraadpleegd. In hun afsluitende opmerkingen stellen de preadviseurs zich de vraag of de positie van houders van zakelijke rechten niet te goed is beschermd. Voor de preadviseurs is een redelijke balans tussen de verschillende belangen die een juridisch systeem beoogt te beschermen, essentieel. Tot slot menen de preadviseurs dat voor harmonisatie noodzakelijk is dat er een daadwerkelijke Europese gemeenschap ontstaat van groepen van wetenschappers en in de praktijk werkzame juristen teneinde de benodigde studie te kunnen uitvoeren.

De preadviseurs hebben een zeer doorwrocht preadvies geschreven over harmonisatie, de huidige stand van zaken en de grondslagen voor verdere harmonisatie. Ook hebben de preadviseurs uitvoerig stilgestaan bij de initiatieven die op dit moment binnen de Europese Unie worden ondernomen om tot verdere harmonisatie te komen. Daarover zijn zij kritisch. De preadviseurs kan worden nagegeven dat niet over een dag ijs dient te worden gegaan in een omvangrijk en belangwekkend project als harmonisatie van het Europese insolventierecht. Maar tegelijkertijd dringt zich bij lezing toch enigszins de vraag op of er toch al niet wat stevige zichtbare en bruikbare sporen in het zand liggen. Kunnen die niet worden vervolgd? Is het nodig om een geheel nieuwe fundering aan te leggen of kan verder worden gebouwd op wat er al ligt? Ook de preadviseurs onderkennen dat het doel van ieder stelsel van Europees insolventierecht de maximering is van actief van de boedel ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren op een transparante, voorspelbare en efficiënte wijze, terwijl in een internationale context het overkoepelende doel tweeledig is: de maximalisa-

21 Re *Stanford International Bank Ltd.* (2010) EWCA Civ 137; (2011) Ch 33 at 54.

22 Lynn N. LoPucki, 'Global and Out of Control?', 79 *American Bankruptcy Law Journal* 2005, 79ff.

tie van de waarde van de failliete boedel en de juiste administratie van de procedure. Volgens de preadviseurs omvat het doel van maximalisatie van de waarde van de mondiale assets van een debiteur het behoud van de onderneming van de debiteur, indien gepast. En ook de preadviseurs constateren dat de ongestoorde continuïteit van de onderneming een *desiratum* op zichzelf is, omdat dit inhoudt: 1. een mogelijkheid van voortdurende werkgelegenheid; 2. continuïteit van management; 3. de mogelijkheid om, door goed management geleid, op efficiënte wijze alle beschikbare middelen in te zetten om de onderneming uit te oefenen; 4. dat een deel van de winst aan de aandeelhouder toekomt; en 5. de mogelijkheid om alle relaties van de onderneming met crediteuren en leveranciers van goederen en diensten voort te zetten. Van belang is dat overeenstemming wordt bereikt over het te bereiken doel. De kernvraag die voorligt of en wanneer het wenselijk is dat een onderneming wordt gered, en wie daartoe dan het voortouw moet nemen en welke partijen daaraan moeten bijdragen. Het antwoord daarop ligt voor de hand. Vanuit bedrijfseconomisch perspectief dient een onderneming te worden gered indien de going concernwaarde hoger ligt dan de liquidatiewaarde. Is dit niet zo, dan is liquidatie in het geval van een normale 'run-of-the-mill'-onderneming, in beginsel aangewezen. De bij de herstructurering betrokken stakeholders worden bepaald door het antwoord op de vraag waar de waarde 'breekt' in de 'schuld' of in de 'equity' en/of welke partij bereid is om additionele middelen ter beschikking te stellen. In feite is de schuldenaar rechtspersoon leidend voorwerp van het spel om de knikkers tussen de betrokken stakeholders. Daarom ook lijken procedures waar de schuldenaar het voortouw neemt goed te werken – de schuldenaar zelf vormt de linking-pin. Insolventierecht op Unie-niveau zou ook al een zeer nuttige rol spelen indien het in dit opzicht faciliterend zou werken, door een raamwerk te bieden. Dit geldt bijvoorbeeld voor de afwikkeling van de grensoverschrijdende insolventies van in een groep verbonden ondernemingen, of voor de erkenning van niet uit de Europese Unie afkomstige insolventies binnen de Unie. De preadviseurs constateren dat opname van de Modelwet via de Verordening een fout is, zowel door de aard van de Modelwet en het daarmee beoogde oorspronkelijke effect, als door de omstandigheid dat verschillende nationale lidstaten al eigen voorzieningen hebben getroffen in hun eigen nationale wetten. Deze conclusie kunnen wij niet onderschrijven. Zij staat ook haaks op een van de eigen conclusies van de preadviseurs, namelijk dat harmonisatie juist nuttig kan zijn voor lidstaten waar de nationale wetgever geen voorzieningen heeft getroffen. Het argument dat lidstaten reeds eigen voorzieningen hebben, achten wij evenmin overtuigend. Het is binnen Europa eerder regel dan uitzondering dat nationale lidstaten hun wetgeving in overeenstemming met het Europese recht moeten brengen.