

De Wet internationaal insolventierecht

Michael Veder*

In de elfde voortgangsbrief over het wetgevingsprogramma ‘Herijking faillissementsrecht’ heeft de toenmalige Minister voor Rechtsbescherming, Sander Dekker, aangegeven te overwegen bepalingen op het terrein van het internationaal insolventierecht op te nemen in de Faillissementswet.¹ Dit wetgevingstraject heeft als werktitel de ‘Wet internationaal insolventierecht’ meegekregen.² Er wordt in de literatuur al langer gepleit voor het introduceren van een coherent, efficiënt en doeltreffend stelsel van regels dat zich richt op de grensoverschrijdende gevolgen van insolventieprocedures waarop de EU Insolventieverordening niet van toepassing is.³ Het is hoog tijd dat de wetgever deze stappen zet. Het territorialiteitsbeginsel waar door de Hoge Raad tot op heden aan wordt vastgehouden,⁴ is niet meer van deze tijd en biedt geen duidelijk richtsnoer voor de bepaling van het toepasselijk recht op de veelheid aan vragen die zich in een grensoverschrijdende insolventieprocedure voordoen. Het leidt bovendien tot de onwenselijke situatie dat buitenlandse insolventieakkoorden in Nederland niet het gewenste en noodzakelijke effect hebben.⁵ De Brexit heeft de noodzaak van een dergelijke wettelijke regeling alleen maar urgenter gemaakt.

Deze special van het *NIPR* beoogt een bijdrage te leveren aan de gedachtenvorming over de inhoud en structuur van een dergelijke wettelijke regeling.

* Prof. mr. P.M. Veder is als hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder het insolventierecht, verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Radboud Universiteit, adviseur van RESOR N.V. en voorzitter van de Commissie Insolventierecht.

1 Voortgangsbrief programma herijking faillissementsrecht, 27 augustus 2019, p. 5, *Kamerstukken II* 2018-2019, 33 695, nr. 18.

2 Consultatiedocument betreffende het insolventierecht, par. 5.7 (te raadplegen via <https://www.internetconsultatie.nl/consultatieinsolventie>).

3 Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures, *PbEU* 2015, L 141/19 (hierna: Insolventieverordening of IVO II). Zie, onder meer, R.J. van Galen, ‘Waarom de UNCITRAL-modelwet?’, *FIP* 2020/181, p. 32; J.R. Berkenbosch & S.C. Pepels, ‘Het internationaal insolventierecht in beweging’, *TvI* 2018/51, p. 328-336; A.J. Berends, *Universele werking voor niet-EU insolventies?* (Preadvies 2016 voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijkend en Internationaal Insolventierecht), Den Haag: Boom Juridisch 2017; P.M. Veder, ‘Bob’s “Unvollendete”?’, in: B. van Santen & D. van Offeren (eds.), *Perspectives on international insolvency law: a tribute to Bob Wessels*, Deventer: Kluwer 2014, p. 140-151; M.L. Lennarts & P.M. Veder, ‘The Dutch Domestic Cross-Border Insolvency Framework (and Why it is Badly in Need of Reform)’, *International Insolvency Law Review* 2012, p. 220-233; P.M. Veder, ‘Plaats Nederland zich alsnog “aan de spits der moderne rechtsontwikkeling”?’, in: M.C. Bijl e.a. (red.), *Molengraaff 150 jaar: terugkijken en vooruitzien*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 195-207.

4 Zie HR 13 september 2013, *NIPR* 2013, 368, *NJ* 2014/454, m.nt. Th.M. de Boer, *JOR* 2014/50, m.nt. R.I.V.F. Bertrams (*Yukos*).

5 Zie daarover, bijvoorbeeld, Veder 2014, p. 142 (zie noot 3).

Lilian Welling-Steffens laat haar licht schijnen over de huidige stand van het commune internationale insolventierecht en doet voorstellen voor de hoofdlijnen van een nieuw in te voeren wettelijke regeling. Ook zij bepleit het verlaten van het territorialiteitsbeginsel. De Wet internationaal insolventierecht dient naar haar mening te voorzien in een regeling waarbij een buiten de Europese Unie geopende insolventieprocedure in Nederland kan worden erkend als universeel werkende hoofdinsolventieprocedure dan wel territoriale procedure, afhankelijk van de bevoegdheidsgrondslag van de buitenlandse rechter. Erkenning in Nederland dient steeds te zijn gebaseerd op een door de buitenlandse insolventiefunctionaris in te dienen erkenningsverzoek, dat wordt behandeld door één daartoe aan te wijzen rechtbank. Met betrekking tot de grensoverschrijdende gevolgen van een in Nederland of daarbuiten geopende insolventieprocedure bepleit zij een regeling die overeenkomt met de EU Insolventieverordening, maar met een aantal verduidelijkingen en verbeteringen. De door Welling-Steffens voorgestane regeling komt aldus min of meer overeen met de benadering die in het Voorontwerp Insolventiewet uit 2007 was gekozen.

Zoals in de toelichting bij titel 10 van het Voorontwerp Insolventiewet werd opgemerkt,⁶ kunnen verschillende internationaal aanvaarde systemen ter inspiratie dienen bij het ontwerpen van een wettelijke regeling voor het Nederlandse commune internationaal insolventierecht. Daarbij kan in het bijzonder worden gedacht aan het systeem van de EU Insolventieverordening, het systeem van de UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (en de daarmee samenhangende UNCITRAL Model Law on Recognition and Enforcement of Insolvency-Related Judgments), of een mengvorm van beide. Voor die laatste vorm werd gekozen in het Voorontwerp Insolventiewet.

Bij de keuzes die de Nederlandse wetgever moet maken bij de ontwikkeling van een Wet internationaal insolventierecht, is het relevant en interessant om te bekijken hoe andere EU lidstaten zijn omgegaan met het vormgeven van een wettelijke regeling van het commune internationale insolventierecht. Ook daaraan komt deze special tegemoet.

Stephan Madaus zet in zijn bijdrage uiteen hoe de in de Duitse *Insolvenzordnung* (InsO) opgenomen regeling ten aanzien van de erkenning van buitenlandse insolventie- en herstructureringsprocedures (art. 335 e.v. InsO) werkt. De Duitse regeling, die is gebaseerd op de automatische erkenning van buitenlandse insolventieprocedures, vertoont grote gelijkenissen met die van de EU Insolventieverordening. Madaus besteedt in zijn bijdrage specifieke aandacht aan de vraag of en, zo ja, in hoeverre het Duitse commune internationale insolventierecht de erkenning van preventieve herstructureringsakkoorden, zoals een WHOA-akkoord, faciliteert. Hij werpt in dat verband belangwekkende vragen op met betrekking tot de wijze waarop de Duitse rechter, gelet op de aard van dergelijke procedures, zal omgaan met de kwalificatie van die procedures. Zijn zij wel insolventieprocedures in de zin van de artikelen 335 en 343 InsO?

Nuria Bermejo en Francisco Garcimartín belichten het Spaanse commune internationaal insolventierecht. Het in boek II van de Spaanse insolventiewet neergelegde regime is gebaseerd op de hiervoor genoemde mengvorm van het systeem van de UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency en de EU Insolventieverordening. Net als het Duitse recht overigens, gaat het Spaanse recht daarbij uit van een model van 'modified universalism'. Dat model ligt overigens ten grondslag aan zowel de EU Insolventieverordening als de UNCITRAL Model

⁶ Zie S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet, Voorontwerp Insolventiewet* (Serie Onderneming en Recht deel 2-IV), Deventer: Kluwer 2007, p. 435.

Law on Cross-Border Insolvency, zij het dat de uitwerking ervan in beide instrumenten verschilt. De erkenning van een beslissing tot opening van een insolventieprocedure in een niet-EU lidstaat (inclusief Denemarken) vereist, overeenkomstig de UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, een rechterlijke toets. In die erkenningsprocedure toetst de rechter of aan de voorwaarden voor erkenning is voldaan, in het bijzonder of (i) sprake is van een collectieve procedure die is gebaseerd op de insolventie van de schuldenaar, (ii) of de beslissing in het buitenland gezag van gewijsde heeft, (iii) of de buitenlandse rechter naar maatstaven van Spaans recht bevoegd was tot opening van de insolventieprocedure, (iv) of aan bepaalde procedurele waarborgen jegens de schuldenaar is voldaan, en (v) of erkenning van de beslissing geen strijd oplevert met de Spaanse openbare orde. Als de beslissing tot opening van de insolventieprocedure is erkend, worden verdere rechterlijke beslissingen die worden genomen in het kader van de insolventieprocedure in beginsel automatisch erkend in Spanje, zij het dat voor de tenuitvoerlegging daarvan een exequatur is vereist. Een belangrijke beperking die op het gebied van de erkenning van buitenlandse insolventieprocedures is ingebouwd in het Spaanse recht, betreft een reciprociteitstoets. Een buitenlandse insolventieprocedure wordt niet in Spanje erkend, en de in de Spaanse insolventiewetgeving neergelegde regels omtrent coördinatie van parallelle procedures gelden niet, indien de insolventieprocedure is geopend in een land dat Spaanse insolventieprocedures niet erkent of waarvan de autoriteiten stelselmatig geen medewerking verlenen aan coördinatie met Spaanse insolventieprocedures. Op het terrein van het toepasselijk recht volgt het Spaanse commune internationaal insolventierecht de regels van de EU Insolventieverordening. Dat wil zeggen dat de insolventieprocedure en de gevolgen daarvan in beginsel worden beheerst door de *lex concursus*. Het Spaanse commune internationaal insolventierecht voorziet in een vergelijkbare uitzondering op deze hoofdregel als de EU Insolventieverordening.

Naast deze meer algemene, systematische beschouwingen bevat deze special nog enkele bijdragen over specifieke, voor de praktijk relevante onderwerpen.

Cathalijne van der Plas besteedt in haar bijdrage aandacht aan een voor de praktijk belangrijk onderwerp dat tot op heden in de literatuur maar weinig aandacht heeft gekregen: de informatievergaring door buitenlandse curatoren in Nederland. Van der Plas onderzoekt welke middelen tot informatievergaring een buitenlandse curator in Nederland ten dienste staan als informatie niet vrijwillig wordt verstrekt, bijvoorbeeld teneinde weggesluisde vermogensbestanddelen te traceren en de partijen te identificeren die daaraan hebben meegewerkt. Zij analyseert de instrumenten die een buitenlandse curator naar huidig recht kan inzetten, in het bijzonder het Haags Bewijsverdrag, het inzagerecht van artikel 843a Rv, het voorlopig getuigenverhoor en enkele specifiek in de Faillissementswet neergelegde informatieverplichtingen. Uit haar analyse blijkt dat het op zijn minst onduidelijk is of de Nederlandse middelen een buitenlandse curator steeds ter beschikking staan. Na een analyse van de mogelijkheden die de UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency biedt op dit vlak, pleit zij ervoor in een toekomstige Nederlandse regeling van het commune internationaal insolventierecht aansluiting te zoeken bij de UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, zij het dat volgens haar steeds de *lex fori* maatgevend zou moeten zijn voor de mogelijkheden van informatievergaring en niet tevens zou moeten worden vereist dat deze voorzieningen hun evenknie hebben in de *lex concursus*.

In zijn bijdrage ‘Het Nederlandse internationaal groepsinsolventierecht – cause for concern?’ gaat Sid Pepels in op de vraag of er behoefte bestaat aan een regeling inzake internationaal

groepsinsolventierecht in de Nederlandse Faillissementswet en, zo ja, wat de contouren van een dergelijke regeling zouden moeten zijn. Tegen de achtergrond van de ‘single entity’ benadering die aan het insolventierecht ten grondslag ligt, analyseert hij waarom er behoefte bestaat aan een gecoördineerde aanpak van de insolventies van leden van een groep van vennootschappen. Door een groep vennootschappen ook in tijden van financiële nood te behandelen op een wijze die reflecteert hoe de groep in betere tijden functioneerde, kan de synergie waarde van de groep worden behouden en/of gerealiseerd en neemt de kans op een redding in plaats van een deconfiture waar mogelijk wezenlijk toe. Pepels bespreekt in dat verband de regels uit Hoofdstuk V van de EU Insolventieverordening die door middel van samenwerkingsverplichtingen en de mogelijkheid van een groepscoördinatieprocedure beogen een gecoördineerde afwikkeling van insolventies van groepsvennootschappen te faciliteren. De constatering dat de in 2017 ingevoerde groepscoördinatieprocedure in de praktijk nog niet is toegepast, geeft te denken. Omdat de bepalingen van Hoofdstuk V een beperkt bereik hebben – zij zijn niet van toepassing op geheel nationale groepsinsolventies en zien evenmin op verhoudingen met insolventieprocedures uit niet-lidstaten – richt hij zijn vizier mede op het werk van UNCITRAL, in het bijzonder de UNCITRAL Model Law on Enterprise Group Insolvency uit 2019, ter inspiratie voor een eventuele Nederlandse regeling voor internationaal groepsinsolventierecht. Hij stelt voor om wat betreft het internationale groepsinsolventierecht zoveel mogelijk aan te sluiten bij de door UNCITRAL ontwikkelde modelwetgeving. Een Nederlandse regeling voor internationaal groepsinsolventierecht zou in ieder geval moeten voorzien in samenwerkingsbepalingen voor insolventiefunctionarissen en rechtbanken die zijn betrokken bij groepsinsolventieprocedures, zoals opgenomen in Chapter 2 van de Model Law on Enterprise Group Insolvency. Maar ook de daarin opgenomen *planning proceeding* en de brede toepassing van synthetische procedures verdienen volgens Pepels gelet op de voordelen daarvan aanbeveling. De Faillissementswet zou op het gebied van internationaal groepsinsolventierecht dan met één herziening weer recht doen aan de belangrijke positie die multinationale groepen vennootschappen innemen in de hedendaagse Nederlandse sterk geglobaliseerde economie.

Teun Struycken buigt zich in zijn bijdrage aan dit themanummer over de complexe problematiek van de behandeling in een grensoverschrijdende insolventie van goederenrechtelijke rechten op goederen die zijn gelegen in andere landen. Hij is – terecht – kritisch over de in artikel 8 IVO II voor Europese insolventies neergelegde regel. Hij waarschuwt voor het te eenvoudig overnemen van deze Europese regel in een Nederlandse regeling die enerzijds zou bepalen welke gevolgen een in Nederland geopende insolventieprocedure heeft voor rechten op goederen die buiten de Europese Unie zijn gelegen, en anderzijds welke gevolgen een buiten de Europese Unie geopende insolventieprocedure heeft voor rechten op goederen in Nederland. Struycken merkt op dat de wetgever zich rekenschap moet geven van de ontstaansgeschiedenis van de regel in artikel 8 IVO II en de rechtvaardiging daarvoor, en zich de vraag moet stellen of deze rechtvaardiging voldoende overtuigend is, ook in de context van het commune IPR. Hij is van mening dat dat niet het geval is. Artikel 8 IVO II berust volgens hem op een *testimonium paupertatis*, doordat is uitgegaan van onmacht en onkunde bij de erkenning en de inpassing van buitenlandse zekerheden. Na een uitvoerige analyse van de problematiek stelt hij voor het Nederlandse commune internationaal privaatrecht een van artikel 8 IVO II afwijkende regeling voor en hij doet daarvoor een concreet tekstvoorstel. De door hem voorgestelde regeling voorziet in de uitdrukkelijke erkenning van rechten op goederen in andere landen bij een grensoverschrijdende insolventieprocedure, welke rechten voor zover nodig dienen te

worden ingepast in de *lex concursus*. Struycken merkt in dat verband op dat de door hem bepleite benadering eigenlijk al besloten ligt in het Nederlandse commune IPR inzake goederen- en faillissementsrecht. Een wettelijke regeling is volgens hem dus eigenlijk niet nodig, behoudens om duidelijk te maken dat het commune IPR *niet* de benadering in de IVO volgt, maar wel nuttig omdat codificatie duidelijkheid biedt ten aanzien van het geldende recht en een basis biedt voor verdere rechtsontwikkeling.

In mijn eigen bijdrage ga ik in op de vraag wat in de Wet internationaal insolventierecht zou moeten worden opgenomen op het gebied van verrekening. De zoektocht naar een wenselijke regeling begint bij een kritische analyse van de behandeling van verrekening in de EU Insolventieverordening, gevolgd door een bespreking van de huidige stand van zaken in de discussies die in het kader van UNCITRAL worden gevoerd over de mogelijke toevoeging van bepalingen van toepasselijk recht aan de UNCITRAL Model law on Cross-Border Insolvency. Mijn conclusie is dat artikel 9 lid 1 IVO II een weinig overtuigende regel biedt die in het kader van de besprekingen in Working Group V van UNCITRAL dan ook terecht ter discussie staat. Er bestaat geen rechtvaardiging voor de in artikel 9 lid 1 IVO II geboden bescherming die wordt ontleend aan het recht dat van toepassing is op de vordering van de insolvente schuldenaar. Desondanks ben ik van mening dat de Nederlandse wetgever er om praktische redenen goed aan zou doen om in een wettelijke regeling van het toepasselijk recht in grensoverschrijdende insolventieprocedures die niet door de EU Insolventieverordening worden bestreken, zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij de EU Insolventieverordening. Dat geldt ook voor artikel 9 lid 1 IVO II. Deze benadering werd ook gevolgd in het Voorontwerp Insolventiewet en verdient naar mijn mening ook vandaag nog navolging.

Ik ben de redactie zeer erkentelijk voor de uitnodiging om als gastredacteur te mogen bijdragen aan de invulling van dit themanummer. De redactie en ik zijn de auteurs zeer veel dank verschuldigd voor hun mooie en belangwekkende bijdragen aan deze special. Wij hopen dat zij de lezers stof tot nadenken geven en behulpzaam zijn bij de vormgeving en inrichting van een nieuwe Wet internationaal insolventierecht.