

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/124634>

Please be advised that this information was generated on 2020-11-28 and may be subject to change.

Prof. mr. P.M. Veder*

Zekerheidsrechten en de Insolventieverordening: op zoek naar balans

1. INLEIDING

Duidelijkheid over de positie van zekerheidsrechten in het geval van insolventie is van groot belang voor de handels- en financieringspraktijk. Onduidelijkheid met betrekking tot de positie van zekerheidsrechten in insolventie kan de ontwikkeling van de handels- en financieringspraktijk belemmeren en kostenverhogend werken. Dat geldt zeker ook in het grensoverschrijdende verkeer, waar steeds de vraag moet worden beantwoord aan de hand van welk recht bijvoorbeeld de geldigheid, uitwinning en voorrangpositie van zekerheidsrechten moeten worden beoordeeld.¹

Welke gevolgen heeft de insolventie van een schuldenaar-zekerheidsgever op zekerheidsrechten die rusten op goederen die zich in een andere lidstaat bevinden dan de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend? Lange tijd was het antwoord op die vraag met veel onzekerheid omgeven. De lidstaten van de Europese Unie kenden (en kennen) sterk uiteenlopende benaderingen ten aanzien van de gevolgen die worden toegekend aan in andere landen geopende insolventieprocedures. De inwerking-treding van de Insolventieverordening² op 31 mei 2002 heeft voor 'intracommunautaire gevallen' een einde gemaakt aan die onduidelijkheid. Art. 5 IVO geeft zekerheid omtrent de positie die een zekerheidsgerechtigde inneemt in een grensoverschrijdende insolventie.³

Maar de duidelijkheid die thans wordt geboden door art. 5 IVO is ten koste gegaan van de balans die in veel lidstaten bestaat tussen de belangen van zekerheidsgerechtigden enerzijds en de belangen van de overige bij de insolventie van de schuldenaar betrokkenen (in het bijzonder de overige schuldeisers) anderzijds. De balans is zoek. De weegschaal is volledig doorgeschoten in het voordeel van de zekerheidsgerechtigden. De markt heeft zich daar vanzelfsprekend op ingesteld.

Ondanks de kritiek die in de literatuur⁴ is geuit op de onevenwichtige benadering van zekerheidsrechten in de Insolventieverordening en de kritische analyse van die benadering in het rapport over de toepassing van de Insolventieverordening dat de universiteiten van Heidelberg en Wenen in opdracht van de Europese Commissie hebben vervaardigd,⁵ heeft de Europese Commissie niet besloten om de Insolventieverordening op dit punt te wijzigen. De recente voorstellen van de Europese Commissie tot aanpassing van de Insolventieverordening laten art. 5 en 7 IVO ongemoeid.⁶

2. ART. 5 IVO: DUIDELIJKHEID, MAAR DE BALANS IS ZOEK

2.1. 'Checks and balances' in nationaal insolventierecht

De opening van een insolventieprocedure heeft in de regel gevolgen voor de uitwinning van zekerheidsrechten. In vrijwel alle lidstaten van de Europese Unie worden zekerheidsgerechtigden op enigerlei wijze betrokken in de afwikkeling van insolventieprocedures en hebben zij in meer of mindere mate te dulden dat de uitwinning van zekerheidsrechten aan beperkingen is onderworpen. Steeds vaker worden uitzonderingen gemaakt op het beginsel dat een zekerheidsgerechtigde zijn rechten kan uitoefenen als ware er geen faillissement.

De mate waarin het insolventierecht ingrijpt in de positie van zekerheidsgerechtigden hangt mede af van de aard van de procedure (reorganisatie of liquidatie) en de afweging van de belangen van zekerheidsgerechtigden ten opzichte van die van de andere bij een insolventie betrokken partijen, zoals de overige (concurrente en preferente) schuldeisers. Deze belangenafweging valt per lidstaat anders uit. Tussen de lidstaten van de Europese Unie bestaan (aanzienlijke) verschillen in de verdeling en uitoefening van executiebevoegdheden en de rangorde van

* Prof. mr. P.M. Veder is als hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder insolventierecht, verbonden aan het Onderzoekcentrum Onder-neming & Recht, Radboud Universiteit Nijmegen, en is adviseur/advocaat bij RESOR N.V. te Amsterdam.

1. Zie hierover ook de bijdrage van T.H.D. Struycken op p. 75 e.v. in dit tijdschrift en P.M. Veder, 'Goederenrechtelijke zekerheidsrechten in de internationale handels- en financieringspraktijk', in: R.W. Clumpkens e.a., *Zekerhedenrecht in ontwikkeling* (preadvies uitgebracht voor het wetenschappelijk congres van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie), Den Haag Sdu Uitgevers 2009, p. 269 e.v. (hierna: Veder 2009); P.M. Veder, *Cross-Border Insolvency Proceedings and Security Rights*, Deventer: Kluwer Legal Publishers 2004 (hierna: Veder 2004), p. 253 e.v.
2. Verordening (EG) nr. 1346/2000 betreffende insolventieprocedures.
3. Ik beperk mij in deze bijdrage tot art. 5 IVO maar vergelijkbare opmerkingen kunnen worden gemaakt over art. 7 IVO.
4. Voor een recent overzicht van literatuur met betrekking tot art. 5 IVO zie B. Wessels, *International Insolvency Law*, Deventer: Kluwer 2012, para. 10639 e.v.
5. External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings (JUST/2011/JCIV/PR/0049/A4) (hierna: External Evaluation), te raadplegen via http://ec.europa.eu/justice/civil/files/evaluation_insolvency_en.pdf (laatst geraadpleegd op 28 februari 2013).
6. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures, COM(2012)744 final.

zekerheidsrechten bij de verdeling van de executieopbrengst.

Veel, zo niet alle, lidstaten van de Europese Unie kennen wettelijke mechanismen die zekerheidsgerechtigden (tijdelijk) beperken in de uitoefening van hun executiebevoegdheden, in het bijzonder in het licht van een voorgenomen reorganisatie. De belangen van de boedel wegen in dat opzicht zwaarder dan de belangen van de zekerheidsgerechtigden. Een dergelijke beperking in de executiebevoegdheid gaat in de regel gepaard met een zekere bescherming van de zekerheidsgerechtigde, bijvoorbeeld door het toekennen van vergoedingen in verband met gebruik of verbruik van verpande zaken of een verplichting tot het betalen van rente ten laste van de boedel. In veel gevallen zal de zekerheidsgerechtigde ook, al dan niet na toestemming van de rechter, bevoegd zijn om zekerheidsrechten uit te winnen indien het activa betreft die niet noodzakelijk zijn voor de voortzetting van de onderneming. Er is sprake van *checks and balances*. De belangen van de een worden niet zonder meer opgeofferd aan of gesteld boven die van anderen.

Ook als sprake is van 'rechttoe rechtaan' liquidatie bestaan verschillen in de verdeling van de executiebevoegdheid. Naar Nederlands insolventierecht zijn pand- en hypotheekhouders separatist en kunnen zij in beginsel hun rechten uitoefenen als ware er geen faillissement.⁷ Naar Duits recht is dat bijvoorbeeld anders. Daar ontvangen zekerheidsgerechtigden de opbrengst van de met zekerheidsrechten belaste goederen weliswaar buiten de boedel om (zij betalen een wettelijk vastgelegde boedelbijdrage) maar de executie is in beginsel exclusief in handen van de curator.⁸ Maar hoe die verdeling van bevoegdheden ook precies uitvalt, in beide systemen is sprake van *checks and balances*. De zekerheidsgerechtigden en de curator kunnen tot op zekere hoogte invloed uitoefenen op elkaars handelen. Nog afgezien van het feit dat curator en zekerheidsgerechtigden vaak afspraken maken over de executie van zekerheden, kan naar Nederlands recht de curator bijvoorbeeld een redelijke termijn stellen waarbinnen de pand- of hypotheekhouder tot uitoefening van zijn rechten moet overgaan. Heeft de pand- of hypotheekhouder het onderpand niet binnen die termijn verkocht, dan kan de curator de goederen opeisen en verkopen. De pand- of hypotheekhouder ontvangt dan als een 'gewone' preferente schuldeiser een uitkering via de uitdelingslijst.⁹ Naar Duits recht moet de curator de zekerheidsgerechtigde informeren over een door hem voorgenomen executie en moet hij de zekerheidsgerechtigde in de gelegenheid stellen voorstellen te doen voor een voor de zekerheidsgerechtigde gunstigere wijze van executie.¹⁰ De zekerheidsgerechtigde wordt ook beschermd tegen stilzitten van een curator. Zolang de bezwaarde goederen

niet zijn verkocht, bestaat onder omstandigheden een verplichting de zekerheidsgerechtigde ten laste van de boedel rente te betalen.¹¹

Bepalingen als art. 5 IVO doorbreken het systeem van *checks and balances* van het nationale insolventierecht van de lidstaten. De *hard and fast rule* die is neergelegd in die bepaling laat de balans volledig doorslaan in het voordeel van de zekerheidsgerechtigden en ontnemt de curator de correctiemogelijkheden die het nationale recht doorgaans biedt in het belang van de boedel.

2.2. 'Hard and fast rule' voor internationale gevallen

Het uitgangspunt van de Insolventieverordening is dat een insolventieprocedure die is geopend in de lidstaat waar het centrum van voornaamste belangen van de schuldenaar is gelegen, zonder verdere formaliteiten in andere lidstaten dezelfde gevolgen heeft als in de lidstaat waar de procedure is geopend.¹² De *lex concursus* wordt als het ware geëxporteerd door de gehele EU en bepaalt in beginsel de gevolgen van de insolventieprocedure voor alle bij de insolventie betrokken partijen. Art. 5-15 IVO maken op dat uitgangspunt echter een aantal uitzonderingen. Die uitzonderingen worden in de considerans van de Insolventieverordening als volgt gerechtvaardigd:

'De automatische erkenning van een insolventieprocedure, waarop in de regel het recht van de lidstaat waar de procedure is geopend van toepassing is, kan de regels doorkruisen die de rechtshandelingen in die lidstaten normaliter beheersen. Ter bescherming van het gewettigd vertrouwen en de rechtszekerheid van rechtshandelingen in andere lidstaten dan de lidstaat waarin de procedure is geopend, moet er in een aantal uitzonderingen op de algemene regel worden voorzien.'¹³

En dit geldt in het bijzonder voor goederenrechtelijke (zekerheids)rechten:

'Aan een bijzondere aanknopingspunt, die afwijkt van het recht van de lidstaat waar de procedure is geopend, is met name behoefte voor zakelijke rechten, aangezien die van groot belang zijn voor het verlenen van kredieten.'¹⁴

Art. 5 lid 1 IVO geeft de volgende uitzonderingsregel voor zekerheidsrechten die rusten op goederen in andere lidstaten dan de lidstaat waar de hoofdinsolventieprocedure is geopend:

'De opening van de insolventieprocedure laat onverlet het zakelijk recht van een schuldeiser of van een derde op lichamelijke of onlichamelijke roerende of onroerende goederen – zowel bepaalde goederen als gehelen, met een wisselende samenstelling van onbepaalde goederen –, die

7. Art. 57 lid 1 Fw.

8. Art. 166 en 170 InsO.

9. Art. 58 lid 1 Fw.

10. Art. 168 InsO.

11. Art. 169 InsO.

12. Art. 4 en 17 lid 1 IVO.

13. Considerans, nr. 24.

14. Considerans, nr. 25.

toebehoren aan de schuldenaar en die zich op het tijdstip waarop de procedure wordt geopend op het grondgebied van een andere lidstaat bevinden.’

De uitzondering die aldus wordt gemaakt voor zekerheidsgerechtigden vindt haar grondslag in de bescherming van het economisch verkeer van het land waar zich de betreffende goederen bevinden en de bevordering van de rechtszekerheid ten aanzien van de rechten die op deze goederen rusten.

In het Rapport Virgós/Schmit wordt hierover opgemerkt:

‘Zakelijke rechten kunnen alleen naar behoren functioneren in zoverre ze door de opening van een insolventieprocedure in een andere Verdragsluitende Staat niet sterker worden aangetast dan het geval zou zijn bij de opening van een nationale insolventieprocedure. Om dit te bewerkstelligen zijn diverse oplossingen denkbaar, die de Groep dan ook in overweging heeft genomen. De eenvoud van de formule die voor het onderhavige artikel 5 werd gekozen (de insolventieprocedure heeft geen gevolgen voor zakelijke rechten op goederen die zich in een andere Verdragsluitende Staat bevinden) genoot evenwel de voorkeur van de meerderheid, omdat het beheer van de boedel erdoor vergemakkelijkt wordt.’¹⁵

Art. 5 IVO is, anders dan bijvoorbeeld art. 8 (overeenkomsten betreffende onroerende zaken) en art. 10 (arbeidsovereenkomsten), geen verwijzingsregel die aanwijst welk recht de positie beheerst van een zekerheidsgerechtigde in een grensoverschrijdende insolventieprocedure. Art. 5 IVO bevat een regel van uniform materieel recht voor grensoverschrijdende gevallen.¹⁶ Het is een *hard and fast rule* die met zich brengt dat zekerheidsrechten op goederen die in een andere lidstaat zijn gelegen dan de lidstaat waar de hoofdinsolventieprocedure is geopend, geen enkele invloed ondervinden van de ten aanzien van de schuldenaar geopende hoofdinsolventieprocedure.¹⁷ Schuldeisers die zich kunnen beroepen op de bescherming van art. 5 IVO kunnen hun rechten uitoefenen als ware de insolventieprocedure niet geopend.¹⁸

Uit art. 5 IVO vloeit voort dat goederenrechtelijke zekerheidsrechten noch invloed ondervinden van de *lex concursus*, noch van het insolventierecht van de lidstaat waar het bezwaarde goed zich bevindt, noch van het insolventierecht van het recht dat van toepassing is op het betreffende zekerheidsrecht (als dat een ander is dan het recht van de plaats van ligging, hetgeen bijvoorbeeld bij vorderingen op naam het geval kan zijn). Dat wil zeggen dat bijvoorbeeld een exclusieve toekenning aan de curator

van de bevoegdheid met zekerheidsrechten belaste goederen te executeren, een termijnstelling door de curator aan de zekerheidsgerechtigde om tot uitoefening van zijn rechten over te gaan, een afkoelingsperiode of vergelijkbare (tijdelijke) beperking in het belang van de boedel van de mogelijkheid tot verhaalsuitoefening of een verplichting tot bijdragen in de kosten van de insolventieprocedure, geen betrekking kunnen hebben op zekerheidsrechten op goederen die in een andere lidstaat zijn gelegen. De zekerheidsgerechtigde blijft geheel buiten schot.

Zekerheidsrechten op goederen die zijn gelegen in andere lidstaten kunnen slechts worden beïnvloed door de insolventie van de schuldenaar door de opening van een secundaire (territoriaal werkende) insolventieprocedure in de lidstaat waar het bezwaarde goed zich bevindt. De zekerheidsgerechtigde wordt in dat geval geconfronteerd met de beperkingen die voortvloeien uit het recht van het land waar de secundaire procedure is geopend. Vereist is dan echter wel dat de schuldenaar een vestiging, als bedoeld in art. 2 onder h IVO, heeft in de lidstaat waar zich de met zekerheidsrechten belaste goederen van de schuldenaar bevinden.

De in art. 5 en 7 IVO neergelegde *hard and fast rule* die de aanspraken van zekerheidsgerechtigden aan de gevolgen van de insolventie van de schuldenaar onttrekt, heeft eveneens gevolgen voor de uitleg van andere bepalingen van de Insolventieverordening.¹⁹ Zo brengt zij naar mijn mening met zich dat bijvoorbeeld ook een in een hoofdinsolventieprocedure tot stand gekomen akkoord of saneringsplan geen gevolgen kan hebben voor de uitwinning van zekerheidsrechten op in andere lidstaten gelegen goederen.²⁰

Zekerheidsgerechtigden nemen aldus in een grensoverschrijdende insolventie een positie in die zij onder geen enkel rechtsstelsel hebben. In de meeste, zo niet alle, rechtsstelsels ondervinden zekerheidsgerechtigden op zijn minst een zekere invloed van de insolventie van de schuldenaar (denk bijvoorbeeld voor Nederland aan de afkoelingsperiode en de termijnstelling op grond van art. 58 Fw). In een grensoverschrijdende casus gelden dergelijke regels niet. Zekerheidsrechten op goederen in andere lidstaten worden als het ware geïsoleerd van de gevolgen van de insolventie van de schuldenaar. Bovendien kan art. 5 IVO ertoe leiden dat de zekerheidsgerechtigde meer ontvangt uit de opbrengst van de goederen dan op grond van het recht van het land van ligging het geval zou zijn geweest. De zekerheidsgerechtigde heeft immers niets te duchten van hoger bevoorrechte schuldeisers. Die moeten hun vorderingen aanmelden ter verificatie in de hoofdin-

15. Rapport Virgós/Schmit, nr. 97.

16. Zie Veder 2009, p. 306. M. Virgós en F. Garcimartin spreken over een ‘negative conflict rule’ (M. Virgós & F. Garcimartin, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, Den Haag: Kluwer Law International 2004 (hierna: Virgós & Garcimartin), par. 163).

17. Uit het onderzoek van de universiteiten van Heidelberg en Wenen blijkt dat dit ook de heersende opvatting is in Europa (zie par. 6.2.4 van de External Evaluation). Zie (met verdere verwijzingen) ook Veder 2009, p. 299 e.v.; Veder 2004, p. 338 e.v.; Virgós & Garcimartin, par. 138 e.v.

18. Welke rechten schuldeisers aan een zekerheidsrecht ontleen is geen kwestie van insolventierecht maar moet worden vastgesteld aan de hand van de buiten insolventie geldende verwijzingsregels van het commune internationale privaatrecht van het forum. Voor Nederland zijn deze verwijzingsregels neergelegd in Boek 10 BW. Zie daarover onder meer Veder 2009.

19. Zie Veder 2009, p. 310 e.v.

20. Zie Veder 2009, p. 313-314, Veder 2004, p. 352-353. Zie ook External Evaluation, p. 281-284.

solventieprocedure. De rangorde van hun vorderingen wordt daarin niet beheerst door het recht van het land van ligging van het goed maar door de *lex concursus* op grond van art. 4 IVO. Art. 5 IVO staat er echter aan in de weg dat eventuele voorrechten die op grond van de *lex concursus* voorrang zouden geven boven het zekerheidsrecht, tegen de zekerheidsgerechtigde kunnen worden ingeroepen.²¹

Gelet op het voornaamste doel van art. 5 IVO, te weten de 'bescherming van het economisch verkeer van het land waar zich de goederen bevinden, en van de rechtszekerheid van de rechten die op deze goederen rusten',²² gaat de door art. 5 IVO geboden bescherming veel verder dan noodzakelijk. Er is sprake van 'excessieve' bescherming van zekerheidsgerechtigden. De bezwaren tegen art. 5 IVO zijn ten tijde van de onderhandelingen over het verdrag betreffende insolventieprocedures van 1995, de voorloper van de Insolventieverordening, onder ogen gezien, en tijdens de onderhandelingen zijn ook verschillende andere opties besproken,²³ maar men heeft desalniettemin gekozen voor de 'eenvoud van de formule' van art. 5 IVO omdat het beheer van de boedel erdoor vergemakkelijkt zou worden.²⁴

3. EVENWICHTIGER ALTERNATIEVEN

De in art. 5 IVO neergelegde regel biedt weliswaar de voor de internationale handels- en financieringspraktijk vereiste duidelijkheid ten aanzien van de positie van zekerheidsgerechtigden in een grensoverschrijdende insolventie maar het is de vraag of hij werkelijk bijdraagt aan de vergemakkelijking van het beheer van de boedel. Art. 5 IVO leidt tot een ongerechtvaardigde 'internationaliteitsbonus' voor zekerheidsgerechtigden. Zij worden een soort superseparatisten en verwerven daarmee een positie die zij onder geen enkel nationaal insolventierecht innemen. Een zekerheidsgerechtigde kan in beginsel zijn gang gaan en de curator kan daar geen invloed op uitoefenen door de correctiemechanismen in te zetten waarin ieder nationaal insolventiesysteem, ook bij een 'rechttoe rechtaan' liquidatiescenario, voorziet. Een belangrijker bezwaar tegen art. 5 IVO in zijn huidige vorm – naast de eerder genoemde onevenwichtigheid van de regeling – is echter dat de beschermde positie van zekerheidsgerechtigden niet noodzakelijkerwijs bijdraagt aan een succesvolle reorganisatie van de schuldenaar of diens onderneming. Zekerheidsgerechtigden kunnen en mogen in een grensoverschrijdend scenario een reorganisatie van de schuldenaar of diens onderneming (op basis van een saneringsplan of een overdracht van (een deel van) de onder-

neming als *going concern*) blokkeren door hun zekerheden te executeren. De curator kan dat slechts voorkomen door middel van een secundaire insolventieprocedure, indien mogelijk (de schuldenaar moet wel een vestiging hebben in de betreffende lidstaat) en met alle daaraan verbonden kosten van dien.

Op het congres 'The Future of the European Insolvency Regulation' dat in april 2011 plaatsvond in Amsterdam heb ik gepleit voor aanpassing van art. 5 (en 7) IVO.²⁵ Ik heb voorgesteld art. 5 IVO te herformuleren tot een verwijzingsregel en daarbij aangegeven dat zou kunnen worden overwogen de positie van zekerheidsgerechtigden in de insolventie van de schuldenaar-zekerheidsgever te beoordelen aan de hand van het (insolventie)recht van het land van ligging van het bezwaarde goed.²⁶ Aanknoping aan het recht van het land van ligging van de bezwaarde goederen biedt de voor de praktijk vereiste duidelijkheid, voorkomt dat zekerheidsgerechtigden worden 'overvallen' door de toepasselijkheid van de *lex concursus* (voor zover daarvan sprake zou kunnen zijn), maar plaatst zekerheidsgerechtigden niet geheel buiten de insolventieprocedure. Op dat congres heb ik tevens aangegeven dat zou kunnen worden overwogen de positie van zekerheidsgerechtigden in een grensoverschrijdende insolventie aan te knopen aan de insolventierechtelijke voorschriften van het recht dat het zekerheidsrecht in kwestie beheerst, zodat hun positie voor en tijdens insolventie zo veel mogelijk aan de hand van hetzelfde recht moet worden beoordeeld. In dit verband moet worden bedacht dat het recht dat het zekerheidsrecht beheerst niet noodzakelijkerwijs hetzelfde recht is als het recht van het land van ligging van de bezwaarde goederen, zoals bij zekerheidsrechten op vorderingen op naam het geval kan zijn. Een vordering op naam moet op grond van art. 2 onder g IVO worden gelokaliseerd in de lidstaat waar het centrum van de voornaamste belangen van de debiteur van de vordering is gelegen. Zekerheidsrechten op vorderingen op naam worden naar huidig Nederlands internationaal privaatrecht echter beheerst door het recht dat op de tot overdracht of vestiging van rechten verplichtende overeenkomst van toepassing is.²⁷ Een uniforme verwijzingsregel voor de goederenrechtelijke aspecten van de cessie of verpanding van vorderingen ontbreekt op dit moment op Europees niveau.²⁸ Aanknoping van de positie van zekerheidsgerechtigden in een grensoverschrijdende insolventie aan het recht van de lidstaat dat het zekerheidsrecht beheerst, zou evenwel de invoering van een uniform systeem van verwijzingsregels op het terrein van het goederenrecht op Europees niveau vereisen. De invoering van uniforme Europese verwijzingsregels op dat vlak

21. Zie hierover uitgebreider P.M. Veder, 'The Future of the European Insolvency Regulation – Applicable law, in particular security rights', *International Insolvency Law Review* 3, 2011 (hierna: Veder 2011), p. 291 en Veder 2004, p. 344 e.v.

22. Rapport Virgós/Schmit, nr. 97.

23. De opties die destijds op tafel hebben gelegen worden weergegeven in M. Virgós, *The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: an Insider's View*, *Forum Internationale*, Deventer: Kluwer 1998, p. 20.

24. Zie Rapport Virgós/Schmit, nr. 97.

25. Zie Veder 2011, p. 290 e.v.

26. Ik heb daarbij tevens aangegeven dat de regels omtrent de lokalisatie van goederen in art. 2 onder g IVO in dat verband moeten worden verduidelijkt en aangevuld.

27. Art. 10:135 lid 2 BW.

28. Zie Veder 2009, p. 291. Zie recent m.b.t. cessie in het internationaal privaatrecht, M.H. Rongen, *Cessie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, p. 1503 e.v.

verdient zeker aanbeveling, maar lijkt op korte termijn niet haalbaar.²⁹

INSOL Europe heeft in 2012 een omvangrijk rapport gepresenteerd met voorstellen voor wijziging van de Insolventieverordening.³⁰ In dat rapport wordt ook gepleit voor aanpassing van art. 5 IVO. INSOL Europe stelt voor om art. 5 IVO te herformuleren tot een verwijzingsregel en daarbij aansluiting te zoeken bij art. 8 en 10 IVO. Het door INSOL Europe geformuleerde voorstel luidt als volgt:

‘The effects of insolvency proceedings on the rights in rem of creditors or third parties in respect of tangible or intangible, moveable or immovable assets – both specific assets and collections of unidentified or mixed assets as a whole which change from time to time – belonging to the debtor which are situated within the territory of another Member State at the time of the opening of proceedings shall be governed solely by the law of the Member State within which the assets are situated.’³¹

INSOL Europe kiest derhalve eveneens voor aanknoping aan (uitsluitend) het recht van de lidstaat waar de bezwaarde goederen zijn gelegen. Opmerkelijk is overigens dat art. 7 IVO (eigendomsvoorbehoud) in de voorstellen van INSOL Europe ongewijzigd blijft, terwijl de redenen die INSOL Europe ertoe hebben bewogen om wijzigingen op art. 5 IVO voor te stellen, evenzeer gelden voor art. 7 IVO.

In het rapport van de studie die de universiteiten van Heidelberg en Wenen hebben uitgevoerd naar de werking van de Insolventieverordening, wordt een andere benadering gekozen. Het rapport bevat een voorstel voor aanpassing van art. 4 en 5 IVO dat moet uitmonden in een *opposition rule*, vergelijkbaar met die ten aanzien van de faillissementspauliana in art. 4 lid 2 onder m en 13 IVO.

In het rapport wordt voorgesteld aan art. 4 lid 2 IVO, waarin wordt aangegeven welke gevolgen door de *lex concursus* worden beheerst, een subparagraaf (n) toe te voegen, die luidt:

‘the effects of insolvency proceedings on rights in rem of creditors or third parties in respect of tangible or intangible, moveable or immovable assets – both specific assets and collections of indefinite assets as a whole which change from time to time – belonging to the debtor which are situated within the territory of any Member State at the time of the opening of proceedings;’

Het uitgangspunt van het voorstel is derhalve dat de gevolgen van de insolventie van de schuldenaar-zekerheidsgever op de positie van zekerheidsgerechtigden worden beheerst door het recht van de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend. Daarop wordt, op vergelijkbare wijze als in art. 13 IVO is gebeurd ten aanzien van de faillissementspauliana, echter een uitzondering geformuleerd. Art. 5 IVO zou in dat verband als volgt moeten worden aangepast:

‘Article 4 (2) (n) shall not apply insofar as a creditor or a third party provides proof that:

- (a) the secured assets have been situated within the territory of another Member State than the State of the opening of proceedings at the time of the opening of proceedings; and
- (b) the substantial effects of insolvency proceedings on rights in rem provided for under the law of the State of the opening of proceedings do not comply with the insolvency law of the Member State within the territory of which the assets were situated at the time of the opening of proceedings.’

Art. 5 IVO zou in dit voorstel werken als een verweer dat de zekerheidsgerechtigde kan inroepen tegen bepaalde effecten van de *lex concursus* die niet in overeenstemming zijn met het insolventierecht van de lidstaat waar de bezwaarde goederen zich bevinden ten tijde van de opening van de insolventieprocedure.

Mijn bezwaar tegen een dergelijke regel is dat het een vergelijking vereist tussen twee rechtsstelsels die niet steeds eenvoudig zal zijn en niet noodzakelijkerwijs tot eenduidige uitkomsten hoeft te leiden. Vergelijkbare bezwaren kunnen worden ingebracht tegen art. 13 IVO waarop de voorstellen van Heidelberg en Wenen voor aanpassing van art. 5 IVO zijn gebaseerd.³²

In het rapport van de universiteiten van Heidelberg en Wenen wordt aan de hand van enkele voorbeelden de werking van art. 5 IVO in zijn huidige vorm afgezet tegen (i) toepassing van het recht van de lidstaat van ligging van de bezwaarde goederen en (ii) de *opposition rule* zoals hiervoor uiteengezet.³³ Uit die analyse blijkt dat de voorstellen voor aanpassing van art. 5 IVO zoals die hiervoor zijn besproken, niet alleen voldoen aan de doelstellingen die werden nagestreefd met art. 5 IVO, maar bovendien leiden tot evenwichtiger uitkomsten dan de huidige regeling.

29. Zie P.M. Veder, ‘Europeanisering van zekerheid op roerende zaken – tussen zekerheid en bescheidenheid’, in: A.L.M. Keirse & P.M. Veder, *Europeanisering van vermogensrecht* (preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2010, p. 175 e.v.

30. Revision of the European Insolvency Regulation, Proposals by INSOL Europe. De ‘drafting committee’ bestond uit: R. Van Galen (vz.), M. André, D. Fritz, V. Gladel, F. Van Koppen, D. Marks en N. Wouters.

31. Revision of the European Insolvency Regulation, Proposals by INSOL Europe, p. 50 e.v.

32. Vgl. H.L.E. Verhagen & P.M. Veder, ‘De “Pauliana” in het Nederlandse internationaal privaatrecht’, *NIPR* 2000-1, p. 5. Met betrekking tot de in art. 13 IVO geboden bescherming zijn overigens ook meer principiële tegenwerpingen mogelijk. Zie voor een kritische bespreking van art. 13 IVO onder meer Veder 2011, p. 294, en P.M. Veder, ‘Party Autonomy and Insolvency Law’, in: R. Westrik & J. van der Weide (red.), *Party Autonomy in International Property Law*, München: Sellier, European Law Publishers 2011, p. 261-276.

33. External Evaluation, p. 270-280.

4. TOT SLOT: DE WIJZIGINGSVOORSTELLEN VAN DE EUROPESE COMMISSIE

Op 12 december 2012 heeft de Europese Commissie haar voorstellen voor aanpassing van de Insolventieverordening gepresenteerd. De Europese Commissie stelt onder meer voor het toepassingsbereik van de Insolventieverordening uit te breiden tot zogeheten pre-insolventieprocedures. Dergelijke procedures bieden de schuldenaar de mogelijkheid zijn schuldenlast te herstructureren door middel van een akkoord dat tot stand komt onder rechterlijk toezicht en dwingend kan worden opgelegd aan niet of tegenstimmende schuldeisers. Zij strekken ertoe de opening van een formele insolventieprocedure met de daaraan verbonden negatieve gevolgen te voorkomen.

De Europese Commissie formuleert als belangrijkste redenen voor de voorgestelde uitbreiding:

‘Het voornaamste probleem dat voortvloeit uit het feit dat een aanzienlijk aantal pre-insolventie- en hybride procedures momenteel niet onder het toepassingsgebied van de verordening valt, is dat hun gevolgen niet in de hele EU worden erkend. Schuldeisers die het met een dergelijke procedure niet eens zijn, kunnen daardoor hun vorderingen proberen te verhalen op activa van de schuldenaar die in zich in een andere lidstaat bevinden, hetgeen pogingen om een onderneming te redden kan ondergraven (het zogeheten “holding-out” probleem). Bovendien kunnen de kansen om ondernemingen te redden teloor gaan omdat de partijen niet bereid zijn zich te onderwerpen aan de relevante procedures indien hun grensoverschrijdende erkenning niet is gewaarborgd. Daarom is de aanbeveling gedaan om deze problemen in de herziening van de verordening aan te pakken.’³⁴

Tijdens het congres ‘The Future of the European Insolvency Regulation’ dat in april 2011 plaatsvond in Amsterdam kwam al naar voren dat een dergelijke uitbreiding van het toepassingsbereik van de Insolventieverordening gepaard zou moeten gaan met een aanpassing van art. 5 IVO omdat de daar aan zekerheidsgerechtigden geboden bescherming niet noodzakelijkerwijs bijdraagt aan het slagen van een herstructurering.³⁵ De Europese Commissie heeft echter geen aanleiding gezien voorstellen voor aanpassing van art. 5 IVO op te nemen. Nu art. 5 IVO in de voorstellen van de Europese Commissie ongewijzigd blijft, blijft een situatie bestaan die de Europese Commissie ten aanzien van ‘gewone’ schuldeisers nu juist (terecht) tracht te voorkomen: zekerheidsgerechtigden kunnen ‘hun vorderingen proberen te verhalen op activa van de schuldenaar die in zich in een andere lidstaat bevinden, hetgeen pogingen om een onderneming te redden kan ondergraven (het zogeheten “holding-out” probleem)’. De Europese Commissie heeft ruim 10 jaar na de inwerkingtreding van de Insolventieverordening de juiste balans nog niet gevonden.

34. Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité over de toepassing van Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, COM(2012)743 final, p. 6.

35. Zie R.F. Abeln & T.G. Abeln, ‘Report on the Conference on the Future of the European Insolvency Regulation’, *International Insolvency Law Review* 3, 2011, p. 361.