

Verslag van INSOL Europe Annual Congress 2012¹

8

Medio oktober 2012 werd in Brussel het jaarcongres van INSOL Europe gehouden. Niet alleen stond dit congres in het teken van het 10-jarig bestaan van de Europese Insolventieverordening, maar het viel tevens samen met de grote financiële onrust in de wereld en de eurozone in het bijzonder. Naast de hoofdconferentie van 11-14 oktober voor alle insolventierechtsspecialisten, werden rondom het congres aanpalende bijeenkomsten gehouden van wetenschappers (*Academic Forum*), rechters (*Judicial Wing*) en financiers (*Lenders Group*). Een recordaantal insolventierechtsspecialisten uit 29 landen, onder wie ongeveer 80 Nederlandse deelnemers (curatoren, hoogleraren, rechters-commissarissen, en een enkele accountant of bankjurist), kwamen bijeen om de nieuwste ontwikkelingen te bespreken en ideeën uit te wisselen. Hieronder volgen beschrijvingen van Rolof de Weijts (UvA en HouthoffBuruma) over het *Academic Forum*, Evert Verwey (CMS Derks Star Busmann) over de *Main Conference* en Mincke Melissen (Rechtbank Amsterdam) over de *Judicial Wing*.

1. Academic Forum²

Dog eat Dog World?

Dwingt een rechtstelsel partijen om rekening te houden met de belangen van derden of staat het een economie toe waarin het 'ieder voor zich' is? Een goede indicatie hiervoor is de mate waarin een rechtstelsel een absoluut karakter toekent aan de zekerheden van crediteuren. A.I. Abraham (werkzaam bij Sullivan & Cromwell UK) presenteerde een vergelijking tussen Amerikaanse en Engelse zekerheden. Opvallend hierbij is dat algemene zekerheden over voorraden en debiteuren zowel in het Engelse (*floating charges*) als het Amerikaanse recht kenbaar zijn door registratie. In Nederland is dit bij een stil pandrecht niet het geval omdat de registratie enkel strekt ter vaststelling van de datum van het zekerheidsrecht. Een inspirerend voorbeeld van de mogelijkheid om de gesecureerde schuldeisers er niet met de hele buit vandoor te laten gaan, vormt het zogeheten *prescribed part* bij de Engelse *floating charge*, waarbij gesecureerde schuldeisers een gedeelte van de opbrengst aan de boedel dienen af te staan. In zijn voordracht concludeert Abraham dat het Engelse recht iets meer oog lijkt te hebben voor andere, niet gesecureerde crediteuren en dat het Ame-

rikaanse recht daarmee meer een 'dog eat dog world' creëert dan het Engelse.³

Werkgelegenheid vs. crediteuren?

Prof. M. Vanmeenen (Universiteit Antwerpen) besprak de positie van schuldeisers onder de Wet Continuïteit van Ondernemingen. In deze insolventiewetgeving wordt het belang van werkgelegenheid als een zelfstandig te beschermen belang genoemd. De wetgeving is echter niet duidelijk over een belangenafweging indien de belangen van schuldeisers en werknemers botsen. De discussie raakt het hart van het insolventierecht, namelijk wiens belangen centraal dienen te staan. Conventionele wijsheid is dat faillissement als algemeen beslag er is voor diegenen met een vordering en dat het een gevaarlijke ontwikkeling vormt om in een insolventieprocedure andere belangen boven die van de schuldeisers te stellen.

In België is in de insolventieprocedure ten aanzien van Santens (fabrikant van badhanddoeken) de vraag opgekomen of een rechter een lager bod van een bidder voor de onderneming mag aanvaarden, indien hiermee meer werkgelegenheid behouden blijft terwijl er daadwerkelijk een hoger bod ligt. De Belgische rechter in eerste aanleg koos voor werkgelegenheid en accepteerde dat hierdoor schuldeisers minder zouden ontvangen. Indien Europa daadwerkelijk voor een lange periode met economische krimp staat, zal deze vraag steeds meer opkomen.

Wie stuurt in een reorganisatie?

Prof. T. Richter (hoogleraar in Nijmegen op de leerstoel *Cross-Border Corporate Insolvency Law*) sprak in Brussel over governancevraagstukken in Tsjechische insolventieprocedures. Het Tsjechische recht is aanzienlijk moderner (geheel gewijzigd in 2006) en daarmee ook aanzienlijk verder dan het Nederlandse recht met de gedachtevorming omtrent reorganisatieprocedures en het aanbieden van een akkoord. Onder Tsjechisch recht kan niet enkel de schuldenaar een akkoord aanbieden, maar kan dit recht als het ware worden overgenomen door de schuldeisers. Een andere vraag die bij elke reorganisatieprocedure opkomt is in hoeverre bij een reorganisatie waarbij schuldeisers genoegen moeten nemen met minder dan 100% uitbetaling, de zittende aandeelhouders gewoon kunnen blijven zitten of geheel of gedeeltelijk vervangen worden. Ook hier is de Tsjechische rechtsontwikkeling duidelijk verder dan de Nederlandse, nu het Tsjechische recht de mogelijkheid kent om aandeelhouders bij een akkoord te vervangen.

Achterstelling

R. Fransis (promovendus universiteit Leuven en advocaat bij Liederkerke) gaf een rechtsvergelijkende presentatie over contractuele achterstelling. Merkwaardig is in de eerste plaats dat veel landen in Europa hier in het geheel geen wettelijke regeling voor hebben. Positieve uitzondering is

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: R.J. de Weijts, E.J.R. Verwey & W.A.H. Melissen, 'Verslag van INSOL Europe Annual Congress 2012', *TvI* 2013/8. Mr. drs. R.J. de Weijts is redactiemedewerker van *TvI*, mr. E.J.R. Verwey is advocaat te Amsterdam en mr. W.A.H. Melissen is rechter in de rechtbank Amsterdam.

2 Het verslag hier vormt een selectie van enige onderwerpen die mogelijk interessant zijn voor Nederlandse juristen. De verschillende bijdragen verschijnen in druk in een uitgave van *Insol Europe*.

3 Het hele artikel 'Optimizing English and American Security Interests' is te downloaden via http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2033412.

Nederland met art. 3:277 lid 2 BW (voor de *contractuele* achterstelling) en art. 92 lid 2 Spaanse *LeyConcursal*. Fransis illustreerde meerdere onduidelijkheden die opkomen bij gebreke van een algemene regeling. Een van de meest prangende vragen die mogelijk ook relevant is voor Nederlandse achterstelling, is de vraag in hoeverre een curator van een junior crediteur daadwerkelijk aan een overeenkomst van achterstelling gebonden is. Indien de achterstelling in Nederland tot stand is gekomen overeenkomstig art. 3:277 lid 2 BW middels een afspraak met de gezamenlijke debiteur, zal dit een onderdeel van de vordering vormen die de achtergestelde schuldeiser heeft. Indien de afspraak echter is vormgegeven middels een afspraak van crediteuren onderling (enkel tussen senior en junior zonder de gezamenlijke debiteur), dan zou betoogd kunnen worden dat de curator van de achtergestelde schuldeiser in het geheel niet gehouden is die overeenkomst van achterstelling gestand te doen. Fransis zal volgend jaar zijn proefschrift verdedigen en dit proefschrift zal zeker ook voor Nederland interessant zijn, niet alleen voor de wetenschap maar ook voor de praktijk.

Italian Torpedo vs. COMI-migration

Prof. G. McCormack (University of Leeds, UK) sprak over de vele onduidelijkheden die nog bestaan over de verhouding tussen de Europese Insolventieverordening (Verordening (EG) nr. 1346/2000) en de EEX-Verordening (Verordening (EG) nr. 44/2001). De Europese Insolventieverordening voorziet daarbij in een hiaat dat was ontstaan doordat de Europese EEX-Verordening weliswaar bepaalt dat vonnissen in andere lidstaten erkend dienen te worden, maar insolventieprocedures, akkoorden en andere soortgelijke procedures uitsluit. Europese Verordeningen hebben regelmatig opportunistisch gedrag als neveneffect. De wijze waarop dit opportunistische gedrag zich onder de Insolventieverordening manifesteert is echter geheel anders dan onder de EEX-Verordening. Voor een gedaagde in een reguliere procedure onder bereik van de EEX-Verordening kan het aantrekkelijk zijn om zo veel mogelijk vertraging te bewerkstelligen (met name gebruikelijk bij IE-inbreukzaken), bijvoorbeeld door zelf een procedure te openen in een land met een zeer traag rechtssysteem. Deze praktijk heeft tot de term 'Italiaanse torpedo' geleid, de effectieve vertragingstechniek van het openen van een procedure in Italië. Onder de Insolventieverordening proberen partijen soms weg te komen van een rigide insolventieprocedure. Met dat oogmerk gaat men op zoek naar een jurisdictie waarin juist heel snel een procedure kan worden geopend, die dan overall erkend dient te worden. McCormack concludeerde onder meer:

"The EC Insolvency Regulation favours the fastest moving court system, whereas the Brussel Regulation (EEX) favours the slowest moving system."

State Insolvency

Yanying Li (promovenda universiteit Leiden en werkzaam bij Permanent Hof van Arbitrage) sprak over de mogelijkheden om tot een juridisch framework voor staatsinsolventie

dan wel reorganisatie te komen. Zij besprak hierbij de haken en ogen die verbonden zijn aan het eerder IMF voorstel van SDRM (Sovereign Debt Restructuring Mechanism) en huidige voorstellen voor SDA's (Sovereign Debt Arbitration). Li ontwikkelt een framework dat het midden houdt tussen SDRM en SDA, dat zij SDRAM noemt.

De toekomst van Europees insolventierecht:

Bottum up

Prof. B. Wessels (Universiteit Leiden) ronde het Academic Forum af met de Edwin CoeLecture 'On the future of European Insolvency Law'. Hij riep hierin op tot een meer *bottum up*- in plaats van *top down*-benadering voor de toekomstige vormgeving van het Europese Insolventierecht. Hij geeft aan dat de praktijk zelf met principes en uitgangspunten kan en moet komen voor de wijze waarop ondernemingen gereorganiseerd worden in Europa.

2. Main Conference

Het hoofdcongres werd geopend door Catherine Day (secretaris-generaal van de Europese Commissie) met een eigen kijk op de huidige Europese financiële crisis. De secretaris-generaal maakte duidelijk dat de Europese Commissie vertrouwen heeft in de toekomst en dat een Europese Commissie met meer bevoegdheden in staat zal zijn om maatregelen te nemen die Europa door de financiële crisis heen kunnen helpen.

Sovereign debt

Vanuit verschillende invalshoeken werden diverse thema's aan de orde gesteld, zoals 'Sovereign debt crisis in Europe: a true European affair'. Onder leiding van Lucas Kortmann werd in deze bijdrage ingegaan op de schulden crisis die thans in vooral Zuid-Europese landen heerst. Aan de ene kant werd toegelicht hoe het Internationale Monetair Fonds een rol kan spelen om deze landen te helpen zonder de soevereiniteit van een staat te veel aan te tasten. Aan de andere kant is door Simon James beschreven hoe staten die geïnvesteerd hebben in deze landen proberen om hun investering veilig te stellen door een beroep te doen op regeringen om maatregelen te nemen.

Debt-for-equity

Aan het einde van de eerste ochtend volgden vier *break-out-sessions* die verschillende onderwerpen toelichtten. Tijdens een van de *break-out-sessions*, die door de Lenders Wing werd gepresenteerd, werd ingegaan op *debt-for-equity swaps* vanuit de visie van de banken. Derek Sach (RBS) maakte de belangenafweging van een bank inzichtelijk wanneer zij voor keuze staat om (een van de) aandeelhouder(s) te worden in een vennootschap in tijden van zwaar weer. Het feit dat banken op termijn mee kunnen delen in de winst van een vennootschap, kan voor banken een reden zijn om mee te werken aan een *debt-for-equity swap*. Op deze manier wordt een faillissement vermeden en is tegelijkertijd een hogere uitkering dan uit een faillissement mogelijk.

Aandeelhoudersleningen

Een andere *break-out-session* behandelde meer juridisch-inhoudelijk de vergelijking tussen Duits, Nederlands, Amerikaans en Belgisch recht ten aanzien van de rang in faillissement van aandeelhoudersleningen, met name of deze wel of niet dienen te worden achtergesteld. Waar in Amerika en Duitsland er reeds een heldere regeling bestaat over de rang van deze leningen, staat deze rechtsvraag in Nederland en België nog in de kinderschoenen. In het Duitse en Amerikaanse stelsel staat centraal dat de aandeelhouder soms genoeg zal moeten nemen met een lagere uitkering mede omdat hij doorgaans mede het beleid van de vennootschap bepaalt. In goede tijden profiteert de aandeelhouder immers van zijn positie en dit brengt met zich dat in een faillissementssituatie hij als achtergestelde schuldeiser dient te worden behandeld.

Herziening van de Europese Insolventieverordening

INSOL Europe heeft begin 2011 een werkgroep opgericht die de als doel had om een advies te geven aan de Europese Commissie over de revisie van de Europese Insolventieverordening. Deze werkgroep staat onder leiding van Robert Van Galen en tijdens het congres is door Robert van Galen uiteengezet welke wijzigingen de door INSOL Europe opgerichte werkgroep aan de Europese Commissie zijn voorgesteld. Het betreft onder andere een nieuwe regeling omtrent de COMI (art. 3 Europese Insolventieverordening), die enigszins het hoofd probeert te bieden aan *forumshopping* ten nadele van de (onoplettende) crediteuren. Voorgesteld wordt om wanneer de COMI binnen een jaar voor de insolventieprocedure is verplaatst naar een andere jurisdictie, toch aansluiting te zoeken bij de oude jurisdictie, tenzij er geen oude crediteuren zijn of deze ermee instemmen dat het recht van de jurisdictie van de nieuwe COMI van toepassing is. Voorts wordt een regeling voorgesteld voor een efficiëntere afwikkeling van een faillissement van een internationaal concern met vennootschappen in verschillende jurisdicties. Samenwerking en overleg tussen rechters en curatoren is hiervoor een belangrijk vereiste. Een ander voorstel is ook dat faillissementen van buiten de Europese Unie in de Europese Unie worden erkend overeenkomstig de UNCITRAL-regels.

Rescue culture

Vrijdagmiddag werd afgesloten door twee panels; '*Distressed Business Acquisition – an EU Comparison*' en '*Schemes of arrangement and European alternatives*'. Tijdens deze panels is een beschrijving gegeven van nieuwe regelgeving die door verschillende Europese landen is ingevoerd. Zowel in Spanje, Frankrijk, Italië, Duitsland als in België is recent regelgeving ingevoerd om vennootschappen makkelijker te herstructureren. De invoering van deze aanpassing is een reactie geweest op de Engelse '*schemes of arrangement*'-procedure. Doordat de Engelse rechter zich snel bevoegd achtte om deze Engelse herstructureringsprocedure te openen ten aanzien van buitenlandse vennootschappen, werd gevreesd voor (nog meer) *forumshopping*. De hiervoor genoemde lan-

den hebben hierop gereageerd door een vergelijkbare herstructureringsprocedure in hun wetgeving op te nemen.

Europa in de wereld

De tweede dag ving aan met een uiteenzetting van Guy Verhofstadt (Europarlementariër en fractieleider van de Alliantie van Liberalen en Democraten voor Europa). In een inspirerende presentatie gaf de voormalig premier van België aan dat de financiële crisis in Europa volgens hem een politieke crisis is. De financiële crisis kan derhalve alleen worden verholpen door op politiek vlak meer samen te werken, lidstaten meer bevoegdheden aan Europa over te dragen en sterke toezichthouders in het leven te roepen. Door de Europese economie te vergelijken met de Japanse en Amerikaanse economie is het opmerkelijk te noemen dat de rente in Europa hoger is dan in Japan en Amerika terwijl het begrotingstekort in Amerika en Japan vele malen hoger is dan het gemiddelde begrotingstekort van de Europese lidstaten.

Hierna hebben een historicus, een consultant, een ondernemer en een jurist besproken hoe het Europese continent competitief kan blijven ten opzichte van de opkomende industrieën. Ondanks dat de arbeidskosten in de eurozone (in vergelijking met Azië en Zuid-Amerika) relatief hoog zijn, heeft Europa nog steeds een voorsprong op logistiek gebied en ten aanzien van kapitaalverstrekking. De laatste panelsessie van de dag werd gehouden door drie afgevaardigden van respectievelijk de Engelse centrale bank, de Duitse centrale bank en De Nederlandsche Bank. Hierbij stond de invoering en ontwikkeling van de Europese Richtlijn over het depositogarantiestelsel centraal en hoe deze richtlijn in de verschillende landen is geïmplementeerd.

SAAB

De laatste inhoudelijke bijdrage van het congres werd gehouden door Guy Lofalk, tweevoudig bewindvoerder van SAAB. De bewindvoerder heeft inzicht gegeven in de twee herstructureringsprocedures waar SAAB bij betrokken is geweest. Na langdurige onderhandelingen met alle betrokken partijen (waaronder de Amerikaanse regering als aandeelhouder in General Motors en twee Chinese partijen) heeft de bewindvoerder uiteindelijk toch moeten besluiten om het faillissement aan te vragen.

3. Judicial Wing

Tijdens de zevende bijeenkomst van de Judicial Wing is, onder leiding van Heinz Vallender⁴, gesproken over twee onderwerpen 1. de beloning van curatoren; en 2. voorstellen tot wijziging van art. 31 Europese Insolventieverordening. Over de wijze waarop de beloning van curatoren in de verschillende EU-landen wordt vastgesteld, is ter gelegenheid van het INSOL Europe congres 2012 in Brussel een Insol Europe/Judicial Wing uitgave verschenen: *The Remuneration of the Insolvency Representative in Europe*, waarin diverse bij-

⁴ Voorzitter van de insolventieafdeling van de Rechtbank Keulen, Duitsland.

dragen van leden van de Judicial Wing zijn opgenomen. Tijdens de Judicial Wing-bijeenkomst is gesproken over de verschillende beloningssystemen. In diverse landen wordt het probleem van de lege boedel herkend. In Engeland wordt eerst een ambtelijk functionaris als *trustee* aangewezen; pas als blijkt dat er actief te verdelen is, wordt aan de crediteuren gevraagd wie zij bij voorkeur in plaats van de ambtelijk functionaris als *trustee* benoemd zouden willen zien. Een ander punt van discussie vormde de wijze waarop de redelijkheid van de beloningen van curatoren in omvangrijke insolventies in de verschillende landen door de rechtbank of toezichthoudende rechters wordt beoordeeld.

Art. 31 huidige Insolventieverordening regelt alleen de samenwerking en communicatie tussen curatoren (in de hoofd- en secundaire procedure). De Insolventieverordening bevat geen bepaling over de communicatie en samenwerking tussen insolventierechters. Over de noodzaak tot samenwerking tussen curatoren is iedereen het wel eens. Vandaar ook dat in art. 31 Insolventieverordening een samenwerkings- en kennisgevingsplicht is opgenomen voor curatoren in de hoofd- en secundaire procedures. Inmiddels heeft de praktijk (in met name Common Law-landen) uitgegeven dat ook samenwerking en communicatie tussen insolventierechters kan bijdragen aan een meer efficiënte behandeling van grensoverschrijdende insolventies.

In de Judicial Wing is besproken dat behoefte bestaat aan een wettelijke basis voor judiciële samenwerking en communicatie in grensoverschrijdende insolventies. In juli 2007 zijn de *European Communication & Cooperation Guidelines for Cross-border Insolvency* (CoCo-guidelines) tot stand gekomen. In deze CoCo-guidelines hebben prof. Bob Wessels en prof. Miguel Virgós mogelijkheden van samenwerking en communicatie in grensoverschrijdende insolventies nader uitgewerkt. Guideline 16 heeft betrekking op samenwerking tussen rechterlijke instanties. Deze CoCo-guidelines zijn echter voor niemand bindend. Zonder wettelijke basis achten rechters in diverse lidstaten zich niet vrij om te communiceren of samen te werken met curatoren en/of rechters uit andere lidstaten.

De werkgroep van Insol Europe die adviseert over de revisie van de Insolventieverordening heeft een beperkte uitbreiding van art. 31 Insolventieverordening voorgesteld, die de *liquidator* in de hoofdprocedure het recht geeft om gehoord te worden en beslissingen te vragen in de secundaire procedure. De leden van de Judicial Wing zouden verder willen gaan en meer willen aansluiten bij art. 25-27 UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, waarin tevens is voorzien in samenwerking en communicatie van *courts* met *foreign courts* en *foreign representatives*.

De Judicial Wing is tot het volgende voorstel gekomen met betrekking tot de aanpassing van art. 31 Insolventieverordening. In het voorstel is onderscheid gemaakt tussen samenwerking tussen curatoren, tussen rechtbanken en curatoren en tussen rechtbanken. Aan de oorspronkelijke tekst van art 31 Insolventieverordening zijn lid 4-6 toegevoegd. Het voorstel van de Judicial Wing luidt dan als volgt:

"Article 31

Duty to cooperate and communicate information

A. *Between Liquidators*

1. Subject to the rules restricting the communication of information, the liquidator in the main proceedings and the liquidators in the secondary proceedings shall be duty bound to communicate information to each other. They shall immediately communicate any information which may be relevant to the other proceedings, in particular the progress made in lodging and verifying claims and all measures aimed at terminating the proceedings.
2. Subject to the rules applicable to each of the proceedings, the liquidator in the main proceedings and the liquidators in the secondary proceedings shall be duty bound to cooperate with each other.
3. The liquidator in the secondary proceedings shall give the liquidator in the main proceedings an early opportunity of submitting proposals on the liquidation or use of the assets in the secondary proceedings.

B. *Between Courts and Liquidators*

4. The court in which main or secondary proceedings have been opened in respect of a debtor is entitled to communicate directly with, or request information or assistance directly from, a liquidator or representative of that debtor in any other Member State.
5. A liquidator in main proceedings shall have the right to be heard in any secondary proceedings.

C. *Between Courts*

6. The court in which main or secondary proceedings have been opened in respect of a debtor is entitled to communicate directly with, or to request information and cooperation directly from, the court of any other Member State in which insolvency proceedings are pending in connection with the debtor."

Het congres werd traditioneel afgesloten met een galadiner. Ditmaal werd het galadiner gehouden in een sfeervol voormalig Brussels theater 'Le Plaza'. Volgend jaar zal het INSOL Europe congres van 25-29 september plaatsvinden in Parijs.