

Rechtbank van Koophandel te Gent, vonnis van 21 februari 2006

Insolventieverordening – artikel 27 – secondaire insolventieprocedure – rechter beoordeelt opportuniteit van opening

Règlement n° 1346/2000 – article 27 – procédure secondaire d’insolvabilité – opportunité de l’ouverture appréciée par le juge

Nr. A/05/02654 Rep. nr. 1430

Advies Openbaar Ministerie

I. In Feite

Tussen eiseres de N.V. INT en de N.V. HOR bestond er sedert 15.06.1992 een handelshuurovereenkomst. Voor de huur van een winkelruimte, gelegen te 9820 Sint-Denijs-Westrem, Kortrijksesteenweg 1192B werd deze verdergezet, na overname van de verkoopactiviteiten van HOR, door B.V. POOL en de N.V. INT.

Bij vonnis van de Nederlandse rechtbank te Zutphen dd. 08.04.2004 werd de N.V. POOL failliet verklaard. Als curatoren werden respectievelijk Meester BRANDSMA H.C. en DE BRUIJN A.P.J.M., tweede en derde verweerders, aangewezen. Het personeel van de vestiging te Gent werd in eerste instantie kort na het faillissement ontslagen. In de loop van de maand april richtte de eiseres diverse brieven aan het adres van de curatoren; o.m. een brief dd. 25.05.2004 & 07.06.2004 (st. 3 - 5 - 6 -7 en 9 bundel eiseres) stellende dat de N.V. INT met betrekking tot de reeds vervallen en nog te vervallen huurgelden een voorrecht genoot op de inboedel van het onroerend goed en al hetgeen het gehuurde pand stoffeert.

Deze gelden waren voor de N.V. INT boedelschulden gelet op het verder gebruik van het pand door de curatele.

Bij brief dd. 28.05.2004 deelden de curatoren mede dat onderhandelingen aan de gang waren voor een eventuele overname van de vestiging te Sint-Denijs-Westrem. Slechts een deel van de Belgische vestigingen werden echter overgedragen, terwijl de overige werden geliquideerd, dwz. er werd overgegaan tot de verkoop van alle activa en/of het retourneren van goederen van derden.

De schuldvordering van N.V. INT omvatte:

- de huur- en bezettingsvergoeding van mei 2004 tot augustus 2004
- verbrekingsvergoeding ten belope van 6 maanden huur
- onroerende voorheffing

De schuldvordering van eiseres werd volgens de curatoren opgenomen op de lijst van boedelvorderingen (cf. brieven 25/06/2004 & 21/09/2004).

Voor 17 Belgische vestigingen in het algemeen van de B.V. POOL waren, vijf maanden na het faillissementsvonnis tzt. begin september 2004, alle activa weggehaald en de goederen van derden geretourneerd.

M.b.t. de vestiging te Sint-Denijs-Westrem was dit tegen 25.08.2004 niet anders verlopen, na opzegging van het huurkontraat per 12.08.2004.

II. DE STANDPUNTEN.

Inzake de terugbetaling van de boedelcrediteuren beroepen **de curatoren** zich op de toepassing van de Nederlandse faillissementswetgeving, waar zij een voorbehoud omtrent de uitbetaling van de vordering stellen: “(...) De rangorde van de vorderingen van boedelcrediteuren wordt dus ook bepaald door de Nederlandse wetgeving. Conform het voorgaande staat de vordering van uw cliënte (N.V. INT) genoteerd als boedelschuld die bij voorrang zal worden voldaan, zodra en voorzover het boedelactief dit toelaat” (cf. brief dd. 18.10.2004).



Eiseres, **als verhuurster van het pand**, beroept zich op het voorrecht van de onbetaalde verhuurder op de inboedel en al hetgeen het onroerend goed stoffeert.

Voor eiseres vloeit uit de toepassing van art. 8 van de Europese Insolventieveroordeling voort dat de Belgische faillissementswetgeving van toepassing is, en dat, “(...) *zelfs indien de failliete boedel de betaling van boedelschulden niet toelaat, de curator (...) persoonlijk gehouden is tot betaling van kosten en schulden die zijn ontstaan ingevolge zijn handelingen*” (cf. brief dd. 15.10.2004).

Aangezien er tengevolge van de verschillende rechtstelsels niet dezelfde gevolgen worden verbonden aan het begrip 'boedelschuld', waardoor een schuldeiser in de lidstaat waar de goederen zich bevinden niet een identieke rechtsbescherming zou genieten als in de eigen rechtsorde, vordert de N.V. INT, als schuldeiseres van de plaatselijke vestiging, de opening van een secundaire insolventieprocedure.

III. In rechte

A. Het toepasselijke recht

Het faillissement van de B.V. POOL werd uitgesproken door de Nederlandse rechtbank te Zutphen op 08 april 2004.

De faillissementsprocedure wordt – tenzij de verordening het anders bepaalt – volledig beheerst door het recht van de staat waar het faillissement werd geopend (Art. 4,1 Verordening). En anderzijds is de rechter die het faillissement heeft uitgesproken bevoegd te statueren over alle materies die uit het faillissement voortvloeien, ongeacht of het vorderingen betreft m.b.t. activa in België of het buitenland, ongeacht of het schuldeisers betreft in het buitenland of in België.¹

Het openen van een faillissementsprocedure in Nederland houdt in België de erkenning de plano in van het faillissement.

De *lex concursus*, d.i. de wet van het land waar het faillissement wordt opgestart, heeft een algemene draagwijdte in faillissementszaken (Zie voor een voorbeeld m.b.t. een Nederlands faillissement: Cass. 12 januari 1990, *Arr.Cass.* 1990, I, 566 en *R.C.J.B.* 1993, 450).

Het Belgisch recht erkent van rechtswege de gevolgen op haar grondgebied van een buitenlandse faillissementsprocedure.

De *lex fori concursus* is van toepassing om de gevolgen van het faillissement op de lopende overeenkomsten te bepalen. Als uitzondering hierop geldt de *lex rei sitae* welke de huurovereenkomsten beheerst.

Art. 3 F.W., aangepast in art. 2 Reparatielwet van 04 september 2002, maakt gewag van internationale aspecten, en verwijst naar de E.G.-Verordening nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende de insolventieprocedures, in werking getreden op 31.05.2002.

De verordening is enkel van toepassing op insolventieprocedures, waarbij het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar in de E.U. ligt.

De Verordening voorziet dus in de lidstaten, waar het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar is gelegen, in de opening van een hoofdinsolventieprocedure met universele werking die alle goederen van de schuldenaar beoogt te omvatten, ongeacht hun ligging.

Daarnaast voorziet de Verordening in de mogelijkheid van de opening in de lidstaten, waar de schuldenaar een vestiging heeft, van territoriale procedures die uitsluitend het vermogen in de lidstaat van de desbetreffende procedure betreffen en derhalve lokale procedures vormen.

Zodra er een hoofdprocedure is geopend, wordt de territoriale procedure een secundaire insolventieprocedure.

Tenzij de Verordening iets anders bepaalt, wordt de secundaire procedure beheerst door het recht van de lidstaat waar de secundaire procedure wordt geopend (Art. 4, 1 & 28 EVO).

De territoriale procedure slaat – ondanks de universele werking van het nationale recht van de staat die de territoriale procedure opent – enkel op de goederen, gelegen op het grondgebied van de lidstaat: waar de territoriale procedure werd geopend.

B. Bespreking

Bij beschikking dd. 08.04.2005 besliste de Nederlandse rechter dat "waar gelet op de statutaire vestiging van de vennootschap en de overige uit de stukken gebleken feiten en omstandigheden, het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar als bedoeld in art. 3 lid 1 van de Europese

¹ Praktische gids voor faillissementscuratoren, Internationale aspecten, nr. 563, blz. 378.



Insolventieverordening, in Nederland gelegen is, de hier ten lande geopende insolventieprocedure als hoofdprocedure in de zin van voornoemde verordening heeft te gelden".

De Europese insolventieverordening maakt deel uit van de Belgische Faillissementswetgeving.

Er bestaat geen betwisting over dat de aangezochte Nederlandse rechter deze was die territoriaal bevoegd was om het faillissement uit te spreken.

De wet die het faillissement beheerst (*lex fori concursus*) is die van de territoriaal bevoegde rechtbank om het faillissement uit te spreken.

Het faillissement op zich is niet vatbaar voor enige betwisting, evenmin als dat de Belgische rechter uit dit Nederlands faillissementsvonnis enige bevoegdheid zou putten om de datum van staking van betaling te bepalen. Uit de debatten ter terechtzitting werd overigens terecht opgemerkt dat de vordering in secundair faillissement ruim zes maanden na de uitspraak van de Nederlandse rechtbank werd ingesteld!

Wanneer een secundaire insolventieprocedure wordt geopend, dient de insolventie van de schuldenaar niet meer te worden behandeld in de andere lidstaat (art. 27 EVO).

"En ce qui concerne les conditions de la faillite, le tribunal saisi d'une demande d'ouverture de la faillite secondaire n'a plus à examiner la question de l'insolvabilité du débiteur puisque le tribunal qui a déclaré ouverte la procédure principale, reconnue de plein droit, a déjà tranché le problème (T. BOSLY, "La faillite internationale ; une ère nouvelle s'est-elle ouverte avec le règlement du conseil du 29 mai 2000? ", J.T. 2001. p. 694, nr.32).

In beginsel zullen enkel de goederen die gelegen zijn in een lidstaat waar een territoriale procedure is opgestart, ontsnappen aan de universele faillissementsboedel, m.a.w. deze procedure onttrekt de activa die gelegen zijn in België aan de hoofdprocedure.

Vermits de territoriale procedure werd opgestart na faillissement, is dit een zgn. secundaire procedure. In de beide gevallen (zelfstandige territoriale, als secundaire procedure) geldt er een beperkende bevoegdheidsgrond: ze kunnen enkel worden geopend in de lidstaten waar de schuldenaar een 'vestiging' heeft, wat wordt omschreven als 'elke plaats van handeling waar de schuldenaar met behulp van mensen en goederen een economische activiteit uitoefent die niet van tijdelijke aard is' (art. 2 h InsVO). De loutere aanwezigheid van activa is dus niet voldoende. (THEMIS, 'Die Keure, 2003, Insolventierecht, V. SAGAERT, "Internationale Faillissementen, nr. 27, blz. 92).

Het louter bestaan van een vestiging betekent niet dat een secundaire procedure ipso facto geopend wordt.

Het begrip 'vestiging' heeft dus een drempelfunctie.

Art. 3 Insolventieverordening voorziet in de mogelijkheid van een secundaire procedure met het oog op een liquidatie van de goederen, vermits de hoofdprocedure de vereffening het faillissement betrof.

Alle activa van de vestigingen in België, waaronder deze te Gent, hadden einde augustus 2004 reeds het grondgebied verlaten (cf. uiteenzetting feiten) met het medeweten van de N.V. INT.

Na opzegging van de huurovereenkomst was de winkel te Gent tegen 25.08.2004 volledig ontruimd, en alle handelsactiviteiten waren stopgezet. Een liquidatie van de goederen was dus zonder voorwerp geworden.

Mijn ambt is van oordeel dat het openen van een secundair faillissement, ruim één jaar nadat hier te lande zelfs geen activa meer aanwezig zijn, niet strookt met de ratio legis van de Insolventieverordeningen, nu aan de voorwaarde voor deze procedure, m.n. dat de debiteur in die lidstaat **een vestiging** heeft, niet meer was voldaan voor de opening van de insolventieprocedure.

Bovendien beschikt de N.V. INT over het bijzonder voorrecht van de niet-betaalde verhuurder (art. 20, 1° Hyp W.).

Op grond van art. 5 lid 1 Insolventieverordening kan de niet-betaalde verhuurder van een onroerend goed dat in België is gelegen, zich ook in de Nederlandse insolventieprocedure beroepen op zijn bijzonder voorrecht.

De wet die de uitoefening van dit voorrecht beheerst is de *lex rei sitae*: de rechter is in de Nederlandse faillissementsprocedure ter zake gebonden door de toepassing van de Belgische wetgeving.

OM DEZE REDENEN,

Adviseert mijn ambt de Rechtbank de vordering van de N.V. INT tot opening van een secundair faillissement van de B.V. POOL, in staat van faillissement, af te wijzen als onontvankelijk, minstens ongegrond.



Vonnis

De rechtbank van koophandel te Gent, derde kamer, heeft volgend vonnis verleend inzake:

Naamloze Vennootschap INT, (...) voor wie als raadsman optreedt Mr Hannelore Van De Perre loco Mr Alain Cleyman, advocaat te Sint-Niklaas; eisende partij;

tegen:

1. Vennootschap naar Nederlands recht POOL BV, in staat van faillissement, (...);
 2. De heer BRANDSMA H.C., advocaat, met kantoor in Nederland, (...), in zijn hoedanigheid van curator over het faillissement van de vennootschap naar Nederlands recht POOL B.V., (...);
 3. De heer de BRUYN A.P.J.M., advocaat, met kantoor in Nederland, (...), in zijn hoedanigheid van curator over het faillissement van de vennootschap naar Nederlands recht POOL B.V., (...);
- voor wie als raadslieden optreden Mr Katrin De Saedeleir en Mr Steven Callens, beiden advocaat te Gent; verwerende partijen;

(...)

1. Bij inleidende dagvaarding d.d. 12 april 2005 vordert de eiseres de opening van een secundaire faillissement over de (...) POOL B.V., failliet verklaard bij vonnis van 8 april 2004 door de Nederlandse Rechtbank te Zutphen.

2. De (Nederlandse) BV POOL exploiteerde diverse winkels in België, onder meer te Gent, Kortrijksesteenweg 1192 B. Deze winkel was door eiseres aan (de rechtsvoorganger van) BV POOL verhuurd bij contract d.d. 25 juni 1992, met ingang van 15 juni 1992 (geregistreerd te Gent op 17 september 1992). Op 8 april 2004 werd de vennootschap failliet verklaard.

Bij brief van 23 april 2004 en 6 mei 2004 heeft de eiseres gevraagd of de winkel zal vrijgegeven worden, of er een overnemer is en hoe het verder moet met de betaling van de huur. Op 11 mei 2004 vraagt eiseres van de curatoren een antwoord op de brieven die zij reeds eerder schreef en stelt dat *“jullie hadden 15 dagen de tijd om ons hierop een antwoord te geven en het pand vrij te geven”*.

Bij brief van 25 mei 2004 worden de curatoren door de raadsman van eiseres in gebreke gesteld, waarbij informatie gevraagd wordt over de in te dienen schuldvordering en over de verzekering. Deze raadsman vraagt bij toepassing van artikel 46 F.W. om binnen de 15 dagen een beslissing te nemen over het al dan niet verder zetten van de huur. Tevens stelt hij in gebreke voor de onbetaalde huur van de maand mei 2004, die een boedelschuld uitmaakt.

Bij brief van 28 mei antwoorden de curatoren dat onderhandelingen betreffende de overname van de handelszaak gaande zijn. Bij brief van 7 juni 2004 stelt de eiseres de curatoren opnieuw in gebreke wegens bijkomende achterstand in betaling voor de maand juni. Bij brief van 15 juli berichten de curatoren dat een zekere P. AERTS contact zal opnemen om een overname te bekomen van de handelshuur, waarna een gezamenlijk akkoord tot stand moet komen. Op 10 augustus 2004 schrijft de raadsman van eiseres aan de curatoren dat inmiddels onderhandelingen gevoerd werden doch dat deze niet tot een akkoord geleid hebben, nu de kandidaat noch het handelsfonds noch de huurovereenkomst wil overnemen.

Op 12 augustus 2004 werd door de curatoren vervolgens medegedeeld dat *“ingevolge artikel 46 van de Belgische Faillissementswet de huurovereenkomst reeds beëindigd is nu de curatoren niet medegedeeld hebben de huur te zullen verder zetten en dat zij de huur voor zoveel nodig ‘opzeggen tegen de vroegst mogelijke datum’”*.

Bij brief van 25 augustus 2004 vordert de eiseres vier maanden huur en bezettingsvergoeding, alsmede zes maanden opzegvergoeding en de onroerende voorheffing, of een som van 71.553,64 euro.



Bij brief van 21 september 2004 stellen de curatoren dat de sleutels teruggegeven werden op 2 september 2004, dat de vordering van 71.553,64 euro genoteerd werd op de lijst van de boedelcrediteuren, en dat niet kon voorzien worden of en wanneer deze zou betaald worden.

Bij brief d.d. 30 september 2004 erkennen de curatoren dat *“boedelcrediteuren inderdaad bij voorrang moeten worden uitbetaald, echter enkel indien en voor zover het boedelactief dit toelaat”*. Diverse briefwisseling volgt. Het pand was ontruimd en de goederen werd verkocht. De curatoren weigerden evenwel de schulden te voldoen en voerden discussie over het toepasselijk recht.

Uiteindelijk werd gedagvaard in secundair faillissement.

3. Artikel 3.2. van de verordening 1346/2000 van de Raad bepaalt dat *“Wanneer het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar op het grondgebied van een lidstaat gelegen is, de rechters van een andere lidstaat slechts tot opening van een insolventieprocedure ten aanzien van deze schuldenaar bevoegd zijn indien hij op het grondgebied van laatstgenoemde lidstaat een vestiging bezit. De gevolgen van deze procedure gelden alleen ten aanzien van de goederen van de schuldenaar die zich op het grondgebied van die lidstaat bevinden.”* en artikel 3.3. stelt dat dergelijke procedure een secundaire procedure uitmaakt.

Artikel 27 van dezelfde verordening bepaalt dat *“indien een procedure als bedoeld in artikel 3, lid 1, wordt geopend door een rechter van een lidstaat en in een andere lidstaat wordt erkend (hoofdprocedure) kan in die andere lidstaat, indien een rechter van die lidstaat krachtens artikel 3, lid 2, bevoegd zou zijn, een secundaire insolventieprocedure worden geopend, zonder dat de insolventie van de schuldenaar in die andere lidstaat behandeld hoeft te worden. Deze procedure moet een van de in bijlage B genoemde procedures zijn. De gevolgen van die procedure gelden alleen ten aanzien van de goederen van de schuldenaar die zich op het grondgebied van die andere lidstaat bevinden.”*

Artikel 18 bepaalt onder de “Bevoegdheden van de curator” dat (18.1.) de curator die is aangewezen door een krachtens artikel 3, lid 1, bevoegde rechter in een andere lidstaat alle bevoegdheden kan uitoefenen die hem zijn verleend door het recht van de lidstaat waar de procedure is geopend, zolang in die andere lidstaat geen andere insolventieprocedure is geopend, of geen tegenstrijdige conservatoire maatregel na een verzoek tot opening van een insolventieprocedure in die lidstaat is getroffen. Hij mag met name de goederen van de schuldenaar verwijderen uit het grondgebied van de lidstaat waar zij zich bevinden, met inachtneming van de artikelen 5 en 7. (18.2) De curator die is aangewezen door een krachtens artikel 3, lid 2, bevoegde rechter kan in een andere lidstaat in en buiten rechte aanvoeren dat een roerend goed na de opening van de insolventieprocedure van het grondgebied van de lidstaat waar de procedure is geopend, is overgebracht naar het grondgebied van die andere lidstaat. Hij kan ook elk rechtsmiddel aanwenden dat de belangen van de schuldeisers dient.

De lezing van de artikelen 3.2. en 27 van de verordening houden in dat een secundaire procedure kan worden geopend indien de schuldenaar op het grondgebied van de lidstaat een vestiging bezit.

Dergelijke procedure heeft hoofdzakelijk tot doel de rechten van de schuldeisers te beschermen. De procedure moet niet geopend worden, doch kan worden geopend. Derhalve is het openen van een secundaire procedure in ieder geval een opportuniteitsmaatregel, nu de hoofdprocedure – in casu een faillissement uitgesproken in Nederland – tegenstelbaar is aan de schuldeisers in de andere lidstaten.

Wat de opportuniteit betreft moet worden vastgesteld dat de eiser slechts opgetreden is nadat de Nederlandse curatoren de plaatsen ontruimd hebben en de goederen hebben overgebracht hetzij naar Nederland, hetzij deze te gelde hebben gemaakt. De lezing van artikel 18.2 brengt met zich mee dat een curator in België aan te stellen slechts de goederen zou kunnen terugvorderen die na het openen van een secundaire procedure in België door de Nederlandse curatoren werden verplaatst.



De opening van een secundaire procedure is in de gegeven omstandigheden noch mogelijk, noch opportuun. Enerzijds is er immers in België geen vestiging meer, anderzijds zou een curator geen terugvordering kunnen instellen, nu de goederen reeds voor het instellen van de procedure verplaatst dan wel verkocht zijn.

De vordering dient derhalve te worden afgewezen.

OM DEZE REDENEN, DE RECHTBANK,

Gelet op het schriftelijk advies van het Openbaar Ministerie, uitgebracht op 6 december 2005 door de heer Michel Cauwe, eerste substituut procureur de Konings, waarop door de partijen schriftelijk gerepliceerd werd;

Rechtsdoende op tegenspraak;
Alle strijdige en meeromvattende conclusies verwerpende;

Verklaart de vordering ontvankelijk, doch wijst deze af als ongegrond.

Leggen de kosten ten laste van eiseres

(...)

Aldus het vonnis uitgesproken ter gewone en openbare terechtzitting van dinsdag eenentwintig februari tweeduizend en zes.

Hebben over de zaak geoordeeld: de heer J. Woestyn, voorzitter van de rechtbank, voorzitter; de heren H. Martens en H. Vanhoutte, rechters in handelszaken, bij de uitspraak bijgestaan door mevrouw L. Ysveld, griffier.

