

Mw. Mr. A.P.G. GIELEN

Is de EU- Insolventieverordening haar doel voorbij gestreefd?

Van forumshopping en rechtsonzekerheid in de Europese insolventiepraktijk

O & F

78

Nr. 61 / mei 2004

Inleiding

Op 31 mei 2004 viert de Verordening (EG) van de Raad van de Europese Unie van 29 mei 2000 (Nr. 1346/2000) betreffende insolventieprocedures, hierna verder aangeduid als de Verordening, haar tweejarig bestaan.¹

Er bestaan grote verschillen in de wijze waarop de Verordening tot op heden haar weerslag heeft gekregen in de diverse lidstaten.² Deze verschillen komen niet alleen tot uiting in de wijze waarop de nationale wetgevers de lokale (insolventie)wetgeving al dan niet hebben aangepast aan de Verordening³ maar vooral ook in de mate waarin de diverse nationale rechters zich de rechtsgevolgen van de Verordening inmiddels eigen hebben gemaakt. Sommige nationale rechters, zoals bijvoorbeeld de Nederlandse, de Duitse maar met name de Engelse, hebben de Veror-

dening inmiddels op grote of minder grote schaal toegepast en een eigen invulling gegeven aan de bevoegdheidsregeling zoals die in de Verordening is neergelegd. Andere jurisdicties, zoals bijvoorbeeld Italië en België, maken nauwelijks of geen melding van jurisprudentie die verband houdt met de Verordening.

Langzaam maar zeker lijkt zich in de rechtspraak omtrent de bevoegdheidsregeling van de Verordening een ontwikkeling af te tekenen. In deze bijdrage zal aan de hand van de tot op heden bekende jurisprudentie getracht worden deze ontwikkeling te identificeren, waarbij de nadruk zal liggen op de bevoegdheidsregeling die geldt ten aanzien van vennootschappen, rechtspersonen en in groepen verbonden vennootschappen.⁴ Daartoe zal hierna allereerst,

¹ De Verordening is verbindend in al haar onderdelen en rechtstreeks toepasselijk in alle lidstaten van de Europese Unie, met uitzondering van Denemarken (preambule 33 van de Verordening). Met de toetreding van tien nieuwe lidstaten per 1 mei 2004 is de verordening in beginsel ook direct verbindend geworden voor deze tien lidstaten. Per toetredende lidstaat kunnen echter afspraken zijn gemaakt voor een overgangperiode waarbij de Verordening voor de desbetreffende lidstaat pas op een later tijdstip van kracht wordt.

² Waar in deze bijdrage wordt gerefereerd aan de lidstaten van de Europese Unie in relatie tot de Insolventieverordening wordt bedoeld op alle lidstaten met uitzondering van Denemarken.

³ Verwezen wordt in dit verband naar de zowel hier te lande als ook internationaal gevoerde discussie of de directe werking van de Verordening aan een uitvoeringswet in de weg zou moeten staan. Zie onder andere de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht, 'Advies inzake de wenselijkheid voorzieningen te treffen op het gebied van het internationale faillissementsrecht in verband met de Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures', uitgebracht aan de Minister van Justitie, 's-Gravenhage 13 maart 2002; S.C.J.J. Kortmann, 'De Europese Insolventieverordening en de Nederlandse rechter', *TvI* 2002, [p. 186]; S.C.J.J. Kortmann en P.M. Veder, 'Enkele kanttekeningen bij het wetsvoorstel Uitvoeringswet EG-Insolventieverordening', *WPNR* 6515 (2002), [p. 867-872], G. Cherubini and R.C.M. van Moorsel, 'One source of confusion is sufficient. Second thoughts on amendments in local legislation as a result of the EU regulation on insolvency proceedings', *TvI* 2003, p. 65.

⁴ De Verordening is niet van toepassing op verzekeringsmaatschappijen, kredietinstellingen en beleggingsinstellingen (zie artikel 1 lid 2 en preambule nr. 9 van de Verordening).

mede aan de hand van het doel van de Verordening, een samenvatting worden gegeven van de in de Verordening opgenomen bevoegdheidsregeling. Daarna zal een overzicht worden gegeven van de sinds de invoering van de Verordening gewezen jurisprudentie in Nederland en een aantal omringende landen omtrent artikel 3 van de Verordening, waarbij een centrale plaats is ingeruimd voor de jurisprudentie rondom het faillissement van het Daisytek concern. Aan de hand van de rechtspraak wordt vervolgens ingegaan op de mogelijkheden die de Verordening lijkt te bieden aan belanghebbenden om de hoofdinsolventieprocedure te openen in de hun welgevallige lidstaat en de rechtsonzekerheid die daar het gevolg van is.

Internationale bevoegdheidsregeling

De Verordening ontleent haar ontstaansrecht blijkens de preambule bij de Verordening aan de binnen de Europese Unie nagestreefde goede werking van de interne markt. De goede werking, aldus preambule 4 van de Verordening, ‘moet verhinderen dat er prikkels voor partijen bestaan om ter verbetering van hun rechtspositie geschillen of goederen van de ene lidstaat naar de andere over te brengen (‘forumshopping’). Het Rapport bij het Verdrag betreffende insolventieprocedures van M. Virgós en E. Schmit, hierna verder aangeduid als het ‘Rapport Virgós/Schmit’⁵, stelt in dat verband dat alleen een dwingend rechtskader voor intracommunautaire samenwerking opportunistisch gedrag van schuldenaars of schuldeisers kan ontmoedigen en garanties kan bieden voor een doelmatig beheer van in een financiële crisis verkerende bedrijven en personen in de Europese Gemeenschap.⁶

De regeling inzake de internationale rechtsmacht, het middel bij uitstek waarmee het hiervoor omschreven doel moet worden bewerkstelligd, is neergelegd in artikel 3 van de Verordening. Lid 1 van dat artikel kent de rechter van de lidstaat waar het ‘centrum van de voornaamste belangen’ van de schuldenaar is gelegen de internationale bevoegdheid toe een hoofdinsolventieprocedure te openen die universele werking heeft in de andere lidstaten. Het cen-

trum van de voornaamste belangen dient volgens overweging 13 van de Verordening ‘overeen te komen met de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert en die daardoor als zodanig voor derden herkenbaar is’. Bij vennootschappen en rechtspersonen gaat de Verordening, aldus nog steeds artikel 3 lid 1, zolang het tegendeel niet is bewezen, uit van het vermoeden dat het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar de plaats van de statutaire zetel is.

Heeft een rechter van een lidstaat zich op grond van het bepaalde in artikel 3 lid 1 van de Verordening bevoegd verklaard en een hoofdinsolventieprocedure geopend, dan zijn de rechters van de andere lidstaten niet langer bevoegd een hoofdinsolventieprocedure te openen. Zij kunnen wel een ‘secundaire’ territoriale procedure openen maar dat kan alleen als de schuldenaar op hun grondgebied een vestiging als omschreven in artikel 2 sub h bezit (artikel 3 lid 2). In de lidstaten waar de schuldenaar géén vestiging heeft geldt het regiem van de hoofdinsolventieprocedure.

De beslissing van de rechter die de hoofdinsolventieprocedure heeft geopend, moet in de andere lidstaten, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, worden erkend zodra de beslissing rechtsgevolgen heeft in de lidstaat waar de procedure is geopend en zonder dat deze lidstaten de bevoegdheid hebben de beslissing van die rechter te toetsen.⁷ In relatie tot de hoofdinsolventieprocedure heeft de territoriale procedure een secundair karakter aangezien zij in coördinatie met en ondergeschikt aan de hoofdprocedure verloopt.⁸

De rechtspraktijk in Nederland en een aantal omringende landen

Nederland

In Nederland valt ten aanzien van de bevoegdheidsregeling voor vennootschappen en rechtspersonen, voorzover mij bekend, tot op heden slechts melding te maken van één uitspraak van het Hof in Den Haag.^{9,10} De casus betrof een Engelse Limited, Inte-

⁵ Het *Rapport Virgós/Schmit* is aanvankelijk geschreven als een toelichting op het Verdrag betreffende insolventieprocedures, welk verdrag echter nooit is vastgesteld of goedgekeurd. Hoewel het *Rapport Virgós/Schmit* geen officiële status heeft, wordt het in de praktijk desalniettemin veelvuldig geraadpleegd in die gevallen waarin de considerans van de Verordening niet of onvoldoende duidelijkheid biedt.

⁶ Zie het *Rapport Virgós/Schmit* paragraaf II sub B (Redenen voor het Verdrag).

⁷ Zie artikel 16 en 17 van de Verordening en preambule 22 van de Verordening.

⁸ Zie ook het *Rapport Virgós/Schmit*, nr. 14.

⁹ Hof 's-Gravenhage, 8 april 2003 (ongepubliceerd). Dit arrest werd ook door prof. B. Wessels aangehaald in zijn lezing ‘*The European Union Insolvency Regulation: It's first year in Dutch Court cases*’ tijdens de Third Annual International Insolvency Conference, New York, 9–10 June 2003.

¹⁰ Wel heeft de Hoge Raad zeer recent een arrest gewezen in verband met het centrum van de voornaamste belangen van een natuurlijk persoon, HR 9 januari 2004, zaaknr. R.03/091HR.

rexx Enterprises Limited, die op verzoek van een crediteur door de Rechtbank Rotterdam failliet was verklaard. Interexx ging in beroep tegen de faillietverklaring en voerde aan dat het centrum van haar voornaamste belangen niet in Nederland maar in Engeland lag aangezien de vennootschap in Cardiff, Engeland, was geregistreerd. Het hof volgde echter het standpunt van de curator die aanvoerde dat Cardiff de centrale plaats van registratie voor vennootschappen was en dus geen aanknopingspunt kon zijn voor de bepaling van het centrum van de voornaamste belangen. Voorts stond de vennootschap in het Engelse handelsregister ingeschreven als extra-territoriale organisatie en woonden de directeur en de company secretary, die gezamenlijk alle aandelen hielden in de vennootschap, in Nederland. De curator had bovendien voldoende aannemelijk gemaakt dat Interexx naar alle waarschijnlijkheid niet meer bestond en derhalve geen statutaire zetel meer bezat. Nu het beroep was ingesteld door de statutair directeur van Interexx, die zelfstandig bevoegd was de vennootschap te vertegenwoordigen en die bovendien in Nederland woonachtig was, was Interexx er niet in geslaagd aan te tonen dat het centrum van haar voornaamste belangen niet in Nederland maar in Engeland was gelegen.

Duitsland

Ook de Duitse rechter heeft inmiddels blijk gegeven beslissende betekenis te hechten aan tegenbewijs dat het centrum van de voornaamste belangen niet de statutaire zetel van de vennootschap is. Het Amtsgericht Hamburg¹¹ achtte zich bevoegd de hoofdinsolventieprocedure te openen ten aanzien van een vennootschap die weliswaar statutair in Engeland was gevestigd maar zowel haar administratieve als haar ondernemingsactiviteiten vanuit Duitsland verrichtte.

Engeland

Maar het is vooral de Engelse rechter die sinds de inwerkingtreding van de Verordening blijk heeft gegeven van een zeer pro actieve houding waar het gaat om de interpretatie en toepassing van het bevoegdheidscriterium van de Verordening. De Enron Directo Sociedad Limitada-zaak (ongepubliceerd) was de eerste zaak waarin werd afgeweken van het vermoeden dat het centrum van de voornaamste belangen van de vennootschap de statutaire zetel is. De Engelse rechter wees geen vonnis maar accep-

teerde de argumenten van de verzoekende crediteur (Enron Power Operations Limited in administration) die stelde dat, hoewel de belangrijkste activa van de vennootschap zich in Spanje bevonden, het feit dat de belangrijkste bestuurstaken vanuit Londen werden uitgevoerd betekende dat het centrum van de voornaamste belangen van de vennootschap in Engeland lag.

In het BRAC Rent-A-Car International Inc-arrest¹² gaf de Engelse rechter blijk van eenzelfde bereidheid te accepteren dat het centrum van de voornaamste belangen van een vennootschap in een andere jurisdictie zou kunnen liggen dan de jurisdictie van de statutaire zetel. BRAC Rent-A-Car International Inc. viel in de VS samen met andere groepsvennootschappen onder een Chapter 11-procedure en wenste zich tegen Engelse schuldeisers – waar het Amerikaanse moratorium immers geen directe werking heeft – te beschermen. Hoewel de vennootschap was opgericht en geregistreerd stond onder het recht van de staat Delaware, had zij nooit in de VS activiteiten verricht, had zij geen werknemers in de VS en oefende zij haar activiteiten vrijwel volledig vanuit Engeland uit. De rechter oordeelde dat het centrum van de voornaamste belangen in Engeland lag en dat de vennootschap moest worden onderworpen aan Engels insolventierecht, ondanks het feit dat de statutaire zetel van de vennootschap buiten de Europese Unie lag. De uitspraak in het BRAC Rent-A-Car International Inc-arrest werd bevestigd in de arresten inzake Norse Irish Ferries Limited en Cenargo Navigation Limited (beiden ongepubliceerd), waarin vennootschappen met een statutaire zetel buiten Engeland, desondanks onderworpen waren aan Engels insolventierecht omdat het merendeel van hun activiteiten werd uitgevoerd vanuit Engeland.

Ten slotte is de Arena Corporation Limited-zaak¹³ vermeldenswaardig. Het betrof een vennootschap die opgericht was naar het recht van het Isle of Man maar die de meeste van haar activiteiten uitvoerde in Denemarken en slechts enkele activa bezat in Engeland. De vraag was of de Engelse rechter bevoegd was om de insolventieprocedure te openen nu het een vennootschap betrof die haar centrum van voornaamste belangen stelde te hebben in Denemarken doch de Verordening niet van toepassing is op Denemarken. De Engelse rechter toonde zich zeer creatief in de interpretatie van (het doel van) de Verordening en overwoog dat, hoewel de term 'lidstaat' in de Ver-

¹¹ Amtsgericht Hamburg, 14 mei 2003.

¹² High Court of Justice Chancery Division, 7 February 2003, [2003] 2AER 201.

¹³ High Court of Justice Chancery Division, 12 December 2003, [2003] EWHC 3032.

ordering niet gedefinieerd was en Denemarken daar dus mogelijk niet onder viel, het onwenselijk zou zijn indien deze omstandigheid ertoe zou leiden dat Denemarken wel zou kunnen profiteren van de door de Verordening geboden voordelen zonder dat het belast zou worden met de aan de Verordening verbonden bezwaren. De Engelse rechter koos aldus voor een ruime interpretatie van de Verordening door aan te haken bij het onderliggende doel van de Verordening en niet zozeer te kijken naar de letterlijke tekst van de Verordening, die er in casu immers toe zou hebben geleid dat Engeland niet bevoegd zou zijn de insolventieprocedure ten aanzien van Arena Corporation Limited te openen. En zo lijkt Engeland in het tijdperk van de Verordening voort te borduren op haar oud-koloniale devies: 'Brittannia rules the Waves!' of, toepasselijker, 'Brittannia w(e)aves the Rules!'

Groepsvennootschappen

De meest spraakmakende rechtspraak met betrekking tot de werking van de Verordening in zijn algemeenheid en, meer in het bijzonder, met betrekking tot de werking van de Verordening voor groepen van verbonden vennootschappen, is zonder twijfel de rechtspraak naar aanleiding van het internationaal opererende en in financiële moeilijkheden verkerende Daisytek-concern.¹⁴

Daisytek Inc. en haar Amerikaanse deelnemingen hadden op 7 mei 2003 een verzoek ingediend voor een Chapter 11-reorganisatie in de VS. Met het oog op een zo doelmatig mogelijke reorganisatie van de Europese groepsvennootschappen van het Daisytek concern, dienden Daisytek-ISA Limited, de Engelse houdstervennootschap, alsmede alle andere Europese dochtervennootschappen, waaronder één Franse SAS en drie Duitse GmbH's, bij de High Court of Justice Leeds District een verzoek in voor een 'administration order'.

Op 16 mei 2003 oordeelde the Leeds District Registry dat het centrum van de voornaamste belangen van alle verzoekende vennootschappen in Engeland was gelegen, dat de betreffende rechtbank krachtens artikel 3 lid 1 van de Verordening bevoegd was de insolventieprocedure uit te spreken van de betreffende vennootschappen en dat dus de Engelse 'administration order' diende te worden erkend in alle andere lidstaten.

Eerder had de Engelse rechtbank al een vergelijkbare uitspraak gedaan ten aanzien van naar buitenlands recht opgerichte deelnemingen van de Crisscross Telecommunications Group (niet gepubliceerd), maar wat de Daisytek-jurisprudentie juist zo interessant maakt is dat zowel de Franse als de Duitse rechtbank in eerste aanleg de in Engeland geopende hoofdinsolventieprocedure niet erkende.

Hoewel de Verordening in artikel 16 lid 1 bepaalt dat de beslissing van de rechter die de hoofdinsolventieprocedure heeft geopend in de andere lidstaten automatisch moet worden erkend zonder dat deze lidstaten de bevoegdheid hebben de beslissing van die rechter te toetsen, weigerden de Franse en Duitse rechter in eerste aanleg aanvankelijk de beslissing van de Engelse rechter te erkennen en openden zij een hoofdinsolventieprocedure ten aanzien van de onder hun respectievelijke jurisdicties opgerichte vennootschappen met als resultaat dat ten aanzien van één en dezelfde vennootschap twee hoofdinsolventieprocedures werden uitgesproken terwijl volgens de Verordening slechts plaats is voor één hoofdinsolventieprocedure.

De door de High Court of Justice in Leeds benoemde 'administrators' gingen in beroep tegen de opening van de hoofdinsolventieprocedure door het Tribunal de commerce de Pontoise waarbij de door het gerecht aangestelde 'administrateur judiciaire' verweer voerde namens de vennootschap. Het beroep was succesvol. Op 4 september 2003 vernietigde het Cour d'Appel de Versailles de eerdere beslissing van het Tribunal de commerce de Pontoise, bevestigde dat de opening van een hoofdinsolventieprocedure door de Leeds Court de automatische onbevoegdheid van de Franse rechter met zich bracht om alsnog een hoofdinsolventieprocedure te openen en dat als gevolg hiervan de gevolgen van de vernietiging van het vonnis van het Tribunal de commerce de Pontoise in hun volle omvang zouden gelden tegenover de Engelse administrators, de vennootschap alsook de administrateur judiciaire. Over de echte hamvraag, namelijk of de Engelse rechter terecht had geoordeeld dat het centrum van de voornaamste belangen van Société ISA Daisytek SAS in Engeland lag, spreekt het Cour d'Appel de Versailles zich helaas niet uit.

In Duitsland hoefde het uiteindelijk niet tot een beroepsprocedure te komen. De aanvankelijk door

¹⁴ High Court of Justice (Ch.D.) Leeds District Registry, 16 May 2003, Claim Nos. 861-876 of 2003 en Cour d'Appel Versailles, Arrêt no. 12 du 4 septembre 2003, R.G. No. 03/05038, beide uitspraken zijn gepubliceerd in *JOR* 2003 nr. 287 en 288 m.nt. prof. dr. B. Wessels; Tribunal de commerce de Pontoise, 26 mai 2003 (niet gepubliceerd in Nederland); Amtsgericht Düsseldorf, Beschl. 6.6.2003 –S02 IN 126/03, *ZIP* 2003, 1363 (niet gepubliceerd in Nederland).

het Amtsgericht Düsseldorf aangestelde curator in de hoofdinsolventieprocedure heeft, vermoedelijk enigszins beïnvloed door de uitspraak van de Cour d'Appel de Versailles, inmiddels de suprematie van de Engelse hoofdinsolventieprocedure erkend en de Duitse insolventieprocedure omgezet in een secundaire territoriale procedure.¹⁵

De Verordening kent geen specifieke regeling voor groepen van verbonden vennootschappen.¹⁶ Dien-teengevolge moest de High Court of Justice in Leeds voor elke afzonderlijke vennootschap vaststellen in welke lidstaat het centrum van de voornaamste belangen van de betreffende vennootschap was gelegen. In de Daisytek-zaak pakte dit goed uit. De High Court of Justice concludeerde ten aanzien van alle betrokken vennootschappen dat het centrum van de voornaamste belangen in Engeland lag en zorgde aldus dat Engels insolventierecht van toepassing was en dat de coördinatie van het gehele Europese deel van de Daisytek-groep in handen was van de drie Engelse administrators.

Het kan echter ook anders uitpakken. Onder Nederlandse insolventierechtsspecialisten wordt in dat verband vaak het voorbeeld genoemd van de KPNQwest Groep. De KPNQwest Groep bezat kabelnetwerken door heel Europa en daarbuiten. Deze kabelnetwerken waren voor hun werking van elkaar afhankelijk, maar waren per land ondergebracht in aparte vennootschappen. Toen KPNQwest N.V. (de uiteindelijke houdstermaatschappij), uitgerekend op de dag dat de Verordening in werking trad (31 mei 2002), failliet werd verklaard zagen velen van de dochtervennootschappen zich ook genoodzaakt faillissement aan te vragen. De curatoren van de Nederlandse houdster bezaten geen enkele autoriteit om invloed uit te oefenen op de faillissementen van de dochtervennootschappen¹⁷ en het was voor hen daardoor ondoenlijk om een verkoop van het totale kabelnetwerk van de groep te coördineren en realiseren. Uiteindelijk werden de activa van iedere deelneming apart verkocht tegen een, ongetwijfeld, aanzienlijk lagere opbrengst dan wanneer een verkoop van het

totale kabelnetwerk als geheel had kunnen worden gerealiseerd.

Dat de Verordening geen specifieke regeling voor in groepen verbonden vennootschappen kent, hoeft blijkens de procedures inzake Crisscross Telecommunications Group en het Daisytek-concern de werking van de Verordening ten aanzien van in een groep verbonden vennootschappen echter niet altijd te belemmeren. Toegegeven, de in de Daisytek-procedure gekozen constructie werkt alleen als het centrum van de voornaamste belangen van iedere afzonderlijke vennootschap daar ligt waar ook het centrum van de voornaamste belangen van de gehele groep ligt, maar in gevallen waarin dat onverhoopt niet het geval is kan de groepsleiding overwegen of het zin heeft om het centrum van de voornaamste belangen van een aantal groepsvennootschappen te verleggen voorafgaand aan het verzoek tot opening van de hoofdprocedure en zo alsnog het gewenste resultaat bewerkstelligen. Het heeft er, gelet op de hiervoor weergegeven proactieve en welwillende houding van de Engelse rechtbanken, alle schijn van dat deze strategie bij de Engelse rechter in ieder geval goede kans van slagen heeft.

Rechtsonzekerheid door forumshopping

Automatische erkenning van de hoofdinsolventieprocedure

De bevoegdheidsregeling kent aan de beslissing van de rechter die de hoofdinsolventieprocedure heeft geopend, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, een directe werking toe in de andere lidstaten zonder dat deze lidstaten de bevoegdheid hebben de beslissing van die rechter te toetsen. Voert de eerst aangezochte rechter de bevoegdheidstoets niet goed uit, dan kan dat het verdere verloop van het insolventieproces van de betreffende vennootschap danig beïnvloeden.

'Centrum van de voornaamste belangen' en weerlegbaar vermoeden

De in deze bijdrage aangehaalde rechtspraak toont aan dat de nationale rechters, maar met name de

¹⁵ Een dergelijke omzetting van een hoofdinsolventieprocedure in een secundaire procedure was in Frankrijk overigens niet mogelijk omdat de rechtbank in Pontoise een 'redressement judiciaire' had uitgesproken. Deze procedure komt niet voor in Bijlage B bij de Verordening en kan derhalve geen secundaire procedure zijn (zie ook artikel 2(c) Verordening).

¹⁶ Zie het *Rapport Virgós/Schmit*, nr. 76.

¹⁷ Hoewel de Verordening al wel in werking was getreden, was de geopende faillissementsprocedure een zuiver nationale procedure. Aanvankelijk was men namelijk in de veronderstelling dat de Verordening alleen van toepassing was op een rechtspersoon met nevenvestigingen in andere lidstaten en niet op een concern met in verschillende landen gevestigde vennootschappen. Inmiddels is echter duidelijk dat de Verordening een veel ruimer toepassingsbereik heeft.

Engelse, in belangrijke mate openstaan voor de weerlegbaarheid van het vermoeden dat het centrum van de voornaamste belangen van een vennootschap of onderneming gelegen is in de lidstaat waar de vennootschap haar statutaire zetel heeft. Zo achtte de Engelse rechter in zijn beoordeling dat het centrum van de voornaamste belangen van de Franse en Duitse dochtervennootschappen van Daisytek waren gelegen in Engeland onder andere van belang dat de vennootschappen in grote mate werden bestuurd en gecontroleerd vanuit het hoofdkantoor in Engeland, 70% van alle leveranties plaatsvonden op basis van overeenkomsten die door de Engelse moeder waren gesloten, alle seniormedewerkers werden aangenomen in overleg met de moeder en de vennootschappen hun beleid moesten uitvoeren in overeenstemming met de door de Engelse moeder opgestelde managementstrategie. De opgesomde feiten zijn stuk voor stuk omstandigheden die op relatief eenvoudige wijze kunnen worden verlegd naar een andere jurisdictie zodat het centrum van de voornaamste belangen in een andere lidstaat komt te liggen. Daarbij moet eerlijkheidshalve echter wel de kanttekening worden gemaakt dat het nog maar de vraag is hoe de rechtspraktijk zal reageren op een centrumverplaatsing die slechts enkele weken voor het openingsverzoek heeft plaatsgevonden.

Maar wat zou er zijn gebeurd als een Duitse of Franse crediteur het Engelse verzoek tot opening van de hoofdinsolventieprocedure vóór was geweest en in zijn eigen jurisdictie een verzoek tot het openen van een hoofdinsolventieprocedure had ingediend? De Franse respectievelijk Duitse rechter in eerste aanleg zou naar alle waarschijnlijkheid welwillend hebben gestaan tegenover dit verzoek en zichzelf bevoegd hebben geacht om de hoofdinsolventieprocedure te openen op basis van het feit dat de statutaire zetel van de vennootschap (al dan niet in combinatie met andere feitelijke omstandigheden) in hun jurisdictie lag.

Hoe ruimer de nationale rechter het begrip ‘centrum van de voornaamste belangen’ interpreteert, hoe meer manoeuvreerruimte de bevoegdheidsregeling biedt aan de verschillende spelers in het insolventieproces om de procedure naar zijn of haar hand

te zetten. Een ruime interpretatie gaat bovendien ten koste van de herkenbaarheid van het centrum van de voornaamste belangen zoals die door de Verordening nu juist wordt nagestreefd.¹⁸ Juist die herkenbaarheid moet de zo gewenste rechtszekerheid waarborgen voor de derde die met de vennootschap een rechtsverhouding aangaat en hem in staat stellen met enige mate van zekerheid te voorzien welk insolventierecht van toepassing zal zijn als de vennootschap onverhoopt failliet mocht gaan. Kalft de herkenbaarheid af, dan wordt automatisch ook het risico groter dat twee verschillende lidstaten tot de conclusie komen dat het centrum van de voornaamste belangen in hun jurisdictie ligt en dat zij derhalve, met uitsluiting van de andere lidstaten, bevoegd zijn de hoofdinsolventieprocedure te openen.

Gevolg: forumshopping en rechtsonzekerheid

Aldus biedt de regeling in de praktijk voldoende ruimte aan elke alerte en vooruitdenkende crediteur of schuldenaar om het zo zorgvuldig uitgedachte ‘neutraal mechanisme van internationale samenwerking waarbij de fundamentele verwachtingen van de partijen worden ingelost, ongeacht in welke lidstaat zij gevestigd zijn’, zoals het in het Rapport Virgós/Schmit¹⁹ zo mooi wordt toegelicht, te trachten naar zijn hand te zetten.

De verschillen tussen de lokale insolventiewetgeving zijn nog steeds enorm. Denk alleen maar aan de verschillen ten aanzien van de positie en rangorde van schuldeisers en de invloed die zij kunnen uitoefenen op het verloop van de procedure, het aanbieden en totstandkomen van een akkoord, de mogelijkheden om een rechtshandeling te vernietigen.²⁰ Reeds ten tijde van de inwerkingtreding van de Verordening wees R.J. van Galen in zijn bijdrage aan het bijzonder nummer van het Tijdschrift van Insolventierecht gewijd aan de Insolventieverordening²¹ op het feit dat in een dynamisch bevoegdheidssysteem zoals het onderhavige, de diverse betrokkenen er belang bij zouden kunnen hebben de opening van insolventieprocedures in de diverse lidstaten en de werking van de bepalingen van de Verordening te beïnvloeden. Of dit belang hen er in de praktijk toe zou brengen om ook daadwerkelijk te trachten het systeem te beïnvloeden was ten tijde van de invoering van de Veror-

¹⁸ Preambule nr. 13 van de Verordening.

¹⁹ Zie het *Rapport Virgós/Schmit*, nr. 12.

²⁰ Voor voorbeelden van hoe deze verschillen in wetgeving in de praktijk zouden kunnen uitwerken voor de diverse creditoren verwijs ik naar R.J. van Galen, ‘Enkele praktische opmerkingen over de werking van de Europese Insolventieverordening en de belangen die daarbij betrokken zijn’, *TvI 2002/Special-Insolventieverordening*.

²¹ t.a.p. p. 139.

dening nog onduidelijk. Inmiddels is echter uit de Daisytek-uitspraken gebleken dat de vooruitdenkende en proactieve schuldenaar de regie van de reorganisatie van zijn internationaal opererende concern, vermits de activiteiten en de organisatie van het concern het toelaten, precies daar kan neerleggen waar hij haar het liefst wil hebben.

Hoe verleidelijk het ook moge zijn voor de nationale wetgever om een ruime uitleg aan het begrip 'centrum van de voornaamste belangen' te geven en de bevoegdheid om de hoofdinsolventieprocedure te openen naar zich toe te trekken, deze ruime uitleg vergroot tegelijkertijd de kans op forumshopping en rechtsonzekerheid en vormt daardoor een serieuze bedreiging voor het realiseren van het doel waarvoor de Verordening juist tot stand is gebracht.

Conclusies

Tot op heden is het Europese Hof van Justitie nog niet in de gelegenheid gesteld om gebruik te maken van de exclusief aan hem toegekende uitlegbevoegdheid van de Verordening. Nu alleen de hoogste nationale rechterlijke instanties zich tot het Hof mogen wenden met prejudiciële vragen, hoeven we een dergelijke formele uitleg op korte termijn ook niet te verwachten. Tot die tijd zullen we het voor wat betreft de interpretatie van de Verordening moeten doen met de preambule bij de Verordening, het Rapport Virgós/Schmit (dat echter geen officiële status heeft) en de uitspraken van nationale rechters, die naar hun aard geen bindend karakter hebben voor andere nationale rechters en die dientengevolge kunnen leiden tot interpretatieverschillen tussen de verschillende jurisdicties.

De in de rechtspraktijk tot op heden bekende uitspraken lijken een ruime interpretatie van het criterium 'centrum van de voornaamste belangen' mogelijk te maken. Dit komt met name doordat de rechters in de diverse jurisdicties, en in het bijzonder de Engelse rechter, openstaan voor de weerlegbaarheid van het vermoeden dat het centrum van de voornaamste belangen van een vennootschap is gelegen in de lidstaat waar de vennootschap haar statutaire zetel heeft. Is eenmaal in een lidstaat een hoofdinsolventieprocedure geopend, dan moet die hoofdinsolventieprocedure in de andere lidstaten automatisch en zonder verdere toetsing worden erkend. Aldus worden de schuldenaar, schuldeiser of andere belanghebbende voldoende handvatten geboden om te trachten het voor hem meest gunstige wettelijke regime van toepassing te laten verklaren op de hoofdinsolventieprocedure zonder dat dit door een rechter in een andere lidstaat kan worden getoetst. De oplettende schuldenaar, schuldeiser en – niet in de laatste plaats – corporate recovery adviseur zal hierin een groot aantal mogelijkheden ontdekken om de reorganisatie van in financiële moeilijkheden verkerende internationale concerns naar zijn of haar hand te zetten. Voorwaarde daarvoor is wel dat hij de nationale insolventiewetgeving in de verschillende lidstaten waar de Verordening van toepassing is, in voldoende mate kent. De bevoegdheidsregeling in de Verordening krijgt daarmee iets van een schaakspel. De eerste zet bepaalt in grote mate het verdere verloop van het spel.

Mw. mr. A.P.G. Gielen is advocaat bij Van Doorne te Amsterdam.