

Het centrum van voornaamste belangen: Nederlands of Europees?

Inleiding

Op 31 mei 2002 is de Europese Verordening betreffende Insolventieprocedures (EVI) in werking getreden.¹ Al eerder werd in dit tijdschrift aandacht besteed aan de EVI, en terecht.² De EVI is namelijk niet alleen een stap voorwaarts op het gebied van grensoverschrijdende faillissementen, maar zij dicht tevens het gat in de Verordening betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (EEX-Verordening).³ Op grond van artikel 1 lid 2 sub b EEX-Verordening werden faillissementen, akkoorden en soortgelijke procedures namelijk uitgesloten van het toepassingsbereik van de EEX-Verordening. Dit gat is dus door de EVI gedicht, waardoor de harmonisatie van jurisdictieregels voortaan mede betrekking heeft op faillissementszaken.

Krachtens artikel 16 EVI dient elke beslissing tot opening van een insolventieprocedure automatisch te worden erkend door de andere lidstaten van de Europese Unie met uitzondering van Denemarken. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen de hoofdprocedure en de secundaire procedure. In dit artikel zal alleen worden ingegaan op de hoofdprocedure, omdat deze grotere consequenties heeft dan de secundaire procedure. Zo kan met name de hoofdprocedure rechtsgevolgen hebben in alle lidstaten (behalve Denemarken) zonder nadere rechterlijke toets en zonder dat de eis wordt gesteld dat de opening in die andere lidstaat bekend wordt gemaakt. Het is bovendien niet toegestaan om een hoofdprocedure te openen, indien deze reeds geopend is in een andere lidstaat. Het moge duidelijk zijn dat de EVI, en in het bijzonder de hoofdprocedure, verstrekkende gevolgen heeft.

De vraag is dus cruciaal in welk land de hoofdprocedure geopend kan worden. Voorheen gold in Nederland voor rechtspersonen het criterium van de plaats van hun statutaire zetel. Dat criterium heeft moeten wijken voor een nieuw criterium, te weten de plaats waar de debiteur het centrum van zijn voornaamste belangen heeft, zijn *centre of main interest* (COMI). Dit criterium geeft tevens het toe-

passingsbereik van de EVI aan, aangezien de COMI van de schuldenaar in de Europese Unie moet liggen om de EVI van toepassing te doen zijn. Een schuldeiser zal over het algemeen eerder een hoofdprocedure willen beginnen in een lidstaat waar het recht veel bevoegdheden toebedeelt aan crediteuren. Op deze wijze kunnen crediteuren meer zekerheid krijgen voor verhaal. Nu de EVI de COMI niet definieert, maar slechts enkele aanknopingspunten biedt, bestaat er rechtsonzekerheid. Uit het hierna gegeven overzicht van de belangrijkste jurisprudentie uit verschillende lidstaten blijkt dat de rechters uit die lidstaten een eigen invulling geven aan het COMI-criterium.⁴

De COMI

De EVI definieert het criterium van de COMI niet eenduidig. In artikel 3 lid 1 EVI staat alleen dat de gerechten van een lidstaat bevoegd zijn om een hoofdprocedure te openen, indien de COMI zich in die lidstaat bevindt. Indien de schuldenaar een natuurlijk persoon is, moeten de rechters in de lidstaten het hiermee doen. Dit is slechts anders indien de schuldenaar een vennootschap dan wel een rechtspersoon is (niet zijnde een financiële instelling in de zin van art. 1 lid 2 EVI). In dit geval wordt het volgende aanknopingspunt gegeven:

‘Bij vennootschappen en rechtspersonen wordt, zolang het tegendeel niet is bewezen, het centrum van voornaamste belangen vermoed de plaats van de statutaire zetel te zijn.’

Er wordt ten aanzien van vennootschappen en rechtspersonen uitgegaan van een weerlegbaar vermoeden. Het is aan de schuldeiser dan wel aan de schuldenaar om dit vermoeden te weerleggen. Het criterium is betrekkelijk vaag, aangezien niet duidelijk is wanneer afgeweken mag worden van het vermoeden ter bepaling van de COMI. Maar aan de andere kant zijn er wel aanknopingspunten te vinden aan de hand waarvan de COMI beter bepaald kan worden.

Zo kan allereerst de preambule van de verordening hulp bieden. De daarin opgenomen considerans 13 biedt enig houvast:

‘Het “centrum van voornaamste belangen” dient 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.’

1. Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van de Europese Unie van 29 mei 2002, PbEG L 160/1.
2. Zie H.F.R. Heemstra, De Europese Insolventieverordening: een inleiding, V&O 2002, p. 136-137; J.Ph. Broekhuizen, De begrippen centrum van voornaamste belangen en vestiging in de Insolventieverordening, V&O 2002, p. 193-196; V.R. Vroom, Eurofood en de Europese Insolventieverordening, V&O 2004, p. 202-206.
3. Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van de Europese Unie van 22 december 2000, PbEG L 12/1.

4. Zie R.C. van Wieringhen Borski & J.F. Ouwehand, De Europese Insolventieverordening onderweg naar Luxemburg, TvI 2004, p. 309.

Als aanknopingsfactor wordt dus gegeven de plek waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert. Deze plek dient voor derden – lees: crediteuren – herkenbaar te zijn. Deze aanknopingsfactor komt nagenoeg overeen met het toelichtend rapport Virgós/Schmit. De status van dit rapport is enigszins merkwaardig, aangezien het betrekking heeft op het Europees Insolventieverdrag dat nooit in werking is getreden. Toch komt het rapport gezag toe, omdat de opstellers van het rapport betrokken zijn geweest bij de onderhandelingen rond de EVI. Het Insolventieverdrag en de EVI lijken niet alleen op elkaar, maar gebruiken ook dezelfde criteria en begrippen.

Zo wordt de COMI in het rapport aangehaald en verduidelijkt. De opstellers van dit rapport beschouwen insolventie als een voorzienbaar risico.⁵ Daarom is het volgens de opstellers te rechtvaardigen dat de COMI gebaseerd moet zijn op een voor potentiële schuldeisers bekende plaats. Op deze wijze kunnen deze crediteuren de risico's in geval van insolventie beter inschatten. Er valt hier een gelijkenis te zien met considerans 13, waarin gesproken werd over een plaats die herkenbaar dient te zijn voor derden.

Het rapport geeft tevens uitleg over de COMI bij natuurlijke personen:

‘In beginsel zal het centrum van voornaamste belangen in geval van natuurlijke personen die een beroepsactiviteit uitoefenen, de plaats zijn waar zij hun beroep uitoefenen, en voor natuurlijke personen in het algemeen hun gebruikelijke verblijfplaats.’⁶

Hieruit valt op te maken dat het weerlegbaar vermoeden, zoals dat geldt voor vennootschappen en rechtspersonen, niet geldt voor natuurlijke personen.

De implementatie van de COMI

Alhoewel een verordening de lidstaten direct bindt en daarom niet geïmplementeerd hoeft te worden, wordt dit over het algemeen toch gedaan. Mede op voordracht van de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht werd door de regering besloten om de procedure voor de uitvoeringswet te starten, aangezien op sommige punten rond faillissement, surseance van betaling en de schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen wijzigingen moesten worden aangebracht omwille van een effectieve toepassing van de EVI.⁷

Op 11 november 2003 is de Uitvoeringswet EG-insolventieverordening gepubliceerd in het Staatsblad.⁸ De Minister van Justitie had in augustus 2002 reeds een Circulaire aangaande de Uitvoeringswet EG-insolventieverordening uitgevaardigd met een behandeling van de voornaamste

bepalingen van de EVI.⁹ Helaas is in dit wetgevingsproces – bewust – niet ingegaan op een nadere uitleg van de bepalingen in de EVI. Uit de parlementaire geschiedenis valt af te leiden dat de Tweede Kamer de uitleg en interpretatie volledig in handen legt van het Europese Hof van Justitie (Hof van Justitie), aangezien het Hof van Justitie het laatste woord hierover zal moeten uitspreken.¹⁰ Bovendien zouden de ons omringende landen eveneens een gereserveerde houding hebben aangenomen op dit punt. Deze reserve bleek ook uit het advies van de vertegenwoordigers van de insolventieadvocaten (Insolad) en de vertegenwoordigers van de insolventierechters (Recofa).

Ook het Virgós/Schmit-rapport kwam in de Tweede Kamer ter sprake. Het rapport zou slechts dan mogen worden gebruikt, indien de preambule van de EVI niet de gewenste duidelijkheid zou meebrengen.¹¹ Het rapport komt volgens de Tweede Kamer geen zelfstandige betekenis toe.

COMI in Nederland

Tot op heden zijn er in Nederland relatief weinig rechterlijke uitspraken gedaan met betrekking tot de COMI in de zin van artikel 3 lid 1 EVI. Voorzover wij kunnen nagaan, is er met betrekking tot vennootschappen en rechtspersonen tot nu toe maar één uitspraak geweest, en hadden tussen de tien en vijftien uitspraken betrekking op natuurlijke personen.

Vennootschappen en rechtspersonen

• *De Interrexx-zaak*¹²

De Rechtbank Rotterdam oordeelde dat de COMI van Interrexx Enterprises Ltd. in Nederland lag, ondanks het feit dat de statutaire zetel in het Verenigd Koninkrijk (VK) was gevestigd. Hierdoor kon de Rechtbank Rotterdam zich bevoegd verklaren ten aanzien van de procedure op grond van artikel 3 lid 1 EVI.

In hoger beroep stelde Interrexx dat haar COMI niet in Nederland lag. De vennootschap was statutair gevestigd te Cardiff (VK), hetgeen voldoende reden zou zijn om aan te nemen dat niet de Nederlandse rechter, maar de Engelse rechter bevoegd zou zijn.

Niettemin oordeelde het hof dat de rechtbank terecht tot de conclusie was gekomen dat de COMI van Interrexx in Nederland was gelegen. Allereerst zou duidelijk geworden zijn dat Interrexx in het handelsregister stond ingeschreven als een extraterritoriale onderneming. Daarnaast zou het twijfelachtig zijn geweest of de vennootschap nog bestond. Ten slotte woonden de aandeelhouders van de onderneming in Nederland, of hadden zij daar gewoond.

5. Virgós/Schmit-rapport van 8 juli 1996, nr. 75.

6. Virgós/Schmit-rapport, nr. 75.

7. Kamerstukken II 2002/03, 28 654, nr. 3, p. 4.

8. Stb. 2003, 444.

9. Stert. 2002, 163.

10. Kamerstukken II 2002/03, 28 654, nr. 3, p. 5.

11. Kamerstukken II 2002/03, 28 654, nr. 3, p. 5-6.

12. Hof Den Haag 8 april 2003 (Interrexx Enterprises Ltd./MBI Beton A.J. van der Meijden B.V.), rekestnr. R03/132, niet gepubliceerd.

Naar onze mening wordt het vermoeden als vermeld in artikel 3 lid 1 EVI op deze wijze wel al te snel weerlegd. Zowel uit de preambule als uit het Virgós/Schmit-rapport blijkt immers dat de COMI gelokaliseerd moet worden op de plek waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert. Het was duidelijk dat Interrexx een Engelse onderneming was. De door het hof genoemde omstandigheden doen daaraan niet af. Het juridische risico in geval van insolventie hoorde bij de schuldeisers bekend te zijn. Er zou op zijn minst meer *body* moeten worden gegeven aan de motivering om het vermoeden te weerleggen.

Natuurlijke personen

- *De Hongaarse verzoeker*¹³

De Rechtbank Assen oordeelde op 30 mei 2002 op een verzoek ten aanzien van de schuldsaneringsregeling voor een schuld van € 16 miljoen in Nederland. De rechtbank kwam in deze zaak tot de conclusie dat de verzoeker woonde in Hongarije, en dus niet in Nederland. Het adres dat verzoeker had opgegeven, was het postadres van een onderneming die hij in Hongarije had opgericht. Maar omdat hij in Hongarije vaak in hotels verbleef, hij toch een deel van zijn tijd in Nederland woonde, en zijn vrouw in zijn oude echtelijk huis te Haarlem woonde, kon de COMI van de verzoeker toch in Nederland worden gevonden. De rechtbank achtte zich daarop bevoegd van de procedure kennis te nemen.

Volgens het Virgós/Schmit-rapport zal de COMI bij natuurlijke personen die een beroepsactiviteit uitoefenen, in beginsel liggen op de plaats waar het beroep wordt uitgeoefend. Voor natuurlijke personen geldt in het algemeen de gebruikelijke verblijfplaats als COMI. Met het oog daarop lijkt het feit dat de schuldenaar een deel van zijn tijd in Nederland doorbrengt en de echtelijke woning van de verzoeker in Haarlem is gevestigd, ons wat te mager.

- *Een Franse verhuizing*¹⁴

Het Hof Amsterdam oordeelde op 17 juni 2003 over een Nederlandse natuurlijke persoon die handelsactiviteiten in Nederland had verricht en daarna – een jaar voorafgaand aan het faillissement – was geëmigreerd naar Frankrijk. Volgens het hof is voor een verplaatsing van de COMI bij natuurlijke personen een enkele verhuizing niet voldoende. Er dienen zich andere aanvullende feiten en omstandigheden voor te doen om dit te rechtvaardigen.

In dit geval waren volgens het hof de volgende omstandigheden van belang: (1) de schuldenaar had al zijn professionele activiteiten in Nederland verricht, (2) de schulden vloeiden voort uit deze activiteiten die in Nederland waren verricht, en (3) de schulden waren verbonden aan een Nederlandse BV, waarvan de natuurlijke persoon bestuurder was.

Deze omstandigheden brachten het hof tot de conclusie dat de COMI in Nederland was gevestigd. Er zouden onvoldoende aanknopingspunten met Frankrijk zijn. Daarom zou de feitelijke woonplaats van de natuurlijke persoon terzijde geschoven dienen te worden.

Naar onze mening wordt in dit geval al te gemakkelijk aangenomen dat er onvoldoende aanknopingspunten met Frankrijk zijn. Het hof had althans beter kunnen motiveren waarom de aanknopingspunten met Nederland zwaarwegender zijn, zeker nu bleek dat de schuldenaar een jaar voor het faillissement was geëmigreerd.

- *Een Belgische verhuizing*¹⁵

De enige keer tot nu toe dat de Hoge Raad oordeelde over de COMI was op 9 januari 2004. De Hoge Raad oordeelde in deze zaak over een bank die een hoofdprocedure opende bij de Rechtbank Alkmaar tegen zijn schuldenaar die toen inmiddels woonachtig was in België. De rechtbank had geen moeite om de COMI in Nederland te plaatsen. Ook het hof kon zich hierin vinden.

De schuldenaar bracht de zaak uiteindelijk voor de Hoge Raad. Hij betoogde dat hij sinds 1994 geen belangen noch enige (handels)activiteiten in Nederland had. Bovendien werden alle brieven van de bank aan de schuldenaar naar zijn adres in België gestuurd.

De Hoge Raad bevestigde dat de schuldenaar inderdaad in België woont, maar dat de COMI toch in Nederland gevonden kon worden. Nu de schuldenaar een natuurlijk persoon was, hoefde er volgens de Hoge Raad sowieso geen sprake te zijn van een voor tegenbewijs vatbaar vermoeden, zoals dat wel van toepassing is bij rechtspersonen en vennootschappen. Ten aanzien van natuurlijke personen die commerciële dan wel professionele activiteiten ontplooiën, mag er volgens de Hoge Raad van worden uitgegaan dat de COMI in beginsel gelegen zal zijn op de plaats waar deze activiteiten plaatsvinden. Het feit dat de schuldenaar (1) substantiële belangen in een groot aantal Nederlandse gevestigde bedrijven had, (2) de bank zakelijke correspondentie naar het Nederlandse adres stuurde, en (3) de schuldenaar altijd reageerde op deze correspondentie, was voldoende om de COMI in Nederland te plaatsen.

De Hoge Raad bevestigt dat voor natuurlijke personen geen voor tegenbewijs vatbaar vermoeden bestaat. Ook het Virgós/Schmit-rapport wordt zonder nadere uitleg door de Hoge Raad aangehaald bij de interpretatie van de EVI, wat het vermoeden doet rijzen dat de Hoge Raad het rapport een zelfstandige betekenis geeft.

13. Rb. Assen 5 juni 2002, nr. 321, niet gepubliceerd.

14. Hof Amsterdam 17 juni 2003, JOR 2003, 186 m.nt. I. Spinath.

15. HR 9 januari 2004, JOR 2004, 87 m.nt. B. Wessels (Vennink/Fortis Bank).

COMI in de overige lidstaten

Het Verenigd Koninkrijk

Ook in het VK bestaat de neiging om de COMI in het eigen land te plaatsen. Zo werd in de *Enro Directo SA*-zaak het vermoeden van de (buitenlandse) statutaire zetel zonder veel omhaal weerlegd, omdat het hoofdkantoor van de onderneming in het VK zat en daar ook alle financiële beslissingen werden genomen.¹⁶

In de *BRAC*-zaak werd het vermoeden van een statutair in Amerika gevestigde rechtspersoon weerlegd vanwege het feit dat de onderneming geen zaken met Amerika deed en alle activiteiten vanuit het VK werden gecoördineerd.¹⁷

In de *Daisytek*-zaak werden de volgende feiten relevant geacht ter rechtvaardiging van de COMI in het VK bij groepsmaatschappijen die zijn verdeeld over verscheidene Europese landen: (1) het centrale bestuur van de ondernemingen zat in het VK, (2) uitgaven van meer dan € 5000 moesten worden goedgekeurd door de onderneming in het VK, (3) er vond maandelijks controle plaats vanuit het VK, en (4) de groepsfinancieringen werden in het VK geregeld.¹⁸

Duitsland

De Rechtbank Mönchengladbach oordeelde dat de COMI met betrekking tot een Duitse rechtspersoon in Duitsland lag, ondanks het feit dat de strategische beslissingen in het VK plaatsvonden.¹⁹ De statutaire zetel lag nu eenmaal in Duitsland.

De Rechtbank München oordeelde over *Hettlage AG* met statutaire zetel in Oostenrijk dat de COMI gelegen was in Duitsland.²⁰ Allereerst was de rechtspersoon volledig in eigendom van een Duitse onderneming. Daarnaast werd de dochter bestuurd door de moeder in Duitsland. Ten slotte werd ook de boekhouding van de dochter gedaan door de Duitse moeder. Een en ander bracht de Duitse rechter tot het oordeel dat het vermoeden van de statutaire zetel was weerlegd.

Italië

In een Italiaanse *Parmalat*-zaak werd de COMI van een Nederlandse dochtermaatschappij van een Italiaanse moedermaatschappij in Italië geplaatst.²¹ Daarvoor werd een aantal redenen naar voren gebracht. Allereerst werd de

dochter volledig gecontroleerd door de moeder. Daarnaast waren er geen werknemers aanwezig bij de dochter. Voorts waren er geen Nederlandse investeerders betrokken bij de onderneming. De invloed van de moeder werd kennelijk belangrijker geacht dan de belangen kenbaar voor derden in Nederland.

Ierland

Parmalat had ook een Ierse dochter, te weten *Eurofood IFSC Limited* (*Eurofood*). Deze hield zich bezig met de verwerving van financiële middelen voor het *Parmalat*-concern. Schuldeisers waren in deze zaak bezorgd dat de benoeming van nieuwe bestuurders van *Eurofood* ertoe zou kunnen leiden dat de COMI van *Eurofood* zou worden verplaatst naar Italië. De schuldeisers vroegen daarom zo spoedig mogelijk het faillissement van *Eurofood* in Ierland aan. De Ierse rechter benoemde een voorlopige curator in de periode tussen de aanvraag en de behandeling van het verzoek. Na deze benoeming oordeelde de rechter in Italië dat de COMI van *Eurofood* in Italië lag.

Uiteindelijk werd een beroep gedaan op het hoogste Ierse rechtscollege om uitsluitel te krijgen rond de COMI.²² De Irish High Court oordeelde dat de hoofdprocedure als eerste in Ierland is geopend en de COMI in Ierland is gelegen: (1) *Eurofood* is een rechtspersoon naar Iers recht met statutaire zetel in Ierland, (2) *Eurofood* voerde haar activiteiten uit op basis van een door de Ierse Minister van Financiën verstrekt *certificate*, (3) *Eurofood* stond onder toezicht van het Ierse ministerie van Financiën, de Ierse Belastingdienst en de Ierse Centrale Bank, (4) de belastingvoordelen die *Eurofood* genoot, waren afhankelijk van de vraag of de vennootschap werd bestuurd in Ierland en haar activiteiten ook daar uitoefende, en (5) de schuldeisers waren bij hun beslissing om krediet te verlenen aan *Eurofood* uitgegaan van de veronderstelling dat zij te maken hadden met een Ierse vennootschap.²³

De Irish High Court stelde voor het eerst in het bestaan van de *EVI* prejudiciële vragen daarover aan het Hof van Justitie. Vooral de vraag met betrekking tot de moeder en dochter die in verschillende lidstaten zijn gevestigd, is van groot belang. Waar dient de COMI van de dochter te worden geplaatst: (1) daar waar de statutair gevestigde dochter gewoonlijk het beheer over haar belangen voert en daardoor als zodanig voor derden herkenbaar is, of (2) daar waar de moeder door haar aandeelhouderspositie de bevoegdheid heeft bestuurders te benoemen en zeggenschap kan uitoefenen? Het Hof van Justitie zal hier binnenkort helderheid over verschaffen.

16. Zie Van Wieringhen Borski & Ouwehand 2004, p. 312.

17. *BRAC Rent-a-Car-International Inc* [2003] 2 A11 ER 201. Zie ook B. Wessels, *Rechtspersonen met zetel buiten de EU kunnen onderworpen zijn aan een insolventieprocedure in de EU*, WPNR (2003) 6534, p. 97.

18. High Court of Justice Leeds District Registry 16 mei 2003, JOR 2003, 287.

19. Zie Van Wieringhen Borski & Ouwehand 2004, p. 314.

20. Amtsgericht München 4 mei 2004 (1501 IE 1276/04), NZI 8/2004, p. 451.

21. Zie Van Wieringhen Borski & Ouwehand 2004, p. 314.

22. Irish Supreme Court 27 juli 2004, JOR 2004, 287 (*Eurofood IFSC Ltd.*).

23. Irish High Court 23 maart 2004, JOR 2004, 211 m.nt. P.M. Veder (*Eurofood IFSC Ltd.*).

Slotbeschouwing

De Nederlandse rechter gaat net als de rechters van de overige lidstaten soepel om met het weerlegbaar vermoeden van de statutaire zetel. Op dit moment geeft de tekst van artikel 3 lid 1 EVI onvoldoende houvast om te komen tot een eenduidige interpretatie van de COMI. Het is dan ook nuttig dat het Hof van Justitie zich hierover kan uitspreken.

Naar onze mening wordt er op dit moment te gemakkelijk bevoegdheid aangenomen door de nationale rechters. De Nederlandse rechters komen net als de Engelse rechters zeer snel tot de conclusie dat een procedure geopend kan worden, ondanks het feit dat de statutaire zetel ergens anders is gevestigd. Het zou beter zijn, indien de Nederlandse rechter een beslissing om het vermoeden terzijde te schuiven, uitvoeriger zou motiveren.

Op dit moment kan alleen van de Duitse rechters worden gezegd, dat zij uitvoerig motiveren en iets strikter zijn ten aanzien van het voor tegenbewijs vatbare vermoeden van artikel 3 lid 1 EVI. Daarmee houden de Duitse rechters het doel van de EVI in stand. De EVI is uiteindelijk totstandgekomen om een stap voorwaarts te zetten op het gebied van grensoverschrijdende insolventieprocedures binnen de Europese Unie, waardoor de procedures effectief en efficiënt kunnen worden afgewikkeld. Een betrekkelijk vaag criterium als de COMI is op dit moment niet voldoende om dit op korte termijn te bewerkstelligen. Alleen door ingrijpen van het Hof van Justitie zullen we een meer eenduidig begrip krijgen en daarmee daadwerkelijk komen tot een effectieve en efficiënte afwikkeling van grensoverschrijdende insolventieprocedures.

Mr. J.F.L.P.M. Vrancken Peeters

Mr. drs. B. Coskun

NautaDutilh