

M. CORDEWENER

Effecten voor het bedrijfsleven van buitenlands faillissementsrecht

1. Inleiding

Op 31 mei 2002 is in de Europa Unie, met uitzondering van Denemarken, de Europese verordening inzake grensoverschrijdende insolventieprocedures in werking getreden (de “Europese Insolventieverordening”).¹ Één van de belangrijkste doeleinden van de Europese Insolventieverordening is het bevorderen van een goed werkende interne markt. Voor de goede werking van die interne markt zijn, volgens de Europese Gemeenschappen, efficiënte en doeltreffende grensoverschrijdende insolventieprocedures nodig en het is met die reden dat de Europese Insolventieverordening is vastgesteld.

De activiteiten van ondernemingen hebben meer en meer grensoverschrijdende gevolgen en vallen daardoor in toenemende mate onder de regels van het Gemeenschapsrecht. Ook de insolventie van ondernemingen heeft gevolgen voor de goede werking van de interne markt en vergt, naar het oordeel van de Europese Gemeenschappen, om die reden een handeling van de Gemeenschap die dwingt tot coördinatie van de maatregelen die ten aanzien van het vermogen van een insolvente schuldenaar worden getroffen.² Met een goed werkende interne markt moet volgens de Europese Insolventieverordening worden verhinderd dat er voor natuurlijke- dan wel rechtspersonen prikkels bestaan om ter verbetering van de eigen rechtspositie bepaalde goederen van de ene naar de andere lidstaat over te brengen.³ “Forum shoppen” noemen we dan.

Één van de kernbegrippen in de Europese Insolventieverordening vormt het begrip “*centre of main interest*”, ofwel het “centrum van de voornaamste belangen”. Een begrip dat in jurisprudentie en literatuur eenvoudigweg wordt afgekort met COMI. Daar waar een schuldenaar zijn COMI heeft, dus in die lidstaat waarin het centrum van de voornaamste belangen van die schuldenaar is gevestigd, is de rechter bevoegd ten aanzien van die schuldenaar een insolventieprocedure te openen, de “hoofdprocedure” genoemd. Heeft diezelfde schuldenaar vervolgens nog een vestiging in een andere lidstaat, dan kan ten aanzien van die vestiging vervolgens nog een “secundaire” insolventieprocedure worden geopend.⁴ In dit artikel zal ik mij beperken tot de (gevolgen van de) hoofdprocedure, omdat de consequenties daarvan groter zijn.

2. De COMI

Waar de COMI van een bepaalde schuldenaar is gevestigd, zal niet altijd eenvoudig zijn vast te stellen, met name niet indien een schuldenaar grensoverschrijdende activiteiten verricht of zelfs meerdere vestigingen in meerdere lidstaten heeft. Hoewel op grond van artikel 3 van de Europese Insolventieverordening ten aanzien van vennootschappen en rechtspersonen als uitgangspunt geldt dat de COMI vermoed wordt te zijn gevestigd in dezelfde plaats waar de betrokken vennootschap of rechtspersoon haar statutaire zetel heeft, is dat vermoeden voor

¹ Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van de Europese Unie d.d. 29 mei 2002 (PbEG L 160\1).

² Zie overweging 2 en 3 van de Europese Insolventieverordening.

³ Zie overweging 4 van de Europese Insolventieverordening.

⁴ Vgl. artikel 3 lid 2 Europese Insolventieverordening.

tegenbewijs vatbaar. Geldt derhalve ten aanzien van een bepaalde leverancier dat hij weliswaar statutair in Italië gevestigd, maar dat hij vestigingen heeft in Duitsland, Spanje en België, terwijl bovendien zijn hoofdkantoor in België gevestigd is, dan betekent dat (sinds de inwerkingtreding van de Europese Insolventieverordening) niet meer automatisch dat deze leverancier in Italië failliet zal worden verklaard, omdat de statutaire zetel nu eenmaal in Italië is gevestigd. Sterker zelfs: indien wordt aangetoond dat de COMI van deze Italiaanse leverancier niet in Italië is gelegen, maar in België, dan zal die Italiaanse leverancier in België (en daarmee dus naar Belgisch recht) failliet moeten worden verklaard en niet in Italië, hoe vreemd dat op het eerste gezicht ook moge klinken.

En zo kan het dus ook gebeuren dat een statutair in Nederland gevestigde leverancier of afnemer (die zaken doet in de vorm van een BV) naar Engels recht failliet wordt verklaard of omgekeerd. Uit de jurisprudentie blijkt dat dit soort situaties inmiddels aan de orde van de dag zijn. Zo oordeelde bijvoorbeeld The High Court of Justice (Chancery Division, Companies Court) bij “order” van 15 juli 2005 dat de statutair in Nederland gevestigde dochtervennootschappen uit de Collins & Aikman groep alle naar Engels recht in “Administration” (de Engelse variant van onze surseance van betaling) konden worden toegelaten, omdat naar het oordeel van de Engelse rechter de COMI van al die Nederlandse vennootschappen in Engeland was gevestigd.⁵ In het omgekeerde geval oordeelde de Rechtbank Rotterdam (later in hoger beroep bekrachtigd) dat de COMI van Interrexx Enterprises Ltd. in Nederland lag, terwijl de vennootschap statutair gevestigd was in Engeland.⁶ En zo zijn meer voorbeelden te noemen.

Hoewel in de Europese Insolventieverordening wel degelijk aanknopingspunten te vinden zijn aan de hand waarvan de COMI van een bepaalde schuldenaar zou kunnen worden vastgesteld, leert de praktijk dat de deze aanknopingspunten door de rechters in de verschillende lidstaten niet steeds op dezelfde wijze worden uitgelegd. Zo geldt bijvoorbeeld op grond van de Europese Insolventieverordening dat het “centrum van de 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.⁷

In de praktijk blijkt dit uitgangspunt door de rechters in de verschillende lidstaten niet eensluidend te worden uitgelegd. Zo wordt voor de bepaling van waar de COMI van een bepaalde schuldenaar is gevestigd in Engeland veelal aansluiting gezocht bij de plaats van waaruit de centrale leiding van de schuldenaar wordt gevoerd. In Nederland daarentegen lijkt de bepaling van de plaats waar de COMI is gevestigd veelal te zijn gebaseerd op de plaats van waaruit de schuldenaar het contact met zijn schuldeisers onderhoudt.

Leg een bepaalde situatie voor aan verschillende rechters in verschillende lidstaten en niet ondenkbaar is dat de verschillende rechters, op basis van dezelfde feiten en omstandigheden, toch tot een ander oordeel komen. En zo is het er voor schuldeisers dus niet eenvoudiger op geworden om de risico's van een faillissement van een bepaalde schuldenaar op voorhand goed in te schatten. Zekerheid omtrent de plaats waar de COMI van een bepaalde schuldenaar is gevestigd, is immers op voorhand niet te geven.

3. Erkenning en toepasselijk recht

De Europese Insolventieverordening voorziet in de onmiddellijke erkenning van de beslissingen tot het openen, het verloop en de beëindiging van een onder haar werkingssfeer vallende insolventieprocedure, alsmede van beslissingen die rechtstreeks met deze insolventieprocedure verband houden.⁸ Is door een rechter in Frankrijk dus eenmaal een hoofdprocedure ten aanzien van een Franse leverancier of afnemer geopend, omdat hij van mening is dat de COMI van die Franse leverancier of afnemer in Frankrijk is gelegen, dan mag die beslissing door geen enkele andere rechter in een welke andere lidstaat dan ook worden genegeerd.

Met deze automatisch erkenning wordt beoogd te bereiken dat de rechtsgevolgen die de insolventieprocedure heeft krachtens het recht van de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend, worden uitgebreid tot alle andere lidstaten.⁹ Is ten aanzien van een bepaalde schuldenaar derhalve in Nederland een faillissement uitgesproken, dan hebben de rechtsgevolgen van dat Nederlandse faillissement ook meteen effect in die lidstaten waar zich nog andere goederen van de betrokken schuldenaar bevinden en geldt hetzelfde voor die lidstaten waar een deel van de schul-

⁵ Vgl. Rb. 's-Hertogenbosch 31 oktober 2005, JOR 2006, 56 (m.nt. P.M.Veder).

⁶ Hof Den Haag 8 april 2003 (Interrexx Enterprises Ltd. / MBI Beton A.J. van der Meijden B.V.), niet gepubliceerd. Zie hierover ook: J.E.L.P.M.Vrancken Peeters, Het centrum van voornaamste belangen: Nederlands of Europees?, V&O juni 2005, nr. 6, p. 107.

⁷ Zie overweging 13 bij de Europese Insolventieverordening.

⁸ Zie artikel 16 Europese Insolventieverordening.

⁹ Zie overweging 22 van de Europese Insolventieverordening.

deisers van de betrokken schuldenaar gevestigd zijn. Op grond van het universaliteitsbeginsel werd in Nederland weliswaar (ook vóór de inwerkingtreding van de Europese Insolventieverordening) al aangenomen dat in Nederland uitgesproken faillissementen universele werking hebben, maar omdat die faillissementsvonnissen toen nog niet automatisch werden erkend, kwam er van die universele werking in de praktijk weinig terecht.

Uitgangspunt bij de erkenning van de beslissingen tot het openen van insolventieprocedures, vormt het beginsel van het wederzijdse vertrouwen. Een rechter in Nederland behoort er dus kennelijk op te vertrouwen dat wanneer aan een rechter in Italië of Spanje wordt verzocht het faillissement van een (overigens statutair in Nederland gevestigde schuldenaar) uit te spreken, die Italiaanse of Spaanse rechter dat faillissement alleen dan zal uitspreken wanneer de COMI van de betrokken schuldenaar ook daadwerkelijk in Italië of Spanje is gevestigd. Zelfs in het geval de rechters van twee lidstaten zich beiden bevoegd zouden achten een hoofdprocedure te openen, omdat ze beiden van mening zijn dat de COMI van de betrokken schuldenaar in hun eigen lidstaat is gevestigd, moet dit conflict volgens de Europese Insolventieprocedure volgens het hierboven genoemde vertrouwensbeginsel worden opgelost en mogen de rechters elkaars beslissing niet toetsen. En daarbij geldt: de eerst uitgesproken beslissing telt.

Is ten aanzien van een bepaalde schuldenaar eenmaal een hoofdprocedure uitgesproken, dan geldt op grond van artikel 4 van de Europese Insolventieverordening dat niet alleen die hoofdprocedure zelf, maar ook de gevolgen daarvan, worden beheerst door het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de hoofdprocedure is geopend (de "*lex concursus*").

Het is deze bepaling, in combinatie met de vaststelling van waar de COMI van een bepaalde schuldenaar is gevestigd en de verplichte automatische erkenning van de hoofdprocedure (en daarmee het toepasselijke recht op die hoofdprocedure) in de andere lidstaten, die maken dat de Europese Insolventieverordening voor een ieder die er mee te maken heeft, verstrekkende gevolgen kan hebben.

De vraag is of het bedrijfsleven en de financiële instellingen die geregeld zaken doen met leveranciers, afnemers, groepen van vennootschappen en overige bedrijven met grensoverschrijdende activiteiten zich dit voldoende realiseren. Gold vóór de inwerkingtreding van de Europese Insolventieverordening immers nog dat rechtspersonen alleen in die lidstaten failliet konden worden verklaard waarin hun

statutaire zetel gevestigd was, sinds de inwerkingtreding van de Europese Insolventieverordening geldt als gezegd dat een rechtspersoon die statutair in Nederland is gevestigd ook naar buitenlands recht failliet kan worden verklaard indien de COMI van die in Nederland gevestigde rechtspersoon in het buitenland is gevestigd.

Impact op schuldeisers

De belangrijkste reden waarom het er voor schuldeisers niet eenvoudiger op is geworden de risico's van een faillissement van een bepaalde schuldenaar beter in te schatten, heeft te maken met het feit dat zolang niet op voorhand (aan de hand van objectieve maatstaven) is vast te stellen waar de COMI van een bepaalde schuldenaar is gevestigd, de schuldeisers van de betrokken schuldenaar rekening zullen moeten houden met het feit dat hun schuldenaar naar het recht van een andere lidstaat failliet kan worden verklaard, met alle gevolgen van dien. Zo kunnen de schuldeisers niet alleen te maken krijgen met een buitenlandse curator, hetgeen wellicht nog het minst bezwaarlijke is, ze kunnen ook te maken krijgen met buitenlands faillissementsrecht waarmee op voorhand géén rekening is gehouden en waarvan de inhoud doorgaans ook onbekend is. Als hoofdregel geldt immers op grond van artikel 4 van de Europese Insolventieverordening dat niet alleen de hoofdprocedure zelf, maar ook de gevolgen daarvan, worden beheerst door het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de hoofdprocedure is geopend, de zogenaamde "*lex concursus*".

Zo is het deze *lex concursus*, en dus niet het recht dat op de onderlinge verhouding tussen de schuldeiser en schuldenaar zelf van toepassing is (de "*lex contractus*"), die bepaalt onder welke voorwaarden een beroep op verrekening kan worden gedaan en wat de regels zijn omtrent de verdeling van de opbrengst van de te gelde gemaakte goederen, maar het is ook deze *lex concursus* die bepaalt wat de rechten van de schuldeisers zijn die op basis van een zakelijk recht (zoals bijvoorbeeld een pand- of hypotheekrecht) gedeeltelijk zijn voldaan en (niet onbelangrijk) onder welke voorwaarden door de curator een beroep op de faillissementspauliana kan worden gedaan.¹⁰ Allemaal risico's waarmee schuldeisers in de praktijk doorgaans geen rekening houden en vaak ook niet willen houden.

De praktijk leert dat niet alleen leveranciers, maar ook financiers vaak onvoldoende zijn voorbereid op de risico's die verbonden zijn aan het faillissement van een van hun (belangrijkste) afnemers of cliënten,

¹⁰ Zie artikel 4 lid 2 onder (d), (i) en (m) Europese Insolventieverordening

zelfs indien bekend is dat die afnemers of cliënten grensoverschrijdende activiteiten verrichten en zelfs indien bekend is dat de afnemers of cliënten in meerdere landen actief of gevestigd zijn.

5. Verbeteren positie schuldeisers

Hoewel zowel leveranciersrisico's en kredietrisico's voor een belangrijk deel zijn af te dekken (door het (laten) vestigen zakelijke of persoonlijke zekerheden) en hoewel het mogelijk is om het risico van de oninbaarheid van vorderingen te verzekeren, gebeurt het in de praktijk niet zelden dat pas over dit soort zaken wordt nagedacht als het eigenlijk al te laat is.

De inwerkingtreding van de Europese Insolventieverordening noopt er volgens mij toe hier verandering in te brengen. Juist vanwege de toegenomen onzekerheid omtrent de COMI van een bepaalde schuldenaar en daarmee omtrent het recht dat later van toepassing zal zijn mocht die schuldenaar onverhoopt failliet gaan, doen leveranciers en financiers er naar mijn idee verstandig aan op voorhand beter in te schatten wat hun risico's in dit opzicht zijn. Voor leveranciers en financiers zal dat er naar mijn idee op neerkomen dat zij, vaker dan zij nu te doen gebruikelijk zijn, gebruik zullen moeten maken van de zakelijke zekerheidsrechten zoals ons recht die biedt, zoals bijvoorbeeld het (voorbehouden) pandrecht en het eigendomsvoorbehoud. Leveranciers en financiers zullen ook vaker te doen gebruikelijk, "handig" gebruik moeten gaan maken van buitenlands recht, door dat buitenlandse recht eenvoudigweg op de contractuele relatie met de schuldenaar van toepassing te verklaren.

Een leverancier die regelmatig zaken doet met een afnemer die weliswaar statutair in Nederland gevestigd is, maar het contact met zijn crediteuren doorgaans vanuit het hoofdkantoor in Duitsland

onderhoudt, doet er dus niet alleen verstandig aan zich af te vragen wat de consequenties voor hem zouden zijn wanneer zijn afnemer naar Duits recht failliet zou worden verklaard; hij doet er ook verstandig aan te bezien in hoeverre hij zijn positie in dat Duitse faillissement zou kunnen verbeteren door op onderdelen (zoals bijvoorbeeld op het terrein van het eigendomsvoorbehoud) gebruik te maken van dat Duitse recht. Nadere studie van dat recht leert immers dat het eigendomsvoorbehoud naar Duits recht een ruimer toepassingsgebied kent dan ons Nederlandse eigendomsvoorbehoud en waarom daar dan geen gebruik van maken.

En zo zijn meer voorbeelden te noemen. Een financier die financiering heeft verstrekt aan een groep van vennootschappen die alle (of gedeeltelijk) binnen de Europese Gemeenschap gevestigd zijn, doet er verstandig aan zich op voorhand af te vragen wat de consequenties voor haar zal zijn als die groep van vennootschappen alle naar het recht van een en dezelfde lidstaat failliet worden verklaard. Indien vooraf is vast te stellen welke lidstaat dat mogelijk zou kunnen zijn, doet een dergelijke financier er verstandig aan te bezien of en zo ja in hoeverre hij van het recht van die lidstaat gebruik zou kunnen maken (door bijvoorbeeld naar het recht van deze lidstaat (aanvullende) zekerheden te laten vestigen) teneinde zijn positie in het uiteindelijk faillissement van die groep van vennootschappen te versterken.

Een dergelijk exercitie zal niet steeds eenvoudig zijn, maar (mede) afhankelijk van het financiële belang, vaak wel aan te raden.

Manon H.R.N.Y. Cordewener
Advocaat bij Lovells in Amsterdam