

Forum shopping met de COMI aan banden gelegd?

Mr. P.J.M. Declercq

In de praktijk is met spanning gewacht op het recentelijk door het Hof van Justitie EG gewezen Eurofood-arrest. De hoop en verwachting was dat er door het Hof (meer) duidelijkheid zou worden verschaft over de wijze waarop het begrip COMI (hetgeen een afkorting is van de Engelse vertaling van het begrip 'centrum van de voornaamste belangen')¹ van inhoud moet worden voorzien. Die duidelijkheid is met name van belang voor situaties waar, voor een schuldenaar die een vennootschap of rechtspersoon is, getracht wordt om het 'statutaire zetel'-vermoeden voor de COMI te weerleggen. In deze bijdrage zal ik trachten aan te geven of en op welke onderdelen er verduidelijking van het begrip COMI is gekomen en wat dat voor de praktijk zou kunnen betekenen.

HvJ EG 2 mei 2006, zaak C-341/04, Eurofood IFSC Ltd., n.n.g.

De COMI

De COMI is een belangrijk begrip in de Insolventieverordening.² Met de COMI wordt namelijk de internationale rechtsmacht voor de hoofdinsolventieprocedure onder de Insolventieverordening bepaald. De rechters van de lidstaat waar de COMI van de schuldenaar is gelegen zijn bevoegd de hoofdinsolventieprocedure te openen.³ Bij vennootschappen en rechtspersonen wordt verder, zolang het tegendeel niet is bewezen, de COMI vermoed de plaats van de statutaire zetel te zijn.⁴ Een definitie van de COMI bevat de Insolventieverordening echter niet. Overweging 13 van de preambule van

de Insolventieverordening beschrijft de COMI evenwel als volgt: de COMI 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. Dat betekent dus voor de COMI van schuldenaren die een vennootschap of rechtspersoon zijn dat een weerlegging van het zogenaamde 'statutaire zetel'-vermoeden vereist dat overtuigend tegenbewijs wordt geleverd omtrent de volgende twee aspecten: (i) dat de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert in een andere jurisdictie is gelegen dan die waar de schuldenaar zijn statutaire zetel heeft, en (ii) dat de onder (i) genoemde plaats als COMI herkenbaar is voor derden, zoals bijvoorbeeld de schuldeisers van de schuldenaar.

Onduidelijkheid over hoe de COMI nu precies moet worden vastgesteld⁵ en wat daarbij doorslaggevend is, kan – zo is de vrees – manipulatie en oneigenlijk gebruik van de COMI in de hand werken. De COMI zou bijvoorbeeld kunnen worden gebruikt voor *forum shopping*. Onduidelijkheid over de COMI gekoppeld aan het feit dat de COMI kan worden verplaatst⁶ zou ertoe kunnen leiden – zo is wederom de vrees – dat er gepoogd wordt bepaalde jurisdicties met opzet te vermijden en andere juist te kiezen voor het openen van insolventieprocedures. De Insolventieverordening bepaalt in dat verband in overweging 4 van de preambule dat de goede werking van de interne markt 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 (*forum shopping*).

De Europese Filing

De Insolventieverordening bevat geen specifieke bepalingen voor de situatie waarin een groep van vennootschappen of rechtspersonen, zoals de Parmalat-groep, overweegt om een hoofdinsolventieprocedure in een aan de Insolventieverordening onderworpen Europese jurisdictie te openen.⁷ Desalniettemin zijn verschillende groepen van vennootschappen of rechtspersonen er na de invoering van de Insolventieverordening toch in geslaagd om met succes een zogenaamde Europese filing van de hoofdinsolventieprocedure in één jurisdictie voor alle groepsvennootschappen te openen. Het succes van een dergelijke Europese filing is deels gebaseerd op de stelling dat in een centraal geleide groep, de COMI van alle groepsvennootschappen (of rechtspersonen) is gelegen in de jurisdictie van de leidinggevende groepsvennootschap. Dat betekent dat voor alle groepsvennootschappen met een statutaire zetel in een andere jurisdictie dan die van de leidinggevende groepsvennootschap, het 'statutaire zetel'-vermoeden voor de COMI moet worden weerlegd. Met uit-

¹ In het Engels: 'Centre Of Main Interests'.

² Verordening (EG) Nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *Pb. EG* 2000, L 160/1.

³ Artikel 3 lid 1 van de Insolventieverordening.

⁴ *Id.*

⁵ Voor een overzicht van belangrijke COMI jurisprudentie in verschillende lidstaten, zie R.C. van Wieringhen Borski en J.F. Ouwehand, 'De Europese Insolventieverordening onderweg naar Luxemburg', *Tvl* 2004, 62, pp. 309-318.

⁶ Vgl. de recente uitspraak in de Staubitz-Schreiber-zaak (Hof van Justitie EG 17 januari 2006, *JOR* 2006, 59 m.nt. B. Wessels) waar er sprake was van een verplaatste COMI.

⁷ Vgl. R.J. van Galen, 'The European Insolvency Regulation and Groups of Companies', *Tvl* 2004, 13, pp. 57-66.

zondering van de Ierse Parmalat-vennootschap Eurofood IFSC Ltd ('Eurofood') die het onderwerp vormt van het door het Hof gewezen Eurofood-arrest, is Parmalat een goed voorbeeld van een geslaagde Europese filing. Andere noemenswaardige geslaagde Europese filings zijn, onder andere, Daisytek⁸ en meer recentelijk MG Rover,⁹ Collins & Aikman¹⁰ en Emtec.¹¹ In Parmalat werd vastgesteld dat de zogenaamde groeps-COMI in Italië lag, in Daisytek, MG Rover, en Collins & Aikman lag de groeps-COMI in Engeland en in Emtec was dat Frankrijk.

Een belangrijk economisch argument ter ondersteuning en onderbouwing van een Europese filing in een groepssituatie is dat het openen van één type hoofdinsolventieprocedure in één jurisdictie met éénzelfde curator de waardeoptimalisering ten goede zal komen, terwijl het openen van verschillende hoofdinsolventieprocedures in meerdere jurisdicties met meerdere curatoren waarschijnlijk tot waardevermindering zal leiden.

Wat was er aan de hand in de Eurofood-zaak?

Eurofood is een 100% dochtervennootschap van de Italiaanse vennootschap Parmalat S.p.A. ('Parmalat'). Eurofood had haar statutaire zetel in de 'International Financial Services Centre' te Dublin in Ierland. Zij was daar voor fiscale redenen in 1997 opgericht als een financieringsmaatschappij en had als haar primaire doel 'the provision of financing facilities for companies in the Parmalat group'. Bank of America, een Amerikaanse bank met nevenvestigingen in Dublin en Milaan, hield zich op basis van een administratieovereenkomst bezig met de dagelijkse administratie van Eurofood. Sinds haar oprichting was Eurofood betrokken bij de volgende drie grote financiële transacties: (i) een private uitgifte van obligaties op 29 september 1998 voor een totaal bedrag van \$ 80m gegarandeerd door Parmalat (om zekerheid te verschaffen voor een lening verstrekt door Bank of America aan Venezolaanse vennootschappen in de Parmalat groep), (ii) een private uitgifte van obligaties op 29 september 1998 voor een totaal bedrag van \$ 100m gegarandeerd door Parmalat (ter financiering van een lening verstrekt door Eurofood aan Braziliaanse vennootschappen in de Parmalat-groep), en (iii) een *Swap Agreement* aangaan met Bank of America op 10 augustus 2001.

Nadat eind 2003 werd ontdekt dat Parmalat in grote financiële problemen verkeerde, werd zij op 24 december 2003 door het Italiaanse ministerie van Productieve Activiteiten toegelaten tot de, daags daarvoor aangepaste en ingevoerde, buitengewone bewindvoeringsprocedure met aanstelling van dr. Enrico Bondi als buitengewone bewindvoerder. Op 27 december 2003 werd door de rechtbank in Parma bevestigd dat Parmalat insolvent was en dat zij onder de buitengewone bewindvoeringsprocedure was geplaatst. Tot 12 november 2003 had Eurofood vier bestuurders, twee Ieren en twee Italianen. Op 12 november 2003 trad een van de Italiaanse bestuurders af en op 20 januari 2004 trad ook de tweede Italiaanse bestuurder af.

Een soort waarschuwingsbrief van het bestuur van Eurofood gericht aan, onder andere, Bank of America¹² lijkt de directe aanleiding te zijn geweest voor de beslissing van Bank of America om op 27 januari 2004 een verzoek aanhangig te maken bij de *High Court of Ireland* (de 'Ierse rechtbank') tot de liquidatie van Eurofood. Bank of America stelde in haar verzoekschrift dat Eurofood insolvent was en dat Eurofood aan haar een bedrag van meer dan \$ 3,5m verschuldigd was. Op diezelfde dag stelde Bank of America ook een *ex parte*-verzoek in bij de Ierse rechtbank tot het benoemen van een

voorlopige curator. Mr. Pearse Farrell werd diezelfde dag tot voorlopige curator van Eurofood benoemd met als bevoegdheden het in bezit nemen van alle activa van Eurofood, het voeren van het bestuur, het openen van een bankrekening in zijn naam en het zich voorzien van de diensten van een *solicitor*. De zitting waarop het verzoek tot de liquidatie van Eurofood zou worden behandeld werd gezet op 23 februari 2004.

Op 30 januari 2004 stelde de voorlopige curator van Eurofood dr. Bondi, als bijzondere bewindvoerder van Parmalat, op de hoogte van zijn benoeming. Op 9 februari 2004 wordt dr. Bondi door het Italiaanse ministerie van Productieve Activiteiten benoemd tot buitengewone bewindvoerder van Eurofood. Op vrijdagmiddag 13 februari 2004 wordt door de Ierse *solicitors* van dr. Bondi om 17.15u aan mr. Farrell een oproep op korte termijn betekend voor een zitting bij de rechtbank van Parma op dinsdag 17 februari 2004 om 11.00u (Ierse tijd). Deze zitting had tot doel de behandeling van het door dr. Bondi gedane verzoek om Eurofood onder de Italiaanse buitengewone bewindvoeringsprocedure te stellen. Mr. Farrell ontving nimmer een kopie van het door dr. Bondi ingestelde verzoekschrift. Op de zitting van 17 februari 2004 werd mr. Farrell in de gelegenheid gesteld om zijn standpunt schriftelijk nader toe te lichten. Deze toelichting moest voor 19.00u de volgende dag zijn ingediend zodat dr. Bondi vervolgens één dag had om hierop schriftelijk te reageren. Op 20 februari 2004 besliste de rechtbank van Parma om Eurofood insolvent te verklaren. De rechtbank van Parma stelde verder vast dat de COMI van Eurofood in Italië lag en dat Eurofood onder de Italiaanse bijzondere bewindvoeringsprocedure werd gesteld met benoeming van dr. Bondi als bijzondere bewindvoerder.

Bank of America's verzoekschrift aan de Ierse rechtbank tot de liquidatie van Eurofood resulteerde op 23 maart 2004 in een beslissing van de Ierse rechtbank waarin deze concludeerde dat haar benoeming van een voorlopige curator op 27 januari 2004 heeft geleid tot de opening van een hoofdinsolventieprocedure in de zin van artikel 3 van de Insolventieverordening en dat de COMI van Eurofood steeds in Ierland heeft gelegen en nog steeds ligt. De Ierse rechtbank concludeerde verder dat de schuldeisers van Eurofood niet gebonden zijn aan de Italiaanse bijzondere bewindvoerings-

⁸ High Court of Justice (Ch.D.), Leeds District Registry, 16 mei, 2003, reported [2003] British Companies Cases 562, en *JOR* 2003/287 (m.nt. B. Wessels onder *JOR* 2003/288).

⁹ High Court of Justice, Birmingham Registry, 18 april 2005.

¹⁰ Royal Court of Justice, 15 juli 2005, reported [2005] England and Wales High Court 1754 (Ch).

¹¹ Tribunal de Commerce de Nanterre, troisième chambre, 15 februari 2006.

¹² Dit wordt beschreven onder het kopje 'The Events of late January, 2004' op pagina 4 en 5 van de beslissing van Mr. Justice Kelly van de Irish High Court genomen op 23 maart 2004, 2004 no. 33 cos, in de zaak betreffende Eurofood IFSC Limited en The Companies Acts 1963-2003. In de waarschuwingsbrief van 23 januari 2004 wordt melding gemaakt van de bijeenkomst van het Parmalat-bestuur op dinsdagavond 27 januari 2004 om verschillende onderwerpen ten aanzien van Eurofood te bespreken. Een van de onderwerpen zou een wijziging van de huidige structuur van het Eurofood-bestuur betreffen. Deze wijziging zou gevolgen kunnen hebben voor de locatie van het Eurofood-bestuur en de jurisdicties in welke bepaalde procedures aangaande Eurofood zouden kunnen worden aangevangen. Het Eurofood-vonnis van de Irish High Court werd gepubliceerd in *JOR* 2004/211 (m.nt. P.M. Veder).

procedure. In haar beslissing beroept de Ierse rechtbank zich ook, voorzover noodzakelijk, op de openbare-orde-uitzondering van artikel 26 van de Insolventieverordening als een additionele reden om de beslissing van de rechtbank van Parma ten aanzien van Eurofood niet te erkennen.¹³

De aan het Hof voorgelegde prejudiciële vragen

In het door dr. Bondi ingestelde hoger beroep van de beslissing van 23 maart 2004 van de Ierse rechtbank kwam de *Irish Supreme Court* (de 'Ierse Hoge Raad') op 27 juli 2004 met een (tussentijdse) beslissing.¹⁴ Volgens de Ierse Hoge Raad zijn de primaire onderwerpen in het ingestelde hoger beroep de volgende: (i) of een insolventieprocedure eerst was geopend in Ierland of Italië, (ii) of de COMI van Eurofood is gelegen in Ierland of Italië, en (iii) of er sprake was van een zodanige afwezigheid van een eerlijk proces voorafgaand aan de beslissing van de rechtbank van Parma dat deze beslissing niet erkend zou behoren te worden.

De Ierse Hoge Raad heeft twee separate beslissingen genomen – een hoofdbeslissing en een aanvullende beslissing. De aanvullende beslissing beperkte zich tot het beroep van de Ierse rechtbank op de openbare-orde-uitzondering van artikel 26 van de Insolventieverordening. In deze tussenbeslissing gaf de Ierse Hoge Raad aan van mening te zijn dat het volgens Iers recht kennelijk in strijd is met de openbare orde om de beslissing van de rechtbank van Parma te erkennen. Mr. Farrell heeft niet de bescherming genoten van een eerlijk proces omdat hij geen afschrift heeft ontvangen van het verzoekschrift of de andere documenten die dr. Bondi voornemens was in te dienen bij de rechtbank van Parma met het doel om in Italië een insolventieprocedure te openen.

In de hoofdbeslissing bepaalde de Ierse Hoge Raad dat, voorzover hij over dit onderwerp een beslissing kan nemen, het duidelijk is dat de COMI van Eurofood op elk relevant moment in Ierland heeft gelegen. De hoofdbeslissing bevatte verder de volgende vijf prejudiciële vragen voor het Hof:

- 1 Wanneer een verzoekschrift is ingediend bij het competente gerecht in Ierland voor de liquidatie van een insolvente vennootschap en dat gerecht besluit, in afwachting van een beslissing omtrent de liquidatie, tot de benoeming van een voorlopige curator met als bevoegdheden het in bezit nemen van alle activa van de vennootschap, het voeren van het bestuur, het openen van een bankrekening en het aanstellen van een *solicitor*, met als juridisch gevolg dat de bestuurders hun bevoegdheid tot handelen verliezen, leidt die beslissing tezamen met het verzoekschrift dan tot het openen van een insolventieprocedure in de zin van artikel 16, geïnterpreteerd in het licht van de artikelen 1 en 2, van de Insolventieverordening?¹⁵
- 2 Wanneer het antwoord op vraag 1 ontkennend is, vormt dan het indienen, in Ierland, van een verzoekschrift bij de rechtbank tot een gedwongen liquidatie van de vennootschap door de rechtbank het openen van een insolventieprocedure in de zin van de Insolventieverordening als gevolg van het Ierse wetsartikel (artikel 220 lid 2 van de Companies Act, 1963) dat ervan uitgaat dat de liquidatie van de vennootschap is aangevangen op de datum waarop het verzoekschrift daartoe werd ingediend?
- 3 Is het effect van artikel 3, gelezen in combinatie met artikel 16, van de Insolventieverordening dat een gerecht in een andere lidstaat dan die waar de statutaire zetel van de vennootschap is gelegen en in een andere lidstaat dan waar de vennootschap gewoonlijk het beheer van zijn belangen voert als zodanig herkenbaar voor derden, maar waar een insolventieprocedure als eerste is geopend, rechtsmacht heeft voor het openen van een hoofdotsolventieprocedure?
- 4 Waar, (a) de statutaire zetels van de moeder-vennootschap en haar dochtervennootschap in twee verschillende lidstaten zijn gelegen, (b) de dochtervennootschap het gewoonlijk beheer van haar belangen als zodanig herkenbaar voor derden voert in de lidstaat waar haar statutaire zetel is gelegen, daarbij haar eigen rechtspersoonlijkheid volledig en op normale wijze respecterend, en (c) de moedervennootschap in een positie is, middels haar aandeelhouderschap en bevoegdheid tot het benoemen van bestuurders, om controle te hebben over de dochtervennootschap en feitelijk het beleid van de dochtervennootschap controleert, zijn de bepalende factoren bij het vaststellen van de COMI die genoemd onder (b) of onder (c)?
- 5 Waar het kennelijk in strijd is met de openbare orde van een lidstaat om aan een juridische of administratieve beslissing rechtskracht toe te kennen ten opzichte van personen of lichamen wier recht op een eerlijk en onpartijdig proces niet is gerespecteerd in verband met een dergelijke beslissing, is een zodanige lidstaat dan gehouden, op grond van artikel 17 van de Insolventieverordening,¹⁶ om een beslissing van een gerecht van een andere lidstaat strekkende tot het openen van een insolventieprocedure met betrekking tot een vennootschap te erkennen, in een situatie waar de eerste lidstaat van mening is dat de beslissing in kwestie is genomen zonder inachtneming van deze beginselen en, in het bijzonder, waar de verzoeker in de tweede lidstaat heeft geweigerd, ondanks verzoeken en in strijd met een besluit van het gerecht in de tweede lidstaat, om de voorlopige curator van de vennootschap, rechtsgeldig benoemd in overeenstemming met het recht van de eerste lidstaat, met enig afschrift te voorzien van de essentiële documenten die de grondslag vormen voor het verzoekschrift?

¹³ Artikel 26 van de Insolventieverordening bepaalt dat iedere lidstaat kan weigeren een in een andere lidstaat geopende insolventieprocedure te erkennen of een in het kader van een dergelijke procedure gegeven beslissing ten uitvoer te leggen indien uit die erkenning of tenuitvoerlegging gevolgen zouden voortvloeien die kennelijk in strijd zijn met de openbare orde van die lidstaat, in het bijzonder met de grondbeginselen daarvan of met de grondwettelijk beschermde rechten en individuele vrijheden.

¹⁴ De beslissing van de *Irish Supreme Court* geleverd door Fennelly J. op 27 juli 2004, 147/04, in de zaak betreffende Eurofood IFSC Limited en *The Companies Act 1963 to 2001*.

¹⁵ Artikel 16 lid 1 van de Insolventieverordening bepaalt dat elke beslissing tot opening van een insolventieprocedure, genomen door een krachtens artikel 3 bevoegde rechter van een lidstaat, wordt erkend in alle andere lidstaten zodra de beslissing rechtsgevolgen heeft in de lidstaat waar de procedure is geopend.

¹⁶ Artikel 17 lid 1 van de Insolventieverordening bepaalt dat de opening van een procedure als bedoeld in artikel 3, lid 1, zonder enkele verdere formaliteit, in de andere lidstaten de gevolgen heeft die daaraan worden verbonden door het recht van de lidstaat waar de procedure is geopend, tenzij deze verordening anders bepaalt, en zolang in die andere lidstaten geen procedure als bedoeld in artikel 3, lid 2, is geopend.

Het antwoord van het Hof op de vierde prejudiciële vraag

In zijn arrest behandelt het Hof de vierde aan hem voorgelegde prejudiciële vraag eerst. Voor de praktijk, en in het bijzonder die van Europese filings in groepssituaties zoals hiervoor beschreven, is het antwoord op deze vierde prejudiciële vraag het meest interessant.

In rechtsoverweging 30 van zijn arrest bevestigt het Hof dat het systeem van de Insolventieverordening er voor de vaststelling van de competentie van de gerechten in de lidstaten van uitgaat dat elke schuldenaar die een aparte rechtspersoon vormt, onderworpen is aan zijn eigen gerechtelijke jurisdictie. Dat betekent dus dat de Insolventieverordening geen aparte benadering kent voor een groep van vennootschappen of rechtspersonen zoals de Parmalat-groep.

De COMI is volgens het Hof een eigenaardig concept met een autonome betekenis die onafhankelijk van de nationale wetgeving op een uniforme wijze dient te worden geïnterpreteerd.¹⁷ De criteria voor het vaststellen van de COMI zijn te vinden in overweging 13 van de preambule van de Insolventieverordening. Het Hof is van mening dat deze criteria objectief en door derden vaststelbaar zijn, hetgeen noodzakelijk is om de juridische zekerheid en voorzienbaarheid te waarborgen.¹⁸ Het gevolg hiervan is volgens het Hof dat bij het vaststellen van de COMI het eenvoudige vermoeden dat de COMI van een vennootschap of rechtspersoon is gelegen in de jurisdictie van zijn statutaire zetel alléén kan worden weerlegd als factoren, die zowel objectief als door derden vaststelbaar zijn, het mogelijk maken om vast te stellen dat een daadwerkelijke situatie bestaat die verschillend is van die de lokalisering op de plaats van de statutaire zetel geacht wordt weer te geven.¹⁹ Ter verduidelijking en bij wijze van voorbeeld overweegt het Hof in dit verband verder dat een geslaagde weerlegging van het 'statutaire zetel'-vermoeden in het bijzonder zou kunnen voorkomen in het geval van een 'postbus'-vennootschap (*'letterbox' company*) die niet enige onderneming voert op het grondgebied van de lidstaat waar de statutaire zetel is gelegen.²⁰ Tegen deze achtergrond beslist het Hof vervolgens dat, bij wijze van contrast, waar een vennootschap of rechtspersoon een onderneming voert op het grondgebied van de lidstaat waar haar statutaire zetel is gelegen, het enkele feit dat de controle over haar economische keuzes ligt of kan liggen bij de moedervernootschap in een andere lidstaat niet voldoende is om het in de Insolventieverordening opgenomen 'statutaire zetel'-vermoeden te weerleggen.²¹

Het antwoord van het Hof op de andere prejudiciële vragen

De derde prejudiciële vraag betreft het in de Insolventieverordening neergelegde erkenningsstelsel. Onder verwijzing naar overweging 22 van de preambule van de Insolventieverordening overweegt het Hof dat de in artikel 16 lid 1 van de Insolventieverordening neergelegde voorrangregel gebaseerd is op het beginsel van wederzijds vertrouwen.²² Inherent aan dit beginsel is dat een gerecht in een lidstaat waarbij een verzoek tot het openen van een hoofdinsolventieprocedure is ingesteld checkt dat er op basis van artikel 3 lid 1 van de Insolventieverordening rechtsmacht is en de COMI van de schuldenaar gelegen is in deze lidstaat. Een dergelijk onderzoek, zo benadrukt het Hof, moet op zodanige wijze plaatsvinden dat de essentiële procedurele garanties noodzakelijk voor een eerlijk juridisch proces worden nageleefd.²³ In antwoord op de vijfde prejudiciële vraag overweegt de ECJ in dit verband dat, in het kader van insolventieprocedures, het recht van schuldeisers of hun vertegenwoordigers om deel te nemen aan de procedure in overeenstemming met het beginsel van *equality of arms* van bijzonder belang is. Niettegenstaande het

feit dat specifieke gedetailleerde regels betreffende het recht om gehoord te worden kunnen variëren naar gelang van de urgentie van de te nemen maatregel, dient elke beperking van de uitoefening van dat recht voldoende gerechtvaardigd en omkleed met procedurele garanties te zijn, waarbij wordt gewaarborgd dat de personen betrokken bij dergelijke procedures daadwerkelijk een mogelijkheid hebben om de met urgentie aangenomen maatregelen aan te vechten.²⁴

Het antwoord van het Hof op de derde prejudiciële vraag luidt dat bij een juiste interpretatie van het eerste onderdeel van het eerste lid van artikel 16 van de Insolventieverordening, de opening van een hoofdinsolventieprocedure door een gerecht van een lidstaat erkend moet worden door de gerechten van de andere lidstaten, zonder dat deze laatste de mogelijkheid hebben om de rechtsmacht van het gerecht van de lidstaat waarin de hoofdinsolventieprocedure is geopend te toetsen.²⁵ Wanneer een belanghebbende partij van mening is dat de COMI van de schuldenaar is gelegen in een andere lidstaat dan waarin de hoofdinsolventieprocedure is geopend, dan kan zij de rechtsmacht van het gerecht die de hoofdinsolventieprocedure heeft geopend aanvechten voor de gerechten van de lidstaat waarin de procedure werd geopend met behulp van de rechtsmiddelen die voorhanden zijn tegen een dergelijke openingsbeslissing zoals voorgeschreven door het nationale recht van die lidstaat.²⁶

Het antwoord van het Hof op de eerste prejudiciële vraag luidt dat bij de juiste interpretatie van het eerste onderdeel van het eerste lid van artikel 16 van de Insolventieverordening, een beslissing tot het openen van insolventieprocedures in de zin van dit artikel een beslissing is die de volgende aspecten in zich bergt: (i) de beslissing is gegeven door een gerecht in een lidstaat waarbij een verzoek tot een dergelijke beslissing is ingediend, (ii) het verzoek is gebaseerd op de insolventie van een schuldenaar, (iii) de opening van een procedure zoals bedoeld in Annex A van de Insolventieverordening wordt nagestreefd, (iv) de beslissing in kwestie betreft een verlies door de schuldenaar van het beheer en de beschikking over zijn vermogen (*the divestment of the debtor*) en de benoeming van een curator als bedoeld in Annex C van de Insolventieverordening, en (v) een dergelijk *divestment* veronderstelt dat de schuldenaar de bestuursbevoegdheden die hij over zijn vermogen heeft verliest.²⁷ Dit antwoord op de eerste prejudiciële vraag maakt het beantwoorden van de tweede prejudiciële vraag overbodig.

Ten slotte besliste het Hof in verband met de vijfde prejudiciële vraag dat, bij een juiste interpretatie van artikel 26 van de Insolventieverordening, een lidstaat de erkenning van insolventieprocedures geopend in een andere lidstaat mag weigeren wanneer de beslissing tot het openen van de procedure was genomen in flagrante strijd met het fundamentele recht gehoord te worden, welk recht een belang-

¹⁷ Rechtsoverweging 31.

¹⁸ Rechtsoverweging 33.

¹⁹ Rechtsoverweging 34 en beslissing 1 van het Hof.

²⁰ Rechtsoverweging 35 en beslissing 1 van het Hof.

²¹ Rechtsoverweging 36 en beslissing 1 van het Hof.

²² Rechtsoverweging 39.

²³ Rechtsoverweging 41.

²⁴ Rechtsoverweging 66.

²⁵ Rechtsoverweging 44 en beslissing 2 van het Hof.

²⁶ Rechtsoverweging 43.

²⁷ Rechtsoverweging 58 en beslissing 3 van het Hof.

hebbende persoon bij dergelijke procedures geniet.²⁸ In verband met dit antwoord op de vijfde prejudiciële vraag waarschuwt het Hof de Ierse Hoge Raad nog voor het volgende: bij de beantwoording van de vraag of de rechtsgang voor de rechtbank in Parma een schending van het fundamentele recht om gehoord te worden oplevert, mag de Ierse Hoge Raad zich niet beperken tot het transponeren van zijn eigen voorstelling van het vereiste van een mondelinge behandeling en hoe fundamenteel dat vereiste is in zijn eigen rechtssysteem, maar moet hij vaststellen, met begrip voor het geheel van de omstandigheden, of de voorlopige curator benoemd door de Ierse rechtbank voldoende gelegenheid was verstrekt om gehoord te worden.

Conclusie

Forum shopping wordt genoemd door advocaat-generaal Jacobs in zijn conclusie van 27 september 2005,²⁹ maar het begrip komt in het Eurofood-arrest van het Hof niet voor. De COMI daarentegen komt – zoals in deze bijdrage besproken – uitgebreid aan bod in het door het Hof gewezen Eurofood-arrest. Op de vraag of *forum shopping* met de COMI aan banden is gelegd door het Eurofood-arrest past mijns inziens een voorzichtig antwoord. Hoewel ik meen dat de vraag in de titel van deze bijdrage ontkennend moet worden beantwoord, haast ik me erbij te vermelden dat het er niet eenvoudiger op is geworden.

Naar mijn mening zijn de volgende beslissingen uit het Eurofood-arrest belangrijk voor, met name, de grensoverschrijdende insolventierechtpraktijk:

1 *Het Hof heeft duidelijk gemaakt dat het 'statutaire-zetel'-vermoeden voor de COMI van een schuldenaar die een vennootschap of rechtspersoon is niet zomaar kan worden weerlegd.*

Weerlegging van het 'statutaire-zetel'-vermoeden is met name niet eenvoudig waar de schuldenaar een onderneming voert op het grondgebied van de lidstaat waar haar statutaire zetel is gelegen en meer is dan slechts een 'letterbox' company. Dat wil overigens in het geheel niet zeggen dat met het Eurofood-arrest de deur is gesloten voor een geslaagde weerlegging van het 'statutaire-zetel'-vermoeden van iedere schuldenaar die meer is dan een 'letterbox' company. Het Hof besliste alleen dat in een dergelijk geval *het enkele feit* dat de controle over de economische keuzes van de schuldenaar ligt of kan liggen bij de moederschapvennootschap in een andere lidstaat onvoldoende is voor een geslaagde weerlegging van het vermoeden. Voor de praktijk kan dit echter wel betekenen dat het in de toekomst minder gemakkelijk zal worden om in groepssituaties (zoals die van de Parmalat-groep) het 'statutaire zetel'-vermoeden voor de COMI te weerleggen met het doel te komen tot een zogenaamde Europese filing van alle groepsmaatschappijen in één jurisdictie.

Een interessante vraag in dit verband is of met de wetenschap van het door het Hof gewezen Eurofood-arrest, de rechters die hebben beslist over de Europese filings in Daisytec, MG Rover, Collins & Aikman, en Emtec tot eenzelfde of een andere beslissing zouden zijn gekomen.

2 *Het antwoord van het Hof op de derde prejudiciële vraag bevestigt – wat in de praktijk wel wordt genoemd – 'the race to court' consequentie van het erkenningsmechanisme zoals dat in de Insolventieverordening is neergelegd.*

Een beslissing van een rechter in een lidstaat omtrent de COMI van de schuldenaar en de opening van een hoofdinsolventieprocedure moet in beginsel worden erkend en kan niet worden getoetst door een rechter in een andere lidstaat. In dit verband is de Eurofood-situatie bijzonder omdat het daar niet de schuldenaar, maar de schuldeisers van de schuldenaar waren die 'the race to court' wonnen. Dat is ongebruikelijk omdat het voor schuldeisers lang niet altijd duidelijk is wat precies de financiële situatie van de schuldenaar is. Daarom – en omdat sommige insolventieprocedures alleen door de schuldenaar kunnen worden geopend – ligt in de praktijk het initiatief voor het openen van een insolventieprocedure veelal bij de schuldenaar zelf. Als de schuldenaar inderdaad het initiatief neemt voor het openen van een hoofdinsolventieprocedure in een bepaalde lidstaat en de rechter daar ervan weet te overtuigen dat de COMI is gelegen in die lidstaat, dan blijft het ook na het Eurofood-arrest moeilijk voor de schuldeisers van die schuldenaar om vervolgens daarna de opening van de hoofdinsolventieprocedure in die lidstaat aan te vechten, met name als de schuldeisers ervan uit waren gegaan dat de COMI van de schuldenaar in een andere lidstaat was gelegen. In een dergelijk geval is hun enige optie om de beslissing aan te vechten voor de gerechten in de lidstaat waar de beslissing is genomen met de rechtsmiddelen die daar voorhanden zijn. In een situatie zoals Parmalat kan dat betekenen dat Nederlandse schuldeisers van een Nederlandse groepsmaatschappij waarvan wordt beslist dat de COMI in Italië is gelegen, naar Italië moeten gaan om daar voor Italiaanse gerechten met Italiaanse rechtsmiddelen de beslissing tot het openen van een Italiaanse hoofdinsolventieprocedure aan te vechten.

3 *In het Eurofood-arrest blijft het onderwerp waardeoptimalisering bij een Europese filing, zoals die van de Parmalat-groep, volledig onbesproken.*

Een belangrijk economisch argument dat in de praktijk wordt gebruikt ter ondersteuning en onderbouwing van een Europese filing in een groepssituatie is dat het openen van één type hoofdinsolventieprocedure in één jurisdictie met éénzelfde curator de waardeoptimalisering ten goede zal komen, terwijl het openen van verschillende hoofdinsolventieprocedures in meerdere jurisdicties met meerdere curatoren waarschijnlijk tot waardevermindering zal leiden. Een interessante vraag in dit verband is wat er na het Eurofood-arrest zal gebeuren in een volgende situatie.

Stel er is een groepssituatie waarin de moedervenootschap in een bepaalde lidstaat, bijvoorbeeld Frankrijk, een herstructureringsprocedure heeft geopend als hoofdinsolventieprocedure in de zin van de Insolventieverordening. De groep bestaat verder uit een of meer dochtervennootschappen die in de groep, net als Eurofood in de Parmalat-groep, fungeren als (groeps)financieringsmaatschappij met – om fiscale redenen – een statutaire zetel in een andere lidstaat, bijvoorbeeld Luxemburg. Zowel het bestuur als de schuldeisers van de Luxemburgse dochtervennootschappen besluiten dat het om economische redenen (waardeoptimalisering) beter is om ook voor de dochtervennootschappen een Franse herstructureringsprocedure te openen. Zal een Franse rechter nu, na het Eurofood-arrest, minder geneigd zijn om voor de dochtervennootschappen een hoofdinsolventieprocedure in Frankrijk te openen? Zelfs als zowel het bestuur als de schuldeisers betogen dat volgens hen de COMI van de Luxemburgse dochtervennootschappen in Frankrijk is gelegen?

²⁸ Rechtsoverweging 67 en beslissing 4 van het Hof.

²⁹ Rechtsoverweging 5 van de conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 27 september 2005 in de zaak C-341/04 betreffende Eurofood IFSC Ltd.

In het licht van de hierboven geschetste situatie, is het voorts interessant om nogmaals naar de Eurofood-zaak te kijken. In de wedstrijd Ierland tegen Italië levert het Eurofood-arrest van het Hof een duidelijke overwinning voor Ierland op. Het is echter maar de vraag of deze juridische overwinning voor de schuldeisers van Eurofood door hen ook als een economische overwinning kan worden gezien. Zijn zij nu wel zoveel beter af dan wanneer zij hadden meegelopen met de herstructurering van de Parmalat-groep onder de Italiaanse bijzondere bewindvoeringsprocedure? Ook de voortrekkersrol die Bank of America in de Eurofood-zaak op zich heeft genomen roept bij sommigen vraagtekens op. Had zij, met het oog op de *high profile* aansprakelijkheidsprocedures die vervolgens over en weer tussen Bank of America en dr. Bondi, namens de Parmalat-groep, zijn gestart, wellicht een eigen agenda?

Hoe het ook zij, het is in ieder geval duidelijk dat het Eurofood-arrest een belangrijke uitspraak is voor eenieder die zich met grensoverschrijdende insolventies en herstructureringen in Europa bezighoudt.