

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<https://hdl.handle.net/2066/224773>

Please be advised that this information was generated on 2021-06-19 and may be subject to change.

Een betere Insolventieverordening

N.B. PANNEVIS

Tien jaar na de invoering van de Europese Insolventieverordening speelt de vraag hoe die verbeterd kan worden. Dit was het onderwerp van de eerste jaarvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijkend en Internationaal Insolventierecht. Naar aanleiding van de preadviezen van prof. Lennarts en prof. Garcimartín sprak men onder meer over hybride procedures, netting en verrekening, het COMI-criterium en insolventies van groepen. Hieronder een verslag.¹

Tien jaar geleden trad de Europese Insolventieverordening (hierna: EIV)² in werking. Voor 1 juni van dit jaar had de Europese Commissie een rapport op moeten stellen over haar toepassing.³ Dit rapport, dat op het moment van schrijven nog wordt verwacht, wordt zo nodig vergezeld door voorstellen tot wijziging van de EIV. Het Europees Parlement heeft in zijn resolutie van 15 november 2011⁴ verschillende voorstellen tot aanpassing gedaan.

Aan dit proces heeft de recent opgerichte Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijkend en Internationaal Insolventierecht (NVRII, ook wel Netherlands Association for Comparative and International Insolvency Law, of NACIIL) willen bijdragen door haar eerste jaarvergadering, die op 8 december vorig jaar plaatsvond, te wijden aan wenselijke aanpassingen van de EIV.

Het voornaamste deel van het programma bestond uit de presentatie van en discussie over de preadviezen van prof. Lennarts (hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Universiteit Utrecht, en Vergelijkend Ondernemingsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen) en prof. Garcimartín (hoogleraar Internationaal Privaatrecht aan de Universiteit Autónoma in Madrid en tevens counsel van Linklaters Madrid). De vergadering werd voorgezeten door prof. Veder (hoogleraar Goederenrecht aan de Universiteit Utrecht en adviseur bij RESOR N.V.). Hierna volgt een samenvatting van de preadviezen en de discussie. De preadviezen zijn recentelijk ook volledig gepubliceerd.⁵

Lacunes & parallellen

Prof. Garcimartín wijdde zijn bijdrage aan de lacunes en de parallellen tussen de verschillende Europese instrumenten van insolventierecht⁶. Binnen dit thema plaatste hij drie openende opmerkingen, alvorens dieper in te gaan op hybride procedures en (*close-out*) netting.

Om te beginnen merkte Garcimartín op dat het Europese insolventieraamwerk een lacune vertoont wat betreft de insolventie van beleggingsondernemingen. Zo bleek onder meer uit de Spaanse Lehman-zaak. Op een vraag van dr. Berends (ministerie van Financiën) hoe men dit gat zou moeten opvullen, zette Garcimartín uiteen dat het specifieke karakter van beleggingsondernemingen een eigen instrument noodzakelijk maakt. Ook zou men de bankenrichtlijn kunnen uitbreiden tot beleggingsinstellingen, zij het met enkele wijzigingen. Prof. Veder's voorstel om tot die tijd het toepassingsgebied van de EIV uit te breiden met beleggingsondernemingen achtte Garcimartín minder wenselijk, ondanks het voordeel van de gemakkelijke invoering.

Daarnaast vroeg Garcimartín aandacht voor de consistentie van de verschillende Europese instrumenten rondom insolventie, waaronder ook de Brussel I-verordening⁷. De Europese wetgever zou duidelijk moeten maken dat de EIV de algemene regel is. Die zou van toepassing moeten zijn als voor een bijzonder type insolventie specifieke regels ontbreken.

Bovendien riep Garcimartín onder verwijzing naar de

1 De auteur dankt prof. Veder voor zijn commentaar op een eerdere versie van dit stuk.

2 Verordening (EG) nr. 1346/2000 (*PbEG* 2000, L 160/1).

3 De rapportageverplichting is opgenomen in art. 47 EIV.

4 Europees Parlement A-serie, Commissierapport, zevende parlementaire termijn, nr. 355 van 2011.

5 F.J. Garcimartín, *The Review of the EU Insolvency Regulation: Some General Considerations and Two Selected Issues (Hybrid Procedures and Netting Arrangements)* en L. Lennarts, *The Review of the EU Insolvency*

Regulation – Time to Recognize the Ties that Bind Company Law and Insolvency Law?, Reports of the Netherlands Association for Comparative and International Insolvency Law 2011, iUs, 2012.

6 De EIV, Richtlijn 2001/24/EG (*PbEU* 2001, L 125/15) ook wel: bankenrichtlijn, en Richtlijn 2001/17/EG (*PbEU* 2001, L 110/28) ook wel: verzekeraarsrichtlijn.

7 Verordening (EG) nr. 44/2001 (*PbEG* 2001, L 12/1).

moeizame totstandkoming van de EIV op tot terughoudendheid bij het aanpassen ervan.

Hybride procedures

Iets dieper ging Garcimartín in op hybride procedures, zoals de Engelse *scheme of arrangement*. Naar zijn oordeel is het huidige Europese internationale privaatrecht op dit soort procedures niet voldoende toegerust.

Voor wat betreft het geldende recht zette Garcimartín uiteen dat men in Spanje redeneert op basis van uitsluiting. Omdat noch de EIV, noch de Brussel I-verordening van toepassing zijn op hybride procedures en de toepassing van nationaal IPR onwenselijk wordt geacht, zou men de Rome I verordening⁸ toe moeten passen.

Lucas Kortmann (RESOR N.V.) vestigde de aandacht op hybride procedures die zowel binnen als buiten insolventie toegepast kunnen worden. Volgens Garcimartín kunnen deze alleen onder de EIV worden erkend wanneer ze deel uitmaken van een reeds geopende insolventieprocedure die is opgenomen in de bijlage bij de EIV.

Dit zou gewijzigd moeten worden. Garcimartín stelde voor de EIV zo aan te passen dat hybride procedures eronder kunnen vallen. De rechter die een dergelijke procedure opent, zou daarbij aan moeten geven of het een maatregel als onderdeel van een insolventieprocedure betreft, vergelijkbaar met de manier waarop in de huidige situatie de rechter bij opening van een insolventieprocedure aangeeft of het een hoofd- dan wel secundaire procedure betreft (art. 6 lid 4 Fw).

Het opnemen van hybride procedures onder de EIV zou de problemen met de immuniteit van zekerheidsrechten (art. 5 EIV) vergroten. Prof. Wessels (Universiteit Leiden) stelde drie manieren voor om (de interpretatie van) art. 5 EIV te wijzigen. Echter, voor zover het een liquidatieprocedure betreft, meende Garcimartín dat de immuniteit van zekerheidsrechten in stand kan blijven.

In het geval van een reorganisatie of een hybride procedure is behoud van de immuniteitsregel problematischer. Hiervoor zag Garcimartín twee mogelijke oplossingen. Ofwel men behoudt art. 5 EIV slechts als verwijzingsregel, zodat het de gevolgen van de insolventie voor het zekerheidsrecht overlaat aan de staat waar het goed is gelegen. Ofwel art. 5 EIV wordt vervangen door een regel van materieel recht. Het is echter twijfelachtig of de lidstaten hier overeenstemming over kunnen bereiken en of de Europese Commissie wel bevoegd is tot het maken van dergelijke regels.

Netting en verrekening

Garcimartín richtte vervolgens de aandacht op *netting* en verrekening (*set-off*). Terwijl de richtlijn betreffende kredietinstellingen verwijzingsregels bevat voor zowel *netting* als verrekening, bevat de EIV alleen bepalingen voor het laatste. Hierdoor kunnen vreemde situaties ontstaan, in het

bijzonder wanneer de *lex fori concursus* en de *lex causa* van de *netting*-overeenkomst niet samenvallen. Garcimartín stelde voor om ofwel art. 6 EIV ook op overeenkomsten van *netting* van toepassing te verklaren, ofwel een nieuwe regel parallel aan art. 25 van de bankenrichtlijn te introduceren. Ruud Hermans (De Brauw Blackstone Westbroek) vestigde de aandacht op zowel de praktische als mogelijke toekomstige wettelijke beperkingen⁹ op *netting* in het geval van een noodlijdende bank. Het beperken van *netting* in een dergelijke context kon op Garcimartín's steun rekenen. Maar zonder verandering van het Europese IPR is dit volgens hem niet mogelijk, omdat in de huidige situatie art. 25 van de bankenrichtlijn de beperking van het in werking treden van *netting*-constructies voorkomt.

Het Europese IPR is onvoldoende toegerust op hybride procedures

De vraag is dan hoe men een dergelijke beperking in het Europese IPR plaatst. Garcimartín draagt in zijn preadvies drie mogelijke oplossingen aan. Men zou die beperking materieel kunnen harmoniseren, men zou de speciale regels voor *netting* (art. 25 bankenrichtlijn) kunnen schrappen, of men zou dat artikel zodanig kunnen wijzigen dat de beperking op het in werking treden van *netting*-constructies in elk geval onder de *lex fori concursus* valt.

COMI-criterium

De tweede helft van de middag was gewijd aan de presentatie van en discussie over het preadvies van prof. Lennarts. Haar bijdrage belichtte met name het snijvlak tussen het insolventie- en het ondernemingsrecht.

Lennarts opende met de aanknopng bij de locatie van het centrum van voornaamste belangen voor wat betreft de rechtsmacht om het faillissement uit te spreken, het zogenaamde COMI-criterium van art. 3 EIV. Hoewel de jurisprudentie over de vrijheid van vestiging¹⁰ daar volgens haar niet toe dwingt, betoogde Lennarts toch dat het COMI-criterium moet worden afgeschaft. Het is te onduidelijk en mist daardoor voorspellende waarde. In plaats daarvan zou in art. 3 EIV de rechtsmacht onweerlegbaar moeten worden aangeknoopt bij de statutaire zetel. Op die manier worden bovendien het toepasselijke insolventie- en ondernemingsrecht gelijkgetrokken.

Noch het feit dat crediteuren zonder het COMI-criterium vaker hun debiteur in een ander rechtssysteem zullen moeten najagen, noch het veronderstelde gemak van het

8 Verordening (EG) nr. 593/2008 (PbEU 2008, L 177/6).

9 In Nederland wordt een dergelijke regel aan de Wft toegevoegd. *Kamerstukken* 2011/12, 33 059, nr. 2, p. 20, art. 3:267f.

10 HvJ EG 30 november 1995, C-55/94, NJ 1997/53 (Gebhard), HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97, NJ 2000/48, «JOR» 1999/117 (Centros), HvJ EG 5 november 2002, C-208/00, NJ 2003/58, «JOR» 2003/4 (Überseering) en HvJ EG 30 september 2003, C-167/01, NJ 2004/394, «JOR» 2003/249 (Inspire Art).

COMI-criterium bij het omgaan met insolventies van groepen van vennootschappen achtte Lennarts een reden om het COMI-criterium te behouden.

Berends bracht hiertegen in dat verschillende landen weigerachtig zullen zijn rechtsmacht op te geven over een mogelijke insolventie van bedrijven waarvan de COMI binnen hun grenzen ligt.

Groepsinsolventies

Vervolgens richtte Lennarts haar aandacht op het gebrek aan regels betreffende een insolventie van een grensoverschrijdende groep van vennootschappen. Bij het vullen van deze leemte ligt het probleem in het balanceren van enerzijds de efficiëntie van één centrale insolventie en anderzijds de zelfstandigheid van de verschillende rechtspersonen.

Verschillende van de door Lennarts behandelde regimes, zoals die van Moss en Paulus¹¹ en die van het Europees Parlement¹², komen neer op een ‘groepsCOMI-benadering’, waarbij de COMI van de dochters wordt verondersteld bij de moeder te liggen. Lennarts steunt deze benadering niet, vanwege bovengenoemde onduidelijkheid van het COMI-criterium, maar ook omdat het Europees Hof van Justitie in de Eurofood-zaak¹³ de hiervoor genoemde veronderstelling niet zonder meer wilde volgen. Daarnaast achtte zij het voorstel van Van Galen¹⁴, waarbinnen de curator van de moedervenootschap het recht zou krijgen een reorganisatievoorstel voor de dochter(s) op te stellen, te ambitieus. Men moet bij het wijzigen van de EIV waken voor al te veel ambitie.

In plaats daarvan steunde Lennarts het voorstel van Nico Tollenaar. Die stelde eerder¹⁵ voor één groepscurator te benoemen die zijn rechten met betrekking tot elke groepsvenootschap kan uitoefenen. Om een zoektocht naar een vijfpotig schaap te voorkomen, zou deze groepscurator niet

te faciliteren, zouden volgens Lennarts de art. 3 en 27 EIV zodanig moeten worden aangepast dat secundaire procedures niet langer beperkt zijn tot afwikkelingsprocedures.

Mocht de aanstelling van één groepscurator onhaalbaar blijken, dan zouden er volgens Lennarts op zijn minst regels moeten worden geformuleerd voor verplichte samenwerking tussen verschillende curatoren en rechterlijke instanties binnen dezelfde groep. Vanuit zijn ervaringen als rechter ondersteunde Boerma (Rechtbank Breda) het opnemen van een samenwerkingsverplichting tussen rechters in de EIV.

Zoals dr. Tekstra (Blauw Tekstra Uding) aanstipte is hiermee nog niet de vraag opgelost in welk belang de verschillende afwikkelaars precies dienen te handelen. Het idee van de groepscurator is in Lennarts’ opvatting zonder meer gebaseerd op het bestaan van een gezamenlijk groepsbelang en een zekere mate van consolidatie. De conflicten tussen de crediteuren en de verschillende vennootschappen zullen echter uitlopen op conflicten van nationaal belang. Dit vormt vanwege zijn politieke gevoeligheid een bedreiging van dit voorstel.

Een stap verder dan een mogelijk groepsregime is de materiële consolidatie van verschillende insolventies. Het Europees Parlement heeft voorgesteld¹⁶ dit in uitzonderlijke gevallen toe te passen. De aanzienlijke vragen die dit zou oproepen over onder meer rechtsmacht en crediteurenbescherming gecombineerd met het ontbreken van zulke wetgeving in de meeste lidstaten brachten Lennarts ertoe de aandacht liever te richten op het regime voor groepsinsolventies. Zij verwees bovendien naar de Rastelli-zaak, waarin het Europees Hof recentelijk de grensoverschrijdende toepassing van een Franse regel van materiële consolidatie heeft tegengehouden.¹⁷

Insolventiegerelateerde vorderingen

Het laatste onderwerp dat Lennarts in haar preadvies behandelt, betreft insolventiegerelateerde vorderingen, ook bekend als Gourdain/Nadler¹⁸-vorderingen. Het toepassen van de *lex fori concursus* op deze vorderingen heeft geleid tot een ‘insolvensificatie’ van regelgeving. Verschillende lidstaten hebben geprobeerd hun regelgeving in meer gevallen op buitenlandse vennootschappen van toepassing te doen zijn door bepalingen te verplaatsen naar het insolventierecht.

Volgens Lennarts zijn de criteria aan de hand waarvan wordt bepaald of iets een insolventiegerelateerde vordering is onduidelijk en onvolledig. De zaak Deko Marty¹⁹ biedt onvoldoende helderheid, en in de zaak tussen Gourdain en Nadler worden verschillende relevante factoren buiten beschouwing gelaten. De lakmoesproef zou moeten bestaan uit de vraag of een bepaalde vordering ook buiten de

De Europese wetgever zou duidelijk moeten maken dat de Insolventieverordening de algemene regel is

hoeven te voldoen aan de lokale vereisten voor benoeming in elk van de landen waar de groep is gevestigd. Wel dient hij voor elke groepsvenootschap een lokale vertegenwoordiger aan te houden, die besluiten waarbij de groepscurator een evident tegenstrijdig belang heeft zou kunnen aanvechten. Om de positie van de groepscurator

11 G. Moss & C.G. Paulus, ‘The European Insolvency Regulation – The Case for Urgent Reform’, *Insolvency Intelligence* 2006, p. 2.

12 Rapport A7-0355/2011, aangenomen in de hiervoor genoemde resolutie van 15 november 2011.

13 HvJ EG 2 mei 2006, C-341/04, *NJ* 2010/93, «JOR» 2006/224 (Eurofood).

14 R. van Galen, ‘The European Insolvency Regulation and Groups of Companies’, *Tvl* 2004, 13.

15 N.W.A. Tollenaar, ‘Proposal for Reform: Improving the ability to rescue multinational Enterprises under the European Insolvency Regulation’, *ILLR* 2011, p. 260. Zie tevens N.W.A. Tollenaar, ‘Dealing with the Insolvency of Multinational Groups under the European Insolvency Regulation’, *Tvl* 2010, 14.

16 Zie hiervoor genoemd commissierapport A7-0355/2011, onder 3.1.E.

17 HvJ EG 15 december 2011, C-191/10, *RvdW* 2012/239 (Rastelli).

18 HvJ EG 22 februari 1979, C-133/78, *NJ* 1979/564 (Gourdain/Nadler).

19 HvJ EG 12 februari 2009, C-339/7, «JOR» 2011/340 (Deko Marty).

insolventie kan bestaan. Art. 3 EIV moet volgens Lennarts hierop worden aangepast.

Bovendien stelde zij omwille van effectiviteit en efficiëntie voor om de rechtsmacht over deze vorderingen van het *forum concursus* alternatief te maken in plaats van exclusief. Dit terwijl naar Lennarts' interpretatie in het arrest Deko Marty nog exclusiviteit gesuggereerd wordt.

Kortmann haalde de recente Engelse zaak tussen Polymer Vision R&D en Van Dooren²⁰ aan, waarin de rechter het 'common ground' noemde dat de op Deko Marty gebaseerde rechtsmacht niet exclusief is. Na eenmaal rechtsmacht te hebben geaccepteerd, verklaarde de High Court zichzelf echter *forum non conveniens* omdat de zaak naar Nederlands insolventierecht diende te worden beslecht. Lennarts toonde weinig begrip voor deze gang van zaken. Zij stelde dat er in EU-verband geen ruimte is voor *forum non conveniens*. De Engelse rechter had zich dan maar in het Nederlandse insolventierecht moeten verdiepen.

Het laatste twistpunt van de middag was de vraag waar de rechtsmacht over een insolventiegerelateerde vordering van bestuurdersaansprakelijkheid ligt wanneer er sprake is van meerdere gelijktijdige insolventieprocedures. Volgens Lennarts zou de EIV moeten worden aangepast om dit te verduidelijken, en wel in die zin dat de rechtsmacht ligt bij het *forum concursus* van de hoofdprocedure.

Kortmann wees op de spanning tussen dit idee enerzijds,

en anderzijds de door Lennarts aangehangen alternatieve rechtsmacht voor insolventiegerelateerde vorderingen. Dit probleem werd door Lennarts erkend, maar zij betwijfelde of het vaak zal gebeuren dat een secundaire procedure zo lang voor de hoofdprocedure wordt geopend dat de curator in de secundaire procedure de vordering in kan stellen nog voordat de hoofdprocedure geopend is.

Beperkte totale herziening

De conclusie is dat de evaluatie van de Europese Insolventieverordening een lastig dilemma oplevert. Enerzijds noopt de herinnering aan de moeizame totstandkoming van de EIV tot terughoudendheid bij het aanpassen ervan. Anderzijds blijkt uit zowel theorie als praktijk dat de EIV onduidelijkheden en lacunes vertoont. De evaluatie is een uitgelezen kans deze recht te zetten.

Het COMI-criterium moet worden afgeschaft

Het is te hopen dat de Europese wetgever succesvol tussen deze Scylla en Charybdis door weet te navigeren. De NVR II heeft in elk geval haar steentje bijgedragen, en *en passant* een goedbezochte en stimulerende eerste jaarvergadering verzorgd.

Over de auteur

N.B. (Niels) Pannevis is student privaatrecht en theoretische natuurkunde aan de Universiteit Utrecht.

²⁰ High Court Londen 17 november 2011, Polymer Vision R&D Ltd et al. v Van Dooren, [2011] EWHC 2951 (Comm).