

CONCERNS IN DE EUROPESE INSOLVENTIEVERORDENING

1. Inleiding

Op 31 mei 2002 is de Europese insolventieverordening (verder aangeduid als "IVO" of "Verordening") in werking getreden. Het voornaamste doel van de Verordening is een efficiënte en doeltreffende afwikkeling van grensoverschrijdende insolventies.¹ Daartoe wordt voor elke schuldenaar in beginsel slechts één rechter bevoegd geacht, te weten de rechter van de lidstaat waar het centrum van de voornaamste belangen (verder aangeduid als "COMI") van de schuldenaar is gelegen. De Verordening bevat geen bijzondere regeling voor de situatie waarin de schuldenaar niet zelfstandig opereert, maar deel uitmaakt van een internationaal concern.² De COMI dient voor iedere schuldenaar afzonderlijk te worden vastgesteld.

* Mw.mr. S. van Dongen is als onderzoeker verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

1 Verordening (EG) nr. 1346/2000 (*PbEGL* 160/1). Overigens geldt de Verordening niet voor Denemarken. Indien in het vervolg van deze bijdrage wordt verwezen naar de Europese Unie of naar de lidstaten, dan is dat met uitzondering van Denemarken. De centrale doelstelling van de Verordening is neergelegd in overwegingen 2 en 8 van de preambule en dient de "goede werking van de interne markt".

2 Nr. 76 van het Rapport Virgós/Schmit van 8 juli 1965, gepubliceerd in de losbladige *Faillissementswet* achter het tabblad "Internationale regelingen". Een bijzondere concernregeling ontbreekt ook in de Uncitral Model Law on Cross-Border Insolvencies ("Model Law"). Sinds 2006 houdt werkgroep V van Uncitral zich bezig met deze problematiek, zie <www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/5Insolvency.html>. Deze en andere websites waarnaar in deze bijdrage wordt verwezen, zijn het laatst geraadpleegd op 15 juni 2008. In de regeling van het American Law Institute, de ALI-principles, wordt in de beginselen 23 en 24 wel aandacht besteed aan groepen. Het bereik hiervan is echter beperkt tot de NAFTA-landen. Vgl. The American Law Institute, *Transnational insolvency: principles of cooperation among the NAFTA countries*, 2003, p. 79.

In deze bijdrage wordt uitgegaan van een grensoverschrijdend concern (ook aangeduid als "groep"), waarin "meerdere in juridisch opzicht zelfstandig georganiseerde ondernemingen binnen een grotere economische ondernemingseenheid, gericht op duurzame deelneming aan het economisch verkeer, zijn onderworpen aan een centrale leiding", (Asser/Maeijer 2000 (2-III), nr. 607; S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, 2006, p. 1).

Het ontbreken van een bijzondere regeling betekent niet noodzakelijkerwijs dat concernverhoudingen geen rol kunnen spelen bij de toepassing van de Verordening. Zo zou het feit dat de schuldenaar deel uitmaakt van een groep van invloed kunnen zijn bij de bepaling van de COMI. Na de op 2 mei 2006 gewezen uitspraak betreffende Eurofood lijkt hiervoor echter weinig tot geen ruimte meer te bestaan.³ Het Hof oordeelde in deze zaak dat geen rekening mag worden gehouden met de omstandigheid dat de schuldenaar deel uitmaakt van een concern, indien dit niet naar buiten blijkt.

Mijns inziens is het betreuenswaardig dat met deze uitspraak de weg naar een grotere mate van efficiëntie en doeltreffendheid onnodig wordt afgesneden. In andere rechtsstelsels, zoals Canada en de Verenigde Staten, is het consolideren van grensoverschrijdende insolvente concerns mogelijk.⁴ Ook in Europa kan consolidatie leiden tot een grotere mate van efficiëntie en doeltreffendheid. Dit geldt bijvoorbeeld indien goederen door meerdere concernvennootschappen in eigendom worden gehouden, in situaties waarin onduidelijk is aan welke vennootschap goederen toebehoren en als concernleden gezamenlijk activiteiten uitoefenen.⁵ In enkele Europese landen kan tot consolidatie van een concern worden overgegaan. Hoewel deze mogelijkheid tot op heden in Nederland onderbelicht is, bevat het voorontwerp Insolventiewet een regeling die het consolideren van concernvennootschappen op beperkte schaal toestaat.⁶ Indien de vennootschappen hun statutaire zetel in verschillende lidstaten hebben, lijkt de mogelijkheid van consolidatie echter door Eurofood te worden verhinderd.

In deze bijdrage zal worden onderzocht welke ruimte de Verordening gezien Eurofood biedt om in insolventieprocedures rekening te houden met concernverhoudingen en of, bij gebreke aan voldoende ruimte, geke-

3 HvJEG 2 mei 2006, zaak C-341/04, *Jur.* 2006, p. I-03813.

4 J.S. Ziegel, *Fordham J. Corp. & Fin. L.* 2001, p. 376 en 380-387; J. S. Ziegel, *Brook. J. Int'l L.* 2007, p. 1050-1052 ("Ziegel 2007").

5 Concerns organiseren hun activiteiten immers lang niet altijd per groepslid afzonderlijk, een verschijnsel dat ook in het medezeggenschapsrecht wordt gesignaleerd. Zie P.A.M. Witteveen, "'Worganisatie"; de WOR en nieuwe organisatievormen', *ArbeidsRecht* 2001, p. 3; J.L. Westbrook, *Mich. L. Rev.* 2000, p. 2313-2315 ("Westbrook 2000"); R.J. Van Galen, 'The European insolvency regulation and groups of companies', *Tvl* 2004, p.58 ("Van Galen 2004"); P. Kuipers & M. Roelofs, *Int. C. R.* 2004, p. 322-324 ("Kuipers & Roelofs 2004"); G. Moss, *Brook. J. Int'l L.* 2007, p. 1005 en 1008-1009 ("Moss 2007").

6 S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Voorontwerp Insolventiewet*, 2007, p. 112-114 ("Kortmann & Faber 2007").

ken dient te worden naar alternatieven. Daartoe zal de betekenis van concerns in de tekst en totstandkoming van de Verordening worden aangestipt. Vervolgens zal worden ingegaan op de bevoegdheidsaanknopning ingeval van een insolvente groep, waarbij aandacht zal worden besteed aan de uitspraak van het Hof. Of dit betekent dat gebruik dient te worden gemaakt van alternatieven en zo ja, hoe deze eruit moeten zien, zal blijken uit de daaropvolgende paragraaf. Eerst zal echter het fenomeen consolidatie nader worden behandeld.

2. Consolidatie

Hoewel het gezien het bestek van deze bijdrage te ver zou reiken om uitgebreid in te gaan op consolidatie, is een korte uiteenzetting van wat in deze bijdrage onder consolidatie wordt verstaan op zijn plaats.⁷ Consolidatie houdt in het synchroniseren dan wel samenvoegen van insolventieprocedures. Onderscheiden wordt tussen procedurele en substantiële consolidatie. Procedurele consolidatie varieert van het benoemen van dezelfde persoon of groep van personen tot curator van de afzonderlijke concernvennootschappen, tot het afwickelen van meerdere insolventies in één procedure. In materieel opzicht blijven de boedels gescheiden.⁸ Substantiële of inhoudelijke consolidatie gaat verder en komt neer op het samenvoegen van afzonderlijke boedels tot één boedel. Dit heeft bijvoorbeeld het wegvallen van vorderingen en schulden tussen de concernleden onderling tot gevolg.

De meeste belangstelling lijkt uit te gaan naar substantiële consolidatie. In de literatuur wordt over procedurele consolidatie vaak niet meer gesteld dan dat dit, in tegenstelling tot wat met inhoudelijk consolideren het geval is, de belangen van crediteuren niet aantast.⁹ Vermoedelijk wordt procedurele consolidatie – in verschillende gradaties – toegepast, zonder dat daar in de wet of jurisprudentie aandacht aan wordt besteed. Uncitral merkt in dit verband op dat het in Australië, Engeland en Duitsland in de praktijk gebruikelijk is om ten aanzien van verschillende groepsmaatschappijen

7 Zie uitgebreider over consolidatie de bijdrage van Van Galen in deze bundel.

8 H. Peter, 'Insolvency in a group of companies, substantive and procedural consolidation: when and how', in: *The challenges of insolvency law reform in the 21st century*, 2006, p. 207 ("Peter 2006"); Kortmann & Faber 2007, p. 423-424; M.L.H. Reumers, *Samengevoegde afwikkeling van faillissementen*, 2007, p. 75 ("Reumers 2007").

9 Zie bijvoorbeeld A. Brasher, 2006, 'Substantive consolidation: a critical examination', <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/corporate_governance/papers/Brudney2006_Brasher.pdf>, p. 4 ("Brasher 2006"); Kortmann & Faber 2007, p. 423-424; Reumers 2007, p. 75.

dezelfde curator te benoemen.¹⁰ Slechts in de Verenigde Staten bepalen de *Federal Rules of Bankruptcy Procedure* voor een aantal gevallen expliciet dat de rechtbank het procedureel consolideren van de boedels kan gelasten.¹¹

Substantiële consolidatie is wettelijk geregeld in Nieuw-Zeeland en Ierland. Daarnaast is het leerstuk in een aantal landen, waaronder Frankrijk, Engeland, Australië en de Verenigde Staten, in de jurisprudentie tot ontwikkeling gekomen.¹² In deze landen kan tot substantiële consolidatie worden overgegaan indien niet meer kan worden vastgesteld welke vermogensbestanddelen aan welke concernvennootschap toebehoren, of ingeval een dergelijke vaststelling voor de boedel zeer nadelig is. Inhoudelijke consolidatie kan bovendien worden aangewend indien misbruik is gemaakt van vennootschappen.¹³ Buiten het geval waarin de boedels van de afzonderlijke concernvennootschappen onontwaarbaar zijn – en substantiële consolidatie de aangewezen weg vormt – schaadt het inhoudelijk consolideren de belangen van de crediteuren die zijn verbonden aan de meest vermogende vennootschap(pen) in het concern. Dit mogelijke nadeel voor deze crediteuren wordt meegewogen bij de vraag of substantieel zal worden geconsolideerd.¹⁴ In de Verenigde Staten kan de aanwezigheid van onevenredig nadeel leiden tot een gedeeltelijke consolidatie. Ten aanzien van een deel van de boedel(s) of één of meerdere crediteuren wordt in een dergelijk geval niet tot consolidatie overgegaan.¹⁵

In Nederland zijn tot op heden slechts twee uitspraken over substantiële consolidatie gepubliceerd.¹⁶ Uit het recente proefschrift van Reumers volgt

-
- 10 Doc. A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1, p. 5. Josephus Jitta stelt voor wat betreft het Nederlandse recht eveneens dat "in de faillissementen van verbonden ondernemingen (...) meestal niet verschillende curatoren [worden] benoemd", M.W. Josephus Jitta, 'Gedachten omtrent de geconsolideerde afwikkeling van faillissementen', in: *Herrijking van het faillissementsrecht*, 1999, p. 108 ("Josephus Jitta 1999").
 - 11 Rule 1015(b), te vinden via <www.law.cornell.edu/rules/frbp/rules.htm#Rule1015>.
 - 12 Reumers 2007, p. 102-110; doc. A/CN.9/582/Add.1 van Uncitral. Zie m.b.t. de VS eveneens Van Galen 2004, p. 64; Brasher 2006, p. 7-14; P.J.M. Declercq, 'Substantive consolidation, oftewel inhoudelijke consolidatie, in Nederlandse insolventies', *TvI* 2006, p. 24-26; Ziegel 2007, p. 1050.
 - 13 Daarbij zijn de omstandigheden van het geval bepalend. Slechts bij uitzonderlijke omstandigheden wordt inhoudelijk geconsolideerd, Reumers 2007, p. 102-120. Vgl. binnen Uncitral doc. A/CN.9/WG.V/WP.80/Add.1.
 - 14 Reumers 2007, p. 184-215.
 - 15 Peter 2006, p. 207-208. Zie ook doc. A/CN.9/WG.V/WP.80/Add.1, p. 5 van Uncitral.
 - 16 HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136; Rb. 's-Gravenhage 27 december 1995, *JOR* 1996/87.

echter dat consolidatie in de praktijk geen onbekend fenomeen is.¹⁷ Ook de Commissie Insolventierecht beperkt zich in het voorontwerp tot substantiële consolidatie. Zij verwacht dat daartoe slechts in uitzonderingsgevallen zal worden overgegaan.¹⁸ Mijns inziens is deze verwachting juist. In de meeste gevallen zal procedurele consolidatie de aangewezen weg zijn, niet substantiële consolidatie. Dit opgemerkt hebbende, zal het onderscheid tussen beide vormen van consolidatie in het vervolg van deze bijdrage niet meer worden gemaakt.

3. Tekst en totstandkoming Verordening en concerns¹⁹

In de Verordening zijn de twee hoofdstromingen in het internationale insolventierecht, het universalisme en het territorialisme, teruggekeerd in de combinatie van een hoofdprocedure met universele werking en territoriaal werkende secundaire procedures.²⁰ Een hoofdprocedure kan worden geopend door de rechter van de lidstaat waar de schuldenaar zijn COMI heeft.²¹ In beginsel wordt elke beslissing tot opening van een hoofdprocedure van rechtswege erkend.²² Met deze erkenning heeft de opening van de hoofdprocedure in alle Europese lidstaten de gevolgen die daaraan worden verbonden door het recht van de lidstaat waar de procedure is geopend.²³ Een belangrijke uitzondering hierop wordt gevormd door de mogelijkheid om in een lidstaat waar de schuldenaar een vestiging heeft, een

17 Reumers 2007, p. 489 e.v.

18 Kortmann & Faber 2007, p. 422-423.

19 Zie voor een uitgebreide beschrijving van de ontstaansgeschiedenis van de IVO onder meer Moss, Fletcher & Isaacs (red.), *The EC regulation on insolvency proceedings: a commentary and annotated guide*, 2002, p. 1-14; A.J. Berends, *Insolventie in het internationaal privaatrecht*, 2005, p. 203-211 ("Berends 2005"); I.F. Fletcher, *Insolvency in private international law. National and international approaches*, 2005, p. 339-358.

20 Het universalisme kent aan een insolventieprocedure een wereldwijde werking toe, zie L. Perkins, *N.Y.U.J Int'l L. & Pol.* 1999-2000, p. 787-828; Westbrook 2000. In de meest zuivere vorm van het territorialisme daarentegen, is de werking van een insolventieprocedure beperkt tot de grenzen van de staat waar deze is geopend. Zie voor een hedendaagse aanhanger van een gemitigeerde vorm van het territorialisme L.M. LoPucki, *Cornell L. Rev.* 1998-1999, p. 696-762.

21 Art. 3 lid 1 IVO.

22 Art. 16 en 17 lid 1 IVO, de openbare orde-exceptie verwoord in art. 26 IVO daargelaten. De erkenning is gegrond op het beginsel van wederzijds vertrouwen, zie overweging 22 van de preambule.

23 Overweging 22 van de preambule en art. 17 lid 1 IVO. Zie M. Virgós & F. Garcimartín, *The European insolvency regulation: law and practice*, 2004, p. 72 e.v.; S.L. Bufford, *Colum. J. Eur. L.* 2006, p. 432 ("Bufford 2006"); C.G. Paulus, *Tex. Int'l L. J.* 2007, p. 821-822 ("Paulus 2007").

secundaire procedure te openen.²⁴ Ook de opening van een secundaire procedure dient binnen de Europese Unie van rechtswege te worden erkend.²⁵ Het bereik van een secundaire procedure is echter beperkt tot de goederen die zich bevinden in de lidstaat waar de procedure is geopend.²⁶

Zoals gesteld in de inleiding, kent de Verordening geen bijzondere regeling omtrent groepen.²⁷ In het toelichtende Rapport Virgós/Schmit²⁸ bij het ontwerp van het uiteindelijk niet in werking getreden Insolventieverdrag uit 1995, is één paragraaf gewijd aan concerns. Hierin vermelden de auteurs uitdrukkelijk dat geen specifieke regels bestaan voor "groepen van verbonden vennootschappen".²⁹ Dit lijkt eenduidig, maar hieruit kan niet zonder meer worden geconcludeerd dat de Verordening in het geheel geen rekening houdt met concerns. Zo wordt in het vervolg van dezelfde paragraaf namelijk gesteld dat "als *algemene* regel geldt dat (...) de bevoegdheid overeenkomstig het Insolventieverdrag voor elk van de betrokken schuldenaars die een afzonderlijke juridische entiteit vormen vastgesteld moet zijn" (mijn cursivering). Deze woordkeuze sluit niet uit dat onder *bijzondere* omstandigheden concernverhoudingen wel degelijk een rol kunnen spelen bij het vaststellen van de bevoegdheid. De Verordening verzet zich dus niet bij voorbaat tegen het rekening houden met concernverhoudingen.³⁰

4. Bevoegdheid bij concernverhoudingen: Eurofood

Het ontbreken van een bijzondere concernregeling kan worden gecompenseerd door concernverhoudingen een rol te laten spelen bij de bepaling van de bevoegde rechter. Dit maakt het mogelijk om bevoegdheid te concentreren, om aldus – op grond van nationaal recht – te komen tot consoli-

24 Art. 3 lid 2 IVO. En indien uit art. 5-15 IVO anders voortvloeit, zie art. 17 lid 1 IVO.

25 Art. 16 en 17 lid 2 IVO.

26 Art. 3 lid 2 IVO.

27 Hetgeen door een aantal schrijvers wordt beschouwd als één van de tekortkomingen van de Verordening. Zie Van Galen 2004, p. 58; I.F. Fletcher, *Insolv. Int.* 2005, p. 85 ("Fletcher 2005-II"); C.G. Paulus, *Europäische Insolvenzverordnung*, 2006, p. 73-74 & 128-129 ("Paulus 2006"); K. Rainey, *Int. C. R.* 2006, p. 322-324 ("Rainey 2006"); A. Wolf, 'Success and failure in cross-border insolvency proceedings of multinational corporations - Parmalat - A European and American perspective', 2006, <www.iiiglobal.org/prize/2006/index.html>, p. 18 & 20 ("Wolf 2006").

28 Zie noot 2.

29 Nr. 76 van het Rapport.

30 Vgl. A.J. Berends, 'Judicial decisions involving questions of private international law', *NILR* 2006, p. 341-342 ("Berends 2006").

datie. Het Hof lijkt deze mogelijkheid in Eurofood echter vrijwel geheel uit te sluiten.

4.1 Bevoegdheid algemeen: de COMI

Zoals in de vorige paragrafen al kort is opgemerkt, is de rechter van de lidstaat waar de COMI van de schuldenaar is gelegen, bevoegd om een hoofdprocedure te openen. Een definitie van de COMI geeft de Verordening niet. Voor vennootschappen en rechtspersonen wordt echter vermoed dat de plaats van de statutaire zetel tevens de COMI aangeeft. In welke gevallen dit vermoeden kan worden weerlegd, is niet duidelijk. In het Rapport Virgós/Schmit en de preambule staat slechts dat 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".³¹ Vooral de kenbaarheid ten aanzien van derden is van belang. Volgens het Rapport Virgós/Schmit bestaan deze derden uit potentiële crediteuren en dienen zij de juridische risico's van een eventuele insolventie van tevoren te kunnen inschatten.³² Verdere richtsnoeren voor de vaststelling van de COMI ontbreken. Het is daarom van belang na te gaan hoe door nationale rechters in concernsituaties is – en wordt – omgegaan met het criterium zoals dat in de preambule en het Rapport Virgós/Schmit wordt gegeven.³³ Daarbij zal een onderscheid worden gemaakt tussen de periode voor en na Eurofood.³⁴

31 Overweging 13 van de Verordening, overgenomen uit nr. 75 van het Rapport Virgós/Schmit.

32 Het is de vraag in hoeverre dit in overeenstemming is met de realiteit. Eveneens J. Israël, *Tijdschrift@ipr.be* 2006-1, p. 70-75, p. 75 ("Israël 2006"). Zie verder paragraaf 5.2.

33 Zij zullen immers – althans in eerste instantie – beslissen waar in een bepaald geval de COMI is gelegen.

34 Hierbij kan geen volledigheid wordt betracht. Een officiële Europese insolventie-database waarin alle rechterlijke uitspraken integraal zijn te vinden, bestaat niet. Op <www.eir-database.com> ("EIR Database") is een officieuze databank te vinden, waarin helaas niet alle weergegeven uitspraken integraal zijn opgenomen. Zie voor een bespreking van de rechtspraak eveneens R.C. van Wieringhen Borski & J.F. Ouwehand, 'De Europese insolventieverordening onderweg naar Luxemburg', *TvI* 2004, p. 312-317 ("Van Wieringhen Borski 2004"); A. Heidbrink, 'Report from Germany', *ECL* 2005, p. 66-68 ("Heidbrink 2005"); C. Tomasetti & M. Schiliro, 'Report from Italy', *ECL* 2005, p. 69-71 ("Tomasetti & Schiliro 2005"); A. Videon & J. McCabe, 'Report from the UK', *ECL* 2005, p. 76-82; Wessels 2006-I, p. 333-340.

4.2 *Nationale rechtspraak vóór Eurofood*

Uit de rechtspraak tot aan Eurofood komt naar voren dat nationale rechters, met name de Engelse, in ruime mate betekenis hebben toegekend aan concernverhoudingen.³⁵ In deze uitspraken zijn interne concernverhoudingen van (doorslaggevend) belang geacht om het vermoeden van art. 3 lid 1 IVO te weerleggen.

Een voorbeeld hiervan is allereerst de Daisytek-uitspraak³⁶. De rechter motiveerde in deze uitspraak zeer uitvoerig waarom hem bevoegdheid toekwam om niet alleen vennootschappen die statutair in het Verenigd Koninkrijk waren gevestigd, maar ook drie Duitse en één Franse vennootschap te onderwerpen aan een Engelse hoofdprocedure. Daarbij ging de rechter in op elementen die in zijn ogen leidden tot de conclusie dat de buitenlandse vennootschappen gewoonlijk het beheer over hun belangen vanuit het Engelse hoofdkantoor voerden. Deze elementen omvatten de financierings- en zeggenschapsstromen, de IT-ondersteuning en de levering aan grote Europese klanten die vanuit dit kantoor plaatsvonden.³⁷ Met betrekking tot de kenbaarheid overwoog de rechter dat de relevante derden de financiers en leveranciers waren. Zowel de financiering als het merendeel van de leveranties werden beheerst door overeenkomsten die vanuit Engeland tot stand waren gekomen. De contracten die in Duitsland en Frankrijk werden gesloten legden minder gewicht in de schaal. Weliswaar vond het overgrote deel van de verkopen plaats vanuit de Duitse en Franse dochters, maar aangezien klanten naar het oordeel van de rechter over het algemeen moeten worden beschouwd als debiteuren, was dit minder belangrijk.³⁸ Hoewel de uitspraak laat zien dat de rechter zich veel moeite heeft getroost om zijn bevoegdheid te beoordelen aan de hand van het criterium gegeven in de preambule van de Verordening, is in het bijzonder de overweging omtrent de kenbaarheid niet zonder meer hiermee in overeenstemming. Discutabel is dat de rechter de overeenkomsten naar de waarde heeft gemeten en niet naar aantallen crediteuren.³⁹ Voorts is het aanmerken van klanten als debiteuren slechts juist indien de insolvente onderneming al haar verplichtingen heeft vervuld en haar klanten nog niet. Gezien de insolventie van Daisytek gold dit voor het merendeel van de contracten waarschijnlijk niet.

35 Van Wieringhen Borski 2004, p. 312.

36 High Court of Justice Leeds District 16 mei 2003, *JOR* 2003/287.

37 Zie r.o. 13.

38 R.o. 16 en 17.

39 Eveneens opgemerkt in Wessels 2006-I, p. 335.

Een tweede voorbeeld is de uitspraak inzake Crisscross Telecommunications Group⁴⁰. In deze uitspraak achtte de Engelse rechter zichzelf bevoegd om hoofdprocedures te openen ten aanzien van veertien dochtervennootschappen, waarvan de statutaire zetels zich in verschillende lidstaten van de Europese Unie en in één geval daarbuiten – in Zwitserland – bevonden. Net als in de Daisytek-zaak grondde de rechter dit oordeel op diverse omstandigheden die met zich zouden brengen dat ook de buitenlandse dochtervennootschappen vanuit Londen werden geleid.⁴¹ De rechter gaat niet afzonderlijk in op de kenbaarheid. Het is de vraag in hoeverre de door de rechter van belang geachte factoren daadwerkelijk voor de crediteuren kenbaar zijn geweest en of de Engelse rechter zich op grond van de Verordening wel bevoegd had mogen verklaren om ook de buitenlandse dochters van Crisscross Telecommunications Group te onderwerpen aan Engelse hoofdprocedures.

Dezelfde twijfel rijst bij bestudering van de Collins & Aikman-uitspraak⁴². Ook in deze zaak heeft de Engelse rechter zich bevoegd verklaard ten aanzien van verschillende dochtervennootschappen verspreid over Europa, omdat deze vanuit Engeland werden bestuurd.⁴³ De rechter veronderstelt dat dit voor twee grote crediteuren, Ford en Fiat, kenbaar is geweest. Zonder in te gaan op de kenbaarheid ten aanzien van andere crediteuren, is het bevoegdheids criterium van de Verordening volgens de rechter hiermee afdoende vervuld. In de uitspraak wordt voorts opvallend veel aandacht besteed aan het doel van het openen van hoofdprocedures in Engeland, het realiseren van een zo gunstig mogelijke uitkomst voor de crediteuren.⁴⁴

Uit het voorgaande blijkt dat de Engelse rechter in elk van deze drie uitspraken niet op de juiste manier is omgegaan met de eis dat de plaats van de COMI voor derden kenbaar is. Niet deze kenbaarheid heeft voorop gestaan, maar – dit blijkt het duidelijkst uit Collins & Aikman – de wens om zoveel mogelijk te komen tot een bepaald doel, namelijk het concentre-

40 High Court London 20 mei 2003 (niet gepubliceerd). Zie voor een korte beschrijving *EIR Database* nr. 7. Over deze zaak Van Galen 2004, p. 58; G. Flannery, *ILP* 2005, p. 59 ("Flannery 2005"); Fletcher 2005-II, p. 87; Wessels 2006-I, p. 336.

41 Wessels 2006-I, p. 336.

42 High Court of Justice (Chancery Division Companies Court) 15 juli 2005, *EIR Database* nr. 102.

43 R.o. 22 en 30-36.

44 R.o. 37. De rechter lijkt een doelredenering te hanteren.

ren van bevoegdheid in één lidstaat.⁴⁵ Deze 'Engelse aanpak' heeft geleid tot weerstand vanuit andere lidstaten.⁴⁶ Het meest sprekende voorbeeld van deze weerstand is de reeds genoemde Daisytek-zaak. Na de opening van Engelse hoofdprocedures zijn ten aanzien van de Franse en twee van de drie Duitse dochters hoofdprocedures in Frankrijk en Duitsland geopend. Daarmee heeft zowel de Franse als de Duitse rechter – in strijd met art. 16 IVO – geweigerd om de beslissing van de Engelse rechter te erkennen. Nadien is aan de Duitse en Franse hoofdprocedures een einde gemaakt.⁴⁷

Het zijn echter niet slechts Engelse rechters die in concernsituaties hebben geoordeeld dat het vermoeden van de statutaire zetel was weerlegd ten gunste van de lidstaat van de moeder vennootschap. De Italiaanse rechter achtte zichzelf voor wat betreft het insolvente Cirio del Monte-concern bevoegd ten aanzien van niet alleen de vennootschappen opgericht naar het recht van Italië, maar ook vennootschappen met een statutaire zetel in andere lidstaten. Onder deze vennootschappen bevond zich Cirio Finance Luxembourg S.A., een Luxemburgse vennootschap. De rechter baseerde zich op factoren die inhielden dat het bestuurscentrum in Italië lag, alle bestuurders de Italiaanse nationaliteit bezaten en hun activiteiten in Italië verrichtten. Op grond hiervan dienden derden te weten dat de COMI in Italië was gelegen.⁴⁸ Zonder nadere onderbouwing kan ook van deze zaak niet worden gezegd dat Italië, als de plaats van de COMI van de Luxemburgse dochter, voldoende kenbaar was voor derden.

Ondanks de eerdere protesten rond de Daisytek-zaak zijn ook in Duitsland en Frankrijk uitspraken gewezen waarin wat betreft de bevoegdheidsaanknopning werd geoordeeld dat het vermoeden van art. 3 lid 1 IVO voldoen-

45 Vgl. inzake het MG Rover-concern High Court of Justice (Chancery Division) 18 april 2005 (niet gepubliceerd) en de vervolguitspraak van 11 mei 2005, [2006] EWCH 3426 (Ch), bijlage bij E. Grubb & D. Wilde Sapte, 'The European insolvency regulation. The recent UK experience', paper gepresenteerd op het jaarlijkse congres van INSOL Europe te Boekarest (28 september tot 1 oktober 2006), <www.insol-europe.org/events/2006.cfm>, p. 3-10 ("Grubb & Wilde Sapte 2006").

46 Zie bijvoorbeeld over reacties uit Duitsland Heidbrink 2005, p. 66-67.

47 Zie ten aanzien van de Franse dochtervennootschap Cour d'Appel Versailles 4 september 2003, *JOR* 2003/288 en Cour de Cassation 27 juni 2006, *JOR* 2006/225. Voor wat betreft Duitsland zijn de hoofdprocedures omgezet in secundaire procedures, zie AG Düsseldorf 12 maart 2004, *NZI* 2004, 269; AG Düsseldorf 7 april 2004, *ZIP* 2004, 866. De beslissing van de Engelse rechter had alleen kunnen worden aangetast door het instellen van beroep in het Verenigd Koninkrijk.

48 Tribunale di Roma 26 november 2003, *Diritto internazionale privato e processuale* 2004, 691. Over deze uitspraak ook Tomasetti & Schiliro 2005, p. 71.

de was weerlegd. Voorbeelden in Duitsland zijn de zaken Hettlage, Zenith en Hukla, waarin het ging om Oostenrijkse dochtermaatschappijen waarvan de moeder zich telkens in Duitsland bevond.⁴⁹ In al deze uitspraken achtte de rechter het vermoeden van de statutaire zetel ontkracht op grond van het gegeven dat de moedermaatschappij de dochter(s) bestuurde. Of dit kenbaar was voor derden komt nauwelijks aan de orde. Voor wat betreft Frankrijk kan gewezen worden op het Emtec-concern, dat geleid werd door drie Franse vennootschappen en dochtervennootschappen had in België en Duitsland.⁵⁰ Aangezien in deze zaak de kenbaarheid van de COMI voor derden door de rechter zonder enige onderbouwing wordt verondersteld, is ook deze uitspraak in strijd met de Verordening.

De besproken zaken laten zien dat nationale rechters in concernsituaties hebben geoordeeld dat de COMI van buitenlandse dochtervennootschappen dient te worden gesitueerd op dezelfde plaats als die van de moedervennootschap. Daarbij wordt niet op de juiste manier omgegaan met de in de preambule en het Rapport Virgós/Schmit benadrukte kenbaarheid voor derden. De aanwezigheid van een concernverhouding lijkt de rechter te hebben aangezet tot weerlegging van het vermoeden van art. 3 lid 1 IVO.

4.3 De Eurofood-zaak

In Daisytek mogen de (hogere) Franse en Duitse rechters zich inmiddels bij de beslissing van de Engelse rechter hebben neergelegd, anders is het verlopen bij het insolvente Parmalat. De activiteiten van dit concern werden uitgeoefend via dochtermaatschappijen met de statutaire zetel in verschillende Europese lidstaten.⁵¹ Op 27 december 2003 is de subholding Parmalat S.p.A. door de rechter te Parma onderworpen aan een Italiaanse

49 AG München 4 mei 2004, *EIR Database* nr. 31, *NZI* 2004, 450 (*Hettlage*); AG Siegen 1 juli 2004, *EIR Database* nr. 46, *NZI* 2004, 673 (*Zenith*); AG Offenburg 2 augustus 2004, *EIR Database* nr. 48, *NZI* 2004, 673 (*Hukla*). Over Hettlage eveneens B. Wessels, 'The place of the registered office of a company: a cornerstone in the application of the EC insolvency regulation', *ECL* 2006, p. 187 ("Wessels 2006-II"). In de Zenith-zaak is een secundaire procedure in Oostenrijk geopend, zie Landesgericht Klagenfurt 2 juli 2004, *NZI* 2004, 677.

50 Tribunal de Commerce de Nanterre 15 februari 2006, *EWiR* 2006, 207. Zie ook L. Gaillot, 'The interpretation by French courts of the EU COMI notion. A EU perspective', 2006, <www.iiiglobal.org/country/european_union.html>.

51 R.D. Vriesendorp, 'Eurofood' (annotatie bij HvJEG 6 mei 2006, C-341/04), *AAe* 2006, p. 908 ("Vriesendorp 2006"). De sterk vereenvoudigde structuur van Parmalat wordt weergegeven in Wolf 2006, p. 29.

hoofdprocedure.⁵² Vervolgens is deze procedure ten aanzien van verscheidene (Italiaanse en niet-Italiaanse) dochtervennootschappen van het Parmalat-concern geopend, om aldus over te gaan tot consolidatie.⁵³ Voor wat betreft de Ierse financieringsmaatschappij Eurofood IFSC Ltd. (verder aangeduid als "Eurofood") gebeurde dat op 20 februari 2004.⁵⁴ De rechter in Parma vond dat voor elke derde partij kenbaar was dat de COMI van Eurofood, een financieringsmaatschappij in dienst van en geleid door het Parmalat-concern, in Italië was gelegen. Op 27 januari 2004 had de Ierse rechter op verzoek van een van de schuldeisers van Eurofood, Bank of America, echter al een *provisional liquidator* benoemd, vooruitlopend op de inhoudelijke behandeling van het verzoek tot opening van een Ierse hoofdprocedure. Bij uitspraak van 23 maart 2004 opende de Ierse High Court inderdaad een hoofdprocedure, waardoor deze benoeming definitief werd.⁵⁵ Daarbij ging de rechter nadrukkelijk in op de plaats van de COMI van Eurofood.⁵⁶ De rechter concludeerde op grond van de feitelijke aanwezigheid van Eurofood in Ierland dat de COMI daar was gelegen.

Tegen deze uitspraak is de Italiaanse curator in beroep gegaan bij het Ierse hooggerechtshof, dat vervolgens een vijftal prejudiciële vragen heeft gesteld aan het Hof.⁵⁷ In deze context is vooral de vierde vraag van belang. Aan het Hof werd voorgelegd of in een concernsituatie voor de bepaling van de COMI van de dochtervennootschap moet worden uitgegaan van de feitelijke en voor derden kenbare aanwezigheid van deze dochter in een bepaalde lidstaat, of van de invloed die de moedermaatschappij kan uitoefenen en feitelijk uitoefent op het beleid van de dochtermaatschappij.⁵⁸ In navolging van advocaat-generaal Jacobs oordeelde het Hof dat voor wat betreft de COMI "*slechts* [kan] worden afgeweken van het door de gemeenschapswetgever ingevoerde vermoeden dat dit haar statutaire zetel is, in-

52 De amministrazione straordinaria, een bijzondere Italiaanse procedure gericht op consolidatie, zie L. Ghia, 'A brief outline on Parmalat case in accordance with the new Italian reorganization rules', juni 2005, <www.iiiglobal.org/country/european_union.html>, p. 6-15 ("Ghia 2005"); Bufford 2006, p. 439; Wolf 2006, p. 22-25.

53 Waaronder vijf Nederlandse en twee Luxemburgse vennootschappen op 4 februari 2004, zie Kuipers & Roelofs 2004, p. 324; Ghia 2005, p. 6; Wolf 2006, p. 32.

54 Tomasetti & Schiliro 2005, p. 70, Bufford 2006, p. 440 en 443.

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

56 Daarnaast was de rechter van mening dat met de benoeming van de provisional liquidator in Ierland het eerste een hoofdprocedure was geopend, hetgeen in Italië conform art. 16 IVO had moeten worden erkend.

57 Irish Supreme Court 27 juli 2004, *JOR* 2004/287 (*Eurofood*).

58 HvJEG 2 mei 2006, zaak C-341/04, *Jur.* 2006, p. I-03813, r.o. 24.

dien aan de hand van objectieve, voor derden verifieerbare factoren kan worden aangetoond dat de werkelijke situatie verschilt van die welke de aanknopng bij de statutaire zetel wordt geacht te weerspiegelen" (mijn cursivering).⁵⁹ Het Hof wees op een brievenbusmaatschappij die "geen enkele activiteit uitoefent op het grondgebied van de lidstaat waar haar maatschappelijke zetel is gevestigd" en voegde daaraan toe dat in andere gevallen "het loutere feit dat (...) economische keuzen worden of kunnen worden bepaald door een moedermaatschappij in een andere lidstaat niet [volstaat] om het vermoeden van de verordening buiten beschouwing te laten".⁶⁰ Interne concernverhoudingen mogen geen doorslaggevende rol spelen bij de vaststelling van de COMI. Het vermoeden van de statutaire zetel kan dus slechts worden weerlegd op grond van feitelijke omstandigheden die voor derden kenbaar zijn. Afgezien van het voorbeeld van de brievenbusmaatschappij, geeft het Hof geen concrete invulling van deze factoren. Het is derhalve interessant om te bezien hoe nationale rechters met de uitspraak zijn omgegaan.

4.4 Nationale rechtspraak ná Eurofood

Op 2 augustus 2006 heeft een Franse rechtbank ten aanzien van zowel de Franse als de Engelse vennootschappen die deel uitmaakten van het Euro-tunnel-concern een hoofdprocedure geopend.⁶¹ De rechter oordeelde dat de COMI van deze vennootschappen in Frankrijk was gelegen, gegeven in het bijzonder de nationaliteit van de bestuurders en Frankrijk als de plaats waar onderhandelingen over een herstructurering eerder hadden plaatsgevonden. Hoewel de Franse rechter zijn overwegingen begint met de correcte stelling dat het conform Europese jurisprudentie dient te gaan om "des éléments objectifs et vérifiables par les tiers", is de uitspraak niet in overeenstemming met Eurofood. Zonder nadere onderbouwing had de Franse rechter niet mogen aannemen Frankrijk als plaats van de COMI voor derden kenbaar was. Concernverhoudingen zijn in deze uitspraak opnieuw richtinggevend geacht, zoals ook vóór Eurofood het geval was.⁶²

59 R.o. 34 en 37.

60 R.o. 35, 36 en 37.

61 Tribunal de Commerce de Paris 2 augustus 2006. De uitspraak ten aanzien van The Channel Tunnel Group Limited is te vinden via <http://www.lexinter.net/JPTXT4/JP2005/ouverture_d'une_procedure_de_sauvegarde_pour_eurotunnel.htm>. De overige uitspraken zijn niet gepubliceerd. Uit Kats & Herrod, *B.J.I.B. & F.L.* 2007, p. 26 ("Katz & Herrod 2007") volgt dat ten aanzien van alle concernleden gelijkkluidende uitspraken zijn gewezen.

62 Vgl. Kats & Herrod 2007, p. 26.

Een interessante zaak heeft zich voorts afgespeeld rond het insolvente BenQ-concern. BenQ Mobile Holding BV (verder aangeduid als de "Holding") was statutair gevestigd in Nederland. De Holding was eigenaar van de aandelen van onder meer twee dochters in Duitsland.⁶³ Deze dochters zijn in het najaar van 2006 onderworpen aan Duitse hoofdprocedures. Enkele maanden later opende de Rechtbank Amsterdam ten aanzien van de Holding een hoofdprocedure in Nederland.⁶⁴ Twee dagen later heeft het Amtsgericht München hetzelfde gedaan, waarschijnlijk onwetend van de beslissing van de Nederlandse rechter.⁶⁵ Het Amtsgericht overwoog dat de COMI van de Holding samenviel met die van de dochters in München.⁶⁶ Opvallend is dat deze uitspraak zou hebben geleid tot de omgekeerde situatie: de COMI van de Nederlandse moeder zou worden gelokaliseerd bij die van haar Duitse dochters in plaats van andersom, zoals in de meeste van de andere zaken het geval was.

Uiteindelijk liep de BenQ-zaak echter anders af. Bij beschikking van 31 januari 2007 heeft de Rechtbank Amsterdam de voorlopige surseance van betaling ingetrokken en ten aanzien van de Holding gelijktijdig het faillissement – als hoofdprocedure – uitgesproken.⁶⁷ Daarbij heeft de rechtbank opnieuw beoordeeld of zij daartoe bevoegd was. Volgens de Duitse curatoren was dit niet het geval, aangezien de COMI van de Holding in Duitsland was gelegen. De activiteiten van het concern vonden voornamelijk in Duitsland plaats en de statutaire vestiging in Nederland diende slechts om te profiteren van bilaterale belastingverdragen.⁶⁸ In haar beschikking concludeert de rechtbank naar aanleiding van Eurofood dat "slechts als geen of nauwelijks activiteiten worden verricht in het land van statutaire vestiging, het vermoeden dat de COMI aldaar is gelegen kan worden ontkracht". Anders dan het Europese Hof legt de rechtbank daarmee wel erg veel nadruk op het vermoeden van de statutaire zetel.⁶⁹ Met deze nieuwe norm in de hand, komt zij al snel tot het oordeel dat de COMI van de Holding in Nederland is gelegen. Daarbij wijst de rechtbank op de (beperkte) activiteiten die de Holding wel in Nederland verrichtte en de kenbaarheid

63 B. Wessels, *Insolv. Int.* 2007, p. 103 ("Wessels 2007").

64 Te weten de voorlopige surseance van betaling.

65 Die immers op grond van art. 16 IVO automatisch erkend diende te worden. Volgens Wessels 2007, p. 103 heeft vervolgens een telefoongesprek plaatsgevonden tussen de Nederlandse en Duitse rechter, waarin is afgesproken dat de beslissing van de Rechtbank Amsterdam voorrang had.

66 AG München 2 januari 2007, zaaknummer 1503 IE 4371/06 (ongepubliceerd).

67 Rb. Amsterdam 31 januari 2007, *LJN* AZ9985.

68 R.o. 2.8.

69 Vgl. de annotatie van Paulus in *EWiR* 2007, 143.

hiervan naar buiten toe. In Nederland was namelijk een vaste inrichting aanwezig en volgens het handelsregister had de alleen bevoegde bestuurder hier te lande zijn woonplaats. Deze kenbaarheid kan niet zonder meer worden aangenomen voor de activiteiten in München. Het gegeven dat de schuldeisers van de Holding slechts contact hadden met één van de Duitse dochtervennootschappen, doet volgens de rechtbank niet ter zake, aangezien het concerncrediteuren betrof en geen derden. De rechtbank concludeert dat de COMI van de Holding in Nederland is gelegen.⁷⁰ De Nederlandse rechter gaat in de BenQ-zaak uit van objectieve factoren. Toch lijkt de rechtbank te veel te zijn doorgeslagen naar het vermoeden van de statutaire zetel.⁷¹ Bovendien is het buiten beschouwing laten van concerncrediteuren voor betwisting vatbaar. Noch uit de Verordening, noch uit Eurofood blijkt immers dat kenbaarheid ten aanzien van bepaalde crediteuren moet worden genegeerd.

4.5 Gevolgen van Eurofood voor grensoverschrijdende concerns

In de Verordening bestaat op zijn minst enige speling om rekening te houden met concernverhoudingen. Vóór Eurofood hebben nationale rechters hier bij de bepaling van de bevoegde rechter ten volle gebruik van gemaakt en blijkt gegeven van een sterke neiging om bevoegdheid te concentreren. Dit ging ten koste van de in de preambule en het Rapport Virgós/Schmit benadrukte kenbaarheid voor derden. Het Hof is de andere kant op gegaan en heeft in haar uitspraak benadrukt dat het vermoeden van de statutaire zetel slechts op grond van objectieve en voor derden kenbare factoren kan worden weerlegd. Zodoende blijft weinig ruimte over om (interne) concernverhoudingen van invloed te laten zijn op de vaststelling van de plaats van de COMI. Desondanks laat de nationale rechter in Frankrijk en Duitsland ook ná Eurofood een drang zien om in concernsituaties over te gaan tot bevoegdheidsconcentratie. De Nederlandse rechter legt daarentegen een te sterke nadruk op het vermoeden van de statutaire zetel.

70 R.o. 2.11. De Rechtbank in München heeft vervolgens de uitspraak van de Nederlandse rechter conform art. 16 IVO erkend en ten aanzien van BenQ Holding een secundaire procedure geopend, een juiste uitspraak gezien het systeem van de Verordening. Vgl. AG München 5 februari 2007, *EIR Database* nr. 173; Wessels 2007, p. 105.

71 Zie ook de al eerder genoemde annotatie van Paulus. Dit was nu juist een zaak waarin ook voor derden kenbare factoren wezen op München als plaats van de COMI van de Holding.

5. Alternatieven?

Het oordeel van het Hof in Eurofood heeft tot gevolg dat – ondanks de in de vorige paragraaf gebleken bereidheid van nationale rechters – de COMI van grensoverschrijdende concernonderdelen slechts in uitzonderingsgevallen in dezelfde lidstaat kan worden geconcentreerd. Concernverhoudingen die niet voor derden kenbaar zijn, kunnen het vermoeden van art. 3 IVO niet weerleggen. Een correcte naleving van Eurofood zal in de meeste concernzaken tot gevolg hebben dat hoofdprocedures in verschillende lidstaten zullen moeten worden geopend. Dientengevolge zullen ook de mogelijkheden om te consolideren gering zijn. Mijns inziens dient consolidatie echter mogelijk te zijn. In concernsituaties kan consolidatie winst opleveren door een efficiënte en doeltreffende reorganisatie of liquidatie. Dit laatste is nu juist de centrale doelstelling van de Verordening. Mede in het licht hiervan zouden de voordelen van consolidatie niet verloren moeten gaan. Ook in Europa mag niet aan "the reality and distinctive problems of corporate groups" voorbij worden gegaan.⁷² De High Level Group of Company Law Experts acht consolidatie voor grensoverschrijdende insolvente concerns eveneens wenselijk.⁷³ In het op 4 november 2002 gepresenteerde rapport beveelt de High Level Group aan dat "the Commission takes the initiative to review the possibilities to introduce procedural and substantive consolidations of group companies in Member States".⁷⁴ Vooralsnog heeft de Commissie geen blijk gegeven van enigerlei actie. Twee mogelijke alternatieven zullen hier reeds worden besproken. Het eerste alternatief is samenwerking, het tweede bestaat in het concentreren van bevoegdheid.

5.1 Samenwerking

Samenwerking neemt op dit moment al een centrale plaats in binnen de Verordening.⁷⁵ Het systeem van de Verordening gaat uit van een pluraliteit van procedures. De preambule stelt dat dit alleen maar gunstig kan

72 Citaat uit Ziegel 2001, p. 392.

73 Deze High Level Group, voorgezeten door Winter, is in 2001 ingesteld door de Europese Commissie (persbericht van 4 september 2001, nr. IP/01/1237).

74 Zie Rapport Winter: The High Level Group of Company Law Experts, *A modern regulatory framework for company law in Europe*, 2002, <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf>, p. 98. Hierover ook M.L.H. Reumers, 'Het geconsolideerde faillissement', *O&F* 2003, p. 63.

75 En bovendien in het internationale insolventierecht, vgl. art. 25-27 Model Law, het eerste algemene beginsel en Appendix B van de ALI-Principles en de recentelijk verschenen European communication and cooperation guidelines for cross-border insolvency van Insol Europe. Zie ook Van Galen 2004, p. 61.

zijn voor "een efficiënte afwikkeling van de boedel" door "een nauwe samenwerking van de diverse curatoren".⁷⁶ In art. 31 IVO is deze gedachte geconcretiseerd. De in het tweede lid van dit artikel neergelegde samenwerkingsplicht is naar de bewoordingen echter beperkt tot de curator van de hoofdprocedure en curatoren van secundaire procedures. Nergens geeft de Verordening blijk van het bestaan van een verplichting tot samenwerking tussen curatoren van afzonderlijke hoofdprocedures met betrekking tot aan elkaar gelieerde vennootschappen, of tussen nationale rechters.⁷⁷

Hieruit mag niet de conclusie worden getrokken dat samenwerking niet tot de mogelijkheden behoort of zelfs dat daartoe geen verplichting zou bestaan. Vrijwillige samenwerking is immers altijd mogelijk.⁷⁸ Praktische voorbeelden hiervan kunnen vooral buiten communautaire context worden gevonden, bijvoorbeeld in de protocollen die vooral tussen de Verenigde Staten en derde landen zijn gehanteerd in gevallen van insolvente concerns. In dergelijke protocollen is tussen de betrokken rechterlijke instanties en curatoren afgesproken hoe de procedures in een voorliggende zaak zouden worden afgehandeld.⁷⁹ Tot op zekere hoogte kan vrijwillige samenwerking succesvol zijn. Dat wil niet zeggen dat samenwerking ook steeds vrijwillig zal plaatsvinden. Een belangrijke tekortkoming, inherent aan het vrijwillige karakter, is dat de medewerking en instemming van de betrokken partijen is vereist.⁸⁰ Dit geldt temeer naarmate een insolvent concern zich uitstrekt over meerdere lidstaten en samenwerking de betrokkenheid vergt van verschillende curatoren en rechterlijke instanties. Bovendien dient voor elke afzonderlijke zaak opnieuw te worden onderhandeld over de inhoud van de samenwerking, hetgeen voor additionele kosten zorgt.⁸¹ Daar staat tegenover dat deze kosten kunnen afnemen, naarmate protocollen gebruikelijker worden. Eerdere protocollen kunnen immers leiden tot een zekere mate van standaardisatie.⁸²

76 Overweging 20.

77 Dit weerhield een Weense rechter niet om een dergelijke verplichting aan te nemen: OLG Wenen 9 november 2004, *EIR Database* nr. 72, *NZI* 2004, 56.

78 Zie de reeds genoemde European guidelines for cross-border insolvency.

79 Bijvoorbeeld in de zaak rond System Retail Systems Corp. tussen de VS en Canada en de Maxwell-zaak tussen de VS en het Verenigd Koninkrijk (zie J.L. Westbrook, *Tex. Int'l L. J.* 2003, p. 572 ("Westbrook 2003")).

80 Waarschijnlijk zal iedere bewindvoerder eerst en vooral naar de door hem af te wikkelen boedel kijken. Grote financiële belangen laten mogelijk van de wil tot samenwerking weinig over, vgl. Paulus 2007, p. 827-828.

81 J. Israël, *European cross-border insolvency regulation*, 2005, p. 85 ("Israël 2005").

82 Vgl. het Cross-border insolvency concordat van IBA, <www.iiiglobal.org/international/protocols/Insolvency_Concordat.pdf>, en de European guidelines for cross-border insolvency.

Echter, het is niet gezegd dat binnen Europa moet worden vertrouwd op vrijwillige samenwerking. Een samenwerkingsplicht zou kunnen worden afgeleid uit ofwel het Europese, ofwel het nationale recht.⁸³ In de literatuur is art. 10 van het EG-verdrag hiertoe als grondslag aangedragen.⁸⁴ Ook voor wat betreft concerns kan op dit artikel een samenwerkingsplicht tussen rechterlijke instanties in verschillende hoofdprocedures worden gebaseerd. Voor het bereiken van de hoofddoelstelling van de Verordening – een efficiënte en doeltreffende afwikkeling van insolventieprocedures – is ten minste enige vorm van samenwerking vereist. Samenwerking tussen rechterlijke instanties en daarmee coördinatie van insolventieprocedures ten aanzien van verschillende concernvennootschappen verbetert de efficiëntie en doeltreffendheid van elk van deze procedures. Hiermee wordt bijgedragen aan een goede werking van de Verordening. Voor een curator gaat dit niet op indien deze niet kan worden beschouwd als onderdeel van de publieke instanties van een lidstaat. Uiteindelijk dienen de lidstaten echter zorg te dragen voor een effectieve samenwerking tussen curatoren.⁸⁵ Het gemeenschapsrecht zorgt dus indirect ook voor een verplichting tot samenwerking voor curatoren. Het nationale (insolventie)recht kan voorts evenzeer een bron zijn voor een samenwerkingsplicht. Naar Nederlands recht bijvoorbeeld dient een curator "te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzicht verricht".⁸⁶ Ook deze norm verplicht een Nederlandse curator van een vennootschap die deel uitmaakt van een concern samen te werken met curatoren van andere insolvente concerndelen indien dit de omvang van de boedel kan vergroten.⁸⁷

Omwille van de duidelijkheid is het natuurlijk ook mogelijk om een op concernsituaties toegesneden samenwerkingsregeling in de Verordening op te nemen. Daarbij kunnen curatoren en rechters van verschillende procedures op basis van gelijkwaardigheid worden verplicht om samen te werken. Met het opnemen van een samenwerkingsregeling in de Verordening kan ook een bijzondere vorm van samenwerking worden gerealiseerd. Zo is het mogelijk om aan de samenwerkingsplicht een zekere mate

83 Israël 2005, p. 85.

84 Israël 2005, p. 130-131 en 334.

85 Israël 2005, p. 209-211 en 333.

86 O.a. HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727, r.o. 3.6 m.nt. WMK (*Maclou*).

87 Daarnaast kan deze aansprakelijkheidsnorm dienen ter invulling van de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende plicht tot samenwerking, aldus J. Israël, 'Europees insolventierecht', *NTBR* 2004, p. 554.

van hiërarchie te verbinden, waarbij de curator en rechter die betrokken zijn bij de moedervennootschap het overwicht hebben. Dit zou de coördinatie van de procedures vergemakkelijken. Een dergelijke bijzondere verplichting is voorgesteld door Van Galen.⁸⁸ Zijn voorstel houdt in dat indien een moeder- en dochtervennootschap allebei insolvent worden verklaard, de curator van de moeder tegenover de curator van de dochtervennootschap dezelfde bevoegdheden heeft als de curator van de hoofdprocedure naar de geldende tekst met betrekking tot de curator van de secundaire procedure.

Het voordeel van samenwerking is dat ten opzichte van de huidige situatie winst wordt geboekt in termen van efficiëntie en doeltreffendheid, zonder dat hiervoor wezenlijke aanpassingen in de Verordening noodzakelijk zijn. Het grootste bezwaar tegen samenwerking als alternatief is echter dat dit in de meeste gevallen slechts zal leiden tot coördinatie van procedures.⁸⁹ Dit betekent dat samenwerking leidt tot minder efficiëntie en doeltreffendheid dan wanneer kan worden geconsolideerd.⁹⁰ Deze veronderstelling lijkt ook te leven bij de nationale rechter. In de meeste van de in paragraaf 4 besproken zaken bleken nationale rechters immers sterk geneigd te zijn om over te gaan tot bevoegdheidsconcentratie. Wellicht moet het dus niet bij samenwerking worden gelaten, maar opent concentratie van bevoegdheid als verdergaand alternatief betere mogelijkheden.

5.2 *Bevoegdheidsconcentratie*

Het concentreren van bevoegdheid houdt in dat ten aanzien van concernvennootschappen waarvan de statutaire zetel zich in verschillende lidstaten bevindt, de verschillende hoofdprocedures niettemin worden geopend in één lidstaat. Vervolgens kan worden overgegaan tot consolidatie, uiteraard voor zover dit naar nationaal insolventierecht mogelijk is.⁹¹ Bevoegdheidsconcentratie is de benadering waarvoor in de meeste van in de vorige paragraaf genoemde gevallen is gekozen. Dit neemt niet weg dat het Hof zich in Eurofood hiertegen heeft verzet. Als alternatief vereist bevoegd-

88 Van Galen 2004, p. 60-63.

89 Zie Van Galen 2004, p. 63.

90 In theorie zou samenwerking overigens kunnen leiden tot een integratie van procedures. Vgl. art. 21 lid 1 sub e Model Law. Mijn vermoeden is dat dit in werkelijkheid zelden het geval zal zijn. Dit blijkt ook uit de wijze waarop de samenwerking in de genoemde protocollen is vormgegeven.

91 Zolang de aanbeveling van de High Level Group bestaande in de invoering van een communautaire regeling die consolidatie mogelijk maakt, niet ter harte wordt genomen.

heidsconcentratie dus een terugkeer door het Hof, dan wel een aanvullende regeling.

De verwachting is dat met bevoegdheidsconcentratie een grotere mate van efficiëntie en doeltreffendheid kan worden bereikt dan met samenwerking. Deels wordt deze verwachting ondersteund door de in de praktijk – ook na Eurofood – aanwezige voorkeur voor deze benadering.⁹² Wellicht zal, gelet hierop, worden getracht de voordelen van bevoegdheidsconcentratie op een andere manier te bereiken. "De praktijk is (...) inventief en zal vast tot [een] oplossing komen", verwachtte Vriesendorp hieromtrent. Daarbij wees hij op de mogelijkheid van een grensoverschrijdende juridische fusie.⁹³ Een dergelijke omweg via het ondernemingsrecht is niet nodig indien het concentreren van bevoegdheid in het Europese insolventierecht wordt aanvaard. Tegen bevoegdheidsconcentratie bestaan echter bezwaren. Enerzijds betreft het een inhoudelijk bezwaar, gelegen in de aantasting van de rechtszekerheid voor crediteuren.⁹⁴ Crediteuren zouden zijn verbonden aan afzonderlijke concernonderdelen en van tevoren dienen te weten met welk insolventieregime zij eventueel te maken zouden kunnen krijgen. De mogelijkheid van bevoegdheidsconcentratie zou de rechtszekerheid aantasten. Anderzijds gaat het om een praktisch bezwaar.⁹⁵ Waarschijnlijk zullen de dochtervennootschappen in de lidstaat waar hun statutaire zetel is gelegen, ook een vestiging hebben.⁹⁶ Bevoegdheidsconcentratie zou dus kunnen worden gevolgd door de opening van kostbare secundaire procedures in deze lidstaten. Dit zou de voordelen van het alternatief bestaande in een efficiënte en doeltreffende afwikkeling alsnog teniet doen.

92 Zie de in de voorgaande paragraaf behandelde zaken en onder meer N. Barnett, *Recovery* 2006 (Autumn), p. 9-11, te raadplegen op <www.r3.org.uk>.

93 Vriesendorp 2006, p. 913. Een geslaagde grensoverschrijdende fusie heeft tot gevolg dat de gefuseerde concernonderdelen hun statutaire zetel in dezelfde lidstaat hebben en dat daarmee wordt vermoed dat ook de COMI van deze vennootschappen in één lidstaat is gelegen. Dit maakt het mogelijk om via het ondernemingsrecht over te gaan tot bevoegdheidsconcentratie. Zie voor de mogelijkheden van een dergelijke grensoverschrijdende fusie HvJEG 13 december 2005, C-411/03, *Jur.* 2005, p. I-10805 en de (tiende) richtlijn inzake grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (Richtlijn 2005/56/EG, *PbEU* 2005, L 310/1).

94 Van Galen 2004, p. 60. Zie instemmend Berends 2005, p. 259-260.

95 *Idem*; Moss 2007, p. 1017-1018.

96 Tenzij sprake is van een brievenbusmaatschappij in de door het Hof voorgestane zin. Gezien bijvoorbeeld de eisen om te kunnen profiteren van fiscale voordelen, is de vraag of deze brievenbusmaatschappijen voorkomen.

Naar mijn mening wordt geen van beide bezwaren overtuigend aangevoerd. Voor wat betreft het inhoudelijke bezwaar geldt dat rechtszekerheid altijd relatief zal zijn.⁹⁷ In de eerste plaats zijn in de meeste gevallen niet alle crediteuren gelijk. Deze opvatting lijkt echter wel aan het bezwaarten grondslag te liggen.⁹⁸ Verondersteld wordt immers dat crediteuren zijn verbonden aan afzonderlijke onderdelen van het concern, in plaats van aan het concern als geheel. Dit moge juridisch wel zo zijn, aannemelijk is dat niet alle crediteuren dit feitelijk zo hebben ervaren. Indien concernonderdelen onder een gemeenschappelijke naam opereerden, kunnen de crediteuren zich heel goed bewust zijn geweest van het feit dat zij met een *concern*vennootschap handelden, of zelfs met één van de vennootschappen binnen het concern, om het even welke.⁹⁹ Als schuldeisers al van een bepaalde COMI uitgingen, is het naderhand nagenoeg onmogelijk om met zekerheid vast te stellen welke dat dan was.¹⁰⁰ In de tweede plaats wordt rechtszekerheid ondermijnd door de mogelijkheid van verplaatsing van de COMI.¹⁰¹ De Verordening belet dit niet en in een eerdere uitspraak heeft het Hof deze mogelijkheid impliciet aanvaard.¹⁰² Dit zou kunnen worden ondervangen door in de Verordening een bepaling op te nemen op grond waarvan de plaats van de COMI een zekere duurzaamheid dient te vertonen.¹⁰³ In de genoemde uitspraak heeft het Hof in elk geval geen blijk gegeven van een sterk verlangen naar een dergelijke beperking van de ver-

-
- 97 Deze opvatting komt ook terug in Israël 2006, p. 74-75. Eigenlijk bestaat alleen bij materiële harmonisatie van het insolventierecht vooraf duidelijkheid over het recht dat op een later moment in een insolventiesituatie zal worden toegepast. Dit lijkt nog ver weg binnen de Europese Unie, laat staan wereldwijd (vgl. I. Ronen-Mevorach, *J.B.L.* 2006, p. 470). Het is op termijn evenwel toch de enig juiste oplossing. Eveneens Israël 2005, p. 224.
- 98 En ook aan de uitspraak van het Hof in Eurofood. In die zin bestaat ruimte voor kritiek op deze uitspraak.
- 99 In het geval van Parmalat is niet goed voorstelbaar dat Bank of America als grote crediteur niet wist dat Eurofood als financieringsmaatschappij geheel ten dienste stond van het concern.
- 100 Indien wordt afgegaan op beweringen van crediteuren achteraf, is aannemelijk dat deze zich vooral zullen laten leiden door het verlangen naar een zo gunstig mogelijk insolventieregime. Hiervan was waarschijnlijk sprake bij de stelling van Bank of America, vgl. Paulus 2007, p. 824.
- 101 Bijvoorbeeld door de al genoemde grensoverschrijdende fusie. Verdedigd is (o.a. in H. de Wulf, *Tijdschrift@ipr.be* 2006-1, p. 94-96) dat op grond van de Sevic-uitspraak ook zonder invoering van de (veertiende) richtlijn een grensoverschrijdende zetelverplaatsing onder omstandigheden eveneens toelaatbaar is.
- 102 HvJEG 17 januari 2006, zaak C-1/04, *Jur.* 2006, p. I-00701, met name r.o. 23 (*Staubitz/Schreiber*). Vgl. Israël 2006, p. 74-75.
- 103 Zoals voorgesteld in G. Moss & C.G. Paulus, *Insolv. Int.* 2006, p. 3 ("Moss & Paulus 2006").

plaatsbaarheid van de COMI. Mijns inziens vormt de gestelde aantasting van de rechtszekerheid dus géén valide bezwaar tegen het accepteren van bevoegdheidsconcentratie als alternatief. Het praktische bezwaar houdt in dat de opening van secundaire procedures in lidstaten waar vestigingen aanwezig zijn, tot gevolg zou hebben dat het voordeel van bevoegdheidsconcentratie alsnog verloren gaat. In Collins & Aikman is dit onderkend en hebben de curatoren getracht de opening van secundaire procedures zoveel mogelijk te voorkomen.¹⁰⁴ Daartoe zijn de schuldeisers van buitenlandse dochters zoveel mogelijk in dezelfde financiële positie gebracht als waarin zij zouden hebben verkeerd indien deze procedures daadwerkelijk waren geopend. Uiteraard was dit niet mogelijk zonder de medewerking van deze crediteuren.¹⁰⁵ Voor dit praktische bezwaar geldt dat het in elk geval niet groter zou zijn dan in de huidige situatie, waarin ten aanzien van concernonderdelen hoofdprocedures in verschillende lidstaten kunnen worden geopend. Sterker nog, de secundaire procedures zouden na bevoegdheidsconcentratie ondergeschikt zijn aan de hoofdprocedure, hetgeen coördinatie vergemakkelijkt.¹⁰⁶

Geconcludeerd kan worden dat zowel het inhoudelijke als het praktische bezwaar niet overtuigen. Bevoegdheidsconcentratie kent evenwel voordelen ten opzichte van samenwerking. Deze bezwaren dienen bijgevolg niet te beletten dat in de Verordening een bepaling wordt opgenomen die het mogelijk maakt om de bevoegdheid ten aanzien van concerns te concentreren op de plaats waar de 'hoogste' insolvente concernvennootschap haar COMI heeft, indien aannemelijk is dat de insolventieprocedure hierdoor efficiënter en doeltreffender zal verlopen.¹⁰⁷ Van groot belang is wel dat crediteuren, met name zij die zich in een andere lidstaat bevinden dan waar de procedure wordt geopend, zo goed mogelijk worden geïnformeerd omtrent de opening en het verloop van de procedure. Daartoe dienen de regels omtrent openbaarmaking van de beslissing tot opening van

104 Zie ook S.J. Taylor, *Int. C. R.* 2004, p. 238; Grubb & Wilde Sapte 2006; E.J. Janger, *Brook. J. Int'l L.* 2007, p. 839-840 (die deze aanpak "universal proceduralism" noemt); Moss 2007, p. 1017-1018; Paulus 2007, p. 826. Zie ook de MG Roveruitspraak: High Court of Justice (Chancery Division) 11 mei 2005, [2006] EWCH 3426 (Ch).

105 En de ruimte hiertoe in het Engelse recht, zie Grubb & Wilde Sapte 2006, p. 3-10; Moss 2007, p. 1017-1018.

106 In de nationale rechtspraak lijkt overigens sprake te zijn van een ontwikkeling waarbij de rechter oog heeft voor de kosten van secundaire procedures: Rb. 's-Hertogenbosch 13 oktober 2005, *JOR* 2006/56, r.o. 3.9.

107 Zie voor vergelijkbare voorstellen Bufford 2006, p. 464-468; Moss & Paulus 2006, p. 5; Rainey 2006, p. 328.

een insolventieprocedure en de inschrijving daarvan in een register die op dit moment nog een vrijblijvend karakter hebben in elke concernsituatie te worden nageleefd.¹⁰⁸ De huidige communicatiemiddelen maken vervolgens mogelijk dat alle crediteuren hun vorderingen zonder al te grote bezwaren ook in een andere lidstaat kunnen indienen.

6. Conclusie

De Verordening kent op dit moment geen bijzondere regeling voor concerns. Niettemin is het blijkens haar tekst en totstandkoming mogelijk om rekening te houden met concernverhoudingen. Uit de gepubliceerde nationale rechtspraak omtrent de bevoegdheidsaanknopning binnen de Verordening komt naar voren dat nationale rechters hiertoe vóór de Eurofood-uitspraak een sterke neiging hebben vertoond. Deze nationale rechtspraak is echter niet in overeenstemming met de invulling van de COMI zoals die in de preambule en het Rapport Virgós/Schmit wordt gegeven. In Eurofood heeft het Hof benadrukt dat het rechtsvermoeden van art. 3 lid 1 IVO slechts kan worden weerlegd op grond van objectieve en voor derden kenbare criteria. Concernverhoudingen waarvan buiten de groep niet voldoende blijkt, volstaan niet. Deze uitspraak heeft tot gevolg dat het op grond van de huidige tekst van de Verordening slechts bij uitzondering mogelijk zal zijn om in concernsituaties bevoegdheid te concentreren en daarna te consolideren. Dit neemt niet weg dat met consolidatie aan efficiëntie en doeltreffendheid kan worden gewonnen.

Daarom dient te worden gekeken naar alternatieven. In dat verband is aandacht besteed aan samenwerking en bevoegdheidsconcentratie. Beide betekenen een verbetering ten opzichte van de huidige situatie, maar slechts met bevoegdheidsconcentratie kan worden overgegaan tot consolidatie en kan aldus een grotere mate van efficiëntie en doeltreffendheid worden bereikt. Anders dan de bezwaren tegen het concentreren van bevoegdheid suggereren, leidt dit alternatief niet tot minder rechtszekerheid. Ook van het praktische bezwaar bestaande in de mogelijkheid van secundaire procedures, kan niet worden gezegd dat dit met bevoegdheidsconcentratie groter zou zijn dan in de huidige situatie. Het concentreren van bevoegdheid verdient daarom de voorkeur. Toegegeven, met dit alternatief wordt – in tegenstelling tot wat met samenwerking het geval zou zijn – méér afgeweken van het huidige systeem van de Verordening, waarin sa-

108 Zie art. 21 en 22 IVO. Art. 40 IVO omtrent de kennisgeving aan schuldeisers is al verplicht voorgeschreven.

menwerking immers al een centrale plaats inneemt. Dit dient desondanks geen beletsel te zijn om voor dit alternatief te kiezen en daarmee tegelijkertijd een keuze te maken voor méér efficiëntie en méér doeltreffendheid.