

Financial Law Institute

Working Paper Series

WP 2013-06



**Kristof MARESCAU
Michel TISON**

**Vragen rond de aanknopingspunten in de
Europese Insolventieverordening**

December 2013

WP 2013-06

**Kristof MARESCEAU
Michel TISON**

**Vragen rond de aanknopingspunten in de Europese
Insolventieverordening**

Abstract

Deze bijdrage tracht aan te tonen dat de in de Europese Insolventieverordening (EIV) gebruikte aanknopingspunten voor het aanduiden van de bevoegde insolventierechters en de toepasselijke nationale insolventiewetgeving verschillende problemen tot gevolg hebben. Betreurenswaardig is vooral dat het huidig regelgevend kader aanleiding geeft tot rechtsonzekerheid. Deze wordt veroorzaakt door verschillende fenomenen en vaststellingen, waaronder (i) de mogelijkheid dat tussen de debiteur en de schuldeisers een “race to the courthouse” ontstaat voor het indienen van de insolventie-aanvraag, (ii) de mogelijkheid dat debiteurs aan reguleringsarbitrage doen aan de vooravond van hun faillissement en (iii) de vaststelling dat er afbakeningsproblemen kunnen bestaan tussen vennootschapsrecht en het insolventierecht dat op een quasi insolvente vennootschap toepasselijk is. Omdat deze rechtsonzekerheid in wezen te herleiden is tot het gebruik in de EIV van het COMI (“Centre of Main Interests”) als relevant aanknopingspunt voor het bepalen van de plaats waar de hoofdinsolventieprocedure kan worden geopend, wordt in deze bijdrage gepleit voor de afschaffing ervan.

**Te publiceren in: *IBJ, Tendensen in het bedrijfsrecht. Juristen
zonder grenzen, Brussel, Bruylant, 2013***



Vragen rond de aanknopingspunten in de Europese Insolventieverordening

Kristof MARESCEAU
Michel TISON

1. Het mag evident zijn dat de verdere verwezenlijking van de Europese interne markt, evenals evoluties op het vlak van (transport)infrastructuur en technologische ontwikkelingen ertoe leiden dat ondernemingen steeds meer internationale aanknopingspunten hebben voor hun economische activiteiten: indien de onderneming zelf al geen wezenlijke activiteiten in andere landen ontplooit, zijn er minstens leveranciers of klanten in andere landen. Dit biedt diverse uitdagingen voor de bedrijfsjurist, die voor verschillende aspecten van de operationele activiteit rekening moet houden met juridische vraagstukken met grensoverschrijdend aanknopingspunt, waarvoor het internationaal privaatrecht traditioneel de oplossingen aanreikt. Ook vanuit het perspectief van het insolventierisico, het weze voor de eigen onderneming of ten aanzien van tegenpartijen, noopt de toenemende internationalisering de (bedrijfs)jurist ertoe aandacht te schenken aan de IPR-dimensie van het insolventierisico. Nu het insolventierecht in wezen gekenmerkt is door een gebrek aan inhoudelijke harmonisering via Europese regelgeving, en bijgevolg door een diversiteit doorheen Europa, kan de toepassing van buitenlands insolventierecht andere, ongewenste resultaten opleveren voor de positie van de onderneming of de recuperatie van activa in een (buitenlandse) insolventieprocedure.

In deze bijdrage wordt voornamelijk stilgestaan bij de verscheidene problemen die dit mogelijk sterk verschillend nationaal regelgevend kader kan hebben voor de afwikkeling van grensoverschrijdende vennootschapsinsolventies. Vertrekpunt hierbij vormt de “Europese Insolventieverordening” (hierna verkort aangeduid als de “EIV”), het instrument bij uitstrek voor de afhandeling van insolventieprocedures met een Europese dimensie.¹ Deze verordening betreft geen eigenlijke “eenmaking” van de insolventieregels van de EU-lidstaten, maar legt uitsluitend de regels vast inzake (i) de territoriale bevoegdheid van EU-lidstaten voor de afhandeling van Europese insolventieprocedures, (ii) de conflictregels van toepassing op deze procedures, en (iii) de automatische erkenning van de in deze procedures genomen rechterlijke beslissingen in de andere EU-lidstaten. Ofschoon hiermee werd getracht een stabiel raamwerk te bieden voor de afwikkeling van Europese insolventieprocedures, zal in deze bijdrage blijken dat de EIV een deel van zijn doel voorbij schiet ingevolge zijn inherent tegenstrijdige doelstellingen.

¹ Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *PB L 160* van 30 juni 2000. Voor besprekingen van de EIV in boekvorm, met talrijke verwijzingen naar nationale rechtspraak, zie o.m.: J. ISRAËL, *European cross-border insolvency regulation: a study of Regulation 1346/2000 on insolvency proceedings in the light of a paradigm of co-operation and a comitas Europaea*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 383p.; G. MOSS, I. FLETCHER en S. ISAACS, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A Commentary and Annotated Guide*, OUP, 2009, 464p.; K. PANNEN, *European Insolvency Regulation*, Berlijn, De Gruyter, 2007, 912p.; M. VIRGOS en F. GARCIMARTIN, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, Den Haag, Kluwer Law International, 2004, 255p.; B. WESSELS, *International Insolvency Law*, Deventer, Kluwer, 2006, 670p.; B. WESSELS en P. OMAR, *The European Insolvency Regulation*, Nottingham, INSOL Europe, 2010, 165p. Voor Nederlandstalige overzichtsartikelen, zie o.m.: E. DIRIX en V. SAGAERT, “De Europese Insolventieverordening” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, T. LYSSENS en E. VAN CAMP (eds.), *Gerechtigd Akkoord & Faillissement*, Mechelen, Kluwer, 2008, losbladig; B. GARRÉ, “De Europese Insolventieverordening”, *Jura Falconis* 2009-10, 43-106; F. KORKMAZER, “Grensoverschrijdende aspecten van internationale insolventieprocedures voor rechtspersonen in een notendop”, *Cah. Jur.* 2008, 53-61; F. PARREIN, “Europese Insolventieverordening”, *NjW* 2011, 246-253.

2. Om dit aan te tonen, zal in afdeling 1 bij wijze van inleiding worden stilgestaan bij het toepassingsgebied van de EIV. Afdeling 2 zal enkele kernbepalingen van de EIV toelichten, teneinde in afdeling 3 een aantal problemen en risico's te duiden die bestaan in het kader van de afhandeling van Europese insolventieprocedures. In afdeling 4 worden mogelijke oplossingen voor deze problemen naar voren geschoven. Afdeling 5 besluit en geeft een vooruitblik op de wijzigingen die op EU-niveau op het gebied van het insolventierecht te verwachten zijn.

Afdeling 1. Het toepassingsgebied van de Insolventieverordening

A. “Insolventieprocedure”

3. De EIV is enkel van toepassing op “insolventieprocedures”. Enkele uitzonderingen niet nagesproken, begrijpt de EIV hieronder alle “*collectieve procedures die, op de insolventie van de schuldenaar berustend, ertoe leiden dat deze geheel of gedeeltelijk het beheer en de beschikking over zijn vermogen verliest en dat daarvoor een curator wordt aangewezen*” (zie art. 1, eerste lid EIV).² Zowel reorganisatie- als liquidatieprocedures ressorteren aldus onder die definitie, en verkrijgen ten gevolge van de EIV een pan-Europese behandeling, althans wanneer zij in bijlage A bij de EIV zijn opgenomen. Hierbij moet worden benadrukt dat het HvJ EU onlangs in het arrest BANK HANDLOWY (2012) heeft geoordeeld dat alle in de bijlagen bij de EIV opgenomen procedures als insolventieprocedures moeten worden beschouwd, ook al voldoen zij strikt genomen niet aan de omschrijving van het begrip “insolventieprocedure” in de zin van artikel 1 EIV (zie randnr. 15).

4. De bijlagen bij de EIV zijn dus volgens het HvJ EU doorslaggevend om te bepalen of de EIV al dan niet toepassing verkrijgt. Specifiek voor België zijn daarin de volgende procedures opgenomen: (i) het faillissement, (ii) de gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord, (iii) de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, (iv) de collectieve schuldenregeling, (v) de vrijwillige vereffening, (vi) de gerechtelijke vereffening en (vii) de voorlopige ontneming van beheer zoals bepaald in artikel 8 van de Faillissementswet.³ Vallen voor België derhalve buiten het toepassingsgebied van de EIV: (i) het buitengerechtelijk minnelijk akkoord en (ii) de gerechtelijke reorganisatie door minnelijk akkoord. Voor deze akkoorden blijft het gemeen recht onverkort gelden, hetgeen verschillende problemen tot gevolg kan hebben op het vlak van de uitvoerbaarheid van de gemaakte afspraken over de grenzen heen. Een onderscheid dringt zich hierbij op naargelang het minnelijk akkoord al dan niet is bekrachtigd door een rechterlijke beslissing.

Wat de erkenning van de gerechtelijke reorganisatie door minnelijk akkoord in het buitenland betreft, moet worden opgemerkt dat een niet te verwaarlozen risico bestaat dat

² Uitzonderingen op het toepassingsgebied betreffen insolventieprocedures over verzekeringsondernemingen, kredietinstellingen, ICB's en bepaalde beleggingsondernemingen (zie art. 1.2 EIV). De term “curator” is sterk faillissementsrechtelijk georiënteerd, maar is de term die wordt gebruikt in de EIV. Voor België bijvoorbeeld worden hieronder ook schuldbemiddelaars en commissarissen inzake opschorting begrepen (zie bijlage C bij de EIV).

³ Zie de uitbreiding van de lijst zoals verwezenlijkt door de Uitvoeringsverordening van de Raad (EU) Nr. 210/2010 van 25 februari 2010 tot wijziging van de lijsten van insolventieprocedures, liquidatieprocedures en curatoren die zijn opgenomen in de bijlagen A, B en C bij Verordening (EG) nr. 1346/2000 betreffende insolventieprocedures, *PB L 100*, 20 april 2005.

hiervoor geen beroep kan worden gedaan op de “Brussel I-Verordening”⁴, dit omwille van twee redenen. Enerzijds heeft deze verordening in zijn toepassingsgebied in een uitsluiting voorzien voor beslissingen die worden genomen in handelszaken betreffende “*het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedure*” (zie art. 1, tweede lid, b). Anderzijds werd al in nationale rechtspraak beslist dat bij een gerechtelijke reorganisatie door minnelijk akkoord niet kan worden gesproken van een rechterlijke “beslissing” in de zin van de “Brussel I-Verordening”, nu deze beslissing zich principieel beperkt tot de bekrachtiging van de vrijwillig tussen de schuldeisers en de debiteur gemaakte afspraken.⁵

Op dit punt dringt zich een verder onderscheid op tussen enerzijds de opening van de reorganisatieprocedure, die – net zoals de overige reorganisatieprocedures - een opschorting van middelen van tenuitvoerlegging met zich brengt (‘stay’), en anderzijds de rechterlijke beslissing waarbij het tussen de schuldenaar en bepaalde schuldeisers gesloten minnelijk akkoord wordt goedgekeurd. De vaststelling dat de beslissing tot opening van de reorganisatieprocedure met het oog op een minnelijk akkoord onder voormelde uitsluiting van de Brussel I-verordening valt, en eveneens buiten het toepassingsgebied van de EIV valt, leidt tot de – ongewenste – conclusie dat de opschorting van middelen van tenuitvoerlegging niet noodzakelijk door een buitenlandse rechter zal worden aanvaard. Hierdoor bestaat het risico dat schuldeisers alsnog, via een buitenlandse rechter, tenuitvoerlegging kunnen nemen op het vermogen van de Belgische schuldenaar die in een reorganisatieprocedure zit. Minder problematisch is het eigenlijke minnelijke akkoord, eenmaal het tot stand is gekomen. Het feit dat de rechterlijke beslissing die het minnelijke akkoord goedkeurt noch door de Brussel I-Verordening, noch door de EIV is gevat, is in werkelijkheid een vals probleem: de rechterlijke goedkeuring van het minnelijk akkoord verleent geen enkele afdwingbare kracht op zich aan het akkoord, dat immers in essentie een overeenkomst blijft die enkel betrekking heeft tussen de partijen bij het minnelijk akkoord. Het vonnis dient enkel om een einde te stellen aan de reorganisatieprocedure enerzijds, en een mogelijke bescherming van de partijen te bieden bij een eventueel later faillissement (zie verder). Voor de uitwerking van het eigenlijke minnelijke akkoord biedt de “Rome I-Verordening”⁶ bijgevolg een oplossing voor het probleem van afdwingbaarheid tussen partijen en erkenning van het bestaan van de overeenkomst door derden. Dit is *a fortiori* zo voor het buitengerechtelijk minnelijk akkoord, waarover geen twijfel kan bestaan dat het een overeenkomst in de traditionele betekenis van het woord betreft. Het gevolg hiervan is dat als vertrekpunt moet worden aangenomen dat de in het kader van het Belgisch buitengerechtelijk minnelijk akkoord gemaakte afspraken afdwingbaar zijn, voor zover de overeenkomsten geldig tot stand zijn gekomen op grond van de krachtens de “Rome I-Verordening” toepasselijke wet op deze overeenkomst (zie art. 3, eerste lid).

Dit betekent evenwel niet dat hiermee voor minnelijke akkoorden binnen een reorganisatie naar Belgisch recht alle problemen van de baan zouden zijn. Indien de onderneming ondanks het minnelijk akkoord naderhand toch nog failliet verklaard wordt, verkrijgt de EIV terdege toepassing daar het faillissement een insolventieprocedure in de zin van de EIV uitmaakt. Als gevolg hiervan valt niet uit te sluiten dat de insolventieprocedure

⁴ Voluit: Verordening (EG) Nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PB L* 12 van 16 januari 2001.

⁵ Zie bv. OLG Celle 8 U 46/09, 8 september 2009 (DL), zoals aangehaald en kritisch beoordeeld door: J. PAYNE, “Cross-Border Schemes of Arrangement and Forum Shopping”, University of Oxford Legal Research Paper, juni 2013, 25-26, (www.ssrn.com).

⁶ Voluit: Verordening (EG) Nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *PB L* 177 van 4 juli 2008.

aangaande de vennootschap (of bepaalde onderdelen ervan) zal worden beheerst door het recht van een andere EU-lidstaat, waarvan de bepalingen kunnen strijden met de overeenkomstig Belgisch recht gemaakte afspraken en/of geen bevoorrechte positie verlenen aan de partijen die het minnelijk akkoord hebben gesloten.⁷ Tevens is te wijzen op de bescherming die het bij rechterlijke beslissing goedgekeurde minnelijk akkoord biedt in geval van later faillissement van de schuldenaar, met name doordat het akkoord ontsnapt aan bepaalde faillissementsrechtelijke niet-tegenstelbaarheden indien het akkoord tot stand kwam tijdens de zogeheten “verdachte periode”.

De vraag rijst bijgevolg of het geen aanbeveling verdient om ook de gerechtelijke reorganisatie door minnelijk akkoord (evenals diens buitenlandse equivalenten) onder het toepassingsgebied van de EIV te brengen. Ook het voorstel van de Europese Commissie tot wijziging van de EIV (*infra*, randnr. 35) gaat in die richting.

B. “Europese insolventieprocedure”

5. Opdat de bepalingen van de EIV toepassing zouden verkrijgen, is voorts vereist dat de in de bijlagen opgesomde collectieve procedures een voldoende aanknopng met de EU hebben; het moet om “Europese” insolventieprocedures gaan. Deze aanknopng wordt gezocht in de ligging van het “centrum van de voornaamste belangen” van de debiteur, afgekort zijn “COMI” genoemd (dit staat voor het “*centre of main interests*”). Zoals verder in deze bijdrage zal blijken, komt deze notie in wezen overeen met de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk en op een voor derden herkenbare wijze het beheer over zijn belangen voert. Het COMI van vennootschappen valt bijgevolg in de praktijk veelal samen met hun operationele hoofdkantoor, en dus met de notie “werkelijke zetel” in het internationaal privaatrecht van bepaalde EU-lidstaten.

6. Wanneer het COMI van een debiteur wordt gelokaliseerd op het grondgebied van een EU-lidstaat (maar niet op dat van Denemarken) verkrijgt de EIV toepassing. In Engelse rechtspraak werd kort na de inwerkingtreding van de EIV al beslist dat het voor de toepasselijkheid van de verordening niet is vereist dat de insolvente vennootschap kwalificeert als een EU-vennootschap in de zin van artikel 54 VWEU; ook buiten de EU geïncorporeerde vennootschappen vallen volgens die rechtspraak onder de toepassingsfeer van de EIV zodra hun COMI binnen de EU is gelegen.⁸ Wat hiervan ook moge wezen (deze

⁷ Zie in het bijzonder over deze problemen maar dan bekeken vanuit het standpunt van Groot-Brittannië en zijn poging om zo veel als mogelijk reorganisatieprocedures naar zich toe trekken: J. PAYNE, “Cross-Border Schemes of Arrangement and Forum Shopping”, University of Oxford Legal Research Paper, juni 2013, 32p. (www.ssrn.com).

⁸ Dit werd o.m. beslist door het High Court of Justice London, Chancery Division Companies Court, 7 februari 2003, “Re BRAC Rent-a-car”, *All England Reports* 2003, afl. 2, 201 (deze zaak betrof een wereldwijd actieve vennootschap opgericht naar het recht van Delaware. Zij stelde geen personeel tewerk in de VSA, dit terwijl het meeste personeel zich in Londen bevond. Dit zette de Engelse rechter ertoe aan om te besluiten dat het COMI van die vennootschap in het Verenigd Koninkrijk was gelegen, en dat hij bijgevolg op grond van de EIV bevoegd was om te oordelen over haar reorganisatie, niettegenstaande eerder over haar een chapter 11-procedure in de VSA was geopend); High Court of Justice Leeds, Chancery Division Companies Court, 20 mei 2004, “C14net”, *ZIP* 2004, 1769 (dit betrof opnieuw een in de VSA geïncorporeerde vennootschap die hoofdzakelijk economisch actief was in Engeland). Deze rechtspraak wordt met gemengde gevoelens onthaald in de rechtsleer. Sommigen wijzen erop dat de EIV zich beperkt tot binnen de EU opgerichte vennootschappen, onder meer omdat zij enkel de goede werking van de “interne markt” wil verzekeren. Voor een overzicht van de diverse visies in dit verband en/of commentaar, zie o.m.: K. PANNEN, *European Insolvency Regulation*, Berlijn, De

rechtspraak wordt bekritiseerd in de rechtsleer), het mag logisch klinken dat de EIV enkel verbindend is voor de lidstaten van de Europese Unie, en dus enkel gevolgen kan teweegbrengen voor wat betreft de vennootschapsactiva die zich op hun grondgebied bevinden.⁹ Omgekeerd is de EIV niet toepasselijk wanneer het COMI van een – zelfs krachtens het recht van een EU-lidstaat geïncorporeerde – vennootschap buiten de EU wordt gelokaliseerd, ook al heeft die vennootschap een vestiging of goederen binnen de EU liggen.

Afdeling 2. Het algemene raamwerk van de EIV

7. Wanneer aan voornoemde materiële en territoriale aanknopingspunten is voldaan, verkrijgt de EIV toepassing met betrekking tot de goederen die op het grondgebied van de EU zijn gelegen. Zoals reeds werd aangestipt in de inleiding, concentreren de belangrijkste EIV-bepalingen zich rond: (i) de territoriale bevoegdheid van lidstaten voor het afhandelen van Europese insolventieprocedures, (ii) de aanwijzing van het nationaal insolventierecht toepasselijk op deze procedures, en (iii) de erkenning van de in deze procedures genomen rechterlijke beslissingen in alle andere EU-lidstaten. Men kan nu al opmerken dat omwille van efficiëntieredenen in de EIV ervoor werd geopteerd om aansluiting te vinden bij het principe van “*lex fori concursus*”. Dit impliceert dat als algemeen uitgangspunt naar voren wordt geschoven dat een rechter zijn eigen nationaal insolventierecht mag toepassen op een door hem behandelde insolventieprocedure.

A. De bevoegdheidsregels voor de afhandeling van Europese insolventieprocedures

8. De EIV heeft tot op zekere hoogte een “universalistisch” karakter dat zijn neerslag vindt in het principe dat over een vennootschap slechts één hoofdinsolventieprocedure kan worden geopend waarin in beginsel alle activa en alle schuldeisers van de vennootschap worden betrokken, waar zij zich ook binnen de EU bevinden. Op dit “universalistisch” karakter werd evenwel een belangrijke afzwakking ingebouwd, onder de vorm van “territoriale” insolventieprocedures.¹⁰ Deze territoriale insolventieprocedures kunnen worden

Gruyter, 2007, 110-112; B. WESSELS, *Current topics of international insolvency law*, Deventer, Kluwer, 2004, 165.

⁹ Het nationaal recht van de lidstaten blijft m.a.w. ten volle spelen in zoverre het betrekking heeft op goederen die buiten de EU worden gelokaliseerd; het is het IPR van de lidstaat waar de insolventieprocedure wordt geopend dat zal bepalen of de boedel van de debiteur zich ook uitstrekt tot die activa. Zie: F. KORKMAZER, “Grensoverschrijdende aspecten van internationale insolventieprocedures voor rechtspersonen in een notendop”, *Cah. Jur.* 2008, (53) 55; V. MARQUETTE en K. SZYCHOWSKA, “Arrêt ‘MG Probud’: interrogations variées sur l’interprétation du règlement européen relatif aux procédures d’insolvabilité”, *JDE* 2010, (141) 141; F. PARREIN, “Europese Insolventieverordening”, *NjW* 2011, (246) 247; V. SAGAERT, “Internationaal privaatrecht: enkele actuele ontwikkelingen” in H. BRAECKMANS e.a. (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 253; B. WESSELS, *Internationaal insolventierecht*, Deventer, Kluwer, 2003, 189.

¹⁰ Het “universaliteitsbeginsel” houdt in dat voor één schuldenaar slechts één insolventieprocedure kan worden geopend waarbij alle activa en alle schuldeisers van die schuldenaar worden betrokken, waar deze zich ook mogen bevinden. Daartegenover staat het “territorialiteitsbeginsel”, d.i. de benadering waarbij met betrekking tot eenzelfde schuldenaar in meerdere landen simultane insolventieprocedures kunnen worden geopend, waarbij elke procedure slechts effect sorteert ten aanzien van de activa die zijn gelegen in het land waar de procedure wordt geopend. Met de EIV werd in de EU voor een tussenoplossing gekozen. Men was het universaliteitsbeginsel wel genegen, maar dit was politiek gezien niet haalbaar gelet op het sterk verschillend insolventierecht van de lidstaten. Zie considerans 11 van de preambule bij de EIV; F. KORKMAZER, “Grensoverschrijdende aspecten van internationale insolventieprocedures voor rechtspersonen in een notendop”, *Cah. Jur.* 2008, (53) 53-54; M. VEDER, *Cross-border insolvency proceedings and security rights: a comparison of dutch and german law, the EC insolvency regulation and the UNCITRAL model law on cross-border*

geopend in elke EU-lidstaat waar de insolvente vennootschap over een vestiging beschikt, en vatten per definitie alleen maar de activa die in die lidstaat aanwezig zijn. Hierna wordt kort bij beide categorieën insolventieprocedures stilgestaan.

1. De hoofdinsolventieprocedure en het COMI-begrip

9. De bevoegdheid om de hoofdinsolventieprocedure over een vennootschap te voeren, komt luidens artikel 3, eerste lid van de EIV toe aan de rechters van de EU-lidstaat waarin het COMI van de desbetreffende vennootschap is gelegen. Het mag duidelijk zijn dat over een vennootschap slechts één hoofdinsolventieprocedure kan worden geopend (een debiteur kan maar over één COMI beschikken), terwijl een territoriale procedure kan worden gevoerd in elke lidstaat waarin die vennootschap bijkomend is gevestigd. De invulling van het COMI-begrip speelt aldus een niet te miskennen rol in de afhandeling van Europese insolventieprocedures; het COMI bepaalt het bevoegde forum voor het voeren van de hoofdinsolventieprocedure en bijgevolg het op die procedure toepasselijk nationaal insolventierecht. In het licht hiervan mag het zonder meer verrassend worden genoemd dat de EIV geen definitie van het COMI-begrip bevat.¹¹ Aanwijzingen worden wel gevonden in considerans 13 van de preambule bij de verordening. Daarin wordt aangegeven dat *“het ‘centrum van de voornaamste belangen’ dient overeen te komen met de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn goederen voert en die daardoor als dusdanig voor derden herkenbaar is”*. Artikel 3, eerste lid van de EIV bevat verder voor vennootschappen een weerlegbaar vermoeden, dat helpt bij het rechtszeker bepalen van hun COMI. Voor vennootschappen wordt *“zolang het tegendeel niet is bewezen, het centrum van de voornaamste belangen vermoed de plaats van de statutaire zetel te zijn”*.

10. Gelet op de cruciale rol van de lokalisatie van het COMI voor de afhandeling van Europese insolventieprocedures is het gemakkelijk te begrijpen waarom de concrete weerlegging van het vermoeden ten voordele van de statutaire zetel al op zo veel aandacht van de rechtspraak heeft mogen rekenen. Vooral het grote gemak waarmee Engelse rechtbanken onmiddellijk na de inwerkingtreding van de EIV de bevoegdheid aanvaardden om hoofdinsolventieprocedures te openen over vennootschappen die buiten de EU hun statutaire zetel hadden gevestigd (zie randnr. 6), deed de pertinente vraag rijzen hoe andere lidstaten op deze rechtspraak zouden reageren in intracommunautair verband. Een dergelijke soepele invulling van het COMI-begrip, en dus het min of meer eenvoudig weerlegd achten van het vermoeden ten gunste van de statutaire zetel, deed het gevaar ontstaan van positieve bevoegdheidsconflicten, waarbij rechters in verschillende lidstaten zich bevoegd verklaren voor het voeren van de hoofdinsolventieprocedure over één en dezelfde vennootschap. Dit risico bestond in het bijzonder bij groepinsolventies, nu in gevallen van sterk geïntegreerd groepsbeleid een groter risico bestond op het terzijde schuiven van het “statutaire zetel”-vermoeden van elk van de groepsvennootschappen. Ook in diverse zaken over groepinsolventies trokken in eerste instantie voornamelijk Engelse rechtbanken de

insolvency, Deventer, Kluwer, 2004, 83 e.v.; P. WAUTELET, “Grensoverschrijdende insolventie. Recente ontwikkelingen” in ORDE VAN ADVOCATEN KORTRIJK (ed.), *Internationale aspecten in de verschillende takken van het recht*, Brussel, Larcier, 2005, (299) 309.

¹¹ Het gebrek aan een definitie van het COMI-begrip in de EIV werd reeds tijdens de wetgevingsprocedure bekritiseerd. Zie het verslag over het voorstel voor een verordening van de Raad betreffende insolventieprocedures van de ‘Commissie juridische zaken en de interne markt’ (“rapport Kurt Lechner”), document A5-0039/2000, zoals aangehaald door AG KOKOTT in randnummer 56 van haar conclusie bij het verder in deze bijdrage aangehaalde arrest INTEREDIL. Veel heeft blijkbaar te maken met een discussie die bestond tussen Duitsland en Finland aan de ene kant en Luxemburg aan de andere kant.

jurisdictionele bevoegdheid naar zich toe door te oordelen dat het COMI van dochtervennootschappen gelokaliseerd moest worden op het COMI van hun moeder, enkel en alleen omdat de moeder in belangrijke mate de “zeggenschap” over hen had (de zgn. “*mind of management*”-aanpak); dat de dochters in hun lidstaat van oprichting het gros van hun economische activiteiten ontplooiden, werd daarbij vaak als ondergeschikt beschouwd.¹²

11. Het HvJ EU heeft in verschillende arresten komaf gemaakt met deze sterk geconsolideerde aanpak van groepinsolventies. Het zgn. “moederarrest” in dit verband is het in de rechtsleer veelvuldig becommentarieerde (en bekritiseerde) arrest EUROFOOD (2006).¹³ Dit arrest kaderde in het roemruchte faillissement van de Parmalat-groep, waarbij een procedureslag plaatsvond om het faillissement van dochtervennootschap Eurofood af te wikkelen voor een Ierse rechter (omdat haar statutaire zetel daar was gevestigd) dan wel voor een Italiaanse rechter (omdat de statutaire zetel van haar moeder Parmalat daar was

¹² Een vaak vermelde zaak in dit verband is de insolventie van *Daisytek*. Daisytek was een Amerikaanse groep van vennootschappen, waarvan de Europese dochters onder controle stonden van een Britse holdingvennootschap (Daisytek-ISA). De moedervennootschap (Daisytek Inc.) was in de VSA onder een “*Chapter 11*”-procedure geplaatst. Kort daarna hadden de bestuurders van de Britse holding aan de Britse rechtbanken gevraagd om de insolventie vast te stellen en te behartigen van alle Europese dochters van de groep door hun COMI in het Verenigd Koninkrijk te plaatsen. Enkele van deze dochters waren vennootschappen opgericht naar Frans en Duits recht, met dus statutaire zetel aldaar. De Britse rechter stond dit verzoek toe, na een beoordeling van het COMI voor iedere Europese dochtervennootschap afzonderlijk. Ondanks het feit dat de Franse en Duitse dochters het gros van hun activiteiten uitoefenden in respectievelijk Frankrijk en Duitsland, werd een doorslaggevend belang gehecht aan de hoge mate van controle die de Britse holding Daisytek-ISA op die activiteiten uitoefende, om het COMI van de Europese dochters in het Verenigd Koninkrijk te plaatsen (High Court of Justice Leeds, Chancery Division Companies Court, *TBH* 2004, 813). Terwijl de Duitse rechter er geen problemen mee had dat de Britse rechtbank de insolventie van de betrokken Duitse vennootschappen regelde (zie in eerste aanleg: LG Düsseldorf 6 juni 2003, *ZIP* 2003, 1363; en de bevestiging ervan in hoger beroep: OLG Düsseldorf 9 juli 2004, *RIW* 2005, 150), lag dit anders voor Frankrijk. In eerste aanleg verklaarde de rechtbank van Cergy-Pontoise zich op aansturen van de werknemers van de Franse dochter bevoegd voor het openen van de hoofdinsolventieprocedure van de Franse dochter, nu haar COMI niet in het Verenigd Koninkrijk maar in Frankrijk op de statutaire zetel lag. Deze beslissing werd in hoger beroep hervormd door het Hof van Beroep te Versailles, dat oordeelde dat de automatische erkenningsverplichting van de EIV ertoe leidde dat de Franse rechter niet de bevoegdheid had om zelfs nog maar na te gaan of de Engelse rechter het COMI terecht in Engeland had gelegd (Cour d’appel Versailles, 4 september 2003, *TBH* 2004, 820 met noot C. BARBÉ). Dit werd naderhand bevestigd door het Franse Hof van Cassatie (Cour de Cassation 27 juni 2006, *Gazette du Palais* 14 juli 2006, 7). Zie over deze en andere zaken m.b.t. de lokalisatie van het COMI bij groepinsolventies: A. DE WILDE, “Vennootschapsgroepen en grensoverschrijdende insolventies: een braakliggend terrein” in X (ed.), *Liber amicorum Achilles Cuypers*, Brussel, Larcier, 2009, 57-79; K. PANNEN, *European Insolvency Regulation*, Berlijn, De Gruyter, 2007, 133-198; P. WAUTELET, “Some considerations on the center of the main interests as jurisdictional test under the European Insolvency Regulation” in G. AFFAKI (ed.), *Faillite internationale et conflit de juridictions: regards croisés transatlantiques / Cross-border insolvency and conflict of jurisdictions: a US-EU experience*, Brussel, Bruylant, 2007, 73-104.

¹³ HvJ 2 mei 2006, zaak C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd.*, *Jur.* 2006, I-03854 (hierna: “arrest EUROFOOD”). Voor commentaren bij dit arrest zie o.m.: T. BACHNER, “The Battle over Jurisdiction in European Insolvency Law – ECJ 2.5.2006, C-341/04 (Eurofood)”, *ECFR* 2006, 310-329; A. BERENDS, “Judicial Decisions Involving Questions of Private International Law. The Eurofood Case: One Company, Two Main Insolvency Proceedings: Which one is The Real One?”, *N.I.L.R.* 2006, 331-361; P. DECLERCQ, “Forum Shopping met de COMI [Centre of Main Interests] aan banden gelegd?”, *NTER* 2006-188-193; A. DE WILDE, “Vennootschapsgroepen en grensoverschrijdende insolventies: een braakliggend terrein” in X (ed.), *Liber amicorum Achilles Cuypers*, Brussel, Larcier, 2009, (57) 74-76; F. JAULT-SESEKE en D. ROBINE, “L’interprétation du Règlement n° 1346/2000 relatif aux procédures d’insolvabilité, la fin des incertitudes?”, *Revue critique de droit internationale privé* 2006, 811-831; G. KHAIRALLAH, “The ‘Centre of the Debtor’s Main Interests’: Comments on the Eurofood Judgment of the ECJ” in W. –G. RINGE, L. GULLIFER en P. THÉRY (eds.), *Current Issues in European Financial and Insolvency Law. Perspectives from France and the UK*, Oxford, Hart Publishing, 2009, 111-122; V. MARQUETTE, “Insolvabilité transfrontalière des groupes de sociétés: le rappel à l’ordre de la CJCE en faveur d’une interprétation stricte de la notion de centre des intérêts principaux du débiteur”, *TBH* 2006, 804-809.

gevestigd). Wijzend op het vermoeden dat het COMI van een vennootschap wordt geacht op haar statutaire zetel te liggen, merkte het HvJ EU op dat het COMI voor “elke” groepsvennootschap afzonderlijk moet worden vastgesteld. Van belang in dit verband is dat het HvJ EU aangaande de invulling van het COMI voor elk individueel lid van de groep wees op de omschrijving van het COMI in de preambule bij de EIV. Dit liet het HvJ EU toe teponeren dat “[...] *het centrum van de voornaamste belangen moet worden geïdentificeerd aan de hand van de criteria die zowel objectief als voor derden verifieerbaar zijn. Deze objectiviteit en deze verifieerbaarheid voor derden zijn noodzakelijk om de rechtszekerheid en de voorspelbaarheid van de bepaling van de voor de opening van een hoofdinsolventieprocedure bevoegde rechter te garanderen. Deze rechtszekerheid en deze voorspelbaarheid zijn des te belangrijker nu de bepaling van de bevoegde rechter overeenkomstig artikel 4, lid 1, van de verordening mede het toepasselijke recht bepaalt*”.¹⁴

12. Het HvJ EU acht dus het perspectief van derden doorslaggevend bij de lokalisatie van het COMI van (groep)vennootschappen. Derden moeten vooraf in de mogelijkheid kunnen verkeren om te weten welke lidstaat voor de opening van de hoofdinsolventieprocedure over hun debiteur bevoegd zal zijn, gelet op de cruciale rol hiervan voor hun rechtspositie in de afwikkeling van de insolventie. De statutaire zetel zal hierbij veelal van doorslaggevend belang zijn, nu (potentiële) schuldeisers er vaak van zullen uitgaan dat de vennootschap op die plaats het beheer over haar belangen voert; het gaat immers officieel om de “zetel” van de vennootschap.¹⁵ Dit inzicht zette het HvJ EU er wellicht toe aan om te concluderen dat het vermoeden van artikel 3, eerste lid van de EIV slechts in uitzonderlijke omstandigheden kan worden weerlegd, met name “*indien 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*”.¹⁶ Het HvJ EU specificeerde niet waaruit dit bewijs concreet zou moeten bestaan, maar beperkte zich tot het geven van twee “extreme” voorbeelden. Enerzijds merkte het HvJ EU op dat het vermoeden zou kunnen worden weerlegd in het geval van een “*brievenbusvennootschap*” die geen enkele activiteit uitoefent op het grondgebied van de lidstaat waar haar maatschappelijke zetel is gevestigd.¹⁷ Anderzijds verduidelijkte het HvJ EU dat wanneer een vennootschap wel economische activiteiten uitoefent op het grondgebied van de lidstaat waar haar statutaire zetel is gevestigd, het loutere feit dat de economische keuzes van die vennootschap (kunnen) worden bepaald door haar moeder, niet volstaat ter weerlegging van het vermoeden.

Tussen deze twee extreme gevallen in bestaat evenwel overduidelijk een grijze zone waarin afhankelijk van het oordeel van de aangezochte bodemrechter het vermoeden ten voordele van de statutaire zetel al dan niet als weerlegd kan worden beschouwd. Daarbij moet volgens het HvJ EU steeds worden gekeken naar wat derden werkelijk als het “centrum van de voornaamste belangen” van de vennootschap beschouwen. Dat de economische keuzes van een vennootschap door haar buitenlandse moeder of een andere in het buitenland gevestigde persoon (kunnen) worden genomen, zal hierbij ongetwijfeld een rol spelen, maar is slechts één van de vele factoren die derden in overweging nemen ter bepaling van het COMI van hun

¹⁴ Zie overweging 33 arrest EUROFOOD.

¹⁵ Zie in deze zin ook: J. ARMOUR, “Abuse of European Insolvency Law? A Discussion” in R. DE LA FERIA en S. VOGENAUER (eds), *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, Oxford, Hart, 2011, (157) 159 (“*Bearing in mind that the location of the registered office may well – particularly in today’s world of internet searches – be easier for creditors to ascertain than other indicia which may point to where the debtor regularly administers its interests, and the significance attached to ascertainable criteria, it is arguable that the presumption should be treated as rebutted only in extreme cases*”).

¹⁶ Zie overweging 34 arrest EUROFOOD.

¹⁷ Zie overweging 35 arrest EUROFOOD.

debiteur. Het HvJ EU laat verder in het duister welke factoren derden erop kunnen wijzen dat het COMI van hun debiteur niet op de statutaire zetel is gelegen. In elk geval volstaat hiervoor niet het loutere feit dat tussen twee vennootschappen een vermenging van financiële rekeningen of ongebruikelijke financiële relaties bestaan; dergelijke elementen laten zich moeilijk door derden verifiëren, zo maakte het HvJ EU duidelijk in het arrest RASTELLI (2011).¹⁸ Dat het HvJ EU geen verdere concrete richtlijnen geeft aangaande de invulling van het COMI-concept, ligt in de lijn van de taakverdeling tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties in de context van een prejudiciële procedure: de rol van het HvJ EU beperkt zich tot het interpreteren van het Unierecht, en derhalve tot het vastleggen van de abstracte criteria die de nationale rechter moeten toelaten om het COMI in een concrete aangelegenheid te bepalen.¹⁹ De lokalisering van het COMI blijft een feitelijke aangelegenheid, waarover enkel de rechter kan oordelen bij wie het verzoek tot opening van de hoofdinsolventieprocedure wordt ingediend (tenzij een andere rechter reeds zou hebben geoordeeld dat het COMI van de vennootschap in zijn jurisdictie is gelegen).

13. Illustraties aangaande de wijze waarop de Belgische rechtspraak overgaat tot de invulling van het COMI-concept, betreffen de door het Hof van Beroep te Luik gevelde arresten van 25 januari 2007 en 28 april 2011.²⁰ Daarin werd telkenmale besloten dat het vermoeden ten gunste van de statutaire zetel niet wordt weerlegd indien in het concrete geval blijkt dat de statutaire zetel op het briefhoofd wordt vermeld en/of dat op de statutaire zetel de boekhouding wordt gevoerd, de vennootschapsorganen functioneren, het management vergadert, een activiteit wordt gevoerd of een bankrekening is geopend (al dan niet cumulatief). Voor zover deze objectieve elementen relatief eenvoudig door derden kunnen worden geverifieerd, moet deze rechtspraak worden bijgetreden.

2. De territoriale procedures en het vestigingsbegrip

14. Territoriale procedures kunnen door een EU-lidstaat alleen maar worden geopend voor zover de insolvente vennootschap over een “vestiging” in diens jurisdictie beschikt. De loutere aanwezigheid van vermogensbestanddelen en bankrekeningen volstaat daarvoor volgens het HvJ EU niet.²¹ De notie “vestiging” is, luidens artikel 2, (h) van de EIV, een plaats van handeling waar de schuldenaar met behulp van mensen en goederen een

¹⁸ HvJ 15 december 2011, zaak C-191/10, *Rastelli Davide e C. Snc tegen Jean-Charles Hidoux*, beschikbaar op <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0191:NL:HTML> zoals becommentarieerd door o.m.: R. DAMMANN en F. MÜLLER, “Coup d’arrêt de la CJEU au mécanisme de l’extension en cas de confusion de patrimoines”, *Recueil Dalloz* 2012, 406-410; F. JAULT-SESEKE, “Incidences d’une situation de confusion des patrimoines dans le cadre du règlement Insolvabilité: la Cour de cassation applique les réponses données par la CJEU dans l’arrêt Rastelli du 15 décembre 2011”, *Recueil Dalloz* 2012, 1803-1807; C. PAULUS, “Zur Erweiterung des Hauptinsolvenzverfahrens über das Vermögen einer Gesellschaft auf eine in einem anderen Mitgliedstaat ansässige zweite Gesellschaft (“Rastelli”)", *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 2012, 87-88; A. VAN HOE, “Samengevoegde afwikkeling van faillissementen: het Europees Hof van Justitie stelt de grenzen scherp”, *RW* 2012, 140-143.

¹⁹ Zie ook: I. VEROUGSTRAETE, “Collectieve procedures van insolventie: opening van de procedure en enkele andere bevoegdheidsproblemen in het IPR-Wetboek”, *TBH* 2005, (646) 651 (die ook opmerkt dat als gevolg hiervan het Hof van Cassatie alleen maar marginaal mag toetsen of het rechtsconcept COMI niet is geschonden) maar vergelijk met bv.: A. LOOIJESTIJN-CLEARIE, “The Insolvency Regulation and Cross-Border Corporate Mobility in the Light of the Interdil Ruling”, *DAOR* 2012, (177) 184 (die het arrest EUROFOOD net om die reden bekritiseert).

²⁰ Zie respectievelijk Luik 25 januari 2007, *JLMB* 2007, 1231; Luik 28 april 2011, *TBH* 2012, 165.

²¹ Zie onder meer het later in deze bijdrage aangehaalde arrest INTEREDIL.

economische activiteit uitoefent die niet tijdelijk van aard is.²² Deze definitie stemt overeen met de traditionele betekenis die het HvJ EU aan het begrip “vestiging” geeft wanneer het wordt gevraagd zich uit te spreken over de conformiteit met het Unierecht van nationale maatregelen die het vrij verkeer van rechtspersonen belemmeren.²³

De opening van een territoriale procedure kan worden gevraagd door de curator van de hoofdprocedure, dan wel door elke andere persoon of autoriteit die krachtens het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de territoriale procedure wordt aangevraagd, bevoegd is om een insolventieprocedure aan te vragen (zie art. 29 EIV). Specifiek voor België betekent dit dat in België een territoriale insolventieprocedure kan worden geopend niet alleen door de vennootschap zelf en de curator in de buitenlandse hoofdprocedure, maar ook door één of meerdere schuldeisers van de vennootschap, het openbaar ministerie en de voorlopige bewindvoerder als bedoeld in artikel 8 van de Faillissementswet (zie art. 6 Faillissementswet).²⁴

15. Een territoriale insolventieprocedure kan – in tegenstelling tot de hoofdinsolventieprocedure – enkel de *liquidatie* tot doel hebben van de goederen die op het grondgebied zijn gelegen van de lidstaat waarin de procedure wordt gevoerd (zie art. 27 EIV). Dit kan tot problemen leiden in het geval de hoofdinsolventieprocedure de reorganisatie van de vennootschap betreft. Een bijzondere illustratie hiervan betreft het recent door het HvJ EU gevelde arrest *Bank HANDLOWY* (2012).²⁵ Dit arrest had betrekking op een in Frankrijk ingeleide reorganisatieprocedure (een zgn. “*procédure de sauvegarde*”) over de in Polen opgerichte vennootschap *Christianapol*. Ofschoon alle goederen van die vennootschap zich in Polen bevonden, oordeelde de Franse rechtbank dat haar COMI in Frankrijk was gelegen. Hiervoor werd een beroep gedaan op het gegeven dat *Christianapol* een volle dochteronderneming was van een Duitse vennootschap, die op haar beurt in handen was van een Franse vennootschap met COMI in Frankrijk.²⁶ *Christianapol* verkreeg in het raam van de Franse reorganisatieprocedure een herstelplan goedgekeurd, waarin werd overeengekomen dat

²² Interessante illustraties van deze regels betreffen: Cass. 27 juni 2008, *JLMB* 2008, 1222; *Pas.* 2008, 1749; *RW* 2011-12, 584; *TBH* 2009, 629; *Tijdschrift@ipr.be* 2009, afl. 1, 29 (het feit dat de gefailleerde erkent geen enkele activiteit in België te hebben verricht, volstaat niet om het bestaan van een vestiging uit te sluiten wanneer deze een inschrijving heeft in de KBO, over een BTW-nummer en RSZ-inschrijving beschikt die hem toelaat personeel tewerk te stellen en wanneer de door de eiser aangevoerde elementen, zoals het feit dat de gefailleerde zijn zaken vanuit België beheerde, niet worden onderzocht); Kh. Gent 21 februari 2006, *Tijdschrift@ipr.be* 2006, afl. 1, 47 (wanneer wordt vastgesteld dat een schuldeiser slechts is opgetreden nadat de Nederlandse curatoren de goederen naar Nederland hebben overgebracht en/of hebben verkocht, is de opening van een territoriale procedure in België niet langer mogelijk of opportuun; enerzijds is er in België geen vestiging meer, anderzijds zou een curator geen terugvordering kunnen instellen aangezien de goederen reeds vóór het instellen van de secundaire procedure zijn verplaatst of verkocht).

²³ Zie o.a. de traditionele arresten aangaande de invulling van het vestigingsbegrip: HvJ 25 juli 1991, zaak C-221/89, *The Queen tegen Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd en anderen*, *Jur.* 1991, I-03905, overweging 20; HvJ 30 november 1995, C-55/94, *Reinhard Gebhard tegen consiglio dell'ordine degli avvocati procuratori di Milano*, *Jur.* 1995, I-04165, overweging 25; HvJ 15 februari 1996, zaak C-53/95, *Inasti tegen Hans Kemmler*, *Jur.* 1996, I-00703, overweging 8 en 10.

²⁴ De hypothese dat een voorlopig bewindvoerder in de zin van art. 8 Faill.W. een territoriale procedure opent, veronderstelt evenwel dat voorheen zulke bewindvoerder werd aangesteld, hetgeen op zich de opening van een territoriale procedure in de zin van de EIV inhoudt, nu de aanstelling voorlopig bewindvoerder in Bijlage A van de EIV is opgenomen.

²⁵ Zie meer bepaald HvJ 22 november 2012, zaak C-116/11, *Bank Handlowy w Warszawie SA en PPHU ADAX/Ryszard Adamiak tegen Christianopol sp.*, *Jur.* 2012, nyr (hierna “arrest BANK HANDLOWY” genoemd).

²⁶ Merk op dat de advocaat-generaal twijfels had over het oordeel van de Franse rechter dat het COMI van de *Christianopol* in Frankrijk was gelegen, in het licht van de omstandigheid dat zijn gehele vermogen, met inbegrip van zijn productiebedrijf, zich in Polen op de statutaire zetel bevond. Zie conclusie KOKOTT van 24 mei 2012 (hierna “conclusie AG arrest BANK HANDLOWY” genoemd), randnr. 43.

de in het afbetalingsplan opgenomen schuldeisers werden terugbetaald in termijnen gespreid over tien jaar. Terwijl de vennootschap dit herstelplan correct naleefde, poogden twee schuldeisers buiten het Franse herstelplan om in Polen een liquidatieprocedure te openen over haar in Polen gelegen goederen. De opening van deze procedure zou verstrekkende gevolgen hebben voor de slaagkansen van het Franse herstelplan. Immers, de productie van Christianapol zou erdoor moeten worden gestaakt, met als gevolg dat de doelstellingen van de Franse saneringsprocedure zouden worden vrijdeld en de verwezenlijking van het herstelplan in gevaar kwam. Om die reden stelde de Poolse rechter aan het HvJ EU enkele prejudiciële vragen, die waren gebaseerd op de twee pistes die in de bodemprocedures werden ontwikkeld om de liquidatie van Christianapol te verwezenlijken.

De eerste piste betrof de mogelijkheid om in Polen een “hoofdinsolventieprocedure” over Christianapol te openen die haar liquidatie tot voorwerp had. Twee argumenten werden hiervoor in de Poolse bodemprocedures ontwikkeld. Enerzijds werd opgeworpen dat de Poolse rechter er niet toe was gehouden om de Franse *sauvegarde*-procedure over Christianapol te erkennen. Als reden hiervoor werd aangehaald dat de Franse rechter had vastgesteld dat Christianapol niet in een toestand verkeerde waarin zij was opgehouden te betalen. Bijgevolg zou er geen sprake zijn van een insolventieprocedure in de zin van de EIV waarvoor de automatische erkenningsplicht van artikel 16, eerste lid geldt. Het HvJ EU verwierp dit argument en oordeelde dat alle procedures die in de bijlagen bij de EIV zijn opgenomen als insolventieprocedures moeten worden beschouwd.²⁷ Anderzijds werd in de bodemprocedures opgeworpen dat de Poolse rechter bevoegd zou zijn om een hoofdprocedure over Christianapol te openen omdat de Franse hoofdprocedure een einde had genomen met de goedkeuring van het herstelplan. De achterliggende redenering hierbij is dat wanneer de hoofdprocedure over een schuldenaar is beëindigd, in een andere lidstaat over diezelfde schuldenaar een tweede hoofdprocedure zou kunnen worden geopend wanneer de voorwaarden hiertoe op grond van het insolventierecht van laatstgenoemde lidstaat zijn vervuld. Kort gezegd, oordeelt het HvJ EU dat het aan het insolventierecht van de hoofdinsolventieprocedure toekomt om te beslissen op welk tijdstip deze procedure wordt beëindigd, nu de EIV op dit vlak geen nadere bepalingen voorziet.²⁸ Dit leidt ertoe dat zolang

²⁷ Het HvJ EU drukte dit als volgt uit: “[u]it deze opname [van de Franse *sauvegarde*-procedure in bijlage A bij de verordening], over de gegrondheid waarvan geen prejudiciële vraag is gesteld, volgt dat de Franse *sauvegarde*-procedure binnen de werkingssfeer van de verordening valt, en voorts dat het geval van een schuldenaar zoals Christianapol, tegen wie een dergelijke procedure is geopend, voor de toepassing van deze verordening moet worden aangemerkt als een geval van insolventie” (overweging 35 arrest BANK HANDLOWY). Hierover bestond vroeger twijfel (zie bv.: H. EIDENMÜLLER, “Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law” in R. DE LA FERIA en S. VOGENAUER (eds.), *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, Oxford, Hart, 2011, (137) 152-153; A. VAN HOE en M. VANMEENEN, “Verleden, heden en toekomst van de Europese Insolventieverordening” in M. STORME (ed.), *Insolventie- en Beslagrecht*, Brugge, die Keure, Themis, academiejaar 2012-2013, (1) 21-29; B. WESSELS, “What is an insolvency proceeding anyway?”, *International Insolvency Law Review* 2011, 491-510). Hiermee hangt samen het oordeel van het HvJ EU dat de rechter in een secundaire procedure niet langer kan oordelen over de “insolventie” van de schuldenaar. De beoordeling van de staat van insolventie van de schuldenaar door de tot opening van de hoofdinsolventieprocedure bevoegde rechter is bindend voor rechters aan wie eventueel een verzoek om opening van een secundaire insolventieprocedure wordt voorgelegd. Zie voor meer informatie hieromtrent overweging 64 t.e.m. 74 arrest BANK HANDLOWY.

²⁸ Zie rechtsoverweging 52 arrest BANK HANDLOWY. Het HvJ EU heeft op dit vlak de advocaat-generaal gevolgd. Ook deze had geargumenteed dat er geen nood is om een autonome betekenis aan het begrip “beëindiging van de insolventieprocedure” te geven. De advocaat-generaal merkte hierbij wel op dat er moeilijkheden kunnen bestaan in hoofde van rechters om te oordelen vanaf wanneer een in een andere lidstaat geopende hoofdprocedure als beëindigd kan worden beschouwd. Om die reden wordt de Uniewetgever door de advocaat-generaal aangespoord om voor duidelijkheid te zorgen, bv. door de lidstaten op te roepen om mee te delen wanneer de insolventieprocedures vanuit nationaal gezichtspunt als beëindigd moeten worden beschouwd

de hoofdprocedure over een debiteur nog niet is beëindigd overeenkomstig het recht van de lidstaat waar deze procedure wordt gevoerd, er over die debiteur in een andere lidstaat enkel een secundaire insolventieprocedure (en dus geen hoofdprocedure) kan worden geopend. Wanneer de hoofdinsolventieprocedure over een debiteur daarentegen wel wordt geacht te zijn beëindigd overeenkomstig het recht van de lidstaat waarin deze was geopend, kan volgens het HvJ EU in een andere lidstaat eventueel wel een nieuwe hoofdinsolventieprocedure over die debiteur worden geopend, althans voor zover kan worden aangetoond dat het COMI van die debiteur sinds de opening van de eerste hoofdinsolventieprocedure naar die tweede lidstaat is verplaatst. Zoals terecht werd opgemerkt door de advocaat-generaal, bestaat er in dit verband een zeker spanningsveld met de erkenningsplicht die aan de EIV ten grondslag ligt. Zoals hierna zal worden verduidelijkt, dienen andere lidstaten de rechterlijke beslissing tot opening van de hoofdinsolventieprocedure, en derhalve de rechterlijke beslissing ter lokalisering van het COMI, te erkennen. Deze erkenningsplicht heeft tot gevolg dat wanneer de feitelijke omstandigheden zich niet hebben gewijzigd, niet tot een verplaatsing van het COMI mag worden besloten, vermits dit afbreuk zou doen aan de rechterlijk beslissing betreffende de lokalisatie van het COMI in de eerste hoofdprocedure.²⁹

De tweede – en in deze context meest relevante – piste betrof de mogelijkheid tot opening van een “secundaire insolventieprocedure” in de lidstaat waar zich het gehele vermogen van de schuldenaar bevindt ingeval in de lidstaat met de hoofdinsolventieprocedure een saneringsdoel wordt nagestreefd. In de rechtsleer bestond hierover twijfel, op grond van de overweging dat het in zulk geval openen van de secundaire procedure het effect van de hoofdprocedure volledig teniet zou kunnen doen.³⁰ Met het arrest BANK HANDLOWY heeft het HvJ EU verduidelijkt dat de opening van secundaire procedures steeds is toegestaan zodra in de desbetreffende lidstaat een vestiging van de vennootschap is gelegen, doch dat de rechters in die procedures rekening moeten houden met de doelstelling van de hoofdprocedure.³¹

of door een adequaat informatiesysteem tot stand te brengen. Zie conclusie AG arrest BANK HANDLOWY, randnrs. 28 t.e.m. 41.

²⁹ Zie conclusie AG arrest BANK HANDLOWY, randnr. 42 t.e.m. 45.

³⁰ Zie bv.: A. VAN HOE en M. VANMEENEN, “Verleden, heden en toekomst van de Europese Insolventieverordening” in M.E. STORME (ed.), *Insolventie- en Beslagrecht*, Brugge, die Keure, Themis, 2012, (1) 33-34 (met pleidooi voor de afschaffing van de regel dat secundaire insolventieprocedures steeds liquidatieprocedures moeten zijn). Zie in dit verband ook het voorstel van de Europese Commissie tot wijziging van de EIV, 12 december 2012, COM(2012) 744, zoals vermeld in randnr. 35.

³¹ Het HvJ EU drukte dit inzicht in overweging 59 e.v. als volgt uit. Het feit dat de opening van secundaire insolventieprocedures inherent is aan het systeem van de EIV, “neemt niet weg dat [...] de opening van een secundaire procedure, die volgens artikel 3, lid 3 van de verordening een liquidatieprocedure moet zijn, zou kunnen ingaan tegen de doelstelling van een hoofdprocedure die een saneringsprocedure is”. “Dienaangaande zij opgemerkt dat de verordening een aantal dwingende coördinatieregels bevat die [...] de noodzakelijke eenheid binnen de Gemeenschap moeten verzekeren. In dit systeem heeft de hoofdprocedure [...] een overwicht ten opzichte van de secundaire procedure”. “De curator van de hoofdprocedure beschikt derhalve over bepaalde prerogatieven die hem in staat stellen de secundaire procedure zo te beïnvloeden dat zij het saneringsdoel van de hoofdprocedure niet in gevaar brengt. Krachtens artikel 33, lid 1, van de verordening kan hij verzoeken om schorsing van de liquidatieverrichtingen voor een periode die weliswaar is beperkt tot drie maanden, maar die kan worden verlengd of vernieuwd voor perioden van dezelfde duur. Volgens artikel 34, lid 1, van deze verordening kan de curator van de hoofdprocedure voorstellen om de secundaire procedure te beëindigen door middel van een herstelplan, een akkoord of een vergelijkbare maatregel. Tijdens de in artikel 33, lid 1, van de verordening bedoelde schorsingsperiode is de curator van de hoofdprocedure, of de schuldenaar met zijn toestemming, krachtens artikel 34, lid 3, bij uitsluiting bevoegd om dit voor te stellen”. “Krachtens het in artikel 4, lid 3, VEU neergelegde beginsel van loyale samenwerking moet de tot opening van een secundaire procedure bevoegde rechter bij de toepassing van deze bepalingen rekening houden met de doelstellingen van de hoofdprocedure en de opzet van de verordening, die [...] beoogt een garantie te bieden voor efficiënte en

Hoewel de concrete verhouding tussen beide procedures nog niet geheel duidelijk is en aanleiding kan geven tot conflicten, staat met dit arrest alleszins vast dat schuldeisers ook bij reorganisatieprocedures in andere lidstaten secundaire insolventieprocedures mogen openen die de liquidatie van de aldaar gelegen vennootschapsgoederen beogen.

16. Verder kan voor de volledigheid worden opgemerkt dat territoriale insolventieprocedures zich kunnen voordoen in de verschijningsvorm van secundaire procedures (de regel) dan wel in de verschijningsvorm van zelfstandige procedures (de uitzondering). Terwijl secundaire territoriale procedures pas worden geopend nadat over de debiteur in een andere EU-lidstaat reeds een hoofdinsolventieprocedure wordt gevoerd, worden zelfstandige territoriale insolventieprocedures opgestart vóór de opening van een dergelijke hoofdprocedure. Territoriale procedures kunnen slechts op zelfstandige wijze worden geopend (i) wanneer de opening van een hoofdprocedure niet kan worden verkregen in verband met de voorwaarden die worden gesteld in de wetgeving van de lidstaat waar het COMI van de schuldenaar zich bevindt, dan wel (ii) wanneer de opening van de territoriale procedure is aangevraagd door een schuldeiser die zijn woonplaats, zetel of gebruikelijke verblijfplaats heeft in de lidstaat op het grondgebied waarvan de betrokken vestiging is gelegen of wiens vordering het resultaat is van een uit de exploitatie van de vestiging voortvloeiende verplichting (zie art. 3, vierde lid EIV).³² Zelfstandige insolventieprocedures kunnen in tegenstelling tot secundaire insolventieprocedures zowel liquidatie- als reorganisatieprocedures betreffen. Wanneer na de opening ervan in een andere lidstaat een hoofdinsolventieprocedure wordt opgestart, verkrijgt de zelfstandige insolventieprocedure het karakter van een secundaire insolventieprocedure, en verkrijgen de EIV-bepalingen inzake secundaire insolventieprocedures toepassing, althans voor zover de stand van de procedure zulks nog mogelijk maakt (zie art. 36 EIV). De curator van de hoofdinsolventieprocedure kan dan verzoeken om de eerder geopende territoriale reorganisatieprocedure om te zetten in een liquidatieprocedure, indien deze omzetting nuttig blijkt voor de belangen van de schuldeisers van de hoofdprocedure (zie art. 37 EIV).

3. De band tussen de hoofd- en secundaire insolventieprocedures

17. Om de Europese benadering van insolventieprocedures niet in het gedrang te brengen, werden in de EIV tussen de hoofd- en territoriale procedures de nodige bruggen gebouwd.³³

doeltreffende grensoverschrijdende insolventieprocedures door een dwingende coördinatie van de hoofdprocedure en de secundaire procedures die de voorrang van de hoofdprocedure verzekert".

³² Deze hypothesen betreffen alternatieve voorwaarden, zo heeft het HvJ EU duidelijk gemaakt. Zie HvJ 17 november 2011, zaak C-112/10, *Procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Antwerpen tegen Zaza Retail BV*, Jur. 2011, nyr, overweging 18 ("Deze bepaling heeft betrekking op twee situaties: ten eerste, de situatie waarin het onmogelijk is om een hoofdprocedure te openen in verband met de voorwaarden die worden gesteld in het recht van de lidstaat waar het centrum van de voornaamste belangen zich bevindt, en ten tweede, de situatie waarin om opening van een territoriale procedure in de lidstaat waar de schuldenaar een vestiging heeft, wordt verzocht door bepaalde schuldeisers die een bijzondere band met deze lidstaat hebben"). Vergelijk met de visie dat dit cumulatieve voorwaarden zouden zijn. Zie in deze zin o.m.: E. DIRIX en V. SAGAERT, "De Europese Insolventieverordening" in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, T. LYSSENS en E. VAN CAMP (eds.), *Gerechtigd Akkoord & Faillissement*, Mechelen, Kluwer, losbladig, III-30, nr. 28; F. PARREIN, "Europese Insolventieverordening", *NjW* 2011, (246) 250. Voor meer informatie hieromtrent, zie o.m. A. VAN HOE en M. VANMEENEN, "Verleden, heden en toekomst van de Europese Insolventieverordening" in M.E. STORME (ed.), *Insolventie- en Beslagrecht*, Brugge, die Keure, Themis, academiejaar 2012-2013, (1) 6-8.

³³ Zie hierover o.m.: M. RAIMON, "Centre des intérêts principaux et coordination des procédures dans la jurisprudence européenne sur le règlement relatif aux procédures d'insolvabilité", *Journal de Droit International* 2005, 739-762; P. TORREMAN, "The EU Council Regulation on Insolvency Proceedings: A step in the right

Zo wordt aan de curatoren in de verschillende insolventieprocedures een samenwerkingsplicht opgelegd.³⁴ Daarnaast, en belangrijker in het licht van het universalistisch karakter van de EIV, werd een “beginsel van wederzijds vertrouwen” in de EIV opgenomen. Dit beginsel zorgt ervoor dat de gevolgen van een (hoofd- of territoriale) insolventieprocedure krachtens het recht van de lidstaat waar de procedure is geopend, worden uitgebreid tot alle andere lidstaten. Centraal hierbij is de verplichting voor lidstaten om automatisch – en dus zonder enige vorm van controle of exequatur – over te gaan tot de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen uitgaande van een in een andere lidstaat gevestigde rechterlijke instantie betreffende de opening, het verloop en de beëindiging van een insolventieprocedure alsmede van alle andere beslissingen die daar rechtstreeks verband mee houden (zie art. 16, 17 en 25 EIV).³⁵ In het verlengde hiervan wordt door de EIV voorgeschreven dat de curator in de hoofdinsolventieprocedure in een andere lidstaat alle bevoegdheden kan uitoefenen die hem zijn verleend door het recht van de lidstaat waar de hoofdinsolventieprocedure is geopend, zolang in die andere lidstaat geen territoriale procedure is geopend of daar geen tegenstrijdige conservatoire maatregelen zijn getroffen na een verzoek tot opening van een dergelijke procedure (zie art. 18, eerste lid EIV).³⁶ Omgekeerd ontbeert de curator in een territoriale insolventieprocedure de bevoegdheid om buiten het territorium van zijn lidstaat te treden, tenzij om (i) een goed terug te vorderen dat na de opening van die procedure ten nadele van de schuldeisers in die procedure is verwijderd of om (ii) een vordering tot vernietiging van bepaalde rechtshandelingen in te stellen (zie art. 13 en 18, tweede lid EIV).³⁷

B. Het toepasselijk materieel insolventierecht

18. De territoriale bevoegdheidsregels werken eveneens door op het vlak van het toepasselijk insolventierecht. Als algemeen uitgangspunt stelt de EIV voorop dat het op een

direction?”), *Tijdschrift@ipr.be* 2002, afl. 2, (104) 128-135; V. SAGAERT, “Internationaal insolventierecht: enkele actuele ontwikkelingen” in H. BRAECKMANS e.a. (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 267-269; M. VIRGOS en F. GARCIMARTIN, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, Den Haag, Kluwer Law International, 2004, 225-248.

³⁴ Zie art. 31 EIV dat de verschillende curatoren o.a. verplicht om aan elkaar kennis te geven van alles wat voor de andere procedure van nut kan zijn. Omdat de EIV niet in sancties voorziet voor de niet-naleving van deze plichten, zouden zij vaak dode letter blijven, althans volgens A. DE WILDE, “Venootschapsgroepen en grensoverschrijdende insolventies: een braakliggend terrein” in X (ed.), *Liber amicorum Achilles Cuypers*, Brussel, Larcier, 2009, (57) 66; F. PARREIN, “Europese Insolventieverordening”, *NjW* 2011, (246) 251.

³⁵ Zie verder ook art. 33 EIV in verband met de schorsing van de liquidatie. De tenuitvoerlegging geschiedt luidens art. 25 EIV overeenkomstig de artikelen 31 tot en met 51 (met uitzondering van art. 34, tweede lid) van het zgn. “Executieverdrag” (Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PB* L 122 van 1972, zoals gewijzigd). Slechts twee uitzonderingen worden hierop voorzien, met name voor het geval waarin de erkenning of de tenuitvoerlegging als een beperking van de persoonlijke vrijheid of van het postgeheim zou leiden (zie art. 25, derde lid EIV), en (ii) voor het geval waarin de erkenning of de tenuitvoerlegging kennelijk in strijd zou zijn met de openbare orde van de erkennende of de tenuitvoerleggende lidstaat, in het bijzonder met de grondbeginselen ervan of met de grondwettelijk beschermde rechten en individuele vrijheden (zie art. 26 EIV). Met betrekking tot de tweede weigeringsgrond heeft het HvJ EU gepreciseerd dat deze slechts in zeer uitzonderlijke gevallen mag worden gehanteerd; dit is bijvoorbeeld het geval wanneer er een kennelijke schending voorligt van het hoorrecht (zie o.m. overweging 66 arrest EUROFOOD).

³⁶ Hij kan op grond van art. 33 EIV eveneens de liquidatieverrichtingen in het kader van de secundaire procedure schorsen voor een duur van maximaal 3 maanden.

³⁷ Meer informatie over de bevoegdheden van curatoren in procedures betreffende grensoverschrijdende insolventies, kan worden teruggevonden bij o.m.: J. VERLINDEN, “Over de bevoegdheden van de curator en compensatie na faillissement in internationale insolventieprocedures”, *TBH* 2006, 64-66; P. WAUTELET, “De rol van de curator in grensoverschrijdende insolventies” in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMEN en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 821.

insolventieprocedure toepasselijk nationaal recht het insolventierecht is van de lidstaat waar de insolventieprocedure wordt gevoerd (cf. “*lex fori concursus*”). Dit recht is bepalend voor alle rechtsgevolgen van de insolventieprocedure ten aanzien van de betrokken rechtssubjecten en rechtsbetrekkingen, en beheerst alle voorwaarden voor het openen, het verloop en het beëindigen van de procedure.³⁸ Met dit principe wordt in de EIV dus eveneens in een materiële verwijzingsregel voor Europese insolventies voorzien. Bij (het voorlopig?) gebrek aan elke harmonisatie op het vlak van het materieel insolventierecht zal de plaats van opening van een insolventieprocedure bijgevolg een belangrijke impact hebben op onder meer de rangorde van de schuldeisers in een liquidatieprocedure of de vereiste meerderheden voor de goedkeuring van een herstelplan in een reorganisatieprocedure.

19. De algemene verwijzingsregel van de *lex fori concursus* kent een aantal uitzonderingen. De belangrijkste betreft de rechten die de EIV als “zakelijk” bestempelt (d.i. onder meer de hypotheek, het pandrecht en het vruchtgebruik).³⁹ De modaliteiten inzake vestiging, geldigheid en draagwijdte van deze rechten worden in beginsel bepaald door het recht van de “*lidstaat waarin de zaken zich bevinden*” (*lex rei sitae*).⁴⁰ Deze verwijzingsregel impliceert dat de rechten die de titularis aan het zakelijk recht ontleent in een insolventieprocedure, worden onttrokken aan de *lex fori concursus*, en worden beheerst door de *lex rei sitae*, zelfs indien de hoofdinsolventieprocedure aangaande de debiteur in een andere lidstaat wordt gevoerd, en ongeacht of in het land van lokalisatie van de zaken al dan niet een secundaire insolventieprocedure is geopend. Op die manier wordt ervoor gezorgd dat de positie van een houder van een zakelijk recht niet in het gedrang wordt gebracht door de “universele” benadering die de EIV beoogt.

³⁸ Zie art. 4 EIV (voor een niet-limitatieve opsomming van aangelegenheden die door dat recht worden beheerst) en art. 28 EIV. In het licht van deze verplichting heeft het HvJ EU geoordeeld dat wanneer er enkel een hoofdinsolventieprocedure werd geopend (en dus geen secundaire insolventieprocedure), het de andere lidstaten niet is toegestaan om executiemaatregelen op grond van hun eigen wettelijke regeling te gelasten met betrekking tot de goederen die zich op hun grondgebied bevinden, wanneer dit niet is toegestaan krachtens de wettelijke regeling van de lidstaat waar de procedure werd geopend (HvJ 21 januari 2010, zaak C-44/07, *MG Probud Gdynia sp. z.o.o.*, *Jur.* 2010, I-00417). Het beginsel van wederzijds vertrouwen heeft verder onder meer tot gevolg dat de lidstaat op wiens grondgebied de hoofdinsolventieprocedure is geopend, bevoegd is om uitspraak te doen over een pauliaanse vordering gericht tegen een verweerder die zijn statutaire zetel in een andere lidstaat heeft (HvJ 12 februari 2009, zaak C-339/07, *Christopher Seagon tegen Deko Marty Belgium NV*, *Jur.* 009, I-00767) of dat de gevolgen voor individuele vervolgingen worden geregeld door het insolventierecht van de lidstaat waar de hoofdprocedure wordt gevoerd (HvJ 17 maart 2005, zaak C-294/02, *Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen AMI Semiconductor Belgium BVBA e.a.*, *Jur.* 2005, I-02175).

³⁹ Zie art. 5 EIV voor deze uitzondering en de concrete invulling van het begrip “zakelijke rechten”. Voor meer informatie, zie o.m.: E. DIRIX en V. SAGAERT, “Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese Insolventieverordening”, *TBH* 2001, 580-602; V. MARQUETTE, “L’incidence du règlement 1346/2000 relatif aux procédures d’insolvabilité sur les sûretés bancaires contractuelles” in M. TISON (ed.), *Bancaire en financiële zekerheden*, Brussel, Bruylant, 2004, 127-180; P. VEDER, *Cross-border insolvency proceedings and security rights: a comparison of Dutch and German law, the EC insolvency regulation and the UNCITRAL model law on cross-border insolvency*, Deventer, Kluwer, 2004, 468p.; N. WATTE, “L’opposabilité des sûretés dans le nouveau règlement européen des procédures d’insolvabilité”, *Rev.dr.ULB* 2001, 7-42. Andere uitzonderingen handelen over onder andere de verrekening, overeenkomsten betreffende onroerende goederen, arbeidsovereenkomsten, betalingssystemen en financiële markten (zie art. 6 t.e.m. 15 EIV). Inzake de uitzondering betreffende het eigendomsvoorbehoud (zie art. 7, eerste lid EIV), zie: HvJ 10 september 2009, zaak C-292/08, *German Graphics Graphische Maschinen GmbH*, *Jur.* 2009, I-8421.

⁴⁰ Onder “lidstaat waarin de zaken zich bevinden” wordt begrepen: (i) voor lichamelijke zaken de lidstaat op het grondgebied waarvan de zaak zich bevindt, (ii) voor zaken of rechten die de eigenaar of de rechthebbende in een openbaar register moet laten inschrijven, de lidstaat onder de autoriteit waarvan dat register wordt aangehouden en (iii) voor schuldvorderingen de lidstaat op het grondgebied waarvan het COMI van de derde-schuldenaar is gelegen (zie art. 2, (g) EIV).



Hoewel over de draagwijdte van deze specifieke verwijzingsregel enige onduidelijkheid bestaat, neigt een meerderheid in de rechtsleer naar een maximalistische interpretatie ervan, die inhoudt dat de titularis van het zakelijk (zekerheids)recht dat in een ander land is gelokaliseerd dan het land van de hoofdprocedure, geen enkele beperking ondergaat bij de uitoefening van zijn executierechten, zelfs indien het insolventierecht van de *lex rei sitae* in een vergelijkbare procedure beperkingen aan het executierecht zou opleggen.⁴¹ De titularis van het zakelijk recht kan met andere woorden handelen alsof er geen insolventieprocedure is. Het is duidelijk dat zulke maximalistische benadering de doelstellingen van de hoofdprocedure, in het bijzonder wanneer deze op de reorganisatie van de onderneming is gericht, in het gedrang kan brengen. De enige remedie bestaat erin dat aangestuurd wordt op de opening van een territoriale procedure in het land van lokalisatie van de zaken, waardoor de titularis van de zakelijke (zekerheids)rechten wel de mogelijke beperkingen die de *lex concursus* in dat land oplegt, zou moeten naleven. Zoals hoger reeds aangegeven, zijn de mogelijkheden hiertoe echter beperkt: de opening van een (secundaire) territoriale procedure veronderstelt het bestaan van een “vestiging” in dat land, en kan daarenboven enkel de liquidatie van de activa in dt land beogen. De toepassing van de *lex concursus* in het land van de secundaire procedure kan er wel toe leiden dat de uitoefening van de executierechten door de titularissen van de zakelijke (zekerheids)rechten tijdelijk wordt opgeschort of aan andere beperkende voorwaarden wordt onderworpen. .

20. De jurisdictionele bevoegdheidsregels en de daarmee samenhangende conflictregels tonen meteen de band aan tussen hoofd- en secundaire insolventieprocedures. Aan iedere schuldeiser (of partij die hem vertegenwoordigt) wordt de mogelijkheid toegekend om een vordering in te dienen in zowel de hoofdprocedure als iedere secundaire procedure die ten aanzien van zijn debiteur wordt geopend (zie art. 32 en 39 EIV).⁴² Elke insolventieprocedure kent zijn eigen afwikkeling van de in de desbetreffende lidstaat gelegen goederen volgens de daar geldende insolventieregels, dit terwijl de coördinatie wordt verzorgd door de curator en de rechtbank in de hoofdprocedure. Het principe hierbij is dat eventuele liquidatieoverschotten van de secundaire procedures worden toebedeeld aan de boedel in de hoofdprocedure, die dan op zijn beurt in beginsel wordt verdeeld of geherstructureerd volgens het op die procedure toepasselijke insolventierecht. Omgekeerd kunnen de nog niet voldane schuldeisers in secundaire procedures aan uitdelingen in andere procedures deelnemen zodra de schuldeisers van dezelfde rang of dezelfde categorie in die procedures een aan hen gelijkwaardige uitkering hebben ontvangen (zie art. 35 en 20.2 EIV).

Afdeling 3. Inherent tegenstrijdige doelstellingen van de EIV en diens implicaties

21. Met het bovenstaande raamwerk wil de EIV in essentie drie doelstellingen bereiken, te weten: (i) het oplossen van bevoegdheidsconflicten tussen lidstaten, (ii) het verschaffen van voorspelbaarheid inzake de bevoegde rechtbank gelet op het belang hiervan voor de rechtspositie van de betrokken partijen en (iii) het vermijden van forum shoppen via het

⁴¹ In deze zin o.m. E. DIRIX en V. SAGAERT, “Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese Insolventieverordening”, *TBH* 2001, 588-589; I. D’HAEYER, “Zakelijke zekerheidsrechten. Hun verwijzingsregel. Probleem van conflict mobile”, in *Liber amicorum Achilles Cuypers*, Brussel, Larcier, 2008, (81), 112

⁴² Om die reden wordt onder meer in een individuele kennisgeving voorzien om schuldeisers hiervan op de hoogte te stellen (zie art. 40 EIV). Bovendien wordt om hun rechten te vrijwaren, aan de curatoren van de hoofdprocedure en een secundaire procedure de verplichting opgelegd om in een andere procedure de vorderingen in te dienen die reeds zijn ingediend in de procedure waarvoor zij zijn aangewezen, voor zover zulks dienstig is voor de schuldeisers wier belangen zij behartigen (zie art. 32.2 EIV).

toekennen van de jurisdictionele bevoegdheid aan de EU-lidstaat die de nauwste banden met de debiteur heeft. In deze afdeling zal worden aangetoond dat deze doelstellingen in zekere mate contradictorisch zijn en daarom niet kunnen worden gegarandeerd. Uit deze vaststelling vloeien verschillende problemen en risico's voort, zeker wanneer de brug wordt gemaakt met de benadering die het HvJ EU hanteert op het domein van het recht op vrije vestiging van vennootschappen. Meer specifiek moet men hierbij denken aan (A) het risico op een “race to the courthouse”, (B) het risico op insolventierechtelijke reguleringsarbitrage aan de vooravond van de insolventie en (C) het bestaan van afbakeningsproblemen tussen het op de vennootschap toepasselijk nationaal vennootschaps- en insolventierecht.

A. De beoordelingsmarge inzake het COMI en het risico op een “race to the courthouse”

22. Er werd hierboven reeds aangestipt dat aan de EIV in wezen een “beginsel van wederzijds vertrouwen” ten grondslag ligt. Centraal hierbij is de verplichting voor lidstaten om automatisch – en dus zonder enige vorm van controle of exequatur – over te gaan tot de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen uitgaande van een in een andere lidstaat gevestigde rechterlijke instantie betreffende de opening, het verloop en de beëindiging van een insolventieprocedure alsmede van alle andere beslissingen die daar rechtstreeks verband mee houden. In het arrest EUROFOOD verduidelijkte het HvJ EU onder meer dat “*artikel 16, lid 1, eerste alinea, van de verordening aldus moet worden uitgelegd dat de door een rechter van een lidstaat geopende hoofdinsolventieprocedure moet worden erkend door de rechters van de andere lidstaten, zonder dat zij de bevoegdheid van de rechter van de lidstaat waar de procedure is geopend kunnen toetsen*”.⁴³

Het vertrouwensbeginsel vereist volgens het HvJ EU dat rechters zich ervan weerhouden om een nieuwe hoofdinsolventieprocedure te openen zodra zulke procedure in een andere lidstaat is geopend.⁴⁴ Aan belanghebbende partijen die de bevoegdheid van de rechter in de hoofdprocedure willen betwisten, staat slechts één middel ter beschikking. Zij dienen “*voor de rechters van de lidstaat waar deze procedure werd geopend gebruik te maken van de in het nationale recht van deze lidstaat voorziene mogelijkheden om beroep in te stellen tegen de beslissing tot opening van de procedure*” (zie overweging 43 arrest EUROFOOD). Andere lidstaten mogen zich hier niet over uitspreken; zij moeten erop vertrouwen dat de beslissing conform de EIV is genomen. De enige mogelijkheid waarover zij beschikken, is het aanspannen van een procedure voor het HvJ EU op grond van artikel 259 VWEU wanneer zij

⁴³ Zie overweging 44 arrest EUROFOOD. Met dit oordeel maakte het HvJ EU brandhout van de in de rechtsleer verdedigde stelling dat de erkenningsverplichting van artikel 16 van de EIV niet zou gelden in het geval dat de rechter in de hoofdprocedure zich ten onrechte bevoegd had verklaard; daarbij werd een beroep gedaan op een letterlijke lezing van die EIV-bepaling, waarin wordt gesproken over de erkenning van elke beslissing tot opening van een insolventieprocedure genomen door een “bevoegde” rechter. Zie voor deze stelling o.m.: P. MANKOWSKI, “Kurzkommentar”, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 2003, 1767; M. MENJUCQ, “Premières applications du règlement sur les procédures d’insolvabilité et premières controverses”, *Juris Classeur Périodique* 2004, jur. II, 10.007; en voor een toepassing ervan: Kh. Tongeren 20 februari 2003, *TBH* 2004, 70, noot T. KRUGER (waarin werd geoordeeld dat wanneer het COMI van een vennootschap op Belgisch grondgebied is gelegen, de Belgische rechtbanken bevoegd zijn tot opening van de hoofdprocedure over die vennootschap, ook al is er reeds op dat ogenblik tot haar faillietverklaring beslist in een andere lidstaat).

⁴⁴ Het HvJ EU bevestigt hiermee in feite considerans 22 bij de EIV. Het mag logisch klinken dat in deze omstandigheden evenmin een beroep mag worden gedaan op de exceptie van openbare orde, zoals neergelegd in artikel 25, vijfde lid en 26 EIV. Zie ook bv.: V. MARQUETTE en K. SZYCHOWSKA, “Arrêt ‘MG Probud’: interrogations variées sur l’interprétation du règlement européen relatif aux procédures d’insolvabilité”, *JDE* 2010, (141) 143.

werkelijk de mening zijn toegedaan dat een lidstaat zich al te gemakkelijk bevoegd heeft verklaard voor het voeren van de hoofdprocedure.

23. Het principe dat de bevoegdheid van de rechter die als eerste een hoofdinsolventieprocedure opent, onaantastbaar is, houdt het risico in van een “race to the courthouse”. Dit risico is inherent verbonden aan het gebruik van de COMI als territoriaal aanknopingspunt voor de hoofdinsolventieprocedure. Nu de concrete invulling van het COMI-begrip een feitelijke aangelegenheid is, beschikken bodemrechters onvermijdelijk over een zekere appreciatiemarge bij het opnemen van hun bevoegdheid in insolventiezaken. De insolventiepraktijk leert hierbij dat nationale rechters – ondanks de rechtspraak van het HvJ EU – nog steeds geneigd blijven om relatief gemakkelijk de jurisdictionele bevoegdheid op te nemen wanneer zij door een of andere partij worden gevat om de hoofdinsolventieprocedure over een vennootschap te openen.⁴⁵ Naargelang het geval doen rechters hiervoor een beroep op de overweging dat (i) de vennootschap in hun jurisdictie is geïncorporeerd (waarbij zij het dan onvoldoende bewezen achten dat het COMI van de vennootschap op een andere plaats dan die van haar binnenlandse statutaire zetel is gelegen), dan wel dat (ii) zij het op grond van de feiten bewezen achten dat het COMI van de vennootschap niet op haar buitenlandse statutaire zetel maar in het binnenland is gelegen. Dit neemt evenwel niet weg dat rechters naar verluidt steeds meer zouden samenwerken om te achterhalen waar het COMI van een vennootschap is gelegen, zoals onder meer wordt geïllustreerd door de in randnr. 25 aangehaalde zaak *Hans Brochier*.⁴⁶

24. In de mate rechtbanken geneigd zijn om in te gaan op het verzoek van eisende partijen om bevoegdheid op te nemen voor het openen van een hoofdinsolventieprocedure, laat het bestaande systeem ruimte voor *forum shopping*, d.i. ruimte voor partijen om de aanvraag tot opening van de hoofdprocedure in de ene of de andere lidstaat in te dienen, dit omwille van de reputatie van een bepaalde rechtbank of het daar toepasselijk insolventierecht. De eiser die het eerst een beslissing bekomt, zal hierbij vaak in het voordeel zijn. Een “race to the courthouse” tussen de vennootschap en (bepaalde) schuldeisers en/of tussen verschillende categorieën van schuldeisers is bijgevolg mogelijk, weliswaar binnen de abstracte grenzen waarbinnen het HvJ EU een weerlegging van het “statutaire zetel-vermoeden” toelaatbaar acht.⁴⁷ Het moge evident zijn dat hiermee tot op zekere hoogte afbreuk wordt gedaan aan de

⁴⁵ Voor een aantal zaken (waaronder PIN Group, Eurotunnel en Hellas Telecommunications), zie o.m.: B. WESSELS, “Multinational groups of companies under the EC insolvency regulation: where do we stand?”, *Ondernemingsrecht* 2009, 244-245; P. WAUTELET, “Some considerations on the center of the main interests as jurisdictional test under the European Insolvency Regulation” in G. AFFAKI (ed.), *Faillite internationale et conflit de juridictions: regards croisés transatlantiques / Cross-border insolvency and conflict of jurisdictions: a US-EU experience*, Brussel, Bruylant, 2007, 73-104.

⁴⁶ Althans volgens A. KASTRINO, “Interpretation and Application of the COMI Definition by Domestic Courts” in B. WESSELS en P. OMAR (eds.), *The European Insolvency Regulation: An Update*, Nottingham/Parijs, Insol Europe, 2010, (3) 17, met verdere verwijzing naar C. PAULUS, “The aftermath of ‘Eurofood’ – Ben Q Holding BV and the deficiencies of the ECJ decision”, *Insolvency Intelligence* 2007, (85) 87.

⁴⁷ Zie bv.: L. ENRIQUES en M. GELTER, “Regulatory Competition in European Company Law and Creditor Protection”, *EBOR* 2006, (417) 439 D. MARTIN en D. PORACCHIA, “Company Mobility through cross-border transfers of registered offices within the European Union – A new challenge for French law”, *Journal du droit international* 2010, afl. 2, (5) randnr. 119; G. MCCORMACK, “Time to Revise the European Insolvency Regulation” in B. WESSELS en P. OMAR (eds.), *The European Insolvency Regulation: An Update*, Nottingham/Parijs, Insol Europe, 2010, (75) 79; M. MENJUCQ, “Towards the end of the real seat in Europe” in M. TISON, H. DE WULF, C. VAN DER ELST en R. STEENNOT (eds.), *Perspectives in Company Law and Financial Law Regulation. Essays in honour of Eddy Wymeersch*, CUP, 2009, (124) 130; V. MARQUETTE, “Insolvabilité transfrontalière des groupes de sociétés: le rappel à l’ordre de la CJCE en faveur d’une interprétation stricte de la notion de centre des intérêts principaux du débiteur”, *TBH* 2006, (804) 811; L. LOPUCKI, *Courting Failure. How competition for big cases is corrupting the bankruptcy courts*, University of Michigan Press, 2005, 217-218.

doelstelling van de EIV om enerzijds bevoegdheidsconflicten tussen EU-lidstaten uit te schakelen en anderzijds voorspelbaarheid te verschaffen over de bevoegde rechtbank gelet op het belang hiervan voor de rechtspositie van de betrokken partijen; noch schuldeisers noch de vennootschap kunnen ingevolge die “*race to the courthouse*” op voorhand met zekerheid inschatten in welke EU-lidstaat de hoofdinsolventieprocedure zal worden gevoerd, en aldus naar welk nationaal recht de insolventie in hoofdzaak zal worden afgewikkeld.

B. COMI-verschuivingen in een poging tot reguleringsarbitrage op insolventierechtelijk vlak

25. Nauw verbonden met de problematiek van de “*race to the courthouse*” is de praktijk waarbij quasi-insolvente ondernemingen op de vooravond van hun insolventie hun COMI naar een andere EU-lidstaat (proberen te) verschuiven met het oog op het toepassen van de meest geschikt geachte regulering op insolventierechtelijk vlak (‘reguleringsarbitrage’). Vennootschappen kunnen namelijk rechters trachten te beïnvloeden in hun beslissing tot het opnemen van de internationale bevoegdheid voor het afhandelen van de hoofdinsolventieprocedure door hun statutaire zetel naar hun jurisdictie te verplaatsen en/of daar voortaan hun hoofdkantoor te vestigen. Aangezien vennootschappen rechtstreeks aan de vrijheid van vestiging het recht ontlenen om hun werkelijke zetel – dus hun COMI - intracommunautair te verplaatsen zonder onderbreking te moeten ondergaan in de continuïteit van hun rechtspersoonlijkheid, staat hen principieel niets in de weg staat om dit te doen.⁴⁸

Vooraf in verband met Duitse vennootschappen zijn duidelijke voorbeelden bekend van het vrijwillig verplaatsen van het COMI naar het buitenland, alvorens daar een aanvraag tot opening van een insolventieprocedure – meer bepaald een reorganisatieprocedure - in te dienen. Tot de bekendste en in de rechtsliteratuur meest besproken voorbeelden behoren de zaken *Schefenacker*, *Deutsche Nickel* en *Hans Brochier*. In elk van deze drie zaken trachtte een Duitse vennootschap – meestal met succes – haar COMI naar het Verenigd Koninkrijk te verplaatsen door zich onder meer naar daar te herincorporeren, en zich als dusdanig om te vormen tot een Britse vennootschap middels een of andere techniek van algemene rechtsopvolging.⁴⁹ In de zaak *Schefenacker* wou men voornamelijk gebruik maken van de

⁴⁸ Zie voor de achterliggende motivering hiervoor: K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen binnen de EU en regelgevende competitie op het vlak van het vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, Reeks Instituut Financieel Recht, binnenkort te verschijnen.

⁴⁹ Dit werd als volgt bewerkstelligd. Er werden vaak twee nieuwe Engelse vennootschappen opgericht, waarbij de aandelen van de verhuizende Duitse vennootschap werden overgedragen naar een van deze twee vennootschappen. Vervolgens werd de Duitse vennootschap omgezet in een GmbH&CoKG (d.i. een commanditaire vennootschap met als onbeperkt aansprakelijke vennoot een kapitaalvennootschap), waarin de twee Engelse vennootschappen als vennoot optraden. De rol van onbeperkte aansprakelijke vennoot werd vertegenwoordigd door de Engelse vennootschap die de aandelen van de verhuizende vennootschap had overgenomen. Kort na deze omzetting werd de beperkt aansprakelijke vennoot (de andere Engelse vennootschap) ontbonden, hetgeen zijn wegval als vennoot in de GmbH&CoKG betekende. Het wegvallen van die vennoot heeft naar Duits recht tot gevolg dat ook de GmbH&CoKG ontbonden moet worden en dat het vermogen van de GmbH&CoKG automatisch aanwast bij dat van de onbeperkt aansprakelijke vennoot (de Engelse vennootschap die de aandelen van de verhuizende Duitse vennootschap had overgenomen). Op die manier werd het vermogen van de oorspronkelijke Duitse vennootschap zonder onderbreking in de rechtspersoonlijkheid overgedragen op een Engelse vennootschap, met aldus statutaire zetel in het VK. Zie over deze zaken o.m.: H. DE WULF en L. VAN DEN STEEN, “Enkele IPR-problemen uit het economisch recht: het mogelijke conflict tussen lex concursus en lex societatis, de effecten op rekening, en Europees getinte class actions in de VS” in J. ERAUW en P. TAELEMAN (eds.), *Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal*, XXXVste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2009, (391) 440-443; W.-G. RINGE, “Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation”, *EBOR* 2008, 585-588. Men moet opmerken dat

soepelere Engelse bepalingen voor de omzetting van schuld in kapitaal (“*debt-for-equity swap*”), terwijl men in de zaak *Deutsche Nickel* zich vooral wou beroepen op de lagere quota voor het goedkeuren van een herstelplan voorzien in het Engelse recht (75 %) in vergelijking met het Duitse recht (95 %). In de zaak *Hans Brochier* daarentegen mislukte de verplaatsing van het COMI. De reden hiervoor was dat de werknemers van Hans Brochier een insolventieaanvraag indienden bij het Duitse gerecht, dat zich internationaal bevoegd verklaarde en daarbij een beroep deed op de Duitse openbare orde om de erkenning van de eerder genomen Engelse beslissing tot opening van de insolventieprocedure te weigeren.⁵⁰ Ofschoon zij hiertoe niet verplicht was (de Duitse weigering tot erkenning is zonder twijfel in strijd met het vertrouwensbeginsel van de EIV), trok de Engelse rechtbank haar beslissing tot opening van de hoofdinsolventieprocedure in en stelde vast dat Hans Brochier zelfs niet over een vestiging in Engeland beschikte.

26. Inzake de gevolgen van het grensoverschrijdende verschuiven van het COMI (al dan niet via het herincorporeren van de vennootschap) springt vooral het arrest INTEREDIL (2011) in het oog.⁵¹ Daarin verduidelijkte het HvJ EU dat “*de laatste plaats waar het COMI zich bevindt, moet worden beschouwd als de relevante plaats om te bepalen welke rechter bevoegd is om een hoofdinsolventieprocedure te openen*”.⁵² Dit leidt ertoe dat “[w]anneer, zoals in het hoofdgeding, de statutaire zetel vóór indiening van een verzoek tot opening van een insolventieprocedure is verplaatst, [...] de plaats van de nieuwe statutaire zetel [...] [wordt] vermoed het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar te zijn [...], tenzij het vermoeden van artikel 3, lid 1, van de verordening wordt weerlegd door het bewijs dat het centrum van de voornaamste belangen de zetelverplaatsing niet is gevolgd”.⁵³ Het oordeel van het HvJ EU lijkt onvermijdelijk te impliceren dat verschillende nationale anti-misbruikregelingen op gespannen voet met de EIV komen te staan.⁵⁴ Men kan hierbij in de eerste plaats denken aan de Franse regeling op grond waarvan COMI-verplaatsingen niet worden erkend ingeval zij binnen de zes maanden vóór de insolventieaanvraag hebben plaatsgevonden.

In elk geval behoeft het geen betoog dat het INTEREDIL-arrest perspectieven biedt voor reguleringsarbitrage op insolventierechtelijk vlak door quasi-insolvente ondernemingen, zeker

deze omvorming werd doorgevoerd op een tijdstip waarop de RGF nog niet in werking was getreden. Zoals in randnr. 32 zal blijken, kan deze statutaire zetelverplaatsing thans gemakkelijker worden verwezenlijkt via een zgn. “*downstream merger*”.

⁵⁰ Zie ook bv.: J. SCHMIDT, “Eurofood Three Years On: The Concept of COMI and Ordre Public Revisited” in B. WESSELS en P. OMAR (eds.), *The European Insolvency Regulation: An Update*, Nottingham/Parijs, Insol Europe, 2010, (19) 31.

⁵¹ HvJ 20 oktober 2011, zaak C-396/09, *Interedil Srl, in vereffening tegen Fallimento Interedil Srl, en Intesa Gestione Crediti SpA*, Jur. 2011, nyr (hierna: “arrest INTEREDIL”); Conclusie van advocaat-generaal KOKOTT van 10 maart 2011 (hierna: “conclusie AG arrest INTEREDIL”). Voor commentaren op dit arrest, zie o.m.: T. BIERMEYER, “Case C-396/09 *Interedil Srl*, Judgment of the Court of 20 October 2011, not yet reported Court guidance as to the COMI concept in cross-border insolvency proceedings”, *MJ* 2011, 581-587; R. DAMMANN en A. ALBERTINI, “L’arrêt Interedil de la CJEU: notion de centre des intérêts principaux”, *La Semaine Juridique – entreprise et affaires* 2012, 25-32; A. LOOIJESTIJN-CLEARIE, “The Insolvency Regulation and Cross-Border Corporate Mobility in the Light of the Interedil Ruling”, *DAOR* 2012, 177-193; G. MOSS, “Head office functions test triumphs in ECJ: Interedil”, *Insolvency Intelligence* 2011, 126-127; A. VAN HOE, “De reikwijdte van de vestigingsvrijheid in het vennootschapsrecht en het insolventierecht: convergentie of divergentie?”, *TRV* 2012, 65-80.

⁵² Zie overweging 54 arrest INTEREDIL.

⁵³ Zie overweging 56 arrest INTEREDIL.

⁵⁴ Zie ook conclusie AG arrest INTEREDIL, randnr. 48 ; H. EIDENMÜLLER, “Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law” in R. DE LA FERIA en S. VOGENAUER (eds.), *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, Oxford, Hart, 2011, (137) 147, vn. 42..

in combinatie met de vastgestelde ‘*race to the courthouse*’. Dit inzicht strijdt zonder meer met de doelstelling van de EIV om zulke vorm van reguleringsarbitrage te vermijden: vennootschappen kunnen door de verplaatsing van hun COMI op de vooravond van hun insolventie van nationaal recht veranderen dat hun insolventie zal beheersen, met alle gevolgen van dien voor de rechtspositie van de schuldeisers.

C. De afbakeningsproblemen tussen het toepasselijk insolventierecht en vennootschapsrecht en het risico op “cherry picking”

27. Van een gans andere orde dan de voorgaande problemen zijn de afbakeningsmoeilijkheden die kunnen bestaan tussen het op de (bijna) insolvente vennootschap toepasselijk insolventierecht en vennootschapsrecht. Om dit verband te begrijpen, dient men terug te koppelen naar de huidige stand van het recht op vrije vestiging, zoals verwezenlijkt door het HvJ EU in de arresten SEGERS, DAILY MAIL, CENTROS, ÜBERSEERING, INSPIRE ART, SEVIC, CARTESIO en VALE.⁵⁵ Sinds die arresten is het zonder meer duidelijk geworden dat lidstaten slechts weinig – om niet te zeggen geen – ruimte meer hebben om hun lokaal vennootschapsrecht toe te passen op vennootschappen die geldig zijn opgericht en bestaan overeenkomstig het recht van een andere EU-lidstaat, en die aldaar dus hun statutaire zetel hebben gevestigd (hierna “het herkomstlandbeginsel” genoemd). Op grond van deze rechtspraak moet onder meer worden aangenomen dat het HvJ EU de gevolgen van de werkelijke zetelleer (en dus ook de Belgische) strijdig acht met artikel 49 VWEU voor zover zij ertoe leiden dat binnenlands vennootschapsrecht wordt opgedrongen aan buitenlandse EU-vennootschappen met werkelijke zetel in het binnenland. In contrast met deze rechtspraak staat de benadering van de EIV, die lidstaten toelaat om binnenlands insolventierecht toe te passen bij de weerlegging van het vermoeden dat het COMI op de buitenlandse statutaire zetel is gelegen. Dit leidt tot de contradictorische situatie waarbij lidstaten desgevallend wel hun insolventierecht maar niet hun vennootschapsrecht mogen opdringen aan vreemde EU-vennootschappen. Om die reden werd in de rechtsleer – op niet geheel overtuigende wijze – bepleit dat de EIV in dit opzicht zou strijden met de interpretatie die het HvJ EU aan de vrijheid van vestiging geeft.⁵⁶

28. Dat de terugkoppeling door de EIV naar het COMI van vennootschappen (in plaats van naar hun statutaire zetel) niet als dusdanig als strijdig met het recht op vrije vestiging mag

⁵⁵ Voor een analyse van deze arresten evenals verdere verwijzingen naar de omvangrijke literatuur wordt verwezen naar: K. MARESCEAU, “Het vrij vestigingsrecht, de problematiek van de zetelverplaatsing en zijn impact op het internationaal privaatrecht: een stand van zaken na de zaak Cartesio”, *TBH* 2009, 581-609; K. MARESCEAU, “De grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen binnen de Europese Unie na de arresten Cartesio en Vale”, *TBH* 2013, 231-255; K. MARESCEAU, *De grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen binnen de EU en regelgevende competitie op het vlak van het vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, te verschijnen.

⁵⁶ Het argument dat de EIV zou strijden met de vrijheid van vestiging werd vooral ontwikkeld door W.-G. RINGE, “Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation”, *EBOR* 2008, (579) 608-614 (zoals hernoemen in: W.-G. RINGE, “Strategic Insolvency Migration and Community Law” in W.-G. RINGE, L. GULLIFER en P. THÉRY (eds.), *Current Issues in European Financial and Insolvency Law. Perspectives from France and the UK*, Oxford, Hart Publishing, 2009, (71) 98-104). Zie verder ook bv.: M. SZYDLO, “Prevention of Forum Shopping in European Insolvency Law”, *EBOR* 2010, (253) 271 met verdere verwijzing naar RINGE en G. BITTER, “Niederlassungsfreiheit für Kapitalgesellschaften in Europa: Gläubigerschutz in Gefahr?” in M. MCGUIRE en A. TIETZE (eds.), *Europäisches Privatrecht: Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht*, Stuttgart, Boorberg, 2005, (299) 311-312). Voor de argumentatie waarom deze stelling moet worden verworpen, zie: K. MARESCEAU, *De grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen binnen de EU en regelgevende competitie op het vlak van het vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, te verschijnen.

worden beschouwd, betekent hoegenaamd niet dat aan de EU-lidstaten een vrijgeleide zou worden verleend in het uittekenen van de contouren van hun insolventierecht. Aan lidstaten komt het niet toe om een bepaalde rechtsregel als vennootschapsrechtelijk dan wel als insolventierechtelijk te kwalificeren, gelet op de impact ervan op het al dan niet kunnen opdringen van de desbetreffende rechtsregel. Anders oordelen, zou erop neerkomen dat lidstaten het herkomstlandbeginsel op het domein van het vennootschapsrecht zouden kunnen omzeilen door welbepaalde (schuldeiserbeschermende) regels, niet via hun vennootschapsrecht, maar via hun insolventierecht (of onrechtmatige daad) te introduceren (de zgn. “*Flucht in das Insolvenzrecht*”).⁵⁷ In het licht hiervan bestaat in de Europese rechtsleer dan ook min of meer overeenstemming over het feit dat de formele indeling door een lidstaat van een welbepaalde regel in zijn vennootschapsrecht of in zijn insolventierecht niet doorslaggevend kan zijn vanuit het standpunt van het vrij vestigingsrecht; de grensoverschrijdende vestiging wordt beschermd tegen elke belemmerende bepaling, ongeacht tot welke rechtstak deze bepaling *formeel* behoort.⁵⁸

29. Vraag is dan uiteraard welk *functioneel* criterium doorslaggevend moet zijn in de afbakening tussen de regels van het vennootschapsrecht en de regels van het insolventierecht, teneinde te kunnen bepalen of een lidstaat een welbepaalde rechtsregel al of niet mag opdringen aan buitenlandse EU-vennootschappen met COMI in het binnenland. In de rechtsleer bestaan hierover de meest uiteenlopende zienswijzen.⁵⁹ De belangrijkste discussie speelt zich af in de context van de vraag naar de aansprakelijkheid van bestuurders of controlerende aandeelhouders voor de (nakende) insolventie van de door hen bestuurd of gecontroleerde vennootschap. Meer bepaald rijzen deze kwalificatieproblemen op het vlak van (i) de plicht tot tijdige aangifte van de insolventie en de aansprakelijkheid voor de miskennis van die plicht, (ii) de problematiek van de doorbraak van de rechtspersoonlijkheid, (iii) de aansprakelijkheid voor het aangaan van verbintenissen in naam van de vennootschap terwijl men als bestuurder wist of redelijkerwijze moest weten dat de vennootschap die verbintenissen niet meer zou kunnen honoreren, en (iv) de

⁵⁷ Zie o.m.: J. ARMOUR, “Who should make corporate law? EC Legislation versus Regulatory Competition” in J. HOLDER en C. O’CINNEIDE (eds.), *Current Legal Problems*, OUP, 2005, (369) 402; L. ENRIQUES en M. GELTER, “Regulatory Competition in European Company Law and Creditor Protection”, *EBOR* 2006, (417) 449; W. RINGE, “Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation”, *EBOR* 2008, (579) 608 (met verdere verwijzingen); A. VAN HOE, “De reikwijdte van de vestigingsvrijheid in het vennootschapsrecht en het insolventierecht: convergentie of divergentie?”, *TRV* 2012, (65) 76 (met verdere verwijzingen).

⁵⁸ Zie evenwel: R. DOTEVALL, “Creditor protection and branches of foreign companies – between company law and insolvency law” in P.K. ANDERSEN en K.E. SORENSEN (eds.), *Company Law and Finance*, Kopenhagen, Thomson, 2008, (77) 83 (“*In relation to other interests groups, in order to get efficient, well-balanced and effective creditor protection it is important to remove the rules on the directors’ duties to creditors from the realm of company law*”); C. KERSTING en C. SCHINDLER, “The ECJ’s Inspire Art Decision of 30 September 2003 and Its Effects on Practise”, *German Law Journal* 2003, (1276) 1290 (“*Existenzvernichtungshaftung (liability for ruining the company) [...] or liability for undercapitalization can only be applied to foreign companies if they are understood as institutes of the law of torts or of insolvency law*”); H. MERKT, “Creditor Protection and Capital Maintenance from a German Perspective”, *EBLR* 2004, (1045) 1057 (“*[A] tort law based solution would, as a general legal principle, be immune to findings that it violates the principle of freedom of establishment*”); D. SKEEL, “European Implications of Bankruptcy Venue Shopping in the U.S.”, *Buffalo Law Review* 2006-2007, (439) 460 (“*Lawmakers who wish to attract companies to their country will focus on reforming company rather than insolvency law because company law can be exported. Similarly, lawmakers who wish to prevent companies that are physically located in the country from evading regulatory restrictions can achieve this effect through insolvency regulation*”)

⁵⁹ Voor een overzicht van de verschillende opvattingen, verdere verwijzingen en eigen stellingname, zie: K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen binnen de EU en regelgevende competitie op het vlak van het vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, Reeks Instituut Financieel Recht, te verschijnen.

aansprakelijkheid van bestuurders voor hun kennelijke grove fout die heeft bijgedragen tot het faillissement.

Dit gebrek aan consensus is trouwens niet alleen relevant voor individuele vennootschappen, maar doet zich in versterkte mate voor bij groepsvennootschappen. Bij zulke vennootschappen dreigen de bestuurders van de (ultieme) moeder te worden gekwalificeerd als de feitelijke bestuurders van de insolvente (klein)dochter, als gevolg waarvan de mogelijkheid bestaat dat zij op grond van de *lex societatis* van de insolvente (klein)dochter aansprakelijk worden geacht voor het faillissement van de (klein)dochter.

30. Dat bovengenoemde kwalificatieproblemen rechtsonzekerheid kunnen teweegbrengen voor vennootschappen bij de grensoverschrijdende ontplooiing van hun economische activiteiten, mag duidelijk zijn. Ondanks de rechtspraak van het HvJ EU op het domein van het vrij vestigingsrecht blijft er voor bestuurders en controlerende aandeelhouders van vennootschappen met COMI buiten hun incorporatielidstaat namelijk naar de praktijk toe twijfel bestaan over de regels die op hen toepasselijk zullen zijn bij de nakende insolventie van hun vennootschap. Dit leidt tot onzekerheid, onder meer op het vlak van de maatstaf aan de hand waarvan hun aansprakelijkheid zal worden beoordeeld, en bijgevolg inzake het gedrag dat zij aan de dag moeten leggen tijdens de duurtijd van hun vennootschap. Op die manier dreigt het herkomstlandbeginsel dat het HvJ EU op het domein van het vennootschapsrecht zo sterk naar voor heeft gebracht, *de facto* ten dele te worden ondergraven.

Omgekeerd draagt een breuk tussen het toepasselijk vennootschapsrecht en het toepasselijk insolventierecht in de huidige stand van het Unierecht het risico in zich dat afbreuk wordt gedaan aan het regime dat lidstaten inzake de bescherming van vennootschapsschuldeisers hebben uitgewerkt. In werkelijkheid gaan vennootschapsrecht en insolventierecht onlosmakelijk hand in hand en vormen zij samen een veruitwendiging van de visie die jurisdicties hebben op (de maatschappelijk rol van) vennootschappen. Terwijl de ene jurisdictie schuldeisers voornamelijk kan beschermen via een stringent vennootschapsrecht (“*ex ante*”-benadering), kunnen andere jurisdicties deze bescherming voornamelijk nastreven via een stringent insolventierecht (“*ex post*”-benadering). Dit verschil in benadering toont aan dat de breuk tussen het toepasselijk vennootschapsrecht en het toepasselijk insolventierecht, die noodzakelijkerwijze met een weerlegging van het vermoeden van artikel 3, eerste lid van de EIV gepaard gaat, tot op de dag van vandaag het risico inhoudt dat ondernemers van een dubieus allooi tussen de mazen van het net proberen te vallen, dit door middel van de oprichting van vennootschappen in lidstaten met een flexibeler vennootschapsrecht (“*ex post*”-benadering) om hun bedrijf uit te oefenen in jurisdicties met een schuldenaarsvriendelijker insolventierecht (“*ex ante*”-benadering).⁶⁰ Dit fenomeen wordt in de relevante literatuur ook wel “cherry-picking” genoemd.

⁶⁰ Zie bv.: H. EIDENMÜLLER, “Free Choice in International Company Insolvency Law in Europe”, *EBOR* 2005, (423) 435 (“By combining the company law of one Member State with the bankruptcy law of another, those modules could be selected that best fit the needs of shareholders and managers but not necessarily those of creditors (*‘cherry-picking’*)”); A. SCHALL, “European Framework for the Mobility of Companies” in K. VAN HULLE en H. GESELL (eds.) *European Corporate Law*, Baden-Baden, Nomos, 2006, (3) 10 (“The legal uncertainties caused by the COMI approach may well prevent healthy competition of company laws on the Single Market (as wished by the ECJ) and rather attract businessmen of dubious virtue seeking shelter from clear cut laws and registration requirements”).

Afdeling 4. Naar een nieuwe territoriale aanknopingspunt voor insolventieprocedures: afschaffing van het COMI-concept

31. Een alternatieve benadering voor de territoriale aanknopingspunt van (hoofd)insolventieprocedures zou erin kunnen bestaan om af te stappen van het COMI-concept, en de bevoegdheid uitsluitend te bepalen aan de hand van de aanknopingspunt aan de statutaire zetel van de insolvente vennootschap. In wezen zouden met de afschaffing van het COMI-concept drie voordelen kunnen worden verkregen.

Een eerste voordeel zou zijn dat hiermee zowel aan (bestuurders van) vennootschappen als aan hun schuldeisers *ex ante* rechtszekerheid wordt verschaft over het nationaal recht dat een eventuele insolventie van de vennootschap zal beheersen. De bevoegde insolventierechtbank en het toepasselijk insolventierecht zouden dan steeds worden bepaald aan de hand van de lokalisatie van de statutaire zetel op het ogenblik waarop het verzoek tot opening van de insolventieprocedure wordt ingediend. Omdat over de lokalisatie van de statutaire zetel geen twijfel kan bestaan, zou een “*race to the courthouse*” derhalve niet langer vruchten kunnen afwerpen. Een tweede voordeel dat met een dergelijke wijziging van de EIV zou worden verkregen, houdt verband met de convergentie die dan zou worden gecreëerd tussen de vennootschapsrechtelijke en de insolventierechtelijke regels toepasselijk op vennootschappen die op hun insolventie afstevenen. Beide categorieën regels zouden dan steeds worden aangeleverd door één en dezelfde lidstaat, de incorporatielidstaat, hetgeen (het risico op) de schizofrene situatie zou vermijden waarbij vennootschappen aan de ene kant worden gereguleerd door het flexibeler vennootschapsrecht van een lidstaat maar aan de andere kant zouden ontsnappen aan zijn strenger insolventierecht (cf. het fenomeen van “*cherry-picking*”). Een derde voordeel dat met een exclusief teruggrijpen naar de statutaire zetel als relevant conflictenrechtelijk aanknopingspunt zou worden verkregen, ligt in het verlengde van de twee voorgaande voordelen. Meer bepaald zou met de afschaffing van het COMI-concept eveneens een oplossing worden bekomen voor de afbakeningsproblemen die bestaan tussen regels van het vennootschapsrecht en regels van het insolventierecht. Bestuurders van vennootschappen zouden hierdoor onder meer weten naar welke wettelijke normen zij zich dienen te schikken bij de nakende insolventie van hun vennootschap, zodat in dit opzicht geen obstakels voor de grensoverschrijdende vestiging binnen de EU meer zouden kunnen bestaan.

32. Daartegenover staat dat de afschaffing van het COMI-concept en de aanknopingspunt aan de statutaire zetel op het ogenblik van het openen van een insolventieprocedure duidelijk reguleringsarbitrage voor de onderneming zou faciliteren. Wanneer in de EIV exclusief zou worden teruggekoppeld naar de lokalisering van de statutaire zetel als aanknopingspunt voor het bepalen van de bevoegde rechter en het toepasselijk insolventierecht, zouden vennootschappen door de verplaatsing van hun statutaire zetel over de grenzen heen niet enkel de keuze van het toepasselijke vennootschapsregime, maar terzelfder tijd eveneens het (potentieel) toepasselijke insolventierecht moduleren. In dit verband moet worden opgemerkt dat bij gebrek aan een Veertiende Vennootschapsrichtlijn vooralsnog onduidelijkheid bestaat of de grensoverschrijdende verplaatsing van de statutaire zetel als dusdanig in alle omstandigheden als een vestigingstechniek kan worden beschouwd, en daardoor te allen tijde op grond van de vrijheid van vestiging kan worden gegarandeerd. In elk geval kunnen vennootschappen een dergelijke zetelverplaatsing veelal ook op een onrechtstreekse manier bewerkstelligen middels een zgn. “*downstream merger*”.⁶¹ Dit is de techniek waarbij de

⁶¹ Zie bv.: W. BRATTON, J. MCCAHERY en E. VERMEULEN “How does Corporate Mobility Affect Lawmaking? A Comparative Analyse”, ECGI Working Paper No. 91, www.ecgi.org, 2 (en verschenen in *the American*

verhuizende vennootschap een vennootschap opricht in de EU-lidstaat waarheen zij wenst te verhuizen, waarna laatstgenoemde vennootschap de verhuizende vennootschap opslorpt. Omdat zulke fusie op grond van de rechtspraak van het HvJ EU en de Richtlijn Grensoverschrijdende Fusies geen aanleiding geeft tot een onderbreking in de continuïteit van de rechtspersoonlijkheid van de opgeslorpte vennootschap, kan deze veelal van deze techniek gebruik maken om als dusdanig *de facto* een intracommunautaire verplaatsing van haar statutaire zetel te verwezenlijken.⁶²

33. De vraag rijst derhalve of de potentiële nadelen van reguleringsarbitrage op insolventierechtelijk vlak opwegen tegen de voordelen die met de afschaffing van het COMI-concept worden bereikt. Een aantal elementen kunnen alvast het risico op reguleringsarbitrage – die in essentie de belangen van schuldeisers zou kunnen aantasten - gevoelig afzwakken.⁶³

Binnen de context van reorganisatieprocedures is een grotere vrijheid voor de ondernemer op het vlak van de keuze van het toepasselijke recht niet noodzakelijk nadelig voor de schuldeisers, als groep beschouwd: in de mate sommige rechtsstelsels, bij gebrek aan materieelrechtelijke harmonisatie op EU-niveau, zich beter lenen tot het doorvoeren van een reorganisatie in het licht van de concrete omstandigheden van de onderneming, kan een grotere vrijheid voor de ondernemer uiteindelijk de reorganisatie faciliteren. In de wetenschap dat de recuperatiegraad voor schuldeisers in een reorganisatieprocedure doorgaans groter is dan in een eigenlijk faillissement met liquidatie, kunnen ook de schuldeisers baat hebben bij een geslaagde reorganisatie onder buitenlands recht, veeleer dan een faillissement onder eigen recht.

Daarenboven laat het systeem van de EIV toe om naast de hoofdinsolventieprocedure met het oog op reorganisatie of liquidatie – per hypothese in het land van de statutaire zetel van de insolvente vennootschap – via secundaire insolventieprocedures alsnog het recht van het COMI toe te passen, in de (vrij waarschijnlijke) veronderstelling dat de vennootschap daar over een vestiging beschikt (cf. het arrest *Bank HANDLOWY*). De bescherming die schuldeisers in het (insolventie)recht van de secundaire procedure genieten, onder meer tegen handelingen die hun rechten hebben aangetast of het wegmaken van activa, blijven dan alsnog toegankelijk. Anders gezegd, vennootschappen kunnen principieel nooit ontsnappen aan het insolventierecht van de lidstaat waarin zij in belangrijke mate zijn gevestigd en gebeurlijk nog een aanzienlijk deel van hun activa aanhouden. Bovendien moet in deze context eraan worden

Journal of Comparative Law 2009, 501-549); M. GELTER, “The structure of regulatory competition in European corporate law”, *Journal of Corporate Law Studies* 2005, (247) 267; C. PANAYI, “Corporate Mobility in Private International Law and European Community Law: Debunking Some Myths”, www.ssrn.com, 24; A. KHAN, “Corporate Mobility under Article 49 TFEU: A Question of Means, not Ends”, *EBLR* 2011, (847) 863-864; E. WERLAUFF, “Relocating a Company within the EU”, *European Company Law* 2008, (136) 138. Deze techniek kan evenwel niet worden gebruikt wanneer men zou wensen te verhuizen naar een EU-lidstaat die in zijn materieel recht wezenlijke feitelijke aanknopingspunten van de naar zijn recht opgerichte vennootschappen verlangt. Reden hiervoor is dat het HvJ EU vennootschappen nog steeds beschouwt als loutere “creatures van het nationaal recht”, waardoor het uitsluitend aan de lidstaten toekomt om te bepalen welke vennootschappen de hoedanigheid van vennootschap naar hun recht kunnen verkrijgen en behouden. Zie voornamelijk het oordeel van het HvJ EU in de arresten *DAILY MAIL* en *CARTESIO*.

⁶² Zie resp.: HvJ 13 december 2005, zaak C-411/03, *SEVIC Systems AG*, *Jur.* 2005, I-10805 en Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (*PB* L 310 van 25 november 2005), zoals gewijzigd door Richtlijn 2009/109/EG van 16 september 2009 (*PB* L 259 van 2 oktober 2009).

⁶³ Voor een uitvoerige argumentatie pro afschaffing van het COMI-concept, zie K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen binnen de EU en regelgevende competitie op het vlak van het vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, Reeks Instituut Financieel Recht, te verschijnen.

herinnerd dat ook het huidige COMI-systeem forum shoppen niet volledig uitsluit. Indien vennootschappen hun COMI verplaatsen op de vooravond van hun insolventie met het oog op reguleringsarbitrage, ontbeert het belanghebbende partijen thans vaak aan *vennootschapsrechtelijke* middelen om zich tegen deze transactie te verzetten; dit is in wezen een zuiver feitelijke transactie. Dit is anders bij het in deze bijdrage voorgestelde systeem, waarin een wijziging van de “*lex concursus*” enkel kan worden verwezenlijkt via een formele beslissing tot verplaatsing van de statutaire zetel. Omdat hiervoor dus steeds een formele procedure moet worden doorlopen, hebben derden in vergelijking met het huidige COMI-systeem een grotere kans om zich via het vennootschapsrecht van de lidstaat van vertrek te verzetten tegen de wijziging van de “*lex concursus*”. Men kan aannemen dat lidstaten in hun materieel vennootschapsrecht maatregelen (zullen willen) voorzien ter bescherming van belanghebbenden, in het bijzonder schuldeisers, bij de nationaliteitswijziging verwezenlijkt door de naar hun recht opgerichte vennootschappen. Schuldeisers kunnen op die wijze ook de mogelijkheid verkrijgen om in te spelen op een mogelijk insolventie-risico naar het recht van de nieuwe statutaire zetel. Op dit vlak zal een grote rol moeten weggelegd worden voor de Veertiende Vennootschapsrichtlijn tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing die hopelijk zeer binnenkort het licht zal zien.

Gelet op de vele voordelen en de weinige bezwaren die van een terugkoppeling naar de statutaire zetel op insolventierechtelijk vlak mogen worden verwacht, mag het niet verwonderen dat ook reeds vroeger in de rechtsleer – door een aantal gerenommeerde auteurs zoals ARMOUR, EIDENMÜLLER, LENNARTS, RINGE, SKEEL en SZYDLO – voor de afschaffing van het COMI-concept werd gepleit.⁶⁴

Afdeling 5. Besluit en toekomstperspectieven

34. In deze bijdrage werd getracht aan te tonen dat de doelstellingen van de EIV inherente tegenstellingen inhouden, die niet met één enkel territoriaal aanknopingspunt voor de bepaling van de *lex concursus* kunnen worden geredieerd. Naarmate men meer gewicht toekent aan de statutaire zetel voor de bepaling van de toepasselijke wet, verminderen weliswaar potentiële bevoegdheidsconflicten tussen EU-lidstaten (een eerste doelstelling), en genieten schuldeisers meer zekerheid betreffende het op hun debiteur toepasselijke insolventierecht (tweede doelstelling). De aanknopingspunt aan de statutaire zetel vergroot echter de mogelijkheden tot *forum shopping* via statutaire zetelverplaatsing, hetgeen ingaat tegen de derde doelstelling van de EIV. Het is evenwel de vraag of het vermijden van reguleringsarbitrage als doelstelling voor de EIV volkomen legitiem is. Er moet worden aangenomen dat er in het recht van de EU-lidstaten en in de EIV voldoende middelen

⁶⁴ J. ARMOUR, “Who Should Make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition” in J. HOLDER en C. O’CINNEIDE (eds.), *Current Legal Problems*, OUP, 2005, 369; J. ARMOUR, “Abuse of European Insolvency Law? A Discussion” in R. DE LA FERIA en S. VOGENAUER (eds.), *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, Oxford, Hart, 2011, (157) 167; H. EIDENMÜLLER, “Free Choice in International Company Insolvency Law in Europe”, *EBOR* 2005, 423-447; H. EIDENMÜLLER, “Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law” in R. DE LA FERIA en S. VOGENAUER, *Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law?*, Oxford, Hart, 2011, 137-156; L. LENNARTS, “EU Corporate Insolvency Law in the Wake of the ECJ’s Deko Marty Judgment”, *European Company Law* 2010, (106) 112; L. LENNARTS, “The Review of the EU Insolvency Regulation – Time to Recognize the Ties that Bind Company Law and Insolvency Law?” in L. LENNARTS en F. GARCIMARTIN (eds.), *The Review of the EU Insolvency Regulation: Some Proposals for Amendment*, april 2012, 47-88; W. RINGE, “Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation”, *EBOR* 2008, 579-620; D. SKEEL, “European Implications of Bankruptcy Venue Shopping in the U.S.”, *Buffalo Law Review* 2006-2007, (439) 463; M. SZYDLO, “Prevention of Forum Shopping in European Insolvency Law”, *EBOR* 2010, 253-272.

voorhanden zijn om de rechtspositie van schuldeisers te behartigen bij zetelverplaatsingen die zijn ingegeven door de wil om schuldeisers onrechtmatig te benadelen.

35. Een blik op de voorstellen tot hervorming die de Europese Commissie eind 2012 heeft gelanceerd⁶⁵, toont aan dat de EIV gebeurlijk een aantal ingrijpende veranderingen zal ondergaan, die onder meer rekening houden met het toenemend belang van reorganisatieprocedures in het insolventierecht van de meeste EU lidstaten. In dit wijzigingsvoorstel komen in wezen zes aspecten aan bod, te weten: (i) een aanpassing van de definitie van “insolventieprocedure” teneinde een aantal procedures onder de toepassingsfeer van de EIV te brengen die niet collectief van aard zijn (zoals de Belgische gerechtelijke reorganisatie door minnelijk akkoord) of die niet op de insolventie van de schuldenaar berusten (zoals de Franse “*procédure de sauvegarde*”), (ii) de invoering van een definitie van het begrip “centrum van voornaamste belangen”, (iii) de afschaffing van de verplichting tot opening van secundaire insolventieprocedures indien rechters daartoe worden verzocht evenals de afschaffing van de beperking van secundaire procedures tot liquidatieprocedures, (iv) de invoering van strengere coördinatieregels (voor de afwikkeling van groepsinsolventies), (v) het invoeren van de plicht om bepaalde gerechtelijke beslissingen betreffende insolventieprocedures bekend te maken via een elektronisch systeem dat voor het grote publiek raadpleegbaar moet zijn via het internet en (vi) het vereenvoudigen van enkele procedurele regels voor buitenlandse schuldeisers om zich aan te melden in insolventieprocedures.

Vooraf het voorstel tot invoering van een formeel COMI-begrip is in de context van onderhavige bijdrage van belang. De Commissie stelt de volgende definitie voor: “*The centre of main interest shall be the place where the debtor conducts the administration of his interests and which is ascertainable by third parties*”. Hiermee wenst de Europese Commissie tegemoet te komen aan de verschillende bekommernissen die in haar “effectenbeoordeling” betreffende de EIV aan het licht zijn gekomen aangaande de vaagheid van het COMI-begrip. Op dit vlak kan het voorstel tot aanpassing van de EIV als een gemiste kans worden beschouwd. Omdat de definitie niets toevoegt aan de bestaande rechtspraak van het HvJ EU, verandert er niets aan de onzekerheid die bestaat in hoofde van aandeelhouders, bestuurders en schuldeisers betreffende de lokalisering van het COMI van de vennootschap waarin zij een belang hebben. Daarenboven verhelpt dit voorstel evenmin de fricties die kunnen ontstaan tussen het toepasselijk vennootschapsrecht en het toepasselijk insolventierecht.

36. Wellicht moet het voorstel tot invoering van een formeel COMI-begrip tot op zekere hoogte worden gezien in het licht van het voornemen van de Uniewetgever om een aantal kerndomeinen van het insolventierecht te harmoniseren.⁶⁶ Daartoe lanceerde de Europese

⁶⁵ Dit gebeurde in uitvoering van art. 46 EIV. Zie EUROPESE COMMISSIE, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings*, Straatsburg, 12 december 2012, COM(2012) 744. Reeds voorheen werden hiertoe al verschillende voorstellen aan de Europese Commissie aangereikt. Te vermelden vallen vooral het voorstel van INSOL EUROPE (*Revision of the European Insolvency Regulation*, Nottingham, 2012, 194p.) en het Europees Parlement (*Verslag van de Commissie Juridische zaken van 17 oktober 2011 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende insolventieprocedures in het kader van het vennootschapsrecht van de EU* (2011/2006(INI)), www.europarl.europa.eu.) De aanbevelingen van het Europees Parlement, die niet alleen betrekking hadden op een wijziging van de EIV maar ook een pleidooi vormden voor een verdere harmonisering van het nationaal insolventierecht, waren gebaseerd op: Europees Parlement, Commissie Juridische zaken, *Harmonisation of Insolvency Law at EU level*, 2010, 158p. (www.europarl.europa.eu).

⁶⁶ EUROPESE COMMISSIE, *A new European approach to business failure and insolvency*, COM(2012) 742, 12 december 2012. 9p.

Commissie onlangs een publieke consultatie, die op 11 oktober 2013 afloopt ,⁶⁷ In deze consultatie wordt gepeild naar de noodzaak om een harmonisering van het recht van de EU-lidstaten door te voeren onder meer op het vlak van de bestuurdersverplichtingen in de aanloop naar de insolventie. Het is juist dat een dergelijke materieelrechtelijke harmonisering een aantal van de in deze bijdrage geïdentificeerde problemen zou kunnen remediëren, maar het blijft de vraag of een alomvattend regelgevend optreden politiek haalbaar is.⁶⁸ Mocht dit het geval zijn, hetgeen aanmoediging verdient, kunnen met een dergelijke gedeeltelijke harmonisatie van het nationaal recht nooit alle in deze bijdrage belichte problemen worden opgelost. Men moet hierbij in eerste instantie denken aan de overlappingsproblemen die (gedeeltelijk) zullen blijven bestaan tussen het vennootschapsrecht en het insolventierecht evenals het feit dat een implementatie van Europese regelgeving in nationale wetgeving veelal een verschillend effect sorteert nu zij wordt ingeplant in een wetgevend kader dat van land tot land aanzienlijk kan verschillen. Daarom lijkt de afschaffing van het COMI-concept volgens ons nog steeds de aan te bevelen weg. Meer nog, wanneer wordt overgegaan tot een inhoudelijke harmonisering van enkele kernaspecten van het nationaal insolventierecht, wordt de behoefte minder groot om aansluiting te blijven vinden bij het COMI-concept. Men mag verwachten dat de EU-lidstaten hierdoor minder halsstarrig naar hun eigen insolventierecht zullen willen teruggrijpen voor het afhandelen van insolventieprocedures over vennootschappen die een belangrijke operationele activiteit op hun grondgebied hebben.

Voor de bedrijfsjurist zijn vragen van grensoverschrijdend insolventierecht steeds meer aan de orde, en stelt zich duidelijk een behoefte aan grotere rechtszekerheid, in eerste instantie over het toepasselijke recht op de insolventie. Een betere toegang tot informatie bij buitenlandse insolventieprocedures en, op termijn, een grotere inhoudelijke gelijkstelling van de insolventieregelen in de lidstaten, minstens op het vlak van het procedureverloop, dringen zich ongetwijfeld op.

⁶⁷ Zie: http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/130624_en.htm.

⁶⁸ Zie ook in deze zin o.a.: B. WESSELS, “Harmonisation of Insolvency Law in Europe”, *European Company Law* 2011, 27-31.

Financial Law Institute

The **Financial Law Institute** is a research and teaching unit within the Law School of the University of Ghent, Belgium. The research activities undertaken within the Institute focus on various issues of company and financial law, including private and public law of banking, capital markets regulation, company law and corporate governance.

The **Working Paper Series**, launched in 1999, aims at promoting the dissemination of the research output of the Financial Law Institute's researchers to the broader academic community. The use and further distribution of the Working Papers is allowed for scientific purposes only. Working papers are published in their original language (Dutch, French, English or German) and are provisional.