

Noot

ÖFAB: de niet steeds heldere verhouding tussen de EEX en de insolventieverordeningGeert van Calster¹**1. FEITELIJKE ACHTERGROND**

Openstaande contractuele vorderingen na de verplichte sanering van de Zweedse onderneming *Copperhill* werden overgedragen aan Invest, eveneens een Zweedse AB en in een later stadium aan ÖFAB, opnieuw een Zweedse vennootschap. De eerdere sanering leverde slechts gedeeltelijke betalingen op van de schulden die *Copperhill* had ten aanzien van een aantal aannemers. *Copperhill* zelf was 100% in

eigendom van Evergreen Investments BV, met zetel in Nederland. Bestuurslid bij *Copperhill* was onder meer de heer Koot, met woonplaats te Nederland. De vordering tegen Koot en Evergreen was gebaseerd op de bewering dat ze de activiteiten van *Copperhill* niet hadden stopgezet, ondanks onderkapitalisatie.

2. PROBLEEMSTELLING EN UITSPRAAK VAN HET HOF

Om te beginnen werd aan het Hof van Justitie gevraagd of de vordering valt onder de “insolventie-uitzondering” van de Brussel I-Verordening. Volgens artikel 1, 2., sub b) van die verordening is zij niet van toepassing op “*het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures*”.

Het Hof herinnert aan zijn vaststaande rechtspraak dat die uitzondering alleen betrekking heeft op vorderingen die rechtstreeks voortvloeien uit een insolventieprocedure en daarmee nauw verband houden². *In casu* zijn de vorderingen niet ingediend in het kader van een insolventieprocedure, maar nadat *Copperhill* aan een verplichte saneringsprocedure was onderworpen. De betrokken vorderingen komen niet uitsluitend aan de curator toe en worden evenmin uitgeoefend in het belang van een groot aantal schuldeisers (r.o. 25): het betreft rechten die ÖFAB vrijelijk en in haar eigen belang kan uitoefenen.

Nu is vastgesteld dat de Brussel I-Verordening wel degelijk van toepassing is, verwerpt het Hof allereerst de suggestie dat het gaat om een vordering uit overeenkomst. ÖFAB heeft weliswaar contractuele vorderingen overgenomen van de aannemers, doch haar vordering tegen verweerders is erop gericht een tekortkoming van verplichtingen uit de vennootschapswetgeving vast te stellen. Dat maakt van de vordering een vordering op basis van onrechtmatige daad.

De verwijzende rechtbank wilde vervolgens duidelijkheid over het bepalen van de *locus delicti commissi* nu het gaat om een onrechtmatige daad als gevolg van een nalatigheid, een niet handelen. Het Hof merkt op (r.o. 54) “*Uit het aan het Hof*

overgelegde dossier blijkt dat Copperhill ten tijde van de betrokken feiten gevestigd was in de gemeente Åre, vallend onder het rechtsgebied van het Östersunds tingsrätt, waar de vennootschap gedurende die periode werkzaamheden verrichte en een hotel bouwde. In deze omstandigheden lijken de verrichte werkzaamheden en de financiële situatie met betrekking tot die werkzaamheden verband te houden met die plaats. In elk geval moest de informatie over de financiële situatie en de werkzaamheid van die vennootschap, welke nodig was voor de uitoefening van de op het bestuurslid en de aandeelhouder rustende beheersverplichtingen, daar beschikbaar zijn. Ditzelfde geldt voor de informatie over de gestelde niet-nakoming van die verplichtingen. Het staat aan de verwijzende rechter om de juistheid van deze informatie na te gaan.”

Met andere woorden, in gevallen van onrechtmatige daad door nalatigheid (*omissie*) in plaats van verkeerdelijk handelen (*commissie*), lokaliseert het Hof de aanknopingsfactor van artikel 5, 3. van de verordening op de plaats waar de handeling had moeten plaatshebben had men de verbintenis in onrechtmatige daad willen vermijden. Dat is immers, volgens het Hof, de plaats die het best beantwoordt aan de *raison d'être* van artikel 5, 3., namelijk (r.o. 50, met verwijzing *ex multis* naar zaak C-133/11 *Folien Fischer*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*): “*Ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad is het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich dreigt voor te doen immers normaliter het best in staat om uitspraak te doen, met name omdat de afstand geringer en de bewijsvoering gemakkelijker is.*”

¹ Professor KU Leuven, Advocaat te Brussel. Met dank aan Barbara DEN TANDT voor de opmaak van de Franstalige onderdelen.

² Zaak C-111/08, *SCT Industri*, *Jur.* 2009, p. I-5655; zaak C-213/10, *F-Tex*, enkel gepubliceerd in *E-Jur.*, ECLI:EU:C:2012:215; beide met verwijzing naar zaak nr. 133/78, *Gourdain*, *Jur.* 1979, 733.

3. COMMENTAAR

3.1. De insolventie-uitzondering in de Brussel I-Verordening, de positieve “Gourdain”-formule en de negatieve formulering ervan in ÖFAB

Brussel I kent 3 soorten uitsluitingen uit haar toepassingsgebied:

- deze materies die niet verbonden zijn aan de interne markt en dus geen raakvlak hebben met wat zowel in 1968, bij het oorspronkelijke EEX-Verdrag, als in 2001, bij de omvorming van het verdrag tot verordening, de kern van de IPR-agenda was in de Europese Unie. Hieronder met name familierechtelijke verhoudingen;
- deze die op internationaal vlak reeds min of meer passend waren geregeld: de arbitrage uitzondering (gezien het Verdrag van New York, 1958);
- ten slotte deze die wel degelijk nauw verbonden zijn met de interne markt en die op internationaal vlak geen ernstige regeling kennen, doch waarover men liever in een afzonderlijk instrument tot consensus kwam, gezien hun zeer belangrijke impact op de interne markt en het zakenleven: dit is met name de “insolventie-uitzondering”: volgens artikel 1, 2., sub b) van de verordening is zij niet van toepassing op “*het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures*”.

(Brussel Ibis³ brengt op het vlak van de uitzonderingen geen fundamentele wijzigingen).

Het Hof bevestigt in ÖFAB het restrictieve karakter van de uitzondering, met verwijzing naar rechtspraak hierboven in de samenvatting aangehaald. In de insolventieverordening zelf⁴, gaat de 6^{de} rechtsoverweging specifiek in op de relatie tussen de twee verordeningen: “*Op grond van het proportionaliteitsbeginsel mag deze verordening alleen voorschriften behelzen tot regeling van de rechterlijke bevoegdheid inzake de opening van een insolventieprocedure en de beslissingen die rechtstreeks uit een insolventieprocedure voortvloeien en daarmee nauw samenhangen. Voorts moet deze verordening bepalingen bevatten betreffende de erkenning van die beslissingen en betreffende het toepasselijk recht, die eveneens met het noodzakelijkheidsbeginsel stroken.*”

De insolventieverordening bouwt daarmee voort op het arrest *Gourdain*⁵: beslissingen die verband houden met een faillissement zijn slechts van het toepassingsgebied van de Brussel I-Verordening uitgesloten, wanneer zij rechtstreeks

uit het faillissement voortvloeien en geheel binnen het kader van een faillissement of staking van betaling passen. Het is de nabijheid van de vordering en de insolventieprocedure, die bepalen of de uitzondering al dan niet van toepassing is. Het enkele feit bijvoorbeeld dat een curator partij is bij de procedure betekent niet dat vanzelfsprekend de uitzondering geldt. Relevante rechtspraak, mede in de lidstaten, kan samenvattend bijvoorbeeld gevonden worden in *Rubin / Eurofinance*⁶.

Vorderingen die “rechtstreeks uit het faillissement voortvloeien en geheel binnen het kader van een faillissement of staking van betaling passen”: dat is de formule in *Gourdain*, door het Hof in *ÖFAB* negatief gemoduleerd als niet van toepassing zijnde op “vorderingen die niet uitsluitend aan de curator toekomen en evenmin worden uitgeoefend in het belang van een groot aantal schuldeisers”. Dat laatste is niet een geheel nuttige toevoeging, nu “een groot aantal schuldeisers” moeilijk te kwantificeren is.

M.i. is het inderdaad zo dat men niet veel verder kan dan de abstracte begripsbepaling in *Gourdain*. Een herziening of een of andere verdere precisering van de formule is dan ook niet overwogen bij de huidige herzieningsronde van de insolventieverordening⁷.

3.2. Blijvende afbakeningsproblemen in de praktijk

Dat de definitie moeilijk kan verbeterd worden betekent natuurlijk niet dat de praktijk geen blijvende afbakeningsproblemen kent. Zo besliste het Zwitserse Bundesgericht in mei van dit jaar in *SAirLines AG / Masse en faillite ancillaire de Sabena SA*⁸, dat de uitspraak van het Brusselse hof van beroep van 27 januari 2011⁹, waarbij SAirLines AG, de holdinggroep van het vroegere Swiss Air groep, aansprakelijk gehouden werd voor de insolventie van Sabena, niet kon worden tenuitvoergelegd onder het Verdrag van Lugano. Dat verdrag kent een identieke insolventie-uitzondering als de Brussel I-Verordening. Het Bundesgericht steunde zelf nadrukkelijk op *Alpenblumme*¹⁰. Naar het oordeel van het Bundesgericht is deze zaak zeer nauw verbonden met de insolventie van Sabena: men kan zich niet indenken dat de zaak anders ooit zou zijn gebracht.

Overigens is het naar mijn mening niet langer vanzelfsprekend dat de hoven en rechtbanken in Lugano Staten verwij-

³. Verordening nr. 1215/2012, *Pb.* [2012] L. 351/1. Zie mijn bespreking van de verordening in *RW*, te verschijnen (2015).

⁴. Verordening nr. 1346/2000, *Pb.* [2000] L. 160/1.

⁵. *Supra*, vn. 2.

⁶. *Rubin / Eurofinance SA* [2012] UKSC 46.

⁷. Commissievoorstel van 12 december 2012, COM (2012) 744, wellicht af te ronden in kalenderjaar 2015.

⁸. 4A_740/2012, 8 mei 2014, beschikbaar via <http://goo.gl/pSVDnG>, laatst door mij geraadpleegd op 18 september 2014.

⁹. Rolnr. 2004/AR/1114, beschikbaar via <http://goo.gl/j52CtO>, laatst door mij geraadpleegd op 18 september 2014.

¹⁰. Zaak C-111/08, *SCT Industri AB / Alpenblumme*, *Jur.* 2009, p. I-5655. Zie ook *supra*, vn. 2.

zen naar precedent bij het Hof van Justitie ter staving van de toepassing van het Verdrag van Lugano, wat betreft de toepassing van de insolventie-uitzondering. Uitspraken van het Hof zijn namelijk sinds de inwerkingtreding van de insolventieverordening uiteraard beïnvloed door de wisselwerking tussen deze verordening en Brussel I. Op de Lugano Staten is de verordening echter niet van toepassing.

Een ander, recent, voorbeeld van de moeilijke afbakening is *Enasarco / Lehman Brothers*¹¹, waarin de High Court gebruik maakte van de insolventie-uitzondering in Lugano om haar bevoegdheid te behouden als gevolg van een forumbeding: toepassing van de insolventieverordening liet haar toe onder de strikte *lis alibi pendens*-regel van het verdrag uit te komen.

3.3. Toch nog een nieuwe poging in *Nickel & Goeldner*

Het Hof van Justitie heeft recent, op 4 september 2014, toch nog een verfijning aan de *Gourdain*-formule aangebracht die haar m.i. makkelijker hanteerbaar maakt. In *Nickel & Goeldner*¹², vat het Hof zijn rechtspraak als volgt samen (r.o. 26-27):

“Uit deze rechtspraak volgt dat het Hof bij zijn beoordeling weliswaar rekening heeft gehouden met het feit dat de verschillende soorten vorderingen waarvan het kennis heeft genomen, waren ingesteld naar aanleiding van een insolventieprocedure. Het is echter telkens nagegaan of de betrokken vordering haar oorsprong vond in het recht inzake insolventieprocedures dan wel in andere regels.

Het doorslaggevende criterium voor het Hof om vast te stellen onder welk gebied een vordering valt, is derhalve niet de procedurele context van die vordering, maar de rechtsgrond-

slag van die vordering. Volgens deze benadering moet worden nagegaan of het recht of de verbintenis waarop de vordering is gebaseerd, voortvloeit uit de gemeenschappelijke regels van het burgerlijk recht en het handelsrecht dan wel uit specifieke afwijkende regels voor insolventieprocedures.”

Dus niet de procedurele context, maar de rechtsgrondslag bepaalt de insolventieuitzondering.

3.4. De bepaling van de *locus delicti commissi*

De bijzondere bevoegdheidsgrond van artikel 5, 3. van de Brussel I-Verordening blijft voor afbakeningsproblemen zorgen. Deze keer niet omwille van de wallen die het Hof heeft moeten aanbrengen sinds het in het arrest *Bier*¹³ de aanknopingsfactor *locus delicti commissi* uitbreidde met *locus damni*¹⁴. In *ÖFAB* gaat het om de *locus delicti commissi*, in het geval van beweerde nalatigheid door niet handelen.

Het Hof besliste dat in het geval van onrechtmatige daad door nalatigheid (*omissie*) in plaats van verkeerdelijk handelen (*commissie*), de *locus delicti commissi* zoals bepaald in artikel 5, 3. van de Brussel I-Verordening, de plaats is waar de handeling had moeten plaatshebben had men de verbintenis in onrechtmatige daad willen vermijden: dat is uiteraard een feitelijke afweging die ongetwijfeld niet steeds makkelijk te maken is. In casu, gezien Copperhill ten tijde van de betrokken feiten gevestigd was in een bepaalde gemeente in Zweden¹⁵, daar werkzaamheden verrichtte en de financiële situatie met betrekking tot die werkzaamheden klaarblijkelijk geleid hebben tot de moeilijkheden, is het daar dat volgens het Hof betrokkenen toezicht hadden moeten houden op de vennootschap en ook daar de nodige informatie hadden kunnen en moeten verzamelen inzake die financiële verplichtingen.

¹¹. [2014] EWHC 34 (Ch). Zie G. VAN CALSTER, “Insolvency, Brussels I and Lugano: *Enasarco v Lehman Brothers* upholds strong defence of choice of court”, www.gavclaw.com, 12 augustus 2014.

¹². Zaak C-157/13 (nog niet gerapporteerd in *Jur.*).

¹³. Zaak 21/76, *Handelskwekerij Bier / Mines de potasse d’Alsace*, *Jur.* 1976, p. 1735. Doch zie het recente advies van Adv. Gen. CRUZ VILLALÓN in zaak C-441/13, *Pez Hejduk*, waarin het *Bier*-criterium althans in de context van intellectuele eigendomsrechten beweerdelijk in vraag wordt gesteld. Zie mijn bespreking “Jurisdiction, intellectual property and the internet. Might CRUZ VILLALÓN AG in *Pez Hejduk* introduce the end of *Bier*?”, www.gaclaw.com, 12 november 2014.

¹⁴. Over deze noodzaak aan indamming, zie mijn handboek *European Private International Law*, Oxford, Hart, 2^{de} ed., februari 2015 (1^{ste} ed. februari 2013).

¹⁵. Art. 5, 3., net als de andere bijzondere bevoegdheidsgronden, duidt niet enkel een lidstaat aan maar een specifieke rechtbank binnen die lidstaat.