

Forumshopping

Forumshopping

Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk
Recht 2014

Prof. mr. drs. F.E.J. Beekhoven van den Boezem
Prof. dr. A.A.H. van Hoek

Zutphen 2014



UITGEVERIJ *Paris*

ISBN 978-94-6251-057-9
NUR 822

© 2014 Uitgeverij Paris bv, Zutphen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting Pro (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Inhoudsopgave

1	Recht- en forumshopping in de internationale bedrijfs-financieringspraktijk gezien vanuit Nederlands perspectief — Prof. mr. drs. F.E.J. Beekhoven van den Boezem / 7
1.1	Inleiding / 7
1.2	De shoppende justitiabele / 8
1.2.1	Rechtskeuze / 8
1.2.1.1	Mogelijkheid van rechtskeuze / 8
1.2.1.2	Invulling van de rechtskeuzemogelijkheid / 12
1.2.2	Forumkeuze / 30
1.2.2.1	Mogelijkheid van (internationale) forumkeuze / 30
1.2.2.2	Invulling van de forumkeuzemogelijkheid / 32
1.3	De shoppende wetgever / 42
1.3.1	Inleiding / 42
1.3.2	Enkele gewenste wijzigingen van het materiële recht voor de financiële praktijk / 45
1.4	Ten slotte / 57
2	Shoppen in het recht: het vennootschapsrecht en aanpalende rechtsgebieden ‘ontbundeld’ — Prof. dr. A.A.H. van Hoek / 59
2.1	Introductie / 59
2.2	Entry en exit: vennootschapsrecht in de EU / 63
2.3	De vestigingsplaats als aanknopingspunt in het IPR — een algemene inleiding / 67
2.3.1	Bevoegdheid onder Brussel I / 67
2.3.2	Het toepasselijke recht op verbintenissen uit overeenkomst: de Rome I-Verordening / 68
2.3.3	Het toepasselijke recht op niet-contractuele verbintenissen: de Rome II-Verordening / 72
2.3.4	Interne markt en conflictenrecht: het eDate-arrest / 74
2.3.5	Tussenconclusie / 77
2.4	De randen van het vennootschapsstatuut / 78
2.4.1	Internationaal faillissementsrecht en de problematiek van de COMI-migratie / 78
2.4.2	Aansprakelijkheid van bestuurders / 83
2.4.2.1	Bevoegdheid / 83
2.4.2.2	Toepasselijk recht / 86
2.5	Conclusies / 90

Hoofdstuk 1

Recht- en forumshopping in de internationale bedrijfsfinancieringspraktijk gezien vanuit Nederlands perspectief

Prof. mr. drs. F.E.J. Beekhoven van den Boezem^{*}

1.1 Inleiding

‘Op de relatie tussen de bank en de cliënt is Nederlands recht van toepassing, tenzij dwingend recht anders bepaalt of anders is overeengekomen’, zo bepaalt art. 33 van de Algemene Bankvoorwaarden (ABV 2009). In het segment van de internationale (zogenaamde ‘cross-border’) bedrijfsfinanciering is dat laatste eerder regel dan uitzondering: een expliciete rechtskeuze voor een ander recht dan het Nederlandse komt daarin veel voor, of de Algemene Bankvoorwaarden nu wel of niet op de financieringsovereenkomst van toepassing zijn verklaard. Een dergelijke rechtskeuze gaat meestal gepaard met het aanwijzen van de rechter van het land waarvan het recht de financieringsovereenkomst tussen partijen beheerst, dan wel met een keuze voor arbitrage.¹

Een rechts- en forumkeuze komt natuurlijk niet zomaar uit de lucht vallen. Daarover zullen partijen over het algemeen goed hebben nagedacht. Maar wat te kiezen, nu zij ingeval hun overeenkomst een internationaal karakter draagt vrijwel onbegrensde keuzemogelijkheden hebben voor wat betreft het op hun overeenkomst toepasselijke recht en de beslechting van de geschillen die uit deze overeenkomst eventueel voortvloeien? Welke overwegingen spelen daarbij een rol en worden die keuzemogelijkheden ook strategisch gebruikt? En zouden verschillende jurisdicties de keuze voor het eigen recht moeten stimuleren door met elkaar te concurreren om zo juridisch werk binnen de landsgrenzen te houden of te krijgen?

In dit preadvies wordt gezocht naar het antwoord op voornoemde vragen. We zullen zien dat bij recht- en forumshopping in de internationale bedrijfsfinancieringspraktijk, lang niet altijd een keuze voor het ‘beste’ recht en het ‘beste’ forum – in de zin van het recht dat het beste is toegesneden op de betreffende transactie en het forum dat optimaal is gekwalificeerd voor de beoordeling van eventuele geschillen daaruit – vooropstaat. Vaker geven overwegingen van praktische en/of strategische aard de doorslag, is de keuze een compromis, wordt zij gedictieerd door hetgeen in de markt gebruikelijk is, of is zij ingegeven door het feit dat nationaal

^{*} De auteur dankt allen die input hebben geleverd voor dit preadvies, onder wie in het bijzonder Rick Aertsen, Raymonde Amorisson, Eelco van den Berg, Guido Bergervoet, Martijn Boeve, Robert van den Bosch, Arnold Brakel, Lynn Dunne, Sefa Franken, Sarah Garvey, Heleen Gratama, Matthijs Groot, Alexander de Haan, Richard de Haan, Manette van Haren, Steven van Hengel, Bart Krans, Ellen Lavrijsen, Sophie Linthorst, Lotte van de Loo, Frances Macmillan, Anne Mennens, Edith Mulders, Lex Oosterling, Laurens Prins, Pim Rank, Wim Reehuis, Maaïke van der Reijt, Jan-Joost van Rijsbergen, Jet Rutgers, Ben Schuijling, Ron van Staten, Daniella Strik, Mark Tillemans, Herman Veerbeek, Michael Veder, Rick Verhagen, Robbert Jan van der Weijden en Wouter van den Wildenberg.

1. Zie art. 34 lid 2 sub b voor zover de Algemene Bankvoorwaarden op de financieringsovereenkomst van toepassing zouden zijn.

recht een in het kader van de financieringsovereenkomst noodzakelijke juridische constructie niet kent. Het feit dat Engels recht van oudsher goed op de internationale financieringspraktijk is toegesneden, het daarmee in de *cross-border* financieringspraktijk in feite de norm is geworden, en in die praktijk dan ook veelal wordt verkozen boven het recht van andere staten, betekent niet dat de Nederlandse wetgever kan blijven stilzitten. Op zijn minst moet hij ‘bijblijven’, door het geven van juridische mogelijkheden buiten welke een moderne nationale en internationale financieringspraktijk niet kan en die in buitenlandse rechtsstelsels wél voorhanden zijn. Dit niet alleen omdat voor wat betreft de internationale bedrijfsfinancieringspraktijk een keuze voor Nederlands recht alleen al uit kostenoverwegingen voor het bedrijfsleven soms wenselijk zou zijn, maar ook – en misschien nog wel meer – omdat voor wat betreft de nationale bedrijfsfinancieringspraktijk Nederland economisch gebaat is bij voldoende *level playing field*. Ook de wetgever zal dus moeten ‘shoppen’ in het buitenlandse recht, niet alleen naar mogelijkheden om de *cross-border* ‘klant’ als afnemer tevreden te houden, maar ook naar mogelijkheden om de niet-*cross-border* klant – met name het midden- en kleinbedrijf – voldoende concurrerend te kunnen laten zijn in een internationale markt.

1.2 De shoppende justitiabele

1.2.1 Rechtskeuze

1.2.1.1 Mogelijkheid van rechtskeuze

Rechtskeuze in de internationale bedrijfsfinancieringspraktijk is met name van belang bij gesyndiceerde leningen (voor algemene bedrijfsdoelen zoals werkkapitaal, maar ook voor tal van andere doelen zoals overnames en investeringen), projectfinancieringen (bijvoorbeeld voor de aanleg van een kantorenpark of de bouw van een energiecentrale), lease- en factoringproducten en derivaten. Om hierna te noemen redenen kiezen de partijen bij de financieringsovereenkomst in die segmenten regelmatig voor een ander recht dan zonder een expliciete rechtskeuze op hun verhouding van toepassing zou zijn. De mogelijkheid van een rechtskeuze, in die zin dat daarmee ook het dwingend recht dat zonder die keuze van toepassing zou zijn geweest opzij wordt gezet, is lang niet altijd vanzelfsprekend geweest.² Inmiddels is zij echter algemeen erkend, zowel in het Nederlandse conflictenrecht inzake internationale overeenkomsten als in de Rome I-Verordening.³ In 1966 overwoog de Hoge Raad namelijk dat:

‘(...) in beginsel toelaatbaar is dat bij een overeenkomst welke, als de onderhavige, een internationaal karakter draagt, partijen de algehele toepasselijkheid kiezen van een ander rechtsstelsel dan volgens de zonder zodanige rechtskeuze geldende regel van internationaal privaatrecht van toepassing zou zijn geweest, en volgens hetwelk zulk een rechtskeuze, voor

2. Vgl. Hendrik Verhagen, ‘Party Autonomy’ and Assignment’, in: Roel Westrik & Jeroen van der Weide (red.), *Party Autonomy in International Property Law*, p. 189.

3. Verordening (EG) 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *PbEU* 2008, L 177, sinds 17 december 2009 in alle lidstaten van de Europese Unie van toepassing, met uitzondering van Denemarken.

zover de wet zich daartegen niet verzet, dan meebrengt dat die overeenkomst alleen door het gekozen rechtsstelsel wordt beheerst met uitsluiting niet alleen van het aanvullende, maar ook van het dwingende recht van andere rechtsstelsels, ook van dat hetwelk, ware die rechtskeuze niet gedaan, op de overeenkomst had behoren te worden toegepast;⁴

en dat uitgangspunt vinden we eveneens terug in de eerste zin van art. 3 van de Rome I-Verordening:

‘Een overeenkomst wordt beheerst door het recht dat de partijen hebben gekozen.’

Uit voornoemde passage van het arrest van de Hoge Raad en uit art. 1 lid 1 en art. 3 lid 3 Rome I-Verordening,⁵ blijkt dat voor een rechtskeuze die dwingend recht opzij zet, is vereist dat het gaat om een overeenkomst met een internationaal karakter. Daarvan is echter al snel sprake: het enkele feit dat partijen in verschillende landen zijn gevestigd maakt hun overeenkomst al tot een overeenkomst met een internationaal karakter. In dat geval kunnen ze op hun verhouding ieder rechtsstelsel van toepassing verklaren dat hun goedgebeurt. Niet noodzakelijk is bijvoorbeeld dat het gekozen rechtsstelsel enige band heeft met een van de partijen of hun overeenkomst. Wel is het zo dat hun rechtskeuze soms (gedeeltelijk) effect ontbeert, omdat zij kan worden beperkt door i) het soort overeenkomst (vervoersovereenkomst: art. 5, verzekeringsovereenkomst: art. 7 en individuele arbeidsovereenkomst: art. 8 Rome I-Verordening), ii) de hoedanigheid van contractpartijen (art. 6 Rome I-Verordening) en iii) bepalingen van bijzonder dwingend recht (art. 9 Rome I-Verordening).⁶

Voor wat betreft die laatste categorie kan gedacht worden aan bankrechtelijke toezichtregelgeving waarvan het land dat die regelgeving heeft uitgevaardigd het zo belangrijk vindt dat deze wordt gehandhaafd, dat zij altijd voorgaat op een eventuele rechtskeuze. Hooft geeft daarvan een mooi voorbeeld.⁷ Ten tijde van de eurocrisis hield men rekening met de kans dat Griekenland uit de eurozone zou treden. Als dat werkelijk gebeurt, zal Griekse wetgeving op dat moment waarschijnlijk bepalen dat internationale betalingsverplichtingen die voorheen golden in euro's, automatisch worden geredenommeerd in nieuwe Griekse drachmen, met alle nadelige koersrisico's voor de schuldeisers van dien. Zolang de kans op uittreding bestaat, is het tactisch niet handig Grieks recht op bijvoorbeeld een financieringsovereenkomst tussen een Nederlandse bank en een Griekse kredietnemer van toepassing te laten zijn, zelfs niet als een andere forumkeuze wordt gedaan dan die voor de Griekse rechter. Eventuele redenominatiewetgeving maakt immers deel uit van het Griekse recht waarvoor men dan bewust heeft gekozen, waardoor ook de rechter van een andere lidstaat deze wetgeving in principe zal toepassen. Dit is

4. HR 13 mei 1966, NJ 1967/3 (Alnati).

5. Daarin is bepaald: 'Deze verordening is, in gevallen waarin uit het recht van verschillende landen moet worden gekozen, van toepassing op verbintenissen uit overeenkomst in burgerlijke en handelszaken.'

6. Vgl. L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 164 en 168-169 en T.J. de Graaf, 'Kwalificeren voor contractenschrijver', *ORP* 2012, afl. 8, p. 39-42.

7. Zie C.P. Hooft, 'De contractuele gevolgen van een eurodesintegratie', *OF* 2012, afl. 3.

slechts anders, indien toepassing ervan onverenigbaar is met de openbare orde⁸ of de bepalingen van dwingend recht als bedoeld in art. 9 Rome I-Verordening. Omdat het maar zeer de vraag is of redenominatiewetgeving van een uittredende lidstaat onder deze uitzondering valt, is het voor de financier dus niet verstandig om ten aanzien van het recht dat de financieringsovereenkomst beheerst, te kiezen voor het recht van een lidstaat die wellicht in de nabije toekomst uittreedt. Om tactische redenen zou de Nederlandse financier in dit voorbeeld evenmin een forumkeuze voor de Griekse rechter moeten accepteren, ook niet als Nederlands recht de financieringsovereenkomst beheerst. Weliswaar zal de Griekse rechter moeten oordelen naar Nederlands recht indien hem een geschil wordt voorgelegd over de financieringsovereenkomst waarop partijen Nederlands recht van toepassing hebben verklaard, maar deze rechtskeuze is beperkt in die zin, dat zij de mogelijkheid onverlet laat dat de Griekse rechter de Griekse redenominatiewetgeving toepast, indien die wetgeving kwalificeert als 'bepalingen van bijzonder dwingend recht' als bedoeld in art. 9 lid 2 Rome I-Verordening.

Omdat dit preadvies slechts betrekking heeft op de bedrijfsfinanciering, is de hoedanigheid van partijen geen beperking op de rechtskeuzemogelijkheid: het gaat immers steeds om professionele partijen en niet om consumenten. Ware dat anders, dan zou de hoedanigheid van partijen een beperking kunnen zijn voor een rechtskeuze. Op grond van art. 6 lid 2 jo. art. 3 Rome I-Verordening kunnen namelijk een bank en een consument die niet zijn gevestigd in dezelfde EU-lidstaat weliswaar een bepaalde rechtskeuze doen, maar kan dit er niet toe leiden dat die keuze de consument een bescherming ontnemt die hij ontleent aan dwingende bepalingen van zijn nationale recht. Een bank die financiële diensten aanbiedt aan consumenten in verschillende landen van de Europese Unie zou wellicht het liefst op alle overeenkomsten voor die diensten haar nationale recht van toepassing willen zien: met dat recht is zij immers bekend en dat ontslaat haar van de verplichting het recht te bestuderen van de vele landen waarin haar consument-klienten woonachtig zijn. Echter, nu het dwingende nationale recht van die consumenten daarop voorgaat, ontstaat voor de bank de onpraktische situatie dat de verhouding tussen bank en consument steeds wordt beheerst door twee rechtsstelsels: het nationale recht van het land van vestiging van de bank en het recht van het land van de consument die zij financiert voor zover dat recht dwingend is en dus voorgaat op de rechtskeuze voor het recht van vestigingsplaats van de bank. Een tactische rechtskeuze voor haar nationale recht — in die zin dat alle overeenkomsten met buitenlandse consumenten door slechts één rechtsstelsel worden beheerst, te weten haar nationale recht waarmee zij goed bekend is — heeft dan weinig zin. Daarom zal een bank bij het financieren van buitenlandse consumenten gewoonlijk opteren voor het recht van het land van de woonplaats van die consumenten.

De mogelijkheid om bij een internationale overeenkomst in principe ieder rechtsstelsel te kiezen dat partijen aanstaat, is voor de internationale financieringspraktijk van groot belang. Zoals wij hierna zullen zien, heeft de rechtskeuze namelijk vaak een compromiskarakter, omdat geen van de partijen bij de financieringsovereenkomst bereid is het recht van de vestigingsplaats van de ander als het toepasselijke recht aan te wijzen. Worden zij het daarover niet eens, dan zullen zij een keuze maken voor een rechtsstelsel waarmee geen van hen direct is verbonden.

8. Art. 10:6 BW.

Heeft de overeenkomst een internationaal karakter, maar slechts aanknopingspunten met een of meer lidstaten van de Europese Unie, dan kunnen partijen weliswaar kiezen voor het recht van een niet-lidstaat, maar zet dat de dwingendrechtelijke bepalingen van het Gemeenschapsrecht niet opzij, zo blijkt uit art. 3 lid 4 Rome I-Verordening.

Mist de overeenkomst internationaal karakter, bijvoorbeeld omdat beide partijen in hetzelfde land zijn gevestigd, dan kunnen zij wel een rechtskeuze doen voor het rechtstelsel van een ander land, maar zet dat de dwingendrechtelijke bepalingen van hun nationale recht niet opzij; het vreemde rechtstelsel komt dan alleen in de plaats van het regelende recht van het land waarmee de overeenkomst uitsluitend is verbonden. Toch kunnen mijns inziens ook bedrijfsfinancieringen die aanvankelijk in Nederland zijn opgetuigd tussen slechts Nederlandse partijen, een internationaal karakter hebben als zij bijvoorbeeld volgens een internationaal standaard, *boilerplate*, contract zijn opgesteld en bedoeld zijn om doorverkocht te worden aan buitenlandse partijen als investering.⁹ Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor een *swap* tussen twee Nederlandse banken volgens een standaard ISDA-contract¹⁰ naar Engels recht.¹¹ Dergelijke 'internationale-markt'-contracten bevatten mijns inziens voldoende internationale elementen voor het doen van een conflictenrechtelijke rechtskeuze die ook dwingend recht opzij zet. Geografische aanknopingspunten geven dus niet steeds de doorslag voor het antwoord op de vraag of het gaat om een financieringsovereenkomst met een internationaal karakter.

Wordt een keuze voor buitenlands recht over het algemeen internationaal erkend door rechters ten overstaan van wie wordt geprocedeerd als het een internationale overeenkomst betreft – voor wat betreft Europese rechters is dit sowieso het geval op grond van de Rome I-Verordening – in enkele landen kan dit een probleem zijn. Zo respecteren de jurisdicties van Colombia, Oman, Saoedi-Arabië, de Verenigde Arabische Emiraten, Uruguay, Vietnam en Zimbabwe überhaupt geen keuze voor buitenlands recht. In de jurisdicties van enkele andere landen erkennen de rechters een rechtskeuze slechts als er een vorm van aanknoping is van het gekozen rechtstelsel met een van de partijen of hun overeenkomst.¹²

Anders dan voor wat betreft het internationale overeenkomstenrecht, is partijautonomie in het internationale goederenrecht bepaald geen gemeengoed, nationaal noch internationaal.¹³ Dit zou botsen met het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten van een staat en met de derdenwerking die eigen is aan goederenrechtelijke verhoudingen. In principe kan niet door het doen van een rechtskeuze worden afgeweken van de *lex rei sitae*: van toepassing is steeds het recht van het land waar de roerende of onroerende zaak zich bevindt.¹⁴ Voor onroerende zaken ligt deze regel voor de hand, daar zij aan een vaste plaats zijn verbonden. Voor

9. Vgl. D. Brinkhuis & B.T. Harmsen, 'Enkele kenmerken van gesyndiceerde leningen toegelicht', *OGF* 2005/67, p. 78-82.

10. Een zogenaamde Master Agreement van de International Swaps and Derivatives Association (ISDA).

11. Vgl. HR 26 mei 1989, *NJ* 1992/105, voor de vraag of een raamovereenkomst in het vervoersrecht een voldoende internationaal karakter droeg en de conclusie van A-G L. Strikwerda daarbij sub 2.4, 2.18 en 2.19.

12. Zie Tim House & Sarah Garvey, 'Global Litigation Survey', Allen & Overy, februari 2014, p. 28 (www.allenoverly.com).

13. Zie daarover in het algemeen L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 156-162 en Roel Westrik & Jeroen van der Weide (red.), *Party Autonomy in International Property Law*, München: Sellier European Law Publishers 2011.

14. Voor wat betreft Nederland gecodificeerd in art. 10:127 BW.

roerende zaken is dit niet steeds het geval. Zij kunnen immers worden verplaatst, ook over de landsgrenzen. Gaat het om vorderingen, dan kan men sowieso moeilijk van een plaats van ligging spreken. De enkele (nationale) uitzonderingen op voornoemde hoofdregel, die in de volgende paragraaf worden besproken, betreffen dan ook voornamelijk roerende zaken die voorwerp zijn van grensoverschrijdende cessie.¹⁵ Voor wat betreft deze goederen is het soms mogelijk dat partijen een (indirecte) rechtskeuze doen. Gelet op het belang van Nederland als handels-, export- en financieringsland, verwondert het niet dat deze uitzonderingen op de situs-regel zijn gemaakt. Benadrukt zij echter dat deze beperkte Nederlandse partijautonomie in het goederenrecht, niet altijd (automatische) erkenning daarvan in het buitenland met zich brengt.

1.2.1.2 Infilling van de rechtskeuzemogelijkheid

Zoals gezegd zijn de rechtskeuzemogelijkheden voor wat betreft een internationale (financierings)overeenkomst vrijwel onbegrensd. Voor welk recht kiezen partijen bij de financieringsovereenkomst dan? Het antwoord op deze vraag lijkt voor de hand te liggen: zij shoppen door alle verschillende mogelijkheden en kiezen dan uiteindelijk voor het recht dat kwalitatief het meeste is toegesneden op hun financieringsovereenkomst. Een en ander ligt toch iets genuanceerder. Want hoe kom je, met al die verschillende keuzemogelijkheden, er ooit achter wat het 'beste' recht is? Shoppen is duur, kost tijd en dat geldt ook voor rechtshoppen! Bij de keuze van het toepasselijke recht blijkt de kwaliteit ervan dan ook lang niet altijd doorslaggevend te zijn.¹⁶ Veel belangrijker zijn factoren als bekendheid met het recht, reputatie en rechtszekerheid van het rechtstelsel, vestigingsmogelijkheden en uitwinbaarheid van zekerheidsrechten, leemten en hiaten in het nationale recht en *market practice*, waarbij ook strategische redenen soms een rol spelen.

Bekendheid met het recht en reputatie en rechtszekerheid van het rechtstelsel

Anders dan bijvoorbeeld geldt bij de keuze van een onderneming om zich in een bepaald land te vestigen waar het belastingrecht aantrekkelijk is, zijn bij de keuze voor het privaatrecht van een bepaald land ten minste twee partijen betrokken, namelijk de kredietgever en de kredietnemer. Over het algemeen is krediet nog altijd een vraagproduct, dus laten we er eerst eens van uitgaan dat de financier in een zodanig sterke positie ten opzichte van de kredietnemer staat, dat hij de rechtskeuze kan opleggen aan zijn wederpartij. Voor welk recht opteert hij dan? In dit geval zal dat veelal het recht van de staat zijn waarin de financier is gevestigd. Dit recht kan hij immers lezen omdat hij de taal machtig is, begrijpen omdat zijn (bedrijfs)juristen erin zijn opgeleid en dat geldt ook voor zijn externe adviseurs waardoor de kosten over het algemeen lager zijn dan wanneer hij zich vreemd recht moet gaan eigen maken. Wellicht bestaat er ergens op de wereld een rechtstelsel dat beter is toegesneden op de betreffende transactie, strategisch een betere keuze zou zijn, enz., maar voor deze situatie geldt vaak het adagium 'Better the devil

15. Een goederenrechtelijke rechtskeuze is er ook voor wat betreft de uitgifte van zogenaamde American shares, zie art. 10:138 BW.

16. Stefan Vogenauer, 'Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence', *European Review of Private Law* 2013, p. 49.

you know than the devil you don't'. De financier kiest vaak liever het recht waarmee hij bekend is, ook al is dat recht misschien niet het meest ideaal voor de betreffende transactie, dan dat hij risico's neemt als gevolg van het feit dat hij onvoldoende op de hoogte is van de merites van buitenlands recht dan wel hoge kosten moet maken om zich dat recht eigen te maken of zich daarover te laten adviseren. Kortom: 'Wat de boer niet kent, dat vreet hij niet.'¹⁷

Ligt de marktmacht andersom, en is het de kredietnemer die het toepasselijke recht kan dicteren, dan zal het voor de financier een commerciële afweging zijn daar al dan niet mee akkoord te gaan. In de praktijk zal het dan gaan om een (ijzer)sterke kredietnemer, met een kredietwaardigheid die het onderhandelen over de keuze voor het rechtsstelsel dat de financieringsovereenkomst beheerst, minder van belang doet zijn: de kans op betalingsproblemen van de kredietnemer, en dus op procedures daaromtrent, is dan immers klein.

Heeft de financier niet het onderhandelingsoverwicht om de keuze voor zijn nationale recht af te dwingen, en heeft de kredietnemer dat evenmin, dan zullen zij op zoek moeten naar een aanvaardbaar compromis. Een Europese financier wil bijvoorbeeld niet het recht van de Aziatische kredietnemer, omdat dit recht zijns inziens niet voldoende is geëquipeerd voor de onderhavige transactie, en de kredietnemer wil op zijn beurt niet akkoord gaan met het recht van de financier, omdat hij daarvan geen kennis draagt. Dat compromis is veelal een keuze voor Engels recht. Door de jaren heen zijn de Engelsen er goed in geslaagd hun rechtssysteem te promoten voor de internationale financieringspraktijk en te exporteren naar het buitenland. Nog steeds reizen *sales teams* van de grote Engelse advocatenkantoren de hele wereld over om de keuze voor Engels recht aan te bevelen. Geholpen door het feit dat Londen zich ontwikkelde tot het belangrijkste internationale financiële centrum van de wereld en het Engels voor velen een (tweede) taal is die men redelijk beheerst, heeft dat ertoe geleid dat Engels recht grote bekendheid geniet en wordt gezien als een recht dat zeer goed is toegesneden op de behoeften van de financieringspraktijk.¹⁸ Zo zou het flexibeler zijn (bijvoorbeeld door de mogelijkheid van het instellen van een trust) en voorspelbaarder dan menig ander rechtsstelsel. Dat laatste vooral omdat, anders dan bijvoorbeeld naar Nederlands recht, de rechter naar Engels recht bij de uitleg van een (krediet)overeenkomst geen rekening houdt met hetgeen redelijk en billijk is, doch zich slechts laat leiden door de taalkundige betekenis van de bepalingen ervan. Toch is een nuancering hier op zijn plaats. Weliswaar geldt voor de contractuitleg in Nederland nog steeds de Haviltex-norm,¹⁹ inhoudende dat de uitleg van een schriftelijk contract niet kan plaatsvinden aan de hand van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg, maar dat neemt niet weg dat ook in Nederland bij de uitleg van financieringsovereenkomsten een taalkundige uitleg vooropstaat en de redelijkheid en billijkheid zelden een rol zullen spe-

17. Vgl. Stefan Vogenauer, 'Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence', *European Review of Private Law* 2013, p. 38, 40, 41, 43, 49 en 51.

18. Vgl. Stefan Vogenauer, 'Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence', *European Review of Private Law* 2013, p. 52 en 59.

19. HR 13 maart 1981, NJ 1981/635, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Ermes/Haviltex*). Uit HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101 (*Lundijform/Mexx*) blijkt dat ook voor de uitleg van de onderhavige contracten, de Haviltex-norm nog steeds beslissend is.

len.²⁰ Zo blijkt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad dat een zuiver commerciële overeenkomst taalkundig dient te worden uitgelegd, indien het gaat om gedetailleerde en uitgebreide overeenkomsten bij de totstandkoming waarvan partijen zich hebben laten bijstaan door (juridisch) deskundige raadslieden, hetgeen nog sterker het geval is als deze overeenkomsten derden aangaan die niet bij de totstandkoming ervan zijn betrokken.²¹ Dat is in de bedrijfsfinanciering het geval. Immers, bedrijfskredieten zijn doorgaans lijvige documenten waarover partijen uitvoerig onderhandelen, meestal bijgestaan door gespecialiseerde raadslieden. Gaat het om een gesyndiceerde lening, dan verkopen de participanten aan het syndicaat veelal hun deelneming door, waardoor er nieuwe partijen toetreden tot de syndicaatslening die destijds niet bij de onderhandelingen erover betrokken zijn geweest. Voor wat betreft de uitleg van cessie- en verpandingsverboden die deel uitmaken van algemene voorwaarden bij een koopovereenkomst tussen professionele partijen, heeft de Hoge Raad nog recentelijk uitgemaakt dat daarbij een uitleg naar objectieve maatstaven – en dus een zuiver taalkundige uitleg – vooropstaat.²² Afgezien van het feit dat deze uitspraak voor zich spreekt nu immers van professionele partijen mag worden verwacht dat zij in staat zijn om op te schrijven wat zij bedoelen, heeft de Hoge Raad in deze zaak eveneens waarde gehecht aan het feit dat een andere dan taalkundige uitleg de positie van een derde betrokkene – te weten de bank als pandhouder – negatief zou kunnen beïnvloeden.²³ Bedrijfsvorderingen ten aanzien waarvan dergelijke bedingen worden gemaakt plegen namelijk in het kader van een bedrijfsfinanciering te worden verpand aan de bank, en nu de bank niet bij de totstandkoming van dergelijke bedingen tussen schuldeiser en schuldenaar is betrokken, moet zij bij haar beoordeling of deze bepalingen al dan niet in de weg staan aan verpanding van de vordering waarop zij betrekking hebben, kunnen afgaan op objectieve factoren als de tekst van de bepaling in kwestie. Voorts moet worden opgemerkt dat de Engelse rechter juist enigszins lijkt te zijn teruggekomen op een puur restrictieve, grammaticale contractuitleg onder alle omstandigheden, door ook gewicht toe te kennen aan de commerciële context waarin het contract geplaatst moet worden.²⁴ De continentale en de Engelse contractuitleg

20. Vgl. R. van Buuren, 'Nederlandsrechtelijke aspecten bij een kredietovereenkomst', *TOP* 2008, afl. 6, p. 218-219 en Th.A.L. Kliebisch, "'Ins" en "outs" omtrent loan agreements', *O&F* 2002/46, p. 47 en 49-50.

21. Zie HR 19 januari 2007, *LJN* AZ3178, *NJ* 2007/575 (*Pont/Pontmeyer*) en HR 29 juni 2007, *LJN* BA4909, *NJ* 2007/576 (*Derksen/Homburg*). Uit HR 5 april 2013, *LJN* BY8101 (*Lundiform/Mexx*) blijkt dat ook voor de uitleg van de onderhavige contracten, de Haviltex-norm nog steeds beslissend is.

22. HR 21 maart 2014, *JOR* 2014/151, m.nt. B.A. Schuijling (*Coface/Intergamma*), waarmee de Hoge Raad de eerder door Bergervoet en mijzelf gepropageerde uitleg bevestigt. Zie F.E.J. Beekhoven van den Boezem & G.J.L. Bergervoet, 'Uitleg van cessie- en verpandingsverboden', *TvI* 2012, afl. 3, p. 60-67. Opgemerkt zij dat in de literatuur nog wel eens wordt gesteld dat de Hoge Raad met dit arrest een uitlegregel zou hebben geïntroduceerd voor de uitleg van een onoverdraagbaarheidsbeding in de zin van art. 3:83 lid 2 BW in plaats van voor cessieverboden (zie bijvoorbeeld F.J.L. Kaptein, *WPNR* 2014, afl. 7024). Dit is niet juist want de begrippen 'onoverdraagbaarheidsbeding' en 'cessieverbod' zijn niet synoniem. Onoverdraagbaarheidsbedingen in de zin van art. 3:83 lid 2 BW hoeven niet te worden uitgelegd: die werken goederenrechtelijk omdat zij deel uitmaken van de inhoud van de vordering. Het ging er in deze zaak daarentegen om of een *cessieverbod* als een onoverdraagbaarheidsbeding in de zin van art. 3:83 lid 2 BW moest worden uitgelegd. Het is jammer dat ook de Hoge Raad – anders dan de procureur-generaal in haar conclusie – deze begrippen even door elkaar haalt in r.o. 3.4.2 maar dat lijkt een 'slip of the pen'.

23. Zie r.o. 3.4.2.

24. Zie daarover C.J.H. Jansen, 'Over contractsuitleg naar Nederlands en Engels recht', *ORP* 2011, afl. 1, p. 43-48 en de literatuur en jurisprudentie waarnaar hij verwijst.

zijn in die zin elkaar een beetje genaderd, waardoor we kunnen stellen dat een en ander voor de uitleg van de onderhavige overeenkomsten — te weten (gesyndiceerde) kredietovereenkomsten tussen professionele partijen — weinig uitmaakt: een zuiver taalkundige uitleg daarvan staat in beide stelsels voorop. Dat is maar goed ook, omdat dit de voorspelbaarheid van de uitleg van bepalingen uit een kredietovereenkomst vergemakkelijkt, hetgeen de voor deze markt zo belangrijke rechtszekerheid ten goede komt.²⁵

Wat er ook zij van de vermeende voordelen van Engels recht, feit is dat het opstellen van internationale financieringsovereenkomsten naar Engels recht inmiddels een lange traditie kent en daarmee een constante jurisprudentie heeft opgeleverd, zodat men over het algemeen weet waar men aan toe is. Toch zie je de laatste jaren enige kentering in de voorkeur voor Engels recht en de geschiktheid ervan voor de financieringspraktijk, waarop Engeland zich juist zo laat voorstaan. Niet alleen hebben kredietnemers uit de zogenaamde *emerging markets* steeds vaker enige aversie tegen dit recht, maar ook zijn kredietvorderingen die beheerst worden door Engels recht en het recht van Wales, niet beleenbaar bij de Europese Centrale Bank (ECB). De kredietovereenkomst waaruit de te belenen kredietvordering voortvloeit moet namelijk worden beheerst door het recht van een lidstaat die tot het eurogebied behoort.²⁶ Heel even zijn dergelijke kredietvorderingen door de ECB wel gekwalificeerd als beleenbare activa voor monetaire beleidstransacties in het eurosysteem, maar op die beslissing is zij na twee weken teruggekomen. Het is niet helemaal duidelijk waarom dergelijke vorderingen niet kunnen dienen tot onderpand bij de ECB, maar het sterke vermoeden bestaat dat daarvoor een politieke reden is die te maken heeft met het feit dat het Verenigd Koninkrijk de euro niet heeft geadopteerd en niet altijd een Europese koers volgt. Als het Verenigd Koninkrijk in de toekomst verder in de periferie van de Europese Unie raakt, zouden er wel eens meer nadelige consequenties kunnen ontstaan aan het kiezen voor Engels recht dat een kredietovereenkomst beheerst, waardoor het niet ondenkbaar is dat de dominante positie van dit recht voor de internationale financieringspraktijk afneemt.

Vestigingsmogelijkheden en uitwinbaarheid zekerheidsrechten

Financieren is en blijft een kwestie van vertrouwen. Afhankelijk van de kredietwaardigheid (*credit rating*) van de kredietnemer, zal de financier zekerheid gesteld willen zien voor het onverhoopte geval dat de kredietnemer niet aan zijn verplichtingen uit de financieringsovereenkomst voldoet. Voor wat betreft goederenrechtelijke zekerheden gaat het dan om pandrechten op vorderingsrechten op naam, voorraad en inventaris van de kredietnemer en hypotheekrechten op zijn eventuele registergoederen, bijvoorbeeld bedrijfspanden of teboekstaande schepen of luchtvaartuigen. Afhankelijk van het soort goed waarop de zekerheidsrechten moeten komen te rusten, worden deze rechten soms naar een ander recht gevestigd dan het recht dat de financieringsovereenkomst (verder) beheerst.

25. Vgl. H.B. Krans, 'De wervende kracht van het Nederlandse privaatrecht: op naar een systematische benadering?', *NTBR* 2011, afl. 8 en C. Drion, 'De status van redelijkheid en billijkheid', *NJB* 2007, p. 433.

26. Zie Europese Centrale Bank, *De uitvoering van het monetaire beleid in het eurogebied, Algemene documentatie inzake de monetaire beleidsinstrumenten en -procedures van het Eurosysteem* (uitgave november 2008), p. 38 en 42, alsmede De Nederlandsche Bank N.V., *Handleiding Monetaire Beleidstransacties* (uitgave augustus 2014), p. 42 en F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Credit Claims* (oratie Nijmegen 2009) (Serie Onderneming en Recht, deel 56), Deventer: Kluwer 2010, p. 6 en 9.

a. Vorderingsrechten op naam

Is de mogelijkheid van rechtskeuze in het contractenrecht inmiddels internationaal algemeen erkend, hoe anders is dit in het goederenrecht. Voor wat betreft Nederlands internationaal privaatrecht is echter met het *Hansa*-arrest de mogelijkheid tot het doen van een (indirecte) goederenrechtelijke rechtskeuze erkend waar het een grensoverschrijdende cessie van vorderingsrechten op naam betreft.²⁷ Deze jurisprudentie is inmiddels gecodificeerd in art. 10:135 BW, waarvan het tweede lid bepaalt:

‘Voor het overige wordt het goederenrechtelijke regime met betrekking tot een vordering op naam beheerst door het recht dat op de tot overdracht of vestiging van rechten verplichtende overeenkomst toepasselijk is.’

Het recht dat op de tot overdracht of vestiging van rechten verplichtende overeenkomst van toepassing is, kunnen partijen op grond van art. 3 Rome I-Verordening kiezen. Ook een partiële rechtskeuze is mogelijk, waardoor de verschillende onderdelen van de overeenkomst door verschillende rechtstelsels worden beheerst.²⁸

Dit gebeurt wel om strategische en praktische redenen.

Zo wordt bij factoringovereenkomsten, *invoice discounted receivables purchase agreements* en securitisatie van vorderingen wel gekozen voor overdracht van vorderingen naar Engels recht, enkel en alleen om het fiduciaverbod van art. 3:84 lid 3 BW te omzeilen. Een kredietovereenkomst naar Nederlands recht bevat dan een bepaling in de volgende trant:

‘Op het in de Kredietovereenkomst (en de algemene voorwaarden) bepaalde is Nederlands recht van toepassing. In afwijking hiervan (en behoudens een uitdrukkelijk andersluidend beding in de Kredietovereenkomst), geldt dat indien de Kredietovereenkomst met betrekking tot vorderingen op naam verplicht tot cessie of verpanding naar het recht van een andere staat (dan wel tot cessie of verpanding van assets ten aanzien waarvan partijen eerst in een later stadium besluiten dat die cessie of verpanding zal worden beheerst door het recht van een andere staat) op deze verplichting uit de Kredietovereenkomst het recht van die andere staat van toepassing is.’

Een soortgelijke bepaling wordt ook wel opgenomen voor de omgekeerde situatie: op de kredietovereenkomst met een Nederlandse kredietnemer is Engels recht van toepassing, maar de vorderingen dienen naar Nederlands recht te worden verpand. Als ter securering van terugbetaling van een financiering naar Engels recht namelijk zekerheidsrechten moeten worden gevestigd op vorderingen op Nederlandse debiteuren, is het vanuit strategisch oogpunt vaak verstandiger die naar Nederlands recht te vestigen dan naar Engels recht. Nederland is immers de plaats waar de vorderingen moeten worden uitgewonnen wanneer de kredietnemer zijn verplichtingen uit de financieringsovereenkomst niet nakomt. In die situatie is het gemakkelijker een Nederlands pandrecht op een Nederlandse vordering uit te winnen,

27. HR 16 mei 1997, NJ 1998/585, m.nt. ThMdB (*Brandsma q.q./Hansa Chemie Aktiengesellschaft*).

28. Zie de laatste zin van art. 3 lid 1 Rome I-Verordening.

dan een Engels zekerheidsrecht daarop. In het laatste geval stuit men namelijk al snel op problemen als gevolg van het feit dat het Engelse zekerheidsrecht moet worden ingepast (assimilatie) in de Nederlandse rechtssfeer.²⁹ Daarbij komt dat indien de Nederlandse pandgever failliet wordt verklaard, dit in Nederland zal gebeuren, waardoor Nederlands faillissementsrecht mede de positie van de zekerheids-gerechtigden zal beheersen.³⁰

Behoort een rechtskeuze ten aanzien van de overeenkomst die tot overdracht (tot zekerheid) of verpanding van de vorderingen verplicht in Nederland tot de mogelijkheden, internationaal zijn we nog lang niet zover, getuige het feit dat er over de derdenwerking van internationale cessies in de Rome I-Verordening nog steeds geen overeenstemming bestaat tussen de lidstaten van de Europese Unie.³¹

b. Roerende zaken (niet-registergoederen)

Kunnen partijen volgens Nederlands internationaal privaatrecht het goederenrechtelijk regime met betrekking tot vorderingsrechten op naam dus zelf kiezen, gaat het om andere goederen, dan is ook naar Nederlands internationaal privaatrecht een goederenrechtelijke rechtskeuze in het algemeen niet mogelijk. In principe geldt namelijk (universeel) dat de plaats van ligging het goederenrechtelijk regime met betrekking tot zaken bepaalt, zo zagen wij hiervoor.³² Zekerheidsrechten op zaken moeten dus over het algemeen worden gevestigd naar het recht van de plaats van ligging (art. 10:127 lid 6 BW). Helemaal probleemloos is dit echter niet wanneer het gaat om stil verpande roerende zaken die verplaatst worden naar een ander land. Stille zekerheidsrechten worden lang niet overal in het buitenland erkend, en als dat wel zo is dan kunnen ze soms slechts met grote moeite worden uitgeoefend.³³ Zo zal bijvoorbeeld een naar Nederlands recht gevestigd stil pandrecht op een zich inmiddels in Polen bevindende vrachtwagen door een Poolse curator weliswaar worden erkend, maar alleen als het Nederlandse pandrecht ook aan de Poolse registratievereisten voldoet: in de praktijk zijn we dan minstens een jaar verder.³⁴ Toch zijn er enkele uitzonderingen op deze hoofdregel, welke juist voor de internationale financieringspraktijk van belang zijn. Zo maakt art. 10:128 lid 3

29. Zie HR 14 december 2001, JOR 2002/70, m.nt. H.L.E. Verhagen (*Societa Italiana Sisal e Affini Lavorata S.P.A./NBC Holding Corporation*). Vgl. P.M. Veder, 'Goederenrechtelijke zekerheidsrechten in de internationale handels- en financieringspraktijk', in: *Zekerhedenrecht in ontwikkeling* (Preadvies voor het wetenschappelijk congres van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie op 9 oktober 2009 te Groningen), Den Haag 2009, p. 289-290.

30. Zie T.H.D. Struycken, 'Zekerheidsrechten in het internationale handelsverkeer', *NTHR* 2013, afl. 2, p. 82, noot 35.

31. Zie daarover uitgebreid P.M.M. van der Grinten, 'Article 14 Rome I: A Political Perspective', in: Roel Westrik & Jeroen van der Weide, *Party Autonomy in International Property Law*, München: Sellier. European Law Publishers 2011, p. 145-163. Art. 27 Rome I-Verordening droeg de Europese Commissie op om uiterlijk 17 juni 2010 een nader rapport over deze kwestie uit te brengen en zo nodig te komen met een voorstel tot wijziging van de verordening. Dit rapport is nog (steeds) niet verschenen.

32. Zowel voor roerende als voor onroerende zaken, is het beginsel van aanknoping aan het recht van ligging universeel in vrijwel alle codificaties of wetten betreffende het internationaal privaatrecht. Zie het Rapport aan de Minister van Justitie, 'Internationaal goederenrecht', van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht, november 1998, p. 9.

33. Vgl. C. von Bar & U. Drobnig (red.), *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*, München: Sellier 2004, p. 439-440.

34. Zie voor meer voorbeelden P.M. Veder, 'Europeanisering van zekerheid op roerende zaken — tussen zekerheid en bescheidenheid', in: *Europeanisering van vermogensrecht* (Preadviezen 2010 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2010, p. 149-152 en de literatuur waarnaar hij in de voetnoten daarbij verwijst.

BW een goederenrechtelijke rechtskeuze mogelijk voor het recht van de plaats van bestemming in plaats van het recht van de plaats van ligging, als het gaat om leasing van zaken die bestemd zijn voor gebruik in het buitenland.³⁵ Wel geldt daarbij de voorwaarde dat de zaken die onderwerp zijn van de leaseovereenkomst daadwerkelijk worden ingevoerd in het land van de rechtskeuze. Het is dus niet mogelijk om in geval van een puur nationale casus, de goederenrechtelijke gevolgen van leasing te regelen naar buitenlands recht. Tevens dient het land van het gekozen rechtsstelsel een dergelijke keuze te erkennen. Bij het maken van de onderhavige strategische rechtskeuze is het van belang dat laatste goed na te gaan, omdat veel landen immers afkerig staan ten opzichte van partijautonomie in het goederenrecht.³⁶ Opgemerkt zij dat voor internationale leasing van transportmiddelen, voornoemde rechtskeuzemogelijkheid geen uitkomst biedt, daar zij tijdens hun levensduur steeds verplaatst worden van het ene naar het andere land. Dit klemmt te meer, waar juist deze zaken vaak voorwerp zijn van een internationale leaseovereenkomst.³⁷

c. Roerende zaken (registergoederen)

Bij registergoederen die verplaatst worden, zoals teboekgestelde schepen, zijn strategische rechtskeuzes niet mogelijk. Het goederenrechtelijke regime met betrekking tot teboekstaande schepen wordt beheerst door het recht van de staat waar het schip teboekstaat (art. 10:127 lid 2 BW). Echter, bij het kiezen van de staat waar het schip te boek wordt gesteld, kan om strategische redenen natuurlijk wel rekening worden gehouden met de specifieke kenmerken van het recht van de staten waaruit gekozen kan worden om het schip te boek te stellen. In de scheepvaartfinanciering is voor wat betreft de financieringsovereenkomst Noors recht veelvoorkomend, omdat in Noorwegen van oudsher veel *shipping*- en *offshore*-industrie zit en grote klanten nu eenmaal eisen kunnen stellen. Voor wat betreft de zekerheidsrechten is een 'rechtskeuze' voor Nederlands recht, via de teboekstelling in Nederland, echter interessant, omdat het in Nederland mogelijk is een recht van hypotheek te vestigen op een schip dat nog in aanbouw is (art. 8:194 jo. 8:199 jo. 3:10 jo. 3:227 BW). Dat geeft bescherming bij een eventueel faillissement van de scheepswerf. Is de bouw van het schip eenmaal voltooid en vaart het over de wereldzeeën, dan zal ook de plaats van uitwinning een strategisch juridische beslissing zijn, mocht de eigenaar niet voldoen aan zijn verplichtingen uit de financieringsovereenkomst. Door middel van *track and trace* zal het schip pas aan de ketting worden gelegd als het is aangekomen in een land met een voor het uitwinnen van de scheepshypotheek gunstige jurisdictie. Zo kennen sommige landen bijvoorbeeld een uitgebreidere lijst van scheepsvoorrechten (*maritime liens*) die voortgaan op de scheepshypotheek, dan andere landen.³⁸ Anders dan bijvoorbeeld in Nederland en het Verenigd Koninkrijk, kennen de Verenigde Staten bijvoorbeeld een *maritime*

35. Een (indirecte) goederenrechtelijke rechtskeuze is ook mogelijk ten aanzien van goederen op transport. Zie art. 10:133 BW.

36. Vgl. Van der Weide, in: *T&C Burgerlijk Wetboek* 2011, art. 10:128 BW, aant. 5 en R.I.V.F. Bertrams, 'Forumkeuzeclausules in verband met de EEX-Vo en nieuwe conflictregel eigendomsvoorbehoud', *Contracteren* 2002, afl. 3, p. 64-65.

37. Vgl. Rapport aan de Minister van Justitie, 'Internationaal goederenrecht', van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht, november 1998, p. 14 en 21.

38. Zie voor forumshopping in dat verband R.J.C. Flach, *Scheepsvoorrechten* (diss. Groningen), 2001, p. 3.

lien voor de leverancier van de bunkerolie. Daarnaast zal bij de keuze voor de plaats van uitwinning een rol spelen of het schip door middel van een eenvoudige procedure kan worden verkocht. Dat is bijvoorbeeld niet het geval in België, maar wel in Nederland, Engeland, Hong Kong, Gibraltar en Singapore.

Leemten en hiaten in het nationale recht

Leemten en hiaten in het recht van een bepaald land, die in de weg staan aan de juridische realisering en facilitering van bepaalde producten en constructies, kunnen reden zijn voor strategische rechtskeuzes in de internationale financieringspraktijk. Voor wat betreft ons land wezen anderen er reeds eerder op dat de onhanterbaarheid van het Nederlandse recht voor enkele volstrekt oorbare financiële producten en doelen, keuzes voor een ander recht dan het Nederlandse uitlokken.³⁹ Men denke aan het mededelingsvereiste dat vroeger gold voor cessie van vorderingen op naam en het fiduciaverbod dat nog steeds geldt op grond van art. 3:84 lid 3 BW. Weliswaar heeft de wetgever de stille cessie inmiddels in ons wetboek geïncorporeerd en heeft hij voor enkele specifieke producten als repocontracten en andere financiële zekerheidsovereenkomsten (fzo's) het fiduciaverbod opzijgezet,⁴⁰ maar een aantal belemmeringen die tot de strategische rechtskeuze kunnen leiden om bij internationale bedrijfsfinancieringsovereenkomsten het Nederlandse recht te omzeilen, bestaat nog steeds. De belangrijkste zijn mijns inziens 1) de onmogelijkheid om vorderingen tot zekerheid over te dragen, 2) het ontbreken van de trustfiguur en 3) het ontbreken van de mogelijkheid van een dwangakkoord buiten insolventie.

Ad 1. Overdracht tot zekerheid

Met de introductie van ons huidige Burgerlijk Wetboek, verdween de mogelijkheid van overdracht tot zekerheid uit ons recht, en werd zij vervangen door de figuur van verpanding. Art. 3:84 lid 3 BW bepaalt daartoe:

‘Een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, is geen geldige titel van overdracht van dat goed.’

In de visie van zijn ontwerper, Meijers, was er geen reden om de schuldeiser meer rechten te geven dan zijn belang als schuldeiser rechtvaardigt (eigendom), en werd dat belang zijns inziens voldoende gewaarborgd met pandrecht. De praktijk heeft echter geleerd dat de gerechtvaardigde belangen van de schuldeiser met de figuur van pandrecht helemaal niet zo goed beschermd worden als dat vroeger het geval was met de figuur van overdracht tot zekerheid; de positie van cessionaris tot zekerheid is op belangrijke punten sterker dan de positie van pandhouder. De Neder-

39. Zie met name W.A.K. Rank, *De (on)hanterbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne financiële praktijk* (oratie Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht, deel 12), Deventer: Kluwer 1998 en H.L.E. Verhagen & M.H.E. Rongen, ‘Cessie’, in: *Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 16-20 en 151.

40. Zie voor wat betreft stille cessie art. 3:94 lid 3 BW, voor wat betreft repocontracten het voormalige art. 2a Wet toezicht effectenverkeer (vervallen met de inwerkingtreding van art. 7:55 BW) en voor wat betreft fzo's art. 7:55 BW.

landsche Bank accepteert om die reden niet eens een financiële zekerheidsvereenkomst tot vestiging van een pandrecht op kredietvorderingen en dwingt haar wederpartijen te kiezen voor een financiële zekerheidsvereenkomst tot overdracht daarvan.⁴¹ Met het arrest van de Hoge Raad van 4 april 2014 inzake *Immun'Âge Europe/Neo-River* bleek onlangs maar weer eens dat pandrecht geen volwaardig alternatief is voor overdracht tot zekerheid.⁴² De vraag die daarin aan de orde was, is of na mededeling van het pandrecht aan de schuldenaar, de pandgever nog bevoegd is afstand van zijn vordering te doen als bedoeld in art. 6:160 BW. De Hoge Raad was — naar mijn mening overigens dogmatisch terecht (wat er ook zij van de wenselijkheid van dat resultaat) — van mening dat dit inderdaad het geval is, zij het dat de pandhouder deze rechtshandeling kan vernietigen op grond van art. 3:45 BW en hem bovendien onder omstandigheden een vordering op grond van onrechtmatige daad ten dienste staat (art. 6:162 BW). Dit oordeel toont maar weer eens aan dat, anders dan de Parlementaire Geschiedenis ons destijds beloofde, met pandrecht vaak helemaal niet 'praktisch hetzelfde resultaat als met zekerheidseigendom kan worden bereikt'.⁴³ Ging het immers om cessie tot zekerheid in plaats van verpanding van de vordering, dan was afstand überhaupt niet aan de orde omdat de vordering in dat geval het vermogen van de cedent had verlaten en hij geen schuldeiser meer was. Bij pandrecht blijft de pandgever daarentegen rechthebende op de vordering en schuldeiser, hetgeen zijn bevoegdheid tot afstand verklaart, met alle negatieve gevolgen voor het incasseren van de vordering door de pandhouder. Dit is maar één voorbeeld dat verklaart waarom, zoals hiervoor reeds beschreven, de internationale financiële praktijk het Nederlandse recht soms links laat liggen en een strategische keuze maakt voor een rechtsstelsel dat zekerheid wél als een geldige titel voor overdracht beschouwt.

Ad 2. Trust

De belangrijkste reden waarom Nederlands recht niet vaak wordt gebruikt in *cross-border* financieringen, is het feit dat ons recht de trustfiguur niet kent. Datzelfde geldt van oudsher voor vele andere continentaal-Europese jurisdicties, hetgeen een strategische rechtskeuze voor Engels recht attractief maakt. Weliswaar hebben veel landen die deze figuur tot voor kort niet kenden haar recentelijk ingevoerd in hun nationale recht,⁴⁴ maar het feit dat het Engelse recht reeds lang is vertrouwd met de trust, verklaart in grote mate de populariteit van een rechtskeuze voor Engels recht in de financiële sector. Financiers willen namelijk, zeker na de kredietcrisis,

41. Zie F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'Bancaire financiering en stille cessie', *TvI* 2011, afl. 6, p. 186.

42. HR 4 april 2014, *JOR* 2014/119, m.nt. B.A. Schuijling (*Immun'Âge Europe/Neo-River*).

43. Waaraan nog werd toegevoegd dat de nieuwe (huidige) wettelijke regeling zo is opgezet 'dat bestaande financieringspatronen, ondanks de wetstechnische andere opzet van de nieuwe regeling, onder het nieuwe recht zonder moeilijkheden kunnen worden gecontinueerd.' Zie *Parl. Gesch. Boek 3* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1197.

44. Bijvoorbeeld Duitsland (Investmentgesetz van 15 december 2003), Frankrijk (Loi 2007-211 de 19 février 2007 instituant la fiducie, gewijzigd met de Loi 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie), Luxemburg (Loi de 27 juillet 2003 portant approbation de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 et à sa reconnaissance et portant nouvelle réglementation des contrats fiduciaires). Ook binnen ons koninkrijk is de trust bekend, en wel op Curaçao (Landsverordening van 15 december 2011, houdende aanvulling van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake trusts, *Publicatieblad* 2011, A° 2011, nr. 67). In Tsjechië en Hongarije maakt de trust deel uit van een (ontwerp voor een) nieuw burgerlijk wetboek. Zie voor meer voorbeelden J.W.A. Biemans, 'Tijd voor de trust', *NTBR* 2001/71, p. 505-509.

geen enkel risico lopen voor wat betreft de werking van deze rechtsfiguur en in Engeland zijn ze daarvan verzekerd. In art. 2 van het Haagse Trustverdrag 1985⁴⁵ wordt de trust als volgt omschreven:

‘Voor de toepassing van dit Verdrag heeft de term trust het oog op de rechtsbetrekkingen die — bij rechtshandeling onder de levenden of terzake des doods — in het leven worden geroepen door een persoon, de insteller, wanneer goederen onder de macht van een trustee worden gebracht ten behoeve van een begunstigde of voor een bepaald doel.

Een trust heeft de volgende kenmerken:

- a. De goederen van de trust vormen een afgescheiden vermogen en zijn geen deel van het vermogen van de trustee;
- b. De rechtstitel met betrekking tot de goederen van de trust staat ten name van de trustee of ten name van een ander voor rekening van de trustee;
- c. De trustee heeft de bevoegdheid en de plicht, terzake waarvan hij verantwoording schuldig is, om in overeenstemming met de bepalingen van de trust en de bijzondere verplichtingen, waaraan hij van rechtswege is onderworpen, de goederen van de trust te besturen en te beheren of er over te beschikken.

Het is niet noodzakelijk onverenigbaar met het bestaan van een trust dat de insteller zich bepaalde rechten en bevoegdheden heeft voorbehouden of dat de trustee bepaalde rechten als begunstigde heeft.’

De aantrekkelijkheid van de trustfiguur voor de financiële wereld is voornamelijk gelegen in het feit dat de goederen van de trust een afgescheiden vermogen vormen en geen deel uitmaken van het vermogen van de *trustee*. Dat is voor banken bijvoorbeeld van belang bij syndicaatsleningen.⁴⁶ Dat zijn leningen waarbij een aantal banken (het syndicaat) gezamenlijk een krediet verstrekt. In het geval dat de kredietnemer goederenrechtelijke zekerheden moet stellen voor het terugbetalen van de lening, stellen de banken een zogenaamde *security agent* aan (ook wel *security trustee* genoemd) die namens hen de zekerheden houdt en beheert. Het is namelijk efficiënter, en (dus) goedkoper, als slechts één zekerheidshouder als agent bij de zekerheidsgever aan tafel zit, de zekerheden bewaakt, eventueel uitwint en de opbrengst ervan onder de syndicaatsleden verdeelt, dan dat de participanten dit gezamenlijk doen en daarover steeds met elkaar moeten overleggen. Een collectief zekerheidsarrangement biedt daarnaast bescherming tegen ongecoördineerde uit-

45. Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts van 1 juli 1985, *Trb.* 1985, 141, dat voor Nederland op 1 februari in werking is getreden (ook al kent het Nederlandse rechtstelsel deze figuur zelf niet).

46. Maar bijvoorbeeld ook bij het opzetten van securitisatiestructuren. Het *special purpose vehicle* (SPV) dat daarvoor nodig is, is in Engeland vaak een trust. Dat is gemakkelijker en goedkoper dan, zoals in Nederland bij het ontbreken van de trustfiguur noodgedwongen gebeurt, de SPV te gieten in een aparte rechtspersoon, meestal een stichting. Ook bij *factoring* en andere financiële producten waarbij inning door een derde plaatsvindt, wordt de trustfiguur gebruikt. Zie voor meer aanwendingsmogelijkheden van deze rechtsfiguur D.W. Aertsen, *De Trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht, deel 29), Deventer: Kluwer 2004, p. 54-60.

winning van zekerheden door de deelnemers aan het syndicaat.⁴⁷ Zeker na de kredietcrisis die in de zomer van 2007 ontstond, willen de leden van het syndicaat geen enkel insolventierisico lopen op de *security agent* bij wie alle zekerheidsrechten zijn terechtgekomen.⁴⁸ Daarnaast willen zij dat de zekerheidsrechten eenvoudig ten behoeve van toekomstige deelnemers aan het syndicaat kunnen worden gevestigd. Syndicaatsbanken zien hun participaties namelijk vooral als een investering, die vaak wordt doorverkocht. Nu wel, de trust is een manier om op een eenvoudige wijze zekerheden te kunnen vestigen voor een grote groep wisselende kredietverstrekkers, en door het afgescheiden vermogen dat met deze figuur gepaard gaat, loopt de groep geen insolventierisico op de *trustee*. Landen die de trust niet kennen – zoals Nederland – hebben vaak manieren bedacht om met andere rechtsfiguren tot hetzelfde of een vergelijkbaar resultaat te komen. Zo werkt men in Nederland wel met de *parallel-debt*-structuur, actieve hoofdelijkheid (art. 6:15 en 6:16 BW) of borgtocht (art. 7:850 tot en met 7:870 BW).⁴⁹ Wat er ook zij van de juridische kwaliteit van dergelijke constructies, in de financiële sector bepaalt de internationale markt toch vaak de standaard. In het buitenland zijn deze Nederlandse constructies onbekend, vindt men ze moeilijk te doorgronden, leeft de perceptie dat de trust toch beter is, en zijn ze dus ongewild. Gaan de syndicaatsbanken er al mee akkoord, dan slechts tegen een hogere rente en/of meer (goederenrechtelijke) zekerheid, hetgeen de financieringskosten doet stijgen. Een strategische rechtskeuze is dus veelal op de mogelijkheid van de trustfiguur gebaseerd, en gezien de lange ervaring binnen het Engelse recht met deze figuur, is die rechtskeuze vaak Engels recht.

Ad 3. Dwangakkoord buiten insolventie

Een in principe levensvatbare onderneming in financiële moeilijkheden belandt over het algemeen bij de afdeling *Credit Restructuring* van haar financier. Tezamen met eventuele andere financiers wordt aldaar bekeken of de onderneming voor een faillissement kan worden behoed door een financiële herstructurering, te weten een wijziging van de samenstelling en/of voorwaarden en/of structuur van de activa en de passiva van de schuldenaar. Als de bank en de andere schuldeisers immers een groter gedeelte van hun investering kunnen terugkrijgen door een financiële herstructurering te arrangeren dan door de onderneming richting een insolventiescenario te duwen, dan zullen zij over het algemeen voor het eerste de voorkeur hebben. Voor de (huis)banken komt daarbij nog het voordeel dat zij in dat geval de onderneming als klant voor de toekomst behouden en voor de overige schuldeisers, werknemers, aandeelhouders en economie in het algemeen dat daarmee zo veel mogelijk waarde wordt behouden. Nu kan het natuurlijk voorkomen dat de schuldeisers onenigheid krijgen over bijvoorbeeld de hoogte van de kwijting van de schuld of over andere voorwaarden van zo'n financiële herstructurering. Daarbij moet worden bedacht dat bijvoorbeeld een *vulture capitalist* die een gedeelte van

47. Zie daarover R. van Buuren, 'Nederlandsrechtelijke aspecten bij een kredietovereenkomst', *TOP* 2008, afl. 6, p. 212 en D. Brinkhuis & B.T. Harmsen, 'Enkele kenmerken van gesyndiceerde leningen toegelicht', *OF&F* 2005/67, p. 78.

48. Zie over dit risico uitgebreid N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, 'De security trustee in crisistijden', in: N.E.D. Faber, C.M. Grundmann-van de Krol, F.E.J. Beekhoven van den Boezem & N.S.G.J. Vermunt, *De Kredietcrisis* (Serie Onderneming en Recht, deel 54), Deventer: Kluwer 2010, p. 139-168.

49. Zie daarover uitgebreid bijvoorbeeld S.C.J.J. Kortmann, M.H.E. Rongen & H.L.E. Verhagen, 'Zekerheidsrechten op naam van een "trustee" (II, slot)', *WPNR* 2001/6460, p. 840-846.

een gesyndiceerde lening aan een onderneming als investering heeft gekocht, een heel ander belang heeft dan de huisbank van die onderneming die ook van het syndicaat deel uitmaakt. Anders dan de huisbank met wie de onderneming in een langdurige contractuele relatie staat, heeft de *vulture capitalist* wellicht meer belang bij een snelle opbrengst door uitwinning via faillissement. In de praktijk ziet men dan ook wel de situatie dat alle schuldeisers bereid zijn tot een informeel (want buiten faillissement en dus buitengerechtelijk) akkoord met de onderneming, op één schuldeiser na, die door dwarsliggen de andere schuldeisers probeert te bewegen hem uit te kopen voor de nominale waarde van zijn participatie. Naar Nederlands recht kan hij namelijk buiten insolventie niet worden gedwongen akkoord te gaan, een heel enkele uitzondering van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) daargelaten, zo blijkt uit het *Payroll*-arrest van de Hoge Raad waarin hij overweegt:

‘3.5.2 (...) Bij een buitengerechtelijk akkoord als het onderhavige, op de totstandkoming waarvan de gewone regels van het verbintenissenrecht van toepassing zijn, staat het een schuldeiser in beginsel vrij het hem door de schuldenaar aangeboden akkoord — dat inhoudt dat hij slechts een (beperkt) deel van zijn vordering betaald krijgt en voor het restant afstand doet van zijn recht op voldoening — te weigeren. Dit kan uitzondering lijden indien de uitoefening van deze bevoegdheid wordt misbruikt (art. 3:13 BW) en de schuldeiser aldus naar redelijkheid aanvaarding van het aanbod niet had kunnen weigeren.

3.5.3 (...) De omstandigheid dat een schuldeiser de slechte financiële positie van de schuldenaar of diens dreigende faillissement kent of behoorde te kennen, zal in het algemeen niet voldoende zijn om de gevolgtrekking te wettigen dat die schuldeiser misbruik maakt van zijn bevoegdheid te weigeren met het hem aangeboden buitengerechtelijk akkoord in te stemmen. Tegenover het belang van de schuldeiser bij voldoening van zijn vordering door verhaal op alle goederen van zijn schuldenaar, zal het belang van de schuldenaar dat door de instemming van de in het geding betrokken schuldeiser met het akkoord de mogelijkheid bestaat dat een faillissement, surséance van betaling of schuldsanering wordt voorkomen doorgaans niet zwaar genoeg wegen, terwijl in beginsel van de individuele schuldeiser niet behoeft te worden gevegd dat deze het belang laat prevaleren dat de schuldenaar beoogt te behartigen, namelijk dat hij (sneller) van zijn bestaande schuldenlast wordt bevrijdt indien alle schuldeisers met het buitengerechtelijk akkoord instemmen. Daarbij moet worden bedacht dat tot de belangen die aan de zijde van de schuldeiser een rol kunnen spelen behoort dat bij een buitengerechtelijk akkoord de waarborgen ontbreken die de Faillissementswet biedt met betrekking tot de vaststelling van en het toezicht op de vermogenspositie van de schuldenaar door de curator of de bewindvoerder en de rechter-commissaris.’⁵⁰

50. HR 12 augustus 2005, NJ 2006/230, m.nt. PvS (G./Directors Cast & Crew Payroll Services), r.o. 3.5.2-3.5.3.

Nederland kent namelijk geen dwangakkoord buiten insolventie. In andere landen is dat veelal wel het geval.⁵¹ Zo kent het Verenigd Koninkrijk de zogenaamde *scheme of arrangement*, een doeltreffend middel om toch een sanering aan de passiefzijde van de balans van een in principe levensvatbare onderneming in financiële moeilijkheden te kunnen bewerkstelligen door ook een dwarsliggende schuldeiser te binden aan een akkoord buiten faillissement. Gelet op de voorgaande casus komt dan al snel de vraag op of er een manier is om bijvoorbeeld zo'n Engelse *scheme of arrangement* toe te passen op een Nederlandse onderneming in financiële moeilijkheden, deze *scheme* goedgekeurd te krijgen bij de Engelse rechter (*High Court*) en daarna erkend door de Nederlandse rechter, waarna de *scheme* ook verbindend is voor de dwarsliggende schuldeiser. Dat is inderdaad het geval en wel via een strategische rechtskeuze.

De Engelse *scheme of arrangement* is geregeld in art. 899 Companies Act 2006, dat bepaalt:

- '(1) If a majority in number representing 75% in value of the creditors or class of creditors or members or class of members (as the case may be), present and voting either in person or by proxy at the meeting summoned under section 896, agree a compromise or arrangement, the court may, on an application under this section, sanction the compromise or arrangement.
- (2) An application under this section may be made by:
 - (a) the company,
 - (b) any creditor or member of the company,
 - (c) if the company is being wound up, the liquidator, or
 - (d) if the company is in administration, the administrator.
- (3) A compromise or agreement sanctioned by the court is binding on:
 - (a) all creditors or the class of creditors or on the members or class of members (as the case may be), and
 - (b) the company or, in the case of a company in the course of being wound up, the liquidator and contributories of the company.
- (4) The court's order has no effect until a copy of it has been delivered to the registrar.'

Kort gezegd komt het er dus op neer dat ook dwarsliggende schuldeisers aan zo'n *scheme* kunnen worden gebonden, als een geclassificeerde meerderheid van de schuldeisers heeft ingestemd met de herstructurering van de schuld op deze manier, de Engelse rechter daaraan zijn goedkeuring heeft gegeven en die goedkeuring is ingeschreven in het daarvoor bestemde register. De minimumvoorwaarde van een geclassificeerde meerderheid is begrijpelijk, gelet op de beperkte rechterlijke toetsing en de vergaande consequenties voor de schuldeisers van een dergelijk dwangakkoord. De rechterlijke toetsing zal namelijk niet verder strekken dan tot een

51. Bijvoorbeeld de Verenigde Staten van Amerika (Chapter 11 van de US Bankruptcy Code), België (Wet Continuïteit Ondernemingen), Duitsland (Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen), Frankrijk (Sauvegarde financière accélérée), Hong Kong en Singapore. Zie daarover R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans & K.A.J. de Vries, 'Herijking faillissementsrecht en het informele akkoord: gemiste kans op opportunity voor een Nederlandse scheme of arrangement?', *Tvl* 2013, afl. 12, p. 63-69.

controle of de belangen van de dwarsliggende schuldeiser niet onevenredig worden geschaad in die zin dat de beperking van zijn rechten niet in een evenredige verhouding staat tot de voordelen van de financiële herstructurering met deze *scheme*, waarbij in ieder geval als voorwaarde zal gelden dat de dwarsliggende schuldeiser via het dwangakkoord minimaal krijgt wat hij zou hebben gekregen ware de formele insolventieprocedure gevolgd.

Een *scheme of arrangement* is mogelijk voor ieder bedrijf dat zou kunnen worden ontbonden onder de Engelse *Insolvency Act 1986* (c45) of de Ierse *Insolvency Order 1989* (SI 1989/2405 (NI 19)), zo blijkt uit art. 895 *Companies Act*. Ook buitenlandse ondernemingen kunnen daaronder vallen. Voor wat betreft de *scheme of arrangement* moet er dan sprake zijn van voldoende verbondenheid (*sufficient connection*) met Engeland, zo blijkt uit de Engelse jurisprudentie.⁵² Daarvan is in ieder geval sprake als de vermogensbestanddelen van de betreffende onderneming in Engeland liggen, zoals dat bijvoorbeeld het geval was bij het toepassen van de Engelse *scheme of arrangement* op de luchtvaartmaatschappij Garuda Indonesia.⁵³ Echter, ook als dit niet het geval is, en de enige verbondenheid met Engeland de omstandigheid is dat partijen het Engels recht en de bevoegdheid van de Engelse rechter van toepassing hebben verklaard op de financieringsovereenkomst (*facility agreement*) die zij destijds met elkaar hebben gesloten, is er sprake van voldoende verbondenheid, waarbij de Engelse rechter de extra eis stelt dat bewijs moet worden overgelegd (meestal in de vorm van een zogenaamde *legal opinion* van een advocatenkantoor) dat het redelijkerwijs waarschijnlijk is dat de goedkeuring van de Engelse rechter in het betreffende land wordt erkend. Dat was bijvoorbeeld het geval bij de herstructurering via een Engelse *scheme of arrangement* van de Vietnamese scheepswerf Vinashin (Vietnam Shipbuilding Industry Group) in 2013 en de Koeweitse investeringsmaatschappij Global Investment House K.S.C. in 2012. Maar wat nu als de financieringsovereenkomst niet door Engels recht wordt beheerst, noch de Engelse rechter door partijen is aangewezen en de in principe levensvatbare onderneming, zonder vermogensbestanddelen in Engeland, in financiële problemen komt? Zouden partijen dan door een strategische verandering van hun rechts- en forumkeuze naar Engels recht en de Engelse rechter, kunnen bewerkstelligen dat de Engelse *scheme of arrangement* toch op de betreffende onderneming kan worden toegepast? Met de goedkeuring van een *scheme of arrangement* door de Engelse rechter op 14 april 2014 in de APCOA-zaak, weten we dat dit inderdaad een mogelijkheid is.⁵⁴ In het kort was de casus als volgt. Het Duitse parkeerbedrijf APCOA had op 23 april 2007 met een aantal banken een financieringsovereenkomst gesloten, waarop Duits recht van toepassing was en waarin de Duitse rechter was aangewezen als de bevoegde rechter bij eventuele geschillen uit deze overeenkomst. De lening had uiterlijk 25

52. *Drax Holdings Ltd/InPower Ltd* [2003] EWHC 2743 (Ch). Voor wat betreft ontbinding zal er tevens aan twee andere vereisten moeten zijn voldaan, te weten 1) 'a reasonable possibility of benefit to those applying for the winding-up order' en 2) 'one or more persons interested in the distribution of assets must be persons over whom the court can exercise jurisdiction'. *Real Estate Development Co* (1991) BCLC 2010. Zie daarover I. van Gasteren, 'Herstructurering van schulden door middel van een Engelse "Scheme of Arrangement": ook toepasbaar op een Nederlandse schuldenaar?', in: F.G.B. Graaf & W.A.K. Rank (red.), *Financiële sector en internationaal privaatrecht* (Financieel Juridische Reeks 3), Amsterdam: NIBE-SVV 2011, p. 174.

53. *Re Perusahaan Perseroan (Persero) PT Perusahaan Penerbangan Garuda Indonesia* [2001] EWCA Civ 1696 at [32].

54. *Re APCOA Parking Holdings GmbH and Others* [2014] EWHC 1867 (Ch).

april 2014 moeten zijn afbetaald. Toen duidelijk werd dat dit in principe levensvatbare bedrijf die datum niet zou halen, werd met de belangrijkste *stakeholders* naarstig naar een oplossing gezocht in de vorm van een herstructurering van de schulden. Omdat overeenstemming daarover en implementatie ervan niet haalbaar bleken vóór 25 april van dat jaar, vroeg APCOA haar financiers om de afloopdatum van de financiering te verschuiven naar een latere datum. Hoewel het overgrote deel van de financiers aan dat verzoek gehoor wilde geven, weigerde een aantal van hen akkoord te gaan. Dat was een probleem, omdat de financieringsovereenkomst bepaalde dat voor het veranderen van de afloopdatum van de financiering niet een (gewogen) meerderheid doch unanimititeit van de kredietverstrekkers was vereist. Om de dwarsliggers te dwingen tot voornoemde herstructurering via een Engelse *scheme of arrangement*, werd de oorspronkelijke rechtskeuze voor Duits recht veranderd in Engels recht, en de forumkeuze voor de Duitse rechter veranderd in de Engelse rechter. Anders dan voor wat betreft het wijzigen van de afloopdatum van de lening, was volgens de leningdocumentatie voor die beslissing namelijk geen unanimititeit doch slechts een meerderheid van 66,67% van de kredietverstrekkers nodig. Vervolgens werd de Engelse rechter gevraagd de *scheme of arrangement* te sanctioneren, hetgeen hij deed. De rechter vond dat ook buitenlandse bedrijven die partij zijn bij een overeenkomst waarvan het toepasselijke recht en de toepasselijke rechter kunnen worden veranderd in Engels recht respectievelijk Engelse rechter, gebruik moeten kunnen maken van het Engelse dwangakkoord buiten insolventie. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat de omstandigheid dat het hier ging om een zeer eenvoudige *scheme of arrangement*, waarbij slechts de opeisingsdatum (*maturity date*) van de financiering naar achteren werd geschoven, van invloed is geweest op de gemakkelijke aanvaarding van de Engelse rechter van rechtsmacht.⁵⁵

Kortom: als de meerderheid van de financiers van een onderneming in financiële moeilijkheden faalt om de minderheid over te halen in te stemmen met een plan om de schuldenlast te herstructureren, en het nationale recht niet de mogelijkheid kent van een dwangakkoord buiten faillissement, kan dat reden zijn om via een (latere) strategische rechts- en forumkeuze, terecht te willen komen bij het recht en de rechter van een ander land dat die mogelijkheid wel kent. Voorwaarde daarbij is natuurlijk wel dat de standaarddocumentatie van de *Loan Market Association* (LMA) — die meestal in het segment waar dergelijke herstructureringen plaatsvinden van toepassing is — op dit punt in de toekomst niet wordt aangepast in die zin dat voor latere rechts- en forumkeuze unanimititeit is vereist in plaats van een gekwalificeerde meerderheid van schuldeisers. Zolang de Engelse *scheme of arrangement* niet onder de Insolventieverordening valt, zullen de gewijzigde rechts- en forumkeuze in de praktijk vaak een keuze voor Engels recht respectievelijk de Engelse rechter zijn, teneinde zo de beproefde procedure van art. 899 Companies Act 2006 mogelijk te maken. Formele belemmeringen daarvoor zijn er niet, zolang de Engelse rechter een ruime internationale rechtsmacht blijft aannemen en zijn beschikking die de *scheme* bekrachtigt, in het land van tenuitvoerlegging wordt erkend. Erkenning van die Engelse beschikking zal in Nederland geen problemen opleveren. Mocht de

55. Zie r.o. 4 van *Justice Hildyard in Re APCOA Parking Holdings GmbH and Others* [2014] EWHC 1867 (Ch).

Brussel I-Verordening⁵⁶ daarvoor onvoldoende basis bieden, dan biedt het *commune* Nederlandse internationaal privaatrecht uitkomst wanneer de *scheme of arrangement* voldoende is verbonden met de Engelse rechtsorde.⁵⁷ Voor wat betreft dat laatste zagen we dat die aanknoping eenvoudig kan worden gecreëerd – eventueel op een later moment dan het aangaan van de gesyndiceerde leningovereenkomst – alleen al door een rechts- en forumkeuze voor respectievelijk Engels recht en de Engelse rechter. Als de Engelse *scheme of arrangement* in de toekomst wel onder de Insolventieverordening komt te vallen – en daarvoor bestaat reeds een wijzigingsvoorstel⁵⁸ – dan is deze route niet meer mogelijk, omdat de Insolventieverordening daarvoor dan vereist dat het betreffende bedrijf zijn *centre of main interests* (COMI) in Engeland heeft.⁵⁹ Slechts de ingewikkelder weg van een COMI-verplaatsing zou dan de Engelse rechter rechtsmacht kunnen geven.⁶⁰ Dat zou reden voor de Nederlandse wetgever moeten zijn haast te maken met het introduceren van het dwangakkoord buiten faillissement, nu dit instrument zijn waarde heeft bewezen als het meest effectieve en tegelijkertijd flexibele instrument in de (internationale) herstructureringspraktijk.⁶¹ Uitwijken naar Engeland is dan immers niet meer nodig.

Market practice

a. Gesyndiceerde leningen

In de top van de financieringsmarkt is het bedrag van de gevraagde lening vaak zo hoog, dat banken moeten samenwerken om het op tafel te krijgen. En ook als dit niet zo is verkiezen zij vaak samenwerking boven alleen opereren, omdat geen bank in haar eentje zo'n groot risico wil lopen op een cliënt. Een dergelijk bancaire samenwerkingsverband wordt een syndicaat genoemd, en de lening die zij middels één contract aan de kredietnemer verstrekt een gesyndiceerde lening. Zoals hiervoor reeds opgemerkt worden de participaties van de verschillende kredietverstrekkers in de gesyndiceerde lening met name als investering gezien, en als verkoopbaar 'product' vaak doorverkocht in de internationale zogenaamde *secondary market*. Daarvoor is van belang dat kopers de *ins* en *outs* van de leningparticipatie gemakkelijk kunnen kennen en doorgronden, om zich daarover snel een oordeel te

56. Verordening (EG) 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (*PbEG* 2001, L 12).

57. Zie daarover uitgebreid H.L.E. Verhagen & J.J. Kuipers, 'De erkenning van een Engelse *scheme of arrangement* door de Nederlandse rechter', in: N.E.D. Faber, J.J. van Hees & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Overeenkomsten en insolventie* (Serie Onderneming en Recht, deel 72), Deventer: Kluwer 2013, p. 335-355.

58. Art. 45 van de Insolventieverordening wordt wellicht geschrapt. Daarin is geregeld dat de Raad, op voordracht van een lidstaat of de Europese Commissie, over mag gaan tot het wijzigen van de lijst 'insolventieprocedures' in Bijlage A. De Engelsen konden zo 'hold out creditor' spelen door geen voorstel te doen de *schemes of arrangement* op te nemen in Bijlage A. Voorgesteld wordt dat de lijst mag worden aangepast via de reguliere wetgevingsprocedure, te weten: op initiatief van de Commissie, met instemming van de Raad en het Parlement.

59. COM(2012)744, 12 december 2012. Zie daarover uitgebreid R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans & K.A.J. de Vries, 'Herijking faillissementsrecht en het informele akkoord: gemiste kans op opportunity voor een Nederlandse *scheme of arrangement*?', *Tvl* 2013, afl. 12, § 6.

60. In de *Magyar Telecom*-zaak kwam de Engelse rechter via deze weg aan rechtsmacht: op de financieringsovereenkomst bleef New Yorks recht van toepassing maar het COMI van het in Nederland opgerichte Magyar Telecom B.V. werd naar Engeland verplaatst. Zie *Magyar Telecom B.V.* [2013] EWHC 3800 (Ch).

61. Zie daarover par. 1.3.2.

kunnen vormen. Hoe meer standaard het product is, hoe gemakkelijker dat gaat en dus hoe eenvoudiger het is te verhandelen. Alles wat niet standaard is, bijvoorbeeld een keuze voor een ander recht of forum dan gebruikelijk, belemmert de verkoop van de participatie. De internationale belangenbehartiger van de *syndicated loan market*, te weten de *Loan Market Association* (LMA), is in 1996 dan ook speciaal door een aantal banken opgericht om te komen tot standaardisering van leningsovereenkomsten voor de gesyndiceerde markt. De juridische bepalingen in die overeenkomsten die tot dan toe door de verschillende banken werden gebruikt weken namelijk zo veel van elkaar af, dat dit de verkoop van de participaties erin bemoeilijkte. Reden waarom men wilde komen tot aanbevolen standaarddocumentatie, opdat kredietnemers en kredietgevers zich konden concentreren op het uitonderhandelen van de (belangrijkere) commerciële aspecten van financiering. Dat is in de afgelopen jaren goed gelukt, en door de *Association of Corporate Treasurers* (ACT), de belangrijkste Londense advocatenkantoren en de toezichthouders erbij te betrekken, zijn de belangen van kredietnemers en kredietgevers goed tegen elkaar afgewogen en kan men met recht zeggen dat deze, op Engels recht gebaseerde, aanbevolen standaarddocumentatie een afspiegeling is van wat op dit moment als *market practice* in dit segment wordt beschouwd.

Gelet op het feit dat i) voornoemde aanbevolen documentatie voor gesyndiceerde leningen is opgesteld door een internationale vereniging waarbij 550 organisaties zijn aangesloten uit 53 landen, ii) zij is bedoeld voor gebruik in een internationale markt, iii) zij is ontwikkeld vanuit Londen en gebaseerd is op Engels recht, iv) het Engelse recht algemeen is geaccepteerd in deze markt, v) standaardisering het doel was bij het ontwerpen van de onderhavige documentatie, en vi) alles wat in deze documentatie niet standaard is de doorverkoop van leningparticipaties mogelijk bemoeilijkt, zal het niet verbazen dat de producten van de LMA normaliter worden beheerst door Engels recht.⁶² De reden van de keuze voor Engels recht bij dit soort overeenkomsten is dus niet zozeer een uitkomst van een internationale zoektocht naar het ‘beste’ recht, maar slechts ingegeven door hetgeen *market practice* is. En toch kunnen we in dit geval misschien wel spreken van een keuze voor het ‘beste’ recht. Niet omdat Engels recht beter zou zijn dan ieder ander recht, maar omdat de contractvrijheid en de betrokkenheid van alle spelers in deze markt die weten ‘*what works*’, in wezen heeft geleid tot een ‘eigen’ recht dat niet meer dan ooit is afgeleid van Engels recht en kwalitatief het beste is toegesneden op de gesyndiceerde leningovereenkomst. En doordat alle betrokkenen er door de LMA, door hun externe juridische adviseurs en door hun eigen organisatie ook in worden opgeleid — via zogenaamde *loan documentation courses* — is de eerder besproken reden voor een bepaalde rechtskeuze, te weten dat men met zijn ‘eigen’ recht in ieder geval bekend is, in wezen ook hier van toepassing. Ook de meeste niet-Engelse juristen die actief zijn in deze markt zullen namelijk een keuze voor Engels recht prefereren boven een keuze voor hun nationale recht, omdat zij door hun werkzaamheden inmiddels met dit recht beter bekend zijn dan met hun nationale recht op dit specifieke juridische vakgebied. In die zin geldt dus ook hier: ‘Wat de boer niet kent, dat vreet hij niet.’

Zelfs als het in eerste instantie Nederlandse banken zijn die een financiering van een Nederlandse onderneming financieren of *underwritten*, zal over het algemeen

62. Zie bijvoorbeeld art. 38 van de LMA Multicurrency Term Facility Agreement.

een strategische keuze voor LMA-leningdocumentatie die wordt beheerst door Engels recht worden gemaakt. Zoals gezegd is het namelijk gemakkelijker om participaties van leningen door te verkopen, bijvoorbeeld aan andere banken, als die worden beheerst door Engels recht. Ieder ander recht zou daarvoor weleens een belemmering kunnen zijn, omdat kopers met dat recht niet bekend zijn en zenuwachtig worden van iedere afwijking van Engels recht als de internationaal algemeen erkende standaard. Soms willen kredietnemers echter heel veel liever dat hun nationale recht de lening beheerst, bijvoorbeeld omdat hun bedrijfsjuristen daarmee beter bekend zijn, zij bij de onderhandelingen over de kredietvoorwaarden geen dure Engelse advocaten hoeven in te schakelen of zij een voorkeur hebben eventueel te procederen ten overstaan van hun nationale rechter.⁶³ Als de kredietbehoefte van de onderneming niet dusdanig is dat zij is aangewezen op een internationaal syndicaat van banken, het bijvoorbeeld slechts Nederlandse banken zijn die haar de lening gezamenlijk verstrekken, en het niet in de verwachting ligt dat zij hun participaties zullen willen verkopen in de *secondary market*, zal aan die wens veelal kunnen worden voldaan. Zeker als het een financieel sterke onderneming is, zal de rechtskeuze de banken minder interesseren. In alle andere gevallen is Engels recht de strategische, commerciële keuze in dit (top)segment van de markt voor bedrijfsfinancieringen.

b. *Derivaten*

Hetgeen hiervoor is gezegd over standaardisering en *market practice* ten aanzien van internationale gesyndiceerde kredietovereenkomsten, geldt in nog sterkere mate voor derivatenovereenkomsten. Daarmee wordt bijvoorbeeld – veelal op uitdrukkelijk verzoek van de bank – het renterisico van een lening afgedekt ('gehedged') door de variabele rente die op de lening moet worden betaald om te ruilen voor een vaste rente, via een zogenaamde *interest rate swap*.⁶⁴ Een afwijking van de twee rechtskeuzemogelijkheden die de standaardmodelovereenkomst (*master agreement*) van de *International Swaps and Derivatives Association* (ISDA) voor dergelijke internationale overeenkomsten biedt – te weten Engels recht of New Yorks recht – komt men in de praktijk vrijwel niet tegen. In deze markt valt of staat immers alles met de verhandelbaarheid van de derivaten, hetgeen vraagt om zo veel mogelijk standaardisering van de overeenkomsten waarmee zij worden verhandeld. Daartoe is de ISDA dan ook in 1985 door een aantal internationale banken en advocatenkantoren opgericht.⁶⁵ Een 'vrije' rechtskeuzemogelijkheid biedt wel de in 1999 door de *European Banking Federation* (EBF) geïntroduceerde *Eurormaster* modelovereenkomst, maar deze standaardovereenkomst is bij lange na niet zo algemeen geaccepteerd als die van de ISDA.⁶⁶

Gaat het om een derivatenovereenkomst zonder enig internationaal element, dan ziet men wel een keuze voor Nederlands recht. Als voor de lening waarvan de swap het renterisico beoogt te dekken namelijk een keuze voor Nederlands recht is gemaakt, is het vanuit tactisch oogpunt verstandig dit ook voor de derivatenovereen-

63. Ervan uitgaande dat – zoals te doen gebruikelijk – de keuze voor Engels recht gepaard gaat met de keuze voor de Engelse rechter.

64. Er zijn veel meer soorten derivatenovereenkomsten, bijvoorbeeld *valuta swaps* en *commodity swaps*.

65. ISDA heeft haar hoofdkwartier in New York en heeft meer dan 800 leden in 57 landen.

66. Vgl. P. Durand-Barthez, 'The "governing law" clause: legal and economic consequences of the choice of law in international contracts', *International Business Law Journal* 2012, nr. 5, p. 505-518.

komst te doen. Dit voorkomt complicaties als gevolg van het feit dat de modellen voor de lening- en derivatendocumentatie niet in onderlinge samenhang zijn ontwikkeld en op elkaar zijn afgestemd. Zo wordt bereikt dat de interpretatie van een in de beide overeenkomsten gebezigde term, in ieder geval plaatsvindt aan de hand van een en hetzelfde rechtsstelsel. Gebruikelijk is om voor de puur Nederlandse situatie gewoon de standaard ISDA *Master Agreement* te gebruiken, met als enige aanpassing een keuze voor Nederlands recht. *Legal opinions* van advocatenkantoren bevestigen namelijk dat de bepalingen van deze standaardovereenkomst geldig en afdwingbaar zijn ook onder het Nederlandse recht. Gelet op het feit dat de ISDA-documentatie echter is ontworpen vanuit een Angelsaksisch rechtssysteem, dat juridische concepten en begrippen kent waarmee het Nederlands recht soms niet is vertrouwd, wordt er aan de rechtskeuze voor Nederlands recht vaak toegevoegd dat voor dat geval van toepassing is het Nederlandse equivalent dat dit concept of begrip het dichtst benaderd.

Resumerend: een tactische rechtskeuze voor Nederlands recht in een derivatenovereenkomst ziet men wel in die gevallen waarin het gaat om een puur Nederlandse situatie en ook op de financieringsovereenkomst Nederlands recht van toepassing is. Is dit anders, dan vertrouwt men liever op het feit dat de ISDA *Master Agreement* onder Engels recht in ieder geval bewezen heeft goed te functioneren, en is een andere keuze dan Engels of New Yorks recht niet aan de orde.⁶⁷

1.2.2 Forumkeuze

1.2.2.1 Mogelijkheid van (internationale) forumkeuze

In de internationale bedrijfsfinancieringspraktijk wordt aan forumkeuze lang niet hetzelfde gewicht toegekend als aan rechtskeuze. Dit heeft ongetwijfeld te maken met het feit dat als de kredietnemer zijn verplichtingen uit de financieringsovereenkomst niet nakomt, een herstructurering meestal meer voor de hand ligt dan een gerechtelijke procedure.⁶⁸ Over het te kiezen internationale forum wordt vaak nauwelijks nagedacht: gewoonlijk volgt de forumkeuze de rechtskeuze, in die zin dat als partijen bijvoorbeeld Engels recht op hun financieringsovereenkomst van toepassing hebben verklaard, de Engelse rechter door hen zal worden aangewezen om eventuele geschillen te beslechten die uit deze overeenkomst voortvloeien.⁶⁹

Evenmin als voor wat betreft de mogelijkheid van een rechtskeuze, is de mogelijkheid van een forumkeuze – in die zin dat daarmee een andere rechter exclusieve bevoegdheid krijgt over een geschil te oordelen dan zonder die keuze het geval zou zijn – altijd vanzelfsprekend geweest. Voor wat betreft Nederland kwam pas in de jaren tachtig van de vorige eeuw met de arresten *Piscator*⁷⁰ en *Harvest Trader*⁷¹ vast te staan dat partijen krachtens overeenkomst de Nederlandse rechter rechtsmacht kunnen verlenen (prorogatie) en ontnemen (derogatie). Voor die tijd gold

67. Vgl. C.H. Schot, 'Financiering en derivaten', *O&F* 2009, afl. 2.

68. Vgl. P. Durand-Barthez, 'The "governing law" clause: legal and economic consequences of the choice of law in international contracts', *International Business Law Journal* 2012, p. 7.

69. Vgl. Stefan Vogenauer, 'Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence', *European Review of Private Law* 2013, p. 27, 44 en 49.

70. HR 1 februari 1985, *NJ* 1985/698.

71. HR 28 oktober 1988, *NJ* 1989/765.

dat internationale bevoegdheid alleen door de wet aan de rechter kon worden verleend of ontnomen.⁷² Daarmee is in de meeste vermogensrechtelijke aangelegenheden die ter vrije bepaling van partijen staan, zoals een financieringsovereenkomst, een forumkeuze toegelaten, mits het een internationaal geval betreft. Betreft het dus een in alle opzichten Nederlands geschil, dan kunnen partijen niet door een rechtskeuze voor een buitenlandse rechter de Nederlandse rechter buitenspel zetten, evenmin als dat zij de Nederlandse rechter bevoegd kunnen maken ten aanzien van een geschil tussen hen dat in alle opzichten is verbonden met een bepaalde vreemde staat. Willen zij in een internationale aangelegenheid een keuze doen voor de Nederlandse rechter, dan is daarvoor echter niet vereist dat er een aanknopingspunt is tussen de Nederlandse rechter en een van de partijen of het onderwerp van hun geschil.⁷³ Deze jurisprudentie is inmiddels gecodificeerd in art. 8 Rv.

Sinds de inwerkingtreding van het EEX-Verdrag,⁷⁴ later omgezet in de EEX-Verordening,⁷⁵ en het EVEX-Verdrag dat daaraan in grote lijnen gelijk is,⁷⁶ is het commune internationaal bevoegdheidsrecht echter veel minder van belang. Woont een verweerder (natuurlijk persoon) namelijk in een lidstaat van de Europese Unie of de Europese Vrijhandelsassociatie, of heeft hij daar als rechtspersoon zijn statutaire zetel, hoofdvestiging of hoofdbestuur, dan wijkt het commune internationaal bevoegdheidsrecht namelijk voor deze internationale regelgeving.⁷⁷ Alleen voor gevallen die volledig nationaal zijn, is dan het commune internationaal bevoegdheidsrecht nog van belang omdat de EEX-Verordening en het EVEX-Verdrag daarop niet zien. Omdat drie lidstaten van de Europese Vrijhandelsassociatie inmiddels zijn togetreden tot de Europese Unie, en het EVEX-Verdrag derhalve voor wat betreft Nederland nog slechts van belang is in de verhouding met Noorwegen, IJsland en Zwitserland, blijft het EVEX-Verdrag hier verder buiten beschouwing. Ook de EEX-Verordening geeft de mogelijkheid tot een internationale (exclusieve) forumkeuze, en wel in art. 23. Op die manier kunnen partijen afwijken van de hoofdregel van art. 2 – bevoegd is de rechter van de woonplaats van verweerder – en de alternatieve bevoegdheidsregels van art. 5 van de Verordening. Voorwaarde daarbij is dat het gaat om een internationaal geval, dat naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking is (of zal) ontstaan, en dat ten minste een van de partijen woonachtig is in een lidstaat van de Europese Unie. Enige relatie tussen het gekozen forum en een van de partijen of hun geschil is niet vereist, evenmin als dat partijen belang hebben bij het gekozen forum.⁷⁸ Helemaal onbeperkt is de

72. HR 24 december 1915, NJ 1916/417 en HR 5 december 1940, NJ 1941/312.

73. Zie L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 219.

74. Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van 27 september 1968, *Trb.* 1969, 101.

75. Verordening (EG) 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 2001, L 12.

76. Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Trb.* 1989, 58.

77. Zie art. 2 EEX-Verordening (met een aantal uitzonderingen in art. 22 en 23). Zie uitgebreid over de EEX-Verordening L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 230 e.v.

78. Zie L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 255 en de jurisprudentie waarnaar hij verwijst.

forumkeuzemogelijkheid echter niet. Zo is voor de (bedrijfs)financieringspraktijk, waarbij tot zekerheid van de terugbetaling van een lening veelal goederenrechtelijke zekerheid wordt gesteld, van belang dat partijen door het doen van een forumkeuze niet kunnen afwijken van de regel dat voor zakelijke rechten op onroerende zaken exclusief bevoegd is de rechter van de lidstaat alwaar de zaak is gelegen (art. 22). Gaat het om financiële dienstverlening aan consumenten, dan wordt de rechtskeuze bijvoorbeeld beperkt door de regel dat de financier de consument in principe slechts kan dagvaarden voor de rechter van de woonplaats van de consument (art. 15 tot en met 17).

1.2.2.2 Invulling van de forumkeuzemogelijkheid

Hiervoor is reeds gezegd dat de forumkeuze meestal de rechtskeuze volgt. Dit geldt zeker in de bedrijfsfinancieringspraktijk: forum- en rechtskeuze worden gezien als een *package deal*, zolang het gekozen forum maar aan bepaalde (minimum)eisen van deskundigheid, onafhankelijkheid, onpartijdigheid, snelheid, voorspelbaarheid, en betaalbaarheid voldoet. Is het forum dat automatisch uit de rechtskeuze rolt dan ook het 'beste' forum waar partijen in een financieel geschil hun zaak kunnen aanbrengen, in die zin dat dit forum het meest is gekwalificeerd om het geschil te beoordelen? Vaak is dit inderdaad het geval: het adagium *ius curia novit* gaat immers gemakkelijker op als de rechter op basis van zijn eigen recht moet oordelen dan wanneer hij zich een oordeel moet vormen over buitenlands recht. Als de rechter moet beslissen aan de hand van buitenlands recht, kan dat in de praktijk gemakkelijk tot problemen leiden, bijvoorbeeld omdat het buitenlandse recht (voor hem) niet even goed toegankelijk is als het Nederlandse recht. Daarbij komt dat hij zich niet alleen op de hoogte zal moeten stellen van de buitenlandse wettelijke bepalingen, maar die bepalingen ook op dezelfde wijze moet lezen, uitleggen en toepassen als in het betrokken land geschiedt, met inachtneming van plaatselijke jurisprudentie en literatuur.⁷⁹ Deze ambtshalve toepassing van buitenlands recht⁸⁰ vraagt dus nogal wat van de rechter, ondanks de mogelijkheden die internet biedt om daarnaar onderzoek te doen. Weliswaar kan de rechter belast met dit onderzoek i) via art. 3 van de Europese Overeenkomst nopens het verstrekken van inlichtingen over buitenlands recht (Verdrag van Londen)⁸¹ van de daarbij aangesloten staten inlichtingen verkrijgen over vreemd recht, ii) de hulp inroepen van het Internationaal Juridisch Instituut (IJI) te Den Haag, iii) krachtens art. 194 e.v. Rv een deskundigenonderzoek naar vreemd recht gelasten en iv) informatie over vreemd recht van partijen krijgen (al dan niet in de vorm van een deskundigenbericht), maar het moge duidelijk zijn dat de kans op praktische problemen hierbij aanwezig is. Zo zeggen rechters bijvoorbeeld niet over voldoende financiële middelen te beschikken om het IJI te adieren.⁸² Reden waarom partijen over het algemeen geen risico nemen en de nationaliteit van het recht en de rechter op elkaar laten aansluiten.

79. Zie MvT Vaststelling en invoering van Boek 10 (Internationaal privaatrecht) van het Burgerlijk Wetboek (Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 Burgerlijk Wetboek), *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, 3, p. 9.

80. Inmiddels gecodificeerd in art. 10:2 BW.

81. *Trb.* 1968, 142. Zie verder art. 67 Rv.

82. Zie over de rechterlijke zoektocht naar vreemd recht uitgebreid R.J. Blauwhoff & J.M.J. Keltjens, 'Rechtsvinding van buitenlands recht: wat wordt er van de rechter verwacht?', *Trema* 2014, p. 19-

Voor wat betreft de internationale bedrijfsfinancieringspraktijk zagen we hiervoor dat een keuze voor Engels recht veelal standaard is. Gewoonlijk resulteert dit dus automatisch in een forumkeuze voor de Engelse rechter. Daarbij is het naar Engels recht mogelijk verder te specificeren, in die zin dat men niet noemt 'the courts of England (and Wales)' maar bijvoorbeeld 'a court of competent jurisdiction in London', wanneer men wil voorkomen dat gerechtelijke procedures in een andere plaats in Engeland en Wales worden geëntameerd dan Londen.⁸³ Gebruikelijk is dit echter niet. Dit heeft te maken met het Engelse rechtssysteem. Een voorbeeld moge dat verduidelijken. Stel dat in een financieringsovereenkomst als forumkeuze is opgenomen 'the courts of The Netherlands'. Komt het tot een procedure over deze overeenkomst, dan kan de wederpartij niet overal in Nederland worden gedagvaard. Niet iedere Nederlandse rechter is immers relatief bevoegd, maar slechts die rechter die wordt aangewezen door de relatieve competentieregels van art. 99 Rv. Hier zit nu het verschil met het Engelse burgerlijk procesrecht. Wordt een forumkeuze in een financieringsovereenkomst omschreven als 'the courts of England', dan is iedere Engelse *High Court*-rechter⁸⁴ bevoegd en kunnen procedures niet alleen in Londen (*Royal Courts of Justice*), maar ook in elke *District Registry* van het *High Court* aangebracht worden, bijvoorbeeld in Manchester of Birmingham. Het *High Court* wordt met al zijn 'nevenvestigingen' als één rechter gezien. Dit geeft degene die dagvaardt dus flexibiliteit om pas op het moment van het ontstaan van het geschil te beslissen waar de procedure in Engeland wordt geëntameerd, bijvoorbeeld niet in Londen als financieel centrum, maar in de plaatst waar de wederpartij zijn hoofdkantoor heeft (wel is het zo dat de *High Court*-rechter in een van die *District Registries* de zaak kan doorverwijzen naar het *High Court* in Londen (*Royal Courts of Justice*) als hij van mening is dat het meer op zijn plaats is als de zaak aldaar wordt afgedaan (en vice versa)). Daar staat tegenover dat je als wederpartij dus niet van tevoren zeker weet waar je in Engeland en Wales gedagvaard kunt worden als je niet specificeert tot een bepaald geografisch gebied. Dit wordt op de koop toe genomen, als financiële instellingen contracteren met partijen afkomstig uit jurisdicties buiten het Verenigd Koninkrijk, omdat in specificering toch ook een (mijns inziens zeer klein) risico zou schuilen. In de zaak *Anthony Snookes/Jani-King (GB) Ltd: Stephen Little/Jani-King (GB) Ltd* [2006] EWHC 289 (QB) werd namelijk betoogd dat de rechter te Londen niet kwalificeerde als bevoegde rechter als bedoeld in art. 23 van de EEX-Verordening, nu de forumkeuzeclausule slechts gerechten in een bepaald geografisch gebied aanwees ('a court of competent jurisdiction in London') terwijl voornoemd artikel vereist dat een formkeuzeclausule bevoegdheid verleent aan 'a court or the courts of a Member State' en Londen niet als *Member State* kwalificeert. Weliswaar werd dit argument (mijns inziens terecht) door de rechter van tafel gevergd, omdat hij in navolging van een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie⁸⁵ meende dat voor wat betreft art. 23 EEX-Verordening voldoende is dat de forumkeuzebepaling van partijen objectieve factoren noemt die het een gerecht waar de zaak wordt aangebracht mogelijk maken te bepalen of het bevoegd

24 en meer specifiek naar vreemd belastingrecht B.F.A. van Huijgevoort, 'Hoe komt de rechter aan informatie over buitenlands (belasting)recht?', *Trema* 2014, p. 128-129.

83. Aldus *Justice Silber* in *Anthony Snookes/Jani-King (GB) Ltd: Stephen Little/Jani-King (GB) Ltd* [2006] EWHC 289 (QB).

84. Uitgaande van de absolute competentieregel dat de claim meer bedraagt dan £ 100 000.

85. *Coreck Maritime GmbH/Handelsveem B.V. e.a.*, c-387/98 (2000) 1 ECJ 9337.

is,⁸⁶ maar dit laat onverlet dat verschillende gerechten verschillend aankijken tegen art. 23 van de EEX-Verordening, zo bleek met de zaak *Mme X/La Société Banque privée Edmond de Rothschild Europe*.⁸⁷ In de praktijk wordt daarom rekening gehouden met het risico dat een gerecht buiten Engeland en Wales wél gevoelig zou kunnen zijn voor voornoemd argument, zeker als het betreffende gerecht zijn eigen bevoegdheid ruim interpreteert. Reden waarom Engelse advocatenkantoren ontraden af te wijken van de standaardpraktijk om de bevoegde rechter te omschrijven als 'the courts of England (and Wales)'.⁸⁸ Daarbij komt dat, afgezien van de eigen bevoegdheid van het *High Court* om de zaak door te sturen naar een van zijn nevenvestigingen in een andere plaats dan alwaar de gedaagde is gedagvaard indien het meer is aangewezen om de zaak te behandelen in die andere plaats, de gedaagde de rechter kan verzoeken de procedure voort te zetten op een andere locatie dan waar hij is gedagvaard. Bij aanvang van de procedure stuurt het *High Court* een zogenaamde *Directions Questionnaire* aan partijen betreffende de verdere procedurele afwikkeling van de zaak en een van de vragen daaruit is of partijen hun geschil op een bepaalde plaats behandeld willen hebben. In de praktijk komt een en ander erop neer dat als het om een claim van boven de £ 100 000 gaat, en er gelet op het onderwerp van de zaak geen andere specifieke rechter exclusief bevoegd is, het geschil wordt behandeld voor het *Commercial Court* in Londen, als specialistisch onderdeel van de *Queens Bench* divisie van het *High Court*.

Is de Engelse rechter ook de 'beste' rechter aan wie een geschil in de financiële praktijk kan worden voorgelegd? Dat is hoogstwaarschijnlijk het geval. Niet alleen mag worden verondersteld dat hij het Engelse recht beter kent dan zijn buitenlandse collega's, maar daarnaast spreken partijen over het algemeen zijn taal. Door het feit dat Engels recht, en daarmee tevens de Engelse rechter, tot standaard in de grensoverschrijdende financieringspraktijk zijn geworden, is hij gewend geadieerd te worden voor geschillen over internationale bedrijfsfinancieringen op basis van LMA-documentatie die zich buiten Engeland afspelen. Daardoor is hij zeer ervaren, deskundig, snel en efficiënt, en is een constante jurisprudentie ontstaan waarop kan worden vertrouwd.⁸⁹ Dat is van wezenlijk belang in een praktijk waarin voorspelbaarheid, rechtszekerheid en niet in de laatste plaats snelheid, als een groot goed worden beschouwd. Voor wat betreft dit laatste moet worden bedacht dat een langdurige juridische procedure voor een financiële instelling die daarbij is betrokken niet alleen hoge juridische kosten met zich brengt, maar vaak ook een verlies van rente en het risico dat de waarde van de zekerheden die aan haar zijn verstrekt, keldert.⁹⁰ In Italië bijvoorbeeld, is het niet ongebruikelijk dat het vier jaar duurt alvorens men in een civielrechtelijke procedure een beslissing in eerste aanleg

86. In deze zaak was dat niet moeilijk: het gerecht moest i) in Londen zijn — een duidelijke geografische afbakening — en ii) bevoegd — hetgeen gewoon volgde uit de absolute competentieregels. Zie r.o. 48 en 49 van *Justice Silber* in deze zaak.

87. *Cour de Cassation*, *Chambre civile* 1, 26 september 2012, 11-26022 (*Mme X/La Société Banque privée Edmond de Rothschild Europe*).

88. Zie Ashurst, *Quickguides*, *Jurisdiction Clauses*, p. 3.

89. Vgl. Stefan Vogenauer, 'Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence', *European Review of Private Law* 2013, p. 59.

90. Vgl. Ayotte, Kenneth and Skeel, David A., 'Why do distressed companies choose Delaware? An empirical analysis of venue choice in bankruptcy' (October 18, 2004), U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 03-29, <http://ssrn.com/abstract=463001> of <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.463001>.

heeft, terwijl dit in het Verenigd Koninkrijk vaak al na 21 weken het geval is.⁹¹ Het zal dan ook niet verwonderen dat de Engelse rechter, net als het Engelse recht, in het onderhavige segment als *market practice* wordt beschouwd.

Slechts in de gevallen als in de vorige paragraaf beschreven, waarin de financier akkoord gaat met een andere rechtskeuze dan die voor Engels recht omdat bijvoorbeeld een internationale syndicering niet voor de hand ligt, zal een andere rechter zijn aangewezen. Dat kan ook voordelen voor de financier met zich brengen: procederen in Engeland is namelijk duur. Is dan een rechtskeuze voor Nederlands recht gedaan, dan zal dit gewoonlijk resulteren in een forumkeuze voor de Nederlandse rechter, meer specifiek de Rechtbank Amsterdam. Voor wat betreft de relatieve bevoegdheid van de Nederlandse rechter hebben partijen namelijk een keuzevrijheid (art. 108 Rv). Daarvan zullen ze in de praktijk altijd gebruikmaken, om niet overgeleverd te zijn aan de relatieve competentieregels van art. 99 Rv. De Rechtbank Amsterdam ligt dan al snel voor de hand, indien de financier degene is die het voor wat betreft de forumkeuze voor het zeggen heeft. Dit niet alleen omdat een groot aantal financiële instellingen aldaar is gevestigd (evenals hun juridische adviseurs), maar ook omdat de Rechtbank Amsterdam een uitzondering is op het feit dat de gewone burgerlijke rechter nog nauwelijks is gespecialiseerd in het financiële recht.⁹² Met ongetwijfeld *The London Commercial Court* als voorbeeld, is de Rechtbank Amsterdam hard op weg de rechtbank bij uitstek te worden voor geschillen op het gebied van het bank- en effectenrecht. Zo is er inmiddels het Wetsvoorstel Wijzigingswet financiële markten 2015 dat civiele beleggingsgeschillen en zaken over prospectusaansprakelijkheid bij de Rechtbank Amsterdam concentreert, teneinde de kwaliteit van de rechtspraak, de efficiëntie van de rechtsgang en de opbouw en het behoud van kennis en expertise voor wat betreft dit soort aangelegenheden te waarborgen.⁹³ Tevens kan daarvan een gunstig effect uitgaan op de positie van Nederland als financieel centrum.⁹⁴ Met onder anderen de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht, Dufas en De Bie Leuveling Tjeenk meen ik dat de reikwijdte van het wetsvoorstel best nog wat ruimer had mogen zijn, in die zin dat bijvoorbeeld ook financiële zekerheidsovereenkomsten, *covered bonds* en hypotheekverlening erdoor bestreken zouden worden.⁹⁵ Dergelijke specialistische onderwerpen vragen om een gespecialiseerde rechter. Als je voor de beslechting van geschillen daarover een gewone rechterlijke instantie wilt hebben, kun je niet anders dan 'mee met de vaart der volkeren' wil je het niet afleggen tegen arbitrage-instituten die eveneens in aanmerking komen om zich daarover te buigen. De burgerlijke rechter kan niet zelfgenoegzaam achterover leunen en zijn rechters steeds maar laten rouleren tussen de verschillende kamers in plaats van hen steeds meer in één vakgebied vergaand op te leiden, als specialistische arbitrage-instituten opkomen en zich steeds verder inhoudelijk ontwikkelen, zoals *P.R.I.M.E. Finance*

91. Vgl. Tim House & Sarah Garvey, 'Global Litigation Survey', Allen & Overy, februari 2014, p. 64 (www.allenoververy.com).

92. Vgl. A. Hammerstein, 'Geschillenbeslechting in financiële aansprakelijkheidszaken', in: D. Busch, C.J.M. Klaasen & T.M.C. Arons, *Aansprakelijkheid in de financiële sector* (Serie Onderneming en Recht, deel 78), Deventer: Kluwer 2013, p. 329.

93. Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten op het terrein van de financiële markten (Wijzigingswet financiële markten 2015), *Kamerstukken* 33918.

94. *Kamerstukken II* 2013/14, 33918, 3, p. 24 (MvT).

95. Zie J. de Bie Leuveling Tjeenk, 'Exclusieve bevoegdheid Rechtbank Amsterdam in civiele beleggingsgeschillen en bij prospectusaansprakelijkheid', *FR* 2014, afl. 5, p. 202-203.

(*Panel of Recognized International Market Experts in Finance*) in 2012 te Den Haag. Daarvoor zijn de verschillende vakgebieden gewoon te groot en te ingewikkeld geworden.⁹⁶ Dit geldt natuurlijk niet alleen voor de Nederlandse rechter, maar in het algemeen. Zo is recentelijk een rapport verschenen aan de *Lord Chief Justice* van *The London Commercial Court*, waarin aanbevelingen zijn gedaan om ervoor te zorgen dat deze rechtbank haar positie als wereldwijde, toonaangevende instantie voor internationale civiele geschillenbeslechting behoudt ten opzichte van concurrenten als *The New York's Southern District Court*, *The Singapore International Commercial Court* (i.o.) en arbitrage.⁹⁷ Daarnaast moet serieus worden gekeken, nu wederpartijen uit de zogenaamde *emerging markets* steeds vaker Singapore verkiezen als 'Asia's legal hub', of aandringen op arbitrage.

Resumerend kan worden gesteld dat in de bedrijfsfinancieringspraktijk partijen niet snel hun rechtskeuzen zullen laten divergeren met hun forumkeuze. Om strategische redenen worden soms echter toch andere (alternatieve), forumkeuzes gedaan, of wordt gekozen voor arbitrage. Veelal heeft dit te maken met mogelijke problemen bij de tenuitvoerlegging van vonnissen in sommige landen.

a. Alternatieve forumkeuzes

Stel dat een Nederlandse kredietnemer, die met zijn Duitse kredietgever een leningsovereenkomst naar Engels recht heeft gesloten, waarbij een forumkeuze voor de Engelse rechter is gedaan en waarbij geen goederenrechtelijke zekerheid is gesteld, bezittingen heeft in meerdere landen. Als de kredietnemer in gebreke blijft met de terugbetaling van het krediet, en de kredietgever zich op die bezittingen wil verhalen, zal hij een daartoe strekkend vonnis van de Engelse rechter over het algemeen eenvoudig ten uitvoer kunnen leggen als de bezittingen gelegen zijn in een land dat eveneens partij is bij de EEX-Verordening of het EVEX-Verdrag: het vonnis wordt in de lidstaat automatisch erkend en de exequaturprocedure is uniform en eenvoudig.⁹⁸ Is dat niet het geval, en is er ook geen bilateraal verdrag tussen de beide landen over de erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke vonnissen, dan kan tenuitvoerlegging van het vonnis weleens op problemen stuiten, zo niet helemaal onmogelijk zijn.⁹⁹ Voor die situatie hanteren financiers uit strategisch oogpunt vaak een forumkeuzebepaling die aan de ene kant voorkomt dat zij zelf

96. Interessant in dat kader is Anita Böcker e.a., 'Specialisatie loont?', *Ervaringen van grote ondernemingen met specialistische rechtspraakvoorzieningen*, *Research Memorandum Raad voor de rechtspraak* 1/2010.

97. Zie daarover Eduardo Reyes, 'No room for complacency', *Law Society Gazette* 2014, LS Gaz., 17 March, 8 (www.lawgazette.co.uk/practice/news-focus-commercial-court/5040386.article).

98. Zie art. 33 lid 1 en art. 38 van de EEX-Verordening. Sinds het van kracht worden van de EET-Verordening (Verordening (EG) 805/2004, *PbEU* 2004, L 143), is een exequatur zelfs helemaal niet vereist als het gaat om de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen ten aanzien van niet-betwiste schuldvorderingen.

99. Tussen de Verenigde Staten van Amerika en Nederland is bijvoorbeeld geen verdrag gesloten over de erkenning en tenuitvoerlegging van vonnissen. Wel geldt in de meeste deelstaten de Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act, op grond waarvan vonnissen tot betaling van een geldsom in beginsel ten uitvoer worden gelegd. Zie daarover J.J.H. Joosten & C.C. Lamsvelt, 'Een Nederlandse cliënt met een Amerikaanse droom', *Jonge Baliecongres* 2012. Hoop op een eenvoudiger, wereldwijde erkenning en tenuitvoerlegging van vonnissen met betrekking tot business-to-business(b2b)-contracten, uitgesproken door een door partijen gekozen rechter, gloort er sinds de vaststelling op 30 juni 2005 van het Haags Forumkeuzeverdrag (Convention on Choice of Courts Agreements), te raadplegen op www.hcch.net. Zie daarover X.E. Kramer, 'Het nieuwe Haags Forumkeuzeverdrag', *NIPR* 2006, p. 109-118.

gedagvaard kunnen worden voor een andere rechter dan die van de forumkeuze, en aan de andere kant mogelijk maakt dat hun wederpartijen ook gedagvaard kunnen worden voor de rechter die zonder de forumkeuze bevoegd zou zijn van het geschil kennis te nemen, te weten (meestal) de rechter van de woonplaats van die wederpartijen dan wel de rechter van de plaats waar hun bezittingen zijn gelegen. Dit soort strategische forumkeuzebedingen geeft financiers maximale flexibiliteit. Daarbij komt het voordeel dat de analyse welke rechtbank het meest geschikt is om een bepaald geschil dat eventueel in de toekomst ontstaat aan voor te leggen, pas hoeft te worden gemaakt als, en op het moment dat, het geschil werkelijk is ontstaan. Dergelijke bepalingen worden ‘unilateral jurisdiction clauses’, ‘asymmetric jurisdiction clauses’, of ‘one-sided jurisdiction clauses’ genoemd. Bijvoorbeeld:

‘(a) The courts of England have exclusive jurisdiction to settle any dispute arising out of or in connection with this Agreement (including a dispute relating to the existence, validity or termination of this Agreement [or any non-contractual obligation arising out of or in connection with this Agreement]) (a “Dispute”).

(b) The Parties agree that the courts of England are the most appropriate and convenient courts to settle Disputes and accordingly no Party will argue to the contrary.

(c) This Clause is for the benefit of the Finance Parties only. As a result, no Finance party shall be prevented from taking proceedings relating to a Dispute in any other courts with jurisdiction. To the extent allowed by law, The Finance Parties may take concurrent proceedings in any number of jurisdictions.’¹⁰⁰

Een dergelijke clause is staande praktijk bij internationale financieringen op basis van het Engelse, Franse, Duitse en Nederlandse LMA-model voor dit soort grensoverschrijdende overeenkomsten. Weliswaar dienen dergelijke bepalingen slechts het belang van de kredietgever, maar de contractvrijheid maakt dit nu eenmaal mogelijk, zo is de gedachte. Met het arrest van het Franse *Cour de cassation* van 26 september 2012 inzake een geschil tussen een Luxemburgse bank en een Franse wederpartij, is de geldigheid van *one-sided jurisdiction clauses* minder vanzelfsprekend geworden dan tot dusverre werd aangenomen.¹⁰¹ Zonder de kwestie voor te leggen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie — dat met de uitleg van de EEX-Verordening is belast — oordeelde het Franse Hof van Cassatie dat een dergelijke clause niet aan de eisen van art. 23 van de EEX-Verordening voldoet en daarom in zijn geheel nietig is, waardoor teruggevallen werd op de Franse competentieregels die bij gebreke van een forumkeuze van toepassing zijn. Terwijl het Italiaanse Hof van Cassatie in maart van datzelfde jaar nog had uitgemaakt dat *one-sided jurisdiction clauses* geldig zijn,¹⁰² meende het Franse Hof van Cassatie dat de potestatieve inhoud van dergelijke clauses, in die zin dat de invulling ervan afhankelijk is van een gebeurtenis die slechts een van de partijen in zijn macht heeft om al dan niet te laten plaatsvinden, in botsing komt met de belangen die art. 23

100. Zie art. 39.1 van de Model LMA Single Currency Term Facility Agreement.

101. *Cour de Cassation*, Chambre civile 1, 26 september 2012, 11-26022 (*Mme X/La Société Banque privée Edmond de Rothschild Europe*).

102. *Corte di Cassazione* 8 maart 2012, Sezioni Unite No. 3624.

EEX-Verordening beoogt te beschermen. Weliswaar bindt de beslissing van het Franse *Cour de cassation* de gerechten van andere lidstaten van de Europese Unie niet, maar zolang het Hof van Justitie van de Europese Unie over deze problematiek niet heeft geoordeeld, leidt de uitspraak toch tot onzekerheid over de geldigheid van dergelijke clausules. Immers, met voornoemde uitspraak oordeelde het *Cour de cassation* over het recht van de Europese Unie, dat in de gehele unie uniform zou moeten worden uitgelegd. Dat in ieder geval de Engelse rechter weinig boodschap heeft aan het oordeel van de Franse rechter, en voor wat betreft *one-sided jurisdiction clauses* de partijautonomie laat prevaleren boven gelijke toegang voor beide partijen tot internationale geschillenbeslechting, blijkt uit een uitspraak van het *England and Wales High Court (Commercial Court)*, gedaan niet lang na de hiervoor besproken Franse uitspraak.¹⁰³ Het argument van de kredietnemer, dat de forumkeuzeclausule nietig was omdat deze te eenzijdig was geformuleerd om in overeenstemming te zijn met fundamentele basisprincipes van gelijkwaardige toegang tot de rechter, werd van tafel geveegd. Het *High Court* meende dat het een professionele partij vrijstaat al dan niet akkoord te gaan met een dergelijke clausule, en dat derhalve de partijautonomie met zich brengt dat dergelijke clausules geldig zijn naar Engels recht. Rechter Popplewell overwoog expliciet dat de Franse beslissing controversieel was en niet consistent met eerdere uitspraken van het *Cour de cassation* (wel met eerdere beslissingen van de lagere Franse rechter).¹⁰⁴ Wat daarvan ook zij, tot het moment dat een zaak over de al dan niet verenigbaarheid van unilaterale jurisdictiebepalingen met art. 23 van de EEX-verordening wordt voorgelegd aan het Hof van Justitie van de Europese Unie, zijn er praktische en juridische risico's verbonden aan het opnemen ervan in financieringsovereenkomsten. Die risico's zijn het grootst als – zoals in de Franse versie van de LMA model leningovereenkomst – de leningovereenkomst de Franse rechter aanwijst of als de kredietnemer is gevestigd in Frankrijk. Het is immers waarschijnlijker dat een Franse rechter het *Cour de cassation* volgt, dan dat een rechter van een andere lidstaat dit doet. Desalniettemin bestaat de kans dat indien een rechter van een andere lidstaat met deze problematiek wordt geconfronteerd, hij zich verplicht voelt haar voor te leggen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie, nu immers de tegenstrijdige uitspraken bekend zijn en voornoemd Hof juist is belast met de (alle gerechten van de Europese Unie bindende) uitleg van de bepalingen van het EEX-Verdrag. Ook zou de kredietnemer de Franse beslissing strategisch kunnen gebruiken, door eerder dan de kredietgever een procedure te entameren bij een niet-Engelse of niet-Duitse rechter, teneinde de jurisdictieclausule ongeldig te laten verklaren en zo een rechtsgang bij de Engelse of Duitse rechter te blokkeren.¹⁰⁵

Mocht het Hof van Justitie van de Europese Unie tot de conclusie komen dat de onderhavige jurisdictieclausules in strijd zijn met het recht van de Europese Unie, dan zou dat betekenen dat deze volledig ongeldig zijn in iedere financieringsovereenkomst waarbij ten minste een van de partijen is gevestigd in een lidstaat van de Europese Unie. In dat geval zou men terugvallen op de wettelijke competentie-regels die zouden gelden als geen forumkeuze was gedaan, hetgeen meestal betekent dat men uitkomt bij de plaats van vestiging van de verweerder. Om dat te voorko-

103. *Mauritius Commercial Bank Ltd/Hestia Holdings Ltd & Anor* [2013] EWHC 1328 (Comm) (24 May 2013).

104. Zie r.o. 34 van *Justice Popplewell*.

105. Vgl. de LMA-memo 'Decision of the Cour de Cassation in Mme X V. Rothschild and jurisdiction clauses in LMA facility documentation', 24 januari 2013, p. 4.

men wordt bij het eenzijdige, alternatieve gedeelte van de *one-sided jurisdiction clauses* wel opgenomen 'to the extent allowed by law'. Daarmee probeert men te bereiken dat indien in rechte geoordeeld zou worden dat de clause niet in overeenstemming is met art. 23 van de EEX-Verordening, slechts het eenzijdige, alternatieve gedeelte van de jurisdictieclause sneuvelt maar niet de gehele forumkeuze. Dit voorkomt dat de financier tegen zijn zin gedagvaard kan worden voor de rechtbank in de vestigingsplaats van de kredietnemer — in ons voorbeeld Nederland — in plaats van voor zijn primaire forumkeuze — in ons voorbeeld Engeland. Per geval zal moeten worden bekeken of het vanuit het standpunt van de financier verstandig is de onderhavige clause aan te passen, in die zin dat i) de unilaterale jurisdictieclause wordt gehandhaafd maar daarbij de zojuist genoemde 'fall back provision' wordt opgenomen voor het geval de clause ongeldig is, ii) het unilaterale element eruit gaat en in plaats daarvan wordt bepaald dat alle partijen slechts toegang hebben tot één met name genoemd forum, en iii) het unilaterale element eruit gaat en wordt bepaald dat alle partijen toegang hebben tot een aantal met name genoemde fora (waaronder bijvoorbeeld het forum van de plaats waar de bezittingen van de kredietnemer zijn gelegen). Het behoeft geen betoog dat al deze opties voor- en nadelen hebben, mede afhankelijk van of men in het eventuele, toekomstige geschil als eisende partij optreedt of als gedaagde.¹⁰⁶ Omdat vooralsnog de Franse beslissing op zichzelf lijkt te staan, lijken kredietgevers over het algemeen vast te houden aan hun *one-sided jurisdiction clauses*, behalve als het Frankrijk of Polen¹⁰⁷ betreft.

b. Arbitrage

Stel dat in ons voorbeeld de Nederlandse kredietnemer die niet meer aan zijn betalingsverplichtingen uit de financieringsovereenkomst voldoet, bezittingen heeft in een land buiten de Europese Unie, waarvan de rechterlijke macht — bijvoorbeeld wegens corruptie — weinig vertrouwen geniet bij de financier. In dat geval is het opnemen van de hiervoor besproken unilaterale jurisdictieclause geen oplossing. Immers, een vonnis van de primair aangewezen Engelse rechter zal aldaar niet eenvoudig ten uitvoer te leggen zijn en het dan maar kiezen voor de lokale rechter is evenmin een optie. Hoewel de internationale bedrijfsfinancieringspraktijk in het algemeen de gewone burgerlijke rechter prefereert¹⁰⁸ — met name vanuit kostenperspectief — is voor deze situatie een keuze voor arbitrage veelal een oplossing. Een arbitraal vonnis is namelijk over het algemeen veel gemakkelijker in het buitenland ten uitvoer te leggen dan een gerechtelijk vonnis, zonder dat daarbij het geschil nog eens op zijn merites wordt beoordeeld. Dit komt omdat, anders dan voor wat betreft gerechtelijke vonnissen, er een wereldwijd regime bestaat voor de grensoverschrijdende erkenning en tenuitvoerlegging van arbitrale vonnis-

106. Voor een opsomming van die voor- en nadelen zie de LMA-memo 'Decision of the Cour de Cassation in Mme X V. Rothschild and jurisdiction clauses in LMA facility documentation', 24 januari 2013, p. 4 e.v. en de daarbij behorende appendix.

107. In het Poolse wetboek van burgerlijke rechtsvordering is bepaald dat een jurisdictieclause die slechts aan een van de partijen een *opt-out* mogelijkheid geeft ten aanzien van de bevoegdheid van de Poolse rechter, geen werking heeft als daarop Pools recht van toepassing is.

108. Vgl. P. Durand-Barthez, 'The "governing law" clause: legal and economic consequences of the choice of law in international contracts', *International Business Law Journal* 2012, p. 7.

sen, te weten het Verdrag van New York van 1958.¹⁰⁹ Daarbij zijn bijna 150 staten aangesloten.

Om alle mogelijkheden open te houden, en pas te beslissen op het moment dat een geschil over de overeenkomst daadwerkelijk ontstaat, ziet men ook voor wat betreft arbitrage wel unilaterale jurisdictieclausules. Bijvoorbeeld een clausule die bepaalt dat in principe de gewone procedure bij een bepaalde, met name genoemde burgerlijke rechter wordt gevolgd, met daarbij de mogelijkheid alleen voor de bank om in plaats daarvan te kiezen voor arbitrage in een land dat is aangesloten bij het Verdrag van New York van 1958:

‘Each party hereby irrevocably submits to the non-exclusive jurisdiction of the courts of [designated forum]. Notwithstanding the foregoing, at the sole option of [party A], any controversy or claim arising out of or in connection with this contract, or the breach thereof, shall be settled by arbitration administered by [the designated arbitral institution] under its [designated set of] Rules, and judgement on the award(s) rendered by the arbitrator(s) may be entered in any court having jurisdiction thereof. The place of the arbitration shall be [city/state].
If a court action has been initiated by [party B] at the time that [party A] chooses to submit the matter to arbitration, then it is agreed that such court action is to be discontinued, unless the arbitrator finds that [party A] has waived such right by substantially participating in the court action without having raised its right under this clause.’¹¹⁰

Of andersom: in principe arbitrage in een land dat is aangesloten bij het Verdrag van New York van 1958, met de optie alleen voor de bank om in plaats daarvan te kiezen voor een gewone procedure bij een al dan niet bepaalde, met name genoemde burgerlijke rechter:

‘Any controversy or claim arising out of or in connection with this contract, or the breach thereof, shall be settled by arbitration administered by [the designated arbitral institution] under its [designated set of] Rules, and judgment on the award(s) rendered by the arbitrator(s) may be entered in any court having jurisdiction thereof. The place of the arbitration shall be [city/state].
Notwithstanding the foregoing, [party A], at its sole option, may choose to submit any such controversy or claim before the courts of any competent jurisdiction [or: before the courts of a designated forum]. If arbitration has been initiated by [party B] at the time that [party A] chooses to submit the matter to a court of competent jurisdiction, then it is agreed that such arbitration is to be discontinued, unless the [court invoked by party A] finds that [party A] has waived such right by substantially participating in the arbitration without having raised its right under this clause. Each party hereby irrevocably (i) submits to the non-exclusive jurisdiction of

109. Verdrag van New York nopens de erkenning en tenuitvoerlegging van in het buitenland gewezen scheidsrechtelijke beslissingen van 10 juni 1958, *Trb.* 1959, 58.

110. P.D. Friedland, *Arbitration Clauses for International Contracts*, Huntington: Juris 2007, p. 115-116.

the courts of [designated forum], (ii) waives any objection which it may have at any time to the laying of venue of any proceedings brought in such courts, (iii) waives any claim that such proceedings have been brought in an inconvenient forum, and (iv) further waives the right to object with respect to such proceedings that any such court does not have jurisdiction over such party.’¹¹¹

Dergelijke clauses vindt men niet vaak in derivatenovereenkomsten, maar wel in internationale leningovereenkomsten. Net als voor wat betreft unilaterale jurisdictieclausules, is het opnemen van dergelijke unilaterale arbitrageclausules niet zonder enig juridisch en praktisch risico.¹¹² Zo oordeelde het *Higher Arbitration Court of the Russian Federation* dat een clause inhoudende dat geschillen in principe door arbitrage zullen worden beslecht doch dat een van de partijen daarnaast de mogelijkheid heeft de gewone burgerlijke rechter te adieren, naar Russisch recht geldigheid ontbeert, ongeacht of op deze clause Russisch recht dan wel buitenlands recht van toepassing is.¹¹³ Dit zou ertoe kunnen leiden dat, nu de gehele forumkeuzebepaling ongeldig is, partijen toch uitkomen bij de gewone Russische rechter. Dat zal een probleem zijn voor een bank die dit nu juist had willen voorkomen door te bepalen dat eventuele geschillen in principe door arbitrage zouden worden beslecht. Misschien kunnen arbitrale vonnissen gewezen op basis van een unilaterale arbitrageclause wel helemaal niet in Rusland ten uitvoer worden gelegd, nu in Rusland dergelijke clauses niet worden geaccepteerd, ook niet als daarop buitenlands recht van toepassing is. Om deze redenen wordt er over het algemeen in financiële overeenkomsten met een kredietnemer die zijn bezittingen voornamelijk in Rusland heeft, stevast voor arbitrage alleen gekozen, dus zonder de exclusieve mogelijkheid voor de bank om secundair de gewone rechter te adieren. Los van deze tenuitvoerleggingsredenen om voor arbitrage in plaats van geschillenbeslechting voor de gewone burgerlijke rechter te kiezen, wint arbitrage duidelijk terrein in de praktijk van de internationale bedrijfsfinanciering. Dit heeft te maken met het feit dat kredietnemers uit de zogenaamde *emerging-markets*-landen de gebruikelijke keuze voor de Londense en New Yorkse rechter in toenemende mate weigeren te accepteren, omdat deze rechters niet onafhankelijk genoeg zouden zijn. Op hun beurt willen de kredietgevers niet akkoord gaan met een keuze voor de nationale rechters van de kredietnemers uit deze landen, omdat zij onvoldoende vertrouwen hebben in de competentie van deze rechters om over grensoverschrijdende financiële overeenkomsten te oordelen. Arbitrage is dan vaak een neutraal compromis. Om in te spelen op die ontwikkeling heeft de ISDA inmiddels een *Arbitration Guide* uitgegeven met voorbeeld-arbitragebepalingen, om te gebruiken als gids wanneer arbitrage wordt gebruikt als methode van geschillenbeslechting bij derivatenovereenkomsten gebaseerd op haar standaardmodellen.¹¹⁴ Ook wordt een keuze voor arbitrage wel ingegeven door de enkele omstandigheid dat buitenlandse contractpartijen de Nederlandse taal niet machtig zijn, en het bij

111. P.D. Friedland, *Arbitration Clauses for International Contracts*, Huntington: Juris 2007, p. 115-116.

112. Vgl. 2013 ISDA Arbitration Guide, p. 9 (te raadplegen op www.isda.com).

113. En ook het Poolse Wetboek van burgerlijke rechtsvordering doet *one sided arbitration clauses* in de ban, als deze de gelijkheid van partijen aantasten en daarop Pools recht van toepassing is. Zie Allen & Overy, ‘European finance litigation’, review December 2012, www.allenoverly.com.

114. 2013 ISDA Arbitration Guide, te raadplegen op www.isda.com.

de Nederlandse rechter — bijvoorbeeld de Ondernemingskamer — niet mogelijk is te procederen in het Engels. Dat is jammer, gelet op de hoge kosten van arbitrage in vergelijking met de reguliere rechtspraak. In het kader van een in opdracht van de Raad voor de rechtspraak gedaan onderzoek naar een vijftal specialistische Nederlandse voorzieningen voor de beslechting van complexe (internationale) geschillen van het bedrijfsleven, is door de onderzoekers de suggestie gedaan de mogelijkheid te introduceren dat — in ieder geval voor de natte kamer van de Rechtbank Rotterdam — geprocedeerd kan worden in het Engels. Deze suggestie werd door de deelnemende *stakeholders* bij de *expertmeeting* in het kader van dat onderzoek verworpen, met name omdat zij van mening waren dat Engelse advocaten dan een (te) prominente rol zouden gaan spelen bij procedures in Rotterdam, omdat zij de Engelse taal immers beter beheersen dan hun Nederlandse collega's. Daardoor zouden Nederlandse advocaten en rechters worden overvleugeld. Wat er ook zij van deze zelfprotectie, in het bedrijfsleven heerst de mening dat de door de onderzoekers geopperde suggestie wel degelijk een goed idee is. Niet alleen vanuit kostenoverwegingen — men hoeft dan immers niet meer naar Londen te vluchten en/of voor arbitrage te kiezen — maar ook omdat de Rotterdamse rechtbank zich op die manier in het buitenland zou kunnen profileren, waardoor ook buitenlandse partijen geïnteresseerd zullen raken om te procederen in Nederland.¹¹⁵ Met belangstelling wordt dan ook uitgekeken naar de recente plannen van de Raad voor de rechtspraak om zich in te zetten voor de oprichting van een *commercial court* in Nederland, te weten een speciale rechtbank die grote nationale en internationale handelsgeschillen snel en deskundig afdoet, aan de hand van efficiënte, Engelstalige procedures.¹¹⁶

c. Exotische voorbeelden

Naast voornoemde strategische invullingen van forumkeuzemogelijkheden door financiële marktpartijen, zijn er natuurlijk meer voorbeelden, waaronder exotische varianten om buitenlandse redenominatiewetgeving te ontlopen of om een dwangakkoord buiten faillissement in een Nederlandse situatie mogelijk te maken. Op deze plaats zij verwezen naar hetgeen daarover is opgemerkt in paragraaf 1.2.1.1 respectievelijk 1.2.1.2.

1.3 De shoppende wetgever

1.3.1 Inleiding

Hiervoor zagen we dat strategische rechts- en forumkeuzes soms ingegeven worden door de omstandigheid dat het Nederlandse materiële recht niet voldoende is geëquipeerd voor transacties in de moderne financiële praktijk. Het feit dat de Hoge Raad en de wetgever de praktijk soms tegemoetkomen door dergelijke strategische rechts- en forumkeuzes via het internationaal privaatrecht te accorderen is toe te juichen, maar tegelijkertijd reden tot zorg. Zo zeggen de Hoge Raad met zijn oordeel

115. Zie Anita Böcker e.a., 'Specialisatie loont?!, Ervaringen van grote ondernemingen met specialistische rechtspraakvoorzieningen', *Research Memorandum Raad voor de rechtspraak* 1/2010, p. 93-94.

116. Zie de speech van Frits Bakker, Dag van de rechtspraak, 11 september 2014, te raadplegen op www.rechtspraak.nl.

in het *Hansa*-arrest¹¹⁷ en de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht met haar redactie van art. 10 van de Wet conflictenrecht goederenrecht (inmiddels art. 10:135 BW) in wezen: het Nederlandse materiële recht is zó ongeschikt voor financieringsvormen als *securitization*, *factoring* en *lease*, dat we eigenlijk niet anders kunnen dan een vluchtroute via het internationaal privaatrecht mogelijk maken. Letterlijk overweegt men:

‘Aldus wordt in een aantal gevallen tegemoet gekomen aan de wens om toepasselijkheid van Nederlands recht te vermijden.’¹¹⁸

Met De Boer meen ik dat dit eigenlijk de wereld op zijn kop is.¹¹⁹ Ten eerste: als het zo is dat Nederlands materieel recht in de weg staat aan volstrekt oorbare transacties in de financiële praktijk, dan ligt het meer voor de hand die praktijk tegemoet te komen door het materiële recht aan te passen dan langs conflictrechtelijke weg een buitenlandse oplossing te zoeken. Daarbij komt dat het vaak lang niet zeker is dat dergelijke internationaal-privaatrechtelijke vluchtroutes werken: erkenning daarvan in het buitenland is immers noodzakelijk en dat heb je als Nederlandse wetgever niet in de hand. Ten tweede: de mogelijkheid van rechtskeuze heeft een schaduwzijde, want leidt tot rechtsongelijkheid. Zo geeft Rank het voorbeeld dat op deze manier buitenlandse banken die krediet verlenen aan Nederlandse bedrijven zich de vorderingen die deze bedrijven op hun Nederlandse afnemers hebben rechtsgeldig tot zekerheid kunnen laten overdragen, terwijl Nederlandse banken die mogelijkheid in dezelfde situatie niet hebben, omdat rechtskeuze niet tot de mogelijkheid behoort als de transactie zich volledig binnen de Nederlandse rechtssfeer afspeelt.¹²⁰ Ook voor volledig nationale financieringstransacties zou je moeten zorgen voor *level playing field* met de rest van Europa. In een vrije markt van goederen en diensten kan het toch niet zo zijn dat de concurrentiepositie van ondernemingen in gevaar komt door materieelrechtelijk belemmeringen die andere lidstaten niet kennen?

Nu is het niet zo dat de Nederlandse wetgever daarvoor geen oog heeft. Integendeel: het voor de financieringspraktijk belemmerende mededelingsvereiste bij overdracht van vorderingen is inmiddels geschrapt, evenals — de facto — het fiduciaverbod voor een bepaald gedeelte van de markt (financiële zekerheidsovereenkomsten). Verder is het Ministerie van Veiligheid en Justitie zich op dit moment aan het oriënteren op het al dan niet invoeren van de trust¹²¹ en het dwangakkoord buiten insolventie, alsmede het afschaffen van de goederenrechtelijke werking van onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen. Dat laatste onderwerp is van groot belang, daar het een steeds grotere belemmering voor de financieringspraktijk

117. HR 16 mei 1997, NJ 1998/585, m.nt. ThMdB (*Brandsma q.q./Hansa Chemie Aktiengesellschaft*).

118. Rapport aan de Minister van Justitie, ‘Internationaal goederenrecht’, van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht, november 1998, p. 50.

119. Zie Th.M. de Boer, ‘noot bij Hoge Raad 16 mei 1997’, NJ 1998/585, m.nt. ThMdB (*Brandsma q.q./Hansa Chemie Aktiengesellschaft*), sub 4.

120. Zie W.A.K. Rank, *De (on)hanterbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne financiële praktijk* (oratie Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht, deel 12), Deventer: Kluwer 1998, p. 15-16. A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam* (diss. Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht, deel 43), Deventer: Kluwer 2008, p. 87.

121. Zie E. Schmieman, ‘In Christel we trust’, in: D. Busch & M.P. Nieuwe Weme (red.), *Christels Koers* (Serie Onderneming en Recht, deel 79), Deventer: Kluwer 2013, p. 609 en 613.

aan het worden is die niet door het doen van een keuze voor buitenlands recht geëlimineerd kan worden.

Kortom: in het recente verleden heeft het Ministerie van Veiligheid en Justitie behoorlijk veel gedaan om het Nederlandse internationaal privaatrecht aan te passen aan de behoefte van de financieringspraktijk (export, *structured finance*) en op dit moment wordt ook op het materieelrechtelijke vlak een inhaalslag gemaakt om belemmeringen voor de financieringspraktijk te elimineren, waarbij goed gekeken wordt naar de verschillende mogelijkheden in buitenlandse rechtssystemen. De wetgever is dus aan het shoppen in het buitenlandse recht. Dat is van groot belang voor de financierbaarheid van het Nederlandse bedrijfsleven en verdient lof in een tijd van grote bezuinigingen op overheidspersoneel. Hoever moet je daarmee gaan? Zou Nederland de concurrentie met andere jurisdicties moeten aangaan, door zijn recht en rechter optimaal geëquipeerd te laten zijn voor de internationale financieringspraktijk? Zou het daarna met zijn recht en rechter internationaal de boer op moeten gaan, zoals de Engelsen dat zonder gêne nog steeds doen, en moeten proberen meer internationale geschillenbeslechting naar ons land te krijgen? Bij succes zitten daaraan ongetwijfeld (in)directe voordelen, zoals meer werkgelegenheid in en rondom de Nederlandse juridische dienstverlening, maar ook nadelen, zoals een grotere belasting van de rechterlijke macht. Gelet op het feit dat de wetsvoorstellen van de laatste tijd juist de belasting van de rechterlijke macht naar beneden proberen te brengen — bijvoorbeeld met verplichte *mediation* alvorens een gerechtelijk procedure te kunnen starten¹²² — ligt dit niet voor de hand. Dat heeft natuurlijk ook te maken met de financiering van onze rechterlijke macht uit voornamelijk overheidsmiddelen. Het is ook maar zeer de vraag of een dergelijke promotie succes zou hebben, nu wij hebben gezien dat de keuze voor een bepaald recht of een bepaalde rechter in de internationale bedrijfsfinancieringspraktijk om commerciële redenen vaak standaard een keuze voor het Engelse recht en de Engelse rechter behelst, zonder dat die per se als het beste recht respectievelijk de beste rechter kwalificeren. Daarnaast kan men zich afvragen of de Nederlandse rechterlijke macht zich zou moeten lenen voor beslechting van internationale geschillen in de financieringspraktijk die niets met de Nederlandse rechtssfeer te maken hebben. Zelfs in Engeland kijkt men steeds kritischer naar pogingen om (nog) meer internationale geschillenbeslechting naar Londen te halen, laatstelijk door speciaal daarvoor een nieuw gerechtshof te realiseren (*Rolls building*). De hoofdredacteur van de *Financial Times* — bepaald niet bekendstaand om zijn *anti market views* — merkte daarover op: ‘Surely the High Court has better things to do with its time (...) is an English court the place to hear a dispute about events concerning Russian citizens disposing of Russian assets?’¹²³ Voor arbitrage ligt dit anders — alleen al gelet op de manier waarop zij wordt gefinancierd — en het is dan ook goed dat met de nieuwe Arbitragewet, de voortrekkersrol die Nederland op het terrein van interna-

122. Voorstel van wet van het lid Van der Steur tot wijziging van Boek 3 en Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering alsmede enkele andere wetten in verband met de bevordering van het gebruik van mediation (Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht), *Kamerstukken II* 2012/13, 33723, 2.

123. J. Ford, ‘A Russian Epic for the Box Office, Not a Court in England’, *Financial Times* 22 november 2011.

tionale arbitrage al twee eeuwen heeft, wordt bestendigd.¹²⁴ Voor wat betreft de gewone civiele geschillenbeslechting zou Nederland mijns inziens echter niet moeten shoppen in buitenlands recht om daarmee de concurrentie met Engeland aan te gaan als centrum van internationale jurisdictie in de financiële markt, maar wel om ervoor te zorgen dat de Nederlandse regelgeving bij de tijd blijft voor deze praktijk, in die zin dat zij ondernemers de mogelijkheden biedt zich te financieren op een manier die internationaal algemeen erkend is, ook als bij die financiering geen internationaal element is betrokken. Een Europees *level playing field* is immers van het grootste belang voor het Nederlandse bedrijfsleven om concurrerend te kunnen zijn. Daarvoor is het wegnemen van juridische belemmeringen, alsmede het overnemen van juridische concepten die ons land niet, of niet in dezelfde vorm, kent, maar die algemeen geldend zijn in deze praktijk en veelal vanuit Londen worden gedictieerd, van groot belang. Het is goed als de wetgever daartoe een blik over de grens werpt en ‘shopt’ in het burgerlijk recht van de landen om ons heen.

1.3.2 Enkele gewenste wijzigingen van het materiële recht voor de financiële praktijk

Zoals hiervoor toegelicht, zijn er enkele privaatrechtelijke onderwerpen die vaak reden geven om in de financiële praktijk een strategische rechts- en/of forumkeuze te maken teneinde het Nederlands recht en/of de Nederlandse rechter te mijden. Wil men de Nederlandse regelgeving helemaal geschikt maken voor deze praktijk, dan dienen onder meer deze onderwerpen te worden aangepakt, te weten: (a) afschaffing van het fiduciaverbod, (b) invoering van de trust en (c) het dwangakkoord buiten insolventie. Om in de nationale financieringspraktijk het midden- en kleinbedrijf dezelfde financieringsmogelijkheden te geven als in de rest van Europa, dient daarnaast (d) de (goederen)rechtelijke werking van onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen te worden beperkt, zoals dit eveneens in de landen om ons heen is geschied.

*Ad a. Afschaffing fiduciaverbod (overdracht tot zekerheid, art. 3:84 lid 3 BW)*¹²⁵

Met name Rongen, Verhagen en Rank hebben in het verleden al laten zien dat de financieringspraktijk belemmeringen ondervindt van het feit dat het sinds de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek in 1992 niet meer mogelijk is om het recht zich met voorrang op een goed van een ander te verhalen, te gieten in de vorm van een overdracht tot zekerheid.¹²⁶ Die belemmeringen doen zich voorna-

124. Wet van 2 juni 2014 tot wijziging van Boek 3, Boek 6 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de modernisering van het arbitragerecht.

125. Strikt genomen is er geen sprake van een ‘verbod’ doch van een titel die niet tot overdracht leidt.

126. M.H.E. Rongen, ‘De strekking van het fiduciaverbod, in het bijzonder in verband met financiering op basis van vorderingen’, in: *Vertrouwd met de trust* (Serie Onderneming en Recht, deel 5), Deventer: Kluwer 1996, p. 263-303; M.H.E. Rongen, *Cessie* (diss. Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht, deel 70), Deventer: Kluwer 2012, nr. 695-705; H.L.E. Verhagen, ‘Vijf jaar NBW: artikel 3:84 lid 3 en de financieringspraktijk’, *Trema* 1997, afl. 2, p. 54-59; H.L.E. Verhagen & M.H.E. Rongen, ‘Cessie’, in: *Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 16-20 en 151 en W.A.K. Rank, *De (on)hanteerbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne financiële praktijk* (oratie Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht, deel 12), Deventer: Kluwer 1998.

melijk voor bij *factoring*- en *leaseconstructies* en uitgifte van *covered bonds*.¹²⁷ Weliswaar is de Hoge Raad de financieringspraktijk enigszins tegemoetgekomen met zijn arrest *Keereweer q.q./Sogelease*,¹²⁸ door te bepalen dat indien de rechtshandeling van partijen strekt tot een ‘werkelijke overdracht’ en niet slechts tot overdracht ‘ten titel van verhaal’, een dergelijke overdracht niet in strijd komt met voornoemd artikel tenzij er bijkomende omstandigheden zijn waaruit moet worden afgeleid dat bedoeling tot ontduiking van art. 3:84 lid 3 BW vooropstond, maar daarmee is de rechtsonzekerheid ten aanzien van art. 3:84 lid 3 BW bepaald niet helemaal weggenomen. Dit is funest voor het handelsverkeer waarin rechtszekerheid als een groot goed wordt beschouwd. Want wanneer is er precies sprake van een overdracht (slechts) tot titel van verhaal en uit welke bijkomende omstandigheden volgt nu dat een ontduiking van het fiduciaverbod de intentie van partijen was? De wetgever is daarvoor niet ongevoelig gebleken: het fiduciaverbod is duidelijk op zijn retour. Weliswaar bleef met de introductie in 2003 van de stille cessiemogelijkheid een (stille) cessie die volledig tot zekerheid strekt onmogelijk, maar voor enkele specifieke gevallen kwamen er toch uitzonderingen in de loop der jaren, althans maakte de wetgever duidelijk dat deze niet onder het fiduciaverbod vielen. Zo bepaalde art. 2a Wte 1995 uitdrukkelijk dat *repurchase agreements* (repo’s) van effecten niet geraakt worden door het fiduciaverbod en deed later art. 7:55 BW ditzelfde voor effecten en alle andere goederen die onderwerp van een financiële zekerheids-overeenkomst kunnen zijn.¹²⁹ Dat laatste was in wezen een Europese harmonisatiemaatregel, omdat de Europese *Collateral* Richtlijn met zich bracht dat partijen voor wat betreft een financiële zekerheids-overeenkomst vrij moeten zijn te kiezen voor een overdrachtsstructuur dan wel een zekerheidsstructuur, waarbij het nationale recht beide vormen moet faciliteren.¹³⁰ Daarbij komt dat anders dan bij de invoering van het nieuwe vermogensrecht in Nederland in 1992, bij de invoering van het nieuwe vermogensrecht op de (voormalige) Nederlandse Antillen en Aruba in 2001, respectievelijk 2002, het fiduciaverbod niet is opgenomen. Mede gelet op het internationale handelsverkeer, wilde men namelijk geen onzekerheid laten bestaan over de geldigheid van bepaalde rechtsfiguren waarbij goederen in het kader van een financieringsovereenkomst in eigendom worden overgedragen.¹³¹ Kortom: het fiduciaverbod heeft zijn langste tijd gehad. Ik schaar mij dan ook onder de talloze auteurs die afschaffing van het fiduciaverbod hebben bepleit, teneinde te voorkomen dat — in de woorden van Rank — ‘Nederland de boot mist en, wat betreft het internationale financiële verkeer in een geïsoleerde positie geraakt’ en

127. Zie daarover uitgebreid A.F. Salomons & M.G. van 't Westeinde, ‘*Covered bonds* en het fiduciaverbod’, *WPNR* 2008/6758, p. 453-460.

128. HR 19 mei 1995, *NJ* 1996/119, m.nt. WMK.

129. Zie daarover uitgebreid F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Credit Claims* (oratie Nijmegen 2009) (Serie Onderneming en Recht, deel 56), Deventer: Kluwer 2010, p. 32 e.v. en ‘Bancaire financiering en stille cessie’, *Tvl* 2011, afl. 6, p. 186-187; A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam* (diss. Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht, deel 43), Deventer: Kluwer 2008, p. 74 en S.C.J.J. Kortmann, *WPNR* 1994/6119, p. 23 en “‘Werkelijke’ overdracht ... met een fiduciair karakter”, in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen XXVII* (2010), p. 70-71.

130. Richtlijn 2002/47/EG van 6 juni 2002 betreffende financiële zekerheids-overeenkomsten.

131. Vgl. Memorie van Toelichting, Stukken Zitting 1996/97, 3, p. 19 (MvT) en A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam* (diss. Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht, deel 43), Deventer: Kluwer 2008, p. 89 alsmede de auteurs waarnaar hij in voetnoot 100 verwijst. In het BWNA is de zekerheidseigendom naast het pandrecht blijven bestaan.

‘degradeert tot de achtertuin van de internationale financiële wereld’.^{132, 133} Mijns inziens zou de wetgever moeten shoppen binnen ons Koninkrijk (voormalige Nederlandse Antillen), in landen om ons heen als Duitsland, Engeland en Frankrijk, en in internationale verdragen als het UNCITRAL-Verdrag inzake cessie van vorderingen in internationale handel en de *Unidroit Convention on International Factoring*,¹³⁴ waar overdracht tot zekerheid tot de mogelijkheden behoort, en een dergelijke regeling overnemen.

Benadrukt zij dat het schrappen van art. 3:84 lid 3 BW er niet toe leidt dat alle juridische problemen in dat kader (direct) zijn opgelost, omdat daarmee nieuwe vragen het vermogensrecht worden binnengehaald die beantwoording behoeven. Een ‘gewone’ overdracht en een overdracht tot zekerheid hebben mijns inziens namelijk niet steeds dezelfde rechtsgevolgen en zullen dus bij afschaffing van het fiduciaverbod van elkaar moeten worden onderscheiden. Wat is bijvoorbeeld de staat van het geïnde bij overdracht tot zekerheid van vorderingsrechten op naam¹³⁵ en wat moet er gebeuren met een eventuele overwaarde nadat de zekerheidsgerechtigde zich op het overgedragen goed heeft verhaald?¹³⁶ Afschaffing van het fiduciaverbod leidt er echter wel toe dat er in de internationale financieringspraktijk onzekerheid wordt weggenomen over de geldigheid naar Nederlands recht van rechtsfiguren waarbij goederen in het kader van een financieringsovereenkomst in eigendom worden overgedragen. Gelet op het feit dat het werken met de fiduciaire overdracht internationaal gebruikelijk is, is alleen al deze aansluiting bij het internationale begrippenkader een groot goed en dus zeer wenselijk. Zij hoeft mijns inziens ook niet te betekenen dat de rechtsgevolgen van overdracht in iedere situatie dezelfde zijn. Soms zal het bijvoorbeeld geëigend zijn aan te sluiten bij de regels van pandrecht, ook al is de zekerheidsstelling gestructureerd via een overdracht. Ook voor de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek gebeurde dit al.¹³⁷

Ad b. Invoering trust

In paragraaf 2 zagen we dat ons huidige materiële recht niet alleen beperkingen kent die voor de internationale financiële praktijk reden zijn om Nederlands recht te vermijden door middel van een rechtskeuze, maar ook tekortkomingen die

132. Zie W.A.K. Rank, *De (on)hanteerbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne financiële praktijk* (oratie Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht, deel 12), Deventer: Kluwer 1998, p. 43-44.
133. Behalve Verhagen, Rongen en Rank bijvoorbeeld: S.C.J.J. Kortmann, *WPNR* 1994/6119, p. 23, ‘Verrekening door de bank/stil pandhouder vóór of tijdens het faillissement van de pandgever’, in: S.C.J.J. Kortmann, C.J.H. Jansen, G. van Solinge & N.E.D. Faber (red.), *Onderneming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Recht* (Serie Onderneming en Recht, deel 24), Deventer: Kluwer 2002, p. 389-407 en ‘“Werkelijke” overdracht ... met een fiduciair karakter’, in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen XXVII* (2010), p. 63-72; J.H.A. Lokin, ‘De spagaat van de Hoge Raad: eigendom en zekerheid’, in: *Fiduciaire verhoudingen. Libellus amicorum prof. Mr. S.C.J.J. Kortmann* (Serie Onderneming en Recht, deel 41), Deventer: Kluwer, p. 147.
134. Nederland heeft deze verdragen niet geratificeerd.
135. Een zogenaamde trust van rechtswege zou mijns inziens een goede oplossing zijn voor gevallen waarbij onder huidig recht de pandhouder het geïnde afgescheiden moet houden van de rest van zijn vermogen.
136. Zie daarover uitgebreid F.E.J. Beekhoven van den Boezem & G.J.L. Bergervoet, ‘Nieuwe vragen naar aanleiding van herinvoering van stille cessie tot zekerheid’, *Tvl* 2011, afl. 2, p. 48-56. Vgl. W.A.K. Rank, *De (on)hanteerbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne financiële praktijk* (oratie Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht, deel 12), Deventer: Kluwer 1998, p. 5 en A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam* (diss. Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht, deel 43), Deventer: Kluwer 2008, p. 329-333.
137. Zie HR 3 januari 1941, NJ 1941/470 (*Hazerswoudse Bank/Los*).

daartoe nopen. Een daarvan is het ontbreken van de internationaal erkende trustfiguur in ons recht.¹³⁸ In het buitenland wordt die figuur gebruikt voor allerlei vormen van financiële transacties waarbij vermogensafschieding van belang is, zoals bij gesyndiceerde leningen, derivatenovereenkomsten die worden gesloten door een beleggingsonderneming, *factoring*, *securitization* en effectenbewaring. Een keuze voor buitenlands recht, door het oprichten van een trust naar buitenlands recht, is echter lang niet altijd mogelijk, bijvoorbeeld niet indien alle kenmerkende elementen van de op te richten trust het nauwste zijn verbonden met Nederland.¹³⁹ Dit klemmt te meer, nu de Nederlandse alternatieven voor de trust het gewenste resultaat maar ten dele bereiken en die alternatieven in het buitenland niet bekend zijn en dus alleen al om die reden worden afgewezen.¹⁴⁰ Daarbij komt dat Europese regelgeving steeds vaker dwingt tot een rechtsfiguur die adequate vermogensafschieding garandeert, hetgeen eigenlijk alleen met de trustfiguur kan worden bereikt. Zo bepaalt art. 9 van de Richtlijn betaaldiensten¹⁴¹ dat de lidstaten verplicht zijn te zorgen voor vermogensafschieding ten aanzien van de hun toevertrouwde middelen, doch ontbreekt daarvoor in Nederland een wettelijke basis en is het enige alternatief een stichting derdengelden.¹⁴² Een ander voorbeeld is art. 13 lid 7 MiFID,¹⁴³ dat verplichte vermogensscheiding voorschrijft bij bewaring van financiële instrumenten voor cliënten. Omdat ons recht geen adequate vermogensscheiding garandeert, worden Nederlandse beleggingsondernemingen min of meer gedwongen derivaten voor hun cliënten aan te houden via dochtermaatschappijen in landen die de trustfiguur wel kennen. Het behoeft geen betoog dat dit de reputatie van het Nederlandse systeem geen goed doet.¹⁴⁴ En zelfs bij die constructie wordt betwijfeld of deze buitenlandse omweg voldoende is om vermogensscheiding te garanderen, in het geval de Nederlandse (moeder)beleggingsonderneming failliet gaat.¹⁴⁵ Om aan deze Europese verplichtingen te kunnen voldoen, en om te zorgen voor een gezond ondernemersklimaat met een Europees *level playing field*, ontkomt men eigenlijk niet aan introductie van de trustfiguur in het Nederlandse recht. Het

138. Vgl. W.A.K. Rank, *De (on)hanteerbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne financiële praktijk* (oratie Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht, deel 12), Deventer: Kluwer 1998, p. 1.
139. Zie art. 13 van het Haagse Trustverdrag (Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts van 1 juli 1985, *Trb.* 1985, 141). Zie over deze problematiek uitgebreid D.W. Aertsen, *De Trust* (diss. Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht, deel 29), Deventer: Kluwer 2004, p. 104-106.
140. Vgl. D.W. Aertsen, *De Trust* (diss. Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht, deel 29), Deventer: Kluwer 2004, p. 107 en 109 e.v. en J.W.A. Biemans, 'Tijd voor de trust', *NTBR* 2011/71.
141. Richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt tot wijziging van de Richtlijnen 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG en 2006/48/EG, en tot intrekking van Richtlijn 97/5/EG.
142. Zie daarover R.E. van Esch, 'De bescherming van de betaaldienstgebruiker bij een faillissement van zijn betaalinstelling door middel van vermogensafschieding', in: N.E.D. Faber, H.J. Damkot, N.S.G.J. Vermunt en Ch.A.M. Domingus (red.), *Bancaire zekerheid* (Serie Onderneming en Recht, deel 58), Deventer: Kluwer 2010, p. 143-160.
143. Richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004, betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de Richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad houdende intrekking van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad, *PhEU* 2004, L 145, 30 april 2004.
144. Zie M.G.C.M. Peeters & W.A.K. Rank, 'Bescherming van rechten van derivatencliënten bij insolventie van een intermediair', in: S.E. Bartels, A.J. Verdaas & R.J. van der Weijden (red.), *Effecten en vermogensrecht* (Serie Onderneming en Recht, deel 63), Deventer: Kluwer 2010, p. 141.
145. Zie daarover E. Schmieman, 'In Christel we trust!', in: D. Busch & M.P. Nieuwe Weme (red.), *Christels Koers* (Serie Onderneming en Recht, deel 79), Deventer: Kluwer 2013, p. 625.

in het verleden vaak gehoorde argument dat deze rechtsfiguur niet past in ons recht, omdat – anders dan in de Angelsaksische rechtssystemen – ons eigendomsbegrip ondeelbaar is, ziet over het hoofd dat het ook mogelijk is een trustfiguur in te voeren waarbij de trustee twee vermogens heeft: een privévermogen en een trustvermogen. Landen als Schotland, Zuid-Afrika, Japan en de Canadese deelstaat Québec, met een rechtsstelsel dat zowel elementen van *common law* als van *civil law* bevat en met eveneens het concept van een ondeelbaar eigendom, hebben dat gedaan.¹⁴⁶ Ook verscheidene continentaal-Europese (*civil-law*)-landen hebben inmiddels de trust ingevoerd, te weten: Duitsland, Frankrijk, Luxemburg, Italië, Zwitserland en Tsjechië.¹⁴⁷ In deze rechtsstelsels zou mijns inziens de Nederlandse wetgever moeten ‘shoppen’ voor een goed bij het Nederlandse recht passende invulling van de trustfiguur, want als het daar kon, dan kan het hier vast ook! Haast is echter geboden, want de achterstand wordt steeds groter, ook op landen als Japan en China, die in de internationale financiële praktijk een steeds belangrijkere rol gaan spelen.

Introductie van de trust in ons recht zal ook meer *deals* in de financiële wereld naar Nederland halen: als op dit moment vanuit fiscaal perspectief zowel een keuze voor Nederland als voor Ierland een goede is, maar Ierland biedt daarboven nog het voordeel dat de transactie ‘faillissementsproof’ kan worden gemaakt door middel van een trust, dan is de keuze immers snel gemaakt.

Een aardverschuiving zou introductie van de trustfiguur in Nederland trouwens niet teweegbrengen. Ons recht kent immers al een aantal voorbeelden van een afgescheiden vermogen, namelijk i) de faillissementsboedel, ii) art. 4:45 lid 1 Wft voor wat betreft het vermogen van een beleggingsfonds en iii) de personenvennootschap.¹⁴⁸

Kortom: de praktijk heeft behoefte aan een rechtsfiguur met een afgescheiden vermogen die aansluit bij de in deze internationale markt gebruikelijke figuur die als ‘trust’ bekendstaat. ‘Shop’ daarvoor in landen als Schotland en doe daar inspiratie op, en noem die rechtsfiguur dan ook ‘trust’ opdat hij internationaal wordt herkend en vertrouwd. Dat zou meteen een einde betekenen aan de vreemde situatie dat Nederland wel vertrouwd is met de trust, omdat buitenlandse trusts hier te lande worden erkend op basis van het Haagse Trustverdrag, doch zelf de rechtsfiguur niet kent in zijn materiële recht. Het invoeren van een algemene trustregeling in het Burgerlijk Wetboek is mijns inziens ook een betere oplossing, dan voor iedere

146. Zie E. Schmieman, ‘In Christel we trust!’, in: D. Busch & M.P. Nieuwe Weme (red.), *Christels Koers* (Serie Onderneming en Recht, deel 79), Deventer: Kluwer 2013, p. 615. Vgl. D.W. Aertsen, *De Trust* (diss. Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht, deel 29), Deventer: Kluwer 2004, p. 61 e.v. en 166.

147. Duitsland (Investmentgesetz van 15 december 2003), Frankrijk (Loi 2007-211 de 19 février 2007 instituant la fiducie, gewijzigd met de Loi 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l’économie), Luxemburg (Loi de 27 juillet 2003 portant approbation de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 et à sa reconnaissance et portant nouvelle réglementation des contrats fiduciaires). Ook binnen ons koninkrijk is de trust bekend, en wel op Curaçao (Landsverordening van 15 december 2011, Houdende aanvulling van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake trusts, *Publicatieblad* 2011, A° 2011, nr. 67). In Tsjechië en Hongarije maakt de trust deel uit van een (ontwerp voor een) nieuw burgerlijk wetboek. Zie voor meer voorbeelden J.W.A. Biemans, ‘Tijd voor de trust’, *NTBR* 2001/71, p. 505-509.

148. Zie S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber & J.W.A. Biemans, ‘National report for The Netherlands’, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Towards an EU Directive on protected funds* (Serie Law of Business and Finance, deel 10), Deventer: Kluwer 2009, p. 333 e.v. en E. Schmieman, ‘In Christel we trust!’, in: D. Busch & M.P. Nieuwe Weme (red.), *Christels Koers* (Serie Onderneming en Recht, deel 79), Deventer: Kluwer 2013, p. 617.

situatie waarvoor een afgescheiden vermogen moet worden geïntroduceerd – bijvoorbeeld omdat regelgeving van de Europese Unie daartoe dwingt – een specifieke wettelijke bepaling te maken in een andere wet dan het Burgerlijk Wetboek (bijvoorbeeld in de Wet op het financieel toezicht). Men zou dan steeds kunnen volstaan met een bepaling in de specifieke wet in de trant van: ‘Als een financiële onderneming derivatencontracten afsluit dan levert dit krachtens deze wet een trust op in de zin van artikel (...) BW.’ Anders dan Aertsen en Schmieman zie ik geen reden de trustfiguur te beperken tot financiële ondernemingen die onder toezicht staan.¹⁴⁹ Mijns inziens kan voldoende worden vertrouwd op de instrumenten die ons recht biedt om eventueel misbruik van de trustfiguur te voorkomen, zoals de actio Pauliana (art. 3:45 BW en art. 42 e.v. en art. 47 Fw). Ook denk ik dat er behoefte is aan niet alleen een trust die wordt ingesteld door een rechtshandeling (*express trust*), maar ook aan een trust die van rechtswege tot stand komt (*constructive trust*), bijvoorbeeld voor die situaties bij inning van vorderingen op naam waar in het verleden wel aan een wettelijk pandrecht is gedacht om de oplossing voor het probleem van het afgescheiden kunnen houden van de betaling te kunnen verwezenlijken.¹⁵⁰ Een dergelijke trust zou van pas komen voor iedere situatie waarbij iemand een (executie)opbrengst onder zich houdt waarop nog verhaal moet plaatsvinden, bijvoorbeeld de zekerheidscessionaris ingeval men het fiduciaverbod zou schrappen als hiervoor door mij betoogd¹⁵¹ of de pandgever als de schuldenaar na daartoe mededeling te hebben gekregen van de pandhouder, desalniettemin aan de pandgever betaalt onder de door mij voorgestelde nieuwe regeling voor betaling op vorderingen waarvan een onoverdraagbaarheids- of onverpandbaarheidsbeding deel uitmaakt.¹⁵²

Met Biemans meen ik dat beter nog dan de invoering van een Nederlandse regeling voor de trustfiguur, de invoering van een Europese regeling daarvoor zou zijn.¹⁵³

De harmonisatie die dat tot gevolg zou hebben bevordert immers de goede werking van de interne markt. Daarvoor waren reeds plannen, en zijn ook al twee ontwerpen voorhanden,¹⁵⁴ maar het ontbreken van de harmonisering van het goederenrecht op de agenda van de Europese Commissie, doet vermoeden dat wij daarop nog wel

149. Zie D.W. Aertsen, *De Trust* (diss. Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht, deel 29), Deventer: Kluwer 2004, p. 284 en E. Schmieman, ‘In Christel we trust!’, in: D. Busch & M.P. Nieuwe Weme (red.), *Christels Koers* (Serie Onderneming en Recht, deel 79), Deventer: Kluwer, p. 617.

150. Bijvoorbeeld i) wanneer de curator van de pandgever de vordering int in faillissement en de pandhouder van zijn pandrecht nog geen mededeling heeft gedaan of ii) wanneer de schuldenaar in de hierna te bespreken door mij voorgestelde regeling voor beperking van de werking van onoverdraagbaarheidsbedingen, nadat hij mededeling heeft gekregen van het pandrecht, betaalt aan zijn oorspronkelijke schuldeiser/pandgever of zijn curator. Anders: D.W. Aertsen, *De Trust* (diss. Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht, deel 29), Deventer: Kluwer 2004, p. 107 en 109 e.v. en J.W.A. Biemans, ‘Tijd voor de trust’, *NTBR* 2011/71.

151. Vgl. A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam* (diss. Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht, deel 43), Deventer: Kluwer 2008, p. 329-333, die betoogt dat het wenselijk is dat de wetgever bij afschaffing van het fiduciaverbod het voor de zekerheidscessionaris mogelijk maakt om het door hem geïnde af te scheiden door een vordering te innen op, of het geïnde over te brengen naar, een kwaliteitsrekening.

152. Zie daarover hierna sub d.

153. Vgl. J.W.A. Biemans, ‘Tijd voor de trust’, *NTBR* 2011/71.

154. Boek X *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) en de *Draft Directive on Protected Funds* (DDPF).

even zullen moeten wachten.¹⁵⁵ Aan de andere kant is de waarschijnlijkheid dat dit hoe dan ook in de toekomst toch een keer gaat gebeuren,¹⁵⁶ een argument om het dan maar direct te doen op nationaal niveau, teneinde het Nederlandse recht weer *up-to-date* te maken voor moderne financiële transacties. Laat het Nederlandse bedrijfsleven daarvan nu alvast profiteren, door lagere kosten voor het opzetten van financieringsstructuren en de verzekering dat zekerheden zeker zijn, wat, voor wat betreft dat laatste, de Basel III-regelgeving en de zogenaamde *asset quality reviews* van De Nederlandsche Bank ook van financiële instellingen vragen.

Ad c. Invoering dwangakkoord buiten insolventie

In de vorige paragraaf zagen we dat een uitwijking naar Engels recht en de Engelse rechter soms is ingegeven door het feit dat anders dan hier te lande, in Engeland de mogelijkheid bestaat om de rechter een akkoord buiten een formele insolventieprocedure algemeen verbindend te laten verklaren. Op die manier kan vaak een faillissement worden voorkomen en wordt waarde behouden. Gelet op de hoge kosten, is een dergelijke omweg om tot een efficiënte herstructurering te komen lang niet altijd mogelijk, met name niet bij kleine en middelgrote ondernemingen die door het volgen van die route direct failliet zouden zijn. Maar ook voor grotere ondernemingen behoort deze uitwijkingsroute binnenkort wellicht tot het verleden, als, zoals de Europese Commissie van plan lijkt, de Engelse *schemes of arrangement* onder Bijlage A van de Europese Insolventieverordening komt te vallen.¹⁵⁷ In dat geval is immers voor de route via Engeland niet meer voldoende dat er sprake is van '*sufficient connection*' maar moet het te reorganiseren bedrijf zijn COMI in Engeland hebben wil de Engelse rechter zich bevoegd kunnen verklaren. Reden waarom de Nederlandse wetgever haast zou moeten maken met invoering van het dwangakkoord buiten insolventie in het Nederlandse recht, om op die manier een aantrekkelijke jurisdictie te worden voor de herstructureringspraktijk. Hij zou daarvoor kunnen shoppen in de rechtsstelsels die inmiddels de internationale standaard voor de onderhavige problematiek zijn geworden, te weten die van het Verenigd Koninkrijk (*schemes of arrangement*) en de Verenigde Staten van Amerika (*Chapter 11-procedure*), zoals ook Frankrijk, Duitsland, Italië en Spanje hebben gedaan.¹⁵⁸ Daarmee is hij gelukkig op dit moment druk doende, als onderdeel van zijn in

155. Vgl. P.M. Veder, 'Europeanisering van zekerheid op roerende zaken — tussen zekerheid en bescheidenheid', in: *Preadviezen 2010 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 173.

156. Het Europees Parlement heeft namelijk het trustrecht bestempeld tot een van de rechtsgebieden waarop harmonisatie van het privaatrecht in Europa zich zou moeten richten. Zie daarover D.W. Aertsen, *De Trust* (diss. Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht, deel 29), Deventer: Kluwer 2004, p. 108-109.

157. Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening (EG) 1346/2000 betreffende insolventieprocedures [Eerste lezing] (addendum) van 3 juni 2014, 2012/0360 (COD)-10284/14, p. 64 en de bijbehorende algemene oriëntatie, p. 4-5. Zie verder de Aanbeveling van de Commissie van 12 maart 2014 inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie C(2014)1500 final, preambule, sub 5 en daarover uitgebreid: Paul J. Omar, 'Upstreaming rescue: pre-insolvency proceedings and the European Insolvency Regulation', *J.C.C.L.R.* 2014, 25 (1), p. 19-25.

158. Zie daarover uitgebreid P.M. Veder, T.E. Booms & N.B. Pannevis, 'Rechtsvergelijkende verkenning in het kader van het programma herijking faillissementsrecht', Nijmegen: Onderzoekcentrum Onderneming & Recht 2013, www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/2315-faillissementsrecht.aspx?cp=44&cs=6796, alsmede R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans & K.A.J. de Vries, 'Wetsvoorstel tot aanpassing van de faillissementswet door uitbreiding met titel IV', *TvI* 2013/20, § 3, sub b.

2012 aangekondigde herijking van het faillissementsrecht.¹⁵⁹ De tweede pijler van dit project – te weten de Wet Continuïteit Ondernemingen II – voorziet namelijk in een dwangakkoord buiten insolventie, waarmee schuldeisers en aandeelhouders die zich op onredelijke gronden verzetten tegen een door de meerderheid van de schuldeisers en aandeelhouders gewenste herstructurering van de schulden van de in financiële problemen geraakte onderneming, kunnen worden gedwongen tot medewerking via een algemeenverbindendverklaring door de rechter van een tussen de schuldenaar en de meerderheid van zijn schuldeisers gesloten akkoord. Een en ander strookt mooi met de op 12 maart 2014 uitgekomen aanbeveling van de Europese Commissie inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie, welke lidstaten aanmoedigt ‘een stelsel in te voeren waardoor levensvatbare ondernemingen in financiële moeilijkheden efficiënt kunnen worden geherstructureerd en eerlijke ondernemers een tweede kans krijgen, wat ondernemerschap, investeringen en werkgelegenheid bevordert en bijdraagt aan het beperken van belemmeringen voor de goede werking van de interne markt’.¹⁶⁰ Met deze aanbeveling wil de Europese Commissie ook richting geven aan lidstaten die – zoals Nederland – op dit moment bezig zijn over dit onderwerp wetgeving te maken, teneinde de onderlinge samenhang tussen de te verschijnen regelingen te bevorderen en daarmee de werking van de internationale markt te versterken.¹⁶¹ Belangrijkste onderwerp van deze aanbeveling is de invoering van het akkoord buiten insolventie dat door de rechter algemeen verbindend kan worden verklaard. Dwingend is deze aanbeveling van de Europese Commissie (nog) niet: de lidstaten worden slechts uitgenodigd in de aanbeveling vastgestelde beginselen binnen een jaar na bekendmaking van de aanbeveling uit te voeren. Daar kan in de toekomst best nog wel eens verandering in komen: de Commissie zal namelijk de uitvoering monitoren en achttien maanden na de bekendmaking van de aanbeveling beoordelen of extra maatregelen moeten worden voorgesteld om de daarin voorgestelde horizontale aanpak te consolideren en te versterken.¹⁶²

Ad d. Afschaffing goederenrechtelijke werking onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheids-bedingen

Zoals gezegd zou mijns inziens de wetgever niet alleen in het buitenlandse recht moeten shoppen naar ‘beter’ recht om de internationale bedrijfsfinancieringspraktijk te faciliteren, maar ook om de nationale bedrijfsfinancieringspraktijk tegemoet te komen en juridische belemmeringen te slechten die in de weg staan aan finan-

159. Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het algemeen verbindend verklaren van een buiten faillissement gesloten akkoord ter sanering van de schulden (Wet Continuïteit Ondernemingen II). Op 14 augustus 2014 is het conceptvoorstel van wet en de conceptmemorie van toelichting daarbij als consultatiedocument op internet verschenen (te vinden via www.internetconsultatie.nl/wco2). Zie daarover uitgebreid E. Schmieman, ‘De aanbeveling van de Europese Commissie inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie’, *Ondernemingsrecht* 2014/77 en R.D. Vriesendorp, ‘Het buitengerechtelijk akkoord en het conceptvoorstel WCO II’, in: *Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod* (Preadvis Vereeniging Handelsrecht 2014), Zutphen: Uitgeverij Paris 2014.

160. Aanbeveling van de Commissie van 12 maart 2014 inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie C(2014)1500 final, sub 1.

161. Aanbeveling van de Commissie van 12 maart 2014 inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie C(2014)1500 final, preambule, sub 10.

162. Aanbeveling van de Commissie van 12 maart 2014 inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie C(2014)1500 final, sub 34-36.

cieringsmogelijkheden die in het buitenland gangbaar zijn. Alleen op die manier creëer je een Europees *level playing field* en kan het Nederlandse bedrijfsleven concurreren in een markt die alsnog internationaler wordt.

Een blokkade die in dat kader zou moeten worden opgeheven, is de goederenrechtelijke werking van de zogenaamde onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW. In de afgelopen jaren is het gebruik van deze bedingen sterk toegenomen. In de huidige crisis openbaren de consequenties daarvan zich in volle omvang. Het gevolg van onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen is namelijk dat er geen overdracht of verpanding tot stand komt van de vordering waarvan zij deel uitmaken (art. 3:228 BW). Dit betekent onder meer dat dergelijke vorderingen niet tot zekerheid kunnen dienen voor de terugbetaling van een krediet en dus dat financiers zoals banken en factormaatschappijen daarop niet kunnen financieren. Dit probleem vormt in toenemende mate een belemmering voor de financierbaarheid van het bedrijfsleven en klemt te meer, waar kredietverlening een belangrijke voorwaarde is voor economisch herstel. Redenen waarom in de juridische literatuur en *Het Financieele Dagblad* is aangedrongen op wetwijziging, zoals dit ook in de landen om ons heen is geschied.¹⁶³ Voor wat betreft de goederenrechtelijke (derden)werking die aan dergelijke bedingen wordt toegekend, bevindt Nederland zich inmiddels op een eiland: vrijwel alle landen om ons heen die een dergelijke werking voorheen kenden, hebben inmiddels hun wetgeving aangepast, om tegemoet te komen aan de financierbaarheid van het bedrijfsleven.¹⁶⁴ Zo hebben bijvoorbeeld Duitsland en Oostenrijk om die reden de werking van dergelijke bedingen drastisch beperkt.¹⁶⁵ Frankrijk heeft dergelijke bedingen zelfs helemaal in de ban gedaan (art. L. 442-6-11 *Code de Commerce*). Daarbij komt dat geen van de internationale verdragen, noch het *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), goederenrechtelijke (derden)werking aan onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen toekent.¹⁶⁶

163. Zo merkt Hartkamp op in zijn bespreking van mijn proefschrift: 'De rechtsvergelijking bewijst zijn nut als inspiratiebron voor de (terecht) bepleite wijziging van het nationale recht', A.S. Hartkamp, 'Boekaankondiging', WPNR 2003/6556, p. 894. Vriesendorp stelt: 'Er valt derhalve wel wat voor te zeggen om de Nederlandse wetgever de regeling van artikel 3:83 lid 2 BW eens kritisch tegen het licht te laten houden, althans te nuanceren waar die goederenrechtelijk effect bij geldvorderingen in het professionele circuit betreft', R.D. Vriesendorp, voetnoot onder HR Oryx/Van Eesteren, AA 2003/52, p. 194; HR 17 januari 2003, NJ 2004/281, JOR 2003/52, LJN AF0168. Rongen geeft aan: 'Aangezien de mogelijkheid om vorderingen bij overeenkomst onoverdraagbaar en/of onverpandbaar te maken een ernstige belemmering vormt voor financiële transacties op basis van cessie en verpanding en gezien het feit dat het maatschappelijk belang van cessie — en uiteraard de verpanding — toch vooral is gelegen in de financiële praktijk, verdient het aanbeveling dat de wetgever het stelsel van art. 3:83 lid 2 BW heroverweegt. (...) De huidige regeling houdt in het geheel geen rekening met het grote economisch belang dat is gemoeid met een vrije verhandelbaarheid van vorderingen op naam, zeker in een economie als de Nederlandse die voor een groot deel is gestoeld op dienstverlening en waarbinnen de vermogens van ondernemingen voor een groot deel uit vorderingen bestaan', M.H.E. Rongen, *Cessie* (diss. Nijmegen), 2012, p. 694 e.v. Zie verder onder anderen A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam* (diss. Nijmegen), 2008, nr. 152-155; F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding* (diss. Groningen), 2003, p. 239 e.v.; B.A. Schuijling, noot onder HR 21 maart 2014, JOR 2014/151 (*Coface/Intergamma*); R. Biemans, 'Verbod verpanding slecht voor bedrijfsleven', *Het Financieele Dagblad* 24 juni 2013 en L. Mundt, 'Verpandingsverbod brengt bouwbedrijven verder in het nauw', *Het Financieele Dagblad* 2 april 2013.

164. Vgl. E. Dirix, RW 2004-2005, afl. 16, 18 december 2004, p. 640.

165. Zie voor wat betreft Duitsland § 354a HGB en voor wat betreft Oostenrijk § 1396a ABGB.

166. Vgl. art. III.-5:108 DCFR, art. 9 van het UNCITRAL-verdrag inzake cessie van vorderingen in internationale handel en art. 6 van het Unidroit-verdrag inzake factoring. Zie ook de UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions.

Men zou zich kunnen afvragen of niet de wet maar de marktwerking ertoe zou moeten leiden dat onoverdraagbaarheid en onverpandbaarheid niet meer, of in mindere mate, overeengekomen zullen worden. In de afgelopen jaren is echter gebleken dat de markt in dit opzicht niet zo werkt; de ontwikkelingen in de praktijk wijzen veeleer op het tegendeel. Slechts de Rijksoverheid onderkent als debiteur deze problematiek en het belang van de financierbaarheid van haar leveranciers en heeft daartoe in art. 19 lid 1 en 2 van de Rijksinkoopvoorwaarden 2011 een speciale regeling opgenomen. Deze regeling luidt:

‘Artikel 19 Overdracht rechten en verplichtingen uit de Overeenkomst

19.1 Partijen mogen de uit de Overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen niet zonder toestemming van de andere Partij aan een derde overdragen. Toestemming wordt niet zonder redelijke grond geweigerd. Partijen kunnen daaraan voorwaarden verbinden.

19.2 Het eerste lid geldt niet ten aanzien van het vestigen van beperkte rechten, zoals het pandrecht.’

Ook is bij wet van 18 december 2013 (*Stb.* 2013, 567) de volgende bepaling aan de Invorderingswet 1990 toegevoegd, waardoor de in de Invorderingswet opgenomen onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbepaling een financiering niet meer belemmert:

‘Artikel 7b

Een vordering op de ontvanger tot uitbetaling van een bedrag aan inkomstenbelasting is niet vatbaar voor vervreemding of verpanding. In afwijking van de eerste volzin is vervreemding of verpanding wel mogelijk aan een financiële onderneming als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht.’

Echter, een relatief kleine leverancier (crediteur) zal van bijvoorbeeld een grootwinkelbedrijf (debiteur) niet kunnen afdwingen waartoe de Rijksoverheid wel bereid is geweest: het niet meer overeenkomen van onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen met een vergaande strekking dat zij aan financiering van de leverancier in de weg staan. Reden waarom mijns inziens de regeling die de Rijksoverheid zichzelf om goede redenen heeft opgelegd, meer algemeen zou moeten gelden.

Het is goed mogelijk de onderhavige belemmering voor de financiering van het bedrijfsleven weg te nemen, terwijl tegelijkertijd rekening wordt gehouden met het belang dat ondernemers hebben om overdracht en/of verpanding van vordering uit te sluiten. Voor wat betreft dit laatste gaat het dan met name om het feit dat onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen voorkomen dat de schuldenaar door cessie of verpanding van de vordering op hem door zijn schuld-eiser, de mogelijkheid verliest om bevrijdend aan deze laatste te kunnen betalen. Het voorkomen van niet-bevrijdende betalingen (en de kosten die daarmee gepaard gaan), is de belangrijkste – meestal de enige – reden om dergelijke bedingen op te nemen.

Daarvoor zou de wetgever kunnen shoppen in voornoemde andere jurisdicties in Europa. Weliswaar verschilt de werking van onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen in de buitenlandse (nieuwe) regelingen enigszins van elkaar, maar met elkaar gemeen hebben ze dat dergelijke bedingen niet in de weg staan aan de mogelijkheid om vorderingen waarop deze bedingen zien, te gebruiken in het financieringsverkeer. Rechtsvergelijking leert dat de buitenlandse regelingen voor de onderhavige problematiek tenderen naar afschaffing van eventuele derdenwerking van onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen en een sterke beperking van de verbintenisrechtelijke werking ervan. Combineert men de beste punten uit deze verschillende buitenlandse regelingen, dan komt men mijns inziens op een aanpassing van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek die erop neerkomt dat overdracht en verpanding van een geldvordering op naam waarvan een onoverdraagbaarheids- of onverpandbaarheidsbeding deel uitmaakt mogelijk is, met dien verstande dat de schuldenaar van een dergelijke vordering ook nog bevrijdend aan zijn oorspronkelijke schuldeiser kan betalen als hem mededeling van de cessie of verpanding is gedaan. De door de mededeling niet meer tot inning bevoegde cedent of pandgever aan wie de schuldenaar op die manier bevrijdend betaalt, zal hetgeen hij heeft ontvangen onmiddellijk moeten doorleiden aan de cessionaris of pandhouder, die immers de gerechtigde tot de betaling is c.q. het geïnde onder zich zal moeten hebben om zich erop te verhalen. Om eerstgenoemden in staat te stellen het ontvangene afgescheiden te houden van hun eigen vermogen, zou deze regeling idealiter gecombineerd moeten worden met een ‘trust van rechtswege’ zoals hiervoor voorgesteld.

Een dergelijke regeling, met name ontleend aan het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) en het Handelsgesetzbuch (HGB),¹⁶⁷ bepleitte ik ruim tien jaar geleden al in mijn dissertatie, met dien verstande dat ik inmiddels van mening ben dat niet alleen een verpandingsmogelijkheid van vorderingen waarvan een beding als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW deel uitmaakt zou moeten worden geïntroduceerd, maar eveneens een overdrachtsmogelijkheid. Reden daarvoor is gelegen in het feit dat destijds de stille cessiemogelijkheid nog niet bestond en dat het derhalve mogelijk was dat een schuldenaar bij introductie van een dergelijke regeling een reeks van cessiemedelingen zou krijgen, die hij steeds maar weer moest administreren om niet-bevrijdende betalingen te voorkomen. Verpanding van een dergelijke vordering was daarentegen minder bezwaarlijk, omdat een reeks van mededelingen daarbij niet aan de orde is. Inmiddels is echter de stille-cessiemogelijkheid in ons Burgerlijk Wetboek ingevoerd (art. 3:94 lid 3 BW), waardoor dit bezwaar is komen te vervallen. Een reeks van cessiemedelingen ligt immers niet meer voor de hand. Mede gelet op het belang van overdracht van vorderingen in het kader van financieringsconstructies — zogenaamde *off-balance* financiering — verdient derhalve inmiddels zowel een overdrachts- als een verpandingsmogelijkheid van vorderingen waarvan voornoemd beding deel uitmaakt, de voorkeur. Die mening wordt ook door anderen gedeeld in de literatuur.¹⁶⁸

167. § 399 BGB en § 354a HGB.

168. Zo schrijft Hartkamp in zijn recensie van mijn proefschrift: ‘De schrijver wenst deze regeling te beperken tot verpanding van vorderingen, omdat slechts verpanding (en niet overdracht) van vorderingen van praktisch belang zou zijn voor de financieringspraktijk. Naar mijn mening wordt het belang van overdracht van vorderingen in het kader van financieringsconstructies als factoring en securitisatie — kort aangestipt op p. 230 — hierbij echter bepaald onderschat. (...) Welk belang nog zal toenemen bij de te verwachten verdere terugdringing van het fiduciaverbod van art. 3:84

Voor crediteuren zou een dergelijke regeling betekenen dat hun financieringsmogelijkheden worden vergroot, doordat het mogelijk wordt gemaakt (vrijwel) alle debiteurenvorderingen — ook die waarvan thans een onoverdraagbaarheids- of onverpandbaarheidsbeding deel uitmaakt — tot zekerheid te laten dienen. Een en ander is bijvoorbeeld van groot belang voor ondernemingen die onvoldoende eigen middelen hebben om de betalingstermijn die zij hun afnemers uit concurrentieoverwegingen moeten bieden financieel te overbruggen, en die niet door middel van een aandelenemissie in hun vermogensbehoefte kunnen voorzien. Indien zij immers evenmin roerende of onroerende zaken in zekerheid kunnen geven, zullen zij onder de huidige regeling de gelden die bijvoorbeeld nodig zijn om de omzetbelasting voor te financieren of werknemers en leveranciers te betalen, niet, of slechts tegen een hogere rente, van een bank kunnen lenen. Als de bank al tot kredietverstrekking bereid is, zal dat geschieden op basis van een laag bevoorschottingspercentage. Aan die met name voor het midden- en kleinbedrijf onwenselijke situatie maakt een dergelijke regeling een einde. Ook debiteuren hebben hier (indirect) belang bij. Hun leveranciers krijgen zo immers beter toegang tot financiering, bij gebreke waarvan kostprijsverhogingen voor de hand liggen.

Voor debiteuren betekent een dergelijke regeling dat zij in hun voornaamste belang om onoverdraagbaarheids- of onverpandbaarheidsbedingen op te nemen — te weten behoud van een eenduidig betalingsadres — worden beschermd. In de huidige wetssystematiek is het zo dat indien mededeling van (een rechtsgeldig(e)) pandrecht of overdracht wordt gedaan, de debiteur slechts bevrijdend kan betalen aan de pandhouder of cessionaris. Wanneer de debiteur een dergelijke mededeling niet of niet tijdig in zijn administratie verwerkt, bestaat het operationele risico dat toch betaald wordt aan de schuldeiser en deze betaling niet bevrijdend is jegens de pandhouder of cessionaris waardoor hij nogmaals zal moeten betalen. Ter bescherming van de debiteur tegen het operationele risico van dubbele betaling, dient daarom een speciale waarborg te worden opgenomen: ondanks de mededeling van verpanding of cessie, mag een debiteur die een onoverdraagbaarheids- of onverpandbaarheidsbeding heeft bedongen, betalen aan zijn oorspronkelijke wederpartij in plaats van aan de cessionaris of pandhouder. Een en ander wordt natuurlijk wel beperkt door bijvoorbeeld het leerstuk van misbruik van bevoegdheid.

Ook voor financiers zou een dergelijke regeling gunstige consequenties hebben: omdat onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen niet meer in de weg staan aan het verkrijgen van zekerheid, wordt hun kredietrisico in belangrijke mate beperkt en daarmee hun animo voor financiering vergroot.

Ten slotte zal ook de economie in het algemeen van een dergelijke regeling profiteren. De ervaringen met de resultaten van de soortgelijke Duitse regeling wijzen sterk in die richting. Met invoering ervan kunnen de ontstane financieringsblokkades worden geslecht. Dat is voor de Nederlandse economie van groot belang, waar van dergelijke blokkades een storende en schadelijke werking uitgaat. Gaat de wetgever inderdaad tot invoering over, dan worden vorderingsrechten, als belang-

lid 3. Men zie thans reeds — behalve HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 m.nt. WMK — art. 2a Wet toezicht effectenverkeer 1995 inzake repurchaseagreements (zgn. repo's) en art. 7:55 volgens wetsvoorstel 28 874 inzake financiëlezekerheidsovereenkomsten (d.w.z. overeenkomsten tot, kort gezegd, verpanding of overdracht van geld of effecten als waarborg voor een verplichting)', A.S. Hartkamp, 'Boekaankondiging', WPNR 2003/6556, p. 894. In diezelfde zin M.H.E. Rongen, *Cessie* (diss. Nijmegen), 2012, p. 700-701 en A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam* (diss. Nijmegen), 2008, nr. 155.

rijkste vermogensbestanddeel van de meeste ondernemingen, weer tot waar zij vanuit economisch belang ooit toe zijn gemaakt: tot overdraagbare – en dus verpandbare – goederen. Dat strookt mooi met de ambitie die blijkt uit het regeerakkoord: Nederland als toonaangevend land in de wereld met ruimte voor ondernemerschap en een goede concurrentiepositie van het bedrijfsleven.

1.4 Ten slotte

In het voorgaande hebben we gezien dat recht- en forumshopping in de internationale bedrijfsfinancieringspraktijk niet zozeer wordt ingegeven door een zoektocht naar het ‘beste’ recht en het ‘beste’ forum, als wel door overwegingen van praktische en/of strategische aard. Daarnaast is de keuze voor een bepaald recht respectievelijk een bepaalde rechter vaak een compromis, wordt zij gedicteerd door de internationale markt, of is zij noodzakelijk omdat het nationale recht een voor de financieringspraktijk gewenste, algemeen erkende juridische constructie, niet kent. Nederland heeft zijn ‘IPR-vluchtroutes’ goed en modern ingericht, maar eigenlijk zou je niet moeten hoeven vluchten naar een ander recht of forum indien het gaat om volstrekt oorbare, internationaal gangbare transacties. Voor die gevallen ligt het meer voor de hand om het materiële recht aan te passen. Daaraan is de Nederlandse wetgever op dit moment hard bezig, onder andere door te shoppen in de rechtsstelsels om ons heen. Daarbij worden alle *stakeholders* in een vroegtijdig stadium betrokken, zoals de Nederlandse Orde van Advocaten, VNO-NCW, Recofa, universiteiten, de Nederlandse Vereniging van Banken, Insolad, FAAN, enz. Dat verdient lof, in deze tijd van bezuinigingen, en is ook noodzakelijk met het oog op onze nationale concurrentiepositie. Misschien niet om te concurreren met buitenlandse rechtsstelsels en zo juridisch werk naar Nederland te halen dat geen enkel aanknopingspunt heeft met de Nederlandse rechtssfeer, maar wel om op zijn minst ‘bij’ te blijven, niet de achtertuin van de financiële wereld te worden maar Europees *level playing field* te garanderen voor het Nederlandse bedrijfsleven door het bieden van juridische constructies voor financieringsdoeleinden die overal elders in Europa gebruikelijk zijn. Ten aanzien van enkele in dit preadvies behandelde onderwerpen is wellicht harmonisatie te verwachten van de Europese Unie.¹⁶⁹ Voor lang niet alle belangrijke onderwerpen is dit echter het geval. Zo laat harmonisatie van internationaal goederen- en zekerhedenrecht op zich wachten.¹⁷⁰ Harmonisatie betekent echter niet dat forumshopping daarna uit de wereld zal zijn.

Zo laat de Franse casus *Mme X/La Société Banque privée Edmond de Rothschild Europe* zien dat verschillende rechters van de Europese Unie geharmoniseerd recht van die Unie verschillend interpreteren.¹⁷¹ Ook met de Europese verordening waarbij de *European Account Preservation Order* (EAPO) wordt ingevoerd, ligt forumshopping op de loer.¹⁷² Deze verordening biedt verzoekers namelijk veel vrijheid de rechter te

169. Zie voor wat betreft harmonisatie van het privaatrecht in Europa bijvoorbeeld D.W. Aertsen, *De Trust* (diss. Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht, deel 29), Deventer: Kluwer 2004, p. 108-109.

170. Vgl. P.M. Veder, ‘Europeaanisering van zekerheid op roerende zaken – tussen zekerheid en bescheidenheid’, in: *Europeanisering van vermogensrecht* (Preadviezen 2010 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2010.

171. *Cour de Cassation*, Chambre civile 1, 26 september 2012, 11-26022.

172. Regulation (EU) of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a European Account Preservation Order procedure to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters, PR-CONS 34/1/14 REV 1.

selecteren aan wie de EAPO wordt verzocht. Zij kunnen een rechter kiezen in een jurisdictie waarin relatief gemakkelijk *freezing orders* worden verleend. Hoewel de verordening moet leiden tot een uniforme toetsing door de rechters van de verschillende lidstaten, worden voor de beoordeling of de EAPO al dan niet kan worden verleend zo weinig handvatten gegeven, dat zij veelal zullen terugvallen op hun gebruikelijke, nationale toetsingskader.¹⁷³ Deze toetsing zal dus van lidstaat tot lidstaat verschillen, ondanks geharmoniseerde regelgeving op dit punt. Zo geniet Malta bijvoorbeeld de reputatie van 'beslagparadijs', waarmee verzoekers hun voordeel kunnen doen. Daarbij komt dat in sommige lidstaten in het beslagrekest ook tegenargumenten moeten worden vermeld — te weten argumenten die door de wederpartij zouden kunnen worden aangevoerd om het bestaan en/of omvang van de vordering tot verhaal waarvan beslag wordt gelegd te betwisten — terwijl dit in andere lidstaten niet is vereist. De verordening zegt hierover niets, terwijl dit toch in veel gevallen de beoordeling van de rechter zal beïnvloeden.¹⁷⁴ Voor verzoekers van een EAPO is ook van belang de tijd die is gemoeid met het eventuele aanvechten ervan door de schuldenaar. Hoe meer tijd dit kost, hoe meer mogelijkheid de verzoeker heeft de betaling af te dwingen. Een beslag op een bankrekening waarin de EAPO voorziet kan immers de liquiditeit van de beslagene ernstig frustreren. In sommige lidstaten, Griekenland en Italië bijvoorbeeld, kost het veel meer tijd dan in andere om een procedure tot opheffing van een beslag te doorlopen. Weliswaar probeert de verordening aan dit probleem tegemoet te komen door een termijn te stellen waarbinnen de rechter moet beslissen, maar het is maar zeer de vraag of dit in de praktijk voldoende zal zijn om de opheffingsprocedure te bespoedigen.¹⁷⁵ Met name kort na de invoering van de EAPO, moet ermee rekening worden gehouden dat niet iedere lidstaat zijn rechtssysteem dermate op orde heeft dat de opheffingsprocedure binnen de door de verordening daarvoor gestelde termijn kan worden doorlopen. Een laatste element van de verordening dat forumshopping wellicht in de hand werkt heeft te maken met de zekerheid die de beslaglegger (voor kosten en schade) en/of de beslagene (voor opheffing van het beslag) moet bieden.¹⁷⁶ Zo is het in Nederland gebruikelijk dat een beslagene die een conservatoir beslag opgeheven wil krijgen, daartoe zekerheid stelt in de vorm van een bankgarantie. Een pand- of hypotheekrecht is daartoe veelal niet voldoende. Dit verschilt echter per lidstaat. Ook dit kan voor de verzoeker een afweging zijn bij de keuze welke rechter hij om een EAPO zal verzoeken, de Europese harmonisatie van het beslagrecht op dit punt ten spijt. Wat hiervan ook zij, het voordeel van harmonisatie is wel dat alsdan een algemene toetsingsinstantie voorhanden is, die kader en richting kan geven aan de interpretatie en toepassing van geharmoniseerd recht, te weten — voor wat betreft Europa — het Hof van Justitie van de Europese Unie te Luxemburg.

173. Zie art. 7, 9 en 14 EAPO-Verordening.

174. Zie art. 6 EAPO-Verordening.

175. Zie art. 36 EAPO-Verordening.

176. Zie art. 12 EAPO-Verordening.

Hoofdstuk 2

Shoppen in het recht: het vennootschapsrecht en aanpalende rechtsgebieden ‘ontbundeld’

Prof. dr. A.A.H. van Hoek^{*}

2.1 Introductie

De interne markt heeft mede ten doel de grensoverschrijdende handel binnen Europa te bevorderen. Dit leidt tot een toename aan ‘internationale gevallen’ — situaties die een raakvlak hebben met meer dan één nationale rechtsorde. Dergelijke ‘internationale gevallen’ worden gereguleerd door het internationaal privaatrecht — de discipline binnen het recht die regels bevat met betrekking tot de rechtsmacht van de rechter, het op een geschil of rechtsverhouding toepasselijke recht en de erkenning van buitenlandse vonnissen.¹ Het IPR is in Europa in toenemende mate Europees van oorsprong. Sinds het IPR tot de communautaire competentie is gaan behoren heeft de EU verordeningen uitgevaardigd op een veelheid van terreinen.² Ik noem hier slechts de Brussel I-Verordening inzake bevoegdheid en erkenning in civiele en handelszaken,³ de Rome I⁴- en Rome II⁵-Verordeningen inzake het toepasselijke recht op contractuele en niet-contractuele verbintenissen en de Insolventieverordening.⁶

In de eerste drie verordeningen wordt aan partijen een grote vrijheid toegekend om zelf te bepalen welke rechter bevoegd is zich over hun geschil te buigen en welk recht daar dan vervolgens op van toepassing is. Deze mogelijkheid van forumkeuze en rechtskeuze opent de deur naar *regulatory arbitrage* oftewel ‘shoppen’ in het recht omdat partijen zich nadrukkelijk kunnen uitspreken over welke rechtsorde zij prefereren.

In de Insolventieverordening bestaat de mogelijkheid van een directe forum- en/of rechtskeuze niet. Wel blijkt in de praktijk dat een insolvente partij de bevoegdheid

^{*} Met dank aan Loïs Vaars voor de assistentie bij het zoekwerk en het notenapparaat en aan Cathalijne van der Plas voor haar commentaar op een eerdere versie.

1. Het IPR omvat daarnaast meer procesrechtelijke onderwerpen als de internationale samenwerking inzake bewijslevering, betekening en inlichtingen met betrekking tot de inhoud van buitenlands recht.
2. Bij het Verdrag van Maastricht van 1992 werd het IPR opgenomen in de derde pijler; het Verdrag van Amsterdam van 1997 verplaatste de bevoegdheid naar het EG-Verdrag; sinds het Verdrag van Lissabon zijn de bevoegdheden opgenomen in het Verdrag betreffende de werking van de EU.
3. De Brussel I-Verordening: Verordening (EG) 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (Brussel I), *PbEG* 2001, L 12/1. Per 10 januari 2015 vervangen door Verordening (EU) 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (Brussel I herschikking), *PbEU* 2012, L 351/1.
4. Verordening (EG) 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), *PbEU* 2008, L 177/6.
5. Verordening (EG) 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II), *PbEU* 2007, L 199/40.
6. Verordening (EG) 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures (Insolventieverordening), *PbEG* 2000, L 160/1.

van de rechter en het toepasselijke recht tot op zekere hoogte kan sturen door de relevante aanknopingsfactor te wijzigen. Dit fenomeen staat bekend als COMI-migratie. Ook COMI-migratie kan worden beschouwd als een vorm van *regulatory arbitrage*.

Regulatory arbitrage verwijst naar het fenomeen dat partijen in bepaalde gevallen een keuze kunnen uitbrengen ten aanzien van het rechtssysteem waaraan zij hun activiteiten willen onderwerpen. Met die keuze drukken ze dan een voorkeur uit voor het ene systeem boven het andere.⁷ Als overheden daarop reageren door hun wetgeving aan te passen of op andere manier te dingen naar de gunst van de arbitanten, is er sprake van *regulatory competition* — een situatie waarin staten via hun regelgeving met elkaar wedijveren om de gunst van (bepaalde) justitiabelen. Er is dus een viertal aspecten van belang voor het ontstaan van *regulatory competition*:⁸

- Er moeten verschillende regelsystemen (al dan niet van nationale oorsprong) beschikbaar zijn met betrekking tot een specifiek onderwerp.
- Belanghebbenden moeten de mogelijkheid hebben om hieruit te kiezen of op een andere manier de toepassing ervan te beïnvloeden.
- Van die vrijheid moet ook daadwerkelijk gebruik worden gemaakt. Hiervoor is onder andere van belang of de betrokkenen over afdoende informatie beschikken om een doordachte keuze te kunnen maken.
- En ten slotte moeten staten/regelgevers gevoelig zijn voor deze keuze prikkel en daarop reageren met aanprijzingen en/of aanpassingen.⁹

De klassieke locus voor *regulatory competition* is het artikel van C.M. Tiebout, 'A Pure Theory of Local Expenditures' uit 1956.¹⁰ Tiebout beschrijft daarin de manieren waarop burgers invloed kunnen uitoefenen op het niveau van publieke voorzieningen en de hoogte van lokale belastingen in hun woonplaats. Hij onderscheidt daarbij directe politieke beïnvloeding (*voice*) en indirecte beïnvloeding door de woonplaatskeuze (*exit*). Als een stad te duur wordt of juist de voorzieningen te slecht, verlaat je hem ten gunste van een plaats die beter aan je behoeften tegemoetkomt. Dit wordt wel aangeduid als '*voting with one's feet*'. Op deze wijze komt er een

7. Zie bijv. Horst Eidenmüller, Andreas Engert & Lars Hornuf, 'Incorporating under European Law: The Societas Europaea as a Vehicle for Legal Arbitrage', *European Business Organization Law Review* 2009, jrg. 10, afl. 1, p. 1-33, 2 en 4.

8. Zie onder vele anderen, ieder met zijn eigen accenten: M.M. Siems, 'Regulatory Competition in Partnership Law', *International and Comparative Law Quarterly* 2009, jrg. 58, afl. 4, p. 774; Amit M. Sachdeva, 'Regulatory competition in European company law', *Eur J Law Econ* 2010, jrg. 30, afl. 2, p. 137-170; G. Rühl, 'Regulatory Competition in Contract Law: Empirical Evidence and Normative Implications', *ERCL* 2013, jrg. 9, afl. 61, p. 61-89; S. Vogenauer, 'Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence', *European Review of Private Law* 2013, jrg. 21, afl. 1, p. 18; E.M. Kieninger, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt: Studien zur Privatrechtskoordinierung in der Europäischen Union auf den Gebieten des Gesellschafts- und Vertragsrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck 2002, p. 381 en E.M. Kieninger, 'Competition between Legal Systems', in: J. Basedow, K. Hopt & R. Zimmermann (red.), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 301.

9. Zie voor voorbeelden, Jan Smits, *Rechtstoerisme: Burgerlijk Wetboek en Grondwet voorbij de Staat* (oratie Tilburg), 2010, https://pure.uvt.nl/portal/files/1213820/Smits_Oratie_Tilburg_2010_brief_Dutch_version_100407.pdf, p. 6; Rühl 2013, p. 74 en 78; Vogenauer 2013, p. 30-34.

10. C.M. Tiebout, 'A Pure Theory of Local Expenditures', *Journal of Political Economy* 1956, jrg. 64, afl. 5, p. 424.

markt van publieke voorzieningen tot stand die moet leiden tot een optimale uit-gave aan publieke goederen.¹¹

Rechtsregels en rechtspraak zijn te beschouwen als publieke goederen. De laatste jaren heeft het model van Tiebout (en aangepaste varianten daarvan) dan ook de aandacht getrokken van meestal economisch georiënteerde juristen. De tweedeling *voice* en *exit* doet zich ook gelden ten aanzien van het recht. Beoefenaren van het recht maken gebruik van de *voice*-optie door commentaar te leveren op wetgeving en jurisprudentie. Gebruikers van het recht, bedrijven, organisaties en burgers, beschikken eveneens over diverse middelen om hun mening kenbaar te maken en de vormgeving van het recht te beïnvloeden. Daarover gaat het meestal niet in de literatuur over *regulatory competition*. Door de nadruk op het marktmodel in die literatuur, ligt het accent op de mogelijkheid om van product te wisselen, oftewel op de *exit*-opties.¹² Door de internationalisering van recht en samenleving doet zich immers steeds vaker de mogelijkheid van keuze voor. Op wereldschaal bestaan er meerdere rechtssystemen naast elkaar en de vraag rijst of er tussen deze systemen een vorm van concurrentie optreedt en zo ja, of dat wenselijk is. Op die laatste vraag ga ik hier geen antwoord geven.¹³ Ook zal ik geen empirisch onderzoek doen naar de vraag in welke mate *regulatory arbitrage* voorkomt en of de wetgevers van verschillende staten ook daadwerkelijk reageren op de mogelijkheid van *exit* — al zal hier wel incidenteel naar worden verwezen.¹⁴ Ook de vraag in hoeverre *regulatory competition* inherent is aan de interne markt blijft buiten beschouwing.¹⁵

11. Optimaal in de zin van het best beantwoordend aan de preferenties van de (mobiele) burger. Zie K. Dowding & P. John, 'Exiting behavior under Tiebout conditions: Towards a predictive model', *Public Choice* 1996, jrg. 88, p. 393-406.
12. Zie bijv. Vogenauer 2013, p. 14-15 en Smits 2010, p. 6. Dit verandert overigens de discussie in een m.i. belangrijk opzicht: terwijl in de literatuur over het Tiebout-model nadrukkelijk aandacht is voor loyaliteit als bepalende factor voor de keuze tussen *voice* en *exit*, lijkt loyaliteit aan een bepaalde rechtsorde (lees: land) in de rechtseconomische literatuur nauwelijks een rol te spelen. Vgl. A.O. Hirschman, *Exit, voice, loyalty: responses to decline in firms, organizations, and states*, Cambridge: Harvard University Press 1970 en L. Salucci, 'Exit, Voice, and Electoral Turnover', *Urban Affairs Review* March 2011, jrg. 47, afl. 2, p. 155-182. Zie voor de politieke discussie echter het pleidooi van president Obama voor 'economic patriotism' in Reuters-bericht, 'Obama rails against corporate maneuver to evade U.S. taxes', 25 juli 2014, www.reuters.com/article/2014/07/25/us-usa-tax-obama-inversions-idUSKBN0FT13K20140725.
13. Voor een uitgesproken positief oordeel, zie: Smits 2010, p. 8. Zie verder: H. Eidenmuller, 'The Transnational Law Market, Regulatory Competition, and Transnational Corporations', *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2011, jrg. 18, afl. 2, p. 707-749, Rühl 2013, Siems 2009, p. 800-801; A.M. Sachdeva, 'Regulatory competition in European company', *Eur J Law Econ* 2010, jrg. 30, afl. 2, p. 138-139 en M. Eckardt & W. Kerber, 'Developing Two-Tiered Regulatory Competition in EU Corporate Law: Assessing the Impact of the Societas Privata Europaea', *Journal of Law and Society* 2014, jrg. 41, afl. 1, p. 156-157, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2398142. Eidenmüller, Engert & Hornuf 2009, p. 4-5.
14. Zie onder (vele) anderen: Eidenmuller 2011, p. 707-749, Vogenauer 2013, p. 13-78, Sachdeva 2010, p. 161. Eckardt & Kerber 2014, p. 161-164; Voor empirische studies zie M. Becht, C. Mayer & H. Wagner, 'Where Do Firms Incorporate? Deregulation and the cost of entry', *Journal of Corporate Finance* 2008, jrg. 14, afl. 3, p. 241; L. Hornuf, 'Regulatory Competition in European Corporate and Capital Market Law: An Empirical Analysis', *European Studies in Law and Economics* 2012, jrg. 7; R. Braun, H. Eidenmüller, A. Engert, & L. Hornuf, 'Does Charter Competition Foster Entrepreneurship? A Difference-in-Difference Approach to European Company Law Reform', *J. of Common Market Studies* 2013, jrg. 51, afl. 3, p. 399 en Eidenmüller, Engert & Hornuf 2009, p. 1-33.
15. Zie o.a. Lombardo & Pasotti, 'Disintegrating the Regulation of the Business Corporation as a Nexus of Contracts: Regulatory Competition vs. Unification of Law', *EBOR* 2009, jrg. 10, p. 36. Een interessante analyse van de twee gezichten van de rechtspraak van het HvJ EU op dit punt is te vinden bij A. Saydé, 'One Law, Two Competitions: An Enquiry into the Contradictions of Free Movement Law', *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2010-2011, jrg. 13, hoofdstuk 15.

Ik concentreer me hier op *regulatory arbitrage* op het terrein van het privaatrecht. Bij die vraag speelt het Europese internationaal privaatrecht een grote rol. Dat bepaalt immers in welke mate partijen zelf direct een keuze kunnen maken voor het toe te passen recht, eventueel in combinatie met of via de band van een keuze voor een specifieke vorm van geschillenbeslechting. Dit aspect zal ik hier aanduiden met *choice*. *Choice* is een directe vorm van keuze die niet gepaard gaat met wijzigingen in de structuur van de rechtsbetrekking of de feitelijke situatie van partijen. Daartegenover zet ik de mogelijkheid om het toepasselijke recht te kiezen of te wijzigen door middel van het wijzigen of manipuleren van de relevante aanknopingspunten.¹⁶ Als het toepasselijke recht op de arbeidsovereenkomst van zeelieden bepaald wordt door de vlag van het schip waarop ze werkzaam zijn, is het toepasselijke recht te wijzigen door de vlag van het schip te wijzigen.¹⁷ Als het toepasselijke recht op een faillissement wordt bepaald door de ligging van het centrum van de belangen van de failliet, kan deze in de verleiding komen om voor de aanvraag van het faillissement dit centrum te verplaatsten (COMI-migratie). Deze methodes hebben gemeen dat ze gevolgen hebben voor de werkelijkheid buiten de te beïnvloeden rechtsverhouding — de aanknopingspunten moeten immers worden omgevlagd of verplaatst. Dit beïnvloedt vervolgens ook het belastingstelsel, de veiligheidseisen aan boord, de lokale infrastructuur enz. Overigens gold dit ook in het model van Tiebout: mensen verhuizen zelden uitsluitend vanwege de hoogte van de lokale belastingen en een dergelijke verhuizing heeft ook gevolgen op vele andere terreinen. Mede in verband met deze parallel beschouw ik het verplaatsen van aanknopingsfactoren, meer dan het uitbrengen van een rechtskeuze, als een echte *exit*-optie waarin de belanghebbende ‘stemt met de voeten’.¹⁸

De *cause célèbre* van *regulatory competition* wordt gevormd door het vennootschapsrecht.¹⁹ Sinds de arresten *Centros*²⁰ en *Inspire Art*²¹ van het Hof van Justitie EU is duidelijk dat in Europa weinig obstakels (kunnen) worden opgeworpen voor het shoppen in het vennootschapsrecht.²² Dit verschijnsel stimuleert het ontstaan van brievenbusmaatschappijen — rechtspersonen die statutair gevestigd zijn in een bepaald land, terwijl hun economische activiteiten zich geheel buiten dat land bevinden en ook het bestuur van de vennootschap elders plaatsvindt. De vraag rijst dan vervolgens in hoeverre deze *exit* ook effectief is op andere terreinen dan het vennootschapsrecht. In welke mate is de zetel van een rechtspersoon relevant voor

16. Zie ook Eckardt & Kerber 2014, p. 158 en Smits 2010, p. 10.

17. In dit verband wordt in de literatuur met betrekking tot *regulatory competition* wel verwezen naar het arrest *Viking* (HvJ EU 11 december 2011, C-438/05, *Jur.* 2007, p. I-10779). Overigens werkt dit in Europa nog maar in beperkte mate, omdat de vlag niet meer de enige aanknopingsfactor is voor zeearbeid. Zie HvJ EU 15 december 2011, C-384/10, *Jur.* 2011, p. I-13275 (*Voogtsgeerd*) en de wet van 6 juli 2011 inzake implementatie van het op 23 februari 2006 te Genève tot stand gekomen Maritiem Arbeidsverdrag, 2006 (*Trb.* 2007, 93).

18. Vogenauer beschouwt ook het uitbrengen van een rechtskeuze als *voting with one's feet* zie Vogenauer 2013, p. 36.

19. Over *regulatory competition* met betrekking tot het vennootschapsrecht zijn bibliotheken vol geschreven. Voor een eerste overzicht zij verwezen naar K. Kocaoglu, 'A Comparative Bibliography: Regulatory Competition on Corporate Law', Georgetown Law Working Paper (2008), te raadplegen op: www.ssrn.com. Zie ook Siems 2009, p. 767-802; Vogenauer 2013, p. 16-17.

20. HvJ EG 9 maart 1999, C-212/97, *Jur.* 1999, p. I-01459 (*Centros*).

21. HvJ EG 30 september 2003, C-167/01, *Jur.* 2003, p. I-10155 (*Inspire Art*).

22. Zie voor een overzicht van de relevante jurisprudentie Invitation to tender http://ec.europa.eu/justice/newsroom/contracts/files/2014s149-267126/invitation_en.pdf.

het bevoegdheidsrecht en voor de bepaling van het op die rechtspersoon, zijn interne structuur en zijn externe verhoudingen toepasselijke recht?

Het preadvies is als volgt opgebouwd: allereerst wordt beschreven hoe *regulatory competition* in het vennootschapsrecht is ontstaan en wat dat fenomeen inhoudt. Vervolgens wordt een meer algemene beschouwing gegeven over de waarde van de zetel als aanknopingsfactor in het vermogensrecht. Daarna zoom ik in op de grenzen van het vennootschapsrecht en besteed ik expliciet aandacht aan de afbakening tussen het vennootschapsstatuut en het faillissementsrecht respectievelijk het onrechtmatige-daadsrecht. Die drie rechtsgebieden blijken namelijk relevant bij het bepalen van de aansprakelijkheid van bestuurders. Het preadvies sluit af met een conclusie waarin o.a. de consistentie van het IPR op dit terrein kritisch wordt beoordeeld.

2.2 Entry en exit: vennootschapsrecht in de EU

In de EU bestaat er een zekere mate van harmonisatie van het materiële recht met betrekking tot corporaties.²³ Echter, op het punt van bijvoorbeeld de aansprakelijkheid, openbaarheid, medezeggenschap en de minimumkapitaaleisen blijven er significante verschillen tussen de lidstaten.²⁴ Het IPR is intussen niet geharmoniseerd: iedere lidstaat is vrij om te kiezen tussen een van de twee dominantie modellen te weten het incorporatiestelsel en de leer van de werkelijke zetel. In het incorporatiestelsel wordt de corporatie beheerst door het recht van het land van incorporatie, meestal ook het land van de statutaire zetel. Volgens het tweede systeem dient een corporatie te zijn opgericht naar het recht van het land waar zich de werkelijke zetel, het centrum van bestuursactiviteiten, bevindt.²⁵ Nederland is vanouds een incorporatieland,²⁶ Duitsland daarentegen hanteerde tot voor kort de leer van de werkelijke zetel.²⁷

Binnen de EU (en EER) is sprake van vrijheid van vestiging. Op grond hiervan kunnen EU-onderdanen zich in andere lidstaten vestigen door middel van het oprichten van rechtspersonen. Het nationale recht bepaalt aan welke eisen een rechtspersoon moet voldoen om rechtsgeldig te zijn opgericht: zo kan Nederland eisen dat de statutaire zetel zich in Nederland bevindt, terwijl Duitsland mocht verlangen dat (ook) de bestuurlijke zetel binnen Duitsland is gelegen.²⁸ Maar als een rechtspersoon eenmaal bestaat naar het recht van een van de lidstaten kan

23. Overigens geldt de vrijheid van vestiging ook voor rechtspersonen die niet onder de harmonisatierichtlijnen vallen: zie HvJ EG 16 december 2008, C-210/06, *Jur.* 2008, p. I-09641 (*Cartesio*) en S. Lombardo, 'Regulatory Competition in Company Law in the European Union after *Cartesio*', *European Business Organization Law Review* 2009/10, p. 638-639.

24. Voor het belang van vennootschappelijke medezeggenschap, zie Eidenmüller, Engert & Hornuf 2009, p. 32.

25. Zie P. Vlas, in: *GS Rechtspersonen*, BW Boek 10, Titel 8 Corporaties, Internationaal rechtspersonenrecht, aant. 2 Incorporatiestelsel.

26. Zie art. 10:118 BW.

27. Onder druk van de Europese rechtspraak is deze leer blijkbaar verlaten: C. Teichmann, 'Modernizing the GmbH: Germany's Move in Regulatory Competition', *European Company Law* 2010, jrg. 7, afl. 1, p. 22 en Lombardo 2009, p. 637 onder verwijzing naar S. Otte, 'Folgen der Trennung von Verwaltungs- und Sitzungssitz für die gesellschaftsrechtliche Praxis', *Betriebs-Berater* 2009, jrg. 64, p. 344-345.

28. Lombardo 2009, p. 627-648, 628 met verwijzingen en p. 635.

deze rechtspersoon zich vervolgens op het recht van secundaire vestiging beroepen om in andere lidstaten filialen in te richten en kan ze gebruikmaken van het vrij verkeer van diensten om in andere lidstaten als dienstverrichter actief te zijn. Eenmaal geïncorporeerd, moet de rechtspersoon namelijk worden erkend in alle andere lidstaten, ook indien de rechtspersoon de facto voornamelijk verbonden is met en actief is in een andere lidstaat dan de staat van oprichting. Zelfs een latere *exit* door verplaatsing van de zetel kan maar in beperkte mate worden tegengaan.²⁹ Weliswaar kan het recht van de vertrekstaat bepalen dat de rechtspersoon door zetelverplaatsing zijn ‘nationaliteit’ verliest, maar dit houdt niet automatisch in dat de rechtspersoon ook ontbonden wordt: als het land van ontvangst de mogelijkheid kent om de rechtspersoon om te vormen naar een nationale rechtsvorm (in-vlaggen), moet het land van incorporatie in beginsel uitvlaggen toestaan.

Er bestaat binnen Europa op het terrein van het vennootschapsrecht dus zowel relevante rechtsverscheidenheid als keuzevrijheid. Deze keuzevrijheid vertoont verwantschap met de mogelijkheid van rechtskeuze in het contractenrecht omdat de partijen die gezamenlijk een vennootschap op willen richten een vrije keuze hebben uit de verschillende binnen de EU bestaande stelsels.³⁰ Uit de literatuur blijkt dat partijen ook daadwerkelijk gebruikmaken van de door het EU-recht geboden keuzevrijheid. Volgens diverse auteurs heeft de door het Hof van Justitie EU geborgde vrijheid van vestiging geleid tot een toename van incorporatie onder Engels recht.³¹ De belangrijkste drivers hiervoor zijn de lagere kosten verbonden aan incorporatie en de lagere eisen met betrekking tot het minimumkapitaal.³² Er is dus vraag naar ‘goedkoper’ recht. Maar ook de verschillen in medezeggenschapsstructuren blijken een rol te spelen, vooral bij de keuze voor Europese incorporatievormen zoals de SE. Het daadwerkelijk optreden van *law shopping* op dit terrein heeft op zijn beurt geleid tot aanpassingen van nationale systemen.³³ Niet alleen hebben verschillende landen wijzigingen aangebracht in hun materiële recht, ook het bestaande IPR is onder druk komen te staan. Een deel van de wijzigingen die optreden, betreft pogingen van nationale wetgevers om het eigen recht aantrekkelijk te maken of te houden voor buitenlandse en binnenlandse investeerders. Zo heeft Duitsland zijn vennootschapsrecht aangepast op – onder andere – het punt van

29. HvJ EG 5 november 2002, C-208/00, *Jur.* 2002, p. I-09919 (*Überseering*); HvJ EG 13 december 2005, C-411/03, *Jur.* 2005, p. I-10805 (*SEVIC Systems*); HvJ EG 16 december 2008, C-210/06, *Jur.* 2008, p. I-9641 (*Cartesio*).

30. Zie Invitation to tender, http://ec.europa.eu/justice/newsroom/contracts/files/2014s149-267126/invitation_en.pdf: ‘This jurisprudence of the Court is in line with the current trend in private international law to strengthen party autonomy in civil and commercial matters, upholding companies’ decisions on where and under which law to organise themselves.’ Ook de MvT bij de Wet conflictenrecht corporaties beschouwde het incorporatiestelsel als een vorm van rechtskeuzevrijheid: zie *Kamerstukken II* 1994/95, 24141, 3.

31. Becht, Mayer & Wagner 2008, p. 241; zie Siems 2009, p. 797 voor eenzelfde effect met betrekking tot maatschappen/partnerships/private companies.

32. Siems 2009, p. 797; Eidenmüller 2011, p. 717.

33. Zie o.a. J. Armour, ‘Who Should Make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition’, *CLP* 2005, jrg. 58, afl. 369; M. Gelter, ‘The Structure of Regulatory Competition in European Corporate Law’, *Journal of Corporate Law Studies* 2005, jrg. 5, afl. 247; M. Siems, ‘Convergence, Competition, Centros and Conflicts of Law: European Company Law in the 21st Century’, *European Law Review* 2002, jrg. 27, afl. 47, p. 47-59. Voor een overzicht van recente wetwijzigingen in het vennootschapsrecht, zie Siems 2009, p. 799; C. Teichmann, ‘Modernizing the GmbH: Germany’s Move in Regulatory Competition’, *European Company Law* 2010, jrg. 7, afl. 1, p. 20, Vogenauer 2013, p. 35.

de kapitaalsvereisten en de inbreng anders dan in geld.³⁴ Hier is dus op *regulatory arbitrage* gereageerd met aanpassingen ten bate van de eigen concurrentiepositie.³⁵ Daarmee is in het vennootschapsrecht ook daadwerkelijk sprake van *regulatory competition*.³⁶

Maar er zijn ook tegenbewegingen. Met betrekking tot derden moet de keuze voor een bepaald vennootschapsstatuut namelijk worden gezien als een *exit*-optie waarbij eenzijdig de aanknopingsfactor wordt bepaald of gewijzigd. Eenzijdige rechtskeuzes zijn in het conflictrecht in het algemeen niet toegestaan. Daarnaast kennen de verordeningen inzake het toepasselijke recht op overeenkomsten en niet-contractuele verbintenissen (Rome I en II) waarborgen die derden beschermen tegen de effecten van rechtskeuzes waarmee ze niet hebben ingestemd. Zo kan op grond van art. 3 lid 2 Rome I-Verordening een latere rechtskeuze door de partijen bij de overeenkomst geen afbreuk doen aan de rechten van derden. Art. 14 lid 1 Rome II-Verordening bepaalt meer in het algemeen dat een rechtskeuze de rechten van derden onverlet laat.

De positie van derden wordt des te pregnanter nu de vestigingsvrijheid in de interpretatie van het Hof van Justitie een ontkoppeling teweegbrengt tussen het op de rechtspersoon toepasselijke recht en de maatschappelijke omgeving waarin deze functioneert. In negatieve termen: de vestigingsvrijheid in zijn huidige vorm zet de deur open voor de oprichting van brievenbusfirma's. Dit effect wordt vanouds gezien als een van de nadelen van de incorporatieleer. Om dit gevaar het hoofd te bieden heeft de Nederlandse wetgever regels gemaakt met betrekking tot formeel buitenlandse vennootschappen: rechtspersonen die slechts door incorporatie met een ander land zijn verbonden terwijl ze al hun activiteiten binnen Nederland uitoefenen. Op dergelijke vennootschappen zijn de belangrijkste bepalingen van het Nederlandse vennootschapsrecht alsnog van toepassing. Bovendien moet een formeel buitenlandse vennootschap zich als zodanig registreren bij de Kamer van Koophandel, en daarbij ook de oprichtingsakte en de statuten overleggen.³⁷ Op deze wijze beoogt de Nederlandse wetgever onder andere de belangen van de schuldeisers te beschermen. Echter, binnen Europa is ook deze vorm van controle op buitenlandse vennootschappen maar zeer beperkt toegestaan: in het arrest *Inspire Art* werd een groot deel van onze Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen in strijd geacht met het Europese recht.³⁸ De wet heeft inmiddels dan ook voornamelijk nog een functie bij het reguleren van formeel buitenlandse vennootschappen uit niet-EU/EER-landen.³⁹

34. Teichmann 2010, p. 20.

35. Waar dit leidt tot een vermindering van variatie in het vennootschapsrecht, loopt automatisch ook de mogelijkheid tot *regulatory arbitrage* terug — er is immers minder te kiezen. Siems 2009, p. 780 en 792.

36. Eckardt & Kerber 2014, p. 154 en 166.

37. Wet van 17 december 1997, houdende regels met betrekking tot naar buitenlands recht opgerichte, rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschappen die hun werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verrichten en geen werkelijke band hebben met de staat naar welks recht zij zijn opgericht (Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen), *Stb.* 697, laatstelijk gewijzigd bij wet van 25 november 2013, *Stb.* 2013, 507.

38. C-167/01 (*Inspire Art*).

39. Sinds de bij wet van 28 april 2005, *Stb.* 2005, 230 ingevoerde wijziging van art. 1 is de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen niet van toepassing op EU-rechtspersonen, met uitzondering van art. 6: 'Ten aanzien van een formeel buitenlandse vennootschap zijn de artikelen 249, 260 en

De Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen bevat voorrangsregels voor zover de regels van Nederlands recht op een verder door buitenlands recht beheerste rechtsverhouding van toepassing worden verklaard.⁴⁰ Dit is een bekend correctiemechanisme waarmee in het IPR partij-overstijgende belangen kunnen worden beschermd tegen de gevolgen van partij-autonomie. Maar een correctie op de incorporatieleer loopt niet altijd via het leerstuk der voorrangsregels. Soms is namelijk sprake van herkwalificatie: een bepaalde rechtsregel wordt niet langer beschouwd als deel van het incorporatierecht, maar bijvoorbeeld als onderdeel van het faillissementsrecht of het aansprakelijkheidsrecht.⁴¹ De grens tussen deze twee mechanismen is overigens niet altijd even scherp. Teichmann beschrijft hoe in Duitsland onder druk van de rechtspraak van het HvJ EU de controle via het rechtspersonenrecht weliswaar is verminderd, maar dat deze controle op een aantal punten is verschoven naar het faillissementsrecht.⁴² Dit geldt met name voor de aansprakelijkheid van bestuurders.

Ook Nederland kent een bijzondere regeling voor bestuurdersaansprakelijkheid. Op grond van art. 10:121 BW zijn de Nederlandse regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid van toepassing op alle in Nederland uitgesproken faillissementen van corporaties die in Nederland aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen, ook als deze corporaties voor het overige worden beheerst door buitenlands recht. In zijn vormgeving is deze regeling te beschouwen als een voorrangsregel: een regel van intern Nederlands rechtspersonenrecht wordt door middel van een expliciete scope-rule mede van toepassing verklaard op rechtspersonen naar buitenlands recht. Maar net als in Duitsland is de toepassing van het aansprakelijkheidsregime niet langer (exclusief) gekoppeld aan het incorporatierecht, maar veeleer aan het faillissementsrecht: de regel is immers slechts van toepassing als de corporatie in Nederland failliet is verklaard.⁴³ Welke gevolgen dat heeft voor de toepassing in internationale gevallen wordt hieronder beschreven.

Siems beschrijft helder hoe bepaalde crediteursbelangen kunnen worden behartigd via verschillende rechtsgebieden, namelijk onrechtmatige daad, rechtspersonenrecht en faillissementsrecht.⁴⁴ De wetgever kan dus kiezen uit een – per land ook daadwerkelijk verschillende – mix van deze rechtsgebieden voor het bereiken van het gewenste niveau van crediteursbescherming.⁴⁵ Als echter voor de drie rechtsgebieden de aanknopingen niet samenvallen (wat met name bij brievenbusmaatschappijen het geval zal zijn) treedt ‘ontbundeling’ op van het geheel van beschermende

261 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek van overeenkomstige toepassing.’ Deze bepalingen hebben betrekking op de jaarrekening.

40. Zie art. 4-6 van deze wet. Daarnaast bevat de wet materiële regels van IPR voor zover zij specifieke verplichtingen opleggen aan formeel buitenlandse vennootschappen, zoals het vermelden van de status van de formeel buitenlandse vennootschap in het handelsregister: art. 2 WFBV. Voor het onderscheid zie L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 26-28.

41. L. Lennarts, ‘EU Corporate Insolvency Law in the Wake of the ECJ’s *Deko Marty Judgment*’, *European Company Law* 2010, jrg. 7, afl. 3, p. 106.

42. Teichmann 2010, p. 20.

43. Zie voor een dergelijke dubbele duiding, maar dan als onderdeel van het aansprakelijkheidsrecht: G. van Solinge, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, Boek 10, art. 121, aant 1 (online). Zie voor een faillissementsrechtelijke kwalificatie, P. Vlas, in: *GS Rechtspersonen*, art. 10:122 BW. Vgl. voor het Duitse recht: Teichmann 2010, p. 24.

44. Siems 2009, p. 795. Zie ook Teichmann 2010, p. 24.

45. Waarbij overigens ook dit niveau per land kan verschillen.

maatregelen.⁴⁶ Regels die in het interne recht logisch samenhangen – hoge drempel voor aansprakelijkheid in het rechtspersonenrecht, maar snelle aansprakelijkheid via onrechtmatige daad en/of in geval van faillissement – raken ontkoppeld in het IPR, hetzij doordat ze worden ondergebracht bij een andere kwalificatie, hetzij omdat ze tot voorrangsregels zijn omgevormd. In beide gevallen loopt de interne coördinatie gevaar en ontstaat het risico van overlap en lacunes. Het risico op ontbundeling neemt toe naarmate de betekenis van de zetel als aanknopingspunt in het IPR afneemt – in het meest extreme geval is de zetel uitsluitend nog relevant voor het interne stelsel van de rechtspersoon.⁴⁷ In een recent gepubliceerde tender inzake het conflictenrecht voor corporaties stelt de Europese Commissie dan ook nadrukkelijk de vraag naar de omvang van het vennootschapsstatuut aan de orde. Daarbij wordt aandacht gevraagd voor de afbakening tussen de conflictregel voor corporaties en die van aanpalende rechtsgebieden zoals het insolventierecht, het contractenrecht, het aansprakelijkheidsrecht en het belastingrecht.⁴⁸ Maar ook de doorkruising van het vennootschapsstatuut door voorrangsregels en correcties via de openbare orde worden nadrukkelijk aan de orde gesteld. Ten slotte vraagt de Commissie in de tender ook om informatie over methodes die in het IPR van de lidstaten worden gehanteerd om wijziging van het vennootschapsstatuut door ‘uitvlaggen’ van de rechtspersoon aan banden te leggen. Een aantal van deze vragen komt hieronder aan de orde.

2.3 De vestigingsplaats als aanknopingspunt in het IPR – een algemene inleiding

Voordat hieronder wordt ingegaan op de relevantie van de zetel voor het faillissementsrecht en de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders, wil ik eerst in het algemeen iets zeggen over de rol van de vestigingsplaats van rechtspersonen in het bevoegdheidsrecht en het conflictenrecht. Achterliggende vraag is daarbij steeds in hoeverre invloed kan worden uitgeoefend op de bevoegdheid jegens c.q. het toepasselijke recht op het economisch handelen van een rechtspersoon en de daarbij betrokken partijen door de keuze van het land van vestiging van die rechtspersoon. De testcase is de pseudobuitenlandse vennootschap: de naar het recht van land A opgerichte rechtspersoon die (vrijwel) uitsluitend economische activiteiten verricht in land B en daar ook een onderneming drijft.

2.3.1 Bevoegdheid onder Brussel I

De Brussel I-Verordening kent in beginsel bevoegdheid toe aan de rechters van de lidstaat waar de gedaagde woonplaats heeft.⁴⁹ Voor vennootschappen en rechtspers-

46. De term ‘ontbundeling’ verwijst naar het model van het conflictenrecht dat is ontwikkeld door Klaus Schurig – zie hierover P. Mankowski, ‘Das Bündelungsmodell im Internationalen Privatrecht’, in: D. Solomon & R. Michaels, *Liber amicorum Klaus Schurig: zum 70. Geburtstag*, München: Sellier European Law Publ 2012, p. 147-167.

47. Het rechtspersonenrecht wordt in de literatuur ook wel beschreven als een vorm van standaardregulering van de interne verhoudingen bij vormen van gemeenschappelijke productie. Zie bijv. Eckardt & Kerber 2014, p. 155.

48. Zie Invitation to tender: http://ec.europa.eu/justice/newsroom/contracts/files/2014s149-267126/invitation_en.pdf, p. 13, punt 3.

49. Art. 2 Brussel I-Verordening/art. 4 herschikking.

sonen geldt dat deze woonplaats hebben in het land waar zich de statutaire zetel bevindt, maar ook ter plaatse van het hoofdbestuur en/of de hoofdvestiging.⁵⁰ Onder hoofdbestuur wordt in dit verband verstaan de plaats waar de bestuursactiviteiten worden verricht en de interne controle plaatsvindt, terwijl de hoofdvestiging de plaats betreft waar de voornaamste economische activiteiten worden uitgeoefend dan wel waar de rechtspersoon betrekkingen aangaat met derden.⁵¹ Er is dus altijd woonplaats in het land van incorporatie,⁵² maar bij brievenbusmaatschappijen zal er vaak ook bevoegdheid zijn ter plaatse van het hoofdbestuur of de hoofdvestiging. Voor zover de vennootschap een filiaal, agentschap of andere vestiging heeft buiten de lidstaat van primaire vestiging, is er bovendien bevoegdheid ter plaatse van die secundaire vestiging voor geschillen die betrekking hebben op de exploitatie daarvan.⁵³ Het verplaatsen van de statutaire zetel leidt dus, bij gelijkblijvende economische en bestuursactiviteit, tot een vermenigvuldiging van bevoegde fora. Overigens geldt dit niet met betrekking tot de *hardcore* van het vennootschapsrecht: de verordening kent in art. 22 lid 2 (art. 24 lid 2 herschikking) een exclusieve bevoegdheidsregel met betrekking tot 'de geldigheid, de nietigheid of de ontbinding van vennootschappen of rechtspersonen (...) dan wel van de besluiten van hun organen'.⁵⁴ Voor dergelijke geschillen wordt exclusief verwezen naar de rechter van het land waar de rechtspersoon gevestigd is naar het op die rechtspersoon toepasselijke recht.⁵⁵ Omdat het IPR met betrekking tot rechtspersonen niet is geharmoniseerd kan het dan overigens nog steeds voorkomen dat de rechters van meerdere lidstaten zich (exclusief) bevoegd achten ten aanzien van een en dezelfde rechtspersoon. De exclusieve bevoegdheidsgrondslag voor rechtspersonen wordt restrictief uitgelegd. De aansprakelijkheid van bestuurders jegens de boedel in geval van faillissement van de rechtspersoon valt er bijvoorbeeld niet onder omdat dat onderwerp wordt bestreken door de Insolventieverordening (zie hieronder). Maar ook de aansprakelijkheid van diezelfde bestuurders jegens de crediteuren van de onderneming valt erbuiten — daarvoor is de hoofdregel van art. 2 (art. 4 herschikking) van toepassing, aangevuld met de regeling inzake vorderingen uit onrechtmatige daad in art. 5 lid 3 (art. 7 lid 2 herschikking) (zie ook hieronder).

2.3.2 Het toepasselijke recht op verbintenissen uit overeenkomst: de Rome I-Verordening

De Rome I-Verordening regelt het toepasselijke recht op verbintenissen uit overeenkomst,⁵⁶ Rome II doet hetzelfde voor niet-contractuele verbintenissen.⁵⁷ Beide verordeningen kennen de mogelijkheid van rechtskeuze. Voor Rome I geldt zelfs dat de partijautonomie als een van de grondslagen van de verordening wordt be-

50. Art. 60 Brussel I-Verordening/art. 63 herschikking.

51. P. Stone, *EU Private International Law*, Cheltenham (UK): Elgar 2010, p. 72-73.

52. En wel ongeacht de vraag of het land van incorporatie de incorporatieleer aanhangt, of de werkelijke-zetelleer.

53. Art. 5 lid 5 Brussel I-Verordening/art. 7 lid 5 herschikking.

54. Art. 22 lid 2 Brussel I-Verordening/art. 24 lid 2 herschikking.

55. Waarbij verwezen wordt naar het IPR van de rechter die zich hierover moet uitspreken.

56. Verordening (EG) 593/2008 (Rome I).

57. Verordening (EG) 864/2007 (Rome II).

schouwd,⁵⁸ zij het dat ook daar de vrijheid niet absoluut is, maar aan diverse beperkingen wordt onderworpen. Op deze vorm van shoppen in het recht wordt hier echter niet verder ingegaan – zie het preadvies van mijn mede preadviseur Beekhoven van den Boezem. Ik beperk me hier tot de vorm van indirecte rechtskeuze via wijziging van de aanknopingsfactoren. En dus met name tot de vraag in hoeverre verplaatsing van de zetel (al dan niet op grond van een bewuste keuze voor een bepaald incorporatierecht) ook doorwerkt in andere rechtsverhoudingen waarin de onderneming betrokken raakt – al dan niet vrijwillig. En dan blijkt dat in beide verordeningen de zetel van de rechtspersoon niet voorkomt als relevante aanknopingsfactor.

Rome I hanteert voor commerciële contracten de leer van de karakteristieke prestatie.⁵⁹ Deze leer houdt in dat het toepasselijke recht op de overeenkomst in beginsel wordt vastgesteld aan de hand van de gewone verblijfplaats van degene die de prestatie heeft geleverd die kenmerkend is voor het gesloten contracttype. Bij koopcontracten is de karakteristieke prestatie het leveren van de (roerende) zaak. Art. 4 verwijst dan ook primair naar het recht van het land van de *verkoper*.⁶⁰ De relevante aanknopingsfactor is echter niet de vestigingsplaats van de rechtspersoon, maar diens ‘gewone verblijfplaats’. Dit begrip wordt ingevuld in art. 19 waarin bepaald wordt dat een vennootschap, vereniging of rechtspersoon zijn gewone verblijfplaats heeft op de plaats waar zich het hoofdbestuur bevindt. Niet de statutaire zetel vormt dus de relevante aanknopingsfactor maar de vestigingsplaats van het bestuur. Daarnaast geldt dat als de overeenkomst is gesloten in het kader van de uitoefening van de activiteiten van een filiaal, agentschap of andere vestiging en deze (secundaire) vestiging ook verantwoordelijk is voor de uitvoering van de overeenkomst, de lokalisatie van de vestiging doorslaggevend is voor de bepaling van het toepasselijke recht.

Wat is nu het gevolg van deze regeling voor pseudobuitenlandse vennootschappen – vennootschappen die zijn opgericht naar het recht van lidstaat A terwijl zij hun economische activiteiten (vrijwel) geheel verrichten in land B? Dat de zetel van de rechtspersoon is gelegen in land A is voor het toepasselijke recht niet relevant. De relevante vestiging voor de toepassing van art. 4 Rome I-Verordening is in dit scenario hoogstwaarschijnlijk gelegen in land B, hetzij omdat zich daar het hoofdbestuur bevindt, hetzij omdat in B de vestiging is gelegen die het contract heeft gesloten en ook uitvoert. Voor zover de brievenbusfirma in land B geen eenduidige vestiging heeft, lijkt het mogelijk om gebruik te maken van de algemene exceptie van art. 4 lid 3:

‘Indien uit alle omstandigheden blijkt dat de overeenkomst een kennelijk nauwere band heeft met een ander land dan het in lid 1 of lid 2 bedoelde land, is het recht van dat andere land van toepassing.’

58. Rome I, preambule, paragraaf 11. Voor Rome II geldt dat in mindere mate: zie preambule, paragraaf 31.

59. Zie art. 4 Rome I-Verordening.

60. Deze regel leidt uitzondering als er sprake is van een kennelijk nauwere band met een ander land – zie art. 4 lid 3 Rome I-Verordening.

Deze bepaling ziet mede op situaties waarin de vestigingsplaats van de karakteristieke prestant geen reële aanknopingswaarde heeft.⁶¹ In dat opzicht vormt de exceptie dus een nadere veiligheidsklep tegen shoppen in het overeenkomstenrecht.

Rome I biedt in commerciële contracten ruim baan voor shoppen in de vorm van rechtskeuze. Partijen kunnen op elk moment willekeurig welk recht aanwijzen als toepasselijk op hun overeenkomst, zolang deze overeenkomst een voldoende internationaal karakter draagt.⁶² Deze vrijheid wordt slechts beperkt door het leerstuk van voorrangsregels en door de openbare orde. Zoals blijkt uit het preadvies van Beekhoven van den Boezem, wordt van deze vrijheid ook daadwerkelijk gebruikgemaakt. In contrast daarmee is shoppen via de *exit*-optie onder Rome I nauwelijks mogelijk. Er is in het systeem een aantal waarborgen ingebouwd die moeten garanderen dat de overeenkomst een werkelijke band heeft met het door de objectieve verwijzingsregel aangewezen recht. Deze twee aspecten van Rome I — ruim baan voor *choice*, maar een duidelijke realiteitstoets ten aanzien van de *exit*-optie — zijn slechts schijnbaar met elkaar in tegenspraak. Zoals hierboven voor het vennootschapsrecht al is aangeduid, is er een groot verschil tussen shoppen door beïnvloeding van de aanknopingsfactoren en de wel toegestane rechtskeuze. De rechtskeuzevrijheid vormt een consensueel model van shoppen: partijen moeten het erover eens zijn dat een bepaald recht wordt aangewezen. Daarentegen vindt manipulatie van aanknopingsfactoren in beginsel eenzijdig plaats, in casu door de aanbieder van goederen en diensten die een bepaalde vestigingsplaats kiest. Een dergelijke eenzijdige rechtskeuze dient met meer argwaan te worden bejegend.⁶³ De aanbieder van goederen en diensten kan dus wel invloed uitoefenen op het recht dat de door hem aangegane transacties beheerst, maar alleen in samenspraak met de afnemer (*choice*) of door de economische activiteiten waarbinnen de transacties plaatsvinden daadwerkelijk te verplaatsen naar een ander land (*exit*). Verplaatsing van de statutaire zetel is daarvoor onvoldoende.

Overigens geldt het bovenstaande niet voor overeenkomsten met consumenten. Daarvoor is in beginsel de gewone verblijfplaats van de consument maatgevend — onder de voorwaarden die zijn vermeld in art. 6 Rome I-Verordening. Een rechtskeuze is in dergelijke contracten wel toegestaan, maar kan er niet toe leiden dat de consument de bescherming verliest van de dwingende regels van het zonder die keuze toepasselijke recht. Het recht van de woonplaats van de consument legt daarmee een bodem in het beschermingsniveau dat de consument wordt geboden. Hierop kan de aanbieder van diensten en goederen noch direct (via rechtskeuze), noch indirect (door de keuze van zijn vestigingsland) invloed uitoefenen. Voor zover een aanbieder toepassing van een bepaald rechtstelsel zou willen vermijden, heeft deze op dit moment slechts de mogelijkheid om af te zien van handel met consumenten in die lidstaat.⁶⁴ Ook de consumenten zelf kunnen dit beschermingsniveau

61. HvJ EG 6 oktober 2009, C-133/08, *Jur.* 2009, p. I-09687 (*ICF/Balkenende*), r.o. 61.

62. De verordening maakt onderscheid tussen interne, intra-EU- en internationale overeenkomsten: zie art. 3 Rome I-Verordening.

63. Uit de literatuur over het insolventierecht leid ik af, dat het verplaatsen van het COMI overigens wel vaak in overeenstemming met de (hoofd)schuldeisers gebeurt.

64. Voor zover een dergelijke beperking niet als discriminatie moet worden gezien — zie A.A.H. van Hoek, 'Case Note CJEU — Pammer and Alpenhof — Grand Chamber 7 December 2010, joined cases 585/08 and 144/09, not yet published', *European Review of Contract Law* 2012/8, nr. 1, p. 93-107.

niet veranderen, behalve door het wijzigen van hun gewone verblijfplaats. Hierdoor leidt het systeem van art. 6 Rome I-Verordening tot versnippering van de interne markt in nationale deelmarkten.

Het hoeft geen verbazing te wekken dat dit systeem kritiek heeft ondervonden, juist vanuit het interne-markt perspectief. Bij de omzetting van het EVO in de Rome I-Verordening is er dan ook voor gepleit om de bijzondere bescherming van consumenten in intra-EU-gevallen af te zwakken.⁶⁵ Voor die gevallen geldt immers het Europese consumentenrecht al als gemeenschappelijke basis – aanvullende bescherming vanuit het IPR zou dan minder nodig zijn. Dit voorstel heeft het echter niet gehaald. Bij de herziening van het consumentenacquis is vervolgens vanuit de Europese Commissie voorgesteld om voor het consumentenrecht over te gaan tot maximumharmonisatie.⁶⁶ Een dergelijke vorm van harmonisatie maakt een einde aan de rechtsverscheidenheid tussen de lidstaten doordat aanvullende bescherming binnen het geharmoniseerde gebied niet langer is toegestaan. Dit beperkt de versnippering, maar maakt de facto ook een einde aan de keuzevrijheid en dus aan *regulatory arbitrage* en *regulatory competition*.⁶⁷ Ook dit voorstel heeft het niet gehaald. Het plan dat nu voorligt, behelst het vaststellen van een gemeenschappelijk Europees (consumenten)kooprecht (GEKR) waar partijen voor kunnen kiezen bij het afsluiten van hun overeenkomst. Het recht dat op grond van art. 6 Rome I-Verordening van toepassing is op de consumentenovereenkomst wordt dan ingevuld middels een keuze (opt-in) voor het eenvormige recht – dat in deze constructie als een onder-variant van het nationale kooprecht wordt gezien. Op deze manier kan een aanbieder proberen al zijn (grensoverschrijdende) contracten onder een en hetzelfde recht te brengen – wat vanuit zijn perspectief de versnippering van het toepasselijke recht tegengaat. Voor de consument ontstaat er wel een zekere mate van versnippering, maar die is beperkt tot twee stelsels: hetzij het recht van zijn woonland, hetzij het GEKR. Intussen wordt met het voorstel ook voor consumentencontracten weer een zekere keuzevrijheid geïntroduceerd.⁶⁸ Dit wordt gezien als een vorm van verticale *regulatory competition*.⁶⁹

Voor de economische activiteiten van de onderneming geldt dus dat de vestigingsplaats van de rechtspersoon in de praktijk geen rol speelt voor de bepaling van het toepasselijke recht op de door de rechtspersoon verrichte transacties. De vestiging van de door die rechtspersoon gedreven onderneming is daarentegen wel relevant

65. Zie Groenboek over de omzetting van het Verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst in een communautair instrument, alsmede over de modernisering ervan, COM(2002)654 def., p. 35-36.

66. Zie bijv. het Groenboek over de herziening van het consumentenacquis COM(2006)744 def., PbEU 2007, C 61/01, paragraaf 4.5.

67. Vergelijk op dit punt ook de plannen voor de harmonisatie van het insolventierecht, besproken in de preadviezen van 2012: Ian F. Fletcher & Bob Wessels, in: *Harmonisation of Insolvency Law in Europe* (Preadviezen 2012. Uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2012.

68. Een keuze voor het CESL dient volgens de Europese Commissie niet te worden beschouwd als een rechtskeuze in de zin van art. 3 Rome I-Verordening, maar als een keuze voor toepassing van de regels van het CESL binnen het op grond van art. 6 Rome I-Verordening toepasselijke recht. Zie onder (vele) anderen M.W. Hesselink, 'How to opt into the Common European Sales Law? Brief comments on the Commission's proposal for a regulation', *European Review of Private Law* 2012, jrg. 1, p. 195-212 en G. Rühl, 'The Common European Sales Law: 28th Regime, 2nd Regime or 1st Regime?', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2012, jrg. 19, afl. 1, p. 150-156.

69. Zie over dit begrip o.a. Rühl 2013, p. 84 en 87.

— maar dan alleen voor commerciële contracten. Voor het consumentenrecht is de mogelijkheid van shoppen gering omdat de consument altijd terug kan vallen op de dwingende bescherming van het land van zijn gewone verblijfplaats. Wel wordt in die verhouding een vorm van verticale *regulatory competition* geïntroduceerd als het gemeenschappelijke Europese kooprecht van kracht wordt.

2.3.3 Het toepasselijke recht op niet-contractuele verbintenissen: de Rome II-Verordening

Het toepasselijke recht op niet-contractuele verbintenissen wordt in de EU in belangrijke mate vastgesteld aan de hand van de Rome II-Verordening. Deze verordening is van toepassing op zowel onrechtmatige daad, als zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking en precontractuele aansprakelijkheid/afgebroken onderhandelingen.⁷⁰ Rome II kent verschillende verwijzingsregels voor verschillende typen onrechtmatige daad. De hoofdregel van art. 4 knoopt primair aan bij het land waar zich de (directe) schade voordoet. Bij door rechtspersonen gepleegde onrechtmatige daden is het dus in beginsel niet van belang waar de rechtspersoon is gevestigd, omdat de verwijzingsregel aanknoopt bij de plaats waar de directe schade is ingetreden. Deze regel leidt uitzondering ingeval dader en slachtoffer ten tijde van de onrechtmatige daad hun gewone verblijfplaats hebben in een en hetzelfde land. De vestigingsplaats van de onderneming kan dus invloed uitoefenen op het toepasselijke recht, maar dan alleen in samenhang met de gewone verblijfplaats van het slachtoffer. Bovendien is ook hier — net als onder Rome I — niet de statutaire zetel relevant, maar de gewone verblijfplaats.

Voor de bepaling van de gewone verblijfplaats van rechtspersonen wordt — anders dan bij Rome I — verwezen naar de plaats waar zich de hoofdvestiging bevindt. In de toelichtingen bij de verordeningen wordt geen verklaring gegeven voor dit verschil in aanknoping.⁷¹ Zoals hierboven al is uitgelegd, ziet het begrip ‘hoofdvestiging’ op de plaats waar de economische activiteiten en andere externe gerichte handelingen van de vennootschap worden verricht. Daarmee past het criterium beter bij de aansprakelijkheid voor feitelijk handelen dan de vestiging van het hoofdbestuur of zelfs de statutaire zetel. Als gehandeld wordt in het kader van de exploitatie van een filiaal, bijkantoor of andere vestiging, is overigens ook hier de ligging van dat filiaal of die vestiging bepalend voor de bepaling van de gewone verblijfplaats.

Indien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat een onrechtmatige daad een kennelijk nauwere band heeft met een ander land dan het op grond van boven omschreven regels aangewezen recht, is het recht van dat nauwer verbonden land van toepassing. Dit kan zich met name voordoen als de onrechtmatige daad in

70. Verordening (EG) 864/2007 (Rome II). De verordening is van toepassing op gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden na 11 januari 2009 (zie art. 31 en 32). Voor eerdere gebeurtenissen geldt in Nederland de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad, *Stb.* 2001, 190.

71. COM(2003)427 (Rome II), p. 31 verwijst slechts naar het verschil tussen Brussel I en Rome II. COM(2005)650 (Rome I) vermeldt op p. 9 slechts: ‘Evenals het voorstel “Rome II”, bevat artikel 18 een definitie van het begrip “gewone verblijfplaats”, met name voor rechtspersonen.’ Het EVO knoopte voor alle overeenkomsten die waren gesloten in de uitoefening van het beroep of bedrijf aan bij de hoofdvestiging (in plaats van het hoofdbestuur of de gewone verblijfplaats). Deze aanknoping geldt onder Rome I echter alleen voor natuurlijke personen. Zie ook het toelichtende rapport van de Raad bij het EVO door Giuliano en Lagarde, *PbEG* 1980, C 282/1-50.

nauwe samenhang staat tot een tussen dader en slachtoffer reeds eerder bestaande betrekking, zoals een overeenkomst. En bovendien kunnen partijen in veel gevallen overeenkomen dat een ander recht op de tussen hen ontstane verhouding van toepassing zal zijn.⁷² Op deze twee mogelijkheden ga ik hier verder niet in.

De verordening kent bijzondere regels voor productaansprakelijkheid, oneerlijke mededinging, milieudelicten, inbreuken op IE-rechten en collectieve acties bij arbeidsconflicten. Voor productaansprakelijkheid geldt in Nederland het Haags verdrag van 1973⁷³ – dat heeft op grond van art. 28 Rome II-Verordening voorrang op de verordening. Ook voor verkeersongevallen geldt in Nederland een Haags verdrag.⁷⁴ Voor de eerste drie van deze bijzondere delicten geldt dat de gewone verblijfplaats van de dader voor het toepasselijke recht geheel niet relevant is. Wel speelt voor milieudelicten de plaats van handelen een rol bij het bepalen van het toepasselijke recht.⁷⁵ In dat specifieke geval oefent de vormgeving van de economische activiteiten dus wel degelijk invloed uit op het toepasselijke recht op die activiteiten.⁷⁶ Maar het gaat daarbij in eerste instantie om de plaats waar de feitelijke handeling plaatsvond die schade heeft veroorzaakt. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de beroemde casus die is uitgelokt door de Stichting Reinwater.⁷⁷ In die zaak tussen tuinbouwers in het Westland en de Franse kalimijnen was sprake van schade veroorzaakt door zoutlozingen van de Franse fabriek in de Rijn. Nederland was het land waar de schade intrad, Frankrijk het land waar het onrechtmatige handelen had plaatsgevonden. De plaats van handelen werd in dat geval bepaald door de lokalisatie van de fabriek en was verder niet afhankelijk van de plaats waar de rechtspersoon die de fabriek in eigendom had zijn hoofdvestinging of bestuur had. Een onderneming kan dus als het gaat om milieudelicten invloed uitoefenen op het rechtsregime dat zijn handelen beheerst door het feitelijke handelen te verplaatsen. Maar dat helpt maar beperkt: voor milieudelicten kan het slachtoffer altijd opteren voor toepassing van het recht van het land waar de schade is ingetreden. En zoals gezegd: voor de meeste onrechtmatige daden doet de plaats van handelen er geheel niet toe. De vestigingsplaats van de onderneming is slechts relevant in combinatie met de verblijfplaats van het slachtoffer. Eenzijdige beïnvloeding is hierbij dus uitgesloten. Rome II lijkt daarmee eenzijdige en indirecte vormen van *law shopping* zo goed als uit te sluiten.

Een afzonderlijke vraag wordt gevormd door de aansprakelijkheid van bestuurders, aandeelhouders en toezichthouders voor milieudelicten en andere onrechtmatige

72. Een rechtskeuze bij voorbaat is mogelijk tussen commerciële partijen. Rechtskeuze achteraf is ook mogelijk tussen particulieren – zie art. 14. Voor specifieke vormen van onrechtmatige daad (oneerlijke mededinging en inbreuk op IE-rechten) bestaat de mogelijkheid van rechtskeuze ook achteraf niet – zie art. 6 en 8 Rome II-Verordening.

73. Verdrag betreffende de wet welke van toepassing is op de aansprakelijkheid wegens produkten, Den Haag 2 oktober 1973, *Trb.* 1974, 84.

74. Verdrag inzake de wet welke van toepassing is op verkeersongevallen op de weg, Den Haag 4 mei 1971, *Trb.* 1971, 118.

75. Voor inbreuk op IE-rechten is de plaats van de inbreuk relevant; zie art. 8.

76. Voor collectieve acties geldt dat niet de plaats waar de schade is ingetreden relevant is voor het toepasselijke recht, maar – naast de mogelijkheid van aanknopings aan de gemeenschappelijke verblijfplaats – de plaats waar de actie zal plaatsvinden of heeft plaatsgevonden. Meestal gaat die om de actie van de werknemersorganisatie. Dit betreft dus geen economische activiteit en valt buiten het kader van het hier besproken onderwerp. Zie A.A.H. van Hoek & F. Dorssemont, 'Collective action in labour conflicts under the Rome II regulation (part 1 and 2)', *European Labour Law Journal* 2011, jrg. 2, afl. 1, p. 48-74 en afl. 2, p. 101-118.

77. HvJ EG 30 november 1976, C-21/76, *Jur.* 1976, p. I-01735, NJ 1977, 494, m.nt. J.C. Schultsz (Kalimijnen).

daden van (dochter)ondernemingen. Voor milieudelicten is deze vraag recent in Nederland actueel geworden door de rechtspraak tegen Shell in verband met de olievervuiling in de Nigerdelta. Voor een analyse van die casus verwijs ik naar de noot van mijn hand in *Ars Aequi*. Hieronder zal ik in een aparte paragraaf nader ingaan op de meer algemene vraag van de (kwalificatie van de) aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen binnen en buiten faillissement. Op dit punt van het betoog verdient de verhouding tussen Rome II en de interne markt nog even de aandacht. Want het mag zo zijn dat de vestigingsplaats van de onderneming weinig invloed heeft op het toepasselijke recht ingevolge de Rome II-Verordening, diezelfde vestigingsplaats is wel relevant in het kader van het vrij verkeer van goederen en diensten.

2.3.4 Interne markt en conflictenrecht: het eDate-arrest⁷⁸

Een terrein waarop in de praktijk sprake is van shoppen in het recht betreft de vrijheid van meningsuiting, mede in haar verhouding tot de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Inbreuken op de privacy, belediging maar ook haat zaaien en holocaustontkenning zijn in de praktijk goed voor hooglopende internationale conflicten waarin twee fundamentele rechten tegenover elkaar worden gesteld. De grote verschillen tussen de verschillende landen op dit terrein, gecombineerd met procedurele bijzonderheden, bieden zowel de verspreider als de gelaedeerde volop mogelijkheden tot shoppen. Notoire voorbeelden zijn de gevallen waarin holocaustontkenners bewust hun materiaal verspreiden vanuit landen waar dit is toegestaan in de hoop daarmee de strengere Europese regelgeving te ontlopen.⁷⁹ Maar omgekeerd kunnen ook auteurs van controversiële werken worden geconfronteerd met forum- en lawshopping van de zijde van de putatief gelaedeerde, met als berucht voorbeeld de rechtszaak in Engeland tegen een Amerikaanse auteur inzake een boek waarin deze een aantal Saoedi-Arabisch personen van betrokkenheid bij terrorisme beschuldigde. Ook de *Yahoo*-zaak, waarin de directeur van het Amerikaanse bedrijf Yahoo in Frankrijk werd aangeklaagd wegens de verkoop van naziparafernalia op een internetmarktplaats, is in zekere zin een voorbeeld van forumshoppen door de gelaedeerden.⁸⁰ In Europa staat met name Engeland bekend als een wallhalla voor eisers in smaadprocedures.⁸¹

Binnen Europa wordt de mogelijkheid van forumshoppen voor het slachtoffer ondersteund door de Brussel I-Verordening die — kort gezegd — bevoegdheid verleent aan de rechter van elke plaats waar een internetpublicatie valt in te zien, mits daar ook schade wordt geleden en de claim betrekking heeft op de lokale schade. In het geval van uitingsdelicten heeft de keuze voor een bepaalde rechter niet alleen ge-

78. HvJ EU 25 oktober 2011, gevoegde zaken C-509/09 en C-161/10, n.n.g. (*eDate Advertising/X en O. Martinez, R. Martinez/MGN Ltd*).

79. Zie o.a. http://en.wikipedia.org/wiki/Gerald_Fredrick_Töben, en P. Stuivenberg, *De Boogeyman: de geschiedenis als complot*, Delft: Uitgeverij Elmar 2008, p. 281 geeft een overzicht van bekende 'revisio-nisten'.

80. Zie [http://en.wikipedia.org/wiki/Yahoo!_Inc._v._La_Ligue_Contre_Le_Racisme_et_l'Antisemitisme_\(LICRA\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Yahoo!_Inc._v._La_Ligue_Contre_Le_Racisme_et_l'Antisemitisme_(LICRA)).

81. Zie A.A.H. van Hoek, 'eDate advertising: de Europese oplossing voor het probleem van "libel tourism"?' AA 2012, afl. 9, nr. 653, p. 653-664. In het Commissievoorstel voor de Rome II-Verordening wordt het Engelse recht nog als publisher friendly beschouwd, vanwege de 'double actionability rule': zie COM(2003)427, p. 19.

volgen voor het procesrecht, maar ook voor het toepasselijke recht. Rome II zondert namelijk in art. 1 een aantal niet-contractuele verbintenissen uit van haar werkingssfeer. Voor dit preadvies zijn met name van belang de niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit het recht inzake vennootschappen, verenigingen en rechtspersonen (zie hieronder) en niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit inbreuken op de persoonlijke levenssfeer en op persoonlijkheidsrechten waaronder smaad.⁸² Voor deze twee categorieën verbintenissen wordt dus teruggevallen op het commune IPR, dat per land kan verschillen. Voor Nederland zijn de toepasselijke regels in dat geval opgenomen in Boek 10 BW. Art. 10:159 BW bepaalt vervolgens dat ‘op verbintenissen die buiten de werkingssfeer van de verordening “Rome II” en de terzake geldende verdragen vallen en die als onrechtmatige daad kunnen worden aangemerkt, (...) de bepalingen van de verordening Rome II van overeenkomstige toepassing [zijn] (...)’.

Voor privacyschendingen en belediging wordt algemeen aangenomen dat deze behoren tot de verwijzingscategorie ‘onrechtmatige daad’.⁸³ Ze zijn slechts uitgezonderd van de werkingssfeer van Rome II omdat het niet gelukt is om in het Europese wetgevingsproces overeenstemming te bereiken over de verwijzingsregel die zou moeten gelden voor deze specifieke soort onrechtmatige daden.⁸⁴ Dit heeft te maken met het feit dat het belang van degene die een (al dan niet commerciële) uiting doet tegengesteld is aan degene die beschermd wil worden in zijn privacy-rechten en/of goede naam. Deze tegengestelde belangen zijn bovendien beide terug te voeren op een fundamenteel recht te weten de uitingsvrijheid (art. 10 EVRM/art. 7 Gw) aan de ene kant en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 8 EVRM/art. 10 Gw) aan de andere. Van deze controverse is in Boek 10 BW niets terug te vinden. Op grond van art. 10:159 BW dient ook met betrekking tot dit type geschillen te worden aangesloten bij de hoofdregel van Rome II, te weten het recht van het land waar de schade is ingetreden (behoudens gemeenschappelijke verblijfplaats, nauwere band of rechtskeuze). Een onderneming die een uiting op internet plaats kan dus naar Nederlands IPR aansprakelijk worden gehouden naar het recht van het land waar degene die zich voelt aangetast in goede naam of privé-sfeer schade ondervindt van de internetpublicatie.

Op grond van deze conflictregel wordt een internetuitgever geconfronteerd met een veelheid van mogelijk op de inhoud van zijn publicatie toepasselijke rechtsregimes. Immers: het toepasselijke recht op de uitingen is primair afhankelijk van de plaats waar het slachtoffer schade lijdt. Heeft het slachtoffer in meerdere landen een reputatie (te verliezen), dan dient de claim zelfs voor elk land waarin schade is opgetreden apart te worden beoordeeld – dit wordt wel aangeduid met het

82. Zie hierover A.A.H. van Hoek, ‘De onrechtmatige daad in Boek 10 BW’, *MvV* 2010, afl. 7/8, nr. 20, p. 208-213.

83. De uitzondering voor het vennootschapsrecht is veeleer een kwalificatievraag. Hieronder, bij de bespreking van de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders, ga ik nader in op deze vraag, waarbij met name de onderlinge afbakening tussen het vennootschapsstatuut, de *lex concursus* en het onrechtmatige-daadsrecht een rol speelt.

84. Zie in dit kader ook de toelichting van de Europese Commissie over het behoud van de exequatur-procedure specifiek in smaadzaken in het Voorstel voor de herschikking Brussel I: COM(2010)738, p. 7.

mozaïekbeginsel.⁸⁵ Echter, dit voor de uitingvrijheid nadelige effect wordt binnen Europa weer (deels) ongedaan gemaakt door de Richtlijn elektronische handel.⁸⁶ Deze richtlijn heeft ten doel ‘bij te dragen aan de goede werking van de interne markt door het vrije verkeer van de diensten van de informatiemaatschappij tussen lidstaten te waarborgen’. Het begrip ‘diensten van de informatiemaatschappij’ is een ruim begrip dat onder andere ziet op de onlineverkoop van goederen en diensten, het beheren van elektronische nieuwssites en onlinereclame.⁸⁷ De richtlijn hanteert twee methoden om het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij te bevorderen namelijk harmonisatie en coördinatie. Bij harmonisatie wordt het recht van de lidstaten inhoudelijk nader tot elkaar gebracht. Dit vindt onder andere plaats op het punt van de aansprakelijkheid van tussenpersonen die niet zelf actief bij de inhoud van de dienst betrokken zijn, maar louter technische ondersteuning bieden. Vormen van ondersteuning die onder deze regeling vallen zijn *mere conduit* (art. 12), *caching* (art. 13) en *hosting* (art. 14).⁸⁸ Overige vragen met betrekking tot de aansprakelijkheid van de aanbieder van de diensten vallen onder de coördinerende rol van de richtlijn. Dat betekent dat de richtlijn geen invloed heeft op de inhoud van het nationale recht, maar wel regels stelt met betrekking tot de toepassing daarvan op de grensoverschrijdende dienstverlening. In de richtlijn wordt de regulering van de e-commerce activiteit in beginsel toevertrouwd aan de lidstaat van vestiging van de dienstverlener — dit staat in het Europese recht bekend als het herkomstlandbeginsel. De lidstaat waar zich de afnemers van de dienst bevinden (de lidstaat van ontvangst) moet de regulering van het land van herkomst respecteren en mag daar slechts in beperkte gevallen eigen regulering aan toevoegen.⁸⁹ Volgens het Hof van Justitie vormt het herkomstlandbeginsel geen conflictregel in de zin van het IPR, maar beperkt de richtlijn wel de toepassing van het door de nationale conflictregel aangewezen recht. Het door het IPR aangewezen toepasselijke recht mag namelijk binnen het geharmoniseerde gebied geen zwaardere verplichtingen op de dienstverrichter leggen dan het recht van het land van herkomst — behoudens de specifiek in de richtlijn voorziene uitzonderingen.

Wat betekent dit nu concreet voor Nederlandse dienstverrichters en/of gelaedeerden? Op grond van art. 10:159 BW zal een Nederlandse rechter op een grensoverschrijdende belediging het recht toepassen van het land waar de schade is ingetreden. Echter, als een ‘uitgever’ van de beledigende publicatie onder de richtlijn valt, kan

85. Zie COM(2003)427, p. 20. Anders: Hof 's-Hertogenbosch 23 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3348. Het gerechtshof sluit, m.i. ten onrechte, voor de nadere invulling van de plaats waar de schade intreedt aan bij het bevoegdheidsdeel van het arrest C-509/09 (*eDate*).
86. Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (Richtlijn inzake elektronische handel), *PbEG* 2000, L 178/1-16.
87. Preambule, overweging 18. Zie ook de memorie van toelichting bij de implementatiewetgeving in Nederland: *Kamerstukken II* 2001/02, 28197, 3, p. 11-12 en D.J. Drijber, ‘De Richtlijn elektronische handel op de snijtafel’, *SEW* 2001, afl. 4, p. 124.
88. Zie voor een nadere uitleg van de werkingssfeer van deze vrijstellingen (en dan met name art. 14) de arresten HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, *Jur.* 2011, p. I-06011 (*L’Oreal/Parfums*), en HvJ EU 23 maart 2010, gevoegde zaken C-236/08 tot 238/08, *Jur.* 2010, p. I-02417 (*Google France SARL et al.*).
89. Nadere beperkingen zijn o.a. mogelijk als deze noodzakelijk zijn ter bescherming van ‘de openbare orde, in het bijzonder de preventie van, het onderzoek naar, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten, waaronder de bescherming van minderjarigen en de bestrijding van het aanzetten tot haat wegens ras, geslacht, godsdienst of nationaliteit en van schendingen van de menselijke waardigheid ten aanzien van individuen’ — zie art. 3 lid 4.

dit recht hem geen zwaardere aansprakelijkheid opleggen dan het recht van zijn land van vestiging – behoudens de in de richtlijn opgenomen uitzonderingen. Door de keuze van een land van vestiging kan de uitgever zich dus in hoge mate beschermen tegen ‘strengere’ wetgeving op het terrein van belediging en inbreuken op de privacy. Dit opent de mogelijkheid van shoppen door exit. Maar daarvoor is niet voldoende dat een onderneming haar statutaire zetel verplaatst naar een ander land. Art. 2 van de richtlijn definieert een in een lidstaat gevestigde dienstverlener als ‘een dienstverlener die vanuit een duurzame vestiging voor onbepaalde tijd daadwerkelijk een economische activiteit uitoefent. De aanwezigheid en het gebruik van technische middelen en technologieën die nodig zijn voor het leveren van de dienst, vormen als zodanig geen vestiging van de dienstverlener’. Dit betekent onder andere dat de plaats waar informatie vanaf een server op internet wordt geplaatst (uploading) niet relevant is.⁹⁰ Maar ook het land van incorporatie van de rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de publicatie is niet bepalend. Het gaat – ook hier – dus om de daadwerkelijke economische activiteit van de aanbieder, en niet louter om een formeel of technisch gegeven. Als een natuurlijke persoon geen bekende woon- of verblijfplaats heeft binnen de EU, is de richtlijn niet van toepassing.⁹¹

2.3.5 Tussenconclusie

Samenvattend kan worden geconcludeerd dat de zetel van een rechtspersoon slechts relevant is voor het bevoegdheidsrecht. Op grond van de Brussel I-Verordening is de rechter van de staat waar zich de zetel bevindt, bevoegd in alle geschillen waarin de rechtspersoon als gedaagde is betrokken. Echter, voor de meeste geschillen vormt deze zetel slechts een van de mogelijke bevoegdheidsgronden. Tegen EU-rechtspersonen kan namelijk ook worden geprocedeerd in het land waar zich het hoofdbestuur of de hoofdvestiging bevindt. Slechts ten aanzien van een beperkt aantal onderwerpen van vennootschapsrecht kent de verordening exclusieve bevoegdheid toe aan het land waar zich de zetel bevindt volgens het op die rechtspersoon toepasselijke recht. Voor het toepasselijke recht op overeenkomsten en niet-contractuele verbintenissen is de zetel van de rechtspersoon irrelevant. De Rome I- en Rome II-Verordeningen maken gebruik van het begrip ‘gewone verblijfplaats’ waarbij voor rechtspersonen wordt verwezen naar de locatie van het hoofdbestuur resp. de hoofdvestiging. Maar ook dat aanknopingspunt is, met name voor Rome II, slechts van beperkt belang. In beide gevallen wordt overigens de vestigingsplaats van een filiaal doorslaggevend geacht voor alle rechtsverhoudingen die specifiek betrekking hebben op dat filiaal. Ook voor een beroep op het vrij verkeer van diensten is niet de zetel van de rechtspersoon maar de vestiging van de onderneming relevant. Voor zover deze instrumenten shoppen mogelijk maken, moet er dus sprake zijn van een daadwerkelijk *exit* van de economische activiteit.

90. Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28197, 3, p. 13 (MvT); Drijber 2001, p. 126; A.R. Lodder, ‘De digitale wetgever aan de slag. Richtlijn inzake elektronische handel (2000/31/EG) aangenomen’, *Computerrecht* 2000, p. 229.

91. Zie voor de formele werkingssfeer van de richtlijn ingeval de uitgever geen bekende woon- of verblijfplaats in de EU heeft: C-292/10 (*G./De Visser*). Zie ook *Kamerstukken II* 2001/02, 28197, 3, p. 13 (MvT); Drijber 2001, p. 126; Lodder 2000, p. 229.

2.4 De randen van het vennootschapsstatuut

2.4.1 Internationaal faillissementsrecht en de problematiek van de COMI-migratie

In Europa wordt het IPR met betrekking tot faillissementen gereguleerd in de Insolventieverordening (Verordening (EG) 1346/2000). De huidige verordening is van toepassing op collectieve procedures wegens insolventie die leiden tot beschikkings-onbevoegdheid van de schuldenaar en aanstelling van een curator.⁹² De verordening regelt allereerst welke rechter bevoegd is om een insolventieprocedure te openen. De verordening voorziet in een hoofdprocedure in het land waar zich het centrum van de voornaamste belangen van de schuldeiser bevinden.⁹³ Dit centrum wordt in de literatuur aangeduid met de Engelse term ‘*centre of main interests*’ oftewel COMI. Eventueel kan tevens een procedure worden geopend in een lidstaat waar zich een vestiging van de failliet bevindt. Maar ten opzichte van een procedure in het land van het COMI is dit een secundaire procedure die slechts effect heeft ten aanzien van in de betreffende lidstaat gelegen activa.⁹⁴

De door de verordening bevoegd verklaarde rechters passen op de insolventieprocedure hun eigen recht toe — dit wordt wel aangeduid als het *lex-fori-in-foro-proprio*-principe.⁹⁵ Het land waar zich het COMI bevindt is dus van doorslaggevend belang voor de gevolgen en de afwikkeling van het faillissement. Het faillissementsrecht zelf is namelijk in Europa niet geharmoniseerd. Belangrijke punten waarop het recht van de lidstaten uiteenloopt, zijn de aansprakelijkheid van de bestuurders in geval van faillissement, de rangorde tussen schuldeisers en dan met name de positie van aandeelhouders die tevens schuldeisers zijn en de mogelijkheid van doorstart via een pre-pack-arrangement dan wel een reorganisatie van de schulden.⁹⁶ De gevolgen van een in een van de lidstaten uitgesproken faillissement, inclusief de bevoegdheden van de curator, dienen in de andere EU-lidstaten (met uitzondering van Denemarken) te worden erkend. Ook dat wordt in de verordening geregeld.⁹⁷ Door deze combinatie van afwezigheid van materieelrechtelijke harmonisatie met gegarandeerde erkenning van beslissingen uit andere lidstaten werkt de verordening forumshoppen in de hand. De preambule vermeldt echter nadrukkelijk dat het tegengaan van forumshoppen een van de doelstellingen is van de verordening.⁹⁸ Deze paradox wordt in belangrijke mate veroorzaakt door de mogelijkheid van wat in de literatuur wordt aangeduid als COMI-migratie.⁹⁹

92. Zie art. 1.

93. Art. 3.

94. Art. 2 onder g specificeert wanneer een actief zich in een bepaalde lidstaat bevindt. Voor vorderingen is hiervoor bepalend het COMI van de schuldenaar van de betreffende vordering.

95. Art. 4 (algemeen) en art. 28 (specifiek voor secundaire procedures). De verordening kent overigens verschillende uitzonderingen op dit beginsel, o.a. ten aanzien van arbeidsovereenkomsten (art. 10) en rechten en verplichtingen van deelnemers aan betalingssystemen en financiële markten (art. 9).

96. R.J. de Weijts & M. Breeman, ‘Use or Abuse of European Insolvency Law?’, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2013-07, p. 6 e.v. en 13.

97. Zie art. 16 e.v.

98. Overweging 4; Zie ook De Weijts & Breeman 2013, p. 4; J. Israël, ‘Shopping voor een schone lei’, NTBR 2012, afl. 4, nr. 19, par. 3.2.3.

99. De Weijts & Breeman 2013, p. 2-29. De verordening bevat verder in art. 5 een specifieke regeling ten aanzien van de zakelijke rechten van derden op elders gelegen goederen die ook tot een vorm van shopping kan leiden: verplaatsing van specifieke vermogensbestanddelen heeft onder die rege-

Zoals gezegd is de belangrijkste vorm van forumshoppen onder de verordening het verplaatsen van het COMI. Dit begrip, dat specifiek is voor de Insolventieverordening wordt nader ingevuld in art. 3 lid 1 van de verordening. Daarin wordt bepaald dat het centrum van de voornaamste belangen van een rechtspersoon wordt vermoed te zijn gelegen in de plaats waar zich de statutaire zetel bevindt. Hier is dus in eerste instantie een directe link aangebracht tussen zetel en toepasselijk insolventierecht. In de rechtspraak zijn hierop echter nadere nuances aangebracht – met name ten aanzien van de vraag hoe en wanneer dat vermoeden kan worden weerlegd.¹⁰⁰ De standaardarresten met betrekking tot het COMI-begrip zijn de arresten *Eurofood*¹⁰¹ en *Interedil*.¹⁰² Beide uitspraken betroffen het faillissement van een vennootschap die banden had met Italië. In het geval *Eurofood* was sprake van een Ierse vennootschap binnen het Italiaanse Parmalatconcern waarover zowel de Ierse als de Italiaanse rechter bevoegdheid claimde.¹⁰³ In de zaak *Interedil* was sprake van een vennootschap die zijn zetel had verplaatst van Italië naar Engeland. In beide gevallen laat het Hof van Justitie zich uit over het begrip ‘COMI’. De kern van het COMI-begrip wordt volgens het Hof verwoord in overweging 13 van de preambule. Daarin wordt bepaald dat ‘het “centrum van de voornaamste belangen” (...) overeen [dient] te komen met de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert en die daardoor als zodanig voor derden herkenbaar is’. Deze verifieerbaarheid voor derden is van groot belang voor de rechtszekerheid en de voorspelbaarheid van het op het faillissement toepasselijke recht. De statutaire zetel wordt in eerste instantie geacht het beste aan deze belangen tegemoet te komen. Afwijken van de aanknoping aan de statutaire zetel is dan ook slechts beperkt toegestaan namelijk als de werkelijke situatie aantoonbaar verschilt van die welke de aanknoping bij de statutaire zetel wordt geacht te weerspiegelen. Het Hof verwijst daarbij expliciet naar de situatie van brievenbusmaatschappijen die geen enkele activiteit uitoefenen op het grondgebied van de lidstaat waar haar maatschappelijke zetel is gevestigd. Het feit dat een andere vennootschap de zeggenschap uitoefent over de activiteiten van de insolvente vennootschap is daarentegen geen afdoende reden om het COMI in een ander land te situeren.¹⁰⁴ Ook het feit dat een rechtspersoon in een andere lidstaat economisch actief is en activa aanhoudt (zoals onroerende zaken) volstaat hiervoor niet.¹⁰⁵ In het arrest *Interedil* beslist het Hof dat ‘(...) het centrum van de voornaamste belangen van een schuldplichtige vennootschap moet worden vastgesteld door voorrang te geven

ling namelijk direct effect op de positie van bepaalde bevoorrechte schuldeisers. Zie L. Carballo Piñero, ‘Towards the reform of the European Insolvency Regulation: codification rather than modification’, *NIPR* 2014, afl. 2, p. 207-215, p. 212. Ten slotte kan de mogelijkheid om een secundair faillissement te openen in de lidstaat waar zich een vestiging bevindt, leiden tot een vorm van forumshoppen. Deze laatste vorm van shoppen staat open voor zowel de aanvrager als voor curator en schuldeisers. Zie hierover COM(2012)744 def., p. 3.

100. M.L. Lennarts, ‘The review of the EU Insolvency Regulation – Time to recognize the ties that bind company law and insolvency law?’, *NACIIL Reports* 2011, Amsterdam: Ius 2012, p. 49-63 met verwijzingen.

101. HvJ EG 2 mei 2006, C-341/04, *Jur.* 2006, p. I-03813 (*Eurofood IFSC*).

102. HvJ EU 20 oktober 2011, C-396/09, *Jur.* 2011, p. I-09915 (*Interedil*).

103. De ondergang van het Parmalatconcern in 2003 was een van de grootste financiële schandalen van deze tijd. De Italiaanse premier Berlusconi heeft met speciale maatregelen ingegrepen in de procedures, ook tegen buitenlandse concernonderdelen. De affaire heeft geleid rechtszaken die nog tot dit jaar doorliepen: zie www.telegraaf.nl/buitenland/22362519/_17_jaar_cel_Parmalat_man_.html.

104. C-341/04 (*Eurofood*), r.o. 32-36.

105. C-396/09 (*Interedil*), r.o. 50 en dictum.

aan de plaats van het hoofdbestuur van deze vennootschap zoals die aan de hand van objectieve en voor derden verifieerbare gegevens kan worden bepaald. Indien de bestuurs- en toezichtorganen van een vennootschap zich op de plaats van haar statutaire zetel bevinden en de bestuursbesluiten van deze vennootschap op voor derden verifieerbare wijze op die plaats worden genomen, kan het vermoeden van die bepaling niet worden weerlegd.' Daarmee wordt aan de COMI-aanknopning dus een meer feitelijke invulling gegeven. Terwijl de (Nederlandse) tekst van de verordening het COMI koppelt aan de statutaire zetel, lijkt het Hof veeleer uit te gaan van de plaats van vestiging van het hoofdbestuur. Waar zich economisch gezien de hoofdvestiging bevindt is echter volgens het Hof minder relevant en in het algemeen van onvoldoende gewicht om de aanknopng te doen verschuiven.

Forumshoppen in het faillissementsrecht was al langere tijd een bekend fenomeen in de VS. Inmiddels is gebleken dat ook binnen Europa daadwerkelijk van forumshoppen sprake is.¹⁰⁶ De meer feitelijke omschrijving van het COMI-begrip heeft hieraan geen einde gemaakt. COMI-migratie speelt met name een rol bij complexere ondernemingsstructuren. In een concern zijn er vaak naast werkbedrijven ook holdings aanwezig: rechtspersonen waarin geen sprake is van primaire bedrijfsvoering, maar veeleer van financieel management en zeggenschap. Een dergelijk bedrijfsonderdeel is veel makkelijker te verplaatsen dan een fabriek of kantoor waar medewerkers daadwerkelijk producten maken en/of klanten bedienen.¹⁰⁷ Daarnaast geeft de Europese Commissie aan dat ook het forumshoppen van natuurlijke personen als probleem wordt gezien.¹⁰⁸ Maar ook in deze beperkte omvang lijkt de *regulatory arbitrage* die plaatsvindt, te leiden tot een zekere mate van *regulatory competition*: Duitsland heeft mede onder druk van de mogelijkheid van COMI-verplaatsing op een aantal punten zijn faillissementswet aangepast.¹⁰⁹

Of COMI-migratie een probleem is, is een kwestie van waardering. De Weijs en Breeman analyseren in een CSECL working paper de diverse redenen voor COMI-migratie vanuit een rechtseconomisch perspectief. Een COMI-migratie die erkende problemen van insolventierecht (zoals hold-out gedrag van bepaalde schuldeisers) oplost of helpt voorkomen, is dan toe te juichen. Ontduiking van de rangorderegels ten gunste van bepaalde aandeelhouders daarentegen is binnen die analyse een ongeoorloofd doel van COMI-migratie. Eidenmüller toetst met name aan de doelstellingen van de verordening zelf.¹¹⁰ Ingevolge de preambule streeft de verordening naar efficiënte en effectieve afhandeling van faillissementen met maximale opbrengst voor schuldeisers. Deze belangen kunnen soms beter worden behartigd door het COMI te verplaatsen. Echter, het tegengaan van forumshoppen staat ook in het teken van de rechtszekerheid: crediteuren hebben baat bij een zekere mate van voorspelbaarheid ten aanzien van de gevolgen van een eventueel faillissement voor hun positie en de betaling van hun vorderingen. Latere wijzigingen in het COMI kunnen deze verwachtingen doorkruisen. De gemeenschappelijke factor bij

106. COM(2012)744 def., p. 5; SWD(2012)416 final, p. 20-21. Voor Amerika zie: Lombardo & Pasotti 2009, p. 49. Voor Europa, zie De Weijs & Breeman 2013, p. 13 en 27 e.v.

107. De Weijs & Breeman 2013, p. 5 en 7-8.

108. SWD(2012)416, p. 20.

109. De Weijs & Breeman 2013, p. 27.

110. H. Eidenmüller, 'Abuse of Law in the context of European Insolvency Law', *ECFR* 2009, jrg. 6, afl. 1, p. 5.

deze auteurs is dat herverdeling van de opbrengst tussen verschillende schuldeisers niet als een legitiem doel wordt gezien, maar verbetering van de totaalopbrengst wel. Andere auteurs hanteren vergelijkbare criteria.¹¹¹ In de impactassessment bij het voorstel voor herziening van de Insolventieverordening lijkt de Europese Commissie zelf de grens tussen gebruik en misbruik met name te leggen bij het verschil tussen reële verplaatsing van activiteiten en het opzetten van constructies met als enig doel het wijzigen van het faillissementsforum.¹¹² Forumshopping wordt echter in het voorstel tot herziening gekenmerkt door het feit dat partijen ‘ter verbetering van hun rechtspositie geschillen of goederen van de ene lidstaat naar de andere over (...) brengen *ten nadele van de gezamenlijke schuldeisers*’ (cursivering; AH). In deze omschrijving vormt dus de eis van benadeling van de gezamenlijke schuldeiser een element van de definitie van forumshopping.

In het Commissievoorstel worden de problemen met betrekking tot de bepaling van het COMI en de mogelijkheid die de verordening biedt tot forumshoppen nadrukkelijk genoemd als redenen voor de herziening.¹¹³ Het voorstel handhaaft echter de aanknoping aan het COMI omdat dit concept – in de woorden van de Europese Commissie – ‘waarborgt dat de zaak binnen een rechtsgebied wordt behandeld waarmee de schuldenaar werkelijk een band heeft, in plaats van binnen een jurisdictie die de oprichters hebben gekozen’.¹¹⁴ Wel wordt de rechtspraak in de bovengenoemde zaken in de tekst van de verordening geïntegreerd. Hiermee wordt volgens de Commissie forumshopping door middel van oneigenlijke en fictieve relocatie van het COMI afdoende teruggedrongen.¹¹⁵ Ook in de vervolgstukken van het Europese Parlement en de Raad wordt de aanknoping aan het COMI in beginsel gehandhaafd.

Naast het meer feitelijk invullen van de aanknopingsfactor kan ook het fixeren daarvan in de tijd een manier zijn om forumshopping aan banden te leggen.¹¹⁶ Zo heeft het Europees Parlement in zijn reactie op het Commissievoorstel een amendement ingediend op grond waarin een ‘suspecte periode’ wordt geïntroduceerd: de verplaatsing van het COMI binnen drie maanden voor het faillissement zou buiten beschouwing moeten worden gelaten bij het vaststellen van de bevoegdheid. De Europese Commissie heeft echter aangegeven dit amendement niet aanvaardbaar te vinden nu het geen serieuze drempel opwerpt voor forumshoppen maar onder omstandigheden tijdsge herstructurering wel degelijk kan frustreren.¹¹⁷ In het

111. Vgl. W-G Ringe, ‘Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation’, *European Business Organization Law Review* 2008, jrg. 9, afl. 4, p. 579-620, p. 600 e.v.

112. SWD(2012)416 final, p. 21.

113. COM(2012)744 def., p. 3.

114. COM(2012)744 def., p. 7.

115. Een aantal auteurs had juist gepleit voor striktere aanknoping aan de statutaire zetel, omdat dit meer rechtszekerheid zou bieden. Ook die suggestie is echter niet overgenomen.

116. De betere afstemming tussen primaire en secundaire procedure en de introductie van speciale regels voor insolventie van internationale concerns zoals door de herziening beoogd, vormen ook een reactie op specifieke vormen van forumshopping.

117. Réaction de la Commission sur le texte adopté en plénière SP(2014)446 20/05/2014. In de conceptverordening die in juni aan de Raad is voorgelegd, is wel een ‘suspecte’ periode van 6 maanden opgenomen ten aanzien van natuurlijke personen die niet bedrijfs- of beroepsmatig handelen. Zie <http://conflictoflaws.net/News/2014/06/Council-insolvency.pdf>. Het voorstel staat op de agenda van de vergadering van de Justice and Home Affairs Counsellors van 28 oktober 2014.

standpunt van de Raad van 3 juni 2014 is echter wel degelijk een termijn opgenomen, maar dan in de definitie van het begrip ‘establishment’: dit verwijst naar de plaats waar de schuldenaar economische activiteiten uitoefent, dan wel uitoefende in de drie maanden voorafgaande aan de opening van het faillissement. In een voetnoot bij deze bepaling wordt verwezen naar de mogelijkheid dat daarmee in het geval van COMI migratie onder omstandigheden een secundaire procedure mogelijk zou zijn in het land waar zich voorheen het COMI bevond.¹¹⁸ Het tijdstip van bepalen van het COMI zelf is en blijft echter waarschijnlijk de opening van het faillissement¹¹⁹ – een begrip dat overigens ook nog voor discussie vatbaar is.

De Insolventieverordening laat dus ruimte voor forumshopping door het verplaatsen van het COMI. En in de praktijk blijkt dat van deze mogelijkheid ook daadwerkelijk gebruik wordt gemaakt.¹²⁰ De verschillen tussen de nationale systemen van insolventierecht spelen daarbij een bepalende rol (*regulatory arbitrage*). Een enkele lidstaat heeft inmiddels gereageerd op deze forumshopping met aanpassingen in het nationale recht zodat ook van *regulatory competition* kan worden gesproken.

Het Hof van Justitie heeft op de mogelijkheid van forumshopping gereageerd door – in aansluiting op de preambule – een meer feitelijke invulling te geven van het COMI-begrip.¹²¹ Deze invulling zal naar alle waarschijnlijk ook zijn weg vinden naar de tekst van de herziene verordening. De aanknopingsfactor heeft hierdoor aan helderheid ingeboet,¹²² maar aan realiteit gewonnen. De mogelijkheid om forumshoppen aan banden te leggen middels een tijds criterium is door het Hof echter niet opgepakt en wordt door de Commissie – voor zover het gaat om rechtspersonen – nadrukkelijk verworpen. Het is nog afwachten hoe de uiteindelijke herziening er op dit punt uit gaat zien. Daarnaast is inmiddels een onderzoek opgestart naar de mogelijkheid om het faillissementsrecht van de lidstaten (inhoudelijk) te harmoniseren.¹²³ Een volledige harmonisatie zou overigens het einde betekenen van de mogelijkheid van *regulatory arbitrage* en *competition*.

118. Zie <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10284-2014-ADD-1/en/pdf> Art. 2 Definitions onder g). Het Raadsvoorstel ten aanzien van de preambule vermeldt vervolgens dat bij uiteenvallen van het COMI en de vestigingsplaats van de statutaire zetel er ter plaatse van de zetel ook een (secundaire) procedure moet kunnen worden geopend als in dat land economische activiteiten plaatsvinden, een en ander uit te leggen in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie EU. Zie <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13276-2014-COR-1/en/pdf>.

119. Zie HvJ EG 17 januari 2006, C-1/04, *Jur.* 2006, p. I-00701 (*Staubitz/Schreiber*) en C-396/09 (*Interedil*), dictum.

120. COM(2012)744 def., art. 1 lid 3: overweging 4 wordt vervangen door: ‘(4) De goede werking van de interne markt moet verhinderen dat er prikkels voor partijen bestaan om ter verbetering van hun rechtspositie geschillen of goederen van de ene lidstaat naar de andere over te brengen ten nadele van de gezamenlijke schuldeisers (“forum shopping”).’ De verordening biedt overigens nog andere mogelijkheden tot forumshopping – bijvoorbeeld via het openen van secundaire procedures en het verplaatsen van vermogensbestanddelen. Dat laatste wordt in de preambule van de herziening ook nadrukkelijk vermeld.

121. Zie voor het COMI-begrip als een tegenaanval op forumshopping op basis van de vrijheid van vestiging zoals opengesteld door het HvJ EG in C-212/97 (*Centros*) en de daaropvolgende uitspraken: Ringe 2008, p. 611.

122. Zie o.a. Carballo Piñeiro 2014, p. 208, Lennarts 2010, p. 212.

123. Zie ook Fletcher & Wessels 2012.

2.4.2 Aansprakelijkheid van bestuurders

Zoals hierboven reeds werd toegelicht, is er een nauw verband tussen de bepaalde regels van vennootschapsrecht — zoals het minimumkapitaal — en de regels inzake de aansprakelijkheid van bestuurders en andere betrokkenen jegens de vennootschap zelf, de aandeelhouders en/of haar schuldeisers. Het is dus interessant om te bezien in hoeverre het aansprakelijkheidsregime ‘meeverhuist’ bij verplaatsing van de zetel van de rechtspersoon. Een belangrijke vraag daarbij is in hoeverre de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders kan worden beschouwd als onderdeel van het vennootschapsrecht voor het bepalen van bevoegdheid en toepasselijk recht. Met andere woorden: hoe kwalificeert het IPR deze aansprakelijkheden? En dan valt allereerst op dat er een verschil is tussen het bevoegdheidsrecht en het conflictenrecht.

2.4.2.1 Bevoegdheid

De Brussel I-Verordening kent een eigen bevoegdheidsregel voor het rechtspersonen- en vennootschapsrecht. Deze regel, die voorziet in exclusieve bevoegdheid van de rechter van het land waar zich de zetel van de vennootschap bevindt, heeft een beperkt bereik. Hij is uitsluitend van toepassing op geschillen met betrekking tot de geldigheid, nietigheid of ontbinding van vennootschappen en rechtspersonen zelf dan wel van de besluiten van de organen daarvan. De aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders voor wanbestuur en/of gebrekkig toezicht valt daar niet onder. Dergelijke claims moeten worden gebracht onder de gewone bevoegdheidsregels. Tenminste: voor zover ze binnen de werkingssfeer van Brussel I vallen.¹²⁴ Een eerste stap is namelijk om de werkingssfeer van de Brussel I-Verordening af te baken van die van de Insolventieverordening.

De werkingssferen van de twee bovengenoemde verordeningen zijn in de rechtspraak op elkaar afgestemd om zowel overlap als lacunes tussen de twee systemen te voorkomen. Volgens vaste rechtspraak is de Brussel I-Verordening niet en de Insolventieverordening wel van toepassing op alle vorderingen die rechtstreeks uit het faillissement voortvloeien en daarmee nauw samenhangen.¹²⁵ Een bekend voorbeeld van een dergelijke, nauw met het faillissement samenhangende vordering is de vordering waarin de curator ten bate van de boedel de nietigheid inroept van bepaalde vóór het faillissement verrichte rechtshandelingen (de faillissementspauliana). Een dergelijke vordering wordt beheerst door de Insolventieverordening en valt daarmee buiten het bereik van de Brussel I-Verordening. Ook de aansprakelijkheid van bestuurders ex art. 2:138 BW valt naar het zich laat aanzien buiten Brussel I en onder de Insolventieverordening.¹²⁶ In art. 2:138 BW is opgenomen dat in geval van faillissement van een N.V. iedere bestuurder in geval van onbe-

124. De Brussel I-Verordening is niet van toepassing op ‘het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures’. Zie art. 1 lid 2 onder b Brussel I-Verordening en de herschikking.

125. Zie o.a. HvJ EG 12 februari 2009, C-339/07, *Jur.* 2009, p. I-767 (*Seagon/Deko Marty Belgium*), r.o. 19; HvJ EG 2 juli 2009, C-111/08, *Jur.* 2009, p. I-5655 (*SCT Industri AB i likvidation/Alpenblume AB.*), r.o. 21 en 28 en HvJ EU 19 april 2012, C-213/10, n.n.g. (*F-Tex*), r.o. 29.

126. HvJ EG 22 februari 1979, C-133/78, *Jur.* 1979, p. I-733 (*Gourdain/Nadler*) — deze uitspraak dateert van voor de vaststelling van de Insolventieverordening en ziet uitsluitend op de werkingssfeer van het EEX; zie ook P. Vlas, *Rechtspersonen* (Praktijkreeks IPR, nr. 9), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2009; Lennarts 2010, p. 107.

hoorlijk bestuur hoofdelijk aansprakelijk is jegens de boedel voor niet door de overige baten gedekte schulden.¹²⁷ Deze vordering wordt ingesteld door de curator en bestaat naast de mogelijkheid om de bestuurder aansprakelijk te stellen op andere gronden.¹²⁸

In een uitspraak van 19 april 2012 heeft het Hof van Justitie de toepasselijkheid van de Insolventieverordening op de faillissementspauliana overigens beperkt tot het recht zoals dat door de curator wordt uitgeoefend ten bate van de boedel. Zodra dit recht gecedeerd is aan een derde, die het ten eigen bate en geheel vrijelijk al dan niet kan uitoefenen, is de band met de insolventieprocedure naar de mening van het Hof doorbroken en valt de vordering onder de Brussel I-Verordening.¹²⁹

Een dergelijke beperking lijkt ook te gelden ten aanzien van de regels inzake de aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders. Dit blijkt uit de uitspraak in de zaak *ÖFAB* van juli 2013.¹³⁰ In die zaak zochten onbetaald gebleven schuldeisers verhaal op de bestuurder en aandeelhouder van een gefailleerde vennootschap. Deze claim hing op meerdere manieren samen met het faillissement: uit de feitenbeschrijving leid ik af dat de aansprakelijkheid van de bestuurder en aandeelhouder naar Zweeds recht pas ontstond bij faillissement. Daarnaast bestond de schade van de schuldeisers uit het deel van hun vordering waarop in het faillissement geen uitkering had plaatsgevonden. De schuldeisers oefenden echter een eigen recht uit ten eigen bate.¹³¹ Daarmee vielen ze volgens het Hof van Justitie buiten de werkingssfeer van de Insolventieverordening en binnen Brussel I. In het recente arrest *Nickel & Goeldner* verwoordde het Hof het als volgt: '(...) het doorslaggevende criterium (...) is (...) niet de procedurele context van die vordering, maar de rechtsgrondslag 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.'¹³² Dit criterium lijkt overigens met name van belang in procedures waarbij de curator is betrokken – hetzij als eiser hetzij als gedaagde.¹³³

In de herziene Insolventieverordening wordt de noodzaak tot een goede aansluiting tussen de twee verordeningen beklemtoond met een aparte overweging in de preambule.¹³⁴ Daarnaast bevat het Commissievoorstel een bijzondere regeling voor de samenloop van acties van de curator die voortvloeien uit het faillissement en acties die zijn gebaseerd op het gewone privaatrecht. Het nieuwe art. 3bis maakt het namelijk mogelijk om beide vorderingen voor te leggen aan de rechter van de woonplaats van de verweerder of bij meerdere verweerders, de woonplaats van een hunner, mits deze rechter bevoegdheid heeft op grond van de Brussel I-Verordening

127. Art. 2:149 BW verklaart deze regeling van overeenkomstige toepassing op commissarissen.

128. Art. 2:138 lid 8 BW. De bepaling verwijst daarbij expliciet naar art. 2:9 BW en de overeenkomst tussen rechtspersoon en bestuurder.

129. C-213/10 (*F-Tex*), ECLI:EU:C:2012:215, r.o. 41 en 42.

130. HvJ EU 18 juli 2013, C-147/12, n.n.g. (*ÖFAB*).

131. Vgl. art. 2:139 BW: aansprakelijkheid jegens derden voor een misleidende voorstelling van zaken in de jaarrekening.

132. HvJ EU 4 september 2014, C-157/13, n.n.g. (*Nickel & Goeldner Spedition GmbH/Kintra' UAB*) gewezen zonder conclusie.

133. Zie voor dat laatste: C-213/10 (*F-Tex*). Overigens valt hier een gelijkenis te treffen met de invulling van het begrip 'civiele en handelszaak' in art. 1 Brussel I-Verordening. Ook daar is de grondslag van de vordering van belang, maar dan alleen als een staat partij is bij het geding.

134. Zie COM(2012)744 def., art. 1 onder 5: aanpassing van overweging 7 van de preambule.

en mits de vorderingen voldoende nauw met elkaar samenhangen.¹³⁵ Blijkens de toelichting is deze bepaling specifiek opgesteld voor procedures in het kader van de aansprakelijkheidsstelling van bestuurders — voor zover deze worden aangespannen door de curator. De grondslag voor een dergelijke aansprakelijkheid kan zijn gelegen in zowel het insolventierecht als in het rechtspersonen- en/of onrechtmatige-daadsrecht.¹³⁶ Specifiek voor deze vorderingen is de bevoegdheid ter plaatse van het COMI dus niet meer exclusief maar kan naast de bevoegdheid op basis van de Insolventieverordening ook gebruik worden gemaakt van de bevoegdheidsgrondslag van art. 2 Brussel I-Verordening (art. 4 herschikking).

De vorderingen van de onbetaald gebleven schuldeisers van een gefailleerde onderneming tegen de bestuurders en/of aandeelhouders wegens onvoldoende toezicht en onderkapitalisatie vallen niet onder de Insolventieverordening — ook niet na de herziening daarvan. Deze vorderingen zijn volgens het Hof van Justitie te kwalificeren als niet-contractuele verbintenissen in de zin van art. 5 lid 3 Brussel I-Verordening (art. 7 lid 2 herschikking). De betreffende onrechtmatige daad kan worden gelokaliseerd in de plaats ‘waarmee de door die vennootschap verrichte werkzaamheden en de financiële situatie met betrekking tot die werkzaamheden verband houden’.¹³⁷ Het Hof benadrukt in het *ÖFAB*-arrest dat het in het onderhavige geval ging om het lokaliseren van de (putatief geschonden) toezichtverplichting van bestuurders en aandeelhouders. Deze verplichting is nauw verbonden met de plaats waar de informatie met betrekking tot de onderneming en haar activiteiten beschikbaar is.¹³⁸ Deze plaats valt niet noodzakelijk samen met de statutaire zetel van de vennootschap; het door het Hof geformuleerde criterium lijkt eerder te verwijzen naar de vestigingsplaats van het hoofdbestuur, aangevuld met elementen met betrekking tot de economische activiteiten van de onderneming.¹³⁹

Voor zover een aansprakelijkheidsstelling dus voortvloeit uit het faillissement en daarmee nauw samenhangt, wordt de bevoegdheid bepaald door de Insolventieverordening. Dit lijkt het geval voor de aansprakelijkheid ex art. 2:138 jo. 10:121 BW maar niet voor de aansprakelijkheid van bestuurders jegens crediteuren. De Insolventieverordening regelt echter niet alleen de bevoegdheid, maar ook het toepasselijke recht op de procedure en de gevolgen daarvan. Zoals hierboven reeds is aangegeven, past de rechter die bevoegdheid heeft op grond van de Insolventieverordening vervolgens — in beginsel — zijn eigen recht toe op de afwikkeling van het faillissement. Art. 4 van de Insolventieverordening somt een aantal vragen op die in ieder geval worden beheerst door de *lex concursus*. De aansprakelijkheid van bestuurders voor wanbeheer staat hier niet bij. Het is dan ook op dit punt dat er vragen rijzen over de afstemming tussen de verschillende systemen. Deze komen hieronder nader aan bod.

135. Er ontstaat dus geen bevoegdheid inzake de insolventieclaim voor de rechter die bevoegd is op grond van art. 5 lid 3 Brussel I-Verordening (art. 7 lid 2 herschikking).

136. COM(2012)744 def., p. 8.

137. C-147/12 (*ÖFAB*), dictum, punt 2.

138. C-147/12 (*ÖFAB*), r.o. 54.

139. Zie voor nader commentaar mijn noot bij het *ÖFAB*-arrest in *Ars Aequi*: A.A.H. van Hoek, ‘HvJ EU (2013, Juli 18), (zaak C-147/12 (*ÖFAB*, Östergötlands Fastigheter AB tegen Frank Koot, Evergreen Investments BV): Doorbraak van aansprakelijkheid in het IPR)’, AA 2013, afl. 12, p. 948-954.

2.4.2.2 Toepasselijk recht

Het toepasselijke recht op de aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen is anders georganiseerd dan het bevoegdheidsrecht. Om te beginnen: er is op dit moment geen Europese verwijzingsregel voor het vennootschapsrecht. Naar Nederlands IPR vormt het statuut van rechtspersonen en vennootschappen een aparte verwijzingscategorie waarvoor in titel 8 van Boek 10 BW bijzondere verwijzingsregels zijn opgenomen.

Op grond van art. 10:118 BW wordt een corporatie die ingevolge de oprichtingsovereenkomst of akte van oprichting haar zetel, of bij gebreke daarvan, haar centrum van optreden naar buiten ten tijde van de oprichting, heeft op het grondgebied van de staat naar welks recht zij is opgericht, beheerst door het recht van die staat. Het incorporatierecht is onder andere van toepassing op het inwendige bestel van de corporatie en de bevoegdheid van haar organen.¹⁴⁰ Maar ook de aansprakelijkheid van bestuurders, commissarissen en andere functionarissen valt deels onder het vennootschapsstatuut. Zo is dat recht van toepassing op de aansprakelijkheid van dergelijke functionarissen jegens de corporatie zelf (interne aansprakelijkheid) en op de vraag wie op grond van een specifieke hoedanigheid (zoals het zijn van bestuurder of aandeelhouder) naast de corporatie aansprakelijk is voor de handelingen waardoor die corporatie wordt verbonden (externe aansprakelijkheid).¹⁴¹ Ook de opsomming van onderwerpen die ex art. 10:119 BW onder het vennootschapsstatuut vallen is niet limitatief.

Hierboven hebben we echter gezien dat de bijzondere regeling van de aansprakelijkheid van bestuurders in geval van faillissement in art. 2:138 BW wat de bevoegdheid betreft onder de Insolventieverordening valt. Daarmee lijkt de regeling ook wat het toepasselijke recht betreft te zijn uitgezonderd van het vennootschapsstatuut en te zijn ondergebracht bij de verordening. Immers: de Insolventieverordening regelt niet alleen de bevoegdheid, maar ook het toepasselijke recht. Tenminste: in intra-EU-gevallen. Dan zou echter niet langer het vennootschapsstatuut doorslaggevend zijn voor de toepassing van deze bepaling, maar de ligging van het COMI.¹⁴² Hier treedt dus duidelijk ‘ontbundeling’ op: een regel die naar Nederlands recht deel uitmaakt van het rechtspersonenrecht, wordt — onder invloed van de Europese harmonisatie — voor het IPR toegedeeld aan het insolventierecht. Met als gevolg dat de toepasselijkheid van de regel niet meer gegarandeerd is voor alle Nederlandse rechtspersonen. Met name ten aanzien van Nederlandse brievenbusmaatschappijen is het immers zeer goed mogelijk dat het COMI zich elders bevindt.¹⁴³

In een uitspraak van 18 maart 2011¹⁴⁴ heeft de Hoge Raad — in navolging van A-G Vlas — de aansprakelijkheid van een Belgische bestuurder in een Nederlandse B.V. op grond van art. 2:248 jo. 2:11 BW overigens behandeld als een vraag van vennootschapsrecht, zonder de Insolventieverordening ook maar te noemen. In die zaak had het internationale element echter alleen betrekking op de toepassing

140. Zie art. 10:119 BW. Dit past bij de eerdergenoemde omschrijving van het rechtspersonenrecht als een vorm van standaardregulering van de interne verhoudingen bij vormen van gemeenschappelijke productie: Eckardt & Kerber 2014, p. 155.

141. De verwijzingscategorie is daarmee ruimer dan art. 22 lid 2 Brussel I-Verordening.

142. Vgl. Lennarts 2010, p. 110-111.

143. Zie echter Hof Amsterdam 22 december 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY6980 (Jemnice).

144. ECLI:NL:HR:2011:BP1408.

van art. 2:11 BW, een regeling die zonder twijfel tot het vennootschapsstatuut behoort.

Een extra complicatie wordt gevormd doordat art. 10:121 BW de bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement ex art. 2:138 BW ook van toepassing verklaart op corporaties naar buitenlands recht die in Nederland onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting en hier failliet worden verklaard. Deze bepaling is te beschouwen als een zogenaamde voorrangsregel — een regel die los van de vraag welk recht van toepassing is op de vennootschap als zodanig, van toepassing is als de casus binnen de werkingssfeer van de regeling valt. Deze werkingssfeer wordt bepaald door twee factoren: onderworpen zijn aan de Nederlandse vennootschapsbelasting en hier failliet zijn verklaard. De vraag waar de aansprakelijk gestelde aandeelhouders en bestuurders zijn gevestigd, is daarvoor niet relevant.¹⁴⁵ Maar ook deze voorrangsregel is voor zijn doorzetting afhankelijk van de Insolventieverordening. De bevoegdheid om een in de EU gevestigde buitenlandse vennootschap in Nederland failliet te verklaren bestaat in ieder geval als deze vennootschap zijn COMI in Nederland heeft. Maar dan is in feite sprake van een buitenlandse brievenbusmaatschappij. Daarnaast bestaat de mogelijkheid een (secundaire) procedure in Nederland te beginnen als zich hier te lande een vestiging bevindt. Een dergelijk faillissement kan echter slechts betrekking hebben op in Nederland gelegen activa. Art. 2 onder g Insolventieverordening bepaalt dat schuldvorderingen ‘zich bevinden’ in het land waar het COMI van de derde-schuldenaar is gelegen. Op grond hiervan zou hooguit de aansprakelijkheid van een in Nederland gevestigde bestuurder binnen het secundaire faillissement kunnen vallen, maar zelfs hierover bestaat in de literatuur geen eenstemmigheid.¹⁴⁶

Er is dus in intra-EU-gevallen een afbakeningsprobleem tussen het vennootschapsstatuut — waarvoor een Nederlandse verwijzingsregel geldt, en de *lex concursus* — die wordt bepaald aan de hand van een Europese Insolventieverordening. Deze afbakeningsproblemen treden in Nederland aan het licht als de statutaire zetel van de vennootschap niet samenvalt met het COMI. Daarnaast kent het Nederlandse recht een voorrangsregel inzake bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement van buitenlandse vennootschappen. Ook deze regeling lijkt echter in intra-EU-gevallen zijn grens te vinden in de regeling van de Insolventieverordening.¹⁴⁷ In de literatuur wordt ‘insolvencification’ — het herkwalficeren van regels uit het rechtspersonenrecht naar het faillissementsrecht — gezien als een tegenreactie op

145. Ook niet voor zover dit buitenlandse vennootschappen zijn: hun aansprakelijkheid als bestuurder van een Nederlandse vennootschap wordt beheerst door Nederlands recht. Zie het hierboven besproken arrest van de Hoge Raad: HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1408.

146. Lennarts 2010, p. 111-112. De regeling is gebaseerd op de oude Wet conflictenrecht corporaties, die hem overigens heeft overgenomen uit art. 2:138 BW zoals dat was gewijzigd in het kader van de misbruikwetgeving. Zie *Kamerstukken II* 1994/95, 24141, 3 (MvT bij de Wet conflictenrecht corporaties). In het standpunt van de Raad is overigens een nieuwe overweging 19e in de preambule opgenomen, die als volgt luidt: ‘Nothing in this Regulation should prevent the courts of the Member State in which secondary proceedings have been opened from sanctioning the debtor’s directors for any violation of their duties, provided that those courts have jurisdiction to address such disputes under their national law.’ Zie <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13276-2014-INIT/en/pdf>, p. 21.

147. Overigens is niet uitgesloten dat de regeling in intra-EU-gevallen ook botst met de vrijheid van vestiging. Zie Ringe 2008, p. 608-609 en C-167/01 (*Inspire Art*).

de vrijheid van vestiging.¹⁴⁸ Het is dus een manier om forumshopping tegen te gaan. Uit het bovenstaande blijkt echter dat deze herkwalificatie de doorzetting van het Nederlandse (vennootschaps)recht onder omstandigheden juist in de weg kan staan.

Zoals hierboven is besproken, valt de aansprakelijkheid van bestuurders jegens derden buiten het bereik van de Insolventieverordening. En ook de aansprakelijkheid jegens de boedel kan zijn gebaseerd op een andere grondslag — zoals het incorporatierecht of het gewone aansprakelijkheidsrecht. Zoals eveneens hierboven is besproken, wordt het toepasselijke recht op onrechtmatige handelingen die zijn verricht na 11 januari 2009 bepaald door de Rome II-Verordening.¹⁴⁹ Art. 1 Rome II-Verordening sluit in lid 2 een aantal onderwerpen uit van de werkingssfeer van de verordening. Onder d) is de uitsluiting opgenomen van niet-contractuele verbin-tenissen die voortvloeien uit het recht inzake vennootschappen, verenigingen en rechtspersonen. Ook de persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten en de leden van de organen voor de schulden van de vennootschap en de persoonlijke aansprakelijkheid van de accountant jegens de vennootschap voor de wettelijke controle van de boekhouding vallen onder deze uitsluiting. Het lijkt er dus op dat de Europese wetgeving deze vormen van extra-contractuele aansprakelijkheid kwalificeert als onderdeel van het vennootschapsstatuut. Daarmee sluit de Rome II-Verordening echter niet naadloos aan bij de Nederlandse regeling inzake het toepasselijke recht op corporaties, zoals dat nu is opgenomen in Boek 10 BW.

Art. 10:119 BW bevat een niet-limitatieve omschrijving van de onderwerpen die naar Nederlands IPR worden beheerst door het incorporatierecht. In deze bepaling is ook de aansprakelijkheid van bestuurders, commissarissen en andere functionarissen jegens de corporatie opgenomen. De aansprakelijkheid van deze personen jegens derden wordt hier echter niet genoemd en ook de aansprakelijkheid van accountants jegens de vennootschap staat er niet bij. Het is dan ook niet op voorhand duidelijk of de onderwerpen in deze 'tussenruimte' onder het vennootschapsstatuut vallen of alsnog naar Nederlands IPR moeten worden ondergebracht bij de verwijzingsregel voor onrechtmatige daad.¹⁵⁰ Vlas lijkt het antwoord afhankelijk te stellen van de vraag of het toepasselijke vennootschapsrecht op dit punt een bijzondere regeling bevat.¹⁵¹ De memorie van toelichting bij oude Wet conflictenrecht corporaties lijkt voor de aansprakelijkheid van bestuurders uit te gaan van een indeling bij het vennootschapsstatuut.¹⁵² Het werd echter niet uitgesloten dat

148. Lennarts 2010, p. 106.

149. Verordening (EG) 864/2007 (Rome II).

150. Zie voor een dergelijke tweede kwalificatie naar Nederlands IPR recht: Rb. 's-Hertogenbosch 12 oktober 2011, HA ZA 11-266, JOR 2011/362, m.nt. R.G.J. de Haan. Nadat is geconstateerd dat de vordering is uitgezonderd van Rome II op grond van art. 1 lid 2 sub d wordt vervolgens opnieuw gekwalificeerd om een keuze te maken tussen de WCOD en de WCC.

151. Vlas 2009, nr. 335; P. Vlas, 'Lang verwacht, toch gekomen: wetsvoorstel Boek 10 BW (IPR)', WPNR 2009/6819, p. 893-898; Vergelijk voor de kwalificatie van de aansprakelijkheid van bestuurders jegens derden voor misleidende mededelingen in de jaarrekening: Vlas 2009, nr. 307. Deze wijze van toedelen sluit aan bij de manier waarop door het HvJ EU de grens tussen het vennootschapsrecht en het insolventierecht wordt bepaald.

152. *Kamerstukken II* 1994/95, 24141, 3 (MvT bij de Wet conflictenrecht corporaties), commentaar bij art. 3. 'Door het incorporatierecht worden tenslotte beheerst de aansprakelijkheid naast de corporatie van oprichters, vennoten, aandeelhouders, leden, bestuurders, commissarissen en andere functionarissen van de corporatie als zodanig. Het gaat hier in de eerste plaats om de aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling of onrechtmatig handelen tegenover de corporatie. Daarnaast

daarnaast aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad zou worden gesteld. Hetzelfde geldt ook met betrekking tot de Rome II-Verordening. De vordering en ook de te stellen schade zullen dan wel op die specifieke grondslag moeten zijn afgestemd.¹⁵³

Zodra de aansprakelijkheid van bestuurders vastgesteld moet worden aan de hand van de regels inzake onrechtmatige daad, wordt het van belang om vast te stellen in welk land deze onrechtmatige daad heeft plaatsgevonden. Of om preciezer te zijn: in welke plaats de directe schade is ingetreden.¹⁵⁴ Bij bestuurdersaansprakelijkheid is het lastig om te bepalen wat de directe schade is en waar deze moet worden gelokaliseerd. Het handelen of nalaten van de bestuurder heeft immers geleid tot bepaalde effecten binnen de vennootschap en die leiden op hun beurt weer tot schade bij derden. Deze indirecte schadetoebrenging geldt nog sterker voor de aansprakelijkheid van toezichthouders. De meeste Nederlandse uitspraken die beschikbaar zijn over dit type aansprakelijkheid zijn nog gewezen onder de oude Wet conflictenrecht onrechtmatige daad, die primair aanknoopte bij de plaats van handelen. Een voorbeeld waarin deze aanknopingspunt wordt uitgewerkt is de uitspraak van het Hof Amsterdam in de zaak *KPNQwest*. In die zaak achtte het hof Nederlands recht van toepassing op de aansprakelijkheid van diverse bestuurders, toezichthouders en aandeelhouders van een in Nederland gevestigde onderneming voor de schade die was geleden door in het buitenland gevestigde geldschieters. Het hof knoopt in de uitspraak aan bij de plaats waar het bestuur van de vennootschap was gevestigd, nu daar primair de invloed van bestuurders en toezichthouders zich deed of zou moeten doen gelden.¹⁵⁵ Het Hof van Justitie EU maakt in het hierboven besproken *ÖFAB*-arrest geen duidelijk onderscheid tussen de plaats van handelen en de plaats waar de schade intreedt en lijkt beide te lokaliseren op de plaats waar zich de onderneming bevindt die wordt bestuurd dan wel waarop toezicht wordt gehouden – zie hierboven.¹⁵⁶ Wordt een bestuurder echter verweten dat hijzelf crediteuren of aandeelhouders heeft misleidt, dan zou ook relevant kunnen zijn waar degene gevestigd is waarop de misleiding zich richtte.¹⁵⁷ In beide

betreft het de aansprakelijkheid van bij deze corporatie betrokken personen tegenover schuldeisers van de corporatie.'

153. Zie over de samenloop van vennootschapsstatuut en onrechtmatige daad reeds *Kamerstukken II* 1994/95, 24141, 3 (MvT bij de Wet conflictenrecht corporaties), commentaar bij art. 3. Het is in dit kader relevant dat de uitsluiting in Rome II beperkt tot aansprakelijkheid voor schulden van de vennootschap. Zie voor een voorbeeld van een dergelijke als zelfstandige onrechtmatige daad vormgegeven claim: Rb. Amsterdam 25 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW3790 (*KPNQwest*), *JOR* 2012/177, m.nt. P.D. Olden, r.o. 4.1.2.
154. Als dader en gelaedeerde hun gewone verblijfplaats hebben in hetzelfde land, is overigens het recht van dat land van toepassing – behoudens een nauwere band met een ander land. Zie art. 4 Rome II-Verordening. Op deze mogelijkheden wordt hier verder niet ingegaan.
155. Zie Rb. Amsterdam 25 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW3790 (*KPNQwest*), *JOR* 2012, afl. 6, nr. 177, r.o. 4.1.3.4. Zie ook Hof 's-Gravenhage 6 maart 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV8213, *NJF* 2012, afl. 15, nr. 145 (*Syria Shell*).
156. Met overigens als extra overweging dat in dat land ook de economische activiteiten hadden plaatsgevonden die tot het gestelde financiële nadeel hadden geleid.
157. Zie conclusie van A-G M. Szpunar bij HvJ EU 3 september 2014, C-375/13, n.n.g. (*Harald Kolassa/Barclays Bank plc*) en U. Magnus & P. Mankowski, *Brussels I Regulation*, München: Sellier 2012, art. 5, randnr. 244 en 245. Die laatste auteurs merken op dat indien de plaats van ontvangst van de misleidende berichten verschilt van de plaats waar het slachtoffer heeft gehandeld op grond van die misleiding, de laatste prevaleert omdat: 'The simple receipt of the misstatement does not automatically harm the potential victim's assets. Only the victim's action in reliance on the misstatement triggers off the consequences' (randnr. 244).

gevallen is de plaats waar zich de statutaire zetel van de rechtspersoon bevindt voor het lokaliseren van de schade niet van doorslaggevend belang. Ook wat betreft de verhouding tussen vennootschapsstatuut en onrechtmatige-daadsrecht vindt er dus ‘ontbundeling’ plaats van de diverse grondslagen voor aansprakelijkheid.

2.5 Conclusies

In dit preadvies staan twee vragen centraal: de eerste vraag betreft de mogelijkheid van forumshoppen door het wijzigen van aanknopingsfactoren op een aantal vermogensrechtelijke terreinen. De mogelijkheid van een directe keuze voor een bepaald rechtssstelsel (choice) blijft nadrukkelijk buiten beschouwing en ook de mogelijkheid van forumkeuze wordt niet besproken.

Het belangrijkste rechtsgebied voor forumshoppen in bovengenoemde zin is het vennootschaps- en rechtspersonenrecht. De mogelijkheid om binnen Europa in grote vrijheid het land van incorporatie te kiezen is een vorm van exit die nauw verwant is met een directe rechtskeuze. Het Nederlandse IPR met betrekking tot vennootschappen biedt hiervoor ook ruimschoots mogelijkheden, nu een Nederlandse vennootschap slechts via de statutaire zetel in Nederland ‘aanwezig’ hoeft te zijn. Een reële, economische of maatschappelijke, aanwezigheid is niet vereist. Uit de literatuur blijkt dat dit ook daadwerkelijk leidt tot *regulatory arbitrage* en *regulatory competition*: partijen maken gebruik van de vrijheid die het Europese recht hen biedt en lidstaten reageren hierop met het wijzigen van hun rechtssysteem. Een nader onderzoek naar andere onderdelen van het vermogensrecht laat echter zien dat de statutaire vestiging van de rechtspersoon in het IPR nauwelijks een rol speelt. In de relevante instrumenten wordt onder andere aangeknoopt bij de plaats van vestiging van het hoofdbestuur, de locatie van de hoofdvestiging en het *centre of main economic interests*. Deze begrippen hebben gemeen dat ze minder formeel van aard zijn dan de statutaire zetel en een zeker substraat in de werkelijkheid hebben. Het uit elkaar trekken van zetel en activiteiten — een kenmerk van brievenbusmaatschappijen — leidt dus tot ‘ontbundeling’ van het toepasselijke recht waarbij het vennootschapsstatuut niet (meer) aansluit op het recht dat overigens op het handelen van de vennootschap en de daarbij betrokkenen van toepassing is.

Op twee nauw met het vennootschapsrecht verbonden terreinen te weten het insolventierecht en de regels met betrekking tot aansprakelijkheid van bestuurders, is deze ontbundeling nader onderzocht.

De Europese Insolventieverordening gebruikt het COMI als hoofdaanknopingspunt voor zowel de bevoegdheid als het toepasselijke recht op een faillissement van rechtspersonen. Hoewel de verordening het COMI in beginsel lokaliseert in de statutaire zetel, heeft dit begrip in de rechtspraak een meer feitelijke invulling gekregen. Desondanks blijkt ook in het insolventierecht een zekere mate van forumshopping plaats te vinden. Een verplaatsing van de economische activiteit lijkt niet nodig om het COMI te verplaatsen. Wel moet, herkenbaar voor derden, de zetel van het hoofdbestuur zich in het land van het COMI bevinden. Er is veel literatuur beschikbaar over COMI-migratie en de waardering van het fenomeen loopt uiteen. Het aanhangige voorstel voor wijziging van de verordening zal echter geen wezenlijke wijziging brengen in het systeem.

Ten slotte is aandacht besteed aan de aansprakelijkheid van bestuurders. Het is op dit terrein dat de problemen van ontbundeling het duidelijkst aan het licht komen. Aansprakelijkheid van bestuurders bij insolventie bevindt zich immers op het kruispunt tussen vennootschapsrecht, insolventierecht en gewoon aansprakelijkheidsrecht. De afgrenzing tussen deze drie rechtsgebieden is allesbehalve duidelijk waarbij als complicatie geldt dat het IPR met betrekking tot het aansprakelijkheidsrecht en insolventie wel, maar met betrekking tot het vennootschapsrecht niet geharmoniseerd is. De rechtspraak van het Hof van Justitie heeft inmiddels redelijk wat duidelijkheid geschapen over de omvang van het insolventiestatuut, waarbij de Insolventieverordening met name van toepassing is op de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders jegens de boedel. Dat type vordering wordt dus beheerst door het recht van het land waar zich het COMI van de gefailleerde onderneming bevindt. Er is echter nog geen rechtspraak voorhanden over de precieze afbakening van de Rome II-Verordening op dit punt. Dit is van belang nu Rome II vennootschapsrechtelijke onderwerpen uitsluit van haar werkingssfeer. Ook het Nederlandse commune IPR biedt op dit punt geen volledige duidelijkheid. Naast de op het vennootschapsrecht gebaseerde vormen van bestuurdersaansprakelijkheid is het ook mogelijk dat crediteuren hun vordering jegens een bestuurder, aandeelhouder of commissaris baseren op het gewone aansprakelijkheidsrecht. De Nederlandse rechtspraak over bestuurdersaansprakelijkheid is voornamelijk gebaseerd op de inmiddels ingetrokken Wet conflictenrecht onrechtmatige daad. Intussen lijkt wel duidelijk dat zowel de plaats van het hoofdbestuur als de plaats van de economische activiteiten van de onderneming een rol kan spelen bij het lokaliseren van de onrechtmatige daad die de basis vormt voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders jegens derden. De statutaire zetel is echter ook hier niet relevant.

