CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL D. RUIZ-JARABO COLOMER van 6 september 2005 [1]

I — Inleiding

1. De rechtelijke bejegening van de tegenspoed die een te hoge schuldenlast met name in het geval van privé-personen betekent, of zij nu al dan niet beroepsmatig of bedrijfsmatig actief zijn, is heden ten dage ver verwijderd van de pathetiek waarmee Honoré de Balzac op magistrale wijze het lijden van César Birotteau beschreef toen hij zijn schuldeisers het hoofd moest zien te bieden; [2] beroofd van zijn eer, zijn rechten en het schaarse vermogen dat zijn notaris Roguin hem had gelaten, slaagt deze romanfiguur erin zich door volharding te rehabiliteren en zijn schulden één voor één te voldoen, ook destijds een weinig gebruikelijke handelwijze.

2. Het lijkt niet juist de loffelijke eerlijkheid van Monsieur Birotteau tot voorbeeld te maken van de „bêtise de la vertu", zoals zijn schepper in de eerste versie van het werk in 1833 schreef, want ondanks dat het een risico van iedere schuldeiser betreft, is het om redenen van economische (zekerheid van het handelsverkeer) en juridische aard (pacta sunt servanda) aangewezen ook op Europees niveau een rechtskader te scheppen dat de terugbetaling van kredieten waarborgt.

3. De prejudiciële vraag van het Bundesgerichtshof valt nu juist in deze communautaire context. De Duitse rechter verzoekt het Hof vast te stellen in hoeverre het feit dat de schuldenaar het centrum van zijn voornaamste belangen verplaatst naar een andere lidstaat dan die waar het verzoek om opening van de insolventieprocedure is ingediend, van invloed is op de rechterlijke bevoegdheid. Meer bepaald wenst hij te vernemen of de geadieerde rechter bevoegd blijft om over de opening van die procedure te beslissen.

4. Omdat de feiten van het hoofdgeding echter hebben plaatsgevonden vóór de inwerkingtreding van verordening (EG)

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — Balzac, H. de, „Histoire de la grandeur et de la décadence de César Birotteau, marchand parfumeur, adjoint au maire du deuxième arrondissement de Paris, chevalier de la légion d'honneur, etc.", voor het eerst uitgegeven in 1838; pocketeditie met de titel „*César Birotteau*", uitg. Garnier Flammarion, Parijs, 1995, inzonderheid hoofdstuk XVI, blz. 353 e.v.

nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures [3], waarin de bevoegdheid inzake faillissement en uitstel van betaling is geregeld, staat de toepasselijkheid van deze verordening ter discussie; ook dit punt moet worden onderzocht.

II — Rechtskader

5. Dit is de eerste keer dat het Hof een prejudiciële vraag over de uitlegging van deze verordening krijgt voorgelegd. Voor een beter begrip van het antwoord zal ik derhalve allereerst haar fundamentele kenmerken bespreken. Na een korte beschrijving van de ontstaansgeschiedenis geef ik een samenvatting van de inhoud van de verordening, waarbij ik bijzondere aandacht zal schenken aan de daarmee nagestreefde doelstellingen.

A — *Ontstaansgeschiedenis*

6. De ontstaansgeschiedenis van de gemeenschapsrechtelijke regeling van insolventieprocedures vertoont „Kafkaiaanse" trekken, niet vanwege de lange duur ervan, maar vanwege de wijziging op grond van het ontwerpverdrag dat op haar ontwikkeling van wezenlijke invloed is geweest, net als in het geval van de metamorfose van Gregor Samsa. [4]

7. De gedachte de insolventieprocedures in de Gemeenschap te regelen, vindt haar oorsprong in artikel 220 EG-Verdrag (thans artikel 293 EG), volgens hetwelk de lidstaten, voor zover nodig, met elkaar in onderhandeling treden ter verzekering voor hun onderdanen van, onder meer, de vereenvoudiging van de formaliteiten waaraan de wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen en scheidsrechterlijke uitspraken onderworpen zijn.

8. Deze bepaling voerde in eerste instantie tot het bekende Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken [5] (hierna: „Executieverdrag").

3 — PB L 160, blz. 1.

4 — In „De gedaanteverwisseling" van Franz Kafka (doctor in de rechten aan de universiteit van Praag), boek dat in 1912 werd geschreven en in 1916 uitgegeven, is het uiteindelijke lot van de held evenwel tragisch, want nadat hij in een kever is veranderd, sterft hij in absolute eenzaamheid na zijn besluit om niet langer voedsel tot zich te nemen; Kafka, F., „*Die Verwandlung*", uitgave van Marjorie L. Hoover, W. W. Norton & Company, Inc, New York, 1960, blz. 57 e.v.

5 — PB 1972, L 299, blz. 32, achtereenvolgens gewijzigd bij het Verdrag van 9 oktober 1978 betreffende de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland (PB L 304, blz. 1, en — gewijzigde tekst — blz. 77), het Verdrag van 25 oktober 1982 betreffende de toetreding van de Helleense Republiek (PB L 388, blz. 1), het Verdrag van 26 mei 1989 betreffende de toetreding van het Koninkrijk Spanje en de Portugese Republiek (PB L 285, blz. 1), en het Verdrag van 29 november 1996 betreffende de toetreding van de Republiek Oostenrijk, de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden (PB 1997, C 15, blz. 1). Deze regeling is thans neergelegd in verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 2001, L 12, blz. 1).

9. Volgens artikel 1, punt 2, van dit verdrag zijn echter „het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures" van zijn werkingssfeer uitgesloten, zodat deze procedures op een toekomstig akkoord tussen de lidstaten moesten wachten. Niettemin heeft een comité van deskundigen tussen 1963 en 1980 twee ontwerpen bestudeerd. Over het tweede ontwerp, dat op de beginselen van eenheid en universaliteit berustte [6], moest een groep van de Raad van de Gemeenschap advies uitbrengen; de werkzaamheden werden evenwel in 1985 wegens het ontbreken van consensus opgeschort. [7]

10. Voordat de lidstaten een gemeenschappelijke regeling voor ogen stond, hadden zij reeds bij wege van bilaterale verdragen stappen ondernomen voor de wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen inzake faillissementen; deze verdragen zijn vermeld in artikel 44, lid 1, van verordening nr. 1346/2000. Volgens dit artikel treedt deze verordening in de plaats van die verdragen.

11. Ook buiten het communautaire kader, met name in de Raad van Europa, ontstonden initiatieven die zijn uitgemond in het Europees Verdrag betreffende bepaalde internationale aspecten van het faillissement, dat in 1990 te Istanboel voor ondertekening is opengesteld (hierna: „Verdrag van Istanboel"). De ratificatie ervan lijkt vanwege de inwerkingtreding van verordening nr. 1346/2000 evenwel twijfelachtig. De voornaamste bijdrage van het Verdrag van Istanboel bestaat in de invoering van een grotere flexibiliteit bij de toepassing van de hierboven genoemde beginselen. [8]

12. De invloed van dit verdrag deed zich bij de latere uitwerking van de verordening gevoelen, daar teneinde het ontwerp van het verdrag van 1985 in zijn geheel te redden, een ad hoc-groep van nationale deskundigen de tekst van het op 23 november 1995 te Brussel ondertekende Verdrag betreffende insolventieprocedures voltooide met een minder starre opzet en eenvoudigere oplossingen. [9]

13. Anders dan de onmiddellijk daaraan voorafgaande communautaire tekst, berustte het systeem van dit verdrag op het beginsel van universaliteit, beperkt door de mogelijkheid een of meerdere secundaire procedures in andere landen te openen, doch uitsluitend met gevolgen op het desbetreffende grondgebied. [10]

14. Omdat echter niet alle vijftien lidstaten tot het verdrag toetraden, was het gedoemd te mislukken; dit leidde er echter wel toe dat

6 — Het „beginsel van eenheid" houdt in dat voor het hele grondgebied van de Gemeenschap één enkele procedure bestaat, terwijl het „beginsel van universaliteit" betekent dat de procedure het gehele vermogen van de schuldenaar omvat, ongeacht waar dit zich bevindt.

7 — Rapport Virgós/Schmit over het Verdrag betreffende insolventieprocedures (hierna: „Rapport Virgós/Schmit"), in Virgós Soriano, M. en Garcimartín Alférez, F. J., *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Civitas, Madrid, 2003, punt 3.

8 — Rapport Virgós/Schmit, punt 4.

9 — Rapport Virgós/Schmit, punt 5.

10 — Ibidem.

het, met behoud van de inhoud maar wijziging van zijn rechtskarakter, van internationaal verdrag werd omgevormd tot een verordening in de zin van artikel 249, tweede alinea, EG.

15. Op initiatief van Finland en Duitsland werd de cocon voor de aanzet tot die transformatie gevonden in het veelbelovende loofwerk van de artikelen 61, sub c, EG (voorheen artikel 73 I), en 67, lid 1, EG (voorheen artikel 73 O), die door het Verdrag van Amsterdam zijn „gecommunautariseerd", en waarvan zij overigens een van de voornaamste verworvenheden vormt. [11]

16. Eindelijk bevrijd van het kwijnende lot dat het in zijn oude hoedanigheid van verdrag zou zijn beschoren, verkreeg het dankzij die nieuwe gedaante de gracieuze soepelheid van de rechtstreekse toepasselijkheid die zijn soortgenoten eigen is.

B — *Overzicht van de inhoud en de relevante bepalingen*

17. Blijkens de considerans van verordening nr. 1346/2000 zijn voor de goede werking van de interne markt drie prioritaire elementen nodig op het gebied van de insolventie: in de eerste plaats een handeling van de Gemeenschap ter coördinatie van de maatregelen die ten aanzien van het vermogen van een insolvente schuldenaar worden getroffen [12]; in de tweede plaats efficiënte grensoverschrijdende insolventieprocedures [13]; en in de derde plaats het verhinderen van „forum shopping", dat wil zeggen dat de betrokkenen er belang bij hebben om ter verbetering van hun rechtspositie geschillen of goederen van de ene lidstaat naar de andere over te brengen. [14]

18. De verordening formuleert geen alomvattende en enige regeling van de insolventieprocedures, doch enkel van het toepasselijke recht, de internationale bevoegdheid inzake de opening van die insolventieprocedures en de erkenning ervan in de overige lidstaten.

19. Het eerste hoofdstuk van de verordening omvat verschillende bepalingen van algemene aard met betrekking tot haar materiële werkingssfeer (artikel 1), de vaststelling van de bevoegde rechter (artikel 3) en het recht dat in verschillende specifieke gevallen van toepassing is (artikelen 4 tot en met 15). [15]

11 — Wiedemann, T., „Visa, Asyl, Einwanderung", in Schwarze, J. (Coord.), *EU-Kommentar*, Baden-Baden, 2000, blz. 842.

12 — Derde overweging van de considerans van verordening nr. 1346/2000.

13 — Tweede overweging van de considerans van verordening nr. 1346/2000.

14 — Vierde overweging van de considerans van verordening nr. 1346/2000.

15 — De in deze bepalingen geregelde gebieden zijn: zakelijke rechten van derden (artikel 5); verrekening van vorderingen (artikel 6); eigendomsvoorbehoud (artikel 7); overeenkomsten betreffende een onroerend goed (artikel 8); betalingssystemen en financiële markten (artikel 9); arbeidsovereenkomsten (artikel 10); gevolgen voor rechten die aan inschrijving in een openbaar register onderworpen zijn (artikel 11); gemeenschapsoctrooien en -merken (artikel 12); voor schuldeisers nadelige handelingen (artikel 13); bescherming van de derde-verkrijger tegen na de opening van de insolventieprocedure verrichte handelingen (artikel 14); alsmede de gevolgen daarvan voor lopende rechtsvorderingen (artikel 15).

20. Dit hoofdstuk bevat bepaalde definities, waarvan enkele voor de beantwoording van de prejudiciële vraag van groot belang zijn, in het bijzonder de definities in artikel 2, sub e en f, die luiden als volgt:

„[...]

e) ‚beslissing': met betrekking tot de opening van een insolventieprocedure of het aanwijzen van een curator: de beslissing van elke rechter die bevoegd is om een dergelijke procedure te openen of een curator aan te wijzen;

f) ‚tijdstip waarop de procedure is geopend': het tijdstip waarop de beslissing tot opening van een procedure rechtsgevolgen heeft, onafhankelijk van de vraag of de beslissing definitief is;

[...]".

21. De hoeksteen van de regeling is artikel 3, lid 1, eerste volzin, volgens welke de rechters van de lidstaat waar het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar is gelegen, bevoegd zijn de insolventieprocedure te openen.

22. Ook van belang voor de gestelde vraag, alsmede voor de twijfel over de toepasselijkheid van de verordening, is artikel 4, punten 1 en 2, waarin is bepaald dat de insolventieprocedure en de gevolgen daarvan worden beheerst door het recht van de lidstaat waar de procedure wordt geopend.

23. Voorts zijn de regels van hoofdstuk II over de erkenning van de insolventieprocedure in de overige lidstaten relevant. Artikel 16, lid 1, legt dit beginsel vast door te bepalen dat elke beslissing tot opening van een insolventieprocedure, genomen door een bevoegde rechter van een lidstaat, wordt erkend in alle andere lidstaten zodra de beslissing rechtsgevolgen heeft in de lidstaat waar de procedure is geopend. Dit hoofdstuk bevat enkele bepalingen over de bevoegdheden van de curator alsmede een voorbehoud, inhoudende dat de in artikel 16, lid 1, bedoelde erkenning kan worden geweigerd wanneer de opening van de procedure de openbare orde ondermijnt. [16]

24. De voor deze prejudiciële verwijzing minder belangrijke hoofdstukken III en IV [17] betreffen de in een andere lidstaat onder bepaalde omstandigheden geopende secundaire insolventieprocedures c.q. de kennisgeving aan de schuldeisers en hun recht om de vorderingen in te dienen die zij passend achten.

16 — Artikel 26 van verordening nr. 1346/2000.

17 — Respectievelijk artikelen 27-38 en 39-42 van verordening nr. 1346/2000.

25. Artikel 38 regelt de conservatoire maatregelen als volgt:

„Wanneer door de krachtens artikel 3, lid 1, bevoegde rechter van een lidstaat een voorlopige curator is aangewezen ter verzekering van de bewaring van de goederen van de schuldenaar, is die voorlopige curator gerechtigd om ten aanzien van de goederen van de schuldenaar die zich in een andere lidstaat bevinden om elke in het recht van laatstgenoemde lidstaat opgenomen conservatoire en beschermende maatregel te verzoeken voor de periode tussen de aanvraag van een insolventieprocedure en de beslissing tot opening van die procedure."

26. In hoofdstuk V, tot slot, zijn de overgangs- en slotbepalingen opgenomen.[18] In het kader van de door het Bundesgerichtshof gestelde vraag zij gewezen op artikel 43, eerste volzin, bepalende dat de verordening uitsluitend van toepassing is op faillissementen en vergelijkbare procedures die na de inwerkingtreding ervan zijn geopend; volgens artikel 47 is de verordening op 31 mei 2002 in werking getreden.

III — Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vraag

27. S. Staubitz-Schreiber leidde in Wülfrath (Duitsland) een eenmanszaak die handelde in telecommunicatieapparatuur en toebehoren. Op 6 december 2001 verzocht zij om opening van een insolventieprocedure ten aanzien van haar vermogen bij het Amtsgericht te Wuppertal (Duitsland).

28. Daar echter wegens gebrek aan voldoende vermogen geen actief voor een toekomstige boedel kon worden samengesteld, wees het Amtsgericht het verzoek af bij beschikking van 10 april 2002.

29. Schuldenares, die sinds 1 april 2002 haar woonplaats in Spanje heeft om daar te leven en te werken, stelde daarop bij het Landgericht Wuppertal beroep in tot nietigverklaring van de beschikking en opening van de insolventieprocedure.

30. Bij beschikking van 14 augustus 2002 werd dit beroep afgewezen op grond dat het verzoek om opening niet-ontvankelijk was, daar door de verhuizing van Staubitz-Schreiber de bevoegdheid voor deze procedure volgens artikel 3 van verordening nr. 1346/2000 op Spanje was overgegaan.

31. Staubitz-Schreiber kwam tegen deze uitspraak op bij het Bundesgerichtshof en

18 — Artikelen 43-47 van verordening nr. 1346/2000.

verzocht om nietigverklaring van de beschikking en terugverwijzing van de zaak naar het Landgericht Wuppertal voor een nieuwe uitspraak.

32. Aangezien het Bundesgerichtshof twijfels had over de uitlegging van genoemd artikel, heeft het de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende vraag voorgelegd:

„Blijft de rechter van de lidstaat waarbij een verzoek om opening van een insolventieprocedure is ingediend, bevoegd inzake de beslissing over de opening van de insolventieprocedure indien de schuldenaar na de indiening van het verzoek, doch vóór de opening van deze procedure het centrum van zijn voornaamste belangen naar het grondgebied van een andere lidstaat heeft verplaatst, of wordt dan de rechter van de andere lidstaat bevoegd?"

IV — Procesverloop voor het Hof

33. De Commissie, alsmede de Duitse en de Nederlandse regering hebben binnen de in artikel 20 van 's Hofs Statuut-EG bepaalde termijn schriftelijke opmerkingen ingediend.

34. Van een mondelinge behandeling is afgezien, daar geen van de partijen in deze prejudiciële procedure daarom heeft verzocht.

V — Analyse van de prejudiciële vraag

A — *Vraag vooraf: de toepasselijkheid van de verordening op het hoofdgeding*

35. Zowel het verzoek om opening van de insolventieprocedure, als de afwijzing ervan door de betrokken rechter bij gebrek aan een toereikende boedel, vonden plaats voordat de verordening in werking is getreden. Daardoor is twijfel ontstaan over de toepasselijkheid ervan op de onderhavige zaak. Het is daarom zinvol enkele overwegingen aan dit punt te wijden.

36. De verwijzende rechter heeft niet rechtstreeks naar deze kwestie verwezen, maar heeft het probleem in punt 2 van de verwijzingsbeschikking kort onderzocht en op de vraag een bevestigend antwoord gegeven.

37. Naar de mening van het Bundesgerichtshof staat de afwijzing van het verzoek om opening van de insolventieprocedure niet

gelijk aan de opening van die procedure, zodat die opening volgens het nationale faillissementsrecht niet heeft plaatsgevonden voordat de verordening volledig van kracht werd.

38. De Duitse regering is het eens met de beoordeling van het Bundesgerichtshof. Zij merkt op dat het geding wegens het beroep van Staubitz-Schreiber ook na 31 mei 2002 nog aanhangig was. Daar zij niet alleen om nietigverklaring van de beschikking tot afwijzing van haar verzoek heeft verzocht, maar ook om een positieve beschikking dienaangaande, moet het hoofdgeding — nu het verzoek na de inwerkingtreding van de verordening nog aanhangig was — met inachtneming van deze gemeenschapsregeling worden afgedaan.

39. De Commissie leidt uit artikel 43 van verordening nr. 1346/2000 af dat de toepasselijkheid ervan afhangt van het tijdstip waarop de procedure is geopend en dat overgangsbepalingen niet nodig zijn wanneer het verzoek is gedaan, maar de procedure niet is geopend. Het ontbreken van dergelijke bepalingen bevestigt haars inziens de opvatting dat dergelijke gevallen zonder uitzondering onder de verordening vallen.

40. Nu in het onderhavige geval op 31 mei 2002 noch in Duitsland noch in een andere lidstaat een insolventieprocedure was geopend, moet de oplossing volgens de Commissie in de verordening worden gezocht.

41. Volgens vaste rechtspraak is de procedure van artikel 234 EG een instrument van de samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties [19], waarbij de verdeling van de respectieve bevoegdheden moet worden geëerbiedigd. In het kader van die samenwerking is de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd, die als enige de feiten van het hoofdgeding rechtstreeks kent en de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, de meest aangewezen instantie om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing om uitspraak te kunnen doen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt te beoordelen. [20] Het Hof heeft vervolgens de taak de verwijzende rechter een nuttig antwoord te geven aan de hand waarvan deze het geding kan beslechten. [21]

42. Aangezien de verwijzingsbeschikking naar artikel 43, eerste volzin, van verordening nr. 1346/2000 verwijst en de toepasselijkheid ervan beslissend is voor de beslechting van het hoofdgeding, moet dit onderdeel van genoemd artikel worden onderzocht. [22]

43. Artikel 43, eerste volzin, verlangt voor de toepasselijkheid van de verordening dat de

19 — Arresten van 16 juli 1992, Lourenço Dias (C-343/90, Jurispr. blz. I-4673, punt 14), en 18 maart 2004, Siemens en ARGE Telekom (C-314/01, Jurispr. blz. I-2549, punt 33 en de daarin aangehaalde rechtspraak).

20 — Arresten Lourenço Dias, reeds aangehaald, punt 15; 22 januari 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Jurispr. blz. I-607, punt 18); arrest Siemens en ARGE Telekom, reeds aangehaald, punt 34, en arrest van 7 oktober 2004, Sintesi (C-247/02, Jurispr. blz. I-9215, punt 22).

21 — Arresten van 28 november 2000, Roquettes Frères (C-88/99, Jurispr. blz. I-10465, punt 18), en 20 mei 2003, Ravil (C-469/00, Jurispr. blz. I-5053, punt 27).

22 — Het Hof heeft dezelfde methode gevolgd in het arrest van 9 september 2003, Burbaud (C-285/01, Jurispr. blz. I-8219, punt 94).

procedure na haar inwerkingtreding is geopend en formuleert daarmee een verbod van terugwerkende kracht. [23]

44. Artikel 2, sub e en f, van de verordening maakt onderscheid tussen de „beslissing" om een insolventieprocedure te openen en het „tijdstip waarop de procedure is geopend" en geeft telkens een definitie, wat inhoudt dat het mogelijk is dat zij niet samenvallen.

45. Het eerste begrip heeft betrekking op de formeel vastgestelde handeling in een insolventieprocedure, terwijl de definitie sub f verwijst naar het moment waarop de beslissing rechtsgevolgen heeft, onafhankelijk van de vraag of zij „definitief is".

46. Bovendien worden deze procedure en de gevolgen ervan volgens artikel 4 van de verordening beheerst door het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de procedure wordt geopend.

47. De Duitse regering stelt terecht dat in casu geen positieve beslissing in deze zin is genomen, zodat zij ook geen „rechtsgevolgen" heeft gehad. Men zou dus kunnen aannemen dat de procedure niet was geopend op het tijdstip dat genoemde verordening in werking trad, waardoor zij van toepassing zou zijn.

48. Staubitz-Schreiber verlangt met haar beroep echter niet alleen de nietigverklaring van de betrokken afwijzende beschikking, maar ook een positieve rechterlijke uitspraak. De nationale rechter moet derhalve vaststellen of naar Duits recht sprake is van een opening in de zin van de betrokken bepaling en verduidelijken of deze uit het oogpunt van de eventuele terugwerkende kracht, vóór of na 31 mei 2002 heeft plaatsgevonden.

49. Deze oplossing stemt overigens overeen met de bewoordingen en de geest van verordening nr. 1346/2000, die naar het toepasselijke nationale recht verwijst. [24]

B — *De prejudiciële vraag*

50. Volgens de Duitse regering regelt artikel 3 van verordening nr. 1346/2000, wanneer het de bevoegdheid voor de opening van de insolventieprocedure legt bij de rechters van de lidstaat waar het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar is gelegen, enkel de materiële voor-

23 — Virgós Soriano, M. en Garcimartín Alférez, F. J., op. cit., blz. 37.

24 — In de artikelen 2, sub f, en 4, reeds aangehaald, van verordening nr. 1346/2000.

waarden voor de afbakening van de internationale bevoegdheid. Nu het artikel geen enkele aanwijzing geeft met betrekking tot het tijdstip waarop deze voorwaarden moeten zijn vervuld en evenmin met betrekking tot de omstandigheden waaronder de bevoegdheid op een andere rechter overgaat, moet het haars inziens teleologisch worden uitgelegd.

51. Een van de voornaamste doelstellingen van de verordening [25] is volgens haar het verhinderen van „forum shopping", dat wil zeggen dat de schuldenaar kiest voor het voor hem meest gunstige nationale recht. Voorts ligt aan de verwijzing naar het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar het vermoeden dat zich aldaar het merendeel van zijn schuldeisers bevindt, alsook de proceseconomie ten grondslag; zou het tijdstip van het verzoek om opening niet beslissend zijn voor de bevoegdheid, dan zouden zich immers bewijsproblemen en de daaraan verbonden vertragingen voordoen. Bovendien moeten de schuldeisers zekerheid hebben over dat centrum van belangen, zodat zij niet van eventueel onderzoek dienaangaande afhankelijk zijn.

52. De Duitse regering merkt tot slot op dat op grond van de universaliteit van de procedure, de door de rechter benoemde curator zonder verdere procedures te openen, zijn bevoegdheden kan uitoefenen in andere lidstaten waar de schuldenaar eveneens goederen bezit.

25 — De Duitse regering verwijst naar de vierde overweging van de considerans van verordening nr. 1346/2000.

53. De Nederlandse regering onderschrijft het standpunt van de Duitse regering en stelt dat de rechter bij wie het verzoek tot opening is ingediend bevoegd blijft om deze procedure te openen, ook wanneer de schuldenaar zijn centrum van voornaamste belangen inmiddels naar een andere lidstaat heeft verplaatst. De in artikel 38 van verordening nr. 1346/2000 bedoelde bevoegdheid om conservatoire maatregelen te nemen levert steun op voor deze opvatting, nu de bevoegdheid in dat artikel net als in artikel 3 afhankelijk is van de situatie op het tijdstip van indiening van het verzoek; de schuldenaar zou anders immers naar believen het centrum van zijn voornaamste belangen kunnen verplaatsen om zich aan dergelijke voorlopige maatregelen te onttrekken („forum shopping").

54. Zij nuanceert haar standpunt evenwel in die zin, dat zij aanvaardt dat de rechter die het verzoek behandelt, volgens het systeem van de verordening in bepaalde gevallen om praktische redenen bevoegd is het verzoek te schorsen of af te wijzen, indien hij van mening is dat de procedure beter kan worden geopend op de plaats waarnaar de schuldenaar is verhuisd.

55. De Commissie verdedigt eveneens de zienswijze dat de bevoegdheid in de omstandigheden van het onderhavige geval bij de aangezochte rechter moet blijven. Zij meent dat de grammaticale, historische en teleologische interpretatie van genoemd artikel 3 in die richting wijzen.

56. Zij stelt dat het perpetuatio fori-beginsel weliswaar de nadelen van „forum shopping" vermijdt, maar niet omdat een beroep op deze methode eenvoudig is, aangezien zij een grondige kennis van de voor- en nadelen van het faillissementsrecht van de verschillende lidstaten veronderstelt, alsook de bereidheid om het centrum van de voornaamste belangen naar een andere lidstaat te verplaatsen.

57. Zij hecht meer belang aan het argument dat voornoemd beginsel de rechtszekerheid biedt die zowel voor de schuldeisers als voor de rechterlijke instanties noodzakelijk is. Eerstgenoemden zouden, althans gedeeltelijk, het risico in het geval van insolventie van hun schuldenaar kunnen inschatten en ervan kunnen uitgaan dat het toepasselijke recht na de indiening van het verzoek niet verandert; de rechterlijke instanties zouden in de fase tussen de indiening van het verzoek en de beslissing tot opening niet steeds hun bevoegdheid hoeven te toetsen.

58. Met de prejudiciële verwijzing wenst het Bundesgerichtshof te vernemen, of de rechter die van het verzoek om opening kennis heeft genomen, bevoegd is om de insolventie vast te stellen wanneer de schuldenaar het centrum van zijn voornaamste belangen onderwijl naar een andere lidstaat heeft verplaatst.

59. Volgens artikel 3 van verordening nr. 1346/2000 ligt die bevoegdheid daar waar zich het „centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar" bevindt; het gaat daarom in het bijzonder om de definitie van dit begrip enerzijds en het in aanmerking te nemen tijdstip anderzijds.

a) Het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar

60. Om te beginnen wijs ik erop dat dit een autonoom communautair rechtsbegrip is met een uniforme betekenis die losstaat van de nationale rechtsordes [26], zodat het een eenduidige definitie voor de hele Gemeenschap moet hebben. [27]

61. De tweede volzin van artikel 3, lid 1, schept een eenvoudig vermoeden dat bij vennootschappen en rechtspersonen de statutaire zetel het centrum is. In de zaak

26 — Virgós Soriano, M. en Garcimartín Alférez, F. J., op. cit., blz. 45.

27 — Arrest van 18 november 2004, Temco Europe (C-284/03, Jurispr. blz. I-11235, punt 16, alsmede de aangehaalde rechtspraak); met betrekking tot het Executieverdrag, nauwer verwant met de materie van deze prejudiciële vraag, arresten van 20 maart 1997, Farell (C-295/95, Jurispr. blz. I-1683, punten 12 en 13 en de aangehaalde rechtspraak), en 15 mei 2003, Préservatrice foncière TIARD (C-266/01, Jurispr. blz. I-4867, punt 20 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

Staubitz-Schreiber gaat het evenwel om een natuurlijk persoon die in het economisch verkeer als eenmanszaak handelde, zonder de dekking van een vennootschapsvorm.

62. Verordening nr. 1346/2000 voorziet geen enkele regel voor dit geval. Volgens de dertiende overweging van de considerans verwijst de betrokken definitie naar de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert en die voor derden dus eenvoudig vast te stellen is. Aldus wordt als centrum van de belangen van degene die een commerciële activiteit uitoefent zijn beroepswoonplaats aangemerkt, en van andere natuurlijke personen hun gebruikelijke woonplaats. [28]

63. Bovendien vereist de zeventiende overweging van de considerans van de verordening voor het openen van secundaire procedures in andere lidstaten parallel aan de hoofdprocedure, dat de schuldenaar een vestiging heeft, en beperkt artikel 27 de gevolgen van de secundaire procedures tot de goederen die zich bevinden op het grondgebied waar die secundaire procedures zijn geopend.

64. Hieruit volgt dat een verband moet bestaan tussen het economisch vermogen van de schuldenaar en de plaats waar de procedure plaatsvindt; voor de schuldeisers biedt dit de beste garantie, omdat zij daardoor de juridische risico's ingeval van insolventie kunnen inschatten. [29] Om deze reden is de opvatting in de literatuur dat in het geval van een beroepsbeoefenaar (bijvoorbeeld een individuele ondernemer of handelaar) die zijn woonplaats in een lidstaat heeft maar zijn activiteiten vanuit een in een andere lidstaat gelegen centrum verricht, deze laatste lidstaat bevoegd is, mits de faillissementsprocedure voortvloeit uit de uitoefening van de beroepswerkzaamheid. [30]

65. Buitendien is overeenkomstig het begrip „vestiging" van artikel 2, sub h, van de verordening [31] de opening van een insolventieprocedure op grond van de loutere aanwezigheid van goederen niet mogelijk. [32]

66. In het hoofdgeding lijkt het onwaarschijnlijk, gezien de korte tijd tussen het verzoek om opening en de verhuizing van Staubitz-Schreiber naar Spanje, dat haar vermogen in dit land een omvang heeft die als „vestiging" in de hierboven genoemde zin voldoet.

28 — Rapport Virgós/Schmit, punt 75.

29 — Ibidem.

30 — Moss, G., Fletcher, I. en Isaacs, S., *„The EC regulation on insolvency proceedings: a commentary and annotated guide"*, Oxford University Press, Oxford, 2002, blz. 169.

31 — „Vestiging" is volgens deze bepaling „elke plaats van handeling waar de schuldenaar met behulp van mensen en goederen een economische activiteit uitoefent die niet van tijdelijke aard is".

32 — Rapport Virgós/Schmit, punt 70.

67. Derhalve moet de voorgelegde prejudiciële vraag aldus worden beantwoord, dat het aan de verwijzende rechter staat om op grond van de gegevens waarover hij beschikt, vast te stellen waar het daadwerkelijke belangencentrum van de schuldenaar ligt; op de vraag of hij zich, zoals de Nederlandse regering stelt, onbevoegd kan verklaren of het verzoek op grond van zijn nationaal recht kan afwijzen, behoeft niet te worden ingegaan, daar de verwijzende rechter deze punten niet aan de orde heeft gesteld.

b) Tijdstip voor de bepaling van het centrum van de voornaamste belangen

68. De Commissie wijst erop dat artikel 3, lid 1, eerste volzin, van verordening nr. 1346/2000 voor de bepaling van het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar niet naar het „tijdstip waarop de procedure is geopend" verwijst, terwijl dit begrip, dat zoals gezegd in artikel 2 is omschreven, herhaaldelijk als toepassingsvoorwaarde opduikt.[33] Dit wijst er op zijn minst op dat de bepaling van het centrum van de voornaamste belangen voor de gemeenschapswetgever niet van die omstandigheid afhangt, ofschoon hij evenmin een alternatief geeft.

33 — Artikelen 5 en 7, punten 1 en 2, van verordening nr. 1346/2000.

69. Er zijn twee zwaarwegende argumenten die ervoor pleiten dat het tijdstip van het verzoek om opening voor die vaststelling beslissend is. Het eerste betreft de genoemde doelstelling om „forum shopping" te verhinderen; het tweede de bevoegdheid van de rechter die het verzoek behandelt om conservatoire maatregelen te nemen.

i) Verhinderen van „forum shopping"

70. In het belang van de discussie zijn enkele korte beschouwingen over dit begrip niet overbodig, nu juristen dit Angelsaksische begrip in het algemeen pejoratief opvatten.

71. Verstaat men onder „forum shopping" de zoektocht van de verzoeker naar de voor zijn verzoek meest gunstige internationale rechterlijke bevoegdheid[34], dan moet men dit verschijnsel, aangezien tussen de verschillende internationale privaatrechtstelsels geen rechtseenheid bestaat, als een natuurlijk gevolg opvatten, waartegen niets in te brengen valt.[35]

34 — Checa Martínez, M., „Fundamentos y límites del forum shopping: modelos europeo y angloamericano", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1998, nr. 3, blz. 521.

35 — Juenger, F. K., „What's wrong with forum shopping?", *Sidney Law Review*, 1994, blz. 5 e.v., inzonderheid blz. 12 en 13.

72. De controverse wordt daardoor verlegd naar de voor de verzoeker op materiële en formele gronden meest gunstige plaats. Dit is niet meer dan een optimalisering van de procedurele mogelijkheden, die voortvloeit uit het bestaan van concurrente gerechten en waarin niets onrechtmatigs schuilt. [36]

73. Wanneer deze praktijk evenwel tot een ongerechtvaardigde ongelijkheid leidt tussen de procespartijen wat hun respectieve belangen betreft, wordt hij laakbaar en is het onmogelijk maken ervan een legitieme normatieve doelstelling.

74. De gemeenschapswetgever heeft dit aldus opgevat in faillissementen en andere vergelijkbare procedures, aangezien hij in de eerdergenoemde vierde overweging van de considerans stelt te willen verhinderen dat partijen er voordeel bij hebben om ter verbetering van hun rechtspositie geschillen of goederen van de ene lidstaat naar de andere over te brengen, waarna hij tussen haakjes de uitdrukking „forum shopping" toevoegt.

75. Dit grondbeginsel van verordening nr. 1346/2000 zou niets meer voorstellen, indien de schuldenaar het centrum van zijn voornaamste belangen in de tijd tussen het verzoek om opening van de insolventieprocedure en de opening van die procedure naar een andere lidstaat zou kunnen verplaatsen. Deze uitlegging strookt niet met de doeltreffende werking van grensoverschrijdende insolventieprocedures die de verordening volgens de tweede overweging van haar considerans nastreeft, omdat zij de schuldeisers zou dwingen de schuldenaar daar te vervolgen waar hij zich kortere of langere tijd belieft te vestigen en hen zodoende van de vereiste rechtszekerheid zou beroven.

76. Zoals de Commissie in haar opmerkingen stelt, zou deze benadering bovendien inhouden dat de bevoegdheid van de rechter steeds daar waar de schuldenaar zich vestigt, ambtshalve moet worden getoetst [37], hetgeen met het beginsel van een goede rechtsbedeling onverenigbaar is.

77. De feiten van het hoofdgeding vallen hoe dan ook niet onder de praktijk van „forum shopping", aangezien Staubitz-Schreiber zelf pleit voor de bevoegdheid van de rechter bij wie zij het verzoek om opening van de insolventieprocedure heeft ingediend. De reden hiervoor is gelegen in een bijzonderheid van het Duitse faillissementsrecht, de zogeheten „Restschuldbefreiung", op grond waarvan de schulden van de gefailleerde die

36 — Siehr, K., „Forum shopping im internationalen Rechtsverkehr", ZfRV, 1984, blz. 133 e.v.; Schack, H., „Internationales Zivilverfahrensrecht", 2e druk, München, 1996, blz. 86 en 87.

37 — Rapport Virgós/Schmit, punt 79.

met de opbrengst van de vereffening niet zijn voldaan volledig worden kwijtgescholden [38], een in andere nationale Europese stelsels onbekende rechtsfiguur. [39]

ii) De bevoegdheid om conservatoire maatregelen te gelasten

78. Zoals ik reeds heb opgemerkt, is de voorlopige curator volgens artikel 38 van verordening nr. 1346/2000 gerechtigd om ten aanzien van de goederen van de schuldenaar die zich in een andere lidstaat bevinden, om elke conservatoire en beschermende maatregelen te verzoeken voor de periode tussen de aanvraag van een insolventieprocedure en de beslissing tot opening daarvan. De zestiende overweging van de considerans benadrukt het belang van dergelijke maatregelen voor de doeltreffendheid van de insolventieprocedure.

79. Aan deze bepaling ligt het streven ten grondslag om passende conservatoire maatregelen te kunnen nemen ter bewaring van de volledige boedel voordat de procedure wordt geopend. [40] In de literatuur wordt discussie gevoerd over de voorwaarden die voor het optreden van die curator in andere landen gelden, in het bijzonder of aan de vereisten voor de opening van een secundaire procedure is voldaan, dat wil zeggen dat de schuldenaar in die andere lidstaten een vestiging heeft. [41] Ofschoon dit aspect in de algemene praktijk van belang is, is dit in casu niet het geval, zodat nader onderzoek ervan niet nodig is.

80. De omvang van de bevoegdheden die artikel 38 van de verordening aan de voorlopige beheerder toekent, behoeft daarentegen wel bespreking. Uit de formulering van deze bepaling blijkt dat het om een verreikende bevoegdheid gaat, aangezien hij „elke [...] conservatoire en beschermende maatregel" kan gelasten.

81. Het feit dat die maatregelen volgens genoemd artikel worden genomen overeenkomstig het nationaal recht van de lidstaat waar zij gevolgen moeten hebben, biedt steun voor de erkenning die volgens artikel 25, lid 1, eerste alinea, nagenoeg automatisch is en bevestigt de bedoeling van de gemeenschapswetgever grensoverschrijdende insolventieprocedures te bespoedigen in de zin van de tweede overweging van de considerans.

38 — In werkelijkheid gaat het meer dan om een kwijtschelding in strikte zin, om de opschorting van de executie van de na de vereffening niet voldane schulden onder de voorwaarde van goed gedrag gedurende een periode van zes jaar volgend op de verklaring dat deze rechtsfiguur van toepassing is. Pape, G. en Uhlenbruck, W., „Insolvenzrecht", München, 2002, blz. 689 e.v.

39 — Dat het Spaanse recht deze figuur niet kent, vermeldt Carrasco Perera, A. uitdrukkelijk in „¿Por qué quiebran los consumidores?", in *Actualidad jurídica Aranzadi*, jaargang XV, nr. 669, van 14 mei 2005, blz. 3.

40 — Duursma-Kepplinger, H.-C., Duursma, D. en Chalupsky, E., „Europäische Insolvenzverordnung — Kommentar", Wenen, 2002, blz. 558; Moss, G., Fletcher, I. en Isaacs, S., op. cit., blz. 228.

41 — Ten gunste van deze opvatting: Rapport Virgós/Schmit, punt 262; en Duursma-Kepplinger, H.-C., Duursma, D. en Chalupsky, E., op. cit., blz. 560. Ertegen: Moss, G., Fletcher, I. en Isaacs, S., op. cit., blz. 229, die menen dat de bevoegdheid van de voorlopige curator zelfs ten aanzien van louter goederen kan worden uitgeoefend, zonder dat zij een vestiging in de zin van verordening nr. 1346/2000 vormen.

82. Tegen deze achtergrond zou het fundament van het systeem van de verordening volledig worden uitgehold, indien de verplaatsing van het centrum van de voornaamste belangen van de gefailleerde in de periode tussen het verzoek om opening van de insolventieprocedure en de opening ervan als rechtsgeldig zou worden beschouwd. Dit zou er, om het plastisch uit te drukken, in laatste instantie toe voeren dat schuldeisers en rechterlijke instantie insolvente schuldenaars voortdurend op de hielen zouden moeten zitten, in een vicieuze cirkel van verzoeken om opening van een insolventieprocedure en verplaatsingen van het centrum van de voornaamste belangen, zonder ooit een veilige haven te bereiken, een lot dat beter in de legende van de vliegende Hollander past dan in een serieuze toepassing van de verordening betreffende insolventieprocedures.

83. Hieruit volgt dat de verplaatsing van het centrum van de voornaamste belangen van de insolvente schuldenaar in de periode tussen het verzoek om opening van de insolventieprocedure en de opening ervan geen wijziging brengt in de bevoegdheid van de rechter bij wie dat verzoek tot behandeling van de insolventieprocedure is ingediend.

VI — Conclusie

84. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van het Bundesgerichtshof (Duitsland) te beantwoorden als volgt:

„De rechter van de lidstaat bij wie het verzoek om opening van een insolventieprocedure is ingediend, is ook dan bevoegd om over de opening van die procedure te beslissen, wanneer de schuldenaar na de indiening van het verzoek, doch vóór de opening van de procedure het centrum van zijn voornaamste belangen naar het grondgebied van een andere lidstaat verplaatst."