

Het internationaal privaatrecht inzake bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement en de rechtspersoon-bestuurder

TvI 2018/27

Deze bijdrage gaat uit van het geval dat een Nederlandse vennootschap in Nederland failliet wordt verklaard en de ingevolge art. 2:138/2:248 BW voor het boedeltekort aansprakelijke bestuurder een buitenlandse rechtspersoon is. De centrale vraag is welk recht de doorbraak (in de zin van art. 2:11 BW) naar de aansprakelijkheid van de bestuurders van deze buitenlandse rechtspersoon-bestuurder beheerst. Volgens de heersende leer is dit het incorporatierecht van de besturende buitenlandse rechtspersoon-bestuurder. In afwijking van de heersende leer beargumenteert de auteur dat op de doorbraakvraag de *lex concursus* c.q. Nederlands recht van toepassing zou moeten zijn.

1. Inleiding

Deze bijdrage gaat over de aansprakelijkheid van bestuurders in het internationaal privaatrecht (hierna: ipr). Ik beperk me tot twee varianten van aansprakelijkheid: de aansprakelijkheid van de bestuurders van een failliete vennootschap voor het boedeltekort en de aansprakelijkheid van de bestuurders van een voor het boedeltekort aansprakelijke rechtspersoon-bestuurder. De nadruk ligt op de ipr-vraag van het toepasselijk recht. De rechtsmachtvraag komt alleen aan de orde voor zover de samenhang van internationale bevoegdheid en toepasselijk recht dit vereist. De aanleiding voor het schrijven van deze bijdrage is een zaak die enkele jaren geleden speelde: *My Guide*.² Het betrof een in Nederland failliet verklaarde BV met als bestuurder een rechtspersoon naar Zwitsers recht en met een curator die wilde 'doorpakken' naar de bestuurder van deze Zwitserse rechtspersoon-bestuurder. Dat bleek niet mogelijk. De weg via art. 2:248 lid 7 BW was afgesloten omdat niet was aangetoond dat de betrokkene kwalificeerde als feitelijk bestuurder. De weg via art. 2:138/2:248 BW in verbinding met art. 2:11 BW liep dood omdat de rechter art. 2:11 BW niet van toepassing achtte op de verhouding tussen de buitenlandse rechtspersoon-bestuurder en haar bestuurders. In deze bijdrage onderzoek ik of de weg via art. 2:11 BW in een casus als zojuist geschetst inderdaad is afgesloten

en kom ik tot de conclusie dat het anders zou kunnen liggen dan algemeen wordt aangenomen. Alvorens in te gaan op de complicaties naar aanleiding van de internationale reikwijdte van art. 2:11 BW, ga ik in paragraaf 2 eerst uit van het geval dat een kapitaalvennootschap die is opgericht naar een ander recht dan het Nederlandse (hierna: buitenlandse vennootschap), in Nederland failliet wordt verklaard. De vraag die ik centraal stel is welk recht in dat geval de aansprakelijkheid van de bestuurders voor het boedeltekort beheerst. Ik ga eerst in op het materiële recht: art. 2:138/2:248 BW (paragraaf 2.1). Vervolgens bespreek ik de (mogelijk) toepasselijke bronnen van ipr, te weten de Insolventieverordening³ (paragraaf 2.2) en het commune ipr zoals neergelegd in Boek 10 Titel 8 BW (paragraaf 2.3) en de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen⁴ (paragraaf 2.4). Paragraaf 3 gaat uit van het met *My Guide* vergelijkbare geval dat een Nederlandse vennootschap in Nederland failliet wordt verklaard en de bestuurder die aansprakelijk is voor het boedeltekort een rechtspersoon is naar buitenlands recht (hierna: buitenlandse rechtspersoon-bestuurder). De centrale vraag is welk recht in dat geval de aansprakelijkheid voor het boedeltekort van de bestuurders van de buitenlandse rechtspersoon-bestuurder beheerst. Eerst ga ik in op het materiële recht: art. 2:11 BW (paragraaf 3.1). Vervolgens komen aan de orde de Insolventieverordening (paragraaf 3.2) en het commune ipr (paragraaf 3.3). In paragraaf 3.4 plaats ik kritische kanttekeningen bij de heersende leer en in paragraaf 3.5 doe ik een voorstel voor een wetswijziging. In paragraaf 4 volgt de conclusie.

2. Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement

2.1 Artikel 2:138/2:248 BW

Op grond van art. 2:138/2:248 lid 1 BW is in geval van faillissement van de vennootschap iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De vordering uit art. 2:138/2:248 BW kan alleen worden ingesteld door de curator; het betreft een aansprakelijkheid 'jegens de boedel'. De vordering is niet overdraagbaar.⁵ Wil de vordering slagen, dan zal de curator moeten stellen (en bewijzen) dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur en dat er een aannemelijk causaal verband is tussen onbehoorlijk bestuur en faillissement. Art. 2:138/2:248 lid 2 BW komt de curator tegemoet in zijn be-

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: S.M. van den Braak, 'Het internationaal privaatrecht inzake bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement en de rechtspersoon-bestuurder', *TvI* 2018/27. S. van den Braak is universitair docent aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.

2 Rb. 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, *JOR* 2013/3, m.nt. B.F. Assink; HR 21 juni 2013, *JOR* 2013/238 (*Van der Meer q.q./Pieper*), m.nt. H.L.E. Verhagen (zie over deze uitspraak paragraaf 3.3.1 van de onderhavige bijdrage); Rb. Oost-Brabant 15 januari 2014, zaaknummer C/01/213434/HA ZA 10-1393.

3 Verordening (EU) 2015/848 (herschikking).

4 *Stb.* 1997, 697, laatstelijk gewijzigd *Stb.* 2015, 505.

5 HR 7 september 1990, *NJ* 1991/52 (*Den Toom/de Kreek q.q.*), m.nt. J.M.M. Maeijer.

wijslast. Ingevolge deze bepaling staat in geval van schending van art. 2:10 BW (de boekhoudplicht) en/of art. 2:394 BW (de publicatieplicht) onbehoorlijk bestuur vast en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Art. 2:138/2:248 lid 7 BW stelt degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald 'als ware hij bestuurder' (hierna: beleidsbepaler), gelijk met een bestuurder. De curator kan dus ook de beleidsbepaler aanspreken voor het tekort. Wil de vordering jegens de beleidsbepaler slagen, dan komt bovenop de bewijslast ter zake van onbehoorlijk bestuur en causaal verband nog de bewijslast dat de betrokkene daadwerkelijk kwalificeert als beleidsbepaler.

Art. 2:138/2:248 lid 3 biedt de door de curator aangesprokene de mogelijkheid van individuele disculpatie. De betrokkene dient te bewijzen dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen af te wenden. De bestuurders zijn aansprakelijk voor (maximaal) het tekort, maar art. 2:138/2:248 lid 4 BW geeft de rechter de bevoegdheid dit bedrag voor alle bestuurders of voor een individuele bestuurder te verminderen indien dit bedrag hem, gelet op de in lid 4 genoemde gronden, bovenmatig voorkomt. Art. 2:138/2:248 BW is in de huidige versie ingevoerd in 1987, als onderdeel van de derde misbruikwet die tot doel had misbruik van rechtspersonen tegen te gaan. De uitbreiding in art. 2:248 lid 7 BW van de kring van aansprakelijke personen beoogt te voorkomen dat bestuurders hun aansprakelijkheid afwentelen op stromannen.⁶ Het Voorontwerp Insolventiewet voorzag in verplaatsing van art. 2:138/2:248 BW naar de (nooit ingevoerde) Insolventiewet.⁷ Het thans aanhangige wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen voorziet in verplaatsing van art. 2:138/2:248 BW naar art. 2:9c BW.⁸ In deze bijdrage wordt naar art. 2:138/2:248 BW verwezen.

2.2 De Insolventieverordening

2.2.1 Rechtsmacht: art. 6 lid 1

In de Insolventieverordening is het COMI een centraal begrip.⁹ Onder het COMI wordt verstaan de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert en die als zodanig voor derden herkenbaar is, en bij vennootschappen en rechtspersonen wordt het COMI vermoed, zolang het tegendeel niet is bewezen, de plaats van de statutaire zetel te zijn (art. 3 lid 1 Insolventieverordening). De Insolventieverordening is van toepassing als het COMI van de schuldenaar in de Unie ligt (preambule Overweging 25), de insolventieprocedure is geopend op of na 26 juni 2017 (art. 84 Insolventieverordening) en het een insolventieprocedure betreft als gedefinieerd in art. 1 Insolventieverordening, waaronder ook het Nederlandse faillissement. In-

solventieprocedures van vóór 26 juni 2017 vallen onder de Insolventieverordening 2000.¹⁰ De bevoegdheidsregels in de thans geldende, herschikte Insolventieverordening zijn weliswaar anders en uitgebreider geformuleerd, maar wijken in essentie niet af van de voorheen geldende regels.¹¹ In het vervolg van mijn bijdrage verwijs ik alleen naar de huidige, herschikte verordening. Zoals gezegd ga ik uit van het geval van een in Nederland failliet verklaarde buitenlandse vennootschap. Omdat het toepassingsgebied van de Insolventieverordening niet afhangt van de 'nationaliteit' van de schuldenaar maar van diens COMI, geldt het hiernavolgende mutatis mutandis ook in het geval van een in Nederland failliet verklaarde Nederlandse vennootschap.

Art. 3 lid 1 Insolventieverordening verleent de rechters van de lidstaat op het grondgebied waarvan het COMI van de schuldenaar gelegen is, de bevoegdheid een insolventieprocedure ('hoofdinsolventieprocedure') te openen. Is het COMI van een buitenlandse vennootschap in Nederland gesitueerd (in welk geval bewezen of onweersproken zal zijn dat het COMI niet samenvalt met de plaats van de statutaire zetel), dan kan de Nederlandse rechter dus aan art. 3 lid 1 Insolventieverordening rechtsmacht ontleen om een hoofdinsolventieprocedure te openen. Ingevolge art. 6 lid 1 Insolventieverordening is de rechter die bevoegd is voor de opening van de insolventieprocedure tevens bevoegd 'voor alle vorderingen die rechtstreeks uit de insolventieprocedure voortvloeien en er nauw verband mee houden'.¹² Aangenomen wordt dat de vordering van de curator op grond van art. 2:138/2:248 BW kwalificeert als rechtstreeks uit de insolventieprocedure voortvloeiend en er nauw verband mee houdend. De vordering komt immers pas op in faillissement en kan uitsluitend worden ingesteld door de curator. Bovendien komt de opbrengst (het tekort) ten goede aan de boedel.¹³ De Nederlandse rechter die – vanwege een COMI in Nederland – aan art. 3 lid 1 Insolventieverordening rechtsmacht ontleent om het faillissement van de buitenlandse vennootschap uit te spreken, is op grond van art. 6 Insolventieverordening dus bevoegd – zo neemt men aan – kennis te nemen van een vordering van de curator uit hoofde van art. 2:138/2:248 BW jegens een bestuurder/beleidsbepaler van de buitenlandse vennootschap. De betreffende bestuurder/beleidsbepaler kan dus, ongeacht zijn eigen woonplaats, voor de Nederlandse rechter worden gedaagd.¹⁴ Zou de curator tegen de betreffende bestuurder/beleidsbepaler tevens een met de vordering uit art. 2:138/2:248 BW sa-

6 Zie over de derde misbruikwet en de totstandkomingsgeschiedenis uitgebreid J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998, p. 275 e.v.

7 Zie M.L. Lennarts, 'Titel 8 van het Voorontwerp Insolventiewet: bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement', *Ondernemingsrecht* 2008/13.

8 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 2.

9 Afkorting van het Engelse begrip 'center of main interests'.

10 Verordening (EG) 1346/2000.

11 Vgl. P.M. Veder, 'Europese ontwikkelingen in het insolventierecht', *Tvl* 2013/32.

12 De bevoegdheid ter zake van deze zogenaamde *Gourdain/Nadler*-vorderingen (naar HvJ EG 22 februari 1979, C-133/78, NJ 1979/564, m.nt. J.C. Schultsz) werd voorheen ingelezen in de rechtsmachtregel met betrekking tot het openen van een insolventieprocedure, zie HvJ EU 12 februari 2009, C-339/07, *JOR* 2011/340 (*Seagon/Deko Marty*), m.nt. P.M. Veder.

13 Zie voor deze kwestie onder de voorloper van de huidige verordening M.L. Lennarts, 'Toepassing van art. 2:248 BW en art. 5 WCC na inwerkingtreding van de Europese Insolventieverordening', *Tvl* 2001/6. Zie voorts P. Vlas, *Rechtspersonen*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2017, nr. 316.

14 De woonplaats van de aangesprokene bestuurder/beleidsbepaler is wél relevant in het kader van de erkenning en tenuitvoerlegging van de beslissing van de COMI-rechter. Zie art. 32 Insolventieverordening.

menhangende niet-insolventierechtelijke vordering willen instellen (bijvoorbeeld een vordering uit hoofde van art. 2:9 BW), dan kan de curator ervoor kiezen beide vorderingen in te stellen bij de rechter van de lidstaat op het grondgebied waarvan de betrokkene woonplaats heeft, voor zover deze rechter bevoegdheid kan ontlenen aan Brussel I-bis.¹⁵ De laatstgenoemde rechter kan in dat geval aan art. 6 lid 2 Insolventieverordening bevoegdheid ontlenen om (ook) over de insolventierechtelijke vordering van art. 2:138/2:248 BW te oordelen. De achterliggende gedachte hierachter is, zo valt te lezen in art. 6 lid 3 Insolventieverordening, dat vermeden moet (kunnen) worden dat afzonderlijke berechting van samenhangende vorderingen tot onverenigbare beslissingen leidt.¹⁶

In het geval dat de vennootschap een COMI heeft elders in de Unie, maar wel een vestiging in de zin van art. 2 onder 10 Insolventieverordening in Nederland, is de Nederlandse rechter ingevolge art. 3 lid 2 Insolventieverordening bevoegd een zogenaamde secundaire procedure openen, die alleen betrekking heeft op goederen die zich in Nederland bevinden. Het is niet duidelijk of de Nederlandse rechter in het geval van een in Nederland geopende secundaire procedure bevoegd is kennis te nemen van een vordering van de curator (in de secundaire procedure) uit hoofde van art. 2:138/2:248 BW. Uit art. 2 lid 9 onder viii Insolventieverordening zou kunnen worden afgeleid dat de Nederlandse rechter in dat geval aan art. 6 lid 1 Insolventieverordening bevoegdheid kan ontlenen om kennis te nemen van een vordering uit hoofde van art. 2:138/2:248 BW jegens een bestuurder die zelf zijn COMI in Nederland heeft.¹⁷ Neemt men deze bevoegdheid aan, dan kunnen complicaties ontstaan. Zo zou in de hoofdprocedure een ander recht toepasselijk (kunnen) zijn op de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering dan in de Nederlandse secundaire procedure.¹⁸ In het vervolg van deze bijdrage ga ik uit van het geval van een in Nederland geopende hoofdprocedure.

2.2.2 Toepasselijk recht: art. 7 lid 1

Op grond van art. 7 lid 1 Insolventieverordening worden de insolventieprocedure en de gevolgen daarvan beheerst door het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de insolventieprocedure wordt geopend. De algemene conflictregel wijst dus als het toepasselijk recht de *lex concursus* aan. Geldt de algemene conflictregel ook voor de bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement? Richtinggevend is het onder de verordening geldende beginsel van *Gleichlauf* van *forum* en *ius*: wordt een bepaling (in casu: art. 2:138/2:248 BW) in het kader van de rechtsmacht aangemerkt als een bepaling van insolventierecht, dan valt de betreffende bepaling in beginsel onder het door art. 7 In-

solventieverordening aangewezen toepasselijke recht.¹⁹ De constatering in de vorige paragraaf dat art. 2:138/2:248 BW kwalificeert als een bepaling van insolventierecht die onder de rechtsmachtregel van art. 6 lid 1 Insolventieverordening valt, heeft dus ook gevolgen voor het toe te passen recht. In het licht van de arresten van het HvJ EU *H/H.K.*²⁰ en met name ook *Kornhaas/Dithmar*²¹ lijkt de conclusie dat art. 2:138/2:248 BW onder het bereik van art. 7 Insolventieverordening valt bovendien onontkoombaar.²² Helemaal zeker is dit echter niet. Uiteindelijk gaat het om een kwestie van uitleg waarin het HvJ EU het laatste woord heeft. In de lagere rechtspraak zijn uitspraken te vinden waarin op grond van (de voorganger van) art. 7 Insolventieverordening tot toepasselijkheid van art. 2:138/2:248 BW wordt geconcludeerd.²³ Daar tegenover staan ook uitspraken waarin het toepasselijke recht wordt gevonden aan de hand van het *commune iur.*²⁴

Het recht waarnaar art. 7 Insolventieverordening verwijst, moet worden toegepast met uitsluiting van het *ipr.*²⁵ Voor de bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement betekent dit dat op grond van art. 7 Insolventieverordening art. 2:138/2:248 BW rechtstreeks van toepassing is op een buitenlandse, in Nederland failliet verklaarde vennootschap. Uiteraard vergt toepassing op een buitenlandse vennootschap van de voor Nederlandse vennootschappen geschreven regel van art. 2:138/2:248 BW de nodige materiële rechtelijke aanpassing.²⁶ Ik kom hier in paragraaf 3.5.2 op terug.

De consequentie van een insolventierechtelijke kwalificatie van art. 2:138/2:248 BW is overigens ook dat deze bepaling *niet* van toepassing is op een Nederlandse vennootschap die vanwege een COMI elders in de Unie door een andere rechter dan de Nederlandse failliet wordt verklaard. In de vorige paragraaf hebben we gezien dat een vordering uit hoofde van art. 2:138/2:248 BW in dat geval mogelijk nog wel zou kunnen opduiken in het kader van een in Nederland geopende secundaire procedure. De (eventueel) daaruit voortvloeiende complicaties blijven hier zoals gezegd buiten beschouwing.

19 Asser/Vonken 10-1 2013/34 noemt de Insolventieverordening in het kader van het *Gleichlauf*-beginsel expliciet als voorbeeld.

20 HvJ EU 4 december 2014, C-295/13, *JOR* 2016/103.

21 HvJ EU 10 december 2015, C-594/14, *JOR* 2016/104, m.nt. P.M. Veder.

22 In deze zin – nog voor *Kornhaas* – N.W.A. Tollenaar, 'Bestuurdersaansprakelijkheid en IPR (II)', *FIP* 2009/7; Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/76. Zie voorts de annotaties bij *Kornhaas* van A.L. Jonkers, *Insolventierecht Updates* 2015/0358; Veder 2016 (zie noot 20); F.P. van Koppen & A. Van Wessel, *Bb* 2016/32. Zie ook M. Zilinsky, 'De bestuurdersaansprakelijkheid in het internationaal privaatrecht: een probleem van kwalificatie', Den Haag: Boom juridisch 2017; T.M.C. Arons, 'Internationale bevoegdheid en toepasselijk recht bij aansprakelijkstelling van bestuurders door de curator van een Nederlandse vennootschap', *Ondernemingsrecht* 2018/3. Meer terughoudend: G. van Solinge, *T&C BW* (2017), aant. 1 bij art. 10:121 lid 1 BW.

23 Zie bijvoorbeeld Rb. Dordrecht 3 februari 2010, *RO* 2010/34.

24 Zie bijvoorbeeld Rb. Dordrecht 19 december 2012, *RO* 2013/19.

25 Vgl. preambule Overweging 66 waar het gaat over 'uniforme collisioneregels' die 'in de plaats treden van de nationale voorschriften op het gebied van het internationale privaatrecht'. Vgl. Asser/Vonken 10-1 2013/437.

26 Over dit assimilatieprobleem: M.L. Lennarts, 'Toepasselijkheid art. 2:248 lid 2 BW bij faillissement van een naar Engels recht opgerichte limited in Nederland', *Tvl* 2008/45.

15 Verordening (EU) 1215/2012, ook wel aangeduid als EEX I-bis of EEX II.

16 Zie ook preambule Overweging 35; Veder 2013 (zie noot 10).

17 Vgl. A.A.H. van Hoek, 'Shoppen in het recht: het vennootschapsrecht en aanpalende rechtsgebieden 'ontbundeld'', in: *Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht* 2014, Zutphen: Paris 2014, p. 59-91 (p. 87).

18 Zie over complicaties onder de 'oude' Insolventieverordening Lennarts 2001 (zie noot 12).

2.3 *Commune ipr: Boek 10 Titel 8 BW*

2.3.1 *Toepasselijk recht: art. 10:121 lid 1 BW*

Het *commune ipr* met betrekking tot corporaties (vennootschappen en andere zelfstandige lichamen en samenwerkingsverbanden) is neergelegd in Titel 8 Boek 10 BW. Volgens de algemene conflictregel, opgenomen in art. 10:118 BW, is op een buitenlandse vennootschap van toepassing het recht van de staat naar welks recht de vennootschap is opgericht – het incorporatierecht. Art. 10:121 lid 1 BW vormt een uitzondering op deze regel. De eerste volzin van art. 10:121 lid 1 BW verklaart namelijk art. 2:138 BW van overeenkomstige toepassing op de aansprakelijkheid van de bestuurders van een door buitenlands recht beheerde corporatie die in Nederland failliet is verklaard en in Nederland is onderworpen aan de heffing van vennootschapsbelasting. Ingevolge de tweede volzin van art. 10:121 lid 1 BW zijn als bestuurders eveneens aansprakelijk degenen die met de leiding van de in Nederland verrichte werkzaamheden zijn belast (hierna: lokale managers). Uit de parlementaire geschiedenis wordt duidelijk dat met deze formulering wordt bedoeld dat voor de toepassing van art. 2:138 BW lokale managers worden gelijkgesteld met bestuurders.²⁷

Art. 10:121 lid 1 BW is terug te voeren op de al eerdergenoemde misbruikwetgeving en beoogt te voorkomen dat de aansprakelijkheid uit hoofde van art. 2:138 BW wordt ontdoken door bedrijfsactiviteiten in Nederland uit te oefenen met behulp van een buitenlandse vennootschap.²⁸ De aansprakelijkheid van de lokale manager is opgenomen in verband met de verhaals(on)mogelijkheid in Nederland indien de bestuurders buiten Nederland zetelen, de koppeling aan de vennootschapsbelasting om niet-commerciële rechtspersonen uit te sluiten.²⁹ Overigens kan men zich afvragen of het discriminatoire karakter van de regeling – bij een Nederlandse vennootschap behoort de lokale manager niet (zonder meer) tot de kring van (mogelijk) aansprakelijke functionarissen – niet op gespannen voet staat met het gelijkheidsbeginsel, maar deze vraag laat ik rusten.³⁰

2.3.2 *De betekenis van art. 10:121 lid 1 BW in het licht van de Insolventieverordening*

Omdat we alleen aan het *commune ipr* toekomen bij gebreke van een internationale rechtsbron, is art. 10:121 lid 1 BW (naar alle waarschijnlijkheid) alleen van toepassing in het faillissement van een in Nederland failliet verklaarde buitenlandse vennootschap met een COMI dat *niet* in de Unie ligt. De betekenis van art. 10:121 lid 1 BW is derhalve beperkt tot de gevallen waarin de vennootschap een COMI heeft buiten de Unie en een kantoor in Nederland. De Ne-

derlandse rechter kan in dat geval aan art. 2 lid 4 Fw bevoegdheid ontleen om het faillissement van de vennootschap uit te spreken en aan art. 6(i) Rv om te oordelen over een art. 2:138/2:248 BW-vordering.³¹

Onder het *commune ipr* wordt de vordering van de curator inzake het tekort in faillissement net als onder de Insolventieverordening beheerst door Nederlands recht c.q. art. 2:138/2:248 BW. Beide *ipr*-bronnen leiden dus tot hetzelfde resultaat, zij het dat dit resultaat onder de Insolventieverordening wordt bereikt aan de hand van een meezijdige conflictregel en onder het *commune ipr* aan de hand van een eenzijdige. Voorts is onder het *commune ipr* voor de toepasselijkheid van art. 2:138 BW expliciet vereist dat de vennootschap in Nederland is onderworpen aan de heffing van vennootschapsbelasting. Onder de Insolventieverordening speelt dit vereiste geen expliciete rol.³² Een ander verschil betreft de lokale manager. Is art. 7 Insolventieverordening van toepassing, dan behoort de lokale manager – vanwege de rechtstreekse verwijzing naar art. 2:138/2:248 BW – mijns inziens niet tot de kring van aansprakelijke personen. Volgens Tollenaar en Asser/Kramer & Verhagen kan de bepaling inzake de lokale manager wél worden toegepast in een faillissement dat onder de Insolventieverordening valt.³³ Laatstgenoemde kwalificeert de bepaling als een materiële regel van *ipr* die deel uitmaakt van de Nederlandse *lex concursus* waarnaar art. 7 Insolventieverordening verwijst. Deze zienswijze overtuigt mij niet omdat de Insolventieverordening geen ruimte laat voor de toepassing van (materiële regels van) *commune ipr*. Bovendien plaats ik vraagtekens bij de kwalificatie van de bepaling als materiële regel van *ipr*. Het betreft mijns inziens namelijk geen materiële norm. De bepaling breidt de kring van (mogelijk) aansprakelijke personen uit met een extra categorie en is daarmee slechts een afgeleide van een materiële norm (de aansprakelijkheidsnorm van art. 2:138 BW).

2.4 *Commune ipr: Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (Wfbv)*

2.4.1 *Toepasselijk recht: art. 4 Wfbv*

De Wfbv begrenst de vrijheid die het incorporatiestelsel aan ondernemers biedt om in Nederland te ondernemen door middel van een naar vreemd recht opgerichte vennootschap. De Wfbv gaat oneigenlijk gebruik van buitenlandse kapitaalvennootschappen tegen door bepaalde regels van Nederlands recht toe te passen op vennootschappen die formeel buitenlands zijn, maar feitelijk alleen zijn verbonden met de Nederlandse rechtssfeer. De Wfbv is ingevolge art. 1

27 Kamerstukken I 1985/86, 16631, 27b, p. 22-23.

28 De regeling is via art. 2:138 lid 11 BW (oud) en art. 5 Wet conflictenrecht corporaties in Boek 10 BW terechtgekomen. Over de parlementaire geschiedenis: Wezeman 1998 (zie noot 5), p. 423 e.v.

29 Idem.

30 Vgl. Van Solinge 2017 (zie noot 21), aantekening 5; C.E.J.M. Hanegraaf, *Art. 2:11 BW, doorgesluit van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoe diep kan een bestuurder vallen?* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 275-276.

31 Vgl. art. 10:121 lid 2 BW, waarvan Tollenaar zich afvraagt of het geen overbodige bepaling is: N.W.A. Tollenaar, 'Bestuurdersaansprakelijkheid en IPR (I)', *FIP* 2009/6, p. 180.

32 Terughoudend: Vlas 2017 (zie noot 12), nr. 316. Het fiscale criterium is mijns inziens geen onderdeel van de *ipr*-regel, maar van de *lex concursus* waarnaar de Insolventieverordening verwijst, vgl. de art. 2:50a, 2:53a en 2:300a BW.

33 Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/77; Tollenaar 2009 (zie noot 21), p. 205.

lid 2 niet van toepassing op vennootschappen die zijn opgericht naar het recht van een lidstaat.³⁴

Art. 4 Wfbv verklaart ten aanzien van een formeel buitenlandse vennootschap in geval van uitkeringen aan aandeelhouders, inkoop van aandelen en vermindering van het geplaatste kapitaal met terugbetaling op aandelen, een aantal bepalingen van Nederlands recht van overeenkomstige toepassing. Een van die bepalingen is art. 2:248 BW. Ingevolge art. 7 Wfbv worden voor de toepassing van art. 4 Wfbv met de bestuurders van de vennootschap gelijkgesteld degenen die met de dagelijkse leiding van de aan de vennootschap toebehorende onderneming zijn belast. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat met deze omschrijving wordt bedoeld op dezelfde categorie personen als bedoeld in art. 10:121 lid 1 BW tweede volzin: de lokale managers.³⁵

2.4.2 Zelfstandige betekenis?

De huidige versie van art. 4 Wfbv dateert van 2012, toen art. 4 Wfbv in verband met de invoering van de 'flex-BV' ingrijpend is gewijzigd.³⁶ Lennarts en Boschma hebben destijds opgemerkt dat de doorschakeling in art. 4 Wfbv naar art. 2:248 BW zelfstandige betekenis mist.³⁷ Ik ben dat met hen eens. Aangezien de status van formeel buitenlandse vennootschap een COMI in Nederland impliceert, valt het faillissement van een formeel buitenlandse vennootschap onder het toepassingsgebied van de Insolventieverordening. Op grond van art. 7 Insolventieverordening is art. 2:138/2:248 BW dan rechtstreeks van toepassing. Aan het *commune ipr* – de Wfbv – komen we niet meer toe. Mocht – anders dan algemeen wordt aangenomen – blijken dat de bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement niet onder art. 7 Insolventieverordening valt, dan is art. 2:248 BW van toepassing op grond van art. 10:121 lid 1 BW. De gelijkstelling van lokale managers en bestuurders in art. 7 Wfbv voegt evenmin iets toe. Art. 10:121 lid 1 BW tweede volzin doet dat immers ook al – zelfs met betrekking tot vennootschappen die zijn opgericht naar het recht van een lidstaat – een categorie die de Wfbv in art. 1 lid 2 uitsluit. Waarom de toepasselijkverklaring van art. 2:248 BW in art. 4 Wfbv is opgenomen, is onduidelijk. De parlementaire stukken geven op dit punt geen nadere toelichting.³⁸

3. De rechtspersoon/bestuurder

3.1 Artikel 2:11 BW

Art. 2:11 BW bepaalt dat de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon tevens hoofdelijk rust op eenieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is. Art. 2:11 BW is ingevoerd in 1987, als onderdeel van de derde misbruikwet waarbij ook art. 2:138/2:248 BW een

nieuwe formulering kreeg. Door rechtspersonen als bestuurders aan te wijzen zou de bestuurdersaansprakelijkheid kunnen worden beperkt. Art. 2:11 BW voorkomt dergelijk misbruik.³⁹ Art. 2:11 BW schakelt alleen door naar de formele bestuurders van de rechtspersoon-bestuurder, niet naar de (mede)beleidsbepalers.⁴⁰ Wel kan art. 2:11 BW worden toegepast als het gaat om de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-beleidsbepaler als bedoeld in art. 2:138/2:248 lid 7 BW.⁴¹ Hetzelfde geldt – zo zou ik willen aannemen – voor de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-lokale manager als bedoeld in art. 10:121 lid 1 BW tweede volzin. Zowel de beleidsbepaler als de lokale manager wordt immers voor de toepassing van art. 2:138/2:248 BW gelijkgesteld met een bestuurder. Art. 2:11 BW kan opnieuw worden toegepast als degene naar wie wordt doorgeschakeld ook een rechtspersoon is.⁴² In de literatuur wordt in dit verband gesproken van *matroesjkapoppetjes*⁴³ en een *Droste-effect*.⁴⁴

Art. 2:11 BW heeft niet alleen betrekking op de aansprakelijkheid van art. 2:138/2:248 BW. De reikwijdte strekt zich ook uit tot andere grondslagen voor bestuurdersaansprakelijkheid.⁴⁵ Andere grondslagen dan art. 2:138/2:248 BW blijven hier verder buiten beschouwing. De rechtspersoon-bestuurder die wordt aangesproken op grond van art. 2:138/2:248 BW kan zich disculperen op de voet van art. 2:138/2:248 lid 3 BW. De bestuurder van de rechtspersoon-bestuurder die via art. 2:11 BW wordt aangesproken, heeft deze mogelijkheid ook. Hetzelfde geldt voor een beroep op een matigingsgrond als bedoeld in art. 2:138/2:248 lid 4 BW.⁴⁶

In het vervolg van deze bijdrage duid ik de rechtspersoon-bestuurder/beleidsbepaler aan als eerstegraadsbestuurder en de bestuurder van de eerstegraadsbestuurder als tweedegraadsbestuurder. Ik ga zoals gezegd uit van het geval dat een Nederlandse vennootschap in Nederland failliet wordt verklaard en de op grond van art. 2:138/2:248 BW aansprakelijke bestuurder of beleidsbepaler een buitenlandse rechtspersoon is. De vraag die ik aan de orde stel is of art. 2:11 BW in dat geval van toepassing is op de doorbraakvraag. Met de term 'doorbraak' duid ik op de doorbraak *ex lege* die art. 2:11 BW bewerkstelligt.

3.2 De Insolventieverordening

3.2.1 Rechtsmacht: art. 6

Hiervoor in paragraaf 2.2.1 hebben we gezien dat de Nederlandse rechter op grond van art. 6 lid 1 Insolventiever-

34 Codificatie van HvJ EG Inspire Art 30 september 2003, C-167/01, JOR 2003/249, m.nt. G.-J. Vossestein.

35 Kamerstukken II 1994/95, 24139, 3, p. 11.

36 Stb. 2012, 300.

37 M.L. Lennarts & H.E. Boschma, 'Een nieuwe stap voorwaarts in de richting van de Flex-BV: het wetsvoorstel invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht', *WPNR* 2010/6857.

38 Kamerstukken II 2009/10, 32426, 3, p. 35-36.

39 Uitgebreid: Hanegraaf 2017 (zie noot 29).

40 HR 28 april 2000, JOR 2000/128 (*Montedison*). Kritisch: M.J. Kroeze & J.B. Wezeman, 'Over art. 2:11 BW, matroesjkapoppetjes en de aansprakelijkheid van de beleidsbepaler', in: C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Marius geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 219-231.

41 HR 14 maart 2008, NJ 2008/466 (*Lammerts/Aerts q.q.*), m.nt. J.M.M. Maeijer.

42 Kamerstukken II 1980/81, 16631, 3, p. 3.

43 Wezeman 1998 (zie noot 5), p. 365.

44 M.L. Lennarts, 'Piercing the corporate director – Over de (on)zin van art. 2:11 BW en art. 106a lid 2 Fw', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 157-199.

45 Ook tot art. 6:162 BW. Zie HR 17 februari 2017, NJ 2017/215 (*Kampschöer/Le Roux*), m.nt. P. van Schilfgaarde.

46 Kamerstukken II 1983/84, 16631, 6, p. 18.

ordering (naar alle waarschijnlijkheid) bevoegd is kennis te nemen van een vordering van de curator op de voet van art. 2:138/2:248 BW jegens de bestuurders/beleidsbepalers van een door de Nederlandse rechter overeenkomstig art. 3 Insolventieverordening failliet verklaarde buitenlandse vennootschap. Aangezien onder de Insolventieverordening de bevoegdheid van de rechter om een faillissement uit te spreken niet afhankelijk is van de 'nationaliteit' van de schuldenaar maar van diens COMI, is de rechtsmachtregel van art. 6 Insolventieverordening niet alleen van toepassing in het faillissement van een buitenlandse vennootschap met een COMI in Nederland, maar ook in het faillissement van een Nederlandse vennootschap met een COMI in Nederland.⁴⁷ De buitenlandse eerstegraadsbestuurder van een in Nederland failliet verklaarde Nederlandse vennootschap met een COMI in Nederland kan dus, ongeacht zijn eigen woonplaats, ter zake van een vordering uit art. 2:138/2:248 BW voor de Nederlandse rechter worden gedaagd. Stel nu dat de curator in een voorkomend geval niet (alleen) de buitenlandse eerstegraadsbestuurder zélf wil aanspreken, maar via art. 2:11 BW wil 'doorbreken' naar de tweedegraadsbestuurders, is de Nederlandse rechter dan óók bevoegd ter zake van de vordering jegens de tweedegraadsbestuurders? De tekst van art. 6 lid 1 Insolventieverordening laat weinig ruimte voor twijfel. Ook de vordering jegens de tweedegraadsbestuurders is een vordering die rechtstreeks uit de insolventieprocedure voortvloeit en er nauw verband mee houdt: de vordering komt pas op in faillissement, kan uitsluitend worden ingesteld door de curator en de opbrengst (het tekort) komt ten goede aan de boedel c.q. de schuldeisers. In het licht van de zaken *H./H.K* en *Kornhaas/Dithmar*⁴⁸ lijkt de omstandigheid dat art. 2:11 BW is opgenomen in het Nederlandse burgerlijk wetboek, niet relevant. De context van het faillissement is beslissend.⁴⁹ Het is mijns inziens daarom verdedigbaar dat de Insolventieverordening wat betreft rechtsmacht een insolventierechtelijke kwalificatie afdwingt van de vordering van de curator jegens de tweedegraadsbestuurder(s) uit hoofde van art. 2:11 BW in verbinding met art. 2:138/2:248 BW. Daar komt nog bij dat het alternatief – de vordering jegens de tweedegraadsbestuurder(s) kwalificeert *niet* als insolventierechtelijk van aard – weinig aantrekkelijk is. Volgens dit alternatief is ter zake van de vordering jegens de eerstegraadsbestuurder de Nederlandse rechter bevoegd (op grond van art. 6 lid 1 Insolventieverordening) en ter zake van de vordering jegens de tweedegraadsbestuurder de onder Brussel I-bis bevoegde rechter.⁵⁰ De Insolventieverordening voorziet echter niet in de mogelijkheid deze vorderingen te bundelen. Art. 6 lid 2 Insolventieverordening ziet slechts op bundeling van vorderingen jegens *dezelfde* verweerder, en dat is niet aan de orde. De insolventierechtelijke vordering wordt immers

ingesteld jegens de eerstegraadsbestuurder en de niet-insolventierechtelijke vordering jegens de tweedegraadsbestuurder. De berechting door afzonderlijke fora kost tijd en geld en zou bovendien kunnen leiden tot onverenigbare beslissingen. Dit is niet wenselijk. Mijn (voorzichtige) conclusie is dan ook dat de tweedegraadsbestuurders, ongeacht hun eigen woonplaats, ter zake van een vordering van de curator uit hoofde van art. 2:11 BW in samenhang met art. 2:138/2:248 BW voor de Nederlandse rechter kunnen worden gedaagd.⁵¹ Voor de toepasselijkheid van de rechtsmachtregel van art. 6 Insolventieverordening lijkt de lengte van een eventuele keten van rechtspersoon-bestuurders overigens niet relevant: jegens alle schakels betreft het immers een vordering ter zake van het tekort die pas opkomt in faillissement en uitsluitend kan worden ingesteld door de curator. Bij een insolventierechtelijke kwalificatie van art. 2:11 BW in verbinding met art. 2:138/2:248 BW zouden dus zowel de tweedegraads- als de 'hogeregraads'-bestuurders voor de Nederlandse rechter kunnen worden gedaagd. In de literatuur en jurisprudentie is tot op heden niet of nauwelijks expliciet ingegaan op de rechtsmachtvraag bij doorbraak. Omdat het om een vraag van uitleg van de Insolventieverordening gaat, heeft het HvJ EU uiteindelijk het laatste woord. Hopelijk komt er op afzienbare termijn in elk geval een indirect antwoord. De Hoge Raad heeft namelijk onlangs prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU over een zogenaamde *Peeters/Gatzen*-vordering, een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad die door de curator jegens derden (en dus ook tegen de bestuurders) kan worden ingesteld ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers ter opheffing van door de gezamenlijke schuldeisers geleden schade.⁵² Centraal staat de vraag of deze vordering valt onder het burgerlijke- en handelsrecht, in welk geval de bevoegdheidsregels van (de voorganger van) Brussel I-bis van toepassing zijn, of onder het insolventierecht, in welk geval de bevoegdheids- en verwijzingsregels van de Insolventieverordening van toepassing zijn. Hoewel de *Peeters/Gatzen*-vordering van een andere aard is dan de vordering van de curator jegens de tweedegraadsbestuurders ter zake van het boedeltekort, zou het oordeel van het Hof ook licht kunnen werpen op de rechtsmachtvraag bij doorbraak.

3.2.2 Toepasselijk recht: art. 7

Hiervoor in paragraaf 2.2.2 hebben we gezien dat de aansprakelijkheid uit art. 2:138/2:248 BW (waarschijnlijk) onder de door art. 7 Insolventieverordening aangewezen *lex concursus* valt. Valt de aansprakelijkheid voor het boedeltekort van de tweedegraadsbestuurders eveneens onder de *lex concursus*? Opvallend genoeg wordt in de rechtspraak (zie paragraaf 3.3.1 hierna) en doorgaans ook in de doctrine zonder meer (impliciet) aangenomen dat de doorbraakvraag een kwestie van vennootschapsrecht is. De vraag naar de (eventuele) betekenis van de Insolventieverorde-

47 Het geval van een COMI buiten Nederland, al of niet binnen de Unie, laat ik buiten beschouwing. Zie ook paragraaf 2.2.1 van deze bijdrage.

48 Zie noot 19 en 20.

49 Vgl. T.M. Bos, 'Kwalificatie van de *Peeters/Gatzen*-vordering', *WPNR* 2018/7183.

50 Aangenomen dat Brussel I-bis formeel en temporeel van toepassing is. De uitsluiting van art. 1 lid 2 sub b Brussel I-bis is niet aan de orde bij de aanname dat de vordering kwalificeert als een burgerlijke of handelszaak.

51 Vgl. noot 13.

52 HR 8 september 2017, *JOR* 2017/334, m.nt. M.A. Broeders. Zie Bos 2018 (zie noot 48).

ning blijft onderbelicht.⁵³ Ten onrechte, zo zou ik menen. Immers, de Insolventieverordening dient autonoom te worden uitgelegd⁵⁴ en het is niet ondenkbaar dat de Insolventieverordening een insolventierechtelijke kwalificatie afdwingt. Hiervoor in paragraaf 3.2.1 heb ik betoogd dat het heel wel mogelijk is dat art. 2:11 BW in samenhang met de aansprakelijkheid van art. 2:138/2:248 BW, in het kader van de *rechtsmacht* moet worden aangemerkt als een bepaling van insolventierecht. Is dit inderdaad het geval, dan is volgens het *Gleichlauf*-beginsel (zie paragraaf 2.2.2) art. 2:11 BW ook wat betreft het *toepasselijk recht* een regel van insolventierecht. Art. 2:11 BW is dan van toepassing, óók als het de aansprakelijkheid betreft van tweedegraadsbestuurders (en hogeregraadsbestuurders) van een uit hoofde van art. 2:138/2:248 BW aansprakelijke buitenlandse eerstegraadsbestuurder. Uiteraard gaat het hier net als bij art. 2:138/2:248 BW om een kwestie van uitleg waarin het HvJ EU het laatste woord heeft.

3.3 *Commun ipr*

3.3.1 *Boek 10 Titel 8 BW*

Uit *HR D Group/Schreurs q.q.*⁵⁵ en *HR Van der Meer q.q./Pieper*⁵⁶ (het laatstgenoemde arrest betreft de zaak *My Guide*) blijkt dat de aansprakelijkheid van de bestuurders van een uit hoofde van art. 2:138/2:248 BW aansprakelijke eerstegraadsbestuurder, ingevolge art. 10:118 BW jo. art. 10:119 onder e BW wordt beheerst door het incorporatierecht van de aansprakelijke eerstegraadsbestuurder. Dit betekent dat doorbraak naar de tweedegraadsbestuurders onder het *commune ipr* alleen mogelijk is als het incorporatierecht van de eerstegraadsbestuurder een met art. 2:11 BW vergelijkbare bepaling kent. Dit is echter (lang) niet altijd het geval. Volgens een inventarisatie van Lennarts verbiedt de wetgeving van nogal wat lidstaten dat een vennootschap die is opgericht naar het recht van de betreffende lidstaat, een rechtspersoon als bestuurder heeft.⁵⁷ Lidstaten die een dergelijk verbod kennen, hebben geen met art. 2:11 BW vergelijkbare doorbraakregel. Volgens dezelfde inventarisatie zijn er ook nogal wat lidstaten die in hun wetgeving van hun 'eigen' vennootschappen eisen dat als de vennootschap een rechtspersoon-bestuurder heeft, de vennootschap een vaste vertegenwoordiger aanwijst, die aansprakelijk is naast de rechtspersoon-bestuurder. Deze lidstaten hebben evenmin een met art. 2:11 BW vergelijkbare doorbraakregel. Naar aanleiding van *My Guide* – de eerstegraadsbestuurder was een vennootschap naar Zwitsers recht en doorbraak was niet mogelijk – hebben verschillende auteurs kritiek geuit op de heersende leer vanwege de consequentie dat doorbraak niet mogelijk is wanneer het toepasselijke incorporatierecht een met art. 2:11 BW vergelijkbare bepaling

ontbeert. Zo zou Verhagen toepassing van het incorporatierecht van de eerstegraadsbestuurder met een beroep op art. 10:8 BW achterwege willen laten als het een formeel buitenlandse vennootschap betreft.⁵⁸ Bulten zou een uitzondering op de toepassing van het incorporatierecht van de eerstegraadsbestuurder willen maken bij een duidelijk misbruik-scenario.⁵⁹ Wenekes en Troost en ook Hanegraaf pleiten voor de introductie in art. 2:11 BW van de hiervoor al genoemde vaste vertegenwoordiger, die *ex lege* hoofdelijk aansprakelijk zou moeten zijn naast de (buitenlandse) rechtspersoon-bestuurder.⁶⁰ Lennarts wijst op de mogelijkheid de tweedegraadsbestuurder in voorkomende gevallen overeenkomstig art. 2:138/2:248 lid 7 BW rechtstreeks aan te spreken als beleidsbepaler. Deze mogelijkheid acht zij vanwege de op de curator rustende bewijslast (de curator zal moeten aantonen dat de tweedegraadsbestuurder kwalificeert als beleidsbepaler) echter niet afdoende om het 'lek' te dichten.⁶¹ De kanttekeningen die ik zelf zou willen plaatsen bij de heersende leer komen aan de orde in paragraaf 3.4.

3.3.2 *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen*

De Wfbv behelst geen voorschrift dat art. 2:11 BW van toepassing verklaart op rechtspersoon-bestuurders die kwalificeren als formeel buitenlandse vennootschappen. Staat dit gegeven in de weg aan de toepasselijkheid van art. 2:11 BW op formeel buitenlandse rechtspersoon-bestuurders? Hanegraaf meent van niet. Uit de samenhang van de Wfbv en Boek 2 BW leidt hij af dat art. 2:11 BW in beginsel van toepassing is op buitenlandse rechtspersoon-bestuurders die kwalificeren als formeel buitenlandse vennootschap.⁶² Ik ben het niet met hem eens; de voorschriften die de Wfbv wél van toepassing verklaart vormen mijns inziens een limitatieve opsomming.

In de vorige paragraaf heb ik het standpunt van Verhagen vermeld, die wat betreft de doorbraakvraag een uitzondering op de heersende leer zou willen maken als de eerstegraadsbestuurder een formeel buitenlandse vennootschap is. Verhagen zou in dat geval het door art. 10:118 BW jo. art. 10:119 onder e BW aangewezen recht (het incorporatierecht van de eerstegraadsbestuurder) met een beroep op art. 10:8 lid 1 BW buiten toepassing willen laten en Nederlands recht (art. 2:11 BW) willen toepassen.⁶³ Ik vraag me echter af of art. 10:8 BW deze mogelijkheid wel biedt. Ingevolge art. 10:8 lid 2 BW is art. 10:8 lid 1 BW niet van toepassing bij een geldige rechtskeuze van partijen. Volgens Asser/Vonken kan de keuze van de oprichters van een rechtspersoon voor het rechtspersonenstatuut worden gelijkgesteld

53 Hanegraaf 2017 (zie noot 29), p. 258 stelt de vraag wel maar gaat er niet verder op in omdat hij zich kan vinden in de benadering onder het *commune ipr*. Verhagen 2013 (zie noot 1) noemt de vanzelfsprekendheid waarmee vennootschapsrechtelijk wordt gekwalificeerd verbazingwekkend.

54 Vgl. Asser/Vonken 10-1 2013/120.

55 HR 18 maart 2011, *JOR* 2011/144, m.nt. G. van Solinge.

56 HR 21 juni 2013, *JOR* 2013/238, m.nt. H.L.E. Verhagen.

57 Lennarts 2017 (zie noot 43), p. 158-161.

58 Verhagen 2013 (zie noot 1). Zie ook Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/74.

59 C.D.J. Bulten, 'De (on)mogelijke perforatie van een buitenlandse rechtspersoon op grond van art. 2:11 BW', *Ondernemingsrecht* 2014/9.

60 A.G. Wenekes & J.A. Troost, 'De vaste vertegenwoordiger van een rechtspersoon', *TvOB* 2014/4; Hanegraaf 2017 (zie noot 29), p. 269-284. Overigens zou een regel die alleen buitenlandse rechtspersoon-bestuurders verplicht een vaste vertegenwoordiger aan te wijzen in strijd kunnen zijn met de vestigingsvrijheid. Vgl. *Aanhangsel Handelingen Kamerstukken II* 2015/16, 126.

61 Lennarts 2017 (zie noot 43), p. 183-184.

62 Hanegraaf 2017 (zie noot 29), p. 263 en p. 294 punt 63.

63 Verhagen 2013 (zie noot 1).

met de rechtskeuze als bedoeld in art. 10:8 lid 2 BW.⁶⁴ Deze gelijkstelling impliceert dat art. 10:8 lid 1 BW niet kan worden toegepast om het op de eerstegraadsbestuurder toepasselijke incorporatierecht, dat is gekozen door de oprichters van de eerstegraadsbestuurder, buiten toepassing te laten.

3.4 Kritische kanttekeningen bij de heersende leer

3.4.1 Het subsidiaire karakter van het commune ipr

Volgens de heersende leer valt de doorbraakvraag niet onder de reikwijdte van de Insolventieverordening. De doorbraakvraag wordt immers, zie *HR D Group/Schreurs q.q. en HR Van der Meer q.q./Pieper*, beantwoord aan de hand van het commune ipr. De vanzelfsprekendheid waarmee wordt teruggevallen op het commune ipr doet echter geen recht aan het subsidiaire karakter van het commune ipr, dat meebrengt dat het commune ipr alleen geldt bij gebreke van een internationale rechtsbron. Nader onderzoek naar de mogelijke toepasselijkheid van de Insolventieverordening is daarom gewenst. Het wachten is wat mij betreft op een curator die de toepasselijkheid van de Insolventieverordening in een concreet geval aan de orde gaat stellen.

3.4.2 Differentiëring

Artikel 2:11 BW behelst zelf geen aansprakelijkheidsnorm. De bepaling heeft daarom slechts betekenis in samenhang met een bepaling die wél aansprakelijkheid vestigt.⁶⁵ De 'afgeleide' aansprakelijkheid⁶⁶ van art. 2:11 BW brengt mee dat het afhangt van de onderliggende aansprakelijkheidsnorm wie in een concreet geval de betrokken partijen zijn. Gaat het om het doorbreken van de aansprakelijkheid van art. 2:138/2:248 BW, dan zijn dat de boedel (de curator c.q. de gezamenlijke schuldeisers) en de tweedegraadsbestuurder. Gaat het echter om (bijvoorbeeld) het doorbreken van de aansprakelijkheid van art. 2:9 BW, dan staat de tweedegraadsbestuurder tegenover de door de eerstegraadsbestuurder bestuurde vennootschap. Het afgeleide karakter van art. 2:11 BW doet in de context van het ipr de vraag opkomen of er aanleiding is tot differentiëring van de te bezigen verwijzingscategorie.⁶⁷ Het commune ipr, zo kunnen we constateren, differentiëert niet. Het houdt geen rekening met de in het geding zijnde aansprakelijkheidsbepaling en brengt de doorbraakvraag zonder meer onder in de verwijzingscategorie vennootschapsrecht.⁶⁸ De vraag rijst echter of de vanzelfsprekendheid waarmee dit gebeurt wel recht doet aan het afgeleide karakter van art. 2:11 BW. Zou de koppeling van art. 2:11 BW aan de in het geding zijnde aansprakelijkheidsnorm niet moeten doorwerken in het ipr? Indien en voor zover de doorbraakvraag onder de reikwijdte van de Insolventieverordening valt (zie paragraaf 3.2.2), dwingt de Insolventieverordening differentiëring af. De doorbraak in de context van art. 2:138/2:248 BW wordt dan immers – in tegenstelling tot de doorbraak in ander verband – faillis-

sementsrechtelijk gekwalificeerd. Indien en voor zover de doorbraakvraag níet onder de Insolventieverordening valt, is eventuele differentiëring niet afgedwongen maar 'vrijwillig'. Ik kom in paragraaf 3.5.1 op de differentiëringvraag terug.

3.4.3 Belangenanalyse

Volgens het in het ipr gangbare klassieke verwijzingsprocedé wordt de conflictregel geacht een concrete rechtsverhouding onder te brengen bij het meest betrokken rechtsstelsel.⁶⁹ Bij de doorbraak van art. 2:11 BW in combinatie met art. 2:138/2:248 BW dienen zich (tenminste) twee rechtsstelsels aan die in aanmerking komen voor toepassing: het incorporatierecht van de rechtspersoon-bestuurder en de *lex concursus* (Nederlands recht).⁷⁰ De vraag die voorligt is dus welke van deze beide rechtsstelsels het meest betrokken is bij de rechtsverhouding tussen de boedel en de tweedegraadsbestuurder. Om tot een antwoord te komen zal moeten worden vastgesteld wat de op ipr-niveau relevante belangen zijn en hoe deze gewogen moeten worden.⁷¹

Om te beginnen kan worden opgemerkt dat de doeleinden die het materiële recht nastreeft – in het geval van art. 2:11 BW: misbruikbestrijding – zo mogelijk ook dienen te worden verwezenlijkt door de conflictregel.⁷² Als we de doorbraakvraag onderbrengen bij het incorporatierecht van de eerstegraadsbestuurder is misbruikbestrijding echter niet gegarandeerd, zo zagen we in paragraaf 3.3.1. Zouden we daarentegen kiezen voor toepassing van de *lex concursus*, dan zou de strekking van art. 2:11 BW wél altijd tot zijn recht komen.⁷³ Het in het geding zijnde materieelrechtelijke belang wijst dus de *lex concursus* aan als het meest betrokken rechtsstelsel. Hetzelfde geldt voor het belang van de interne beslissingsharmonie. Dit belang vereist dat voorkomen wordt dat de samenhang van met elkaar samenhangende onderwerpen wordt verstoord.⁷⁴ Art. 2:11 BW en art. 2:138/2:248 BW vormen intern een samenhangend geheel. Als we op de aansprakelijkheid van de eerstegraadsbestuurder Nederlands recht c.q. art. 2:138/248 BW toepassen (via art. 7 Insolventieverordening dan wel art. 10:121 lid 1 BW, zie paragraaf 2) en op de aansprakelijkheid van de tweedegraadsbestuurder het op eerstegraadsbestuurder toepasselijke incorporatierecht (via art. 10:118 BW jo. art. 119 onder e BW; zie paragraaf 3.3.1) wordt de samenhang gefrustreerd.⁷⁵ Passen we daarentegen op de aansprakelijkheid van de hele kring van onder het materiële recht mogelijk aansprakelijke functionarissen – bestuurders, beleidsbepalers en tweedegraadsbestuurders – hetzelfde recht toe (de *lex concursus*) dan komt het belang van de interne beslissingsharmonie niet in het gedrang.

64 Asser/Vonken 10-I 2013/353.

65 Wezeman 1998 (zie noot 5), p. 365.

66 Term ontleend aan Lennarts 2017 (zie noot 43), p. 162.

67 Vgl. Asser/Vonken 10-I 2013/182.

68 Vgl. Hanegraaf 2017 (zie noot 29), p. 294, punt 59; Assink 2013 (zie noot 1).

69 Asser/Vonken 10-I 2013/178.

70 Het incorporatierecht van de schuldenaar (de gefailleerde vennootschap) laat ik buiten beschouwing. Dit recht speelt noch in de conflictregel onder de Insolventieverordening, noch in de conflictregel onder het commune ipr een rol. Het is wel relevant in het kader van de vraag of een rechtspersoon als bestuurder een rechtspersoon kan hebben.

71 Vgl. Asser/Vonken 10-I 2013/180.

72 Asser/Vonken 10-I 2013/183.

73 Vgl. Lennarts 2001 (zie noot 12), p. 187.

74 Asser/Vonken 10-I 2013/189.

75 Vgl. Van Hoek 2014 (zie noot 16), p. 86 over 'ontbundeling'.

Lastiger te beantwoorden is de vraag welk rechtsstelsel vanuit het oogpunt van het belang van de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen het meest betrokken rechtsstelsel is.⁷⁶ De schuldeisers ten behoeve van wie de curator de vordering uit art. 2:11 BW jo. 2:138/2:248 BW instelt, verwachten waarschijnlijk dat op de doorbraakvraag van toepassing is het aansprakelijkheidsregime c.q. de misbruikwetgeving van de *lex concursus*. De tweedegraadsbestuurder daarentegen zal verwachten dat het incorporatierecht van de eerstegraadsbestuurder van toepassing is. Dit doet de vraag rijzen of de *lex concursus* een recht is waarmee de tweedegraadsbestuurder geen rekening hoeft te houden, of dat het incorporatierecht van de eerstegraadsbestuurder een recht is waarmee de schuldeisers geen rekening hoeven te houden. Ik neig naar de laatstgenoemde optie. Ik baseer dit op de overweging dat een schuldeiser zich niet bewust hoeft te zijn van de internationale dimensie van het geval. Zijn wederpartij is een in Nederland gevestigde Nederlandse vennootschap; de enkele omstandigheid dat deze vennootschap bestuurd wordt door een buitenlandse rechtspersoon acht ik niet voldoende om de verwachting dat Nederlands recht van toepassing is, niet gerechtvaardigd te doen zijn. Voor de tweedegraadsbestuurder daarentegen komt het internationale aspect niet als een verrassing. Hij is immers indirect bestuurder van een Nederlandse vennootschap. Hij dient zich daarom – zo zou ik willen verdedigen – bewust te zijn van de mogelijkheid dat de (beschermde) positie die hij aan het toepasselijke incorporatierecht ontleent, in internationaal verband geen stand houdt. Van hem mag mijns inziens dus verwacht worden dat hij rekening houdt met de toepasselijkheid van Nederlands recht als het gaat om de doorbraakvraag. Daar komt nog bij dat vaststaat dat de door hem bestuurde eerstegraadsbestuurder zelf in elk geval rekening dient te houden met de toepasselijkheid van Nederlands recht (de toepasselijkheid van art. 2:138/2:248 BW via art. 7 Insolventieverordening of art. 10:121 lid 1 BW). Bovendien komt zijn aansprakelijkheid pas aan de orde in een scenario waarin sprake is van onbehoorlijk bestuur van de (mede) door hem bestuurde eerstegraadsbestuurder. Is sprake van een keten van rechtspersoonbestuurders, dan pakt de belangenafweging mogelijk anders uit. Naarmate de afstand tot de eerstegraadsbestuurder groter is, kan wellicht minder snel verwacht worden van een schakel in de keten dat hij rekening houdt met de toepasselijkheid van Nederlands recht als het gaat om de doorbraakvraag. Ik kom hier in paragraaf 3.5.2 op terug.

Het belang van de rechtszekerheid onderscheidt zich van het belang van de gerechtvaardigde verwachtingen met name doordat het voorzienbaarheid eist.⁷⁷ Voor partijen moet voorzienbaar zijn welk recht op een moment in de toekomst op hun rechtsverhouding van toepassing zal zijn.⁷⁸ Zou het toepasselijke recht de *lex concursus* zijn, dan is het COMI de beslissende aanknopingsfactor; zou het incorporatierecht van de eerstegraadsbestuurder het toepasselijke recht zijn,

dan is dit incorporatierecht de beslissende aanknopingsfactor. Voor de schuldeisers biedt wat betreft de (on)mogelijkheid van doorbraak een risico-analyse aan de hand van de locatie van het COMI van de wederpartij meer zekerheid dan een risico-analyse aan de hand van het incorporatierecht van de eerstegraadsbestuurder. Het COMI is immers sowieso de bepalende factor voor de inschatting door de schuldeiser van zijn positie in faillissement. Daar komt nog bij dat de lengte van een eventuele keten van rechtspersoonbestuurders geen invloed heeft op de aanknopingsfactor COMI. Zou daarentegen het incorporatierecht beslissend zijn, dan zou de schuldeiser in zijn risico-analyse wellicht het incorporatierecht van meerdere schakels in de keten moeten betrekken. Waarbij hij dan ook nog zou moeten bedenken dat rechtspersonen zich, buiten zijn invloed en waarneming om, kunnen omzetten en zich aldus in een ander incorporatierecht kunnen hullen. Het COMI scoort wat betreft voorzienbaarheid mijns inziens daarom beter dan het incorporatierecht.

3.5 Voorstel voor een wetswijziging

3.5.1 Artikel 2:138/2:248 BW

Assink schrijft dat 'niet valt in te zien waarom alleen bij art. 2:138/2:248 BW van het bepaalde in art. 10:119 onder e BW geabstraheerd zou moeten worden'.⁷⁹ Ik ben het niet met Assink eens. In het licht van de hiervoor in paragraaf 3.4.3 weergegeven belangenanalyse concludeer ik dat er wel degelijk reden is tot de in paragraaf 3.4.2 besproken differentiëring. Het meest betrokken rechtsstelsel bij de rechtsverhouding tussen de boedel en de tweedegraadsbestuurder is mijns inziens de *lex concursus*. Doet de doorbraakvraag zich voor in combinatie met art. 2:138/2:248 BW, dan hebben we – zo zou ik willen verdedigen – niet te maken met een kwestie van vennootschapsrecht waarop art. 10:118 BW jo. art. 10:119 onder e BW van toepassing is, maar met een kwestie van faillissementsrecht die onder de *lex concursus* valt.

Mijn standpunt is niet verenigbaar met de heersende leer. Wat mij betreft is er dus, tenzij de Hoge Raad 'om' zou gaan, een wetswijziging nodig. Mijn voorstel is om de doorbraak van art. 2:11 BW, indien toegepast in samenhang met art. 2:138/2:248 BW, los te koppelen van art. 2:11 BW en onder te brengen in art. 2:138/2:248 BW.⁸⁰ Er zou een nieuw lid kunnen worden toegevoegd dat duidelijk maakt dat als de aansprakelijke bestuurder of beleidsbepaler een rechtspersoon is, de aansprakelijkheid van de rechtspersoon

⁷⁹ Assink 2013 (zie noot 1).

⁸⁰ Indien en voor zover de Insolventieverordening niet een insolventierechtelijke kwalificatie afdwingt van de doorbraakvraag, is de beoogde wijziging van art. 2:138/2:248 BW een voorbeeld van *insolventification*: het herstructureren van een regel van vennootschapsrecht als een regel van insolventierecht opdat de regel in faillissement van toepassing is op buitenlandse vennootschappen. Zie over insolventification S.M. van den Braak, 'Creditor Protection at the Crossroads of Company and Insolvency Law: The Dutch Example', *ECL* 2008/5, p. 229-236.; Jonkers 2015 (zie noot 21); M.L. Lennarts, 'Directors in the Twilight Zone – Kornhaas and "Beyond" – some observations from a Dutch Perspective', in: L.L. Gant (ed.) *Harmonisation of European Insolvency Law*, Nottingham: Insol Europe 2017, p. 113-132.

⁷⁶ Vgl. Asser/Vonken 10-I 2013/201.

⁷⁷ Asser/Vonken 10-I 2013/201.

⁷⁸ Asser/Vonken 10-I 2013/187.

soon tevens hoofdelijk rust op ieder die bestuurder is van de rechtspersoon.⁸¹ De toepassing van art. 2:11 BW is dan gegarandeerd zowel onder de Insolventieverordening (die via art. 7 Insolventieverordening naar de *lex concursus* c.q. art. 2:138/2:248 BW verwijst), als onder het commune ipr (dat via art.10:121 lid 1 BW naar art. 2:138 BW verwijst). Lennarts schrijft dat destijds bij de invoering van art. 2:11 BW geen rekening is gehouden met het geval dat een Nederlandse vennootschap wordt bestuurd door een buitenlandse eerstegraadsbestuurder.⁸² De door mij voorgestane wijziging zou deze omissie repareren.

3.5.2 *Disculpatie*

Assink wijst er op dat er valide argumenten kunnen zijn voor het inzetten van een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder. Uitbreiding van het toepassingsbereik van art. 2:11 BW vindt hij daarom niet wenselijk.⁸³ Lennarts lijkt zich hierbij aan te sluiten waar zij stelt dat het wel erg ver gaat een nietsvermoedende indirect bestuurder aansprakelijk te stellen in gevallen waarin geen sprake is van misbruik.⁸⁴ In tegenstelling tot deze auteurs vind ik dat het toepassingsbereik van art. 2:11 BW wél zou moeten worden uitgebreid. Wel ben ik het met hen eens dat rekening gehouden moet (kunnen) worden met de door hen genoemde omstandigheden. In mijn voorstel is dat mogelijk via de disculpatie op de voet van art. 2:138/2:248 lid 3 BW. In paragraaf 2.2.2 signaleerde ik dat de toepassing van een voor Nederlandse vennootschappen geschreven regel in internationaal verband materieelrechtelijke aanpassing behoeft. In het kader van het disculpatieverweer kan (moet) dus rekening worden gehouden met de omstandigheid dat het de aansprakelijkheid van een bestuurder van een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder betreft. In dit verband zouden onder andere een rol kunnen spelen de argumenten voor het inzetten van een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder, de goede trouw van de tweedegraadsbestuurder, de lengte van de keten, de eventuele kwalificatie als formeel buitenlandse vennootschap. Kortom, de rechter zou in het kader van het disculpatieverweer maatwerk kunnen leveren.⁸⁵

3.5.3 *Vrijheid van vestiging*

De door mij voorgestane faillissementsrechtelijke kwalificatie van de doorbraakvraag is niet houdbaar als zij in strijd zou zijn met de vestigingsvrijheid. De vrijheid van vestiging van art. 49 en 54 VWEU dwingt de lidstaten de rechtsbevoegdheid van buitenlandse vennootschappen te erkennen en verbiedt de lidstaten om aan buitenlandse vennootschappen voorwaarden te stellen bij de vestiging op hun

grondgebied.⁸⁶ De rechtsbevoegdheid van de buitenlandse eerstegraadsbestuurder is bij een faillissementsrechtelijke kwalificatie volgens mij niet in het geding. Integendeel, de rechtsbevoegdheid wordt juist *niet* ter discussie gesteld: de toepassing van art. 2:11 BW veronderstelt juist dat sprake is van een rechtspersoon.⁸⁷ Ook is er volgens mij geen sprake van (verboden) *ex ante* voorwaarden aan vestiging in Nederland. De persoonlijke aansprakelijkheid van zowel de rechtspersoon-bestuurder zelf als van de tweedegraadsbestuurder(s) houdt geen verband met vestigingsvoorwaarden maar enkel met de omstandigheid dat sprake is van onbehoorlijk bestuur dat tot het faillissement van de (indirect) bestuurde vennootschap heeft geleid.⁸⁸ Bovendien wordt wat betreft de aansprakelijkheid geen onderscheid gemaakt tussen tweedegraadsbestuurders van Nederlandse eerstegraadsbestuurders en tweedegraadsbestuurders van buitenlandse eerstegraadsbestuurders. De vestigingsvrijheid, staat naar mijn mening dus niet aan de door mij beoogde wetswijziging in de weg.

4. Conclusie

In paragraaf 2 ben ik uitgegaan van het geval dat een buitenlandse vennootschap in Nederland failliet wordt verklaard en heb ik me gebogen over de vraag welk recht de aansprakelijkheid van de bestuurders voor het boedelttekort beheerst. De Wfbv blijkt in dit verband geen relevante ipr-bron te zijn. Aan de hand van de Insolventieverordening en Boek 10 Titel 8 BW kan worden vastgesteld dat zich drie scenario's kunnen voordoen. Ligt het COMI van de buitenlandse vennootschap in Nederland, dan wordt op grond van art. 7 Insolventieverordening de bestuurdersaansprakelijkheid van art. 2:138/2:248 BW beheerst door de *lex concursus* – zo luidt althans de meerderheidsopvatting in de literatuur. De curator kan in dat geval op grond van art. 2:138/2:248 BW de bestuurders en beleidsbepalers van de in Nederland failliet verklaarde buitenlandse vennootschap aansprakelijk stellen voor het tekort. Of de curator in dat geval ook, met een beroep op art. 10:121 lid 1 BW, de lokale manager aan kan spreken is niet duidelijk.

Het tweede scenario ziet op het geval dat het COMI van de buitenlandse vennootschap niet in Nederland ligt, maar wel in de Unie. Art. 2:138/2:248 BW zou in dat geval (mogelijk) van toepassing kunnen zijn in geval van én een vestiging van de vennootschap in Nederland, én een daadwerkelijk geopende secundaire procedure in Nederland én een bestuurder met een COMI in Nederland. De derde variant betreft de situatie dat het COMI van de vennootschap niet in de Unie ligt. Dit is de enige variant die onder het commune ipr valt. De toepasselijke conflictregel is in dat geval art. 10:121 lid 1 BW, dat art. 2:138 BW van overeenkomstige toepassing verklaart op buitenlandse vennootschappen en tevens lokale managers gelijkstelt met bestuurders.

81 Vgl. Lennarts 2017 (zie noot 43), p. 199 voor een verbeterde formulering van art. 2:11 BW.

82 Lennarts 2017 (zie noot 43), p. 179.

83 Assink 2013 (zie noot 1).

84 Lennarts 2017 (zie noot 43).

85 Vgl. het belang van disculpatie in het kader van art. 2:11 BW en onrechtmatige-daadsaansprakelijkheid, waarover onder andere H.J. Vetter, 'Waarom zou de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad zijn uitgesloten?', *Onderneming en Financiering* 2017 (25) 4.

86 Zie over de vestigingsvrijheid van vennootschappen Vlas 2017 (zie noot 12), nrs. 105-119; Zilinsky 2017 (zie noot 21).

87 Vgl. Kornhaas/Dithmar (zie noot 20), overweging 26 en 27. Zie ook Jonkers 2015 (zie noot 21).

88 Idem.

In paragraaf 3 ben ik uitgegaan van het geval dat een Nederlandse vennootschap in Nederland failliet wordt verklaard en de uit hoofde van art. 2:138/2:248 BW voor het boedeltekort aansprakelijke bestuurder/beleidsbepaler een rechtspersoon is naar buitenlands recht. Ik heb me gebogen over de vraag welk recht van toepassing is op de aansprakelijkheid voor het boedeltekort van de bestuurders van de aansprakelijke buitenlandse rechtspersoon. In paragraaf 3.2.2 heb ik geconstateerd dat verdedigbaar is dat in geval van een in Nederland uitgesproken onder de Insolventieverordening vallend faillissement, de doorbraakvraag onder de reikwijdte valt van art. 7 Insolventieverordening. Is dit inderdaad het geval, dan is art. 2:11 BW als onderdeel van de *lex concursus* van toepassing, ook als het een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder betreft. Indien de Insolventieverordening een insolventierechtelijke kwalificatie afdwingt, niet alleen van art. 2:138/2:248 BW maar ook van de combinatie van art. 2:11 BW met deze bepaling, is dat goed nieuws voor de curator. Heeft hij een bestuurder of beleidsbepaler in het vizier die rechtspersoon is, dan kan hij, ongeacht de nationaliteit van deze rechtspersoon, 'doorpakken' naar de tweedegraadsbestuurders. Of de curator daadwerkelijk deze mogelijkheid heeft, weten we niet. Het HvJ EU zal uitsluitel moeten geven.

Volgens de in paragraaf 3.3.1 besproken heersende leer valt de doorbraakvraag onder het *commune ipr*, dat de doorbraakvraag kwalificeert als een kwestie van vennootschapsrecht waarop ingevolge art. 10:118 BW jo. art. 10:119 onder e BW het incorporatierecht van de eerstegraadsbestuurder van toepassing is. De consequentie van deze kwalificatie is dat de bestuurders van buitenlandse eerstegraadsbestuurders buiten schot blijven als dit incorporatierecht geen met art. 2:11 BW vergelijkbare bepaling kent. Mocht blijken dat de Insolventieverordening een insolventierechtelijke kwalificatie afdwingt van art. 2:11 BW in samenhang met art. 2:138/2:248 BW, dan speelt het *commune ipr* slechts een rol in het faillissement van een in Nederland failliet verklaarde vennootschap met een COMI buiten de Unie.

Bij de vaststelling van het op de doorbraakvraag toepasselijke recht is onder de heersende leer de grondslag van de aansprakelijkheid niet relevant. Steeds wordt de doorbraakvraag vennootschapsrechtelijk gekwalificeerd en is van toepassing het incorporatierecht van de aansprakelijke eerstegraadsbestuurder. In paragraaf 3.4 heb ik beargumenteerd dat de vennootschapsrechtelijke kwalificatie niet passend is als de grondslag van de aansprakelijkheid gelegen is in art. 2:138/2:248 BW. In het licht van het afgeleide karakter van art. 2:11 BW en de in het geding zijnde belangen zou mijns inziens in dat geval de doorbraakvraag moeten worden beantwoord aan de hand van de *lex concursus* c.q. Nederlands recht. In paragraaf 3.5 heb ik daarom in afwijking van de heersende leer een gedifferentieerde kwalificatie van de doorbraakvraag voorgesteld en gepleit voor het toekennen van internationale reikwijdte aan art. 2:11 BW, indien toegepast in samenhang met art. 2:138/2:248 BW. Ik heb voorgesteld art. 2:138/2:248 BW aan te vullen met een nieuw lid, dat duidelijk maakt dat als de aansprakelijke bestuurder of beleidsbepaler een rechtspersoon is, de aan-

sprakelijkheid van de rechtspersoon tevens hoofdelijk rust op ieder die bestuurder is van de rechtspersoon. De internationale reikwijdte van art. 2:11 BW is dan gegarandeerd zowel onder de Insolventieverordening (ingevolge art. 7 Insolventieverordening dat naar de *lex concursus* verwijst) als onder het *commune ipr* (ingevolge art. 10:121 lid 1 BW dat naar art. 2:138 BW verwijst). In combinatie met een aan de internationale context aangepaste disculpatiemogelijkheid komt mijn voorstel in vergelijking met de heersende leer in zekere zin neer op een omkering van de bewijslast. Is de eerstegraadsbestuurder aansprakelijk op grond van art. 2:138/2:248 BW, dan is de tweedegraadsbestuurder dat ook. Het is in mijn voorstel niet aan de curator om te bewijzen dat de tweedegraadsbestuurder (of een daaropvolgende rechtspersoon-bestuurder in de keten) kwalificeert als feitelijk bestuurder in de zin van art. 2:138/2:248 lid 7 BW, maar aan de betreffende bestuurder om zich zo mogelijk te disculperen op de voet van art. 2:138/2:248 lid 3 BW. Het aanhangige wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen biedt een mooie gelegenheid de door mij beoogde wijziging te implementeren.