

# Internationale bevoegdheid en toepasselijk recht bij aansprakelijkstelling van bestuurders door de curator van een Nederlandse vennootschap

Ondernemingsrecht 2018/3

De arresten van het HvJ EU in de zaken *Kornhaas/Dithmar q.q.* en *H./H.* zijn belangrijk voor de insolventiepraktijk van in Nederland failliet verklaarde vennootschappen. Een bestuurder van een in Nederland failliet verklaarde vennootschap moet er rekening mee houden dat de curator hem kan aanspreken (voor het boedeltekort) bij de Nederlandse rechter, ongeacht of hij in of buiten de EU woont. De *lex fori concursus* bepaalt ook de materiële aansprakelijkheidspositie. Het moet dan wel gaan om vorderingen van de curator die nauw verbonden zijn met het faillissement. Er is geen beperking tot vorderingen die uitsluitend in faillissement tegen de bestuurder kunnen worden ingesteld.

Te denken valt aan vorderingen op grond van artikel 2:138/2:248 BW en artikel 2:216 lid 3 BW. Vorderingen die de curator namens de insolvente vennootschap instelt tegen de (voormalig) bestuurders op grond van artikel 2:9 BW vallen onder de EEX-Vo (herzien). De vraag is of ook de bestuurder van de buitenlandse rechtspersoon die op zijn beurt bestuurder van de failliete Nederlandse vennootschap is op grond van de doorbraakregeling van artikel 2:11 BW bij de Nederlandse rechter aansprakelijk kan worden gesteld op grond van artikel 2:138/2:248 BW en artikel 2:216 lid 3 BW? Op grond van de incorporatieleer is toepassing van deze doorbraakregeling niet toegestaan. Indien het toepasselijke buitenlands recht doorbraak van aansprakelijkheid toestaat, kan de bestuurder van een buitenlandse rechtspersoon die op zijn beurt bestuurder van de failliete Nederlandse vennootschap is, worden geconfronteerd met aansprakelijkstelling naar Nederlands recht door de Nederlandse curator.

## 1. Inleiding

Op insolventieprocedures die tot en met 26 juni 2017 zijn geopend is de Insolventieverordening<sup>2</sup> (IVO) van toepassing. De herziene Insolventieverordening<sup>3</sup> (IVO (herzien)) is van toepassing op insolventieprocedures die worden geopend

vanaf 26 juni 2017.<sup>4,5</sup> Met het arrest in de zaak *Kornhaas/Dithmar q.q.*<sup>6</sup> heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) op 10 december 2015 een voor bestuurders en curatoren belangrijke uitspraak gedaan. Het betreft een uitspraak over de toepassing en reikwijdte van artikel 7 IVO (herzien). Op grond van dit artikel bepaalt de *lex fori concursus* de regels betreffende nietigheid, vernietigbaarheid of niet-tegenwerpbaarheid van de voor de gezamenlijke schuldeisers nadelige rechtshandelingen.<sup>7</sup> De *lex fori concursus* is het recht van het land waar de insolventieprocedure is geopend.<sup>8</sup> Het gerecht van de jurisdictie waar de vennootschap het centrum van haar voornaamste belangen heeft – de COMI<sup>9</sup> – is exclusief bevoegd de (hoofd) insolventieprocedure te openen.<sup>10</sup> De COMI wordt vermoed de plaats van de statutaire zetel te zijn.<sup>11</sup> Dit is tevens het bevoegde gerecht voor vorderingen die rechtstreeks uit de insolventieprocedure voortvloeien en er nauw verband mee houden.<sup>12</sup> De COMI geldt als aanknopingsfactor bij de aanwijzing van het toepasselijk recht en bij de internationale bevoegdheid.

In het *Kornhaas/Dithmar*-arrest is vastgesteld dat (voormalige) bestuurders van een failliete vennootschap op basis van de *lex fori concursus* aansprakelijk kunnen worden gesteld door de curator voor zover dit een vordering is die rechtstreeks voortvloeit uit het faillissement en daarmee nauw verband houdt.<sup>13</sup> Bovendien bevestigde het HvJ EU in *Kornhaas/Dithmar* zijn eerdere oordeel dat de rechter die de insolventieprocedure van de vennootschap heeft geopend ook bevoegd is ten aanzien van een vordering die rechtstreeks voortvloeit uit het faillissement en daarmee nauw verband houdt.<sup>14</sup> Deze arresten zijn van belang voor zowel de aanwijzing van het toepasselijk recht als de internationale bevoegdheid.

1 Prof. mr. drs. T.M.C. (Tomas) Arons is hoogleraar Financieel Recht en Collectief Verhaalsrecht aan de Universiteit Utrecht, tevens is hij als juridisch adviseur verbonden aan de Vereniging van Effectenbezitters.  
2 Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures [2000] *PbEU* L 160/1 (Insolventieverordening 2000).  
3 Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (herschikking) [2015] *PbEU* L 141/19 (Insolventieverordening (herschikking)).

4 Artikel 92 IVO (herzien).  
5 Vermeld in combinatie met een verordeningsartikel verwijs ik met "IVO" naar Insolventieverordening 2000 en met "IVO (herzien)" naar (Insolventieverordening (herschikking)). Indien niet in combinatie met een verordeningsartikel genoemd, betekent de aanwijzing "IVO" dat hetgeen wordt gesteld zowel voor de IVO als de herziene IVO geldt.  
6 HvJ EU 10 december 2015, zaak C-594/14, ECLI:EU:C:2015:806, *JOR* 2016/104, m.nt. P.M. Veder (*Kornhaas/Dithmar q.q.*). Zie ook: *Juristenzeitung* 2016/71, p. 571, m.nt. W.G. Ringe; *IPRax* 2016, p. 237, m.nt. S. Mock.  
7 Artikel 4 lid 2 onder m IVO/artikel 7 lid 2 onder m IVO (herzien).  
8 Artikel 4 lid 1 IVO/artikel 7 lid 1 IVO (herzien).  
9 Centre of main interest.  
10 Artikel 3 IVO/IVO (herzien).  
11 Artikel 3 lid 1 tweede zin IVO/artikel 3 derde zin IVO (herzien).  
12 Artikel 3 IVO in samenhang met o.v.v. 6 preambule IVO/artikel 6 lid 1 IVO (herzien).  
13 R.o. 16-17.  
14 R.o. 15-16 verwijzend naar HvJ EU 4 december 2014, zaak C-295/13, ECLI:EU:C:2014:2410, *JOR* 2016/103, m.nt. P.M. Veder onder *JOR* 2016/104 (*H./H.*), r.o. 26.

Een curator elders in de Europese Unie (EU) kan een in Nederland woonachtige bestuurder van een naar Nederlands<sup>15</sup> of buitenlands recht opgerichte vennootschap oproepen voor een buitenlandse rechter ten aanzien van een door buitenlands (insolventie)recht beheerste bestuurdersaansprakelijkheidsvordering. Ook een door de Nederlandse rechter benoemde curator (hierna: Nederlandse curator) kan een in het buitenland (ook niet EU) woonachtige bestuurder van een naar Nederlands of buitenlands<sup>16</sup> recht opgerichte vennootschap oproepen indien tegen hem een vordering naar Nederlands recht wordt ingesteld. Ik richt mij op deze laatste variant.

Het gaat dan in het bijzonder om de aansprakelijkheid van bestuurders voor kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:138/2:248 BW. Dit betreft een aansprakelijkheid jegens de boedel voor het boedeltekort. Alleen de curator kan een artikel 2:138/2:248-vordering instellen. Bij de aansprakelijkstelling van in het buitenland woonachtige (voormalig) bestuurders door een Nederlandse curator speelt ook de vraag in hoeverre op grond van artikel 2:11 BW kan worden doorgebroken naar de bestuurder van een buitenlandse rechtspersoon die op zijn beurt bestuurder van de failliete Nederlandse vennootschap<sup>17</sup> is. De bestendige jurisprudentie van de Hoge Raad is dat artikel 2:11 BW niet kan worden toegepast ingeval het een bestuurder van een niet-Nederlandse vennootschap betreft. De rechtvaardiging hiervoor is dat een betrokkene bij een door buitenlands recht beheerste vennootschap(sverhouding) niet geconfronteerd hoeft te worden met een regeling van doorbraak van aansprakelijkheid naar Nederlands recht.

In deze bijdrage betoog ik dat deze rechtvaardiging vervalt indien dit van toepassing zijnde buitenlandse recht eveneens een doorbraakregeling kent. In dat geval kan de curator door assimilatie artikel 2:11 BW toepassen. Zodoende kan de curator de bestuurder van een buitenlandse rechtspersoon die op zijn beurt bestuurder van een gefailleerde Nederlandse vennootschap (met COMI in Nederland) is, aanspreken voor het boedeltekort van deze Nederlandse vennootschap wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur.

In mijn bespreking houd ik de volgende indeling aan. In paragraaf 2 wordt kort een overzicht gegeven van de regelingen van internationale bevoegdheid en toepasselijk recht die van toepassing zijn op vorderingen van een Nederlandse curator. Vervolgens behandel ik in paragraaf 3 welke gerechten bevoegd zijn kennis te nemen van diverse aansprakelijkheidsvorderingen<sup>18</sup> die een curator jegens de (voormalig) bestuurder van een failliet verklaarde vennootschap kan instellen. Ook wordt per vordering vastgesteld welk recht hierop van toepassing is. In paragraaf 4 behandel ik in welke

situaties op basis van artikel 2:11 BW de curator van de failliet verklaarde Nederlandse vennootschap kan doorbreken naar de bestuurder van een buitenlandse rechtspersoon die op zijn beurt bestuurder is van de Nederlandse vennootschap. Ik besluit met een samenvatting en afsluitende opmerkingen.

## 2. **Vorderingen verband houdend met failliete vennootschap: internationale bevoegdheid en toepasselijk recht**

De rechter van de lidstaat waar het centrum van de voornaamste belangen (COMI) van de schuldenaar is gelegen is, is bevoegd de insolventieprocedure te openen. Bij vennootschappen en rechtspersonen wordt, zolang het tegendeel niet is bewezen, de COMI vermoed de plaats van de statutaire zetel te zijn.<sup>19</sup>

In dit artikel hanteer ik het volgende voorbeeld. Bij een Nederlandse vennootschap met COMI in Nederland wordt de insolventieprocedure door de bevoegde Nederlandse rechter geopend. De vraag of de Nederlandse curator de bestuurder of indirect bestuurder<sup>20</sup> kan aanspreken bij het gerecht dat de insolventieprocedure van de vennootschap heeft geopend, is een vraag van toepasselijkheid van de IVO. Deze toepasselijkheidsvraag valt uiteen in twee onderdelen. De territoriale reikwijdte is als volgt begrensd. De IVO is van toepassing op openbare collectieve procedures, met inbegrip van voorlopige procedures, die zijn gebaseerd op het recht inzake insolventie.<sup>21</sup> Uit artikel 3 IVO (herzien) volgt dat alle gerechten in de EU die een faillissement uitspreken van een (rechts)persoon met COMI in hun territoire gebonden zijn aan de verordening. De vraag is of dit gerecht ook bevoegd is ten aanzien van (samenhangende) vorderingen van de curator jegens schuldenaren met woonplaats in een niet-EU land.

In de zaak-*Schmid/Hertel*<sup>22</sup> heeft het HvJ EU geoordeeld dat onder de werkingssfeer van de IVO niet alleen situaties vallen die verband houden met twee of meer lidstaten. Een dergelijke algemene en absolute voorwaarde voor de toepassing van de IVO zou de doelstelling hiervan immers voorbij schieten en een efficiënte en doeltreffende afwikkeling van insolventieprocedures in het gedrang brengen.<sup>23</sup> Het COMI-criterium dient als een normaal en voorzienbaar criterium voor een verweerder uit een derde land (i.c. Zwitserland) te worden beschouwd wanneer hij samen met de failliet aan een handeling deelnam die nietig verklaard kon worden in een insolventieprocedure.

Bij de materiële reikwijdte van de IVO gaat het om de vraag of de vordering van de curator van een in een EU-lidstaat failliet verklaarde vennootschap jegens deze buiten de EU woonachtige schuldenaar (voldoende) nauw samenhangt

15 Als voorwaarde geldt dat de COMI van de Nederlandse vennootschap in een andere lidstaat van de EU ligt.

16 Als voorwaarde geldt dat de COMI van deze buitenlandse vennootschap in Nederland moet zijn gelegen.

17 Hiermee wordt bedoeld een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap.

18 De gronden zijn: artikel 2:138/2:248 BW; Peeters/Gatzen; en artikel 2:9 BW.

19 Artikel 3 lid 1 tweede zin IVO/artikel 3 derde zin IVO (herzien).

20 Indirect bestuurder is een bestuurder van de rechtspersoon die de failliete Nederlandse vennootschap bestuurt.

21 Artikel 1 IVO.

22 HvJ EU 10 december 2015, zaak C-328/12, ECLI:EU:C:2014:6, JOR 2014/182, m.nt. P.M. Veder (*Schmid q.q./Hertel*).

23 R.o. 26.

met de insolventieprocedure van de vennootschap. Uit overweging 6 van de preambule blijkt dat de IVO (oud) op grond van het proportionaliteitsbeginsel alleen voorschriften behelst tot regeling van de rechterlijke bevoegdheid inzake de opening van een insolventieprocedure en de beslissingen die rechtstreeks uit een insolventieprocedure voortvloeien en daarmee nauw samenhangen. Onder de oude regeling was dus het criterium of de vordering van de curator rechtstreeks voortvloeit uit de insolventieprocedure en daarmee nauw samenhangt. Uit de tekst werd niet duidelijk of hier alleen werd bedoeld op een actio pauliana of dat ook schadevergoedingsvorderingen ten behoeve van de boedel voldoende nauw samenhangen met de insolventieprocedure.

In de IVO (herzien) is hierover meer duidelijkheid gekomen. Artikel 6 lid 1 IVO (herzien) schrijft voor dat de rechter van de lidstaat op het grondgebied waarvan een insolventieprocedure is geopend overeenkomstig artikel 3 IVO, bevoegd is voor alle vorderingen die rechtstreeks uit de insolventieprocedure voortvloeien en er nauw verband mee houden, zoals vorderingen tot nietigverklaring. Grammaticale en wetshistorische uitleg brengen mee dat dit "nauw verband" niet beperkt is tot vorderingen tot nietigverklaring. De Europese wetgever geeft dit ook aan in de preambule bij de IVO (herzien).<sup>24</sup>

Naast de wetshistorie zijn ook de recente arresten van HvJ EU over deze problematiek van belang. In de zaak *H./H.*<sup>25</sup> oordeelt het HvJ EU dat de rechter van de lidstaat die op basis van artikel 3 lid 1 IVO de insolventieprocedure van een vennootschap opent, ook bevoegd is om kennis te nemen van een vordering die is gebaseerd op bepaling die kan worden aangemerkt als bepaling van insolventierecht, die de curator tegen de bestuurder van deze vennootschap instelt. In dat geval had de Duitse curator van de failliete G.T. GmbH de (voormalig) bestuurder die in Zwitserland woonachtig is, aangesproken op grond van § 64 GmbHG.<sup>26</sup> De bestuurder is op die grond gehouden tot vergoeding aan de boedel van betalingen die zijn gedaan nadat de onderneming insolvent is geworden of nadat is vastgesteld dat deze een te hoge schuldenlast had.

Het feit dat volgens de bewoordingen van § 64 GmbHG deze vordering in beginsel ook buiten faillissement kan worden ingesteld, staat er – volgens het HvJ EU – op zich niet aan in de weg dat een dergelijke vordering wordt aangemerkt rechtstreeks voort te vloeien uit een insolventieprocedure en daarmee nauw samen te hangen. Met dien verstande dat de vordering wel in het kader van een insolventieprocedure moet worden ingesteld.<sup>27</sup> Indien de § 64 GmbHG-vordering buiten een insolventieprocedure wordt ingesteld moet de

bevoegdheid van de rechter worden bepaald op basis van de EEX<sup>28</sup> (herzien<sup>29</sup>)-verordening of het Lugano II-Verdrag<sup>30,31</sup>. De insolventieprocedure en de gevolgen daarvan worden beheerst door de *lex fori concursus*.<sup>32</sup> Bij een insolvente Nederlandse vennootschap bepaalt dus het Nederlands recht de gevolgen van de insolventie, mits de insolventieprocedure in Nederland wordt geopend. Nederlands recht bepaalt op grond van artikel 7 lid 2 sub m IVO ook de nietigheid, vernietigbaarheid of niet-tegenwerpbaarheid van de rechtshandelingen die nadelig zijn voor de gezamenlijke boedelcrediteuren. In de zaak *Kornhaas/Dithmar q.q.* is door het HvJ EU geoordeeld dat daaronder ook moet worden verstaan de vorderingen van de curator die na de insolventie tegen de bestuurder zijn ingesteld ter vergoeding van betalingen die deze heeft verricht vóór het faillissement (§ 64 GmbHG). Dit oordeel heeft hoogstwaarschijnlijk betrekking op alle bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen ingevolge de *lex fori concursus* die rechtstreeks voortvloeien uit het faillissement van de vennootschap en daarmee nauw verband houden.<sup>33</sup> Het gaat dan om vorderingen namens de gezamenlijke schuldeisers tegen de bestuurder wegens het door hem veroorzaakte faillissement of tekort waardoor betalingsonmacht of een te grote schuldenlast bij de vennootschap ontstaat.<sup>34</sup> Hieruit volgt dan dat deze slechts kunnen worden ingesteld bij de rechter die de insolventie heeft geopend en dat zij worden beheerst door de *lex fori concursus*. Vorderingen van individuele schuldeisers (op grond van artikel 6:162 BW jo. artikel 2:9 BW) tegen bestuurders vallen niet onder de IVO; de internationale bevoegdheid wordt dan ontleend aan de EEX-Vo (herzien).<sup>35</sup> Bij Nederlandse vennootschappen wordt het toepasselijk recht aangewezen door boek 10 BW. In de volgende paragraaf zullen vorderingen naar Nederlands recht per grondslag worden beoordeeld of zij rechtstreeks voortvloeien uit het faillissement van de vennootschap en daarmee nauw verband houden.

24 Overweging 35 van de preambule van IVO (herzien).

25 HvJ EU 4 december 2014, zaak C-295/13, ECLI:EU:C:2014:2410, JOR 2016/103, m.nt. P.M. Veder onder JOR 2016/104 (H./H.).

26 § 64(2) GmbHG: "De bestuurders zijn gehouden de vennootschap te vergoeden voor betalingen die worden gedaan na het intreden van de insolventie of nadat de te hoge schuldenlast van de vennootschap is vastgesteld. Dit geldt niet voor betalingen die, ook na bedoeld tijdstip, met de zorgvuldigheid van een goed zakenman verenigbaar zijn."

27 R.o. 20.

28 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 [2001] *PbEG* L 12/1.

29 Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, [2012] *PbEU* L 351/1.

30 Het Lugano II-Verdrag is het Verdrag inzake de internationale bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen in burgerlijke en handelszaken. Dit Verdrag geldt tussen de EU, Zwitserland, Noorwegen en IJsland. 2007/712/EG: Besluit van de Raad van 15 oktober 2007 inzake de ondertekening namens de Gemeenschap van het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken [2007] *PbEU* L 339/1.

31 R.o. 25.

32 Artikel 7 IVO.

33 Vgl. M.P. Weller & L. Hübner in hun annotatie in *NJW* 2016, 223, Rdn. 1; A.M. Swierczok in zijn annotatie in *NZI* 2016, 48, Rdn. 5; R. Arts in zijn annotatie in *RIW* 2016, p. 152. Kritisch ten aanzien van dit gevolg van het *Kornhaas-Dithmar*-arrest: W.-G. Ringe in zijn annotatie in *Juristenzeitung* 2016/71, p. 574-577; S. Mock in zijn annotatie in *IPRax* 2016, p. 241.

34 Zie P. Kindler, 'Insolvenzrecht als Tätigkeitsausübungsregel, Die sachliche Reichweite der Niederlassungsfreiheit nach dem Kornhaas-Urteil des EuGH', *EuZW* 2016, 136.

35 P. Mankowski, 'Insolvenzrecht gegen Gesellschaftsrecht 2:0 im europäischen Spiel um § 64 GmbHG', *NZG* 2016, 282.

### 3. Overzicht van internationale bevoegdheid en toepasselijk recht bij bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen

#### 3.1 Internationale bevoegdheid

De grondslagen voor de vorderingen die een curator kan instellen zijn de volgende: (I) artikel 2:9 BW (onbehoorlijke taakvervulling); (II) artikel 2:138/2:248 BW (kennelijk onbehoorlijk bestuur); (III) artikel 2:216 lid 3 BW (onrechtmatige vermogensuitkering); en (IV) Peeters/Gatzen-vordering ex art 68 Fw.

(I) Op grond van artikel 2:9 BW kan de curator namens de vennootschap de (voormalig) bestuurder aanspreken tot schadevergoeding wegens onbehoorlijke taakvervulling. Ook al wordt de bestuurder verweten dat zijn onbehoorlijke taakvervulling heeft geleid tot het faillissement van de vennootschap die op haar beurt daardoor schade lijdt, is de vordering op grond van artikel 2:9 BW niet een vordering die rechtstreeks uit de insolventie voortvloeit en daarmee voldoende nauw verband houdt. De regeling beoogt niet zozeer de schuldeisers (van de vennootschap) te beschermen, maar de vennootschap zelf. Het specifieke verwijt dat de onbehoorlijke taakvervulling moet hebben geleid tot het faillissement is geen toepassingsvoorwaarde voor aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW. Zodoende zal de curator op grond van de EEX-Vo (herzien) deze vordering moeten aanbrengen bij de rechter van de woonplaats van de bestuurder<sup>36</sup> of bij het gerecht van de statutaire zetel van de failliete vennootschap.<sup>37</sup>

(II) De uitspraak van het HvJ EU in de zaak *H./H.* is belangrijk voor de bepaling of een door de Nederlandse curator in te stellen vordering tot aansprakelijkheid van de bestuurder voor het boedeltekort op grond van artikel 2:138/2:248 BW voldoende nauw verband houdt. Om deze vraag te kunnen beantwoorden moet de Duitse regeling in kwestie nader worden bestudeerd.

Het in paragraaf 2 al besproken § 64 GmbHG regelt de bestuurdersaansprakelijkheid voor zgn. Insolvenzverschleppung. De bestuurder moet betalingen die de vennootschap heeft verricht vanaf het moment dat (a) zij in de toestand verkeerde dat zij was opgehouden te betalen (*Zahlungsunfähigkeit*); of (b) haar schulden de waarde van haar activa overtrof (*Überschuldung*), vergoeden aan de boedel. De bestuurder heeft namelijk in dat geval zijn verplichting geschonden om faillissement aan te vragen nadat de vennootschap in toestand (a) en/of (b) verkeerde. § 64 GmbHG

beoogt de verhaalspositie van de schuldeisers te beschermen door te voorkomen dat er actief uit de boedel verdwijnt. De vraag of een artikel 2:138/2:248-vordering rechtstreeks uit de insolventieprocedure voortvloeit en daar nauw mee samenhangt, moet aan de hand van deze gezichtspunten worden beoordeeld. De regeling betreft de aansprakelijkheid van bestuurders jegens de boedel.<sup>38</sup> Een vordering uit hoofde van artikel 2:138/2:248 BW komt dan ook uitsluitend toe aan de curator in het faillissement van een NV of BV.<sup>39</sup> De regeling beoogt de curator in het faillissement van een NV of BV een sterkere positie te geven bij het persoonlijk aanspreken van de bestuurders van die vennootschap, indien er sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur.<sup>40</sup> Bij de herziening van het Faillissementswet (Fw) is overwogen deze bepaling op te nemen in de Faillissementswet.<sup>41</sup> Ook in het Voorontwerp van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen werd voorgesteld de regeling te verplaatsen naar de Faillissementswet.<sup>42</sup>

De bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:138/2:248 BW verschilt wezenlijk van de "normale" vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidspositie ex artikel 2:9 BW. De toepassingsvoorwaarden voor aansprakelijkheid op grond van artikel 2:138/2:248 BW zijn dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat het een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de vennootschap. Het voorschrift bevat in twee opzichten een verscherping van de aansprakelijkheid van bestuurders. In de eerste plaats is de omvang van de aansprakelijkheid ruimer dan bij de reguliere aansprakelijkheidsregels. Bestuurders zijn, behoudens matiging, aansprakelijk voor het in het faillissement ontstane boedeltekort, en niet alleen voor de door de onbehoorlijke taakvervulling veroorzaakte schade. In de tweede plaats is de bewijslast van de curator verlicht. Hij hoeft slechts aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Daarbij komt de wet hem te hulp met bewijsvermoedens.<sup>43</sup>

Dit verschil ten opzichte van de aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW volgt uit het doel om misbruik van vennootschappen te voorkomen. Het voorrecht van de uitsluiting of beperking van de persoonlijke aansprakelijkheid van de bij de vennootschap betrokkenen wordt verbonden aan de sanctie dat misbruik hiervan door bestuurders wordt gesanctioneerd met een verzwaarde aansprakelijkheid. Bij misbruik van rechtspersoonlijkheid krijgen schuldeisers een sterkere bescherming dan bij een "normale" onrechtmatige daad. Individuele schuldeisers kunnen bestuurders aanspreken op grond van artikel 6:162 BW. Het voordeel van de bewijsvermoedens komt alleen de curator toe. Een arti-

36 Artikel 4 EEX-Vo (herzien). Bij een bestuurder-werknemer op grond van artikel 21 lid1 sub a EEX-Vo (herzien). Zie HvJ EU 10 september 2014, zaak C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, *JAR* 2015/261, m.nt. F.G. Laagland; *JOR* 2015/288, m.nt. C.G. van der Plas; *JBPR* 2015/55, m.nt. R.B. van Hees; *IPRax* 2016, p. 115, m.nt. P. Kindler (*Holterman Ferho Exploitatie BV e.a./Spies*), r.o. 49.

37 Bij een bestuurder-niet-werknemer op grond van artikel 7 lid 1 sub b EEX-Vo (herzien). Als aanknopingsfactor geldt in dat geval de plaats waar de bestuurder zijn werkzaamheden gewoonlijk heeft verricht. Dit zal bij ontstentenis van een aanwijzing in de statuten of enig ander document waarin de verplichtingen van de bestuurder ten opzichte van de vennootschap staan in de regel de plaats zijn waar de statutaire zetel van de vennootschap is gelegen. Zie HvJ EU 10 september 2014, zaak C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, (*Holterman Ferho Exploitatie BV e.a./Spies*), r.o. 54-64.

38 Zie: *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3 (MvT), p. 7.

39 Zie: *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3 (MvT), p. 7. Zie ook Veder in zijn noot onder *JOR* 2016/104, Rdn. 13.

40 *Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\** 2009/453.

41 *Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\** 2009/453.

42 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3 (MvT), p. 7.

43 Artikel 2:138 lid 2 BW; Zie *Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\** 2009/454.

kel 2:138/2:248-vordering betreft immers een vordering die de curator, optredend voor de boedel, instelt ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>44</sup>

De artikel 2:138/2:248-vordering die een curator van een failliet verklaarde vennootschap instelt ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren jegens de bestuurder die woonachtig is in het buitenland (ook buiten de EU) hangt in voldoende mate samen met de insolventieprocedure van de vennootschap. Zodoende is ook de Nederlandse rechter bevoegd kennis te nemen van deze vordering van de curator indien de COMI van de vennootschap in Nederland gelegen is. De woonplaats van de vennootschap wordt vermoed de COMI te zijn.

(III) De curator kan ook namens de vennootschap de bestuurder aansprakelijk stellen wegens een onrechtmatige vermogensuitkering. De bestuurder van een BV is immers op grond van artikel 2:216 lid 3 BW hoofdelijk verbonden voor het tekort dat door de uitkering (dividend of kapitaal) is ontstaan. De voorwaarde is dan dat hij aan de vermogensuitkering goedkeuring heeft verleend, terwijl hij wist of redelijkerwijs moest voorzien dat de BV na uitkering niet kon voortgaan met betaling van haar opeisbare schulden.<sup>45</sup> Ook deze aansprakelijkheidsvordering valt binnen de reikwijdte van artikel 3 lid 1 IVO indien hij door de curator wordt ingesteld. Het feit dat faillissement of surseance geen toepassingsvoorwaarde voor deze bestuurdersaansprakelijkheid is,<sup>46</sup> doet hier niets aan af.<sup>47</sup> Immers, het doel van deze regeling is crediteurenbescherming.<sup>48</sup> Dit blijkt ook al uit het feit dat de bestuurdersaansprakelijkheid is ingevoerd ter vervanging van de kapitaalbeschermingsregels die eveneens schuldeiserbescherming als doel hadden.<sup>49</sup>

Deze bestuurdersaansprakelijkheid draagt bij tot de verwezenlijking van een doelstelling die mutatis mutandis intrinsiek verband houdt met iedere insolventieprocedure, namelijk het voorkomen dat de boedel mogelijk wordt verkleind voordat de insolventieprocedure wordt geopend. Zodoende wordt ook het doel de schuldeisers op gelijke voet te betalen, nagestreefd.<sup>50</sup>

De aansprakelijkheid van de bestuurder met wetenschap van betalingsonmacht is beperkt tot het tekort dat door de uitkering is ontstaan.<sup>51</sup> Ook aandeelhouders of andere winstgerechtigden die een uitkering ontvingen terwijl zij wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien dat de uitkering tot gevolg zou hebben dat de vennootschap niet meer aan haar opeisbare schulden zou kunnen blijven voldoen, zijn gehouden tot terugbetaling van de uitgekeerde bedra-

gen indien de vennootschap binnen één jaar na de uitkering in staat van faillissement wordt verklaard.<sup>52</sup>

(IV) Tot slot, de Peeters/Gatzen<sup>53</sup>-vordering (benadeling gezamenlijke schuldeisers van failliet verklaarde vennootschap).<sup>54</sup> De curator ontleent aan artikel 68 Fw<sup>55</sup> de exclusieve bevoegdheid een Peeters/Gatzen-vordering tegen een (voormalig) bestuurder in te stellen indien aan de volgende voorwaarde is voldaan. De onrechtmatige benadeling van de gezamenlijke crediteuren moet zijn gelegen in een verwijt waardoor het hele boedelactief, dat wil zeggen het hele vermogen van de vennootschap, is benadeeld en niet alleen één of meer specifieke vennootschapscrediteuren. Dat is niet het geval indien de (voormalig) bestuurder aansprakelijk wordt gehouden voor het aangaan van specifieke verbintenissen namens de vennootschap met de wetenschap van niet-nakoming en het niet bieden van verhaal. Deze vordering vergroot het boedelactief niet; zij komt de individuele schuldeiser toe.<sup>56</sup>

De curator kan wel de (voormalig) bestuurder aanspreken indien hem wordt verweten dat hij bewerkstelligde dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele plicht niet nakomt, en schuldeisers hierdoor voorzienbaar schade zouden lijden.<sup>57</sup> Een dergelijke Peeters/Gatzen-vordering ontstaat als de bestuurder het verwijt treft dat hij bijvoorbeeld door selectieve betaling heeft meegewerkt aan benadeling van de gezamenlijke schuldeisers van de failliet verklaarde vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van hun vorderingen. Deze bestuurder is dan op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk jegens deze gezamenlijke schuldeisers. Het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer verplicht de bestuurder van een vennootschap die mogelijk failliet dreigt te gaan, ertoe dat hij bij de vervulling van zijn taak zich richt naar de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>58</sup> Deze vordering hangt mijns inziens in voldoende mate samen met de insolventieprocedure van de vennootschap. Ondanks dat deze vordering geen vermogensbestanddeel van de boedel is, blijkt de samenhang uit het exclusieve karakter van de bevoegdheid van de curator tot geldendmaking en tot instelling van de rechtsvordering en het feit dat de opbrengst ten goede komt

44 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/455.

45 Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat hierbij een tijdspanne van één jaar in acht moet worden genomen. Zie: Kamerstukken II 2006/07, 31058, 3 (MvT), p. 25, p. 30-31, p. 33, p. 71.

46 Rb. Gelderland 16 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1758, JOR 2016/187, m.nt. B. Bier, r.o. 4.7 laatste alinea.

47 HvJ EU 4 december 2014, zaak C-295/13, ECLI:EU:C:2014:2410 (H./H.), r.o. 24.

48 Kamerstukken II 2006/07, 31058, 3 (MvT), p. 1.

49 Kamerstukken II 2006/07, 31058, 3 (MvT), p. 1.

50 HvJ EU 10 december 2015, zaak C-594/14, ECLI:EU:C:2015:806 (Kornhaas/Dithmar q.q.), r.o. 19.

51 Kamerstukken II 2008/09, 31058, 7 (NvW I), p. 11.

52 Kamerstukken II 2006/07, 31058, 3 (MvT), p. 31, 73-74.

53 HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4521, NJ 1983/597, m.nt. B. Wachter (Peeters q.q./Gatzen).

54 De Nederlandse rechter is op grond van artikel 3 IVO (herzien) bevoegd kennis te nemen van een Peeters/Gatzen-vordering van de curator van een vennootschap die door de Nederlandse rechter failliet is verklaard. Zie: Hof 's-Hertogenbosch 29 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:481, JOR 2016/247, m.nt. D. Beunk & B.A. Schuijling (BNP Paribas Fortis NV/Van Dooren q.q.), r.o. 2.5.

55 De curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Tevens is ook bevoegd in rechte op te treden.

56 Zie HR 16 september 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT7997, Ondernemingsrecht 2006/11, m.nt. M.L. Lennarts, NJ 2006/311, m.nt. P. van Schilfgaarde (De Bont/Bannenberg q.q.).

57 Ontvanger/Roelofsen-vorderingen. Zie: HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, Ondernemingsrecht 2007/36, m.nt. J.B. Wezeman (Ontvanger/Roelofsen).

58 Zie J. van Bekkum in zijn annotatie bij HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1204, JOR 2014/229 (Kok/Maas q.q.), par. 9.

aan de gezamenlijke schuldeisers.<sup>59</sup> De Hoge Raad heeft op 8 september 2017 deze kwestie bij wijze van prejudiciële vraag voorgelegd aan het HvJ EU.<sup>60</sup> Als het HvJ EU tot het oordeel komt dat de Peeters/Gatzen-vordering inderdaad voldoende samenhangt met de insolventieprocedure dan is de Nederlandse rechter ook bevoegd kennis te nemen van dit type vorderingen jegens de bestuurder die woonachtig is in het buitenland (ook buiten de EU) indien de COMI van de vennootschap in Nederland gelegen is.

Zie voor een overzicht van de grondslag voor de bevoegde rechter bij vorderingen die de curator kan instellen tegen de (voormalig) bestuurder de tabel 'Internationale bevoegdheid'.

### 3.2 Toepasselijk recht

De vordering tot schadevergoeding wegens onbehoorlijke taakvervulling (artikel 2:9 BW) van de curator namens de vennootschap tegen de (voormalig) bestuurder is niet onderworpen aan de *lex fori concursus*. De bestuurdersaansprakelijkheid wordt in dat geval beheerst door het op grond van het *commune internationaal privaatrecht* aangewezen incorporatierecht (artikel 10:119 sub d BW). Vorderingen van een curator tegen de (voormalig) bestuurder zijn alleen dan onderworpen aan de *lex fori concursus* indien deze vordering bijdraagt om te voorkomen dat de boedel wordt verkleind voordat de insolventieprocedure wordt geopend, met als doel de schuldeisers van de failliete vennootschap op gelijke voet te betalen.<sup>62</sup> Volgens het HvJ EU in *Kornhaas/Dithmar q.q.* moet dan worden beschouwd of een dergelijke vordering vergelijkbaar is met de regels betreffende nietigheid, vernietigbaarheid of niet-tegenwerpbaarheid van de voor het geheel van schuldeisers nadelige rechtshandeling.<sup>63</sup> In voornoemd arrest is dit bevestigd voor de bestuurders-

aansprakelijkheidvordering ex § 64 GmbHG.<sup>64</sup> Mijs inziens voldoet ook de Peeters/Gatzen-vordering aan dit criterium. Een dergelijke vordering kan alleen door de curator worden ingesteld ten behoeve van het boedelactief. Het gaat om een onrechtmatig handelen van de bestuurders jegens de gezamenlijke boedelcrediteuren.

Let wel dat de Hoge Raad op 8 september 2017 ook de volgende twee vragen aan het HvJ EU heeft voorgelegd. Indien de IVO van toepassing is, wordt de Peeters/Gatzen-vordering dan beheerst door het recht van de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend krachtens artikel 4 lid 1 IVO zowel wat betreft de bevoegdheid van de curator tot het instellen van deze vordering als wat betreft het op deze vordering toepasselijke materiële recht? Ten tweede de vraag of de rechter van de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend, al dan niet naar analogie, rekening moet houden met de volgende twee kwesties. Namelijk of de aangesproken partij zich kan verweren door te bewijzen dat haar handelwijze niet tot haar aansprakelijkheid leidt, indien beoordeeld naar het recht dat op de vordering van toepassing zou zijn geweest als zij niet door de curator, maar door de individuele schuldeiser(s) uit onrechtmatige daad zou zijn aangesproken.<sup>65</sup> Zo ja, of deze rechter ook rekening moet houden met de ter plaatse van de beweerdte onrechtmatige daad geldende veiligheidsvoorschriften en gedragsregels?<sup>66</sup> Veder stelt in zijn noot terecht dat de artikel 2:138/2:248-vordering binnen het toepassingsbereik van de IVO valt.<sup>67</sup> Immers, slechts de curator kan een dergelijke vordering instellen in een in Nederland geopende insolventieprocedure. Bovendien is het een sanctie op het schenden van de administratie- en openbaarmakingsplicht. De bestuurder die geen administratie voert en/of geen jaarstukken openbaar maakt, wordt ter bescherming van de vennootschapscrediteuren aansprakelijk gehouden voor het boedeltekort, ten-

### Internationale bevoegdheid

	Grondslag vordering	EEX-Vo (herzien) / IVO
<b>Interne bestuurdersaansprakelijkheid</b>	art. 2:9 BW	art. 7 onder 1 onder b EEX-Vo (herzien)
	art. 2:216 lid 3 BW	art. 7 onder 1 onder b EEX-Vo (herzien)
<b>Externe bestuurdersaansprakelijkheid</b>	art. 2:138/2:248 BW	art. 6 lid 1 IVO
	art. 6:162 BW (Peeters/Gatzen)	art. 6 lid 1 IVO <sup>61</sup>

59 Zie over de verhouding tussen vordering als vermogensbestanddeel, de bevoegdheid tot geldendmaking (*ius agendi*) en instelling van de rechtsvordering uitgebreid van Schilfgaarde in zijn noot onder HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF3917, NJ 2009/416, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Dekker/Lutèce*), punt 3 t/m 7. Zie ook Faber in zijn noot onder dit arrest, JOR 2010/22, punt 4.2.

60 HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269 (*Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis NV*), cassatie van Hof 's-Hertogenbosch 29 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:481, JOR 2016/247, m.nt. D. Beunk & B.A. Schuijling (*BNP Paribas Fortis NV/Van Dooren q.q.*).

61 Afhankelijk van antwoorden van HvJ EU op de prejudiciële vragen gesteld in HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269 (*Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis NV*).

62 HvJ EU zaak C-594/14 ECLI:EU:C:2015:806, JOR 2016/104, m.nt. P.M. Veder (*Kornhaas/Dithmar q.q.*), r.o. 20.

63 HvJ EU zaak C-594/14 ECLI:EU:C:2015:806, JOR 2016/104, m.nt. P.M. Veder (*Kornhaas/Dithmar q.q.*), r.o. 20.

64 HvJ EU zaak C-594/14 ECLI:EU:C:2015:806, JOR 2016/104, m.nt. P.M. Veder (*Kornhaas/Dithmar q.q.*), r.o. 21.

65 Artikel 16 IVO (herzien)/artikel 13 IVO.

66 Artikel 17 Rome II. De Rome II wijst het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen aan. Artikel 17 Rome II bepaalt dat bij de beoordeling van het gedrag van de persoon wiens aansprakelijkheid in het geding is, feitelijk en in passende mate rekening moet worden gehouden met de veiligheidsvoorschriften en gedragsregels die van kracht zijn op het tijdstip en de plaats van de gebeurtenis welke de aansprakelijkheid veroorzaakt. Verordening (EG) nr. 864/2007 van de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ("Rome II") [2007] PbEU L 199/40.

67 JOR 2016/104, par. 13.

zij hij kan bewijzen dat schending van deze verplichtingen niet een belangrijke oorzaak van het faillissement was. Met name dit laatste vereiste – dat alleen bestuurders aansprakelijk worden gehouden voor het boedeltekort indien het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement was – maakt dat het gerechtvaardigd is dat deze kwestie onder de *lex fori concursus* valt.

De Nederlandse curator van een in Nederland failliet verklaarde vennootschap kan een vordering ex artikel 2:138/2:248 BW instellen tegen diens bestuurder(-rechtspersoon). Terecht merkt Veder in zijn noot nog op dat de curator zelfs een artikel 2:138/2:248-vordering kan instellen indien de in Nederland failliet verklaarde rechtspersoon een buitenlandse rechtspersoon betreft (artikel 10:121 BW). Bij dit laatste moet nog wel worden aangetekend dat artikel 10:121 lid 1 BW als voorwaarde stelt dat de buitenlandse rechtspersoon onderworpen is aan de Nederlandse vennootschapsbelasting.<sup>68</sup>

Zie voor het overzicht van de grondslag voor het toepasselijk recht op de vorderingen die de curator kan instellen tegen de (voormalig) bestuurder de tabel 'Toepasselijk recht'.

#### 4. Doorbraak op grond van artikel 2:11 BW

De vraag is of deze curator ook de bestuurder van de rechtspersoon die op zijn beurt bestuurder van de failliet verklaarde Nederlandse vennootschap is, kan aanspreken voor de Nederlandse rechter op grond van de Nederlandse doorbraakbepaling van artikel 2:11 BW.

Naar Nederlands recht rust op grond van artikel 2:11 BW de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon tevens hoofdelijk op degene die ten tijde van het ontstaan van deze aansprakelijkheid van de rechtspersoon waarvan bestuurder was.<sup>70</sup> De vraag of de curator op grond van artikel 2:11 BW kan doorbreken naar de in het buitenland woonachtige natuurlijke persoon die bestuurder is van een buitenlandse rechtspersoon die

op zijn beurt bestuurder is van de failliete Nederlandse vennootschap is geen vraag die door het IVO wordt bestreken. Dit is immers een kwestie van rechtspersonenrecht, dat als zodanig tot het domein van het vennootschapsstatuut (*lex societatis*) en niet tot dat van de *lex fori concursus* behoort. De doorbraakregeling van artikel 2:11 BW is weliswaar een regeling van schuldeiserbescherming<sup>71</sup>, maar de toepassing is niet beperkt tot situaties waarin de vennootschap niet langer aan haar betalingsverplichtingen kan voldoen. Ook de interne respectievelijk externe aansprakelijkstelling van een indirect bestuurder op grond van artikel 2:9 BW respectievelijk artikel 6:162 BW jo. artikel 2:9 BW geschiedt op basis van artikel 2:11 BW.<sup>72</sup> Zodoende kan de curator van een Nederlandse vennootschap zijn vordering ex artikel 2:138 BW – dat wel tot het domein van de *lex fori concursus* behoort – tegen de in het buitenland woonachtig bestuurder van een Nederlandse rechtspersoon-bestuurder via artikel 2:11 BW instellen.<sup>73</sup> Maar wat heeft te gelden als de rechtspersoon-bestuurder naar buitenlands recht is opgericht?

Naar Nederlands internationaal privaatrecht wordt een buitenlandse vennootschap beheerst door het recht van oprichting (*incorporatierecht*).<sup>74</sup> De incorporatieleer brengt mee dat het incorporatierecht van toepassing is op de aansprakelijkheid van bestuurders, commissarissen en andere functionarissen als zodanig jegens de corporatie<sup>75</sup> en wie naast de corporatie, voor de handelingen waardoor de corporatie wordt verbonden, aansprakelijk is uit hoofde van een bepaalde hoedanigheid zoals die van bestuurder, commissaris of andere functionaris van de corporatie bepaalt.<sup>76</sup>

De Hoge Raad oordeelde in de zaak *D Group Europe/Schreurs q.q.*<sup>77</sup> dat op grond van artikel 10:119 aanhef en onderdeel e BW<sup>78</sup> het Nederlands recht als het incorporatierecht van een Nederlandse vennootschap tevens de aansprakelijkheid van haar bestuurder beheerst, ook als deze bestuurder zelf een vennootschap naar buitenlands recht is. Dit laat onverlet dat de vennootschapsrechtelijke verhoudingen (waaronder

#### Toepasselijk recht

	Grondslag vordering	BW / IVO
<b>Interne bestuurdersaansprakelijkheid</b>	art. 2:9 BW	art. 10:119 onder d BW
	art. 2:216 lid 3 BW	art. 7 lid 2 onder m IVO
<b>Externe bestuurdersaansprakelijkheid</b>	art. 2:138/2:248 BW	art. 7 lid 2 onder m IVO
	art. 6:162 BW (Peeters/Gatzen)	art. 7 lid 2 onder m IVO <sup>69</sup>

68 Asser/Maeijer, *Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\** 2009/468.

69 Afhankelijk van antwoorden van HvJ EU op de prejudiciële vragen gesteld in HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269 (*Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis NV*).

70 Zie voor een uitgebreid, recent overzicht van de achtergrond en toepassing van artikel 2:11 BW: 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 (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, Serie VHI deel 140, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 157-199.

71 *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, 3 (MvT), p. 2.

72 Zie Asser/Maeijer, *Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\** 2009/476.

73 Lennarts, in: *T&C BW*, artikel 2:11 BW, aant. 9.

74 Artikel 10:118 BW. Zie: Asser/Kramer & Verhagen *10-III* 2015/3.

75 Een corporatie is een vennootschap, vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting en ieder ander als zelfstandige eenheid of organisatie naar buiten optredend lichaam en samenwerkingsverband. Zie artikel 10:117 sub a BW.

76 Artikel 10:119 sub d en e BW.

77 HR 19 maart 2011 ECLI:NL:HR:2011:BP1408, *JOR* 2011/144, m.nt. G. van Solinge, *Ondernemingsrecht* 2011/71 m.nt. B.F. Assink (*D Group Europe/Schreurs q.q.*).

78 Voorheen: artikel 3 aanhef en onderdeel e WCC.

de bestuurdersaansprakelijkheid) tussen de buitenlandse vennootschap en haar bestuurders worden beheerd door het incorporatierecht van de buitenlandse vennootschap.<sup>79</sup> Dit werd door de Hoge Raad bevestigd in de zaak *Van der Meer/Pieper* (ook bekend als *MyGuide*).<sup>80</sup> Dit betekent dat een bestuurder-natuurlijke persoon van een buitenlandse vennootschap die bestuurder is van een Nederlandse vennootschap niet op grond van artikel 2:11 BW aansprakelijk kan worden gesteld.

Naast doorbraak bestaat er ook nog de mogelijkheid dat de curator tegen de bestuurder van de buitenlandse rechtspersoon-bestuurder rechtstreeks een Peeters/Gatzen-vordering instelt. De bestuurder (natuurlijke persoon) van de rechtspersoon die op zijn beurt bestuurder is van een failliet verklaarde Nederlandse vennootschap kan indien hem een persoonlijk verwijt van zijn handelen of nalaten dat verhaalsbenadeling van de gezamenlijke crediteuren van de failliet verklaarde Nederlandse vennootschap tot gevolg heeft, aansprakelijk worden gesteld door de curator van de failliet verklaarde Nederlandse vennootschap op grond van artikel 6:162 BW.<sup>81</sup> Deze Peeters/Gatzen-vordering wordt naar mijn opvatting door de *lex fori concursus* beheerd, maar ik wijs erop dat de Hoge Raad onlangs hierover prejudiciële vragen heeft gesteld aan het HvJ EU.<sup>82</sup> Concluderend, artikel 2:11 BW mist in beginsel toepassing op de aansprakelijkheid van een indirect bestuurder indien hij zelf een direct bestuurder is van een buitenlandse bestuurder-rechtspersoon van een Nederlandse vennootschap.<sup>83</sup> Zodoende zal de Nederlandse curator in beginsel niet op grond van artikel 2:138/2:248 BW jo. artikel 2:11 BW de indirect bestuurder kunnen aanspreken voor het boedeltekort van de failliete Nederlandse vennootschap.

#### 4.1 Toch doorbraak?

De vraag is wat nu geldt als dat buitenlandse recht een naar doel, strekking en werking vergelijkbare doorbraakregeling kent als artikel 2:11 BW. Bijvoorbeeld het Franse vennootschapsrecht kent een regeling die een vergelijkbaar effect sorteert.<sup>84</sup> Namelijk (hoofdelijke) aansprakelijkheid van een natuurlijke persoon naast de rechtspersoon-bestuurder jegens de vennootschap in kwestie.

In dat geval geldt dat de curator van de Nederlandse vennootschap die wordt bestuurd door een buitenlandse vennootschap mogelijk ook op grond van artikel 2:138/2:248 BW in samenhang met de van toepassing zijnde buitenlandse rechtsregel die vergelijkbaar is met artikel 2:11 BW de indirect bestuurder kan aanspreken voor schending van administratie- en openbaarmakingsplicht van de Nederlandse vennootschap, omdat het buitenlandse recht doorbraak naar de indirecte bestuurder toestaat. Deze uitleg levert geen strijd op met de incorporatieleer. Het buitenlandse rechtstelsel wordt immers geëerbiedigd.<sup>85</sup>

Geïnspireerd op het Franse vennootschapsrecht kennen het Belgisch<sup>86</sup> en Luxemburgs<sup>87</sup> recht een regeling voor hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurder (natuurlijke persoon) van een rechtspersoon-bestuurder. Schending van de administratie- en openbaarmakingsplicht bij de Nederlandse vennootschap door de rechtspersoon-bestuurder levert in dat geval aansprakelijkheid van de indirect bestuurder (natuurlijke persoon) jegens de Nederlandse vennootschap op.

De Franse regeling zit als volgt in elkaar. Op grond van artikel L. 225-20 van de *Code de commerce* (C. com.)<sup>88</sup> is de bestuurder-rechtspersoon verplicht een vaste vertegenwoordiger aan te wijzen. Deze wordt belast met de uitvoering van de bestuurstaak in naam en voor rekening van de rechtspersoon-bestuurder. Deze vaste vertegenwoordiger moet aan dezelfde voorwaarden voldoen en is civielrechtelijk aansprakelijk alsof hijzelf de betrokken bestuurstaak in eigen naam en voor eigen rekening zou volbrengen, onverminderd de hoofdelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder die hij vertegenwoordigt. Deze laatste mag zijn vertegenwoordiger niet ontslaan zonder tegelijk een opvolger te benoemen.

Uit de Franse (en Luxemburgse) wettekst kan niet meteen worden afgeleid welke natuurlijke personen als vaste vertegenwoordiger kunnen worden benoemd. De Belgische wettelijke bepaling maakt dit wel duidelijk: vennoten, zaakvoerders, bestuurders of werknemers van de rechtspersoon-bestuurder.<sup>89</sup> Bij aanwijzing van de natuurlijke

79 Zie ook: Van Solinge, in: *T&C BW*, artikel 10:119 BW, aant. 8 sub b.

80 HR 21 juni 2013 ECLI:NL:HR:2013:CA3958, JOR 2013/238, m.nt. H.L.E. Verhagen, *Ondernemingsrecht* 2013/9, m.nt. C.D.J. Bulten.

81 HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1204, JOR 2014/229, m.nt. J. van Bekkum (*Kok/Maas q.q.*), r.o. 3.3.3.

82 HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269 (*Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis NV*).

83 Zie ook: *Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/73*.

84 Uit de wetgeschiedenis van de Franse bepaling, blijkt dat de Commissie wetgeving van de Assemblée nationale oorspronkelijk een aan artikel 2:11 BW gelijkkluidend voorschrift wilde opnemen. Hierdoor zouden de bestuurder van de bestuurder-rechtspersoon en deze laatste hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens de betrokken vennootschap. De Franse Senaat heeft dit verworpen omdat de basis van de aansprakelijkheid een vrijwillig aangegaan mandaat zou moeten zijn. Niettemin is de praktische uitwerking dezelfde. Zie: R. Trouillat, *Le droit nouveau des sociétés commerciales, La loi du 24 juillet 1966 et les textes d'application commentés*, Paris: Entreprise Moderne d'Édition 1967, p. 305.

85 Zie *Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/74*, verwijzend naar het Antwoord van de Minister op vragen 4 en 5 over de gevolgen van het *MyGuide*-arrest: "Dat artikel 2:11 BW niet rechtstreeks greep biedt op de bestuurder van een buitenlandse rechtspersoon die op haar beurt een Nederlandse rechtspersoon bestuurt, doet daar niet aan af. Op grond van het internationale privaatrecht zal in die gevallen namelijk de regeling van toepassing zijn die het thuisland van de rechtspersoon-bestuurder voor deze materie heeft. Op basis daarvan kan de natuurlijke persoon in kwestie worden aangepakt.", *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, 245. Het 'aanpakken' van de natuurlijke persoon veronderstelt dus dat het toepasselijke buitenlandse recht een aan artikel 2:11 BW verwante bepaling kent.

86 Artikel 61 § 2 Wetboek van vennootschappen. Ingevoerd bij Wet van 2 augustus 2002 houdende wijziging van het Wetboek van vennootschappen alsook van de wet van 2 maart 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen en tot reglementering van de openbare overnameaanbiedingen (Belg. Stb. 22 aug. 2002, 36555). Deze is inwerking getreden per 8 oktober 2004.

87 Artikel 51bis *Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales commerciales* (Mémorial A n° 90, 30 octobre 1915, p. 925). Ingevoerd bij *Loi du 25 août 2006* (Mémorial A n° 152, 31 augustus 2006, p. 2684).

88 Vóór 2000: artikel 91 *Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés*.

89 Artikel 61 § 2 Wetboek van vennootschappen.



personen die bestuurder van de rechtspersoon-bestuurder is, is het rechtsgevolg identiek aan dat van artikel 2:11 BW. Wat is de aansprakelijkheidspositie van deze vaste vertegenwoordiger – meestal bestuurder of aandeelhouder van de bestuurder-rechtspersoon – bij het faillissement van de vennootschap die wordt bestuurd door de bestuurder-rechtspersoon die hij vertegenwoordigt? Op grond van het Franse<sup>90</sup> en Luxemburgse<sup>91</sup> *Code de commerce* respectievelijk het Belgische Wetboek van vennootschappen<sup>92</sup> kan de bevoegde rechtbank op verzoek van de curator van de failliete vennootschap, de (voormalig) (feitelijk) bestuurder(s) van deze failliete vennootschap (hoofdelijk) veroordelen tot gehele of gedeeltelijke bijdrage aan het boedeltekort van de vennootschap, indien er sprake is van een *faute de gestion* respectievelijk *fautes graves et caractérisées*. Op grond van de Belgische, Franse en Luxemburgse vennootschapswet kan de vaste vertegenwoordiger van de bestuurder-rechtspersoon door de curator van de insolvente vennootschap hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor gehele of gedeeltelijke bijdrage aan het boedeltekort van de vennootschap.<sup>93</sup>

De vraag is natuurlijk of schending van een administratieve openbaarmakingsplicht een *faute de gestion* respectievelijk *fautes graves et caractérisées* (ernstige en specifieke fout) oplevert. Een afwezige of onvolledige boekhouding en het niet publiceren van de jaarstukken levert volgens Franse respectievelijk Luxemburgse jurisprudentie een *faute de gestion* dan wel *fautes graves et caractérisées* op.<sup>94</sup> De curator zal in beginsel het causale verband tussen de *faute de gestion* en het boedeltekort moeten stellen en bewijzen. Uit de Luxemburgse wetsgeschiedenis blijkt daarentegen dat er geen direct causaal verband hoeft te bestaan tussen de ernstige fout en het faillissement. Zodra de ernstige fout één van de factoren kan zijn geweest die het faillissement hebben veroorzaakt, wordt vermoed dat de bestuurder aansprakelijk is voor het boedeltekort.<sup>95</sup> Het ontbreken van inzicht in de financiële toestand van de vennootschap wordt als één van de factoren die het faillissement van de vennootschap hebben veroorzaakt, aangemerkt.<sup>96</sup> Indien de rechter dit aanneemt, stelt hij de omvang van de aansprakelijkheid van de bestuurder vast op basis van de ernst van de fout en de mate van bijdrage aan het boedeltekort.<sup>97</sup>

Uit deze bespreking van de Franse, Belgische en Luxemburgse regeling blijkt het verschil ten opzichte van de Nederlandse regeling in de aansprakelijkheidspositie van de bestuurder<sup>98</sup> van de bestuurder-rechtspersoon bij onvolledige en onregelmatige boekhouding en/of niet openbaarmaking van de jaarstukken. Ten eerste ontbreken in deze rechtsstelsels de bewijsvermoedens vergelijkbaar met artikel 2:138/2:248 BW.<sup>99</sup> Bovendien impliceert vaststelling van de aansprakelijkheid van de bestuurder (of diens vaste vertegenwoordiger) naar buitenlands recht bij ontbreken van verweer door deze bestuurder geen (hoofdelijke) aansprakelijkheid voor het volledige boedeltekort. Niettemin gaat het in deze kwestie om de vraag of de toepassing van artikel 2:138/2:248 BW op de bestuurder van een Franse, Belgische of Luxemburgse rechtspersoon, die op zijn beurt bestuurder is van een failliete Nederlandse vennootschap door de curator van deze laatste vennootschap, dusdanig inbreekt in het Franse, Belgische respectievelijk Luxemburgse vennootschapsrecht dat dit in strijd komt met de incorporatieleer. Verdedigbaar is dat nu deze rechtsstelsels ook een hoofdelijke aansprakelijkheid van derden kennen indien een rechtspersoon bestuurder is van een andere rechtspersoon, doorbraak jegens deze derden geen strijd oplevert met de incorporatieleer. Deze derde is dan de natuurlijke persoon die is aangewezen als vaste vertegenwoordiger van de rechtspersoon-bestuurder. Deze verplicht aangewezen vaste vertegenwoordiger is aansprakelijk als ware hij de bestuurder van de vennootschap in kwestie. De rechtspersoon-bestuurder en de aangewezen vaste vertegenwoordiger zijn hoofdelijk aansprakelijk voor uitvoering van de bestuurstaak.

Ondanks het feit dat in beginsel het incorporatierecht de vraag beheerst of aandeelhouders of bestuurders van de vennootschap als zodanig persoonlijk aansprakelijk zijn voor schulden van de vennootschap,<sup>100</sup> betreft het hier een bevoegdheid van de curator om derden aan te spreken voor vorderingen die rechtstreeks uit een insolventieprocedure van een Nederlandse vennootschap zijn voortgevloeid en er nauw verband mee houden.<sup>101</sup>

Tot slot de vraag of de curator van een Nederlandse vennootschap de bewijsvermoedens van artikel 2:138/2:248 BW kan toepassen bij de aansprakelijkstelling van de bestuurder van de Belgische, Franse of Luxemburgse rechtspersoon-bestuurder. Bij deze aansprakelijkstelling gaat om

90 Artikel L651-2 C. com.

91 Artikel 495-I C. com.

92 Artikel 265 W.v.V.

93 Ook uit de Franse faillissementsregeling in de Code de commerce volgt dat de vaste vertegenwoordiger van de rechtspersoon-bestuurder gelijkelijk aansprakelijk is voor de *faute de gestion*. Zie artikel L651-1 C. com.

94 FR: P.-M. LeCorre, *Droit et pratique des procédures collectives*, 7ième ed., Paris: Dalloz 2013, par. 922.22. LX: Tribunal d'arrondissement (com.) de Luxembourg, 26 février 1999, n° 48414 du rôle.

95 Chambre de députés, Dossier législatif 3381, session 1989-1990, 22.06.1990, Exposé des motifs (MvT), p. 8: "Par ailleurs, il ne doit nécessairement exister de lien causal entre cette faute et l'insuffisance d'actifs. Dès lors que la faute a été l'un des facteurs déterminants ayant entraîné la faillite, le dirigeant en faute est présumé responsable du défaut d'actif."

96 Tribunal d'arrondissement (com.) de Luxembourg, 11 juillet 2012, n° 35838, 35930, 36069, 36076 du rôle.

97 Chambre de députés, Dossier législatif 3381, session 1989-1990, 22.06.1990, Exposé des motifs (MvT), p. 8.

98 Deze bestuurder moet dan wel conform de Franse, Belgische respectievelijk Luxemburgse regeling zijn aangewezen als vaste vertegenwoordiger van de bestuurder-rechtspersoon.

99 Chambre de députés, Dossier législatif 3381, session 1989-1990, 22.06.1990, Exposé des motifs (MvT), p. 8.

100 Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/79.

101 De Luxemburgse wetgever zelf verwoordt de doelstelling van de regeling van bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement van vennootschappen vrij treffend bij het wetsontwerp ter invoering van artikel 495-I van de Luxemburgse Code de commerce: "L'opinion publique n'accepte plus que des personnes puissent, sous le couvert d'une société, accomplir des actes préjudiciables à cette société et à ses créanciers, tout en retirant des avantages et sans en subir des conséquences sur leurs personnes. Le présent projet entend répondre à ces préoccupations et apporter un élément dans la moralisation du droit des sociétés." Chambre de députés, Dossier législatif 3381, session 1989-1990, 22.06.1990, Exposé des motifs (MvT), p. 6.

“verwezenlijking van een doelstelling die *mutatis mutandis* intrinsiek verband houdt met iedere insolventieprocedure, namelijk het voorkomen dat de boedel mogelijkserwijs wordt verkleind voordat de insolventieprocedure wordt geopend, met het doel de schuldeisers op gelijke voet te betalen.”<sup>102</sup>

Het is betreft een bepaling die “ten minste vergelijkbaar is met een regel houdende ‘niet-tegenwerpbaarheid van de voor het geheel van schuldeisers nadelige rechtshandelingen’, die krachtens artikel 4, lid 2, onder m, van verordening nr. 1346/2000 onder de *lex fori concursus* valt.”<sup>103</sup> De aansprakelijkheid van de bestuurder wordt in dit geval dan ook op grond van artikel 4 IVO beheerst door Nederlands recht. Nu deze buitenlandse rechtsstelsels een doorbraak naar de bestuurder (mits aangewezen als vaste vertegenwoordiger) van de bestuurder-rechtspersoon toestaat, kan de curator ook artikel 2:138/2:248 BW toepassen op de bestuurder van de buitenlandse bestuurder-rechtspersoon. Het betreft een ‘doorgebroken’ artikel 2:138/2:248-vordering.

## 5. Concluderende opmerkingen

Met zijn arresten in de zaken *Kornhaas/Dithmar q.q.* en *H./H.* heeft het HvJ EU belangrijke jurisprudentie gewezen voor curatoren en bestuurders van insolvente vennootschappen. Bestuurders van een vennootschap waarvan in de EU de insolventieprocedure is geopend, moeten er rekening mee houden dat de curator hen kan aanspreken (voor het boedeltekort) bij dit forum concursus. Dit ongeacht of deze bestuurder buiten de EU woonachtig is. Bovendien kan hij in bepaalde gevallen door de curator aansprakelijk worden gesteld op grond van de *lex fori concursus*. Het moet dan gaan om vorderingen die in de zin van artikel 6 IVO nauw verband houden met de insolventieprocedure en een bevoegdheid zijn die aan de curator toekomt. Dit houdt overigens niet in dat die vorderingen uitsluitend in faillissement kunnen worden ingesteld.

In deze bijdrage heb ik tot uitgangspunt genomen een curator van een Nederlandse vennootschap waarvan de insolventieprocedure in Nederland is geopend. Deze kan dus ongeacht hun woonplaats de bestuurders van deze vennootschap aanspreken op grond van artikel 2:138/2:248 BW en artikel 2:216 lid 3 BW. Vorderingen die de curator namens de insolvente vennootschap instelt tegen de (voormalig) bestuurders op grond van artikel 2:9 BW vallen onder de EEX-Vo (herzien).

Het is de vraag of ook de indirect bestuurder op grond van artikel 2:138/2:248 BW jo. artikel 2:11 BW aansprakelijk kan worden gesteld indien de rechtspersoon die bestuurder van de insolvente Nederlandse vennootschap, is opgericht naar buitenlands recht? Deze vraag valt buiten het bereik van de IVO en moet op grond van het Nederlands internationaal privaatrecht aan de hand van de *lex societatis* worden beantwoord. Op grond van de incorporatieleer wordt de aansprakelijkheid van de bestuurder van een buitenlandse (bestuurder-)rechtspersoon bepaald door het recht dat deze

buitenlandse rechtspersoon beheerst. In beginsel is er geen aansprakelijkheidsdoorbraak op grond van artikel 2:11 BW. In de omstandigheid dat dit toepasselijke buitenlands recht doorbraak toestaat, kan de bestuurder van een buitenlandse rechtspersoon die op zijn beurt bestuurder van de insolvente Nederlandse vennootschap is, worden geconfronteerd met aansprakelijkstelling naar Nederlands recht door de Nederlandse curator. De ‘doorgebroken’ artikel 2:138/2:248 BW-vordering vloeit immers rechtstreeks voort uit het faillissement van de Nederlandse vennootschap en houdt daarmee nauw verband.

102 HvJ EU zaak C-594/14 ECLI:EU:C:2015:806 (*Kornhaas/Dithmar q.q.*), r.o. 20.

103 HvJ EU zaak C-594/14 ECLI:EU:C:2015:806 (*Kornhaas/Dithmar q.q.*), r.o. 20.