

nog steeds de bewijslast. Vgl. HR 3 oktober 1980, NJ 1980/643 (*Imperial/Waanders*) en HR 22 maart 1991, NJ 1992/214 (*Loeffen q.q./Mees en Hope II*).

mr. E. Loesberg

senior rechter in de Rechtbank Oost-Brabant, werkzaam als voorzieningenrechter

21

Prejudiciële vragen over rechtsmacht en toepasselijk recht ten aanzien van Peeters/Gatzen-vordering

Rechtbank Midden-Nederland zp Utrecht
2 september 2020, rolnr. HA ZA 17-682,
ECLI:NL:RBMNE:2020:3552
(mr. Van den Boom, mr. Van Driel van
Wageningen, mr. Brouwer)
Noot prof. mr. T.M.C. Arons

Internationaal faillissementsrecht. Peeters/Gatzen-vordering. Bevoegdheid rechter. Toepasselijk recht. Erfolgsort. Handlungsort. Prejudiciële vragen aan de Hof van Justitie over rechtsmacht en toepasselijk recht. Verwijzing naar HvJ EU 18 juli 2013, «JOR» 2013/303, m.nt. Knigge en Zilinsky (Öfab/Koot). Vervolg op Rb. Midden-Nederland 23 mei 2018, «JOR» 2018/257, m.nt. Beunk en Rb. Midden-Nederland 30 januari 2019, «JOR» 2019/94, m.nt. Bens.

[BW art. 6:162; Brussel I-bis art. 7 aanhef en onder 2, 8 aanhef en onder 2; Rome II art. 4]

Partijen verschillen van mening over de toepassing van art. 7, aanhef en onder 2, Brussel I-bis. Op grond van die bepaling kan een persoon bij een verbintenis uit onrechtmatige daad worden opgeroepen voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan. Die plaats omvat zowel de plaats waar de schade is ingetreden (Erfolgsort) als de plaats van de gebeurtenis die met de schade in een oorzakelijk verband staat (Handlungsort).

De curator betoogt dat de Nederlandse rechter op grond van die bepaling bevoegd is om van zijn vorderingen kennis te nemen. Uit HvJ EU 18 juli 2013, «JOR» 2013/303, m.nt. Knigge en Zilinsky

(Öfab/Koot) volgt volgens de curator dat het Handlungsort in Nederland is gelegen, omdat dat de plaats is waar failliet statutair gevestigd was, haar werkzaamheden verrichtte en waar haar uitgeholde vermogen kan worden gelokaliseerd. De kern van de onrechtmatige gedraging ligt in het creëren en in stand houden van een structurele situatie van onderkapitalisatie door gedaagde. Die gedraging vond plaats in Nederland omdat het de onderkapitalisatie van failliet betrof. Nederland is volgens de curator ook als Erfolgsort aan te merken, omdat de initiële schade van de gezamenlijke schuldeisers plaatsgevonden heeft in Nederland. De initiële schade van de gezamenlijke schuldeisers is namelijk gelijk aan de vermindering van vermogensbestanddelen, die zich manifesteert in de boedel van failliet. De uiteindelijke schade van de individuele schuldeisers is daarvan alleen maar afgeleid, aldus de curator.

Volgens gedaagde is niet de Nederlandse rechter, maar de Duitse rechter bevoegd om van de vorderingen van de curator en de stichting kennis te nemen. Zij stelt voorop dat uitzonderingen op de hoofdregel (de rechter van de woonplaats van de verweerder is bevoegd) strikt moeten worden uitgelegd. Zij neemt verder het standpunt in dat de bevoegdheid om van een vordering kennis te nemen per vordering moet worden bepaald, en niet per bundel van vorderingen, zoals bij een Peeters/Gatzen-vordering (zoals ingesteld door de curator) of een collectieve vordering (zoals ingesteld door de stichting). Daarnaast is Nederland volgens gedaagde niet het Handlungsort, omdat de gestelde handelingen van gedaagde (zoals het wekken van de schijn van kredietwaardigheid en het stoppen met financiering) allemaal in Duitsland hebben plaatsgevonden, waar gedaagde kantoor houdt. Ook is het grootste deel van de schuld van failliet aan haar schuldeisers (71%) in handen van schuldeisers die in Duitsland zijn gevestigd. Het arrest Öfab/Koot kan volgens gedaagde niet op het hoofdgeding worden toegepast, omdat het in dat arrest ging om i) schending van vennootschappelijke normen, niet om een onrechtmatige daad, ii) controlehandelingen die door de aandeelhouder moesten worden uitgevoerd op de plaats van vestiging van de vennootschap, en iii) handelingen van de aandeelhouder als aandeelhouder, en niet als financier. Nederland is volgens gedaagde ook geen Erfolgsort, omdat het hier gaat om zuiver financiële schade die – bij gebreke van bijkomende omstandighe-

den – niet gelokaliseerd kan worden in de plaats waar failliet haar vermogen heeft.

Volgens de stichting is de Nederlandse rechter bevoegd om van haar vorderingen kennis te nemen. Als de rechtbank onbevoegd is om van de vorderingen van de curator kennis te nemen, betekent dit nog niet dat de rechtbank daarmee ook onbevoegd is om van haar vorderingen als tussenkomende partij kennis te nemen. Naar nationaal procesrecht is de rechter in beginsel gebonden aan bindende eindbeslissingen, zoals de toelating van de stichting als tussenkomende partij op grond van art. 8 onder 2 van Brussel I-bis. Bovendien vereist laatstgenoemde bepaling niet dat de rechter in de hoofdzaak rechtsmacht heeft. Als aan de hoofdzaak een einde komt, moet nog steeds geoordeeld worden over de vorderingen van de stichting. De bevoegdheid kan volgens de stichting bovendien worden gebaseerd op art. 8 onder 1 van Brussel I-bis, dat bepaalt dat een persoon, als er meer verweerders zijn, kan worden opgeroepen voor de woonplaats van één van hen, mits er een voldoende nauwe band bestaat tussen de vorderingen tegen de betreffende verweerders. Die nauwe band is er volgens de stichting, omdat de toewijsbaarheid van de vorderingen van de (in Nederland gevestigde) curator afhangt van de toe- of afwijzing van de vorderingen die de stichting heeft ingesteld tegen gedaagde.

Bij de bepaling van het toepasselijke recht draait het in het hoofdgeding om art. 4 Rome II. Volgens de curator is Nederland het land waar de schade zich heeft voorgedaan als bedoeld in art. 4 lid 1 Rome II (Erfolgsort), en is dus Nederlands recht van toepassing. Gedaagde neemt het standpunt in dat Duits recht (als Erfolgsort) van toepassing is. De stichting heeft geen standpunt ingenomen met betrekking tot het toepasselijke recht.

Het voorgaande leidt ertoe dat de volgende vragen worden gesteld aan het Hof van Justitie:

1. (a) Moet het begrip “plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan” in art. 7, aanhef en onder 2, Brussel I-bis aldus worden uitgelegd dat “de plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis” (Handlungsort) de plaats van vestiging is van de vennootschap die geen verhaal biedt voor de vorderingen van haar schuldeisers, als die onverhaalbaarheid het gevolg is van een schending van de zorgplicht door de grootmoedermaatschappij van deze vennootschap jegens deze schuldeisers? (b) Moet het be-

grip “plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan” in art. 7, aanhef en onder 2, Brussel I-bis aldus worden uitgelegd dat “de plaats van het intreden van de schade” (Erfolgsort) de plaats van vestiging is van de vennootschap die geen verhaal biedt voor de vorderingen van haar schuldeisers, als die onverhaalbaarheid het gevolg is van een schending van de zorgplicht door de grootmoedermaatschappij van deze vennootschap jegens deze schuldeisers? (c) Zijn bijkomende omstandigheden vereist die rechtvaardigen dat de rechter van de plaats van vestiging van de vennootschap die geen verhaal biedt, bevoegd is en, zo ja, welke omstandigheden zijn dat? (d) Is de omstandigheid dat de Nederlandse curator van de vennootschap die geen verhaal biedt voor de vorderingen van haar schuldeisers in het kader van zijn wettelijke taak tot afwikkeling van de boedel en ten behoeve van (maar niet namens) de gezamenlijke schuldeisers een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad heeft ingesteld van invloed op de bepaling van de bevoegde rechter op de voet van art. 7, aanhef en onder 2, Brussel I-bis? Een dergelijke vordering brengt mee dat er geen plaats is voor een onderzoek naar de individuele positie van de individuele schuldeisers en dat de aangesproken derde tegenover de curator niet gebruik kan maken van alle verweren die hem wellicht tegenover bepaalde individuele schuldeisers ten dienste zouden hebben gestaan. (e) Is de omstandigheid dat een deel van de schuldeisers ten behoeve van wie de curator de vordering instelt, woonplaats heeft buiten het grondgebied van de Europese Unie van invloed op de bepaling van de bevoegde rechter op de voet van art. 7, aanhef en onder 2, Brussel I-bis?

2. Luidt het antwoord op vraag 1 anders, indien het gaat om een vordering die is ingesteld door een stichting die tot doel heeft de collectieve belangen te behartigen van de schuldeisers die schade hebben geleden als bedoeld in vraag 1? Een dergelijke collectieve vordering brengt mee dat in de procedure niet wordt vastgesteld a) wat de woonplaatsen van de hiervoor bedoelde schuldeisers zijn, b) wat de bijzondere omstandigheden zijn van de totstandkoming van de vorderingen van de individuele schuldeisers op de vennootschap en c) of er jegens de individuele schuldeisers een zorgplicht als hiervoor bedoeld bestaat en of deze geschonden is.

3. Moet art. 8, aanhef en onder 2, Brussel I-bis aldus worden uitgelegd dat indien het gerecht waar de oorspronkelijke vordering aanhangig is, terugkomt op zijn beslissing dat hij ter zake van die vordering rechtsmacht heeft, daarmee automatisch ook diens rechtsmacht ontvalt aan de vorderingen die de tussenkomenende partij heeft ingesteld?

4. (a) Moet art. 4 lid 1 Rome II aldus worden uitgelegd dat “de plaats waar de schade zich voordoet”, de plaats is waar de vennootschap is gevestigd die geen verhaal biedt voor de schade die de schuldeisers van de vennootschap hebben geleden door de hiervoor bedoelde schending van de zorgplicht? (b) Is de omstandigheid dat de vorderingen zijn ingesteld door een curator uit hoofde van zijn wettelijke taak tot afwikkeling van de boedel en een collectieve belangenbehartiger ten behoeve van (maar niet namens) de gezamenlijke schuldeisers van invloed op de bepaling van deze plaats? (c) Is de omstandigheid dat een deel van de schuldeisers woonplaats heeft buiten het grondgebied van de Europese Unie van invloed op de bepaling van deze plaats? (d) Is de omstandigheid dat tussen de Nederlandse failliete vennootschap en haar grootmoedermaatschappij financieringsovereenkomsten bestonden waarin een forumkeuze is gemaakt voor de Duitse rechter en Duits recht van toepassing werd verklaard, een omstandigheid die maakt dat de gestelde onrechtmatige daad van gedaagde een kennelijk nauwere band heeft met een ander land dan Nederland als bedoeld in art. 4 lid 3 Rome II?

Mr. W.J.M. van Andel te Utrecht, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van BMA Nederland BV,
eiser in de hoofdzaak,
advocaat: mr. G. Koning,
tegen
de vennootschap naar Duits recht BMA Braunschweigische Maschinenbauanstalt AG te Braunschweig (Duitsland),
gedaagde in de hoofdzaak,
advocaat: mr. L.P. Kortmann,
en
de stichting Stichting Belangenbehartiging Crediteuren BMA Nederland te Wijk bij Duurstede,
tussenkomenende partij,
advocaat: mr. F. Eikelboom.

(...; red.)

2. De beoordeling

2.1. BMA AG heeft de rechtbank verzocht om terug te komen van haar tussenvonnissen van 23 mei 2018 («JOR» 2018/257, m.nt. Beunk; red.) en 30 januari 2019 («JOR» 2019/94, m.nt. Bens; red.). De rechtsmacht die de rechtbank op basis van de Insolventieverordening heeft aangenomen (in het vonnis van 23 mei 2018) ten aanzien van de Peeters/Gatzen-vorderingen van de curator is volgens haar onjuist. Zij wijst op het daarover (in een vergelijkbare zaak) gewezen arrest van het HvJEU. Zie HvJEU 6 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:96 («JOR» 2019/116, m.nt. Welling-Steffens; red.) (hierna: de zaak NK/Paribas). Daardoor kan volgens BMA AG ook het daarop voortbouwende oordeel over de rechtsmacht ten aanzien van de vorderingen van de tussenkomenende partij (de Stichting) in het vonnis van 30 januari 2019 niet in stand blijven.

2.2. Uit het arrest van het HvJEU in de zaak NK/Paribas volgt – kort gezegd – dat een door een curator ingestelde Peeters/Gatzen-vordering niet valt onder de werkingssfeer van de Insolventieverordening, maar onder de werkingssfeer van de Verordening Brussel I² en haar opvolgster: Verordening Brussel I-bis³. Dit leidt de rechtbank tot de conclusie dat haar andersluidende oordeel in het vonnis van 23 mei 2018 niet in stand kan blijven.

2.3. Vragen die vervolgens beantwoord moeten worden zijn onder meer:

- leidt dit tot onbevoegdheid van deze rechtbank, of is er een alternatieve bevoegdheidsgrond in de Verordening Brussel I-bis, die de rechtbank bevoegd maakt om van de vordering van de curator kennis te nemen, en
- leidt een eventuele onbevoegdheid van de rechtbank ten aanzien van de vorderingen van de curator ook (al dan niet automatisch) tot onbevoegdheid van de rechtbank ten aanzien van de vorderingen van de Stichting?

-
- 2 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.
 - 3 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.

2.4. Partijen hebben aktes genomen over het verzoek van BMA AG tot heroverweging van de bevoegdheid, en in dat kader hun standpunten kenbaar gemaakt over eventuele alternatieve bevoegdheidsgronden. De curator beroept zich in dit verband op artikel 7 onder 2 van Verordening Brussel I-bis (Handlungsort en Erfolgsort), en de Stichting op artikel 8 onder 1 van die verordening.

2.5. De rechtbank constateert dat de Hoge Raad in zijn verwijzingsbeslissing die heeft geleid tot het arrest van het HvJEU in de zaak NK/Paribas, geen vraag heeft gesteld over de wijze waarop artikel 7 aanhef en onder 2 van Verordening Brussel I-bis moet worden uitgelegd als het gaat om een Peeters/Gatzen-vordering, dus een vordering die wordt ingesteld door de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van een failliete vennootschap. Het HvJEU heeft daarover dan ook geen oordeel uitgesproken. Over het antwoord op die vraag is wel redelijke twijfel mogelijk. Het eindarrest van de Hoge Raad van 3 juli 2020 in de zaak NK/Paribas (ECLI:NL:HR:2020:1223 («JOR» 2020/222, m.nt. Van Maanen; *red.*)), waarin ook een oordeel wordt gegeven over het Erfolgsort, brengt hierin geen verandering, aangezien het een andere feitelijke situatie betrof dan in de aan deze rechtbank voorgelegde zaak.

2.6. Hetzelfde geldt voor de rechtsmacht ten aanzien van de vorderingen van de Stichting, nu ook daar sprake is van het instellen van een collectieve vordering ten behoeve van (een deel van) de gezamenlijke schuldeisers. Immers, bij een dergelijke procedure spelen alleen de omstandigheden een rol die de schuldeisers met elkaar gemeen hebben, en niet de individuele omstandigheden (zoals de wijze van totstandkoming van elke individuele overeenkomst). De grootte van de groep schuldeisers komt niet zonder meer overeen met de gezamenlijke schuldeisers ten behoeve van wie de curator optreedt. Wel is deze groep ruimer dan alleen de schuldeisers die zich bij de Stichting hebben aangesloten (zie hierna onder 3.9). Immers, op grond van artikel 3:305a Nederlands Burgerlijk Wetboek (hierna opgenomen onder 6.2) geldt een rechterlijke uitspraak ook voor andere schuldeisers die in dezelfde situatie zitten, tenzij zij zich daaraan onttrekken (opt-out). Daarom zal ook ten aanzien van deze groep worden gesproken over “gezamenlijke schuldeisers” of – waar de vordering van de Stichting ziet op een deel van hen: – “een deel van de gezamenlijke schuldeisers”.

2.7. De omstandigheid dat er sprake is van een collectieve vordering ten behoeve van (een deel van) de gezamenlijke schuldeisers leidt ook tot moeilijkheden met betrekking tot de bepaling van het toepasselijke recht (“de plaats waar de schade zich voordoet” in de zin van Verordening Rome II⁴), zodat ook daar uitleg door het HvJEU gewenst is.

2.8. De rechtbank zal hierover prejudiciële vragen aan het HvJEU stellen. Partijen hebben daartegen ook geen bezwaar.

Dit vonnis is als volgt opgebouwd:

- de feiten die voor de beoordeling van de prejudiciële vragen van belang zijn (hoofdstuk 3),
- de vorderingen van de curator en de Stichting (hoofdstukken 4 en 5),
- het toepasselijke nationale recht (hoofdstuk 6),
- de kernstandpunten van partijen over de rechtsmacht en het toepasselijke recht (hoofdstukken 7 en 8),
- de voorgenomen vragen (hoofdstuk 9) en
- de toelichting op de vragen (hoofdstuk 10).

2.9. De opmerkingen van partijen over het voorstellen van de rechtbank om prejudiciële vragen te stellen zijn in het vonnis verwerkt voor zover de rechtbank zich daarin kan vinden.

3. De feiten

3.1. Op 3 april 2012 zijn BMA NL en haar moedermaatschappij BMA Groep B.V. (hierna: BMA Groep) failliet verklaard. Mr. Pasman is daarbij als curator benoemd, later opgevolgd door mr. Van Anel.

3.2. BMA NL specialiseerde zich in de productie en verkoop van machines bestemd voor de voedingsindustrie.

3.3. BMA AG houdt 100% van de aandelen in BMA Groep en is enig bestuurder van deze vennootschap. BMA Groep is op haar beurt enig bestuurder en aandeelhouder van BMA NL. Hierna zal de verhouding tussen BMA AG en BMA NL worden aangeduid als grootmoedermaatschappij en kleindochtermaatschappij.

BMA Groep had de bevoegdheid om bestuurders van BMA NL te benoemen en te ontslaan. In bepaalde periodes zijn werknemers van BMA AG

4 Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen.

benoemd als statutair bestuurders van BMA NL. Voor belangrijke beslissingen en handelingen van het bestuur van BMA NL gold een verplichting om deze ter goedkeuring voor te leggen aan haar aandeelhouder BMA Groep, die vervolgens de goedkeuring vroeg van haar aandeelhouder BMA AG.

3.4. Over de jaren 2004 tot en met 2011 heeft BMA AG leningen verstrekt aan BMA NL, oplopend tot in totaal ruim 38 miljoen euro. In de onderliggende financieringsovereenkomsten is de Duitse rechter (te Braunschweig) aangewezen als de bevoegde rechter, en Duits recht als het toepasselijke recht. De financiering vond plaats via een bankrekening die door BMA NL werd aangehouden bij een in Nederland gevestigde bank: Deutsche Bank Nederland B.V.

3.5. Naast het verstrekken van financiering stond BMA AG soms ook garant voor schulden van BMA NL en deed zij stortingen op het kapitaal van BMA NL.

3.6. Begin 2012 stopte BMA AG met deze financiële ondersteuning. BMA NL heeft daarop haar faillissement aangevraagd. Dat faillissement is vervolgens uitgesproken op 3 april 2012.

3.7. Het actief van de boedel is onvoldoende om alle schuldeisers van BMA NL (volledig) te voldoen. 71% van het bedrag van de voorlopig erkende concurrente vorderingen behoort toe aan Duitse schuldeisers, voornamelijk BMA AG zelf en andere in Duitsland gevestigde vennootschappen die behoren tot het concern van BMA AG. De overige niet-voldane schuldeisers zijn gevestigd in diverse landen, waaronder Nederland, Colombia, Portugal, Pakistan, Bulgarije, Spanje, Turkije, Zuid-Afrika, Tsjecho, Syrië, Japan, Marokko, Zweden, Griekenland, Israël, Denemarken, Italië, België, Noorwegen, Singapore, Argentinië, Slovenië, India, Brazilië, Engeland, Verenigde Arabische Emiraten, Oostenrijk en China.

3.8. De curator is vervolgens ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van BMA NL deze procedure gestart tegen BMA AG. BMA AG heeft daarop de rechtsmacht van de Nederlandse rechter betwist. In het vonnis van 20 mei 2018 heeft deze rechtbank een oordeel daarover uitgesproken, en zich bevoegd verklaard om van de Peeters/Gatzen-vordering van de curator kennis te nemen, en wel op grond van artikel 3 van de Insolventieverordening.

3.9. Op 21 juni 2016 is de Stichting opgericht, die ten doel heeft het behartigen van de belangen van

schuldeisers van BMA NL die schade lijden of hebben geleden door het handelen dan wel nalaten van BMA AG. Zij heeft aansluitingsovereenkomsten gesloten met meer dan 50 (concurrente) schuldeisers, wiens gezamenlijke vorderingen € 1,2 miljoen bedragen. Dat is circa 40% van alle erkende vorderingen van concurrente schuldeisers die niet gelieerd zijn aan BMA AG.

3.10. Op 15 augustus 2018 heeft de Stichting bij deze rechtbank een verzoek ingediend om te mogen tussenkomen in de procedure tussen de curator en BMA AG. De rechtbank heeft het verzoek van de Stichting gehonoreerd bij vonnis van 30 januari 2019. In dit vonnis heeft de rechtbank rechtsmacht aangenomen met betrekking tot de vordering tot tussenkomst op grond van artikel 8 onder 2 van Verordening Brussel I-bis. Op grond van die bepaling kan bij een vordering tot tussenkomst de verweerder worden opgeroepen voor het gerecht waarvoor de oorspronkelijke vordering aanhangig is, tenzij de vordering is ingesteld om de opgeroepene te onttrekken aan de bevoegdheid van de rechter die bevoegd zou zijn in zijn zaak.

4. De vorderingen van de curator

4.1. De curator vordert in deze procedure (na eiswijziging) dat de rechtbank voor recht verklaart dat BMA AG haar zorgplicht heeft geschonden tegenover de gezamenlijke schuldeisers van BMA NL, daardoor onrechtmatig heeft gehandeld en aansprakelijk is voor de door deze gezamenlijke schuldeisers geleden schade. Daarnaast vordert hij dat de rechtbank voor recht verklaart dat BMA AG verplicht is om aan de boedel van BMA NL, maar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, een schadevergoeding te betalen die gelijk is aan het onverhaalbare gedeelte van de vorderingen van de gezamenlijke schuldeisers op BMA NL. Vervolgens vordert hij ook dat BMA AG wordt veroordeeld om aan de boedel een bedrag te betalen van 12 miljoen euro als voorschot op deze schadevergoeding, vermeerderd met wettelijke rente.

4.2. De curator heeft aan zijn vorderingen ten grondslag gelegd dat BMA AG haar zorgplicht heeft geschonden die deze vennootschap had tegenover de gezamenlijke schuldeisers van BMA NL. Volgens de curator heeft BMA AG deze zorgplicht, omdat zij nauw verweven was met BMA NL en potentiële ingrijpingsmacht had. Dat wil zeggen dat de concern- en governancestructuur zo

danig was ingericht dat BMA AG een diepgaand inzicht had in en zeggenschap had over het (financiële) beleid en de gang van zaken bij BMA NL.

De schending van de zorgplicht bestaat eruit dat BMA AG een risicovolle financiële constructie in het leven heeft geroepen en in stand gehouden die BMA NL kunstmatig in leven hield. Die risicovolle financiële constructie hield in: structurele crediteurenfinanciering met uitholling van het eigen vermogen van BMA NL (zie nader onder 3.4 en 3.5). BMA AG heeft zich – bij de aanvang, voortzetting en beëindiging van die constructie – de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van BMA NL niet aangetrokken.

4.3. De curator verwijt BMA AG ook dat zij met de gekozen wijze van financiering van BMA NL de schijn wekte bij de schuldeisers dat BMA NL kredietwaardig was, terwijl zij dat niet was, en er zo voor zorgde dat BMA NL schulden kon blijven aangaan met de schuldeisers. Na 10 jaar van schijnbaar ongelimiteerde liquiditeitsbijstand nam zij plotseling het besluit om niet verder te gaan met financiering van BMA NL, waarna een faillissement, en het onbetaald blijven van de schuldeisers van BMA NL, onvermijdbaar waren, aldus de curator.

5. De vorderingen van de Stichting

5.1. De Stichting vordert dat de rechtbank voor recht verklaart dat BMA AG onrechtmatig heeft gehandeld

– tegenover alle schuldeisers in het faillissement van BMA NL, dan wel

– tegenover de schuldeisers die hebben vertrouwd dat BMA NL haar aangegane verplichtingen tegenover hen zou nakomen omdat BMA AG daarvoor adequate financiering aan BMA NL zou verstrekken, dan wel

– tegenover de schuldeisers die maatregelen hadden kunnen nemen om te voorkomen dat hun vordering op BMA NL onbetaald bleef, als zij vóór het staken van de verdere financiering door BMA AG daarvan op de hoogte waren geweest.

Vervolgens vordert zij dat BMA AG als derde (in de zin van artikel 6:30 BW) veroordeeld wordt om aan elke schuldeiser van BMA NL op diens eerste verzoek de volledige schuld (inclusief rente) van BMA NL aan deze schuldeiser te voldoen. Indien deze laatste vordering wordt toegewezen, vordert de Stichting dat de curator veroordeeld wordt om toe te staan en eraan mee te werken dat de schade-

vergoeding wordt afgewikkeld op de door haar gevorderde wijze.

5.2. De grondslag van de vorderingen van de Stichting is dezelfde als die van de curator. Het verschil ligt in het antwoord op de vraag aan wie BMA AG rechtstreeks moet betalen. Volgens de curator moet BMA AG schadevergoeding, ter hoogte van de openstaande schulden van BMA NL aan de schuldeisers, betalen aan de boedel van BMA NL. Volgens de Stichting moeten de schulden rechtstreeks aan de individuele schuldeisers worden betaald.

6. De inhoud van het nationale recht

6.1. De curator stelt zijn vorderingen in ten behoeve van (en niet namens) de gezamenlijke schuldeisers van BMA NL. De bevoegdheid om dit te doen berust op jurisprudentie van de Nederlandse Hoge Raad, die aanvangt met het arrest “Peeters/Gatzen”, en heet daarom de “Peeters/Gatzen-vordering”. In het arrest van 8 september 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2269 («JOR» 2017/334, m.nt. Broeders (*Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis*; *red.*)) heeft de Hoge Raad prejudiciële vragen gesteld aan het HvJEU over de rechtsmacht met betrekking tot dergelijke vorderingen. Het Hof heeft die vragen beantwoord in een arrest van 6 februari 2019 (ECLI:EU:C:2019:96 («JOR» 2019/116, m.nt. Welling-Steffens (*NK/BNP Paribas Fortis*; *red.*)). In zijn verwijzingsarrest heeft de Hoge Raad het Peeters/Gatzen-leerstuk als volgt samengevat:

“De Peeters/Gatzen-vordering

4.2.1.

In geval van benadeling van schuldeisers door de gefailleerde, voorafgaand aan het faillissement, is een faillissementscurator bevoegd op te komen voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, waarbij, zoals de Hoge Raad voor het eerst heeft beslist in zijn arrest van 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4521, NJ 1983/597 (Peeters/Gatzen), onder omstandigheden ook plaats kan zijn voor het geldend maken van een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad tegen een derde die bij die benadeling betrokken was, ook al kwam een dergelijke vordering uiteraard niet aan de gefailleerde zelf toe. De opbrengst van een zodanige door de curator in het belang van de gezamenlijke schuldeisers geldend gemaakte vordering valt, evenals de opbrengst van een vordering tot vernietiging op de voet van de art. 42 e.v. Fw, in de boedel en komt

derhalve de gezamenlijke schuldeisers ten goede in de vorm van een toename van het overeenkomstig de uitdelingslijst te verdelen boedelactief. Zijn bevoegdheid tot het geldend maken van dergelijke vorderingen ontleent de curator aan de hem in art. 68 lid 1 Fw gegeven opdracht tot beheer en vereffening van de failliete boedel. Deze bevoegdheid strekt zich niet uit tot een vordering van de curator ten behoeve van individuele schuldeisers. (HR 16 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7797, NJ 2006/311 («JOR» 2006/52, m.nt. Kortmann (*De Bont/Bannenbergh q.q.*); red.))

4.2.2. In HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF3917, NJ 2009/416 («JOR» 2010/22, m.nt. Faber (*Dekker q.q./Lutèce*); red.) is overwogen dat uit de hiervoor in 4.2.1 genoemde arresten volgt dat een Peeters/Gatzen-vordering toekomt aan de gezamenlijke faillissementsschuldeisers, omdat zij is gegrond op de benadeling in hun verhaalsmogelijkheden als gevolg van het handelen van de gefailleerde (en de derde). Daarom valt deze vordering niet in de boedel. Nu zij strekt tot herstel van verhaalsmogelijkheden binnen het kader van het faillissement, valt de opbrengst van de vordering echter wel in de boedel teneinde via de uitdelingslijst tot verdeling te komen. Daarom brengt de wettelijke opdracht aan de curator tot beheer en vereffening van de failliete boedel mee dat hij ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers deze vordering kan innen en dus ook de voldoening daarvan in rechte kan vorderen.

4.2.3.

Het bestaan van de hiervoor in 4.2.1 en 4.2.2 genoemde bevoegdheid van de curator staat, ongeacht of de curator van deze bevoegdheid gebruikmaakt of niet, niet eraan in de weg dat individuele schuldeisers zelf de aan hen toekomende vordering uit hoofde van onrechtmatige daad in rechte geldend maken. Voor een andersluidend oordeel zou, mede in verband met het bepaalde in art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, een wettelijke grondslag vereist zijn, die echter ontbreekt. Het belang van een behoorlijke afwikkeling van het faillissement kan niettemin meebrengen dat indien ook de curator, op grond van hetzelfde feitencomplex, uit hoofde van zijn hiervoor omschreven bevoegdheid een vordering uit onrechtmatige daad ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers geldend maakt jegens de derde, eerst op deze vordering en vervolgens op die van de

individuele schuldeiser wordt beslist. (HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD2684, NJ 2005/95 («JOR» 2002/37, m.nt. Faber (*Lunderstädt/De Kok*); red.))

4.2.4.

Bij de beoordeling van de door de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers ingestelde vordering is geen plaats voor een onderzoek naar de individuele positie van elk der betrokken schuldeisers: vooreerst gaat het om verhaal van door de schuldeisers gezamenlijk geleden schade en voorts wettigt het collectieve belang dat is betrokken bij de bevoegdheid van de curator om op te treden tegen bij benadeling van de gezamenlijke schuldeisers betrokken derden, te aanvaarden dat de derde tegenover de curator niet gebruik kan maken van alle verweren die hem wellicht tegenover bepaalde individuele schuldeisers ten dienste zouden hebben gestaan. (HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1590, NJ 1996/628)

4.2.5.

Uit het hiervoor in 4.2.4 genoemde arrest volgt ook dat de bevoegdheid van de curator om een Peeters/Gatzen-vordering in te stellen, niet is beperkt tot het geval dat de derde behoort tot de kring van personen die op basis van een (faillissements) pauliana (art. 42 e.v. Fw) aansprakelijk zouden zijn geweest voor betrokkenheid bij verondersteld paulianeuze handelingen. Zijn bevoegdheid ziet meer in het algemeen op de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers door een onrechtmatige daad van een derde die bij die benadeling betrokken is geweest. Eveneens volgt uit dat arrest dat voor betrokkenheid niet is vereist dat de derde de benadeling heeft bevorderd of daarvan heeft geprofiteerd; van betrokkenheid kan ook sprake zijn ingeval de derde in een positie verkeerde dat hij de gestelde benadeling had kunnen voorkomen, doch in plaats daarvan daaraan zijn medewerking heeft verleend.”

6.2. De Stichting heeft haar vorderingen ingediend in de vorm van een collectieve actie op grond van artikel 3:305a BW. Dit artikel bepaalt, voor zover in deze procedure van belang, het volgende:

“Artikel 305a

1. Een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid kan een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voorzover zij deze belangen ingevolgt haar statuten behartigt.

2. (...)

3. Een rechtsvordering als bedoeld in lid 1 kan strekken tot veroordeling van de gedaagde tot het openbaar maken of laten openbaar maken van de uitspraak, zulks op een door de rechter te bepalen wijze en op kosten van de door de rechter aan te geven partij of partijen. Zij kan niet strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld.

4. Een gedraging kan niet ten grondslag worden gelegd aan een rechtsvordering als bedoeld in lid 1, voor zover degene die door deze gedraging wordt getroffen, daartegen bezwaar maakt.

5. Een rechterlijke uitspraak heeft geen gevolg ten aanzien van een persoon tot bescherming van wiens belang de rechtsvordering strekt en die zich verzet tegen werking van de uitspraak ten opzichte van hem, tenzij de aard van de uitspraak meebrengt dat de werking niet slechts ten opzichte van deze persoon kan worden uitgesloten.”

De rechtbank wijst op de toelichting op deze bepaling die de Hoge Raad heeft gegeven in zijn arrest van 20 september 2019 (ECLI:NL:HR:2019:1400) waarin hij over dezelfde bepaling prejudiciële vragen heeft gesteld aan het HvJ EU:

“4.6.2.

Art. 3:305a BW is op 1 juli 1994 in werking getreden. De in deze bepaling bedoelde belangen moeten zich lenen voor bundeling. Zij behoeven naar inhoud of omvang niet precies gelijk te zijn. Een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid kan geen vordering op de voet van art. 3:305a BW instellen die strekt tot schadevergoeding te voldoen in geld. Tot de vorderingen die zij wel kan instellen, behoren die tot nakoming of ontbinding van een overeenkomst, vernietiging van een rechtshandeling, schadevergoeding anders dan in geld of een verklaring voor recht, bijvoorbeeld dat onrechtmatig is gehandeld. (Vgl. Kamerstukken II 1991/92, 22486, nr. 3, p. 22-26). De stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid treedt op krachtens een eigen recht ter bescherming van de belangen van andere personen.”

6.3. De rechtbank wijst verder op de volgende regels van Nederlands procesrecht die een rol spelen:

– artikel 217 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (waarin het procesrecht is geregeld): op basis van deze bepaling kan een derde zich door middel van het indienen van een verzoek of vordering tot tussenkomst mengen in een al aanhangige zaak (de hoofdzaak), en een eigen verde-

ring instellen tegen (één van) de procederende partijen. Daarvoor is wel vereist dat deze derde daarbij voldoende belang heeft in verband met de nadelige gevolgen die zij van de uitspraak in de hoofdzaak kan ondervinden (Hoge Raad 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:768, r.o. 4.1.2)

– de regel van de bindende eindbeslissing (vastgelegd in jurisprudentie van de Hoge Raad): de rechter die in een tussenuitspraak een of meer geschilpunten uitdrukkelijk en zonder voorbehoud heeft beslist is hieraan, in beginsel, in het verdere verloop van het geding gebonden. De eisen van een goede procesorde brengen echter mee dat de rechter, aan wie is gebleken dat een eerdere door hem gegeven, maar niet in een einduitspraak vervatte eindbeslissing berust op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag, bevoegd is om, nadat partijen de gelegenheid hebben gekregen zich dienaangaande uit te laten, over te gaan tot heroverweging van die eindbeslissing, teneinde te voorkomen dat hij op een ondeugdelijke grondslag een einduitspraak zou doen (Hoge Raad 26 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8521).

7. De kernstellingen van partijen over de rechtsmacht

7.1. Partijen verschillen van mening over de toepassing van artikel 7, aanhef en onder 2 van Verordening Brussel I-bis. Op grond van die bepaling kan een persoon bij een verbintenis uit onrechtmatige daad worden opgeroepen voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan. Die plaats omvat zowel de plaats waar de schade is ingetreden (Erfolgsort) als de plaats van de gebeurtenis die met de schade in een oorzakelijk verband staat (Handlungsort).

7.2. De curator betoogt dat de Nederlandse rechter op grond van die bepaling bevoegd is om van zijn vorderingen kennis te nemen. Uit het arrest Öfab/Koot (18 juli 2013, ECLI:EU:C:2013:490 («JOR» 2013/303, m.nt. Knigge en Zilinsky; *red.*)) volgt volgens de curator dat het Handlungsort in Nederland is gelegen, omdat dat de plaats is waar BMA NL statutair gevestigd was, haar werkzaamheden verrichtte en waar haar uitgeholde vermogen kan worden gelokaliseerd. De kern van de onrechtmatige gedraging ligt in het creëren en in stand houden van een structurele situatie van onderkapitalisatie door BMA AG. Die gedraging vond plaats in Nederland omdat het de onderkapitalisatie van BMA NL betrof.

Nederland is volgens de curator ook als Erfolgsort aan te merken, omdat de initiële schade van de gezamenlijke schuldeisers plaatsgevonden heeft in Nederland. De initiële schade van de gezamenlijke schuldeisers is namelijk gelijk aan de vermindering van vermogensbestanddelen, die zich manifesteert in de boedel van BMA NL. De uiteindelijke schade van de individuele schuldeisers is daarvan alleen maar afgeleid, aldus de curator.

7.3. Volgens BMA AG is niet de Nederlandse rechter, maar de Duitse rechter bevoegd om van de vorderingen van de curator en de Stichting kennis te nemen. Zij stelt voorop dat uitzonderingen op de hoofdregel (de rechter van de woonplaats van de verweerder is bevoegd) strikt moeten worden uitgelegd. Zij neemt verder het standpunt in dat de bevoegdheid om van een vordering kennis te nemen per vordering moet worden bepaald, en niet per bundel van vorderingen, zoals bij een Peeters/Gatzen-vordering (zoals ingesteld door de curator) of een collectieve vordering (zoals ingesteld door de Stichting).

Daarnaast is Nederland volgens BMA AG niet het Handlungsort, omdat de gestelde handelingen van BMA AG (zoals het wekken van de schijn van kredietwaardigheid en het stoppen met financiering) allemaal in Duitsland hebben plaatsgevonden, waar BMA AG kantoor houdt. Ook is het grootste deel van de schuld van BMA NL aan haar schuldeisers (71%) in handen van schuldeisers die in Duitsland zijn gevestigd. Het arrest Öfab/Koot kan volgens BMA AG niet op het hoofdgeding worden toegepast, omdat het in dat arrest ging om i) schending van vennootschappelijke normen, niet om een onrechtmatige daad, ii) controlehandelingen die door de aandeelhouder moesten worden uitgevoerd op de plaats van vestiging van de vennootschap, en iii) handelingen van de aandeelhouder als aandeelhouder, en niet als financier.

Nederland is volgens BMA AG ook geen Erfolgsort, omdat het hier gaat om zuiver financiële schade die – bij gebreke van bijkomende omstandigheden – niet gelokaliseerd kan worden in de plaats waar BMA NL haar vermogen heeft. De rechtbank moet zich derhalve onbevoegd verklaren, en daarmee ook van de vordering van de tussenkomende partij: de Stichting.

7.4. De Stichting betoogt het volgende. Volgens haar is de Nederlandse rechter bevoegd om van haar vorderingen kennis te nemen. Als de recht-

bank onbevoegd is om van de vorderingen van de curator kennis te nemen, betekent dit nog niet dat de rechtbank daarmee ook onbevoegd is om van haar vorderingen als tussenkomende partij kennis te nemen. Naar nationaal procesrecht is de rechter in beginsel gebonden aan bindende eindbeslissingen, zoals de toelating van de Stichting als tussenkomende partij op grond van artikel 8 onder 2 van Verordening Brussel I-bis. Bovendien vereist laatstgenoemde bepaling niet dat de rechter in de hoofdzaak rechtsmacht heeft. Als aan de hoofdzaak een einde komt, moet nog steeds geoordeeld worden over de vorderingen van de Stichting.

De bevoegdheid kan volgens de Stichting bovendien worden gebaseerd op artikel 8 onder 1 van Verordening Brussel I-bis, dat bepaalt dat een persoon, als er meer verweerders zijn, kan worden opgeroepen voor de woonplaats van één van hen, mits – kort gezegd – er een voldoende nauwe band bestaat tussen de vorderingen tegen de betreffende verweerders. Die nauwe band is er volgens de Stichting, omdat de toewijsbaarheid van de vorderingen van de (in Nederland gevestigde) curator afhangt van de toe- of afwijzing van de vorderingen die de Stichting heeft ingesteld tegen BMA AG.

8. De kernstellingen van partijen over het toepasselijke recht

8.1. Bij de bepaling van het toepasselijke recht draait het in het hoofdgeding om artikel 4 Rome II-Vo. Die bepaling luidt als volgt:

“1. Tenzij in deze verordening anders bepaald, is het recht dat van toepassing is op een onrechtmatige daad het recht van het land waar de schade zich voordoet, ongeacht in welk land de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan en ongeacht in welke landen de indirecte gevolgen van die gebeurtenis zich voordoen.

2. Indien evenwel degene wiens aansprakelijkheid in het geding is, en degene die schade lijdt, beiden hun gewone verblijfplaats in hetzelfde land hebben op het tijdstip waarop de schade zich voordoet, is het recht van dat land van toepassing.

3. Indien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de onrechtmatige daad een kennelijk nauwere band heeft met een ander dan het in de leden 1 en 2 bedoelde land, is het recht van dat andere land van toepassing. Een kennelijk nauwere band met een ander land zou met name kunnen berusten op een reeds eerder bestaande, nauw met de on-

rechtmatige daad samenhangende betrekking tussen de partijen, zoals een overeenkomst.”

8.2. Volgens de curator is Nederland het land waar de schade zich heeft voorgedaan als bedoeld in artikel 4 onder 1 Rome II-Vo (Erfolgsort; zie 7.2), en is dus Nederlands recht van toepassing.

8.3. BMA AG neemt het standpunt in dat Duits recht (als Erfolgsort) van toepassing is.

8.4. De Stichting heeft geen standpunt ingenomen met betrekking tot het toepasselijke recht.

9. De vragen van uitleg

Het voorgaande en de hierna opgenomen toelichting leiden ertoe dat de rechtbank de volgende vragen stelt aan het HvJEU.

Vraag 1

a. Moet het begrip “plaats waar het schadebrennende feit zich heeft voorgedaan” in artikel 7, aanhef en onder 2, van 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 (herschikking) (PbEU 2012, L 351/1; hierna: Verordening Brussel I-bis) aldus worden uitgelegd dat “de plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis” (Handlungsort) de plaats van vestiging is van de vennootschap die geen verhaal biedt voor de vorderingen van haar schuldeisers, als die onverhaalbaarheid het gevolg is van een schending van de zorgplicht door de grootmoedermaatschappij van deze vennootschap jegens deze schuldeisers?

b. Moet het begrip “plaats waar het schadebrennende feit zich heeft voorgedaan” in artikel 7, aanhef en onder 2, van Verordening Brussel I-bis aldus worden uitgelegd dat “de plaats van het intreden van de schade” (Erfolgsort) de plaats van vestiging is van de vennootschap die geen verhaal biedt voor de vorderingen van haar schuldeisers, als die onverhaalbaarheid het gevolg is van een schending van de zorgplicht door de grootmoedermaatschappij van deze vennootschap jegens deze schuldeisers?

c. Zijn bijkomende omstandigheden vereist die rechtvaardigen dat de rechter van de plaats van vestiging van de vennootschap die geen verhaal biedt, bevoegd is en, zo ja, welke omstandigheden zijn dat?

d. Is de omstandigheid dat de Nederlandse curator van de vennootschap die geen verhaal biedt

voor de vorderingen van haar schuldeisers in het kader van zijn wettelijke taak tot afwikkeling van de boedel en ten behoeve van (maar niet namens) de gezamenlijke schuldeisers een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad heeft ingesteld van invloed op de bepaling van de bevoegde rechter op de voet van artikel 7 aanhef en onder 2 van de Verordening Brussel I-bis? Een dergelijke vordering brengt mee dat er geen plaats is voor een onderzoek naar de individuele positie van de individuele schuldeisers en dat de aangesproken derde tegenover de curator niet gebruik kan maken van alle verweren die hem wellicht tegenover bepaalde individuele schuldeisers ten dienste zouden hebben gestaan.

e. Is de omstandigheid dat een deel van de schuldeisers ten behoeve van wie de curator de vordering instelt, woonplaats heeft buiten het grondgebied van de Europese Unie van invloed op de bepaling van het bevoegde rechter op de voet van artikel 7 aanhef en onder 2 van de Verordening Brussel I-bis?

Vraag 2

Luidt het antwoord op vraag 1 anders, indien het gaat om een vordering die is ingesteld door een stichting die tot doel heeft de collectieve belangen te behartigen van de schuldeisers die schade hebben geleden als bedoeld in vraag 1? Een dergelijke collectieve vordering brengt mee dat in de procedure niet wordt vastgesteld a) wat de woonplaatsen van de hiervoor bedoelde schuldeisers zijn, b) wat de bijzondere omstandigheden zijn van de totstandkoming van de vorderingen van de individuele schuldeisers op de vennootschap en c) of er jegens de individuele schuldeisers een zorgplicht als hiervoor bedoeld bestaat en of deze geschonden is.

Vraag 3

Moet artikel 8, aanhef en onder 2, van Verordening Brussel I-bis aldus worden uitgelegd dat indien het gerecht waar de oorspronkelijke vordering aanhangig is, terugkomt op zijn beslissing dat hij ter zake van die vordering rechtsmacht heeft, daarmee automatisch ook diens rechtsmacht ontvalt aan de vorderingen die de tussenkomende partij heeft ingesteld?

Vraag 4

a. Moet artikel 4, onder 1, van Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de

Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (PbEU 2007, L 199/40, hierna: Verordening Rome II) aldus worden uitgelegd dat “de plaats waar de schade zich voordoet”, de plaats is waar de vennootschap is gevestigd die geen verhaal biedt voor de schade die de schuldeisers van de vennootschap hebben geleden door de hiervoor bedoelde schending van de zorgplicht?

b. Is de omstandigheid dat de vorderingen zijn ingesteld door een curator uit hoofde van zijn wettelijke taak tot afwikkeling van de boedel en een collectieve belangenbehartiger ten behoeve van (maar niet namens) de gezamenlijke schuldeisers van invloed op de bepaling van deze plaats?

c. Is de omstandigheid dat een deel van de schuldeisers woonplaats heeft buiten het grondgebied van de Europese Unie van invloed op de bepaling van deze plaats?

d. Is de omstandigheid dat tussen de Nederlandse failliete vennootschap en haar grootmoedermaatschappij financieringsovereenkomsten bestonden waarin een forumkeuze is gemaakt voor de Duitse rechter en Duits recht van toepassing werd verklaard, een omstandigheid die maakt dat de gestelde onrechtmatige daad van BMA AG een kennelijk nauwere band heeft met een ander land dan Nederland als bedoeld in artikel 4 lid 3 Rome II-Verordening?

10. Toelichting op de vragen

Toelichting op vraag 1

Handlungsort

10.1. In het hoofdgeding is de plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis (Handlungsort) moeilijk vast te stellen. Juridisch gezien wordt BMA AG verweten dat zij een zorgplicht tegenover de gezamenlijke schuldeisers heeft geschonden. Indien uitgegaan wordt van het feitelijk aan BMA AG verweten handelen, bestond dat uit het aangaan en voortzetten van een (volgens de curator risicovolle) wijze van financiering van haar in Nederland gevestigde (kleindochter-)vennootschap, het staken daarvan en het niet tijdig informeren van de schuldeisers van die vennootschap over die staking.

10.2. Als voor het Handlungsort het nemen van het besluit tot aangaan, voortzetten en staking van de door BMA AG gekozen wijze van financiering tot uitgangspunt moet worden genomen, geldt dat

moet worden aangenomen dat dat besluit is genomen door het bestuur van BMA AG, op het hoofdkantoor in Duitsland.

10.3. Anderzijds is in een vergelijkbaar geval, waarin schuldeisers van een vennootschap schade hebben geleden doordat de aandeelhoudster van die vennootschap haar activiteiten liet voortzetten ondanks dat er sprake was van onderkapitalisatie, door het HvJEU geoordeeld dat de plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis zich bevindt in de plaats waarmee de door die vennootschap verrichte werkzaamheden en de financiële situatie met betrekking tot die werkzaamheden verband houden (18 juli 2013 («JOR» 2013/303, m.nt. Knigge en Zilinsky; *red.*), C-147/12, Öfab/Koot, hierna: het Öfab-arrest).

10.4. Laatstgenoemd arrest wijkt in die zin af van deze zaak dat het daar ging om een gestelde niet-nakoming van de op de verweerders (een bestuurslid en aandeelhouder) rustende controleplicht ten aanzien van een vennootschap, welke verplichting had moeten worden uitgevoerd op de plaats van vestiging van de vennootschap.

In het hoofdgeding draait het om het verwijt van het in het leven roepen, in stand houden en vervolgens onaangekondigd staken van financiering door de aandeelhouder van de vennootschap, zonder met de belangen van de schuldeisers van de vennootschap rekening te houden. De plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis is hier moeilijker vast te stellen. Het gaat namelijk om diverse onderliggende verwijten die elk verwijzen naar handelingen in verschillende lidstaten:

- het verwijt dat BMA AG een risicovolle vorm van financiering in het leven heeft geroepen: verdedigd kan worden dat het Handlungsort zich bevindt op de plaats waar de omstreden beslissing is genomen om wel op die wijze te financieren, dus in Duitsland,

- het verwijt dat BMA AG niet eerder met deze vorm van financiering is gestopt: hiervoor kan hetzelfde verdedigd worden als bij het vorige verwijt,

- het verwijt dat BMA AG de financiering op enig moment heeft gestaakt, waardoor de schulden van BMA NL aan haar schuldeisers onbetaald zouden blijven: de gestelde verplichting om door te gaan met financieren had moeten worden uitgevoerd door de financiering ter beschikking te stellen aan een in Nederland gevestigde vennootschap op een bankrekening bij een in Nederland gevestigde bank: Deutsche Bank Nederland B.V.,

– het verwijt dat het staken van de financiering niet tijdig is aangekondigd: de gestelde verplichting tot het tijdig aankondigen van het staken van de financiering aan de crediteuren had moeten plaatsvinden in de diverse landen waar de crediteuren gevestigd zijn,

– het verwijt dat BMA AG met de gekozen wijze van financiering van BMA NL de schijn heeft gewekt bij de schuldeisers dat BMA NL kredietwaardig was: verdedigd kan worden dat het Handlungsort zich bevindt op de plaats waar de omstrede beslissing is genomen om wel op die wijze te financieren en daarmee de schijn van kredietwaardigheid te wekken, dus in Duitsland.

10.5. Evenals in het Öfab-arrest is er een nauwe band aanwezig tussen de vordering in het hoofdgeding en de Nederlandse rechter, omdat de schade van de schuldeisers bestaat uit het onverhaalbaar zijn van vorderingen van schuldeisers van een Nederlandse vennootschap. De Nederlandse rechter is het beste in staat om te beoordelen wat de gevolgen zijn voor de Nederlandse vennootschap van het handelen van de Duitse grootmoedermaatschappij, omdat de kernwerkzaamheden door BMA NL voor de schuldeisers (productie van machines voor de voedselindustrie) werden verricht in Nederland en de informatie over de financiële situatie van die vennootschap en over de vorderingen van de crediteuren beschikbaar is bij de in Nederland gevestigde curator. Verdedigd kan worden dat de bevoegdheid van de Nederlandse rechter ook voorspelbaar was voor BMA AG, omdat het verweten handelen in de kern draait om de financiering van een in Nederland gevestigde (kleindochter-)vennootschap.

10.6. Daarnaast is bijzonder aan het hoofdgeding dat de vorderingen niet zijn ingesteld door de individuele gedupeerden, maar door de curator “ten behoeve van” (maar niet namens) de gedupeerden. Een vraag die rijst is of in het hoofdgeding de bevoegdheid voor iedere schadevordering van iedere schuldeiser afzonderlijk moet worden bepaald, zoals het HvJEU heeft geoordeeld in het arrest van 21 mei 2015 (C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 CDC/Akzo Nobel, hierna: het arrest CDC/Akzo). In die zaak hadden gedupeerden van een waterstofperoxidekartel hun vorderingen gecedeerd aan een claimvehikel. Het HvJEU heeft toen geoordeeld dat de overdracht van schuldvorderingen door de oorspronkelijke schuldeisers geen invloed kan hebben op de bepaling van het bevoegde gerecht volgens (de voor-

gang van) artikel 7 onder 2 Verordening Brussel I-bis en dat het schadebrengende feit derhalve voor iedere schadevordering afzonderlijk moet worden bepaald, ongeacht een eventuele overdracht of bundeling ervan (punten 35-36 en 56).

10.7. Het is de vraag of dergelijke strenge regels ook gelden voor de lokalisatie van het Handlungsort bij een vordering die wordt ingesteld door een curator “ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers”, nu in een dergelijke procedure een cessie of bundeling van vorderingen niet aan de orde is, maar slechts sprake is van de behartiging van een collectief belang op basis van de wettelijke taak van de curator tot afwikkeling van de boedel, en die strenge regels afbreuk zouden doen aan de effectiviteit van het optreden van de curator als beheerder van de boedel.

Erfolgsort

10.8. Ook het lokaliseren van het Erfolgsort levert in het hoofdgeding problemen op, omdat de plaats waar de initiële schade is geleden, niet duidelijk is. De schade van de schuldeisers is volgens het verwijt het gevolg van het in stand houden en vervolgens staken van de verliesfinanciering door BMA AG, waardoor de (kleindochter-)vennootschap (BMA NL) niet meer aan haar verplichtingen kon voldoen. De vraag is of de schade van de schuldeisers van de vennootschap daarmee voldoende in rechtstreeks verband staat met het handelen van BMA AG om de plaats van het vermogen (de boedel) van de vennootschap aan te merken als plaats waar de gezamenlijke schuldeisers hun initiële schade hebben geleden. De rechtbank neigt naar een bevestigende beantwoording van die vraag, omdat de schuldeisers pas schade ondervonden van het handelen van BMA AG toen BMA NL in haar vermogen werd geraakt door het stoppen van de financiering door BMA AG. Om dezelfde redenen als hiervoor aangegeven onder 10.5 zou het aannemen van bevoegdheid van de plaats van vestiging van de vennootschap daarom niet willekeurig of onvoorspelbaar zijn.

Toelichting op vraag 2

10.9. Deze vraag is vergelijkbaar met de vraag die de Hoge Raad heeft gesteld aan het HvJEU in zijn arrest van 20 september 2019 (ECLI:NL:HR:2019:1400, bekend bij het HvJEU als Vereniging van Effectenbezitters, zaaknummer C-709/19). Gelet hierop geeft de rechtbank

het HvJEU in overweging om deze zaken gelijktijdig te behandelen.

10.10. Een belangrijk verschil tussen de arresten die het HvJEU heeft gewezen over het *Erfolgsort* bij zuiver financiële schade en deze zaak is dat het bij de vorderingen van de tussenkomende partij (de Stichting) gaat om een collectieve actie op de voet van art. 3:305a BW, die aanleiding kan geven tot (extra) problemen bij het lokaliseren van het *Erfolgsort*. Doordat de collectieve actie strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen wordt geabstraheerd van de individuele omstandigheden van de gedupeerden van wie de belangen in de collectieve actie aan de orde zijn.

10.11. De bijzonderheden van de totstandkoming van de vorderingen van de individuele schuldeisers op de vennootschap en het bestaan en de schending van de hiervoor bedoelde zorgplicht jegens de individuele schuldeisers komen niet in de collectieve actie aan de orde. Het is de vraag of, en zo ja hoe, in een dergelijk geval bijkomende specifieke omstandigheden, indien vereist, moeten worden vastgesteld.

Bovendien speelt ook hier de vraag of de strenge regels die zijn gesteld in het arrest *CDC/Akzo Nobel* ook gelden voor de lokalisatie van het *Erfolgsort* in een collectieve actie op de voet van art. 3:305a BW, nu in een dergelijke procedure een cessie of bundeling van vorderingen niet aan de orde is, maar slechts sprake is van een collectief belang en die regels aan de effectiviteit van het instrument van art. 3:305a BW afbreuk zouden doen.

Toelichting op vraag 3

10.12. In het tussenvonnis van 30 januari 2019 heeft de rechtbank geoordeeld dat zij op grond van artikel 8 onder 2 Verordening Brussel I-bis bevoegd is om van de vordering van de tussenkomende partij (de Stichting) kennis te nemen, en deze partij toegelaten als tussenkomende partij. Op het moment van deze beslissing was de rechtbank (in het licht van latere jurisprudentie van het HvJEU: ten onrechte) van oordeel dat zij bevoegd was van “de oorspronkelijke vordering” (de vordering van de curator) kennis te nemen, en wel op grond van artikel 3 Insolventieverordening. De vraag rijst vervolgens of dit onjuiste oordeel automatisch tot gevolg heeft dat de rechtsmacht die de rechtbank aan artikel 8 onder 2 Verordening Brussel I-bis heeft ontleend, komt te ontvallen, en de rechtbank dus alsnog moet beoordelen of zij

op een andere grond rechtsmacht heeft, dan wel onbevoegd is.

10.13. Uit jurisprudentie van het HvJEU (vgl. 21 mei 2015, ECLI:EU:C:2015:335 *Cartel Damage Claims*, r.o. 28) ten aanzien van de toepassing van (de voorganger van) artikel 8 onder 1 van Verordening Brussel I-bis (rechtsmacht bij meerdere gedaagden) volgt dat de “samenhang” tussen de vorderingen die tegen meerdere gedaagden zijn ingesteld moet worden beoordeeld naar het moment van het indienen van de vordering, en dat een latere omstandigheid (bereiken van een minnelijke regeling met één van de gedaagden) in die samenhang geen wijziging brengt.

10.14. Als die regel ook geldt voor een “vordering tot tussenkomst” op de voet van artikel 8 onder 2 van dezelfde verordening, betekent dit dat de bevoegdheid om kennis te nemen van de vordering tot tussenkomst moet plaatsvinden naar het moment van indienen daarvan. Die indiening heeft in deze zaak plaatsgevonden nadat de rechtbank zich bevoegd had verklaard om van de oorspronkelijke vordering kennis te nemen. Het nadien eindigen van de procedure met betrekking tot de “oorspronkelijke vordering” door het alsnog uitspreken van de onbevoegdheid, zou dan niet automatisch leiden tot het vervallen van de rechtsmacht ten aanzien van de vordering tot tussenkomst.

Nadeel van het hanteren van dit uitgangspunt is echter dat de nauwe band tussen “oorspronkelijke vordering” en “vordering tot tussenkomst” wordt doorbroken, met het risico op onverenigbare beslissingen.

10.15. Dat risico bestaat echter ook, als de rechtsmacht wel automatisch zou vervallen. Immers, in dat geval zou de rechtbank alsnog een oordeel moeten geven over het subsidiaire beroep van de Stichting op artikel 8 onder 1 van die verordening. De vorderingen die de Stichting heeft ingesteld tegen de (in Nederland gevestigde) curator zijn afhankelijk gemaakt van de toewijzing van de door de Stichting tegen BMA AG ingestelde vorderingen. Daarmee lijken de vereiste nauwe band en het risico op onverenigbare beslissingen aanwezig.

Toelichting op vraag 4

10.16. Bij het bepalen van het toepasselijke recht op de vorderingen van de curator en de Stichting gaat het in wezen deels om dezelfde vraag als bij de rechtsmacht, namelijk de vraag waar het

“Erfolgsort” moet worden gelokaliseerd in de zin van artikel 4 onder 1 van Verordening Rome II. Daarom stelt de rechtbank deze vraag ook in dit kader.

10.17. Omdat de gestelde schade van de gezamenlijke schuldeisers mede een gevolg is van het niet meer aangaan van financieringsovereenkomsten waarop Duits recht van toepassing was verklaard, rijst de vraag of die omstandigheid nog van invloed is op het bepalen van het toepasselijke recht, in het bijzonder op de aanwezigheid van “een kennelijk nauwere band” met het recht van een ander land als bedoeld in artikel 4, onder 3 Verordening Rome II.

11. De aanlevering van stukken bij het HvJEU

11.1. Het HvJEU beveelt aan om gebruik te maken van de applicatie e-Curia om de vragen en het procesdossier in te dienen (aanbevelingen 23 en 24, PbEU 2019/C 380). Omdat de rechtbank niet beschikt over een digitaal dossier, zal de rechtbank de curator verzoeken om de processtukken en producties in digitale vorm (PDF, maximaal 30 MB per bestand) aan te leveren bij de griffie van de rechtbank (middels USB-stick of per e-mail via Roladministratie.civiel.RB-MNL.Utrecht@rechtspraak.nl). De rechtbank zal de vragen en het procesdossier vervolgens indienen bij het HvJEU.

12. De beslissing

De rechtbank

12.1. verzoekt de curator om uiterlijk op 30 september 2020, maar voor zover mogelijk eerder, een digitale versie van alle in deze zaak gewisselde processtukken en producties in te dienen bij de griffie van de rechtbank op de wijze zoals is vermeld in 11.1, waarna de rechtbank de vragen en het procesdossier zal indienen bij het HvJEU,

12.2. verzoekt het HvJEU met betrekking tot de hiervoor in hoofdstuk 9 geformuleerde vragen uitspraak te doen,

12.3. geeft het HvJEU in overweging om deze zaak gelijktijdig te behandelen met de zaak *Vereniging van Effectenbezitters (C-709/19)*,

12.4. houdt iedere verdere beslissing aan en schorst het geding tot het HvJEU naar aanleiding van dit verzoek uitspraak zal hebben gedaan.

NOOT

1. In deze procedure gaat het om vorderingen van de curator van BMA Nederland BV (BMA Nederland) en de Stichting Belangenbehartiging Crediteuren BMA Nederland (Crediteurenstichting) tegen BMA Braunschweigische Maschinenbau AG (BMA AG). BMA AG is de Duitse grootmoedervenootschap van BMA Nederland. De Crediteurenstichting is als tussenkomende partij toegelaten in de procedure van de curator van BMA Nederland BV tegen BMA AG. Zie Rb. Midden-Nederland 30 januari 2019, «JOR» 2019/94, m.nt. Bens.

2. De curator spreekt op grond van een Peeters/Gatzen-vordering BMA AG aan wegens schending van haar zorgplicht jegens de gezamenlijke crediteuren van BMA Nederland. De Crediteurenstichting vordert in een collectieve actie (art. 3:305a BW) eveneens schadevergoeding van BMA AG wegens schending van haar zorgplicht. De Crediteurenstichting stelt in haar dagvaarding dat meer dan vijftig crediteuren van BMA Nederland zich bij haar hebben aangesloten. Hun gezamenlijke vorderingen bedragen circa € 1,2 miljoen. Zie de dagvaarding, die te raadplegen is via het Centraal register collectieve vorderingen <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/dagvaarding-collectieve-vordering-bma-braunschweigische-maschinenbauanstalt-ag.pdf>.

3. In de kern draait het om het verwijt dat BMA AG een risicovolle vorm van financiering heeft opgetuigd en in stand gehouden en zodoende een schijn van kredietwaardigheid van BMA Nederland heeft gewekt. BMA AG heeft onaangekondigd deze financiering gestaakt. Deze handelingen zijn door BMA AG verricht zonder met de belangen van de crediteuren van BMA Nederland BV rekening te houden.

4. In dit tussenvonnissen stelt de rechtbank prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. Ik bespreek in deze noot alleen de vragen die erop zien of de rechtbank haar bevoegdheid kan ontlenen aan Brussel I-bis en door welk recht de vorderingen van de curator en de Crediteurenstichting worden beheerst op grond van Rome II.

5. Op grond van art. 7 sub 2 Brussel I-bis kan een eiser zijn vordering uit onrechtmatige daad bij de rechter van zowel de plaats waar de handeling is

verricht (*Handlungsort*) als de plaats waar hij stelt zijn schade rechtstreeks te hebben geleden (*Erfolgsort*) aanbrengen. De eerste onderdelen (a t/m c) van vraag 1 zien op de lokalisatie van de verwijten aan BMA AG (optuiging en instandhouding van financieringsconstructie en opwekking van schijn van kredietwaardigheid) en van de schade van de crediteuren van BMA Nederland. In feite vraagt de rechtbank om een bevestiging van haar voorlopig oordeel dat de plaats van vestiging van de vennootschap die geen verhaal biedt voor de vorderingen van haar schuldeisers, de relevante aanknopingsfactor voor zowel het *Handlungsort* als het *Erfolgsort* is indien die onverhaalbaarheid het gevolg is van een schending van de zorgplicht door de grootmoedermaatschappij van deze vennootschap jegens deze schuldeisers.

6. De curator beroept zich op het arrest ÖFAB/Koot. Zie HvJ EU 18 juli 2013, «JOR» 2013/303, m.nt. Zilinsky en Knigge; *Ondernemingsrecht* 2013/111, m.nt. Arons. Het Hof oordeelde dat bij vorderingen van vennootschapscrediteuren waarbij een bestuurslid en een aandeelhouder aansprakelijk worden gehouden voor de vennootschapsschulden, het *Handlungsort* zich bevindt in de plaats waarmee de door die vennootschap verrichte werkzaamheden (in casu de bouw van een hotel) en de financiële situatie met betrekking tot die werkzaamheden verband houden. Het Zweedse vennootschapsrecht verplicht bestuurders te controleren of de vennootschap over voldoende financiële middelen beschikt. Indien deze ontoereikend zijn, moeten zij formele maatregelen nemen. Nalatige bestuurders zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de vennootschapschulden. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat in de Zweedse rechtspraak doorbraak van aansprakelijkheid naar aandeelhouders in uitzonderlijke situaties is toegestaan, waarbij een gebrek aan eigen kapitaal een factor van betekenis is. Zie r.o. 20.

7. Uit de jurisprudentie van het Hof blijkt dat voor lokalisatie van het *Handlungsort* de feitelijke situatie doorslaggevend is. Waar heeft de gedaagde de hem verweten gedraging verricht of had hij die moeten verrichten? In de toelichting bij vraag 1 noemt de rechtbank onder meer de volgende omstandigheden: (-) de beslissing over het optuigen en staken van deze financiering en hiermee het wekken van schijn van kredietwaardigheid is genomen in Duitsland; (-) de niet-tijdige aankon-

diging van de staking had in Nederland plaats moeten vinden. De curator betoogt dat de relevante gedraging de structurele onderkapitalisatie is; deze onderkapitalisatie vond plaats in Nederland. Zie r.o. 7.2. Het Hof beslist over de relevante aanknopingsfactor: de plaats van besluitvorming (Duitsland) of de plaats waar het te financieren object (activiteiten) of subject (dochtervennootschap) zich bevindt (Nederland). Het Hof tendeedt in ÖFAB/Koot naar de laatste variant.

8. Volgens de rechtbank bestaat de relevante schade uit het onverhaalbaar blijven van de vorderingen op BMA Nederland. Zij acht de Nederlandse rechter het beste in staat om te beoordelen wat de gevolgen zijn van het handelen van BMA AG voor BMA Nederland, omdat zij haar kernwerkzaamheden voor haar crediteuren (machineproductie voor de voedselindustrie) in Nederland verricht en de informatie over haar financiële situatie en de vorderingen van haar crediteuren voor de Nederlandse curator beschikbaar is. Deze bevoegdheid is ook voorspelbaar voor BMA AG, omdat het verwijt de financiering van een in Nederland gevestigde kleindochtervennootschap betreft. Zie r.o. 10.5. Dit zijn weliswaar relevante omstandigheden, maar – anders dan de rechtbank meent – niet voor de lokalisatie van het *Handlungsort*. Het gaat hierbij om de gevolgen van het handelen van BMA AG in Nederland en dus om de lokalisatie van het *Erfolgsort*. Zie HvJ EG 10 juni 2004, ECLI:EU:C:2004:364 (*Kronhofer*), r.o. 20; HvJ EU 28 januari 2015, «JOR» 2015/109, m.nt. Arons (*Kolassa/Barclays Bank*), r.o. 56; HvJ EU 16 juni 2016, «JOR» 2016/276, m.nt. Arons (*Universal Music/Schilling*), r.o. 33, 39 en HvJ EU 12 september 2018, «JOR» 2018/307, m.nt. Rutten, (*Löber/Barclays Bank*), r.o. 31-35.

9. Een ander belangrijk onderdeel van vraag 1 betreft het collectieve karakter van de Peeters/Gatzen-vordering. Hierbij doet zich mogelijkerwijs dezelfde problematiek voor als bij de toepassing van art. 7 sub 2 Brussel I-bis bij vorderingen in een collectieve actie. Bij beide vorderingen wordt geabstraheerd van de individuele omstandigheden van de crediteuren wier vorderingen door de curator dan wel door een 305a-vereniging/stichting worden behartigd. Alleen de gemeenschappelijke feiten en rechtsvragen worden door de rechter beoordeeld. De gevolgen van dit collectieve karakter van een 305a-vordering bij de lokalisatie van het *Erfolgsort* is onderdeel van

de bij het Hof aanhangige procedure inzake VEB/BP Zie de verwijzingsarresten HR 1 juni 2019, «JOR» 2019/190, m.nt. BENS en HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1400.

10. De rechtbank stelt in haar tweede vraag of de beoordeling van haar bevoegdheid als Erfolgsort-rechter ten aanzien van de 305a-vordering anders wordt omdat in deze procedure niet wordt vastgesteld a) wat de woonplaatsen van de individuele crediteuren zijn, b) wat de bijzondere omstandigheden zijn van de totstandkoming van de vorderingen van de individuele crediteuren op BMA Nederland en c) of er door BMA AG jegens de individuele crediteuren een zorgplicht als hiervoor bedoeld bestaat en of deze geschonden is. Over vorderingen in collectief verband oordeelde het Hof dat bij een overdracht van individuele vorderingen aan een claimvehikel de rechter de bevoegdheid voor iedere vordering afzonderlijk dient vast te stellen. Zie HvJ EU 21 mei 2015, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC/Akzo Nobel*), r.o. 35-36; 56. De rechtbank vraagt het Hof of de strenge regels ter bepaling van de lokalisatie van het Handlungs- en Erfolgsort ook gelden voor een vordering die een curator of 305a-stichting instelt ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers waarbij geen sprake is van cessie of bundeling van individuele vorderingen, maar van collectieve belangenbehartiging. Zie r.o. 10.6-10.7 en 10.11. Specifiek voor de vordering van de curator vreest de rechtbank dat deze strenge regels afbreuk doen aan de effectiviteit van het optreden van de curator als beheerder van de boedel. Zie r.o. 10.7.

11. De vierde vraag ziet op de vaststelling van het op deze Peeters/Gatzen- en 305a-vorderingen toepasselijke recht. Art. 4 lid 1 Rome II knoopt het toepasselijke rechtsstelsel aan bij de plaats waar de schade rechtstreeks is geleden. De rechtbank vraagt in de kern om een bevestiging of dat in dit geval inderdaad de plaats is waar de vennootschap is gevestigd die geen verhaal biedt voor de schade die de schuldeisers van de vennootschap hebben geleden door de hiervoor bedoelde schending van de zorgplicht van de grootmoedervennootschap. Zij vraagt het Hof of de overige kenmerkende omstandigheden van deze rechtsoverdrachten hierbij nog van invloed zijn. De belangenbehartiging (de curator stelt de vordering uit hoofde van zijn wettelijke taak tot afwikkeling van de boedel in en de 305a-stichting stelt de vordering ten behoeve van (maar niet

namens) de leden van haar achterban in) is niet gebaseerd op vertegenwoordiging van de crediteuren of overdracht van hun vordering aan curator dan wel stichting, maar wordt ontleend aan een in de rechtspraak ontwikkeld of door de wet toegekend *ius agendi*. Bij vertegenwoordiging en overdracht is in de wet geregeld dat dit geen invloed heeft op de bepaling van het toepasselijke recht.

12. Art. 4 lid 3 Rome II biedt bij uitzondering de mogelijkheid dat het recht van het land waarmee uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de onrechtmatige daad een kennelijk nauwere band heeft, van toepassing is. Een kennelijk nauwere band met een ander land zou met name kunnen berusten op een reeds eerder bestaande, nauw met de onrechtmatige daad samenhangende betrekking tussen de partijen, zoals een overeenkomst. De rechtbank stelt de vraag of de omstandigheid dat tussen BMA Nederland en BMA AG financieringsovereenkomsten bestonden waarin een forumkeuze is gemaakt voor de Duitse rechter en Duits recht van toepassing werd verklaard, een kennelijk nauwere band met Duitsland creëert. Deze forumkeuze- en rechtskeuzebedingen zijn mijns inziens niet relevant omdat het hierbij niet gaat om een eerder gesloten overeenkomst tussen crediteuren van BMA Nederland en BMA AG. Het forumkeuzebeding in de financieringsovereenkomst tussen BMA Nederland en BMA AG komt ook geen derdenwerking toe. Niet valt in te zien welke gedraging van de handelscrediteuren van BMA Nederland de conclusie zou kunnen rechtvaardigen dat zij met dit forumkeuzebeding – waarvan zij niet op de hoogte waren of konden zijn – zouden hebben ingestemd of het op grond van rechtsopvolging tegen zich zouden moeten laten gelden. Zie HvJ EU 20 april 2016, «JOR» 2016/159, m.nt. Arons (*Profit Investment SIM SpA in liq./Commerzbank e.a.*), r.o. 27, 36; HvJ EU 7 februari 2013, ECLI:EU:C:2013:62 (*Refcomp*), r.o. 28 en HvJ EG 10 maart 1992, ECLI:EU:C:1992:115 (*Powell Duffryn*), r.o. 23-28.

13. Het verzoek van de rechtbank is inmiddels aanhangig gemaakt bij het Hof onder zaaknummer C-498/20. Een eerste indicatie van hoe het Hof omgaat met de specifieke kenmerken van een collectieve actie in de zin van art. 3:305a BW bij de vaststelling van het Erfolgsort in de zin van

art. 7 sub 2 Brussel I-bis is te verwachten met het arrest in de eerder genoemde zaak VEB/BP.

prof. mr. T.M.C. Arons
hoogleraar Financieel recht en collectief ver-
haalsrecht, Universiteit Utrecht en legal counsel
VEB

22

Herstructurering HEMA niet onzorgvuldig

Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam
7 september 2020, rolnr. KG ZA 20-719,
ECLI:NL:RBAMS:2020:4400
(mr. Van Walraven)
Noot mr. dr. A.M. Mennens

Herstructurering HEMA. Lock-up Agreement ter verlichting van schuldenlast en ter vermindering van faillissement niet onzorgvuldig jegens investeringsmaatschappij. Samenhang met Vzng. Rb. Amsterdam 11 september 2020, «JOR» 2020/296, m.nt. Van Gasteren.

[BW art. 6:162]

De vraag is of HEMA c.s. (gedaagden sub 1 t/m 3) onzorgvuldig heeft gehandeld jegens eisers door de Lock-up Agreement aan te gaan. De argumenten van partijen afwegend, is onvoldoende aannemelijk dat HEMA c.s. onzorgvuldig handelt jegens eisers. Tussen partijen is niet in geschil dat de schuldenlast van HEMA te hoog is en dat de aandeelhouder in verzuim is. Als gevolg van de cross-default is HEMA ook in verzuim. Het is dan ook goed te verdedigen dat HEMA c.s., toen het verzuim van de aandeelhouder dreigde, op zoek is gegaan naar een oplossing in de vorm van een gecontroleerde herstructurering, ter verlichting van haar schuldenlast en ter vermindering van een faillissement. Weliswaar was er nog geen acute dreiging van faillissement, maar als HEMA c.s. niets zou doen, zou die dreiging er wel binnen enkele maanden kunnen komen. Dit klemt temeer omdat de omzet als gevolg van de coronacrisis toen nog achterbleef. Wat eisers betreft, had HEMA c.s. bij het zoeken naar een uitweg echter meer rekening moeten houden met de belangen

van de Senior Noteholders. Op zichzelf hebben eisers wel aannemelijk gemaakt dat HEMA c.s. dat had kunnen doen, maar het is de vraag of dat zou zijn gelukt. De positie van de Senior Noteholders (SNs) was die van een schuldeiser out-of-the-money. Dat gold niet voor de andere schuldeisers uit hoofde van de Revolving Credit Facility (RCF) en de Senior Secured Notes (SSNs). Onderdeel van de Lock-up Agreement is dat deze andere schuldeisers na het implementatieproces nog steeds schuldeiser van HEMA zijn. Het ligt onder die omstandigheid niet voor de hand dat de achtergestelde SNs bij de onderhandelingen een betere positie krijgen dan zij bij een faillissement zouden hebben gehad. Dus, hoewel eisers terecht stellen dat zij er, evenals de SSNs, vermoedelijk baat bij zouden hebben om hun vordering (gedeeltelijk) omgezet te krijgen in aandelenrechten, en dat zij in die zin zijn benadeeld, is het niet als onzorgvuldig van HEMA c.s. aan te merken dat de Lock-up Agreement daarin niet voorziet.

1. Hof Capital BV te Utrecht,

2. X,

eisers,

advocaten: mr. J.L. Snijders en mr. J. de Bont,
tegen

1. HEMA BV te Amsterdam,

2. HEMA Bondco I BV te Amsterdam,

3. HEMA Bondco II BV te Amsterdam,

gedaagden,

advocaten: mr. R.D. Vriesendorp en mr. M. Ger-
rits,

4. Y,

5. Z,

gedaagden,

advocaten: mr. J.E.P.A. van Hooff en mr. D.D. Nij-
kamp.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. Hof Capital is een investeringsonderneming, waarvan [eiser 2] bestuurder is.

2.2. Hema is de houdstermaatschappij van een groep ondernemingen die zich bezig houdt met de groot- en kleinhandel in consumentengoederen. Hema BondCo I en Hema BondCo II zijn zustermaatschappijen die in 2014 zijn opgericht met het specifieke doel om financiering voor Hema aan te trekken. [gedaagde 4] is bestuurder van Hema, Hema BondCo I en Hema BondCo II.