

271

Nederlandse rechter bevoegd en Nederlands recht van toepassing op internationale Peeters/Gatzen-vordering

Rechtbank Midden-Nederland zp Utrecht
13 juli 2022, zaaknr. HA ZA 17-682,
ECLI:NL:RBMNE:2022:2816
(mr. Van den Boom, mr. Van Rens,
mr. Ter Meulen)
Noot prof. mr. T.M.C. Arons

Internationaal faillissementsrecht. Peeters/Gatzen-vordering. Zorgplicht van grootmoedermaatschappij jegens failliet en jegens door stichting vertegenwoordigde schuldeisers van failliet. Bevoegdheid rechter. Toepasselijk recht. Vervolg op Rb. Midden-Nederland 23 mei 2018, «JOR» 2018/257, m.nt. Beunk; Rb. Midden-Nederland 30 januari 2019, «JOR» 2019/94, m.nt. Bens; Rb. Midden-Nederland 2 september 2020, «JOR» 2021/21, m.nt. Arons en HvJ EU 10 maart 2022, «JOR» 2022/190, m.nt. Beunk.

[Brussel I-bis art. 7 lid 2; Rome II art. 4]

Op grond van art. 7 lid 2 Brussel I-bis kan een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad worden opgeroepen voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan. Voor het beoordelen van de bevoegdheid van de rechtbank met betrekking tot de vordering van de curator op grond van Brussel I-bis is alleen van belang op welke grondslag de curator zijn vordering baseert. Vast staat dat dit een onrechtmatige daad is, zodat de regel van art. 7 Brussel I-bis hier van toepassing is. En gelet op HvJ EU 10 maart 2022, «JOR» 2022/190, m.nt. Beunk is de rechter op grond van art. 7 lid 2 Brussel I-bis bevoegd om van die vordering kennis te nemen, omdat de vennootschap die door de gestelde zorgplichtschending geen verhaal biedt (failliet), gevestigd is in Nederland. Wat betreft de vordering van de stichting is de rechtbank op grond van art. 7 lid 2 Brussel I-bis zelfstandig bevoegd om daarvan

kennis te nemen. Dit wordt afgeleid uit HvJ EU 10 maart 2022, «JOR» 2022/190, m.nt. Beunk. De door de stichting gestelde zorgplichtschending ten opzichte van de door de stichting vertegenwoordigde schuldeisers van failliet is gelijk aan de door de curator gestelde zorgplichtschending. Ook voor de stichting geldt dat op de plaats van vestiging van failliet informatie beschikbaar is over de ontwikkeling van de financiële toestand van failliet, aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of de gestelde zorgplicht is geschonden en zo ja, in welke mate. Daarom is er een bijzonder nauwe band tussen de door de stichting ingestelde vordering en de plaats van vestiging van failliet. Deze plaats is voor partijen in hoge mate voorspelbaar. De plaats van vestiging van failliet is dan ook de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan als bedoeld in art. 7 lid 2 Brussel I-bis. De rechtbank heeft dus een zelfstandige bevoegdheid ten aanzien van de vordering van de stichting. Die zelfstandige bevoegdheid brengt mee dat geen sprake kan zijn van misbruik van recht door de stichting door mee te liften op de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter ten aanzien van de vordering van de curator, wanneer bij de beoordeling in de hoofdzaak blijkt dat die vordering niet kwalificeert als een Peeters/Gatzen-vordering. Nu de rechtbank bevoegd is om kennis te nemen van de vordering van de curator op gedaagde (de oorspronkelijke vordering), en de in art. 8 lid 2 Brussel I-bis genoemde uitzondering (misbruik) zich hier niet voordoet, is de rechtbank ook bevoegd om kennis te nemen van de vordering van de stichting op grond van art. 8 lid 2 Brussel I-bis (de zogenoemde accessoire aanknopng).

Veronderstellenderwijs aannemend dat de door de curator en de stichting gestelde zorgplicht heeft bestaan, is dat geen specifieke vennootschapsrechtelijke zorgplicht die voortvloeit uit de betrekking tussen gedaagde als aandeelhouder van failliet, maar een algemene zorgplicht die is ontstaan doordat gedaagde langdurig aanzienlijke leningen aan failliet heeft verstrekt, waardoor failliet kon blijven voortbestaan. Als komt vast te staan dat gedaagde de door de curator en de stichting gestelde zorgplicht heeft geschonden, rust op haar een verbintenis tot schadevergoeding vanwege schending van die algemene zorgplicht. Gedaagde is in dat geval dus aansprakelijk op grond van een algemene onrechtmatige daad en niet om redenen die eigen zijn aan het ven-

nootschapsrecht. Die algemene zorgplicht ten opzichte van de schuldeisers van failliet en daarmee verband houdende (gestelde) algemene onrechtmatige daad vallen binnen de materiële werkingsfeer van Rome II. Uit HvJ EU 10 maart 2022, «JOR» 2022/190, m.nt. Beunk volgt dat op grond van art. 4 lid 1 Rome II toepasselijkheid van het Nederlands recht kan worden aangenomen, omdat de vennootschap die geen verhaal biedt door de gestelde zorgplichtschending (failliet), in Nederland gevestigd is. Dat is anders wanneer op grond van art. 4 lid 2 of lid 3 het recht van een ander land moet worden toegepast. Lid 2 heeft namelijk voorrang boven lid 1, en lid 3 heeft voorrang boven lid 1 en lid 2. Uit HvJ EU 10 maart 2022, «JOR» 2022/190, m.nt. Beunk blijkt dat bij de beoordeling van de plaats waar de schade zich voordoet in het kader van art. 4 lid 1 Rome II, alleen de plaats waar de directe schade is ingetreden, van belang is en dat de indirecte schade niet relevant is. Gelet daarop wordt ervan uitgegaan dat “degene die schade lijdt” in de zin van art. 4 lid 2 Rome II ook degene is bij wie de directe schade intreedt, en dat voor de toepassing van de regel uit lid 2 ook niet relevant is wie indirecte schade lijdt. Kortom, in het kader van de beoordeling van art. 4 lid 2 Rome II is failliet degene die schade lijdt. En omdat failliet niet in Duitsland, maar in Nederland is gevestigd, is er geen sprake van dat degene wiens aansprakelijkheid in geding is (gedaagde) en degene die schade lijdt (failliet), beide hun gewone verblijfplaats in hetzelfde land hebben op het tijdstip waarop de schade zich voordoet. Daarom is het in dit geval niet zo dat op grond van art. 4 lid 2 Rome II Duits recht van toepassing is op de individuele vorderingen van de in Duitsland woonachtige schuldeisers. Die schuldeisers hebben immers enkel indirecte schade geleden. Naar het oordeel van het Hof heeft de door de curator en de stichting gestelde zorgplichtschending van gedaagde een bijzonder nauwe band met Nederland omdat failliet in Nederland gevestigd is. Daar is immers de informatie beschikbaar over de ontwikkeling van de financiële toestand van failliet, aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of de gestelde zorgplicht is geschonden. Voor de conclusie dat de gestelde onrechtmatige daad een kennelijk nauwere band met Duitsland heeft, moeten de overige omstandigheden dus heel zwaarwegend zijn. De rechts- en forumkeuze in de financieringsovereenkomsten tussen gedaagde en failliet en in de door

gedaagde verstrekte garanties leggen onvoldoende gewicht in de schaal om de hiervoor beschreven nauwe band te doorbreken. Het verwijt dat gedaagde in deze procedure wordt gemaakt, staat in een te ver verwijderd verband tot die overeenkomsten en garanties. Deze conclusie is niet anders wanneer daarbij de omstandigheid wordt betrokken dat gedaagde vanuit haar vestigingsplaats in Duitsland de gestelde zorgplicht heeft laten ontstaan door failliet langdurig en substantieel te financieren en die zorgplicht (verondersteltenderwijs) heeft geschonden. De ontvanger van die financieringen (failliet) was immers in Nederland gevestigd. Daarnaast weegt ook in het nadeel van gedaagde dat een groot aantal van de schuldeisers van failliet buiten Duitsland gevestigd is.

Mr. W.J.M. van An del te Utrecht, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van BMA Nederland BV,
eiser in de hoofdzaak,
advocaten: mr. T.T. van Zanten en mr. I.M.A. Lintel,
tegen
de vennootschap naar Duits recht BMA Braunschweigische Maschinenbauanstalt AG te Braunschweig (Duitsland),
gedaagde in de hoofdzaak,
advocaten: mr. N.B. Pannevis en mr. L.P. Kortmann,
en
de stichting Belangenbehartiging Crediteuren BMA Nederland te Wijk bij Duurstede,
tussenkommende partij,
advocaat: mr. F. Eikelboom.

1. De procedure tot nu toe

1.1. De curator heeft in deze procedure een vordering ingesteld tegen BMA AG tot vergoeding van de schade van de gezamenlijke schuldeisers van BMA NL, een kleindochter van BMA AG. Het verwijt dat de curator aan BMA AG maakt, is als volgt. BMA NL leidde in de periode van 2004 tot aan haar faillissement in 2012 structureel substantieel verlies (van in totaal ongeveer € 24 miljoen). BMA NL bleef overeind omdat zij in die periode leningen van BMA AG heeft gekregen voor een totaalbedrag van ruim € 38 miljoen. BMA AG vulde de verliezen van BMA NL telkens aan voor zover dat nodig was om BMA NL te laten voortbestaan, terwijl die aanvullingen onvol-

doende waren om het eigen vermogen van BMA NL op peil te houden. BMA AG wist dit en heeft een inherent risicovolle situatie in het leven roepen en laten voortbestaan. Hierdoor heeft BMA AG een zorgplicht op zich genomen ten opzichte van alle crediteuren van BMA NL. Die zorgplicht heeft BMA AG geschonden doordat zij begin 2012 abrupt en zonder vooraankondiging de voortdurende financiering heeft gestaakt. Daardoor is BMA AG op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk jegens de gezamenlijke schuldeisers van BMA NL. De Stichting is in het geding tussen de curator en BMA AG tussengekomen. Zij komt op voor de belangen van ruim 50 concurrente crediteuren van BMA NL en stelt dat die schuldeisers ongeveer € 1,2 miljoen schade hebben geleden doordat BMA AG onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld (schending van haar zorgplicht). In dit vonnis moet de rechtbank – opnieuw – beslissen of zij bevoegd is om kennis te nemen van de vorderingen van de curator en de Stichting. Als dat zo is, moet de rechtbank ook beslissen welk recht toepasselijk is.

1.2. Ten aanzien van de vordering van de curator heeft de rechtbank in een tussenvonnis in incident van 23 mei 2018 («JOR» 2018/257, m.nt. Beunk; *red.*) aangenomen dat zij bevoegd is om daarvan kennis te nemen op basis van de Insolventieverordening. In een tussenvonnis in incident van 30 januari 2019 («JOR» 2019/94, m.nt. Bens) is geoordeeld dat de rechtbank op grond van artikel 8 lid 2 Verordening Brussel I-bis (hierna: Brussel I-bis) bevoegd is om van de vordering tot tussenkomst van de Stichting kennis te nemen. In hetzelfde tussenvonnis heeft de rechtbank het de Stichting toegestaan om tussen te komen in de hoofdzaak tussen de curator en BMA AG, met eigen vorderingen tegen BMA AG. BMA AG heeft de rechtbank in een akte van 21 augustus 2019 verzocht om zich alsnog onbevoegd te verklaren. In een tussenvonnis van 29 april 2020 heeft de rechtbank opgemerkt dat uit het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) van 6 februari 2019 («JOR» 2019/116, m.nt. Welling-Steffens (*NK/BNP Paribas Fortis*); *red.*) volgt dat de door de curator ingestelde vordering niet valt onder de werkingssfeer van de Insolventieverordening, maar onder die van de Verordening Brussel I en haar opvolgster, Brussel I-bis. Op basis daarvan heeft de rechtbank toen geconcludeerd dat het oordeel over haar bevoegdheid in het tussenvonnis van 23 mei 2018

(«JOR» 2018/257, m.nt. Beunk; *red.*) niet in stand kan blijven. In een tussenvonnis van 2 september 2020 («JOR» 2021/21, m.nt. Arons; *red.*) heeft de rechtbank over haar bevoegdheid en het toepasselijke recht vragen gesteld aan het Hof. Deze vragen zijn beantwoord in een arrest van het Hof van 10 maart 2022 («JOR» 2022/190, m.nt. Beunk; *red.*), met kenmerk C-498/20 (hierna: het arrest van het Hof).

1.3. De drie partijen hebben naar aanleiding van het arrest van het Hof aktes ingediend waarin zij standpunten hebben ingenomen over de bevoegdheid van deze rechtbank en over het toepasselijke recht. De curator en de Stichting hebben hun aktes ingediend op 30 maart 2022 en BMA AG heeft haar akte ingediend op 11 mei 2022.

1.4. Hierna heeft de rechtbank besloten dat dit vonnis zal worden gewezen.

2. Samenvatting van de antwoorden op de prejudiciële vragen

2.1. Voor de inhoud van de vragen die de rechtbank aan het Hof heeft gesteld, verwijst de rechtbank naar het tussenvonnis van 2 september 2020. Samengevat heeft het hof die vragen als volgt beantwoord:

1. Artikel 7 lid 2 Brussel I-bis moet aldus worden uitgelegd dat de rechter van de plaats van vestiging van een vennootschap die geen verhaal biedt voor de vorderingen van haar schuldeisers omdat de grootmoedermaatschappij van deze vennootschap haar zorgplicht jegens schuldeisers van deze vennootschap niet is nagekomen, bevoegd is om kennis te nemen van een op onrechtmatige daad gebaseerde collectieve schadevordering die de curator in het faillissement van deze vennootschap in het kader van zijn wettelijke taak tot afwikkeling van de boedel heeft ingesteld ten behoeve van, maar niet namens de gezamenlijke schuldeisers.

2. Het antwoord op de eerste vraag luidt niet anders indien er rekening mee wordt gehouden dat de collectieve belangen van de schuldeisers in het hoofdgeding worden behartigd door een stichting en dat bij de daartoe ingestelde vordering geen rekening wordt gehouden met de individuele omstandigheden van de schuldeisers.

3. Artikel 8 lid 2 Brussel I-bis moet aldus worden uitgelegd dat indien het gerecht waar de oorspronkelijke vordering aanhangig is, terugkomt op zijn beslissing dat het ter zake van die vordering rechtsmacht heeft, automatisch ook diens

rechtsmacht ontvalt aan de vorderingen die de tussenkomende partij heeft ingesteld.

4. Artikel 4 Verordening Rome II (hierna: Rome II) moet aldus worden uitgelegd dat het recht dat van toepassing is op de verplichting tot schade-loosstelling uit hoofde van de zorgplicht die rust op de grootmoedermaatschappij van een failliete vennootschap, in beginsel het recht is van het land waar deze vennootschap is gevestigd, ook al is het bestaan van een tussen deze twee vennootschappen gesloten financieringsovereenkomst, waarin een forumkeuze is opgenomen, een omstandigheid waardoor kennelijk nauwere banden met een ander land in de zin van lid 3 van dit artikel kunnen worden vastgesteld.

3. De standpunten van partijen

De standpunten van partijen over de bevoegdheid van de rechtbank

3.1. De curator neemt het standpunt in dat uit het arrest van het Hof volgt dat de rechtbank op grond van artikel 7 lid 2 Brussel I-bis bevoegd is om de vorderingen van de curator inhoudelijk te beoordelen.

3.2. De Stichting neemt het standpunt in dat de rechtbank bevoegd is om haar vorderingen te beoordelen. In de eerste plaats omdat zij mag tussenkomen in de hoofdzaak, nu de rechtbank daarin bevoegdheid heeft (accessoire aanknop- ping). In de tweede plaats omdat uit het arrest van het Hof volgt dat er ook een zelfstandige bevoegdheid voor de Nederlandse rechter bestaat om kennis te nemen van de vorderingen van de Stichting.

3.3. BMA AG neemt het standpunt in dat de rechtbank bevoegd is om te oordelen over een Peeters/Gatzen-vordering op BMA AG, maar dat de rechtbank in dit geval niet bevoegd is, omdat de vordering van de curator geen Peeters/Gatzen-vordering is. Daarmee ontvalt ook de bevoegdheid ten aanzien van de vordering van de Stichting op grond van accessoire aanknop- ping. Als de rechtbank in dit stadium wel bevoegdheid aanneemt om kennis te nemen van de vordering van de curator, maar later concludeert dat die vordering geen Peeters/Gatzen-vordering is, en daarom niet door de curator kan worden ingesteld, dan zal voor de bevoegdheid op dat moment de accessoire aanknop- ping van de vordering van de Stichting bij de vordering van de curator alsnog komen te vervallen. Het moet niet mogelijk wor-

den geacht dat de bevoegdheid van de Nederlandse rechter wordt gebaseerd op een gestelde Peeters/Gatzen-vordering die nooit blijkt te hebben bestaan. Een andere uitleg zou misbruik in de hand werken. Daarnaast scheidt Brussel I-bis geen zelfstandige bevoegdheid voor de Nederlandse rechter om kennis te nemen van de vordering van de Stichting.

De standpunten van partijen over het toepasselijke recht

3.4. De curator en de Stichting betogen primair het volgende. Hun vorderingen vallen op grond van artikel 1 lid 2 onder d Rome II buiten het toepassingsgebied van Rome II. Daarom moet de bevoegdheid worden beoordeeld aan de hand van Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Op grond van artikel 10:119 BW (het incorporatierecht van BMA NL) is Nederlands recht van toepassing. De redenen waarom hun vorderingen buiten het toepassingsgebied van Rome II vallen zijn de volgende:

- Uit het rapport Giuliano/Lagarde met betrekking tot de voorloper van artikel 1 lid 2 sub d Rome II blijkt dat juist ook aansprakelijkheden van aandeelhouders in verband met concernvorming, zoals in het onderhavige geval, onder de reikwijdte van deze uitsluiting vallen.

- Uit de bepalingen van de Verzamelrichtlijn Vennootschapsrecht met betrekking tot kapitaalbescherming blijkt dat bescherming van schuldeisers onderdeel is van het vennootschapsrecht. De curator en de Stichting wijzen daarbij op de considerans onder 40 en 47 en op artikel 58 lid 1 van de Verzamelrichtlijn Vennootschapsrecht.

- De geschonden norm is doordesemd met vennootschapsrecht en sluit nauw aan bij vennootschapsrechtelijke bepalingen.

3.5. Voor het geval Rome II wel van toepassing is op zijn vordering betoogt de curator (subsidiar) dat op grond van artikel 4 lid 1 van die verordening Nederlands recht van toepassing is, omdat de schade zich heeft voorgedaan in Nederland. De door de curator gestelde onrechtmatige daad heeft geen kennelijk nauwere band met een ander land, zodat artikel 4 lid 3 Rome II er niet toe leidt dat het recht van een ander land van toepassing is.

3.6. Volgens BMA AG leiden in deze zaak alle wegen naar Rome II. Doorslaggevend daarvoor is dat de grondslag van de vorderingen van de curator en de Stichting een algemene onrechtmatige daad is. Bovendien betreffen de vorderingen niet

ondernemingsrechtelijke vraagstukken. Voor het geval de vorderingen toch op grond van artikel 1 lid 2 onder d Rome II buiten het toepassingsgebied van Rome II vallen, is niet artikel 10:119 BW, maar artikel 10:159 BW van toepassing, zodat de rechtbank het toepasselijk recht toch moet beoordelen op grond van Rome II. Die beoordeling moet ertoe leiden dat Duits recht moet worden toegepast. Weliswaar volgt uit het arrest van het Hof dat bij toepassing van artikel 4 lid 1 Rome II het land waar de schade zich voordoet in dit geval Nederland is, maar de vorderingen van de curator en de Stichting hebben een kennelijk nauwere band met Duitsland (artikel 4 lid 3 Rome II). Voor zover de rechtbank daar anders over oordeelt, geldt in ieder geval dat op grond van artikel 4 lid 2 Rome II Duits recht van toepassing is op de vorderingen van de in Duitsland woonachtige schuldeisers.

4. De beoordeling in het incident

4.1. De rechtbank is van oordeel dat zij bevoegd is om van de vorderingen van de curator en de Stichting kennis te nemen en dat bij de inhoudelijke beoordeling van die vorderingen Nederlands recht van toepassing is. Dit wordt hieronder toegelicht.

De rechtbank is bevoegd

4.2. Op grond van artikel 7 lid 2 Brussel I-bis kan een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad worden opgeroepen voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen.

4.3. Volgens BMA AG is de vordering van de curator geen Peeters/Gatzen-vordering en is hij daarom niet bevoegd om zijn vordering in te stellen. Het antwoord op de vraag of de curator bevoegd is om een Peeters/Gatzen-vordering in te stellen is echter niet van belang voor het antwoord op de vraag of de rechtbank bevoegd is om van dit geschil kennis te nemen (rechtsmacht heeft). Bij de vraag of de curator bevoegd is om een Peeters/Gatzen-vordering in te stellen komt het er, in andere woorden, op neer of de curator – beoordeeld naar Nederlands recht – ontvankelijk is in zijn vordering. Die vraag komt pas in een later stadium aan de orde, namelijk nadat de rechtbank heeft vastgesteld dat zij bevoegd is om van dit geschil kennis te nemen en welk recht op de vorde-

ring van toepassing is. Voor het beoordelen van de bevoegdheid van de rechtbank op grond van Brussel I-bis is alleen van belang op welke grondslag de curator zijn vordering baseert. Vast staat dat dit een onrechtmatige daad is, zodat de regel van artikel 7 lid 2 Brussel I-bis hier van toepassing is. En gelet op het antwoord van het Hof op vraag 1 (zie 2.1) is de rechtbank op grond van artikel 7 lid 2 Brussel I-bis bevoegd om van die vordering kennis te nemen, omdat de vennootschap die door de gestelde zorgplichtschending geen verhaal biedt (BMA NL), gevestigd is in Nederland.

4.4. Wat betreft de vordering van de Stichting is de rechtbank op grond van artikel 7 lid 2 Brussel I-bis zelfstandig bevoegd om daarvan kennis te nemen. De rechtbank leidt dit af uit het antwoord op vraag 1 (zie 2.1) en de daarbij door het Hof gegeven motivering. Die motivering luidt als volgt:

“31. Met betrekking tot vorderingen die erop gericht waren een bestuurslid of een aandeelhouder van een in vereffening gestelde vennootschap aansprakelijk te stellen voor schulden van die vennootschap, heeft het Hof voor recht verklaard dat ‘de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen’, zoals bepaald in artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001, de plaats is waarmee de door die vennootschap verrichte werkzaamheden en de financiële situatie met betrekking tot die werkzaamheden verband houden en dat die plaats in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 18 juli 2013, ÖFAB (C-147/12, EU:C:2013:490), de plaats van de zetel van die vennootschap was (arrest van 18 juli 2013, ÖFAB, C-147/12, EU:C:2013:490, punten 54 en 55).

32. In casu dient naar analogie te worden geoordeeld dat de plaats van de zetel ook de plaats is waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen in de zin van artikel 7, punt 2 van verordening nr. 1215/2012, wanneer moet worden vastgesteld welke rechter bevoegd is om kennis te nemen van de schadevordering die door de curator in het faillissement van een vennootschap die geen verhaal biedt voor de vorderingen van haar schuldeisers als gevolg van de schending van de zorgplicht door de grootmoedermaatschappij van deze vennootschap jegens deze schuldeisers, is ingesteld tegen die grootmoedermaatschappij.

33. Er mag namelijk van worden uitgegaan dat op de plaats van vestiging van de failliete vennoot-

schap informatie beschikbaar is over de ontwikkeling van de financiële toestand van deze vennootschap, aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of de zorgplicht – zoals in casu wordt gesteld – is geschonden, en zo ja, in welke mate.

34. Om deze redenen bestaat er, uit het oogpunt van een goede rechtsbedeling en een nuttige procesinrichting, een bijzonder nauwe band tussen de ingestelde vordering en de plaats van vestiging, zoals is vereist door de in punt 29 van dit arrest aangehaalde rechtspraak. Bovendien is die plaats, zoals wordt benadrukt in overweging 15 van verordening nr. 1215/2012, voor zowel de verzoeker als de verwerende vennootschap in hoge mate voorspelbaar.”

4.5. De door de Stichting gestelde zorgplichtschending ten opzichte van de door de Stichting vertegenwoordigde schuldeisers van BMA AG is gelijk aan de door de curator gestelde zorgplichtschending. Ook voor de Stichting geldt dat op de plaats van vestiging van de failliete vennootschap (BMA NL) informatie beschikbaar is over de ontwikkeling van de financiële toestand van deze vennootschap, aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of de gestelde zorgplicht is geschonden, en zo ja, in welke mate. Daarom is er een bijzonder nauwe band tussen de door de Stichting ingestelde vordering en de plaats van vestiging van BMA NL. Deze plaats is voor partijen in hoge mate voorspelbaar. De plaats van vestiging van BMA NL is dan ook de plaats is waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan als bedoeld in artikel 7 lid 2 Brussel I-bis. De schade die indirect wordt geleden door elk van de schuldeisers van de failliete vennootschap, is irrelevant voor de toepassing van artikel 7 lid 2 Brussel I-bis.

4.6. De rechtbank heeft dus een zelfstandige bevoegdheid ten aanzien van de vordering van de Stichting. Die zelfstandige bevoegdheid brengt mee dat geen sprake kan zijn van misbruik van recht door de Stichting, door nu mee te liften op de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter ten aanzien van de vordering van de curator, wanneer bij de beoordeling in de hoofdzaak blijkt dat die vordering niet kwalificeert als een Peeters/Gatzen-vordering.

4.7. In artikel 8 lid 2 Brussel I-bis is bepaald dat een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een EU-lidstaat, bij een vordering tot tussenkomst kan worden opgeroepen voor het gerecht waarvoor de oorspronkelijke vordering aanhangig is gemaakt, tenzij de vorderingen

slechts zijn ingesteld om hem te onttrekken aan de bevoegdheid van de rechter die bevoegd zou zijn in zijn zaak. Nu de rechtbank bevoegd is om kennis te nemen van de vordering van de curator op BMA AG (de oorspronkelijke vordering), en de in artikel 8 lid 2 Brussel I-bis genoemde uitzondering (misbruik) zich niet voordoet, is de rechtbank ook bevoegd om kennis te nemen van de vordering van de Stichting op grond van artikel 8 lid 2 Brussel I-bis (de zogenoemde accessoire aanknopng).

Nederlands recht is toepasselijk

4.8. De rechtbank is van oordeel dat a) de vorderingen van de curator en de Stichting binnen de materiële werkingssfeer van Rome II vallen, en b) toetsing aan de vereisten uit artikel 4 Rome II tot de conclusie leidt dat Nederlands recht van toepassing is. Dit wordt hieronder toegelicht.

De vorderingen vallen binnen de materiële werkingssfeer van Rome II

4.9. Op grond van artikel 1 lid 2 onder d Rome II zijn van het toepassingsgebied van deze verordening uitgesloten (kort gezegd) niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit het recht inzake vennootschappen, verenigingen en rechtspersonen.

4.10. Met betrekking tot de beoordeling hiervan staat in het arrest van het Hof:

“52. Het Hof heeft geoordeeld dat de overeenkomstige uitsluiting van kwesties behorende tot het recht inzake vennootschappen, verenigingen en rechtspersonen uit de werkingssfeer van verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) (PB 2008, L 176, blz. 6) – waarin is voorzien bij artikel 1, lid, onder f), van die verordening – uitsluitend ziet op de organische aspecten van deze vennootschappen, verenigingen en rechtspersonen (arrest van 3 oktober 2019, Verein für Konsumenteninformation, C-272/18, EU:C:2019:827, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

53. Zoals de advocaat-generaal in punt 54 van zijn conclusie heeft opgemerkt, zijn de persoonlijke aansprakelijkheid van vennoten en bestuurders als zodanig voor de schulden van de vennootschap, vereniging of rechtspersoon [...] – zoals bedoeld in artikel 1, lid 2 onder d), van de Rome II-verordening – geen organische aspecten van

deze vennootschappen, verenigingen en rechtspersonen, zodat de reikwijdte van deze uitsluiting door middel van een functioneel criterium moeten worden verduidelijkt.

54. Aangezien die uitsluiting is ingegeven door de wens van de wetgever om de aspecten waarvoor een specifieke oplossing bestaat, die voortvloeit uit het verband tussen die aspecten en de werking van de vennootschap, vereniging of rechtspersoon, te laten vallen onder één wetgevingscorpus, de *lex societatis*, moet per geval worden nagegaan of er een niet-contractuele verbintenis van de vennoten, bestuurders of accountants, in de zin van artikel 1, lid 2, onder d), van de Rome II-verordening, bestaat om redenen die eigen zijn aan het vennootschapsrecht, of om redenen die daar los van staan.

55. Wat meer bepaald de schending van de zorgplicht in het hoofdgeding betreft, moet een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de uit de betrekking tussen bestuurder en vennootschap voortvloeiende specifieke zorgplicht, die niet binnen de materiële werkingssfeer van de Rome II-verordening valt, en anderzijds de algemene zorgplicht *erga omnes*, die daar wel binnenvalt. Het is aan de verwijzende rechter om dit te beoordelen.”

4.11. De rechtbank gaat ervan uit dat de in randnummer 55 van arrest van het Hof genoemde specifieke zorgplicht tussen bestuurder en vennootschap ook omvat een specifieke zorgplicht tussen een (indirecte) aandeelhouder, zoals BMA AG, en de vennootschap waarin zij (indirect) alle aandelen houdt. Bij de beschrijving van het hoofdgeding en de prejudiciële vragen heeft het Hof op basis van de door de rechtbank verstrekte informatie namelijk (terecht) als feit vermeld dat BMA AG via een tussenhouder, BMA Groep, de grootmoedermaatschappij is van BMA NL en dat BMA Groep 100% van de aandelen in BMA NL houdt en enig bestuurder is van deze vennootschap (zie randnummer 11 van het arrest van het Hof).

4.12. Veronderstellenderwijs aannemend dat de door de curator en de Stichting gestelde zorgplicht heeft bestaan, is dat geen specifieke, vennootschapsrechtelijke zorgplicht die voortvloeit uit de betrekking tussen BMA AG als aandeelhouder van BMA NL en BMA NL, maar een algemene zorgplicht die is ontstaan doordat BMA AG langdurig aanzienlijke leningen aan BMA NL heeft verstrekt, waardoor BMA NL kon blijven

voortbestaan. Volgens de curator en de Stichting creëerde BMA AG daardoor in de markt waarin BMA NL actief was, een situatie waarin derden BMA NL als een betrouwbare handelspartner konden blijven beschouwen. BMA NL kon immers zonder problemen aan haar verplichtingen voldoen door de steun van BMA AG. Als komt vast te staan dat BMA AG de door de curator en de Stichting gestelde zorgplicht heeft geschonden, rust op haar een verbintenis tot schadevergoeding vanwege schending van die algemene zorgplicht. BMA AG is in dat geval dus aansprakelijk op grond van een algemene onrechtmatige daad en niet om redenen die eigen zijn aan het vennootschapsrecht. Die algemene zorgplicht ten opzichte van de schuldeisers van BMA NL en daarmee verband houdende (gestelde) algemene onrechtmatige daad vallen binnen de materiële werkingssfeer van Rome II.

4.13. De door de curator en de Stichting aangevoerde argumenten brengen de rechtbank niet tot een ander oordeel. In deze zaak is de aansprakelijkheid van BMA AG niet gegrond op concernvorming of het niet naleven van regels omtrent kapitaalbescherming als onderdeel van de regels over de inrichting van vennootschappen en concerns. Het gaat hier om het schenden van een zelfstandig op haar rustende zorgplicht.

Toetsing aan artikel 4 Rome II

4.14. Artikel 4 Rome II 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 land dan het in de leden 1 en 2 bedoelde land, is het recht van het 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 onrechtmatige daad samenhangende betrekking tussen de partijen, zoals een overeenkomst.”

Artikel 4 lid 1 Rome II: Nederlands recht, tenzij lid 2 of lid 3 tot een andere conclusie leidt

4.15. In randnummer 61 van het arrest van het Hof staat het volgende:

“Bijgevolg is het land waar de schade zich voordoet in de zin van artikel 4, lid 1, van de Rome II-verordening, het land waar de vennootschap is gevestigd die geen verhaal biedt voor de schade die haar schuldeisers lijden als gevolg van de schending van de zorgplicht door de grootmoedermaatschappij van deze vennootschap.”

4.16. Hieruit volgt dat op grond van het eerste lid van artikel 4 Rome II toepasselijkheid van Nederlands recht kan worden aangenomen, omdat de vennootschap die geen verhaal biedt door de gestelde zorgplichtschending (BMA NL) in Nederland gevestigd is. Dat is anders wanneer op grond van lid 2 of lid 3 van die bepaling het recht van een ander land moet worden toegepast. Lid 2 heeft namelijk voorrang boven lid 1, en lid 3 heeft voorrang boven lid 1 en lid 2. De rechtbank zal hieronder eerst stilstaan bij de vraag of de regel van het tweede lid van artikel 4 Rome II ertoe leidt dat Duits recht moet worden toegepast. Die vraag wordt ontkennend beantwoord. Daarna staat de rechtbank stil bij de vraag of op grond van de regel van het derde lid van artikel 4 Rome II Duits recht moet worden toegepast. Ook die vraag wordt ontkennend beantwoord.

Artikel 4 lid 2 Rome II leidt niet tot Duits recht

4.17. In het arrest van het Hof staat het volgende: “56. Wat betreft de vraag – indien de verwijzende rechter daarbij zou vaststellen dat de Rome II-verordening van toepassing is – of artikel 4 lid 1 van deze vordering aldus moet worden uitgelegd dat ‘de plaats waar de schade zich voordoet’ de plaats van vestiging is van de vennootschap die geen verhaal biedt voor de schade die haar schuldeisers hebben geleden wegens schending van de zorgplicht door de grootmoedermaatschappij van deze vennootschap, blijkt uit punt 35 van dit arrest dat de schade in het hoofdgeding in de eerste plaats het vermogen van de failliete vennootschap treft, en dus voor de schuldeisers van die vennootschap slechts indirecte schade oplevert.

57. Artikel 4, lid 1, van die verordening bepaalt dat het land waar de schade zich voordoet en het land waar de mogelijke indirecte gevolgen ervan zich voordoen, beide irrelevant zijn.

[Opmerking rechtbank: hier is sprake van een vertalingsfout. Gelet op de tekst van het eerste lid

van artikel 4 Rome II, waarnaar het Hof verwijst (zie 4.14) moet hier staan dat artikel 4 lid 1 van die verordening bepaalt *dat het land waar de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan* en het land waar de mogelijke indirecte gevolgen ervan zich voordoen, beide irrelevant zijn. In de Franse versie van het arrest staat hier dan ook: ‘Or, l’article 4, paragraphe 1, dudit règlement précise que le pays où le fait générateur du dommage se produit et celui où pourraient survenir ses potentielles conséquences indirectes sont tous deux sans incidence.’]

58. In dit verband heeft het Hof reeds opgemerkt dat wanneer het intreden van directe schade kan worden vastgesteld, de plaats waar deze directe schade zich heeft voorgedaan, het relevante aanknopingspunt is voor het bepalen van het recht dat van toepassing is, ongeacht de indirecte gevolgen van de onrechtmatige daad (zie in die zin arrest van 10 december 2015, Lazar, C-350/14, EU:C:2015:802, punt 25).

59. Verder blijkt uit de rechtspraak van het Hof inzake de bevoegdheid op het gebied van verbintenissen uit onrechtmatige daad dat de plaats waar de schade zich heeft voorgedaan de plaats is waar de aanvankelijke schade is ingetreden voor de direct benadeelden (zie in die zin arrest van 11 januari 1990, Dumez France en Tracoba, C-220/88, EU:C:1990:8, punt 22).

60. Overeenkomstig de in overweging 7 van de Rome II-verordening gestelde eisen van samenhang moet bij de uitlegging van deze verordening ook met deze rechtspraak rekening worden gehouden (zie in die zin arrest van 21 januari 2016, ERGO Insurance en Gjensidige Baltic, C-359/14, en C-475/14, EU:C:2016:40, punt 43).”

4.18. BMA AG betoogt het volgende. De vorderingen van de curator en de Stichting betreffen geen zelfstandige vorderingsrechten maar slechts procesbevoegdheden (rechtsvorderingen) waarmee de Stichting en de curator de achterliggende (beweerdelijke) vorderingsrechten van de schuldeisers geldend proberen te maken. Die vorderingen behoren voor bijna driekwart toe aan Duitse schuldeisers en daarom is op grond van artikel 4 lid 2 Rome II op die vorderingen in ieder geval Duits recht van toepassing.

4.19. Dit betoog van BMA AG slaagt niet. De schade waarop BMA AG doelt is indirecte schade. Uit het voorgaande blijkt dat bij de beoordeling van de plaats waar de schade zich voordoet in het kader van het *eerste* lid van artikel 4 Rome II, al-

leen de plaats waar de *directe* schade is ingetreden van belang is en dat de *indirecte* schade niet relevant is. Gelet daarop gaat de rechtbank ervan uit dat “degene die schade lijdt” in de zin van het *tweede* lid van artikel 4 Rome II ook degene is bij wie de *directe* schade intreedt, en dat voor de toepassing van de regel uit dat lid ook niet relevant is wie *indirect* schade lijdt. Steun voor deze uitleg vindt de rechtbank in randnummer 81 van de conclusie van advocaat-generaal M. Campos Sánchez-Bordona (hierna: de advocaat-generaal) bij het arrest van het Hof:

“Hoe dan ook herinner ik eraan dat de plaats van vestiging – in feite de gewone verblijfplaats – die de partijen (de veroorzaker van de schade en de *direct* benadeelde [*cursief toegevoegd rechtbank*]) met elkaar gemeen hebben, wél van belang is voor de toepassing van artikel 4, lid 2, dat voorrang heeft boven de regel van lid 1.”

4.20. Kortom, in het kader van de beoordeling van artikel 4 lid 2 Rome II is degene die schade lijdt BMA NL. En omdat BMA NL niet in Duitsland maar in Nederland is gevestigd, is er geen sprake van dat degene wiens aansprakelijkheid in geding is (BMA AG) en degene die schade lijdt (BMA NL) beiden hun gewone verblijfplaats in hetzelfde land hebben op het tijdstip waarop de schade zich voordoet. Daarom is het in dit geval niet zo dat op grond van artikel 4 lid 2 Rome II Duits recht van toepassing is op de individuele vorderingen van de in Duitsland woonachtige schuldeisers, zoals BMA AG stelt. Die schuldeisers hebben immers enkel *indirecte* schade geleden.

Artikel 4 lid 3 Rome II leidt ook niet tot Duits recht

4.21. De beoordeling op grond van artikel 4 lid 3 Rome II brengt niet mee dat Duits recht moet worden toegepast. De rechtbank licht dit als volgt toe.

4.22. Omdat het Hof in zijn arrest verwijst naar de conclusie van de advocaat-generaal bij dit arrest, geeft de rechtbank hieronder eerst de relevante onderdelen uit die conclusie weer:

“87. Om de ontsnappingsclausule [*rechtbank: van het derde lid van artikel 4 Rome II*] te kunnen invoeren en het recht van het land waar de *directe* schade zich voordoet buitenspel te zetten, moet er een kennelijk nauwere band zijn tussen de onrechtmatige daad en een ander land, in het licht van het geheel der omstandigheden van het geval.
88. [...]

89. Een reeds eerder bestaande betrekking tussen partijen (zoals een overeenkomst) is slechts één van die omstandigheden of voorwaarden. Gezien de uitdrukkelijke vermelding ervan in de verordening zou men ervan kunnen uitgaan dat dit een element van bijzondere betekenis is, maar feitelijk gaat het gewoon om een voorbeeld. Het gewicht ervan is niet absoluut en het bestaan ervan volstaat op zichzelf niet om de toepassing uit te sluiten van het recht van de plaats waar de schade zich heeft voorgedaan (of, in voorkomend geval, dat van de gewone verblijfplaats die de veroorzaker van de schade en de benadeelde gemeen hebben).

90. Volgens artikel 4, lid 3, moet er ook een *wezenlijke* band tussen de desbetreffende eerdere betrekking en de onrechtmatige daad bestaan. Op grond van een dergelijke band is het gerechtvaardigd dat het op de onrechtmatige daad toepasselijke recht niet simpelweg een ander recht is dan het recht dat zou voortvloeien uit artikel 4, leden 1 en 2, maar het recht dat van toepassing is op de reeds eerder bestaande overeenkomst.

91. Dit vergemakkelijkt de behandeling van een vordering (en de daarop volgende procedure) die berust op schending van zowel *contractuele* als *niet-contractuele* verbintenissen, wanneer de aansprakelijkheid op beide gronden kan worden gecumuleerd. Ook wordt op deze manier vermeden dat bepaalde aspecten in de ene of de andere categorie moet worden ingedeeld.

92. Deze voordelen rechtvaardigen echter niet dat het verbintenissenrecht automatisch wordt toegepast op de *niet-contractuele* aansprakelijkheid. In het kader van artikel 4, lid 3, van de Rome II-verordening beschikt de rechter, zoals ik reeds heb uiteengezet, over ruimte om te beoordelen of er een betekenisvolle band bestaat tussen de *niet-contractuele* verbintenis en het land waarvan het recht de reeds eerder bestaande betrekking beheerst.”

4.23. In het arrest van het Hof staat over artikel 4 lid 3 Rome II het volgende:

“63. Wat betreft de bewering dat er tussen de failliete vennootschap en haar grootmoeder een financieringsovereenkomst bestond waarin een forumkeuze was opgenomen, moet erop worden gewezen dat volgens artikel 4, lid 3, van de Rome II-verordening een kennelijk nauwere band met een ander land met name kan berusten op een reeds eerder bestaande, nauw met de onrechtma-

tige daad samenhangende betrekking tussen partijen, zoals een overeenkomst.

64. Zoals de advocaat-generaal in de punten 89 en 92 van zijn conclusie heeft opgemerkt, volstaat het bestaan van een dergelijke betrekking op zich evenwel niet om de toepassing van het krachtens artikel 4, leden 1 of 2, toepasselijke recht uit te sluiten en staat dit niet toe dat op de niet-contractuele aansprakelijkheid automatisch het op overeenkomsten toepasselijke recht wordt toegepast.

65. In het kader van artikel 4, lid 3, van de Rome II-verordening beschikt de rechter namelijk over ruimte om te beoordelen of er een betekenisvolle band bestaat tussen de niet-contractuele verbintenis en het land waarvan het recht de reeds eerder bestaande betrekking beheerst. Alleen wanneer de rechter van oordeel is dat die band werkelijk bestaat, moet hij het recht van dat land toepassen.”

4.24. BMA AG betoogt dat de door de curator en de Stichting gestelde onrechtmatige daad van BMA AG een kennelijk nauwere band met Duitsland heeft. De redenen die BMA AG daarvoor geeft zijn de volgende:

a. In de overeenkomsten van geldlening waarmee BMA AG haar kleindochter BMA NL in leven heeft gehouden, staat een forumkeuze voor de Duitse rechter en een rechtskeuze voor Duits recht. Dat was voorzienbaar voor de schuldeisers van BMA NL.

b. Aan schuldeisers die daar om vroegen, heeft BMA AG garanties verschaft, die ook door Duits recht worden beheerst.

4.25. De curator betoogt dat geen betekenis kan worden toegekend aan de rechtskeuze in de financieringsovereenkomsten omdat artikel 4 lid 3 Rome II voor een kennelijk nauwere band op basis van een overeenkomst eist dat sprake is van een overeenkomst *tussen de partijen*, terwijl de curator en de gezamenlijke schuldeisers geen partij zijn bij de financieringsovereenkomst. Dit argument slaagt niet. Uit het arrest van het Hof blijkt namelijk dat het Hof niet uitsluit dat de financieringsovereenkomsten tussen BMA AG en BMA NL kunnen leiden tot de conclusie dat er een kennelijk nauwere band bestaat met Duitsland. Dat is ook logisch, omdat bij de beoordeling van de andere leden van artikel 4 Rome II aansluiting moet worden gezocht bij de vestigingsplaats van BMA NL als degene die de directe schade heeft geleden.

4.26. De curator merkt wel terecht op dat het Hof in deze zaak heeft geoordeeld dat er een bijzonder nauwe band bestaat tussen de vorderingen van de curator en de Stichting en de plaats van vestiging van BMA Nederland BV. Zie randnummers 33 en 34 uit het arrest van het Hof, die hierboven zijn weergegeven in 4.4.

4.27. Dit heeft het Hof weliswaar overwogen bij de rechtsmacht, maar uit randnummer 60 van het arrest (weergegeven in 4.17) blijkt dat bij de uitleg van Rome II ook rekening kan worden gehouden met de rechtspraak inzake de bevoegdheid op het gebied van verbintenissen uit onrechtmatige daad.

4.28. Kortom, naar het oordeel van het Hof heeft de door de curator en de Stichting gestelde zorgplichtschending van BMA AG een *bijzonder nauwe* band met Nederland omdat BMA NL in Nederland gevestigd is. Daar is immers de informatie beschikbaar over de ontwikkeling van de financiële toestand van BMA NL, aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of de gestelde zorgplicht is geschonden. Voor de conclusie dat de gestelde onrechtmatige daad een *kennelijk nauwere* band met Duitsland heeft, moeten de overige omstandigheden dus heel zwaarwegend zijn. De rechts- en forumkeuze in de financieringsovereenkomsten tussen BMA AG en BMA NL en in de door BMA AG verstrekte garanties leggen onvoldoende gewicht in de schaal om de hiervoor beschreven nauwe band te doorbreken. Het verwijt dat BMA AG in deze procedure wordt gemaakt, staat in een te verwijderd verband tot die overeenkomsten en garanties. Deze conclusie is niet anders wanneer daarbij wordt betrokken de omstandigheid dat BMA AG vanuit haar vestigingsplaats in Duitsland de gestelde zorgplicht heeft laten ontstaan door BMA NL langdurig en substantieel te financieren en die zorgplicht (veronderstellenderwijs) heeft geschonden. De ontvanger van de financieringen (BMA NL) was immers in Nederland gevestigd. Daarnaast weegt ook in het nadeel van BMA AG dat een groot aantal van de schuldeisers van BMA NL buiten Duitsland gevestigd is (zie 3.7 van het tussenvonniss van 2 september 2020). Weliswaar zijn dit schuldeisers die door de veronderstelde zorgplichtschending indirect schade hebben geleden, maar dat is geen omstandigheid die in het kader van de beoordeling van het derde lid van artikel 4 Rome II buiten beschouwing moet blijven. In het kader van artikel 4 lid 3 Rome II heeft de rechter namelijk de ruimte

om op basis van alle feiten en omstandigheden te beoordelen of er kennelijke nauwere band bestaat tussen een onrechtmatige daad en een ander land.

Conclusie

4.29. De rechtbank is bevoegd om kennis te nemen van de vorderingen van de curator en de Stichting. Daarom moet de procedure worden voortgezet, zodat de rechtbank de vorderingen inhoudelijk kan beoordelen. Daarbij zal Nederlands recht worden toegepast.

Proceskosten

4.30. BMA AG zal in dit incident als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld tot vergoeding van de kosten van de curator en de Stichting. Die kosten worden aan de hand van tarief II van het liquidatietarief voor ieder van hen begroot op € 2.252,-. Gelet op de complexiteit van de onderwerpen en de omvang van de aktes is aan die aktes 4 punten toegekend, met € 563,- per punt voor zaken van onbepaalde waarde. Nadat BMA AG in haar akte van 21 augustus 2019 de rechtbank had verzocht om zich alsnog onbevoegd te verklaren, hebben de curator en de Stichting ieder drie aktes ingediend in reactie op standpunten van BMA AG over dit onderwerp (en in twee aktes ook over het standpunt van BMA AG dat Duits recht toepasselijk is). Daarnaast hebben partijen opmerkingen ingediend bij het Hof in de prejudiciële procedure, die in de kostenbegroting zijn meegenomen als inhoudelijke aktes (zie randnummer 67 van het arrest van het Hof).

De volgende stap: voortgang van de hoofdzaak

4.31. Voordat de mondelinge behandeling kan plaatsvinden moeten er nog processtukken worden ingediend. De curator en BMA AG krijgen nog de gelegenheid om ieder een conclusie van antwoord in te dienen in reactie op de conclusie van eis van de Stichting. Daarnaast krijgt BMA AG de gelegenheid om een conclusie van dupliek in te dienen in reactie op de conclusie van repliek van de curator. Daarom zal de rechtbank de zaak naar de rol verwijzen.

4.32. Alle andere beslissingen zullen worden uitgesteld.

5. De beslissing

De rechtbank
in het incident

5.1. stelt vast dat zij bevoegd is om van het geschil kennis te nemen en dat bij de inhoudelijke beoordeling van de zaak Nederlands recht van toepassing is,

5.2. veroordeelt BMA AG tot vergoeding van de kosten van de curator (...; *red.*),

5.3. veroordeelt BMA AG tot vergoeding van de kosten van de Stichting (...; *red.*),

in de hoofdzaak

5.4. bepaalt dat de zaak weer op de rol zal komen van 7 september 2022 voor het indienen van een conclusie van antwoord door de curator en BMA AG in reactie op de conclusie van eis van de Stichting, en voor het indienen van een conclusie van dupliek door BMA AG in reactie op de conclusie van repliek van de curator,

5.5. houdt iedere verdere beslissing aan.

NOOT

1. Dit tussenvonnissen gaat over internationale bevoegdheid en het toepasselijk recht bij rechtsvorderingen van de curator van BMA Nederland BV (BMA NL) en de Stichting Belangenbehartiging Crediteuren BMA Nederland (Crediteurenstichting) tegen BMA Braunschweigische Maschinenbau AG (BMA AG). BMA AG is de Duitse grootmoedervennootschap van BMA NL. De curator stelt een Peeters/Gatzen-vordering tegen BMA AG in wegens zorgplichtschending jegens de gezamenlijke schuldeisers van BMA NL. De Crediteurenstichting vordert in een collectieve actie (art. 3:305a BW) schadevergoeding van BMA AG wegens zorgplichtschending jegens bij haar aangesloten individuele schuldeisers. Beide rechtsvorderingen betreffen een bijzondere processuele bevoegdheid om niet in naam, maar wel ten behoeve van anderen rechtsvorderingen in te stellen.

2. Deze procedure kent al diverse uitspraken. Er zijn prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie gesteld. Zie Rb. Midden-Nederland 2 september 2020, «JOR» 2021/21, m.nt. Arons. Deze zijn beantwoord in HvJ EU 10 maart 2022, «JOR» 2022/190, m.nt. Beunk. Op basis van deze antwoorden stelt de rechtbank haar bevoegdheid ten aanzien van beide procespartijen vast en oordeelt zij dat de vorderingen waarvoor de curator en de Crediteurenstichting opkomen, door Nederlands recht worden beheerst.

3. Het Hof oordeelde dat de rechter van de vestigingsplaats van een failliete vennootschap die geen verhaal biedt voor de vorderingen van haar schuldeisers omdat haar grootmoedermaatschappij beweerdelijk haar zorgplicht jegens de schuldeisers van de failliet niet is nagekomen, internationaal bevoegd is voor een op onrechtmatige daad gebaseerde collectieve schadevordering van de curator in het kader van zijn wettelijke boedelafwikkelingstaak ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en die van de Crediteurenstichting ten behoeve van een deel van die schuldeisers. Het bevoegdheidscheppende schadebrengende feit in de zin van art. 7 sub 2 Brussel I-bis ligt bij de vestigingsplaats van de failliet. Voor een geval waarbij de curator een derde aanspreekt wegens schending van haar zorgplicht jegens de gezamenlijke schuldeisers waarbij het schadebrengende feit niet ter vestigingsplaats van de failliet moet worden gesitueerd, omdat het door de derde verdwenen verhaalsobject zich in België bevond (HR 3 juli 2020, «JOR» 2020/222, m.nt. Van Maanen (*Rosbeek q.q./Fortis*)), verwijs ik naar de annotatie van Zilinsky & Knigge hierbij in JBPR 2022/33, par. 7.

4. Voor beide rechtsvorderingen is op de vestigingsplaats informatie beschikbaar over de ontwikkeling van de financiële toestand van de failliet waarop een oordeel over de (mate van) zorgplichtschending gebaseerd wordt. Aan de vereiste bijzonder nauwe band is voldaan en deze plaats is voor alle partijen voorspelbaar. De indirecte schade die elke individuele schuldeiser van de failliet lijdt, is irrelevant voor de toepassing van art. 7 sub 2 Brussel 1-bis. Zie r.o. 4.5. Op de indirecte schade kom ik terug.

5. Bij de vaststelling van het toepasselijke recht oordeelt de rechtbank eerst over het toepassingsbereik van Rome II. Niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit het vennootschapsrecht, waaronder de persoonlijke aansprakelijkheid van vennoten en leden van de organen voor de schulden van de vennootschap zijn uitgesloten (art. 1 lid 2 onder d Rome II). Aansprakelijkheid wegens zorgplichtschending betreft geen organische aspecten van de vennootschap zodat een functioneel criterium wordt toegepast. Volgens het Hof moet worden beoordeeld of de gestelde verbintenissen van de grootmoeder bestaan om redenen die eigen zijn aan het vennootschapsrecht. Bij verbintenissen van bestuurders onderscheidt het Hof specifieke

uit de verhouding tot de vennootschap voortvloeiende zorgplichten en meer algemene erga omnes zorgplichten.

6. In deze procedure is sprake van algemene zorgplichten. Door de langdurige verstrekking van aanzienlijke leningen creëerde de grootmoeder de situatie dat derden de kleindochter als een betrouwbare handelspartner beschouwden, aldus de curator en de Crediteurenstichting. Dit betreft geen specifiek uit het vennootschapsrecht voortvloeiende aansprakelijkheid. De rechtbank moet op grond van art. 4 Rome II het toepasselijke recht vaststellen. Zie r.o. 4.12-4.13. Ook schadevergoedingsvorderingen tegen effecten uitgevende instellingen door beleggers vanwege misleidende mededelingen staan los van het vennootschapsrecht. Zie Rb. Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2022:4344 (*AIRL/Airbus SE*), r.o. 5.3.

7. De hoofdregel is dat het recht van het land waar de schade zich voordoet van toepassing is op de onrechtmatige daad; de schadeveroorzakende gebeurtenis noch de indirecte gevolgen zijn aanknopingsfactor (art. 4 lid 1 Rome II). Indien aansprakelijkgestelde partij en schadelijder beide hun gewone verblijfplaats in hetzelfde land hebben op het tijdstip waarop de schade zich voordoet, is het recht van dat land van toepassing (art. 4 lid 2 Rome II). Deze verwijzingsregel heeft voorrang. Indien uit alle omstandigheden (bijv. een reeds eerder bestaande, nauw met de onrechtmatige daad samenhangende betrekking tussen partijen, zoals een overeenkomst) blijkt dat de onrechtmatige daad een kennelijk nauwere band heeft met een ander dan het op grond van voornoemde twee verwijzingsregels aangegeven land, is het recht van dat andere land van toepassing. Bij schadevergoedingsvorderingen vanwege misleidende mededelingen wordt aangeknoopt bij de statutaire zetel van de aangesproken uitgevende instelling. Zie Rb. Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2022:4344, r.o. 5.12-5.14.

8. Volgens het Hof geldt in het onderhavige geval het recht van het vestigingsland van de failliet, ook al is de financieringsovereenkomst met forumkeuzebeding tussen failliet en haar grootmoeder een omstandigheid waardoor kennelijk van nauwere banden met een ander land sprake kan zijn. De vorderingen waarvoor curator en Crediteurenstichting opkomen, worden beheerst door Nederlands recht. Zie r.o. 4.16.

9. Ten aanzien van in Duitsland woonachtige schuldeisers van BMA NL stelt BMA AG dat Duits recht geldt. De rechtbank overweegt dat “degene die schade lijdt” in de zin van art. 4 lid 2 Rome II degene is bij wie de directe schade intreedt, en dat voor de toepassing van de regel uit dat lid ook niet relevant is wie indirect schade lijdt. Steun voor deze uitleg vindt de rechtbank in de conclusie van A-G Campos Sánchez-Bordona in deze zaak. Zie r.o. 4.19. Ik verwijs naar de jurisprudentie van het Hof dat wanneer het intreden van directe schade wordt vastgesteld, deze plaats het relevante aanknopingspunt is voor het toepasselijk recht, ongeacht de indirecte gevolgen van de onrechtmatige daad. Zie HvJ EU 10 december 2015, ECLI:EU:C:2015:802 (*Lazar/Allianz*), r.o. 25. In dit geval lijdt BMA BL directe schade. Zie r.o. 4.20 en ook 4.5.

10. Omdat BMA NL de directe schadelijder is, wordt ook de voornoemde forumkeuze meegewogen bij de beoordeling of er sprake is van een kennelijk nauwere band. Zie r.o. 4.25. De rechtbank benadrukt het belang van de beschikbare financiële informatie bij de failliet om te oordelen over de zorgplicht. Als vestigingsland van BMA NL schept dit een bijzonder nauwe band met Nederland. Behoudens zwaarwegende omstandigheden blijft deze bijzonder nauwe band doorslaggevend. De financieringsovereenkomsten staan in te ver verwijderd verband tot de gemaakt verwijten om doorslaggevend te zijn. De meeste schuldeisers woonden buiten Duitsland. Dat BMA AG vanuit haar vestigingsplaats in Duitsland de gestelde zorgplicht heeft laten ontstaan door BMA NL langdurig en substantieel te financieren, speelt geen rol, omdat de ontvanger van deze gelden in Nederland was gevestigd. Zie r.o. 4.28.

11. De vraag is of deze vaststelling door de rechtbank dat de schuldeisers van de failliet indirecte schade hebben geleden, in een later stadium van het geding nog gevolgen heeft voor de beoordeling van de rechtsovereenkomsten. De vraag of sprake is van afgeleide schade moet onafhankelijk worden beantwoord van de vraag wie vergoeding daarvan kan vorderen. Een vennootschapscrediteur kan indirect schade lijden via het vermogen van de vennootschap door bijvoorbeeld het (onrechtmatig) handelen van derden waardoor het voor vennootschapscrediteuren vatbare vermogen van de vennootschap vermindert. Zie o.m. M.J. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide*

actie (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2004, p. 14-15. De vraag is nog of het handelen van BMA AG bij de financieringsstop leidt tot een vermogensvermindering van de vennootschap. De door de curator geformuleerde zorgplichtschending biedt hier, denk ik, wel ruimte voor.

12. Het recht op schadevergoeding zal vermoedelijk in deze procedure niet stranden op afgeleide schade. Het gaat om zorgplichtschending jegens de gezamenlijke crediteuren van BMA NL, waardoor vorderingsrechten (tot schadevergoeding) voor deze crediteuren jegens de grootmoeder kunnen zijn ontstaan. Goed verdedigbaar is dat het gaat om een specifiek jegens de schuldeisers van BMA NL verschuldigde zorgvuldigheidsnorm. Ondanks de afgeleide schade is er recht op schadevergoeding. Zie HR 2 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1564 (*Poot/ABP*) en HR 12 oktober 2018, «JOR» 2019/30, m.nt. De Bie Leuveling Tjeenk (*X c.s./Gilze en Rijen*), r.o. 3.4.1. Bij deze schadevergoeding gaat het om het onverhaalbare gedeelte van de vorderingen van de (gezamenlijke) schuldeisers op BMA NL. Het risico op dubbele betaling van schadevergoeding en het innemen van een voorrangpositie zoals zich dat bij vergoeding van afgeleide schade van aandeelhouders wel voordoet, speelt bij afgeleide schade van crediteuren geen rol.

13. De afbakening van directe dan wel indirecte schade bij de vaststelling van internationale rechtsmacht en het toepasselijk recht is van belang om een veelheid aan bevoegde rechters te voorkomen en een billijk evenwicht te garanderen tussen de belangen van de aansprakelijk gestelde en die van de schadelijders. De rechtbank kan genoodzaakt worden de vordering van de curator bij de beoordeling voorrang te geven boven die van de Crediteurenstichting, omdat de schade van de individuele schuldeisers past vaststaat wanneer duidelijk is wat de curator aan de desbetreffende schuldeisers kan uitkeren. Voor berekening van dat laatste bedrag is een beoordeling van de Peeters/Gatzen-vordering van belang, omdat die ten goede komt aan de boedel en de eventueel toegewezen schadevergoeding aan de individuele schuldeisers die zijn aangesloten bij de Crediteurenstichting, niet.

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

272

Rechter-commissaris niet gebonden aan Recofa-richtlijnen bij bepaling vrij te laten bedrag

Hoge Raad
15 juli 2022, nr. 21/05110,
ECLI:NL:HR:2022:1093
(mr. Tanja-van den Broek, mr. Schaafsma,
mr. Salomons, mr. Makkink, mr. Teuben)
(Concl. A-G Snijders)
Noot mr. A. Slaski

Verzoek tot aanpassing van het vrij te laten bedrag. Art. 69 Fw niet van (overeenkomstige) toepassing. Ontvankelijkheid. Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling zijn geen recht in de zin van art. 79 RO en strekken niet ertoe dat het vrij te laten bedrag steeds plaatsvindt op de wijze zoals vermeld in de Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringen. Verwijzing naar o.a. HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6690 en HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:824.

[Fw art. 21 aanhef en onder 2, 67 lid 1, 69; RO art. 79; Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling art. 2.2 onder b; Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen art. 3.7]

Tot de verzoeken die op de voet van art. 69 Fw aan de rechter-commissaris kunnen worden gedaan, behoort niet een verzoek tot aanpassing van het vrij te laten bedrag dat op grond van art. 21, aanhef en onder 2, Fw door de rechter-commissaris is vastgesteld. Art. 69 Fw strekt er immers in beginsel slechts toe de in deze bepaling genoemde personen, onder wie de gefailleerde, invloed toe te kennen op het door de curator gevoerde beheer over de failliete boedel en om, indien zij menen dat bij dat beheer fouten worden gemaakt, deze te doen herstellen of voorkomen (HR 10 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG5016). Er is ook geen grond voor overeenkomstige toepassing van art. 69 Fw, nu reeds art. 21, aanhef en onder 2, Fw zelf erin voorziet dat een verzoek als hier aan de orde

tot de rechter-commissaris kan worden gericht. Het oordeel van de rechter-commissaris dat verzoekers niet-ontvankelijk zijn in het verzoek op de voet van art. 69 Fw, is dus juist. De beschikking behelst de niet-ontvankelijkverklaring van verzoekers in het op art. 69 Fw gebaseerde verzoek tot aanpassing van het vrij te laten bedrag. Dat is geen beschikking op de voet van art. 21, aanhef en onder 2, Fw, zodat daartegen op grond van art. 67 lid 1 Fw hoger beroep openstond. Verzoekers zijn daarom in hun cassatieberoep tegen de beschikking niet-ontvankelijk (art. 78 lid 6 RO). In de begeleidende brief heeft de rechter-commissaris een inhoudelijke beslissing gegeven op het verzoek van verzoekers tot aanpassing van het vrij te laten bedrag. De begeleidende brief is daarom aan te merken als een beschikking van de rechter-commissaris op de voet van art. 21, aanhef en onder 2, Fw, zodat daartegen op grond van art. 67 lid 1 Fw geen hoger beroep openstond. Verzoekers zijn dus ontvankelijk in het cassatieberoep tegen de beschikking die is vervat in de begeleidende brief. De Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling waarop het onderdeel een beroep doet, zijn goedgekeurd door het landelijk overleg van rechters-commissarissen in faillissementen en surseances van betaling (Recofa) en het Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel en Kanton & Toezicht (LOVCK&T). De Recofa-richtlijnen zijn aldus niet vastgesteld door een instantie die de bevoegdheid heeft rechters op grond van algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging te binden ten aanzien van het gebruik dat zij maken van de hun door de wetgever gelaten ruimte (HR 27 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1236 en HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:824). De Recofa-richtlijnen kunnen daarom ook niet worden aangemerkt als recht in de zin van art. 79 RO (HR 1 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0400 en HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6690). Bovendien strekt art. 2.2 onder b van de hiervoor bedoelde Recofa-richtlijnen niet ertoe dat in het faillissement van een natuurlijk persoon de berekening van het vrij te laten bedrag steeds (behoudens bijzondere omstandigheden) plaatsvindt op de wijze zoals vermeld in art. 3.7 van de Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen. Art. 2.2 onder b bepaalt immers slechts dat deze berekening "kan" worden gedaan op de wijze zoals vermeld in art. 3.7 van de Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen.