

ANNOTATIE

Het eigene van het vennootschapsrecht als afbakeningscriterium

T.M.C. Arons

Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 10-03-2022, ECLI:EU:C:2022:173 (OR-2024-0025, INS-2022-0088)

In het BMA-arrest heeft het HvJ EU bepaald dat de Peeters/Gatzen-vordering valt onder de Rome II-verordening. Bij de vestigingsplaats van de failliet is de schade geleden. De auteur doet op basis van het functionele afbakeningscriterium van het HvJ EU een voorzet onder welk regime (Rome II of lex societatis) diverse (bestuurders)aansprakelijkheden vallen.

1 Feitenkader en juridische vraagstelling

Het gaat in deze zaak om rechtsovereenkomsten van de curator van BMA Nederland BV (hierna: BMA NL) en de Stichting Belangenbehartiging Crediteuren BMA Nederland (hierna: Crediteurenstichting) tegen BMA Braunschweigische Maschinenbau AG (hierna: BMA AG). BMA AG is de Duitse grootmoedervenootschap van BMA NL. De curator spreekt op grond van een Peeters/Gatzen-vordering BMA AG aan wegens schending van haar zorgplicht jegens de gezamenlijke crediteuren van BMA NL. De Crediteurenstichting vordert in een collectieve actie (art. 3:305a BW) eveneens schadevergoeding van BMA AG wegens schending van haar zorgplicht jegens de individuele schuldeisers van BMA NL die zich bij haar hebben aangesloten. Bij beide rechtsovereenkomsten gaat het om een bijzondere processuele bevoegdheid om niet in naam van, maar wel ten behoeve van anderen, in dit geval de schuldeisers van de failliet, rechtsovereenkomsten in te stellen en zo een materieel recht geldend te maken (*ius agendi*). De betrokken vorderingsrechten, dat wil zeggen de materiële aanspraken of de subjectieve rechten, zijn hier niet de onbetaald gebleven (contractuele) vorderingen van de individuele schuldeisers op de failliet, maar de onrechtmatige daad van de derde die door zijn handelen de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers onrechtmatig heeft beperkt.[1] Dit

laatste betreft de ‘materiële’ kant van de Peeters/Gatzen-vordering.

2 Internationale bevoegdheid bij Peeters/Gatzen-vordering

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) had reeds in de NK/BNP Paribas-zaak bepaald dat de Peeters/Gatzen-vordering onder het bereik van de Brussel Ibis-verordening (hierna: BrIbis-Vo) valt en niet onder dat van de Insolventieverordening (hierna: IVO).[2] In deze zaak zijn door de rechtbank Midden-Nederland prejudiciële vragen aan het HvJ EU gesteld over de uitleg van internationaal privaatrechtelijke kwesties van internationale bevoegdheid om kennis van het geding te nemen en de aanwijzing van het op de vordering(en) toepasselijk recht. Voor wat betreft de bevoegdheid gaat het dan om de vraag waar het schadebrengende feit in de zin van artikel 7 onder 2 BrIbis-Vo ligt. Daar is het HvJ EU kort over; dit is gesitueerd bij de vestigingsplaats van de failliet voor beide acties (die van de curator en die van de 305a-organisatie).[3] Het HvJ EU overweegt tamelijk pragmatisch dat ervan uitgegaan mag worden dat op deze vestigingsplaats informatie beschikbaar is over de ontwikkeling van de financiële toestand van deze vennootschap, aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of de zorgplicht is geschonden, en zo ja, in welke mate.[4] De schade van elk van de individuele schuldeisers (lees: het onbetaald blijven van hun (contractuele) vorderingen op de failliet) kwalificeert hij als indirect en daarmee irrelevant.[5] Overigens geldt de vestigingsplaats als aanknopingsfactor alleen in de specifieke omstandigheden waarin het gaat om vorderingen van de crediteuren van de failliet jegens de gezamenlijke grootmoeder. Bij rechtsvorderingen zoals in de NK/BNP Paribas-zaak, waarbij de curator een derde (in casu een bank waar de gefailleerde een rekening aanhield) aanspreekt wegens schending van haar zorgplicht jegens de gezamenlijke schuldeisers, werd het schadebrengende feit niet bij de vestigingsplaats van de failliet gesitueerd, omdat het door de derde verdwenen verhaalsobject zich in België bevond.[6][7]

3 Toepasselijk recht

Ten tweede stelt de rechtbank een vraag over het toepasselijk recht. Op grond van artikel 4 lid 1 Rome II-verordening (hierna: Rome II-Vo) worden niet-contractuele verbintenissen - beheerst door 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. De in BrIbis-Vo en Rome II-Vo gehanteerde begrippen moeten zo veel mogelijk uniform worden uitgelegd.[8] De plaats waar het schadebrengende feit in de zin van BrIbis-Vo zich voordoet, kan in bijzondere gevallen gelegen zijn in twee jurisdicties, indien de plaats waar de onrechtmatige gedraging heeft plaatsgevonden (Handlungsort) niet dezelfde is als de plaats waar de eiser zijn rechtstreekse schade heeft geleden. In dat geval heeft de eiser de keuze uit twee bevoegde rechters. Deze

plaats waar de schade rechtstreeks is geleden (Erfolgsort), geldt als aanknopingsfactor voor Rome II-Vo. In deze zaak is gesteld noch gebleken dat het Handlungs- en Erfolgsort uiteenliepen. Geldt de vestigingsplaats van de failliet dan ook als plaats waar de schuldeisers hun schade hebben geleden in de zin van artikel 4 lid 1 Rome II-Vo? Speelt hierbij het speciale ius agendi van de curator of de 305a-organisatie, of het feit dat er een financieringsovereenkomst tussen de grootmoeder en de failliet bestond die door Duits recht wordt beheerst en waarin een exclusieve forumkeuze voor een Duitse rechter werd gedaan nog een rol? Allereerst overweegt het HvJ EU dat het hier gaat om vast te stellen welk recht van toepassing is op de verplichting tot schadeloosstelling uit hoofde van de zorgplicht die rust op de grootmoedermaatschappij van de failliet. Dit is in beginsel het recht van het land waar de failliet is gevestigd.[9] Gleichlauf kortom. Maar er zit nog wel een belangrijke adder onder het gras.

4 Typische rechtspersonenrechtelijke kwesties in het EU-ipr

Niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit typisch rechtspersonenrechtelijke handelingen (oprichting, registratie, rechts- en handelingsbevoegdheid, bevoegdheidsverdeling tussen organen, ontbinding), waaronder ook expliciet de persoonlijke aansprakelijkheid van vennoten of leden voor de schulden van de rechtspersoon en de persoonlijke aansprakelijkheid van de accountant jegens de rechtspersoon en de vennoten of leden voor de wettelijke controle, zijn van het toepassingsbereik van Rome II-Vo uitgesloten.[10] Reeds eerder heeft het HvJ EU geoordeeld dat de overeenkomstige uitsluitingsbepaling van deze rechtspersonenrechtelijke kwesties in Rome IVo inzake het toepasselijk recht bij contractuele verbintenissen[11] uitsluitend ziet op de organische aspecten van deze vennootschappen.[12]

Dit vergt een beoordeling per geval of de niet-contractuele verbintenis van de vennoot of het lid, de bestuurder respectievelijk de accountant bestaat om redenen die eigen zijn aan het rechtspersonenrecht, of om redenen die daar los van staan (het functioneel criterium).[13] Het is immers volgens het HvJ EU de uitdrukkelijke wens van de EU-wetgever geweest om aspecten waarvoor een specifieke oplossing bestaat die voortvloeit uit het verband tussen die aspecten en de werking van de vennootschap onder één toepasselijk rechtsregime te laten vallen, de *lex societatis*. [14] De A-G overweegt:

‘Concreet wordt de persoonlijke aansprakelijkheid van vennoten en bestuurders voor de schulden van de vennootschap geacht te zijn uitgesloten van de Rome II-verordening omdat het vennootschappelijke aspect alle andere overwegingen absorbeert. Als een regel inzake niet-contractuele aansprakelijkheid zo is doordrenkt met overwegingen die eigen zijn aan de vennootschappelijke context dat hij buiten die context zijn zin verliest, moet dat met het oog

op de kwalificatie prevaleren.’[15]

Volgens het HvJ EU moet dit functioneel criterium worden toegepast bij het onderscheid tussen de uit de betrekking tussen bestuurder en vennootschap voortvloeiende specifieke zorgplicht en de algemene zorgplicht *erga omnes*. Alleen deze laatste valt onder de reikwijdte van Rome II-Vo. Het is aan de nationale rechter om dit te beoordelen.

Indien deze vorderingen onder het Rome II-regime vallen, dan is de plaats van vestiging van de failliet de relevante aanknopingsfactor voor artikel 4 lid 1 volgens het HvJ EU.[16] Daar hebben de schuldeisers hun schade direct geleden. Ook voor het toepasselijk recht is de indirecte schade – het onbetaald blijven van de individuele schuldeisers van hun (contractuele) vorderingen op de failliet – irrelevant. De vraag wie de vordering instelt (*ius agendi*) en om welk soort vordering het gaat, heeft geen invloed op de vaststelling van de plaats waar de schade zich voordoet, en daarmee dus ook niet op het toepasselijk recht onder het Rome II-regime.[17] Het bestaan van de financieringsovereenkomst tussen de grootmoeder en de failliet volstaat niet om het toepasselijk recht dat krachtens artikel 4 lid 1 of lid 2 (bij gezamenlijke woonplaats eiser en gedaagde is het recht van het land van deze woonplaats van toepassing) is aangewezen uit te sluiten, laat staan dat automatisch het gekozen recht in die overeenkomst de onrechtmatige daad van de grootmoeder jegens de schuldeisers van de failliet beheerst.[18]

De rechtbank Midden-Nederland hanteert het onderscheid tussen ‘vennootschapsrechtelijke’ en ‘*erga omnes*’-aansprakelijkheid als volgt:

‘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.’[19]

Het gaat hier om het schenden van een zelfstandig op haar rustende 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 Crediteurenstichting 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 Crediteurenstichting gestelde zorgplicht heeft geschonden, rust op haar een verbintenis tot schadevergoeding vanwege schending van die algemene zorgplicht.

Volgens de rechtbank behoren aansprakelijkheden van aandeelhouders of bestuurders die hun grond vinden in concernvorming of het niet naleven van kapitaalbeschermingsregels wel

tot de uitgesloten onderwerpen. Deze vallen niet onder het Rome II-regime en worden bij uitsluiting beheerst door de *lex societatis*. Tot op zekere hoogte is dit onderscheid arbitrair. Ook de hierboven geformuleerde zorgplicht vindt uiteindelijk zijn grond in de concernvorming en de daadwerkelijke ingrijpmacht van de aandeelhouder bij de dochter in deze concernverhouding.[20] Niettemin kan ik de rechtbank hierin volgen dat de aansprakelijkheid van de aandeelhouder in dit geval niet ‘bestaat om redenen die eigen zijn aan het vennootschapsrecht’.[21] Dat partijen die een schijn van kredietwaardigheid van een ander opwekken aansprakelijk kunnen worden gehouden door partijen die daarop hebben vertrouwd, geldt ook buiten het vennootschapsrecht.[22] Niettemin verdient hierbij opmerking dat het in verreweg de meeste gevallen gaat om aansprakelijkheid van de moedervenootschap in concernverhoudingen, waarbij de concernleidingsplicht, en de daarbij horende controle over de dochter, een belangrijke rol bij het aansprakelijkheidsoordeel speelt. Bovendien is deze aansprakelijkheid niet in het leven geroepen om een probleem dat specifiek door het vennootschapsrecht ontstaat op te lossen. Dit is anders bij bijvoorbeeld aansprakelijkheid voor ongeoorloofde uitkeringen van de vennootschap aan aandeelhouders. De rechtbank lijkt met dit criterium, dat de aansprakelijkheidsvorm zich buiten het vennootschapsrecht niet mag voordoen, de lat wel erg – zo niet te – hoog te leggen.

5 Internationale bevoegdheidsgrondslag bij bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen

Voor wat betreft de internationale bevoegdheid bij aansprakelijkstelling van bestuurders door de curator van een Nederlandse vennootschap heb ik in tabel 1 schematisch per grondslag van de vordering aangegeven welk regime (BrIbis-Vo of IVO) het toepasselijke recht aanwijst. Het eerdergenoemde NK/BNP Paribas-arrest is hiervoor leidend. Het HvJ EU hanteerde het volgende toetsingskader:

‘Onder deze omstandigheden kan een vordering [Peeters/Gatzen; TA] als aan de orde in het hoofdgeding die, ten eerste, kan worden ingesteld door de schuldeiser zelf en dus niet onder de uitsluitende bevoegdheid van de curator valt, en, ten tweede, losstaat van de inleiding van een insolventieprocedure, niet worden beschouwd als een rechtstreeks en onlosmakelijk gevolg van een dergelijke procedure, zoals de advocaat-generaal in punt 68 van zijn conclusie heeft opgemerkt.’[23]

Op grond van dit criterium moet mijns inziens een vordering gebaseerd op artikel 2:138/248 BW als rechtstreeks en onlosmakelijk verbonden met de insolventieprocedure worden beschouwd. Het betreft een exclusieve bevoegdheid van de curator om iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk te houden voor het boedeltekort, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van

het faillissement. Een soortgelijke vordering kan naar haar juridische aard niet naast of los van een insolventieprocedure worden ingesteld,[24] ook niet door individuele schuldeisers.[25] Sterker, het feit dat artikel 2:138/248 lid 8 BW uitdrukkelijk voorschrijft dat het instellen van deze vordering de bevoegdheid van de curator tot het aanspreken van de bestuurder(s) op grond van artikel 2:9 BW voor onbehoorlijke taakvervulling jegens de vennootschap onverlet laat, maakt duidelijk dat het om verschillende vorderingen gaat.[26]

Op grond van artikel 2:9 BW kan de curator namens de vennootschap de (voormalig) bestuurder aanspreken tot schadevergoeding wegens onbehoorlijke taakvervulling. Ook al wordt de bestuurder verweten dat zijn onbehoorlijke taakvervulling heeft geleid tot het faillissement van de vennootschap, die op haar beurt daardoor schade lijdt, is dit geen vordering die rechtstreeks uit de insolventie voortvloeit en daarmee voldoende nauw verband houdt. Deze vordering kan los van de insolventieprocedure worden ingesteld en is geen exclusieve bevoegdheid van de curator, maar een bevoegdheid van de wettelijke vertegenwoordigers van de vennootschap, haar fungerende bestuurders. Zodoende zal de curator op grond van de BrIbis-Vo deze vordering moeten aanbrengen bij de rechter van de woonplaats van de bestuurder (art. 22 BrIbis-Vo)[27] of bij het gerecht van de statutaire zetel van de failliete vennootschap (art. 7 onder 1 sub b BrIbis-Vo).[28]

De curator kan ook namens de vennootschap de bestuurder aansprakelijk stellen wegens een onrechtmatige vermogensuitkering. De bestuurder van een BV is immers op grond van artikel 2:216 lid 3 BW hoofdelijk verbonden voor het tekort dat door de uitkering (dividend of kapitaal) is ontstaan. De voorwaarde is dan dat hij aan de vermogensuitkering goedkeuring heeft verleend, terwijl hij wist of redelijkerwijs moest voorzien dat de BV na uitkering niet kon voortgaan met betaling van haar opeisbare schulden.[29] Ook voor deze vordering geldt dat zij ook buiten het faillissement om door de vennootschap kan worden ingesteld en dit geen exclusieve bevoegdheid van de curator betreft.

Tabel 1 Internationale bevoegdheid

img alt="" src="/uploads/ckeditor/pictures/37/content_Arons_tabel1.JPG" style="height:164px; width:527px">

6 Toepasselijke verwijzingsregel bij bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen

Voor wat betreft het toepasselijke recht bij aansprakelijkstellingen van bestuurders door een curator van een Nederlandse vennootschap heb ik in tabel 2 schematisch per grondslag van de vordering aangegeven welk regime (lex societatis in titel 8, Boek 10 BW, IVO of Rome II-Vo) dit bepaalt. Zoals we veelal zullen zien, wordt het recht van de (zetel van de failliete) vennootschap aangewezen, maar het gaat er hier om welke verwijzingsregel van toepassing is.

Hierbij moet op grond van het BMA-arrest eerst worden bepaald of de vordering een vennootschappelijke of een 'erga omnes'-aansprakelijkheid betreft. Voor wat betreft de twee interne bestuurdersaansprakelijkheidsgronden (art. 2:9 en 2:138/248 BW) kom ik tot de conclusie dat deze dusdanig met het vennootschapsrecht verbonden zijn en daarin hun specifieke grond vinden dat zij zijn uitgesloten van het toepassingsbereik van Rome II. De aansprakelijkheid jegens de vennootschap voor een behoorlijke bestuurstaakvervulling en de aansprakelijkheid voor winstuitkering waarbij de vennootschap na uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden zijn niet goed voorstelbaar buiten het vennootschapsrecht om. Hetzelfde geldt voor de externe aansprakelijkheid bij schending van de inschrijvingsplicht ex artikel 2:69/180 lid 2 BW en de hoofdelijke gebondenheid bij rechtshandelingen die in de oprichtingsfase zijn verricht en nadien niet door de vennootschap zijn bekrachtigd ex artikel 2:93/203 lid 2 BW. Eveneens is met hantering van dit functioneel criterium goed verdedigbaar dat de externe aansprakelijkheid van bestuurders jegens zowel vennootschapscrediteuren (Ontvanger/Roelofsen-situaties[30]) als aandeelhouders[31] (wegens schending van de jegens aandeelhouders in acht te nemen zorgvuldigheid ex art. 2:8 BW alsook in NOM/Willemsen-situaties[32]) als een specifieke vennootschapsrechtelijke vorm van aansprakelijkheid geldt. Het handelen van de bestuurder en diens aansprakelijkheid voor gedragingen die primair worden toegekend aan de vennootschap en daarmee schulden van de vennootschap zijn geworden, staan hierbij centraal. Uiteraard verdient hierbij aantekening dat toepassing van het criterium dat de rechtbank hanteert, namelijk dat de aansprakelijkheidsvorm zich buiten het vennootschapsrecht niet voordoet, ook tot het oordeel kan leiden dat Rome II wel van toepassing is.[33] Ook de bestuurdersaansprakelijkheid voor misleidende mededelingen in de jaarrekening, tussentijdse cijfers of het bestuursverslag ex artikel 2:139/249 BW jegens aandeelhouders en crediteuren is niet goed voorstelbaar buiten het vennootschapsrecht. In de uitzonderlijke situatie dat het handelen van de bestuurder niet wordt toegerekend aan de vennootschap (Spaanse Villa) wordt de aansprakelijkheid van degene die onrechtmatig heeft gehandeld, maar niet bij de uitoefening van de bestuurstaak, uiteraard beoordeeld op grond van het recht van het *locus damni* in lijn met artikel 4 lid 1 Rome II-Vo, dat op deze onrechtmatige daad van toepassing is.[34]

De 2:216-aansprakelijkheid geldt als nieuwe regel van kapitaalbescherming voor de BV na invoering van de flex-BV.[35] Ondanks het feit dat deze vorm van bestuurdersaansprakelijkheid een codificatie betreft van een in de rechtspraak gevormde leer waarbij bestuurders (ook) jegens crediteuren aansprakelijk kunnen zijn voor ongeoorloofde uitkeringen, schaar ik deze toch onder het exclusieve vennootschapsrecht. Hiervoor is wat mij betreft van belang dat het een aansprakelijkheid jegens de vennootschap betreft en dat zij gemaximeerd is tot het tekort dat door de uitkering is ontstaan.[36] Zodoende geldt voor zowel 2:9- als 2:216-vorderingen dat zij beheerst worden door het door artikel 10:119 sub d BW

aangewezen recht: de *lex societatis*. Bij een Nederlandse vennootschap dus het Nederlandse recht.

Voor de externe aansprakelijkheid gebaseerd op artikel 2:138/248 BW volgt uit mijn conclusie hiervoor over de bevoegdheidskwestie dat zij rechtstreeks en onlosmakelijk verbonden is met de insolventieprocedure, dat de IVO ook het toepasselijk recht aanwijst. De *lex fori concursus* bepaalt de regels betreffende nietigheid, vernietigbaarheid of niet-tegenwerpbaarheid van de voor de gezamenlijke schuldeisers nadelige rechtshandelingen (art. 7 lid 2 sub m IVO). In het Kornhaas/Dithmar-arrest heeft het HvJ EU geoordeeld dat deze verwijzingsregel ook geldt bij de aansprakelijkstelling door de curator van (voormalige) bestuurders van een failliete vennootschap, voor zover dit een vordering is die rechtstreeks voortvloeit uit het faillissement en daarmee nauw verband houdt.[37] Voor wat betreft de Peeters/Gatzen-vordering heeft de rechtbank Midden-Nederland zoals hierboven geschetst terecht vastgesteld dat deze een ‘*erga omnes*’-aansprakelijkheid, in dit geval van de grootmoedervenootschap, betreft.

Tabel 2 Toepasselijk recht

img alt="" src="/uploads/ckeditor/pictures/40/content_Arons_tabel2.JPG" style="height:410px; width:528px">

In het BMA-arrest heeft het HvJ EU gekozen voor het functioneel criterium als afbakening van het toepasselijke regime van aanwijzingsregels. De beoordeling per aansprakelijkheidsgrond of deze al dan niet eigen is aan het vennootschapsrecht biedt meer ruimte voor de *lex societatis* (dus geen toepassing van Rome II) dan vooraf gedacht. Gegeven dit criterium, met ‘het eigen van het vennootschapsrecht’ en de hoge lat dat de aansprakelijkheidsvorm zich niet buiten het vennootschapsrecht mag voordoen, is niet te verwachten dat de al vóór het BMA-arrest uiteenlopende rechtspraak[38] snel tot meer eenduidige rechtspraak zal leiden.

Noten

[1] N.B. Pannevis, Polak. Insolventierecht, Deventer: Wolters Kluwer 2022/7.3.3.1.

[2] HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96 (NK/BNP Paribas). Vóór dit arrest bepleitte ik dat deze vordering onder het bereik van de IVO zou moeten vallen. Zie T.M.C. Arons, Internationale bevoegdheid en toepasselijk recht bij aansprakelijkstelling van bestuurders door de curator van een Nederlandse vennootschap, *Ondernemingsrecht* 2018, afl. 1, p. 13-22.

[3] HvJ EU 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:173, r.o. 40 en 43.

[4] HvJ EU 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:173, r.o. 33.

[5] HvJ EU 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:173, r.o. 35.

[6] HR 3 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1223, JOR 2020/222 m.nt. M.H.J. van Maanen (Rosbeek q.q./Fortis).

[7] Ik verwijs naar M. Zilinsky en A. Knigge, annotatie bij HvJ EU 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:173, JBPR 2022/33, par. 7.

[8] Overweging 7 considerans Rome II.

[9] HvJ EU 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:173, r.o. 49.

[10] Art. 1 lid 2 sub d Rome II-Vo.

[11] Art. 1 lid 2 sub f Rome I-Vo.

[12] HvJ EU 3 oktober 2019, C-272/18, ECLI:EU:C:2019:827 (VKI/TVP), r.o. 35.

[13] HvJ EU 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:173, r.o. 54.

[14] HvJ EU 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:173, r.o. 54. Zie de toelichting bij het gewijzigde voorstel van 21 februari 2006, COM(2006)83 def., p. 3: 'Amendement 20 beoogt niet-contractuele verbintenissen die het voorwerp van een specifieke regeling uitmaken in het kader van het vennootschapsrecht of van op andere rechtspersonen, zoals verenigingen, toepasselijke specifieke bepalingen, van de werkingssfeer van de verordening uit te sluiten. De Commissie aanvaardt dit amendement wat de inhoud betreft, maar stelt een eenvoudiger redactie voor.'

[15] Concl. A-G Campos Sánchez-Bordona bij HvJ EU 28 oktober 2021, ECLI:EU:C:2021:888, punt 53.

[16] HvJ EU 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:173, r.o. 61.

[17] HvJ EU 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:173, r.o. 62.

[18] HvJ EU 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:173, r.o. 64.

[19] Rb. Midden-Nederland 13 juli 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2816, JOR 2022/271 m.nt. T.M.C. Arons, r.o. 4.13.

[20] Zie Polak/Pannevis 2022/8.6.2.

[21] HvJ EU 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:173, r.o. 54.

[22] Vgl. H.C.F. Schoordijk, Het rechtsbeginsel ‘gij zult een ander niet op het foute been zetten’ en zijn reikwijdte, WPNR 2007, afl. 6693, p. 30-47.

[23] HvJ EU 10 maart 2022, ECLI:EU:C:2022:173, r.o. 36.

[24] Vgl. het door A-G Bobek in NK/BNP Paribas gehanteerde toetsingskader waarnaar het HvJ EU uitdrukkelijk verwijst: ‘Vanuit dit oogpunt wil de nauwe samenhang eerder zeggen onlosmakelijk verbonden met. Dit komt neer op een “alleen indien-toets” (“but for-test”): indien een soortgelijke vordering (nogmaals, niet identiek wat alle procedurele elementen aangaat, maar alleen wat de juridische aard betreft) naast of los van de insolventieprocedure kan worden ingesteld, wordt bevestigd dat een dergelijke vordering niet onlosmakelijk met de insolventieprocedure is verbonden. Met een dergelijke toets kan nader worden bevestigd dat de bovengenoemde elementen bij de “ingang” of de “uitgang” van een vordering irrelevant zijn, voor zover zij louter voortvloeien uit het feit dat er insolventieprocedures lopen. Omgekeerd kan het antwoord anders luiden indien een specifieke vordering niet tegen of door iemand anders dan de curator kan worden ingesteld, of indien vooraf een insolventieprocedure moet worden geopend.’ Zie concl. A-G M. Bobek bij HvJ EU 18 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:850, punt 67-68.

[25] Vgl. P. Vlas, Rechtspersonen (vijfde druk), Antwerpen: Maklu 2017, p. 204, verwijzend naar een soortgelijke actie in het Franse recht, ‘action contre les dirigeants d’une personne morale en comblement pour insuffisance d’actif’ (art. L651-1 t/m L651-4 Code de commerce), waarvan het HvJ EU heeft geoordeeld dat het een insolventievordering betreft. Zie HvJ EG 22 februari 1979, ECLI:EU:C:1979:49 (Gourdain/Nadler).

[26] Zie ook Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 6-7 (MvT).

[27] Bij een bestuurder-werknemer op grond van art. 22 BrIbis-Vo. Zie HvJ EU

10 september 2014, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, JAR 2015/261 m.nt. F.G. Laagland; JOR 2015/288 m.nt. C.G. van der Plas; JBPR 2015/55 m.nt. R.B. van Hees; IPRax 2016, p. 115 m.nt. P. Kindler (Holterman Ferho Exploitatie BV e.a./Spies), r.o. 49.

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

[29] Uit de MvT blijkt dat hierbij een tijdsperiode van één jaar in acht moet worden genomen. Zie Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr. 3, p. 25, 30-31, 33 en 71.

[30] Dit betreft dus vorderingen jegens de bestuurder vanwege (1) Beklameel: het aangaan en de niet-nakoming van contractuele verplichtingen van de vennootschap (en geen verhaal bieden van de vennootschap) respectievelijk (2) het bewerkstelligen/toelaten door de bestuurder dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichting (bijv. door selectieve betaling) schendt, terwijl schade voor de gelaedeerde voorzienbaar was. Zie HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, Ondernemingsrecht 2007/36 m.nt. J.B. Wezeman (Ontvanger/Roelofsen).

[31] Uiteraard kan afgeleide schade in de weg staan aan de bestuurdersaansprakelijkheid.

[32] Dit betreft vorderingen van een aandeelhouder jegens een bestuurder voor niet-nakoming van statutaire verplichtingen die beogen de (individuele) aandeelhouder te beschermen. Zie HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, NJ 2009/21 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders; JOR 2008/260 m.nt. Y. Borrius (NOM/Willemsen).

[33] Zie Vlas 2017, randnrs. 320-321: 'In deze laatste twee situaties kan eigenlijk niet van doorbraak van aansprakelijkheid worden gesproken, maar van "quasi-doorbraak": er is sprake van een zelfstandige grond voor aansprakelijkheid van de aandeelhouder of bestuurder die voortspuit uit een contractuele gebondenheid dan wel uit een gepleegde onrechtmatige daad.' Vlas verwijst ook naar rechtspraak waarin bestuurdersaansprakelijkheid à la Ontvanger/Roelofsen buiten het toepassingsbereik van Rome II wordt geoordeeld. Zie Rb. 's-Hertogenbosch 21 oktober 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU8193, JOR 2011/362 m.nt. R.G.J. de

Haan.

[34] Deze vorderingen vallen niet onder art. 10:119 sub e BW omdat het hier niet gaat om de vraag of de bestuurder *naast* de vennootschap aansprakelijk is *uit hoofde van zijn hoedanigheid als bestuurder* voor een (rechts)handeling waardoor de vennootschap wordt verbonden. Het gaat immers om een eigen onrechtmatige handeling die losstaat van de bestuurstaak. In de zaak Spaanse Villa ging het om een op de bemiddelaar persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting tot het juist informeren van de kopers; in de zaak Breeweg/Wijnkamp betrof het een beroepsfout van een advocaat. Zie HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, JOR 2013/40 m.nt. W.J.M. van Andel en K. Rutten; JA 2013/59 m.nt. F. Leopold en R. van Vlooten; Ondernemingsrecht 2013/47 m.nt. M.J. Kroeze; NJ 2013/302 m.nt. P. van Schilfgaarde; AA20130125 m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (Spaanse Villa); HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745, JOR 2015/289 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Breeweg/Wijnkamp c.s.).

[35] S.E. van der Waals, De optimale rechtsvorm voor de samenwerking in het beroep. Confectie of maatpak? (diss. Utrecht; VDHI nr. 139), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 98.

[36] Zie Van der Waals, p. 100.

[37] HvJ EU 10 december 2015, C-594/14, ECLI:EU:C:2015:806, JOR 2016/104 m.nt. P.M. Veder (Kornhaas/Dithmar q.q.), r.o. 16-21, verwijzend naar HvJ EU 4 december 2014, C-295/13, ECLI:EU:C:2014:2410, JOR 2016/103 m.nt. P.M. Veder onder JOR 2016/104 (H./H.), r.o. 26.

[38] Zie Vlas 2017, randnrs. 320-322.