



Doorbraak van bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement naar de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder via de Insolventieverordening 2015

*Kan een buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder via art. 6 en 7
Insolventieverordening 2015 aansprakelijk gesteld worden voor een vordering op grond van art. 2:11
jo. 2:138/2:248 BW?*

Naam:

Adres:

Telefoonnummer:

E-mail:

Studentnummer:

Opleiding:

Datum: 7 juli 2020

Scriptiebegeleider:

Aantal pagina's: 51

Aantal woorden: 14863 woorden incl. voetnoten, excl. literatuur- en jurisprudentielijst

Inhoudsopgave	Pagina
1. Introductie	3
1.1. Probleemanalyse en probleemstelling	4
1.2. Centrale onderzoeksvraag en deelvragen	6
1.3. Doel van het onderzoek	6
1.4. Methodologie	6
2. Art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW: Doorbraak van aansprakelijkheid in faillissement	10
2.1. Inleiding	10
2.2. Wetsgeschiedenis	10
2.3. Tussenconclusie	12
3. Interpretatie door de Hoge Raad	14
3.1. Inleiding	14
3.2. HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1408 (<i>D Group</i>)	14
3.3. HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958 (<i>MyGuide</i>)	15
3.4. Tussenconclusie	17
4. Art. 6 Insolventieverordening 2015: rechterlijke bevoegdheid inzake verwante insolventievorderingen	19
4.1. Inleiding	19
4.2. Wetsgeschiedenis en considerans	20
4.3. Tussenconclusie	21
4.4. Interpretatie door het HvJEU	23
4.5. Tussenconclusie	31
5. Art. 7 Insolventieverordening 2015: toepasselijk recht	33
5.1. Inleiding	33
5.2. Wetsgeschiedenis en considerans	33
5.3. Tussenconclusie	34
5.4. Interpretatie door het HvJEU	35
5.5. Tussenconclusie	39
6. Conclusie	41
7. Literatuurlijst	43
8. Jurisprudentielijst	51

1. Introductie

Naast natuurlijke personen kunnen in Nederland ook rechtspersonen bestuurder zijn van een andere rechtspersoon. Als zelfstandig drager van rechten en plichten kunnen rechtspersonen onder omstandigheden ook aansprakelijkheid riskeren voor het handelen of nalaten als bestuurder. Art. 2:11 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) ziet op het geval dat een rechtspersoon aansprakelijk is als bestuurder van een andere rechtspersoon. De aansprakelijkheid wordt dan doorbroken naar de natuurlijke persoon die bestuurder is van de rechtspersoon-bestuurder,¹ ook indien er meerdere rechtspersoon-bestuurders tussen zitten.²

Om een tweedegraads³ (rechtspersoon-)bestuurder aansprakelijk te kunnen stellen via art. 2:11 BW moet de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder zelf ook aansprakelijk zijn. Bij alle wettelijke aansprakelijkheidsgronden, waaronder art. 2:9 BW en 6:162 BW, op basis waarvan een rechtspersoon als bestuurder aansprakelijk kan worden gesteld, kan ook de tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder aansprakelijk worden gesteld via art. 2:11 BW. Dit geldt onverminderd bij bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement op grond van art. 2:138/2:248 BW.⁴

Op 21 juni 2013 heeft de Hoge Raad in het *MyGuide*-arrest duidelijkheid verschaft of een buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder aansprakelijk kan worden gesteld op grond van art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW. De Hoge Raad concludeerde dat de aansprakelijkstelling van de tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder op grond van 2:11 jo. 2:138/2:248 BW slechts mogelijk is als *“de door hem bestuurde aansprakelijke rechtspersoon-bestuurder een Nederlandse rechtspersoon is”*.⁵ Hiermee lijkt de aansprakelijkstelling van de tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder van een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder op grond van art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW uitgesloten.

¹ Strik, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht* 2019, art. 2:11 BW, aant. C.1.

² *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 3.

³ In dit onderzoek versta ik onder de tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder, de bestuurder van de rechtspersoon-bestuurder. Onder de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder wordt de rechtspersoon-bestuurder zelf verstaan.

⁴ Strik, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht* 2019, art. 2:11 BW, aant. C.1., D; HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (*Le Roux Fruitexporters*), r.o. 3.4.2 en aldaar aangehaalde *Kamerstukken I* 1985/86, 16 631, nr. 27b, p. 22.

⁵ HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958 (*MyGuide*), r.o. 3.4.

1.1. Probleemanalyse en probleemstelling

Alhoewel er in de literatuur vaak stellig wordt vastgehouden aan de hoofdregel uit het *MyGuide*-arrest,⁶ bestaat er sinds een paar jaar een discussie omtrent mogelijke grondslagen voor de doorbraak van bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement jegens de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder op grond van art. 2:11 jo 2:138/2:248 BW. Zo opperde Van den Braak dat er redenen zijn om aan te nemen dat de vordering ex 2:11 jo. 2:138/2:248 BW jegens de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder kan worden ingesteld via art. 6 en 7 van Verordening (EU) 2015/848 (hierna: Insolventieverordening 2015), art. 10:118 jo. 10:119 onder e BW jo. 10:8 BW en de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen.⁷ Alhoewel Van den Braak meerdere mogelijke grondslagen benoemt, zal ik mij, omwille van de omvang van onderhavig onderzoek, richten op de mogelijke aansprakelijkstelling van de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder op grond van art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW via art. 6 en 7 Insolventieverordening 2015.

De rechter die ingevolge art. 3 lid 1 Insolventieverordening 2015 bevoegd is een insolventieprocedure⁸ te openen is ingevolge art. 6 Insolventieverordening 2015 bevoegd ten aanzien van alle vorderingen die rechtstreeks voortvloeien uit een insolventieprocedure en er nauw verband mee houden (hierna: verwante insolventievordering). Bij art. 6 Insolventieverordening 2015 stelt Van den Braak dat het *“verdedigbaar [is], dat de Insolventieverordening wat betreft rechtsmacht een insolventierechtelijke kwalificatie afdwingt van de vordering van de curator jegens de tweedegraadsbestuurder(s) uit hoofde van art. 2:11 BW in verbinding met art. 2:138/2:248 BW”*. Daaruit concludeert Van den Braak dat de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder dan ook voor de Nederlandse rechter kan worden gedaagd indien deze rechterlijke bevoegdheid heeft ten aanzien van de insolventieprocedure op grond van art. 3 lid 1 Insolventieverordening 2015.⁹

⁶ Zie o.a. Huizink, *O&F* 2018/02, par. 10-11, Lennarts 2017, par. 4.3.3, Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 220 en Van den Braak *Tvl* 2018/27, par. 3.4.1.

⁷ Van den Braak, *Tvl* 2018/27, par. 3.2-3.3.

⁸ De onder de Insolventieverordening 2015 vallende insolventieprocedures zijn gedefinieerd in art. 1 lid 1 Insolventieverordening 2015. In bijlage A bij de Insolventieverordening 2015 is een lijst opgenomen van insolventieprocedures die onder de definitie van art. 1 lid 1 Insolventieverordening 2015 vallen, waaronder het Nederlandse faillissement. Van den Braak heeft gesteld dat het niet zeker is of de rechter die bevoegd is kennis te nemen van een secundaire procedure ook kennis kan nemen van de verwante insolventievordering, zie Van den Braak, *Tvl* 2018/27, par. 2.2.1. Daarom zal in dit onderzoek met de ‘insolventieprocedure’ verwezen worden naar de ‘hoofdinsolventieprocedure’ in art. 3 lid 1 Insolventieverordening 2015.

⁹ Van den Braak *Tvl* 2018/27, par. 3.2.1.

Ingevolge art. 7 Insolventieverordening 2015 worden de insolventieprocedure en de gevolgen daarvan beheerst door het recht van de EU-lidstaat waar de insolventieprocedure wordt geopend. Bij art. 7 Insolventieverordening 2015 stelt Van den Braak dat indien de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW onder art. 6 Insolventieverordening 2015 een insolventierechtelijke kwalificatie afdwingt, het *Gleichlauf*-beginsel tot gevolg heeft dat art. 2:11 en 2:138/2:248 BW onder art. 7 Insolventieverordening 2015 tevens regels van insolventierecht zijn. Dientengevolge zouden art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW van toepassing zijn op de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder. Het *Gleichlauf*-beginsel houdt kort gezegd in dat als een bepaling op grond van art. 6 Insolventieverordening 2015 gekwalificeerd wordt als een insolventierechtelijke bepaling, dit ook geldt voor het toepasselijke recht op grond van art. 7 Insolventieverordening 2015.¹⁰ Van den Braak geeft aan dat er omtrent art. 6 en 7 Insolventieverordening 2015 als grondslag nader onderzoek gewenst is, nu de huidige opvatting is dat een vordering op grond van art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW niet onder de werkingssfeer van de Insolventieverordening 2015 valt.¹¹

Kortom, uit het verkennende literatuuronderzoek blijkt dat een uitvoerige toetsing van art. 6 en 7 Insolventieverordening 2015 als grondslag voor aansprakelijkheid van de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder in faillissement op grond van art. 2:11 jo. 2:138/2:248 ontbreekt en derhalve nader onderzoek benodigd is om meer duidelijkheid te verschaffen. Het voorgaande leidt tot de volgende probleemstelling:

Het lijkt erop dat art. 6 en 7 Insolventieverordening 2015 grondslag kunnen bieden voor het vestigen van bestuurdersaansprakelijkheid van de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder in faillissement op grond van 2:11 jo. 2:128/2:248 BW. Een grondige toetsing van deze mogelijkheid in het licht van de wetsgeschiedenis en jurisprudentie bij art. 6 en 7 Insolventieverordening 2015 ontbreekt vooralsnog.

¹⁰ Van den Braak *Tvl* 2018/27, par. 2.2.2., 3.2.2.

¹¹ Van den Braak *Tvl* 2018/27, par. 3.4.1.

1.2. Centrale onderzoeksvraag en deelvragen

De centrale onderzoeksvraag in dit onderzoek luidt:

Kan een buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder via art. 6 en 7 Insolventieverordening 2015 aansprakelijk gesteld worden voor een vordering op grond van art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW?

Er zal onderscheid worden gemaakt tussen de volgende deelvragen:

1. Hoe verhoudt art. 2:11 BW zich tot aansprakelijkheid ex art. 2:138/2:248 BW jegens een buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder, gezien vanuit de wetsgeschiedenis?
2. Hoe verhoudt art. 2:11 BW zich tot aansprakelijkheid ex art. 2:138/2:248 BW jegens een buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder, gezien vanuit de jurisprudentie van de Hoge Raad?
3. In hoeverre kwalificeert de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW als een verwante insolventievordering ingevolge art. 6 Insolventieverordening 2015 ?
4. In hoeverre is op grond van art. 7 Insolventieverordening 2015 Nederlands recht het toepasselijke recht op de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW?

1.3. Doel van het onderzoek

Het doel van het onderzoek is te evalueren of art. 6 en 7 Insolventieverordening 2015 grondslag kunnen vormen voor de aansprakelijkheid van de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder in faillissement op grond van art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW. Het onderzoek tracht de lezer hierin inzicht te geven door middel van een grondige analyse van de wetsgeschiedenis en jurisprudentie bij zowel de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW jegens de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder als art. 6 en 7 Insolventieverordening 2015. Derhalve is ook het doel van dit onderzoek om bij te dragen aan de rechtszekerheid door duidelijkheid te verschaffen over bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement jegens een buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder.

1.4. Methodologie

Om de centrale onderzoeksvraag te beantwoorden en de doelstelling te behalen, zal ik juridisch-dogmatisch onderzoek doen, waarbij ik gebruikmaak van literatuur- en bronnenonderzoek.

Met de eerste deelvraag tracht ik de lezer inzicht te geven in de redenen waarom art. 2:11 en 2:138/2:248 in het BW zijn geïntroduceerd alsmede in hun werking vanuit de wetsgeschiedenis jegens de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder.¹² Om deze deelvraag te beantwoorden zal ik bronnenonderzoek doen, waarbij ik mij richt op de parlementaire stukken bij art. 2:11 en 2:138/2:248 BW, waaronder het wetsontwerp van de Derde Misbruikwet, de Memorie van Toelichting, memories van antwoord en nota's. Ik zal online zoekopdrachten uitzetten, gebruikmakend van trefwoorden zoals 'Derde misbruikwet' en 'art. 2:11 BW' waarbij ik zal filteren op 'officiële publicaties'. Ter aanvulling zal ik literatuuronderzoek doen, waarbij ik dissertaties en handboeken raadpleeg. De eerste deelvraag zal behandeld worden in hoofdstuk 2.

Met de tweede deelvraag tracht ik de lezer inzicht te geven in de huidige stand van zaken in de jurisprudentie van de Hoge Raad bij de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 jegens de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder. Ik heb ervoor gekozen om bij deze deelvraag niet verder in te gaan op de verhouding tussen art. 2:11 BW en 2:138/2:248 BW omdat het de heersende leer is dat art. 2:11 BW op een vordering ex art. 2:138/2:248 BW toepasselijk kan zijn.¹³ Het is juist haar toepassing jegens buitenlandse (rechtspersoon-)bestuurders waarover in recente literatuur gediscussieerd wordt.¹⁴ Om de tweede deelvraag te kunnen beantwoorden, zal ik jurisprudentieonderzoek verrichten en een kwalitatieve rechtspraakanalyse doen. Hierbij zal ik uitsluitend kijken naar de jurisprudentie van de Hoge Raad. Ik zal zoekopdrachten uitzetten, gebruikmakend van trefwoorden zoals: 'art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW' en 'doorbraak van bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement', waarbij ik zal filteren op jurisprudentie van de Hoge Raad. Vanuit die resultaten zal ik slechts kijken naar zaken waarbij een buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder is betrokken. Om een beter begrip te krijgen van de arresten, zal ik de conclusie van de A-G's raadplegen alsmede bijbehorende annotaties. De tweede deelvraag zal behandeld worden in hoofdstuk 3.

¹² Elke bestuurder is ingevolge art. 2:138/2:248 BW hoofdelijk aansprakelijk voor het boedeltekort indien er sprake is geweest van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Korthedshalve verwijs ik hiervoor naar Polak/Pannevis 2014, p. 176-188. Voor het instellen van de vordering is de faillietverklaring van de vennootschap vereist. De curator is exclusief bevoegd de vordering ex art. 2:138/2:248 BW in te stellen ten bate van de gezamenlijke schuldeisers, zie Scheurs 2015, p. 16 en 93. Op de vereisten bij art. 2:138/2:248 BW wordt in dit onderzoek niet verder ingegaan.

¹³ Zie o.a. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/211, Huizink, in: *GS rechtspersonen*, art. 2:11 BW, aant. 5.4, Hanegraaf 2017, p. 181, Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 218-219 en het aldaar aangehaalde arrest *Le Roux Fruitexporters*, HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275, waarin de Hoge Raad bevestigde dat art. 2:11 BW van toepassing is op alle wettelijke grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid.

¹⁴ Zie Van den Braak, *Tvl* 2018/27, Hanegraaf, *Bb* 2019/3 en Hanegraaf, *Tvl* 2019/13.

In hoofdstuk 4 zal de derde deelvraag behandeld worden. Om deze deelvraag te beantwoorden zal ik eerst in paragraaf 4.2 bronnenonderzoek doen bij de wetsgeschiedenis van de Insolventieverordening 2000 en 2015, in het algemeen en specifiek bij art. 6 Insolventieverordening 2015, en de bijbehorende consideransen. Zo kan worden bekeken of het qua doel en strekking van art. 6 Insolventieverordening 2015 voor de hand ligt of de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW kwalificeert als verwante insolventievordering. Hierbij wordt gekeken naar de voorbereidende documenten, evaluaties en rapporten bij de Insolventieverordening 2000 en 2015. De eerste Insolventieverordening dateert van 2000, Verordening (EG) nr. 1346/2000 (hierna: Insolventieverordening 2000). In 2015 is de Insolventieverordening herijkt en gewijzigd naar de Insolventieverordening 2015. Hierbij is art. 6 geïntroduceerd als codificatie van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU). Ter aanvulling zal ik literatuuronderzoek verrichten waarbij ik commentaren, handboeken en dissertaties raadpleeg. Hierbij zal ik zoekopdrachten uitzetten met de trefwoorden 'art. 6 Insolventieverordening' en 'rechterlijke bevoegdheid Insolventieverordening'. Voor de leesbaarheid van dit hoofdstuk zal er na de inleiding in paragraaf 4.1 en behandeling van de wetsgeschiedenis in paragraaf 4.2 eerst een tussenconclusie volgen in paragraaf 4.3. In paragraaf 4.4 zal ik jurisprudentieonderzoek en een kwalitatieve rechtspraakanalyse doen bij jurisprudentie¹⁵ van het HvJEU bij art. 6 Insolventieverordening 2015. Zodoende kan worden gezien of een vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW kwalificeert als verwante insolventievordering. Om te bepalen welke jurisprudentie relevant is, zal ik zoekopdrachten uitzetten waarbij ik filter op art. 6 Insolventieverordening 2015, respectievelijk art. 3 Insolventieverordening 2000, vanaf 2000. Vanuit de relevante jurisprudentie zal ik gebruikmaken van de sneeuwbalmethode om te bepalen welke jurisprudentie nog meer relevant is voor beantwoording van de derde deelvraag. Om een beter begrip te krijgen van de relevante jurisprudentie zal ik tevens kijken naar bijbehorende annotaties en waar beschikbaar naar de conclusies van de A-G. Vervolgens wordt het hoofdstuk afgesloten met een tussenconclusie omtrent de jurisprudentie in paragraaf 4.5.

De vierde deelvraag inzake art. 7 Insolventieverordening 2015 zal behandeld worden in hoofdstuk 5. Om deze deelvraag te behandelen zal ik na de inleiding in paragraaf 5.1, ook eerst bronnenonderzoek doen naar de wetsgeschiedenis en de consideransen bij de Insolventieverordening 2000 en 2015. Zo kan worden bekeken of het qua doel en strekking van art. 7 Insolventieverordening 2015 het voor de hand ligt dat Nederlands recht van toepassing is

¹⁵ Zowel bij de relevante jurisprudentie van de Hoge Raad als het HvJEU worden alleen de voor dit onderzoek relevante prejudiciële vragen behandeld.

op de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW. Hierbij richt ik mij op de voorbereidende documenten, evaluaties en rapporten bij de Insolventieverordening 2000 en 2015. Bij de herijking is art. 4 verplaatst naar art. 7 Insolventieverordening 2015, maar haar tekst is vrijwel onveranderd gebleven. Waar een wijziging heeft plaatsgevonden, zal dit worden aangegeven. Ter aanvulling zal ik literatuuronderzoek verrichten waarbij ik commentaren, handboeken en dissertaties zal raadplegen. Hierbij zal ik zoekopdrachten uitzetten met de trefwoorden 'art. 7 Insolventieverordening' en 'toepasselijk recht Insolventieverordening'. Voor de leesbaarheid van het onderzoek schrijf ik in paragraaf 5.3 eerst een tussenconclusie. Vervolgens zal ik in paragraaf 5.4 jurisprudentieonderzoek en een kwalitatieve rechtspraakanalyse doen bij de jurisprudentie van het HvJEU bij art. 7 Insolventieverordening. Om te bepalen welke jurisprudentie relevant is, zal ik zoekopdrachten uitzetten waarbij ik filter op art. 7 Insolventieverordening 2015, respectievelijk art. 4 Insolventieverordening 2000, vanaf 2000. Vanuit de relevante jurisprudentie zal ik gebruikmaken van de sneeuwbalmethode om te bepalen welke jurisprudentie nog meer relevant is voor beantwoording van de vierde deelvraag. Om een beter begrip te krijgen van de relevante jurisprudentie zal ik tevens kijken naar bijbehorende annotaties en waar beschikbaar naar de conclusies van de A-G. Vervolgens wordt het hoofdstuk afgesloten met een tussenconclusie over de jurisprudentie in paragraaf 5.5.

2. Art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW: Doorbraak van aansprakelijkheid in faillissement

2.1. Inleiding

Om de centrale onderzoeksvraag te beantwoorden is het nodig om een beeld te schetsen hoe art. 2:11 BW zich verhoudt tot aansprakelijkheid ex art. 2:138/2:248 BW jegens de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder. Deze vraag wordt in de volgende paragraaf vanuit de wetsgeschiedenis bij art. 2:11 en 2:138/2:248 BW bekeken.

2.2. Wetsgeschiedenis

In 1987, bij de Wijziging van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen (hierna: Derde Misbruikwet) werden onder andere art. 2:138/2:248 BW en de tekst van het huidige art. 2:11 BW geïntroduceerd.¹⁶

Met de Derde Misbruikwet werd beoogd curatoren een *“sterkere positie te geven tegenover bestuurders van die [failliete] vennootschap”*. Zodoende zouden curatoren bestuurders makkelijker persoonlijk aansprakelijk kunnen stellen wanneer de verwaarlozing van de bestuurstaak het faillissement zou hebben veroorzaakt. De wetgever achtte het raadzaam een bepaling in de wet te introduceren *“die erin voorziet dat in het geval dat een rechtspersoon bestuurder of commissaris is, de aansprakelijkheid rust op de bestuurders van die rechtspersoon”*.¹⁷ Bij gebrek aan een dergelijke bepaling zouden bestuurders zich eenvoudig *“kunnen verschuilen [achter de rechtspersoonlijkheid] wanneer benadeling van crediteuren het gevolg is van slecht of onbehoorlijk bestuur”*.¹⁸ Tevens zou de verhaalsmogelijkheid van curatoren beperkt zijn tot het minimumaandelenkapitaal.¹⁹ Teneinde het misbruik van rechtspersoonlijkheid te bestrijden werd in artikel 2:4a BW (oud) opgenomen:

*“De aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder of commissaris van een andere rechtspersoon rust tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is.”*²⁰

Bij art. 2:4a BW (oud) wordt gezegd *“heengezien door de rechtspersoon-bestuurder en dat naast de rechtspersoon ook haar bestuurders [...] aansprakelijk worden”*. Als deze tweedegraads

¹⁶ Roest, in: *T&C Burgerlijk Wetboek 2019*, art. 2:11 BW, aant. 2; Hanegraaf 2017, p. 52.

¹⁷ *Kamerstukken II 1980/81*, 16 631, nr. 3, p. 1.

¹⁸ *Kamerstukken II 1980/81*, 16 631, nr. 3, p. 2.

¹⁹ Zie art. 2:67/178 BW;

Kamerstukken II 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 1.

²⁰ *Kamerstukken II 1980/81*, 16 631, nr. 2, p. 1.

bestuurder ook een rechtspersoon is, kijkt 2:4a BW (oud) ook door die tweedegraads rechtspersoon-bestuurder heen, totdat een natuurlijk persoon als bestuurder in beeld komt die aansprakelijk kan worden gesteld.²¹ De toenmalige Minister van Justitie, Korthals Altes (hierna: Minister) heeft toegelicht dat art. 2:4a (oud) een algemene regel betreft²² die in alle wettelijke gevallen van aansprakelijkheid toepasselijk kan zijn. Daarbij werd bevestigd dat art. 2:4a (oud) BW ook van toepassing kan zijn bij bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:138/2:248 BW.²³ Het gaat bij art. 2:138/2:248 BW om hoofdelijke aansprakelijkheid: elke bestuurder kan aansprakelijk worden gesteld voor het boedelttekort²⁴.²⁵ Tevens werd bevestigd dat zowel de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder als de tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder een beroep op disculpatie toekomt ingevolge art. 2:138/2:248 lid 3 BW.²⁶ Hieruit blijkt dat art. 2:4a (oud) BW op zichzelf geen “aansprakelijkheidsnorm” behelst.²⁷ Zowel de aansprakelijkstelling zelf als het beroep tot disculpatie blijft gegrond op art. 2:138/2:248 BW.

Art. 2:4a (oud) BW is in 1987 bij de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW, zesde gedeelte, verplaatst naar artikel 2:11 BW en de woorden ‘of commissaris’ zijn vervallen.²⁸ Het huidige art. 2:11 BW fungeert in de woorden van Hanegraaf “als een doorgeefluik van aansprakelijkheid”.²⁹ De daadwerkelijke aansprakelijkstelling is steeds gebaseerd op de wettelijke gronden voor aansprakelijkheid, zoals art. 2:138/2:248 BW. Op basis van art. 2:11 BW wordt deze aansprakelijkheid slechts doorgeschakeld naar de tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder.³⁰

De vraag resteert hoe art. 2:11 BW en art. 2:138/2:248 BW zich verhouden tot buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurders. Het is opmerkelijk dat er in de wetsgeschiedenis hierover weinig aandacht is besteed. De Minister heeft volstaan met de opmerking: “*Dat buitenlandse rechtspersonen als bestuurders zouden fungeren van buitenlandse rechtspersonen of van Nederlandse rechtspersonen lijkt niet zeer waarschijnlijk, aangezien de meeste*

²¹ *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 3.

²² In een Memorie van Antwoord was de vraag gesteld waarom de tekst van art. 2:4a (oud) BW niet als een nieuw lid bij art. 2:8 BW was toegevoegd, zie *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 18.

²³ *Kamerstukken I* 1985/86, 16 631, nr. 27b, p. 22.

²⁴ Mits er aan de vereisten wordt voldaan, zie voetnoot 12.

²⁵ Hanegraaf 2017, p. 73;

Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 207.

²⁶ *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 18;

Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 9, p. 15.

²⁷ Hanegraaf 2017, p. 68.

²⁸ *Kamerstukken II* 1987/88, 17 725, nr. 14, p. 2, 7.

²⁹ Hanegraaf 2017, p. 83.

³⁰ Lennarts 2017, par. 3.

buitenlandse rechtsstelsels de figuur van de rechtspersoon-bestuurder niet kennen^{31, 32}. Als het onwaarschijnlijke geval zich zou voordoen en de buitenlandse rechtspersoon-bestuurder geen verhaal zou bieden, zou volgens de Minister “kunnen worden getracht het tegen deze rechtspersoon verkregen veroordelende vonnis ten uitvoer te leggen in het buitenland” op grond van het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van 21 september 1968³³ (hierna: EEX-Verdrag).³⁴

2.3. Tussenconclusie

Uit de wetsgeschiedenis blijkt ondubbelzinnig dat art. 2:11 BW van toepassing kan zijn bij aansprakelijkstelling op grond van art. 2:138/2:248 BW. Echter, niet ondubbelzinnig blijkt of een vordering ex 2:11 jo. 2:138/2:248 BW kan worden ingesteld jegens een buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder.

Art. 2:11 en 2:138/2:248 BW zijn geïntroduceerd om enerzijds de taak van de curator te vergemakkelijken indien de benadeling van schuldeisers te wijten is aan verwaarlozing van de bestuurstaak en anderzijds om misbruik van rechtspersoonlijkheid tegen te gaan. Daarnaast is in de wetsgeschiedenis ook onderschreven dat de doorbraak voortduurt tot een natuurlijk persoon als bestuurder wordt bereikt. Indien art. 2:11 BW beperkt zou zijn tot de Nederlandse grens, zou dit de taak van de curator kunnen bemoeilijken als de tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder in het buitenland is gevestigd. Dientengevolge kan de uiteindelijke natuurlijke persoon als bestuurder niet worden bereikt.³⁵ In de wetsgeschiedenis is benadrukt dat het onwaarschijnlijk is dat een buitenlandse rechtspersoon bestuurder zou zijn van een Nederlandse rechtspersoon. Dientengevolge is de mogelijke aansprakelijkstelling van de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder op grond van art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW onbehandeld gebleven. Echter, de mogelijke aansprakelijkstelling van een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder op grond van art. 2:11 en 2:138/2:248 BW wordt ook niet ontkend. Aangezien uit de wetsgeschiedenis duidelijk blijkt dat art. 2:11 BW doorbreekt naar de uiteindelijke natuurlijke bestuurder, en de Minister voor de tenuitvoerlegging van een vonnis

³¹ Hier wordt verwezen naar de mogelijke doorbraak van aansprakelijkheid naar een buitenlandse bestuurder via een met art. 2:4a (oud) vergelijkbare regel naar buitenlands recht. Deze mogelijkheid wordt in dit onderzoek niet verder behandeld. Zie hieromtrent bijvoorbeeld Arons, *Ondernemingsrecht* 2018/3, par. 4.1.

³² *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 9, p. 16.

³³ Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEU* nr. L 299 van 31-12-1972.

³⁴ *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 9, p. 16;

Lennarts 2017, par. 4.3.1.

³⁵ Hanegraaf 2017, p. 227.

jegens een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder terstond heeft verwezen naar het EEX-verdrag, kan mogelijkterwijs bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement wel doorbreken naar de buitenlandse – tweedegraads – (rechtspersoon-)bestuurder. In ieder geval kan niet uit de wetsgeschiedenis worden geconcludeerd dat een vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW niet kan doorbreken naar de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder. Ook past het juist binnen de doelstellingen van de Derde Misbruikwet dat een vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW wel kan doorbreken naar de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder.

3. Interpretatie door de Hoge Raad

3.1. Inleiding

Naast de vraag hoe art. 2:11 BW zich verhoudt tot bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:138/2:248 BW jegens de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder vanuit de wetsgeschiedenis, is het belangrijk te bezien hoe de Hoge Raad kijkt naar dit vraagstuk. De Hoge Raad heeft voor het eerst uitspraak gedaan over een vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW jegens een buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder in het *D Group*-arrest.³⁶ Het *D Group*-arrest en het daarop voortbouwende *MyGuide*-arrest zijn de meest relevante arresten voor onderhavig onderzoek en zullen derhalve in de volgende paragrafen worden behandeld.

3.2. HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1408 (*D Group*)

In het *D Group*-arrest werd het Belgische *D Group Europe N.V.* (hierna: *D Group*) aansprakelijk gesteld door de curator van het Nederlandse *VIT Freight Service B.V.* (hierna: *VIT*), [*A*] *B.V.* (hierna: *A*) en *Techno D Service B.V.* (hierna: *Techno*). *D Group* was bestuurder van het failliete Nederlandse *D Freight Group B.V.* (hierna: *D Freight*), die op haar beurt weer bestuurder was van *VIT*, *A* en *Techno*. De curator vorderde vergoeding van de boedeltekorten op grond van art. 2:248 lid 2 jo art. 2:10 en 2:394 BW in verbinding met 2:248 lid 1 BW. In cassatie was het de vraag of art. 2:11 BW kon doorbreken naar *D Group* als buitenlandse tweedegraads rechtspersoon-bestuurder van *VIT*, *A* en *Techno*.³⁷

De Hoge Raad overwoog dat ingevolge art. 3, aanhef en onder e, Wet conflictenrecht corporaties (hierna: *WCC*) (oud)³⁸ het op *D Group* toepasselijke recht de vraag beheerst “*wie uit hoofde van een bepaalde hoedanigheid zoals die van bestuurder, naast de corporatie aansprakelijk is*”. Als incorporatierecht van *D Freight* was Nederlands recht van toepassing op de aansprakelijkheid van *D Group*.³⁹ Het incorporatierecht waar de Hoge Raad naar verwees impliceert dat de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de corporatie, in casu *D Freight*, waarvan de aansprakelijkgestelden bestuurder zijn. Het toepasselijke recht is “*het recht van de staat op wiens grondgebied die corporatie is gevestigd en naar welks recht zij is ingericht*” ingevolge art. 2⁴⁰ jo. 3 *WCC* (oud).⁴¹ Omdat Nederlands recht

³⁶ *RO* 2011/38, onder wenk.

³⁷ HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1408 (*D Group*), r.o. 3.1-3.3, 4.1.1.

³⁸ Thans omgezet naar art. 10:119 aanhef en onder e BW.

³⁹ HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1408 (*D Group*), r.o. 4.1.3.

⁴⁰ Thans omgezet naar art. 10:118 BW.

⁴¹ Concl. A-G P. Vlas, ECLI:NL:PHR:2011:BP1408, bij HR 18 maart 2011 ECLI:NL:HR:2011:BP1408 (*D Group*), par. 2.2.

van toepassing was op D Freight was ook art. 2:11 BW van toepassing op de bestuurdersaansprakelijkheid van D Group. Dat D Group zelf was opgericht naar Belgisch recht deed hieraan geen afbreuk.⁴² Vervolgens stelde de Hoge Raad: “Dit laat onverlet [...], dat de vennootschapsrechtelijke verhoudingen tussen D Group en háár bestuurder(s), worden beheerst door Belgisch recht als het incorporatierecht van D Group.”⁴³ Nu D Group een vennootschap is, opgericht naar Belgisch recht, is Belgisch recht als incorporatierecht van toepassing op D Group en haar bestuurders.⁴⁴

Uit het *D Group*-arrest blijkt dat een vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW jegens een buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder kan worden ingesteld op grond van de incorporatieleer in art. 2 jo. 3 aanhef en onder e WCC (oud), tegenwoordig neergelegd in art. 10:118 en 10:119 aanhef en onder e BW, mits de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder een Nederlandse rechtspersoon is. In die zin is de doorwerking van art. 2:11 BW beperkt.⁴⁵ In de literatuur is de argumentatie van de Hoge Raad op grond van het incorporatierecht logisch en terecht geacht,⁴⁶ maar er zijn ook kanttekeningen bij geplaatst. Zo is opgemerkt dat de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW het faillissementsrecht betreft. Dientengevolge zou voor beantwoording van die vraag niet teruggevallen moeten worden op het incorporatierecht, maar op de Insolventieverordening 2000, respectievelijk de Insolventieverordening 2015.⁴⁷

3.3. HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958 (*MyGuide*)

In het *MyGuide*-arrest heeft de Hoge Raad voortgebouwd op haar uitspraak in *D Group*. In 2008 werd het Nederlandse My Guide (Nederland) BV (hierna: MyGuide) failliet verklaard. In 2007 was RG-Zwitserland bestuurder van MyGuide, en in 2008 werd dit MyGuide-Zwitserland, beide opgericht naar Zwitsers recht en beide bestuurd door Pieper, een natuurlijk persoon wonende te Monaco. De curator van het failliete MyGuide stelde Pieper aansprakelijk voor het boedeltekort als bestuurder van de rechtspersoon-bestuurders RG-Zwitserland en MyGuide-Zwitserland op grond van art. 2:11 jo. 2:248 lid 1 en 2 BW en 2:10 BW.⁴⁸ Ingevolge art. 392 Rv werd de prejudiciële vraag gesteld of de vordering kon worden ingesteld jegens de

⁴² Concl. A-G P. Vlas, ECLI:NL:PHR:2011:BP1408, bij HR 18 maart 2011, par. 2.5.

⁴³ HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1408 (*D Group*), r.o. 4.1.3.

⁴⁴ Concl. A-G P. Vlas, ECLI:NL:PHR:2011:BP1408, bij HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1408 (*D Group*) par. 2.5.

⁴⁵ Assink, *Ondernemingsrecht* 2011/71, par. 2.

⁴⁶ Assink, *Ondernemingsrecht* 2011/71, par. 2;
Van Solinge, *JOR* 2011/144, par. 6.

⁴⁷ *RO* 2011/38, onder wenk;

RI 2011/78, onder wenk.

⁴⁸ Rb 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY9479 (*MyGuide*), r.o. 2.1-2.7, 3.1.1, 4.2.

buitenlandse eerstegraads rechtspersoon-bestuurder en de buitenlandse tweedegraads bestuurder van een Nederlandse failliete rechtspersoon.⁴⁹

De A-G was van mening dat de zaak zich niet leende voor inhoudelijke behandeling omdat het antwoord op de rechtsvraag gevonden kon worden in het *D Group*-arrest.⁵⁰ De Hoge Raad gaf toch een uiteenzetting van de toepasselijke leerstukken. Eerst herhaalde de Hoge Raad haar overwegingen uit het *D Group*-arrest inzake het incorporatierecht op grond van art. 3 aanhef en onder e WCC (oud). Vervolgens overwoog de Hoge Raad dat op grond van art. 2:11 BW de aansprakelijkheid van de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder hoofdelijk rust op de tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder. Als deze ook een rechtspersoon is, is daarvan de bestuurder weer aansprakelijk op grond van art. 2:11 BW. Voor toepassing van art. 2:11 BW op buitenlandse (rechtspersoon-)bestuurder moet volgens de Hoge Raad worden teruggevallen op het Nederlands internationaal privaatrecht, waarvan de toepasselijke regel het huidige art. 10:119 aanhef en onder e, BW is. “Daaruit volgt dat een bestuurder slechts op grond van art. 2:11 BW aansprakelijk kan worden gehouden, indien de door hem bestuurde aansprakelijke rechtspersoon-bestuurder een Nederlandse rechtspersoon is.”⁵¹ De Hoge Raad ging daarmee niet in op de prejudiciële vraag,⁵² alhoewel zij al impliciet antwoord had gegeven.

In tegenstelling tot het *D Group*-arrest, waren in het *MyGuide*-arrest de eerstegraads en tweedegraads rechtspersoon-bestuurder een buitenlandse rechtspersoon. Art. 2:11 BW kan volgens de Hoge Raad niet doorbreken tot de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder indien de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder ook een buitenlandse rechtspersoon is.

In het *MyGuide*-arrest is nogmaals gehoor gegeven aan de overtuiging in de literatuur dat art. 2:11 BW niet van toepassing is op een buitenlandse rechtsverhouding^{53, 54}. Indien art. 2:11 BW ongelimiteerd zou gelden, zou dit een onwenselijke situatie kunnen opleveren. Dan kunnen buitenlandse (rechtspersoon-)bestuurders ongelimiteerd geconfronteerd worden met art. 2:11 BW.⁵⁵ Daarentegen is er bij het *MyGuide*-arrest op gewezen dat een beperkte toepasselijkheid van art. 2:11 BW op buitenlandse rechtsverhoudingen haaks zou staan op de gedachte voor de

⁴⁹ Rb 's-Hertogenbosch, 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY9479 (*MyGuide*), r.o. 4.6.

⁵⁰ Concl. A-G Vlas, ECLI:PHR:2013:CA3958, bij HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958, par. 1.6.

⁵¹ HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958 (*MyGuide*), r.o. 3.3-3.4.

⁵² HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958 (*MyGuide*), r.o. 4.

⁵³ De verhouding tussen de buitenlandse eerstegraads rechtspersoon-bestuurder en de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder die op basis van het incorporatierecht beheerst wordt door buitenlands recht.

⁵⁴ Verhagen, *JOR* 2013/238, par. 4.

⁵⁵ Assink, *JOR* 2013/3, par. 6a.

invoering van de Derde Misbruikwet. Doordat art. 2:11 BW niet van toepassing is op de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder omdat de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder ook een buitenlandse rechtspersoon is, gaat de tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder aansprakelijkheid eenvoudig uit de weg.⁵⁶ In dit kader stelde Verhagen bij het *MyGuide*-arrest: “Door dit zonder uitzondering toe te staan zou de doelstelling van art. 2:11 BW eenvoudig kunnen worden gefrustreerd. In dit verband is de vanzelfsprekendheid opmerkelijk waarmee de Advocaat-Generaal en de Hoge Raad art. 2:11 BW ongekwalificeerd onderbrengen bij art. 10:119 sub e BW.”⁵⁷

3.4. Tussenconclusie

Met het *D Group*- en *MyGuide*-arrest heeft de Hoge Raad vastgesteld hoe art. 2:11 BW zich verhoudt tot aansprakelijkheid ex art. 2:138/2:248 BW jegens een buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder. Namelijk, op basis van de incorporatieleer kan de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW wel doorbreken naar de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder indien de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder een Nederlandse rechtspersoon is, maar niet indien de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder een buitenlandse rechtspersoon is.

Eenzijds is er in de literatuur aangesloten bij de interpretatie van de Hoge Raad en is gesteld dat de gelimiteerde toepasselijkheid van art. 2:11 BW op buitenlandse (rechtspersoon-)bestuurders zou bijdragen aan de rechtszekerheid. Anderzijds worden er in de literatuur kritische kanttekeningen geplaatst bij het *D Group*- en *MyGuide*-arrest. Zo zouden de rechtsvragen in het *D Group*- en *MyGuide*-arrest niet beantwoord moeten worden aan de hand van art. 2 jo. 3 aanhef en onder e WCC (oud), thans art. 10:118 jo. 10:119 aanhef en onder e BW, maar aan de hand van de Insolventieverordening 2000, respectievelijk de Insolventieverordening 2015. Ook zou de interpretatie van de Hoge Raad in het *D Group*- en *MyGuide*-arrest de doelstellingen van art. 2:11 BW frustreren.

Mijn inziens is deze kritiek terecht. Allereerst is het opmerkelijk dat de A-G en de Hoge Raad in het *D Group*- en *MyGuide*-arrest niet zijn teruggevallen op de wetsgeschiedenis bij art. 2:11 BW. Dit is notabel omdat de A-G in het *D Group*-arrest in het kader van een andere rechtsvraag wel is teruggevallen op de wetsgeschiedenis.⁵⁸ Daarnaast heeft de curator in het *MyGuide*-arrest zijn

⁵⁶ Bulten, *Ondernemingsrecht* 2014/9, par. 2; Hanegraaf 2017, p. 253.

⁵⁷ Verhagen, *JOR* 2013/238, par. 4.

⁵⁸ Deze rechtsvraag is verder irrelevant voor onderhavig onderzoek en derhalve buiten beschouwing gelaten; Concl. A-G P. Vlas, ECLI:NL:PHR:2011:BP1408, bij HR 18 maart 2011 ECLI:NL:HR:2011:BP1408, par. 2.9.

argumentatie onder andere gebaseerd op de doelstelling van art. 2:11 BW.⁵⁹ Nergens in de conclusies van de A-G en in de overwegingen van de Hoge Raad is terug te lezen over misbruik van rechtspersoonlijkheid en de vergemakkelijking van de taak van de curator als doelstellingen van art. 2:11 BW respectievelijk art. 2:138/2:248 BW. De interpretatie in het *D Group*-arrest sluit weliswaar aan bij het voorkomen van misbruik van rechtspersoonlijkheid doordat art. 2:11 jo. art. 2:138/2:248 BW wel doorbreekt naar een buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder via de Nederlandse eerstegraads rechtspersoon-bestuurder. Echter, door de argumentatie te baseren op de incorporatieleer in art. 2 jo. 3 aanhef en onder e WCC (oud), thans art. 10:118 jo. 10:119 aanhef en onder e BW, is het buitenlands recht van toepassing op de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder indien ook de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder is. In die context ontloopt de uiteindelijke buitenlandse bestuurder aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW door het tussenschuiven van een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder. Die interpretatie van art. 2:11 BW staat haaks op de doelstellingen van de Derde Misbruikwet.

Daarnaast is het opmerkelijk hoe eenvoudig de A-G en de Hoge Raad in het *D Group*- en het *MyGuide*-arrest voor beantwoording van de rechtsvragen hebben aangesloten bij art. 2 jo. 3 aanhef en onder e WCC (oud), thans art. 10:118 jo. 10:119 aanhef en onder e BW. Er is op basis van de conclusies van de A-G en de overwegingen van de Hoge Raad niet te achterhalen waarom de Insolventieverordening 2000, respectievelijk de Insolventieverordening 2015, niet van toepassing is bij de doorbraak van bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement jegens de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder.⁶⁰ Dit is te meer opmerkelijk omdat regelgeving van de Europese Unie (hierna: EU) voorrang heeft boven het Nederlandse internationaal privaatrecht,⁶¹ hetgeen tevens gecodificeerd is in art. 10:1 BW.⁶² In de conclusies van de A-G en de overwegingen van de Hoge Raad bij *D Group* en *MyGuide* is hieraan voorbijgegaan.

⁵⁹ Rb 's-Hertogenbosch, 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY9479 (*MyGuide*), r.o. 3.3.

⁶⁰ RO 2011/38, onder wenk;

RI 2011/78, onder wenk.

⁶¹ HvJ EG 15 juli 1964, C-6/64, ECLI:EU:C:1064:66 (*Costa/ENEL*).

⁶² Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat de WCC een aan art. 10:1 BW gelijke bewoording niet kende. Art. 10:1 BW is echter een codificatie van het beginsel van het primaat van EU-recht, bekrachtigd in onder meer HvJ EG 15 juli 1964, C-6/64, ECLI:EU:C:1064:66 (*Costa/ENEL*). In dit kader heeft Vonken opgemerkt dat art. 10:1 BW overbodig is, zie Vonken, in: *T&C Burgerlijk Wetboek 2019*, commentaar op art. 10:1 BW.

4. Art. 6 Insolventieverordening 2015: rechterlijke bevoegdheid inzake verwante insolventievorderingen

4.1. Inleiding

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal in hoeverre de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW kwalificeert als verwante insolventievordering op grond van art. 6 Insolventieverordening 2015. Als dat het geval is kan, indien de insolventieprocedure door de Nederlandse rechter is geopend op grond van art. 3 Insolventieverordening 2015, de Nederlandse rechter op grond van art. 6 Insolventieverordening 2015 ook kennisnemen van de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW jegens de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder. Om deze vraag te beantwoorden zal eerst worden gekeken naar de wetsgeschiedenis bij art. 6 Insolventieverordening 2015. Vervolgens zal ook gekeken worden naar de interpretatie van art. 6 Insolventieverordening 2015 door het HvJEU.

Een paar inhoudelijke opmerkingen vooropgesteld. Kenmerkend voor de Insolventieverordening 2015 is dat deze slechts van toepassing is op schuldenaren waarvan het centrum van voornaamste belangen (hierna: COMI) in de EU ligt,⁶³ dat wil zeggen *“de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert en die als zodanig voor derden herkenbaar is”*.⁶⁴ Als het COMI niet in een EU-lidstaat ligt, moet er worden teruggevallen op de nationale regels van internationaal privaatrecht om te bepalen of de rechter bevoegd is de insolventieprocedure te openen.⁶⁵ Als het COMI wel in een EU-lidstaat ligt, is de rechter van die EU-lidstaat bevoegd de insolventieprocedure te openen.⁶⁶ De opening van de insolventieprocedure heeft zonder enige aanvullende formaliteit gevolgen in alle andere EU-lidstaten.⁶⁷ Daarnaast kunnen secundaire procedures worden geopend in een andere EU-lidstaat waar de schuldenaar een vestiging heeft. De secundaire procedure blijft beperkt tot goederen van de schuldenaar die zich in die EU-lidstaat bevinden.⁶⁸

De rechter van de EU-lidstaat die op grond van art. 3 Insolventieverordening 2015 bevoegd is de insolventieprocedure te openen, is ingevolge art. 6 Insolventieverordening 2015 tevens bevoegd kennis te nemen van *“alle vorderingen die rechtstreeks uit de insolventieprocedure voortvloeien*

⁶³ Overweging 25 van considerans bij Insolventieverordening 2015.

⁶⁴ Art. 3 lid 1 Insolventieverordening 2015;
Van Galen, *Ondernemingsrecht* 2001, par. 2.1.;
Virgós/Schmit rapport, par. 75.

⁶⁵ Veder & Van den Berg, in: *T&C Insolventierecht 2019*, Insolventieverordening (herschikking), inleidende opmerkingen, par 5.

⁶⁶ Art. 3 lid 1 Insolventieverordening 2015.

⁶⁷ Art. 20 lid 1 Insolventieverordening 2015.

⁶⁸ Overweging 23 van de considerans bij Insolventieverordening 2015;
Art. 3 lid 2 en 3 Insolventieverordening 2015.

en er nauw verband mee houden, zoals vorderingen tot nietigverklaring” (hierna: verwante insolventievordering).⁶⁹

4.2. Wetsgeschiedenis en considerans

In 1968 is het EEX-Verdrag⁷⁰ inzake de rechterlijke bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen tot stand gekomen. Faillissementen, akkoorden en andere soortgelijke procedures waren van het EEX-Verdrag uitgesloten.⁷¹ Teneinde een regeling voor deze uitgezonderde procedures te coördineren⁷² is getracht een insolventieverdrag te ontwerpen. Uiteindelijk werd de tekst van het insolventieverdrag niet door alle lidstaten ondertekend en is het verdrag in 2000 omgezet naar de Insolventieverordening 2000.⁷³

De Insolventieverordening 2000 streeft tot *“verwezenlijking van een goede werking van de interne markt door efficiënte en doeltreffende grensoverschrijdende insolventieprocedures”*⁷⁴ en de *“coördinatie van de maatregelen die ten aanzien van het vermogen van een insolvente schuldenaar worden getroffen”*. Daarnaast strekt de Insolventieverordening 2000 tot het *“verhindere dat er prikkels voor partijen bestaan om ter verbetering van hun rechtspositie geschillen of goederen van de ene lidstaat naar de andere over te brengen (forumshopping)”*. De Insolventieverordening 2000 bevat *“uniforme conflictregels”* die in de plaats treden van nationale regels van internationaal privaatrecht.⁷⁵

In overweging 6 van de considerans bij de Insolventieverordening 2000 is een bepaling opgenomen ter beoordeling of een procedure of vordering onder de werkingssfeer van de EEX-Verordening valt⁷⁶ of onder de Insolventieverordening 2000⁷⁷: De Insolventieverordening 2000 mag *“alleen voorschriften behelzen tot regeling van de rechterlijke bevoegdheid inzake de opening van een insolventieprocedure en de beslissingen die rechtstreeks uit een*

⁶⁹ Art. 6 lid 1 Insolventieverordening 2015.

⁷⁰ Later is deze omgezet naar Verordening (EG) 44/2001 en vervolgens herzien in Verordening (EU) 1215/2012 (EEX-Verordening).

⁷¹ Virgós/Schmit rapport, par. 3;

Wessels 2017, nr. 10427;

Overweging 7 van de considerans bij Insolventieverordening 2015.

⁷² Wessels 2017, nr. 14031.

⁷³ Van Galen, *Ondernemingsrecht* 2001, par. 1.

⁷⁴ Van Apeldoorn & De Man 2006, p. 23.

⁷⁵ Overweging 2, 3, 4 en 23 van considerans bij Insolventieverordening 2000.

⁷⁶ De EEX-verordening is van toepassing op burgerlijke en handelszaken. Indien de EEX-verordening van toepassing is kan een verweerder slechts worden opgeroepen voor de rechter van de EU-lidstaat waar hij woont. Voor een rechtspersoon is dit de plaats waar zij de statutaire zetel heeft, zie Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 4 Brussel I-bis, aant. 1 en 4.

⁷⁷ Berends 2017, p. 85.

insolventieprocedure voortvloeien en daarmee nauw samenhangen".⁷⁸ Echter, in art. 3 Insolventieverordening 2000 inzake internationale rechterlijke bevoegdheid, was deze bepaling niet terug te vinden.⁷⁹ Daarmee was het onduidelijk welke vorderingen of procedures vielen onder de Insolventieverordening 2000 en wanneer. De afbakening tussen de Insolventieverordening 2000 en de EEX-Verordening⁸⁰ was daarom omstrede.⁸¹

In 2012 heeft er een evaluatie van de Insolventieverordening 2000 plaatsgevonden.⁸² Daaruit bleek onder andere dat de toepassing van art. 3 Insolventieverordening 2000 *forumshopping* niet kon verhinderen doordat het COMI gewoonweg werd verplaatst.⁸³ Dientengevolge is de Insolventieverordening 2000 herzien en omgezet naar de Insolventieverordening 2015.⁸⁴ De Insolventieverordening 2015 bevat meer waarborgen om "*op frauduleuze of oneigenlijke gronden gebaseerde*"⁸⁵ forumshopping te voorkomen.⁸⁶ Daarnaast benadrukten academici dat de bepaling opgenomen in overweging 6 bij de considerans van de Insolventieverordening 2000 vastgelegd moest worden in een eigen artikel.⁸⁷ Daarom is in de Insolventieverordening 2015 een nieuw art. 6 opgenomen omtrent de bevoegdheid inzake vorderingen die rechtstreeks voortvloeien uit een insolventieprocedure en er nauw mee verband houden. Zodoende vallen alle vorderingen die uitgezonderd zijn van de EEX-Verordening, onder de Insolventieverordening 2015.⁸⁸ Ook beslissingen omtrent deze verwante insolventievorderingen worden zonder formaliteiten erkend.⁸⁹

4.3. Tussenconclusie

In hoeverre kwalificeert de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW als een verwante insolventievordering ingevolge art. 6 Insolventieverordening 2015, gezien vanuit de wetsgeschiedenis? Wat opvalt uit de wetsgeschiedenis en considerans is dat de

⁷⁸ Overweging 6 van de considerans bij de Insolventieverordening 2000.

⁷⁹ Veder & Van den Berg, in: *T&C Insolventierecht 2019*, Insolventieverordening (herschikking), art. 6 par. 1.

⁸⁰ Zie voetnoot 70.

⁸¹ *Heidelberg-Luxembourg-Vienna* rapport, p. 166.

⁸² Art. 46 Insolventieverordening 2000; Wessels 2017, nr. 10425q.

⁸³ Wessels 2017, nr. 10425s.

⁸⁴ De Insolventieverordening 2015 is van toepassing op insolventieprocedures geopend na 26 juni 2017. De Insolventieverordening 2000 blijft van toepassing op insolventieprocedures geopend voor 26 juni 2017 en rechtshandelingen verricht door de failliete rechtspersoon voor 26 juni 2017, zie art. 84 Insolventieverordening 2015.

⁸⁵ Zo was "*op frauduleuze of oneigenlijke gronden gebaseerde*" niet opgenomen in de considerans bij de Insolventieverordening 2000.

⁸⁶ Overweging 29 van considerans bij de Insolventieverordening 2015.

⁸⁷ Wessels 2017, nr. 10622r.

⁸⁸ Overweging 7 bij de considerans van de Insolventieverordening 2015.

⁸⁹ Art. 32 lid 1 Insolventieverordening 2015.

Insolventieverordening 2000, respectievelijk Insolventieverordening 2015, frauduleuze of oneigenlijke vormen van forumshopping tracht te verhinderen. In dit kader valt de doorbraak van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW jegens een buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder als verwante insolventievordering binnen het doel van de Insolventieverordening 2000 en de Insolventieverordening 2015. Indien de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW jegens de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder niet onder art. 6 Insolventieverordening 2015 zou vallen, zou dit forumshopping in de hand kunnen werken. Een tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder zou zijn COMI naar een andere EU-lidstaat kunnen verplaatsen en vervolgens, enkel omdat hij gevestigd is in een andere EU-lidstaat, bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW ontlopen.

Omtrent de afbakening tussen de EEX-Verordening en Insolventieverordening 2015 is het van belang op te merken dat indien de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW niet kwalificeert als verwante insolventievordering ingevolge art. 6 Insolventieverordening 2015, zij onder de werkingssfeer van de EEX-Verordening valt.⁹⁰ Dan kan de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW jegens de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder slechts worden aangebracht bij de gerechten van de EU-lidstaat waar hij zijn woonplaats of statutaire zetel heeft.⁹¹ Het toepasselijk recht wordt dan bepaald aan de hand van de conflictrechtelijke regel van die EU-lidstaat.⁹²

Daarnaast blijkt dat de bepalingen in de Insolventieverordening 2015 gelden als *lex specialis* inzake de “*rechterlijke bevoegdheid en erkenning en tenuitvoerlegging met betrekking tot insolventieprocedures en rechtstreeks daaruit voortvloeiende en daarmee nauw samenhangende vorderingen*”.⁹³ De Insolventieverordening 2015 heeft voorrang boven de nationale regels van internationaal privaatrecht van EU-lidstaten.⁹⁴ Dat betekent dat indien een vordering ex 2:11 jo. 2:138/2:248 BW kwalificeert als verwante insolventievordering onder art. 6 Insolventieverordening 2015, de Nederlandse regels van internationaal privaatrecht, gecodificeerd in boek 10 BW, niet van toepassing zijn. De Insolventieverordening 2015 gaat als

⁹⁰ Zie voetnoot 88.

⁹¹ Zie voetnoot 76.

⁹² Bartels, *Bb* 2019/66, onder Eerste Factor.

⁹³ Polak, *NJ* 2012/309, par. 6;

Zie ook Nijens, *TvI* 2019/34, par. 3.5 voor de Insolventieverordening als *lex specialis*.

⁹⁴ Overweging 66 Insolventieverordening 2015;
Overweging 23 Insolventieverordening 2000.

lex specialis voor op de regels neergelegd in boek 10 BW. Dit wordt ook in art. 10:1 BW benadrukt.⁹⁵

4.4. Interpretatie door het HvJEU

In deze paragraaf wordt gekeken naar de interpretatie van het HvJEU bij art. 6 Insolventieverordening 2015. Veel arresten in dit kader beantwoorden de vraag of een vordering onder de werkingssfeer van de EEX-Verordening valt, of hiervan uitgezonderd is.⁹⁶

A. Ouder jurisprudentie

In oudere jurisprudentie werd meer waarde gehecht aan het doel en de strekking van de Insolventieverordening 2000 en de vermeende verwante insolventievordering. In het *Seagon/Deko Marty*-arrest uit 2009 stond de vraag centraal of de faillissementspauliana onder de werkingssfeer van art. 3 Insolventieverordening 2000 viel. Nadat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJEG)⁹⁷ de doelstellingen van de Insolventieverordening 2000 neergelegd in overweging 2, 4 en 8 van de considerans had benadrukt, beoordeelde zij dat indien rechters uit verschillende EU-lidstaten bevoegdheid zouden uitoefenen inzake vorderingen op basis van de faillissementspauliana, het behalen van de doelstellingen zou worden gefrustreerd.⁹⁸ In het *German Graphics*-arrest uit 2009 werd de bepaling in overweging 6 van de considerans bij de Insolventieverordening 2000 verduidelijkt: het gaat daarbij om “*de intensiteit van het verband*” tussen de betreffende vordering en de insolventieprocedure.⁹⁹ Het HvJEG nam in overweging of de betreffende vordering haar grondslag had in het insolventierecht en achtte het daarbij relevant dat de desbetreffende procedure het optreden van de curator verlangde. De enkele betrokkenheid van de curator was niet voldoende om als verwante insolventieprocedure te kwalificeren.¹⁰⁰ In het *Jadecloud Vilma*-arrest uit 2012 stond opnieuw de faillissementspauliana centraal. In tegenstelling tot het *Seagon/Deko Marty*-arrest, was in *Jadecloud Vilma* de vordering op grond van de faillissementspauliana gecedeerd. Omdat de opbrengst uit de vordering niet ten bate van de gezamenlijke schuldeisers zou komen,

⁹⁵ Zie paragraaf 3.4.

⁹⁶ Overweging 7 van considerans bij de Insolventieverordening 2015.

⁹⁷ Oudere jurisprudentie is afkomstig van het HvJEG. Het HvJEG is omgezet naar het HvJEU bij de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, PbEU C 306/2007 in 2009.

⁹⁸ HvJ EG 12 februari 2009, C-339/07, ECLI:EU:C:2009:83 (*Seagon/Deko Marty*), r.o. 21-24.

⁹⁹ HvJ EG 10 september 2009, C-292/08 ECLI:EU:C:2009:544 (*German Graphics*), r.o. 29;

Polak, *NJ* 2010/541, par. 5.

¹⁰⁰ HvJ EG 10 september 2009, C-292/08 ECLI:EU:C:2009:544 (*German Graphics*), r.o. 31-33.

kwalificeerde de vordering niet als verwante insolventievordering, ook al had de vordering haar grondslag in het insolventierecht.¹⁰¹

B. HvJ EU 4 september 2014, C-157/13, ECLI:EU:C:2014:2145 (*Nickel & Goeldner*)

In het *Nickel & Goeldner*-arrest vorderde de curator betaling “*van een schuldvordering voor internationaal goederenvervoer*”. De prejudiciële vraag werd gesteld of deze vordering gekwalificeerd kon worden als een verwante insolventievordering onder de Insolventieverordening 2000, ook al was de betalingsverplichting ontstaan voor opening van de insolventieprocedure.¹⁰²

Het HvJEU stelde voorop dat overlapping van de Insolventieverordening 2000 en de EEX-Verordening “*en elk rechtsvacuüm*” moet worden vermeden en dat de bepaling in overweging 6 van de considerans bij de Insolventieverordening 2000 beperkt moet worden geïnterpreteerd.¹⁰³ Vanuit de uitkomsten in de arresten *Seagon/Deko Marty, German Graphics* en *JadecLOUD Vilma*, benadrukte het HvJEU dat het “*bij zijn beoordeling weliswaar rekening heeft gehouden met het feit dat [de vorderingen in die arresten] waren ingesteld naar aanleiding van een insolventieprocedure. Het is echter telkens nagegaan of de betrokken vordering haar oorsprong vond in het recht inzake insolventieprocedures dan wel in andere regels*”.¹⁰⁴ Daaruit leidde het HvJEU af dat voor de beoordeling of de desbetreffende vordering onder de werkingssfeer van de Insolventieverordening 2000 of de EEX-Verordening valt, de doorslaggevende factor de rechtsgrondslag van die vordering is en niet de procedurele context. De rechtsgrondslag wordt bepaald aan de hand van het “*recht of de verbintenis waarop de vordering is gebaseerd*”. Bij de toetsing achtte het HvJEU relevant dat de schuldeiser zelf de vordering aanhangig had kunnen maken voor aanvang van de insolventieprocedure. Het feit dat na aanvang van de insolventieprocedure de curator de vordering instelde namens de gezamenlijke schuldeisers, veranderde niets aan de rechtsgrondslag van de vordering. Daardoor hield de vordering niet rechtstreeks verband met de insolventieprocedure en hoefde niet te worden getoetst of deze eventueel wel samenhang met de insolventieprocedure.¹⁰⁵

Het *Nickel & Goeldner*-arrest verduidelijkt hoe bepaald moet worden of een vordering kwalificeert als verwante insolventievordering onder art. 3 Insolventieverordening 2000 in samenhang met overweging 6 van de considerans, thans het huidige art. 6

¹⁰¹ HvJ EU 19 april 2012, C-213/10, ECLI:EU:C:2012:215 (*JadecLOUD Vilma*), r.o. 38, 40, 43-44.

¹⁰² HvJ EU 4 september 2014, C-157/13, ECLI:EU:C:2014:2145 (*Nickel & Goeldner*), r.o. 19.

¹⁰³ HvJ EU 4 september 2014, C-157/13, ECLI:EU:C:2014:2145 (*Nickel & Goeldner*), r.o. 21-22.

¹⁰⁴ HvJ EU 4 september 2014, C-157/13, ECLI:EU:C:2014:2145 (*Nickel & Goeldner*), r.o.23-26.

¹⁰⁵ HvJ EU 4 september 2014, C-157/13, ECLI:EU:C:2014:2145 (*Nickel & Goeldner*), r.o. 27-30.

Insolventieverordening 2015. Ook wordt het tweeledige karakter benadrukt.¹⁰⁶ Voor de beoordeling of de desbetreffende vordering rechtstreeks samenhangt met de insolventieprocedure, het eerste deelcriterium, is de rechtsgrondslag van de vordering bepalend. De procedurele context van de vordering is hierbij irrelevant. De rechtsgrondslag moet zich bevinden in het insolventierecht om als verwante insolventievordering te kwalificeren. Indien de rechtsgrondslag zich bevindt in het burgerlijke en handelsrecht, komt men niet meer toe aan de vraag of de vordering nauw samenhangt met de insolventieprocedure, het tweede deelcriterium.

C. HvJEU 4 december 2014, C-295/13, ECLI:EU:C:2014:2410 (*H./H.K.*)

In het *H./H.K.*-arrest is een nuancering aangebracht ten opzichte van het *Nickel & Goeldner*-arrest. In *H./H.K.* vorderde de bewindvoerder vergoeding van geldbedragen die waren overgemaakt door de beheerder, wonende te Zwitserland, nadat de Duitse vennootschap G.T. insolvent was verklaard.¹⁰⁷ Het Duitse §64 GmbHG waarop de vordering was gebaseerd, regelt “*aansprakelijkheid van beheerders van een vennootschap*” die ook kan worden ingeroepen buiten een insolventieprocedure¹⁰⁸ en strekt tot schuldeisersbescherming.¹⁰⁹ De prejudiciële vraag werd gesteld of de Duitse rechter bevoegd was om kennis te nemen van de vordering als rechter van de EU-lidstaat waar de insolventieprocedure was geopend en of de vordering derhalve onder het bereik van art. 3 Insolventieverordening 2000 viel. Daarnaast werd ook de prejudiciële vraag gesteld of het voor de bevoegdheid onder art. 3 Insolventieverordening 2000 uitmaakte dat de verweerder gevestigd was in Zwitserland, een derde staat, die lid was van het Lugano II-Verdrag^{110, 111}

In lijn met *Nickel & Goeldner* stelde het HvJEU dat voor de kwalificatie van een vermeende verwante insolventievordering, er gekeken moet worden of de vordering haar rechtsgrondslag heeft in het insolventierecht.¹¹² Bij de toetsing constateerde het HvJEU eerst dat de vordering aanhangig is gemaakt in verband met een insolventieprocedure¹¹³ maar daarbij is volgens het HvJEU niet vereist dat een vordering uitsluitend aanhangig kan worden gemaakt wanneer een insolventieprocedure geopend is. Als een vordering slechts gebaseerd is op de “*materiële*

¹⁰⁶ Garcimartin, *Insolvency Intelligence* 1 (2018), par. 7.

¹⁰⁷ HvJ EU 4 december 2014, C-295/13, ECLI:EU:C:2014:2410 (*H./H.K.*), r.o. 2, 8-9.

¹⁰⁸ HvJ EU 4 december 2014, C-295/13, ECLI:EU:C:2014:2410 (*H./H.K.*), r.o. 15.

¹⁰⁹ Veder, *JOR* 2016/104, par. 3.

¹¹⁰ Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEU* 2009, L 147/5.

¹¹¹ HvJ EU 4 december 2014, C-295/13, ECLI:EU:C:2014:2410 (*H./H.K.*), r.o. 13.

¹¹² HvJ EU 4 december 2014, C-295/13, ECLI:EU:C:2014:2410 (*H./H.K.*), r.o. 17-18.

¹¹³ Veder, *JOR* 2016/103, par. 6.

insolventie van de schuldenaar”, betekent dit niet dat zij “niet rechtstreeks uit een insolventieprocedure voortvloeit of daar nauw mee samenhangt”.¹¹⁴ Oftewel: als een vordering ook aanhangig kan worden gemaakt buiten de “formele opening van een insolventieprocedure”, kan zij kwalificeren als een regel van insolventierecht.¹¹⁵ De vordering gebaseerd op §64 GmbHG “verplicht de beheerder van een vennootschap tot vergoeding van betalingen die hij voor rekening van die vennootschap heeft gedaan nadat deze insolvent was geworden”, en wijkt daarom volgens het HvJEU af van het burgerlijke en handelsrecht. Buiten het kader van een insolventieprocedure kan een vordering op grond van §64 GmbHG wel buiten de werkingssfeer van de Insolventieverordening 2000 vallen.¹¹⁶

Bij beantwoording van de tweede vraag concludeert het HvJEU dat art. 3 Insolventieverordening 2000 bepaalt dat de rechter die de insolventieprocedure heeft geopend, bevoegd is kennis te nemen van de verwante insolventievordering ingesteld door de bewindvoerder tegen de beheerder van de insolvente vennootschap, ook al woont deze niet in een EU-lidstaat maar in een land dat partij is bij het Lugano II-verdrag.¹¹⁷

De nuancering in *H./H.K.* ligt in de overweging dat als een vordering geen formele opening van de insolventieprocedure vereist, dit niet automatisch betekent dat zij haar rechtsgrondslag niet heeft in het insolventierecht, zolang de vordering maar wordt ingesteld “in het kader van een insolventieprocedure”. In het licht van het *H./H.K.*-arrest kan gesteld worden dat de rechter van de EU-lidstaat waar een vennootschap haar COMI heeft, kennis kan nemen van verwante insolventievorderingen jegens buitenlandse bestuurders.¹¹⁸ Het is hierbij niet vereist dat de verwante insolventievordering gebaseerd is op de insolventiewetgeving. Het Duitse §64 GmbHG is namelijk neergelegd in het Duitse vennootschapsrecht.¹¹⁹ Tevens geeft *H./H.K.* inzicht in het toepassingsbereik van de Insolventieverordening 2000. De rechter is namelijk bevoegd kennis te nemen van de verwante insolventievordering, ongeacht het land waar de bestuurder, thans beheerder, van de vennootschap gevestigd is of zijn woonplaats heeft.¹²⁰ In het licht van onderhavig onderzoek betekent dit dat zolang het COMI van een rechtspersoon in Nederland ligt, bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement kan doorbreken tot

¹¹⁴ HvJ EU 4 december 2014, C-295/13, ECLI:EU:C:2014:2410 (*H./H.K.*), r.o. 19-20, 22.

¹¹⁵ Veder, *JOR* 2016/103, par. 7.

¹¹⁶ HvJ EU 4 december 2014, C-295/13, ECLI:EU:C:2014:2410 (*H./H.K.*), r.o. 23, 25.

¹¹⁷ HvJ EU 4 december 2014, C-295/13, ECLI:EU:C:2014:2410 (*H./H.K.*), r.o. 34; Wessels 2017, nr. 10800h.

¹¹⁸ Van Koppen & Van Wessel, *Bb* 2016/32, onder Commentaar.

¹¹⁹ Veder, *JOR* 2015/104, par. 8.

¹²⁰ Veder, *JOR* 2016/103, par. 7-8.

(rechtspersoon-)bestuurders gevestigd waar ook ter wereld. Het is de vraag in hoeverre dit wenselijk is.¹²¹

D. HvJEU 20 december 2017, C-649/16, ECLI:EU:C:2017:986 (*Valach e.a.*).

In *Valach e.a.* was op grond van de Slowaakse insolventiewet een schuldc comité ingesteld dat optrad in belang van de gezamenlijke schuldeisers van het failliete VAV,¹²² een Slowaakse vennootschap. Het ingestelde schuldc comité wees een voorgesteld saneringsplan af, waardoor de faillissementsprocedure werd geopend. Dientengevolge leden aandeelhouders en handelspartners van VAV schade en dienden zij een aansprakelijkheidsvordering in tegen het schuldeiserscomité.¹²³ In *Valach e.a.* werd de prejudiciële vraag gesteld of deze vordering onder de uitzonderingen van de EEX-verordening viel.

Het HvJEU overwoog allereerst dat de Insolventieverordening 2000 en de EEX-Verordening op elkaar aansluiten en dat ‘burgerlijke en handelszaken’ ruim moeten worden opgevat. Vervolgens haalde het HvJEU overweging 6 van de considerans bij de Insolventieverordening 2000 aan en stelde dat *“alleen vorderingen die rechtstreeks uit een insolventieprocedure voortvloeien en daarmee nauw samenhangen”* uitgezonderd zijn van het EEX-verdrag. Bij het eerste deelcriterium van deze bepaling, of de vordering rechtstreeks uit een insolventieprocedure voortvloeit, is de rechtsgrondslag van de vordering doorslaggevend. Getoetst moet worden of de vordering voortvloeit uit de afwijkende insolventieregels of uit het reguliere burgerlijk en handelsrecht.¹²⁴ het HvJEU kwam tot een bevestigende conclusie bij het eerste deelcriterium. Hierbij was relevant dat afwijzing van het saneringsplan had geleid tot opening van de faillissementsprocedure en dat de aandeelhouders en handelspartners van de schuldenaar de vordering instelden. Het HvJEU overwoog dat de vordering ziet op de vaststelling *“of de leden van het schuldeiserscomité bij de afwijzing van het saneringsplan die tot de opening van de faillissementsprocedure heeft geleid, zijn tekortgeschoten in hun verplichting om in het gemeenschappelijke belang van alle schuldeisers te handelen”*. Die verplichting was vastgelegd in de Slowaakse insolventiewet. Dat bracht mee dat de vordering rechtstreeks voortvloeide uit de insolventieprocedure.¹²⁵

¹²¹ Deze kwestie zal in dit onderzoek niet verder behandeld worden, kortheidshalve verwijs ik naar Lennarts 2017, p. 182-183 en Assink/Slagter 2013, p. 276.

¹²² Schuijling, *JOR* 2018/133, par. 6.

¹²³ HvJ EU 20 december 2017, C-649/16, ECLI:EU:C:2017:986 (*Valach e.a.*), par. 12-20.

¹²⁴ HvJ EU 20 december 2017, C-649/16, ECLI:EU:C:2017:986 (*Valach e.a.*), par. 26-29.

¹²⁵ HvJ EU 20 december 2017, C-649/16, ECLI:EU:C:2017:986 (*Valach e.a.*), par. 30-36.

Bij het tweede deelcriterium, of de vordering nauw samenhangt met de insolventieprocedure, was volgens het HvJEU de “*intensiteit van het verband tussen een vordering in rechte en de insolventieprocedure*” bepalend. Bij de toetsing was van belang dat voor de aansprakelijkstelling de omvang van de verplichtingen van het schuldeiserscomité en de verenigbaarheid van het afwijzen van het saneringsplan moesten worden onderzocht. Dat onderzoek hield volgens het HvJEU “*rechtstreeks en nauw verband [...] met de insolventieprocedure*”.¹²⁶

Uit het *Valach e.a.*-arrest blijkt dat bij de beoordeling of voldaan is aan het tweede deelcriterium, de intensiteit van het verband tussen de desbetreffende vordering en de insolventieprocedure, bepalend is. Vergelijken met voorgaande arresten komt in *Valach e.a.* meer nadruk te liggen op de onderliggende plichten, namelijk dat het schuldeiserscomité had moeten handelen in het gemeenschappelijk belang van de schuldeisers. De onrechtmatige daad die centraal stond lag in het handelen van het schuldeiserscomité waarvan de taak vastgelegd was in de Slowaakse insolventiewet. Evenals in het *H./H.K.*-arrest was het in het *Valach e.a.*-arrest niet relevant dat de aansprakelijkheidsvordering zelf niet gegrond was op insolventiewetgeving maar op het Slowaakse burgerlijk wetboek. Voldoende was dat een op de insolventiewet gebaseerde verplichting was geschonden.¹²⁷ In dit kader concludeert Berends dat “*een vordering uit onrechtmatige daad die haar grondslag vindt in het burgerlijke recht of handelsrecht toch niet een vordering [is] die voortvloeit uit het burgerlijk of handelsrecht indien zij betrekking heeft op een gestelde schending van een insolventierechtelijke regel*”.¹²⁸

E. HvJEU 14 november 2018, C-296/17, ECLI:EU:C:2018:902 (*Wiemer & Trachte*)

Het *Wiemer & Trachte*-arrest zag op de terugbetaling van een geldbedrag dat de bestuurder van een Bulgaars filiaal van het failliete *Wiemer & Trachte*, opgericht naar Duits recht, zonder goedkeuring van de curator had overgedragen aan een derde. De prejudiciële vraag werd gesteld of de bevoegdheid ten aanzien van de verwante insolventievordering – *in casu* de *actio pauliana* - onder art. 3 Insolventieverordening 2000 exclusief was.¹²⁹

Het HvJEU overwoog eerst dat op grond van art. 3 Insolventieverordening 2000 opening van de insolventieprocedure onder de exclusieve bevoegdheid valt van de rechter van de EU-lidstaat waar het COMI ligt. Art. 3 Insolventieverordening 2000 moet zo geïnterpreteerd worden dat de rechter die bevoegd is de insolventieprocedure te openen tevens bevoegd is ten aanzien van de

¹²⁶ HvJ EU 20 december 2017, C-649/16, ECLI:EU:C:2017:986 (*Valach e.a.*), par. 37-40.

¹²⁷ Berends, *Tvl* 2018/23, par. 6;
Schuijling, *JOR* 2018/133, par. 6.

¹²⁸ Berends, *Tvl* 2018/23, par. 6.

¹²⁹ HvJ EU 14 november 2018, C-296/17, ECLI:EU:C:2018:902 (*Wiemer & Trachte*), r.o. 13-21.

verwante insolventievorderingen. In lijn met *Seagon/Deko Marty*, komt de bundeling van de insolventieprocedure en behandeling van de verwante insolventievordering overeen met het doel “van een meer efficiënte en doeltreffende afwikkeling van insolventieprocedures met grensoverschrijdende gevolgen”, zoals opgenomen in overweging 2 en 8 bij de considerans.¹³⁰ In lijn met de A-G¹³¹ verwees HvJEU naar overweging 4 van de considerans waarin staat hoe de Insolventieverordening 2000 forumshopping tegengaat. Het HvJEU vervolgde: “De mogelijkheid dat verschillende gerechten een bevoegdheid uitoefenen met betrekking tot in verschillende lidstaten ingestelde *actiones paulianae*, zou ertoe leiden dat het nastreven van een dergelijk doel wordt ondermijnd”. Daaruit concludeerde het HvJEU dat de rechterlijke bevoegdheid ten aanzien van de insolventieprocedure en verwante insolventievorderingen op grond van art. 3 Insolventieverordening 2000 exclusief is.¹³²

Uit het *Wiemer & Trachte*-arrest blijkt dat de rechterlijke bevoegdheid inzake verwante insolventievorderingen exclusief toekomt aan de rechter van de EU-lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend. Zodoende heeft het weinig zin meer voor, bijvoorbeeld een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder, om het COMI naar een andere EU-lidstaat over te hevelen om geschillen onder de bevoegdheid te brengen van de rechter van die andere EU-lidstaat. Ook leidt de exclusieve bevoegdheid tot zekerheid voor de curator: zodra de bevoegde rechter inzake de insolventieprocedure bekend is, is ook bekend dat deze rechter bevoegd is kennis te nemen van de verwante insolventievordering. In dit kader heeft de A-G erop gewezen dat de bundeling van de verwante insolventievorderingen en de insolventieprocedure strekt tot het voorkomen van een “*verwatering van geschillen*”, omwille van “*de nabijheid en voorspelbaarheid*”.¹³³

F. HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96 (*N.K./BNP Paribas Fortis*)

In het *N.K./BNP Paribas Fortis*-arrest stond de Nederlandse Peeters/Gatzen-vordering¹³⁴ centraal. PI was enig aandeelhouder en bestuurder van het Nederlandse PI BV. PI had € 550.000,- verduisterd van de kwaliteitsrekening van PI BV bij BNP Paribas Fortis, waarvoor hij strafrechtelijk veroordeeld werd. Vervolgens werden PI BV, en PI persoonlijk, failliet verklaard. De curator vorderde vervolgens van BNP Paribas Fortis € 550.000,- wegens het meewerken aan

¹³⁰ HvJ EU 14 november 2018, C-296/17, ECLI:EU:C:2018:902 (*Wiemer & Trachte*), r.o. 23, 25, 33.

¹³¹ Concl. A-G Wahl, ECLI:EU:C:2018:515, bij HvJ EU 14 november 2018, C-296/17, ECLI:EU:C:2018:902 (*Wiemer & Trachte*), par. 36.

¹³² HvJ EU 14 november 2018, C-296/17, ECLI:EU:C:2018:902 (*Wiemer & Trachte*), r.o. 34-36.

¹³³ Concl. A-G Wahl bij HvJ EU *Wiemer & Trachte*, par. 48.

¹³⁴ Bij een Peeters/Gatzen-vordering vordert de curator schadevergoeding van een derde op grond van de onrechtmatige daad in art. 6:162 BW wegens benadeling van schuldeisers, ook al komt de vordering niet aan de failliete vennootschap zelf toe, zie HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597 (*Peeters/Gatzen*).

de geldopname zonder daarbij aan haar wettelijke verplichtingen te voldoen.¹³⁵ In het *N.K./BNP Paribas Fortis*-arrest werden de prejudiciële vragen gesteld of de Peeters/Gatzen-vordering valt onder de uitzonderingen van de EEX-verordening en of het antwoord daarop beslissend is voor de bepaling van het toepasselijke recht.¹³⁶

Het HvJEU begon met de standaardoverweging dat *“elke overlapping [...] en elk rechtsvacuüm”* tussen de EEX-Verordening en de Insolventieverordening 2000 moet worden voorkomen, en dat de werkingssfeer van de Insolventieverordening 2000 niet ruim mag worden uitgelegd. Het HvJEU herhaalde overweging 6 van de considerans: slechts vorderingen die rechtstreeks voortvloeien uit en verband houden met een insolventieprocedure vallen onder de Insolventieverordening 2000. Voor de toetsing is de rechtsgrondslag van de vordering de doorslaggevende factor, zoals blijkt uit *Nickel & Goeldner*. Dat de curator na de opening van de insolventieprocedure een vordering instelt, handelend in het belang van de schuldeisers, verandert volgens het HvJEU niets aan de rechtsgrondslag. Daarnaast is de intensiteit bepalend voor het verband tussen de vermeende verwante insolventievordering en de insolventieprocedure.¹³⁷

In lijn met de A-G¹³⁸ overwoog het HvJEU bij de toetsing de specifieke kenmerken van de Peeters/Gatzen-vordering. Het is de curator, handelend op basis van zijn taakopdracht: *“het beheer en de vereffening van de boedel”*, die *“in het belang van de gezamenlijke schuldeisers”* de vordering instelt. De opbrengsten daaruit komen toe aan de boedel. Bij de Peeters/Gatzen-vordering is geen ruimte voor *“onderzoek naar de individuele positie van elk der betrokken schuldeisers, en voorts kan een derde tegen wie de vordering is ingesteld, tegenover de curator niet gebruikmaken van de verweren die hem tegenover de individuele schuldeisers ten dienste zouden hebben gestaan”*. Deze kenmerken zien volgens het HvJEU op de procedurele context van de Peeters/Gatzen-vordering. De grondslag van die vordering blijft de onrechtmatige daad neergelegd in art. 6:162 BW. Op basis van deze overwegingen concludeerde het HvJEU dat de rechtsgrondslag zich bevindt in het burgerlijk en handelsrecht, ook al was er volgens het HvJEU *“onmiskkenbaar een band met de insolventieprocedure”*. Ook was het volgens het HvJEU van belang dat individuele schuldeisers zelf een vordering op grond van onrechtmatige daad kunnen instellen, *“hetzij voor, tijdens of na de insolventieprocedure”*, waardoor de vordering niet exclusief toekomt aan de curator. Daardoor was de

¹³⁵ HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96 (*N.K. q.q./BNP Paribas Fortis*), r.o. 9-13.

¹³⁶ HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96 (*N.K. q.q./BNP Paribas Fortis*), r.o. 22.

¹³⁷ HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96 (*N.K. q.q./BNP Paribas Fortis*), r.o. 24-30.

¹³⁸ Concl. A-G Bobek ECLI:EU:C:2018:850, bij HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96 (*N.K. q.q./BNP Paribas Fortis*), par. 76-84.

Peeters/Gatzen-vordering geen “rechtstreeks en onlosmakelijk gevolg” van de insolventieprocedure.¹³⁹ Betreurenswaardig voor onderhavig onderzoek leidde het ontkennende antwoord op de eerste prejudiciële vraag tot het onbeantwoord blijven van de tweede prejudiciële vraag.¹⁴⁰

In het *N.K./BNP Paribas Fortis*-arrest is wederom benadrukt dat de rechtsgrondslag van de vordering de doorslaggevende factor is bij de beoordeling of een vordering als verwante Insolventievordering kwalificeert onder art. 3 Insolventieverordening 2000 in samenhang met overweging 6 van de considerans bij Insolventieverordening 2000, thans art. 6 Insolventieverordening 2015. In zowel *N.K./BNP Paribas Fortis* als *Valach e.a.* was de vordering gebaseerd op de onrechtmatige daad in het – Slowaakse en Nederlandse – burgerlijk wetboek. Echter, in *Valach e.a.* stond het handelen van het schuldc comité die haar taak ontleende aan de Slowaakse insolventiewet centraal, waar dat bij de Peeters/Gatzen-vordering het handelen van een derde is.¹⁴¹ De kenmerken van de Peeters/Gatzen-vordering zoals benoemd door het HvJEU en de A-G wijzen met name op “de collectiviteit van de ingestelde vordering maar zeggen niets over de rechtsgrondslag”.¹⁴²

4.5. Tussenconclusie

In hoeverre kwalificeert de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW als een verwante insolventievordering ingevolge art. 6 Insolventieverordening 2015, op basis van deze interpretatie door het HvJEU? Te beginnen bij art. 2:138/2:248 BW. Bij het eerste deelcriterium, of een vordering rechtstreeks voortvloeit uit de insolventieprocedure, is de rechtsgrondslag bepalend, in lijn met *Nickel & Goeldner*. Op grond van het *H./H.K.*-arrest kan geconcludeerd worden dat ook art. 2:138/2:248 BW hun grondslag hebben in het insolventierecht, ook al zijn deze artikelen vastgelegd in het vennootschapsrecht in boek 2 BW. Ook uit het *Valach e.a.*-arrest blijkt dat het niet is vereist dat de vordering gegrond is op een bepaling in de insolventiewetgeving. Als dan gekeken wordt naar het tweede deelcriterium, of de vordering nauw verband houdt met de insolventieprocedure, blijkt dat de intensiteit tussen de vordering en de insolventieprocedure bepalend is, in lijn met *Valach e.a.* en *German Graphics*. Een vordering ex art. 2:138/2:248 BW vereist formele opening van de insolventieprocedure, thans de faillietverklaring, en de curator is exclusief bevoegd de vordering in te stellen ten bate van de

¹³⁹ HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96 (*N.K. q.q./BNP Paribas Fortis*), r.o. 31-36.

¹⁴⁰ Bartels, *Bb* 2019/66, onder De overige prejudiciële vragen.

¹⁴¹ Zie voetnoot 134.

¹⁴² Welling-Steffens, *JOR* 2019/116, par. 6.

gezamenlijke schuldeisers.¹⁴³ Dientengevolge kwalificeert de bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:138/2:248 BW als verwante insolventievordering onder art. 6 Insolventieverordening 2015.¹⁴⁴

De vraag resteert of hetzelfde kan worden gezegd indien de vordering ex art. 2:138/2:248 BW via art. 2:11 BW wordt doorgebroken naar de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder. Door het bijzondere karakter van art. 2:11 BW als doorgeefluik van aansprakelijkheid wordt de rechtsgrondslag niet gewijzigd. De rechtsgrondslag blijft afgeleid van art. 2:138/2:248 BW nu art. 2:11 BW zelf geen aansprakelijkheidsnorm behelst. Echter, art. 2:11 BW kan niet alleen worden toegepast op art. 2:138/2:248 BW maar ook op andere wettelijke aansprakelijkheidsgronden. Daarom is het aannemelijk dat in lijn met het *N.K./BNP Paribas Fortis*-arrest, art. 2:11 BW voornamelijk in procedurele context bestaat. De doorbraak van aansprakelijkheid ex art. 2:11 BW valt namelijk niet binnen de exclusieve bevoegdheid van de curator en kan in samenhang met andere wettelijke aansprakelijkheidsgronden buiten de formele en materiële insolventie worden ingeroepen alsmede ook voor, tijdens of na een insolventieprocedure. Echter, art. 6 Insolventieverordening 2015 ziet expliciet op de kwalificatie van de vordering als geheel en niet op de kwalificatie van de artikelen individueel. Daarom moet mijns inziens de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW dan ook als geheel worden beschouwd. Het HvJEU beschouwt de rechtsgrondslag als doorslaggevende factor, die zich bij de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW nog steeds bevindt in het insolventierecht. Daarnaast is de intensiteit tussen de insolventieprocedure en de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW voldoende aanwezig: de vordering vereist nog steeds formele opening van de insolventieprocedure, thans de faillietverklaring, en de curator is exclusief bevoegd tot het instellen van de vordering ten bate van de gezamenlijke schuldeisers.¹⁴⁵ Daarom zal de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW mijns inziens kwalificeren als verwante insolventievordering onder art. 6 Insolventieverordening 2015. Gelet op *Seagon/Deko Marty* en *Wiemer & Trachte* is het tevens in strijd met de doelstellingen van de Insolventieverordening 2000 en 2015 indien de bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement en de doorbraak daarvan door verschillende rechters behandeld zouden worden.

¹⁴³ Zie voetnoot 12.

¹⁴⁴ Ook bevestigd in *Virgós/Schmit*, par. 196.

¹⁴⁵ Zie voetnoot 12.

5. Art. 7 Insolventieverordening 2015: toepasselijk recht

5.1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de vraag behandeld in hoeverre Nederlands recht op grond van art. 7 Insolventieverordening 2015 het toepasselijke recht is op de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW. De rechter van de EU-lidstaat die op grond van art. 3 en 6 Insolventieverordening 2015 bevoegd is kennis te nemen van de insolventieprocedure en verwante insolventievordering, dient ingevolge art. 7 Insolventieverordening 2015 het recht toe te passen van zijn eigen EU-lidstaat. Art. 7 Insolventieverordening 2015 “wijst dus als toepasselijk recht de *lex concursus aan*”.¹⁴⁶ Hetzelfde geldt voor de secundaire insolventieprocedures ingevolge art. 35 Insolventieverordening 2015.¹⁴⁷ Op grond van art 7 lid 2 Insolventieverordening 2015 beheerst het toepasselijk recht de voorwaarden van de opening van de insolventieprocedure, alsmede het verloop en beëindiging daarvan.¹⁴⁸ Dientengevolge geldt, dat als de Nederlandse rechter op grond van art. 3 en 6 Insolventieverordening 2015 bevoegd is kennis te nemen van de verwante insolventievordering, het Nederlands recht tevens toepasselijk is op de desbetreffende verwante insolventievordering.¹⁴⁹ Deze concentratie van rechterlijke bevoegdheid en toepasselijk recht binnen één jurisdictie wordt *Gleichlauf* genoemd.¹⁵⁰

5.2. Wetsgeschiedenis en considerans¹⁵¹

De voorganger van art. 7 Insolventieverordening 2015 was vastgelegd in art. 4 Insolventieverordening 2000. Art. 7 Insolventieverordening 2015 bevat de conflictregel, de *lex concursus*. Art. 7 Insolventieverordening 2015 “treedt in de plaats van de nationale regels van internationaal privaatrecht, en verwijst naar het interne recht van de aangewezen lidstaat met uitzondering van de regels van internationaal privaatrecht”.¹⁵² De conflictregel is tevens van

¹⁴⁶ Van den Braak, *Tvl* 2018/27, par. 2.2.2.

¹⁴⁷ Art. 28 Insolventieverordening 2000, zie Polak/Pannevis 2014, p. 376.

¹⁴⁸ Van Apeldoorn & De Man 2006, p. 35;

Tevens is in art. 7 lid 2 Insolventieverordening 2015 een indicatieve lijst van onderwerpen opgenomen die worden beheerst door het toepasselijk recht. Daarnaast zijn uitzonderingen op de *lex concursus* in art. 7 Insolventieverordening 2015 opgenomen in art. 8 t/m 18 Insolventieverordening 2015. De indicatieve lijst en uitzonderingen zullen hier verder niet behandeld worden. Zie Beunk, in: *GS Faillissementswet*, art. 7 Insolventieverordening (herschikking), aant. 1 en 3.

¹⁴⁹ Beunk, in: *GS Faillissementswet*, art. 7 Insolventieverordening (herschikking), aant. 2.

¹⁵⁰ Beunk, in: *GS Faillissementswet*, art. 7 Insolventieverordening (herschikking), aant. 2;

Van den Braak, *Tvl* 2018/27, par. 2.2.2.

¹⁵¹ De meer algemene wetsgeschiedenis bij de Insolventieverordening 2015 is reeds behandeld in paragraaf 4.2, korthedshalve verwijs ik daarnaar.

¹⁵² Berends 2017, p. 93;

Zie ook *Virgós/Schmit* rapport, par. 87, en Van Apeldoorn & De Man 2006, p. 35.

toepassing op de secundaire procedures.¹⁵³ Daarnaast bepaalt het toepasselijk recht de procedurele en materiële gevolgen van de insolventieprocedures ten aanzien van de betrokken personen en rechtsverhoudingen. Hieronder vallen: “*effects which are necessary for the insolvency proceedings to fulfil its aims*”.¹⁵⁴ Volgens Virgós en Garcimartin wordt echter de vraag ‘wie’ aansprakelijk is voor schulden van de failliete vennootschap niet beheerst door de *lex concursus* maar door de *lex societatis*, het nationale recht dat van toepassing is op de vennootschap. In geval van bijvoorbeeld een concern, kan de rechter alleen partijen betrekken bij de insolventieprocedures wanneer de rechter in de insolventieprocedure ook internationale rechtsmacht heeft ten aanzien van die partijen.¹⁵⁵

Bij de herziening is de bepaling omtrent het toepasselijk recht neergelegd in art. 7 Insolventieverordening 2015. Haar tekst is bijna geheel identiek aan art. 4 Insolventieverordening 2000.¹⁵⁶ De conflictregel in art. 7 Insolventieverordening 2015 is tevens van toepassing op de verwante insolventievorderingen ingevolge het nieuwe art. 6 Insolventieverordening 2015.¹⁵⁷ De bepaling over de procedurele en materiële gevolgen van de insolventieprocedures in overweging 23 van de considerans bij de Insolventieverordening 2000 is nu opgenomen in overweging 66 van de considerans bij de Insolventieverordening 2015.

5.3. Tussenconclusie

In hoeverre is op grond van art. 7 Insolventieverordening 2015 Nederlands recht het toepasselijke recht op de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW, gezien vanuit de wetsgeschiedenis? In lijn met het bovenstaande geldt dat als de Nederlandse rechter bevoegd is kennis te nemen van de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW op grond van art. 3 en 6 Insolventieverordening 2015, de Nederlandse rechter ook het Nederlands recht daarop mag toepassen op grond van art. 7 Insolventieverordening 2015. In de wetsgeschiedenis wordt derhalve het *Gleichlauf*-karakter van art. 7 Insolventieverordening 2015 onderschreven.

De verwijzing van Virgós en Garcimartin doet niet af aan deze interpretatie. De *lex societatis* verwijst in de argumentatie van Virgós en Garcimartin weer naar de nationale regels van internationaal privaatrecht. In paragraaf 4.2 is uiteengezet dat de Insolventieverordening 2015

¹⁵³ Virgós/Schmit rapport, par. 89.

¹⁵⁴ Virgós/Schmit rapport, par. 90.

¹⁵⁵ Virgós & Garcimartin 2004, p. 81.

¹⁵⁶ De enige wijziging bevindt zich in sub c: waar er in art. 4 Insolventieverordening 2000 gesproken werd van een curator, wordt er in art. 7 Insolventieverordening 2015 gesproken van een insolventiefunctionaris.

¹⁵⁷ Bij de Insolventieverordening 2000 was dit ten aanzien van verwante insolventieverordeningen ook het geval, maar dan via art. 3 Insolventieverordening 2000 in samenhang met overweging 6 van de considerans bij de Insolventieverordening 2000.

wat betreft haar werkingssfeer voorrang heeft op de nationale regels van internationaal privaatrecht. Dientengevolge moet er bij de bepaling van het toepasselijk recht op een verwante insolventievordering worden teruggevallen op de lex concursus in art. 7 Insolventieverordening en niet op de lex societatis.

Daarnaast bepaalt het toepasselijk recht op grond van art. 7 Insolventieverordening tevens de procedurele en materiële gevolgen uit de insolventieprocedure. Wat hieronder valt, moet worden gezien aan de hand van de jurisprudentie van het HvJEU bij art. 7 Insolventieverordening.

5.4. Interpretatie door het HvJEU

Veel jurisprudentie bij art. 7 Insolventieverordening 2015 heeft betrekking op de verhouding tussen art. 7 Insolventieverordening 2015 en de uitzonderingsgevallen opgesomd in art. 8 t/m 18 Insolventieverordening 2015. De meest relevante jurisprudentie in het licht van onderhavig onderzoek worden hieronder behandeld.

A. HvJ EU 22 november 2012, C-116/11, ECLI:EU:C:2012:739 (*Bank Handlowy/Christianapol*)

In het *Bank Handlowy/Christianapol*-arrest werd de prejudiciële vraag gesteld of, kortgezegd, 'beëindiging van de insolventieprocedure' in art. 4 Insolventieverordening 2000 autonoom moest worden uitgelegd, zodat uitsluitend op basis van het toepasselijke recht van de EU-lidstaat waar de insolventieprocedure was geopend kon worden bepaald wanneer de insolventieprocedure was beëindigd.¹⁵⁸ Met het antwoord op deze vraag kon de verwijzende rechter bepalen of hij bevoegd was ten aanzien van een verzoek voor opening van een tweede insolventieprocedure zodra de vorige insolventieprocedure was beëindigd.¹⁵⁹

Bij interpretatie van het begrip 'beëindiging van een insolventieprocedure' verwees het HvJEU naar overweging 2 bij de considerans waarin wordt benadrukt dat de Insolventieverordening 2000 "een garantie [beoogt] te bieden voor efficiënte en doeltreffende grensoverschrijdende procedures". Het recht dat toepasselijk is op een insolventieprocedure is ingevolge art. 4 Insolventieverordening 2000 het recht van de lidstaat waar de procedure is geopend. Art. 4 Insolventieverordening 2000 bevat derhalve de conflictregel, hetgeen ook wordt onderschreven in overweging 23 van de considerans. Hierin is opgenomen dat de conflictregels "in de plaats

¹⁵⁸ HvJ EU 22 november 2012, C-116/11, ECLI:EU:C:2012:739 (*Bank Handlowy/Christianapol*), r.o. 24.

¹⁵⁹ HvJ EU 22 november 2012, C-116/11, ECLI:EU:C:2012:739 (*Bank Handlowy/Christianapol*), r.o. 21-23.

*treden van de nationale voorschriften op het gebied van het internationale privaatrecht".*¹⁶⁰ De conflictregel wijst slechts het recht aan, aan de hand waarvan een materieelrechtelijke vraag moet worden beantwoord.¹⁶¹ Het HvJEU stelde vervolgens dat bepalingen van Unierecht "*autonoom en uniform*" moeten worden uitgelegd "*rekening houdend met de context van de bepaling en het doel van de betrokken regeling*",¹⁶² maar alleen wanneer die bepalingen "*voor de betekenis en de draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijzen*".¹⁶³ Wanneer beëindiging van de insolventieprocedure in de *Bank Handlowy/Christanapol*-zaak had plaatsgevonden, moest derhalve worden bepaald "*aan de hand van de als toepasselijk aangewezen lex concursus*".¹⁶⁴

Uit het *Bank Handlowy/Christanapol*-arrest valt af te leiden dat de lex concursus een op zichzelf staand systeem bevat. Indien zich een rechtsvraag voordoet, dient deze slechts te worden beantwoord aan de hand van haar betekenis binnen het nationale recht dat als lex concursus onder art. 4 Insolventieverordening 2000, respectievelijk art. 7 Insolventieverordening 2015 is aangewezen,¹⁶⁵ met uitzondering van de nationale regels van internationaal privaatrecht.¹⁶⁶

B. HvJ EU 10 december 2015, C-594/14, ECLI:EU:C:2015:806 (*Kornhaas/Dithmar*)

In *Kornhaas/Dithmar* ging het om een vordering gebaseerd op het Duitse §64 GmbHG, hetzelfde artikel dat centraal stond in *H./H.K.* bij art. 6 Insolventieverordening 2015. In *Kornhaas/Dithmar* vorderde Dithmar, curator in de Duitse insolventieprocedure van een filiaal van Kornhaas Ltd, opgericht naar Engels recht, vergoeding van betalingen die Kornhaas had gedaan als bestuurder van het toen al insolvente Kornhaas Ltd. De prejudiciële vraag in *Kornhaas/Dithmar* kwam erop neer of Duits recht dat van toepassing was op de insolventieprocedure, ook van toepassing kon zijn op de vordering van de curator jegens de bestuurder van een vennootschap gevestigd naar Engels recht.¹⁶⁷

Het HvJEU herhaalde eerst dat in *H./H.K.* was vastgesteld dat het Duitse §64 GmbHG een insolventierechtelijke bepaling was. Daarom werd de vordering in *H./H.K.* ook aangemerkt als

¹⁶⁰ HvJ EU 22 november 2012, C-116/11, ECLI:EU:C:2012:739 (*Bank Handlowy/Christianapol*), r.o. 45-47.

¹⁶¹ Concl. A-G Kokott ECLI:EU:C:2012:308, bij HvJEU 22 november 2012, ECLI:EU:C:2012:738 (*Bank Handlowy/Christianapol*), par. 32;

HvJ EU 22 november 2012, C-116/11, ECLI:EU:C:2012:739 (*Bank Handlowy/Christianapol*), r.o. 48.

¹⁶² Verwijzend naar HvJ EU 20 oktober 2011, C-306/009, ECLI:EU:C:2011:671 (*Interedil*).

¹⁶³ HvJ EU 22 november 2012, C-116/11, ECLI:EU:C:2012:739 (*Bank Handlowy/Christianapol*), r.o. 49.

¹⁶⁴ HvJ EU 22 november 2012, C-116/11, ECLI:EU:C:2012:739 (*Bank Handlowy/Christianapol*), r.o. 50.

¹⁶⁵ Tollenaar, *JOR* 2013/151, par. 11.

¹⁶⁶ Zie voetnoot 152.

¹⁶⁷ HvJ EU 10 december 2015, C-594/14, ECLI:EU:C:2015:806 (*Kornhaas/Dithmar*), r.o. 6, 7, 13.

een verwante insolventievordering.¹⁶⁸ Het HvJEU vervolgde dat het Duitse §64 GmbHG “moet worden geacht te vallen onder het recht dat de insolventieprocedure en de gevolgen ervan beheerst in de zin van artikel 4, lid 1 van verordening nr. 1346/2000”. Dientengevolge kan het Duitse §64 GmbHG op grond van art. 4 Insolventieverordening 2000 “door de nationale rechter waarbij een insolventieprocedure aanhangig is, worden toegepast als het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de insolventieprocedure wordt geopend (hierna: *lex fori concursus*)”.¹⁶⁹

Het HvJEU vervolgde dat §64 GmbHG ziet op het persoonlijk aansprakelijk stellen van de bestuurder van een insolventie vennootschap. Art. 4 lid 2 Insolventieverordening 2015 bepaalt de voorwaarden voor de opening van de insolventieprocedure. Vervolgens benadrukte het HvJEU dat de doelstelling van §64 GmbHG “*mutatis mutandis intrinsiek verband houdt met iedere insolventieprocedure, namelijk het voorkomen dat de boedel mogelijkerwijs wordt verkleind voordat de insolventieprocedure wordt geopend, met het doel de schuldeisers op gelijke voet te betalen*”, net zoals art. 4 lid 2 sub m Insolventieverordening 2000.¹⁷⁰ Het HvJEU maakt hier een vergelijking met vorderingen inzake “*nietigheid, vernietigbaarheid of niet-tegenwerpbaarheid van de voor het geheel van schuldeisers nadelige rechtshandeling*” die strekken tot “*voorkomen dat de boedel wordt verkleind voordat de insolventieprocedure wordt geopend, met als doel de schuldeisers van de failliete vennootschap op gelijke voet te betalen*”.¹⁷¹ Het HvJEU concludeerde dat de §64 GmbHG onder het bereik van art. 4 Insolventieverordening 2000 viel en derhalve jegens de Engelse bestuurder kon worden ingesteld.¹⁷²

Het *Kornhaas/Dithmar*-arrest bevestigt het *Gleichlauf*-karakter van art. 7 Insolventieverordening 2015.¹⁷³ Als de rechterlijke bevoegdheid ingevolge art. 3 en 6 Insolventieverordening 2015 is vastgesteld, heeft dit tot gevolg dat op grond van art. 7 Insolventieverordening 2015 het recht van de EU-lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend, ook wordt toegepast op de verwante insolventievordering. Ook geeft het HvJEU in *Kornhaas/Dithmar* een nadere beschouwing van de kenmerken van de verwante insolventievordering, in casu: optimalisatie van de boedel om zodoende schuldeisers op gelijke voet te kunnen betalen.

¹⁶⁸ HvJ EU 10 december 2015, C-594/14, ECLI:EU:C:2015:806 (*Kornhaas/Dithmar*), r.o. 16-17.

¹⁶⁹ HvJ EU 10 december 2015, C-594/14, ECLI:EU:C:2015:806 (*Kornhaas/Dithmar*), r.o. 17.

¹⁷⁰ HvJ EU 10 december 2015, C-594/14, ECLI:EU:C:2015:806 (*Kornhaas/Dithmar*), r.o. 18-20.

¹⁷¹ Arons, *Ondernemingsrecht* 2018/3, par. 3.2.

¹⁷² HvJ EU 10 december 2015, C-594/14, ECLI:EU:C:2015:806 (*Kornhaas/Dithmar*), r.o. 21.

¹⁷³ Veder, *JOR* 2016/104, par. 10.

Deze nadere beschouwing in samenhang met het bevestigde *Gleichlauf*-karakter van art. 7 Insolventieverordening 2015 wijst erop dat bestuurders geconfronteerd kunnen worden met bestuurdersaansprakelijkheid binnen het kader van een insolventieprocedure op grond van het recht van een andere EU-lidstaat, mits de failliete vennootschap haar COMI heeft in die EU-lidstaat.¹⁷⁴ Volgens Wessels wijst het *Kornhaas/Dithmar*-arrest op de breuk tussen het incorporatierecht van de Engelse vennootschap en het recht dat op haar van toepassing is als failliete schuldenaar. Verder stelt Wessels in het kader van het *Kornhaas/Dithmar*-arrest: “*The CJEU sets a firm border post to the legal characterization of a certain ‘hybrid’ legal situation (a specific rule for director’s liability) and with subtlety the European Court invalidates heavily gunned company law arguments.*”¹⁷⁵

C. HvJ EU 21 november 2019, C-198/18, ECLI:EU:C:2019:1001 (*CeDe Group*)

In het *CeDe Group*-arrest ging het om een leveringsovereenkomst tussen CeDe Group, opgericht naar Zweeds recht, en PPUB, een Poolse vennootschap. De overeenkomst bevatte de keuze voor interpretatie van de overeenkomst naar Zweeds recht. Vervolgens werd ten aanzien van PPUB in Polen een insolventieprocedure geopend. De curator vorderde betaling van CeDe Group uit hoofde van de leveringsovereenkomst bij de Zweedse rechter. De prejudiciële vraag werd gesteld welk recht van toepassing was op de vordering van de curator.¹⁷⁶

Verwijzend naar de A-G,¹⁷⁷ begon het HvJEU met de overwegingen dat art. 3 en 4 Insolventieverordening 2000 strekken tot “*overeenstemming tussen de internationaal bevoegde rechterlijke instanties en het recht dat op de insolventieprocedure van toepassing is*”. Met uitzondering van art. 5-15 Insolventieverordening 2000 kan de bevoegde rechter ingevolge art. 3 Insolventieverordening 2000 het eigen nationale recht op grond van art. 4 Insolventieverordening 2000 toepassen.¹⁷⁸ Wederom verwijzend naar de A-G,¹⁷⁹ overwoog het HvJEU dat art. 4 “*een ruimere werkingssfeer heeft dan artikel 3*” nu zij ook toepasselijk is op de gevolgen van de insolventieprocedure. Dientengevolge, als een vordering niet valt onder de werkingssfeer van art. 3 Insolventieverordening 2000, hoeft dit nog niet te betekenen dat zij uitgesloten is van de werkingssfeer van art. 4 Insolventieverordening 2000.¹⁸⁰ Vervolgens

¹⁷⁴ Van Koppen & Van Wessel, *Bb* 2016/32.

¹⁷⁵ Wessels 2017, nr. 10603a.

¹⁷⁶ HvJ EU 21 november 2019, C-198/18, ECLI:EU:C:2019:1001 (*CeDe Group*), r.o. 10-12.

¹⁷⁷ Concl. A-G Kokott, ECLI:EU:C:2019:335, bij HvJ EU 21 november 2019, C-198/18, ECLI:EU:C:2019:1001 (*CeDe Group*), par 33.

¹⁷⁸ HvJ EU 21 november 2019, C-198/18, ECLI:EU:C:2019:1001 (*CeDe Group*), r.o. 30.

¹⁷⁹ Concl. A-G Kokott, ECLI:EU:C:2019:335, bij HvJ EU 21 november 2019, C-198/18, ECLI:EU:C:2019:1001 (*CeDe Group*), par. 34.

¹⁸⁰ HvJ EU 21 november 2019, C-198/18, ECLI:EU:C:2019:1001 (*CeDe Group*), r.o. 33;

toetste het HvJEU of de vordering “*het rechtstreekse en onlosmakelijke gevolg*” van de insolventieprocedure is. Daarbij is het “*enkele feit dat een curator een dergelijke vordering heeft ingesteld niet beslissend*”. Het HvJEU benoemde niet expliciet welke omstandigheden wel beslissend zijn bij bepaling of de vordering het rechtstreekse en onlosmakelijke gevolg is van de insolventieprocedure, maar overwoog wel dat de onderhavige vordering “*niet tot de exclusieve bevoegdheid van de curator behoort*” en dat de vordering ook buiten de insolventieprocedure kan worden ingesteld. Op basis daarvan concludeerde het HvJEU dat de vordering ook geen rechtstreeks en onlosmakelijk gevolg is van de insolventieprocedure.¹⁸¹

Opvallend aan het *CeDe Group*-arrest is dat het HvJEU expliciet stelt dat art. 4 Insolventieverordening 2000 een ruimere werkingssfeer heeft dan art. 3 Insolventieverordening 2000. Om onder het bereik van art. 4 Insolventieverordening 2000 te vallen, hoeft er niet aan alle vereisten van art. 3 Insolventieverordening 2000 te worden voldaan, zolang het gevolg maar een rechtstreeks en onlosmakelijk gevolg is van de insolventieprocedure.¹⁸² Bij de beoordeling of de desbetreffende vordering een rechtstreeks en onlosmakelijk gevolg was van de insolventieprocedure en derhalve onder het bereik viel van art. 4 Insolventieverordening 2000, thans art. 7 Insolventieverordening 2015, greep het HvJEU terug naar de specifieke kenmerken van de desbetreffende vordering zoals zij dat ook deed in de jurisprudentie bij art. 3 Insolventieverordening 2000 in samenhang met overweging 6 van de considerans, thans art. 6 Insolventieverordening 2015.

5.5. Tussenconclusie

In hoeverre is op grond van art. 7 Insolventieverordening 2015 Nederlands recht het toepasselijke recht op de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW, gezien vanuit deze jurisprudentie van het HvJEU? Uit de jurisprudentie van het HvJEU blijkt dat de conflictregel in art. 7 Insolventieverordening 2015 een op zichzelf staand systeem bevat. Voor de interpretatie van het toepasselijke recht kan men uitsluitend terugvallen op het materiële recht als toepasselijk recht, en niet op het doel en de strekking van de Insolventieverordening 2015. Tevens blijkt uit het *CeDe Group*-arrest dat art. 7 Insolventieverordening 2015 een ruimere werking heeft dan art. 6 Insolventieverordening 2015. Art. 7 Insolventieverordening 2015 ziet op het toepasselijk recht bij de insolventieprocedure en de verwante insolventievordering en de gevolgen daarvan die rechtstreeks en onlosmakelijk zijn. De jurisprudentie bij art. 7 Insolventieverordening 2015 bevestigt de conclusie in paragraaf 5.3 dat als de Nederlandse

¹⁸¹ HvJ EU 21 november 2019, C-198/18, ECLI:EU:C:2019:1001 (*CeDe Group*), r.o. 34-36.

¹⁸² Van Sigtenhorst & Beunk, *RI* 2020/13, onder wenk.

rechter op grond van art. 3 Insolventieverordening 2015 bevoegd is de insolventieprocedure te openen, de Nederlandse rechter op grond van art. 6 Insolventieverordening 2015 kan kennisnemen van de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW en op grond van art. 7 Insolventieverordening 2015 op deze vordering het materiële Nederlands recht kan toepassen.

Indien, in tegenstelling tot de conclusie in paragraaf 4.5, art. 2:11 BW voornamelijk in de procedurele context zou bestaan en derhalve alleen de vordering ex art. 2:138/2:248 BW als verwante insolventievordering zou kwalificeren onder art. 6 Insolventieverordening 2015, geldt het volgende. Op grond van art. 7 Insolventieverordening 2015 kan art. 2:11 BW als toepasselijk Nederlands recht op de vordering ex art. 2:138/2:248 BW worden toegepast omdat art. 2:11 BW als procedureel gevolg van de verwante insolventievordering kan worden aangemerkt. Ingevolge het *CeDe*-arrest geldt dat de toepassing van art. 2:11 BW een rechtstreeks en onlosmakelijk gevolg is van de insolventieprocedure. De doorbraak van bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement naar de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW vereist namelijk nog steeds de formele opening van het faillissement en kan uitsluitend worden ingesteld door de curator ten bate van de gezamenlijke schuldeisers.¹⁸³

Daarnaast valt uit het *Kornhaas/Dithmar*-arrest af te leiden dat inzake vorderingen op grond van bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement het HvJEU duidelijk heeft gemaakt dat deze een insolventierechtelijke kwalificatie hebben. Dientengevolge moet er bij bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW niet worden teruggevallen op de *lex societatis*, maar uitsluitend op de *lex concursus* in art. 7 Insolventieverordening 2015 als *lex specialis*. Daarnaast is in de jurisprudentie van het HvJEU ook niets terug te vinden over mogelijke toepassing van de *lex societatis* bij vorderingen op grond van bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement en meer specifiek op de doorbraak van bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement.

¹⁸³ Zie voetnoot 12.

6. Conclusie

Kan een buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder via art. 6 en 7 Insolventieverordening 2015 aansprakelijk gesteld worden voor een vordering op grond van art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW?

Deze centrale onderzoeksvraag kan bevestigend worden beantwoord. Zowel art. 2:11 als 2:138/2:248 BW strekken tot het tegengaan van misbruik van rechtspersoonlijkheid alsmede de vergemakkelijking van de taak van de curator. In internationale context ziet ook de Insolventieverordening 2015 op het tegengaan van misbruik, namelijk door middel van coördinatie van maatregelen ten aanzien van het vermogen van een insolvente schuldenaar en uniforme conflictregels om zo forumshopping te verhinderen.

Op grond van de jurisprudentie bij art. 6 Insolventieverordening 2015 is geconcludeerd dat de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW als verwante insolventievordering kwalificeert omdat de vordering rechtstreeks voortvloeit uit de insolventieprocedure en daarmee nauw verband houdt. Door het bijzondere karakter van art. 2:11 BW als doorgeefluik van aansprakelijkheid wordt de rechtsgrondslag niet gewijzigd. Op grond van het *H./H.K.*-arrest heeft de bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement ex art. 2:138/2:248 BW haar grondslag in het insolventierecht. Die grondslag wordt door art. 2:11 BW niet veranderd doordat art. 2:11 BW zelf geen aansprakelijkheidsnorm behelst. Ingevolge *H./H.K.* en *Valach e.a.* maakt het daarbij niet uit dat art. 2:11 en 2:138/2:248 vastgelegd zijn in het BW. Ook houdt de vordering ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW verband met de insolventieprocedure, omdat de formele opening van de insolventieprocedure is vereist, thans de faillietverklaring en de curator exclusief bevoegd is de vordering in te stellen ten bate van de gezamenlijke schuldeisers. Aan deze argumentatie draagt bij dat aparte behandeling van bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement en de doorbraak daarvan in strijd is met de doelstellingen van de Insolventieverordening 2015. Verder is de rechterlijke bevoegdheid op grond van art. 6 Insolventieverordening 2015 exclusief en reikt deze tevens tot bestuurders gevestigd in derde landen.

Art. 7 Insolventieverordening 2015 bepaalt dat indien de Nederlandse rechter op grond van art. 3 en 6 Insolventieverordening 2015 bevoegd is kennis te nemen van de verwante insolventievordering, Nederlands recht het toepasselijke recht is. Dientengevolge geldt dat als de Nederlandse rechter bevoegd is kennis te nemen van de art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW als verwante insolventievordering op grond van art. 3 en 6 Insolventieverordening 2015, Nederlands recht het toepasselijke recht is. Het toepasselijke recht bepaalt de procedurele en materiële gevolgen van de insolventieprocedures. Uit de jurisprudentie bij art. 7

Insolventieverordening 2015 blijkt dat de conflictregel in art. 7 Insolventieverordening 2015 een op zichzelf staand systeem is en alleen verwijst naar het materiële nationale recht. Derhalve is toepassing van de nationale regels van internationaal privaatrecht uitgesloten.

Daarnaast heeft art. 7 Insolventieverordening 2015 een ruimere werking dan art. 6 Insolventieverordening 2015. Dit heeft tot gevolg dat indien alleen de vordering inzake bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement ex art. 2:138/2:248 BW als verwante insolventieverordening zou kwalificeren – in tegenstelling tot hetgeen bij art. 6 Insolventieverordening 2015 is geconcludeerd – art. 2:11 BW alsnog als procedureel gevolg van de insolventieprocedure kan worden betrokken. De doorbraak van bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement naar de buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder ex art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW vereist namelijk nog steeds de formele opening van het faillissement, kan uitsluitend worden ingesteld door de curator ten bate van de gezamenlijke schuldeisers.

Kortom, op grond van art. 6 en 7 Insolventieverordening 2015 kan een buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder aansprakelijk worden gesteld voor een vordering op grond van art. 2:11 jo. 2:138/2:248 BW.

In tegenstelling tot hetgeen de Hoge Raad in het *D Group*- en *MyGuide*-arrest heeft geconcludeerd, is de Insolventieverordening 2000, thans de huidige Insolventieverordening 2015, van toepassing op de doorbraak van bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement jegens een buitenlandse tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder en niet het incorporatierecht op grond van art. 10:118 jo. 10:119 aanhef en onder e BW. De Hoge Raad heeft in het *D Group*- en *MyGuide*-arrest aangesloten bij de *lex societatis* als het nationale recht dat van toepassing is op de rechtspersoon. Echter, de Hoge Raad heeft daarbij geen rekening gehouden met de Insolventieverordening als *lex specialis* ten aanzien van insolventieprocedures en verwante insolventievorderingen. De nationale regels van internationaal privaatrecht worden namelijk door de Insolventieverordening 2015 expliciet uitgesloten. Zoals Struycken in 1985 al heeft voorspeld: *“Waar het doorbraak-bloed niet kan gaan omdat de lex-societatis niet in de verlangde mate veroorlooft door de rechtspersoon heen te zien, zal het kruipen, en zullen andere wegen worden gezocht voor het gewenste verhaal van vorderingen.”*¹⁸⁴

¹⁸⁴ Struycken, *WNPR* 1985/5575, par. 6.

7. Literatuurlijst

Boeken

Assink/Slagter 2013

B.F. Assink/W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (deel I), Deventer 2013.

Berends 2017

A.J. Berends, *Grensoverschrijdende insolventie*, Financieel Juridische Reeks 11, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017.

Hanegraaf 2017

C.E.J.M. Hanegraaf, *Art. 2:11 BW, doorgeefluik van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoe diep kan een bestuurder vallen?* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 106) (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Lennarts 2017

M. Lennarts, 'Piercing the corporate director' in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Polak/Pannevis 2014

M. Pannevis, *C.E. Polak's Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2014.

Scheurs 2015

P.W. e.a. Schreurs (red.), *De Gereedschapskist van de Curator. Insolad Jaarboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Van Apeldoorn & De Man 2006

J.C. van Apeldoorn & A.W. de Man, *De Europese Insolventieverordening*, Praktijkboek Insolventierecht 10, Deventer: Kluwer 2006.

Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017

J. Winter, J.B. Wezeman & J. Schoonbrood, *P. van Schilfgaarde's Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Virgós & Garcimartin 2004

M. Virgós & F. Garcimartin, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, Kluwer Law International, Den Haag: 2004.

Wessels 2017

B. Wessels, *International Insolvency Law Part II, European Insolvency Law*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Commentaren

Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/211

M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman, M.A. Verbrugh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon*, aantekening 211 De rechtspersoon als bestuurder, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Beunk, in: *GS Faillissementswet, art. 7 Insolventieverordening (herschikking)*

D. Beunk, 'Verordening (EU) 2015/848 betreffende insolventieprocedures artikel 7', in: A.J. Verdaas (red.), *Groene Serie Faillissementswet*, Deventer: Wolters Kluwer (online, bijgewerkt t/m 1-1-2020).

Huizink, in: *GS Rechtspersonen, art. 2:11 BW, aant. 5.4.*

J.B. Huizink, 'Commentaar op art 2:11 BW, aant. 5.4. Aansprakelijkheid uit de wet', in: J.B. Huizink (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer (online, bijgewerkt t/m 15-11-2018).

Roest, in: *T&C Burgerlijk Wetboek 2019, art. 2:11 BW, aant. 2.*

J. Roest, 'Rechtspersoon als bestuurder', in: H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, art. 2:11 BW, aant. 2 (online, bijgewerkt t/m 8-1-2020).

Strik, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht 2019, art. 2:11 BW, aant. C.1.*

D.A.M.H.W. Strik, 'Commentaar op Burgerlijk Wetboek boek 2 art. 11 (OR-algemeen)', in: B. Bier, M.J. van Ginneken, M.J. Kroeze, P.P. de Vries, J.B. Wezeman & D.F.M.M. Zaman (red.) *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2019, C.1. (online, bijgewerkt t/m 1-6-2019).

Veder & Van den Berg, in: *T&C Insolventierecht 2019, Insolventieverordening (herschikking)*.

P.M. Veder & S.W. van den Berg, 'Commentaar op Insolventieverordening (herschikking)', in: J.L.M. Groenewegen & F.M.J. Verstijlen (red.), *Tekst & Commentaar Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online, bijgewerkt t/m 1-11-2019).

Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 4 Brussel I-bis, aant. 1 en 4*.

P. Vlas, 'Commentaar op art. 4 Brussel I-bis', in: P. Vlas & T.F.E. Tjong Tjin Tai (red.), *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer (online, bijgewerkt t/m 21-04-2020).

Vonken, in: *T&C Burgerlijk Wetboek 2019, art. 10:1 BW*.

A.P.M.J. Vonken, 'Commentaar op art. 10:1 BW, in: H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer (online, bijgewerkt t/m 14-04-2020).

Artikelen

Arons, *Ondernemingsrecht 2018/3*

T.M.C. Arons, Internationale bevoegdheid en toepasselijk recht bij aansprakelijkstelling van bestuurders door de curator van een Nederlandse vennootschap, *Ondernemingsrecht 2018/3*.

Assink, *Ondernemingsrecht 2011/71*

B.F. Assink, annotatie bij HR 18-03-2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1408, *Ondernemingsrecht 2011/71*.

Assink, *JOR 2013/3*

B.F. Assink, annotatie bij Rb 's-Hertogenbosch 24-10-2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY9479, *JOR 2013/3*.

Bartels, *Bb 2019/66*

J.F.H.M. Bartels, annotatie bij HvJEU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96, *Bb 2019/66*.

Berends, *Tvl 2018/23*

A.J. Berends, annotatie bij HvJEU 9 november 2017, ECLI:EU:C:2017:847 en HvJEU 20 december 2017, ECLI:EU:C:2017:986, *Tvl 2018/23*.

Bulten, *Ondernemingsrecht* 2014/9

C.D.J. Bulten, annotatie bij HR 21 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:CA3958, *Ondernemingsrecht* 2014/9.

Garcimartin, *Insolvency Intelligence* 1 (2018)

F. Garcimartin, Insolvency-Related Judgments and Vis Attractiva Concursus: The EU Approach, *Insolvency Intelligence* 1 (2018).

Hanegraaf, *Bb* 2019/3

C.E.J.M. Hanegraaf, De bestuurdersaansprakelijkheid van in het buitenland gevestigde indirecte bestuurders, *Bb* 2019/3.

Hanegraaf, *Tvl* 2019/13

C.E.J.M. Hanegraaf, De Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen en (indirecte) bestuurdersaansprakelijkheid, *Tvl* 2019/13.

Huizink, *O&F* 2018/02

J.B. Huizink, De rechtspersoon-bestuurder en art. 2:11 BW, *O&F* 2018/02.

Nijens, *Tvl* 2019/34

W.J.E. Nijens, Internationaal privaatrechtelijke aspecten van de WHOA, *Tvl* 2019/34.

Polak, *NJ* 2010/541

M.V. Polak, annotatie bij HvJEG 10 september 2009, ECLI:EU:C:2009:544, *NJ* 2010/541.

Polak, *NJ* 2012/309

M.V. Polak, annotatie bij HvJ EU 19 april 2012, C-213/10, ECLI:EU:C:2012:215 (*Jadecloud Vilma*), *NJ* 2012/309.

***RI* 2011/78**

HR 18-03-2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1408 (D Group Europe/VIT Freight Service en Techno D Service, D Group/Scheurs), *RI* 2011/78.

RO 2011/38

HR 18-03-2011, ECLI:NL:H:2011:BP1408 (D Group Europe/VIT Freight Service en Techno D Service, D Group/Scheurs), *RO* 2011/38.

Schuilijng, *JOR* 2018/133

B.A. Schuilijng, annotatie bij HvJ EU 20 december 2017, C-649/16, ECLI:EU:C:2017/986 (*Valach e.a.*), *JOR* 2018/133.

Struycken, *WPNR* 1985/5575

A.V.M. Struycken, Doorbraak van aansprakelijkheid in het internationaal privaatrecht, *WPNR* 1985/5575.

Tollenaar, *JOR* 2013/151

N.W.A. Tollenaar, annotatie bij HvJ EU 22 november 2012, C-116/11, ECLI:EU:C:2012:739 (*Bank Handlowy/Christianapol*).

Van den Braak, *Tvl* 2018/27

S.M. van den Braak, Het internationaal privaatrecht inzake bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement en de rechtspersoon-bestuurder, *Tvl* 2018/27.

Van Galen, *Ondernemingsrecht* 2001

R.J. van Galen, De Europese Insolventieverordening, *Ondernemingsrecht* 2001.

Van Koppen & Van Wessel, *Bb* 2016/32

F.P. van Koppen & A. van Wessel, Bestuurders moeten rekening houden met insolventierechtelijke regels van bestuurdersaansprakelijkheid in alle jurisdicties in het gebied van de Insolventieverordening waarin een vennootschap actief is (HvJ EU 10 december 2015, C-594/14, ECLI:EU:C:2015:806 (*Kornhaas/Dithmar*)), *Bb* 2016/32.

Van Sigtenhorst & Beunk, *RI* 2020/13

R. van Sigtenhorst & D. Beunk, Toepasselijke recht vordering curator tot betaling vordering uit overeenkomst gesloten vóór opening van de insolventieprocedure (HvJ EU 21 november 2019, ECLI:EU:C:2019:1101 (*CeDe Group*)), *RI* 2020/13.

Van Solinge, JOR 2011/144

G. van Solinge, annotatie bij HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1408 (*D Group*), JOR 2011/144.

Veder, JOR 2016/103

P.M. Veder, annotatie bij HvJEU 4 december 2014, C-295/13, ECLI:EU:C:2014:2410 (*H./H.K.*), JOR 2016/103.

Veder, JOR 2016/104

P.M. Veder, annotatie bij HvJ EU 10 december 2015, C-594/14, ECLI:EU:C:2015:806 (*Kornhaas/Dithmar*), JOR 2016/104.

Verhagen, JOR 2013/238

H.L.E. Verhagen, annotatie bij HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958 (*MyGuide*), JOR 2013/238.

Welling-Steffens, JOR 2019/116

L.F.A. Welling-Steffens, annotatie bij HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96 (*N.K. q.q./BNP Paribas Fortis*), JOR 2019/116.

Rapporten

Heidelberg-Luxembourg-Vienna rapport

B. Hess, P. Oberhammer & T. Pfeiffer, External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC, The Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report, C.H. Beck – Hart – Nomos, München/Oxford/Baden-Baden 2014.

Virgós/Schmit rapport

Report Virgós/Schmit (1996), Report of May 1996, containing the Report on the Convention of Insolvency Proceedings, designated for the delegation of the Member States, delivered by Miguel Virgós and Etienne Schmit.

EU Regelgeving

EEX-Verdrag

Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEU* nr. L 299 van 31-12-1972, p. 32-42.

Lugano II-verdrag

Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEU* L 147/5 van 10-6-2009, p. 5-43.

Verdrag van Lissabon

Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, *PbEU* C 306/2007.

Verordening (EG) 1346/2000.

Verordening (EG) Nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures

Verordening (EG) 44/2001

Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEU* Nr. L 012 van 16-01-2001, p. 1-23.

Verordening (EU) 1215/2012

Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEU* Nr. L 351/1 van 20-12-2012, p. 1-32.

Verordening (EU) 2015/848

Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (herschikking)

Parlementaire stukken

Parlementaire stukken:

- *Kamerstukken I* 1985/86, 16 631, nr. 27b.
- *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 2.
- *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6.
- *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 9.
- *Kamerstukken II* 1987/88, 17 725, nr. 14.

8. Jurisprudentielijst

HvJ EU & HvJ EG

- HvJ EG 15 juli 1964, C-6/64, ECLI:EU:C:1064:66 (*Costa/ENEL*).
- HvJ EG 12 februari 2009, C-339/07, ECLI:EU:C:2009:83 (*Seagon/Deko Marty*).
- HvJEG 10 september 2009, C-292/08, ECLI:EU:C:2009:544 (*German Graphics*).
- HvJEU 20 oktober 2011, C-396/09, ECLI:EU:C:2011:671, JOR 2012/30 (*Interedil*).
- HvJEU 19 april 2012, C-213/10, ECLI:EU:C:2012:215 (*Jadecloud Vilma*).
- HvJEU 22 november 2012, C-116/11, ECLI:EU:C:2012:739 (*Bank Handlowy/Christianapol*).
- Concl. A-G Kokott, ECLI:EU:C:2012:308, bij HvJEU 22 november 2012, C-116/11, ECLI:EU:C:2012:738 (*Bank Handlowy/Christianapol*).
- HvJEU 4 april 2014, C-157/13, ECLI:EU:C:2014:2145 (*Nickel & Goeldner*).
- HvJEU 4 december 2014, C-295/13, ECLI:EU:C:2014:2410 (*H./H.K.*).
- HvJEU 10 december 2015, C-594/14, ECLI:EU:C:2015:806 (*Kornhaas/Dithmar*).
- HvJEU 20 december 2017, C-649/16, ECLI:EU:C:2017:986 (*Valach e.a.*).
- HvJEU 14 november 2018, C-296/17, ECLI:EU:C:2018:902, (*Wiemer & Trachte*).
- Concl. A-G Wahl, ECLI:EU:C:2018:515, bij HvJ EU 14 november 2018, C-296/17, ECLI:EU:C:2018:902 (*Wiemer & Trachte*).
- HvJEU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96 (*N.K./BNP Paribas Fortis*).
- Concl. A-G Bobek, ECLI:EU:C:2018:850, bij HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96 (*N.K. q.q./BNP Paribas Fortis*).
- HvJEU 21 november 2019, C-198/18, ECLI:EU:C:2019:1001 (*CeDe Group*).
- Concl. A-G Kokett, ECLI:EU:C:2019:335, bij HvJ EU 21 november 2019, C-198/18, ECLI:EU:C:2019:1001 (*CeDe Group*)

Hoge Raad:

- HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4521, NJ 1983/579 (*Peeters/Gatzen*).
- HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1408 (*D Group*).
- Concl. A-G P. Vlas, ECLI:NL:PHR:2011:BP1408, bij HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1408 (*D Group*).
- HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958 (*MyGuide*).
- Concl. A-G Vlas, ECLI:PHR:2013:CA3958, bij HR 21 juni, ECLI:NL:HR:2013:CA3958.
- HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275, NJ 2017,215, m.nt. Van Schilfgaarde (*Le Roux Fruitexporters*).

Rechtbanken:

- Rb 's-Hertogenbosch, 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY9479 (*MyGuide*)