

Geanonimiseerde versie

C-498/20 - 1

Zaak C-498/20

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

29 september 2020

Verwijzende rechter:

Rechtbank Midden-Nederland (Nederland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

2 september 2020

Verzoekende partij:

ZK, in hoedanigheid van opvolger van JM, curator in het faillissement van BMA Nederland BV

Verwerende partij:

BMA Braunschweigische Maschinenbauanstalt AG

Tussenkomende partij:

Stichting Belangbehartiging Crediteuren BMA Nederland

[OMISSIS]

RECHTBANK MIDDEN-NEDERLAND

Civiel recht

handelskamer

locatie Utrecht

[OMISSIS]

Vonnis van 2 september 2020



in de zaak van

ZK

in hoedanigheid van opvolger van JM, curator in het faillissement van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **BMA Nederland B.V.**,

kantoorhoudend te Utrecht,

eiser in de hoofdzaak,

[OMISSIS]

tegen

de vennootschap naar Duits recht

BMA BRAUNSCHWEIGISCHE MASCHINENBAUANSTALT AG,

gevestigd te Braunschweig (Duitsland),

gedaagde in de hoofdzaak,

[OMISSIS]

en

de stichting

**STICHTING BELANGBEHARTIGING CREDITEUREN BMA
NEDERLAND,**

gevestigd te Wijk bij Duurstede,

tussenkomen partij,

[OMISSIS].

Partijen zullen hierna de curator, BMA AG en de Stichting genoemd worden. De failliete onderneming BMA Nederland B.V. zal verder worden aangeduid als BMA NL.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- [OMISSIS]
- [OMISSIS]
- [OMISSIS]
- het tussenvonnis van deze rechtbank van 23 mei 2018 [OMISSIS], waarin zij heeft geoordeeld dat zij op grond van de [or. 2] Insolventieverordening¹ bevoegd is om van de vorderingen van de curator kennis te nemen, voor zover deze zijn gebaseerd op een onrechtmatige daad door BMA AG wegens schending van diens zorgplicht jegens de gezamenlijke schuldeisers van BMA NL,
- [OMISSIS]
- de vordering van 29 augustus 2018 van een derde, de Stichting, om haar toe te staan om in de procedure tussen de curator en BMA AG te mogen tussenkomen,
- [OMISSIS]
- het tussenvonnis van deze rechtbank van 30 januari 2019 [OMISSIS], waarbij de tussenkomst is toegestaan,
- het verzoek van BMA AG aan de rechtbank om terug te komen op de tussenvonnissen van 23 mei 2018 en 30 januari 2019 (akte heroverweging van 21 augustus 2019),
- [OMISSIS]
- de indiening door de Stichting van haar vorderingen op de curator en BMA AG [OMISSIS]
- [OMISSIS]
- [OMISSIS]

¹ Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures.

1.2. [OMISSIS]2. De beoordeling

2.1. BMA AG heeft de rechtbank verzocht om terug te komen van haar tussenvonnissen van 23 mei 2018 en 30 januari 2019. De rechtsmacht die de rechtbank op basis van de Insolventieverordening heeft aangenomen (in het vonnis van 23 mei 2018) ten aanzien van de Peeters/Gatzen-vorderingen van de curator is volgens haar onjuist. Zij wijst op het daarover (in een vergelijkbare zaak) gewezen arrest van het HvJEU. Zie HvJEU 6 februari 2019, [OMISSIS]EU:C:2019:96 (hierna: de zaak NK/Paribas). Daardoor kan volgens BMA AG ook het daarop voortbouwende oordeel over de rechtsmacht ten aanzien van de vorderingen van de tussenkommende partij (de Stichting) in het vonnis van 30 januari 2019 niet in stand blijven.

2.2. Uit het arrest van het HvJEU in de zaak NK/Paribas volgt – kort gezegd – dat een door een curator ingestelde Peeters/Gatzen-vordering niet valt onder de werkingssfeer van de Insolventie-verordening, maar onder de werkingssfeer van de Verordening Brussel I² en haar opvolgster: Verordening Brussel I-bis³. Dit leidt de rechtbank tot de conclusie dat haar andersluidende oordeel in het vonnis van 23 mei 2018 niet in stand kan blijven. [or. 3]

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

- leidt dit tot onbevoegdheid van deze rechtbank, of is er een alternatieve bevoegdheidsgrond in de Verordening Brussel I-bis, die de rechtbank bevoegd maakt om van de vordering van de curator kennis te nemen, en

- leidt een eventuele onbevoegdheid van de rechtbank ten aanzien van de vorderingen van de curator ook (al dan niet automatisch) tot onbevoegdheid van de rechtbank ten aanzien van de vorderingen van de Stichting?

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

2.5. De rechtbank constateert dat de Hoge Raad in zijn verwijzingsbeslissing die heeft geleid tot het arrest van het HvJEU in de zaak NK/Paribas, geen vraag heeft gesteld over de wijze waarop artikel 7 aanhef en onder 2 van Verordening

² Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

³ Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

Brussel I-bis moet worden uitgelegd als het gaat om een Peeters/Gatzenvordering, dus een vordering die wordt ingesteld door de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van een failliete vennootschap. Het HvJEU heeft daarover dan ook geen oordeel uitgesproken. Over het antwoord op die vraag is wel redelijke twijfel mogelijk. [OMISSIS]

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

2.7. De omstandigheid dat er sprake is van een collectieve vordering ten behoeve van (een deel van) de gezamenlijke schuldeisers leidt ook tot moeilijkheden met betrekking tot de bepaling van het toepasselijke recht (“de plaats waar de schade zich voordoet” in de zin van Verordening Rome II⁴), zodat ook daar uitleg door het HvJEU gewenst is. **[or. 4]**

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

[Uiteenzetting over de opbouw van het vonnis] [OMISSIS]

2.9. [OMISSIS]

3. De feiten

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

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

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

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

BMA Groep had de bevoegdheid om bestuurders van BMA NL te benoemen en te ontslaan. In bepaalde periodes zijn werknemers van BMA AG benoemd als statutair bestuurders van BMA NL. Voor belangrijke beslissingen en handelingen van het bestuur van BMA NL gold een verplichting om deze ter goedkeuring voor te leggen aan haar aandeelhouder BMA Groep, die vervolgens de goedkeuring vroeg van haar aandeelhouder BMA AG.

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

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

3.6. Begin 2012 stopte BMA AG met deze financiële ondersteuning. BMA NL heeft daarop haar faillissement aangevraagd. Dat faillissement is vervolgens uitgesproken op 3 april 2012. [or. 5]

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

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

3.9. Op 21 juni 2016 is de Stichting opgericht, die ten doel heeft het behartigen van de belangen van schuldeisers van BMA NL die schade lijden of hebben geleden door het handelen dan wel nalaten van BMA AG. Zij heeft aansluitingsovereenkomsten gesloten met meer dan 50 (concurrente) schuldeisers,

wiens gezamenlijke vorderingen € 1,2 miljoen bedragen. Dat is circa 40 % van alle erkende vorderingen van concurrente schuldeisers die niet gelieerd zijn aan BMA AG.

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

4. De vorderingen van de curator

4.1. De curator vordert in deze procedure [OMISSIS] dat de rechtbank voor recht verklaart dat BMA AG haar zorgplicht heeft geschonden tegenover de gezamenlijke schuldeisers van BMA NL, daardoor onrechtmatig heeft gehandeld en aansprakelijk is voor de door deze gezamenlijke schuldeisers geleden schade. Daarnaast vordert hij dat de rechtbank voor recht verklaart dat BMA AG verplicht is om aan de boedel van BMA NL, maar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, een schadevergoeding te betalen die gelijk is aan het onverhaalbare gedeelte van de vorderingen van de gezamenlijke schuldeisers op BMA NL. [OMISSIS]

4.2. De curator heeft aan zijn vorderingen ten grondslag gelegd dat BMA AG haar zorgplicht heeft geschonden die deze vennootschap had tegenover de gezamenlijke [or. 6] schuldeisers van BMA NL. Volgens de curator heeft BMA AG deze zorgplicht, omdat zij nauw verweven was met BMA NL en potentiële ingrijpmacht had. Dat wil zeggen dat de concern- en governancestructuur zodanig was ingericht dat BMA AG een diepgaand inzicht had in en zeggenschap had over het (financiële) beleid en de gang van zaken bij BMA NL.

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

4.3. De curator verwijt BMA AG ook dat zij met de gekozen wijze van financiering van BMA NL de schijn wekte bij de schuldeisers dat BMA NL kredietwaardig was, terwijl zij dat niet was, en er zo voor zorgde dat BMA NL schulden kon blijven aangaan met de schuldeisers. Na 10 jaar van schijnbaar

ongelimiteerde liquiditeitsbijstand nam zij plotseling het besluit om niet verder te gaan met financiering van BMA NL, waarna een faillissement, en het onbetaald blijven van de schuldeisers van BMA NL, onvermijdbaar waren, aldus de curator.

5. De vorderingen van de Stichting

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

- tegenover alle schuldeisers in het faillissement van BMA NL, dan wel
- tegenover de schuldeisers die hebben vertrouwd dat BMA NL haar aangegane verplichtingen tegenover hen zou nakomen omdat BMA AG daarvoor adequate financiering aan BMA NL zou verstrekken, dan wel
- tegenover de schuldeisers die maatregelen hadden kunnen nemen om te voorkomen dat hun vordering op BMA NL onbetaald bleef, als zij vóór het staken van de verdere financiering door BMA AG daarvan op de hoogte waren geweest.

Vervolgens vordert zij dat BMA AG als derde [OMISSIS] veroordeeld wordt om aan elke schuldeiser van BMA NL op diens eerste verzoek de volledige schuld (inclusief rente) van BMA NL aan deze schuldeiser te voldoen. Indien deze laatste vordering wordt toegewezen, vordert de Stichting dat de curator veroordeeld wordt om toe te staan en eraan mee te werken dat de schadevergoeding wordt afgewikkeld op de door haar gevorderde wijze.

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

6. De inhoud van het nationale recht

6.1. De curator stelt zijn vorderingen in ten behoeve van (en niet namens) de gezamenlijke schuldeisers van BMA NL. De bevoegdheid om dit te doen berust op jurisprudentie van de Nederlandse Hoge Raad, die aanvangt met het arrest “Peeters/Gatzen”, [or. 7] en heet daarom de “Peeters/Gatzen-vordering”. In het arrest van 8 september 2017 ([OMISSIS]NL:HR:2017:2269) heeft de Hoge Raad prejudiciële vragen gesteld aan het HvJEU over de rechtsmacht met betrekking tot dergelijke vorderingen. Het Hof heeft die vragen beantwoord in een arrest van 6 februari 2019 ([OMISSIS]EU:C:2019:96). In zijn verwijzingsarrest heeft de Hoge Raad het Peeters/Gatzen-leerstuk als volgt samengevat:

“De Peeters/Gatzen-vordering

4.2.1

In geval van benadeling van schuldeisers door de gefailleerde, voorafgaand aan het faillissement, is een faillissementscurator bevoegd op te komen voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, waarbij, zoals de Hoge Raad voor het eerst heeft beslist in zijn arrest van 14 januari 1983, [OMISSIS]NL:HR:1983:AG4521[OMISSIS] (Peeters/Gatzen), onder omstandigheden ook plaats kan zijn voor het geldend maken van een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad tegen een derde die bij die benadeling betrokken was, ook al kwam een dergelijke vordering uiteraard niet aan de gefailleerde zelf toe. De opbrengst van een zodanige door de curator in het belang van de gezamenlijke schuldeisers geldend gemaakte vordering valt, evenals de opbrengst van een vordering tot vernietiging op de voet van de art. 42 e.v. Fw, in de boedel en komt derhalve de gezamenlijke schuldeisers ten goede in de vorm van een toename van het overeenkomstig de uitdelingslijst te verdelen boedelactief. Zijn bevoegdheid tot het geldend maken van dergelijke vorderingen ontleent de curator aan de hem in art. 68 lid 1 Fw gegeven opdracht tot beheer en vereffening van de failliete boedel. Deze bevoegdheid strekt zich niet uit tot een vordering van de curator ten behoeve van individuele schuldeisers. (HR 16 september 2005, [OMISSIS]NL:HR:2005:AT7797[OMISSIS])

4.2.2

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

4.2.3

Het bestaan van de hiervoor in 4.2.1 en 4.2.2 genoemde bevoegdheid van de curator staat, ongeacht of de curator van deze bevoegdheid gebruikmaakt of niet, niet eraan in de weg dat individuele schuldeisers zelf de aan hen toekomende vordering uit hoofde van onrechtmatige daad in rechte geldend maken. Voor een andersluidend oordeel zou, mede in verband met het bepaalde in art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, een wettelijke

grondslag vereist zijn, die echter ontbreekt. Het belang van een behoorlijke afwikkeling van het faillissement kan niettemin meebrengen dat indien ook de curator, op grond van hetzelfde feitencomplex, uit hoofde van zijn hiervoor omschreven bevoegdheid een vordering uit onrechtmatige daad ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers geldend [or. 8] maakt jegens de derde, eerst op deze vordering en vervolgens op die van de individuele schuldeiser wordt beslist. (HR 21 december 2001, [OMISSIS]NL:HR:2001:AD 2684[OMISSIS])

4.2.4

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

4.2.5

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

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

“Artikel 305a

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

plaats omvat zowel de plaats waar de [or. 10] schade is ingetreden (Erfolgsort) als de plaats van de gebeurtenis die met de schade in een oorzakelijk verband staat (Handlungsort).

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

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

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

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

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

7.4. De Stichting betoogt het volgende. Volgens haar is de Nederlandse rechter bevoegd om van haar vorderingen kennis te nemen. Als de rechtbank onbevoegd is om van de vorderingen van de curator kennis te nemen, betekent dit nog niet dat de rechtbank daarmee ook onbevoegd is om van haar vorderingen als tussenkomende partij kennis te nemen. Naar nationaal procesrecht is de rechter in beginsel gebonden aan bindende eindbeslissingen, zoals de toelating van de Stichting als tussenkomende partij op grond van artikel 8 onder 2 van Verordening Brussel I-bis. Bovendien vereist laatstgenoemde bepaling niet dat de rechter in de hoofdzaak rechtsmacht heeft. Als aan de hoofdzaak een einde komt, moet nog steeds geoordeeld worden over de vorderingen van de Stichting. **[or. 11]**

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

8. De kernstellingen van partijen over het toepasselijke recht

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

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

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

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

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

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

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

9. De vragen van uitleg

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

Vraag 1

- a. Moet het begrip “plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan” in artikel 7, aanhef en onder 2, van Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking) (PbEU 2012, L 351/1; hierna: Verordening Brussel I-bis) aldus worden uitgelegd dat “de plaats van de schadeveroorzakende [or. 12] gebeurtenis” (Handlungsort) de plaats van vestiging is van de vennootschap die geen verhaal biedt voor de vorderingen van haar schuldeisers, als die onverhaalbaarheid het gevolg is van een schending van de zorgplicht door de grootmoedermaatschappij van deze vennootschap jegens deze schuldeisers?
- b. Moet het begrip “plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan” in artikel 7, aanhef en onder 2, van Verordening Brussel I-bis aldus worden uitgelegd dat “de plaats van het intreden van de schade” (Erfolgsort) de plaats van vestiging is van de vennootschap die geen verhaal biedt voor de vorderingen van haar schuldeisers, als die onverhaalbaarheid het gevolg is van een schending van de zorgplicht door de grootmoedermaatschappij van deze vennootschap jegens deze schuldeisers?
- c. Zijn bijkomende omstandigheden vereist die rechtvaardigen dat de rechter van de plaats van vestiging van de vennootschap die geen verhaal biedt, bevoegd is en, zo ja, welke omstandigheden zijn dat?
- d. Is de omstandigheid dat de Nederlandse curator van de vennootschap die geen verhaal biedt voor de vorderingen van haar schuldeisers in het kader van zijn wettelijke taak tot afwikkeling van de boedel en ten behoeve van (maar niet namens) de gezamenlijke schuldeisers een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad heeft ingesteld van invloed op de bepaling van de bevoegde rechter op de voet van artikel 7 aanhef en onder 2 van de Verordening Brussel I-

bis? Een dergelijke vordering brengt mee dat er geen plaats is voor een onderzoek naar de individuele positie van de individuele schuldeisers en dat de aangesproken derde tegenover de curator niet gebruik kan maken van alle verweren die hem wellicht tegenover bepaalde individuele schuldeisers ten dienste zouden hebben gestaan.

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

Vraag 2

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

Vraag 3

Moet artikel 8, aanhef en onder 2, van Verordening Brussel I-bis aldus worden uitgelegd dat indien het gerecht waar de oorspronkelijke vordering aanhangig is, teruggaat op zijn beslissing dat hij ter zake van die vordering rechtsmacht heeft, daarmee automatisch ook diens rechtsmacht ontvalt aan de vorderingen die de tussenkomende partij heeft ingesteld? [or. 13]

Vraag 4

- a) Moet artikel 4, onder 1, van Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (PbEU 2007, L 199/40, hierna: Verordening Rome II) aldus worden uitgelegd dat “de plaats waar de schade zich voordoet”, de plaats is waar de vennootschap is gevestigd die geen verhaal biedt voor de schade die de schuldeisers van de vennootschap hebben geleden door de hiervoor bedoelde schending van de zorgplicht?
- b) Is de omstandigheid dat de vorderingen zijn ingesteld door een curator uit hoofde van zijn wettelijke taak tot afwikkeling van de boedel en een collectieve belangenbehartiger ten behoeve van (maar niet namens) de gezamenlijke schuldeisers van invloed op de bepaling van deze plaats?

- c) Is de omstandigheid dat een deel van de schuldeisers woonplaats heeft buiten het grondgebied van de Europese Unie van invloed op de bepaling van deze plaats?
- d) Is de omstandigheid dat tussen de Nederlandse failliete vennootschap en haar grootmoedermaatschappij financieringsovereenkomsten bestonden waarin een forumkeuze is gemaakt voor de Duitse rechter en Duits recht van toepassing werd verklaard, een omstandigheid die maakt dat de gestelde onrechtmatige daad van BMA AG een kennelijk nauwere band heeft met een ander land dan Nederland als bedoeld in artikel 4 lid 3 Rome II-Verordening?

10. Toelichting op de vragen

Toelichting op vraag 1

Handlungsort

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

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

10.3. Anderzijds is in een vergelijkbaar geval, waarin schuldeisers van een vennootschap schade hebben geleden doordat de aandeelhouder van die vennootschap haar activiteiten liet voortzetten ondanks dat er sprake was van onderkapitalisatie, door het HvJEU geoordeeld dat de plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis zich bevindt in de plaats waarmee de door die vennootschap verrichte werkzaamheden en de financiële situatie met betrekking tot die werkzaamheden verband houden (18 juli 2013, C-147/12, Öfab/Koot, hierna: het Öfab-arrest). **[or. 14]**

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

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

- het verwijt dat BMA AG een risicovolle vorm van financiering in het leven heeft geroepen: verdedigd kan worden dat het Handlungsort zich bevindt op de plaats waar de omstreden beslissing is genomen om wel op die wijze te financieren, dus in Duitsland,
- het verwijt dat BMA AG niet eerder met deze vorm van financiering is gestopt: hiervoor kan hetzelfde verdedigd worden als bij het vorige verwijt,
- het verwijt dat BMA AG de financiering op enig moment heeft gestaakt, waardoor de schulden van BMA NL aan haar schuldeisers onbetaald zouden blijven: de gestelde verplichting om door te gaan met financieren had moeten worden uitgevoerd door de financiering ter beschikking te stellen aan een in Nederland gevestigde vennootschap op een bankrekening bij een in Nederland gevestigde bank: Deutsche Bank Nederland B.V.,
- het verwijt dat het staken van de financiering niet tijdig is aangekondigd: de gestelde verplichting tot het tijdig aankondigen van het staken van de financiering aan de crediteuren had moeten plaatsvinden in de diverse landen waar de crediteuren gevestigd zijn,
- het verwijt dat BMA AG met de gekozen wijze van financiering van BMA NL de schijn heeft gewekt bij de schuldeisers dat BMA NL kredietwaardig was: verdedigd kan worden dat het Handlungsort zich bevindt op de plaats waar de omstreden beslissing is genomen om wel op die wijze te financieren en daarmee de schijn van kredietwaardigheid te wekken, dus in Duitsland.

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

10.6. Daarnaast is bijzonder aan het hoofdgeding dat de vorderingen niet zijn ingesteld door de individuele gedupeerden, maar door de curator “ten behoeve van” (maar niet namens) de gedupeerden. Een vraag die rijst is of in het hoofdgeding de bevoegdheid voor iedere schadevordering van iedere schuldeiser afzonderlijk moet worden bepaald, zoals het [or. 15] HvJEU heeft geoordeeld in het arrest van 21 mei 2015 (C-352/13, [OMISSIS]EU:C:2015:335 CDC/Akzo Nobel, hierna: het arrest CDC/Akzo). In die zaak hadden gedupeerden van een waterstofperoxidekartel hun vorderingen gecedeerd aan een claimvehikel. Het HvJEU heeft toen geoordeeld dat de overdracht van schuldvorderingen door de oorspronkelijke schuldeisers geen invloed kan hebben op de bepaling van het bevoegde gerecht volgens (de voorganger van) artikel 7 onder 2 Verordening Brussel I-bis en dat het schadebrengende feit derhalve voor iedere schadevordering afzonderlijk moet worden bepaald, ongeacht een eventuele overdracht of bundeling ervan (punten 35-36 en 56).

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

Erfolgsort

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

Toelichting op vraag 2

10.9. Deze vraag is vergelijkbaar met de vraag die de Hoge Raad heeft gesteld aan het HvJEU in zijn arrest van 20 september 2019 ([OMISSIS]NL:HR:2019:1400, bekend bij het HvJEU als Vereniging van

Effectenbezitters, zaaknummer C-709/19). Gelet hierop geeft de rechtbank het HvJEU in overweging om deze zaken gelijktijdig te behandelen.

10.10. Een belangrijk verschil tussen de arresten die het HvJEU heeft gewezen over het Erfolgsort bij zuiver financiële schade en deze zaak is dat het bij de vorderingen van de tussenkomende partij (de Stichting) gaat om een collectieve actie op de voet van art. 3:305a BW, die aanleiding kan geven tot (extra) problemen bij het lokaliseren van het Erfolgsort. Doordat de collectieve actie strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen wordt geabstraheerd van de individuele omstandigheden van de gedupeerden van wie de belangen in de collectieve actie aan de orde zijn. **[or. 16]**

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

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

Toelichting op vraag 3

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

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

omstandigheid (bereiken van een minnelijke regeling met één van de gedaagden) in die samenhang geen wijziging brengt.

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

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

10.15. Dat risico bestaat echter ook, als de rechtsmacht wel automatisch zou vervallen. Immers, in dat geval zou de rechtbank alsnog een oordeel moeten geven over het subsidiaire beroep van de Stichting op artikel 8 onder 1 van die verordening. De vorderingen die de Stichting heeft ingesteld tegen de (in Nederland gevestigde) curator zijn afhankelijk gemaakt van de toewijzing van de door de Stichting tegen BMA AG ingestelde vorderingen. [or. 17] Daarmee lijken de vereiste nauwe band en het risico op onverenigbare beslissingen aanwezig.

Toelichting op vraag 4

10.16. Bij het bepalen van het toepasselijke recht op de vorderingen van de curator en de Stichting gaat het in wezen deels om dezelfde vraag als bij de rechtsmacht, namelijk de vraag waar het “Erfolgsort” moet worden gelokaliseerd in de zin van artikel 4 onder 1 van Verordening Rome II. Daarom stelt de rechtbank deze vraag ook in dit kader.

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

11. De aanlevering van stukken bij het HvJEU

[OMISSIS]

12. De beslissing

De rechtbank

12.1. [OMISSIS]

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

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

12.4. houdt iedere verdere beslissing aan en schorst het geding tot het HvJEU naar aanleiding van dit verzoek uitspraak zal hebben gedaan. **[or. 18]**

[OMISSIS]