



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Art. 2:11 BW, doorgeefluik van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoe diep kan een bestuurder vallen?

Hanegraaf, C.E.J.M.

Citation

Hanegraaf, C. E. J. M. (2017, June 27). *Art. 2:11 BW, doorgeefluik van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoe diep kan een bestuurder vallen?*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/50155>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/50155>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/50155> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Hanegraaf, C.E.J.M.

Title: Art. 2:11 BW, doorgeefluik van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoe diep kan een bestuurder vallen?

Issue Date: 2017-06-27

Hoofdstuk 6. De internationale reikwijdte van art. 2:11 BW

6.1 Inleiding internationale reikwijdte van art. 2:11 BW

De in dit hoofdstuk behandelde deelvraag betreft de vraag wat de “internationale reikwijdte” van art. 2:11 BW is. Kunnen ook (rechtspersoon-)bestuurders die gevestigd c.q. woonachtig zijn in het buitenland geconfronteerd worden met een aansprakelijkheid die mede gebaseerd is op art. 2:11 BW en - zo ja - in welke gevallen? Of houdt de werking van art. 2:11 BW op bij de Nederlandse grens? Kortom: waar houdt de Nederlandse rechtsmacht - de reikwijdte van art. 2:11 BW - op en begint de vrijheid van de bestuurder? Een beperkte (uitleg van de) internationale reikwijdte verdraagt zich niet goed met het doel en de strekking van art. 2:11 BW. Een ruime (uitleg van de) internationale reikwijdte grijpt wellicht teveel in de rechtssfeer van andere staten in.

Slagter schrijft dat art. 2:11 BW alleen geldt voor rechtspersonen opgericht naar Nederlands recht.⁹³² Daaraan voegt hij toe dat de keten van aansprakelijkheid wordt doorbroken door de management-B.V. naar buitenlands recht op te richten. Tot op zekere hoogte is dit juist. Ook Van Daal merkte - inmiddels geruime tijd geleden - reeds op dat een natuurlijk persoon-bestuurder van een buitenlandse rechtspersoon de werking van art. 2:11 BW niet hoeft te vrezen, aangezien de hoofdelijke medeaansprakelijkheid via dat artikel afstuit op alleen al “het buitenlands zijn” van de rechtspersoon. Hij wijst erop dat het “tussenschuiven” van een buitenlandse rechtspersoon volstaat om de aansprakelijkheidsketen te verbreken tussen een Nederlandse rechtspersoon met alleen een rechtspersoon als bestuurder en de uiteindelijke - zelfs Nederlandse - bestuurder-natuurlijke persoon.⁹³³ Inmiddels is er sprake van belangrijke jurisprudentie op het gebied van de internationale reikwijdte van art. 2:11 BW. In dit kader ga ik in op het arrest van de Hoge Raad inzake D Group-Schreurs.⁹³⁴ Tevens komt aan de orde de prejudiciële vraag inzake MyGuide die de Rechtbank Oost-Brabant over dit onderwerp aan de Hoge Raad voorlegde en die de Hoge Raad (impliciet) heeft beantwoord.⁹³⁵ Deze jurisprudentie is van groot belang voor internationale concernverhoudingen.

Niet alleen in de rechtszaal en de doctrine, maar ook in de media en de politiek speelt de problematiek van de aanpak van personen die zich ter voorkoming van aansprakelijkheid “verstoppert” achter buitenlandse rechtspersonen. Zo verscheen op 26 augustus 2013 in het Financieel Dagblad een artikel met als opschrift *“Aansprakelijkheid van bestuurders wordt ondermijnd”*. In dat artikel gaan de schrijvers kort in op (de gevolgen van) voormeld arrest inzake MyGuide.⁹³⁶ De schrijvers van dat artikel wijzen erop dat door tussenschakeling van een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder verhaalsmogelijkheden van schuldeisers drastisch worden beperkt. Zij menen dan ook dat - zoals zij het aanduiden - “Europese wetgeving” noodzakelijk is om de door de Hoge Raad ingezette koers te wijzigen. Naar aanleiding van dat krantenartikel stelden de Kamerleden Vos en Recourt vragen over dit onderwerp aan de toenmalige Minister van Veiligheid en Justitie Opstelten.⁹³⁷ De Minister geeft in zijn reactie de hoofdlijnen aan uit de arresten D Group-Schreurs en MyGuide. Daarnaast geeft hij aan dat hij in algemene zin geen uitspraak kan doen of - en zo ja, onder welke voorwaarden - het toepasselijke buitenlandse recht hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders kent. Bovendien wijst de Minister op de mogelijkheid die art. 10:121 BW biedt. De Minister merkt op dat hij dit onderwerp ter sprake zal brengen in het kader van de consultatie die de Europese Commissie op dat moment hield naar eventuele mogelijkheden tot harmonisatie van het materiële faillissementsrecht. Aangezien art. 2:11 BW - zoals hierna blijkt - niet kan “inbreken” in de relatie tussen een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder en diens bestuurder, zal in dergelijke gevallen de regeling van toepassing zijn die betrekking heeft op die rechtspersoon-bestuurder. De Europese Commissie zal volgens de Minister gevraagd worden na te gaan of de rechtsstelsels van de lidstaten op dit punt dermate verschillen dat de goede werking van de interne markt in het gedrang kan komen. Op 10 december 2013 heeft Minister Van der Steur wederom vragen beantwoord van de Kamerleden Vos en Recourt. De Minister geeft in zijn reactie aan dat hem geen voorbeelden bekend zijn van rechtssystemen in andere lidstaten van de EU die voorzien in een mogelijkheid om bestuurders van buitenlandse rechtspersoon-bestuurders rechtstreeks aansprakelijk te stellen in geval van faillissementsfraude of Paulianeus handelen.⁹³⁸

⁹³² Slagter 1996, p. 128.

⁹³³ Van Daal 1998, p. 171.

⁹³⁴ HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1408; NJ 2011,132; Ondernemingsrecht 2011, 71 (D Group-Schreurs q.q.).

⁹³⁵ HR 21 juni 2013, NL 2013, 353 en JOR 2013, 328 (My Guide).

⁹³⁶ Duinkerke en Van de Kuilen 2013.

⁹³⁷ Brief Minister van Veiligheid en Justitie (mede namens de Minister van Economische Zaken) van 14 oktober 2013, nr. 436809.

⁹³⁸ Aanhangsel Handelingen II 2013/14, 722.

6.2 Opzet hoofdstuk 6

Dit hoofdstuk bestaat uit vier gedeelten.

In **Deel I** (Algemeen Deel) maak ik enkele inleidende, algemene opmerkingen over de voor- en nadelen van niet-toepasselijkheid van art. 2:11 BW op bestuurders van buitenlandse rechtspersoon-bestuurders (par. 6.3). Tevens sta ik kort stil bij (een aantal bepalingen uit) Boek 10 BW (par. 6.4). Die bepalingen zijn van belang voor een goed begrip van de zaken D Group-Schreurs en MyGuide.

In **Deel II** (Arresten D Group-Schreurs en MyGuide) ga ik - vanwege het belang voor het onderhavige onderwerp - vrij uitgebreid in op twee zaken voorgelegd aan de Hoge Raad. In het arrest D Group-Schreurs gaat de Hoge Raad voor het eerst in op de vraag hoe art. 2:11 BW toegepast dient te worden in internationale verhoudingen (par. 6.5). In par. 6.6 stel ik aan de orde de prejudiciële vraag inzake de internationale reikwijdte van art. 2:11 BW die de Rechtbank Oost-Brabant heeft voorgelegd aan de Hoge Raad. In par. 6.7 vermeld ik mijn commentaar naar aanleiding van voormelde arresten. In dat kader besteed ik kort aandacht aan art. 10:119 BW (par. 6.7.1). In par. 6.8 vermeld ik enkele belangrijke gevolgen van de uitspraken D Group-Schreurs en MyGuide.

De Hoge Raad heeft - redenerend vanuit (het huidige) art. 10:119 aanhef en sub e. BW - aangegeven waar de internationale reikwijdte van art. 2:11 BW ophoudt. De internationale reikwijdte van art. 2:11 BW valt niet bepaald als ruim te omschrijven. Op grond van art. 2:11 BW kan men namelijk niet doorbreken ingeval sprake is van een buitenlandse eerstegraads rechtspersoon-bestuurder. In **Deel III** (par. 6.9 e.v.) stel ik enkele mogelijkheden aan de orde waardoor men onder bepaalde (uitzonderlijke) omstandigheden buitenlandse bestuurders van Nederlandse rechtspersonen met kans op succes aansprakelijk kan stellen via art. 2:11 BW. In dat kader neem ik het standpunt in dat het voor toepassing van art. 10:119 sub e. BW niet uitmaakt op welke grondslag de bestuurdersaansprakelijkheid is gebaseerd (par. 6.9). In par. 6.10 ga ik in op de Insolventieverordening. Een ruime uitleg van die verordening kan een grotere reikwijdte van art. 2:11 BW betekenen. Mijns inziens dient echter de benadering van de Hoge Raad in de arresten D Group-Schreurs en MyGuide gehanteerd te worden.

De rechtbank plaatst in de zaak MyGuide de vraag of art. 2:11 BW van toepassing is niet in de context van misbruik. De rechtbank stelt niet - impliciet of expliciet - vast dat de buitenlandse eerstegraads rechtspersoon-bestuurder is "tussengeschied" om te voorkomen dat de tweedegraads bestuurder-natuurlijke persoon (Pieper) aansprakelijk is. Ook de curator stelt in die zaak niet dat Pieper misbruik van buitenlands recht maakt - zich aan aansprakelijkheid onttrekt - door het bestuurderschap te laten vervullen door een door hem gecontroleerde buitenlandse rechtspersoon. In het Inspire Art-arrest heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie aan lidstaten de mogelijkheid geboden om bepalingen van nationaal recht toe te passen op buitenlandse vennootschappen indien dit nodig is om misbruik te voorkomen. In par. 6.11 ga ik nader in op de (aanpak van) misbruik van buitenlandse rechtspersonen. In par. 6.12 stel ik kort aan de orde of de doelbewuste tussenschakeling van een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder bestreden kan worden met het leerstuk van de "fraus legis" of "wetsontduiking". Na een enkele opmerking over art. 10:6 BW (openbare orde) in par. 6.13, stel ik in par. 6.14 de vraag aan de orde of - en zo ja, in hoeverre - de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen invloed heeft op de reikwijdte van art. 2:11 BW. Aan het slot van Deel III sta ik kort stil bij twee bepalingen uit Boek 10 BW, te weten art. 10:8 BW (de exceptieclausule; par. 6.15) en art. 10:121 BW (par. 6.16).

In **Deel IV** van dit hoofdstuk (par. 6.17) stel ik voor om in Nederland de figuur van de "vaste vertegenwoordiger" verder te introduceren.⁹³⁹ Op deze wijze kan zoveel mogelijk het nadeel worden weggenomen dat verbonden is aan het feit dat bestuurders van een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder in beginsel niet op grond van Nederlands recht aansprakelijk kunnen worden gehouden. Het gevolg van de benoeming van een vaste vertegenwoordiger is dat de (in art. 2:11 BW bedoelde) aansprakelijkheid van een (buitenlandse) rechtspersoon-bestuurder tevens hoofdelijk komt te rusten op die vaste vertegenwoordiger.

Na een inleiding waarin ik de visie van de Minister ten aanzien van de rechtsfiguur van de "vaste vertegenwoordiger" weergeef (par. 6.17.1), ga ik kort in op die figuur in andere landen (par. 6.17.2). Vervolgens laat ik zien dat de vaste vertegenwoordiger voor Nederland geen nieuwe rechtsfiguur betreft (par. 6.17.3). In par. 6.17.4 tot en met par. 6.17.8 geef ik aan waarom er mijns inziens geen bezwaren hoeven te zijn tegen de (verdere) introductie van de vaste vertegenwoordiger. Daarna geef ik (in par.

⁹³⁹ Eerder stelden Wenekes en Troost 2015, nr. 4, p. 137-144 dit reeds voor.

6.17.9) de “contouren” aan waaraan mijns inziens een nieuwe regeling dient te voldoen. Ik besluit dit deel met een voorstel voor een wettekst (par. 6.17.10).

Deel I: Algemeen deel

6.3 Voordelen en nadelen van niet-toepasselijkheid van art. 2:11 BW op bestuurders van buitenlandse rechtspersoon-bestuurders

Een voordeel van het feit dat een bestuurder van een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder niet via art. 2:11 BW aansprakelijk kan worden gesteld op grond van een aansprakelijkheidsbepaling in de Nederlandse wetgeving is dat daardoor wordt vermeden dat het Nederlandse recht inbreuk maakt op een buitenlandse rechtsorde. De rechtszekerheid wordt daardoor gewaarborgd. Daarnaast geldt dat het gunstig is voor Nederland indien buitenlandse rechtspersonen vrijelijk aan het Nederlandse rechtsverkeer kunnen deelnemen zonder dat hun bestuurders op welke wijze ook geconfronteerd worden met wellicht voor die bestuurders onbekende aansprakelijkheidsgronden.⁹⁴⁰

Nadeel van het niet-toepasselijk zijn van art. 2:11 BW op “de natuurlijke persoon achter” de buitenlandse rechtspersoon-bestuurder is dat men die persoon niet, dan wel slechts op lastige wijze aansprakelijk kan houden voor geleden schade.⁹⁴¹ Het is door het “tussenschakelen” van een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder derhalve mogelijk om aansprakelijkheid via art. 2:11 BW te voorkomen. Men kan op deze wijze lastiger misbruik van rechtspersoonlijkheid aanpakken.

6.4 Boek 10 BW.

Boek 10 BW bevat het materiële internationaal privaatrecht, de verwijzingsregels die het toepasselijke recht aanwijzen in grensoverschrijdende gevallen. Boek 10 BW is per 1 januari 2012 in werking getreden. Zestien deelvormen - waaronder de Wet conflictenrecht corporaties (Wcc)⁹⁴² - zijn per die datum komen te vervallen.⁹⁴³ De corporaties zijn geregeld in de artt. 10:117-124 BW. In die artikelen zijn de bepalingen van de Wcc geconsolideerd.

Art. 10:117 sub a. BW (vgl. art. 1 sub a. Wcc (oud)) definieert het begrip “corporatie”. Onder corporatie wordt verstaan een vennootschap, vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting en ieder ander als zelfstandige eenheid of organisatie naar buiten optredend lichaam en samenwerkingsverband. Rechtspersoonlijkheid is derhalve niet vereist. Een “functionaris” is blijkens art. 10:117 sub b. BW (vgl. art. 1 sub b. Wcc (oud)) hij die - zonder orgaan te zijn - krachtens het op de corporatie toepasselijke recht en haar statuten of samenwerkingsovereenkomst bevoegd is deze te vertegenwoordigen. Het doel van deze definitie is ervoor te zorgen dat de aansprakelijkheid van de functionaris jegens de corporatie en jegens derden beheerst wordt door hetzelfde recht als op de corporatie van toepassing is.⁹⁴⁴

Art. 10:118 BW (vgl. art. 2 Wcc (oud)) bepaalt dat een corporatie die ingevolge de oprichtingsovereenkomst of akte van oprichting haar zetel of - bij gebreke daarvan - haar centrum van optreden naar buiten ten tijde van de oprichting heeft op het grondgebied van de staat naar welks recht zij is opgericht, beheerst wordt door het recht van die staat.

Art. 10:119 aanhef en sub d. BW (vgl. art. 3 sub d. Wcc (oud)) bevat een bepaling inzake de “interne aansprakelijkheid”. Dat artikel bepaalt namelijk dat het op een corporatie toepasselijke recht naast de oprichting in het bijzonder de aansprakelijkheid van bestuurders, commissarissen en andere functionarissen als zodanig jegens de corporatie beheerst.

Art. 10:119 aanhef en sub e. BW (vgl. art. 3 aanhef en sub e. Wcc (oud)) bevat een bepaling inzake “externe aansprakelijkheid” en bepaalt dat het op een corporatie toepasselijke recht naast de oprichting in het bijzonder de vraag beheerst wie naast de corporatie aansprakelijk is voor de handelingen waarvoor de corporatie wordt verbonden uit hoofde van een bepaalde hoedanigheid zoals die van

⁹⁴⁰ Zie ook: Rechtbank 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, JOR 2013, 3 (Van der Meer q.q./Pieper) (r.o. 4.5).

⁹⁴¹ Vgl. Brandsma 2011, p. 233.

⁹⁴² Wet van 17 december 1997, Stb. 699, houdende regels van internationaal privaatrecht met betrekking tot corporaties, gewijzigd bij de wet van 20 november 2006, Stb. 600.

⁹⁴³ Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 Burgerlijk Wetboek, EK (2010-2011) Kamerstukken 32 173, art. IV.

⁹⁴⁴ Kamerstukken II 2009/2010, 32 137, p. 67 (MvT).

oprichter, vennoot, aandeelhouder, lid, bestuurder, commissaris of andere functionaris van de corporatie.⁹⁴⁵

In een uitspraak van 25 april 2012 gaat de Rechtbank Amsterdam in op de reikwijdte van (de voorloper van) art. 10:119 BW.⁹⁴⁶ De rechtbank merkt op dat art. 3 aanhef en onder e. Wcc (oud) ziet op (externe) aansprakelijkheden - naast de corporatie - van bepaalde personen uit hoofde van een bepaalde hoedanigheid. Naar Nederlands recht komt dit volgens de rechtbank neer op de aansprakelijkheden uit Boek 2 BW. Art. 3 aanhef en onder e. Wcc (oud) heeft - aldus nog steeds de rechtbank - betrekking op handelingen waardoor in de eerste plaats de corporatie wordt verbonden en voor de rechtsgevolgen (verbintenissen) waarvan daarnaast bepaalde personen - enkel en alleen uit hoofde van hun functie binnen de corporatie en ongeacht of zij feitelijk hebben gehandeld - aansprakelijk zijn. In de betreffende zaak ging het daarentegen volgens de rechtbank om eigen, persoonlijk aan gedaagden te verwijten gedragingen die weliswaar verband houden met (hun functie bij) de corporatie, maar waarvoor zijzelf in persoon en niet in kwaliteit van functionaris van de corporatie aansprakelijk worden gehouden. Noch uit de tekst van art. 3 aanhef en onder e. Wcc (oud), noch uit de totstandkomingsgeschiedenis van dat artikel volgt - aldus de rechtbank - dat het artikel ook ziet op deze persoonlijke - los van de corporatie bestaande - aansprakelijkheden (naar Nederlands recht: de aansprakelijkheden uit Boek 6 BW).

Art. 1 lid 2 onder e. EVO en art. 1 lid 2 onder f. van Rome I sluiten de in art. 10:119 BW vermelde onderwerpen uit van hun toepassingsgebied. Art. 10:120 BW (vgl. art. 4 Wcc (oud)) bepaalt dat in geval van zetelverplaatsing het recht van de staat van de nieuwe zetel de in art. 10:119 BW vermelde onderwerpen beheerst, tenzij ingevolge het betreffende recht daarop het recht van de staat van de oorspronkelijke zetel van toepassing is.

Deel II: Arresten D Group-Schreurs en MyGuide

6.5 Het arrest D Group-Schreurs

6.5.1 Inleiding D Group-Schreurs

Vóór het arrest D Group-Schreurs werd in de jurisprudentie niet of nauwelijks inhoudelijk ingegaan op art. 2:11 BW.

In een zaak uit 1995 van de Rechtbank Amsterdam had de curator van een in Nederland in staat van faillissement verklaarde B.V. tegen de Duitse eerstegraads rechtspersoon-bestuurder en de Duitse tweedegraads bestuurder een vordering ingesteld ex artt. 2:248 jo. 2:11 BW.⁹⁴⁷ Inhoudelijk ging de rechtbank echter niet in op de vordering van de curator.⁹⁴⁸

Brandsma gaat in op drie rechtbank-uitspraken.⁹⁴⁹ Brandsma merkt op dat art. 2:11 BW geen rol speelde in deze vonnissen, maar dat daarin wel bevestigd wordt dat Nederlands recht niet kan inbreken in de relatie tussen een buitenlandse rechtspersoon en diens bestuurder.⁹⁵⁰

In een in 2012 aan de Rechtbank 's-Hertogenbosch⁹⁵¹ voorgelegde kwestie was het volgende aan de orde. Boswerk B.V. ("Boswerk") is op 27 juli 2005 in staat van faillissement verklaard. Boswerk is opgericht door de vennootschap naar Belgisch recht Leduc Investments N.V. ("Leduc"), die enig aandeelhouder was. Tot en met 2 mei 2005 was Leduc tevens zelfstandig bestuurder van Boswerk. Afgevaardigd bestuurder en voorzitter van de raad van bestuur van Leduc is gedaagde sub 2, een natuurlijk persoon. De curator stelde een vordering in strekkende tot hoofdelijke veroordeling van de gedaagden ex art. 2:248 BW tot betaling van het tekort in het faillissement van Boswerk. Wat betreft gedaagde sub 2 baseert de curator de aansprakelijkheid op artt. 2:248 jo. 2:11 BW, subsidiair op art. 2:248 lid 7 BW. De rechtbank overweegt dat de curator stelt dat gedaagde sub 2 als bestuurder van Leduc op grond van art. 2:11 BW aansprakelijk is voor het onbehoorlijk bestuur van Leduc bij Boswerk. Gedaagde sub 2 stelt - zo vervolgt de rechtbank - dat dit niet het geval is omdat art. 2:11 BW niet van toepassing zou zijn op een Belgische vennootschap die het bestuur over een Nederlandse vennootschap voert. Dat kan in het midden blijven - aldus de rechtbank - nu gedaagde sub 2 hoe dan ook tevens als (mede-)beleidsbepaler in de zin van art. 2:248 lid 7 BW is aan te merken.⁹⁵² De rechtbank komt derhalve niet toe aan de vraag of - en zo ja, in hoeverre - art. 2:11 BW toepasselijk is in het geschetste geval.

Evenmin bestond in de literatuur duidelijkheid omtrent de reikwijdte van art. 2:11 BW. Lennarts stelt de vraag aan de orde of art. 2:11 BW van toepassing is indien een in staat van faillissement verklaarde Nederlandse vennootschap wordt bestuurd door een buitenlandse rechtspersoon.⁹⁵³ Zij verwijst op haar beurt naar Struycken die het voorbeeld geeft van een Nederlandse B.V. die wordt bestuurd door een Franse s.a.r.l.⁹⁵⁴ Tegen toepassing van art. 2:11 BW op de buitenlandse rechtspersoon-bestuurder pleit volgens Struycken dat het Nederlandse recht aldus zou inbreken in de - door het Franse recht beheerste

⁹⁴⁵ Vgl. Kamerstukken 1 2010/11, 32 137, A, p. 27-28.

⁹⁴⁶ Rechtbank Amsterdam 25 april 2012, JOR 2012,177(Cargill Financial Markets/KPN).

⁹⁴⁷ Rb. Amsterdam 22 november 1995, NJkort 1996, 25. Vgl. Lennarts 2001, p. 179-188.

⁹⁴⁸ Vgl. Tollenaar 2009, nr. 6, p. 181.

⁹⁴⁹ Te weten: Rechtbank Amsterdam 22 november 1995, NJkort 1996, 25; Rechtbank Rotterdam 4 mei 2005, NJF 2005, 280 en Rechtbank Zutphen 15 november 2006, LJ AZ6027.

⁹⁵⁰ Brandsma 2011, p. 232.

⁹⁵¹ Rechtbank 's-Hertogenbosch 5 december 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY5580 (mr. Jansberg q.q./Leduc Investments).

⁹⁵² R.o. 4.14.

⁹⁵³ Lennarts 2001, par. 15.

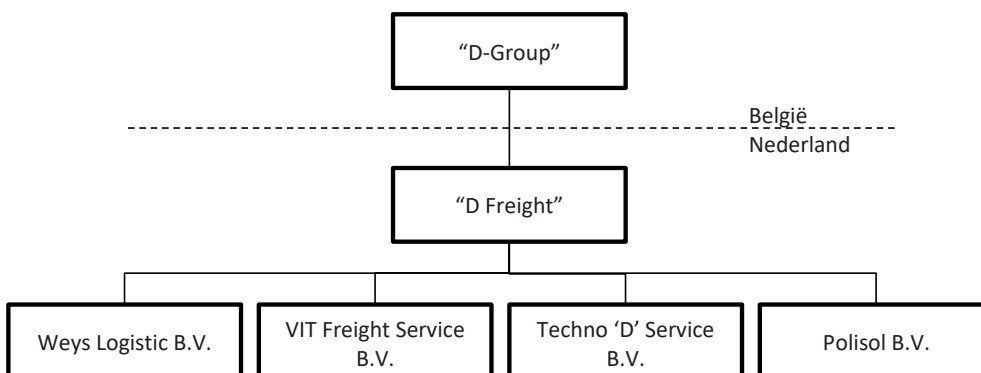
⁹⁵⁴ Struycken 1981, met name p. 599.

- verhouding tussen de Franse vennootschap en haar bestuurders.⁹⁵⁵ Vóór toepassing van art. 2:11 BW op de buitenlandse rechtspersoon-bestuurder pleit dat voorkomen dient te worden dat art. 2:11 BW kan worden ontgaan door de tussenschakeling van een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder.⁹⁵⁶

6.5.2 D Group-Schreurs: feitencomplex en procesverloop tot aan Hoge Raad

Hieronder geef ik de casus van het arrest D Group-Schreurs verkort weer.

D Group Europe N.V. ("**D Group**") is een in België gevestigde vennootschap naar Belgisch recht. D Group is bestuurder en aandeelhouder van D Freight Group B.V. ("**D Freight**"), een in Nederland gevestigde vennootschap naar Nederlands recht. D Freight is op haar beurt bestuurder en aandeelhouder van vier in Nederland gevestigde vennootschappen naar Nederlands recht, Weys Logistic B.V., VIT Freight Service B.V., Techno 'D' Service B.V., en Polisol B.V. Op 4 en 5 maart 1999 zijn Weys Logistic B.V., VIT Freight Service B.V. en Techno 'D' Service B.V. in staat van faillissement verklaard. Mr. Ph. W. Schreurs is als curator aangesteld in de betreffende drie faillissementen. Aan D Freight is eerst (voorlopige) surseance van betaling verleend, maar later is ook deze vennootschap in staat van faillissement verklaard. In laatstgemeld faillissement is een ander dan mr. Schreurs als curator aangesteld.⁹⁵⁷ Curator mr. Schreurs stelt tweedegraads bestuurder D Group primair op grond van art. 2:248 lid 2 BW in verbinding met artt. 2:10 en 2:394 BW en subsidiair op grond van artt. 2:248 lid 1 BW aansprakelijk voor het tekort in de betreffende faillissementen. Hij vordert van D Group voldoening van het bedrag van de tekorten van de failliete boedels en een voorschot op het bedrag van de tekorten.⁹⁵⁸ De curator stelt dat D Group op grond van verscheidende feiten en omstandigheden - waaronder het niet voldaan hebben aan de verplichtingen ex artt. 2:10 en 2:394 BW - haar taak als bestuurder kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, hetgeen een belangrijke oorzaak van de faillissementen is geweest. De curator stelt eveneens een vordering in tegen de natuurlijk persoon die bestuurder was van D Group. Die persoon is echter tijdens de procedure overleden. Om die reden heeft de curator de zaak tegen hem beëindigd. D Group verweert zich door te stellen dat de faillissementen veroorzaakt zijn door de beëindiging van kredietfaciliteiten door ING Bank N.V.



Art. 2:248 lid 1 BW bepaalt dat sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders voor de boedelschuld ingeval het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Art. 2:248 lid 2 BW bevat een wettelijk vermoeden: wanneer het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen op grond van art. 2:10 BW (administratieplicht) of art. 2:394 BW (plicht tot tijdige publicatie van de jaarrekening) wordt aangenomen dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Dat is een onweerlegbaar bewijsvermoeden. Het bestuur kan wel tegenbewijs leveren tegen het verband dat vermoed wordt te bestaan tussen het onbehoorlijke bestuur en het faillissement. Dat tegenbewijs kan geleverd worden door aan te tonen dat het faillissement is veroorzaakt door andere oorzaken.

De Rechtbank Roermond oordeelt dat D Group aansprakelijk is op de voet van art. 2:248 lid 2 (in verbinding met lid 1) BW.⁹⁵⁹ De rechtbank wijst de vorderingen van de curator (grotendeels) toe. Er is volgens de rechtbank sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur in verband met het niet voldoen aan de verplichtingen ex artt. 2:10 jo. 2:394 BW. De opzegging van de kredieten door ING Bank N.V. was - aldus de rechtbank - een gevolg van het onbehoorlijk bestuur, doch niet de oorzaak van de faillissementen. D Group gaat in hoger beroep. Het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch⁹⁶⁰ vernietigt beide

⁹⁵⁵ Struycken 1981, p. 599-601 spreekt in dit kader van het incorporatierecht. Frankrijk kent echter de leer van de werkelijke zetel (siège réel). Zie ook: Vlas 1982, p. 120 en Van Daal 1998, p. 170-171.

⁹⁵⁶ Van Daal 1998, p. 171. Vgl. ook Lennarts 1999, p. 336 en Lennarts 2001, p. 8.

⁹⁵⁷ Mr. C.G.A. Mattheusens.

⁹⁵⁸ Vgl. Parijs 2011.

⁹⁵⁹ Rechtbank Roermond 27 september 2001 en 9 juni 2004, niet gepubliceerd.

⁹⁶⁰ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 april 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:CA1181 (D Group/mr. Schreurs q.q.).

vonnissen van de rechtbank d.d. 27 september 2001 en 9 juni 2004.⁹⁶¹ Het Hof wijst de vorderingen van de curator in verband met het faillissement van Weys Logistic B.V. toe. Ten aanzien van die vennootschap is sprake geweest van handelen dat als onbehoorlijk bestuur moet worden aangemerkt en waarvan aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. D Group heeft namelijk meegewerkt aan de vervreemding van een aan D Freight in eigendom toebehorende onroerende zaak aan haar dochtervennootschap Polisol B.V. voor een koopprijs die ver onder de reële marktwaarde lag. Het verschil tussen die reële marktwaarde en de koopprijs is daardoor voor Weys Logistic B.V. verloren gegaan. Die opbrengst was van groot belang om de structureel verliesgevende activiteiten van die vennootschap te saneren en te herstructureren.⁹⁶² Het Hof heeft D Group niet geslaagd geacht in het leveren van tegenbewijs (inhoudende dat er geen oorzakelijk verband zou zijn tussen de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en het faillissement van Weys Logistic B.V.). D Group wordt veroordeeld tot vergoeding van het tekort in het betreffende faillissement op grond van artt. 2:248 lid 1 jo. 2:11 BW. Het Hof wijst het overigens gevorderde af.⁹⁶³

Ten aanzien van art. 2:11 BW overweegt het Hof dat - ook al is de vordering tegen de statutair bestuurder van de Belgische vennootschap D Group niet meer aan de orde - toch zijn positie en die van D Group besproken dienen te worden teneinde te bezien of de curator met recht aanspraken tegen D Group geldend zou kunnen maken. Art. 2:11 BW leidt er volgens het Hof toe dat D Group - die niet rechtstreeks, maar "via" D Freight bestuurder was van Weys Logistic B.V., VIT Freight Service B.V. en Techno 'D' Service B.V. - aansprakelijk kan zijn ex art. 2:248 BW. Aldus doorbreekt art. 2:11 BW volgens het Hof tot op zekere hoogte de regel dat een bestuurder niet aansprakelijk is voor fouten van de rechtspersoon waarvan de aangesproken persoon bestuurder is. D Group heeft - aldus het Hof - verdedigd dat art. 2:11 BW niet van toepassing is op de verhoudingen tussen haar (als Belgische rechtspersoon) en haar bestuurders. De vraag of tegen die achtergrond de statutair bestuurder van D Group met toepassing van art. 2:11 BW aansprakelijk zou kunnen worden gehouden, is echter niet meer relevant. De zaak tegen hem is namelijk ingetrokken. Bij de vraag of D Group met toepassing van art. 2:11 BW aansprakelijk zou kunnen zijn, is volgens het Hof van belang dat D Freight een Nederlandse vennootschap is en dat de toepasselijkheid van art. 2:11 BW samenhangt met de vennootschapsrechtelijke verhoudingen tussen D Group enerzijds en haar dochter D Freight en haar kleindochters Weys Logistic B.V., VIT Freight Service B.V. en Techno 'D' Service B.V. anderzijds. Die verhoudingen spelen zich geheel in de Nederlandse rechtssfeer af. Bij die stand van zaken valt - aldus het Hof - niet in te zien waarom de enkele omstandigheid dat D Group een buitenlandse (Belgische) rechtspersoon is, aan toepasselijkheid van art. 2:11 BW in de weg zou staan. Daarmee wordt op geen enkele wijze ingegrepen in de vennootschapsrechtelijke verhoudingen tussen de Belgische rechtspersoon D Group en haar bestuurders.⁹⁶⁴ Het Gerechtshof stelt met andere woorden dat D Group als bestuurder van D Freight, die op haar beurt weer bestuurder is van onder meer Weys Logistic B.V. aansprakelijk kan zijn via art. 2:11 BW. De enkele omstandigheid dat D Group een buitenlandse rechtspersoon is, staat niet aan toepasselijkheid van art. 2:11 BW in de weg. In de vennootschapsrechtelijke verhoudingen tussen D Group en haar bestuurders wordt niet ingegrepen. D Group gaat in cassatie. D Group voert een rechts- en motiveringsklacht aan tegen het oordeel van het Hof⁹⁶⁵ dat D Group met toepassing van art. 2:11 BW aansprakelijk kan zijn en dat de enkele omstandigheid dat D Group een buitenlandse (Belgische) rechtspersoon is, niet aan toepasselijkheid van art. 2:11 BW in de wet staat.⁹⁶⁶

Volgens het cassatiemiddel is art. 2:11 BW niet van toepassing op buitenlandse rechtspersonen die in Nederland als bestuurder van een rechtspersoon optreden. Het incorporatiebeginsel staat daaraan volgens het betreffende cassatiemiddel in de weg. Dat beginsel houdt volgens het cassatiemiddel (onder meer) in dat de aansprakelijkheid van bestuurders van de corporatie zich richt naar het op die corporatie toepasselijke recht. Dat betreft het recht van de staat op wiens grondgebied die corporatie is gevestigd en naar welks recht de corporatie is opgericht (vgl. voormelde artt. 2 en 3 Wcc (oud)).⁹⁶⁷ Dat geldt ook voor de aansprakelijkheid van de rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon via art. 2:11 BW. Het oordeel van het Hof dat art. 2:11 BW ertoe leidt dat D Group als buitenlandse rechtspersoon aansprakelijk kan zijn ex art. 2:248 BW is derhalve - volgens het cassatiemiddel althans - niet juist. Evenzeer onjuist is volgens het cassatiemiddel de overweging van het Hof dat met de

⁹⁶¹ Zie arresten d.d. 28 april 2009 en 21 juni 2009 (herstelarrest).

⁹⁶² R.o. 11.38.1-11.38.3.

⁹⁶³ Vgl. r.o. 11.38.4 en 11.40.1.

⁹⁶⁴ R.o. 11.7.

⁹⁶⁵ R.o. 11.7.2 en 11.7.5.

⁹⁶⁶ Zie onderdeel 1.2 van het principale cassatiemiddel.

⁹⁶⁷ De Wet conflictenrecht corporaties is overgebracht naar Boek 10 BW bij Wet van 19 mei 2011 tot vaststelling en invoering van Boek 10 (Internationaal privaatrecht) BW (Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 Burgerlijk Wetboek), Stb. 2011, 272, inwerkingtreding op 1 januari 2012 krachtens Besluit van 28 juni 2011, Stb. 2011, 340.

toepasselijkheid van art. 2:11 BW op geen enkele wijze wordt ingegrepen in de vennootschapsrechtelijke verhoudingen tussen de Belgische rechtspersoon D Group en haar bestuurders. Het Hof heeft in dit verband - volgens het middel - miskend dat de vennootschappelijke verhoudingen tussen D Group en haar bestuurders ingevolge artt. 2 jo. 3 Wcc (oud) worden beheerst door het Belgische recht hetgeen het Hof verderop in zijn arrest wel lijkt te erkennen.⁹⁶⁸ Voor zover het Hof dit niet heeft miskend, is zijn oordeel innerlijk tegenstrijdig ofwel anderszins onbegrijpelijk - aldus het middel - nu zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet valt in te zien waarom de toepasselijkheid van art. 2:11 BW geen inbreuk vormt op de door het Belgische recht beheerste vennootschapsrechtelijke verhoudingen tussen de Belgische rechtspersoon D Group en haar bestuurders.

6.5.3 Conclusie A-G Vlas inzake D Group-Schreurs

A-G Vlas merkt in zijn conclusie⁹⁶⁹ op dat het Nederlands internationaal privaatrecht uitgaat van het incorporatiestelsel, neergelegd in art. 2 van de Wcc (oud).⁹⁷⁰ Krachtens deze bepaling wordt een corporatie beheerst door het recht van de Staat volgens welke zij is opgericht en waar zij ingevolge de oprichtingsovereenkomst of akte van oprichting haar zetel heeft of - bij gebreke daarvan - haar centrum van optreden naar buiten ten tijde van de oprichting heeft. Art. 3 van de Wcc (oud)⁹⁷¹ geeft aan welke onderwerpen door het op de corporatie toepasselijke recht worden beheerst. De opsomming van onderwerpen in art. 3 van de Wcc (oud) is niet limitatief. De A-G wijst in dit kader met name op art. 3 sub d. en sub e van de Wcc (oud). De A-G vervolgt met de opmerking dat art. 2:11 BW beoogt te voorkomen dat een bestuurder de op hem rustende aansprakelijkheid kan ontlopen doordat hij het bestuurderschap door een (door hem gecontroleerde) rechtspersoon laat vervullen. Art. 2:11 BW bepaalt volgens de A-G dat de aansprakelijkheid die op de rechtspersoon-bestuurder rust tevens hoofdelijk komt te rusten op de bestuurder van deze rechtspersoon-bestuurder.⁹⁷²

De verhouding tussen de Nederlandse vennootschap D Freight en haar bestuurders wordt - aldus de A-G - door Nederlands recht beheerst als het incorporatierecht van D Freight.⁹⁷³ Nederlands recht beheerst derhalve op de voet van art. 3 Wcc (oud) de aansprakelijkheid van D Group als bestuurder van D Freight. D Group zelf is onderworpen aan Belgisch recht. Zij is namelijk naar Belgisch recht opgericht en heeft in België haar (statutaire) zetel (art. 2 Wcc (oud)). Dat staat echter niet in de weg aan de aansprakelijkheid uit hoofde van art. 2:11 BW (aldus nog steeds de A-G). Daarentegen zal deze Nederlandse bepaling niet kunnen doorwerken in de relatie tussen D Group en haar bestuurders, omdat Belgisch recht als het incorporatierecht van D Group deze verhouding beheerst. Het Nederlandse recht kan volgens A-G Vlas in deze verhouding niet "inbreken". Terecht heeft het Hof - aldus de A-G - op grond van het Nederlandse incorporatierecht geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat D Group als rechtspersoon-bestuurder van D Freight een vennootschap naar Belgisch recht is, niet meebrengt dat art. 2:11 BW niet van toepassing is.⁹⁷⁴ De verhouding tussen de Belgische vennootschap en haar bestuurder(s) wordt beheerst door het Belgische (incorporatie)recht, waarin het Nederlandse recht niet kan inbreken. Anders dan het onderdeel stelt, wordt volgens de A-G door de toepasselijkheid van art. 2:11 BW op (tweedegraads) rechtspersoon-bestuurder D Group - waardoor (slechts) háár aansprakelijkheid wordt vastgesteld - niet ingegrepen in de door Belgisch recht beheerste vennootschapsrechtelijke verhoudingen tussen D Group en haar bestuurder(s). 's Hof's oordeel geeft dan ook - naar de mening van de A-G - niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is evenmin onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd.

De A-G wijst op het feit dat D Group in haar verweer verwijst naar De Groot 2006, nr. I.C.7.C, p. 119.⁹⁷⁵ Aldaar wordt opgemerkt dat art. 2:11 BW niet van toepassing is op buitenlandse rechtspersonen die in Nederland als bestuurder van een rechtspersoon optreden. De A-G merkt op dat De Groot hier vermoedelijk mee zal bedoelen dat art. 2:11 BW niet van toepassing is op de verhouding tussen de buitenlandse rechtspersoon-bestuurder en zijn bestuurders. De andere opvatting die inhoudt dat art. 2:11 BW niet van toepassing is op een buitenlandse rechtspersoon die als bestuurder optreedt van een Nederlandse rechtspersoon is volgens de A-G onjuist, omdat zij miskent dat deze verhouding wordt beheerst door het Nederlandse incorporatierecht.

⁹⁶⁸ Gedoeld wordt op r.o. 11.7.9-11.7.11.

⁹⁶⁹ Zie onderdeel 2.3 van die conclusie.

⁹⁷⁰ Thans art. 10:118 BW.

⁹⁷¹ Thans art. 10:119 BW.

⁹⁷² Zie onderdeel 2.4 van de conclusie van de A-G.

⁹⁷³ Zie onderdeel 2.5 van de conclusie van de A-G.

⁹⁷⁴ Zie onderdeel 2.6 van de conclusie van de A-G.

⁹⁷⁵ Zie voetnoot 9 van de conclusie van de A-G.

6.5.4 Arrest Hoge Raad inzake D Group-Schreurs⁹⁷⁶

De Hoge Raad overweegt naar aanleiding van de klacht in het eerste onderdeel van het principaal cassatiemiddel⁹⁷⁷: *“De rechtsklacht faalt, omdat het oordeel van het hof juist is. Ingevolge het bepaalde in art. 3 aanhef en onder e Wet conflictenrecht corporaties beheerst het op de corporatie toepasselijke recht onder meer de vraag wie uit hoofde van een bepaalde hoedanigheid zoals die van bestuurder, naast de corporatie aansprakelijk is. Dit brengt mee dat Nederlands recht als het incorporatierecht van D Freight tevens de aansprakelijkheid van D Group als bestuurder van deze vennootschap beheerst en dat art. 2:11 BW binnen deze vennootschapsrechtelijke verhouding van toepassing is. Dit laat onverlet, gelijk het hof in rov. 11.7.5 met juistheid heeft overwogen, dat de vennootschapsrechtelijke verhoudingen tussen D Group en haar bestuurder(s) worden beheerst door Belgisch recht als het incorporatierecht van D Group.”*

Ingeval sprake is van een Nederlandse eerstegraads rechtspersoon-bestuurder, waarvan een buitenlandse rechtspersoon bestuurder is, dan geldt art. 2:11 BW. De vennootschapsrechtelijke verhoudingen tussen de buitenlandse tweedegraads rechtspersoon-bestuurder en degenen die bestuurders zijn van die tweedegraads rechtspersoon-bestuurder worden volgens de Hoge Raad echter beheerst door het recht dat toepasselijk is op de buitenlandse tweedegraads rechtspersoon-bestuurder.

6.6 MyGuide (prejudiciële vraag)

6.6.1 Rechtbank Oost-Brabant inzake MyGuide: feitencomplex en procesverloop

Hieronder geef ik de casus van de zaak MyGuide verkort weer.

De aandelen van MyGuide (Nederland) B.V. waren tot 25 oktober 2007 in handen van de in Zwitserland gevestigde vennootschap Road Group Holding AG. Per die datum heeft de eveneens in Zwitserland gevestigde vennootschap MyGuide Holding GmbH (**“MyGuide Zwitserland”**) alle aandelen in MyGuide (Nederland) B.V. in eigendom verkregen. Volgens het handelsregister was gedaagde - de heer Pieper (**“Pieper”**) - vanaf 27 september 2007 onafgebroken bestuurder van Road Group Holding AG en vanaf 7 november 2007 bestuurder van MyGuide Zwitserland. Op 11 november 2008 is MyGuide (Nederland) B.V. in staat van faillissement verklaard. De curator houdt Pieper aansprakelijk voor het boedelttekort. Daartoe voert hij aan dat het bestuur van MyGuide (Nederland) B.V. niet heeft voldaan aan zijn administratieplicht (art. 2:10 BW). Belangrijke onderdelen van de administratie van MyGuide (Nederland) B.V. waren namelijk niet te vinden. Volgens de curator is door de (beweerdelijke) schending van art. 2:10 BW sprake van onbehoorlijke taakvervulling op grond van het wettelijk vermoeden van art. 2:248 lid 2 BW. De curator stelt MyGuide Zwitserland en Road Group Holding AG aansprakelijk voor het tekort in het faillissement. Pieper was gedurende de gehele relevante periode bestuurder van zowel Road Group Holding AG, als MyGuide Zwitserland. Hij was derhalve bestuurder van de rechtspersonen die MyGuide (Nederland) B.V. bestuurden. Daarmee is hij volgens de curator aansprakelijk als ware hij zelf bestuurder van MyGuide (Nederland) B.V. (via art. 2:11 BW).

Pieper voert als verweer dat hij nimmer rechtstreeks bestuurder van MyGuide (Nederland) B.V. is geweest. Hij is slechts bestuurder van de Zwitserse vennootschappen Road Group Holding AG en MyGuide Zwitserland geweest, die op hun beurt gedurende bepaalde tijd bestuurders van MyGuide (Nederland) B.V. waren. Pieper verbindt daaraan het gevolg dat op grond van het in het Nederlands internationaal privaatrecht geldende incorporatiestelsel⁹⁷⁸ op beide besturende rechtspersonen (Road Group Holding AG en MyGuide Zwitserland) het Zwitserse recht van toepassing is, onder meer voor de aansprakelijkheid van bestuurders jegens de vennootschap. Volgens Pieper is art. 2:11 BW niet van toepassing op beide buitenlandse rechtspersonen, ondanks het feit dat zij in Nederland als bestuurders van MyGuide (Nederland) B.V. zijn opgetreden. De verhouding tussen de Zwitserse rechtspersonen en hun bestuurders (onder wie Pieper) wordt volgens Pieper beheerst door het Zwitserse vennootschapsrecht. Het Nederlandse recht kan zich daarin niet mengen.

De rechtbank merkt op dat de Hoge Raad in het arrest D Group-Schreurs heeft uitgemaakt dat art. 2:11 BW van toepassing is op de buitenlandse (tweedegraads) bestuurder van de Nederlandse (eerstegraads) rechtspersoon-bestuurder van de in staat van faillissement verkerende vennootschappen.⁹⁷⁹ Daarbij citeert de rechtbank de overweging dat het feit dat D Group zelf is onderworpen aan Belgisch recht (aangezien zij volgens Belgisch recht is opgericht en in België haar (statutaire) zetel heeft (art. 2 Wcc (oud)) niet in de weg staat aan de aansprakelijkheid via art. 2:11 BW.⁹⁸⁰ Bovendien citeert de rechtbank - naar zij zelf meent - de Hoge Raad in het arrest D Group-Schreurs. In werkelijkheid citeert de rechtbank echter punt 2.5 van de conclusie van A-G Vlas bij dat arrest. Het betreffende citaat houdt in dat art. 2:11 BW niet kan doorwerken in de relatie tussen D Group en haar bestuurders, omdat deze verhouding wordt beheerst door Belgisch recht als het incorporatierecht van D Group waarop het Nederlandse recht niet kan inbreken.

⁹⁷⁶ HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1408; NJ 2011,132; Ondernemingsrecht 2011,71 (D Group-Schreurs q.q.).

⁹⁷⁷ Zie r.o. 4.1.3.

⁹⁷⁸ Art. 3 Wet conflictenrecht corporaties (oud), thans art. 10:118 BW.

⁹⁷⁹ Rechtbank 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, JOR 2013, 3.

⁹⁸⁰ Te weten r.o. 2.5 van het arrest D Group-Schreurs.

De rechtbank vervolgt met de opmerking dat in commentaren op het arrest D Group-Schreurs in de laatste volzin van voormelde overweging veelal (ook) wordt gelezen dat de Hoge Raad zou hebben beslist dat art. 2:11 BW niet van toepassing is op de bestuurders van buitenlandse eerstegraads rechtspersoon-bestuurders. Dat geval deed zich volgens de rechtbank in de zaak D Group-Schreurs niet voor. De overweging in haar geheel beschouwd, leert - aldus de rechtbank - dat ook buitenlandse (tweedegraads) bestuurders van Nederlandse eerstegraads rechtspersoon-bestuurders ingevolge art. 2:11 BW aansprakelijk kunnen worden gehouden voor onbehoorlijk bestuur. Volgens de rechtbank lijkt de Hoge Raad vervolgens echter de beperking op te leggen dat het incorporatiestelsel eraan in de weg staat om art. 2:11 BW verder te laten doorwerken in de rechtsverhouding tussen de buitenlandse tweedegraads bestuurder en - naar kennelijk mede bedoeld werd - haar (derde- of hogere graads) bestuurders.

Volgens de rechtbank is in de onderhavige zaak sprake van een buitenlandse *eerstegraads* rechtspersoon-bestuurder (Road Group Holding AG en later MyGuide-Zwitserland) en rijst de rechtsvraag of art. 2:11 BW als bepaling van Nederlands recht en betrekking hebbend op het - wat de rechtbank aanduidt als - "bestier"⁹⁸¹ van de bestuurde Nederlandse vennootschap (MyGuide (Nederland) B.V.) zich wel of niet rechtstreeks richt tot de bestuurders van de buitenlandse eerstegraads rechtspersoon-bestuurder, zonder daarmee in te breken in de corporele verhoudingen tussen die eerste- en tweedegraads bestuurders. De rechtbank merkt op dat beantwoording van deze rechtsvraag nodig is om op de vordering van de curator te kunnen beslissen. Indien in het onderhavige geval art. 2:11 BW niet van toepassing is, moet de vordering van de curator immers aanstonds op zijn primaire grondslag worden afgewezen. Daarbij stelt de rechtbank vast dat de tweedegraads bestuurder (Pieper) niet rechtstreeks aansprakelijk kan worden gesteld, aangezien onvoldoende feiten en omstandigheden zijn gesteld om Pieper als (mede-)beleidsbepaler in de zin van art. 2:248 lid 7 BW aan te merken.

De rechtbank oordeelt dat de rechtsvraag beantwoording verdient vóórdat een inhoudelijke behandeling van de zaak plaatsvindt. Indien doorbraak naar de bestuurder van de Zwitserse rechtspersoon-bestuurder op grond van art. 2:11 BW mogelijk is,⁹⁸² dan volgt een omvangrijk onderzoek naar het al dan niet kennelijk onbehoorlijk vervullen van de bestuurstaak. Wordt in hoger beroep anders geoordeeld, dan is - aldus de rechtbank - zo'n duur onderzoek voor niets geweest. De rechtbank geeft aan dat het antwoord op de onderhavige rechtsvraag ook rechtstreeks van belang is voor de beslechting van talrijke andere - uit soortgelijke feiten voortvloeiende - geschillen waarin deze vraag zich voordoet (art. 392 lid 1 sub b. Rv.). Daarbij tekent de rechtbank aan dat in het bijzonder in het rechtsgebied van de rechtbank de kans bestaat dat malafide ondernemers zich bedienen van net over de grens gevestigde buitenlandse vennootschappen om daarmee bestuurdersaansprakelijkheid te omzeilen. De rechtbank voegt daaraan toe dat deze vraag concreet speelt in een andere voor de betreffende rechtbank aanhangige zaak die op dat moment voor vonnis staat.⁹⁸³ Voor de beantwoording van de vraag dienen volgens de rechtbank ook grote maatschappelijke belangen te worden afgewogen. Enerzijds is daar het belang dat misbruik van vennootschappen wordt tegengegaan door de misbruikwetgeving ruim te kunnen toepassen en te voorkomen dat door het tussenschuiven van een buitenlandse vennootschap deze misbruikwetgeving wordt omzeild. Anderzijds is er het Nederlandse handelsbelang dat bonafide buitenlandse vennootschappen vrijelijk aan het Nederlandse rechtsverkeer kunnen deelnemen zonder dat hun bestuurders worden geconfronteerd met aansprakelijkheden die hun corporatierecht niet kent.

Nadat de partijen in de procedure zich daarover conform het bepaalde in art. 392 lid 2 Rv. hebben uitgelaten, stelt de rechtbank op grond van art. 392 Rv. de volgende prejudiciële vraag aan de Hoge Raad:⁹⁸⁴ *"Is artikel 11 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ook van toepassing in het geval waarin een Nederlandse rechtspersoon bestuurd wordt door een buitenlandse rechtspersoon, in die zin dat de aansprakelijkheid van die buitenlandse, besturende rechtspersoon tevens hoofdelijk rust op hen die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de besturende rechtspersoon daarvan bestuurder zijn?"*

⁹⁸¹ Het woord "bestieren" betekent volgens het Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal "(formeel) besturen". Het woord "bestier" is echter - voor zover ik kan nagaan - niet een bestaand Nederlands woord.

⁹⁸² De rechtbank spreekt over doorbraak naar de Zwitserse rechtspersoon-bestuurder, maar bedoelt kennelijk (ook) doorbraak naar de bestuurder van die Zwitserse rechtspersoon-bestuurder.

⁹⁸³ Gedoeld wordt op de zaak Rechtbank 's-Hertogenbosch 5 december 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY5580 (mr. Jansberg q.q./Leduc Investments).

⁹⁸⁴ Rechtbank Oost-Brabant 22 mei 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:2779.

6.6.2 (Niet-)beantwoording door Hoge Raad van prejudiciële vraag inzake MyGuide

A-G Vlas concludeert dat de prejudiciële vraag niet voor beantwoording door de Hoge Raad in aanmerking komt. Naar zijn mening kan de door de rechtbank gestelde vraag zonder meer worden beantwoord aan de hand van het arrest D Group-Schreurs. In zoverre is sprake van een "acte éclairé".⁹⁸⁵ Daarnaast wijst hij op art. 392 lid 1 onder b. Rv dat bepaalt dat het antwoord op een prejudiciële vraag van belang dient te zijn voor de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet. De A-G is echter van mening dat in dit geval geen sprake is van een rechtsvraag die in talrijke andere zaken speelt. Volgens de A-G zijn enkel de zaak D Group-Schreurs en de onderhavige zaak te vinden in de gepubliceerde rechtszaken over dit onderwerp.

Alvorens tot beantwoording van de vraag of art. 2:11 BW betrekking heeft op de (bestuurder van een) buitenlandse eerstegraads rechtspersoon-bestuurder over te gaan, gaat de Hoge Raad in op zijn arrest inzake D Group-Schreurs.⁹⁸⁶ De Hoge Raad haalt daarbij de kernoverweging van dat arrest aan. Die houdt in dat ingevolge het bepaalde in art. 3 aanhef en onder e. Wcc (oud) het op de corporatie toepasselijke recht onder meer de vraag beheerst wie uit hoofde van een bepaalde hoedanigheid (zoals die van bestuurder) naast de corporatie aansprakelijk is. Dit brengt mee dat Nederlands recht als het incorporatierecht van D Freight tevens de aansprakelijkheid van D Group als bestuurder van deze vennootschap beheerst en dat art. 2:11 BW binnen deze vennootschapsrechtelijke verhouding van toepassing is. Dit laat onverlet - aldus de Hoge Raad in het arrest D Group-Schreurs - dat de vennootschapsrechtelijke verhoudingen tussen D Group en haar bestuurder(s) worden beheerst door Belgisch recht als het incorporatierecht van D Group.⁹⁸⁷

Vervolgens gaat de Hoge Raad meer specifiek in op de gestelde prejudiciële vraag.⁹⁸⁸ De Hoge Raad merkt op dat art. 2:11 BW ziet op directe bestuurders van de aansprakelijke rechtspersoon. Indien de bestuurder die op grond van art. 2:11 BW aansprakelijk is, op zijn beurt eveneens een rechtspersoon is, kunnen vervolgens ook - aldus de Hoge Raad - diens bestuurders op de voet van art. 2:11 BW aansprakelijk gehouden worden. De vraag of deze regel van Nederlands rechtspersonenrecht toepassing kan vinden in een geval waarin buitenlandse rechtspersonen zijn betrokken, dient volgens de Hoge Raad te worden beantwoord aan de hand van het Nederlandse internationaal privaatrecht. De Hoge Raad vervolgt met de opmerking dat - zoals in het arrest D Group-Schreurs is overwogen - de vraag wie uit hoofde van een bepaalde hoedanigheid (zoals die van bestuurder van een corporatie) naast de corporatie aansprakelijk is, naar Nederlands internationaal privaatrecht beheerst wordt door het op die corporatie toepasselijke recht. De Hoge Raad verwijst daarbij naar art. 3 aanhef en sub e. Wcc (oud) (thans art. 10:119 aanhef en sub e. BW). Daaruit volgt - aldus de Hoge Raad ten slotte - dat een bestuurder slechts via art. 2:11 BW aansprakelijk kan worden gehouden, indien de door hem bestuurde aansprakelijke rechtspersoon-bestuurder een Nederlandse rechtspersoon is.

De Hoge Raad doet het voorkomen alsof hij afziet van beantwoording van de prejudiciële vraag. De Hoge Raad overweegt namelijk dat de vraag die de rechtbank heeft voorgelegd in het arrest D Group-Schreurs zijn beantwoording heeft gevonden, zodat op de voet van art. 392 e.v. Rv. geen aanleiding is voor beantwoording door de Hoge Raad.⁹⁸⁹ De Hoge Raad geeft echter in laatstgemelde overweging wel degelijk antwoord op de gestelde prejudiciële vraag. Ondanks zijn formele stilzwijgen, motiveert de Hoge Raad uitgebreid en inhoudelijk. Dat had geleid op het bepaalde in art. 393 lid 8 tweede volzin Rv. niet gehoeven.⁹⁹⁰

6.7 Commentaar op de uitspraken inzake D Group-Schreurs en MyGuide

6.7.1 Welke rechtspersoon wordt in art. 10:119 BW bedoeld met "de corporatie"?

De Hoge Raad baseert zijn oordeel in de D Group-zaak op art. 3 aanhef en sub e. van de (voormalige) Wcc (thans art. 10:119 aanhef en sub e. BW). Dat artikel bepaalt dat de vraag wie uit hoofde van een

⁹⁸⁵ Zie onderdeel 1.6 van de conclusie van de A-G. Daarbij verwijst de A-G naar Assink 2013a. Met de term "acte éclairé" verwijst de A-G impliciet naar de jurisprudentie van het HvJ EU in het kader van de prejudiciële vraag ex art. 267 EU-Werkingsverdrag. Overigens sluit het feit dat sprake is van een acte éclairé niet uit dat de vraag voorgelegd wordt, bijvoorbeeld om te bezien of nog steeds hetzelfde wordt gedacht over een eerder gegeven interpretatie.

⁹⁸⁶ HR 21 juni 2013, NL 2013, 353 en JOR 2013, 328 (My Guide).

⁹⁸⁷ R.o. 3.3.

⁹⁸⁸ R.o. 3.4.

⁹⁸⁹ R.o. 3.5.

⁹⁹⁰ Vgl. Stenekker 2014, par. 1.

bepaalde hoedanigheid - zoals die van bestuurder - naast de rechtspersoon⁹⁹¹ aansprakelijk is voor de handelingen waarvoor de rechtspersoon wordt verbonden, beheerst wordt door het recht dat op de rechtspersoon van toepassing is.⁹⁹² Voor zover ik kan nagaan, bestaat in de doctrine consensus over het feit dat in alle gevallen waarin de aansprakelijkheid van een bestuurder rechtstreeks op een of meer bepalingen van het tot het incorporatierecht behorende rechtspersonenrecht berust, die bepalingen als onderdeel hiervan moeten worden toegepast.⁹⁹³ Bij lezing van het betreffende wetsartikel vraag ik mij af welke rechtspersoon (corporatie) in het betreffende artikel bedoeld wordt: de bestuurde rechtspersoon, dan wel de (eerstegraads) rechtspersoon-bestuurder.

Stel dat men art. 10:119 aanhef en sub e. BW zodanig interpreteert dat in dat artikel met "corporatie" bedoeld wordt de bestuurde rechtspersoon. Art. 10:119 aanhef en sub e. BW zou in dat geval - vrij vertaald - luiden: *"Het op de Nederlandse bestuurde rechtspersoon toepasselijke recht beheerst naast de oprichting in het bijzonder de vraag wie naast de Nederlandse bestuurde rechtspersoon - voor de handelingen waarvoor de Nederlandse bestuurde rechtspersoon wordt verbonden - aansprakelijk is uit hoofde van een hoedanigheid als die van bestuurder."* Men zou kunnen denken aan de situatie waarin namens de corporatie een overeenkomst is aangegaan waarvan op voorhand vaststaat dat de verplichtingen die daaruit voortvloeien niet nagekomen kunnen worden. Het onderhavige artikel bepaalt dan niet meer dan dat in een dergelijk geval het recht dat op de rechtspersoon-bestuurder van toepassing is, hetzelfde recht is als dat van toepassing is op de bestuurde rechtspersoon, de corporatie. Ingeval art. 10:119 aanhef en sub e. BW betrekking zou hebben op de (Nederlandse) bestuurde rechtspersoon, dan is niet van belang of de bestuurder al dan niet een buitenlandse rechtspersoon is. Uitgaande van een Nederlandse bestuurde rechtspersoon zou in die interpretatie art. 2:11 BW in beginsel altijd van toepassing zijn. Parijs is van mening dat met "de corporatie" de bestuurde vennootschap wordt bedoeld. Dat meen ik althans af te kunnen leiden uit zijn samenvatting van het arrest D Group-Schreurs. Parijs merkt namelijk op dat allereerst dient te worden vastgesteld welk recht van toepassing is op de in staat van faillissement verkerende vennootschap en dat ter zake van bestuurdersaansprakelijkheid de rechtsregels van het betreffende rechtstelsel gelden. Aangezien Weys Logistic een Nederlandse vennootschap is, waren volgens Parijs ook de bepalingen van Nederlands recht van toepassing. D Group was als bestuurder van D Freight de 'hoogste' concernvennootschap die direct bestuurder was van een Nederlandse vennootschap. Het voorgaande spreekt volgens Parijs tamelijk voor zich. Immers ook indien D Freight een natuurlijke persoon met een andere nationaliteit dan de Nederlandse als bestuurder had gehad, zou het Nederlandse bestuurdersaansprakelijkheidsregime van toepassing zijn geweest. Het zou - aldus Parijs - vreemd zijn geweest als er op rechtspersonen een ander rechtstelsel van toepassing zou zijn geweest.

Art. 10:119 BW spreekt over de vraag "wie naast de corporatie aansprakelijk is". Stel dat de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder bedoeld wordt met de "corporatie", dan zou - ingeval de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder een buitenlandse vennootschap is (bijvoorbeeld een Belgische N.V.) - art. 10:119 aanhef en sub e. BW vrij vertaald luiden: *"Het op de Belgische N.V. toepasselijke recht beheerst naast de oprichting in het bijzonder de vraag wie naast de Belgische N.V. - voor de handelingen waarvoor de Belgische N.V. wordt verbonden - aansprakelijk is uit hoofde van een hoedanigheid als die van bestuurder."* De bestuurde rechtspersoon is niet (bestuurders)aansprakelijk. Wel is de rechtspersoon-bestuurder (bestuurders)aansprakelijk. Dat pleit vóór de uitleg dat in dit artikel de rechtspersoon-bestuurder met "de corporatie" bedoeld wordt. Consequentie van die interpretatie is dat het Nederlandse art. 2:11 BW niet van toepassing is op de verhouding tussen de buitenlandse rechtspersoon-bestuurder en zijn bestuurder(s).

De Hoge Raad kijkt in het arrest D Group-Schreurs naar het incorporatierecht van de (eerstegraads) rechtspersoon-bestuurder (D Freight), derhalve niet naar het incorporatierecht van de (in staat van faillissement verklaarde) bestuurde rechtspersoon.⁹⁹⁴ Bij de beantwoording van de prejudiciële vraag inzake MyGuide bevestigt de Hoge Raad dat. Assink stelt terecht dat het arrest D Group-Schreurs niet anders valt te begrijpen, dan dat volgens de Hoge Raad voor de toepasselijkheid van art. 2:11 BW moet worden gekeken naar het incorporatierecht van de rechtspersoon-bestuurder (niet van de bestuurde rechtspersoon onderaan de keten).⁹⁹⁵ Assink neemt tegen deze achtergrond aan dat art. 2:11 BW toepassing kan vinden, zolang de verhouding in de keten van opvolgende rechtspersonen die als

⁹⁹¹ Art. 10:119 BW hanteert het begrip "corporatie" dat - gelet op art. 10:117 sub a. BW - een ruimere inhoud heeft dan het begrip "rechtspersoon".

⁹⁹² De leer van het incorporatierecht is thans gecodificeerd in art. 10:118 BW.

⁹⁹³ Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/66.

⁹⁹⁴ Vgl. Hennis 2013, p. 17.

⁹⁹⁵ Assink 2013a, par. 3.

formeel bestuurders andere rechtspersonen besturen op grond van art. 10:119 aanhef en sub e. BW wordt beheerst door Nederlands recht.

Hoewel het antwoord op de vraag op welke “corporatie” art. 10:119 BW betrekking heeft mijns inziens niet zo duidelijk is als op het eerste gezicht voor menigeen lijkt, is duidelijk dat de Hoge Raad daarbij kijkt naar de vennootschap waarvoor de doorbraak noodzakelijk is. In de zaak D Group-Schreurs was dat eerstegraads bestuurder D Freight. Aangezien die vennootschap een vennootschap naar Nederlands recht is, was art. 2:11 BW van toepassing, zodat ook D Group hoofdelijk aansprakelijk was. Was D Freight daarentegen een buitenlandse vennootschap geweest, dan zou op die vennootschap art. 2:11 BW niet van toepassing zijn geweest.⁹⁹⁶

6.7.2 Commentaar inzake arrest D Group-Schreurs

Vóór het arrest inzake D Group-Schreurs was onduidelijk of men de achterliggende bestuurder van de buitenlandse rechtspersoon-bestuurder (D Group) met succes aansprakelijk kon houden via art. 2:11 BW.⁹⁹⁷ Vlas schreef vóór het arrest D Group-Schreurs dat twijfelachtig is in hoeverre art. 2:11 BW kan doorwerken in internationale verhoudingen.⁹⁹⁸ Deze stelling handhaaft hij in zijn rol van A-G in het arrest D Group-Schreurs.

In het arrest D Group-Schreurs stelt de Hoge Raad vast dat Nederlands recht als het incorporatierecht van de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder (D Freight) van de in staat van faillissement verklaarde rechtspersoon tevens de aansprakelijkheid van tweedegraads rechtspersoon-bestuurder D Group beheerst. Op de Nederlandse eerstegraads rechtspersoon-bestuurder is Nederlands recht van toepassing. Nederlands recht beheerst de vraag wie naast de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is (art. 10:119 aanhef en sub d. en e. BW). Het Nederlands recht kent art. 2:11 BW, via welk artikel de tweedegraads bestuurder aansprakelijk kan zijn. Doorbraak naar de buitenlandse (i.c. Belgische) tweedegraads bestuurder (D Group) is dan ook mogelijk. Art. 2:11 BW is derhalve ook binnen de vennootschapsrechtelijke verhouding tussen D Freight en D Group van toepassing, ook al is D Group een buitenlandse rechtspersoon. De vennootschappelijke verhouding tussen D Group en haar formeel bestuurder wordt echter beheerst door het incorporatierecht van D Group (Belgisch recht derhalve).

Voor de goede orde wijs ik in dit kader op een vonnis van de Rechtbank Rotterdam d.d. 26 juni 2013 waarin - zonder verwijzing naar het arrest D Group-Schreurs - vrijwel exact hetzelfde wordt overwogen als in laatstgemeld arrest.⁹⁹⁹ Er was in die zaak sprake van een eerstegraads rechtspersoon-bestuurder naar het recht van België en enkele tweedegraads bestuurders. De rechtbank wijst erop dat - gelet op het feit dat de eerstegraads bestuurder een rechtspersoon naar het recht van België is - de vennootschappelijke verhoudingen tussen die rechtspersoon en zijn bestuurder(s) niet beheerst worden door Nederlands recht. Volgens de rechtbank is dit niet het incorporatierecht van de betreffende eerstegraads rechtspersoon-bestuurder. Eisers hebben hun vordering enkel gebaseerd op art. 2:11 BW. Om die reden wijst de rechtbank de vordering af.

Rechtsoverweging 4.1.3¹⁰⁰⁰ van het arrest D Group-Schreurs is niet voor iedereen duidelijk. De Rechtbank Oost-Brabant merkt in de MyGuide-zaak bijvoorbeeld op dat de Hoge Raad in het arrest D Group-Schreurs de beperking op *lijkt* te leggen dat het incorporatiestelsel er aan in de weg staat om art. 2:11 BW verder te laten doorwerken in de rechtsverhouding tussen de buitenlandse tweedegraads bestuurder en - naar kennelijk mede bedoeld werd - haar derdegraads of hogere graads bestuurders.¹⁰⁰¹ Niettemin meen ik dat uit het arrest D Group-Schreurs duidelijk blijkt dat de vennootschapsrechtelijke verhouding tussen D Group en háár bestuurder wordt beheerst door Belgisch recht en dat het Nederlands recht niet kan ingrijpen in die verhouding.¹⁰⁰² De vraag of naast de Belgische vennootschap nog een ander aansprakelijk kan worden gehouden, dient naar Belgisch recht beantwoord te worden. Die ander (de achterliggende bestuurder van de buitenlandse tweedegraads rechtspersoon-bestuurder) kan in een dergelijk geval niet via art. 2:11 BW aansprakelijk gehouden worden, maar - afhankelijk van de omstandigheden - eventueel wel rechtstreeks. In het arrest D Group-Schreurs was aansprakelijkheid van de achterliggende bestuurder overigens niet (meer) aan de orde. De “gevolmachtigd lasthebber” van D Group is tijdens de procedure overleden. De curator heeft de zaak tegen hem voorafgaand aan het hoger beroep ingetrokken.

Op de Belgische tweedegraads rechtspersoon-bestuurder is Belgisch recht van toepassing. De Hoge Raad spreekt in dit kader over “het incorporatierecht van D Group”. Dat is niet geheel correct

⁹⁹⁶ Dit wordt bevestigd in het arrest HR 21 juni 2013, NL 2013, 353 en JOR 2013, 328 (My Guide).

⁹⁹⁷ Vgl. Van Solinge 2009, aant. 8.

⁹⁹⁸ Vgl. Vlas 2009, nr. 305.

⁹⁹⁹ Rechtbank Rotterdam 26 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5355 (OKDG 5/Mega Bike Retail Nederland), m.n. r.o. 4.3 en 4.4.

¹⁰⁰⁰ Zie par. 6.5.4.

¹⁰⁰¹ Rechtbank 's-Hertogenbosch d.d. 24 oktober 2012, JOR 2013, 3 (Van der Meer q.q./Pieper), r.o. 4.1.

¹⁰⁰² Zo ook A-G Vlas in zijn conclusie.

geformuleerd. De incorporatieleer houdt in dat de rechtspersoon wordt beheerst door het recht dat de oprichting van die rechtspersoon beheerst.¹⁰⁰³ Een buitenlandse rechtspersoon wordt in Nederland erkend indien die rechtspersoon volgens de wetgeving van het land waar hij is opgericht als rechtsgeldig wordt aangemerkt.¹⁰⁰⁴ Volgens Roelvink houdt het incorporatiestelsel (ook wel aangeduid als “het stelsel van de statutaire zetel”) in dat een naar buitenlands recht geldig opgerichte rechtspersoon in Nederland als rechtspersoon wordt erkend en dat het recht van het land van oprichting die rechtspersoon beheerst ten aanzien van verscheidene onderwerpen, waaronder in elk geval de structuur en de inrichting van de rechtspersoon en de verhouding tussen zijn organen.¹⁰⁰⁵ België hanteert echter de leer van de siège réel (leer van de werkelijke zetel), niet de incorporatieleer.¹⁰⁰⁶ Ingevolge de leer van de werkelijke zetel is de vraag of aan een vennootschap rechtspersoonlijkheid toekomt onderworpen aan het recht van de (lid)staat waar die vennootschap werkelijk is gevestigd of - anders gezegd - de plaats waar het hoofdbestuur/centrale leiding van die vennootschap is gevestigd en/of de plaats van de hoofdvestiging van die vennootschap.¹⁰⁰⁷ Bovendien is dat recht van toepassing op de interne verhoudingen binnen de vennootschap en op de ontbinding en vereffening van de vennootschap.

Op grond van het incorporatiestelsel is Nederlands recht van toepassing op de verhouding tussen de Nederlandse eerstegraads rechtspersoon-bestuurder en de buitenlandse tweedegraads rechtspersoon-bestuurder. Om die reden kan de buitenlandse rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk zijn via art. 2:11 BW. Op zich is dat niet zo vreemd. De buitenlandse rechtspersoon begeeft zich - door bestuurder te zijn van een Nederlandse rechtspersoon - in de Nederlandse rechtssfeer.¹⁰⁰⁸ Vóór het arrest D Group-Schreurs merkte Lennarts in dat kader op dat art. 2:11 BW de prijs is die wordt betaald voor de mogelijkheid om een rechtspersoon naar Nederlands recht door een andere rechtspersoon te laten besturen. De Nederlandse wetgever heeft volgens Lennarts voor deze maatregel gekozen in plaats van een algeheel verbod van de rechtspersoon-bestuurder.¹⁰⁰⁹ Een dergelijk verbod zou zich - zo vervolgt Lennarts - ook tot buitenlandse rechtspersoon-bestuurders hebben uitgestrekt. Lennarts ziet derhalve niet in waarom art. 2:11 BW niet ook op de buitenlandse rechtspersoon-bestuurder van een Nederlandse vennootschap van toepassing zou zijn.¹⁰¹⁰

6.7.3 Commentaar op uitspraak MyGuide

De vraag die rijst, is waar de Rechtbank Oost-Brabant onduidelijkheid ziet in het arrest D Group-Schreurs. Het enige feitelijke verschil tussen de casus voorgelegd aan de rechtbank en de casus die ten grondslag ligt aan het arrest D Group-Schreurs is gelegen in de “plaats in de hiërarchie” van de buitenlandse rechtspersoon-bestuurder. In de casus MyGuide is sprake van een buitenlandse eerstegraads bestuurder. In de casus D Group-Schreurs is sprake van een Nederlandse eerstegraads bestuurder. In juridisch opzicht is er echter geen sprake van een wezenlijk verschil.

Uitgaande van het arrest D Group-Schreurs was het antwoord op de prejudiciële vraag op voorhand duidelijk: gelet op art. 10:119 aanhef en sub e. BW is als het incorporatierecht van de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder niet Nederlands recht (art. 2:11 BW in het bijzonder) van toepassing, maar buitenlands (Zwitsers) recht. Art. 2:11 BW werkt dan ook niet door in de verhouding tussen de buitenlandse eerstegraads rechtspersoon-bestuurder en zijn bestuurder-natuurlijke persoon (Pieper). Deze verhouding - zo leert het arrest D Group-Schreurs - wordt immers beheerst door buitenlands recht. In die verhouding kan het Nederlandse recht zich niet mengen. De rechtbank interpreteert het arrest D Group-Schreurs wel eng door ondanks de vergelijkbaarheid van casus en juridische situatie de prejudiciële vraag voor te leggen aan de Hoge Raad.¹⁰¹¹ Uitgaande van het arrest D Group-Schreurs kan het antwoord op de door de rechtbank voorgelegde vraag namelijk al gegeven worden: “*Nee, art. 2:11 BW is niet van toepassing in het geval waarin een Nederlandse rechtspersoon bestuurd wordt door een eerstegraads buitenlandse rechtspersoon*”.¹⁰¹²

¹⁰⁰³ Vgl. art. 10:118 BW. Vlas 1982, p. 49 wijst erop dat het rechtstelsel in overeenstemming waarmee een rechtspersoon is opgericht, de structuur en inrichting van die rechtspersoon beheerst. Daarbij is het niet van belang waar de rechtspersoon is opgericht, maar komt het uitsluitend aan op de vraag in overeenstemming met welk rechtstelsel de rechtspersoon is opgericht.

¹⁰⁰⁴ Van Daal 1998, p. 170.

¹⁰⁰⁵ Roelvink 1986, p. 83.

¹⁰⁰⁶ Zo ook: Brandsma 2011, p. 231.

¹⁰⁰⁷ Vgl. Roelvink 1986, p. 83. Zie ook: Vlas 1984, p. 603 en Vlas 1982, p. 47-48.

¹⁰⁰⁸ Zo ook: Brandsma 2011, p. 231.

¹⁰⁰⁹ Lennarts 2001, p. 8.

¹⁰¹⁰ Lennarts 2001, p. 8.

¹⁰¹¹ Zo ook: Assink 2013a, par. 6.

¹⁰¹² Zo ook: Assink 2013a, par. 6.

De Hoge Raad bevestigt bij de beantwoording van de prejudiciële vraag de uitleg die hij heeft gegeven in het arrest D Group-Schreurs. Indien het antwoord van de Hoge Raad zou hebben ingehouden dat art. 2:11 BW van toepassing is op de buitenlandse eerstegraads rechtspersoon-bestuurder, dan zou het van toepassing verklaren van art. 2:11 BW op die buitenlandse eerstegraads rechtspersoon-bestuurder betekenen dat art. 2:11 BW ook doorwerkt naar de formele bestuurders van die eerstegraads bestuurder. Stel dat de tweedegraads bestuurder (eveneens) een buitenlandse vennootschap is, dan zou het arrest D Group-Schreurs als het ware ongedaan zijn gemaakt. Art. 2:11 BW zou dan immers van toepassing zijn, ongeacht het toepasselijke recht op de verhouding tussen de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder en de (tweedegraads) formeel bestuurder van die eerstegraads bestuurder en dat louter omdat de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder een buitenlandse rechtspersoon is.¹⁰¹³ Indien de prejudiciële vraag op laatstgemelde wijze zou zijn beantwoord, zouden diverse lastige (in de volgende alinea vermelde) afbakeningsvragen zijn gerezen. De rechtszekerheid zou dan in het gedrang zijn gekomen, terwijl het wenselijk is dat over het toepassingsbereik van art. 2:11 BW (in internationale verhoudingen) zo min mogelijk onduidelijkheid bestaat. De Hoge Raad beoogt die duidelijkheid te verschaffen en de rechtbank onderkent dit.¹⁰¹⁴

Bij voormelde afbakeningsvragen gaat het onder meer om de volgende. Gesteld dat art. 2:11 BW toepasbaar zou zijn op de formeel bestuurder van een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder en die formeel bestuurder een lege buitenlandse rechtspersoon is terwijl de formeel bestuurder van die tweedegraads bestuurder (of een formeel bestuurder die nog hoger zit in de keten) wel goed bij kas zit. Houdt de reikwijdte van art. 2:11 BW dan per definitie op bij die tweedegraads bestuurder of mag ook dan worden doorgegrepen naar formele bestuurders van hoger in de keten geschakelde tweedegraads bestuurders? In dat geval valt geen hanteerbare begrenzing meer aan te brengen op het toepassingsbereik van art. 2:11 BW.¹⁰¹⁵

Stel dat art. 2:11 BW van toepassing zou zijn op de buitenlandse eerstegraads rechtspersoon-bestuurder. Dan geldt dat - zolang het bepaalde in het arrest D Group-Schreurs van kracht is (lees: zolang de Hoge Raad niet uitdrukkelijk is omgegaan) - art. 2:11 BW alsnog buiten werking kan worden gesteld door er door middel van tussenschakeling van een rechtspersoon-bestuurder voor te zorgen dat de eerstegraads bestuurder een Nederlandse rechtspersoon is en de tweedegraads bestuurder een buitenlandse rechtspersoon is.¹⁰¹⁶ Op die wijze wordt namelijk de situatie die ten grondslag ligt aan het arrest D Group-Schreurs in het leven geroepen. Voorbij de buitenlandse tweedegraads rechtspersoon-bestuurder van de Nederlandse eerstegraads rechtspersoon-bestuurder kan dan niet worden "doorgegrepen" op grond van art. 2:11 BW.

6.8 Gevolgen van de uitspraken D Group-Schreurs en MyGuide

De Hoge Raad oordeelt dat de vraag of art. 2:11 BW van toepassing is, beantwoord dient te worden aan de hand van het Nederlands internationaal privaatrecht. Uit art. 10:119 aanhef en sub e. BW volgt dat het op de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder toepasselijke recht de vraag beheerst wie uit hoofde van een bepaalde hoedanigheid naast de corporatie aansprakelijk is. Een (tweedegraads) bestuurder van een rechtspersoon kan slechts via art. 2:11 BW aansprakelijk worden gehouden indien de bestuurde eerstegraads rechtspersoon-bestuurder een *Nederlandse* rechtspersoon is.¹⁰¹⁷ In de casus MyGuide waren achtereenvolgens (twee) Zwitserse vennootschappen de eerstegraads bestuurders van de in staat van faillissement verklaarde rechtspersoon. Het arrest van de Hoge Raad betekent dat op grond van het Nederlands internationaal privaatrecht in een dergelijk geval gekeken dient te worden naar (in dat geval) het Zwitserse materiële recht. De vennootschappelijke verhouding tussen de eerstegraads Zwitserse rechtspersoon-bestuurder en de bestuurder(s) daarvan wordt derhalve niet beheerst door Nederlands recht, maar door Zwitsers recht.¹⁰¹⁸ Art. 2:11 BW mist in die verhouding toepassing. Pieper (de bestuurder van de Zwitserse eerstegraads rechtspersoon-bestuurder) kan derhalve niet via art. 2:11 BW aangesproken worden.

¹⁰¹³ Vgl. Assink 2013a, par. 6.

¹⁰¹⁴ Zie r.o. 4.5. Vgl. Assink 2013a, par. 6.

¹⁰¹⁵ Vgl. Assink 2013a, par. 6.

¹⁰¹⁶ Vgl. Assink 2013a, par. 6.

¹⁰¹⁷ Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/71.

¹⁰¹⁸ De bestuurder van de buitenlandse rechtspersoon-bestuurder kan men niet aanspreken via art. 2:11 BW. Op laatstgenoemde buitenlandse bestuurder is namelijk het buitenlandse recht van toepassing. Veel buitenlandse rechtssystemen kennen de figuur van de rechtspersoon-bestuurder niet. Indien een buitenlands rechtstelsel al de mogelijkheid kent om de betreffende buitenlandse bestuurder aansprakelijk te kunnen houden, zal het daarbij dan ook vaak niet zozeer gaan om een bepaling die lijkt op art. 2:11 BW, maar om een eigen regeling inzake bestuurdersaansprakelijkheid.

De interpretatie van de Hoge Raad houdt in dat art. 2:11 BW geen betrekking heeft op de buitenlandse eerstegraads rechtspersoon-bestuurder van een Nederlandse rechtspersoon. Het is de vraag of dat wenselijk is. De bestuurders van de buitenlandse eerstegraads rechtspersoon-bestuurder blijven in beginsel namelijk "buiten schot".¹⁰¹⁹ De vraag of art. 2:11 BW betrekking heeft op buitenlandse rechtspersoon-bestuurders wordt in de wetsgeschiedenis van dat artikel niet beantwoord. Wel geeft die geschiedenis aan wat het doel van art. 2:11 BW is, namelijk het voorkomen dat bestuurders-natuurlijke personen zich ten koste van schuldeisers kunnen verschuilen achter een door die personen gecontroleerde rechtspersoon. Gevolg van de interpretatie van de Hoge Raad is dat dit doel kan worden gefrustreerd door het "tussenschuiven" van een buitenlandse eerstegraads rechtspersoon-bestuurder. Dat is in strijd met de gedachte achter art. 2:11 BW. Onder omstandigheden kan - indien de op de buitenlandse eerstegraads rechtspersoon-bestuurder toepasselijke wetgeving daarvoor mogelijkheden biedt - een curator de bestuurder(s) daarvan aansprakelijk houden. De val van een bestuurder wordt als het ware gebroken door tussenschakeling van een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder in de keten van bestuurders.

Een buitenlandse rechtspersoon die in Nederland aan de heffing van vennootschapsbelasting onderworpen is, valt onder de antimisbruikwetgeving.¹⁰²⁰ Art. 10:121 BW bepaalt namelijk dat (in afwijking van artt. 2:118 en 2:119 BW) de artt. 2:138 en 2:149 BW¹⁰²¹ van (overeenkomstige) toepassing zijn op de aansprakelijkheid van bestuurders van een door buitenlands recht beheerste corporatie die in Nederland aan de heffing van vennootschapsbelasting onderworpen is, indien de corporatie in Nederland in staat van faillissement wordt verklaard.^{1022/1023} Een buitenlandse corporatie/rechtspersoon kan derhalve ook als (mede-)beleidsbepaler worden aangemerkt (vgl. artt. 10:121 jo. 2:138 lid 7 BW). Daaraan koppelt ik de vraag of diens aansprakelijkheid ex artt. 2:138 BW via art. 2:11 BW ook doorwerkt naar de formeel bestuurder van die buitenlandse rechtspersoon. Bijna alle auteurs zijn van mening dat een dergelijke doorwerking van art. 2:11 BW niet verenigbaar is met het in Nederland geldende incorporatiebeginsel.¹⁰²⁴ Het zou namelijk een ontoelaatbare inbreuk betekenen op het recht dat de relatie regeert tussen een bestuurder en een naar vreemd recht opgerichte rechtspersoon. Ik ben van mening dat het feit dat art. 10:121 BW bij wege van uitzondering aan artt. 2:138 en 2:149 BW een ruime internationale reikwijdte toekent, niet betekent dat ook art. 2:11 BW daardoor ineens een ruimere (internationale) reikwijdte krijgt. Is een door buitenlands recht beheerste rechtspersoon bestuurder, dan wel (mede-)beleidsbepaler van een door buitenlands recht beheerste corporatie die in Nederland in staat van faillissement wordt verklaard, dan kan men de tweedegraads bestuurders daarvan mijns inziens in beginsel niet via art. 2:11 BW aansprakelijk houden.

Indien de buitenlandse rechtspersoon een (*mede-*)*beleidsbepaler* is van een Nederlandse rechtspersoon, dan kan men mijns inziens zijn bestuurder niet aansprakelijk houden.¹⁰²⁵ Ook voor een buitenlandse rechtspersoon die formeel bestuurder is, geldt dat namelijk.

Deel III: Uitzonderingsgevallen waarin een tweedegraads bestuurder in internationale gevallen via art. 2:11 BW aansprakelijk kan worden gehouden

6.9 Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW: ruimere mogelijkheid voor toepassing art. 2:11 BW?

Art. 10:119 aanhef en onder e. BW hanteert als regel dat het op de corporatie toepasselijke recht ook de vraag beheerst wie uit hoofde van een bepaalde hoedanigheid - zoals die van bestuurder - naast de corporatie aansprakelijk is. In het arrest D Group-Schreurs oordeelt de Hoge Raad dat op grond van art. 3 aanhef en sub e. (oud) Wcc Nederlands recht als het incorporatierecht van de rechtspersoon-bestuurder tevens de aansprakelijkheid beheerst van de bestuurder van die rechtspersoon. In de zaak D Group-Schreurs was de bestuurdersaansprakelijkheid gebaseerd op art. 2:248 BW. Welk recht is echter van toepassing indien de bestuurdersaansprakelijkheid gebaseerd wordt op art. 6:162 BW? Aangezien dit onderwerp maar zijdelings mijn onderzoeksgebied raakt, houd ik het kort.

¹⁰¹⁹ Vgl. Mezas 2005, p. 71.

¹⁰²⁰ Bartman, Dorresteyn en Olaerts 2016, p. 279.

¹⁰²¹ Art. 10:121 BW verwijst niet naar artt. 2:248 en 2:259 BW. Aangezien de inhoudelijk daarmee corresponderende artt. 2:138 en 2:149 BW wel van overeenkomstige toepassing worden verklaard, zie ik daarin geen probleem.

¹⁰²² Art. 1 lid 1 Fw. spreekt over "*in staat van faillissement verklaard*", terwijl art. 10:121 BW door het gebruik van de woorden "*failliet wordt verklaard*" spreektaal lijkt te hanteren.

¹⁰²³ Bartman en Dorresteyn 2013, p. 327 en Wezeman 1998, p. 277.

¹⁰²⁴ Bartman, Dorresteyn en Olaerts 2016, p. 279.

¹⁰²⁵ Vgl. Bulten 2014, par. 5.

De bestuurdersaansprakelijkheid voortvloeiend uit regels van rechtspersonenrecht (zoals artt. 2:69/180 en 2:139/248 BW) wordt beheerst door het incorporatierecht. De aansprakelijkheid gebaseerd op onrechtmatige daad wordt beheerst door (de verwijzingsregels van) "Rome II"¹⁰²⁶. Dat is - of lijkt althans - de overheersende mening in de doctrine en (lagere) rechtspraak. Bij de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad wordt daarbij veelal geen onderscheid gemaakt tussen de "algemene" aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad en de onrechtmatige daad "begaan in de hoedanigheid van bestuurder". Gevolg van toepasselijkheid van Rome II is dat de aansprakelijkheid van de bestuurder vaak afhankelijk is van de plaats waar een schuldeiser schade heeft geleden (art. 4 lid 1 Rome II).¹⁰²⁷

Er dient mijns inziens echter - anders dan veelal wordt gedaan - een verschil gemaakt te worden tussen de algemene aansprakelijkheid gebaseerd op onrechtmatige daad en de aansprakelijkheid gebaseerd op een onrechtmatige daad begaan in de hoedanigheid van bestuurder. In laatstgemeld geval is mijns inziens de regeling van art. 10:119 BW van toepassing. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden merkt in een arrest op dat de regel van art. 10:119 BW niet automatisch ook geldt als de bestuurder naast de vennootschap wordt aangesproken op grond van onrechtmatige daad.¹⁰²⁸ Mijns inziens is dat echter wel het geval.

Ik heb meerdere redenen voor het feit dat ik onderscheid maak tussen de algemene aansprakelijkheid en de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW en de gevolgen die ik daaraan verbind. De eerste reden is dat in de wetsgeschiedenis het incorporatierecht op de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van toepassing wordt geacht en derhalve niet Rome II.¹⁰²⁹ De tweede reden is dat een bestuurdersaansprakelijkheid waarvoor in Nederland een aparte bepaling - zoals bijvoorbeeld art. 2:248 BW - bestaat, in het incorporatierecht van een buitenlandse vennootschap wellicht gebaseerd wordt op een actie uit onrechtmatige daad. In dat geval zal men op zijn minst laatstgemelde regels als onderdeel van het incorporatierecht dienen toe te passen.¹⁰³⁰ Ten derde geldt dat men in Nederland een onderscheid maakt c.q. kan maken tussen de algemene aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW en de op dat artikel gebaseerde bestuurdersaansprakelijkheid.¹⁰³¹ Sterker nog: art. 6:162 BW wordt veelal als een belangrijke of zelfs als de belangrijkste vorm van externe bestuurdersaansprakelijkheid beschouwd.¹⁰³² Het is in het verlengde daarvan niet zo vreemd om in dat geval het incorporatierecht van toepassing te achten en niet Rome II. In dat kader wijs ik op art. 1 lid 2 aanhef en sub d. Rome II. Dat artikel sluit "*de persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten en de leden van de organen voor de schulden van de vennootschap, vereniging of rechtspersoon*" van het toepassingsgebied van die verordening uit.¹⁰³³ Blijkens de toelichting op Rome II dient art. 1 strikt te worden geïnterpreteerd, aangezien het hier uitzonderingsgevallen betreft. Een bestuurder van een rechtspersoon die een onrechtmatige daad pleegt, is niet aansprakelijk voor de schulden van die rechtspersoon, maar voor eigen schulden. Dat zou betekenen dat de bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW onder het toepassingsgebied van Rome II valt. Indien men art. 1 lid 2 aanhef en sub d) Rome II echter aandachtig leest, ziet men dat uitgesloten zijn van het toepassingsgebied van die verordening: "*niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit het recht inzake vennootschappen, verenigingen en rechtspersonen zoals [vetgedrukt door CEJMH] de oprichting door registratie of anderszins, de rechts- en handelingsbevoegdheid, het inwendige bestel en de ontbinding van vennootschappen, verenigingen en rechtspersonen, de persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten en de leden van de organen voor de schulden van de vennootschap, vereniging of rechtspersoon en [...]*". Het woord "zoals" suggereert een niet-limitatieve opsomming. Om deze reden en om de overige redenen vermeld in deze paragraaf dient deze bepaling mijns inziens op dit onderdeel ruim uitgelegd te worden. Gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid (ook die ex art. 6:162 BW) hangen zodanig samen met het vennootschaps-/rechtspersonenrecht dat ze naar mijn mening van de reikwijdte van Rome II uitgesloten zijn.¹⁰³⁴

Kort en goed: mijn visie brengt mee dat voor toepassing van art. 10:119 sub e. BW niet relevant is op welke grondslag de bestuurdersaansprakelijkheid is gebaseerd. Vertaald naar toepasselijkheid van art.

¹⁰²⁶ 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 ("Rome II").

¹⁰²⁷ Zie Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/67, alwaar naar relevante literatuur en jurisprudentie wordt verwezen.

¹⁰²⁸ Zie Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8049 (Chilean Lumber Company), r.o. 3.10.

¹⁰²⁹ Kamerstukken II 1994/1995, 24 141, nr. 3, p. 19.

¹⁰³⁰ Enzo: Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/68.

¹⁰³¹ Zie o.a. par. 5.9.2.

¹⁰³² Raaijmakers 2005, p. 2 merkt op dat de belangrijkste vorm van externe aansprakelijkheid voortvloeit uit de onrechtmatige daad-actie op grond van art. 6:162 BW.

¹⁰³³ Enzo: Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/69.

¹⁰³⁴ Anders: Jonkers 2015, Zilinsky 2012 en Zilinsky 2017, p. 27-28.

2:11 BW betekent dit dat de arresten inzake D Group-Schreurs en MyGuide mutatis mutandis van toepassing dienen te worden geacht op de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW. Ook indien sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW geldt derhalve de beperkte internationale reikwijdte van art. 2:11 BW die met zich brengt dat Nederlands recht niet kan inbreken in de verhouding tussen de buitenlandse rechtspersoon-bestuurder en diens bestuurder.

6.10 Art. 2:11 BW en de Insolventieverordening

In het arrest D Group-Schreurs benadert de Hoge Raad de vraag of art. 2:11 BW van toepassing is vanuit het Nederlandse internationaal privaatrecht, te weten het incorporatierecht van de rechtspersoon-bestuurder. De in die zaak spelende kwestie had betrekking op een faillissement. Men kan de vraag derhalve ook benaderen vanuit het perspectief van het insolventierecht.¹⁰³⁵ Het valt namelijk te verdedigen dat de bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement op grond van art. 4 van de Europese Insolventieverordening in beginsel beheerst wordt door de lex concursus. Dat is het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de insolventieprocedure is geopend. Daarnaast kan men verdedigen dat het recht waarnaar het betreffende artikel verwijst het materiële recht is, exclusief het internationaal privaatrecht. Indien dat juist is, dan zijn de artt. 2:248 en 2:11 BW rechtstreeks van toepassing in gevallen die onder de reikwijdte van de Europese Insolventieverordening vallen. In dat geval is voor toepasselijkheid van art. 2:11 BW niet het incorporatierecht van de rechtspersoon-bestuurder of van de bestuurde rechtspersoon beslissend. Daarvoor is in dat geval beslissend of de Nederlandse rechter ingevolge art. 3 van de Europese Insolventieverordening bevoegd is om het faillissement van de rechtspersoon uit te spreken. Art. 10:121 BW verklaart art. 2:138 BW overigens al van overeenkomstige toepassing op buitenlandse vennootschappen. Uit het arrest Kornhaas/Dithmar¹⁰³⁶ kan men wellicht ook afleiden dat de vordering ex artt. 2:138/248 BW onder het bereik van art. 4 van de Europese Insolventieverordening valt. Het HvJ EU is in de Kornhaas/Dithmar-zaak naar mijn mening echter niet erg duidelijk over de exacte reden waarom de in die zaak aanhangige Duitse bestuurdersaansprakelijkheidsregeling onder de reikwijdte van art. 4 Europese Insolventieverordening zou moeten vallen. Bestuurdersaansprakelijkheid wordt bijvoorbeeld niet vermeld op de in art. 4 lid 2 van de betreffende verordening opgenomen (overigens niet als uitputtend bedoelde) lijst van kwesties die beheerst worden door het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de insolventieprocedure wordt geopend. Bovendien was in het arrest Kornhaas/Dithmar sprake van een Duitse wettelijke aansprakelijkheid van bestuurders voor het geval zij een insolvente rechtspersoon te lang instandhouden. Art. 4 lid 2 Europese Insolventieverordening spreekt echter over iets anders. Dat artikel spreekt namelijk over het feit dat het recht van de lidstaat waar de procedure wordt geopend, bepaalt onder welke voorwaarden die procedure wordt geopend. Hoewel het HvJ EU in de Kornhaas/Dithmar-zaak wellicht een nieuwe richting inslaat, dient men mijns inziens één enkele - niet al te duidelijke - uitspraak niet aan te grijpen om een (meer) algemene regel te formuleren.¹⁰³⁷

Het spreekt voor zich dat het scharen van allerlei gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid onder de reikwijdte van art. 4 Europese Insolventieverordening met zich kan brengen dat het aantal gevallen waarin art. 2:11 BW met succes kan worden ingezet in internationale situaties aanzienlijk groter is dan in geval van "de incorporatiebenadering". Ik kan mij echter vinden in de benadering die de Hoge Raad in de arresten D Group-Schreurs en MyGuide hanteert. Om die reden ga ik niet (verder) in op de onderhavige wijze van benadering van de problematiek.

6.11 Art. 2:11 BW en misbruik van buitenlandse rechtspersonen

6.11.1 Wat houdt misbruik van buitenlandse rechtspersonen in?

Het is lastig om een antwoord te geven op de vraag wanneer van misbruik (oneigenlijk gebruik) van buitenlandse rechtspersonen sprake is. Bulten vindt (terecht) dat er - toegepast op art. 2:11 BW - voor misbruik meer nodig is dan enkel het tussenschuiven van een (lege) buitenlandse vennootschap.¹⁰³⁸ Zij geeft echter niet aan wat dan nog meer nodig is.

De tussenschakeling in een concern van een buitenlandse rechtspersoon vormt op zichzelf uiteraard geen misbruik. Van misbruik is - met inachtneming van hetgeen ik hierna opmerk - mijns inziens eerst sprake indien een rechtspersoon wordt opgericht naar het recht van een land waarmee deze

¹⁰³⁵ Zie de bespreking van het arrest D Group-Schreurs in RO 2011, 38.

¹⁰³⁶ Hof van Justitie EU 10 december 2015, ECLI:EU:C:2015:806 (Kornhaas/Dithmar). Zie over dat arrest: Jonkers 2015.

¹⁰³⁷ Jonkers 2015 is geneigd om zelfs de vordering van de curator op grond van onrechtmatige daad naar Nederlands recht onder omstandigheden onder art. 4 van de Europese Insolventieverordening te brengen.

¹⁰³⁸ Bulten 2014.

rechtspersoon (nagenoeg) geen andere banden heeft dan enkel de band van oprichting, terwijl deze rechtspersoon zijn activiteiten wel geheel of grotendeels in Nederland verricht.¹⁰³⁹ Die oprichting vindt in een dergelijk geval plaats met geen ander doel dan het omzeilen van regels van het land waar die rechtspersoon activiteiten zal verrichten (Nederland), dan wel - indien het een rechtspersoon-bestuurder betreft - een groepsmaatschappij van die rechtspersoon-bestuurder activiteiten zal verrichten. Toegepast op art. 2:11 BW zou ik onder een misbruiksituatie willen verstaan een situatie waarin een buitenlandse (eerstegraads) rechtspersoon-bestuurder wordt tussengeschateld als bestuurder van een Nederlandse rechtspersoon zonder dat sprake is van een reële band met het betreffende buitenland en die tussenschakeling enkel en alleen plaatsvindt teneinde een doorbraak op grond van art. 2:11 BW te voorkomen. Geen misbruik vormt echter het gebruik maken van een gunstiger wettelijke regeling.¹⁰⁴⁰ Indien men aannemelijk kan maken dat bij de tussenschakeling van de buitenlandse rechtspersoon bijvoorbeeld een fiscaal motief heeft meegespeeld, dan zal van misbruik in civielrechtelijk opzicht niet snel sprake zijn. Misbruik betekent dat de randen van de in wetgeving en jurisprudentie aangegeven kaders doelbewust worden opgezocht en overschreden.

6.11.2 Remedies in geval van misbruik?

Indien een buitenlandse rechtspersoon enkel is tussengeschateld om de toepassing van art. 2:11 BW te frustreren, kan - afhankelijk van de omstandigheden van het geval - sprake zijn van misbruik van buitenlands recht. Dat het aantonen van een dergelijk misbruik op bewijsrechtelijke problemen stuit, behoeft mijns inziens geen betoog. Gesteld dat men bijvoorbeeld - onderbouwd - aanvoert dat een buitenlandse eerstegraads rechtspersoon enkel is tussengevoegd om bijvoorbeeld fiscale redenen en deze rechtspersoon "toevalligerwijze" ook bestuurder is, dan ligt het al minder voor de hand dat misbruik aangetoond kan worden. Indien echter andere redenen om de buitenlandse rechtspersoon als bijvoorbeeld eerstegraads bestuurder in te voegen, ontbreken én men kan dat (misbruik) aantonen, dan kan men het standpunt innemen dat art. 2:11 BW wel degelijk van toepassing is op de betreffende rechtspersoon-bestuurder en de zich "boven" die rechtspersoon-bestuurder bevindende bestuurslagen. Men dient alsdan te kijken naar de situatie die aanwezig zou zijn geweest zonder die tussengeschatelde buitenlandse rechtspersoon-bestuurder. Er dient in dat geval als het ware geabstraheerd te worden van art. 10:119 aanhef en sub e. BW (en daarmee het arrest D Group-Schreurs). Misbruik behoeft niet beloofd te worden. Assink noemt in dat kader het arrest Rainbow Products-Ontvanger.¹⁰⁴¹ De regel die men kan afleiden uit dat arrest is dat hetgeen met het misbruik werd beoogd, in rechte niet behoeft te worden gehonoreerd. Er is geen sprake van een verruiming van de reikwijdte van art. 2:11 BW.

Assink gaat in op de situatie waarin een Nederlandse bestuurder een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder louter althans primair tussenschuift als bestuurder van een Nederlandse rechtspersoon teneinde het bereik van art. 2:11 BW en daarmee van Nederlands ondernemingsrecht te frustreren.¹⁰⁴² Ook Assink is van mening dat onder omstandigheden een dergelijke door vermijding van aansprakelijkheid gedicteerde gedragslijn van die bestuurder kan kwalificeren als misbruik van rechtspersoonlijkheid die - mede gelet op de ratio van art. 2:11 BW - niet hoeft te worden gehonoreerd. Assink wijst erop dat een derde er uit verhaalsoogpunt een duidelijk belang bij kan hebben om art. 2:11 BW in stelling te brengen tegen de bestuurder van die buitenlandse rechtspersoon-bestuurder. Hij kan zich voorstellen dat - gelet op de ratio van art. 2:11 BW - in een dergelijke casus mede vanwege voormelde economisch gekleurde factoren de bestuurder van de buitenlandse rechtspersoon-bestuurder voor doeleinden van art. 2:11 BW gelijkgeschakeld kan worden met de bestuurder van een Nederlandse rechtspersoon-bestuurder.¹⁰⁴³

Naar mijn mening betekent het vorenstaande dat art. 2:11 BW in aperte misbruiksituaties moet kunnen worden toegepast, derhalve ook in die situaties die op grond van de thans geldende jurisprudentie in beginsel niet zouden leiden tot toepasselijkheid van het betreffende wetsartikel. In bewijsrechtelijk opzicht is het echter (zeer) lastig om aan te tonen dat sprake is van een aperte misbruiksituatie. Uiteraard kan men onder omstandigheden ook de persoon die de buitenlandse rechtspersoon-bestuurder heeft tussengeschateld, aansprakelijk houden op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). De kans van slagen van een actie ex art. 6:162 BW is - (wederom) om bewijsrechtelijke redenen - echter moeilijk aan te geven. Daarnaast geldt dat de schade niet gemakkelijk te bepalen is. Men dient alsdan namelijk de vraag te beantwoorden welke schade men verhaald zou kunnen hebben op (rechtspersoon-)bestuurders indien art. 2:11 BW wel van toepassing zou zijn geweest.

¹⁰³⁹ Vgl. Van Dongen 1995, p. 20; Vlas 1984, p. 602 en Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/92.

¹⁰⁴⁰ HvJ EU 30 september 2003, zaak C167/101 (Inspire Art/Kamer van Koophandel), r.o. 96.

¹⁰⁴¹ HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 698 (Rainbow Products/Ontvanger).

¹⁰⁴² Assink 2014, par. 14.

¹⁰⁴³ Assink 2014, par. 14.

6.12 Het leerstuk van de wetsontduiking of *fraus legis*.

Art. 2:11 BW is (bedoeld als) een antimisbruikbepaling. Strekking van dit artikel is dat het niet de bedoeling is dat een bestuurder aan bestuurdersaansprakelijkheid kan ontsnappen door het tussenschakelen van (een) rechtspersoon-bestuurder(s). Het incorporatiestelsel brengt mee dat door tussenschakeling van een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder de werking van art. 2:11 BW gefrustreerd wordt. Men kan zich afvragen of de gevolgen van die tussenschakeling ongedaan gemaakt kunnen worden door toepassing van het leerstuk van de wetsontduiking. Daarbij dient men zich te bedenken dat de figuur van de wetsontduiking in het internationaal privaatrecht (conflictenrecht) een andere is dan de figuur van de wetsontduiking in het materiële recht. Ik licht dat hieronder toe.

In het materiële recht geldt dat "kunstgrepen" die enkel bedoeld zijn om bijvoorbeeld belastingheffing te ontgaan of zelfs te ontduiken, aangepakt worden indien door die opzetjes doel en strekking van de wet zouden worden miskend. In veelal uitgebreide wetsartikelen tracht de (fiscale) wetgever op minutieuze wijze dat soort kunstgrepen te voorkomen. Indien een dergelijke fiscale antimisbruikbepaling vele situaties lijkt te ondervangen, maar juist deze ene situatie niet, rijst de vraag of niettemin nog ruimte is voor toepassing van het *fraus legis* leerstuk. Daarop ga ik hier niet verder in. Ik wijs enkel op de parallel die bestaat met art. 2:11 BW. Art. 2:11 BW is - anders dan veel fiscale antimisbruikbepalingen - niet bepaald een heel uitgebreide wetsbepaling. Wel is in de jurisprudentie aan de internationale reikwijdte van het betreffende wetsartikel inhoud gegeven. Mij lijkt dat op zich in het materiële recht niets aan toepassing van het leerstuk van de wetsontduiking in de weg hoeft te staan. Daarbij teken ik echter direct aan dat buiten het fiscale recht het leerstuk van de *fraus legis* niet of nauwelijks wordt toegepast.¹⁰⁴⁴

Bij de conflictenrechtelijke wetsontduiking gaat het om een verandering van aanknopingspunten van de rechtsverhouding om zo een ander toepasselijk recht te verkrijgen dan op grond van de oorspronkelijke aanknopingsfactoren van toepassing zou zijn. In de incorporatieleer maakt de oprichter van een buitenlandse rechtspersoon gebruik van de in deze conflictregel besloten liggende vrijheid om een rechtspersoon op te richten volgens het recht van een bepaald land dat hij verkiest, ook al is zijn motief te ontkomen aan voor hem bezwaarlijke bepalingen van Boek 2 BW. De buitenlandse rechtspersoon is rechtsgeldig tot stand gekomen en bestaat. Het past dan niet om het in overeenstemming met deze conflictregel zijnde gebruik van de buitenlandse rechtspersoon als wetsontduiking te bestempelen met als argument dat de opgerichte rechtspersoon met het land van oprichting niet meer banden heeft dan de oprichting zelf. Daarbij komt nog dat men voor het aannemen van wetsontduiking onder meer de aanwezigheid van de wil om de wet te ontduiken (de *animus fraudandi*) verlangt. Men stuit hier op zware - wellicht onoverkomelijke - bewijsmoeilijkheden.¹⁰⁴⁵ Men kan dan ook zeggen dat de incorporatieleer geen ruimte laat voor een beroep op het leerstuk van de wetsontduiking.¹⁰⁴⁶

6.13 Openbare orde (art. 10:6 BW)

Art. 10:6 BW bepaalt dat vreemd recht niet wordt toegepast, voor zover de toepassing ervan kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde. Dit artikel biedt derhalve - mede door de plaatsing in titel 10.1 BW (Algemene bepalingen) - in elk geval theoretisch gezien de mogelijkheid om de gevolgen van toepasselijkheid van het incorporatiestelsel buiten toepassing te verklaren. Ik merk op "theoretisch gezien", aangezien toepassing van art. 10:6 BW gereserveerd is c.q. dient te zijn voor gevallen van zeer excessief misbruik.¹⁰⁴⁷ Ik ga hier niet verder in op deze uitzondering.

6.14 Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen

Titel 10.8 BW - meer precies art. 10:124 BW (art. 6 van de voormalige Wcc) - bepaalt dat het in die titel bepaalde onverlet laat hetgeen geregeld is in de op 1 januari 1998 in werking getreden Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (WFBV).¹⁰⁴⁸ In feite gaat het in de WFBV om een uitzondering - of wellicht beter gezegd: aanvulling - op de incorporatieleer.¹⁰⁴⁹ De WFBV geeft namelijk aan onder welke voorwaarden het toepasselijke buitenlandse vennootschapsrecht kan worden aangevuld met een

¹⁰⁴⁴ Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/92 en Asser/Vonken 10-I 2013/383 e.v.

¹⁰⁴⁵ Enzo: Vlas 1984, p. 605.

¹⁰⁴⁶ Enzo: Vlas 1982, p. 50.

¹⁰⁴⁷ Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/92 en Asser/Vonken 10-I 2013/395 e.v.

¹⁰⁴⁸ Wet van 17 december 1997, houdende regels met betrekking tot naar buitenlands recht opgerichte, rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschappen die hun werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verrichten en geen werkelijke band hebben met de staat naar welks recht zij zijn opgericht (Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen).

¹⁰⁴⁹ Vgl. Wezeman 1998, p. 427-435 en Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/92 e.v.

aantal in de WFBV vermelde vereisten. Regels van de staat waar de kapitaalvennootschap haar werkelijke zetel heeft, worden derhalve dwingend¹⁰⁵⁰ van toepassing verklaard op die vennootschap.

De oorsprong van de WFBV is gelegen in de wens om misbruik (oneigenlijk gebruik) van buitenlandse rechtspersonen te bestrijden en te voorkomen, onder meer door in diverse gevallen de sanctie van bestuurdersaansprakelijkheid op te leggen.¹⁰⁵¹ Art. 1 lid 1 van de WFBV bepaalt dat onder "formeel buitenlandse vennootschap" wordt verstaan een naar een ander dan Nederlands recht opgerichte, rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschap die haar werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verricht en voorts geen werkelijke band heeft met de staat waarbinnen het recht geldt waarnaar zij is opgericht. Korter - en minder precies - geformuleerd, geldt derhalve dat indien een dergelijke vennootschap geen bedrijfsactiviteiten uitoefent in de staat van oprichting, maar in plaats daarvan feitelijk zeer nauw met Nederland is verbonden, de WFBV van toepassing is en dat - indien die vennootschap wel dergelijke activiteiten uitoefent in de staat van oprichting - de WFBV in beginsel toepassing mist.¹⁰⁵² De omstandigheden van het geval zijn beslissend of een vennootschap onder de reikwijdte van de WFBV valt, zodat in het uiterste geval de rechter daarover zal dienen te oordelen.

Art. 4 WFBV verklaart ten aanzien van een formeel buitenlandse vennootschap onder meer artt. 2:9 en 2:248 BW van overeenkomstige toepassing in geval van uitkeringen aan aandeelhouders, inkoop van aandelen en vermindering van het geplaatste kapitaal met terugbetaling op aandelen. Art. 6 WFBV verklaart ten aanzien van een dergelijke vennootschap onder meer art. 2:249 BW van overeenkomstige toepassing. Voor de toepassing van de artt. 2 tot en met 6 WFBV stelt art. 7 WFBV met bestuurders van de vennootschap gelijk degenen die met de dagelijkse leiding van de aan de vennootschap toebehorende onderneming zijn belast.

Gelet op het feit dat de WFBV aansluit op de systematiek van Boek 2 BW en overtreding van een aantal bepalingen leidt tot hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders van de formeel buitenlandse rechtspersoon,¹⁰⁵³ geldt dat art. 2:11 BW in beginsel van toepassing is op de aansprakelijkheid van een bestuurder van een formeel buitenlandse vennootschap. Mijns inziens is art. 2:11 BW eveneens van toepassing op een dagelijks leidinggevende als bedoeld in art. 7 WFBV, mits het daarbij gaat om een rechtspersoon uiteraard. De situatie ligt hier niet anders dan bij toepassing van bijvoorbeeld art. 2:248 lid 7 BW.

De WFBV is een belangrijke stap geweest in de aanpak van (tweedegraads) bestuurders van buitenlandse rechtspersonen. Dat gezegd zijnde, is er wel een aantal bezwaren aan te voeren tegen deze wet. Een eerste bezwaar is bijvoorbeeld dat de WFBV slechts betrekking heeft op kapitaalvennootschappen en niet op bijvoorbeeld - zoals Boek 10 BW het aanduidt - "corporaties".¹⁰⁵⁴ Een tweede bezwaar is dat de toepasselijkheid van bijvoorbeeld art. 2:248 BW in art. 4 WFBV beperkt is tot slechts enkele gevallen. Een belangrijker - derde - bezwaar is dat de reikwijdte van de WFBV (en daarmee ook de internationale reikwijdte van art. 2:11 BW) ten gevolge van het arrest van het HvJ EU inzake Inspire Art aanmerkelijk is beperkt.¹⁰⁵⁵ Het HvJ EU oordeelde dat een aantal bepalingen van de WFBV onverenigbaar was met het EU-recht (m.n. de vrijheid van vestiging). Het feit dat een vennootschap (als Inspire Art) in de lidstaat van oprichting geen activiteiten ontplooit, kan volgens het HvJ EU niet als bewijs voor misbruik of bedrog gelden ten gevolge waarvan aan een dergelijke vennootschap het recht op vrije vestiging zou worden ontnomen. Een en ander heeft zijn weerslag gevonden in art. 1 lid 2 WFBV dat bepaalt dat een aantal artikelen van de WFBV (met uitzondering van art. 6) niet geldt voor vennootschappen waarop van toepassing is het recht van een EU-lidstaat of van een staat die partij is bij de overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (Liechtenstein, Noorwegen en IJsland). In beginsel is de WFBV derhalve alleen van toepassing op vennootschappen opgericht naar het recht van derde landen. Ten slotte wijs ik op een vierde bezwaar. Dat bezwaar is dat het voor een partij die zich op de WFBV beroept vrij lastig is om te bewijzen dat sprake is van een formeel buitenlandse vennootschap. Tijdens de parlementaire behandeling is hier - naar mijn mening althans - vrij laconiek over gedaan door de Minister van Justitie. De Minister merkte namelijk op dat de rechter grote vrijheid geniet met betrekking tot bewijslastverdeling en dat niet verwacht wordt dat de

¹⁰⁵⁰ Zie: Vlas 2009, nrs. 81-82 en Raaijmakers 2005, p. 24.

¹⁰⁵¹ Kamerstukken II, 1994/1995, 24 139, nr. 3, p. 1-2. Vgl. ook Van Daal 1998, p. 170.

¹⁰⁵² Vgl. Cath 2004, p. 63 en Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/97.

¹⁰⁵³ Vgl. Van Dongen 1995, p. 21.

¹⁰⁵⁴ Evenzo: Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/95, alwaar tevens wordt ingegaan op de reden van deze beperking, alsmede op de wijze van vaststelling van de rechtspersoonlijkheid die art. 1 lid 1 WFBV vereist voor toepasselijkheid van deze wet.

¹⁰⁵⁵ HvJ EU 30 september 2003, zaak C167/101 (Inspire Art/Kamer van Koophandel). Zie daarover: Cath 2004, p. 62-64; Zilinsky 2003, p. 915-916 en Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/100.

rechter de partij die een beroep doet op de WFBV opzadelt met een uitermate moeilijk te vervullen bewijsopdracht.¹⁰⁵⁶ Feit is echter dat hier de normale bewijsrechtelijke regels gelden van art. 150 Rv.

6.15 Art. 10:8 Burgerlijk Wetboek (de exceptieclausule)

De incorporatieleer houdt in dat een rechtspersoon beheerst wordt door het recht van het land naar het recht waarvan die rechtspersoon is opgericht.¹⁰⁵⁷ Art. 10:118 BW voegt daaraan toe dat de rechtspersoon ook zijn zetel in het betreffende land dient te hebben en - bij gebreke daarvan - het centrum van optreden naar buiten.¹⁰⁵⁸ Art. 10:118 BW is opgenomen in titel 10.8 BW. Hoewel de bepalingen van de Wcc vrijwel ongewijzigd overgenomen zijn in titel 10.8 BW, is niettemin een belangrijke wijziging doorgevoerd.¹⁰⁵⁹ Titel 10.8 BW maakt namelijk deel uit van Boek 10 BW. Daarin bevinden zich de Algemene Bepalingen van titel 10.1. De in laatstgemelde titel opgenomen bepalingen waren echter niet opgenomen in de Wcc. Art. 10:8 BW (de "exceptieclausule") is opgenomen in voormelde Algemene Bepalingen.¹⁰⁶⁰ Art. 10:8 lid 1 BW bepaalt dat het recht dat is aangewezen door een wettelijke regel die berust op een veronderstelde nauwe band met dat recht, bij uitzondering buiten toepassing blijft indien - gelet op alle omstandigheden van het geval - kennelijk de in die regel veronderstelde nauwe band slechts in zeer geringe mate bestaat en met een ander recht een veel nauwere band bestaat. In dat geval wordt volgens art. 10:8 BW dat andere recht toegepast.

Men kan - en moet - zich de vraag stellen of het wel zo zeker is dat art. 10:8 BW ondanks de plaatsing in Titel 10.1 (Algemene Bepalingen) wel betrekking heeft op het buiten toepassing houden van het incorporatierecht. Die vraag wordt ten eerste ingegeven door de tekst van art. 10:8 lid 1 BW waaruit blijkt dat dit artikel betrekking heeft op *"het recht dat is aangewezen door een wettelijke regel die berust op een veronderstelde nauwe band met dat recht"*. Ten tweede wordt die vraag ingegeven door art. 10:8 lid 2 BW dat bepaalt dat het eerste lid van dat artikel niet van toepassing is in geval van een geldige rechtskeuze van partijen. Hierna licht ik dit toe.

Wat betreft de eerste reden van mijn vraag merk ik op art. 10:8 lid 1 BW gebaseerd is op het beginsel van de nauwste verbondenheid. Dat beginsel houdt in dat alleen indien er een nauwere band bestaat met een ander rechtsstelsel dan met het door de conflictregel aangewezen recht, dat rechtsstelsel wordt toegepast. Men kan zich op het standpunt stellen dat zich dat niet voordoet bij de incorporatieleer, aangezien de incorporatieleer niet haar oorsprong vindt in de nauwste verbondenheid met een bepaald rechtsstelsel, maar in de rechtszekerheid.¹⁰⁶¹ Men kan de vraag ook anders benaderen en zich op het standpunt stellen dat art. 10:8 BW vooral bedoeld is om de exceptieclausule uit te schakelen voor verwijzingsregels die op het zogenoemde "begunstigingsbeginsel" berusten.¹⁰⁶² Dat begunstigingsbeginsel stelt de keuze van het toe te passen recht afhankelijk van het antwoord dat de betrokken rechtsstelsels geven op een rechtsvraag. Gelet op dit achterliggende doel lijkt er geen reden aanwezig om aan te nemen dat 10:8 BW niet zou kunnen worden angewend om het incorporatierecht buiten toepassing te laten in bepaalde gevallen. Laatstgemelde benadering spreekt mij het meest aan.

Wat betreft de tweede reden van mijn vraag - het bepaalde in art. 10:8 lid 2 BW - geldt dat men in de doctrine de visie aantreft dat de rechtskeuze die (indirect) wordt gemaakt door oprichters van een rechtspersoon met een rechtskeuze in de zin van art. 10:8 lid 2 BW gelijk kan worden gesteld.¹⁰⁶³ Zo merken Rutgers en Zilinsky op dat art. 10:8 lid 1 BW niet kan worden toegepast ingeval sprake is van een geldige rechtskeuze door partijen (art. 10:8 lid 2 BW) en dat de incorporatieleer beschouwd kan worden als een soort rechtskeuze. De oprichter van een rechtspersoon is namelijk vrij om een land te kiezen naar het recht waarvan hij een rechtspersoon op wenst te richten.¹⁰⁶⁴ Ik vind die visie te ver gaan. Allereerst is het zo dat art. 10:8 lid 2 BW spreekt over een "rechtskeuze van partijen". Aangezien sprake kan zijn van één persoon die betrokken is bij de oprichting van een corporatie (in ruime zin), kan men al moeilijk spreken van "partijen". Nog afgezien daarvan, vind ik dat het begrip "rechtskeuze" wel erg ruim zou worden geïnterpreteerd indien men daaronder de "indirecte rechtskeuze" voor het incorporatierecht door een oprichter of oprichters zou begrijpen. Bovendien - daarop wordt in

¹⁰⁵⁶ Kamerstukken II 199/1997, 24 139, nr. 3, p. 9-10.

¹⁰⁵⁷ Vlas 1984, p. 602.

¹⁰⁵⁸ Met "zetel" wordt bedoeld de statutaire zetel. Zie Vlas, Rechtspersonen, nr. 50.

¹⁰⁵⁹ Vgl. Verhagen 2013, p. 2568.

¹⁰⁶⁰ Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/9 en 10 gaan in op artt. 10:7 en 10:9 BW. Op die artikelen ga ik hier niet in.

¹⁰⁶¹ Vlas 2015, p. 71-74.

¹⁰⁶² Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/7-8 en Asser/Vonken 10-I 2013/352.

¹⁰⁶³ Asser/Vonken 10-I 2013/353.

¹⁰⁶⁴ Zie: Rutgers en Zilinsky 2016, par. 1.b., Vlas 2009, nr. 18 en Zilinsky 2017, p. 18.

Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/8 gewezen¹⁰⁶⁵ - zijn er meer terreinen binnen het internationaal privaatrecht waar partijen het toepasselijke recht via manipulatie van de aanknopingsfactor “indirect” kunnen kiezen, waardoor het niet voor de hand ligt dat de exceptieclausule in al die gevallen niet kan worden toegepast.¹⁰⁶⁶

Het incorporatierecht brengt met zich - zo bleek uit het vorenstaande - dat Nederlands recht niet kan “inbreken” in de rechtsverhouding tussen de buitenlandse rechtspersoon-bestuurder en de bestuurder daarvan. Tussenschakeling van een buitenlandse rechtspersoon¹⁰⁶⁷ als bestuurder kan de werking van art. 2:11 BW derhalve frustreren. Daarbij kan het zelfs zo zijn dat die buitenlandse rechtspersoon feitelijk met Nederland is verbonden, bijvoorbeeld door in Nederland zijn plaats van bestuur te hebben. Het incorporatierecht kan op grond van art. 10:8 BW (de exceptieclausule) echter buiten toepassing blijven indien met een ander rechtsstelsel een “veel nauwere band” bestaat.¹⁰⁶⁸ Gelet op de wettekst dient deze bepaling met een grote mate van terughoudendheid te worden toegepast.¹⁰⁶⁹ Niettemin biedt zij meer mogelijkheden dan onder het oude recht bestonden om het incorporatierecht terzijde te stellen. Stel dat een Nederlandse rechtspersoon (tweedegraads) bestuurder is van een (formeel) buitenlandse rechtspersoon-bestuurder van een Nederlandse bestuurde rechtspersoon. In die situatie is hoogstwaarschijnlijk de Nederlandse tweedegraads bestuurder veel nauwer verbonden met Nederland dan met het land van incorporatie van de buitenlandse rechtspersoon waarvan hij bestuurder is. In een dergelijke situatie zou men misbruik van de formeel buitenlandse rechtspersoon kunnen voorkomen door op grond van de algemene exceptie van art. 10:8 lid 1 BW het Nederlands recht (en in het bijzonder art. 2:11 BW) toe te passen.¹⁰⁷⁰

Bulten geeft als voorbeeld van een situatie waarin de exceptie van art. 10:8 BW aan de orde zou kunnen komen de Duitse rechtspersoon-bestuurder die in Duitsland geen enkele activiteit ontplooit, doch enkel bestuurder is van een Nederlandse rechtspersoon. Indien de bestuurder van de Duitse rechtspersoon-bestuurder in Nederland woont, is de band met Nederland “veel nauwer” dan die met Duitsland. Bulten merkt op dat - indien deze constructie is opgezet om aansprakelijkheid te ontlopen - zo'n geval dermate grove trekken van misbruik vertoont dat met behulp van art. 10:8 lid 1 BW besloten kan worden art. 2:11 BW toch toe te passen teneinde de Nederlandse natuurlijke persoon-bestuurder aan te kunnen spreken. Hoewel het gebruik van de exceptieclausule van art. 10:8 lid 1 BW bij de doelstelling van art. 2:11 BW past, acht Bulten de stelling dat een in het buitenland gevestigde en aldaar opgerichte rechtspersoon slechts een in zeer geringe mate bestaande nauwe band heeft met dit buitenland (in zijn algemeenheid) niet goed verdedigbaar. De rechtszekerheid en de erkenning van vreemde rechtspersonen komen daardoor in het gedrang.¹⁰⁷¹ Doorkruising van het incorporatiestelsel met behulp van art. 10:8 lid 1 BW zal naar de mening van Bulten niet snel geschieden. Met haar ben ik van mening dat de rechtszekerheid niet in het gedrang moet komen. Het enkele feit dat een rechtspersoon in het buitenland is gevestigd en naar het betreffende recht is opgericht, brengt naar mijn mening in beginsel mee dat het recht van het betreffende land van toepassing is. Degene die niettemin art. 2:11 BW toepasselijk wenst te laten zijn in die situatie staat derhalve op achterstand. Laatstgenoemde persoon zal meer en andere omstandigheden naar voren dienen te brengen die aantonen dat het tussenschakelen van de buitenlandse rechtspersoon geen enkel redelijk doel dient.

6.16 Art. 10:121 BW

Men kan een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder van een naar Nederlands recht opgerichte rechtspersoon op grond van Nederlands recht aansprakelijk stellen, ook in geval van Paulianeuze handelingen ten nadele van crediteuren of in geval van faillissementsfraude. Het toepasselijke

¹⁰⁶⁵ Aldaar wordt die stelling niet verder toegelicht. Mijs inziens valt bijvoorbeeld te denken aan manipulatie van de “gewone woon- of verblijfplaats”. Zie onder meer het arrest van het Gerechtshof Amsterdam 5 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW5310. Het Hof stelt in die zaak voorop dat bij de in art. 1 Wet conflictenrecht echtscheiding (oud) opgenomen verwijzingsregels als uitgangspunt dient te worden genomen dat voor de toepassing daarvan het tijdstip van het instellen van het verzoek beslissend is. Het Hof wijst erop dat de ratio van dit beginsel is dat moet worden voorkomen dat partijen na het aanhangig maken van de procedure de aanknopingspunten (van nationaliteit en gewone verblijfplaats) die van belang zijn voor het vaststellen van het toepasselijke recht manipuleren.

¹⁰⁶⁶ Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/8 verkondigen de mening dat - indien en voor zover art. 10:8 lid 2 BW op extensieve wijze zou moeten worden uitgelegd - art. 10:8 BW lid 1 BW in voorkomend geval wel van toepassing zou kunnen zijn op de verhouding jegens derden, maar niet op “interne verhoudingen”. Ik geef de voorkeur aan een restrictieve uitleg van art. 10:8 lid 2 BW en kan niet direct een juridische basis vinden voor het voorgestelde onderscheid.

¹⁰⁶⁷ Lees: een rechtspersoon opgericht naar buitenlands recht waarvan het toepasselijke recht niet een clausule kent die qua werking lijkt op art. 2:11 BW.

¹⁰⁶⁸ Zie over de “nauwe band” ook reeds: Vlas 1984, p. 607.

¹⁰⁶⁹ Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/8, 11 en 74.

¹⁰⁷⁰ Zo ook: Verhagen 2013, p. 2568 en Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/74.

¹⁰⁷¹ Bulten 2014, par. 4.

buitenlandse recht beheerst in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurders van een dergelijke buitenlandse rechtspersoon-bestuurder. De Nederlandse rechter dient dat recht toe te passen indien hij bevoegd is. Dat toepasselijke recht bepaalt de voorwaarden voor eventuele aansprakelijkheid.¹⁰⁷²

Indien een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder in Nederland in staat van faillissement wordt verklaard, biedt art. 10:121 BW (art. 5 van de voormalige Wcc) in bepaalde gevallen een mogelijkheid om de feitelijke bestuurder daarvan aansprakelijk te stellen.¹⁰⁷³ Art. 10:121 BW bevat namelijk een bijzondere regeling voor de aansprakelijkheid van bestuurders (en commissarissen).¹⁰⁷⁴ In afwijking van de artt. 10:118 en 10:119 BW, zijn de artt. 2:138 en 2:149 BW van (overeenkomstige) toepassing op de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen van een ingevolge art. 10:118 of art. 10:120 BW door buitenlands recht beheerste corporatie die in Nederland aan de heffing van vennootschapsbelasting onderworpen is, indien de corporatie in Nederland in staat van faillissement wordt verklaard. Indien de buitenlandse rechtspersoon in Nederland in staat van faillissement is verklaard, kunnen de bestuurders aansprakelijk worden gesteld op grond van artt. 2:138 jo. 10:121 BW. Dat geldt indien en voor zover zij hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Als bestuurders zijn eveneens aansprakelijk degenen die met de leiding van de in Nederland verrichte werkzaamheden zijn belast (zie de laatste volzin van art. 10:121 BW). Deze laatste toevoeging brengt met zich dat niet bewezen hoeft te worden dat de (mede-)beleidsbepaler het beleid van de gehele rechtspersoon - derhalve ook voor zover die actief is in het buitenland - heeft bepaald.¹⁰⁷⁵

Art. 10:121 lid 2 BW bepaalt dat de rechtbank die het faillissement van de vennootschap heeft uitgesproken, bevoegd is tot kennisneming van vorderingen uit hoofde van onder meer art. 2:138 BW voor zover dat artikel op grond van art. 10:121 lid 1 BW toepasselijk is. Een belangrijke beperking voor toepasselijkheid van art. 10:121 BW is dat de Nederlandse rechter alleen bevoegd is een faillissement uit te spreken indien de buitenlandse rechtspersoon in Nederland een kantoor heeft (art. 2 lid 4 Fw). Heeft een buitenlandse rechtspersoon in Nederland een vaste inrichting (v.i.) zonder daadwerkelijk kantoor, dan is art. 10:121 BW mijns inziens niet van toepassing.

Deel IV: De vaste vertegenwoordiger

6.17 De verdere introductie van de vaste vertegenwoordiger in het Nederlandse recht

6.17.1 Inleiding vaste vertegenwoordiger

Op 3 september 2015 dienden de Kamerleden Vos en Recourt (wederom) vragen in bij de Minister van Veiligheid en Justitie, Van der Steur. Die vragen werden ingegeven door een artikel van Troost en Wennekes met de titel *“De vaste vertegenwoordiger van een rechtspersoon”*. In zijn antwoorden geeft de Minister aan dat er onvoldoende reden is om iedere rechtspersoon-bestuurder wettelijk te verplichten om een vaste vertegenwoordiger aan te stellen.¹⁰⁷⁶ Belangrijkste redenen voor het standpunt van de Minister lijken te zijn dat i) de mogelijkheid bestaat van aansprakelijkheid in bepaalde faillissementssituaties (art. 10:121 BW), ii) aansprakelijkheid op grond van een zelfstandige onrechtmatige daad mogelijk is en iii) degene die in Nederland de dagelijkse leiding heeft over de activiteiten van een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder onder omstandigheden aansprakelijk kan zijn voor bepaalde nalatigheden van de rechtspersoon-bestuurder (art. 7 WFBV). Daarnaast wijst de Minister op enkele nieuwe mogelijkheden om fraude door het gebruik van een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder te kunnen bestrijden. In dat kader wijst hij op de introductie van het UBO-register, de Wet civielrechtelijk bestuursverbod¹⁰⁷⁷ en de voorgenomen maatregelen in het kader van de interconnectie van Europese handelsregisters waardoor het gemakkelijker moet worden om de

¹⁰⁷² Zie bijlage bij de brief d.d. 14 oktober 2013 van de Minister van Veiligheid en Justitie naar aanleiding van kamervragen over het ondernemen van bestuurdersaansprakelijkheid.

¹⁰⁷³ Rutgers en Zilinsky 2016, par. 1.b. Zie ook: Aanhangel Handelingen II 2013/2014, 245.

¹⁰⁷⁴ Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/75-78 gaan uitgebreid in op dit art. 10:121 BW. Zij zijn van mening dat art. 2:138 BW hoogstwaarschijnlijk als regel van faillissementsrecht dient te worden gekwalificeerd. Om die reden is de Insolventieverordening van toepassing. Zij wijzen op een alternatieve opvatting die inhoudt dat het incorporatierecht de omvang e.d. van bestuurdersaansprakelijkheid vanwege onbehoorlijk bestuur bepaalt.

¹⁰⁷⁵ Van Daal 1998, p. 171. Zie over deze bepaling tevens: Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/77.

¹⁰⁷⁶ Brief Minister van Veiligheid en Justitie (kenmerk: 686404) d.d. 25 september 2015 “Antwoorden op de schriftelijke vragen van de leden Mei Li Vos en Recourt over het ondernemen van bestuurdersaansprakelijkheid (Kenmerk 2015Z15666, Ingezonden 3 september 2015).”

¹⁰⁷⁷ Zilinsky 2016 gaat in op het civielrechtelijk bestuursverbod vanuit internationaal perspectief. Hij wijst er terecht op dat de nieuwe regeling niet verbiedt dat een persoon tot bestuurder van een buitenlandse rechtspersoon kan worden benoemd. Het opleggen van een bestuursverbod aan de bestuurder van een buitenlandse rechtspersoon lijkt - aldus Zilinsky 2016 par. 4 - niet mogelijk.

identiteit van de bestuurder van een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder te achterhalen. De Minister ziet onvoldoende redenen om iedere rechtspersoon-bestuurder wettelijk te verplichten een vaste vertegenwoordiger aan te stellen die hoofdelijk aansprakelijk is naast de rechtspersoon-bestuurder. Ook bedrijven die gebruik maken van een Nederlandse rechtspersoon-bestuurder zouden namelijk volgens de Minister extra kosten moeten maken om aan een dergelijke verplichting te voldoen. Daarnaast zou een dergelijke wettelijke verplichting een ongewenste belemmering kunnen vormen voor het handelsverkeer. De Minister wijst er daarbij op dat in onder meer België de regeling geldt voor zowel rechtspersoon-bestuurders naar nationaal recht, als voor rechtspersoon-bestuurders naar buitenlands recht.

In dit hoofdstuk heb ik enkele mogelijkheden vermeld die het onder omstandigheden mogelijk maken om bepaalde personen - die op grond van de huidige jurisprudentie inzake art. 2:11 BW in beginsel "buiten schot" zouden blijven - alsnog aansprakelijk te kunnen houden. Het betreft echter veelal mogelijkheden die slechts in uitzonderingssituaties gebruikt kunnen worden. Ook de Minister geeft enkele goede mogelijkheden aan om fraude te bestrijden. Met de door de Minister ondersteunde (voorgenomen) maatregelen kunnen bestuurders van buitenlandse rechtspersoon-bestuurders echter niet op een doeltreffende wijze aangepakt worden. Een UBO-register betekent bijvoorbeeld niet meer dan dat bekend is wie uiteindelijk schuilgaat achter een rechtspersoon of een keten van rechtspersonen. Nog afgezien van het feit dat een bestuurder geen UBO hoeft te zijn, betekent de betreffende regeling bijvoorbeeld niet dat buitenlandse tweedegraads bestuurders aansprakelijk kunnen worden gehouden. Eveneens is de interconnectie van handelsregisters een prachtig initiatief. Ook daardoor wordt echter niet het instrumentarium aangereikt om een tweedegraads bestuurder van een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk te kunnen houden.

Een mooie - wellicht de mooiste - oplossing van het onderhavige probleem zou zijn het in internationaal verband overeenkomen van regelingen om "buitenlandse bestuurders" alsnog met succes aansprakelijk te kunnen stellen. De kans is echter groot dat dergelijke regelingen ingewikkeld van aard zullen zijn. Daarnaast geldt dat die regelingen - mede om de vorige reden - hoogstwaarschijnlijk niet op korte termijn ingevoerd zullen worden.

Een snelle en doeltreffende aanpak van buitenlandse tweedegraads bestuurders lijkt derhalve ver weg. Ik schrijf bewust "lijkt", want er is wel degelijk een manier om (een groot deel van) de onderhavige problematiek uit de weg te ruimen. Ten tijde van de invoering van de Derde Misbruikwet gaf de Minister van Justitie aan dat er bewust niet voor is gekozen om bij wet voor te schrijven dat een in Nederland actieve buitenlandse rechtspersoon een persoon in Nederland aanwijst als leidinggevende.¹⁰⁷⁸ Inmiddels zijn we enige jaren en enige jurisprudentie verder. Mijn voorstel betreft niet hetgeen waar de Minister ten tijde van de invoering van de Derde Misbruikwet niet voor voelde, te weten het bij wet voorschrijven dat een in Nederland actieve buitenlandse rechtspersoon een persoon in Nederland aanwijst als leidinggevende. Het betreft de introductie in Boek 2 BW van de figuur van de "vaste vertegenwoordiger". Daarbij is het van belang dat de Minister zijn weergegeven standpunt inzake de vaste vertegenwoordiger heroverweegt. Hierna geef ik aan dat de argumenten die de Minister aanvoert niet aan introductie in Boek 2 BW van de figuur van de vaste vertegenwoordiger in de weg hoeven te staan.

6.17.2 De vaste vertegenwoordiger in andere landen

In diverse Europese landen moet een vaste vertegenwoordiger worden aangesteld wanneer een rechtspersoon tot bestuurder wordt benoemd. In dit onderzoek geef ik korthedshalve niet een (uitgebreide) beschrijving van de regelingen die de betreffende landen kennen. In plaats daarvan geef ik puntsgewijze een omschrijving van de belangrijkste eisen waaraan de figuur van de vaste vertegenwoordiger blijkens enkele van de betreffende rechtsstelsels dient te voldoen. Daarnaast vermeld ik de belangrijkste gevolgen verbonden aan de aanstelling van een vaste vertegenwoordiger:

1. De vaste vertegenwoordiger is een natuurlijk persoon afkomstig uit de vennoten, zaakvoerders, bestuurders of werknemers¹⁰⁷⁹ van de rechtspersoon-bestuurder.¹⁰⁸⁰

¹⁰⁷⁸ Minister van Justitie, Handelingen II 1984/1985, p. 6341-6342.

¹⁰⁷⁹ In bijvoorbeeld België kan ook een werknemer vaste vertegenwoordiger zijn. Tijdens de parlementaire behandeling van dit artikel werd erop gewezen dat de aanstelling van een werknemer de aansprakelijkheidsproblematiek zal bemoeilijken en deze aanstelling minder waarborgen kan bieden aan derden die schade zouden lijden door het optreden van de vaste vertegenwoordiger. Zie hierover: Braeckmans en Wymeersch 2003, p. 18.

¹⁰⁸⁰ Zie bijv. art. 61 § 2 Wetboek van vennootschappen (België). In Italië wordt de figuur van de rechtspersoon-bestuurder ("amministratore persona giuridica") in de praktijk geaccepteerd, althans voor de s.p.a. en de s.r.l. Massima n. 100, p. 130 bepaalt

2. De vaste vertegenwoordiger is belast met de uitvoering van de opdracht in naam en voor rekening van de rechtspersoon-bestuurder.¹⁰⁸¹ De vaste vertegenwoordiger neemt intern deel aan de vergaderingen van het bestuur en de besluiten. Dit recht op deelname aan de besluitvorming is in België exclusief, dat wil zeggen de rechtspersoon-bestuurder treedt enkel op via de vaste vertegenwoordiger, met uitsluiting van de andere organen van de rechtspersoon-bestuurder.¹⁰⁸² Ook geldt in België dat de externe vertegenwoordiging van de rechtspersoon-bestuurder exclusief toekomt aan de vaste vertegenwoordiger.¹⁰⁸³
3. De vaste vertegenwoordiger moet aan dezelfde voorwaarden voldoen als (een natuurlijk persoon die bestuurder is van) de rechtspersoon-bestuurder.¹⁰⁸⁴
4. De rechtspersoon-bestuurder benoemt de vaste vertegenwoordiger.¹⁰⁸⁵
5. De vaste vertegenwoordiger is civielrechtelijk en strafrechtelijk aansprakelijk alsof hij zelf de betrokken opdracht in eigen naam en voor eigen rekening zou volbrengen.¹⁰⁸⁶
6. Onverminderd de aansprakelijkheid van de vaste vertegenwoordiger, blijft de rechtspersoon-bestuurder hoofdelijk aansprakelijk.¹⁰⁸⁷
7. Voor de benoeming en beëindiging van de opdracht van de vaste vertegenwoordiger gelden dezelfde regels van openbaarmaking als dat hij deze opdracht in eigen naam en voor eigen rekening zou vervullen.¹⁰⁸⁸ Dit betekent dat (gegevens betreffende) de vaste vertegenwoordiger in elk geval geregistreerd wordt (worden) in het handelsregister van het betreffende land.¹⁰⁸⁹
8. De rechtspersoon-bestuurder mag zijn vertegenwoordiger niet ontslaan zonder tegelijk een opvolger te benoemen.¹⁰⁹⁰

6.17.3 De vaste vertegenwoordiger: geen nieuwe rechtsfiguur in het Nederlandse recht

De figuur van de vaste vertegenwoordiger lijkt voor het Nederlandse recht een nieuwe rechtsfiguur. Niets is echter minder waar. Bij het EESV treft men de figuur van de vaste vertegenwoordiger namelijk reeds aan. Art. 4 Uitvoeringswet EESV bepaalt dat een rechtspersoon bestuurder kan zijn van een EESV, maar dat die rechtspersoon dan een of meer vertegenwoordigers aan dient te wijzen in de zin van art. 19 lid 2 van de EESV-Verordening. Deze vaste vertegenwoordigers zijn volgens art. 4 Uitvoeringswet EESV aansprakelijk als waren zij zelf bestuurders van het EESV.¹⁰⁹¹

De EESV-Verordening stelt als voorwaarde dat de vaste vertegenwoordigers natuurlijke personen zijn. Daarbij wordt overigens niet bepaald aan welke eisen die natuurlijke personen dienen te voldoen. Wel wordt uitdrukkelijk bepaald dat geen vaste vertegenwoordigers mogen zijn: personen die ingevolge het recht dat op hen van toepassing is, ingevolge het interne recht van de Staat van de zetel van het EESV, dan wel ingevolge een rechterlijke of administratieve beslissing die in een lidstaat is gegeven of erkend, geen deel mogen uitmaken van het bestuurs- of leidinggevende orgaan van een vennootschap, geen onderneming mogen leiden of niet mogen optreden als bestuurder van een EESV.¹⁰⁹² De EESV-Verordening stelt als voorwaarde dat gegevens omtrent die personen worden ingeschreven in het handelsregister. Art. 23 lid 1 sub c. Handelsregisterbesluit 2008 bepaalt in dat kader dat - indien een bestuurder niet een natuurlijke persoon is - in het handelsregister worden opgenomen de persoonlijke

dat in een dergelijk geval de rechtspersoon-bestuurder voor de uitoefening van de bestuursfunctie een natuurlijk persoon tot vertegenwoordiger dient te benoemen die behoort tot de eigen organisatie.

¹⁰⁸¹ Zie bijv. art. 61 § 2 Wetboek van vennootschappen (België); art. 51bis Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (Luxemburg); Massima n. 100, p. 130 (Italië).

¹⁰⁸² Ghilain en Vandriessche 2011, p. 22-23.

¹⁰⁸³ Ghilain en Vandriessche 2011, p. 23.

¹⁰⁸⁴ Zie bijv. Massima n. 100, p. 130 (Italië), p. 133; art. 61 § 2 Wetboek van vennootschappen (België) en art. L 225-20 Code de Commerce (Frankrijk) (ten aanzien van de Société Anonyme). Per 1 januari 2017 wordt aan laatstgemeld artikel een alinea toegevoegd, welke toevoeging overigens voor dit onderzoek niet relevant is.

¹⁰⁸⁵ Zie bijv. art. 61 § 2 Wetboek van vennootschappen (België) en art. L 225-20 Code de Commerce (Frankrijk).

¹⁰⁸⁶ Zie bijv. art. 61 § 2 Wetboek van vennootschappen (België), art. L 225-20 Code de Commerce (Frankrijk) en art. 51bis Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (Luxemburg). Zie ook: art. 236 lid 5 Ley de Sociedades de Capital (Spanje): "*La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador.*"

¹⁰⁸⁷ Zie bijv. art. 61 § 2 Wetboek van vennootschappen (België); art. L 225-20 Code de Commerce (Frankrijk) en Massima n. 100, p. 130 (Italië). Zie over de Belgische regeling: Braeckmans en Wymeersch 2003, p. 17.

¹⁰⁸⁸ Zie bijv. art. 61 § 2 Wetboek van vennootschappen (België); art. 51bis Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (Luxemburg) en Massima n. 100, p. 130 (Italië).

¹⁰⁸⁹ In België geldt dat e.e.a. in het rechtspersonenregister - onderdeel van de Kruispuntbank van Ondernemingen - dient te worden ingeschreven (art. 74 jo. 67 § 2 Wetboek van vennootschappen). Tevens geldt in België de verplichting tot publicatie in het Belgisch Staatsblad (art. 73 Wetboek van vennootschappen).

¹⁰⁹⁰ Zie bijv. art. 61 § 2 lid 1 Wetboek van vennootschappen (België), art. L 225-20 Code de Commerce (Frankrijk) en art. 51bis Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (Luxemburg).

¹⁰⁹¹ Zie ook: art. 19 lid 2 EESV-Verordening.

¹⁰⁹² Art. 19 leden 1 en 2 EESV-Verordening.

gegevens van eenieder die als vertegenwoordiger in de zin van art. 19 lid 2 van de EESV-Verordening is aangewezen en de datum waarop hij als vertegenwoordiger is aangewezen.

6.17.4 Levert de benoeming van een vaste vertegenwoordiger een belemmering voor het handelsverkeer op?

Men kan zich afvragen of Nederland door de (verdere) introductie van de vaste vertegenwoordiger een minder gunstig land wordt voor buitenlandse investeerders. De Minister is van mening dat een wettelijke verplichting tot het benoemen van vaste vertegenwoordigers een ongewenste belemmering kan vormen voor het handelsverkeer. Naar mijn mening is van een dergelijke belemmering echter geen sprake. Buitenlandse investeerders kunnen als aandeelhouders of anderszins blijven participeren in Nederlandse rechtspersonen. Ook kunnen buitenlandse rechtspersonen nog immer bestuurders blijven van Nederlandse rechtspersonen. Tussenschakeling van buitenlandse rechtspersoon-bestuurders is nog immer mogelijk. De gevolgen van de arresten D Group-Schreurs en MyGuide worden echter - voor een groot deel - weggenomen. Voor een Nederlandse ondernemer geldt dat hij in veel landen gehouden is een vaste vertegenwoordiger te benoemen indien hij aldaar een rechtspersoon wil laten functioneren als bestuurder van een andere rechtspersoon. Het is dan zeker niet vreemd indien een soortgelijke verplichting wordt opgelegd aan een uit een dergelijk land afkomstige ondernemer die in Nederland een rechtspersoon wil laten functioneren als bestuurder van een andere rechtspersoon. Daarbij teken ik aan dat - gelet op de beperkte taak die ik voor de vaste vertegenwoordiger weggelegd zie¹⁰⁹³ - voor het overige niet veel verandert ten opzichte van de huidige situatie. Een buitenlandse rechtspersoon kan bijvoorbeeld (enig) aandeelhouder blijven van een Nederlandse rechtspersoon.

In aansluiting op hetgeen ik in de vorige alinea opmerk, wijs ik op het feit dat Nederlandse rechtspersonen die een buitenlandse rechtspersoon als bestuurder willen laten functioneren het zelf in de hand hebben of zij zich de moeite willen getroosten ten minste één vaste vertegenwoordiger te benoemen. Vinden de natuurlijke personen die uiteindelijk bestuurders zijn het bijvoorbeeld te riskant om vaste vertegenwoordigers te zijn en als zodanig in het Nederlandse handelsregister ingeschreven te staan, dan kunnen zij er bijvoorbeeld voor kiezen om in plaats van een rechtspersoon-bestuurder een natuurlijk persoon te laten benoemen als bestuurder en als zodanig in het handelsregister in te laten schrijven. Een alternatief is om bijvoorbeeld een Nederlandse trustmaatschappij te benoemen tot bestuurder van de Nederlandse rechtspersoon. Daarbij teken ik aan dat benoeming van bestuurders die in Nederland wonen of feitelijk gevestigd zijn in Nederland op grond van fiscale (substance)regelingen reeds vereist is en ook na een eventuele introductie van de vaste vertegenwoordiger in Boek 2 BW vereist zal blijven.¹⁰⁹⁴

6.17.5 De vaste vertegenwoordiger: alleen verplicht voor buitenlandse rechtspersoon-bestuurders of voor alle rechtspersoon-bestuurders?

In deze paragraaf ga ik nader in op de vraag of een vaste vertegenwoordiger slechts benoemd dient te worden ingeval een buitenlandse rechtspersoon bestuurder wenst te worden van een Nederlandse rechtspersoon of dat ook in de situatie waarin een Nederlandse rechtspersoon bestuurder wenst te worden van een Nederlandse rechtspersoon ten minste één vaste vertegenwoordiger benoemd dient te worden.

Artikel 18 EU-Werkingsverdrag bepaalt dat binnen de werkingssfeer van het EU-Werkingsverdrag en het Verdrag betreffende de EU en onverminderd de bijzondere bepalingen daarin gesteld elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden is. Art. 49 EU-Werkingsverdrag bepaalt dat beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden zijn. De vrijheid van vestiging omvat blijkens laatstgemeld artikel onder meer ook de oprichting en het beheer van ondernemingen overeenkomstig de bepalingen die door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld. In dit kader wijs ik op het feit dat lidstaten van de EU geen regels mogen opleggen aan vennootschappen naar het recht van

¹⁰⁹³ Zie par. 6.17.9.4.

¹⁰⁹⁴ Zie onder meer het besluit van de staatssecretaris van Financiën d.d. 3 juni 2014, DGB 2014/3101 (Lichamen met financiële dienstverleningsactiviteiten binnen concernverband zonder reële economische aanwezigheid in Nederland; geen zekerheid vooraf, verstrekken van inlichtingen en beperking verrekening bronheffing). Art. 2 van dat besluit bepaalt (onder meer) dat aan een dienstverleningslichaam (als gedefinieerd in dat besluit) geen zekerheid vooraf wordt verstrekt over de fiscale gevolgen van alle door het dienstverleningslichaam voorgenomen transacties, indien het dienstverleningslichaam niet voldoet aan één of meer van de in de bijlage bij dat besluit opgenomen vereisten op het gebied van de reële aanwezigheid (substance) in Nederland. De betreffende bijlage bepaalt onder meer dat ten minste de helft van het totaal aantal statutaire en beslissingsbevoegde bestuursleden in Nederland woont of feitelijk in Nederland gevestigd dient te zijn.

andere lidstaten die ongunstiger zijn dan de regels die voor de “eigen” vennootschappen van die lidstaat gelden.

Uit het arrest van het HvJ EU inzake Kornhaas/Dithmar¹⁰⁹⁵ zou men kunnen afleiden dat slechts indien de rechtsgeldigheid van een buitenlandse vennootschap in twijfel wordt getrokken of slechts indien er formele vereisten voor de vestiging van buitenlandse vennootschappen worden opgeworpen, er sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging. Materiële beperkingen - zoals een streng bestuurdersaansprakelijkheidsregime voor buitenlandse vennootschappen - tellen bij een dergelijke uitleg niet als beperkingen van die vrijheid.¹⁰⁹⁶ Ook van een verplichte benoeming van een vaste vertegenwoordiger ingeval men een rechtspersoon wil laten functioneren als bestuurder van een andere rechtspersoon zou men bij een dergelijke uitleg kunnen zeggen dat geen sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging. Hoewel ook ik constateer dat het HvJ EU in laatstgemeld arrest de vrijheid van vestiging formeel interpreteert (lees: minder snel dan voorheen een beperking van de vrijheid van vestiging lijkt aan te nemen), ben ik van mening dat men ook hier terughoudend dient te zijn met het toekennen van een algemene strekking aan één enkel arrest. De eerlijkheid gebiedt mij namelijk te zeggen dat men de verplichting tot benoeming van een vaste vertegenwoordiger wel degelijk als een beperking van de vrijheid van vestiging zou kunnen beschouwen. Dat laatste wil echter niet zeggen dat die beperking niet toegestaan is. Uit de jurisprudentie van het HvJ EU blijkt dat er vier vereisten gesteld worden aan een dergelijke beperking.¹⁰⁹⁷ Zo dient i) de beperking zonder discriminatie te worden toegepast, ii) de rechtvaardiging voor de beperking te vinden te zijn in dwingende redenen van algemeen belang, iii) de beperking geschikt te zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en iv) de beperking niet verder te gaan dan hiervoor noodzakelijk is. De door mij voorgestelde regeling inzake de vaste vertegenwoordiger voldoet mijns inziens aan die eisen. Zo vormt de aanpak van misbruik van rechtspersoonlijkheid een dwingende reden van algemeen belang (ii) en is de sanctie van hoofdelijke aansprakelijkheid voldoende zwaarwegend om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen (iii). Daarnaast geldt - gelet op de arresten D Group-Schreurs en MyGuide - dat de beperking niet verder gaat dan voor de verwezenlijking van de bestrijding van misbruik van rechtspersoonlijkheid noodzakelijk is.

Wat punt i) betreft dat inhoudt dat de beperking zonder discriminatie dient te worden toegepast, merk ik op dat het mijn voorkeur geniet om de benoeming van een vaste vertegenwoordiger slechts verplicht te doen zijn, indien en voor zover sprake is van een *buitenlandse* rechtspersoon die bestuurder van een Nederlandse rechtspersoon wenst te worden. Mijns inziens stuit dit niet op bezwaren die erop neerkomen dat Nederlandse (rechts)personen zouden worden bevoordeeld ten opzichte van buitenlandse (rechts)personen. Naar de letter van de wet(tekst) betekent een beperking tot enkel buitenlandse rechtspersonen wellicht discriminatie. Het gaat mijns inziens echter om de daadwerkelijke toepassing/uitwerking van de beperking. Zeker indien de betreffende statuten geen (vertegenwoordigings)bevoegdheden toekennen aan de vaste vertegenwoordigers, heeft ten aanzien van Nederlandse (rechts)personen de aanwijzing van vaste vertegenwoordigers geen enkele betekenis. Voor die (rechts)personen blijft namelijk onverminderd het bepaalde in art. 2:11 BW gelden. Dat artikel brengt hoofdelijke aansprakelijkheid met zich van *alle* eerstegraads en tweedegraads bestuurders.

De Minister is - vrij vertaald - bevreesd geconfronteerd te worden met verwijten die erop neerkomen dat Nederland buitenlandse (rechtspersoon-)bestuurders “discrimineert”. Op zichzelf genomen, heb ik er geen grote bezwaren tegen om de verplichting één vaste vertegenwoordiger of meerdere vaste vertegenwoordigers te benoemen eveneens te laten gelden voor het geval een Nederlandse rechtspersoon benoemd wenst te worden tot bestuurder van een andere Nederlandse rechtspersoon. Ik ben alleen van mening dat de nieuwe wetgeving wel zinvol dient te zijn en niet datgene dient te regelen dat op grond van de huidige wetgeving reeds geldt. Bovendien brengt de verplichting voor die Nederlandse (rechts)personen extra administratieve handelingen met zich (formulieren voor het handelsregister), terwijl in juridische zin daarvoor geen noodzaak bestaat.

6.17.6 Extra kosten verbonden aan de vaste vertegenwoordiger?

De Minister voert aan dat de benoeming van een vaste vertegenwoordiger extra kosten meebrengt. De Minister heeft daarbij vermoedelijk de situatie in gedachten waarbij een Nederlandse vertegenwoordiger aangewezen dient te worden om allerlei (rechts)handelingen te verrichten namens een in een ver buitenland gevestigde rechtspersoon-bestuurder. Die vertegenwoordiger zal dan hoogstwaarschijnlijk voor het verrichten van die werkzaamheden een beloning verlangen.

¹⁰⁹⁵ HvJ EU 10 december 2015, ECLI:EU:C:2015:806 (Kornhaas/Dithmar). Zie over dit arrest: Zilinsky 2017, p. 22 e.v.

¹⁰⁹⁶ Die opvatting treft men aan bij Jonkers 2015.

¹⁰⁹⁷ Craig en De Búrca 2015, p. 550 e.v.

In mijn voorstel geldt i) dat geen derde persoon aangezocht behoeft te worden om te fungeren als vaste vertegenwoordiger (dat moet namelijk de buitenlandse tweedegraads bestuurder-natuurlijke persoon zelf zijn indien er slechts sprake is van één zo'n bestuurder) en ii) dat die vertegenwoordiger geen feitelijke en/of rechtshandelingen behoeft te verrichten (anders dan wellicht het accepteren van zijn benoeming en het inschrijven van zijn benoeming in het Nederlandse handelsregister). Mijns inziens zijn er om voormelde redenen geen noemenswaardige kosten verbonden aan de onderhavige rechtsfiguur. Wel is het zo dat de persoon die tot vaste vertegenwoordiger wordt benoemd wellicht een (extra) verzekering zal aangaan voor het geval hij daadwerkelijk wordt aangesproken. Aan een dergelijke verzekering kunnen aanzienlijke kosten verbonden zijn. Ik vraag mij echter af of de eerder vermelde opmerking van de Minister op de kosten verbonden aan verzekeringen betrekking heeft.

6.17.7 De vaste vertegenwoordiger: een oplossing voor alle problemen inzake de internationale reikwijdte van art. 2:11 BW?

De (verdere) introductie van de figuur van de vaste vertegenwoordiger betekent naar mijn mening een belangrijke stap in de aanpak van misbruik door natuurlijke personen die (indirect) bestuurders zijn van een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder. Desondanks biedt die figuur geen oplossing voor alle problemen die (de beperkte internationale reikwijdte van) art. 2:11 BW met zich brengt. De figuur van de vaste vertegenwoordiger maakt bijvoorbeeld niet de aanpak van een buitenlandse (mede-)beleidsbepaler mogelijk. Bovendien brengt de aansprakelijkheid van de vaste vertegenwoordiger niet met zich dat - zoals bij een onbeperkte toepasselijkheid van art. 2:11 BW mogelijk zou zijn - een schuldeiser zich kan verhalen op de rechtspersoon-bestuurders die zijn geschakeld tussen de buitenlandse rechtspersoon-bestuurder en de natuurlijke persoon of personen die daarvan (indirect) bestuurder(s) is/zijn. Anders gezegd: door introductie van de figuur van de vaste vertegenwoordiger in Boek 2 BW worden meer personen aansprakelijk, maar niet alle betrokken personen. De schakels gelegen tussen de buitenlandse rechtspersoon-bestuurder en de uiteindelijke natuurlijke persoon-bestuurder komen niet te vallen onder de reikwijdte van art. 2:11 BW ("nieuw").

6.17.8 De vaste vertegenwoordiger: geen fiscale nadelen

In het fiscale recht hebben de begrippen "vaste inrichting" en "vaste vertegenwoordiger" een geheel eigen betekenis die los staat van het begrip "vaste vertegenwoordiger" zoals ik dat hanteer. De aanwezigheid van een vaste inrichting of een vaste vertegenwoordiger in Nederland kan leiden tot de heffing van onder meer vennootschapsbelasting.¹⁰⁹⁸ Van een vaste vertegenwoordiger in fiscale zin is sprake indien een (rechts)persoon die een buitenlandse onderneming uitoefent in de bronstaat een persoon voor zich heeft werken die aldaar producten verkoopt en overeenkomsten aangaat en derhalve handelt in opdracht van en ook voor rekening en risico van die buitenlandse onderneming.¹⁰⁹⁹ Een dergelijke vaste vertegenwoordiger dient duurzaam bevoegd te zijn om namens de persoon die de buitenlandse onderneming uitoefent overeenkomsten te sluiten, dient afhankelijk te zijn van de onderneming die hij vertegenwoordigt¹¹⁰⁰ en moet de bevoegdheid/volmacht gewoonlijk uitoefenen.¹¹⁰¹ Daarnaast geldt dat de activiteiten die de vertegenwoordiger onderneemt naar hun aard moeten overeenstemmen met de werkzaamheden van de buitenlandse onderneming. Gelet op het feit dat ik aan de vaste vertegenwoordiger als bedoeld in art. 2:11 BW ("nieuw") geen daadwerkelijke bevoegdheden toeken, lijken me hier geen fiscale problemen te verwachten. Dat kan anders zijn indien en voor zover in de betreffende statuten (vergaande) bevoegdheden worden toegekend aan een dergelijke vaste vertegenwoordiger en die persoon ook daadwerkelijk die bevoegdheden uitoefent. Voormelde opmerkingen dienen slechts als een signalering van een mogelijk fiscaal gevolg. Op deze plaats ga ik verder niet in op fiscaliteiten.

¹⁰⁹⁸ Zo bepaalt art. 17 lid 3 sub a. Wet op de vennootschapsbelasting 1969 bijvoorbeeld dat het Nederlandse inkomen onder meer bestaat uit de belastbare winst uit een in Nederland gedreven onderneming, zijnde het bedrag van de gezamenlijke voordelen die worden verkregen uit een onderneming die of een gedeelte van een onderneming dat wordt gedreven met behulp van een vaste inrichting in Nederland of van een vaste vertegenwoordiger in Nederland (Nederlandse onderneming).

¹⁰⁹⁹ Vgl. art. 2 leden 3 en 4 van het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001. Zie art. 5 leden 5 en 6 OESO-modelverdrag en par. 31 tot en met 39 van de Toelichting op het OESO-modelverdrag voor nuances en voorbeelden.

¹¹⁰⁰ Een agent, commissionair of andere agent met een onafhankelijke status die handelt in zijn normale bedrijfsvoering wordt in beginsel dan ook niet beschouwd als een vaste vertegenwoordiger.

¹¹⁰¹ De aanwezigheid die de buitenlandse onderneming aanhoudt in de andere staat middels de verstrekte machtiging dient niet slechts van korte duur te zijn. Van belang is de mate waarin en de regelmaat waarmee de agent namens de buitenlandse onderneming handelt, de aard van de onderneming van de opdrachtgever en de aard van het contract.

6.17.9 De contouren van een nieuwe regeling inzake de vaste vertegenwoordiger

6.17.9.1 De benoeming en ontslag van een vaste vertegenwoordiger

Er dient mijns inziens een “koppeling” te worden aangebracht tussen de benoeming van een - al dan niet buitenlandse - rechtspersoon-bestuurder en de benoeming van één vaste vertegenwoordiger, dan wel meerdere vaste vertegenwoordigers.¹¹⁰² Een (buitenlandse) rechtspersoon dient alleen benoemd te kunnen worden tot bestuurder van een andere rechtspersoon indien vóór, dan wel uiterlijk tegelijkertijd met die benoeming ten minste één vaste vertegenwoordiger is benoemd. Benoeming van de vaste vertegenwoordiger(s) is in mijn beleving derhalve een “benoemingsvereiste” voor de benoeming van een rechtspersoon-bestuurder.

Een benoeming van een (buitenlandse) rechtspersoon-bestuurder onder opschortende voorwaarde van benoeming van de vaste vertegenwoordiger(s) acht ik niet wenselijk. Volgt in een dergelijk geval bijvoorbeeld niet de benoeming van een vaste vertegenwoordiger, dan rijzen allerlei vragen, zoals de vraag wat het gevolg dient te zijn van het niet-benoemen van die vaste vertegenwoordiger. Die vraag rijst met name in die gevallen waarin de “rechtspersoon-bestuurder onder opschortende voorwaarde” in de tussentijd aansprakelijkheden heeft opgelopen.

Indien aan het einde van de bestuursketen een bestuurswisseling plaatsvindt, zal of zullen binnen een nader te bepalen termijn (een) nieuwe vaste vertegenwoordiger(s) benoemd en ingeschreven dienen te worden in het handelsregister. Vinden dergelijke benoeming en inschrijving niet (tijdig) plaats, dan blijft (blijven) de reeds ingeschreven vaste vertegenwoordiger(s) onverminderd hoofdelijk aansprakelijk. Voor bestuurdersaansprakelijkheid ontstaan tijdens diens bestuurschap, blijft een vaste vertegenwoordiger onverminderd aansprakelijk.

Gegevens omtrent de vaste vertegenwoordiger dienen in het handelsregister vermeld te worden, net zoals dat geschiedt ten aanzien van de vaste vertegenwoordigers van een EESV. Aangezien dit een “uitwerkingskwesitie” betreft, ga ik daaraan thans voorbij.

6.17.9.2 Wie kan tot vaste vertegenwoordiger worden benoemd?

Doel van art. 2:11 BW is het voorkomen dat een persoon door tussenschakeling van een door die persoon “gecontroleerde” rechtspersoon aansprakelijkheid ontloopt. Dat doel bereikt men niet ingeval een ander dan die persoon (bijvoorbeeld een werknemer) wordt tussengeschaakt. Mijns inziens dient een vaste vertegenwoordiger dan ook een natuurlijk persoon te zijn die - direct of indirect (daarmee bedoel ik: via ten minste één andere rechtspersoon-bestuurder) - bestuurder is van de rechtspersoon-bestuurder.

Hoewel een werknemer er in het algemeen veel aan gelegen zal zijn om aansprakelijkheden te voorkomen, zet men de deur open voor misbruik indien men de mogelijkheid biedt om een werknemer tot vaste vertegenwoordiger te laten benoemen. Veelal - ik spreek gemakshalve in algemeenheden - zal een werknemer minder verhaal bieden dan een bestuurder die wellicht tevens (groot-)aandeelhouder is. Men heeft dan weliswaar iemand die hoofdelijk aansprakelijk is voor de verbintenissen van de rechtspersoon-bestuurder, maar de betreffende persoon biedt wellicht minder verhaal dan een (indirect) bestuurder. Overigens geldt dat ook een bestuurder die wordt benoemd tot vaste vertegenwoordiger wellicht geen verhaal biedt. Die situatie is echter niet anders dan die waarin art. 2:11 BW van toepassing is op bijvoorbeeld een in Nederland woonachtige tweedegraads bestuurder.

6.17.9.3 Hoeveel vaste vertegenwoordigers dienen te worden benoemd?

Idealiter dienen naar mijn mening zoveel personen te worden benoemd tot vaste vertegenwoordigers als dat er natuurlijke personen zijn die - aan het einde van de keten van bestuurders - bestuurders zijn. Indien sprake is van meerdere “bestuurslagen” - in verschillende landen - betekent mijn voorstel dat vóór inschrijving in het handelsregister van een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder eerst een onderzoek gedaan zal moeten worden naar de natuurlijke persoon of personen die - aan het einde van de bestuursketen - bestuurder(s) is (zijn). Critici zullen opmerken dat ik de regeling daardoor wel heel lastig of zelfs te ingewikkeld maak. Tegen die critici zeg ik dat zij in zekere zin gelijk hebben. In zekere zin, aangezien de tijd die gemoeid is met het traceren van de natuurlijke persoon/personen die

¹¹⁰² Zie par. 6.17.9.3.

uiteindelijk bestuurt (besturen), ruimschoots wordt "terugverdiend" indien de rechtspersoon-bestuurder bestuurdersaansprakelijk blijkt te zijn. In laatstgemeld geval wordt bijvoorbeeld voorkomen dat men in het buitenland dient te gaan procederen, mocht dat gelet op de huidige jurisprudentie al zinvol zijn. Voor de volledigheid merk ik op dat men voormeld onderzoek naar de vertegenwoordigingsbevoegdheid eveneens dient te doen indien de bestuurde rechtspersoon vertegenwoordigd moet worden. Gelet op de beperkte taak die ik voor de vaste vertegenwoordiger weggelegd zie (zie hierna), verandert in dat opzicht derhalve in beginsel niets ten opzichte van de huidige situatie.

In een casus zoals die aan het arrest MyGuide ten grondslag ligt, betekent dit dat Pieper vaste vertegenwoordiger zou zijn geweest van MyGuide Nederland. Is bijvoorbeeld sprake van drie natuurlijke personen die aan het einde van de bestuursketen bestuurders zijn en slechts vereist zou zijn dat één vaste vertegenwoordiger wordt benoemd, dan bestaat de kans dat de minst solvabele bestuurder als zodanig wordt benoemd. Dat gezegd zijnde, dient eveneens voorkomen te worden dat - ingeval er sprake is van meer dan drie natuurlijke personen-bestuurders - het aantal vaste vertegenwoordigers te groot wordt. Teneinde "administratieve rompslomp" en ook overigens een onwerkbaar situatie te voorkomen, stel ik voor het aantal vaste vertegenwoordigers te begrenzen op drie. Heeft een rechtspersoon-bestuurder meerdere (directe of indirecte) bestuurders en valt één van die bestuurders weg door bijvoorbeeld overlijden zonder dat in zijn plaats een nieuwe bestuurder wordt benoemd c.q. dient te worden benoemd, dan daalt daardoor het aantal vaste vertegenwoordigers. Er dient mijns inziens ten minste één vaste vertegenwoordiger te zijn.

6.17.9.4 Taak van de vaste vertegenwoordiger

De vaste vertegenwoordiger is in andere landen belast met de uitvoering van de opdracht in naam en voor rekening van de rechtspersoon-bestuurder. Het is maar de vraag of de vaste vertegenwoordiger in Nederland eveneens een dergelijke - relatief zware - taak dient te krijgen. Ik ben geneigd die vraag ontkennend te beantwoorden. Daarvoor heb ik ten minste drie redenen.

De eerste reden is dat het Nederlandse systeem van vertegenwoordiging van rechtspersonen mijns inziens dermate goed functioneert, dat geen behoefte bestaat aan nog meer vertegenwoordigers. Nog afgezien van het vorenstaande geldt dat het al helemaal niet noodzakelijk is dat de vaste vertegenwoordiger exclusief vertegenwoordigingsbevoegd is.

De tweede reden is dat in Nederland alleen een probleem bestaat om (via art. 2:11 BW) een bestuurder van een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk te kunnen houden. De figuur van de vaste vertegenwoordiger kan gebruikt worden om dat probleem (althans een gedeelte daarvan) op te lossen. Daarvoor is het niet noodzakelijk om die rechtsfiguur te bekleden met allerlei taken en bevoegdheden.

De derde reden is dat de (introdactie van de) figuur van de vaste vertegenwoordiger in het buitenland gemakkelijker valt uit te leggen indien daarbij enkel aangegeven hoeft te worden dat die figuur "slechts" bedoeld is om (een deel van de) buitenlandse tweedegraads bestuurders aansprakelijk te kunnen houden. Dat is - toegegeven - niet echt een sympathieke reden voor invoering, maar in feite verschilt die reden niet van de reden waarom andere landen de figuur van de vaste vertegenwoordiger hebben geïntroduceerd. Men hoeft daarnaast niet nog eens een geheel nieuw stelsel van vertegenwoordiging uit te leggen. Dat vereenvoudigt niet alleen de invoering van de figuur van de vaste vertegenwoordiger, maar vergroot zeker ook - zo is mijn verwachting - de acceptatie van die figuur.

Dat ik in beginsel geen vertegenwoordigingsbevoegdheid aan de figuur van de vaste vertegenwoordiger toeken, betekent niet dat die figuur nimmer vertegenwoordigingsbevoegdheid zal hebben. Ik heb er geen bezwaren tegen om in de wet te bepalen dat aan de vaste vertegenwoordiger geen vertegenwoordigingsbevoegdheid toekomt, tenzij de betreffende statuten anders bepalen. Overigens ben ik van mening dat in een dergelijk geval die vertegenwoordigingsbevoegdheid niet exclusief dient te zijn. Bestuurders van de bestuurder-rechtspersoon blijven derhalve vertegenwoordigingsbevoegd.

Ik realiseer mij dat de "vaste vertegenwoordiger" in mijn opvatting - indien de statuten geen vertegenwoordigingsbevoegdheid toekennen - niet daadwerkelijk een "vertegenwoordiger" hoeft te zijn. De vaste vertegenwoordiger is in feite eerder een soort "vaste aansprakelijke" of - nog erger - een soort "kop-van-jut". De naam "vaste vertegenwoordiger" hanteer ik dan ook vooral opdat (bestuurders in) andere landen de onderhavige rechtsfiguur enigszins kunnen plaatsen, aangezien die landen wellicht zelf de figuur van de "vaste vertegenwoordiger" kennen.

6.17.10 Tekstvoorstel art. 2:11 BW betreffende de vaste vertegenwoordiger

Wennekes en Troost stellen voor het volgende lid aan art. 2:11 BW toe te voegen:

"2. Een rechtspersoon kan alleen een andere rechtspersoon als bestuurder benoemen indien deze een natuurlijk persoon als vaste vertegenwoordiger aanstelt uit de kring van bestuurders van de andere rechtspersoon en deze vertegenwoordiger schriftelijk aanvaardt dat hij gelijkgesteld wordt als ware hij bestuurder op grond van het in lid 1 bepaalde. Deze vertegenwoordiger wordt belast met de uitvoering van de opdracht in naam en voor rekening van de rechtspersoon-bestuurder. De bevoegdheid van de vertegenwoordiger is niet overdraagbaar."

Deze tekst vormt op zich een goede aanzet voor de (verdere) introductie van de vaste vertegenwoordiger. De tekst is kort en bondig en komt grotendeels overeen met vergelijkbare regelingen in andere landen. Enige wijzigingen dienen echter mijns inziens nog te worden aangebracht. Het is bijvoorbeeld niet de bestuurde rechtspersoon zelf die een andere rechtspersoon tot bestuurder benoemt. Belangrijker is dat ik de term "kring van bestuurders" niet duidelijk vind. Ik ben van mening dat het de voorkeur geniet dat slechts tweedegraads bestuurders-natuurlijke personen benoemd kunnen worden tot vaste vertegenwoordigers. Bovendien ben ik van mening dat - indien er bijvoorbeeld zeven buitenlandse tweedegraads bestuurders-natuurlijke personen zijn - het alleszins redelijk is dat meerdere tot die groep behorende personen benoemd worden tot vaste vertegenwoordigers. Daarnaast is het - zoals ik heb toegelicht - niet nodig de vaste vertegenwoordiger allerlei taken en bevoegdheden toe te kennen. Ten slotte is het mijns inziens niet noodzakelijk dat ook "in Nederlandse verhoudingen" een vaste vertegenwoordiger wordt benoemd. Om deze redenen heb ik een andere concept-wetstekst opgesteld. Het betreft overigens zeker geen in steen gehouwen tekst.¹¹⁰³ Ik stel voor navolgende leden aan de huidige tekst van art. 2:11 BW toe te voegen:

"- 1. [Huidige tekst art. 2:11 BW.]

-2. Een rechtspersoon [eventueel: die niet beheerst wordt door Nederlands recht] (de rechtspersoon-bestuurder) kan alleen dan tot bestuurder van een door Nederlands recht beheerste rechtspersoon worden benoemd indien en voor zover een zodanig aantal vaste vertegenwoordigers wordt benoemd als dat er natuurlijke personen zijn die - direct of indirect - bestuurders zijn van de rechtspersoon-bestuurder, met dien verstande dat niet meer dan drie vaste vertegenwoordigers worden benoemd. Slechts natuurlijke personen kunnen vaste vertegenwoordigers zijn. De bepalingen omtrent benoeming en ontslag van bestuurders zijn zoveel mogelijk van overeenkomstige toepassing op vaste vertegenwoordigers.

-3. De aansprakelijkheid als in het eerste lid bedoeld rust tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van die aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder daarvan vaste vertegenwoordiger is.

-4. Tenzij de statuten anders bepalen, komt aan een vaste vertegenwoordiger niet de bevoegdheid tot vertegenwoordiging van de rechtspersoon toe. [eventueel: Kennen de statuten die bevoegdheid toe, dan zijn de vaste vertegenwoordigers belast met de uitvoering van de opdracht in naam en voor rekening van de rechtspersoon-bestuurder. De bevoegdheid van de vaste vertegenwoordiger is niet overdraagbaar.]

-5. Is een vaste vertegenwoordiger niet langer - direct of indirect - bestuurder van de rechtspersoon-bestuurder, dan blijft die persoon - indien en voor zover er met inachtneming van het in het tweede lid bepaalde geen beletselen zijn voor het zijn van bestuurder - vaste vertegenwoordiger zolang niet in zijn plaats een andere bestuurder tot vaste vertegenwoordiger is benoemd. Een vaste vertegenwoordiger kan slechts ontslagen worden onder gelijktijdige benoeming van een andere vaste vertegenwoordiger."

¹¹⁰³ Ik sta derhalve open voor commentaar en suggesties.