

De *Ontvanger*/Roelofsen-vordering in het ipr: op haar plek in Rome II?

Loes Lennarts*

Abstract

Dutch case law contains many examples of claims brought by third parties against company directors for damage caused by tortious acts or omissions committed in the defendants' capacity as company directors. Such claims may – for example – be brought in case of wrongful trading (where the director allows the company to incur new obligations while he/she knows that the company will not be able to perform these) or in the event that a director contributed to diminishing a creditor's options to take recourse against the company's assets for debts owed by the company to that creditor. Dutch legal doctrine is divided on the question of whether such director liability claims based on tort are governed by the conflict rules of the Rome II Regulation or by the lex societatis. The author concludes that the prevailing opinion in literature is that the law applicable to such claims should be determined according to the rules of Rome II. The author's analysis of recent case law shows that Dutch courts adhere to prevailing opinion by applying Rome II to director liability claims based on negligence. Pursuant to Art. 4(1) Rome II, the court needs to establish the country where the damage occurred (locus damni) to determine the law applicable to the tort claim. This may cause problems in the event that the plaintiff claims pure economic loss, which is regularly the case when director liability claims are brought on the grounds of negligence. Pinpointing where pure economic loss occurred is not straightforward. This makes the outcome of the determination of the applicable law less predictable, which gives rise to the question to what extent it is justified to apply the law of the locus damni to these claims. The case law analysis made by the author shows that courts deciding on director liability claims with foreign elements regularly avoid Art. 4(1) Rome II and apply Art. 4(3) Rome II instead. This article enables them to apply the law of the country with which – having regard to all the circumstances of the case – the tort is manifestly more closely connected than the country of the locus damni.

1. Inleiding

In het Nederlandse ondernemingsrecht speelt de onrechtmatige daad een belangrijke rol als grondslag voor aansprakelijkheidsprocedures van teleurgestelde vennootschapsschuldeisers tegen bestuurders van de vennootschappen waarmee zij hebben gecontracteerd. In de jurisprudentie zijn tal van uitspraken te vinden waarin onbetaald gebleven vennootschapsschuldeisers bestuurders aansprakelijk hebben gesteld op grond van het standaardarrest *Ontvanger*/

* Loes Lennarts is als hoogleraar vergelijkend ondernemingsrecht verbonden aan het Instituut voor Ondernemingsrecht van de Rijksuniversiteit Groninge

Roelofsen.¹ In dit arrest maakt de Hoge Raad een onderscheid tussen twee categorieën van gevallen waarin ruimte kan zijn voor persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders jegens vennootschapsschuldeisers die schade lijden door het onbetaald en onverhaald blijven van hun vordering. Bij casus die onder de eerste categorie vallen gaat het om de bestuurder die namens de vennootschap verbintenissen is aangegaan terwijl hij wist of redelijkerwijs moest begrijpen dat de vennootschap niet zou nakomen en geen verhaal zou bieden (de zogenoemde *Beklamel*-casus). De tweede categorie omvat casus waarin de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke³ of contractuele verplichtingen niet nakomt. Tot deze tweede categorie behoren de gevallen waarin een onbetaald gebleven vennootschapsschuldeiser de bestuurder(s) verwijt de niet-nakoming door de vennootschap van contractuele verplichtingen te hebben bewerkstelligd door ongeoorloofde vermogensonttrekking of door selectieve betalingen. Ik vat deze subcategorie voor het gemak samen onder de noemer *verhaalsfrustratie*. Ik merk op dat ook nog andere gevallen in de tweede categorie kunnen worden ondergebracht.⁴

In het *Ontvanger/Roelofsen*-arrest bracht de Hoge Raad een verbinding aan tussen de aansprakelijkheid van een bestuurder jegens de vennootschap wegens onbehoorlijke taakvervulling en de aansprakelijkheid jegens derden op grond van onrechtmatige daad. De Hoge Raad overwoog namelijk dat voor beide in het *Ontvanger/Roelofsen*-arrest genoemde categorieën van bestuurdersaansprakelijkheid nodig is dat de bestuurder, mede gelet op de taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. In het latere arrest *Tulip Air* verwijst de Hoge Raad niet meer naar art. 2:9 BW, maar noemt hij wel de belangrijkste reden om – ook bij externe bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad – het ernstig verwijt vereiste te hanteren.⁵ De ratio van deze ‘hoge drempel’, aldus de Hoge Raad, is dat deze voorkomt dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door ‘defensieve overwegingen’ laten bepalen.⁶

Over de wenselijkheid van de hantering van het ernstig verwijt vereiste bij de beoordeling van bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen op grond van onrechtmatige daad is veel geschreven.⁷ Dat geldt ook voor de precieze invulling van de toetsingsnorm in de verschillende

1 HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659.

2 HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286.

3 Het geval dat de bestuurder bewerkstelligt dat de vennootschap de wet overtreedt, blijft in deze bijdrage buiten beschouwing.

4 Te denken is aan frustratie van zekerheidsrechten. Zie hierover – en ook over *Beklamel*-gevallen en selectieve betaling: A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, *Recht en Praktijk Insolventierecht* deel 11, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

5 HR 5 september 2014, *NJ* 2014, 21, m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 3.5.2.

6 Zie ook reeds HR 20 juni 2008, *NJ* 2009/21 m.nt. J.M.M. Macijer (*Willemsen/NOM*), r.o. 5.3. Zie over de rechtspolitieke keuze van de Hoge Raad om bestuurders met het ernstig verwijt vereiste enigszins te beschermen tegen het risico van persoonlijke aansprakelijkheid: L. Timmerman, ‘Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid’, in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, VDHI deel 140, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 25-27.

7 Behalve naar het in noot 4 genoemde proefschrift van Karapetian, verwijs ik naar F.M.J. Verstijlen, ‘Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid’, *NJB* 2013/551 en dez. ‘Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemeene recht – de spagaat tussen Boek 2 en Boek 6’, in: M. Holtzer e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015*, VDHI deel 128, Deventer: Wolters Kluwer, p. 323-349.

gevallen waarin bestuurders op grond van onrechtmatige daad jegens vennootschapsschuldeisers aansprakelijk kunnen zijn.⁸ De verbinding die de Hoge Raad in het *Ontvanger/Roelofsen*-arrest heeft gelegd tussen de in de interne vennootschappelijke verhouding geldende toetsingsnorm voor onbehoorlijk bestuur (neergelegd in art. 2:9 BW) en de toetsingsnorm voor externe bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad heeft ook geleid tot discussie onder beoefenaren van het internationale privaatrecht. Deze discussie betreft de vraag of de *Ontvanger/Roelofsen*-vordering wordt geregeerd door de *lex societatis* op grond van art. 10:118 juncto 10:119 BW, of – al dan niet via art. 10:159 BW – door de *lex loci damni* op grond van art. 4 Rome II-Verordening (hierna: Rome II).⁹ In deze bijdrage geef ik antwoord op deze vraag aan de hand van een onderzoek van de opvattingen in de literatuur en een analyse van jurisprudentie.

De opzet van deze bijdrage is als volgt. In par. 2 ga ik na volgens welke regels de Nederlandse rechter moet bepalen welk recht van toepassing is op een *Ontvanger/Roelofsen*-vordering¹⁰ (par. 2.1), waarna ik de opvattingen hierover in de literatuur weergeef (par. 2.2). Par. 3 bevat een analyse van vijf jaar Nederlandse rechtspraak in zaken waarin het op een *Ontvanger/Roelofsen*-vordering toepasselijke recht is bepaald. Deze bijdrage wordt afgesloten met een conclusie (par. 4.).

2. De bepaling van het op een *Ontvanger/Roelofsen*-vordering toepasselijke recht

2.1 Het juridische kader

2.1.1 Kwalificatie *lege fori*

Als de Nederlandse rechter een *Ontvanger/Roelofsen*-vordering met internationale raakvlakken ter beoordeling krijgt voorgelegd, moet hij – nadat hij heeft vastgesteld internationaal bevoegd te zijn om over de zaak te oordelen – ambtshalve onderzoeken welk recht op deze vordering van toepassing is.¹¹ De vordering moet worden gekwalificeerd om te kunnen vaststellen in welke verwijzingscategorie de vordering thuishoort. Bij de bepaling van de verwijzingscategorie waarin de vordering moet worden ondergebracht, beziet de rechter de vordering door een

8 Zie wederom het proefschrift van Karapetian (zie noot 4). Zie ook de kronieken ‘Bestuurdersaansprakelijkheid’ in de jaarlijks verschijnende bundels van de Vereniging Corporate Litigation, die een goed beeld geven van de gestage stroom aan jurisprudentie over *Ontvanger/Roelofsen*-vorderingen.

9 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), PbEU 2007, L 199/40-49.

10 In deze bijdrage besteed ik geen bijzondere aandacht aan de bepaling van toepasselijk recht in gevallen waarin een verhaalsfrustratie-claim ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers wordt ingesteld door een faillissementscurator (een zogenoemde *Peeters/Gatzen*-vordering). Zie hierover S.M. van den Braak, ‘De Peeters/Gatzen-vordering in het internationaal privaatrecht; een overzicht naar aanleiding van Hof van Justitie EU 6 februari 2019, zaak C-535/17 (*NK/Fortis*)’, *TvI* 2019/18; M. Zilinsky, *TvI* 2021/4 (noot bij HR 3 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1223 (*Rosbeek q.q./Fortis*) en HvJ EU 10 maart 2022, C-498/20, *JOR* 2022/190 m.nt. D. Beunk; *JBPR* 2022/33 m.nt. M. Zilinsky en A. Knigge; *Ondernemingsrecht* 2022/75 m.nt. L.F.A. Welling-Steffens (*BMA*)).

11 Zie art. 10:2 BW en art. 25 Rv. In hoger beroep geldt dit slechts binnen het door de grieven ontsloten gebied, zie HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:200, *NJ* 2023/79.

Nederlandse bril. Anders gezegd: de kwalificatie van de vordering geschiedt volgens de *lex fori*. Sauveplanne heeft dit beeldend beschreven:

‘Het Nederlandse i.p.r.-systeem vormt als het ware een kast met laden. Op iedere lade is een etiket geplakt waarop staat aangegeven welke rechtsverhoudingen in de betrokken lade moeten worden ondergebracht. Hetzelfde geldt voor andere i.p.r.-systemen. Indien nu de Nederlandse rechter een rechtsverhouding moet kwalificeren, brengt hij deze onder in de betrokken lade van het Nederlandse i.p.r.-systeem, ongeacht of deze in het vreemde i.p.r.-systeem in een andere lade zou zijn ondergebracht.’¹²

De kwalificatie vindt daarbij niet plaats aan de hand van het begrippensysteem van het eigen materiële recht, maar aan de hand van het begrippensysteem van het eigen conflictenrecht.¹³ Heeft een onbetaald gebleven vennootschapsschuldeiser bij een Nederlandse rechter een vordering op grond van onrechtmatige daad ingesteld tegen een bestuurder van de contractuele wederpartij, dan is dus de eerste vraag in welke lade van de kast de vordering thuishoort. Voor de hand ligt dat de rechter de vordering onderbrengt in de lade met het etiket ‘onrechtmatige daad’ als deze grondslag door de eiser is aangevoerd.

2.1.2 Rome II?

Kiest de rechter de lade met etiket ‘onrechtmatige daad’, dan moet hij de bij deze verwijzingscategorie horende conflictregel toepassen ter bepaling van het toepasselijke recht. Voor rechtsverhoudingen die kwalificeren als een onrechtmatige daad gelden de conflictregels opgenomen in Rome II.¹⁴ Uit mijn jurisprudentieanalyse volgt dat in vrijwel alle van de door mij gevonden uitspraken de rechter de *Ontvanger/Roelofsen*-vordering in de verwijzingscategorie onrechtmatige daad plaatst en zo uitkomt bij Rome II (zie par. 3.1). In enkele gevallen twijfelt de rechter echter. Die twijfel wordt veroorzaakt door art. 1 lid 2 onder d Rome II, dat van het toepassingsgebied van de Verordening uitzondert:

‘niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit het recht inzake vennootschappen, rechts- en handelingsbevoegdheid, het inwendige bestel en de ontbinding van vennootschappen, verenigingen en rechtspersonen, de persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten en leden van de organen voor schulden van de vennootschap, vereniging of rechtspersoon, en de persoonlijke aansprakelijkheid van de accountants jegens een vennootschap of de leden van haar organen voor de wettelijke controle op de boekhoudkundige bescheiden;’ [*onderstreping LL*]

12 J.G. Sauveplanne, *Elementair internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer, 1989, p. 84.

13 Zie nader: L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, 2019, nr. 166; M.H. ten Wolde, *Handboek Internationaal Privaatrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris, 2021, p. 78 e.v.; Asser/Vonken 10-I 2023/388.

14 Deze Verordening is van toepassing op schadeveroorzakende gebeurtenissen die zich voordoen op of na 11 januari 2009. Zie over de Rome II-Verordening: J.A. Pontier, *Onrechtmatige daad en andere niet-contractuele verbintenissen*, Praktijkreeks IPR, deel 16, Deventer: Maklu, 2015; Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2022.

Bij lezing van deze uitzondering kan bij de rechter de vraag rijzen of het bij de *Ontvanger/Roelofsen*-vordering gaat om persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder voor schulden van de vennootschap als bedoeld in deze uitzondering. Bij het vinden van een antwoord op die vraag moet de rechter bedenken dat de bepalingen van Rome II in beginsel Verordening autonoom moeten worden uitgelegd. Bepalend is dus niet of de *Ontvanger/Roelofsen*-vordering gezien door een Nederlandse bril onder de uitzondering valt, maar of dit volgens de Europese wetgever zo is.¹⁵ Uit de toelichting op het voorstel van de Commissie voor de Rome II-Verordening volgt dat een band tussen de vordering op grond van onrechtmatige daad en het vennootschapsrecht niet voldoende is. Alleen vorderingen op grond van onrechtmatige daad die *voortvloeiën uit* (*‘arising out of’*) het vennootschapsrecht vallen onder de uitzondering. De uitzonderingen genoemd in art. 2 Rome II moeten strikt worden geïnterpreteerd.¹⁶ Hierbij past de kanttekening dat de lijst van uitzonderingen opgenomen in art. 1 lid 2 Rome II niet limitatief is.¹⁷

In zijn arrest in de zaak *BMA* overweegt het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) dat *per geval* moet worden bekeken of een niet-contractuele verbintenis van een bestuurder bestaat om redenen die eigen zijn aan het vennootschapsrecht (in de zin van artikel 1, lid 2, onder d Rome II), of om redenen die daar los van staan.¹⁸ Vervolgens overweegt het HvJ EU dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds de uit de betrekking tussen bestuurder en vennootschap voortvloeiende specifieke zorgvuldigheidsnorm,¹⁹ die niet binnen de materiële werkingssfeer van de Rome II-Verordening valt, en anderzijds de algemene zorgvuldigheidsnorm *erga omnes*, die daar wel binnen valt. Het is aan de verwijzende rechter om dit te beoordelen. Die zal bij die beoordeling niet alle *Ontvanger/Roelofsen*-vorderingen over één kam kunnen scheren, maar moeten onderzoeken om welke specifieke zorgvuldigheidsnorm het bij de ter beoordeling voorgelegde vordering gaat en of die zorgvuldigheidsnorm voortvloeit uit de rechtsbetrekking tussen bestuurder en vennootschap.

Ten aanzien van een vordering van het type *Beklamel* kan de rechter naar mijn mening moeilijk concluderen dat deze een normschending betreft die voortvloeit uit de rechtsbetrekking tussen bestuurder en vennootschap. In dit type gevallen wordt de bestuurder immers in wezen verweten dat hij een mededelingsplicht jegens de wederpartij heeft geschonden door deze op te zadelen met een waardeloze vordering op de vennootschap. Dit verwijt is niet kenmerkend voor een bestuurder, maar is steeds op zijn plaats waar iemand optreedt voor iemand anders.²⁰ Ik wijs erop dat in Duitsland een dergelijke vordering kan worden gegrond op het leerstuk *culpa in contrahendo*. Deze vordering wordt door Kindler onder het bereik van Rome II gebracht. Hij schrijft dat het hier gaat om de schending van de plicht om de wederpartij te wijzen op de

15 Zie Pontier 2015, nr. 197-200 (noot 14); S.M. van den Braak, 'Boekbespreking: M. Zilinsky, De bestuurdersaansprakelijkheid in het internationaal privaatrecht: een probleem van kwalificatie', *Ondernemingsrecht* 2017/111, p. 625; Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2022/979.

16 Toelichting op het Commissievoorstel van 22 juli 2003, COM(2003) 427 definitief, p. 10.

17 Magnus/Mankowski, *Rome II Regulation*, European Commentaries on Private International Law, Volume 3, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2019, nr. 143.

18 HvJ EU 10 maart 2022, C-498-20, nr. 54, *JOR* 2022/190 m.nt. D. Beunk; *JBPR* 2022/33 m.nt. M. Zilinsky en A. Knigge; *Ondernemingsrecht* 2022/75 m.nt. L.F.A. Welling-Steffens.

19 In de Nederlandse versie van het *BMA*-arrest wordt de term 'zorgplicht' gehanteerd. Ik gebruik liever de term 'zorgvuldigheidsnorm'.

20 Zie Verzijlen 2015, p. 338 (zie noot 7).

voorzienbare betalingsonmacht van de vennootschap. Deze plicht ‘*folgt nicht aus der Organstellung, sondern ist allgemeine Verkehrspflicht. Sie unterliegt daher nicht dem Gesellschaftsstatut, sondern dem Deliktsstatut.*’²¹ Dit geldt *a fortiori* voor gevallen waarin een bestuurder zich schuldig maakt aan oplichting of flessentrekkerij. Het geldt mijns inziens ook voor gevallen waarin het verwijt aan de bestuurder is dat deze betrokken was bij onttrekking van goederen aan het pandrecht of bij schending van het eigendomsrecht van een leasemaatschappij of een leverancier die de eigendom van geleverde goederen heeft voorbehouden. Ook deze casus vallen mijns inziens onder Rome II.

De rechter zou kunnen twijfelen omtrent de kwalificatie in gevallen waarin een schuldeiser de bestuurder verwijt te hebben meegewerkt aan een ongeoorloofde vermogensonttrekking of een selectieve betaling waardoor de vordering van de schuldeiser op de vennootschap (gedeeltelijk) onbetaald is gebleven. Een vennootschapsrechtelijke kwalificatie van een vordering die ziet op een verplichting voor vennootschapsbestuurders om vanaf een bepaald moment zorgvuldigheid te betrachten jegens vennootschapsschuldeisers bij het nemen van beslissingen die leiden tot vermogensvermindering of een doorbreking van de *paritas creditorum* is mijns inziens verdedigbaar.^{22 23}

Op basis van het voorgaande is niet uitgesloten dat de rechter – afhankelijk van de aard van de aan de orde zijnde normschending – oordeelt dat de ter beoordeling voorgelegde *Ontvanger/Roelofsen*-vordering is uitgezonderd van het toepassingsgebied van Rome II.²⁴

2.1.3 Of toch *lex societatis*?

Is een vordering uitgezonderd van Rome II, dan leidt het pad de rechter naar Boek 10 BW. De EU kent namelijk voor het vennootschapsrecht – anders dan voor de onrechtmatige daad – geen geüniformeerde conflictregels. Uit art. 10:118 BW volgt dat vennootschappen worden beheerst door het incorporatierecht, en art. 10:119 BW geeft een – niet-limitatieve²⁵ – opsomming van

21 P. Kindler, *Münchener Kommentar*, Teil 8. Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, München: Beck, 2025, nr. 630.

22 Vgl. art. 2:216 BW, dat een specifieke bestuurdersaansprakelijkheid koppelt aan het geven van goedkeuring voor een onrechtmatige dividenduitkering. Deze aansprakelijkheid is vormgegeven als aansprakelijkheid *jegens de vennootschap* en zij houdt verband met een door de bestuurder uit te oefenen bestuursbevoegdheid. Daarom wordt algemeen aangenomen dat zij buiten het bereik van Rome II valt.

23 Zonder hier nader op in te gaan, wijs ik erop dat de kwalificatie anders kan uitvallen als een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering wegens betrokkenheid bij verhaalsfrustratie ten behoeve van de boedel wordt ingesteld door een faillissementscurator (of een vergelijkbare buitenlandse functionaris). Zo beheerst de *lex concursus* een aansprakelijkheidsvordering die de Duitse *Insolvenzverwalter* op grond van par. 15b InsO kan instellen wegens betalingen die een vennootschapsbestuurder heeft verricht nadat de vennootschap *zahlungsunfähig* of *überschuldet* is geworden (zie hierover: D. Beunk, ‘Dé Peeters/Gatzen-vordering bestaat niet in het IPR’, *FIP* 2022/231, p. 14). Een *Peeters/Gatzen*-vordering die een Nederlandse curator instelt tegen een bestuurder die een onrechtmatige selectieve betaling door de vennootschap heeft bewerkstelligd lijkt daarentegen onder Rome II te vallen, zie HvJ EU 10 maart 2022, C-498-20, *JOR* 2022/190 m.nt. D. Beunk; *JBPR* 2022/33 m.nt. M. Zilinsky en A. Knigge; *Ondernemingsrecht* 2022/75 m.nt. L.F.A. Welting-Steffens (*BMA*).

24 Dat dit voorkomt blijkt uit het door mij uitgevoerde jurisprudentieonderzoek. Zie par. 3.1.

25 *Kamerstukken II*, 2009-2010, 32 137, nr. 3, p. 68.

wat onder het incorporatierecht valt. De rechter dient dus na te gaan of een *Ontvanger/Roelofsen*-vordering onder het incorporatierecht valt. De beantwoording van deze vraag houdt in dat de rechter de vordering voor een tweede keer moet kwalificeren.²⁶ Deze kwalificatie betreft een kwestie van uitleg van art. 10:119 sub e BW, dat bepaalt dat onder het incorporatierecht valt:

‘e. de vraag wie naast de corporatie, voor de handelingen waardoor de corporatie wordt verbonden, aansprakelijk is uit hoofde van een bepaalde hoedanigheid zoals die van oprichter, vennoot, aandeelhouder, lid, bestuurder, commissaris of andere functionaris van de corporatie.’

Net zoals bij de – anders geformuleerde – uitzondering van art. 1 lid 2 onder d Rome II rijst de vraag of hier ook bestuurdersaansprakelijkheid jegens vennootschapsschuldeisers op grond van onrechtmatige daad onder valt. Voor het antwoord moet de rechter dertig jaar terug, naar het parlementaire jaar 1994-1995. In de Tweede Kamer werd toen de Wet Conflictenrecht Corporaties (WCC) behandeld. Omdat art. 10:119 BW een kopie van art. 3 WCC is, is de oude wetsgeschiedenis nog steeds relevant. Ik citeer de relevante passage uit de memorie van toelichting:

‘Door het incorporatierecht worden tenslotte beheerst de aansprakelijkheid naast de corporatie van oprichters, vennoten, aandeelhouders, leden, bestuurders, commissarissen en andere functionarissen van de corporatie als zodanig. Het gaat hier in de eerste plaats om de aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling of onrechtmatig handelen tegenover de corporatie. Daarnaast betreft het de aansprakelijkheid van bij deze corporatie betrokken personen tegenover schuldeisers van de corporatie. In haar advies wijst de Staatscommissie er op dat de primaire toepasselijkheid van het incorporatierecht op deze onderwerpen geenszins uitsluit dat een bestuurder, aandeelhouder, lid of andere betrokken persoon persoonlijk aansprakelijk wordt gesteld op grond van specifiek op naar buitenlands recht opgerichte rechtspersonen dwingend toepasselijke bepalingen van Nederlands recht zoals artikel 138, elfde lid, Boek 2 B.W. – zie artikel 5 van het wetsvoorstel. Eveneens wijst zij er op dat denkbaar is dat een bestuurder of andere bij de corporatie betrokken persoon op grond van een onrechtmatige gedraging persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld. De problemen van samenloop die zich op dit terrein kunnen voordoen lenen zich, zo meent de Staatscommissie, wegens hun sterk op het concrete geval toegespitste karakter, niet voor een wettelijke regeling en dienen aan de rechtspraak te worden overgelaten. Ik kan deze opvatting onderschrijven.’²⁷ [*onderstrepingen LL*]

Volgens de toelichting valt de aansprakelijkheid van bestuurders jegens vennootschapsschuldeisers onder het incorporatierecht, zonder expliciete beperking tot uit het vennootschapsrecht voortvloeiende aansprakelijkheid. Op zichzelf beschouwd zou dit betekenen dat de *Ontvanger/Roelofsen*-vordering volgens de wetgever onder de *lex societatis* valt. Het lijkt er echter op dat – in lijn met art. 1 lid 2 onder d Rome II – wordt bedoeld op aansprakelijkheid jegens schuldeisers die voortvloeit uit het vennootschapsrecht (zoals bijvoorbeeld in het Nederlandse recht: de aansprakelijkheid op grond van art. 2:180 lid 2 BW en aansprakelijkheid op grond van art. 2:203

26 Zie Van den Braak 2017, p. 626, (zie noot 15) en A.A.H. van den Hoek, ‘Shoppen in het recht: het vennootschapsrecht en aanpalende rechtsgebieden “ontbundeld”’, in: *Forumshopping*, Preadviezen 2014 VBR, Zutphen: Uitgeverij Paris, p. 88.

27 *Kamerstukken II*, 1994-1995, 24 141, nr. 3 (MvT), p. 19-20.

lid 3 BW). Ik maak dit op uit de passage waarin wordt gesproken over persoonlijke aansprakelijkstelling van bestuurders op grond van onrechtmatige daad. Daarin wordt gewezen op de samenloopproblemen die zich kunnen voordoen en die aan de rechtspraak moeten worden overgelaten. Hieruit volgt dat de wetgever de aansprakelijkheid van bestuurders op grond van onrechtmatige daad niet heeft willen regelen.

De geciteerde passage uit de wetsgeschiedenis dateert van ruim tien jaar vóórdat de Hoge Raad het *Ontvanger/Roelofsen*-arrest wees. Het aan art. 2:9 BW ontleende ernstig verwijt was toen nog geen vereiste voor aansprakelijkheid van bestuurders op grond van onrechtmatige daad. Nu de wetgever de kwalificatie van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad aan de rechter heeft overgelaten, zou de rechter in de door de Hoge Raad gelegde verbinding met het vennootschapsrecht een argument kunnen zien om de *Ontvanger/Roelofsen*-vordering onder de *lex societatis* te brengen. Ik vind dit geen overtuigend argument omdat niet alle *Ontvanger/Roelofsen*-vorderingen over één kam zijn te scheren. De rechter zou wat mij betreft wel op grond van de *aard van de specifieke zorgvuldigheidsnorm* die de bestuurder zou hebben geschonden kunnen concluderen dat het zwaartepunt van de rechtsverhouding in het vennootschapsrecht ligt (zie par. 2.1.2). Maar dan moet de rechter voorbijgaan aan een conclusie uit 2016 van A-G Vlas, waarin het ging om een *Ontvanger/Roelofsen*-vordering (van het type verhaalsfrustratie) van een Chileense vennootschap tegen een in Nederland woonachtige bestuurder van een feitelijk in Nederland gevestigde Engelse *limited*.²⁸ De bestuurder klaagde in cassatie dat het hof het toepasselijke recht ten onrechte niet had bepaald aan de hand van art. 3 aanhef en onder d WCC. De A-G concludeerde tot verwerping van de klacht omdat art. 3 aanhef en onder d WCC (thans art. 10:119 onder d BW) ziet op gevallen waarin het gaat om de vraag of de bestuurder *naast* de vennootschap aansprakelijk is voor verbintenissen van de vennootschap uit overeenkomst of onrechtmatige daad. Het gaat hier om de aansprakelijkheid van de bestuurder op basis van het ingevolge de conflictregel toepasselijke vennootschapsrecht. Art. 3 aanhef en onder d WCC ziet niet op gevallen waarin de bestuurder aansprakelijk wordt gesteld op grond van een zelfstandige onrechtmatige daad. Dit soort gevallen valt niet onder de verwijzingscategorie van het vennootschapsrecht, maar onder die van de onrechtmatige daad. De A-G overwoog expliciet dat het gegeven dat de aansprakelijkheid in kwestie in verband staat met de hoedanigheid van bestuurder van een vennootschap dit niet anders maakt.²⁹

2.1.4 Via art. 10:159 leiden alle wegen naar Rome II

Naar mijn mening moet de ‘twijfelende’ rechter op basis van het voorgaande alsnog tot de conclusie komen dat de *Ontvanger/Roelofsen*-vordering niet onder de *lex societatis* valt. Welke verwijzingsregel van algemeen ipr zou de rechter dan moeten toepassen? Hij komt uit bij art. 10:159 BW, dat de bepalingen van Rome II van overeenkomstige toepassing verklaart op verbintenissen die buiten de werkingssfeer van Rome II vallen en die als onrechtmatige daad

28 Conclusie van 18 maart 2016, ECLI:NL:PHR:2016:139, bij HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1165 (*X/Chilean Lumber Company S.A.*). Ik merk op dat het hof in zijn arrest in deze zaak expliciet overweegt dat het enige aanknopingspunt met het Verenigd Koninkrijk is dat de vennootschap een Engelse *limited* is en dat er niet meer dan een formele band met het land van oprichting is, zie ECLI:NL:GHARL:2014:8049, r.o. 3.11.

29 De Hoge Raad heeft de zaak afgedaan op grond van art. 81 RO.

kunnen worden aangemerkt (zie voor dergelijke gevallen: par. 3.2). Mijn voorlopige conclusie is dat voor de bepaling van het op een *Ontvanger/Roelofsen*-vordering toepasselijke recht alle wegen naar Rome II leiden. Ik merk hierbij op dat de rechtstreekse route naar Rome – dus zonder omweg via art. 10:159 BW – wat mij betreft het meest voor de hand ligt.

2.1.5 Rome II en de toepassing ervan op de *Ontvanger/Roelofsen*-vordering

De rechter die – al dan niet via art. 10:159 BW – op grond van de regels van Rome II het op de *Ontvanger/Roelofsen*-vordering toepasselijke recht moet bepalen, zal eerst nagaan of partijen een rechtskeuze hebben uitgebracht. Art. 14 Rome II biedt de mogelijkheid dat partijen een dergelijke rechtskeuze ook nog tijdens de procedure overeenkomen. De keuze kan uitdrukkelijk geschieden, maar kan ook worden aangenomen als zij voldoende duidelijk blijkt uit de omstandigheden van het geval. Bij gebreke van rechtskeuze zal de rechter nagaan of laedens en gelaedeerde ten tijde van de onrechtmatige daad hun gewone verblijfplaats in hetzelfde land hadden. Zo ja, dan is op grond van art. 4 lid 2 Rome II het recht van dat land van toepassing. Is er geen gemeenschappelijke woonplaats, dan komt de rechter toe aan toepassing van de in art. 4 lid 1 Rome II opgenomen hoofdregel: aanknoping aan het land waar de schade zich voordoet (*locus damni*, ook wel *Erfolgsort*).

Deze hoofdregel verschilt van de alternatieve bevoegdheidsregel die voor onrechtmatige daad is neergelegd in art 7 sub 2 Brussel Ibis. Volgens deze regel is naast de rechter van de woonplaats van de gedaagde (*forum rei*, de hoofdregel neergelegd in art. 4 Brussel Ibis) bevoegd de rechter van de plaats waar de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan. In de jurisprudentie van het HvJ EU wordt dit zo uitgelegd dat hieronder zowel het *Handlungsort* als het *Erfolgsort* vallen.³⁰ De reikwijdte van het *Erfolgsort* als aanknopingspunt voor bevoegdheid is echter beperkt in een reeks van uitspraken van het HvJ EU.³¹ Ik noem de uitspraak in de zaak *Kronhofer/Maier*,³² waarin een in Oostenrijk wonende belegger op grond van onrechtmatige daad schadevergoeding vorderde omdat de beleggingsmaatschappij hem niet had gewaarschuwd voor de aan de door hem gedane beleggingen verbonden risico's. Het HvJ EU besliste dat het *Erfolgsort* in Duitsland lag omdat zich daar de beleggingsrekening bevond waarop de gelaedeerde het geld had gestort dat hij had verloren. Uit deze uitspraak blijkt dat het *Erfolgsort* niet te snel mag worden gelokaliseerd in het land waar de gelaedeerde zijn gewone verblijfplaats heeft (in deze zaak: Oostenrijk). Verder wijs ik op de uitspraak in de zaak *Dumez*,³³ waarin Franse moedervennootschappen op grond van onrechtmatige daad schadevergoeding vorderden die zij – indirect – zouden hebben geleden door het faillissement van hun Duitse dochtervennootschappen. Dit faillissement zou zijn veroorzaakt door stopzetting van de Duitse activiteiten in Duitsland van deze dochtervennootschappen ten gevolge van staking van de financiering door Duitse banken. Het HvJ EU oordeelde dat de schade niet was ingetreden in Frankrijk maar in Duitsland omdat daar de dochtervennootschappen de rechtstreekse schade hadden geleden. Uit deze uitspraak volgt dat als *Erfolgsort* niet de plaats van de indirecte schade kan gelden. In

30 HvJ EG 30 november 1976, *Jur.* 1976, p. 735; *NJ* 1977/494 (*Kalimijnen*).

31 Zie hierover Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2022/990.

32 HvJ EG 10 juni 2004, C-168/02, *Jur.* 2004, p. I-6009; *NJ* 2006/335 (*Kronhofer/Maier*).

33 HvJ EG 11 januari 1990, C-220/88, *Jur.* 1990, p. I-49; *NJ* 1991/573 (*Dumez*).

de zaak *Lazar*³⁴ heeft het HvJ EU geoordeeld dat dit uitgangspunt ook geldt bij de toepassing van art. 4 lid 1 Rome II.

Uit het voorgaande volgt dat de jurisprudentie van het HvJ EU over art. 7 sub 2 Brussel Ibis ook relevant is voor de uitleg van het begrip *locus damni* in art. 4 lid 1 Rome II. Hierbij moet wel in het oog worden gehouden dat art. 7 sub 2 Brussel Ibis bedoeld is als een uitzondering op de hoofdregel dat de rechter van het land waar de *gedaagde* domicilie heeft bevoegd is. Dit brengt mee dat het HvJ EU terughoudend is ten aanzien van een uitleg van het *Erfolgsort* die uitmondt in bevoegdheid van de rechter van het land van de woon- of verblijfplaats van *eiser*.³⁵ Deze overweging speelt geen rol bij de uitleg van het begrip *locus damni* in art. 4 lid 1 Rome II. Maar ook hier kan de bedoeling van de Europese wetgever een rol spelen bij de uitleg van het begrip *locus damni*. Uit de Considerans volgt namelijk dat de Europese wetgever met art. 4 lid 1 Rome II heeft beoogd de voorspelbaarheid van rechterlijke uitspraken te vergroten en een redelijk evenwicht te garanderen tussen de belangen van de persoon die aansprakelijk wordt gesteld en die van de persoon die schade lijdt.³⁶ Het is dus in strijd met de bedoeling van de Europese wetgever als het begrip *locus damni* zo wordt ingevuld dat het tot onvoorspelbaarheid leidt. Verder is het niet de bedoeling dat de invulling van het begrip *locus damni* leidt tot een disbalans tussen de belangen van gelaedeerde en laedens.

De lokalisering van de schade leidt vooral dan tot problemen als geen sprake is van schade aan lijf of (tastbaar) goed, maar van zogenoemde 'zuivere vermogensschade'. Het is namelijk niet steeds evident waar zuivere vermogensschade zich voordoet.³⁷ Lokaliseringsproblemen kunnen ook optreden bij *Ontvanger/Roelofsen*-vorderingen, die immers in de regel³⁸ gericht zijn op vergoeding van zuivere vermogensschade van de gelaedeerde. Ik geef twee voorbeelden.

Voorbeeld 1

Een in Nederland woonachtige bestuurder wordt verweten te hebben meegewerkt aan een onrechtmatige vermogensonttrekking, die ertoe heeft geleid dat de vennootschap de vordering van een schuldeiser niet meer kan betalen en daarvoor ook geen verhaal biedt. De vennootschap is opgericht in Nederland en de bestuurder heeft daar zijn woonplaats. Maar de schuldeiser woont in Duitsland. Ligt de *locus damni* nu in Duitsland, omdat de schuldeiser daar in zijn vermogen is benadeeld? Of ligt de *locus damni* in Nederland, omdat daar de onttrekking van actief aan het vermogen van de vennootschap heeft plaatsgevonden, waardoor de schuldeiser is benadeeld? Hiervoor is reeds opgemerkt dat bij de bepaling van de *locus damni* geen rekening wordt gehouden met de plaats waar de indirecte gevolgen van de schadeveroorzakende gebeurtenis zich hebben voorgedaan. Is in bovenstaande casus de door de individuele schuldeiser geclaimde schade slechts een indirect gevolg van de schade aan het vermogen

34 HvJ EU 10 december 2015, C-350/14, EU:C:2015:802; NJ 2016/243 (*Lazar*).

35 Zie Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2022/990.

36 Zie overweging 16 van de Considerans.

37 Zie Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2022/998, Magnus/Mankowski, *Rome II Regulation* 2019, nr. 94-100, en G. van Calster, *European Private International Law – Commercial Litigation in the EU*, Oxford: Hart Publishing, 2024, p. 338: 'Just as at the jurisdictional level, identifying *locus damni* in cases of pure economic loss is not straightforward.'

38 In sommige casus is wel sprake van schade aan een goed, bijvoorbeeld in het geval dat een bestuurder wordt verweten te hebben bewerkstelligd dat de vennootschap een eigendomsvoorbehoud heeft gefrustreerd of een in lease gegeven goed heeft onttrokken aan het eigendomsrecht van de lessor.

van de vennootschap? En wat als er ook nog teleurgestelde schuldeisers zijn in België en Frankrijk, die claims instellen tegen de bij de vermogensonttrekking betrokken bestuurder?

Gelet op het arrest van het HvJ EU in de zaak *BMA* zal de rechter voor het vaststellen van de *locus damni* in deze casus vermoedelijk aanknopen bij de plaats van vestiging van de vennootschap.³⁹ In *BMA* had de curator van een in Nederland failliet verklaarde vennootschap een *Peeters/Gatzen*-vordering ingesteld tegen de Duitse grootmoedervernootschap, die door stopzetting van de financiering van haar kleindochter een zorgvuldigheidsnorm jegens de schuldeisers van de failliete vennootschap zou hebben geschonden. Het HvJ EU oordeelde dat de schade in deze casus in de eerste plaats het vermogen van de failliete vennootschap treft en dus voor de schuldeisers van die vennootschap slechts indirecte schade oplevert. Het HvJ EU oordeelde dat daarom de *locus damni* ligt in het land waar de vennootschap is gevestigd. In mijn casus gaat het niet om een vordering van de curator, maar dat maakt geen verschil.⁴⁰ Waar het om gaat is of de schade in eerste instantie in het vermogen van de vennootschap wordt geleden. Dat is bij een ongeoorloofde vermogensonttrekking het geval. Dit betekent dat niet relevant is waar de claimende schuldeisers woonachtig zijn. In geval van samenlopende vorderingen ingesteld door schuldeisers uit verschillende landen is er dan maar één *locus damni*, namelijk de plaats van vestiging van de vennootschap.

Voorbeeld 2

Een in Duitsland residerende schuldeiser verwijt de in Nederland wonende bestuurder van een Nederlandse vennootschap namens de vennootschap met hem te hebben gecontracteerd in de wetenschap dat de vennootschap niet kon nakomen en geen verhaal zou bieden. Waar ligt de *locus damni* in dit geval? En wat als er ook in dit geval in drie andere landen residerende schuldeisers zijn die eenzelfde vordering instellen?

In dit geval is sprake van schade die de schuldeiser rechtstreeks in zijn eigen vermogen lijdt. Het gaat niet om schade die in eerste instantie wordt geleden in het vermogen van de vennootschap. Daarom ligt aanknoping aan de plaats van vestiging van de vennootschap – zoals bij voorbeeld 1 – hier minder voor de hand. De vraag is waar de schade dan wel moet worden gelokaliseerd. Voor de hand ligt om aan te knopen bij de Duitse woonplaats van de schuldeiser (als plaats waar deze in zijn vermogen schade lijdt). Nadeel van deze aanknoping is dat het toepasselijke recht minder goed voorspelbaar is. Bovendien kan deze aanknoping ingeval van vergelijkbare bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen ingesteld door schuldeisers uit vier verschillende EU-lidstaten leiden tot toepassing van vier verschillende rechtsstelsels.

De voorbeelden laten zien dat bij de bepaling van de *locus damni* wederom geldt dat de rechter niet alle *Ontvanger/Roelofsen*-gevallen over één kam kan scheren. Ook laat voorbeeld 2 zien dat niet uitgesloten is dat de rechter terechtkomt bij een ander rechtsstelsel dan dat van de plaats van vestiging van de vennootschap. Tenslotte kan toepassing van art. 4 lid 1 Rome II bij samenlopende bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen van schuldeisers uit verschillende landen ertoe leiden dat de bestuurder rekening moet houden met de toepassing van uiteenlopende regels op deze vorderingen.

39 HvJ EU 10 maart 2022, C-498-20, *JOR* 2022/190 m.nt. D. Beunk; *JBPR* 2022/33 m.nt. M. Zilinsky en A. Knigge; *Ondernemingsrecht* 2022/75 m.nt. L.F.A. Welling-Steffens (*BMA*).

40 Zie r.o. 62 van het *BMA*-arrest.

Art. 4 Rome II bevat, behalve de reeds genoemde uitzondering van de gemeenschappelijke woonplaats van eiser en gedaagde, nog een uitzondering. Lid 3 voorziet in een aanknoping aan een ander land (dan dat van de *locus damni* of de gemeenschappelijke woonplaats) als uit het geheel der omstandigheden volgt dat de onrechtmatige daad een kennelijk nauwere band heeft met dat andere land.⁴¹ De bepaling is bedoeld om in individuele gevallen van de vaste regel af te wijken om het recht te kunnen toepassen van het land waar in het concrete geval het zwaartepunt van de zaak ligt.⁴² Zij mag enkel in uitzonderlijke gevallen worden toegepast omdat de voorspelbaarheid van de keuze van het toepasselijke recht erdoor verminderd wordt.⁴³ Hier doet zich echter het probleem voor dat aanknoping aan de *locus damni* bij zuivere vermogensschade – het type schade dat wordt geclaimd met een *Ontvanger/Roelofsen-vordering* – juist tot een minder goed voorspelbaar resultaat kan leiden, wat de rechter ertoe kan brengen om voor toepassing van art. 4 lid 3 Rome II te kiezen. Ik verwijs naar voorbeeldcasus 2. In par. 3.2.2 laat ik zien dat de rechter de ontsnapingsclausule in dit soort gevallen soms hanteert om bij een ander recht uit te komen dan dat van het land waar de schade is ingetreden.

2.2. Meningen in de literatuur over de bepaling van het op Ontvanger/Roelofsen-vorderingen toepasselijke recht

2.2.1 De ‘traditionele’ opvatting

Over de kwalificatie van een *Ontvanger/Roelofsen-vordering* zijn in de literatuur ruwweg twee opvattingen te onderscheiden. De eerste is de opvatting die ten grondslag ligt aan de in par. 2.1.3 genoemde conclusie van A-G Vlas in de zaak *X/Chilean Lumber Company S.A.* Omdat het bij dit type vordering gaat om een zelfstandige aansprakelijkheid van de bestuurder op grond van onrechtmatige daad, moet de vordering worden ondergebracht in de verwijzingscategorie onrechtmatige daad en wordt zij bestreken door art. 4 Rome II. Dat het gaat om een aansprakelijkheid voor handelen of nalaten in hoedanigheid van bestuurder doet hieraan niet af. Deze opvatting vinden we ook terug bij Van Solinge,⁴⁴ Zilinsky⁴⁵ en Welling-Steffens.⁴⁶

Ook Kortmann⁴⁷ en Ten Wolde en Henckel⁴⁸ brengen de *Ontvanger/Roelofsen-vordering* onder in de verwijzingscategorie onrechtmatige daad en komen uit bij art. 4 Rome II. Zij besteden daarbij nadrukkelijk aandacht aan de mogelijkheid dat via art. 4 lid 3 Rome II wordt aange-

41 Zie hierover Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2022/1009.

42 Zie overweging 14 van de Considerans.

43 Zie de toelichting op Rome II: COM(2003) 427 def., p. 13-14.

44 G. van Solinge, *T&C Ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, 12^e druk, 2024, art. 10:119 BW, aant. 9b.

45 M. Zilinsky, *De bestuurdersaansprakelijkheid in het internationaal privaatrecht: een probleem van kwalificatie: over de kwalificatie van bestuurdersaansprakelijkheid in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie*, Offerhauskring deel 4, Den Haag: Boom Juridisch, 2017, p. 28 en 31.

46 Zie L.F.A. Welling-Steffens, *Ondernemingsrecht* 2022/75 (noot bij HvJ EU 10 maart 2022, C-498-20).

47 L.P. Kortmann, ‘Het toepasselijke recht op de vordering uit onrechtmatige daad jegens de bestuurder: keuzevrijheid versus rechtszekerheid?’, in: G. van Solinge e.a. 2017, p. 667-668 (zie noot 6).

48 M.H. ten Wolde & K.C. Henckel, *Business and Private International Law in the EU*, Zutphen: Uitgeverij Paris, 2023, p. 127-129.

knoopt bij de plaats van vestiging van de vennootschap. Hieraan ligt de gedachte ten grondslag dat, als de onrechtmatige daad wordt gepleegd tijdens de uitoefening van de bestuurstaak, uit het geheel der omstandigheden kan volgen dat de onrechtmatige daad een nauwere band heeft met het incorporatierecht dan met het recht van het land waar de schade is ingetreden.⁴⁹

2.2.2 De dissidenten: een gedifferentieerde aanpak

Een andere groep auteurs bepleit onderbrenging bij de *lex societatis* van bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen die zijn gebaseerd op de schending van een vennootschapsrechtelijke zorgvuldigheidnorm.⁵⁰ Deze groep auteurs maakt een – op het Nederlandse materiële recht gebaseerd – onderscheid tussen de gevallen waarin een bestuurder wegens handelen of nalaten ‘in hoedanigheid’ op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk wordt gesteld en gevallen waarin die hoedanigheid geen rol speelt.⁵¹ Een voorbeeld van het laatste is het geval dat een persoon die tevens bestuurder van een vennootschap is, aansprakelijk wordt gesteld voor handelen in hoedanigheid van beroepsbeoefenaar. Men kan ook denken aan de bestuurder ‘die in het heetst van het debat een wederpartij van de vennootschap een stomp voor de kop verkoopt’ of ‘een directeur van zijn wederpartij in een vriescel opsluit’.⁵² Dergelijke ‘normale’ onrechtmatige daden vallen onder Rome II. De gevallen waarin de bestuurder ‘in hoedanigheid’ een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden vallen onder de uitzondering van art. 1 lid 2 sub d Rome II en worden bestreken door art. 10:119 BW. Kramer en Verhagen voeren aan dat een andere benadering op gespannen voet staat met art. 1 lid 2 sub d Rome II en:

‘bovendien geen recht doet aan de nauwe verbondenheid die tussen een verbintenis uit onrechtmatige daad en vennootschapsrechtelijke normen kan bestaan. Vanuit het oogpunt van een consistente conflictenrechtelijke behandeling van bestuurdersaansprakelijkheid, verdient het de voorkeur dat al die gevallen waarin het de vraag is of een bestuurder aansprakelijk is vanwege onbehoorlijke taakvervulling worden aangeknoopt aan het incorporatierecht, ongeacht de grondslag van deze aansprakelijkheid en ongeacht of het de interne aansprakelijkheid jegens de vennootschap of de externe aansprakelijk-

49 Kortmann, zie noot 47, p. 668, en Ten Wolde & Henckel, zie noot 48, p. 129.

50 Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2022/64 en 65; T.M.C. Arons, ‘Verkenning van de internationale bevoegdheid en het toepasselijke recht bij geschillen over de aansprakelijkheid van bestuurders’, *Ondernemingsrecht* 2017/138, p. 775; dez., ‘Het eigene van het vennootschapsrecht als afbakeningscriterium’, *MvO* 2023, p. 245; Joris den Hartog, ‘Rome II in de rechtspraak: probleemloze toepassing of redenen tot zorg?’, *NIPR* 2020, p. 426; Van den Braak, 2017, p. 625 (zie noot 15); C.G. van der Plas in haar noot onder Hof Arnhem-Leeuwarden 8 september 2015, *JOR* 2016/89 (onder nr. 7) en – meer neutraal – haar noot onder Hof Amsterdam 23 februari 2021, *JOR* 2021/144; C.E.J.M. Hanegraaf, *Art. 2:11 BW, doorgesluik van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoe diep kan een bestuurder vallen?*, IVO-reeks deel 106, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 255-256, en R.B. van Hees in zijn noot onder Hof Arnhem-Leeuwarden, 26 maart 2024, *ECLI:NL:GHARL:2024:2132*, *JOR* 2024/220, die zich wel afvraagt of het mogelijk is om art. 10:118/119 BW los te laten op *Ontvanger/Roelofsen*-zaken zonder art. 10:159 BW te wijzigen.

51 Zie voor dit onderscheid de arresten HR 23 november 2012, *NJ* 2013, 302 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Villa Mundo*), en HR 5 september 2014, *NJ* 2014, 21 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Tulip Air*).

52 Voorbeelden geciteerd uit de noot van Van Schilfgaarde onder HR 23 november 2012, *NJ* 2013, 302 (*Villa Mundo*). Het tweede geval ontleent Van Schilfgaarde aan de casus die leidde tot HR 25 juni 1999, *NJ* 2000, 33 m.nt. P.A. Stein.

heid jegens schuldeisers van de vennootschap betreft. De externe aansprakelijkheid is het spiegelbeeld van de interne aansprakelijkheid vanwege onbehoorlijke taakvervulling. Nu volgens de memorie van toelichting de aansprakelijkheid van vanwege onbehoorlijke taakvervulling of onrechtmatig handelen jegens de corporatie beheerst wordt door het incorporatierecht (Kamerstukken II 1994/1995, 24 141, nr. 3, p. 19) dient dit evenzeer te gelden voor de externe bestuurdersaansprakelijkheid. De bestuurder is volgens Nederlands recht jegens derden aansprakelijk als hem mede gezien zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW.⁵³ een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Zie onder meer HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*).⁵⁴

Ik teken hierbij aan dat ik niet goed zie waarom de externe aansprakelijkheid het spiegelbeeld is van de interne aansprakelijkheid vanwege onbehoorlijke taakvervulling. Het gaat hier om twee geheel verschillende rechtsverhoudingen.⁵⁵ De verwijzing naar art. 2:9 BW is dan ook terecht in latere arresten van de Hoge Raad over bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad niet teruggekeerd. Hier komt bij dat niet alle verschijningsvormen van de veelkleurige *Ontvanger/Roelofsen*-vordering over één kam kunnen worden geschoren. In par. 2.1.2 heb ik betoogd dat de normschending die ten grondslag ligt aan een onrechtmatige daadsvordering tegen een bestuurder lang niet altijd verband houdt met binnen de vennootschappelijke organisatie in acht te nemen normen.

Als argument voor aanknoping aan de *lex societatis* wordt tevens aangevoerd dat de bepaling van het op de *Ontvanger/Roelofsen*-vordering toepasselijke recht in beginsel afhankelijk zal zijn van (de vaak min of meer toevallige) plaats waar de schuldeiser schade heeft geleden.⁵⁶ Dit kan inderdaad vooral in *Beklamel*-gevallen leiden tot een minder voorspelbare uitkomst. Bij verhaalsfrustratie kan de rechter voor de *locus damni* echter aanknopen bij de plaats van vestiging van de vennootschap, zodat dit argument niet opgaat. Bovendien kan de rechter een minder voorspelbaar resultaat corrigeren met behulp van art. 4 lid 3 Rome II.⁵⁷

2.2.3 Eigen mening

Ik schaar mij in het kamp van de auteurs die de *Ontvanger/Roelofsen*-vordering onderbrengen bij de conflictregels van Rome II. Het gaat mij te ver om louter op basis van een aan het Nederlandse materiële recht ontleende ‘band’ met vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheid aan te nemen dat *Ontvanger/Roelofsen*-vorderingen niet onder Rome II, maar onder de *lex societatis* vallen. Deze argumentatie heeft iets van een cirkelredenering: het Nederlands recht moet worden toegepast omdat normen van Nederlands recht van toepassing zijn.⁵⁸ Ik zie in dat toepassing van de *lex societatis* op alle bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen zou bijdragen

⁵³ In de originele tekst hebben de auteurs dit zinsdeel gecursiveerd.

⁵⁴ Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2022/67.

⁵⁵ Zo ook: Verstijlen 2015, p. 328 (zie noot 7).

⁵⁶ Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2022/66 en R.B. van Hees in zijn noot onder Hof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2024, *JOR* 2024/220.

⁵⁷ Zie voor een voorbeeld: Hof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2024, *JOR* 2024/220.

⁵⁸ Aldus van Zoest in zijn wenk bij Hof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:2132, *RBP* 2024/51.

aan de voorspelbaarheid van het toepasselijke recht. Maar om dat te bereiken zijn uniforme Europese conflictregels voor het vennootschapsrecht nodig.

3. Jurisprudentieonderzoek

Hoe gaat de Nederlandse rechter om met de kwalificatie en aanknopings van de *Ontvanger/Roelofsen*-vordering? Om hierin inzicht te krijgen heb ik een onderzoek uitgevoerd naar de relevante jurisprudentie gepubliceerd op rechtspraak.nl over een periode van vijf jaar.⁵⁹ Ik vond 24 uitspraken, waarvan er twee dezelfde zaak betreffen, in eerste aanleg⁶⁰ en in hoger beroep.⁶¹

3.1 Kwalificatie

In alle geanalyseerde gevallen komt de rechter uit bij ofwel Rome II ofwel de WCOD,⁶² wat betekent dat in al deze gevallen de rechter de vordering als onrechtmatige daad kwalificeert. Het Hof Amsterdam laat in zijn arrest in de zaak *Yukos International/ООО Promneftstroy* de mogelijkheid van een vennootschapsrechtelijke kwalificatie open, maar oordeelt dat hiervoor in casu te weinig is aangevoerd:

‘De vraag of [geïntimeerde] door die gestelde handelwijze onrechtmatig heeft gehandeld, moet beoordeeld worden naar Nederlands recht. Een vordering uit onrechtmatige daad van een bestuurder of feitelijk beleidsbepaler van een corporatie, ingesteld door een niet bij die corporatie betrokken derde (een vordering uit externe bestuurdersaansprakelijkheid dus) dient voor de toepassing van het Nederlandse conflictenrecht in beginsel te worden beschouwd als een vordering die in de verwijzingscategorie van de onrechtmatige daad valt. Mogelijk kan een dergelijke vordering onder omstandigheden in de verwijzingscategorie van het incorporatierecht vallen, maar [geïntimeerde] heeft onvoldoende gesteld om aan te nemen dat zich in dit geval omstandigheden voordoen die dat meebrengen. Art. 10:119 sub e BW en art. 3 sub e Wet conflictenrecht corporaties (oud) zijn dus niet van toepassing.’⁶³

In drie uitspraken oordeelt de rechter, na te zijn uitgekomen bij Rome II, dat de vordering onder de uitzondering van art. 1 lid 2 onder d Rome II valt.⁶⁴ De vordering wordt dan dus alsnog als

59 Deze analyse beslaat de periode van 1 januari 2020 – 1 januari 2025. Ik heb gezocht op rechtspraak.nl, op de datum van de uitspraak. De zoektermen die ik heb gehanteerd zijn combinaties van de zoektermen ‘bestuurdersaansprakelijkheid’ en ‘toepasselijk recht’, de zoektermen ‘bestuurdersaansprakelijkheid’ en ‘Rome II’ en de zoektermen ‘bestuurdersaansprakelijkheid’ en ‘art. 10:159 BW’. Uit de treffers heb ik alleen die zaken geselecteerd waarin een *Ontvanger/Roelofsen*-vordering is ingesteld.

60 Rechtbank Overijssel 10 augustus 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:4128, *RO* 2024/36 met wenk A. Rosiel-le.

61 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:2132, *JOR* 2024/220 m.nt. R.B. van Hees, *RBP* 2024/51 met wenk M.R.C. van Zoest.

62 Wet conflictenrecht onrechtmatige daad, *Stb.* 2001, 190. Deze wet is vervallen per 1 januari 2012, bij de invoering van Boek 10 BW.

63 Hof Amsterdam 23 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:516, *JOR* 2021/144 m.nt. C.G van der Plas, r.o. 3.11 van het arrest.

64 Rechtbank Amsterdam 4 mei 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2920, *NTHR* 2022, afl. 5, p. 199 en *NTHR* 2022, afl. 5, p. 201; Rechtbank Overijssel 10 augustus 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:4128, *RO* 2024/36

vennootschapsrechtelijk gekwalificeerd. Maar in deze drie gevallen komt de rechter via art. 10:159 BW toch weer uit bij Rome II. In één geval komt de rechter zonder expliciete vermelding van de uitzondering van art. 1 lid 2 Rome II via art. 10:159 uit bij Rome II.⁶⁵ In weer een ander geval laat de rechter in het midden of Rome II rechtstreeks van toepassing is of via art. 10:159 BW.⁶⁶ Alle wegen leiden dus in de rechtspraak linksom of rechtsom naar Rome II.⁶⁷

3.2 Toepassing Rome II: inleiding

In vier uitspraken komt de rechter niet toe aan toepassing van een van de conflictregels uit art. 4 Rome II omdat hij oordeelt dat partijen een rechtskeuze in de zin van art. 14 Rome II hebben uitgebracht voor Nederlands recht.⁶⁸

In de andere uitspraken verwijst de rechter expliciet naar art. 4 Rome II, dat (al dan niet via art. 10:159 BW) wordt toegepast. Een uitzondering is te vinden in het arrest van het Amsterdamse hof in de zaak *Yukos International/OOO Promneftstroy*, waaruit in de vorige paragraaf al werd geciteerd. Het hof noemt de toegepaste conflictregel niet:

‘De gestelde onrechtmatige daad (het afdwingen van de freezing order) is in Nederland gepleegd. De freezing order met aanzegging is in Nederland betekend. De freezing order is in Nederland uitgevoerd doordat de gelden op een bankrekening in Nederland zijn gestort en gehouden. Yukos International, die in Nederland is gevestigd, heeft de gestelde schade ook in Nederland geleden. Daarom is Nederlands recht van toepassing. Niet van belang is dat Promneftstroy een rechtspersoon naar Russisch recht is, dat [geïntimeerde] in Rusland woont en dat hij is aangesproken op zijn hoedanigheid van bestuurder of feitelijk beleidsbepaler van een Russische rechtspersoon.’⁶⁹

Omdat het hof ook naar andere factoren dan de *locus damni* verwijst (zoals het *Handlungsort*), lijkt het erop dat het hof art. 4 lid 3 Rome II toepast.

De Rechtbank Gelderland verwijst in een vonnis uit 2021 wel naar art. 4 Rome II, maar laat in het midden welk lid van het artikel wordt toegepast. De rechtbank lijkt lid 3 toe te passen omdat zij ook de plaats van het handelen van de bestuurders in haar oordeel betreft:

(in hoger beroep laat het hof in het midden of de regels van Rome II rechtstreeks dan wel via art. 10:159 BW van toepassing zijn: Hof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:2132); Rechtbank Rotterdam 11 september 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:9892, *RO* 2024/95.

65 Rechtbank Amsterdam 15 september 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:5796.

66 Rechtbank Den Haag 11 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:1088.

67 Met uitzondering van twee zaken die buiten het temporeel bereik van de Verordening vallen en daarom onder de WCOD vallen: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 juni 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:5817, *JOR* 2021/291 m.nt. G.J.P. Molkenboer; Rechtbank Noord-Holland 10 juli 2024, ECLI:NL:RBN-HO:2024:6839. Deze uitspraken blijven verder buiten beschouwing.

68 Hof Arnhem-Leeuwarden 7 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2812; Rechtbank Rotterdam, 29 december 2021, ECLI:RBROT:2021:13248; Rechtbank Zeeland-West-Brabant 5 april 2023, ECLI:NL:2023:2303; Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juni 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4583, *JIN* 2022/144.

69 Hof Amsterdam 23 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:516, *JOR* 2021/144 m.nt. C.G. van der Plas, r.o. 3.11.

‘Nu niet is gesteld of gebleken dat door partijen een keuze is gedaan ten aanzien van het toepasselijk recht, is ingevolge artikel 4 van de Verordening Rome II het recht van toepassing van het land waar de schade zich voordoet. De gestelde schade heeft zich in het onderhavige geval door het handelen van in Nederland gevestigde bestuurders voorgedaan nu de gestelde schade is ontstaan doordat DPPT, een Nederlandse vennootschap, geen verhaal biedt. Daarom is Nederlandse recht van toepassing en daar zijn partijen ook vanuit gegaan in hun processtukken.’⁷⁰

Het ligt voor de hand dat de rechtbank zich niet geroepen voelde tot een scherpere motivering, omdat partijen het kennelijk eens zijn over de toepassing van Nederlands recht.

3.2.1 Toepassing art. 4 lid 1 Rome II

In acht uitspraken past de rechter – al dan niet via art. 10:159 BW – art. 4 lid 1 Rome II toe. De bepaling van de *locus damni* wordt ook buiten de gevallen waarin partijen het er kennelijk over eens zijn dat deze in Nederland ligt,⁷¹ niet steeds gemotiveerd.⁷² In één geval past de rechter Nederlands recht toe omdat eiser onweersproken heeft gesteld dat hij zijn schade in Nederland lijdt.⁷³

De rechtbank Gelderland lijkt in de in de vorige paragraaf geciteerde overweging voor de *locus damni* aan te knopen bij de plaats van vestiging van de Nederlandse vennootschap, nu deze geen verhaal biedt.⁷⁴ Ook in een ander geval van verhaalsfrustratie knoopt de rechter aan bij de plaats van vestiging van de vennootschap, hetgeen leidt tot toepassing van Belgisch recht:

‘Het nadeel dat [appellante] stelt te hebben geleden, bestaat eruit dat de verhaalsobjecten voor haar gestelde vordering (de paarden) in 2017 uit de vennootschap Euro Stable zijn verdwenen, en dat daar voor haar geen verhaalsobjecten voor in de plaats zijn gekomen. Daarmee is de plaats waar de verhaalsobjecten zich bevonden (in Niel bij As, België) de plaats waar de gestelde schade zich heeft voorgedaan. Het vermogen is immers – volgens haar stelling – door de bestuurders van die Belgische vennootschap overgeheveld van de Belgische vennootschap naar een Nederlandse vennootschap. Het vermogen van Euro Stable bevond zich naar het oordeel van het hof in België, omdat de vennootschap daar statutair gevestigd was. Dat de beslissingen tot dat gestelde overhevelen in Nederland werden genomen, omdat de bestuurders in Nederland woonden en werkten zoals [appellante] heeft aangevoerd, is niet relevant.

⁷⁰ Rechtbank Gelderland 15 december 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6737, r.o. 4.2.

⁷¹ Hof den Bosch 25 mei 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1527, JOR 2021/290 m.nt. S.C.M. van Thiel, r.o. 5.3; Rechtbank Oost-Brabant 19 januari 2022, ECLI:NL:ROBR:2022:93, r.o. 5.2 (de rechtbank overweegt in casu nog wel dat de *locus damni* ‘inderdaad’ in Nederland ligt, maar motiveert dit niet); Rechtbank Zeeland-West Brabant 4 september 2024, ECLI:NL:RBZWB:2024:6206, r.o. 4.3.

⁷² Rechtbank Midden-Nederland 24 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2807, r.o. 2.14.23; Rechtbank Den Haag 11 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1088, r.o. 4.6; Rechtbank Rotterdam 11 september 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:9892, RO 2024/95, r.o. 4.5. Zie ook het in de vorige paragraaf besproken arrest in de zaak *Yukos International/ООО Промнефтирой*. De rechtbank overweegt dat Yukos International de gestelde schade in Nederland heeft geleden, maar motiveert dit niet.

⁷³ Rechtbank Amsterdam 4 mei 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2144, JOR 2023/36 m.nt. J. Roest, r.o. 5.18 en 5.19.

⁷⁴ Rechtbank Gelderland 15 december 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6737, r.o. 4.2.

Het gaat om de gevolgen van die beslissingen – de gestelde verhaalsfrustratie – en die effectueerden zich in België. Evenmin is van belang dat het vermogen werd overgeheveld naar een Nederlandse vennootschap (i.c. QH Holding), nu het verweten leeghalen in België geschiedde.⁷⁵

Voor de bepaling van het toepasselijke recht op de *Beklamel*-vordering van Intertrust BV tegen een in het buitenland wonende bestuurder van een Nederlandse BV knoopte de rechtbank Amsterdam daarentegen aan bij de Nederlandse plaats van vestiging van de eiser, met als uitkomst toepassing van Nederlands recht.⁷⁶ Ook in twee gevallen waarin de bestuurder zowel een *Beklamel*-verwijt als een verwijt van verhaalsfrustratie werd gemaakt, werd de *locus damni* gelokaliseerd ter plaatse van de vestiging van de eiser. Zie de procedure van een in Rotterdam gevestigde maatschap tegen een in België wonende indirecte bestuurder van een Nederlandse vennootschap, gebaseerd op *Beklamel* en verhaalsfrustratie, waarin de rechtbank Rotterdam tot toepassing kwam van Nederlands recht, nu de gestelde schade volgens de rechtbank werd geleden ter plaatse van vestiging van de maatschap.⁷⁷ Zie voorts het vonnis van de rechtbank Overijssel in de zaak van een in Polen gevestigde eiser tegen een in Nederland wonende bestuurder van een Nederlandse BV (ook hier lagen een *Beklamel*-verwijt en het verwijt van verhaalsfrustratie ten grondslag aan de vordering):

‘Omdat de schade die [eiser] stelt geleden te hebben bestaat uit het gedeelte van de koopprijs voor de mondkmaskers dat hij niet ontvangen heeft, terwijl hij in Polen gevestigd is en de koopprijs op zijn in Polen aanhouden bankrekening had moeten ontvangen doet de schade zich voor in Polen.’⁷⁸

De rechtbank komt op basis van het land van vestiging van benadeelde, waar deze ook zijn bankrekening aanhoudt, uit bij toepassing van Pools recht. In hoger beroep komt het Hof Arnhem-Leeuwarden in deze zaak op grond van art. 4 lid 3 Rome II tot toepassing van Nederlands recht (zie par. 3.2.2).⁷⁹

In een derde zaak waarin de bestuurder zowel een *Beklamel*-verwijt als een verwijt van verhaalsfrustratie werd gemaakt, kwam de rechtbank Rotterdam op grond van art. 4 lid 1 Rome II tot toepassing van Nederlands recht zonder te motiveren waarom de *locus damni* in Nederland lag.⁸⁰ Het enige buitenlandse element in deze zaak was de woonplaats van de gedaagde bestuurder; zowel de plaats van vestiging van de eiser als de plaats van vestiging van de vennootschap lagen in Nederland.

75 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 22 november 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:4008, r.o. 3.5.4.

76 Rechtbank Amsterdam 15 september 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:5796, r.o. 4.8.

77 Rechtbank Rotterdam 11 september 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:8820, r.o. 4.2; zie ook de uitspraak in het bevoegdheidsincident in deze zaak: ECLI:NL:RBROT:2024:1765, r.o. 2.9.

78 Rechtbank Overijssel 10 augustus 2022, ECLI:NL:ROVE:2022:4128, RO 2024/36 met wenk A. Rosielle, r.o. 5.4.

79 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:2132, JOR 2024/220 m.nt. R.B. van Hees, RBP 2024/51, wenk M.R.C. van Zoest, r.o. 3.7-3.8.

80 Rechtbank Rotterdam 11 september 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:9892, RO 2024/95, r.o. 4.5.

3.2.2 Toepassing art. 4 lid 3 Rome II

In vijf uitspraken komt de rechter – al dan niet via art. 10:159 BW – op grond van art. 4 lid 3 Rome II uit bij het recht van het land waarmee op basis van alle omstandigheden een nauwere band bestaat dan met het land waar de schade is ingetreden.⁸¹ In elk van deze gevallen heeft de partij die de vordering tegen de bestuurder heeft ingesteld zijn woonplaats c.q. plaats van vestiging buiten Nederland.

In drie van de vijf gevallen komt de rechter op grond van art. 4 lid 1 Rome II uit bij buitenlands recht omdat de schade wordt gelokaliseerd in het land waar de eiser woont of is gevestigd. Vervolgens komt de rechter met toepassing van art. 4 lid 3 Rome II tot het oordeel dat de onrechtmatige daad in kwestie nauwer verbonden is met het Nederlandse recht.

In de eerste van deze drie zaken motiveert de rechtbank Amsterdam de toepassing van Nederlands in plaats van Turks recht op een *Ontvanger/Roelofsen*-vordering (gebaseerd op *Be-klamel* en verhaalsfrustratie) als volgt:

‘In beginsel wijst Rome II kort gezegd het recht van het land waar de schade zich voordoet aan (artikel 4 lid 1), in dit geval Turkije, tenzij uit de omstandigheden blijkt dat de onrechtmatige daad een kennelijk nauwere band heeft met een ander land (artikel 4 lid 3), dan geldt het recht van dat land. Deze uitzondering doet zich hier voor. Immers bestaat in dit geval een nauwere band met Nederland, omdat het bestuurlijk handelen en/of nalaten volgens de vordering van Akarteks is gepleegd door een in Nederland gevestigde besturende vennootschap, waarvan de uiteindelijke (middellijke) bestuurder-natuurlijk persoon de Nederlandse nationaliteit heeft, terwijl het handelen bovendien betrekking heeft op goederen die in Nederland zouden worden geleverd ten behoeve van een in Nederland gevestigde vennootschap. Vanwege deze nauwere band met Nederland is Nederlands recht van toepassing op de gestelde onrechtmatige daad en bestuurdersaansprakelijkheid.’⁸²

In de tweede zaak komt de rechtbank Den Haag op basis van de volgende overweging tot toepassing van Nederlands in plaats van Italiaans recht (in een zaak waarin zowel een *Bekla-mel*-verwijt als een verwijt van betalingsonwil aan de bestuurder werd gemaakt):

‘Rome II wijst in beginsel het recht van het land waar de schade zich voordoet aan (artikel 4 lid 1 Rome II). [gedaagde sub 1] stelt terecht dat dit Italië is, omdat SEL – gevestigd in Italië – de schade als gevolg van het uitblijven van de betaling van de facturen daar lijdt. Indien echter uit de omstandigheden blijkt dat de onrechtmatige daad een kennelijk nauwere band heeft met een ander land, is het recht van dat land van toepassing (artikel 4 lid 3 Rome II). Naar het oordeel van de rechtbank doet deze uitzondering zich hier voor. Aan de vorderingen van SEL ligt ten grondslag het handelen en/of

81 Rechtbank Amsterdam 4 mei 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2920, *NTHR* 2022, afl. 5, p. 199 en *NTHR* 2022, afl. 5, p. 201, r.o. 4.7; Rechtbank Den Haag 23 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12572, r.o. 2.6; Rechtbank Den Haag, 20 december 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:20873, *RO* 2024/41, r.o. 4.7-4.8; Gerechtshof ’s-Hertogenbosch, 19 maart 2024, ECLI:NL:GHSHE:2024:922, r.o. 3.7.2; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:2132, *JOR* 2024/220 m.nt. R.B. van Hees, *RBP* 2024/51, wenk M.R.C. van Zoest, r.o. 3.7-3.8.

82 Rechtbank Amsterdam 4 mei 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2920, *NTHR* 2022, afl. 5, p. 199 en *NTHR* 2022, afl. 5, p. 201, r.o. 4.7.

nalaten van (feitelijk) bestuurders van een Nederlandse vennootschap. Gedaagden woonden destijds in Nederland op het vestigingsadres van [Bedrijf 1] (een appartement in [vestigingsplaats]). Verder vonden de zakelijke bijeenkomsten tussen gedaagden en [Naam] ook plaats in Nederland. [gedaagde sub 1] voert weliswaar aan dat de vergaderingen vaker in Italië plaatsvonden, maar dat blijkt nergens uit, zodat de rechtbank daaraan als onvoldoende onderbouwd voorbijgaat. Deze omstandigheden samen genomen maken dat de onrechtmatige daad een kennelijk nauwere band heeft met Nederland. Dat in de tussen SEL en [Bedrijf 1] gesloten overeenkomst een forumkeuze is gemaakt voor de Italiaanse rechter, doet hier niet aan af, omdat het in de onderhavige zaak gaat om bestuurdersaansprakelijkheid van gedaagden.⁸³

In de derde zaak vernietigt het hof Arnhem-Leeuwarden het in par. 3.3.1 genoemde vonnis van de rechtbank Overijssel uit 2022.⁸⁴ Het hof beoordeelt opnieuw welk recht van toepassing is en komt, in navolging van de rechtbank, uit bij Polen (land van de woonplaats van de benadeelde) als land waar de schade is ingetreden. Vervolgens komt het hof op grond van de volgende overweging tot toepasselijkheid van Nederlands in plaats van Pools recht:

‘Het gaat hier om de aansprakelijkheid van (middellijk) bestuurders van een naar Nederlands recht opgerichte besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. De vennootschap is in Nederland gevestigd, net als haar bestuurder Holding. De andere (middellijk) bestuurder, [geïntimeerde2], woont in Nederland. De verwijten die aan de (middellijk) bestuurders worden gemaakt, betreffen onrechtmatig handelen door betalingsonwil en/of wetenschap bij het aangaan van de koopovereenkomst dat de vennootschap haar verplichtingen niet kon nakomen. Zij zijn dus niet los te zien van het Nederlandse incorporatierecht en de daaruit voortvloeiende, voor bestuurders van naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen in Nederland geldende normen. Het ernstig persoonlijk verwijt dat de bestuurders hier wordt gemaakt, houdt tevens verband met en is ontleend aan een uit het Nederlandse vennootschapsrecht stammende bijzondere (zij het interne) zorgvuldigheidsnorm: art. 2:9 BW. Daarbij komt dat het onrechtmatig handelen van de (middellijk) bestuurders (door middel van feitelijk handelen van [geïntimeerde2]) voortvloeit uit het sluiten van een overeenkomst van de vennootschap met [appellant] (ook feitelijk via [geïntimeerde2]). Ook al zijn de (middellijk) bestuurders zelf geen contractspartij van [appellant] geworden: er is sprake van een nauw met de onrechtmatige daad samenhangende betrekking tussen de partijen. In een voorafgaande procedure bij de Nederlandse rechter – over de niet-nakoming door de vennootschap van haar betalingsverplichting uit de koopovereenkomst – is in het vonnis van 7 juli 2021 Nederlands recht toegepast (in aanvulling op de bepalingen van het Weens Koopverdrag). In de huidige procedure tegen de (middellijk) bestuurders heeft [appellant] ook stellingen uit die eerdere procedure aangevoerd. In het licht van al deze specifieke omstandigheden die tezamen evident duiden op een kennelijk nauwere band met het Nederlandse recht en de Nederlandse rechtssfeer, acht het hof de algemene regel om het recht toe te passen van de staat waar de schade zich heeft voorgedaan niet passend. Dit is ook in lijn met overweging 14 van Verordening Rome II: “De eis van rechtszekerheid en de noodzaak om recht te doen in individuele gevallen zijn wezenlijke onderdelen van een ruimte van rechtvaardigheid. Deze verordening voorziet in de aanknopingsfactoren die het meest geschikt zijn om deze doelstellingen te verwezenlijken. Derhalve schrijft deze veror-

83 Rechtbank Den Haag, 20 december 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:20873, RO 2024/41, r.o. 4.7.

84 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:2132, JOR 2024/220 m.nt. R.B. van Hees, RBP 2024/51, wenk M.R.C. van Zoest.

dening een algemene regel voor, maar voorziet zij ook in specifieke regels en, in sommige bepalingen, in een „ontsnappingsclausule” waardoor mag afgeweken worden van deze regels voor het geval dat uit alle omstandigheden van het geval blijkt dat de onrechtmatige daad een kennelijk nauwere band heeft met een andere lidstaat. Dit geheel van regels schept aldus een flexibel kader van collisieregels. Eveneens kunnen de rechtbanken waarbij individuele geschillen aanhangig zijn gemaakt, deze op een passende wijze behandelen.” [onderstreping LL]⁸⁵

Opvallend in deze overweging is dat het hof medebepalend acht voor de nauwere band met het Nederlandse recht dat het gaat om een vordering die niet los te zien is van het Nederlandse incorporatierecht.

Dan is er nog een vonnis waarin, naar het oordeel van de rechtbank Den Haag, de toepassing van art. 4 lid 1 Rome II niet tot gevolg heeft dat het recht van de (buitenlandse) woonplaats van eiser van toepassing zou zijn, maar toch wordt overgegaan tot een aanknoping op basis van de overige omstandigheden van het geval waaruit een nauwe band met Nederland zou blijken. De feiten van de zaak zijn als volgt. Super.Natural, een Zwitserse producent van buitensportkleding, heeft een vordering op grond van onrechtmatige daad ingesteld tegen de indirecte bestuurder van de Nederlandse importeur IWA. Super.Natural stelt dat IWA de door Super.Natural geleverde goederen niet conform de afspraak heeft doorgeleverd aan Bever Sport, maar dat deze zijn verduisterd. Voorts stelt Super.Natural dat IWA facturen aan Bever Sport heeft gestuurd voor niet door haar, maar door Super.Natural zelf aan Bever Sport geleverde goederen. Super.Natural stelt dat de indirecte bestuurder deze handelingen namens IWA heeft verricht en daarmee onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld. De rechtbank noemt zowel art. 4 lid 1 als art. 4 lid 3 Rome II en overweegt vervolgens:

‘Naar het oordeel van de rechtbank geldt in dit geval dat, zo al niet moet worden aangenomen dat Super.Natural de gestelde schade als gevolg van de factuurfraude in Nederland heeft geleden, de onrechtmatige daad in elk geval de nauwste band heeft met Nederland. Het gaat om leveranties van Super.Natural in Nederland waardoor Super.Natural de schade ook in de Nederlandse markt heeft geleden. De rechtbank zal de vorderingen van Super.Natural dan ook naar Nederlands recht beoordelen.’⁸⁶

Onduidelijk is waarom de rechtbank geen aandacht besteedt aan de mogelijkheid dat de *locus damni* in Zwitserland ligt, waar Super.Natural gevestigd is. De gewraakte handelingen – verduistering van door de Zwitserse vennootschap geleverde goederen en het sturen van facturen voor door de Zwitserse vennootschap geleverde goederen – vonden in Nederland plaats, maar dat betekent niet zonder meer dat dit de plaats is waar de schade is ingetreden. Het lijkt erop dat de rechtbank het *Handlungsort* hier zwaar laat meewegen bij de omstandigheden die meebrengen dat de vordering nauwer verbonden is met Nederlands recht.

In de laatste van de vijf zaken komt de rechter op grond van art. 4 lid 1 Rome II en art. Rome II tot dezelfde uitkomst. Het betreft een eiser met woonplaats in het Verenigd Koninkrijk die een in Nederland wonende bestuurder van Duitse vennootschappen wegens verhaalsfrustratie

⁸⁵ R.o. 3.7.

⁸⁶ Rechtbank Den Haag 23 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12572, r.o. 2.6.

aansprakelijk heeft gesteld. Het hof Den Bosch past eerst art. 4 lid 1 Rome II toe.⁸⁷ Op grond van de volgende omstandigheden lokaliseert het hof de *locus damni* in Duitsland:

- ‘ het gaat om in Duitsland gevestigde ondernemingen ([---] en [zzz]);
- het verwijt ziet op het verschuiven van vermogen tussen Duitse bankrekeningen binnen die Duitse vennootschapsstructuur: het nadeel dat [appellant] stelt te hebben geleden bestaat erin dat het tegoed op die bankrekening als verhaalsobject is verdwenen;
- [---] is in Duitsland is ontbonden;
- [zzz] wordt in Duitsland geliquideerd;
- de wijze waarop de liquidatie plaatsvindt geschiedt naar Duits recht;
- daarvoor is een Duitse accountant ingeschakeld.’⁸⁸

Vervolgens concludeert het hof dat toepassing van art. 4 lid 3 Rome II ook tot Duits recht leidt, waarbij het benadrukt dat de enige band met Nederland de woonplaats van de aansprakelijk gestelde bestuurder is:

‘Als de hoofdregel al niet op dit geheel van omstandigheden van toepassing zou zijn, dan is het hof van oordeel dat Duits recht toepasselijk is op grond van lid 3 van voornoemd artikel. Het hof verwerpt het betoog van [appellant] dat op grond van lid 3 van artikel 4 van Vo. 864/2007 (Rome II) Nederlands recht van toepassing is. De enige band met Nederland is het feit dat [geïntimeerde] (die niet de Nederlandse nationaliteit heeft) in Nederland woont.’⁸⁹

4. Conclusie

Onverkorte toepassing van art. 4 lid 1 Rome II op een *Ontvanger/Roelofsen*-vordering kan leiden tot het resultaat dat buitenlands recht moet worden toegepast op de aansprakelijkheid voor een ‘in hoedanigheid’ gepleegde onrechtmatige daad van een bestuurder van een Nederlandse vennootschap. Het kan ook leiden tot toepassing van Nederlands recht op de ‘in hoedanigheid’-aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad van een bestuurder van een buitenlandse vennootschap. In de literatuur worden hiertegen verschillende bezwaren aangevoerd. Toepassing van de conflictregels van Rome II zou betekenen dat eraan voorbij wordt gegaan dat het vennootschapsrecht de *Ontvanger/Roelofsen*-vordering inkleurt. In de literatuur wordt dit argument met een blik op het Nederlandse materiële recht ingevuld. In Nederland geldt immers op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad voor aansprakelijkheid van een bestuurder voor een ‘in hoedanigheid’ gepleegde onrechtmatige daad dat deze ernstig verwijtbaar moet hebben gehandeld, net als vereist is voor bestuurdersaansprakelijkheid jegens de vennootschap op grond van art. 2:9 BW. Ik heb moeite met dit argument omdat het veel weg heeft van een cirkelredenering: het Nederlands recht moet worden toegepast omdat normen van Nederlands recht van toepassing zijn. Ook het argument dat onverkorte toepassing van het op grond van art. 4 Rome II aangewezen recht op gespannen voet zou staan met de uitzondering in art. 1 lid 2 onder d Rome II voor aansprakelijkheid van bestuurders voor schulden van de vennootschap, vind ik

⁸⁷ Gerechtshof ’s-Hertogenbosch, 19 maart 2024, ECLI:NL:GHSHE:2024:922.

⁸⁸ R.o. 3.7.2.

⁸⁹ Ibid.

niet overtuigend. Het is immers de vraag of alle *Ontvanger/Roelofsen*-vorderingen kwalificeren als vordering gebaseerd op de schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm die voortvloeit uit de rechtsbetrekking tussen bestuurder en vennootschap en daarom als uitgezonderd van het toepassingsgebied van Rome II.⁹⁰ Wel zie ik reden om af te wijken van aanknopings aan de *locus damni* omwille van de rechtszekerheid. De *locus damni* is bij zuivere vermogensschade vaak een lastig te lokaliseren (en daarmee lastig te voorspellen) aanknopingspunt. Bovendien kan dit aanknopingspunt ertoe leiden dat wordt aangeknoopt aan het land waar de benadeelde zijn woonplaats heeft. De aansprakelijk gestelde bestuurder moet rekening houden met de toepassing van uiteenlopende aansprakelijkheidsregels als schuldeisers in verschillende landen schade hebben geleden. Hierdoor rijst – overigens ook in andere gevallen dan de *Ontvanger/Roelofsen*-casus – de vraag of de *locus damni* in geval van zuivere vermogensschade wel steeds zo'n gelukkig aanknopingspunt is.⁹¹

Uit mijn jurisprudentieonderzoek maak ik op dat de vaststelling van de *locus damni* in gevallen van verhaalsfrustratie niet voor problemen hoeft te zorgen. In dit soort gevallen kan de rechter immers aanknopen bij de plaats van vestiging van de vennootschap (omdat de schade rechtstreeks is ingetreden in het vermogen van de vennootschap). De bepaling van de *locus damni* is minder eenduidig in de gevallen waarin een in het buitenland gevestigde schuldeiser een *Beklamel*-vordering⁹² heeft ingesteld. De rechtspraakanalyse laat zien dat de rechter in zulke gevallen geregeld gebruik maakt van art. 4 lid 3 Rome II om uit te komen bij het land waar de vennootschap is gevestigd.

De rechter weet zich dus wel te redden met de toepassing van Rome II op de *Ontvanger/Roelofsen*-vordering. Dat neemt niet weg dat het goed zou zijn als de Europese wetgever de harmonisatie van de vennootschapsrechtelijke conflictregels ter hand zou nemen.⁹³

90 Zie het criterium geformuleerd in HvJ EU (*BMA*), r.o. 55.

91 Zie Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2022/998.

92 Of een vordering op grond van betalingsonwil.

93 Zie Van den Braak 2017, p. 626 (zie noot 15).

