

boedel zou komen. De curator pro se is dan jens de boedel aansprakelijk voor de geleden schade.

14. Tot toewijzing van een verzoek tot veroordeling in de volledige proceskosten kan de rechter overgaan als de eiser misbruik heeft gemaakt van procesrecht of onrechtmatig heeft gehandeld door de procedure te initiëren. Art. 3:13 lid 2 BW bepaalt dat van misbruik van recht sprake kan zijn indien men in redelijkheid niet tot uitoefening van een bevoegdheid had kunnen komen, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang van uitoefening van de bevoegdheid en de belangen die daardoor worden geschaad. Er is ruimte voor toewijzing van de vordering tot een veroordeling in de volledige proceskosten als de rechtbank tot het oordeel zou zijn gekomen dat de wijze van procederen niet aangemerkt kan worden als het verdedigbaar gebruikmaken van het fundamentele recht om belangen aan de rechter voor te leggen en diens beslissing daaromtrent te verkrijgen (zie HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3516; HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828 en Rb. Amsterdam 9 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7430).

W.J.P. Jongepier,
advocaat bij Dentons Boekel NV te Amsterdam

94

Rechtbank Midden-Nederland zp Utrecht
30 januari 2019, rolnr. HA ZA 17-682,
ECLI:NL:RBMNE:2019:242
(mr. Van den Boom, mr. Van Driel van
Wageningen, mr. Brouwer)
Noot mr. T.A.G. Bens

Internationaal faillissementsrecht. Vordering tot tussenkomst in hoofdprocedure betreffende Peeters/Gatzen-vordering. Rechtsmacht. Ruime uitleg "gerecht waarvoor de oorspronkelijke vordering aanhangig is gemaakt" ex art. 8 lid 2 Brussel I-bis. Art. 8 lid 2 Brussel I-bis kan ook worden toegepast als dat gerecht zijn bevoegdheid ontleent aan een andere EU-bron dan Brussel I-bis. Verwijzing naar HvJ EG 15 mei 1990, ECLI:EU:C:1990:203 (Kongress Agentur Hagen/Zeehaghe) en HvJ 4 september 2014, «JOR» 2015/87, m.nt. Veder (Nickel & Goeldner). Vervolg op Rb. Midden-Nederland 23 mei 2018, «JOR» 2018/257, m.nt. Beunk.

[Brussel I-bis art. 8 lid 2; EEX art. 2, 5, 6 aanhef en sub 2]

De vorderingen die de stichting (eiseres in het incident) door tussenkomst in de procedure tussen de curator en gedaagde beoogt in te stellen tegen gedaagde, vallen onder het toepassingsbereik van Brussel I-bis, zodat de bevoegdheid om van deze vorderingen kennis te nemen aan de hand van deze verordening moet worden beoordeeld. Op grond van art. 8 lid 2 Brussel I-bis kan een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een EU-lidstaat, bij een vordering tot tussenkomst worden opgeroepen "voor het gerecht waarvoor de oorspronkelijke vordering aanhangig is gemaakt, tenzij de vorderingen slechts zijn ingesteld om hem te onttrekken aan de bevoegdheid van de rechter die bevoegd zou zijn in zijn zaak." Uit HvJ EG 15 mei 1990, ECLI:EU:C:1990:203 (Kongress Agentur Hagen/Zeehaghe) moet worden afgeleid dat met betrekking tot art. 6 aanhef en sub 2 EEX "gerecht waarvoor de oorspronkelijke vordering aanhangig is gemaakt" ruim moet worden uitgelegd. Aangezien art. 6 lid 2 EEX gelijklopend is aan art. 8 lid 2 Brussel I-bis, is deze uitleg van deze bepaling van belang voor het onderhavige geval. Dit arrest betrof echter de vraag of het voor de toepassing van de bevoegdheidsregeling voor een vordering tot vrijwaring (hetgeen dus ook geldt

voor vorderingen tot voeging en tussenkomst) nog uitmaakte op welke bepalingen van dezelfde bron (het EEX) de rechtsmacht voor de oorspronkelijke vordering was gebaseerd: art. 2 of 5 EEX.

De vraag die in het kader van deze procedure beantwoord moet worden, is of de regeling van art. 8 lid 2 Brussel I-bis zo ruim moet worden opgevat dat deze ook kan worden toegepast als het "gerecht waarvoor de oorspronkelijke vordering aanhangig is gemaakt" zijn bevoegdheid ontleent aan een andere EU-bron dan Brussel I-bis. Immers, in het vonnis van 23 mei 2018, «JOR» 2018/257, m.nt. Beunk is de bevoegdheid om kennis te nemen van de vorderingen in de hoofdzaak beperkt tot de Peeters/Gatzen-vordering en is deze bevoegdheid gebaseerd op de IVO. Deze vraag wordt bevestigend beantwoord en wel op grond van het volgende: (-) art. 8 lid 2 Brussel I-bis moet ruim worden uitgelegd, (-) de grondslag voor de bevoegdheid van het gerecht van de oorspronkelijke vordering om kennis te nemen van een vordering tot tussenkomst is gelegen in de concentratie van verknochte vorderingen; die ratio geldt onverkort bij verknochtheid van een "normale handelsvordering" met een "insolventiegerelateerde vordering" (-) een andere uitleg zou betekenen dat de stichting haar vorderingen aanhangig zou moeten maken bij de rechter van de vestigingsplaats van gedaagde, dus in Duitsland, waardoor het risico ontstaat op tegenstrijdige beslissingen ten aanzien van deze verknochte vorderingen, (-) de ruime uitleg is beperkt tot gerechten die hun bevoegdheid om kennis te nemen van de oorspronkelijke vordering ontleenen aan een bron die binnen de EU aanvaarde regels bevat omtrent bevoegdheid (zoals de VO), (-) de IVO en Brussel I-bis zijn complementair bedoeld: waar Brussel I-bis een leemte laat, wordt dit opgevuld door de IVO. Zie onder meer HvJ 4 september 2014, «JOR» 2015/87, m.nt. Veder (Nickel & Goeldner/Kintra). De rechtbank is dus op grond van art. 8 lid 2 Brussel I-bis bevoegd om van de vordering tot tussenkomst kennis te nemen.

Mr. W.J.M. van An del te Utrecht, in zijn hoedanigheid van opvolgend curator in het faillissement van BMA Nederland BV, eiser in de hoofdzaak, verweerder in het incident, advocaat: mr. G. Konings, tegen de vennootschap naar Duits recht BMA Braunschweigische Maschinenbauanstalt AG te Braunschweig (Duitsland), gedaagde in de hoofdzaak, verweerster in het incident, advocaat: mr. L.P. Kortmann, en de stichting Stichting Belangenbehartiging Crediteuren BMA Nederland te Wijk bij Duurstede, eiseres in het incident, advocaat: mr. F. Eikelboom.

(...; red.)

2. De beoordeling in het incident

2.1. De Stichting dient de belangen van crediteuren van BMA Nederland BV die stellen schade te lijden of te hebben geleden door het handelen van BMA AG. De Stichting heeft aansluitingsovereenkomsten gesloten met meer dan 50 (concurrente) crediteuren. Hun gezamenlijke vorderingen bedragen circa € 1,2 miljoen, ongeveer 40% van alle erkende vorderingen van concurrente crediteuren die niet gelieerd zijn aan BMA AG. De Stichting vordert dat haar wordt toegestaan in de hoofdzaak tussen te komen. De curator refereert zich aan het oordeel van de rechtbank. BMA AG voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

Vordering tot tussenkomst

2.2. Een partij kan op de voet van artikel 217 Rv in een aanhangig geding vorderen te mogen tussenkomen indien zij een eigen vordering wenst in te stellen tegen (een van) de procederende partijen en voldoende belang heeft zich met dat doel te mengen in het aanhangige geding in verband met de nadelige gevolgen die zij van de uitspraak in de hoofdzaak kan ondervinden. Dat belang kan erin bestaan dat in verband met de gevolgen die de uitspraak in de hoofdzaak kan hebben, benadeling of verlies van een recht van

de tussenkomen partij dreigt, dan wel diens positie anderszins kan worden benadeeld (Hoge Raad 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:768).

2.3. Dit betekent dat voor de beoordeling van dit incident alleen die stellingen van partijen van belang zijn die 1) raken aan de bevoegdheid om van de incidentele vordering kennis te nemen dan wel 2) betrekking hebben op het ontbreken van voldoende belang bij tussenkomen, als vereist door de Hoge Raad in voormeld arrest. De overige stellingen van partijen zien op de toewijsbaarheid van de door de Stichting in de hoofdzaak in te stellen vorderingen, en komen dus pas in de hoofdzaak aan de orde.

Ad 1) rechtsmacht ten aanzien van de vordering tot tussenkomen

2.4. BMA AG heeft zich onder meer tegen de incidentele vordering verweerd met de stelling dat de Nederlandse rechter niet bevoegd zal zijn om kennis te nemen van de vorderingen die de Stichting beoogt tegen haar in te stellen.

Volgens de Stichting is de Nederlandse rechter wel bevoegd, en wel op grond van artikel 7 lid 2 en artikel 8 leden 1 en 2 van de Brussel Ibis-verordening (verordening nr. 1215/2012).

2.5. De rechtbank constateert dat het verweer van BMA AG zich strikt formeel genomen niet richt tegen de incidentele vordering (om tussenkomen toe te staan), maar tegen de (na verlening van deze toestemming) in te stellen vorderingen. Naar het oordeel van de rechtbank moet deze bevoegdheidskwestie echter al in het kader van het incident worden beoordeeld, aangezien sprake is van een vordering met een internationaal karakter (door de woonplaats van de beoogde verweerder van de in te stellen vorderingen) en internationaal (in ieder geval binnen de EU) dit onderscheid niet wordt gemaakt. Daar wordt alleen gesproken over de bevoegdheid om kennis te nemen van “de vordering tot tussenkomen” (zie artikel 8 lid 2 van de Brussel Ibis-Vo), waarmee bevoegdheid wordt geschapen voor zowel de toelating van een derde tot de procedure, als de door deze derde in te stellen vorderingen.

2.6. De vorderingen die de Stichting door tussenkomen in de procedure tussen de curator en BMA AG beoogt in te stellen tegen BMA AG, vallen onder het toepassingsbereik van de Brussel Ibis-Vo, zodat de bevoegdheid om van deze vorderingen kennis te nemen aan de hand van deze verordening moet worden beoordeeld.

2.7. Op grond van artikel 8 lid 2 van deze verordening kan een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een EU-lidstaat, bij een vordering tot tussenkomen worden opgeroepen “voor het gerecht waarvoor de oorspronkelijke vordering aanhangig is gemaakt, tenzij de vorderingen slechts zijn ingesteld om hem te onttrekken aan de bevoegdheid van de rechter die bevoegd zou zijn in zijn zaak”. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie (C-365/88) moet worden afgeleid dat “gerecht waarvoor de oorspronkelijke vordering aanhangig is gemaakt” ruim moet worden uitgelegd. Zij heeft in dit kader als volgt overwogen (waar het ging om het vergelijkbare geval van een vordering tot vrijwaring):

“Art. 6 aanhef en sub 2 [van het EEG-Executieverdrag; thans artikel 8 sub 2 Brussel Ibis-Vo; toevoeging rechtbank] voorziet in een bijzondere bevoegdheid ter keuze van de verzoeker, welke keuzemogelijkheid is gegeven wegens het bestaan, in welbepaalde gevallen, van een bijzonder nauwe aanknopning tussen een vordering en de rechter die om wille van een rationele procesgang geroepen kan zijn van die vordering kennis te nemen (arrest van 28 nov. 1978, zaak 33/78, Somafer, Jurispr. 1978, p. 2183). Het Executieverdrag maakt het aldus mogelijk, het geding volledig bij een en hetzelfde gerecht te concentreren. Het feit dat de vordering ten gronde en de vordering tot vrijwaring verknocht zijn, vormt derhalve een voldoende grondslag voor de bevoegdheid van de rechter waarbij de vordering tot vrijwaring is ingesteld, ongeacht op welke regel de bevoegdheid in het bodemgeschied is gebaseerd; in zoverre zijn de bevoegdheid bedoeld in art. 2 en die bedoeld in art. 5 gelijkwaardig.”

Aangezien artikel 6 lid 2 EEG-Executieverdrag gelijkkluidend is aan artikel 8 lid 2 Brussel Ibis-Vo, is deze uitleg van deze bepaling van belang voor het onderhavige geval.

2.8. Dit arrest betrof echter de vraag of het voor de toepassing van de bevoegdheidsregeling voor een vordering tot vrijwaring (hetgeen dus ook geldt voor vorderingen tot voeging en tussenkomen) nog uitmaakte op welke bepalingen van dezelfde bron (het EEG-executieverdrag) de rechtsmacht voor de oorspronkelijke vordering was gebaseerd: artikel 2 of 5.

2.9. De vraag die in het kader van deze procedure beantwoord moet worden, is of de regeling van artikel 8 lid 2 Brussel Ibis-Vo zo ruim moet worden opgevat dat deze ook kan worden toegepast

als het “gerecht waarvoor de oorspronkelijke vordering aanhangig is gemaakt” zijn bevoegdheid ontleent aan een andere EU-bron dan de Brussel Ibis-Vo. Immers, in het vonnis van 23 mei 2018 (ECLI:NL:RBMNE:2018:2163) heeft deze rechtbank de bevoegdheid om kennis te nemen van de vorderingen in de hoofdzaak beperkt tot de Peeters/Gatzen-vordering, en deze bevoegdheid gebaseerd op de Insolventieverordening (nr. 1346/2000).

2.10. De rechtbank beantwoordt deze vraag bevestigend, en wel op grond van het volgende:

– artikel 8 lid 2 Brussel Ibis-Vo moet ruim worden uitgelegd,

– de grondslag voor de bevoegdheid van het gerecht van de oorspronkelijke vordering om kennis te nemen van een vordering tot tussenkomst is gelegen in de concentratie van verknochte vorderingen; die ratio geldt onverkort bij verknochtheid van een “normale handelsvordering” met een “insolventiegerelateerde vordering”,

– een andere uitleg zou betekenen dat de Stichting haar vorderingen aanhangig zou moeten maken bij de rechter van de vestigingsplaats van BMA AG, dus in Duitsland, waardoor het risico ontstaat op tegenstrijdige beslissingen ten aanzien van deze verknochte vorderingen,

– de door de rechtbank voorgestane ruime uitleg is beperkt tot rechten die hun bevoegdheid om kennis te nemen van de oorspronkelijke vordering ontleen aan een bron die binnen de EU aanvaardbare regels bevat omtrent bevoegdheid (zoals de Insolventieverordening),

– de Insolventieverordening en Brussel Ibis-Vo zijn complementair bedoeld: waar de Brussel Ibis-Vo een leemte laat (het is niet van toepassing op “het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures” (artikel 1)), wordt dit opgevuld door de Insolventieverordening. Zie onder meer HvJ 4 september 2014, C-157/13 («JOR» 2015/87, m.nt. Veder (*Nickel & Goeldner/Kintra*); red.).

2.11. De rechtbank is dus op grond van artikel 8 lid 2 Brussel Ibis-Vo bevoegd om van de vordering tot tussenkomst kennis te nemen.

Voldoende belang?

2.12. Zoals hiervoor onder 2.2 is overwogen, is voor toewijzing van een vordering tot tussenkomst vereist dat de tussenkomende partij daarbij een voldoende belang heeft in verband met de nadelige

gevolgen die zij van de uitspraak in de hoofdzaak kan ondervinden. Daaraan is naar het oordeel van de rechtbank voldaan:

– de mogelijkheid bestaat dat de curator in de hoofdzaak niet-ontvankelijk wordt verklaard wegens het niet voldoen aan het formele vereiste voor het mogen instellen van een Peeters-Gatzen-vordering (hierna: PGV), namelijk dat niet alle schuldeisers zijn benadeeld door het gestelde onrechtmatige handelen. In dat geval strandt de procedure op een formeel beletsel en zijn de kosten van de curator nodeloos gemaakt. Die kosten komen als boedelkosten indirect mede ten laste van de crediteuren die zich in de Stichting verenigd hebben. Door tussen te komen kan de Stichting voorkomen dat die kosten nodeloos zijn gemaakt en zeker stellen dat op haar vorderingen inhoudelijk wordt beslist;

– indien de PGV in de hoofdzaak wordt afgewezen op inhoudelijke gronden, bijvoorbeeld wegens het ontbreken van onrechtmatigheid aan het handelen van BMA AG, dan zal BMA AG zich daarop beroepen in een eventuele separate procedure die tegen haar wordt aangespannen door de crediteuren. Weliswaar heeft een dergelijke afwijzing geen gezag van gewijsde jegens de crediteuren, maar een afwijzing van de PGV op inhoudelijke gronden brengt hen wel in een nadeliger positie dan zonder een dergelijk oordeel. Ook het voorkomen daarvan is een belang van de Stichting bij tussenkomst.

Proceskosten in het incident

2.13. BMA AG zal, als de in het ongelijk gestelde partij, in de proceskosten worden veroordeeld die de Stichting jegens haar heeft gemaakt. De kosten die de curator in het incident heeft gemaakt, en de door de Stichting jegens de curator gemaakte kosten worden gecompenseerd in die zin dat beide partijen de eigen kosten dragen.

Verdere verloop van de procedure

2.14. De curator heeft verzocht om de conclusie van dupliek door BMA AG en de conclusie van eis door de Stichting gelijktijdig te laten nemen en om op korte termijn daarna een comparitie van partijen te gelasten.

2.15. De rechtbank is van oordeel dat de Stichting de gebruikelijke termijn van 6 weken dient te krijgen voor de indiening van haar conclusie van eis. Nu de termijn voor de conclusie van dupliek op een eerdere datum is bepaald, kan niet meer

bepaald worden dat de conclusies gelijktijdig genomen moeten worden. Verder acht de rechtbank het wenselijk eerst het verweer van de curator en BMA AG op de conclusie van eis van de Stichting te vernemen voordat een beslissing wordt genomen op het verzoek om een comparitie van partij en te bepalen.

3. De beslissing

De rechtbank
in het incident

- 3.1. staat de Stichting toe in de hoofdzaak tussen te komen,
- 3.2. veroordeelt BMA AG in de door de Stichting jegens haar gemaakte kosten (...; *red.*),
- 3.3. verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad,
- 3.4. compenseert de kosten voor het overige, in de hoofdzaak
- 3.5. bepaalt dat de zaak weer op de rol zal komen van 13 maart 2019 voor het nemen van de conclusie van eis in de tussenkomst door de [eiseres in het incident] (...; *red.*).

NOOT

1. De bovenstaande uitspraak is het vervolg op de procedure die is ingezet in Rb. Midden-Nederland 23 mei 2018, «JOR» 2018/257, m.nt. Beunk. Het kernpunt in beide procedures betreft de rechtsmacht van de Nederlandse rechter om kennis te nemen van een grensoverschrijdende Peeters/Gatzen-vordering ("PGV"). De uitspraak van 23 mei 2018 zag op de vordering uit onrechtmatige daad die door de curator van het failliet verklaarde BMA Nederland BV ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren was ingesteld tegen het in Duitsland gevestigde BMA AG. De uitspraak van 30 januari 2019 ziet op het verzoek tot tussenkomst van Stichting Belangenbehartiging Crediteuren BMA Nederland ("Stichting") in diezelfde procedure. Het een week later gewezen arrest HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96 (NK/Fortis) heeft gevolgen voor de kwalificatie van de PGV en de rechtsmacht van de Rechtbank Midden-Nederland onder de Insolventieverordening (Verordening (EG) nr. 1346/2000) en Brussel Ibis (Verordening (EU) nr. 1215/2012). In zowel de uitspraak van 23 mei 2018, als in de onderhavige uitspraak van 30 januari 2019 spelen enkele bevoegdheids-

vraagstukken die anders moeten worden bekeken na NK/Fortis en in deze annotatie stapsgewijs uiteen worden gezet.

2. De rechtbank heeft haar bevoegdheid om kennis te nemen van de PGV in de uitspraak van 23 mei 2018 gegrond op de Insolventieverordening, ondanks het feit dat de Hoge Raad reeds prejudiciële vragen had gesteld over de kwalificatie van die vordering (HR 8 september 2017, «JOR» 2017/334, m.nt. Broeders (*Rosbeek q.q./Fortis*). De rechtbank meende het oordeel van het Hof van Justitie niet af te hoeven wachten en is ervan uitgegaan dat de PGV niet onder het toepassingsbereik van Brussel Ibis valt. Bij een andersluidend oordeel zou zij alsnog haar onbevoegdheid kunnen uitspreken. De overweging van de rechtbank vond steun in de literatuur, zij het niet onverkort, wat reeds uitgebreid is besproken door D. Beunk in «JOR» 2018/257 en D.F.H. Stein in JBPr 2018/54 in hun annotaties bij de uitspraak van 23 mei 2018. De toenmalige status quo is inmiddels door het Hof van Justitie ten grave gedragen.

3. Het Hof van Justitie heeft in NK/Fortis geoordeeld dat de PGV onder het toepassingsbereik van Brussel Ibis valt, aangezien die vordering gegrond is op de algemene regels van het burgerlijk recht en niet voortvloeit uit daarvan afwijkende, specifieke regels voor de insolventieprocedure (r.o. 37). Daarbij tilt het Hof zwaar aan het feit dat de individuele schuldeisers voor, na en tijdens faillissement een vordering uit onrechtmatige daad kunnen instellen, die niet tot de uitsluitende bevoegdheid van de curator om de PGV in te stellen behoort (r.o. 35-36). Natuurlijk klopt dat laatste naar Nederlands recht niet. De vordering die de curator instelt *ten behoeve van* de gezamenlijke schuldeisers, heeft immers een andere aard dan de *individuele vorderingen van* de gezamenlijke schuldeisers. De precieze dogmatische kwalificatie van de PGV is echter complex en moeilijk te duiden, zo ook voor het Hof (zie I. Spinath, 'Het beperkte bereik van de Peeters/Gatzen-vordering en de wenselijkheid daarvan', TOP 2016/280 en P.J. Hooghoudt & D.C. van Sisseren-Roesingh, 'Een redelijke uitkomst als leidraad voor afbakening van de Peeters/Gatzen-vordering', *MvV* 2018/02). De Insolventieverordening biedt derhalve geen grondslag meer voor de bevoegdheid van de rechtbank in de uitspraak van 23 mei 2018, waarmee

tevens de grondslag voor haar bevoegdheid in de uitspraak van 30 januari 2019 vervalt (zie r.o. 2.9 van de laatste uitspraak).

4. Ten aanzien van de uitspraak van 23 mei 2018 moet worden vastgesteld of de rechtbank nog steeds bevoegd is om te oordelen over de PGV die is ingesteld door de curator in de oorspronkelijke procedure. De Duitse rechter is volgens de hoofdregel van art. 4 Brussel Ibis bevoegd, aangezien BMA AG in Duitsland is gevestigd. De alternatieve grondslag voor onrechtmatige daad van art. 7 lid 2 Brussel Ibis biedt mogelijk soelaas, maar is niet onomstreden. De plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan omvat zowel de plaats waar de schade is ingetreden, als de plaats van de gebeurtenis die met de schade in oorzakelijk verband staat (HvJ EG 30 november 1976, EU:C:1976:166 (*Kalimijnen*), r.o. 28). De schending van de zorgplicht jegens de gezamenlijke crediteuren heeft, zoals BMA AG destijds terecht heeft betoogd, plaatsgevonden in Duitsland (r.o. 2.6 van de uitspraak van 23 mei 2018). Waar de schade is ingetreden valt te betwisten, hoewel vaststaat dat het zuiver financiële schade betreft. Uit het arrest Universal Music volgt dat het enkele feit dat financiële schade intreedt op de bankrekening van de eiser in ieder geval onvoldoende is om aan te knopen bij die plaats voor de toepassing van art. 7 lid 2 Brussel Ibis (HvJ 16 juni 2016, «JOR» 2016/276, m.nt. Arons, r.o. 34-38). Het Hof heeft echter een voorbehoud gemaakt op bovenstaande regel die in het kader van de grensoverschrijdende PGV na NK/Fortis nadere bestudering verdient.

5. De bevoegdheid van de rechter van de plaats waar zuiver financiële schade is ingetreden, is niet categorisch uitgesloten, maar afhankelijk gesteld van het bestaan van "andere bijzondere omstandigheden" (Universal Music, r.o. 39). In het arrest Kolassa werd een dergelijke omstandigheid in het kader van prospectusaansprakelijkheid gegrond op het niet-voldoen aan wettelijke informatieplichten (HvJ 28 januari 2015, «JOR» 2015/109, m.nt. Arons, r.o. 51). Het instellen van een PGV door de curator kan mijns inziens eveneens als een bijzondere omstandigheid worden aangemerkt die een aanknopingspunt bij de plaats van de boedel als plaats waar de schade is ingetreden rechtvaardigt. Het Hof heeft immers erkend dat de bevoegdheid voor het instellen van de vordering door de curator ont-

staat wanneer de insolventieprocedure is geopend en de opbrengst ten goede komt aan de boedel (NK/Fortis, r.o. 31-32). Aanknopingspunt bij de plaats van de boedel leidt niet als zodanig tot aanknopingspunt bij de woonplaats van de eiser (*forum actoris*), waarvan het Hof niets wil weten (zie HvJ EG 11 januari 1990, ECLI:EU:C:1990:8 (*Dumez*), r.o. 19). Bovendien zou voor het bepalen van het toepasselijk recht eveneens aangeknoopt kunnen worden bij de plaats waar de boedel is gelegen als plaats waar de schade is ingetreden onder art. 4 lid 1 Rome II (Verordening (EG) nr. 864/2007). De Rechtbank Midden-Nederland zou onder de voorgestelde aanknopingspunt bevoegd zijn om kennis te nemen van de door de curator ingestelde PGV naar Nederlands recht, waarmee de uitspraak van 23 mei 2018 in stand kan blijven.

6. De uitspraak van 30 januari 2019 kan echter onder geen beding de toets der kritiek doorstaan. De rol van de Stichting en de aard van de vorderingen die zij in wenst te stellen, worden in het kader van haar verzoek tot tussenkomst slechts marginaal geduid (zie r.o. 2.1). Duidelijk is dat de Stichting middels aansluitingsovereenkomsten optreedt namens vijftig (concurrente) crediteuren in het faillissement van BMA Nederland met gezamenlijke vorderingen ter waarde van 40% van alle erkende vorderingen. Waarschijnlijk betreft het een constructie met procesvolmachten, waarbij de Stichting vorderingen instelt in naam van de crediteuren. De vorderingen zijn gezien het beroep van de Stichting op art. 7 lid 2 Brussel Ibis hoogstwaarschijnlijk vorderingen uit onrechtmatige daad (r.o. 2.4). De crux van de onderhavige uitspraak is dat de curator de Peeters/Gatzen-vordering heeft ingesteld *ten behoeve van* de gezamenlijke crediteuren, terwijl de Stichting *individuele vorderingen* uit onrechtmatige daad instelt *namens* een deel van de gezamenlijk crediteuren (zie D. Beunk, «JOR» 2018/257, par. 7). Duidelijk is in ieder geval dat de Stichting geen eigen vordering instelt, maar optreedt als een soort pseudo-curator namens de gedeeltelijke crediteuren. De tussenkomst van de Stichting moet in dit licht worden gezien.

7. Tussenkomst houdt in dat een derde, de interveniënt, een eigen recht geldend maakt tegen twee of meer partijen in een lopende procedure, zonder zich te voegen aan de zijde van een van de procespartijen. Bij voeging conformeert de

derde zich daarentegen aan de procespositie van één van beide partijen (M.O.J. de Folter, *Vrijwaring & Interventie* (Burgerlijk Proces&Pak-tijk 11, 2009/114). De uitspraak van 30 januari 2019 heeft trekken van tussenkomst én voeging. Enerzijds beoogt de Stichting vorderingen in te stellen tegen BMA AG (r.o. 2.6), wat duidt op tussenkomst. Anderzijds schaarde de Stichting zich aan de zijde van de curator doordat zij belang heeft bij de mogelijke afwijzing van de PGV van de curator (r.o. 2.12), wat duidt op voeging. Wat daar ook van moge zijn, het bundelen van vorderingen via procesvolmachten, cessie ter incasso of anderszins, laat het individuele karakter van die vorderingen onverlet. De bepalingen voor tussenkomst, voeging en vergelijkbare procesrechtelijke instrumenten zijn toegesneden op individuele vorderingen en lenen zich niet voor de behandeling van tientallen individuele vorderingen in groepsverband (*Asser Procesrecht/Giesen 1* 2015/200). De ironie wil dat hetzelfde in het algemeen geldt voor de bevoegdheidsbepalingen in Brussel Ibis.

8. Op grond van de hoofdregel uit art. 4 Brussel Ibis kan de Stichting al haar vorderingen instellen bij de Duitse rechter, aangezien BMA AG in Duitsland is gevestigd. De alternatief bevoegde rechter dient op grond van art. 7 lid 2 Brussel Ibis voor iedere vordering apart te worden bepaald, ongeacht een eventuele overdracht of bundeling van die vorderingen (HvJ 21 mei 2015, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC/Akzo*), r.o. 36). Bij meer dan vijftig vorderingen vormt die grondslag vaak geen reële optie om alle vorderingen bij één rechter te concentreren. Hoewel de uitspraak onvoldoende achtergrondinformatie biedt, bestaat de mogelijkheid dat op grond van art. 7 lid 2 Brussel Ibis meerdere bevoegde rechters worden aangewezen die zich ook in verschillende lidstaten kunnen bevinden. Art. 8 lid 2 Brussel Ibis biedt wellicht uitkomst, aangezien die bepaling een bevoegdheidsgrondslag geeft om kennis te nemen van een vordering tot tussenkomst, mits die vordering samenhangt met de oorspronkelijke vordering in een procedure die reeds aanhangig is bij de rechtbank.

9. De rechtbank heeft vóór NK/Fortis gekozen voor een hele letterlijke interpretatie van “een vordering tot tussenkomst” en behandelt de vordering van de Stichting als één geheel. Zij gaat daarmee volledig voorbij aan het feit dat de Stichting in werkelijkheid meer dan vijftig

vorderingen heeft (zie r.o. 2.5). In feite wordt hiermee door de rechtbank een Trojaans paard binnen de poorten van Brussel Ibis getrokken. De bevoegdheid van de rechtbank dient immers *per vordering* ten aanzien van iedere individuele crediteur te worden vastgesteld, waarbij de vraag moet worden gesteld of de vordering slechts is ingesteld om de verweerder te onttrekken aan de anderszins bevoegde rechter. Aan het laatste criterium is snel voldaan, gezien de eventuele verscheidenheid aan mogelijk bevoegde rechters op grond van art. 7 lid 2 Brussel Ibis en de mogelijkheid van de Stichting om zich tot de Duitse rechter te wenden op grond van art. 4 Brussel Ibis. De rechtbank stelt simpelweg vast dat alle vorderingen die de Stichting beoogt in te stellen tegen BMA AG onder het toepassingsbereik van Brussel Ibis vallen, waarmee zij de individuele toets van art. 8 lid 2 Brussel Ibis omzeilt. Denk de Stichting weg en vraag u af of de rechtbank tot hetzelfde oordeel zou zijn gekomen indien zij meer dan vijftig individuele verzoeken tot tussenkomst voor vergelijkbare vorderingen met een diversiteit aan internationaal bevoegde rechters had gekregen. Het antwoord is hoogstwaarschijnlijk nee en de rechtbank had zich op die grond reeds onbevoegd moeten verklaren of voor iedere vordering apart haar bevoegdheid moeten vaststellen. Tussenkomst leent zich niet voor dergelijke collectieve acties en Brussel Ibis in internationaal verband evenmin, ongeacht de mate van samenhang.

10. De rechtbank stelt in haar uitspraak van 30 januari 2019 weliswaar terecht dat de precieze bevoegdheidsgrondslag op basis waarvan de oorspronkelijke vordering is ingesteld voor de toepassing van art. 8 lid 2 Brussel Ibis niet ter zake doet (r.o. 2.8), maar dat geldt enkel indien die bevoegdheidsgrondslag ook daadwerkelijk aan Brussel Ibis wordt ontleend. De rechtbank kiest echter voor een bijzonder ruime interpretatie van art. 8 lid 2 Brussel Ibis en past die bepaling toe binnen het kader van de Insolventieverordening (r.o. 2.9-2.10). Brussel Ibis en de Insolventieverordening zijn complementair indien een leemte zou ontstaan. De rechtbank creëert daarmee overlap tussen beide instrumenten, wat volgens het Hof niet is toegestaan (HvJ 4 september 2014, «JOR» 2015/87, m.nt. Veder (*Nickel & Goeldner*), r.o. 21). Hoewel de bevoegdheidsgrondslag van de rechtbank op grond van

de insolventieverordening na NK/Fortis is verval-
len, verdient een dergelijk voorbeeld van de
rechtbank geen navolging.

T.A.G. Bens,
promovenda bij het Onderzoekcentrum Onderne-
ming & Recht, Radboud Universiteit Nijmegen

Varia

95

Gerechtshof Den Haag
10 oktober 2018, nr. BK-18/00378,
ECLI:NL:GHDHA:2018:3778
(mr. Zandhuis, mr. Van Leijenhorst, mr. Peters)
Noot mr. dr. A.J. Tekstra

**Aansprakelijkstelling bestuurder in faillisse-
ment. Door bestuurder voor gefailleerde ven-
nootschap verrichte werkzaamheden zijn in
dienstbetrekking verricht en behoren niet tot
zijn onderneming (eenmanszaak). Kosten be-
stuurdersaansprakelijkheid (schadevergoeding
en advocaatkosten) niet fiscaal aftrekbaar.**

[Wet IB 2001 art. 3.13; Wet LB art. 13a]

*Belanghebbende heeft, gelet op de arbeidsovereen-
komst, zijn werkzaamheden voor Y BV in dienstbe-
trekking verricht. Belanghebbende heeft niet aan-
nemelijk gemaakt dat de materiële onderneming
van Y BV, in weerwil van deze overeenkomst, fei-
telijk werd gedreven voor zijn eigen rekening en
risico. Bij dit oordeel wordt het volgende in aan-
merking genomen. Belanghebbende heeft in de
eerste plaats aangevoerd dat hij zich hoofdelijk
medeaansprakelijk heeft gesteld voor een door de
bank aan Y BV verstrekte lening en dat hij boven-
dien uit dien hoofde in augustus 2004 daadwerke-
lijk een bedrag van € 7500 heeft voldaan. Het door
belanghebbende gelopen risico behoort echter tot
de privésfeer, aangezien hij bereid was dit risico
te lopen met als doel directeur-groootaandeelhouder
van Y BV te worden. Met andere woorden: belang-
hebbende heeft geïnvesteerd in de toekomst om
daar later (mogelijk) de vruchten van te plukken.
Evenmin kan de stelling dat geen sprake was van
een marktconform salaris, leiden tot het oordeel
dat sprake is van het voor eigen rekening en risico
drijven van een onderneming. Ten aanzien van*

*deze stelling geldt mutatis mutandis hetzelfde als
ten aanzien van de hoofdelijke medeaansprakelijk-
heid: belanghebbende investeerde in zijn toekomst
en was kennelijk daarom bereid genoegen te ne-
men met een niet-marktconform salaris. Belang-
hebbende heeft voorts gesteld dat zijn aandelen
in Y BV behoren tot het ondernemingsvermogen
van zijn eenmanszaak en dat de door hem met zijn
werkzaamheden voor Y BV behaalde voordelen
daarom dienen te worden aangemerkt als winst
uit onderneming. Deze stelling kan, zo zij al juist
zou zijn, niet leiden tot de conclusie dat de door
de inspecteur gecorrigeerde kosten aftrekbaar zijn
van de winst, nu die kosten niet samenhangen met
de aandelen, maar met belanghebbendes dienst-
betrekking als directeur/consultant van Y BV. Voor
de door belanghebbende voorgestane toerekening
van de voordelen die hij met zijn werkzaamheden
in dienstbetrekking voor Y BV heeft behaald aan
een door belanghebbende gedreven onderneming
(de eenmanszaak) is – nog daargelaten of dit ertoe
zou leiden dat door de inspecteur gecorrigeerde
kosten aftrekbaar zijn als ondernemingskosten –
een nauwe samenhang vereist tussen het vervullen
van de dienstbetrekking en de beroepsmatige
werkzaamheden in het kader van de eenmanszaak.
Voor het bestaan van een dergelijke nauwe samen-
hang heeft belanghebbende, op wie te dezen de
stelplicht rust, evenwel onvoldoende feiten en
omstandigheden naar voren gebracht. Gelet op
het hiervoor overwogene, behoren de door belang-
hebbende in het onderhavige jaar opgevoerde, uit
Y BV voortvloeiende lasten (advocaatkosten, vrij-
waringsprocedure en aansprakelijkstelling) niet tot
de bron winst uit onderneming. Evenmin kunnen
zij als negatief loon in aanmerking worden geno-
men omdat het genietingstijdstip als bedoeld in
art. 13a Wet LB 1964 niet is gelegen in het onder-
havige jaar.*

X,
belanghebbende,
tegen
de Inspecteur van de Belastingdienst, kantoor
Arnhem.

(...; red.)

Vaststaande feiten

3.1.1. Belanghebbende is op 3 mei 2002 een ar-
beidsovereenkomst aangegaan met [Y] B.V. ([Y]
BV). Hij is bij [Y] BV in dienst getreden als direc-
teur/consultant.