



Datum van inontvangstneming : 11/03/2025

Geanonimiseerde versie

Vertaling

C-43/25 – 1

Zaak C-43/25

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

23 januari 2025

Verwijzende rechter:

Bundesgerichtshof (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

16 januari 2025

Verzoekster, verweerster in reconventie en verzoekster tot „Revision”,

SML Maschinengesellschaft mbH

Verweerder, verzoeker in reconventie en verweerder in „Revision”,

AK als insolventiefunctionaris in de insolventieprocedure
betreffende MAPLAN Maschinenfabrik und Anlagen für
Kunststofftechnik Schwerin GmbH

[OMISSIS]

BUNDESGERICHTSHOF

BESLISSING

[OMISSIS]

van

16 januari 2025

In het geding tussen

SML Maschinengesellschaft mbH, [OMISSIS] Redlham, Oostenrijk,

verzoekster, verweerster in
reconventie en verzoekster
tot „Revision”,

[OMISSIS]

en

AK als insolventiefunctionaris in de insolventieprocedure betreffende MAPLAN
Maschinenfabrik und Anlagen für Kunststofftechnik Schwerin GmbH [OMISSIS]

verweerder, verzoeker in
reconventie en verweerder in
„Revision”,

[OMISSIS]

De IX. Zivilsenat (negende civiele kamer) van het Bundesgerichtshof (BGH)
(hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) heeft [OMISSIS]

de volgende beslissing gegeven:

[OMISSIS]

II. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) wordt krachtens
artikel 267, eerste alinea, onder b), en derde alinea, van het Verdrag betreffende
de werking van de Europese Unie (VWEU) verzocht om een prejudiciële
beslissing over de volgende vragen betreffende de uitlegging van het Unierecht:

- 1) Moet artikel 13 van verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van
29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures (PB 2000, L 160, blz 1),
aldus worden uitgelegd dat degene die voordeel heeft gehad bij een voor het
geheel van schuldeisers nadelige handeling zich ten aanzien van een
vordering tot terugbetaling van de insolventiefunctionaris ook kan beroepen
op de werking van deze bepaling wanneer de vordering tot terugbetaling is
bedoeld om de lagere rang die geldt volgens het toepasselijke recht van de
lidstaat waar de procedure is geopend [artikel 4, lid 2, tweede volzin,
onder i), van verordening (EU) nr. 1346/2000] af te dwingen?
2. Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord:

Moet artikel 13 van verordening nr. 1346/2000 aldus worden uitgelegd dat
deze bepaling ook van toepassing is op vorderingen tot nietigverklaring die
zijn bedoeld om de lening die voorafgaand aan de insolventie door een
aandeelhouder van een kapitaalvennootschap is verstrekt om het kapitaal
van de vennootschap zeker te stellen, grotendeels gelijk te stellen met het
aansprakelijk vermogen?

3. Indien de tweede vraag bevestigend wordt beantwoord:

Moet artikel 13 van verordening nr. 1346/2000 aldus worden uitgelegd dat het recht dat van toepassing is op een lening die door een aandeelhouder van een kapitaalvennootschap aan de vennootschap is verstrekt, wordt beheerst door de lex societatis?

4. Indien de derde vraag ontkennend wordt beantwoord:

Geldt artikel 9, lid 1, van verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) (PB 2008, L 177, blz. 6) voor het overeenkomstig artikel 13 van verordening nr. 1346/2000 te bepalen toepasselijke recht en moet het aldus worden uitgelegd dat bepalingen van bijzonder dwingend recht ook kunnen zijn opgenomen in regels van overeenkomstenrecht in nationale insolventievoorschriften, zoals die met betrekking tot de lagere rang van aandeelhoudersleningen en de rechtsgevolgen daarvan?

Motivering:

A.

- 1 Verzoekster, een in Oostenrijk gevestigde machinebouwonderneming met de rechtsvorm van vennootschap met beperkte aansprakelijkheid volgens Oostenrijks recht, en MAPLAN Maschinenfabrik und Anlagen für Kunststofftechnik Schwerin GmbH, die is gevestigd in Schwerin, Duitsland (hierna: „schuldenaar”), hadden een lopende zakenrelatie. Zij behoren tot het Oostenrijkse concern Starlinger. De in Oostenrijk gevestigde Franz S. Huemer GmbH is aandeelhouder van verzoekster en bezit 78 % van haar aandelen. Daarnaast bezat Franz S. Huemer GmbH 33 % van de aandelen in de schuldenaar. De andere aandeelhouders van de schuldenaar waren Oostenrijkers. Naar aanleiding van het eigen verzoek van de schuldenaar van 15 juli 2016 opende de insolventierechter op 1 oktober 2016 de insolventieprocedure betreffende de schuldenaar en wees verweerder als insolventiefunctionaris aan.
- 2 In de leningsovereenkomst van 19 mei 2015 verstrekke verzoekster aan de schuldenaar een lening van 3 miljoen EUR en in een andere leningsovereenkomst van 16 juni 2015 een lening van 2 miljoen EUR. Beide leningsovereenkomsten bevatten een bepaling dat deze overeenkomst wordt beheerst door Oostenrijks recht. Als zekerheid voor de aanspraken uit de leningsovereenkomst van 19 mei 2015 droeg de schuldenaar zijn betalingsaanspraken jegens een andere onderneming, die 3 miljoen EUR beliepen, over aan verzoekster.
- 3 Voor zover relevant voor de prejudiciële procedure, loste de schuldenaar op 10 maart 2016 een bedrag van 500 000 EUR aan verzoekster af voor de lening van 19 mei 2015. Tevens betaalde zij rente ten belope van in totaal 89 397,92 EUR voor het vierde kwartaal van 2015 en voor het eerste en tweede kwartaal van 2016. Ten aanzien van de lening van 16 juni 2015 betaalde de schuldenaar aan

verzoekster rente ten belope van in totaal 101 666,68 EUR voor het derde en vierde kwartaal van 2015.

- 4 Verzoekster diende schuldvorderingen uit de lening van 19 mei 2015 ten belope van 2 520 737,70 EUR en uit de lening van 16 juni 2015 ten belope van 2 025 136,61 EUR ter verificatie in. Bovendien vorderde zij de voorrang bij voldoening op grond van de aan haar als zekerheid overgedragen betalingsaanspraken. Verweerder betwiste de ingediende schuldvorderingen en het voorrangrecht.
- 5 Verzoekster vordert dat de ter verificatie ingediende schuldvorderingen worden vastgesteld alsmede dat zij ten aanzien van de schuldvorderingen uit de leningsovereenkomst van 19 mei 2015 een voorrangrecht met betrekking tot de overgedragen betalingsaanspraken heeft. Verweerder vordert in reconventie bij wege van een actio pauliana terugbetaling van rente en aflossingen van de lening ten bedrage van in totaal 691 064,60 EUR vermeerderd met rente. Het Landgericht (rechter in eerste aanleg, Duitsland) heeft de vordering afgewezen en de reconventionele vordering toegewezen. Verzoeksters hoger beroep werd verworpen. Met het door de appelrechter toegestane beroep in „Revision” handhaaft verzoekster haar vorderingen.

B.

- 6 Alvorens uitspraak te doen over verzoekster beroep in „Revision” dient de behandeling van de zaak te worden geschorst en dient het Hof overeenkomstig artikel 267, eerste alinea, onder b), en derde alinea, VWEU te worden verzocht om een prejudiciële beslissing.

I.

- 7 De appelrechter heeft uiteengezet dat op grond van artikel 4, lid 1, en lid 2, onder i) en m), van verordening nr. 1346/2000 Duits recht moet worden toegepast op de met de vordering en de reconventionele vordering geldend gemaakte aanspraken. De vorderingen tot terugbetaling van de lening zijn op basis daarvan achtergesteld in de zin van § 39, lid 1, punt 5, InsO (Duitse insolventieregeling; hierna: „InsO”) en kunnen overeenkomstig § 174, lid 3, InsO niet ter verificatie worden ingediend. Wegens de achterstelling van de schuldvordering waarvoor zekerheid is gesteld, is een voorrangrecht niet mogelijk omdat niet alle schuldvorderingen van hogere rang volledig zijn voldaan. Ook de toepassing van Duits recht op de reconventionele actio pauliana staat niet in de weg aan de toepasselijkheid van de Oostenrijkse rechtsorde die de mogelijkheid om de rechtshandeling te bestrijden uitsluit. De verstrekking van een aandeelhouderslening wordt beheerst door de lex concursus of de lex societatis van de leningnemende vennootschap. De afwijkende regeling van artikel 13 verordening nr. 1346/2000 is in dit verband niet toepasselijk. In tegenstelling tot de andere leningverstrekkers mag het de aandeelhouder op grond van zijn financieringsverantwoordelijkheid niet worden toegestaan de dwingende

bepalingen van het Duitse insolventierecht met betrekking tot de aandeelhouderslening te ondermijnen door de keuze van een andere – in casu Oostenrijkse – rechtsorde. Op basis daarvan zijn de door de schuldenaar aan verzoekster betaalde aflossingen en rente van in totaal 691 064,60 EUR op grond van § 135, lid 1, punt 2, InsO vernietigbaar.

II.

- 8 De juridische beoordeling van deze uiteenzettingen hangt met betrekking tot de reconventionele vordering af van de beantwoording van de prejudiciële vragen.
- 9 1. Op de insolventieprocedure moet Duits insolventierecht worden toegepast. Het toepasselijke recht is gebaseerd op de bepalingen van verordening nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, omdat de insolventieprocedure vóór 26 juni 2017 is geopend [zie artikel 84 van verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (PB 2015, L 141, blz. 19)].
- 10 Op grond van artikel 4, lid 1, van verordening (EG) nr. 1346/2000 worden de insolventieprocedure en de gevolgen daarvan in beginsel beheerst door het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de insolventieprocedure wordt geopend (lex fori concursus). In casu is dat Duits recht, omdat de insolventieprocedure in Duitsland is geopend. In dit geding bepaalt dus het Duitse insolventierecht met name welke vorderingen te verhalen zijn op het vermogen van de schuldenaar [artikel 4, lid 2, tweede volzin, onder g), van verordening nr. 1346/2000], het bepaalt de regels betreffende de verdeling van de opbrengst van de te gelde gemaakte goederen en de rangindeling van de vorderingen van schuldeisers [artikel 4, lid 2, tweede volzin, onder i), van verordening nr. 1346/2000], en de regels betreffende nietigheid, vernietigbaarheid of niet-tegenwerpbaarheid van de voor het geheel van schuldeisers nadelige rechtshandelingen [artikel 4, lid 2, tweede volzin, onder m), van verordening nr. 1346/2000].
- 11 2. Volgens Duitse insolventierecht zijn, wanneer de schuldenaar een vennootschap is die noch een natuurlijke persoon noch een vennootschap als persoonlijk aansprakelijke aandeelhouder heeft waarvan een persoonlijk aansprakelijke aandeelhouder een natuurlijke persoon is (§ 39, lid 4, eerste volzin, InsO), de vorderingen van een aandeelhouder van deze schuldenaar tot terugbetaling van een aandeelhouderslening of vorderingen uit rechtshandelingen die economisch overeenstemmen met een dergelijke lening, vorderingen die slechts achtergesteld worden voldaan [§ 39, lid 1, punt 5, InsO, in de in dit geding toepasselijke versie van 1 november 2008, BGBl. I blz. 2026, die sinds 1 januari 2021 identiek is aan § 39, lid 1, eerste volzin, punt 5, InsO, hierna: § 39, lid 1, punt InsO (oud)]. Dergelijke vorderingen van de aandeelhouders worden pas na de andere vorderingen van de insolventieschuldenaars en na die bedoeld in artikel 39, lid 1, punten 1 tot en met 4, InsO voldaan. De kwestie van de rang van een aandeelhouderslening bij insolventie moet volgens het insolventierecht worden

gekwalficeerd (BGH, arrest van 21 juli 2011, IX ZR 185/10, BGHZ 190, blz. 364, punten 27 en volgende). Het betreft namelijk de vraag onder welke voorwaarden bepaalde schuldeisers, die zelf deelnemen in de schuldenaar, in het geval van insolventie met hun vorderingen niet aan bod komen. Indien er geen sprake is van insolventie zijn deze regelingen niet van belang.

- 12 De relevante regelingen in § 39 InsO luiden als volgt:

„(1) In een lagere rang dan de andere schuldvorderingen van de insolventieschuldeisers worden in de volgende rangorde, met gelijke rangorde volgens de verhouding van de bedragen, voldaan:

[...]

5. overeenkomstig de leden 4 en 5, vorderingen tot terugbetaling van een aandeelhouderslening of vorderingen uit rechtshandelingen die economisch overeenstemmen met een dergelijke lening.

[...]

(4) Lid 1, punt 5 is van toepassing op vennootschappen die noch een natuurlijke persoon noch een vennootschap als persoonlijk aansprakelijke aandeelhouder hebben waarvan een persoonlijk aansprakelijke aandeelhouder een natuurlijke persoon is. [...]

[...]”

- 13 Ingevolge § 174, lid 3, InsO kunnen vorderingen van achtergestelde schuldeisers pas ter verificatie worden ingediend en in de insolventieprocedure geldend worden gemaakt, indien de insolventierechter in het bijzonder tot indiening van deze vordering sommeert. Zonder een dergelijke sommatie van de insolventierechter worden de achtergestelde schuldvorderingen niet in aanmerking genomen in de insolventieprocedure.
- 14 Indien aandeelhouders die een lening hebben verstrekt aan hun vennootschap in strijd met de in § 39, lid 1, punt 5, InsO (oud) geregelde achterstelling van de schuldenaar een terugbetaling van de lening ontvangen, schrijft § 135 InsO gelezen in samenhang met § 143, lid 1, InsO voor dat deze aandeelhouders de van de schuldenaar ontvangen terugbetaling van de lening na opening van de insolventieprocedure aan de insolvente boedel moeten teruggeven. Voorwaarde is dat de terugbetaling van de lening binnen een bepaalde termijn voorafgaand aan het verzoek tot opening van de insolventieprocedure heeft plaatsgevonden. Bovendien moet de terugbetaling van de lening nadelig zijn voor de schuldeisers. Hetzelfde geldt voor zekerheden die de vennootschap aan een aandeelhouder voor zijn lening heeft gesteld.
- 15 De relevante voorschriften van bepaling § 135 InsO luiden als volgt:

„(1) Vernietigbaar is een rechtshandeling waarbij de vordering van een aandeelhouder tot terugbetaling van een lening in de zin van § 39, lid 1, punt 5, of voor een gelijkgestelde vordering:

1. is zeker gesteld, indien de handeling is verricht in de laatste tien jaar voorafgaand aan of na het verzoek tot opening van de insolventieprocedure; of
2. is voldaan, indien de handeling is verricht in het laatste jaar voorafgaand aan of na het verzoek tot opening van de insolventieprocedure.

[...]

(4) § 39, leden 4 en 5, is van overeenkomstige toepassing.”

- 16 3. Op grond van het Duitse recht is verzoekster verplicht om de ontvangen terugbetalingen van de lening aan verweerder te restitueren. De reconventionele vordering moet in zoverre worden toegewezen.
- 17 a) Als vennootschap met beperkte aansprakelijkheid is de schuldenaar onderworpen aan het recht betreffende aandeelhoudersleningen. Het betreft een vennootschap die noch een natuurlijke persoon noch een vennootschap als persoonlijk aansprakelijke aandeelhouder heeft, waarvan een persoonlijk aansprakelijke aandeelhouder een natuurlijke persoon is. Volgens de vaststellingen van de appelrechter, die bindend zijn voor de verwijzende rechter en geen blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting, is verzoekster een aandeelhouder in de zin van het recht betreffende aandeelhoudersleningen. Als aandeelhouder moet niet alleen de directe aandeelhouder, maar ook de indirecte aandeelhouder worden beschouwd.
- 18 Indien een aandeelhouder zowel in de leningnemende als in de leningverstrekkennde vennootschap deelneemt, is de leningverstrekker enkel aan de regeling van § 39, lid 1, punt 5, InsO (oud) onderworpen, wanneer de aandeelhouder op grond van zijn meerderheidsbelang overheersende invloed kan uitoefenen op de leningverstrekkennde vennootschap (zie BGH, arrest van 21 februari 2013, IX ZR 32/12, BGHZ 196, blz. 220, punten 20 en volgende; MünchKomm-InsO/Gehrlein, 4e oplage, § 135, punt 20). Indien hij overheersende invloed heeft op de leningverstrekkennde vennootschap, is het voldoende dat hij slechts indirect deelneemt in de leningnemende vennootschap [BGH, arrest van 15 november 2018, IX ZR 39/18, DE:BGH:2018:151118UIXZR39.18.0, punten 13 en volgende (zie NZI 2019, blz. 169, punten 13 en volgende); MünchKomm-InsO/Behme, reeds aangehaald, § 39, punt 85; HK-InsO/Kleindiek, 11e oplage, § 39, punt 52]. Franz S. Huemer GmbH heeft een deelneming van 78 % in verzoekster. Zij heeft daardoor dus overheersende invloed op verzoekster. Verzoekster heeft [OMISSIS] niet aangevoerd dat Franz S. Huemer GmbH volgens verzoeksters statuten geen beslissingsbevoegdheid heeft met betrekking tot het verstrekken en opzeggen van leningen. Daarnaast bezit Franz S. Huemer GmbH 33 % van de aandelen in de schuldenaar. Wegens deze indirecte

deelneming is verzoekster gelijkgesteld met een aandeelhouder in de zin van het recht betreffende aandeelhoudersleningen.

- 19 b) Verzoeksters vorderingen tot terugbetaling van de leningen zijn alle tezamen achtergesteld op grond van § 39, lid 1, punt 5, InsO (oud). Volgens Duits insolventierecht heeft verzoekster tot op heden geen recht op deelname aan de insolventieprocedure, omdat niet is voldaan aan de voorwaarden van § 174, lid 3, InsO. De insolventierechter heeft de achtergestelde schuldeisers niet specifiek gesommeerd tot indiening van de achtergestelde vorderingen die te verhalen zijn op de insolvente boedel van de schuldenaar.
- 20 c) De schuldenares heeft deze achtergestelde schulden gedeeltelijk in het laatste jaar voorafgaand aan het verzoek om insolventie voldaan. De lening van 19 mei 2015 heeft de schuldenaar op 10 mei 2016 met een bedrag van 500 000 EUR terugbetaald.
- 21 d) De betalingen van de schuldenaar moet verzoekster als aandeelhouder van de schuldenaar na de opening van de insolventieprocedure overeenkomstig § 143, lid 1, InsO gelezen in samenhang met § 135, lid 1, punt 2, InsO, aan de insolvente boedel terugbetalen. Verzoekster ontving met deze betalingen namelijk een voldoening van haar ten opzichte van de vorderingen van de insolventieschuldeisers achtergestelde schulden, zodat de betalingen de andere insolventieschuldeisers hebben benadeeld.
- 22 4. Deze oplossing van het Duitse recht doet met betrekking tot de betalingen van leningen de vraag rijzen naar de betekenis van met name artikel 13 van verordening nr. 1346/2000. Verzoekster stelt dat wegens de voor de leningsovereenkomsten gemaakte rechtskeuze op grond van artikel 3, lid 1, van de Rome I-verordening Oostenrijks recht op deze overeenkomsten van toepassing is. Volgens Oostenrijks recht kan hoe dan ook geen enkele rechtshandeling worden bestreden. Aangezien de appelrechter vanuit zijn gezichtspunt geen feitelijke vaststellingen heeft gedaan met betrekking tot het bestaan van een rechtskeuze en de inhoud van het Oostenrijkse recht, moet bij het onderzoek door de verwijzende rechter worden uitgegaan van verzoeksters betoog [OMISSIS]. Voor het overige moet worden aangenomen dat niet is voldaan aan de vereisten voor een nietigverklaring van een dergelijke rechtskeuze als in het onderhavige geval.

III.

- 23 Tegen deze achtergrond roept de beslissing in deze zaak wat de reconventionele vordering betreft rechtsvragen op met betrekking tot de werkingssfeer en de uitlegging van artikel 13 van verordening nr. 1346/2000 die moeten worden verduidelijkt. Volgens deze bepaling is artikel 4, lid 2, onder m), van die verordening niet van toepassing indien degene die voordeel heeft gehad bij een voor het geheel van schuldeisers nadelige handeling bewijst dat deze handeling onderworpen is aan het recht van een andere lidstaat dan de lidstaat waar de

procedure is geopend, en dat dat recht in het gegeven geval niet voorziet in de mogelijkheid om die handeling te bestrijden.

- 24 1. In dit verband rijst om te beginnen de vraag of artikel 13 van verordening nr. 1346/2000, ook van toepassing is op een verzoek tot terugvordering dat ertoe strekt de lagere rang te verkrijgen die geldt krachtens het toepasselijke recht van de lidstaat waar de procedure is geopend [artikel 4, lid 2, tweede volzin, onder i), van die verordening]. In de memorie in „*Revision*” wordt in zoverre aangevoerd dat artikel 13 van verordening nr. 1346/2000 in het algemeen niet van toepassing is op de insolventierechtelijke beoordeling van aandeelhoudersleningen, omdat het volgens de autonome opvatting van het Unierecht als geheel niet gaat om vragen met betrekking tot de vernietigbaarheid [artikel 4, lid 2, tweede volzin, onder m), van artikel 13 van verordening nr. 1346/2000], maar om de rangindeling [artikel 4, lid 2, tweede volzin, onder i), van die verordening].
- 25 a) Volgens de rechtspraak van het Hof moeten rechtskeuzebedingen binnen het kader van artikel 13 van verordening nr. 1346/2000 worden erkend, zelfs wanneer de contractspartijen gevestigd zijn in dezelfde lidstaat op het grondgebied waarvan zich eveneens alle overige relevante aanknopingspunten van de situatie bevinden [arrest van 8 juni 2017, *Vinyls Italia*, C-54/16, EU:C:2017:433 (hierna: „arrest *Vinyls Italia*”), punt 50 (zie NZI 2017, blz. 633, punt 50)]. Indien een rechtskeuze zich ook uitstrekt tot het recht betreffende de financiering van een vennootschap door haar aandeelhouders, is het van belang of daardoor tevens het recht betreffende aandeelhoudersleningen, dat dient ter bescherming van het kapitaal, kan worden beperkt. Aangezien voor de bepaling van de *lex causae* moet worden aangeknoopt bij de na te komen verbintenis en niet bij de nakoming zelf [arrest van 22 april 2021, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, C-73/20, EU:C:2021:315 (hierna: „*Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*”), punt 31 (zie NZI 2021, blz. 502, punt 31)], zou het recht dat overeenkomstig artikel 13 van verordening nr. 1346/2000 relevant is voor de handeling, volgens de *lex contractus* (het recht dat van toepassing is op de overeenkomst) moeten worden bepaald.
- 26 b) In de Duitse rechtspraak en doctrine zijn sommigen van mening dat, in afwijking van de principiële toepassing van *lex contractus* (het recht dat van toepassing is op de overeenkomst), de *lex causae* bij een *actio pauliana* op grond van § 135 InsO – ook indien de contractpartijen een ander recht hebben gekozen – volgens de *lex concursus* (Brinkmann, *Beilage zu ZIP* 22/2016, 14, 16; Prager/Bangha-Szabo in *Festschrift Wimmer*, 2017, blz. 506 en 526) of volgens de *lex societatis* (het recht dat van toepassing is op de vennootschap) moet worden bepaald [OLG Naumburg (Oberlandesgericht; hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Saksen-Anhalt, Naumburg, Duitsland), *ZIP* 2011, blz. 677 en 678; Schall, *ZIP* 2011, blz. 2177, 2181 en 2182; Gehrlein, *ZInsO* 2020, blz. 2591 en 2593]. Volgens een andere opvatting blijft ook in het geval van een *actio pauliana* op grond van § 135 InsO voor de tegenwerping bedoeld in artikel 13 van verordening nr. 1346/2000, de *lex contractus* voor de leningen doorslaggevend (Römermann/Nerlich/Hübler, *InsO*, 2021, *Art. 16 EuInsVO*, punt 3; MünchKomm-BGB/ Kindler, 8e oplage, *Art. 16 EuInsVO*, punt 12; Finkelmeier,

EuZW 2020, blz. 833 en 841; Pleister/Koa, ZRI 2020, blz. 273, 277 en 278; Bork in *Festschrift Grunewald*, 2021, blz. 97 en 106).

- 27 c) Het recht dat thans van toepassing is op aandeelhoudersleningen is gebaseerd op de nieuwe regelgeving die werd ingevoerd door het Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG, BGBl.I, 2008, blz. 2026) (Duitse wet ter modernisering van de wet op de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en ter bestrijding van misbruik). Hierdoor is het recht om aandeelhoudersleningen in het geval van insolventie als eigen vermogen te beschouwen („Eigenkapitalersatzrecht”) dat eerst in de rechtspraak is ontwikkeld en later met name in § 32a en § 32b van GmbHG (oud) ook wettelijk is vastgelegd, naar de Insolvenzordnung overgeheveld en tegelijkertijd losgekoppeld van het bestanddeel „crisis in de vennootschap” [zie § 32a, lid 1, GmbHG (oud)] (Scholz/Bitter, *GmbHG*, 13e oplage, § 135 InsO, punt 1 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 28 aa) De wetgever heeft gekozen voor een rechtsvormneutrale precisering van dit recht (zie *BR-Drucks. 354/07*, blz. 130), dat bijgevolg van toepassing is op alle vennootschappen – ongeacht de rechtsvorm ervan – die noch een natuurlijke persoon noch een vennootschap als persoonlijk aansprakelijke aandeelhouder heeft, waarvan een persoonlijk aansprakelijke aandeelhouder een natuurlijke persoon is (§ 39, lid 4, eerste volzin, InsO). In alle gevallen waarin voor aandeelhouders de aansprakelijkheid met hun eigen vermogen dus uitgesloten is, beoogt de wet, teneinde de gezamenlijke schuldeisers te beschermen, om in geval van insolventie een financiering van de vennootschappelijke activiteit door de aandeelhouders die de eigen economische belangen van aandeelhouders dient, een lagere rang te geven dan de vorderingen van de andere schuldeisers. Een restitutie van de financiering waardoor het aanwezige vermogen van de vennootschap economisch gezien wordt verminderd, moet voorafgaand aan een insolventie worden voorkomen (zie *BR-Drucks. 354/07*, blz. 95 en 130). Op die manier wordt de financiering van de vennootschap door haar aandeelhouders, waardoor de aandeelhouders in hun eigen voordeel „hun” vennootschap in staat stellen om een handelsactiviteit uit te oefenen, niet op de andere schuldeisers afgewenteld wanneer dit mislukt.
- 29 bb) § 135 InsO hangt nauw samen met § 39, lid 1, punt 5, InsO (oud) en bevat de kern van het recht op externe financiering door aandeelhouders (Schmidt/Schmidt, *InsO*, 20e oplage, § 135, punt 1). Bij § 135 InsO gaat het niet om concurrentie tussen schuldeisers met gelijke rechten, maar om een rangorde en verdeling die de wet wil afdwingen door de voorrang van de externe schuldeisers op de aandeelhouders die schuldeiser zijn te realiseren (zie Schoppmeyer, *WM 2018*, blz. 353 en 359). Als gevolg van de financieringsverantwoordelijkheid van de aandeelhouders mogen volgens de rechtspraak van de verwijzende rechter de rechtsgevolgen van de dwingende bepaling § 135, lid 1, punt 2 InsO niet worden afgezwakt of ondermijnd door de keuze van een specifieke juridische constructie (BGH, arrest van 21 februari 2013, IX ZR 32/12, BGHZ 196, blz. 220, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Aangezien de terugbetaling van

aandeelhoudersleningen ongeacht het doel ervan en de economische situatie van de vennootschap vernietigbaar is, kunnen verbonden ondernemingen niet in strijd met de uitdrukkelijk wil van de wetgever van de werkingssfeer van het voorschrift worden uitgesloten met een beroep op het ontbreken van een financieringsverantwoordelijkheid (BGH, arrest van 21 februari 2013, reeds aangehaald, punt 17).

- 30 2. Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, rijst de vraag of artikel 13 van verordening nr. 1346/2000 geldt ten aanzien van *actiones paulianae* die – net als § 135 InsO – ertoe strekken om de door een aandeelhouder van een kapitaalvennootschap verstrekte lening voorafgaand aan de insolventie grotendeels gelijk te stellen met het aansprakelijk vermogen.
- 31 a) De verwijzende rechter is van oordeel dat de door artikel 13 van verordening nr. 1346/2000 nagestreefde bescherming niet onbeperkt geldt. Artikel 13 van verordening nr. 1346/2000 heeft tot doel, het gewettigd vertrouwen van personen te beschermen door te bepalen dat deze handeling wordt beheerst door het recht van een andere lidstaat dan de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend, dat hierop van toepassing was op de datum waarop zij is verricht [zie arrest van 15 oktober 2015, Nike European Operations Netherlands, C-310/14, EU:C:2015:690, punt 19 (zie NZI 2015, blz. 954, punt 19), en arrest Vinyls Italia, punten 30 (zie NZI 2017, blz. 633, punt 30), en arrest Oeltrans Befrachtungsgesellschaft, punt 25 (zie NZI 2021, blz. 502, punt 25)]. Met het oog op een mogelijke doorkruising van de regels die de rechtshandelingen beheersen moet dit het gewettigd vertrouwen en de rechtszekerheid waarborgen (overweging 24 van verordening nr. 1346/2000). Hiervoor is een geldige reden vereist, omdat de bescherming niet onvoorwaardelijk is. Volgens de verwijzende rechter is het vertrouwen van de bevoordeelde persoon bij een mogelijke doorkruising van de regels over nadelige handelingen pas gerechtvaardigd wanneer de schuldenaar en de door de handeling bevoordeelde persoon als twee van elkaar onafhankelijke contractpartijen tegenover elkaar staan en de bevoordeelde persoon niet reeds wegens de omstandigheden van de handelstransactie kennelijk ervan moest uitgaan dat volgens het recht van de staat waar de procedure is geopend, beschermingsmechanismen van toepassing zijn op de handelingen van de schuldenaar. Aan deze voorwaarden is voor leningen die de aandeelhouder aan zijn in Duitsland gevestigde vennootschap verstrekt, niet voldaan.
- 32 b) Bijgevolg wordt in de Duitse praktijk en wetenschap verondersteld dat een in het binnen- of buitenland gevestigde aandeelhouder, die deelneemt in een vennootschap met zetel in Duitsland en haar met een lening financiert, niet mag verwachten dat deze financieringsmaatregel vanuit het oogpunt van het insolventierecht enkel volgens het recht dat van toepassing is op de verbintenis uit overeenkomst wordt beoordeeld (OLG Naumburg, ZIP 2011, blz. 677 en 679; Schmidt/Brinkmann, *InsO*, 20e oplage, Art. 16 EuInsVO, punt 8; Scholz/Bitter, *GmbHG*, 13e oplage, § 135 InsO, punt 538). Het verstrekken van een aandeelhouderslening is immers geen normale handelstransactie. Bij eenmalige of zelfs herhaalde leveringen lijkt gelet op de loutere uitwisseling van diensten een

rechtskeuze te kunnen worden erkend, maar niet bij de financiering van een onderneming door zijn aandeelhouder (zie Gehrlein, *ZInsO* 2020, blz. 2591 en 2594). Aandeelhouder en vennootschap staan niet als schuldenaar en schuldeiser tegenover elkaar als twee onafhankelijke contractpartners, maar streven dezelfde belangen na. Geen enkele aandeelhouder mag derhalve verwachten dat zijn betalingen ter financiering van de vennootschappelijke activiteit worden behandeld alsof hij een transactie met een derde heeft gesloten.

- 33 c) Ten slotte gedraagt de aandeelhouder zich tegenstrijdig wanneer hij enerzijds vrijwillig zijn vennootschap financiert, maar anderzijds betoogt dat de voor de financiering gekozen *lex contractus* van de lening bij insolventie van de vennootschap geen achterstelling kent. De aandeelhouders moeten op de hoogte zijn van de uit de *lex societatis* voortvloeiende regelingen over de financiering van zijn vennootschap door betalingen van aandeelhouders. Een rechtskeuze die afwijkt van de *lex societatis* kan dan weliswaar betrekking hebben op de regels van het verbintenissenrecht tussen de vennootschap en de aandeelhouder, maar mag niet ten koste gaan van de regels van het insolventierecht betreffende de achterstelling en het afdwingen ervan in geval van insolventie, die bestaan om de schuldeisers van de vennootschap te beschermen en die gekoppeld zijn aan het recht van de statutaire zetel van de vennootschap
- 34 3. Indien ook de tweede vraag bevestigend wordt beantwoord, rijst de vraag of het recht dat van toepassing is op een lening die door een aandeelhouder van een kapitaalvennootschap aan de vennootschap is verstrekt, in het kader van artikel 13 van verordening nr. 1346/2000 wordt beheerst door de *lex societatis*, in ieder geval met betrekking tot het afdwingen van een achterstelling en de terugbetalingen die in strijd met de achterstelling zijn ontvangen. In de memorie in „*Revision*” wordt in dit verband aangevoerd dat het relevante conflictrecht voor de onderhavige handelingen bij aandeelhoudersleningen wordt beheerst door de *lex concursus* of de *lex societatis*, maar in ieder geval niet door de *lex contractus*. Aangezien de regelingen betreffende aandeelhoudersleningen insolventie- of vennootschapsrechtelijke kwesties zijn, vallen zij *a priori* niet onder (artikel 3 van) de Rome I-verordening, zodat een rechtskeuze niet mogelijk is.
- 35 4. Indien de derde vraag ontkennend wordt beantwoord, vraagt de verwijzende rechter zich af of artikel 9, lid 1, van de Rome I-verordening geldt voor de bepaling van het relevante recht volgens artikel 13 van verordening nr. 1346/2000 en aldus moet worden uitgelegd dat bepalingen van bijzonder dwingend recht ook kunnen worden opgenomen in regelingen van overeenkomstenrecht in nationale insolventievoorschriften, zoals die met betrekking tot de achterstelling van aandeelhoudersleningen en de rechtsgevolgen daarvan, bedoeld in § 135 *InsO* en § 39, lid 1, punt 5, *InsO* (oud).
- 36 a) Indien de derde vraag ontkennend wordt beantwoord, zou artikel 13 van verordening nr. 1346/2000 in beginsel van toepassing zijn, en alleen kunnen worden uitgesloten – hetgeen in casu niet het geval is – indien objectief blijkt dat het met die toepassing nagestreefde doel, dat in die context erin bestaat het

gewettigd vertrouwen van de partijen in de toepassing van een bepaalde wetgeving te verzekeren, niet is bereikt, en de overeenkomst kunstmatig is onderworpen aan het recht van een bepaalde lidstaat, om zich te beroepen op het recht van die lidstaat teneinde de overeenkomst of de handelingen ter uitvoering ervan, te onttrekken aan de toepassing van de *lex fori concursus*. [zie arrest *Vinyls Italia*, punt 54 (zie NZI 2017, blz. 633, punt 54)]. De vraag rijst of deze uitsluiting exhaustief moet worden opgevat of dat ook binnen de werkingssfeer van artikel 13 van verordening nr. 1346/2000 niet alleen het voor de handeling relevante recht van een andere lidstaat moet worden toegepast (in casu de bepalingen van de – aangenomen: Oostenrijkse – *lex causae*), maar ook een bepaling van bijzonder dwingend recht van de *lex fori* die op de handeling van toepassing is.

- 37 b) Het op de handeling toepasselijke recht wordt bepaald volgens de *lex causae*; dit vloeit voor contractuele verbintenissen voort uit de regelingen van de Rome I-verordening. Onder deze beginselen valt ook artikel 9 van de Rome I-verordening. Hierin is bepaald dat niets in deze verordening de toepassing van de bepalingen van bijzonder dwingend recht van de *lex fori* beperkt. De verwijzende rechter gaat er in dit verband vanuit dat ook insolventierechtelijke bepalingen, voor zover zij de inhoud van een overeenkomst regelen, deel uitmaken van het voor een handeling relevante recht volgens artikel 13 van verordening nr. 1346/2000, onder de voorwaarde dat het een bepaling van bijzonder dwingend recht betreft aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moet worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk recht overeenkomstig de Rome I-verordening overigens van toepassing is op de overeenkomst (artikel 9, lid 1, van de Rome I-verordening). Alsdan moet de verwijzende rechter aan de hand van de door het Hof ontwikkelde criteria [zie arrest van 5 september 2024, *HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung II*, C-86/23, EU:C:2024:689, punten 37 en volgende (zie NJW 2024, blz. 3709, punten 37 en volgende)], nagaan of de voorschriften van Duits recht over de achterstelling van aandeelhoudersleningen en de rechtsgevolgen van deze achterstelling als „bepalingen van bijzonder dwingend recht” in de zin van artikel 9 van de Rome I-verordening moeten worden beschouwd (zie Keller in Bork/Hölzle, *Handbuch Insolvenzrecht*, 3e oplage, hoofdstuk 20 D.II.13., punt 122, met betrekking tot *actiones paulianae*). Met name moet de verwijzende rechter beoordelen of het doel dat de voorschriften over de achterstelling van aandeelhoudersleningen en de rechtsgevolgen daarvan nastreven ook kan worden bereikt door de toepassing van het volgens de *lex causae* relevante recht van de handeling (zie arrest *HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung II*, reeds aangehaald, punt 48). Deze beoordeling zou overbodig zijn indien contractuele bepalingen in insolventievoorschriften in geen geval een bepaling van bijzonder dwingend recht in de zin van artikel 9 van de Rome I-verordening zouden kunnen vormen die relevant zijn voor de toepassing van artikel 13 van verordening nr. 1346/2000. Het Hof heeft de artikelen 4 en 13 van verordening nr. 1346/2000 ten opzichte van andere voorschriften die het internationale privaatrecht van de lidstaten regelen, met name ten opzichte van de Rome I-verordening, als *lex specialis* aangemerkt [arrest van 16 april 2015, Lutz,

C-557/13, EU:C:2015:227, punt 46 (zie NZI 2015, blz. 478, punt 46), en arrest Vinyls Italia, punten 29 en 48 (zie NZI 2017, blz. 633, punten 29 en 48)].

[OMISSIS]