



Datum van inontvangstneming : 02/02/2015

Zaak C-594/14

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

22 december 2014

Verwijzende rechter:

Bundesgerichtshof (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

2 december 2014

Verzoeker en verweerder in „Revision“:

Thomas Dithmar als curator van Kornhaas Montage und
Dienstleistung Ltd

Verweerster en verzoekster in „Revision“:

Simona Kornhaas

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHIKKING

Uitgesproken op:

2 december 2014

[OMISSIS]

In de zaak

Simona Kornhaas, [OMISSIS] Erfurt,

verweerster en verzoekster in „Revision“,

[OMISSIS]

tegen

Dr. Thomas Dithmar als curator van Kornhaas Montage und Dienstleistung Ltd.,
[OMISSIS] Erfurt,

verzoeker en verweerder in „Revision”,

[OMISSIS] **[Or. 2]**

De Tweede Zivilsenat van het Bundesgerichtshof heeft na de behandeling ter zitting op 4 november 2014 [OMISSIS]

de navolgende beschikking gegeven:

1. De behandeling van de zaak wordt geschorst.
2. Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt verzocht om ter zake van de uitlegging van de artikelen 49 en 54 VWEU en van artikel 4 van verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures (PB L 160, blz. 1) – insolventieverordening – de volgende prejudiciële vragen te beantwoorden:
 - a) Valt een door de curator bij een Duitse rechter ingestelde vordering waarmee van een bestuurder van een *private company limited by shares* naar Engels of Wels recht ten aanzien waarvan in Duitsland op grond van artikel 3, lid 1, van de insolventieverordening de insolventieprocedure is geopend, vergoeding wordt gevorderd van betalingen die deze bestuurder heeft verricht vóór de opening van de insolventieprocedure maar na het intreden van de insolventie, onder het Duitse insolventierecht overeenkomstig artikel 4, lid 1, van de insolventieverordening?
 - b) Is een dergelijke vordering in strijd met de vrijheid van vestiging overeenkomstig de artikelen 49 en 54 VWEU? **[Or. 3]**

Gronden:

- 1 I. Verzoeker is curator in de insolventieprocedure met betrekking tot Kornhaas Montage und Dienstleistungen Ltd. (hierna: schuldenaar). De procedure is op 27 november 2007 geopend door het Amtsgericht Erfurt. De schuldenaar is als *private company limited by shares* (hierna: Limited) ingeschreven bij het voor Engeland en Wales bevoegde handelsregister in Cardiff. Een Duits bijkantoor is ingeschreven bij het aanvankelijk door het Amtsgericht Erfurt, thans door het Amtsgericht Jena gehouden handelsregister. Verweester is directeur van de schuldenaar.

- 2 De schuldenaar was overwegend in Duitsland actief. Haar ondernemingsactiviteiten bestonden in de montage van ventilatiesystemen en daarmee samenhangende diensten.
- 3 Verzoeker stelt dat de schuldenaar sinds ten laatste 1 november 2006 insolvent is en dat verweerster in de periode van 11 december 2006 tot en met 6 februari 2007 betalingen van de schuldenaar heeft laten plaatsvinden ter hoogte van € 110.151,66. Verzoeker vordert dat verweerster dit bedrag vergoedt.
- 4 Het Landgericht heeft de vordering toegewezen. Het Oberlandesgericht heeft het hoger beroep van verweerster ongegrond verklaard en beroep tot „Revision” toegestaan.
- 5 II. Alvorens over het beroep tot „Revision” uitspraak te doen dient de behandeling van de zaak te worden geschorst en dient het Hof van Justitie van de Europese Unie overeenkomstig artikel 267, leden 1 en 3, VWEU te worden verzocht om een prejudiciële beslissing over de in het dictum van de beschikking gestelde vragen. De beslissing in het hoofdgeding hangt af van de uitlegging van artikel 4 van de insolventieverordening en de artikelen 49 en 54 VWEU. **[Or. 4]**
- 6 1. De vordering is bij toepassing van Duits recht toewijsbaar.
- 7 a) Grondslag voor de vordering is § 64, lid 2, eerste zin, GmbHG (Duitse wet op de vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid), zoals deze luidde tot en met 31 oktober 2008 (identiek aan § 64, eerste zin, GmbHG zoals deze thans luidt). Op grond daarvan is de bestuurder van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid gehouden de vennootschap te vergoeden voor betalingen die zijn gedaan na het intreden van de insolventie of nadat de te hoge schuldenlast van de vennootschap is vastgesteld. Dit lijkt op grond van § 64, lid 2, GmbHG (oud; en eveneens op grond van § 64, tweede zin, GmbHG zoals deze thans luidt) uitzondering in geval van betalingen die, ook na bedoeld tijdstip, met de zorgvuldigheid van een goed zakenman verenigbaar zijn.
- 8 Het doel van deze bepaling bestaat erin vermindering van de boedel voorafgaand aan de insolventieprocedure te voorkomen en, voor het geval dat de bestuurder deze verplichting om de boedel in stand te houden niet nakomt, te waarborgen dat het vennootschapsvermogen weer wordt aangezuiverd, zodat het in de insolventieprocedure ter beschikking staat om alle schuldeisers overeenkomstig hun rang en naar evenredigheid te voldoen [OMISSIS]. Daarmee heeft § 64, lid 2, eerste zin, GmbHG in de regel geen betrekking op schade van de vennootschap, maar op schade van de toekomstige faillissementsschuldeisers. De onrechtmatige betalingen strekken er doorgaans toe om te voldoen aan schulden van de vennootschap en leiden bij haar slechts tot een lager balanstotaal, maar niet tot vermogensschade. Enkel de boedel in de daarop volgende insolventieprocedure wordt geringer, wat tot schade voor de faillissementsschuldeisers leidt **[Or. 5][OMISSIS]**. De aansprakelijkheid op grond van § 64, lid 2, eerste zin,

GmbHG vereist in de regel dat de insolventieprocedure is geopend. Het is dan aan de curator om dit recht in te roepen. Slechts bij uitzondering, bijvoorbeeld wanneer de aanvraag tot opening van de insolventieprocedure bij gebrek aan baten wordt afgewezen of de insolventieprocedure na bevestiging van een insolventieplan is opgeheven [OMISSIS], kan ook een schuldeiser of de vennootschap zelf dit recht inroepen. Ondanks deze uitzonderingen is § 64, lid 2, eerste zin, GmbHG volgens de Duitse rechtsopvatting een norm van insolventierecht.

- 9 Dat strookt ook met de totstandkomingsgeschiedenis van de – inhoudelijk identieke – herziene versie van § 64, eerste zin, GmbHG. Zo valt in de toelichting op het regeringsontwerp van het Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen van 25 juli 2007 (Wet tot modernisering van het recht inzake vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en voor het bestrijden van misbruik; MoMiG) [OMISSIS] het volgende te lezen met betrekking tot uitbreiding van de in § 64, derde zin, vervatte aansprakelijkheid:

„De in dit ontwerp opgenomen uitbreiding van § 64 staat in nauw verband met het insolventierecht. Dit maakt het eenvoudiger om § 64 als norm van insolventierecht te kwalificeren en deze overeenkomstig artikel 3, lid 1, artikel 4, lid 1 en lid 2, eerste zin, van de Europese Insolventieverordening (insolventieverordening) ook toe te passen in insolventieprocedures ten aanzien van buitenlandse vennootschappen waarvan het centrum van de voornaamste belangen in Duitsland is gelegen. De herziene bepaling draagt er op deze manier toe bij om de deels minder strenge oprichtingsvereisten voor buitenlandse vennootschappen, die bij een activiteit [Or. 6] in Duitsland niet aan het strenge insolventierecht van hun staat van herkomst zijn onderworpen, te compenseren.”

- 10 b) De hogerberoepsrechter heeft vastgesteld dat verweerster de litigieuze betalingen uit het vennootschapsvermogen heeft doen plaatsvinden op een tijdstip waarop de schuldenaar al insolvent was en dus failliet dreigde te gaan. Deze rechter is evenwel niet gebleken dat de betalingen, bij wijze van uitzondering, met de zorgvuldigheid van een goed zakenman verenigbaar waren. Er bestaat in deze situatie ten aanzien van de bestuurder een vermoeden van schuld [OMISSIS]. Verweerster verzet zich hier in „Revision” niet tegen. Ook voor het overige is op dit punt niet van onjuiste rechtsopvattingen gebleken.
- 11 De hogerberoepsrechter heeft § 64, lid 2, eerste zin, GmbHG toegepast op verweerster, ondanks het feit dat verweerster geen bestuurder is van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Duits recht, maar directeur van een Limited naar Engels en Wels recht. Daartegen bestaat volgens de Duitse rechtsopvatting geen bezwaar. Immers, beide vennootschapsvormen komen overeen wat betreft het gegeven dat de aandeelhouders in beginsel niet met hun persoonlijke vermogen aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap, en dat de bedrijfsvoering in handen is van een daarvoor verantwoordelijke, niet

noodzakelijkerwijs als aandeelhouder deelnemende persoon. Bij beide vennootschapsvormen bestaat het gevaar dat de bestuurder of de directeur bij een dreigend faillissement betalingen ten nadele van de latere faillissementsschuldeisers verricht en daarmee de boedel vermindert. Deze omstandigheden vormen – onder voorbehoud van toetsing aan het Unierecht – een rechtvaardiging voor gelijkstelling van de bestuurder naar Duits recht en de directeur naar Engels of Wels recht wat betreft de aansprakelijkheid bij dergelijke betalingen. **[Or. 7]**

- 12 2. Hiervan moet de rechtssituatie volgens het Unierecht worden onderscheiden.
- 13 a) Overeenkomstig artikel 4, lid 1, van de insolventieverordening worden de insolventieprocedure en de gevolgen daarvan beheerst door het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de insolventieprocedure wordt geopend. Naar de opvatting van de Senat dient het begrip „recht” in de zin van deze bepaling autonoom te worden uitgelegd. Deze uitlegging is voorbehouden aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. De bepaling is immers noch een acte clair noch een acte éclairé (arrest van het Hof in de zaak Intermodal Transports, [C-495/03], Jurispr. 2005, blz. I-8151, punt 74).
- 14 aa) In de Duitse rechtspraak en literatuur is omstreden of § 64, lid 2, eerste zin, GmbHG (en eveneens § 64, eerste zin, GmbHG zoals deze thans luidt) toepasselijk is op met de bedrijfsvoering belaste organen van in de EU gevestigde buitenlandse vennootschappen waarvan het centrum van de voornaamste belangen, zoals in het geval van Limited, in Duitsland is gelegen en ten aanzien waarvan in Duitsland op grond van artikel 3, lid 1, van de insolventieverordening de insolventieprocedure is geopend. Daarbij bestaat verschil van mening over de vraag of § 64, lid 2, eerste zin, GmbHG (en § 64, eerste zin, GmbHG zoals deze thans luidt) tot het insolventie- of het vennootschapsrecht behoort en of toepassing van deze bepaling indruist tegen de vrijheid van vestiging.
- 15 De heersende opvatting beschouwt § 64 GmbHG als een bepaling die op de insolventieprocedure van toepassing is in de zin van artikel 4, lid 1, van de insolventieverordening [OMISSIS] **[Or. 8]** [OMISSIS]. Daarmee, zo is de aanname, is zij overeenkomstig artikel 4, lid 1, van de insolventieverordening als onderdeel van het Duitse insolventierecht van toepassing in het kader van op grond van artikel 3, lid 1, van de insolventieverordening geopende insolventieprocedures. De vrijheid van vestiging wordt door de toepassing van § 64, lid 2, eerste zin, GmbHG reeds daarom niet geschonden omdat de bepaling naar haar aard tot het insolventierecht behoort. Zij regelt verder niet onder welke voorwaarden een in de EU gevestigde buitenlandse vennootschap zich in Duitsland kan vestigen, maar regelt slechts de rechtsgevolgen van deze beslissing.
- 16 De tegengestelde opvatting [OMISSIS] situeert § 64, lid 2, eerste zin, GmbHG daarentegen in het nationale Duitse vennootschapsrecht. De bepaling is dus niet op in de EU gevestigde buitenlandse vennootschappen van toepassing. Het Hof

van Justitie van de Europese Unie heeft immers geoordeeld dat in het kader van de vrijheid van vestiging het interne functioneren van vennootschappen die in een lidstaat van de Europese Unie zijn opgericht maar hun hoofdactiviteit in een andere lidstaat uitoefenen, wordt beheerst door het vennootschapsrecht van de staat van oprichting (arrest in de zaak *Überseering*, [C-208/00], Jurispr. 2002, blz. I-9919 [OMISSIS] punt 52 e.v.; arrest in de zaak *Inspire Art*, [C-167/01], Jurispr. 2003, blz. I-10155 [OMISSIS] punt 95 e.v.). Toepassing van § 64, lid 2, eerste zin, GmbHG op bestuurders van in de EU gevestigde buitenlandse vennootschappen zou daarmee indruisen tegen de vrijheid van vestiging in de zin van de artikelen 49 en 54 VWEU. **[Or. 9]**

- 17 bb) Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft deze vraag nog niet beantwoord. Het is juist dat het Hof in zijn arrest van 22 februari 1979 (zaak *Gourdain/Nadler*, [133/78], Jurispr. 1979, blz. 733) in een vergelijkbaar geval – waarin het ging om de kwalificatie van de Franse „action en comblement de passif social” als behorend tot het recht betreffende de insolventieprocedure in de zin van artikel 1, lid 2, onder b, van [inmiddels] verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken – de vordering heeft aangemerkt als vallend onder het insolventierecht, en er daarbij op heeft gewezen dat deze vordering uitsluitend door de curator en de rechter kan worden ingesteld namens en ten behoeve van de boedel met het oog op de gedeeltelijke voldoening van de schuldeisers, met eerbiediging van het beginsel van hun gelijkheid (in gelijke zin het arrest [C-339/07], Jurispr. 2009, blz. I-767 [OMISSIS] punt 19). Verder heeft het Hof in zijn arrest van 18 juli 2013, ([C-147/12], [OMISSIS], punt 24 e.v.) een vordering aangemerkt als vallend onder het recht betreffende de insolventieprocedure in de zin van artikel 1, lid 1, onder b, van verordening (EG) nr. 44/2011, wanneer zij rechtstreeks voortvloeit uit een insolventieprocedure en daarmee nauw verband houdt. Dit volstaat naar de opvatting van de verwijzende Senat op zichzelf echter niet om de hier aan de orde zijnde kwestie als opgelost te beschouwen.
- 18 cc) De Senat ziet in § 64, lid 2, eerste zin, GmbHG een, ook in de zin van het Unierecht, tot het insolventierecht behorende bepaling en concludeert dan ook tot toepasselijkheid op in de EU gevestigde buitenlandse vennootschappen.
- 19 Weliswaar vereist deze bepaling niet dwingend de opening van de insolventieprocedure, maar de omstandigheid dat het hierin toegekende recht kan worden **[Or. 10]** uitgeoefend buiten de insolventieprocedure en door een ander dan de curator, is – mede gelet op de hierboven aangehaalde wetsgeschiedenis – de uitzondering. Normaal gesproken oefent de curator dit recht uit in het kader van de insolventieprocedure. Ook het doel van de bepaling, erin bestaand het vennootschapsvermogen tegen onttrekkingen te beschermen en zo in het belang van de latere faillissementsschuldeisers de boedel in stand te houden, pleit ervoor de bepaling op te vatten als behorend tot het insolventierecht.

- 20 b) De tweede prejudiciële vraag betreft het geschil over de vraag of toepassing van § 64, lid 2, eerste zin, GmbHG – ook bij kwalificatie als bepaling van Duits recht betreffende de insolventieprocedure in de zin van artikel 4, lid 1, van de insolventieverordening – indruist tegen de vrijheid van vestiging in de zin van de artikelen 49 en 54 VWEU. Hieromtrent wordt in de Duitse literatuur aangenomen dat § 64, lid 2, eerste zin, GmbHG in ieder geval als een toelaatbare uitzondering op het verbod van beperking van de vrijheid van vestiging moet worden beschouwd, nu deze bepaling zonder discriminatie wordt toegepast, met de bescherming van schuldeisers een dwingend algemeen belang dient, geschikt is om de failliete boedel veilig te stellen of aan te zuiveren, en niet verder gaat dan voor de bereiking van dat doel nodig is ([OMISSIS] zie ook het arrest van het Hof in de zaak Inspire Art, [C-167/01,] Jurispr. 2003, blz. I-10155 [OMISSIS] punt 133 e.v.; [OMISSIS]).
- 21 Ook op dit punt is de verwijzende Senat van opvatting dat § 64, lid 2, eerste zin, GmbHG geen regels stelt voor de voorwaarden waaronder in de EU gevestigde buitenlandse vennootschappen zich in Duitsland kunnen vestigen, maar enkel voor de gevolgen van onjuist handelen van de bestuurder bij een dreigend faillissement, en dus niet indruist tegen de vrijheid van vestiging. **[Or. 11]**
- 22 c) Een verzoek aan het Hof van Justitie van de Europese Unie om een prejudiciële beslissing is ook niet overbodig geworden door de verwijzingsbeslissing van het Landgericht Darmstadt van 15 mei 2013 ([OMISSIS], zaak C-295/13). Deze verwijzingsbeslissing betreft enkel de bevoegdheid van Duitse rechters ten aanzien van een vordering op grond van § 64 GmbHG. In het onderhavige geval gaat het echter om de materieelrechtelijke toepasselijkheid van de bepaling. Dat de kwesties elkaar overlappen, maakt het verzoek om een prejudiciële beslissing van de Senat niet overbodig.

[OMISSIS]