

Rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht
Team Handelszaken
Zaaknummer: C/16/445060 / HA ZA 17-682
Rolzitting 12 februari 2020

CONCLUSIE EIS IN TUSSENKOMST

namens:

de stichting **STICHTING BELANGBEHARTIGING CREDITEUREN BMA NEDERLAND**
gevestigd te Wijk bij Duurstede
eiseres in tussenkomst, hierna: de “**Crediteurenstichting**”
advocaten: mr. F. Eikelboom

met betrekking tot de procedure tussen:

MR. WILLEM JAN MAURITS VAN ANDEL in de hoedanigheid van opvolger van mr. Hendrik Pasman, curator in het faillissement van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **BMA NEDERLAND B.V.**
eiseres in de hoofdzaak, verweerder in tussenkomst, hierna: de “**Curator**”
advocaat: mr. T.T. van Zanten

en:

de vennootschap naar Duits recht **BMA BRAUNSCHWEIGISCHE MASCHINENBAUANSTALT AG**
gedaagde in de hoofdzaak, verweerder in tussenkomst hierna: “**AG**”
advocaat: mr. L.P. Kortmann

Bij vonnis van 30 januari 2019 heeft Uw Rechtbank de Crediteurenstichting toegestaan om tussen te komen in de hoofdzaak tussen de curator en AG. De Crediteurenstichting formuleert haar eis in tussenkomst in de onderhavige conclusie.

bB

1. De Crediteurenstichting is een rechtspersoon als bedoeld in art. 3:305a BW:
 - (i) De Crediteurenstichting verwijst wat betreft haar optreden als art. 3:305a BW-organisatie naar haar incidentele conclusie tot tussenkomst ex artikel 217 rv in de hoofdzaak, nrs. 12 en 21 t/m 29.
 - (ii) Als Producties 1 en 2 bij die incidentele conclusie zijn overgelegd een uittreksel uit het handelsregister met betrekking tot de Crediteurenstichting en haar statuten.
 - (iii) Kort gezegd, dient de Crediteurenstichting de belangen van crediteuren van BMA Nederland B.V. (hierna: “**BMA**” en de “**Crediteuren**”) die schade lijden of hebben geleden door het handelen van AG. De Crediteurenstichting is een stichting voor en door de Crediteuren. Haar bestuur en raad van toezicht bestaat uit (werknemers van) Crediteuren. Zij verrichten hun werkzaamheden onbezoldigd. De Crediteurenstichting heeft geen winstootmerk. Door middel van de Crediteurenstichting maken de Crediteuren samen een vuist om voor hun eigen belangen op te komen.
 - (iv) De Crediteurenstichting heeft aansluitingsovereenkomsten gesloten met meer dan 50 (concurrente) Crediteuren. Hun gezamenlijke vorderingen bedragen ca. € 1,2 miljoen. Dat bedrag betreft ca. 40% van alle erkende vorderingen van concurrente crediteuren die niet gelieerd zijn aan AG.¹ Daar waar in deze incidentele conclusie wordt gesproken van Crediteuren, is dat echter niet beperkt tot de aangesloten crediteuren.

Verhouding tot vorderingen in de hoofdzaak

2. De vorderingen die de Crediteurenstichting in tussenkomst instelt, zijn deels complementair aan die van de curator in de hoofdzaak (samen de “**Crediteurenvertegenwoordigers**”). Kort gezegd, stelt de curator het volgende blijkens de conclusie van repliek tevens houdende wijziging van eis (mede in het licht van de dagvaarding):
 - (i) AG heeft onrechtmatig gehandeld jegens de gezamenlijke Crediteuren, waardoor de curator een zogeheten Peeters/Gatzen-vordering kan instellen.
 - (ii) Het onrechtmatige handelen van AG bestaat uit een schending van zorgplicht. AG had een zorgplicht jegens de gezamenlijke Crediteuren van BMA, omdat:
 - (a) BMA (opmerkelijk) nauw was verweven met haar moedervennootschap, AG;

¹ In het faillissementsverslag van 30 april 2018 is de volgende passage opgenomen onder het kopje ‘bedrag concurrente crediteuren’: “*De erkende concurrente schuldenlast bedraagt EUR 11.653.303,58, waarvan BMA AG en aan haar gelieerde partijen een bedrag van in totaal EUR 8.519.311,55 te vorderen hebben. Daarnaast zijn er de betwiste vorderingen van Agrarfrost ad EUR 1.969.596,17, BMA Automation GmbH ad EUR 104.284, BgP Nederland ad EUR 165.732,68 en Barosta ad EUR 35.503,65.*” Dat betekent dat het totale bedrag van de vorderingen van de erkende crediteuren die niet aan BMA AG zijn gelieerd € 3.133.992,03 bedraagt. Uit dat verslag blijkt tevens dat de preferente schuldeisers vorderingen hebben ad ca. € 1 miljoen.

bB

- (b) AG ingrijpmacht had bij BMA; en
 - (c) AG wist dat haar handelen inherent tot risico's voor de gezamenlijke crediteuren leidde. Kort gezegd, werd (de onderneming van) BMA in stand gehouden op een manier die structureel verlieslatend was, welke verliezen werden opgevangen doordat AG het liquiditeitstekort structureel aanzuiverde.
 - (iii) AG schond die zorgplicht door in 2012 haar financiering van BMA te staken, zonder daarbij verder invulling te geven aan haar zorgplicht.
 - (iv) De schade die hierdoor is geleden, is gelijk aan het totaal van de vorderingen van de Crediteuren.
3. Kort gezegd, voert AG het volgende aan in het kader van haar verweer:²
- (i) AG betwist dat zij onrechtmatig heeft gehandeld.
 - (ii) Bovendien stelt AG dat, indien zij wel onrechtmatig handelde, zij hooguit jegens een deel van de schuldeisers onrechtmatig handelde. De curator kan naar aanleiding daarvan geen vordering instellen, aldus AG, omdat de curator alleen vorderingen kan instellen naar aanleiding van onrechtmatig handelen jegens Crediteuren, indien jegens de gezamenlijke Crediteuren onrechtmatig is gehandeld.
 - (iii) In dit kader meent AG de vordering van de curator te kunnen herkwalficeren.
 - (a) De curator stelt dat de omstandigheid, dat een aandeelhouder weet of behoort te weten dat haar handelen leidt tot risico's voor de Crediteuren, onvermijdelijk gepaard gaat met een zorgplicht jegens de Crediteuren in het algemeen. Daarbij beroept hij zich op de lijn die is ingezet in de uitspraken *Sobi/Hurks-II*,³ *Coutts*,⁴ *Comsys*⁵ en *Ceteco*.⁶ Evenwel stelt de curator dat de onderhavige casus uniek is, waarmee hij bedoelt dat daarover nog niet eerder is geoordeeld in de rechtspraak.
 - (b) AG daarentegen meent⁷ dat de stellingen van de curator zouden kunnen worden gereduceerd tot een beroep op de jurisprudentie inzake aansprakelijkheid wegens

² Het verweer van AG tegen deze vordering is met name kenbaar uit haar conclusie van antwoord. In die conclusie stelt AG dat de curator de zorgplicht waarop hij zijn vordering baseert slechts in beperkte mate heeft uitgewerkt. In de conclusie van repliek heeft de curator de gestelde zorgplicht nader geconcretiseerd. Bij die stand van zaken is niet helemaal duidelijk wat AG specifiek inbrengt tegen de desbetreffende stellingen van de curator.

³ HR 21 december 2001, *JOR* 2002/38 (*Sobi/Hurks II*).

⁴ HR 12 september 2008, *JOR* 2008/297 (*Coutts*).

⁵ HR 11 september 2009, *JOR* 2009/309 (*Comsys*).

⁶ Rechtbank Utrecht 12 december 2007, *JOR* 2008/10 (*Ceteco*).

⁷ Vgl. de dagvaarding zijdens de curator, nr. 3.3.16: "Dit aspect is relevant voor het eventueel vaststellen van een door AG gewekte schijn van kredietwaardigheid (hetgeen in deze procedure niet althans minder uitgebreid aan de orde zal komen), maar eveneens voor de gevaarzetting waarvoor AG jegens de gezamenlijke crediteuren van BMA verantwoordelijk is."

bB

het op onrechtmatige wijze wekken van schijn van kredietwaardigheid (meer specifiek de arresten *Osby*⁸ en *Alberda Jelgersma*⁹).

En die aansprakelijkheid geldt alleen voor de specifieke (groep) Crediteuren die zijn afgegaan op het gewekte vertrouwen, aldus AG.

4. Mede voor het geval dat standpunt en die zienswijze van AG voor rechtens juist moeten worden gehouden – of anderszins onrechtmatig is gehandeld jegens slechts een deel van de Crediteuren – vordert de Crediteurenstichting een verklaring van recht dat jegens in ieder geval een deel van de Crediteuren onrechtmatig is gehandeld. Primair vordert de Claimstichting echter een verklaring van recht dat sprake is van een onrechtmatige daad jegens alle Crediteuren. Bij dit alles beroept de Crediteurenstichting zich eveneens op de door de curator gestelde feiten en omstandigheden, de door de curator gestelde zorgplicht en schending daarvan. De Crediteurenstichting verzoekt om hetgeen de curator dienaangaande uiteen heeft gezet in de dagvaarding en conclusie van repliek als hier herhaald en ingelast te beschouwen.
5. In het verlengde van deze verklaring van recht vordert de Crediteurenstichting bij wijze van schadevergoeding in andere vorm dan betaling van een geldsom¹⁰ dat AG wordt veroordeeld om als derde¹¹ de (geverifieerde) schulden van BMA na te komen jegens elk van de Crediteuren. Dat komt er op neer dat AG deze (geld)schulden van BMA als derde rechtstreeks zal moeten betalen aan de desbetreffende Crediteuren (inclusief rente tot aan de dag van betaling). Met het oog op een praktische uitvoering van deze veroordeling vordert de Crediteurenstichting om daar de voorwaarde aan te verbinden dat AG pas hoeft over te gaan tot betaling aan een individuele Crediteur indien deze Crediteur daarom schriftelijk verzoekt en een of meer bewijstukken bijvoegt waaruit blijkt dat de hoofdsom van de vordering is geverifieerd in het faillissement van BMA en een berekening van de omvang van de vordering is verschaft (met name voor het geval een beroep wordt gedaan op rente na de fixatiedatum in het faillissement welke rente immers niet in de verificatie is meegenomen).
6. Hieruit blijkt dat de vorderingen van de Crediteurenstichting niet geheel parallel lopen aan de vordering van de curator. Immers, indien de vordering van de curator wordt toegewezen, resulteert dat in een veroordeling om aan de boedel te betalen. Het betaalde bedrag zal dan door de boedel worden uitgekeerd aan de Crediteuren, maar slechts (i) na aftrek van boedelkosten,¹² (ii) en met in achtname van preferentie (waardoor lager gerangschikte Crediteuren mogelijk niet volledig worden voldaan) en (iii) zonder betaling van de rente die na

⁸ HR 9 mei 1986, *NJ* 1986/792 (*Osby/BLG*).

⁹ HR 19 februari 1988, *NJ* 1988/487 (*Alberda Jelgersma*).

¹⁰ Art. 6:103 BW.

¹¹ Art. 6:30 BW.

¹² HR 16 september 2005, *JOR* 2006/52, m.nt. Kortmann (*De Bont/Bannenberq q.q.*).

bB

de fixatiedatum werd verschuldigd. De Crediteuren hebben er daarom belang bij om buiten de boedel te worden betaald.

7. Met het oog daarop vordert de Crediteurenstichting dat de curator meewerkt aan de hiervoor onder 5 genoemde afwikkeling van de schadevergoeding wegens het onrechtmatig handelen van AG jegens de Crediteuren (indien deze wordt gehonoreerd).

Nadere uitwerking onrechtmatige daad

8. Met hetgeen hierboven is uiteengezet, is (feitelijk) duidelijk wat de Crediteurenstichting vordert van AG en op welke grondslag. Om discussies te vermijden over de stelplicht en in hoeverre daarbij kan worden geleund op verwijzingen naar processtukken van de curator, zal de Crediteurenstichting hierna meer uitgebreid haar vorderingen uiteenzetten. Tevens zal de Crediteurenstichting het betoog van de curator op enkele punten aanvullen.

9. Wat betreft de nauwe verwevenheid tussen AG en BMA en de ingrijpmacht van AG bij BMA (zie hiervoor onder 2(ii)(a) en 2(ii)(b)) wijst de Crediteurenstichting op de navolgende, nota bene door AG zelf in haar conclusie van antwoord in de hoofdzaak ("Cva") gestelde, feiten:

(i) Aandeelhoudersmacht en invloed op besturen BMA:

- (a) AG hield en houdt (indirect) alle aandelen in het kapitaal van AG (nr. 5.5, 5.12, 5.21 CvA).
- (b) AG bepaalde wie de bestuurders en managers van BMA waren (nr. 5.9, 5.10, 5.31, 5.36, 5.39 CvA).
- (c) AG-functionarissen zijn voor bepaalde periodes om uiteenlopende redenen als statutair bestuurders van BMA benoemd (nr. 5.36 – nr. 5.40 CvA), en keerden na hun periode terug naar AG (nr. 5.42 CvA).
- (d) Het BMA-concern paste een uniforme corporate governance toe die leidde tot een goedkeuringsplicht met betrekking tot belangrijke beslissingen en handelingen van het bestuur (nr. 5.7 CvA).
- (e) Het besluit om het faillissement van BMA aan te vragen, is door AG genomen (nr. 5.49 CvA).
- (f) In de conclusie van antwoord in de hoofdzaak komt geen enkel voorbeeld naar voren van dat AG en BMA het niet eens waren en dat uiteindelijk AG de beleidsvrijheid van BMA eerbiedigde.

Ergo, AG kon door haar zeggenschap als aandeelhouder haar wil opleggen aan (het bestuur van) BMA en maakte daarvan ook gebruik. Ingaan tegen de lijn van AG was onmogelijk indien de goedkeuring van AG vereist was en zou kunnen leiden tot het vervangen van het bestuur voor een meer gehoorzaam bestuur.

bB

(ii) Financiële verwevenheid:

- (a) BMA was voor het aangaan van commerciële contracten, onder meer met klanten, regelmatig afhankelijk van de bereidheid van AG om garanties te stellen, hetgeen AG ook regelmatig deed (nr. 6.12 CvA).
- (b) Sinds 2008 was AG de enige externe financier van BMA, althans naast de (handels)Crediteuren (nr. 6.2 t/m 6.6 CvA).
- (c) De financiering van AG aan BMA werd verstrekt met de intentie om haar liquiditeit op peil te houden (nr. 6.3 CvA), hetgeen feitelijk betekent dat BMA afhankelijk was van externe financiering om niet in haar voortbestaan bedreigt te worden door een acute liquiditeitscrisis.
- (d) Illustratief voor de liquiditeitsnood van BMA is het feit dat AG stelt € 38 miljoen te hebben geïnvesteerd in BMA (nr. 5.47).
- (e) AG bepaalde de voorwaarden van deze financiering (nr. 6.7 CvA).
- (f) Hiervoor kwam reeds ter sprake dat het uiteindelijk AG was die de beslissing nam om het faillissement aan te vragen.

Kortom, BMA was in financieel opzicht volledig afhankelijk van AG en was daarom geenszins in een positie om in te gaan tegen de wensen van AG. Zonder de bereidheid van AG om te financieren kwam (de onderneming van) BMA tot stilstand en ging zij failliet.

(iii) Organisatorische verwevenheid:

- (a) Zie de hiervoor onder (i) genoemde omstandigheden.
- (b) BMA maakte gebruik van de door AG gefaciliteerde financieel administratieve omgeving (nr. 8.13 – 8.14 CvA), terwijl AG hielp bij de implementatie van dat systeem (nr. 5.31 CvA).
- (c) AG assisteerde de sales- en marketingdivisie (nr. 5.32 CvA).

Bovendien betwist AG niet dat zij op gedetailleerde (project)basis zeer regelmatig op de hoogte werd gehouden over de financiële en operationele gang van zaken bij BMA (zie nr. 3.2.32 tot en met 3.2.36 van de Dagvaarding);

(iv) Feitelijke bemoeienis:

- (a) Zie hetgeen hiervoor ter sprake kwam ten aanzien van de goedkeuringsbevoegdheid van AG ten aanzien van belangrijke beslissingen en handelingen van het bestuur en het feit dat commerciële contracten veelal niet zonder medewerking van AG konden worden gesloten.
- (b) AG gaf opdracht aan een Duitse partij (Droege & Comp) om een reorganisatieplan op te stellen voor BMA en de reorganisatie te begeleiden (nr. 5.29 CvA en Productie 16 daarbij).
- (c) De belangrijkste BMA-functionarissen pleegden véél en uitvoerig overleg met AG en de toezichthouders (nr. 8.10 CvA).

bB

- (d) AG hield als gevolg van de aan BMA verstrekte leningen uiteraard de zaken nauwlettend in de gaten en op de hoogte was van de financiële situatie bij BMA (nr. 8.11 CvA).
 - (e) AG besteedde véél aandacht aan het beleid en de (financiële) gang van zaken bij BMA (onder meer nr. 5.27, 8.12 en 6.6 CvA).
10. De conclusie hieruit moet zijn dat de concern-, financierings- en governancestructuur zodanig was ingericht dat AG een diepgaand inzicht, zeggenschap en ingrijpmacht had over het (financiële) beleid en de gang van zaken bij BMA.
11. Hierbij komt ook nog wat in het Duitse recht bekend staat als de *Konzernleitungspflicht* en – daarop geïnspireerd – zijn intrede in het Nederlandse recht heeft gemaakt als de concernleidingsplicht.¹³ Naar zowel Duits als Nederlands recht behoort een moedervennootschap leiding te geven aan het concern en de concernvennootschappen. In de recente bewerking van de Asser-serie over *corporate governance* wordt uitgelegd dat dit (onder meer) inhoudt dat de moedervennootschap zich de belangen van de schuldeisers van de dochtervennootschappen moet aantrekken op het moment dat duidelijk is dat de dochtervennootschap niet aan haar verplichtingen kan voldoen:¹⁴

“Uit HR 21 december 2001, NJ 2005/96; JOR 2002/38 (Sobi/Hurks) kan worden afgeleid dat de plicht om in te grijpen ook kan betekenen dat de moedervennootschap vanaf een bepaald moment gehouden is zich de belangen van de schuldeisers van de dochtervennootschap aan te trekken, onder meer door hen ervoor te waarschuwen dat de dochtervennootschap vanaf dat moment niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen. Zie eerder al HR 25 september 1981, NJ 1982/443 (Osby). Zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2009/842 voor de vraag wanneer deze zorgplicht jegens de schuldeisers van de dochtervennootschap ontstaat.*

In het arrest inzake Sobi/Hurks is het accent verschoven van de daadwerkelijke indringende bemoeienis van de jurisprudentie in de lijn van het Osby-arrest, naar de ‘potentiële ingrijpmacht’ van de moedervennootschap op grond van een bijzondere inrichting van een concern, aldus A-G Timmerman in zijn conclusie voor HR 12 september 2008, RO 2008/78; JOR 2008/297 (Van Dusseldorp/Coutts).”

12. Een kras voorbeeld van de ingrijpmacht van AG blijkt in nr. 8.17 en 8.18 CvA. AG beschrijft daarin dat zij uiteindelijk bepaalde of (de onderneming van) BMA zou worden voortgezet. Ook

¹³ Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/138.

¹⁴ Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/138.

bB

onderkent AG daar met zoveel woorden dat bij het maken van een beslissing dienaangaande de belangen van de stakeholders (waaronder de Crediteuren) in acht moeten worden genomen. Voorkomen moet worden dat BMA wordt gedreven op een manier die tot schade lijdt voor deze stakeholders. Zo schrijft AG in nr. 8.18 CvA:

“In de gegeven omstandigheden had een reddingsoperatie met de destijds beschikbare middelen hooguit tot een uitstel van executie kunnen leiden, met alle schadelijke gevolgen van dien. BMA AG heeft daarom besloten op een insolventieprocedure aan te sturen teneinde te voorkomen dat er verdere schade zou optreden voor de stakeholders van BMA NL (waaronder zichzelf, maar bijvoorbeeld ook de crediteuren van BMA NL).”

13. Toegegeven kan worden dat de hierboven geciteerde passage is geschreven in de sleutel van het nemen van een beslissing om een reddingsoperatie op te tuigen. Evenwel verschilt die situatie welbeschouwd niet van de situatie waarin BMA verkeerde in de zeven jaren voor het faillissement:
 - (i) Niet in discussie is dat BMA alleen kon voortbestaan als AG haar voorzag van voldoende middelen om in haar liquiditeitsbehoefte te voorzien. In de periode 2004-2011 had BMA iedere zoveel maanden honderdduizenden of miljoenen euro's nodig om te kunnen overleven.
 - (ii) Bovendien stuurde de bank die BMA (mede) financierde reeds op 27 november 2007 aan op de sluiting van de kredietlijn. Er was geen andere bank bereid om BMA te financieren. Het stopzetten van een bankkrediet is een acute bedreiging van de continuïteit van een onderneming.
14. Geconcludeerd moet worden dat dat BMA gedurende zeven jaar schulden aanging in de omstandigheid dat voorzienbaar was dat zij deze niet kon nakomen en ook geen (volledig) verhaal bood, *tenzij AG bereid was om de liquiditeitsstekorten van BMA aan te (blijven) zuiveren*. Zonder die bereidheid zouden BMA, haar bestuur en AG door deze schulden aan te gaan op ernstig verwijtbare wijze onrechtmatig handelen.¹⁵
15. De schade, die zou ontstaan indien AG BMA niet langer zou financieren en BMA onverkort zou doorgaan met het maken van schulden, was voorzienbaar. Naast de financiering die AG verschafte, werd BMA (feitelijk) gefinancierd doordat de Crediteuren bereid werden gevonden om een betalingstermijn toe te staan (en niet voorafgaand te worden betaald). Door het staken van de financiering door BMA zouden de Crediteuren niet (volledig) kunnen worden voldaan.

¹⁵ HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*) en HR 21 december 2001, JOR 2002/38 (*Sobi/Hurks II*).

Ook was voorzienbaar voor AG, die volledig op de hoogte was van de financiële situatie van BMA, dat het om een forse schade zou gaan. Het boedeltekort bedraagt – exclusief vorderingen van AG – € 4,5 miljoen.

16. Geconcludeerd moet worden dat AG sinds 2004, althans 2009 een zorgplicht had om zich de belangen van de Crediteuren aan te trekken.
17. Jarenlang heeft AG invulling gegeven aan de hierboven besproken zorgplicht door BMA te (blijven) financieren en garanties af te geven. Daardoor was BMA in staat om door te gaan met het betalen van haar opeisbare verplichtingen, ondanks de forse verliezen die zij leed. Dat wekte de schijn dat BMA kredietwaardig was – namelijk de steun van AG genood – en zorgde er voor dat BMA schulden kon blijven aangaan bij de Crediteuren. Die schijn werd ook actief in de hand gewerkt door BMA en AG:¹⁶
 - (i) Verwezen zij naar de als Productie 33 zijdens de curator overgelegde verklaring van [geanonimiseerd]:
 - (a) Daarin wordt onder meer verklaard:

“BMA Nederland heeft naar ons ([geanonimiseerd]) altijd gecommuniceerd dat de moeder in Duitsland zou bijspringen. Dit blijkt ook uit het onderstaande mailtje van BMA aan onze verkoper. In een nog verder verleden heeft de Duitse moeder zich ook wel aansprakelijk gesteld voor orders, maar dit is bij de laatste order niet gebeurd.”
 - (b) [geanonimiseerd] refereert aan een schriftelijk bericht dat zij op 5 juli 2011 ontving van BMA ([geanonimiseerd]), waarin staat:

“Door de aanstelling van een nieuw management een aantal jaren geleden is de bedrijfsvoering inmiddels weer gezond, maar het zal zeker nog vele jaren duren voordat het negatieve eigen vermogen is ingehaald. In de tussentijd zal de BMA Groep ons ondersteunen.”
 - (c) Voorts verwijst BMA naar de uitstekende cijfers van AG en naar de mogelijkheid om via Atradius een kredietlimiet op BMA te verkrijgen. Daarnaast heeft [geanonimiseerd] laten weten dat – naast deze schriftelijke verklaring – diverse

¹⁶ Zonder enige bewijslast te aanvaarden die niet rechtens op haar rust biedt de Crediteurenstichting hiervan bewijs aan door middel van het horen van onder meer de hierna genoemde personen en medewerkers van de Crediteuren.

bB

malen mondeling is bevestigd dat AG wel garant zou staan en bij zou springen, zoals zij altijd deed.

- (d) AG heeft deze verklaring zijdens [geanonimiseerd] niet (specifiek) betwist in haar conclusie van antwoord in de hoofdzaak.

- (ii) Verwezen zij voorts naar de als Productie 34 zijdens de curator overgelegde verklaring van [geanonimiseerd]:
 - (a) [geanonimiseerd] verklaart dat [geanonimiseerd] een maand voor het faillissement nog een product heeft geleverd aan BMA en daarbij betaling op termijn accepteerde gelet op de langdurige handelsrelatie met BMA en de bereidheid van AG om de financiële verplichtingen van BMA af te dekken. Zo verklaart [geanonimiseerd]:

“Gezien de relatie hebben wij dat geaccepteerd, immers, BMA Nederland B.V. werd volgens onze verkoopafdeling volledig gedekt door de BMA in Braunschweig.”

 - (b) [geanonimiseerd] rekende derhalve eveneens op de financiële soliditeit van BMA door AG toen zij twee maanden voor het faillissement de overeenkomst met BMA sloot. BMA zou door de steun van AG als moedervernootschap toch wel goed voor haar geld zijn, zo vertelde [geanonimiseerd]

 - (c) AG heeft deze verklaring zijdens [geanonimiseerd] niet (specifiek) betwist in haar conclusie van antwoord in de hoofdzaak.

- (iii) Verwezen zij bovendien naar de als Productie 35 zijdens de curator overgelegde verklaring van [geanonimiseerd]:
 - (a) [geanonimiseerd] [tekst verwijderd] dat altijd werd gezegd dat BMA Duitsland goed was voor het geld:

“[tekst verwijderd]

De betalingstermijn werd opgerekend tot 3 - 4 maanden, uiteindelijk werd er dan betaald maar wel na een hoop gedoe, en altijd het gezegde "BMA Duitsland is er goed voor" daar zijn wij uiteindelijk achtergekomen.”

bB

- (b) Uit de verklaring blijkt dat ook ten aanzien van deze crediteur melding is gemaakt van de solide financiële positie die BMA zou hebben door de rol van AG in het geheel. [geanonimiseerd] verklaarde nog dat zij bekend was met de financiering van AG, en het gevoel had dat het altijd wel goed zou komen.
 - (c) AG heeft deze verklaring zijdens [geanonimiseerd] niet (specifiek) betwist in haar conclusie van antwoord in de hoofdzaak.
- (iv) Verwezen zij bovendien naar de als Productie 36 zijdens de curator overgelegde verklaring zijdens [geanonimiseerd]:
- (a) [geanonimiseerd] was een partner van BMA (onder meer) in een groot project dat zij gezamenlijk voor opdrachtgever [geanonimiseerd] verrichtten. [geanonimiseerd] heeft een zeer uitgebreide en met stukken onderbouwde verklaring afgegeven. [geanonimiseerd] verklaart onder meer het volgende:

“Verder bleek ons uit diverse jaarverslagen dat BMA structureel verlies leed. Het was algemeen bekend, bij ons en bij het personeel, dat de Duitse moeder BMA AG haar Nederlandse dochter BMA Nederland BV al vele jaren financieel ondersteunde, zonder dat de jaarcijfers enig zicht gaven op verbetering. [geanonimiseerd] vertrouwde erop dat deze ondersteuning zou voortduren, mede gesteund door de continuïteitsparagraaf uit het jaarverslag 2010 (zie bijlage ‘Continuïteit BMA NL uit jaarverslag 2010) en de opmerking van de Duitse directeur/eigenaar [geanonimiseerd] dat BMA altijd haar verplichtingen nakomt, welke tijdens een persoonlijk gesprek met ons is gemaakt op vrijdag 9 januari 2009.”

“Dat wij samenwerking met BMA v.w.b. koffie-systemen hebben voortgezet, was gebaseerd op het vertrouwen dat BMA Duitsland borg stond voor de continuïteit van BMA Nederland, zoals al vele jaren uit alle gedragingen van BMA Duitsland bleek. BMA Duitsland en BMA Nederland manifesteerden zich als één bedrijf, met bepaalde interne financiële verrekeningen. Het kan op grond daarvan dus niet zo zijn dat (dat het, advocaat) ene bedrijf plotseling faillieert, terwijl het andere gewoon blijft voortbestaan.”

[...]

“BMA Duitsland had niet alleen financieel, maar ook technisch inhoudelijk en organisators (organisatorisch, advocaat) een grote invloed op BMA Nederland BV, zoals onderstaand zal worden toegelicht.”

[...]

bB

“BMA Duitsland beheerde niet alleen technische zaken, maar ook bedrijfsmatige aspecten, mede direct aangestuurd door de Duitse directeur/eigenaar [geanonimiseerd].”

[...]

“Dit gesprek werd gevoerd met [geanonimiseerd] en diens vertegenwoordiger [geanonimiseerd] (toen verantwoordelijk voor BMA Nederland) op vrijdag 9 januari 2009, waarvan per email verslag is gemaakt en waarvan de inhoud voor akkoord is bevestigd, zie bijlage ‘Gespreksverslag 19.01.2009’. In dat gesprek is ook de financiële situatie van BMA besproken en [geanonimiseerd] heeft aangegeven dat BMA altijd haar afspraken nakomt.”

- (b) [geanonimiseerd] heeft correspondentie met [geanonimiseerd] en [geanonimiseerd] overgelegd bij haar verklaring. Daarnaast heeft [geanonimiseerd] aangegeven dat zij vertrouwde op de jaarrekening 2010, waaruit volgens haar blijkt dat AG instaat voor de continuïteit van AG. [geanonimiseerd], functionaris bij AG, zou meerdere malen mondeling jegens [geanonimiseerd] hebben aangegeven dat *“BMA haar afspraken altijd nakomt”*.
- (c) In nr. 8.3 CvA bevestigt AG dat [geanonimiseerd] de desbetreffende mededelingen inderdaad deed aan [geanonimiseerd]. AG probeert daaraan een juridische draai te geven door te stellen dat [geanonimiseerd] – die naast bestuurder van BMA ook bestuurder van AG was – alleen aan BMA kan worden toegerekend. Los van het feit dat deze mededeling ook aan AG kan worden toegerekend, geldt dat – als AG meende dat [geanonimiseerd] de verkeerde indruk wekte – zij hem een halt had moeten toeroepen en de door zijn mededelingen ontstane indruk had moeten corrigeren. Dat liet AG echter na.
- (v) Deze hierboven besproken ervaringen van specifieke Crediteuren zijn typerend voor de manier waarop BMA en AG zich presenteerden, ook tegenover andere Crediteuren. Dit is ook gesteld in nr. 3.3.23 en 3.3.24 dagvaarding en niet (specifiek) betwist in de conclusie van antwoord.
18. Evenwel staakte AG in 2012 plotseling de financiering van BMA. Daarbij heeft AG zich op geen enkele wijze rekenschap gegeven van haar zorgplicht, noch van de bij de Crediteuren gewekte schijn van kredietwaardigheid door financiële steun vanuit AG. Door het stopzetten van de financiering werd een faillissement onvermijdelijk. Tevens is aan de Crediteuren geen enkele mogelijkheid geboden om rekening te houden met het staken van deze financiering. Het

voorzienbare gevolg daarvan is de vorderingen van de Crediteuren onbetaald bleven en zij geen (volledig) verhaal hebben.

19. Het gevolg hiervan is dat AG onrechtmatig heeft gehandeld jegens alle Crediteuren, althans de Crediteuren die hebben vertrouwd op de gewekte schijn van kredietwaardigheid van BMA, althans de Crediteuren die maatregelen hadden kunnen nemen ten einde geen of minder schade te lijden als gevolg van het staken van de financiering van AG.
20. De schade,¹⁷ die hierdoor is ontstaan, is gelijk aan het bedrag van de onbetaalde vorderingen van de Crediteuren op BMA:
 - (i) De met deze vorderingen corresponderende schulden hadden niet mogen worden aangegaan door BMA c.q. de desbetreffende zorgplicht van AG richtte zich op het voorkomen van het aangaan van schulden die niet worden nagekomen en waarvoor ook geen (volledig) verhaal beschikbaar is. In de situatie waarin deze zorgplicht niet was geschonden waren deze schulden dus niet aangegaan.
 - (ii) Indien de Crediteuren zich bewust waren geweest van het (op handen zijnde) staken van de financiering door BMA dan zouden zij geen zaken meer met BMA hebben gedaan, althans niet zonder betaling vooraf of garanties van AG te bedingen. De schulden zouden dan niet zijn ontstaan, althans niet onbetaald gebleven.
21. Wat betreft de verweren van AG en de weerlegging daarvan verwijst de Crediteurenstichting naar de conclusie van repliek zijdens de curator.

Wijze van afwikkeling schadeloosstelling

¹⁷ Met betrekking tot de gevorderde verklaring van recht hoeft niet vast te staan dat er schade is geleden, althans wat de omvang daarvan is. Zie HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162 (*World Online*): “Bij deze collectieve actie staat immers uitsluitend ter beoordeling of het gedrag van *World Online* en de Banken bij de beursintroductie onrechtmatig is geweest. Bij de beantwoording van die vraag kan geabstraheerd worden van de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de beleggers (vgl. rov. 7.3 van HR 23 december 2005, nr. C04/173, LJN AU3713, NJ 2006, 289). Die omstandigheden zijn pas relevant bij vragen omtrent bijvoorbeeld schade(omvang), causaal verband en eigen schuld. Voor zover de onrechtmatigheid van de gedragingen van *World Online* en de Banken gegrond wordt op het openbaar maken van misleidende mededelingen, gaat het dus niet om de vraag of en in hoeverre (bepaalde) beleggers daadwerkelijk zijn misleid, maar om de vraag of *World Online* en de Banken zich vanwege het misleidende karakter van de mededelingen hadden moeten onthouden van het openbaar maken daarvan (zie ook hierna in 4.10.4). Een andere opvatting zou toepassing van art. 3:305a BW onaanvaardbaar beperken.” Vgl. voorts GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 612 Rv, aant. 3: “Waar het de inhoud en omvang van de schadevergoedingsverplichting betreft is de stelplicht van eiser in het hoofdgeding beperkt tot feiten op grond waarvan de mogelijkheid dat schade is geleden, aannemelijk is. Zijn stelplicht gaat niet zover dat hij reeds in het hoofdgeding gehouden is om de schadeposten en het beloop ervan specifiek op te geven.”

bB

22. De Hoge Raad heeft er nooit een misverstand over laten bestaan dat de bevoegdheid van curatoren om een Peeters/Gatzen-vordering in te stellen niet afdoet aan de vorderingen van de individuele crediteuren zelf.¹⁸ De Crediteuren hebben recht op nakoming daarvan. Hiervoor onder 5 kwam reeds ter sprake dat het voor de Crediteuren voordeliger is als direct jegens hen wordt nagekomen dan dat een en ander via de boedel verloopt. De Crediteurenstichting wil graag duidelijkheid verkrijgen over de vraag of de Crediteuren rechtens moeten aanvaarden dat afwikkeling van de schadevergoedingsplicht van AG (eerst) via de boedel verloopt, of dat de Crediteuren recht hebben om hun vorderingen jegens AG buiten de boedel af te wikkelen.
23. Deze wens is ingegeven door het feit dat de Hoge Raad heeft overwogen dat het belang van een behoorlijke afwikkeling van het faillissement kan meebrengen dat eerst op de Peeters/Gatzen-vordering wordt beslist en pas later op de vordering van individuele crediteuren. AG lijkt daaruit af te leiden dat de afwikkeling van de schadevergoedingsplicht van AG (eerst) via de boedel dient te verlopen. De Crediteurenstichting is het daar niet mee eens:
- (i) Het belang van een behoorlijke afwikkeling van het faillissement komt niet in het gedrang door de betaling van de schulden van BMA door AG die de Crediteurenstichting voor ogen staat. Mogelijk zal AG daar tegen willen inbrengen dat, indien de afwikkeling van de schadevergoedingsplicht van AG via de boedel zou verlopen, dat (in theorie) het gevolg zou hebben dat zij de vorderingen van de Crediteuren niet volledig hoeft te voldoen maar slechts het bedrag van hun vorderingen minus het boedelactief (dat beschikbaar is voor de betaling van de Crediteuren). Echter, indien AG alle schulden van BMA rechtstreeks betaalt aan de Crediteuren, blijft dat boedelactief als surplus in het faillissement achter. En een eventueel surplus in het faillissement komt toe aan AG als (indirect) aandeelhouder. AG wordt dus niet benadeeld door hetgeen de Crediteurenstichting voorstaat.
 - (ii) Maar ook als het belang van een behoorlijke afwikkeling van het faillissement wel in het gedrang zou komen, ziet Crediteurenstichting niet in waarom de Crediteuren genoeg zouden moeten nemen met afwikkeling van de schadevergoedingsplicht van AG via de boedel, in het bijzonder als dat er op neer komt dat zij niet volledig schadeloos worden gesteld. Dat zou immers neerkomen op een vermindering van hun vordering en daarvoor ontbreekt de – mede met het oog op art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM vereiste – wettelijke grondslag.

Met conclusie:

¹⁸ HR 8 september 2017, *NJ* 2017/351, *JOR* 2017/334 m.nt. Broeders (*Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis*), r.o. 4.23.

bB

Dat het de Rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht moge behagen bij vonnis, voor zover rechtens mogelijk uitvoerbaar bij voorraad,

1. van recht te verklaring dat BMA Braunschweigische Maschinenbauanstalt AG onrechtmatig heeft gehandeld jegens (primair) de schuldeisers in het faillissement van BMA Nederland B.V., althans (subsidiar) jegens de schuldeisers die hebben vertrouwd dat BMA Nederland B.V. de door haar jegens hen aangegane verplichtingen zou voldoen omdat BMA Braunschweigische Maschinenbauanstalt AG daartoe adequate financiering zou verstrekken aan BMA Nederland B.V., althans (eveneens subsidiar) jegens de schuldeisers van BMA Nederland B.V. die, indien zij voorafgaand aan het staken van de (verdere) financiering van BMA Nederland B.V. door BMA Braunschweigische Maschinenbauanstalt AG hiervan op de hoogte waren geweest, maatregelen hadden kunnen nemen ten einde te voorkomen dat hun vorderingen op BMA Nederland B.V. (gedeeltelijk) onbetaald bleven;
2. BMA Braunschweigische Maschinenbauanstalt AG te veroordelen om op eerste verzoek schriftelijk van een schuldeiser van BMA Nederland B.V. te voldoen als een derde de volledige schuld (inclusief rente) van BMA Nederland B.V. aan de desbetreffende schuldeiser, mits het verzoek vergezeld gaat van bescheiden waaruit blijkt (a) dat de hoofdsom van de desbetreffende schuld is geverifieerd als schuld in het faillissement van BMA Nederland B.V. en (b) de omvang van de desbetreffende vordering;
3. en indien de onder 2 genoemde vordering wordt toegewezen: mr. Willem Jan Maurits van Andel in de hoedanigheid van opvolger van mr. Hendrik Pasman als curator in het faillissement van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid BMA Nederland B.V. te veroordelen om te gehengen en gedogen en er aan mee te werken dat de schadevergoeding naar aanleiding van de hiervoor onder 1 genoemde onrechtmatige daad wordt afgewikkeld op de hiervoor onder 2 genoemde wijze.
4. BMA Braunschweigische Maschinenbauanstalt AG te veroordelen in de kosten van het geding, onder de bepaling dat over het bedrag van de toegewezen proceskosten wettelijke rente verschuldigd zal zijn vanaf 14 dagen ná betekening van het in deze te wijzen vonnis.

Advocaat