

CA Consumer Finance/ECB

Zie de weergave van de feiten, de uitspraken en het commentaar in *Ondernemingsrecht* 2020/163.

Prof. mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol

Ondernemingsrecht, openbare orde

Ondernemingsrecht 2020/167

Hoge Raad (Civiele kamer) 24 april 2020, 19/01401
m.nt. mr. S. van Dongen¹

JONDR 2020/477

RvdW 2020/580

NJB 2020/1146

RO 2020/40

ECLI:NL:HR:2020:797

ECLI:NL:PHR:2019:1163

Kan Bandidos International worden aangemerkt als 'corporatie' zoals bedoeld in art. 10:122 lid 1 jo. art. 10:117 sub a BW? Omvat het verbod van Bandidos Holland tevens de lokale Nederlandse afdelingen?

Motorclub 'Bandidos'²

1. Feiten

Bandidos is een zogenoemde Outlaw Motorcycle Gang (OMG) die in 1966 is opgericht in de VS. Nadat de club aanvankelijk alleen zogenoemde chapters (afdelingen) had in Noord- en Zuid-Amerika, kwamen daar later chapters bij in Europa, Australië en Azië (samen aangeduid als 'Australasia'). In 2014 werd het chapter BMC Sittard opgericht. De aanwezigheid van Bandidos in Nederland is vervolgens uitgebreid met chapters in Alkmaar, Utrecht en Nijmegen, waarvan het chapter in Alkmaar kennelijk weer is gesloten. Wereldwijd heeft Bandidos meer dan 200 chapters met in totaal ruim 2.500 leden; enkele tientallen daarvan bevinden zich in Nederland.

In deze gevoegde zaken gaat het om het door het OM gedane verzoek om i) voor recht te verklaren dat de werkzaamheid van de buitenlandse corporatie Bandidos Motorcycle Club (hierna: "BMC") in strijd is met de openbare orde zoals bedoeld in art. 10:122 BW, en ii) de Neder-

landse afdeling van deze motorclub, de informele vereniging BMC Holland, in overeenstemming met art. 2:20 BW verboden te verklaren. Volgens het OM is de cultuur van Bandidos gericht op het plegen van ernstige strafbare feiten en is de werkzaamheid van BMC en BMC Holland bijgevolg in strijd met de openbare orde. Met zijn verzoeken had het OM tot doel om de aanwezigheid van Bandidos in Nederland definitief te beëindigen.

Geen van beide verweerders is verschenen. In plaats daarvan is in de procedure verweer gevoerd door twee als belanghebbende aangemerkte partijen: Bandidos Motorcycleclub Federation Europe (hierna: "BMC Europe") en Bandidos MC Sittard (hierna: "BMC Sittard"). Zij hebben primair aangevoerd dat BMC en BMC Holland niet bestaan en dat het OM bijgevolg niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Voorts hebben zij betoogd dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht heeft. Subsidiair is betwist dat binnen Bandidos structurele criminaliteit en structureel geweld normaal worden gevonden. Voor zover individuele leden strafbare feiten hebben gepleegd, kan dit niet aan Bandidos-chapters worden toegerekend.

2. Beslissing

2.1 De procedure in feitelijke instanties

In haar vonnis van 20 december 2017 heeft de Rechtbank Midden-Nederland in de eerste plaats stilgestaan bij de vraag of zij in de zaak tegen BMC rechtsmacht heeft.³ Met het OM is de rechtbank van mening dat de Brussel Ibis-verordening en het Verdrag van Lugano II hierop materieel niet van toepassing zijn.⁴ Volgens de rechtbank valt een verzoek op grond van art. 10:122 BW door het OM buiten de 'burgerlijke en handelszaken' waarop deze regelingen gelet op art. 1 Brussel Ibis/Verdrag van Lugano II van toepassing zijn. Het gaat hier immers om de uitoefening van een exclusieve overheidsbevoegdheid, te weten de handhaving van de openbare orde. De rechtbank kan in de onderhavige verzoekschriftprocedure rechtsmacht ontlenen aan art. 3 sub a Rv, aangezien de verzoeker, het OM, in Nederland woonplaats heeft.⁵

In de tweede plaats is de rechtbank ingegaan op het bestaan van BMC.⁶ In overeenstemming met art. 10:122 lid 1 jo. art. 10:117 sub a BW is vereist dat BMC als een zelfstandige eenheid of zelfstandig lichaam naar buiten optreedt. BMC Europe voerde aan dat daar geen sprake (meer) van is, aangezien zich sinds 1997 en in elk geval

1 Sanne van Dongen is universitair docent (burgerlijk recht en internationaal privaatrecht) bij de Radboud Universiteit Nijmegen en vaste medewerker van dit tijdschrift.

2 Dit arrest is tevens geannoteerd door J.M. Blanco Fernández in *JOR* 2020/226.

3 Zie voor het vonnis Rb. Midden-Nederland 20 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6241, *JOR* 2018/66, m.nt. R.J.B. Schutgens; *AB* 2018/60, m.nt. J.G. Brouwer & J. Koornstra; *JIN* 2018/12, m.nt. R.Y. Kamerling.

4 Zie r.o. 3.5 van het vonnis, waar het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Lugano 30 oktober 2007, *PbEU* 2007, L 339/3, door de rechtbank wordt aangeduid als 'EVEX II'.

5 R.o. 3.6.

6 R.o. 3.8-3.11.

sinds 2007 een verwijdering heeft voorgedaan tussen Bandidos in de Verenigde Staten enerzijds en Bandidos in Europa en Australasia anderzijds. De rechtbank heeft – onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis – overwogen dat het begrip ‘corporatie’ ruim moet worden uitgelegd en dat ook tussen verschillende zelfstandige organisaties gemaakte afspraken of afgestemde feitelijke gedragingen kunnen leiden tot het oordeel dat sprake is van een als zelfstandige eenheid naar buiten optredend lichaam en samenwerkingsverband. Volgens de rechtbank treedt BMC inderdaad naar buiten op als één zelfstandige wereldwijde motorclub. Dit oordeel baseert de rechtbank onder meer op de omstandigheid dat BMC wereldwijd dezelfde naam (‘Bandidos MC’) hanteert, onder die naam ook een website heeft waarop alle landen met Bandidos-chapters worden genoemd en waarop hyperlinks naar en nieuws over die chapters te vinden zijn. Voorts is relevant geacht dat alleen personen die lid zijn van een bij BMC Verenigde Staten, BMC Europe of BMC Australasia aangesloten chapter (wereldwijd dezelfde) clubkleding mogen dragen, met daarop dezelfde soort symbolen, en hebben ook afgezien daarvan leden over de hele wereld dezelfde of op zijn minst sterk vergelijkbare regels. Deze regels en bijvoorbeeld ook de functieaanduidingen binnen de verschillende chapters zijn vastgelegd in zogeheten ‘Bibles’, die van zowel Bandidos Europe als Bandidos Australasia zijn overgelegd. Daarnaast heeft de rechtbank gewezen op het bestaan van mondiale evenementen en de Europese e-mailserver waarvan zowel de Bandidos in Europa als die in Australië en Azië gebruikmaken.

De derde kwestie vormt het bestaan van BMC Holland, tegen wie immers een (zelfstandig) verzoek tot verbodenverklaring op grond van art. 2:20 BW is ingediend. Volgens BMC Sittard vallen de drie overgebleven lokale Nederlandse chapters sinds begin 2016 onder het regionale chapter West Central en past een landelijk chapter zoals BMC Holland niet in deze nieuwe organisatiestructuur binnen Europa.⁷ Daarnaast zijn de lokale Nederlandse chapters zelfstandig en onafhankelijk van elkaar. Zij hebben wel contact, maar dit betekent niet dat er een informele vereniging BMC Holland bestaat. De rechtbank heeft overwogen dat BMC Holland wel degelijk bestaat en kan worden aangemerkt als informele vereniging, aangezien zij als een organisatorisch verband van personen (leden) naar buiten optreedt.⁸ Zo is ‘Holland’ met contactgegevens opgenomen op het overzicht op de (wereldwijde) website met de naam Bandidos MC, bestaat er een Facebookpagina van ‘Bandidos Holland’, zijn er ‘Holland-meetings’ en ‘Holland Regels’, waarbij weliswaar sprake is van een grote invloed vanuit BMC Sittard, maar waaraan andere leden ook kunnen deelnemen respectievelijk gebonden zijn, dragen de Bandidos in Nederland op hun kle-

ding onder het logo van Bandidos vaak de tekst ‘HOLLAND’, blijkt uit een betalingsbewijs dat BMC Holland een bedrag heeft betaald aan een advocatenkantoor en zijn de Nederlandse Bandidos-leden dan wel de chapters als één organisatorisch verband naar buiten opgetreden, onder meer als sponsor.

Nadat de rechtbank hiermee heeft vastgesteld dat BMC en BMC Holland als ‘corporatie’ respectievelijk informele vereniging geacht kunnen worden te bestaan, heeft zij de vraag onderzocht of hun werkzaamheden in strijd zijn met de openbare orde zoals bedoeld in (art. 10:122 jo.) art. 2:20 BW. Gelet op het belang van de in art. 8 Grondwet en art. 11 EVRM gewaarborgde vrijheid van vereniging en vergadering, moet het gaan om gedragingen die een werkelijke en ernstige aantasting vormen van als wezenlijk ervaren beginselen van ons rechtsstelsel en die onze samenleving ontwrichten of kunnen ontwrichten.⁹ Uit een door de politie opgesteld overzicht blijkt dat de Bandidos zijn gericht op het plegen van geweld en dat dit door de Bandidos-organisatie wordt gestimuleerd door het verlenen van onderscheidingen (patches) of een stijging in rang.¹⁰ Dit laatste heeft tot gevolg dat hoewel niet kan worden vastgesteld dat BMC of BMC Holland rechtstreeks bij de door leden gepleegde daden van geweld betrokken zijn geweest, doordat aangetoond kan worden dat een (feitelijk) bestuur daar leiding aan of doelbewust gelegenheid voor heeft gegeven, de daden wel als eigen ‘werkzaamheid’ aan Bandidos kunnen worden toegerekend.¹¹ Na een afweging van alle betrokken belangen en rechten heeft de rechtbank geoordeeld dat het in een democratische samenleving noodzakelijk is dat voor recht wordt verklaard dat de werkzaamheid van BMC in strijd is met de openbare orde en dat BMC Holland wordt verboden.¹² Volgens de rechtbank betekent dit dat de aanwezigheid van Bandidos in Nederland, in welke verschijningsvorm ook, wordt beëindigd.¹³

In hoger beroep oordeelt het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden deels anders.¹⁴ Dit begint al bij de rechtsmacht. Hoewel ook het hof tot de conclusie komt dat de Nederlandse rechter in de zaak tegen BMC rechtsmacht heeft, acht hij het niet relevant of de verzoeken van het OM onder het materiële toepassingsgebied van Brussel Ibis of het Verdrag van Lugano II vallen.¹⁵ Het hof overweegt dat het verzoek tegen BMC immers in ieder geval buiten de *formele* reikwijdte van Brussel Ibis (alsmede het Verdrag van Lugano II) valt, nu BMC – volgens het OM – een in de VS gevestigde corporatie zou zijn en de genoemde rechts-

7 Zie r.o. 3.13.

8 R.o. 3.14.

9 R.o. 3.20.

10 R.o. 3.28.

11 R.o. 3.33.

12 R.o. 3.35.

13 R.o. 3.36.

14 Zie voor het arrest Hof Arnhem-Leeuwarden 18 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10865, JOR 2019/52, m.nt. C.D.J. Bulten; AB 2019/528, m.nt. J.G. Brouwer & J. Koornstra.

15 R.o. 4.9.

machtregelingen daarop niet van toepassing zijn.¹⁶ Dit betekent dat ook volgens het hof de Nederlandse rechter rechtsmacht dient te ontnemen – en ook kan ontnemen – aan art. 3 sub a Rv.

Wat betreft het bestaan van BMC heeft ook het hof tot uitgangspunt genomen dat daarvoor is vereist dat BMC als een zelfstandige eenheid of organisatie naar buiten optreedt. Anders dan de rechtbank acht het hof dit criterium echter niet vervuld. Volgens het hof blijkt sinds de verwijdering tussen de Amerikaanse Bandidos-organisatie en die op de andere continenten niet dat zich in de VS toch nog een internationaal (wereldwijd) bestuur, kantoor of organisatie bevindt van waaruit zeggenschap over andere Bandidos-motorclubs wordt uitgeoefend of centrale activiteiten worden georganiseerd.¹⁷ Dit wordt niet anders door de aanwezigheid van een gemeenschappelijke website, noch door het beheer en de uitgifte van clubkleding en logo's, nu niet is gebleken dat daar een wereldwijde organisatie achter zit. Dat de gedragen kleding en logo's alsmede de gebruikte slogans wereldwijd dezelfde zijn, komt doordat de Bandidos-motorclubs dezelfde oorsprong hebben. Dit betekent echter niet dat BMC als een corporatie kan worden aangemerkt.¹⁸ Uit het bestaan van verschillende Bibles heeft het hof veeleer afgeleid dat de Bandidos-motorclubs lokaal en per werelddeel zijn georganiseerd.¹⁹ De overweging van de rechtbank dat het voor het aannemen van het bestaan van een buitenlandse corporatie voldoende is dat sprake is van tussen zelfstandige organisaties gemaakte afspraken of afgestemde feitelijke gedragingen, wijst het hof uitdrukkelijk van de hand.²⁰ Het hof overweegt dat volgens de wetsgeschiedenis van art. 10:117 BW sprake dient te zijn van een samengaande groep die zich als een zelfstandig subject van rechten vertoont en door het recht als eenheid wordt behandeld. Contractuele of feitelijke samenwerking is daarbij niet voldoende, zolang daarbij geen sprake is van zelfstandigheid.²¹ De slotsom is dat het hof het verzoek van het OM tegen BMC alsnog heeft afgewezen.

Het oordeel van de rechtbank omtrent het bestaan van BMC Holland als informele vereniging heeft het hof in stand gelaten.²² Daarnaast heeft het hof zich aangesloten bij het oordeel dat de werkzaamheid van BMC Holland in strijd is met de openbare orde en dat BMC Holland daarom dient te worden verboden.²³ Verschil van opvatting bestaat echter omtrent de reikwijdte van dit verbod.²⁴ Uit de opmerking van de rechtbank dat de verbodenverklaring van BMC Holland inhoudt dat de aanwezigheid van

de Bandidos in Nederland, in welke verschijningsvorm ook, wordt beëindigd, kan worden afgeleid dat de rechtbank de opvatting van het OM deelt dat met het verbod en de ontbinding van BMC Holland ook de lokale Nederlandse chapters worden verboden en ontbonden en dat ook hun vermogen wordt vereffend. Het hof ziet dit anders. Volgens het hof vormen deze chapters zelfstandige informele verenigingen, aangezien zij een eigen bestuur hebben, een eigen naam, een eigen contributieverplichting, eigen leden, vergaderingen en onderscheidingsstekens op de kleding, en zij zich ook naar buiten toe als zelfstandige eenheden presenteren. Indien het OM ook het verbod van de Nederlandse chapters had willen bewerkstelligen, had het daartoe afzonderlijke verzoeken moeten doen.

2.2 De procedure in cassatie

In cassatie zijn nog twee vragen aan de orde. De eerste vraag is of BMC kan worden aangemerkt als corporatie in de zin van art. 10:122 BW en de tweede of het verbod van BMC Holland tevens de verbodenverklaring van de lokale Nederlandse chapters omvat. Interessant is dat waar advocaat-generaal Vlas deze vragen bevestigend heeft beantwoord, het antwoord van de Hoge Raad ontkennend luidt.

Wat betreft de eerste vraag heeft de advocaat-generaal vooropgesteld dat het begrip 'corporatie' bij de toepassing van art. 10:122 BW ruim moet worden uitgelegd en dat het hof van de juiste maatstaf is uitgegaan.²⁵ Beslissend is inderdaad het antwoord op de vraag of BMC een wereldwijde, als een zelfstandige eenheid naar buiten optredende motorclub is.²⁶ Volgens de advocaat-generaal is het hof bij de beantwoording van deze vraag echter te streng geweest, door te verlangen dat sprake is van een hiërarchisch vormgegeven organisatie, met een internationaal hoofdkwartier, dat zeggenschap heeft over de motorclubs wereldwijd of van waaruit besluiten worden genomen waaraan alle aangesloten motorclubs zijn onderworpen.²⁷ Hij meent dat uit het geheel van omstandigheden dat door de rechtbank is vermeld (zie par. 2.2 hierboven), blijkt dat BMC wel degelijk is gericht op het naar buiten toe optreden als zelfstandige eenheid. Daaraan doet, aldus de advocaat-generaal, niet af dat de ene omstandigheid afzonderlijk beschouwd minder relevant is dan de andere.

Ook de Hoge Raad wijst erop dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het begrip 'corporatie' een ruim uit te leggen verzamelbegrip is.²⁸ Hij signaleert vervolgens dat het beslissende criterium – het naar buiten als zelfstandige eenheid optreden – duidelijk het verschil met een zuiver contractuele samenwerking markeert.²⁹ Het vereiste van zelfstandigheid vormt de grens tussen een samenwer-

16 Zie art. 4 t/m 6 Brussel Ibis alsmede art. 2 t/m 4 Verdrag van Lugano II.

17 R.o. 4.11.

18 R.o. 4.13.

19 R.o. 4.12.

20 R.o. 4.14.

21 R.o. 4.14-4.15.

22 R.o. 4.18

23 R.o. 4.19 e.v.

24 Zie hierover r.o. 4.31 e.v.

25 Concl. A-G P. Vlas 15 november 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1163, par. 3.4-3.7.

26 Par. 3.8.

27 Par. 3.12.

28 R.o. 3.2.4 van het arrest van de HR.

29 R.o. 3.2.5.

kingsovereenkomst die leidt tot een corporatie met naar het incorporatierecht geregelde eigen rechten en plichten, en een samenwerkingsovereenkomst waaraan dat gevolg niet verbonden is. De Hoge Raad overweegt dat het hof niet als vereiste heeft gesteld dat een bepaalde mate van hiërarchie of organisatiestructuur moet bestaan, maar aan de hand van omstandigheden die (mede) met hiërarchie en organisatie te maken hebben, tot het oordeel is gekomen dat van een corporatie geen sprake is. Daarmee heeft het hof aan het zijn van corporatie geen onjuiste of te hoge eisen gesteld en blijft zijn oordeel in stand.

De tweede vraag betreft de reikwijdte van de verbodenverklaring van BMC Holland. De advocaat-generaal is het met het hof eens dat de verbodenverklaring en ontbinding van een hoofdvereniging zich alléén kan uitstrekken tot afdelingen die zelf vereniging-rechtspersoon zijn, indien ten aanzien van die vereniging-rechtspersonen een zelfstandig verzoek tot verbodenverklaring en ontbinding is gedaan.³⁰ Anders dan het hof vindt hij echter niet dat de lokale Bandidos-chapters zelf als een vereniging-rechtspersoon kunnen worden aangemerkt.³¹ Aangezien de Hoge Raad zich nog niet heeft uitgelaten over de criteria aan de hand waarvan moet worden vastgesteld of van een informele vereniging sprake is, heeft de advocaat-generaal aansluiting gezocht bij de drie (cumulatieve) vereisten uit het bestuursrecht: de aanwezigheid van (i) een ledenbestand en (ii) een organisatorisch verband dat is gericht op het behalen van een bepaald doel (hetgeen kan worden afgeleid uit regelmatige ledenvergaderingen, een functionerend bestuur en een samenwerking die op enige continuïteit is gericht), en (iii) de eis dat de organisatie als een eenheid deelneemt aan het rechtsverkeer.³² Deze criteria zijn evenzeer relevant voor de beoordeling van de vraag of de lokale chapters ook zelf rechtspersoonlijkheid bezitten.³³ Bovendien geldt daarvoor volgens de advocaat-generaal als aanvullende voorwaarde dat zij zelf kunnen beslissen over de toelating van leden en de beëindiging van het lidmaatschap. Deze laatste voorwaarde acht hij niet vervuld, nu uit de feitelijke vaststellingen van het hof blijkt dat het bestuur van BMC Holland over dergelijke kwesties zeggenschap heeft.³⁴

De Hoge Raad gaat eveneens in op de voorwaarden aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of van een informele vereniging sprake is. Hij overweegt dat vereist is dat er een zelfstandig lichaam is dat als zodanig deelneemt aan het rechtsverkeer, dat leden heeft en gericht is op een bepaald doel, en dat dit enig organisatorisch verband ondersteunt.³⁵ Deze voorwaarden zijn evenzeer relevant bij de beantwoording van de vraag of een afdeling van een

vereniging tevens als informele vereniging rechtspersoonlijkheid heeft.³⁶ Indien dit het geval is, strekt een verbod dat is uitgevaardigd op grond van art. 2:20 BW, zich inderdaad niet tot deze afdeling uit.³⁷ Het oordeel van het hof dat de lokale Nederlandse chapters informele verenigingen zijn, is een feitelijk oordeel, dat met de door het hof gebruikte argumenten (zie daarvoor par. 2.7 hierboven) voldoende is gemotiveerd. Dit betekent dat de daartegen gericht klachten falen.

3. Commentaar

3.1 *De hoedanigheid van de lokale chapters*

Om met de laatste, materieelrechtelijke kwestie te beginnen: in het onderhavige arrest bevestigt de Hoge Raad de voorwaarden die de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State in 2008 in het bestuursrecht had geformuleerd en die ook in de lagere civiele rechtspraak reeds werden gehanteerd ter beantwoording van de vraag of een entiteit kan worden aangemerkt als een informele vereniging.³⁸ Overigens sluit de Hoge Raad niet woordelijk bij de uitspraak van de Afdeling aan. In plaats daarvan verwijst hij naar de tekst van en de toelichting op art. 2:26 BW. In de parlementaire geschiedenis wordt inderdaad al opgemerkt dat sprake dient te zijn van “een lichaam dat zelfstandig aan het rechtsverkeer gaat deelnemen”.³⁹

Nu ging het in cassatie uitsluitend nog om de hoedanigheid van de lokale Bandidos-chapters. Er zijn drie mogelijkheden:

- (i) de chapters vormen afdelingen van BMC Holland zonder eigen rechtspersoonlijkheid;
- (ii) de chapters vormen afdelingen van BMC Holland mét eigen rechtspersoonlijkheid; of
- (iii) de chapters vormen zelfstandige rechtspersonen.

Alleen in het eerste geval strekt de verbodenverklaring van BMC Holland op grond van art. 2:20 BW zich tevens tot de lokale Bandidos-chapters uit. Voor zowel het tweede als het derde geval geldt dat aangezien aan de oprichting van de chapters geen notariële akte ten grondslag heeft gelegen, zij alleen als informele verenigingen over eigen rechtspersoonlijkheid kunnen beschikken. Met behulp van welke maatstaf dient te worden vastgesteld of de chapters informele verenigingen zijn? Advocaat-generaal Vlas nam aan dat de chapters afdelingen vormen van BMC Holland en in die hoedanigheid alleen kunnen worden aangemerkt als informele verenigingen, indien zij zelf kunnen beslissen over de toelating van leden en de beëin-

30 Par. 3.44 van de conclusie A-G.

31 Par. 3.48.

32 Par. 3.29, 3.30 en 3.38.

33 Par. 3.38.

34 Par. 3.47 en 3.48.

35 R.o. 3.4.1 van het arrest van de HR.

36 R.o. 3.4.1, 3.4.2 en 3.6.2.

37 R.o. 3.4.3.

38 *Asser/Rensen 2-III 2017/21*, met verwijzing naar ABRvS 12 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC6406, AB 2009, 201, m.nt. R. Ortlep (*Comité Behoud Havezathe Heeckeren*), r.o. 2.3.

39 Zie PG Boek 2 (Inv.), p. 1160-1161.

diging van het lidmaatschap.⁴⁰ De uitwerking hiervan blijkt echter nog niet zo eenvoudig, aangezien in de ‘Holland regels’ waar de advocaat-generaal vervolgens naar verwijst, staat dat “aanmeldingen lopen over Chapter sittard [sic]”.⁴¹ Dit zou er dus op wijzen dat dit chapter wel degelijk als een informele vereniging dient te worden aangemerkt. Deze conclusie trekt de advocaat-generaal niet, omdat uit de feitelijke vaststellingen van het hof blijkt dat de president van BMC Sittard tevens feitelijk bestuurder van BMC Holland is en dat het bestuur van BMC Holland – waarvan overigens niet duidelijk is of dit nog andere personen omvat dan de zojuist genoemde president – tevens zeggenschap heeft over de beëindiging van het lidmaatschap.⁴² Wat hiervan ook zij, een dergelijke aanvullende voorwaarde zou betekenen dat afdelingen niet snel als informele vereniging kunnen worden aangemerkt. Dit laatste is in overeenstemming met de heersende opvatting in de literatuur, waar omtrent het bestaan van een afdeling-informele vereniging onder meer wordt opgemerkt dat dit weliswaar “niet uitgesloten” is, maar toch “veelal niet de bedoeling zal zijn.”⁴³

De Hoge Raad gaat niet op deze kwestie in. Hij sanctioneert immers het oordeel van het hof dat de Nederlandse chapters zijn aan te merken als informele verenigingen en overweegt dat het hof daarbij in het midden kon laten of de chapters afdelingen vormen van BMC Holland.⁴⁴ Ik vraag mij overigens af of het hof dit inderdaad in het midden heeft gelaten, gelet op diens overweging dat “de chapters *zelfstandige* informele verenigingen zijn (...) [cursivering SvD]”.⁴⁵ In de onderbouwing van het hof kan ik mij goed vinden. Uit de door het hof opgesomde omstandigheden (zie par. 2.7 hierboven) kan mijns inziens inderdaad worden afgeleid dat de lokale chapters als zelfstandige entiteiten deelnemen aan het rechtsverkeer. Daarnaast zorgt het in mijn optiek voor duidelijkheid wanneer er één criterium is om vast te stellen of een entiteit kan worden aangemerkt als informele vereniging, ongeacht het antwoord op de vraag of deze entiteit (tevens) de hoedanigheid van afdeling heeft.

3.2 De hoedanigheid van BMC

Een vergelijkbaar criterium geldt bij de beoordeling van de eerste kwestie die in cassatie voorlag: kan BMC worden aangemerkt als een corporatie zoals bedoeld in art. 10:122 lid 1 jo. art. 10:117 sub a BW? Zoals uit de wettekst van laatstgenoemde bepaling blijkt, is hiervoor vereist dat

sprake is van een als zelfstandige eenheid of organisatie optredend lichaam of samenwerkingsverband. In de door de advocaat-generaal geciteerde passage uit de memorie van toelichting op (de voorloper van) art. 10:117 sub a BW wordt verwezen naar het advies van de Staatscommissie, die meende dat “het feitelijk karakter van de omschrijving tot gevolg heeft dat kwalificatieproblemen worden vermeden die tot rechtsonzekerheid zouden kunnen leiden”.⁴⁶ Uit de onderhavige zaak blijkt echter wel dat kwalificatieproblemen ook met een feitelijke omschrijving niet uitgesloten zijn. De rechtbank en de advocaat-generaal komen immers tot precies de tegenovergestelde uitkomst als het hof en de Hoge Raad.

In haar annotatie onder het arrest van het hof oordeelde Bulten dat “de omschrijving van de rechtbank (...) wellicht te ruim [is], maar het hof (...) hier te streng [is].”⁴⁷ Het eerste ben ik met haar eens. De overweging van de rechtbank dat ook tussen verschillende zelfstandige organisaties gemaakte afspraken of afgestemde feitelijke gedragingen kunnen leiden tot het oordeel dat sprake is van een als zelfstandige eenheid naar buiten optredend lichaam en samenwerkingsverband, is mijns inziens problematisch. Terecht heeft het hof overwogen dat er dan toch op zijn minst een zelfstandige eenheid, organisatie of samenwerkingsverband moet zijn, die als zodanig naar buiten toe optreedt. Uitsluitend contractuele of feitelijke samenwerking is onvoldoende.⁴⁸ Uit de omstandigheden die de rechtbank aan haar oordeel ten grondslag heeft gelegd (zie par. 2.2 hierboven) blijkt overduidelijk het bestaan van en de samenwerking tussen BMC Europe, BMC VS en BMC Australasia, maar niet dat er ook nog een overkoepelende, wereldwijde Bandidos-entiteit bestaat. In de verwerping van de tegen het oordeel van het hof gerichte cassatieklachten kan ik mij daarom volledig vinden.

3.3 Een (hypothetische) procedure jegens BMC Europe

Had het OM er, gelet op het voorgaande, niet beter aan gedaan om de vordering in te stellen jegens BMC Europe? Dit brengt ons bij de kwestie van de rechtsmacht, die in de onderhavige procedure in cassatie geen rol meer speelde. Uit het arrest van het hof blijkt dat BMC Europe is gevestigd in Denemarken. Dit betekent dat de Nederlandse rechter voor de beoordeling van zijn internationale bevoegdheid in de eerste plaats te rade zou moeten gaan bij de Brussel Ibis-verordening. Weliswaar is deze verordening (evenmin overigens als andere verordeningen op het terrein van het IPR) voor Denemarken niet rechtstreeks van toepassing, maar via een overeenkomst tussen de EU en Denemarken gelden de bepalingen uit Brussel Ibis inmiddels wel degelijk ook voor Denemarken.⁴⁹

40 Par. 3.38 en 3.47 van de conclusie A-G. Daarbij verwijst hij naar Overes, Van der Ploeg & Van Veen, *Van vereniging & stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 342.

41 Par. 3.47 van de conclusie A-G.

42 Hij verwijst daarbij naar r.o. 4.22 en 4.26 van het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden.

43 *Asser/Rensen 2-III* 2017/190. Vgl. voor het tweede citaat tevens Overes, Van der Ploeg & Van Veen, *Van vereniging & stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 342.

44 R.o. 3.4.5 van het arrest van de HR.

45 R.o. 4.33 van het arrest van het hof.

46 Par. 3.5 van de conclusie A-G, waar wordt verwezen naar *Kamerstukken II* 1994/95, 24141, nr. 3, p. 14-15.

47 C.D.J. Bulten, annotatie onder het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden, *JOR* 2019/52, nr. 5.

48 Aldus r.o. 4.14 van het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden.

49 Zie overweging 41 van de considerans van Brussel Ibis.

Dit betekent vervolgens ook dat het verzoek van het OM tegen BMC Europe in ieder geval binnen de formele reikwijdte van Brussel Ibis zou vallen. Hoe zit het echter met de materiële reikwijdte van deze verordening? In overeenstemming met art. 1 lid 1 Brussel Ibis is zij beperkt tot 'burgerlijke en handelszaken', een begrip dat al onder de vigeur van het oorspronkelijke EEX-verdrag heeft geleid tot een overvloedige – en helaas zeer feitelijke – rechtspraak van het HvJ EU. Een recent voorbeeld vormt het op 16 juli 2020 gewezen arrest *Movic*.⁵⁰ Hierin ging het om de vraag of een door de Belgische overheid jegens een aantal Nederlandse vennootschappen ingestelde vordering tot het doen vaststellen en staken van oneerlijke handelspraktijken, onder het begrip 'burgerlijke of handelszaken' valt. Het HvJ EU herhaalt zijn overweging dat een geding niet onder het begrip 'burgerlijke en handelszaken' valt, wanneer een overheidsinstantie krachtens overheidsbevoegdheid handelt, hetgeen inhoudt "dat zij (...) gebruikmaakt van bevoegdheden die buiten het bestek vallen van de voor betrekkingen tussen particulieren geldende regels van gemeen recht".⁵¹ Hiertoe moeten "de rechtsbetrekking tussen de procespartijen en het voorwerp van het geschil worden vastgesteld of, als alternatief, de grondslag en de nadere regels voor de geldendmaking van de vordering worden onderzocht".⁵² Daarbij benadrukt het HvJ EU dat "de bescherming van het openbaar belang niet [mag] worden verward met handelen krachtens overheidsbevoegdheid".⁵³ Vervolgens acht het HvJ EU van belang dat niet blijkt dat de Belgische overheid in de procedure voor de Belgische rechter "enig bewijs heeft gebruikt dat door middel van (...) overheidsprerogatieven zou zijn verkregen".⁵⁴

Ik zou menen dat dit laatste bij een op art. 10:122 BW gegronde vordering anders is. Zo blijkt uit het vonnis van de rechtbank in de onderhavige procedure dat het OM gebruik heeft gemaakt van documenten en verklaringen die door politieonderzoek zijn verkregen.⁵⁵ In haar vonnis stelt ook de rechtbank dat het bij een verzoek op grond van art. 10:122 BW om de uitoefening van een exclusieve overheidsbevoegdheid gaat, te weten om de handhaving van de openbare orde (zie ook par. 2.1 hierboven).⁵⁶ Dit zou betekenen dat het geding buiten de materiële reikwijdte van Brussel Ibis valt en de Nederlandse rechter zijn rechtsmacht ook in een eventuele procedure jegens BMC Europe zou kunnen gronden op art. 3 sub a Rv. Hoewel ik dit persoonlijk de juiste benadering vind, valt niet uit te sluiten dat het HvJ EU hierover toch anders denkt. Het HvJ EU oordeelde immers in het verleden in het

Sunico-arrest dat een door de Britse belastingdienst ingestelde vordering tot vergoeding van bedragen die waren verkregen met een BTW-fraude, onder het begrip burgerlijke en handelszaken valt.⁵⁷ Bovendien kwam het HvJ EU in het arrest *Pula Parking* tot dezelfde slotsom voor de vordering tot inning van een bestuursrechtelijke parkeerschuld.⁵⁸ Hoewel beide zaken duidelijk een publiekrechtelijke achtergrond hadden, schaarde het HvJ EU de vorderingen in kwestie niettemin onder het begrip 'burgerlijke en handelszaken'.

Mocht het HvJ EU dit in de toekomst ook doen met een vordering op grond van art. 10:122 BW, dan is de Nederlandse rechter alleen bevoegd indien hij zijn rechtsmacht kan baseren op één van de gronden uit Brussel Ibis.⁵⁹ Daarbij zou in de eerste plaats de vraag rijzen naar toepasselijkheid van art. 24 sub 2 Brussel Ibis. Op grond van deze bepaling komt voor bepaalde ondernemingsrechtelijke geschillen exclusieve rechtsmacht toe aan de rechter van de plaats waar de vennootschap of rechtspersoon in kwestie is gevestigd. Dit zou in het geval van BMC Europe de Deense rechter zijn. De bepaling is echter beperkt tot geschillen omtrent de geldigheid, nietigheid of ontbinding van (besluiten van) vennootschappen of rechtspersonen en heeft, zoals tijdens de parlementaire behandeling van (de voorganger van) art. 10:122 BW door de minister is opgemerkt, geen betrekking op de door een vennootschap of rechtspersoon uitgeoefende activiteiten.⁶⁰ Vlas voert aan dat dit strikt genomen weliswaar juist is, maar dat een verzoek op grond van art. 10:122 BW toch onder art. 24 lid 2 Brussel Ibis kan vallen, "omdat de gevolgen van het declaratoir, te weten de onderbewindstelling en de vereffening van vermogensbestanddelen van de corporatie, raken aan de in art. 24 [sub 2 Brussel Ibis, SvD] genoemde onderwerpen".⁶¹ Hij merkt op dat het HvJ EU het laatste woord over deze kwestie zal hebben en dat is natuurlijk ontegenzeggelijk juist.

Indien art. 24 sub 2 niet van toepassing is, zou de Nederlandse rechter wellicht rechtsmacht kunnen ontlenen aan art. 7 sub 2 Brussel Ibis. Deze bepaling kent voor verbintenissen uit onrechtmatige daad alternatieve rechtsmacht toe aan de rechter van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen. Men dient daartoe, zoals ook is opgemerkt door Vlas, aan te ne-

50 HvJ EU 16 juli 2020, C-73/19, ECLI:EU:C:2020:568 (*Movic*).

51 R.o. 35 en 36 van het arrest *Movic*.

52 R.o. 37 van het arrest van het HvJ EU.

53 R.o. 53 van het arrest van het HvJ EU.

54 R.o. 59 van het arrest van het HvJ EU.

55 Zie r.o. 3.24, 3.27, 3.28, 3.31 en 3.32 van het vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland.

56 R.o. 3.5 van het vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland.

57 HvJ EU 12 september 2013, C-49/12, ECLI:EU:C:2013:545, NJ 2013/500, m.nt. L. Strikwerda (*Sunico*), r.o. 44.

58 HvJ EU 9 maart 2017, C-551/15, ECLI:EU:C:2017:193 (*Pula Parking*), r.o. 39.

59 Hiervan wordt ook uitgegaan in P. Vlas, 'Terrorisme en IPR', *WPNR* 2005/6633, p. 666; P. Vlas, *GS Rechtspersonen*, art. 10:122 BW, aant. 2; M.Y. Nethe, 'Nieuwe regels rondom verboden rechtspersonen en verboden buitenlandse corporaties (II, slot)', *WPNR* 2007/6706, p. 331-332. Deze auteurs gaan direct in op verschillende rechtsmachtgronden uit (de voorganger van) Brussel Ibis, zonder bij de materiële reikwijdte van deze verordening stil te staan.

60 *Kamerstukken II* 2004/05, 28764, nr. 6, p. 5. Deze opvatting wordt ook gehuldigd in M.Y. Nethe, 'Nieuwe regels rondom verboden rechtspersonen en verboden buitenlandse corporaties (II, slot)', *WPNR* 2007/6706, p. 332.

61 P. Vlas, *GS Rechtspersonen*, art. 10:122 BW, aant. 2.

men dat de werkzaamheid van de corporatie waarvan het OM aanvoert dat zij in strijd is met de openbare orde, onrechtmatig handelen vormt.⁶² In het Kalfelis-arrest heeft het HvJ EG overwogen dat “het begrip ‘verbintenissen uit onrechtmatige daad’ aldus [moet] worden begrepen, dat daaronder elke rechtsvordering valt die beoogt de aansprakelijkheid van een verweerder in het geding te brengen en die geen verband houdt met een ‘verbintenis uit overeenkomst’ in de zin van artikel 5, sub 1” (inmiddels art. 7 sub 1 Brussel Ibis).⁶³ Het is mijns inziens nog maar de vraag of de vordering uit art. 10:122 BW hieronder kan worden geschaard. Mocht dit lukken, dan dient de onrechtmatige gedraging (of de schade) in Nederland te kunnen worden gelokaliseerd.⁶⁴ Daarbij bestaat de kans dat men niet zou uitkomen bij de Rechtbank Midden-Nederland (locatie Utrecht), de instantie die in art. 10:122 BW als bevoegd is aangewezen. Indien het bijvoorbeeld zou gaan om gedragingen die Bandidos Europe in Sittard heeft verricht, kent art. 7 sub 2 Brussel Ibis immers rechtsmacht toe aan de Rechtbank Limburg.⁶⁵ Indien het echter gaat om gedragingen die op verschillende plaatsen in Nederland zijn verricht, met inbegrip van Utrecht, lijkt het mij niet bezwaarlijk indien de Rechtbank Midden-Nederland zich internationaal bevoegd zou achten om over het verzoek op grond van art. 10:122 BW te oordelen.

Een laatste potentieel obstakel vormt de Europese vestigingsvrijheid. Zou het toewijzen van een verzoek op grond van art. 10:122 BW jegens Bandidos Europe, een ongeoorloofde beperking betekenen van art. 49 en 54 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: “VWEU”)? Naar mijn mening zou dit niet het geval moeten zijn, omdat de beperking van de vestigingsvrijheid in dit geval kan worden gerechtvaardigd in overeenstemming met art. 52 lid 1 VWEU. Deze bepaling biedt immers ruimte aan wettelijke bepalingen waarin voor vreemdelingen (in deze hypothetische situatie Bandidos Europe) een bijzondere regeling is vastgesteld die gerechtvaardigd is voor onder meer de openbare orde en de openbare veiligheid.

Mr. S. van Dongen

⁶² P. Vlas, *GS Rechtspersonen*, art. 10:122 BW, aant. 2.

⁶³ HvJ EG 27 september 1988, zaak 189/87, ECLI:EU:C:1988:459, *NJ* 1990, 425, m.nt. J.C. Schultsz (*Kalfelis*), r.o. 17.

⁶⁴ Dit conform HvJ EG 30 november 1976, zaak 21/76, ECLI:EU:C:1976:166, *NJ* 1977, 494, m.nt. J.C. Schultsz (*Kalimijnen*), waarin het HvJ EG in r.o. 19 aan verzoeker de keuze heeft gegeven om zijn vordering in te stellen hetzij ter plaatse van het intreden der schade hetzij ter plaatse van de veroorzakende gebeurtenis.

⁶⁵ Dit omdat art. 7 Brussel Ibis steeds verwijst naar de specifieke plaats in een lidstaat. Zie ook L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 44.

Insolventierecht

Ondernemingsrecht 2020/168

Hoge Raad (Civiele kamer) 17 juli 2020, 19/01909
m.nt. mr. dr. M.Y. Nethe¹

NJB 2020/2012

RN 2020/90

RI 2020/76

RvdW 2020/926

ECLI:NL:HR:2020:1310

ECLI:NL:PHR:2020:391

Onbeperkte verlenging verjaringstermijn van een vordering op een rechtspersoon die na vereenvoudigde afwikkeling van het faillissement is opgehouden te bestaan.

1. Feiten

Rabobank heeft met C Holding (hierna: de vennootschap) een financieringsovereenkomst gesloten en diverse zekerheden bedongen. Eiser in cassatie heeft zich borg gesteld tot nakoming van de schuld van de vennootschap aan Rabobank tot een maximum van € 75.000. Op 11 november 2008 heeft Rabobank de financiering opgezegd en de betaling van de geldlening opgeëist binnen 14 dagen. Vast staat dat de verjaringstermijn van vijf jaar ex art. 3:307 BW start op 25 november 2008 en – zonder stuiting door Rabobank of het bestaan van een verlengingsgrond – afloopt op 26 november 2013.

De vennootschap faillieert op 18 november 2008. Rabobank heeft bij brief van 24 november 2008 haar eventuele concurrente vordering voorwaardelijk ter verificatie ingediend, namelijk voor het geval dat zij niet geheel uit de opbrengst van de gestelde zekerheden zou kunnen worden voldaan. Door middel van sommatiebrieven aan de borg stuit Rabobank de verjaring van haar eventuele vordering op de borg.

Op 20 juli 2012 treedt, na toepassing van de regels van een vereenvoudigde afwikkeling van het faillissement, de staat van insolventie in. Hierdoor wordt de vennootschap van rechtswege ontbonden ex art. 2:19 lid 1 onder c BW jo. art. 137f lid 1 Fw.² De vereenvoudigde afwikkeling brengt mee dat de curator naast de boedelschulden slechts een deel van de (en in theorie alle) preferente prefaillissementsschulden kan voldoen, dus niet toekomt aan uitkering aan de concurrente prefaillissementsschuldeisers. De vennootschap houdt na afloop van de vereffening

¹ Miriam Nethe is verbonden aan de sectie Handelsrecht en Arbeidsrecht, Rijksuniversiteit Groningen.

² Verwarrend is de MvT op art. 137f Fw. Volgens de toelichting vindt de ontbinding plaats na afloop van de vereffening in faillissement (*Kamerstukken II* 2003/04, 27244, nr. 8, p. 6). De vereffening in faillissement loopt echter na de ontbinding door.