

Ondernemingsrecht

41
Hof van Justitie van de Europese Unie 6 februari 2019, nr. C-535/17 ECLI:EU:C:2019:96 (mr. Silva de Lapuerta, mr. Arabadjiev, mr. Regan, mr. Fernlund, mr. Rodin) (concl. A-G mr. Bobek) Noot A.J. Kok
Prejudiciële beslissing. Een Peeters/Gatzen-vordering valt onder de Insolventievordering.
Een Peeters/Gatzen-vordering is gegrond, niet op de specifieke, afwijkende regels voor insolventieprocedures, maar op de gemene regels van het burgerlijk recht en het handelsrecht, zodat zij niet buiten de werkingssfeer van Verordening nr. 44/2001 valt.
[Verordening (EG) nr. 44/2001 art. 1 lid 1 en 2 onder b; VWEU art. 267]

Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of art. 1 lid 1 en lid 2 onder b) van Verordening nr. 44/2001 aldus moet worden uitgelegd dat een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad als in het hoofdgeding aan de orde, ingesteld door de curator in het kader van een insolventieprocedure, waarvan de opbrengst bij slagen ervan ten goede komt aan de boedel, onder het begrip “burgerlijke en handelszaken” in de zin van lid 1 van deze bepaling valt en dus binnen de materiële werkingssfeer van deze verordening.

Op de eerste vraag moet worden geantwoord dat art. 1 lid 1 en lid 2 onder b) van Verordening nr. 44/2001 aldus moet worden uitgelegd dat een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad als in het hoofdgeding aan de orde, ingesteld door de curator in het kader van een insolventieprocedure, waarvan de opbrengst bij slagen ervan ten goede komt aan de boedel, onder het begrip “burgerlijke en handelszaken” in de zin van lid 1 van deze bepaling valt en dus binnen de materiële werkingssfeer van deze verordening.

NK, in zijn hoedanigheid van curator in de faillissementen van PI Gerechtsdeurwaarderskantoor BV en PI, tegen
BNP Paribas Fortis NV,

Conclusie Advocaat-Generaal

Conclusie van de Advocaat-Generaal:¹

1. Inleiding

1. PI was deurwaarder in Nederland. Hij hield in België bij BNP Paribas Fortis NV (hierna: “Fortis”) een zichtrekening (betaalrekening) aan. PI gebruikte de rekening voor professionele doeleinden in verband met zijn deurwaarderspraktijk. In 2006 heeft PI een vennootschap opgericht die zich moest toeleggen op de uitoefening van de deurwaarderspraktijk. Hij was de enige aandeelhouder en bestuurder van deze vennootschap.

De vennootschap hield een andere rekening aan, namelijk een kwaliteitsrekening bij Rabobank in Nederland.

2. In september 2008 heeft PI € 550 000 overgeboekt van de kwaliteitsrekening bij Rabobank in Nederland naar de zichtrekening bij Fortis in België. Enkele dagen later heeft hij dat bedrag in contanten opgenomen van de zichtrekening bij Fortis.

3. Zowel PI als de vennootschap is failliet verklaard. De curator in deze in Nederland geopende faillissementsprocedures vordert thans terugbetaling van € 550 000 van Fortis in het belang van de gezamenlijke schuldeisers van PI en die van de vennootschap. Dit type vordering staat in het Nederlands recht bekend als de “Peeters/Gatzen-vordering”. Deze vordering is in 1983 voor het eerst toegestaan bij arrest van de Hoge Raad der Nederlanden, de verwijzende rechter in de onderhavige zaak.

4. Met het oog op de beslissing over de internationale bevoegdheid wenst de verwijzende rechter van het Hof te vernemen of een vordering als de Peeters/Gatzen-vordering valt binnen het toepassingsgebied van verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures.² (hierna: “Insolventieverordening”), dan wel dat van 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.³ (hierna: “Brussel I-verordening”).

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

1. Brussel I-verordening

5. Volgens artikel 1, lid 2, onder b), van de Brussel I-verordening is deze verordening niet van toepassing op “het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures”.

2. Rome II-verordening

6. Artikel 17 van verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 inzake het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (“Rome II”).⁴ (hierna: “Rome II-verordening”) bepaalt:

“Bij de beoordeling van het gedrag van de persoon wiens aansprakelijkheid in het geding is, moet feitelijk en in passende mate rekening worden gehouden met de veiligheidsvoorschriften en gedragsregels die van kracht zijn op het tijdstip en de plaats van de gebeurtenis welke de aansprakelijkheid veroorzaakt.”

7. Artikel 31 van de Rome II-verordening heeft als opschrift “Temporele toepassing”. Het bepaalt dat de verordening “van toepassing [is] op schadeveroorzakende gebeurtenissen die zich voordoen na de inwerkingtreding van de verordening”. Volgens artikel 32, met het opschrift “Inwerkingtreding”, is de verordening “van toepassing met ingang van 11 januari 2009”.

3. Insolventieverordening

8. In overweging 6 van de Insolventieverordening heet het: “Op grond van het proportionaliteitsbeginsel mag deze verordening alleen voorschriften behelzen tot regeling van de rechterlijke bevoegdheid inzake de opening van een insolventieprocedure en de beslissingen die rechtstreeks uit een insolventieprocedure voortvloeien en daarmee nauw samenhangen. [...]”

9. Artikel 3 van de Insolventieverordening bevat regels betreffende de internationale bevoegdheid. Volgens lid 1 daarvan komt de bevoegdheid tot het openen van insolventieprocedures

2 PB 2000, L 160, blz. 1.

3 PB 2001, L 12, blz. 1.

4 PB 2007, L 199, blz. 40.

1 Oorspronkelijke taal: Engels.

toe aan “[de] rechters van de lidstaat waar het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar gelegen is”.

10. Artikel 4 van de Insolventieverordening stelt regels vast betreffende het toepasselijke recht, en luidt als volgt:

“1. Tenzij deze verordening iets anders bepaalt, worden de insolventieprocedure en de gevolgen daarvan beheerst door het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de insolventieprocedure wordt geopend, hierna te noemen ‘lidstaat waar de procedure wordt geopend’.

2. Het recht van de lidstaat waar de procedure wordt geopend, bepaalt onder welke voorwaarden deze procedure wordt geopend, verloopt en wordt beëindigd. Het bepaalt met name:

[...]

c) welke de respectieve bevoegdheden van de schuldenaar en de curator zijn;

[...]

m) de regels betreffende nietigheid, vernietigbaarheid of niet-gegenwoordelijkheid van de voor het geheel van schuldeisers nadelige rechtshandelingen.”

11. Artikel 13 van de Insolventieverordening, met het opschrift “Nadelige handeling”, luidt als volgt:

“Artikel 4, lid 2, onder m), is 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 rechtshandeling te bestrijden.”

B. Nederlands recht en Nederlandse rechtspraak

1. Peeters/Gatzen-vordering

12. De Peeters/Gatzen-vordering is voor het eerst toegestaan in een arrest van 14 januari 1983,⁵ van de verwijzende rechter, de Hoge Raad der Nederlanden. In zijn verwijzingsbeslissing geeft die rechter een overzicht van enkele van de voornaamste kenmerken van dit type vordering, die in zijn latere rechtspraak zijn ontwikkeld.⁶

13. In het geval van benadeling van de schuldeisers door de gefailleerde voorafgaand aan het faillissement, is een curator bevoegd op te komen voor het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Volgens de Hoge Raad der Nederlanden kan onder omstandigheden ook plaats zijn voor het geldend maken van een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad tegen een derde die bij die benadeling betrokken was, ook al kwam een dergelijke vordering niet aan de gefailleerde zelf toe. De opbrengst van een zodanige door de curator in het belang van de gezamenlijke schuldeisers geldend gemaakte vordering valt, evenals de opbrengst van een vordering tot vernietiging op de voet van de artikelen 42 en volgende van de Faillissementswet van 30 september 1893 (hierna: “Fw”), in de boedel. De opbrengst komt de gezamenlijke schuldeisers dus ten goede in de vorm van een toename van het boedelactief.

14. De curator ontleent zijn bevoegdheid tot het geldend maken van dergelijke vorderingen aan de hem in artikel 68, lid 1, Fw gegeven opdracht tot beheer en vereffening van de failliete boedel. Het bestaan van de op artikel 68, lid 1, Fw gebaseerde bevoegdheid van de curator staat, ongeacht of de curator van deze bevoegdheid gebruikmaakt of niet, niet eraan in de weg dat in-

dividuele schuldeisers zelf de aan hen toekomende vordering uit hoofde van onrechtmatige daad van een derde in rechte geldend maken. Het belang van een behoorlijke afwikkeling van het faillissement kan niettemin meebrengen dat indien de curator, op grond van hetzelfde feitencomplex, een vordering uit onrechtmatige daad ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers geldend maakt jegens de derde, eerst op deze vordering en vervolgens op die van de individuele schuldeiser wordt belist.

15. Bij de beoordeling van de door de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers ingestelde vordering is geen plaats voor een onderzoek naar de individuele positie van elk der betrokken schuldeisers: vooreerst gaat het om verhaal van door de schuldeisers gezamenlijk geleden schade. Voorts wettigt het collectieve belang dat de curator beoogt te beschermen dat de derde partij, in een Peeters/Gatzen-vordering, geen gebruik kan maken van alle verweren die hem wellicht tegenover bepaalde individuele schuldeisers ten dienste zouden hebben gestaan.

16. De bevoegdheid van de curator om een Peeters/Gatzen-vordering in te stellen is niet beperkt tot het geval dat de derde behoort tot de kring van personen die op basis van een (faillissements)pauliana (artikelen 42 e.v. Fw) aansprakelijk zouden zijn geweest voor betrokkenheid bij verondersteld nadelige handelingen. De bevoegdheid van de curator ziet meer in het algemeen op de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers door de onrechtmatige daad van een derde die bij die benadeling betrokken is geweest. Niet is vereist dat de derde de benadeling heeft veroorzaakt of daarvan heeft geprofiteerd; het volstaat dat die derde de schade had kunnen voorkomen, doch in plaats daarvan daaraan zijn medewerking heeft verleend.

III. Feiten, nationale procedure en prejudiciële vragen

17. PI was gerechtsdeurwaarder in Beek (Nederland) vanaf 2002 tot aan de ontzetting uit zijn ambt. PI heeft vanaf 2002 bij Fortis, een bank naar Belgisch recht, een zichtrekening aangehouden. De zichtrekening bevond zich in België en werd door de deurwaarderspraktijk van PI gebruikt voor incasso's op Belgische debiteuren.

18. In 2006 heeft PI de besloten vennootschap PI Gerechtsdeurwaarderskantoor BV (hierna: “PI BV”) opgericht, waarvan hij enig aandeelhouder en enig bestuurder was. Bij de oprichting van PI BV werd het vermogen van de voordien door PI als eenmanszaak gedreven deurwaarderspraktijk, waaronder de zichtrekening bij Fortis, ingebracht in de vennootschap. PI BV heeft voorts ten behoeve van haar deurwaarderspraktijk bij Rabobank in Nederland een kwaliteitsrekening aangehouden. Daarop werden gelden van circa 200 klanten van de deurwaarderspraktijk gehouden.

19. In de periode van 23 tot en met 26 september 2008 heeft PI via telebankieren in totaal € 550 000 van de kwaliteitsrekening bij Rabobank overgeboekt naar de zichtrekening bij Fortis. Op 1 en 3 oktober 2008 heeft PI in totaal € 550 000 in contanten opgenomen van de zichtrekening bij Fortis.

20. Op 16 december 2008 is PI uit zijn ambt ontzet wegens de verduistering van de aan hem toevertrouwde gelden. Hij is daarna op dezelfde gronden veroordeeld tot gevangenisstraf.

21. Op 23 juni 2009 is PI BV failliet verklaard. Op 2 maart 2010 is PI zelf failliet verklaard. Deze faillissementen worden geconsolideerd afgewikkeld. NK is de curator in beide faillissementen.

22. De curator heeft voor de rechtbank Maastricht (hierna: “rechter in eerste aanleg”) veroordeling van Fortis tot betaling van € 550 000 gevorderd. Hij heeft aan die vordering ten grondslag gelegd dat Fortis jegens de gezamenlijke schuld-

5 ECLI:NL:HR:1983:AG4521, NJ 1983/597.

6 De verwijzende rechter haalt zijn arresten aan van 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1590, NJ 1996/628; 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD 2684, NJ 2005/95; 16 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7797, NJ 2006/311, en 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF3917, NJ 2009/416.

eisers van PI BV en PI onrechtmatig heeft gehandeld door zonder slag of stoot, en dus in strijd met haar wettelijke verplichtingen, de opnamen in contanten door PI toe te staan. Volgens de curator hebben de schuldeisers in beide faillissementen door de handelingen van Fortis schade geleden.

23. De rechter in eerste aanleg heeft zich bij tussenvonnis bevoegd verklaard om van de vordering van de curator kennis te nemen. Het gerechtshof 's-Hertogenbosch (hierna: "rechter in tweede aanleg") heeft dat vonnis bij tussenarrest van 4 juni 2013 bekrachtigd en daartoe overwogen dat de door de curator ingestelde vordering zijn grondslag uitsluitend vond in de faillissementen van PI en PI BV en daarom binnen het toepassingsgebied van de Insolventieverordening viel.

24. Bij eindvonnis heeft de rechter in eerste aanleg Fortis ertoe veroordeeld om € 550 000 aan de curator te betalen.

25. In hoger beroep tegen dat eindvonnis heeft de rechter in tweede aanleg in zijn tussenarrest van 16 februari 2016 overwogen dat, nu al in zijn tussenarrest van 4 juni 2013 over de rechtsmacht was beslist, dit (in beginsel) niet opnieuw kon gebeuren. Hij merkte evenwel ook op dat de latere arresten van het Hof van 4 september 2014, Nickel & Goeldner Spedition,⁷ en 11 juni 2015, Comité d'entreprise de Nortel Networks e.a.,⁸ steun bieden voor het standpunt van Fortis dat de beslissing in het tussenarrest van 4 juni 2013 onjuist was. De rechter in tweede aanleg heeft derhalve op dat punt tussentijds cassatieberoep opengesteld.

26. De rechter in tweede aanleg heeft tevens overwogen dat op schadeveroorzakend handelen, dat heeft plaatsgehad vóór de inwerkingtreding van de Rome II-verordening op 11 januari 2009, de Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad van 11 april 2001 (hierna: "WCOD") van toepassing is. Op grond van artikel 3 WCOD dient naar Belgisch recht over de vordering te worden beslist, nu het handelen van Fortis in België heeft plaatsgevonden.

27. De rechter in tweede aanleg oordeelde verder dat de vraag of een curator bevoegd is tot het instellen van een specifiek soort vordering, zoals een Peeters/Gatzen-vordering, moet worden beantwoord naar het recht dat het faillissement beheerst [artikel 4, lid 2, onder c), van de Insolventieverordening]. In dit geval is dat Nederlands recht, volgens welk recht een curator een Peeters/Gatzen-vordering kan instellen.

28. De curator heeft tegen het tussenarrest van de rechter in tweede aanleg van 16 februari 2016 beroep in cassatie ingesteld. De curator stelde dat de rechter in tweede aanleg op grond van artikel 4, lid 1, van de Insolventieverordening had moeten oordelen dat de Peeters/Gatzen-vordering moet worden aangemerkt als een "gevolg van de insolventieprocedure" en dat daarom de *lex fori concursus* (dat wil zeggen Nederlands recht) op de vordering van toepassing is.

29. Fortis heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld tegen de arresten van de rechter in tweede aanleg van 4 juni 2013 en 16 februari 2016. De bank betoogt dat de rechter in tweede aanleg heeft miskend dat de door de curator ingestelde vordering wordt beheerst door de Brussel I-verordening en niet door de Insolventieverordening. Een Peeters/Gatzen-vordering valt niet onder de uitzondering van artikel 1, lid 2, onder b), van de Brussel I-verordening, nu deze vordering haar grondslag vindt in de gemeenschappelijke regels van het burgerlijk recht en dus niet rechtstreeks voortvloeit uit de specifieke afwijkende regels voor faillissementsprocedures.

30. In de verwijzingsbeslissing merkt de Hoge Raad der Nederlanden op dat een Peeters/Gatzen-vordering betrekking heeft

op het vorderingsrecht van de schuldeisers en de aansprakelijkheid van de derde jegens de schuldeisers, en dat dit vorderingsrecht en deze aansprakelijkheid hun oorsprong vinden in de gemeenschappelijke regels van burgerlijk recht. Deze rechter benadrukt echter ook dat de bevoegdheid van de curator om een vordering in te stellen voortvloeit uit de regels voor een insolventieprocedure en dat de opbrengst van de vordering in de boedel valt en niet toekomt aan de individuele schuldeisers.

31. De verwijzende rechter heeft ook twijfels over de vraag welk recht op de vordering van toepassing is. De rechter in tweede aanleg heeft onderscheid gemaakt tussen het recht dat van toepassing is op de bevoegdheid van de curator om de Peeters/Gatzen-vordering in te stellen (het *ius agendi*, waarop het Nederlandse recht van toepassing zou zijn) en het op die vordering toepasselijke materiële recht (dat Belgisch recht zou zijn). Indien de Insolventieverordening van toepassing is, rijst bij de verwijzende rechter verder de vraag of het op deze vordering op grond van artikel 4, lid 2, van de Insolventieverordening toepasselijke recht (Nederlands recht) die vordering in haar geheel beheerst, dus zowel ten aanzien van de bevoegdheid om die vordering in te stellen als ten aanzien van het op die vordering toepasselijke materiële recht. Indien dat het geval is, wenst de verwijzende rechter bovendien te vernemen of het Belgische recht niettemin in aanmerking moet worden genomen bij het beoordelen van Fortis' aansprakelijkheid.

32. Daarop heeft de Hoge Raad der Nederlanden de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

"1) Valt een vordering tot schadevergoeding die de curator uit hoofde van de hem in artikel 68, lid 1, van de Faillissementswet gegeven opdracht tot beheer en vereffening van de failliete boedel namens de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde instelt tegen een derde, op de grond dat deze derde jegens de schuldeisers onrechtmatig heeft gehandeld en waarvan, bij het slagen van die vordering, de opbrengst ten goede komt aan de boedel, onder de uitzondering van artikel 1, lid 2, aanhef en onder b), van 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?

2) Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord en de desbetreffende vordering derhalve wordt bestreken door verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, wordt deze vordering dan beheerst door het recht van de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend krachtens artikel 4, lid 1, van die verordening zowel wat betreft de bevoegdheid van de curator tot het instellen van deze vordering als wat betreft het op deze vordering toepasselijke materiële recht?

3) Indien vraag 2 bevestigend wordt beantwoord, dient de rechter van de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend dan rekening te houden, al dan niet naar analogie, met:

a) het bepaalde in artikel 13 van verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, in die zin dat de aangesproken partij zich tegen een vordering van de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers kan verweren door te bewijzen dat haar handelwijze niet tot haar aansprakelijkheid leidt, indien beoordeeld naar het recht dat op de vordering van toepassing zou zijn geweest als zij niet door de curator, maar door een individuele schuldeiser uit onrechtmatige daad zou zijn aangesproken;

b) het bepaalde in artikel 17 van verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ('Rome II'), mede in verbinding met artikel 13 van

7 Zaak C-157/13, EU:C:2014:2145.

8 Zaak C-649/13, EU:C:2015:384.

verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, dat wil zeggen met de ter plaatse van de beweerde onrechtmatige daad geldende veiligheidsvoorschriften en gedragsregels, zoals financiële gedragsregels voor banken?”

33. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de curator, Fortis, de Portugese regering en de Europese Commissie. Ter terechtzitting van 5 juli 2018 hebben de curator, Fortis en de Commissie pleidooi gehouden.

IV. Beoordeling

34. Deze conclusie is opgebouwd als volgt. Om te beginnen zal ik de criteria voor de afbakening tussen de Brussel I-verordening en de Insolventieverordening bespreken. De toepassing van deze criteria op de Peeters/Gatzen-vordering zal mij tot de conclusie brengen dat een dergelijke vordering *ratione materiae* binnen het toepassingsgebied van de Brussel I-verordening valt (A). Bijgevolg acht ik het niet nodig de tweede en de derde vraag van de verwijzende rechter te beantwoorden. Om het Hof echter ten volle bij te staan mocht het tot een ander antwoord op de eerste vraag komen, zal ik kort ingaan op de vraag of in het kader van de Insolventieverordening de algemene toepasselijke *lex fori concursus* zou kunnen worden beperkt tot bepaalde elementen van een vordering (B), en tot slot de mogelijke toepasselijkheid *ratione temporis* van de Rome II-verordening op het hoofdeding behandelen (C).

A. Eerste vraag: toepassingsgebied van de Brussel I-verordening en de Insolventieverordening

35. Met de eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen welke verordening (de Brussel I-verordening dan wel de Insolventieverordening) van toepassing is op een vordering tot schadevergoeding die tegen een derde partij wordt ingesteld door een curator uit hoofde van de krachtens de nationale wetgeving betreffende insolventie op hem rustende verplichting tot beheer en vereffening van de failliete boedel namens de gezamenlijke schuldeisers, wanneer die vordering wordt ingesteld op grond dat die derde partij onrechtmatig heeft gehandeld jegens de schuldeisers en de opbrengst van de vordering, indien deze slaagt, ten goede komt aan de boedel.

36. Om deze vraag te beantwoorden moet worden bepaald of een dergelijke vordering valt onder de uitzonderingsbepaling in artikel 1, lid 2, onder b), van de Brussel I-verordening, waarin is bepaald dat die verordening niet van toepassing is op “het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures”. Alleen wanneer een dergelijke vordering wordt geacht onder deze uitzondering te vallen, is de Insolventieverordening van toepassing.

1. Verhouding tussen de Brussel I-verordening en de Insolventieverordening

37. Volgens vaste rechtspraak⁹ moeten de Brussel I-verordening en de Insolventieverordening aldus worden uitgelegd dat ten eerste elke overlapping tussen de in die teksten vervatte rechts-

regels en ten tweede elk rechtsvacuüm worden vermeden. Derhalve vallen vorderingen die volgens artikel 1, lid 2, onder b), van de Brussel I-verordening buiten het toepassingsgebied van deze verordening vallen, binnen het toepassingsgebied van de Insolventieverordening. Omgekeerd moeten vorderingen die buiten het toepassingsgebied van de Insolventieverordening vallen binnen het toepassingsgebied van de Brussel I-verordening vallen.

38. Het Hof heeft, gezien de overwegingen van de Brussel I-verordening, en meer bepaald overweging 7, tevens geoordeeld dat de Uniewetgever heeft willen kiezen voor een ruime opvatting van het begrip “burgerlijke en handelszaken” in artikel 1, lid 1, van die verordening.¹⁰ Andersom moet het toepassingsgebied van de Insolventieverordening strikt worden uitgelegd.¹¹

39. Beide verordeningen moeten dus complementair tot elkaar in verhouding staan. Het Hof heeft reeds opgemerkt dat het faillissement en soortgelijke procedures waren uitgesloten van het toepassingsgebied van de juridische voorganger van de Brussel I-verordening, namelijk het Executieverdrag¹², zowel wegens het bijzondere karakter van de betrokken materie, welke noopt tot bijzondere regels, als wegens de vergaande verschillen tussen de wetgevingen van de verdragsluitende staten.¹³ Evenwel is ook onbetwist¹⁴ dat die uitsluiting was te wijten aan het feit dat ten tijde van de goedkeuring van het Executieverdrag tegelijk een verdrag inzake het faillissement, akkoorden en soortgelijke procedures werd opgesteld dat moest voorzien in de bovengenoemde specifieke regels. Beide verdragen werden geacht complementair te zijn, in die zin dat procedures die binnen het toepassingsgebied van het Faillissementsverdrag vielen zouden worden uitgesloten van het toepassingsgebied van het Executieverdrag.¹⁵ Ofschoon het Verdrag betreffende insolventieprocedures¹⁶ nooit in werking is getreden, heeft het gediend als basis voor de latere goedkeuring van de Insolventieverordening, waarin de bepalingen van dat verdrag in identieke bewoordingen zijn overgenomen.¹⁷

327

9 Zie arresten van 4 september 2014, Nickel & Goeldner Spedition (C-157/13, EU:C:2014:2145, punt 21); 11 juni 2015, Comité d'entreprise de Nortel Networks e.a. (C-649/13, EU:C:2015:384, punt 26), en 9 november 2017, Tünkers France en Tünkers Maschinenbau (C-641/16, EU:C:2017:847, punt 17). Zie ook met betrekking tot verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 2012, L 351, blz. 1; hierna: ‘Brussel I bis-verordening’), arrest van 20 december 2017, Valach e.a. (C-649/16, EU:C:2017:986, punt 24).

10 Zie arresten van 10 september 2009, German Graphics Graphische Maschinen (C-292/08, EU:C:2009:544, punten 22 en 23), en 4 september 2014, Nickel & Goeldner Spedition (C-157/13, EU:C:2014:2145, punt 22). Zie ook arrest van 20 december 2017, Valach e.a. (C-649/16, EU:C:2017:986, punt 25).

11 Zie arresten van 10 september 2009, German Graphics Graphische Maschinen (C-292/08, EU:C:2009:544, punt 25), en 4 september 2014, Nickel & Goeldner Spedition (C-157/13, EU:C:2014:2145, punt 22). Zie ook arrest van 20 december 2017, Valach e.a. (C-649/16, EU:C:2017:986, punt 25).

12 Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 1972, L 299, blz. 32).

13 Zie arresten van 22 februari 1979, Gourdain (133/78, EU:C:1979:49, punt 3), en 2 juli 2009, SCT Industri (C-111/08, EU:C:2009:419, punt 20).

14 Zie arrest van 19 april 2012, F-TEX (C-213/10, EU:C:2012:215, punt 21).

15 Zie het Rapport over het verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van P. Jenard (PB 1979, C 59, blz. 1, blz. 11 en 12). Zie ook het Rapport van professor dr. P. Schlosser over het Verdrag van 9 oktober 1978 inzake de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland tot het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, alsmede tot het Protocol betreffende de uitlegging daarvan door het Hof van Justitie (PB 1979, C 59, blz. 71, punt 53).

16 Opengesteld voor ondertekening door de lidstaten op 23 november 1995.

17 Arrest van 19 april 2012, F-TEX (C-213/10, EU:C:2012:215, punt 24).

2. *Uitsluiting: “rechtstreeks uit een insolventieprocedure voortvloeiende” en/of “daarmee nauw samenhangende”*

40. Wat de afbakening van het toepassingsgebied van de Brussel I-verordening en de Insolventieverordening betreft, heeft het Hof met betrekking tot de uitsluiting als vervat in artikel 1, lid 2, onder b), van de Brussel I-verordening verklaard dat alleen vorderingen die rechtstreeks uit een insolventieprocedure voortvloeiende daarmee nauw samenhangende¹⁸ buiten het toepassingsgebied van de Brussel I-verordening vallen.¹⁹ Bijgevolg vallen alleen die vorderingen binnen het toepassingsgebied van de Insolventieverordening.²⁰

41. Het Hof heeft die formulering voor het eerst gebruikt in het arrest in de zaak Gourdain (133/78, EU:C:1979:49).²¹ Zoals het Hof een aantal maal heeft opgemerkt,²² staat dezelfde formulering ook in overweging 6 van de Insolventieverordening om het voorwerp van die verordening af te bakenen. Soortgelijke bewoordingen worden ook gebruikt in artikel 25, lid 1, tweede alinea, van de Insolventieverordening. Krachtens de eerste alinea van lid 1 van dat artikel moeten beslissingen worden erkend van een rechter die bevoegd is op grond van artikel 3, lid 1, van de verordening.²³ Volgens artikel 25, lid 1, tweede alinea, geldt de eerste alinea eveneens voor “beslissingen die rechtstreeks voortvloeiende uit de insolventieprocedure en daar nauw op aansluiten”. Bovendien heeft het Hof in zijn arrest in de zaak Seagon verklaard dat artikel 3, lid 1, van de Insolventieverordening aldus moet worden uitgelegd dat “de lidstaat op wiens grondgebied de insolventieprocedure is geopend, op grond van deze bepaling eveneens internationaal bevoegd is om kennis te nemen van vorderingen die rechtstreeks uit deze procedure voortvloeien en daarmee nauw samenhangende”.²⁴

42. Deze formulering wordt dus genoemd als de toets aan de hand waarvan moet worden bepaald of een vordering (zoals de Peeters/Gatzen-vordering in de onderhavige zaak) binnen het toepassingsgebied van de Brussel I-verordening dan wel binnen dat van de Insolventieverordening valt.

3. *Verrichte toets: twee criteria of slechts één criterium?*

43. Eerlijk gezegd moet bij nader onderzoek van de rechtspraak worden toegegeven dat niet geheel duidelijk is hoe de toets in afzonderlijke gevallen moet worden verricht, met name met betrekking tot (i) de bepaling van de precieze inhoud van elk van de twee vermelde criteria en (ii) hun onderlinge verhouding.

44. De onzekerheid ontstaat al wanneer wordt gekeken naar de inhoud van elk criterium. De strekking van “rechtstreeks voortvloeiende uit” lijkt te verschuiven van een beoordeling van een rechtstreeks verband (waardoor dus een reëel gevaar ontstaat dat dit criterium gaat samenvallen met de tweede voorwaarde) naar een onderzoek van de rechtsgrondslag van de vordering (in de zin van de onderliggende oorzaak van de vordering). Het “nauw samenhangende” met insolventieprocedures duidt op een soort nabijheidstoets, ofschoon niet geheel duidelijk is welke omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling of er in een bepaald geval sprake is van dergelijk nauw verband.

45. Die onzekerheid wordt nog vergroot door het ontbreken van duidelijkheid over het logische verband tussen deze twee criteria, waardoor twijfel ontstaat over de vraag of er daadwerkelijk sprake is van twee verschillende voorwaarden. Ook het gebruik van het woord “en” als de grammaticale verbinding suggereert dat sprake is van een logische combinatie: de hele stelling klopt alleen wanneer elk van de afzonderlijke stellingen is vervuld. Bijgevolg zou sprake zijn van twee cumulatieve criteria.

46. De rechtspraak past echter niet geheel in dat beeld.

47. In enkele gevallen heeft het Hof geoordeeld dat indien een van de criteria niet is vervuld, niet hoeft te worden ingegaan op het andere. In het arrest in de zaak F-Tex bijvoorbeeld, heeft het Hof geoordeeld dat aangezien de betrokken vordering niet nauw samenhangende met de insolventieprocedure (tweede voorwaarde), niet hoefde te worden uitgemaakt of er een rechtstreeks verband tussen de vordering en die procedure (eerste voorwaarde) bestond.²⁵ In het arrest in de zaak Nickel & Goeldner Spedition heeft het Hof geoordeeld dat de betreffende vordering geen rechtstreeks verband hield met de insolventieprocedure (eerste voorwaarde), zodat niet hoefde te worden nagegaan of de vordering nauw samenhangende met die procedure (tweede voorwaarde).²⁶

48. In andere gevallen heeft het Hof er niet van weerhouden het andere te onderzoeken. Dit was het geval in het arrest in de zaak Tünkers France en Tünkers Maschinenbau, waarin het Hof, na te hebben geoordeeld dat de vordering in kwestie niet rechtstreeks voortvloeide uit een insolventieprocedure (eerste voorwaarde), vervolgens heeft onderzocht of de vordering nauw met die procedure samenhangende (tweede voorwaarde).²⁷ Het Hof oordeelde niettemin dat ook de tweede voorwaarde niet was vervuld. Uit deze zaak kan derhalve niet worden opgemaakt dat een van de twee voorwaarden zwaarder weegt dan de andere.

25 Zie arrest van 19 april 2012, F-Tex (C-213/10, EU:C:2012:215, punten 47 en 48).

26 Zie arrest van 4 september 2014, Nickel & Goeldner Spedition (C-157/13, EU:C:2014:2145, punten 30 en 31).

27 Zie arrest van 9 november 2017, Tünkers France en Tünkers Maschinenbau (C-641/16, EU:C:2017:847, punten 22, 27 en 28).

18 Deze vorderingen worden in het arrest van 11 juni 2015, Comité d'entreprise de Nortel Networks e.a. (C-649/13, EU:C:2015:384), aangeduid als “samenhangende vorderingen”.

19 Zie met betrekking tot de gelijkwaardige bepaling van het Executieverdrag, namelijk artikel 1, tweede alinea, punt 2, arresten van 22 februari 1979, Gourdain (133/78, EU:C:1979:49, punt 4), en 12 februari 2009, Seagon (C-339/07, EU:C:2009:83, punt 19). Zie met betrekking tot de Brussel I-verordening arresten van 19 april 2012, F-Tex (C-213/10, EU:C:2012:215, punt 29); 4 september 2014, Nickel & Goeldner Spedition (C-157/13, EU:C:2014:2145, punt 23), en 11 juni 2015, Comité d'entreprise de Nortel Networks e.a. (C-649/13, EU:C:2015:384, punt 27). Zie met betrekking tot de Brussel I bis-verordening arrest van 20 december 2017, Valach e.a. (C-649/16, EU:C:2017:986, punt 26).

20 Arresten van 19 april 2012, F-Tex (C-213/10, EU:C:2012:215, punt 29); 4 september 2014, Nickel & Goeldner Spedition (C-157/13, EU:C:2014:2145, punt 23); 11 juni 2015, Comité d'entreprise de Nortel Networks e.a. (C-649/13, EU:C:2015:384, punt 27), en 20 december 2017, Valach e.a. (C-649/16, EU:C:2017:986, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

21 Arrest van 22 februari 1979, Gourdain (133/78, EU:C:1979:49, punt 4).

22 Arresten van 12 februari 2009, Seagon (C-339/07, EU:C:2009:83, punt 20); 9 november 2017, Tünkers France en Tünkers Maschinenbau (C-641/16, EU:C:2017:847, punt 20), en 20 december 2017, Valach e.a. (C-649/16, EU:C:2017:986, punt 27).

23 Zie arrest van 12 februari 2009, Seagon (C-339/07, EU:C:2009:83, punt 25).

24 Arrest van 12 februari 2009, Seagon (C-339/07, EU:C:2009:83, punt 21). Deze regel is vervolgens gecodificeerd in artikel 6, lid 1, van verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (PB 2015, L 141, blz. 19), waarbij de Insolventieverordening is ingetrokken, maar die *ratione temporis* niet op het onderhavige geval van toepassing is. Volgens die bepaling is “[de] rechter van de lidstaat op het grondgebied waarvan een insolventieprocedure is geopend overeenkomstig artikel 3, [...] bevoegd voor alle vorderingen die rechtstreeks uit de insolventieprocedure voortvloeien en er nauw verband mee houden, zoals vorderingen tot nietigverklaring”.

Maar de noodzaak om beide criteria te onderzoeken doet twijfel rijzen over de vraag of zij cumulatief zijn: indien beide criteria moeten zijn vervuld, is het tamelijk overbodig beide criteria te onderzoeken wanneer duidelijk is dat een ervan niet is vervuld. 49. Daarnaast zijn er zaken waarin het Hof een criterium heeft uitgekozen dat het als doorslaggevend beschouwde en heeft verklaard dat dat prevaleerde boven het andere.

50. In het arrest in de zaak SCT Industri concludeerde het Hof, na eraan te hebben herinnerd dat het in het arrest in de zaak Gourdain had geoordeeld dat “een vordering verband houdt met een faillissementsprocedure wanneer zij rechtstreeks uit het faillissement voortvloeit en geheel binnen het kader van een [faillissementsprocedure] past”, dat het “dus de intensiteit van het verband in de zin van de [...] Gourdain-rechtspraak tussen een vordering in rechte [...] en de insolventieprocedure [is die] bepalend [is] voor de beslissing of de in artikel 1, lid 2, onder b), van [de Brussel I-verordening] genoemde uitsluiting moet worden toegepast”.²⁸

51. In het arrest in de zaak Nickel & Goeldner Spedition verklaarde het Hof daarentegen dat “[het] doorslaggevende criterium [...] om vast te stellen onder welk gebied een vordering valt, [...] niet de procedurele context van die vordering [is], maar de rechtsgrondslag van die vordering”. Het Hof voegde hieraan toe dat volgens deze benadering moet worden nagegaan of het recht of de verbintenis waarop de vordering is gebaseerd, voortvloeit uit de gemeenschappelijke regels van het burgerlijk recht en het handelsrecht, dan wel uit specifieke afwijkende regels voor insolventieprocedures.²⁹

52. Derhalve lijkt, anders dan de benadering in het arrest in de zaak SCT Industri, waarbij de nadruk werd gelegd op de tweede voorwaarde van de toets, het criterium van de rechtsgrondslag van de vordering te zijn verbonden met de eerste van de twee voorwaarden van de toets, namelijk het feit dat de vordering rechtstreeks uit de insolventieprocedure voortvloeit. In het arrest in de zaak Nickel & Goeldner Spedition beoordeelde het Hof de betreffende vordering aan de hand van dit criterium en concludeerde dat de vordering geen rechtstreeks verband hield met de insolventieprocedure, hetgeen impliceerde dat niet hoefde te worden nagegaan of zij nauw samenhangt met die insolventieprocedure.³⁰

53. Meer recentelijk heeft het Hof geoordeeld dat zowel de rechtsgrondslag als de intensiteit van het verband beslissende criteria zijn: het eerste voor de analyse van de eerste voorwaarde (of de vordering rechtstreeks uit de insolventieprocedure voortvloeit) en het tweede voor de beoordeling van de tweede voorwaarde (of de vordering nauw samenhangt met een dergelijke procedure).³¹

54. De eerlijkheid gebiedt dus te erkennen dat het wellicht niet

eenvoudig is de precieze inhoud van de toets en de wijze waarop deze moet worden toegepast, te bepalen. De uitvoering van de toets schommelt tussen twee cumulatieve voorwaarden (die onderling echter niet duidelijk zijn afgebakend), waarbij beide voorwaarden soms samensmelten tot één enkele, of zelfs feitelijk worden vervangen door een anders geformuleerd criterium.

55. Natuurlijk valt niet te ontkennen dat de uitlegging en de toepassing van regels van het Unierecht op internationaal privaatrecht, zoals het geval is bij ieder conflict van rechtsregels, sterk afhankelijk zijn van de feiten en context, en worden gekenmerkt door een gevalsgewijze benadering. Derhalve lijkt het wellicht niet echt noodzakelijk een rechtsgebied dat inherent altijd per geval zal worden gemotiveerd tot diep in detail te bespreken: de nabijheid van de betreffende vordering tot de insolventieprocedure kan het best worden beoordeeld binnen de algemene procedurele context van elk individueel geval, waardoor rekening kan worden gehouden met een aantal verschillende (maar vermoedelijk nog steeds relevante) elementen.

56. Hoe verleidelijk een dergelijke propositie in abstracto ook kan lijken, uit de argumenten van belanghebbenden in deze zaak blijkt duidelijk wat de grenzen van een dergelijke aanpak zijn. Zonder duidelijkheid over de exacte voorwaarde(n) en het verband daartussen, zal de benadering via het criterium van de algemene nabijheid en/of de beoordeling van de procedurele context erin uitmonden dat elk van de partijen (en nationale rechters trouwens ook) zich zal concentreren op een ander aspect en op die basis zal nagaan of de betreffende vordering vanuit hun standpunt al dan niet nauw samenhangt met de lopende insolventieprocedure. Het spreekt voor zich dat, aangezien verschillende elementen als uitgangspunt voor de beoordeling worden genomen, elk van deze benaderingen tot zeer uiteenlopende resultaten leidt, met name wanneer er sprake is van een hybride handeling zoals in het hoofdgeding.

4. Toets: de rechtsgrondslag van de vordering (tenzij deze onlosmakelijk is verbonden met de insolventieprocedure)

57. Om die reden wil ik het Hof in overweging geven om de toets die in wezen sinds het arrest in de zaak Nickel & Goeldner Spedition is aanvaard, opnieuw te bevestigen: vloeit het recht of de verplichting die de grondslag van de vordering vormt voort uit de gemeenschappelijke regels van het burgerlijk recht en het handelsrecht dan wel uit specifieke afwijkende regels voor insolventieprocedures? Het beslissende criterium zou dus gekoppeld worden aan het eerste deel van de test, namelijk of de rechtsgrondslag voor de vordering rechtstreeks voortvloeit uit insolventieregels.³² De tweede voorwaarde van de test zou eerder dienen als een verificatiemiddel voor het resultaat dat op basis van het eerste deel is bereikt, maar niet als een volwaardig criterium op zich.

58. Om de rechtsgrondslag van de vordering te beoordelen moet de aard van de vordering in de zin van de grond ervan worden onderzocht: betreft het een vordering op basis van gemeenschappelijke regels (zoals regels inzake onrechtmatige daad, overeenkomsten of ongerechtvaardigde verrijking) dan wel een

28 Arrest van 2 juli 2009, SCT Industri (C-111/08, EU:C:2009:419, punten 21 en 25) (cursivering van mij). Zie ook arrest van 10 september 2009, German Graphics Graphische Maschinen (C-292/08, EU:C:2009:544, punt 29).

29 Zie arrest van 4 september 2014, Nickel & Goeldner Spedition (C-157/13, EU:C:2014:2145, punt 27) (cursivering van mij). Zie ook arresten van 11 juni 2015, Comité d'entreprise de Nortel Networks e.a. (C-649/13, EU:C:2015:384, punt 28), en meer recentelijk, 20 december 2017, Valach e.a. (C-649/16, EU:C:2017:986, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

30 Arrest van 4 september 2014, Nickel & Goeldner Spedition (C-157/13, EU:C:2014:2145, punten 30 en 31). In dit verband is het interessant op te merken dat het begrip “rechtsgrondslag” al is genoemd in het arrest Gourdain, ofschoon dat begrip in die zaak wees op beide onderdelen van de toets: zie arrest van 22 februari 1979, Gourdain (133/78, EU:C:1979:49, punt 4).

31 Zie arresten van 9 november 2017, Tünkers France en Tünkers Maschinenbau (C-641/16, EU:C:2017:847, punten 22 en 28), en

20 december 2017, Valach e.a. (C-649/16, EU:C:2017:986, punten 29 en 37).

32 Zie over het belang van de rechtsgrondslagtoets ook Virgós, M., en Schmit, E., Report on the Convention of Insolvency Proceedings (verslag over het Verdrag betreffende insolventieprocedures) van 3 mei 1996 (document van de Raad van de Europese Unie, nr. 6500/1/96, DRS 8 (CFC), punt 196).

vordering op basis van regels die specifiek zijn voor insolventie?

59. De achterliggende gedachte van de behandeling van de vraag wat de rechtsgrondslag van de vordering is, is om de oorsprong en de aard van de vordering te bepalen in het licht van de (belangrijkste) inhoudelijke toetsing die de zaak vereist. Zo vindt een vordering tot nakoming van een contractuele verplichting zijn rechtsgrondslag in de gemeenschappelijke regels van overeenkomstenrecht, zelfs al is deze vordering in het belang van de schuldeisers ingesteld door een curator,³³ hetgeen impliceert dat de (mogelijke) opbrengst in de boedel zal vallen. Dit gaat ook op voor een vordering die bijvoorbeeld is gebaseerd op de regels inzake ongerechtvaardigde verrijking of, zoals het geval lijkt te zijn in het hoofdgeding, de regels inzake onrechtmatige daad.

60. In dergelijke gevallen blijft de onderliggende aard van de vordering dezelfde ongeacht degene die de vordering instelt. De omstandigheid dat een vordering wordt ingesteld door (of tegen) een curator als een enkel gevolg van het feit dat deze is ingesteld gedurende de insolventieprocedure, zal derhalve de (belangrijkste of onderliggende) aard van de vordering niet veranderen. De rechtsgrondslag ervan blijft ongewijzigd.³⁴ Hetzelfde kan worden gezegd over het feit dat de opbrengst van de vordering in de boedel valt: indien dat louter het gevolg is van het feit dat de vordering is ingesteld in de loop van de insolventieprocedure, heeft dat geen gevolg voor de aard van de vordering.

61. Deze beide veranderingen bij de “ingang” van de vordering (wie stelt de vordering in, of tegen wie is de vordering gericht) of bij de “uitgang” ervan (waar komt de opbrengst terecht), zijn het natuurlijke en noodzakelijke gevolg van het feit dat er insolventieprocedures lopen, maar wijzigen op zichzelf de aard van de door de curator ingestelde vordering niet. Mochten deze procedures wel aanleiding geven tot de uitzondering op de toepasbaarheid van de Brussel I-verordening ten gunste van de Insolventieverordening, zou vrijwel alles wat zich in de loop van de insolventieprocedure voordoet aanleiding vormen tot deze uitzondering. Dan zou een soort “insolventie-zwart-gat” ontstaan: omdat de rechtshandeling is verricht door een curator – die handelt krachtens specifieke regels inzake insolventie – en het geld uit de boedel komt of hierin valt – hetgeen ook het gevolg is van de specifieke insolventieregels – zou echt alles wat zich binnen deze twee parameters voordoet in feite onder de Insolventieverordening vallen.

62. Zo gaat bijvoorbeeld een curator die een overeenkomst sluit voor de levering van kantoorbenodigdheden die hij nodig heeft voor de verrichting van zijn beroepswerkzaamheden, die overeenkomst aan in verband met de taak die hem krachtens de bijzondere voorschriften inzake insolventie is toegewezen en doet hij dit in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Bovendien wordt de aankoop (uiteindelijk) betaald uit het restant van de boedel. Dit betekent echter zeker niet dat indien naar aanleiding van een geschil over de nakoming van die overeenkomst een vordering wordt ingesteld, die vordering kan worden teruggevoerd op de afwijkende regels die specifiek bij insolventieprocedures horen. De onderliggende hoofdvordering in verband met een dergelijke transactie blijft van contractuele aard.

63. Verder moet worden onderzocht wat de rechtsgrondslag van de vordering is (de regels die van toepassing zijn wanneer de zaak ten gronde wordt afgedaan), en niet wat de achterlig-

gende economische of financiële reden van de transactie is (bijvoorbeeld de reden om een overeenkomst te sluiten, of waarom überhaupt een poging is gedaan tot een bepaalde gedraging, waarbij uiteindelijk de schade is veroorzaakt) of, in de specifieke context van een onrechtmatige daad, welke regels nu precies (vermeend) zijn geschonden.

64. Om maar een ander voorbeeld te geven: stel dat een curator op weg naar een bijeenkomst met schuldeisers een auto-ongeluk veroorzaakt (omdat hij zijn aandacht bij de faillissementsprocedure heeft in plaats van bij de weg). Indien een gelaedeerde de curator wenst te dagvaarden, zou het duidelijk gaan om vordering uit onrechtmatige daad, ongeacht het feit dat tot op zekere hoogte kan worden gesteld dat de curator bij het ongeluk betrokken was wegens en tijdens de uitvoering van de taken die krachtens de faillissementsvoorschriften op hem rusten.

65. Vanuit dit oogpunt wordt duidelijk dat het tweede onderdeel van de door het Hof gebruikte formulering, namelijk of de vordering nauw met de insolventieprocedure samenhangt, niet echt een opzichzelfstaand criterium is, maar eerder een aanvullend element ter controle van het belangrijkste criterium, namelijk de rechtsgrondslag. Aan de hand van het criterium van nauwe samenhang kan dus worden gecontroleerd of de op de rechtsgrondslag gebaseerde beoordeling juist is. Dit criterium maakt het namelijk mogelijk om rekening te houden met andere contextuele elementen, die in tamelijk specifieke gevallen mogelijk zouden wijzen op een andere oplossing dan die welke is gevonden op basis van het rechtsgrondslagcriterium.

66. In de meeste gevallen zou aan de hand van een tamelijk eenvoudige vraag worden nagegaan of er sprake is van nauwe samenhang met de insolventieprocedure: zou dezelfde vordering – dat wil zeggen een vordering van dezelfde juridische aard, maar uiteraard niet in alle opzichten identiek – kunnen worden ingesteld buiten de lopende insolventieprocedure? Als die vraag bevestigend wordt beantwoord, is er waarschijnlijk geen sprake van een nauwe samenhang die de in het eerste deel van de toets verrichte beoordeling betreffende de juridische aard van de eis zou kunnen wijzigen.

67. Vanuit dit oogpunt wil de nauwe samenhang eerder zeggen onlosmakelijk verbonden met. Dit komt neer op een “alleen indien-toets” (“but for-test”): indien een soortgelijke vordering (nogmaals, niet identiek wat alle procedurele elementen aangaat, maar alleen wat de juridische aard betreft) naast of los van de insolventieprocedure kan worden ingesteld, wordt bevestigd dat een dergelijke vordering niet onlosmakelijk met de insolventieprocedure is verbonden.

68. Met een dergelijke toets kan nader worden bevestigd dat de bovengenoemde elementen bij de “ingang” of de “uitgang” van een vordering irrelevant zijn, voor zover zij louter voortvloeien uit het feit dat er insolventieprocedures lopen. Omgekeerd kan het antwoord anders luiden indien een specifieke vordering niet tegen of door iemand anders dan de curator kan worden ingesteld, of indien vooraf een insolventieprocedure moet worden geopend.

69. Tot slot kan niet volledig worden uitgesloten dat de toetsing op basis van de nauwe samenhang het resultaat van de rechtsgrondslagtoets in echt uitzonderlijke gevallen terzijde zou kunnen stellen. Dat zou kunnen gebeuren indien een bepaalde vordering die in beginsel is gebaseerd op gemeenschappelijke regels, wordt gekenmerkt door zo veel specifieke afwijkende voorschriften – bijvoorbeeld wat betreft het voorwerp van de eis, de bewijslast of de verjaringstermijn, die dusdanig veel verschillen van de algemene regeling dat zij in feite neerkomen op een afzonderlijke en specifieke regeling – dat deze vordering hierdoor binnen het gebied van insolventie zou kunnen komen

330

33 Arrest van 4 september 2014, Nickel & Goeldner Spedition (C-157/13, EU:C:2014:2145, punt 29).

34 Zie in die zin arrest van 10 september 2009, German Graphics Graphische Maschinen (C-292/08, EU:C:2009:544, punten 32 en 33).

te vallen. Metaforisch gesteld: het steeds maar toevoegen van specifieke elementen aan een tekening van een paard zal er onvermijdelijk toe leiden dat de wezenlijke aard van het afgebeelde dier op een bepaald punt verandert in die van een kameel, een olifant of iets dergelijks.

70. Niettemin moet bij de toetsing, en meer bepaald de tweede controlestep die ik zojuist heb geschetst, inderdaad algemeen worden uitgegaan van een bij herhaling verklaarde noodzaak om de insolventie-uitzondering in de Brussel I-verordening strikt uit te leggen.³⁵ Dit wordt nog benadrukt door het feit dat de inwerkingstelling van die uitzondering waarschijnlijk niet alleen uitmond in een beslissing over de internationale rechterlijke bevoegdheid, maar ook van invloed kan zijn op de bepaling van het toepasselijke recht, zoals hieronder zal blijken in mijn antwoorden op de andere vragen van de verwijzende rechter.

5. Peeters/Gatzen-vordering

71. Wat meer specifiek de Peeters/Gatzen-vordering in het hoofdgeding betreft, zou de verwijzende rechter, met diens kennis van de tamelijk ingewikkelde nationale procedurevoorschriften, mijn hierboven geformuleerde voorstel op dat procedurele instrument moeten toepassen en aldus bepalen welke van de twee verordeningen in kwestie van toepassing is op de vordering die aan de orde is.

72. Gelet op de belangrijkste kenmerken van de Peeters/Gatzen-vordering zoals beschreven in de verwijzingsbeslissing, ben ik van mening dat deze vordering, beoordeeld in het licht van de juridische aard ervan zoals hierboven uiteengezet, een vordering uit onrechtmatige daad is. Ik zou derhalve willen suggereren dat zij niet onder de uitzondering van artikel 1, lid 2, onder b), van de Brussel I-verordening valt. Een dergelijke vordering blijft dus binnen het toepassingsgebied van de Brussel I-verordening vallen.

73. In de verwijzingsbeslissing wordt de Peeters/Gatzen-vordering beschreven als een vordering die haar oorsprong vindt in de gemeenschappelijke regels van het burgerlijk recht, namelijk de regels inzake de onrechtmatige daad. In de beslissing staat dat uit een arrest van de verwijzende rechter van 24 april 2009³⁶ naar voren komt dat de Peeters/Gatzen-vordering is gegrond op de benadeling van de schuldeisers als gevolg van het handelen van de gefailleerde en de derde. Een dergelijke vordering heeft betrekking op het vorderingsrecht van de schuldeisers en de aansprakelijkheid van de derde jegens de schuldeisers. Ofschoon een dergelijke vordering bepaalde voor insolventie specifieke kenmerken vertoont, blijft het een feit dat zij voortvloeit uit een onrechtmatige daad.

74. De vordering die de curator tegen Fortis heeft ingesteld lijkt derhalve vanuit juridisch oogpunt een vordering uit onrechtmatige daad te zijn: zij is gebaseerd op het vermeende verzuim van de bank bij de nakoming van haar wettelijke verplichtingen wat betreft het toezicht en het niet-toestaan van opnamen in contanten, waardoor de schuldeisers kennelijk schade hebben geleden (eerste deel van de toets). Geen van de specifieke kenmerken van de ingestelde Peeters/Gatzen-vordering volstaat om de conclusie te rechtvaardigen dat een vordering als die welke in het kader van het hoofdgeding is ingesteld inderdaad zo nauw met de insolventieprocedure samenhangt dat dit zwaarder weegt dan het feit dat zij vanuit juridisch oogpunt kan worden aangemerkt als een vordering uit onrechtmatige daad (tweede deel van de toets).

75. De verwijzende rechter noemt in de eerste vraag drie van die specifieke kenmerken.

76. Hij merkt in de eerste plaats op dat de Peeters/Gatzen-vordering is ingesteld door een curator op grond van een opdracht die hem krachtens de nationale faillissementswetgeving is gegeven: beheer en vereffening van de failliete boedel namens en in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Dit is op zichzelf niet doorslaggevend, omdat een curator vrijwel alleen vorderingen instelt op basis van de taken die in het faillissementsrecht zijn uiteengezet, en met het oog op het beheer en de vereffening van de boedel namens en in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Zoals hierboven reeds besproken in de punten 61 tot en met 64, zou, indien dit een doorslaggevend element was, elke vordering die een curator in zijn officiële hoedanigheid instelt binnen het toepassingsgebied van de Insolventieverordening vallen.

77. In de tweede plaats wijst de verwijzende rechter op het feit dat de curator in een Peeters/Gatzen-vordering de vordering instelt op de grond dat de derde jegens de schuldeisers onrechtmatig heeft gehandeld. Ik denk niet dat dit gegeven een nauwe samenhang tussen dit type vordering en de insolventieprocedure kan staven. Dit benadrukt mijns inziens eerder dat de Peeters/Gatzen-vordering een vordering uit onrechtmatige daad is.

78. In de derde plaats benadrukt de verwijzende rechter nog dat de opbrengst van de vordering in de boedel valt. Nogmaals, zoals ik heb toegelicht in de punten 61 tot en met 64, is dit element niet doorslaggevend, aangezien dit ertoe zou leiden dat de Insolventieverordening van toepassing is op vrijwel alle vorderingen die door een curator worden ingesteld. De opbrengst van de vordering valt normaliter immers in de boedel, omdat schuldeisers met een specifieke verhaalsmogelijkheid in faillissementen de uitzondering en niet de regel vormen.

79. Afgezien van deze elementen, die zijn genoemd in de eerste vraag, noemt de verwijzingsbeslissing nog twee andere elementen die kenmerkend zijn voor dit type vorderingen en die ook ter terechtzitting zijn besproken.

80. Het eerste aanvullende element vloeit voort uit een arrest van 21 december 2001³⁷, waarin de verwijzende rechter heeft verklaard dat ofschoon de Peeters/Gatzen-vordering er niet aan in de weg staat dat individuele schuldeisers zelf een vordering instellen, het belang van een behoorlijke afwikkeling van het faillissement kan meebrengen dat eerst op de Peeters/Gatzen-vordering wordt beslist.

81. Uit dit element blijkt inderdaad een samenhang tussen dit specifieke type vordering en de insolventieprocedure, aangezien de (mogelijke) voorkeursbehandeling van de Peeters/Gatzen-vordering haar grondslag zou vinden in het bestaan van die procedure. Naar mijn mening lijkt deze samenhang echter niet zo nauw dat dit de beoordeling aan de hand van de aard van de vordering terzijde kan stellen, omdat de voorkeursbehandeling niet automatisch lijkt te worden toegekend: zoals de verwijzende rechter opmerkt, "kan" het noodzakelijk zijn dat eerst op de Peeters/Gatzen-vordering wordt beslist.

82. Het tweede aanvullende element dat in de verwijzingsbeslissing is benadrukt, is dat, volgens een arrest van de verwijzende rechter van 23 december 1994³⁸, de positie van de schuldeisers in een Peeters/Gatzen-vordering gezamenlijk wordt onderzocht om de gezamenlijk geleden schade te verhalen. De derde kan bijgevolg niet gebruikmaken van alle verweeren die hem wellicht tegenover bepaalde schuldeisers ten dienste zouden hebben gestaan.

83. Mijns inziens vloeit dit kenmerk echter eerder voort uit de

35 Zie voetnoten 10 en 11 hierboven.

36 ECLI:NL:HR:2009:BF3917, NJ 2009/416.

37 ECLI:NL:HR:2001:AD 2684, NJ 2005/95.

38 ECLI:NL:HR:1994:ZC1590, NJ 1996/628.

collectieve aard van de Peeters/Gatzen-vordering dan uit de samenhang met de insolventieprocedures.³⁹ Niettemin zou kunnen worden gesteld dat deze beperking van de ten dienste staande verweren uiteindelijk in het belang is van de insolventieprocedures, voor zover hierdoor de doelmatigheid van een vordering die bij welslagen uiteindelijk de baten in de boedel vergroot, wordt versterkt. Een dergelijk veeleer bijkomstig of aanvullend kenmerk van de Peeters/Gatzen-vordering lijkt echter geen voldoende nauwe samenhang te creëren tussen die vordering en de insolventieprocedures op grond waarvan de algemene conclusie op basis van de beoordeling van de aard van deze vordering terzijde zou kunnen worden gesteld.

84. Om alle bovenstaande redenen ben ik van mening dat een vordering tot schadevergoeding die voortvloeit uit de gemeenschappelijke regels van het burgerlijk recht en die door een curator uit hoofde van de hem in de nationale faillissementswet opgelegde verplichting tot beheer en vereffening van de failliete boedel, namens de gezamenlijke schuldeisers is ingesteld tegen een derde op grond dat die derde jegens de schuldeisers onrechtmatig heeft gehandeld, en waarvan opbrengst ten goede komt aan de boedel, *ratione materiae* binnen het toepassingsgebied van de Brussel I-verordening valt.

B. Tweede vraag en eerste onderdeel van de derde vraag: het toepassingsgebied van de lex fori concursus krachtens de Insolventieverordening

85. Alleen indien het Hof oordeelt dat de Peeters/Gatzen-vordering binnen het toepassingsgebied van de Insolventieverordening valt, hoeft te worden ingegaan op de tweede en de derde vraag van de verwijzende rechter. Aangezien ik in overweging geef om die vraag ontkennend te beantwoorden, behoeven de tweede en de derde vraag volgens mij geen antwoord. Echter, om het Hof optimaal van dienst te zijn mocht het wat de eerste vraag betreft tot een ander oordeel komen, zal ik in de rest van deze conclusie kort op deze vragen ingaan.

86. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of, indien de Peeters/Gatzen-vordering onder de Insolventieverordening valt, een dergelijke vordering dan krachtens artikel 4, lid 1, van die verordening wordt beheerst door het recht van de lidstaat waar de insolventieprocedures zijn geopend, zowel wat de bevoegdheid van de curator tot het instellen van de vordering als wat het op deze vordering toepasselijke materiële recht betreft.

87. Met deze vraag moet worden vastgesteld of de benadering van de rechter in tweede aanleg in het hoofdgeding kan worden gevolgd en dus of het recht dat de bevoegdheden van de curator beheerst (*ius agendi*) kan worden gescheiden van het recht dat van toepassing is op de gegrondheid van de vordering. Mocht een dergelijke benadering worden gehanteerd, zouden de bevoegdheden van de curator worden beheerst door de *lex fori concursus* (namelijk Nederlands recht), zoals bepaald in artikel 4, lid 2, onder c), van de Insolventieverordening. Volgens dit artikel bepaalt “[het] recht van de lidstaat waar de procedure wordt geopend [...] met name [...] welke de respectieve bevoegdheden van de schuldenaar en de curator zijn”. De gegrondheid van de vordering zou echter worden beheerst door het recht dat van toepassing is krachtens de algemene (dus niet voor insolventie specifieke) conflictregels. In het onderhavige geval zou

dat resulteren in de toepassing van de Nederlandse conflictregels, aangezien de Rome II-verordening *ratione temporis* niet van toepassing is (zie hieronder, deel C). Volgens de verwijzingsbeslissing zou in dat geval artikel 3 WCOD de toepasselijke regel zijn, op grond waarvan naar Belgisch recht over de vordering dient te worden beslist, nu het handelen van Fortis in België plaats had.

88. Het lijkt mij problematisch om het recht dat op elk onderdeel van de vordering van toepassing is, op deze wijze te scheiden.⁴⁰

89. Zoals het Hof heeft benadrukt,⁴¹ heet het allereerst in overweging 23 van de Insolventieverordening dat deze verordening “voor haar werkingssfeer uniforme conflictregels moet vaststellen die, voor zover zij van toepassing zijn, in de plaats treden van de nationale voorschriften op het gebied van het internationale privaatrecht”. In die overweging staat verder dat “[de] *lex concursus* [...] bepalend [is] voor *alle rechtsgevolgen* van de insolventieprocedure, zowel procedureel als materieel, ten aanzien van de betrokken rechtssubjecten en rechtsbetrekkingen”.⁴² Indien de Peeters/Gatzen-vordering onder de Insolventieverordening viel, zouden dus *alle rechtsgevolgen* uitsluitend worden beheerst door de conflictregels van die verordening.

90. Ten tweede lijkt het duidelijk dat de artikelen 3 en 4 van de Insolventieverordening in hun onderlinge samenhang, als algemene regel, gelijkheid van *forum* en *ius* beogen, dat wil zeggen overeenstemming tussen de internationaal bevoegde rechterlijke instanties en het recht dat op de insolventieprocedure van toepassing is. Artikel 4, lid 1, bepaalt namelijk dat “[tenzij] deze verordening iets anders bepaalt, [...] de insolventieprocedure en de gevolgen daarvan [worden] beheerst door het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de insolventieprocedure wordt geopend [...]”.⁴³ Mijns inziens bevat deze verordening geen uitzonderingsbepaling die zou kunnen rechtvaardigen dat op een vordering als de Peeters/Gatzen-vordering ten gronde ander recht dan de *lex fori concursus* wordt toegepast, mocht een dergelijke vordering worden beheerst door de Insolventieverordening.

91. Indien het op de vordering toepasselijke recht niet kan worden gescheiden, wenst de verwijzende rechter in het eerste deel van de derde vraag te vernemen of het Belgische recht op een andere wijze in aanmerking kan worden genomen. Hij vraagt of de rechter van de lidstaat waar de insolventieprocedures zijn geopend rekening kan houden met het bepaalde in artikel 13 van de Insolventieverordening, zodat de verweerder zich tegen een Peeters/Gatzen-vordering kan verweren door te bewijzen dat zijn handelwijze niet tot zijn aansprakelijkheid zou leiden indien deze handelwijze werd beoordeeld naar het recht dat op de vordering van toepassing was geweest als verweerder niet door de curator, maar door een individuele schuldeiser uit on-

332

39 Normaliter sluit de doelmatige behandeling van collectieve vorderingen uit dat de situatie van iedere verzoeker ten opzichte van verweerder afzonderlijk wordt onderzocht: zie bijvoorbeeld met betrekking tot de Nederlandse collectieve vorderingen, Bosters, T., *Collective Redress and Private International Law in the EU*, T.M.C. Asser Press, Den Haag, 2017, blz. 38 en 39.

40 Op de manier die door de verwijzende rechter is gesuggereerd, namelijk indien de Insolventieverordening van toepassing was op de tegen Fortis gerichte vordering tot schadevergoeding, maar niet op “alle elementen” van die vordering. Ik wil echter verduidelijken dat het feit dat de Insolventieverordening niet vanzelfsprekend op een dergelijke vordering van toepassing is, niet inhoudt dat de Insolventieverordening niet relevant zou zijn voor de bepaling van de bevoegdheden van de curator in de lopende insolventieprocedure, met inbegrip van het instellen van een vordering (uit onrechtmatige daad) in een andere lidstaat.

41 Arrest van 8 juni 2017, *Vinyls Italia* (C-54/16, EU:C:2017:433, punt 47).

42 Arrest van 9 november 2016, *ENEFI* (C-212/15, EU:C:2016:841, punt 17). *Cursivering van mij*.

43 Zie over de verhouding tussen de artikelen 3 en 4 van de Insolventieverordening, arrest van 10 december 2015, *Kornhaas* (C-594/14, EU:C:2015:806, punt 17).

rechtmatige daad zou zijn aangesproken (namelijk Belgisch recht).

92. Volgens artikel 4, lid 2, onder m), van de Insolventieverordening bepaalt “[het] recht van de lidstaat waar de procedure wordt geopend [...] met name [...] de regels betreffende nietigheid, vernietigbaarheid of niet-tegenwerpbaarheid van de voor het geheel van schuldeisers nadelige rechtshandelingen”.

93. Artikel 13 voorziet dan weer in een uitzondering op de toepassing van artikel 4, lid 2, onder m), met de bepaling dat dat artikel “niet van toepassing [is], indien degene die voordeel heeft gehad bij een voor het geheel van schuldeisers nadelige handeling bewijst (i) dat deze handeling onderworpen is aan het recht van een andere lidstaat dan de lidstaat waar de procedure is geopend, en (ii) dat dat recht in het gegeven geval niet voorziet in de mogelijkheid om die handeling te bestrijden”. Bijgevolg kan artikel 13 alleen van toepassing zijn in gevallen waarin artikel 4, lid 2, onder m), zelf van toepassing is.

94. Het valt moeilijk in te zien hoe de Peeters/Gatzen-vordering in het hoofdgeding kan worden aangemerkt als een regel “betreffende nietigheid, vernietigbaarheid of niet-tegenwerpbaarheid van de voor het geheel van schuldeisers nadelige rechtshandelingen”, in de zin van artikel 4, lid 2, onder m), van de Insolventieverordening. Een dergelijke vordering heeft niet tot doel een handeling van de derde nietig of niet-bindend te laten verklaren dan wel te laten vernietigen, maar de schade te verhalen die is ontstaan door de onrechtmatige gedraging van die derde jegens de schuldeisers. Daar artikel 4, lid 2, onder m), van de verordening niet van toepassing zou zijn in het hoofdgeding, kan de uitzondering van artikel 13 evenmin toepassing vinden.

95. Voorts lijken de bewoordingen en het doel van artikel 13 in de weg te staan aan de toepassing ervan. Volgens de bewoordingen verwijst deze bepaling naar “degene die voordeel heeft gehad bij een voor het geheel van schuldeisers nadelige handeling” (cursivering van mij). Bij beoordeling van het doel ervan, heeft het Hof geoordeeld dat de uitzondering in artikel 13, die strikt moet worden uitgelegd,⁴⁴ “tot doel [heeft], het gewettigd vertrouwen van degene die voordeel heeft gehad bij een voor het geheel van schuldeisers nadelige handeling, te beschermen door te bepalen dat deze handeling, zelfs nadat de insolventieprocedure is geopend, nog steeds wordt beheerst door het recht dat hierop van toepassing was op de datum waarop zij is vericht [...]”.⁴⁵

96. In het onderhavige geval zie ik geen handeling waarbij Fortis voordeel heeft gehad en die zou moeten worden gehandhaafd om Fortis’ gewettigd vertrouwen te beschermen. Daarom kan de uitzondering van artikel 13 van de Insolventieverordening, dat strikt moet worden uitgelegd, niet worden geacht van toepassing te zijn op het hoofdgeding.

97. Kortom, indien de Peeters/Gatzen-vordering werd geacht binnen het toepassingsgebied van de Insolventieverordening te vallen, zou zij uitsluitend worden beheerst door de *lex fori concursus*. Bovendien kan artikel 13 van de verordening niet worden aangevoerd om ander recht in aanmerking te nemen.

98. Bij wijze van naschrift kan nog worden toegevoegd dat de bespreking in dit gedeelte mijns inziens verder lijkt te bevestigen dat het juiste antwoord op de eerste vraag luidt dat de Peeters/Gatzen-vordering niet wordt beheerst door de Insolventieverordening. Indien een dergelijke vordering binnen het toe-

passingsgebied van die verordening viel, zou dit immers inhouden dat niet het Belgische recht op de vermeende onrechtmatige daad van toepassing is (het recht van de plaats waar de onrechtmatige daad heeft plaatsgevonden), maar het Nederlandse (het recht van de plaats waar de latere insolventieprocedures zijn geopend tegen degene die beweerdelijk voordeel heeft gehad van de onrechtmatige daad). Zoals is gebleken uit de bespreking in dit gedeelte, zou dit in de praktijk leiden tot de noodzaak van een tamelijk kunstmatige of omslachtige juridische constructie om de werking van de algemene voorschriften van de Insolventieverordening te keren. De vraag blijft dan waarom deze regels dan überhaupt van toepassing zouden moeten zijn. Die moeite bevestigt eerder dat er inderdaad geen sprake is van een nauwe en noodzakelijke samenhang tussen die vordering en de insolventieprocedure.

C. Tweede onderdeel van de derde vraag: de Rome II-verordening

99. Met het tweede deel van de derde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het, ingeval de Peeters/Gatzen-vordering uitsluitend onder de *lex fori concursus* valt, mogelijk zou zijn om rechtstreeks dan wel ten minste naar analogie, en op basis van artikel 17 van de Rome II-verordening, gelezen in samenhang met artikel 13 van de Insolventieverordening, rekening te houden met de ter plaatste van de beweerde onrechtmatige daad (dat wil zeggen in België) geldende veiligheidsvoorschriften en gedragsregels, zoals financiële gedragsregels voor banken.

100. Voor zover ik weet, heeft het Hof artikel 17 van de Rome II-verordening nog nooit uitgelegd. Volgens deze bepaling mag bij de beoordeling van het gedrag van de persoon wiens aansprakelijkheid in het geding is, feitelijk (in plaats van als juridisch voorschrift) en in passende mate (dus aantoonbaar met een zekere speelruimte voor de rechter) rekening worden gehouden met (en dus geen toepassing worden gemaakt van) de veiligheidsvoorschriften en gedragsregels die van kracht waren op het tijdstip en de plaats van de gebeurtenis welke de aansprakelijkheid veroorzaakt.

101. Om artikel 17 van de Rome II-verordening in het hoofdgeding toe te passen, zou deze verordening *ratione temporis* van toepassing moeten zijn. De werkingssfeer *ratione temporis* van de Rome II-verordening, zoals bepaald in de artikelen 31 en 32 van die verordening, spreekt inderdaad niet voor zich. In het arrest in de zaak Homawoo heeft het Hof echter verduidelijkt dat die bepalingen aldus moeten worden uitgelegd dat een nationale rechterlijke instantie deze verordening enkel dient toe te passen op schadeveroorzakende gebeurtenissen die zich na 11 januari 2009 hebben voorgedaan. De datum van de inleiding van de procedure tot schadevergoeding heeft geen invloed op de bepaling van de temporele werkingssfeer van deze verordening.⁴⁶

102. Bijgevolg meen ik dat artikel 17 van de Rome II-verordening in het licht van het arrest in de zaak Homawoo niet op het hoofdgeding van toepassing kan zijn, zonder dat hoeft te worden nagegaan of financiële gedragsregels voor banken onder het begrip “veiligheidsvoorschriften en gedragsregels” vallen.

103. Tot slot wenst de verwijzende rechter te vernemen of het mogelijk is in de onderhavige zaak naar analogie rekening te houden met artikel 17 van de Rome II-verordening (evenals met artikel 13 van de Insolventieverordening). Een nationale rechter kan, in beginsel, inderdaad naar analogie rekening houden met iedere rechtsregel of ieder begrip van het Unierecht,

44 Arrest van 15 oktober 2015, Nike European Operations Netherlands (C-310/14, EU:C:2015:690, punt 18).

45 Arrest van 15 oktober 2015, Nike European Operations Netherlands (C-310/14, EU:C:2015:690, punt 19). Zie ook arrest van 8 juni 2017, Vinyli Italia (C-54/16, EU:C:2017:433, punt 30).

46 Arrest van 17 november 2011, Homawoo (C-412/10, EU:C:2011:747, punt 37).

ongeacht of dit van kracht is dan wel juridisch bindende werking heeft, voor zover de nationale regels voor uitlegging en toepassing dat toestaan,⁴⁷ en voor zover de nationale rechter dergelijke facultatieve, aan het Unierecht ontleende inspiratie dienstig achter voor de beslechting van de zaak die hem is voorgelegd.

104. Volgens mij is het echter, nogmaals⁴⁸, relevanter te weten of echt een toevlucht moet worden gezocht in een omslachtige juridische constructie, in dit geval het naar analogie toepassen van regels buiten de materiële en temporele werkingsfeer ervan, om tot een oplossing te komen (de toepassing van Belgisch recht) voor een probleem (de toepasselijkheid van Nederlands recht krachtens de Insolventieverordening) dat toch al niet had moeten ontstaan (aangezien de aan de orde zijnde Peeters/Gatzen-vordering onder de Brussel I-verordening zou moeten vallen). In ieder geval ben ik, ook in dit verband, van mening dat deze vragen van de verwijzende rechter veeleer bevestigen dat die vordering en de insolventieprocedure niet nauw samenhangen.

V. Conclusie

105. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Hoge Raad der Nederlanden als volgt te beantwoorden:

“Een vordering tot schadevergoeding die voortvloeit uit de gemeenschappelijke regels van het burgerlijk recht en die door een curator uit hoofde van de hem in de nationale faillissementswet opgelegde verplichting tot beheer en vereffening van de failliete boedel, namens de gezamenlijke schuldeisers is ingesteld tegen een derde op grond dat die derde jegens de schuldeisers onrechtmatig heeft gehandeld, en waarvan de opbrengst ten goede komt aan de boedel, valt *ratione materiae* binnen het toepassingsgebied van 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.”

HvJ EU:

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 1, lid 2, onder b), van 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 (PB 2001, L 12, blz. 1), artikel 4, lid 1, en artikel 13 van verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures (PB 2000, L 160, blz. 1), en artikel 17 van verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (“Rome II”) (PB 2007, L 199, blz. 40).

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen NK, in zijn hoedanigheid van curator in de faillissementen van PI Gerechtsdeurwaarderskantoor BV en PI (hierna: “curator”), en BNP Paribas Fortis NV (hierna: “Fortis”) over het verhaal door de curator, in het kader van in Nederland ingeleide faillissementsprocedures, van een bedrag dat een van de gefailleerden ongeoorloofd had opgenomen van een rekening aangehouden bij Fortis in België.

Toepasselijke bepalingen

Verordening nr. 1346/2000

3. De overwegingen 4, 6, 7 en 23 van verordening nr. 1346/2000 luiden als volgt:

“(4) De goede werking van de interne markt moet verhinderen dat er prikkels voor partijen bestaan om ter verbetering van hun rechtspositie geschillen of goederen van de ene lidstaat naar de andere over te brengen (‘forum shopping’).

[...]

(6) Op grond van het proportionaliteitsbeginsel mag deze verordening alleen voorschriften behelzen tot regeling van de rechterlijke bevoegdheid inzake de opening van een insolventieprocedure en de beslissingen die rechtstreeks uit een insolventieprocedure voortvloeien en daarmee nauw samenhangen. Voorts moet deze verordening bepalingen bevatten betreffende de erkenning van die beslissingen en betreffende het toepasselijke recht, die eveneens met het noodzakelijkheidsbeginsel stroken.

(7) Het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures zijn uitgesloten van het toepassingsgebied van het Verdrag van Brussel van [27 september] 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen in burgerlijke en handelszaken [(PB 1972, L 299, blz. 32), zoals gewijzigd bij het Verdrag van 29 november 1996 betreffende de toetreding van de Republiek Oostenrijk, de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden (PB 1997, C 15, blz. 1)].

[...]

(23) Deze verordening moet voor haar werkingsfeer uniforme conflictregels vaststellen die, voor zover zij van toepassing zijn, in de plaats treden van de nationale voorschriften op het gebied van het internationale privaatrecht. Tenzij anders is bepaald, moet het recht van de lidstaat waar de procedure is geopend van toepassing zijn (*lex concursus*). Deze conflictregels moeten voor zowel de hoofdprocedure als de territoriale procedures gelden. De *lex concursus* is bepalend voor alle rechtsgevolgen van de insolventieprocedure, zowel procedureel als materieel, ten aanzien van de betrokken rechtssubjecten en rechtsbetrekkingen. Dit recht beheerst alle voorwaarden voor het openen, het verloop en het beëindigen van de insolventieprocedure.”

4. Artikel 3, lid 1, van die verordening luidt als volgt:

“De rechters van de lidstaat waar het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar gelegen is, zijn bevoegd de insolventieprocedure te openen. Bij vennootschappen en rechtspersonen wordt, zolang het tegendeel niet is bewezen, het centrum van de voornaamste belangen vermoed de plaats van de statutaire zetel te zijn.”

5. Artikel 4 van die verordening bepaalt:

“1. Tenzij deze verordening iets anders bepaalt, worden de insolventieprocedure en de gevolgen daarvan beheerst door het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de insolventieprocedure wordt geopend, hierna te noemen ‘lidstaat waar de procedure wordt geopend’.

2. Het recht van de lidstaat waar de procedure wordt geopend, bepaalt onder welke voorwaarden deze procedure wordt geopend, verloopt en wordt beëindigd. Het bepaalt met name:

[...]

c) welke de respectieve bevoegdheden van de schuldenaar en de curator zijn;

[...]

e) de gevolgen van de insolventieprocedure voor lopende overeenkomsten waarbij de schuldenaar partij is;

f) de gevolgen van de insolventieprocedure voor individuele vervolgingen met uitzondering van lopende rechtsvorderingen;

[...]

47 Zie over de uitlegging naar analogie binnen het Unierecht, arrest van 12 december 1985, Krohn (165/84, EU:C:1985:507, punt 14 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

48 Punt 98 van deze conclusie.

h) de regels betreffende indiening, verificatie en toelating van de vorderingen;

[...]

m) de regels betreffende nietigheid, vernietigbaarheid of niet-tegenwerpbaarheid van de voor het geheel van schuldeisers nadelige rechtshandelingen.”

6. Artikel 13 van die verordening bepaalt:

“Artikel 4, lid 2, onder m), is 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.”

Verordening nr. 44/2001

7. Artikel 1 van verordening nr. 44/2001 bakent de werkingssfeer van de verordening als volgt af:

“1. Deze verordening wordt toegepast in burgerlijke en handelszaken, ongeacht de aard van het gerecht. Zij heeft met name geen betrekking op fiscale zaken, douanezaken of administratiefrechtelijke zaken.

2. Zij is niet van toepassing op:

- a) de staat en de bevoegdheid van natuurlijke personen, het huwelijksgoederenrecht, testamenten en erfenissen;
- b) het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures;
- c) de sociale zekerheid;
- c) de arbitrage.

[...]”

Verordening nr. 864/2007

8. Artikel 17 van verordening nr. 864/2007 luidt als volgt:

“Bij de beoordeling van het gedrag van de persoon wiens aansprakelijkheid in het geding is, moet feitelijk en in passende mate rekening worden gehouden met de veiligheidsvoorschriften en gedragsregels die van kracht zijn op het tijdstip en de plaats van de gebeurtenis welke de aansprakelijkheid veroorzaakt.”

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

9. PI was gerechtsdeurwaarder vanaf 2002 tot aan de ontzetting uit zijn ambt in december 2008. Ten behoeve van zijn deurwaarderspraktijk heeft PI bij Fortis in België een zichtrekening aangehouden. Dit was de rekening waarop personen bij wie hij schulden invorderde, de verschuldigde bedragen moesten storten.

10. PI heeft in 2006 PI Gerechtsdeurwaarderskantoor BV (hierna: “PI BV”) opgericht, een vennootschap naar Nederlands recht waarvan hij enig aandeelhouder en enig bestuurder was. De vennootschap legde zich toe op de uitoefening van de deurwaarderspraktijk van PI, die het vermogen van de deurwaarderspraktijk, waaronder de zichtrekening bij Fortis, in PI BV heeft ingebracht. Bij een andere bank, gevestigd in Nederland, hield PI BV tevens een kwaliteitsrekening aan, waarop gelden van circa 200 klanten van de deurwaarderspraktijk werden gehouden.

11. In de periode van 23 tot en met 26 september 2008 heeft PI via telebankieren in totaal € 550 000 van de kwaliteitsrekening overgeboekt naar de zichtrekening bij Fortis. Enkele dagen later, tussen 1 en 3 oktober 2008, heeft PI een bedrag van € 550 000 in contanten opgenomen van de zichtrekening bij Fortis. Deze handeling is gekwalificeerd als verduistering en PI is daarvoor veroordeeld tot een gevangenisstraf.

12. Op 23 juni 2009 is PI BV failliet verklaard en op 2 maart 2010 is PI persoonlijk failliet verklaard.

13. In het kader van deze faillissementsprocedures heeft de curator bij de rechtbank Maastricht (Nederland) veroordeling gevorderd van Fortis tot betaling van het bedrag van 550 000 EUR. De curator heeft aan die vordering ten grondslag gelegd dat Fortis onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers van PI BV en PI door zonder slag of stoot, en zonder te voldoen aan haar wettelijke verplichtingen, mee te werken aan de opnamen in contanten door PI, waardoor de schuldeisers in beide faillissementen schade hebben geleden.

14. De rechtbank Maastricht heeft zich bevoegd verklaard van de vordering van de curator kennis te nemen. Deze beslissing is bekrachtigd door het gerechtshof 's-Hertogenbosch (Nederland) bij tussenarrest van 4 juni 2013 op grond dat de door de curator ingestelde vordering zijn grondslag vond in de faillissementen van PI en PI BV en daarom onder de werkingssfeer van verordening nr. 1346/2000 viel.

15. Bij eindvonnis heeft de rechtbank Maastricht Fortis veroordeeld tot betaling van € 550 000 wegens benadeling van de schuldeisers.

16. In hoger beroep heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch bij tussenarrest van 16 februari 2016 overwogen dat het, nu in zijn tussenarrest van 4 juni 2013 al was beslist over de rechtsmacht van de Nederlandse rechterlijke instanties, deze kwestie in beginsel niet opnieuw kon onderzoeken. Het gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft in dat tussenarrest van 16 februari 2016 echter aangegeven dat de arresten van het Hof van 4 september 2014, Nickel & Goeldner Spedition (C-157/13, EU:C:2014:2145), en 11 juni 2015, Comité d'entreprise de Nortel Networks e.a. (C-649/13, EU:C:2015:384), zodanige steun bieden voor het standpunt van Fortis dat de beslissing over de bevoegdheid van de Nederlandse rechterlijke instanties in het tussenarrest van 4 juni 2013 onjuist was, dat het tussentijds cassatieberoep heeft opengesteld.

17. Daarnaast heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch overwogen dat de vordering van de curator tegen Fortis een Peeters/Gatzen-vordering was, waarvan de grondslag door de Hoge Raad der Nederlanden is gelegd in een arrest van 14 januari 1983. Uit hoofde van een dergelijke Peeters/Gatzen-vordering kan de curator onder omstandigheden een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad geldend maken tegen een derde die bij de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers betrokken was, ook al kwam een dergelijke vordering niet aan de gefailleerde zelf toe. Volgens deze rechtspraak valt de opbrengst van een zodanige door de curator in het belang van de gezamenlijke schuldeisers geldend gemaakte vordering in de boedel.

18. De curator heeft bij de verwijzende rechter, de Hoge Raad der Nederlanden, beroep in cassatie ingesteld tegen het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 16 februari 2016. Fortis heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld tegen dat arrest en onder meer geklaagd dat het gerechtshof 's-Hertogenbosch zich op basis van verordening nr. 1346/2000 bevoegd had verklaard om kennis te nemen van de vordering van de curator.

19. De verwijzende rechter is van mening dat er gegronde twijfel bestaat over de vraag of een Peeters/Gatzen-vordering moet worden beschouwd als een vordering die enkel wordt beheerst door de specifieke regels voor de insolventieprocedure, zodat deze buiten de werkingssfeer van verordening nr. 44/2001 valt.

20. De verwijzende rechter twijfelt ook over de vraag of de kwalificatie van de vordering in het kader van het oordeel omtrent de rechtsmacht steeds bepalend is voor het oordeel over het op de vordering toepasselijke recht, zodat krachtens artikel 4 van verordening nr. 1346/2000 steeds een samenloop bestaat tussen de rechtsmacht en het toepasselijke recht.

21. Indien het toepasselijke materiële recht, en dus het op de

Peeters/Gatzen-vordering toepasselijke recht, het Nederlandse recht is, vraagt de verwijzende rechter zich tot slot af of bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van een bepaalde handeling niettemin, naar analogie van artikel 17 van verordening nr. 864/2007, gelezen in samenhang met artikel 13 van verordening nr. 1346/2000, rekening moet worden gehouden met de ter plaatse van de beweerde onrechtmatige daad geldende veiligheidsvoorschriften en gedragsregels, zoals financiële gedragsregels voor banken.

22. Daarop heeft de Hoge Raad der Nederlanden de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

“1) Valt een vordering tot schadevergoeding die de curator uit hoofde van de hem in artikel 68, lid 1, van de Faillissementswet gegeven opdracht tot beheer en vereffening van de failliete boedel namens de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde instelt tegen een derde, op de grond dat deze derde jegens de schuldeisers onrechtmatig heeft gehandeld en waarvan, bij het slagen van die vordering, de opbrengst ten goede komt aan de boedel, onder de uitzondering van artikel 1, lid 2, aanhef en onder b), van verordening [nr. 44/2001]?”

2) Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord en de desbetreffende vordering derhalve wordt bestreken door verordening [nr. 1346/2000], wordt deze vordering dan beheerst door het recht van de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend krachtens artikel 4, lid 1, van die verordening zowel wat betreft de bevoegdheid van de curator tot het instellen van deze vordering als wat betreft het op deze vordering toepasselijke materiële recht?

3) Indien vraag 2 bevestigend wordt beantwoord, dient de rechter van de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend dan rekening te houden, al dan niet naar analogie, met:

a) het bepaalde in artikel 13 van verordening [nr. 1346/2000], in die zin dat de aangesproken partij zich tegen een vordering van de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers kan verweren door te bewijzen dat haar handelwijze niet tot haar aansprakelijkheid leidt, indien beoordeeld naar het recht dat op de vordering van toepassing zou zijn geweest als zij niet door de curator, maar door een individuele schuldeiser uit onrechtmatige daad zou zijn aangesproken;

b) het bepaalde in artikel 17 van verordening [nr. 864/2007], mede in verbinding met artikel 13 van verordening [nr. 1346/2000], dat wil zeggen met de ter plaatse van de beweerde onrechtmatige daad geldende veiligheidsvoorschriften en gedragsregels, zoals financiële gedragsregels voor banken?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Beantwoording van de eerste vraag

23. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, lid 1 en lid 2, onder b), van verordening nr. 44/2001 aldus moet worden uitgelegd dat een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad als in het hoofdgeding aan de orde, ingesteld door de curator in het kader van een insolventieprocedure, waarvan de opbrengst bij slagen ervan ten goede komt aan de boedel, onder het begrip “burgerlijke en handelszaken” in de zin van lid 1 van deze bepaling valt en dus binnen de materiële werkingssfeer van deze verordening.

24. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het Hof, met name op grond van de voorbereidende werkzaamheden van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: “Executieverdrag”), dat is vervangen door verordening nr. 44/2001, heeft geoordeeld dat deze verordening en verordening nr. 1346/2000 aldus moeten worden uitgelegd dat elke overlapping tussen de in die teksten

vervatte rechtsregels en elk rechtsvacuüm worden vermeden. De krachtens artikel 1, lid 2, onder b), van verordening nr. 44/2001 van de werkingssfeer van die verordening uitgesloten vorderingen vallen aldus, voor zover zij betrekking hebben op “het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures”, binnen de werkingssfeer van verordening nr. 1346/2000. Omgekeerd vallen vorderingen die niet onder artikel 3, lid 1, van verordening nr. 1346/2000 vallen, binnen de werkingssfeer van verordening nr. 44/2001 (arrest van 9 november 2017, *Tünkers France en Tünkers Maschinenbau*, C-641/16, EU:C:2017:847, punt 17).

25. Voorts heeft het Hof erop gewezen dat de Uniewetgever heeft willen kiezen voor een ruime opvatting van het begrip “burgerlijke en handelszaken” in artikel 1, lid 1, van verordening nr. 44/2001, en, bijgevolg, voor een ruime werkingssfeer van die verordening, zoals met name in overweging 7 ervan is aangegeven. De werkingssfeer van verordening nr. 1346/2000 daarentegen mag volgens overweging 6 ervan niet ruim worden uitgelegd (arrest van 9 november 2017, *Tünkers France en Tünkers Maschinenbau*, C-641/16, EU:C:2017:847, punt 18).

26. Het Hof heeft geoordeeld dat enkel vorderingen die rechtstreeks voortvloeien uit een insolventieprocedure en daarmee nauw verband houden, buiten de werkingssfeer van het Executieverdrag en daarna van verordening nr. 44/2001 vallen (zie in die zin arresten van 22 februari 1979, *Gourdain*, 133/78, EU:C:1979:49, punt 4, en 19 april 2012, *F-Text*, C-213/10, EU:C:2012:215, punten 22 en 24). Dientengevolge vallen alleen vorderingen met die kenmerken binnen de werkingssfeer van verordening nr. 1346/2000 (zie in die zin arrest van 9 november 2017, *Tünkers France en Tünkers Maschinenbau*, C-641/16, EU:C:2017:847, punt 19 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

27. Bovendien is datzelfde criterium, zoals ontwikkeld in de rechtspraak van het Hof over de uitlegging van het Executieverdrag, overgenomen in overweging 6 van verordening nr. 1346/2000 om het voorwerp ervan af te bakenen, en bevestigd bij verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (PB 2015, L 141, blz. 19), die *ratione temporis* niet van toepassing is op de onderhavige zaak. Artikel 6 van die laatste verordening bepaalt dat de rechter van de lidstaat op het grondgebied waarvan een insolventieprocedure is geopend, bevoegd is voor alle vorderingen die rechtstreeks uit de insolventieprocedure voortvloeien en er nauw verband mee houden.

28. Het doorslaggevende criterium voor het Hof om vast te stellen onder welk gebied een vordering valt, is niet de procedurele context van die vordering maar de rechtsgrondslag ervan. Volgens deze benadering moet worden nagegaan of het recht of de verbintenis waarop de vordering is gebaseerd, voortvloeit uit de gemene regels van het burgerlijk recht en het handelsrecht dan wel uit specifieke, afwijkende regels voor insolventieprocedures (arresten van 4 september 2014, *Nickel & Goeldner Spedition*, C-157/13, EU:C:2014:2145, punt 27; 9 november 2017, *Tünkers France en Tünkers Maschinenbau*, C-641/16, EU:C:2017:847, punt 22, en 20 december 2017, *Valach e.a.*, C-649/16, EU:C:2017:986, punt 29).

29. Dat na de opening van een insolventieprocedure een vordering wordt ingesteld door de in die procedure aangewezen curator en dat die curator in het belang van de crediteuren handelt, verandert immers in wezen niets aan de aard van die vordering, die losstaat van de insolventieprocedure en ten gronde onderworpen blijft aan regels van gemeen recht (zie naar analogie arresten van 10 september 2009, *German Graphics Graphische Maschinen*, C-292/08, EU:C:2009:544, punten 31 en 33, en 4 september 2014, *Nickel & Goeldner Spedition*, C-157/13, EU:C:2014:2145, punt 29).

30. Daarnaast is het volgens de rechtspraak van het Hof de intensiteit van het verband tussen een vordering in rechte en de insolventieprocedure die bepalend is voor de beslissing of de in artikel 1, lid 2, onder b), van verordening nr. 44/2001 genoemde uitsluiting moet worden toegepast (arrest van 9 november 2017, *Tinkers France en Tinkers Maschinenbau*, C-641/16, EU:C:2017:847, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

31. In casu blijkt om te beginnen uit het verzoek om een prejudiciële beslissing dat de Peeters/Gatzen-vordering, die voor het eerst is toegelaten door de Hoge Raad der Nederlanden bij arrest van 14 januari 1983, kan worden ingesteld door de faillissementscurator in het belang van de gezamenlijke schuldeisers op grond van de algemene opdracht die hem krachtens de nationale wettelijke regeling op dat gebied is gegeven, namelijk het beheer en de vereffening van de boedel. Als de vordering wordt toegewezen, komen de opbrengsten ervan vervolgens ten goede aan de gezamenlijke schuldeisers, onder wie zij overeenkomstig de uitdelingslijst worden verdeeld. Bovendien is bij de beoordeling van een dergelijke vordering tijdens de insolventieprocedure vooreerst geen plaats voor een onderzoek naar de individuele positie van elk der betrokken schuldeisers, en voorts kan de derde tegen wie de vordering is ingesteld, tegenover de curator niet gebruikmaken van de verweren die hem tegenover de individuele schuldeisers ten dienste zouden hebben gestaan.

32. Vastgesteld moet worden dat alle kenmerken van de Peeters/Gatzen-vordering die in het vorige punt zijn genoemd, deel uitmaken van de procedurele context van die vordering. Als een dergelijke vordering wordt ingesteld tijdens de insolventieprocedure is namelijk de curator degene die, in het kader van zijn opdracht om de boedel te beheren en te vereffenen overeenkomstig de nationale wettelijke regeling op dat gebied, deze vordering instelt in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. De opbrengst ervan komt diens gevolg ten goede aan de boedel.

33. Voorts is de vordering die de curator tegen Fortis heeft ingesteld volgens de gegevens in het dossier dat aan het Hof is overgelegd, een vordering uit onrechtmatige daad. Het doel van een dergelijke vordering is dus dat Fortis wordt veroordeeld wegens een vermeende niet-nakoming van haar toezichtsverplichtingen, die haar ertoe hadden moeten brengen de opnamen in contanten van PI ten belope van € 550 000 te weigeren. Deze hebben volgens de curator namelijk de schuldeisers benadeeld.

34. Op basis van die gegevens is een dergelijke vordering gegrond op de gemene regels van burgerlijk recht en handelsrecht en niet op de daarvan afwijkende, specifieke regels voor de insolventieprocedure.

35. Ook al is er in het hoofdgeding onmiskenbaar een band met de insolventieprocedure aangezien het gaat om een vordering die is ingeleid door de curator in het belang van de schuldeisers, uit het dossier dat aan het Hof is overgelegd, blijkt dat een dergelijke vordering ook door de schuldeisers afzonderlijk kan worden ingesteld, hetzij voor, tijdens of na de insolventieprocedure.

36. Onder deze omstandigheden kan een vordering als aan de orde in het hoofdgeding die, ten eerste, kan worden ingesteld door de schuldeiser zelf en dus niet onder de uitsluitende bevoegdheid van de curator valt, en, ten tweede, losstaat van de inleiding van een insolventieprocedure, niet worden beschouwd als een rechtstreeks en onlosmakelijk gevolg van een dergelijke procedure, zoals de advocaat-generaal in punt 68 van zijn conclusie heeft opgemerkt.

37. Derhalve moet ervan uit worden gegaan dat een dergelijke vordering is gegrond, niet op de specifieke, afwijkende regels

voor insolventieprocedures, maar op de gemene regels van het burgerlijk recht en het handelsrecht, zodat zij niet buiten de werkingssfeer van verordening nr. 44/2001 valt.

38. Gelet op een en ander moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 1, lid 1 en lid 2, onder b), van verordening nr. 44/2001 aldus moet worden uitgelegd dat een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad als in het hoofdgeding aan de orde, ingesteld door de curator in het kader van een insolventieprocedure, waarvan de opbrengst bij slagen ervan ten goede komt aan de boedel, onder het begrip “burgerlijke en handelszaken” in de zin van lid 1 van deze bepaling valt en dus binnen de materiële werkingssfeer van deze verordening.

Beantwoording van de tweede en de derde vraag

39. De tweede en de derde vraag zijn slechts gesteld voor het geval het Hof beslist dat een vordering als in het hoofdgeding aan de orde onder de uitzondering van artikel 1, lid 2, onder b), van verordening nr. 44/2001 valt. Zij hoeven derhalve niet te worden beantwoord.

Kosten

40. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Eerste kamer) verklaart voor recht

Artikel 1, lid 1 en lid 2, onder b), van 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 moet aldus worden uitgelegd dat een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad als in het hoofdgeding aan de orde, ingesteld door de curator in het kader van een insolventieprocedure, waarvan de opbrengst bij slagen ervan ten goede komt aan de boedel, onder het begrip “burgerlijke en handelszaken” in de zin van lid 1 van deze bepaling valt en dus binnen de materiële werkingssfeer van deze verordening.

NOOT

De Peeters/Gatzen-vordering is geen faillissementsvordering

Welke rechter is bevoegd kennis te nemen van een Peeters/Gatzen-vordering van de curator? Om deze vraag te kunnen beantwoorden, moet eerst de voorvraag worden beantwoord: “Aan de hand van welke internationale regeling moet de Nederlandse rechter toetsen of hij bevoegd is?”.

Het is vaste rechtspraak¹ dat een vordering die (i) rechtstreeks uit het faillissement voortvloeit en (ii) nauw samenhangt met de insolventieprocedure buiten de materiële werkingssfeer van Brussel I² valt en daarmee binnen de materiële werkingssfeer van de Insolventieverordening (IVO)³. De Peeters/Gatzen-vordering is

1 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 12 februari 2009, C-339/07, ECLI:EU:C:2009:83 (*Deko Marty*).

2 Verordening (EG), nr. 44/2001 van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (Brussel I). Dit betreft de voorloper van Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (Brussel I herschikking). Brussel I (herschikking) is op 10 januari 2015 in werking getreden.

veelvuldig als *insolventierechtelijk* gekwalificeerd. Een dergelijke kwalificatie leidt tot toepasselijkheid van de IVO. In de literatuur zijn echter ook enkele kritische kanttekeningen geplaatst bij een dergelijke kwalificatie en is juist betoogd dat de Peeters/Gatzen-vordering binnen de reikwijdte van Brussel I valt.⁴

Het Hof van Justitie heeft in de onderhavige zaak uitsluitend gegeven en overtuigend geoordeeld dat de Peeters/Gatzen-vordering niet aan de hiervoor genoemde cumulatieve toets voldoet. De Peeters/Gatzen-vordering is een vordering uit onrechtmatige daad. De vordering is gegrond op de gemene regels van het burgerlijk recht en het handelsrecht. Dat een curator – op grond van het Nederlandse insolventierecht – de bevoegdheid heeft om een Peeters/Gatzen-vordering in te stellen, maakt niet dat daarmee de rechtsgrondslag van de vordering verandert. Dat de opbrengst van de vordering ten goede komt aan de boedel, verandert evenmin de rechtsgrondslag van de vordering. Dezelfde vordering uit onrechtmatige daad – een vordering met dezelfde juridische grondslag, gebaseerd op dezelfde onrechtmatige gedraging, maar uiteraard niet in alle opzichten identiek – kan lopende de insolventieprocedure bovendien door een individuele schuldeiser worden ingesteld. De Peeters/Gatzen-vordering kan daarom niet worden beschouwd als een rechtstreeks en onlosmakelijk gevolg van de insolventieprocedure. De Nederlandse rechter zal aan de hand van Brussel I moeten toetsen of hij bevoegd is kennis te nemen van een grensoverschrijdende Peeters/Gatzen-vordering.

Casus

De casus betreft een door de Rechtbank Maastricht failliet verklaarde gerechtsdeurwaarder-bv en de in privé failliet verklaarde deurwaarder. De deurwaarder had in 2002 ten behoeve van zijn deurwaarderspraktijk een zichtrekening (betaalrekening) bij Fortis in België. In 2006 heeft de deurwaarder, bij de oprichting van de bv, het vermogen van de deurwaarderspraktijk – waaronder de betaalrekening bij Fortis – ingebracht in de bv. De bv had daarnaast een kwaliteitsrekening bij de Rabobank. Eind september 2008 heeft de deurwaarder in een periode van één week € 550.000,= van de kwaliteitsrekening bij Rabobank overgeboekt naar de betaalrekening bij Fortis. Begin oktober 2008 is dit bedrag in contanten in België opgenomen. De deurwaarder is hiervoor veroordeeld en uit zijn ambt gezet. Op 23 juni 2009 is de bv failliet verklaard en op 2 maart 2010 is de deurwaarder persoonlijk failliet verklaard.

De curator stelt een Peeters/Gatzen-vordering in tegen Fortis en vordert betaling van het bedrag van € 550.000,=. De curator heeft aan die vordering ten grondslag gelegd dat Fortis onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers van de bv en de deurwaarder door zonder slag of stoot, en zonder te voldoen aan haar wettelijke verplichtingen, mee te werken aan de opnamen in contanten door de deurwaarder. Hierdoor hebben de schuldeisers in beide faillissementen schade geleden.

De Rechtbank Maastricht achtte zich bevoegd om van de vordering van de curator kennis te nemen. Het Hof 's-Hertogenbosch heeft het vonnis in het bevoegdheidsincident bekrachtigd bij tussenarrest van 4 juni 2013. Het hof stelde vast dat de door de curator ingestelde vordering zijn grondslag vindt

in de faillissementen van de deurwaarder en de bv en daarmee onder de werkingssfeer van de IVO valt. In hoger beroep heeft het hof bij tussenarrest van 16 februari 2016 overwogen dat nu er in het eerdere tussenarrest al is geoordeeld over de rechtsmacht van de Nederlandse rechter, dit niet nogmaals kan. Tegelijkertijd heeft het hof aangegeven dat recente jurisprudentie van het Hof van Justitie⁵ zodanig steun geeft voor het standpunt van Fortis dat de beslissing over de bevoegdheid van de Nederlandse rechter onjuist was, dat tussentijds cassatieberoep is opengesteld. Zowel de curator als de bank hebben cassatieberoep ingesteld.

In cassatie komt aan de orde of sprake is van een Peeters/Gatzen-vordering, of de Nederlandse rechter bevoegd is en welk recht op de vordering van toepassing is. Over de vraag of de internationale bevoegdheid van de rechter om kennis te nemen van een Peeters/Gatzen-vordering moet worden beoordeeld aan de hand van Brussel I of aan de IVO, bestaat volgens de Hoge Raad redelijke twijfel. De Hoge Raad stelt onder meer daarover een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie. De onderhavige zaak behelst de beantwoording van die prejudiciële vraag. Alvorens in te gaan op het oordeel van het Hof van Justitie, zal ik hierna eerst kort de Peeters/Gatzen-vordering bespreken.

Peeters/Gatzen-vordering

Het is vaste rechtspraak dat een curator bevoegd is voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers op te komen door het instellen van een vordering tot schadevergoeding op grond van een door een derde jegens de gezamenlijke schuldeisers gepleegde onrechtmatige daad.⁶ Deze bevoegdheid ontleent de curator aan de hem in art. 68 lid 1 Faillissementswet gegeven opdracht tot het beheer en vereffening van de failliete boedel. De curator is slechts ontvankelijk indien hij zijn vordering instelt ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.⁷ Als de vordering wordt toegewezen, komt de opbrengst ervan ten goede aan de gezamenlijke schuldeisers. De opbrengst valt in de boedel. Het bestaan van de bevoegdheid van de curator om een Peeters/Gatzen-vordering in te stellen, laat onverlet dat individuele schuldeisers ook zelf de aan hen toekomende vordering uit hoofde van onrechtmatige daad kunnen instellen. Het belang van een behoorlijke afwikkeling van het faillissement kan echter wel meebrengen dat indien de curator, op grond van hetzelfde feitencomplex, een Peeters/Gatzen-vordering geldend maakt jegens de derde, eerst op deze vordering en vervolgens op die van de individuele schuldeiser wordt beslist.⁸

Bij de beoordeling van de door de curator ingestelde Peeters/Gatzen-vordering is geen plaats voor een onderzoek naar de individuele positie van alle betrokken schuldeisers. Het gaat om het verhaal van door de schuldeisers gezamenlijk geleden schade. Het collectieve belang dat is betrokken bij de bevoegdheid van de curator om op te treden tegen bij benadeling van de gezamenlijke schuldeisers betrokken derden, wettigt te aanvaarden dat de derde tegenover de curator geen gebruik kan maken van alle verweren die hem wellicht tegenover bepaalde individuele schuldeisers ten dienste zouden hebben gestaan.⁹

3 Verordening (EG) nr. 1346/2000 van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures. Deze verordening is slechts van toepassing op faillissementen uitgesproken vóór de inwerkingtreding van de nieuwe insolventieverordening, Verordening (EU) nr. 2015/848 van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (herschikking).

4 Vergelijk D. Beunk, *GS Faillissementswet*, art. 6 Insolventieverordening (herschikking), aant. 3 en de aldaar geciteerde literatuur en rechtspraak.

5 Vergelijk HvJ EU 4 september 2014, C-157/13, ECLI:EU:C:2014:2145 (*Nickel & Goeldner/Kintra*) en HvJ EU 11 juni 2015, C-649/13, ECLI:EU:C:2015:384 (*Nortel Networks/Rogean*).

6 Vergelijk HR 14 januari 1983, NJ 1983/597 (*Peeters/Gatzen*).

7 Vergelijk HR 16 september 2005, NJ 2006/311 (*De Bont/Bannenberg q.q.*).

8 Vergelijk HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD2684, NJ 2005/95, (*Lunderstädt/De Kok*).

9 Vergelijk HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1590, NJ 1996/628 (*THB*).

Afbakening Brussel I en de IVO

Het Hof van Justitie gaat allereerst in op de verhouding tussen Brussel I en de IVO en herhaalt in dat kader zijn vaste jurisprudentie. Tussen de beide verordeningen mag geen overlap en geen rechtsvacuüm ontstaan.¹⁰ Dat betekent dat vorderingen die zijn uitgesloten van de werkingssfeer van Brussel I, voor zover zij betrekking hebben op het 'faillissement, akkoorden andere soortgelijke procedures'¹¹ binnen de werkingssfeer van de IVO vallen. Omgekeerd vallen vorderingen die niet onder art. 3 lid 1 IVO vallen binnen de werkingssfeer van Brussel I. De intensiteit van de band tussen de vordering in rechte en de insolventieprocedure is bepalend voor de beslissing of de uitsluiting in Brussel I moet worden toegepast.¹² Het Hof van Justitie benadrukt dat bij de afbakening tussen deze internationale regelingen geldt dat de werkingssfeer van de IVO beperkt moet worden uitgelegd, terwijl de werkingssfeer van Brussel I ruim dient worden uitgelegd. Enkel vorderingen die (i) rechtstreeks voortvloeien uit een insolventieprocedure en (ii) daarmee nauw verband houden, vallen buiten de werkingssfeer van Brussel I.¹³ Omgekeerd vallen vorderingen met die kenmerken binnen de werkingssfeer van de IVO.¹⁴ Onder verwijzing naar *Nickel & Goeldner*¹⁵, *Tünkers*¹⁶ en *Valach*¹⁷ herhaalt het Hof van Justitie dat het doorslaggevende criterium om vast te stellen onder welke regeling de vordering valt, niet de procedurele context van die vordering is, maar de rechtsgrondslag ervan. Volgens deze benadering moet worden nagegaan of het recht of de verbintenis waarop de vordering is gebaseerd, voortvloeit uit gemene regels van het burgerlijke recht en het handelsrecht, dan wel uit specifieke, afwijkende regels voor insolventieprocedures. Het Hof van Justitie benadrukt daarbij dat het feit dat een vordering na opening van een insolventieprocedure wordt ingesteld door de curator en dat de curator in het belang van de crediteuren handelt, in wezen niets veranderd aan de aard van de vordering die losstaat van de insolventie en ten gronde onderworpen blijft aan regels van gemeen recht.

Toepassing van de cumulatieve toets

Het Hof van Justitie gaat vervolgens specifiek in op de Peeters/Gatzen-vordering en overweegt dat alle door de Hoge Raad naar voren gebrachte kenmerken van de Peeters/Gatzen-vordering deel uitmaken van de procedurele context van de vordering. Indien een dergelijke vordering wordt ingesteld tijdens de insolventieprocedure is het immers de curator die, in het kader van zijn opdracht om de boedel te beheren en te vereffenen, deze vordering instelt in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. De opbrengst ervan komt dientengevolge ten goede aan de boedel.

Het Hof van Justitie zoomt vervolgens in op de rechtsgrondslag van de vordering: de onrechtmatige daad. Het doel van de vordering is uiteindelijk dat Fortis (de derde) wordt veroordeeld wegens haar eigen onrechtmatige gedraging bestaande uit een

vermeende niet-nakoming van haar toezichtverplichtingen, die haar ertoe hadden moeten brengen de contante opnamen van de deurwaarder te weigeren. Een dergelijke vordering is gegrond op gemene regels van burgerlijk recht en handelsrecht en niet op daarvan afwijkende, specifieke regels voor de insolventieprocedure. Het Hof van Justitie lijkt daarbij doorslaggevend gewicht toe te kennen aan het feit dat: – een dergelijke vordering ook door individuele schuldeisers kan worden ingesteld en dus niet de uitsluitende bevoegdheid van de curator betreft; en – losstaat van de inleiding van een insolventieprocedure en dus hetzij voor, tijdens of na de insolventieprocedure kan worden ingesteld.

De – mijns inziens terechte – slotsom is dat de Peeters/Gatzen-vordering niet kan worden beschouwd als een rechtstreeks en onlosmakelijk gevolg van een insolventieprocedure. Een ander oordeel zou bovendien tot de onwenselijke situatie kunnen leiden dat dezelfde vordering uit onrechtmatige daad – een vordering met dezelfde juridische grondslag, gebaseerd op dezelfde onrechtmatige gedraging, maar uiteraard niet in alle opzichten identiek – ingesteld door een individuele schuldeiser aan een ander recht onderworpen zou kunnen zijn. De onrechtmatigedaadvordering ingesteld door de curator zou ingeval de IVO van toepassing is, op grond van de IVO namelijk worden beheerst door de *lex concursus*, en de onrechtmatigedaadvordering ingesteld door een individuele schuldeiser, op grond van Rome II door de *lex loci damni*. Overigens zou in geval als in casu, waar de onrechtmatige handeling heeft plaatsgevonden vóór de inwerkingtreding van Rome II op 11 januari 2009, de onrechtmatigedaadvordering worden beheerst door de *lex loci delicti* op grond van de WCOD.¹⁸

339

A.J. Kok

Trip advocaten & notarissen

10 Zie bijvoorbeeld HvJ EU, 14 november 2018, C-296/17, ECLI:EU:C:2018:902 (*Wiemer & Trachte/Tadzher*).

11 Vergelijk art. 1 lid 2 onder b) Brussel I.

12 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 9 november 2017, C-641/16, EU:C:2017:847 (*Tünkers*), punt 28 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

13 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 22 februari 1979, C 133/78, EU:C:1979:49 (*Gourdain*) en HvJ EU 19 april 2012, C-213/10, EU:C:2012:215 (*F-TeX*).

14 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 9 november 2017, C-641/16, EU:C:2017:847 (*Tünkers*).

15 HvJ EU 4 september 2014, C-157/13, ECLI:EU:C:2014:2145 (*Nickel & Goeldner/Kintra*).

16 HvJ EU 9 november 2017, C-641/16, EU:C:2017:847 (*Tünkers*).

17 HvJ EU 20 december 2017, C-649/16, ECLI:EU:C:2017:986 (*Valach*).

18 Vergelijk A.J. Kok & T. Thuijs, 'Stappenplan: welke regeling wijst het toepasselijke recht aan?', *TOP* 2015/204.