

De kwalificatie van de Peeters/Gatzen-vordering in het internationaal privaatrecht:
Een kritische blik op de beoordeling door het Hof van Justitie van de Europese Unie inzake
NK/Fortis.

*Is het oordeel van het Hof van Justitie van de Europese Unie in NK/Fortis inzake de
kwalificatie van de Peeters/Gatzen-vordering wenselijk?*

Auteur: X

Scriptiebegeleider: Y

Master scriptie: Master Vrij Profiel

Datum: 13 juli 2019

Studentennummer: I6117884

Rechtsveld: insolventierecht, internationaal privaatrecht

Aantal woorden: 11.007

Inhoudsopgave

1.	<i>Inleiding</i>	3
2.	<i>Aard en kenmerken van de Peeters/Gatzen-vordering</i>	6
2.1.	Vordering uit hoofde van onrechtmatige daad	7
2.2.	De (exclusieve) bevoegdheid van de curator	8
2.3.	De opbrengsten	9
2.4.	Generieke schuldeisersbenadeling	10
2.5.	Samenloop met de actio pauliana.....	10
2.6.	PGV in <i>Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis?</i>	11
3.	<i>Overwegingen van de rechtspraak</i>	13
3.1.	Verhouding werkingssfeer Insolventieverordening en de Brussel I-verordening	13
3.2.	Beoordeling in diverse instanties	14
3.3.	Observaties beoordelende instanties	20
4.	<i>Aantekeningen uit de literatuur</i>	24
4.1.	Argumenten pro Insolventieverordening	24
4.2.	Argumenten contra Insolventieverordening.....	26
5.	<i>Slot</i>	30
6.	<i>Literatuurlijst</i>	34

1. Inleiding

Vallen we anno 2019 in een “insolventie-zwart-gat”? De kwalificatie van de Peeters/Gatzen-vordering (hierna: “de PGV”) is sinds 1983 in zowel de literatuur als de rechtspraak onduidelijk. Moet de PGV in het internationaal privaatrecht gelijk de actio pauliana worden behandeld of zijn er genoeg verschillende kenmerken? Komt de rechtspraak terecht in een cirkelredenering waardoor de Insolventieverordening altijd van toepassing is? Komt er ooit duidelijkheid met betrekking tot de kwalificatie van de PGV in het internationaal privaatrecht?

Op 6 februari 2019 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: “het HvJ EU”) in *NK/Fortis* de prejudiciële vragen van de Hoge Raad d.d. 8 september 2017 beantwoord. De eerste prejudiciële vraag luidt als volgt: “*Valt een vordering tot schadevergoeding die de curator uit hoofde van hem in art. 68 lid 1, van de Faillissementswet gegeven opdracht tot beheer en vereffening van de failliete boedel namens de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde en waarvan, bij het slagen van die vordering, de opbrengst ten goede komt aan de boedel, onder de uitzondering van art. 1, lid 2, aanhef en onder b, van verordening nr. 44/2001?*” De tweede en derde vraag zijn door het Hof niet beantwoord.¹ In deze scriptie wordt kort aangehaald welke gevolgen de beoordeling van het HvJ EU meebrengt voor het toepasselijke recht.

De Hoge Raad oordeelde dat de PGV niet valt onder de Insolventieverordening nr. 1346/2000 (hierna: “IVO”), maar onder de verordening nr. 44/2001 (hierna: “Brussel I-verordening”). De PGV is een door de rechtspraak ontwikkelde vordering, welke voor het eerst in 1983 door de Hoge Raad werd erkend.² De PGV blijkt in de praktijk een complex rechtsfiguur te zijn, waarvan tot heden de positie in het internationaal privaatrecht onduidelijk

¹ Deze vragen zijn beantwoord door AG M. Bobek in HvJ EU, 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96, overweging 85 - 104. De tweede en derde vraag luiden als volgt: ‘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 art. 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 art. 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 art. 17 van verordening [nr. 864/2007], mede in verbinding met art. 13 van verordening [nr. 1346/2000], dat wil zeggen met de ter plaatse van de beweerdte onrechtmatige daad geldende veiligheidsvoorschriften en gedragsregels, zoals financiële gedragsregels voor banken?’

² Hoge Raad, 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4521, *NJ* 1983/597.

is.³ De PGV is gedefinieerd als een vordering tot schadevergoeding, ingesteld door de curator, uit hoofde van onrechtmatige daad jegens een derde welke bij behandeling van de gezamenlijke schuldeisers betrokken was, ook al kwam een dergelijke vordering niet aan de gefailleerde zelf toe.⁴

In deze scriptie wordt kritisch ingegaan op de eerste vraag gesteld door de Hoge Raad aan het HvJ EU ter beoordeling van de beantwoording hiervan. De onderzoeksvraag die centraal zal staan in deze scriptie luidt als volgt: “*Is het oordeel door het Hof van Justitie van de Europese Unie in NK/Fortis inzake de Peeters/Gatzen-vordering wenselijk?*” Hierbij zal worden onderzocht of de gevolgen van de beoordeling in *NK/Fortis* wenselijk zijn. Ter beantwoording van de onderzoeksvraag zal aandacht worden gegeven aan de kwalificatie van de PGV in de Nederlandse rechtsorde en zal aan de hand van verschillende vragen worden overwogen of het resultaat van het *NK/Fortis* wenselijk is. Is het oordeel in lijn met rechtspraak met betrekking tot de *actio pauliana*? Worden crediteuren benadeeld vanwege mogelijk hogere procedurele kosten? Biedt het oordeel (voldoende) duidelijkheid voor de verweerder en/of een derde-belanghebbende welke optreden in de insolventieprocedure? Biedt het oordeel (voldoende) rechtszekerheid?⁵ Ter beoordeling van de (mogelijke) gevolgen van het oordeel *NK/Fortis* en de beantwoording van de voorheen vermelde vragen zal een analytische methode gehanteerd worden, waarbij zowel de literatuur wordt geanalyseerd, welke betrekking heeft tot het insolventierecht en internationaal privaatrecht, als de rechtspraak van het HvJ EU en de Nederlandse rechtspraak. De mogelijke gevolgen met betrekking tot de PGV, indien deze door de IVO wordt beheld, zijn op het eerste zicht wenselijk, aangezien dit *Gleichlauf* met het toepasselijke recht met zich meebrengt en de PGV, met betrekking in het internationaal privaatrecht, gelijk wordt behandeld als de *actio pauliana*. De analyse zal uiteindelijk als resultaat weergeven dat de beoordeling van het HvJ EU wenselijk is in bepaalde opzichten zoals rechtszekerheid. Bovendien vereenvoudigt het oordeel het nemen van toekomstige oordelen omtrent de PGV.

Ter verduidelijking van de probleemstelling met betrekking tot de prejudiciële vraag zal het *Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis* arrest kort worden toegelicht alvorens de onderzoeksvraag van deze scriptie wordt onderzocht. De discussie in het onderhavige arrest betreft de rechtsmacht van de Nederlandse rechter om kennis te nemen van de PGV. De vordering in het

³ I. Spinath, *TOP* 2016/280, p. 2.

⁴ Hoge Raad, 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4521, *NJ* 1983/597.

⁵ Bij het onderzoek wordt rekening gehouden met de beantwoording met betrekking tot deze vragen. Deze vragen worden niet specifiek genoemd in de analyse.

onderhavige arrest is ingesteld tegen een financiële instelling, Fortis, die is gevestigd in België. De vraag rijst of de Nederlandse rechter bevoegd is om hier kennis van te nemen en welk recht van toepassing zal zijn. Hiervoor moet eerst nader worden onderzocht welke verordening van toepassing is op de onderhavige casus, de Insolventieverordening of de Brussel I-verordening?

De feiten van het onderhavige arrest luiden als volgt: PI was een gerechtsdeurwaarder van 2002 tot 2008. Hij heeft ten behoeve van zijn praktijk in België bij BNP Paribas Fortis een zichtrekening aangehouden. Op deze rekening moesten cliënten hun verschuldigde gelden storten. Bovendien hield PI een kwaliteitsrekening bij een andere bank, in Nederland. PI BV, een vennootschap naar Nederlands recht legde zich toe op de uitoefening in de praktijk en heeft het vermogen, inclusief de zichtrekening bij Fortis, ingebracht. In 2009 werd PI BV failliet verklaard en in 2010 is PI tevens persoonlijk failliet verklaard. In het kader van de insolventieprocedure heeft de curator Mr. Rosbeek een PGV ingesteld tegen BNP Paribas Fortis tot betaling van EUR 550.000, -. PI heeft in 2008 een bedrag van EUR 550.000, - van de kwaliteitsrekening overgeboekt naar de zichtrekening bij BNP Paribas Fortis en heeft hetzelfde bedrag enkele weken later in contanten opgenomen. Hij is hiertoe veroordeeld tot een gevangenisstraf. De curator heeft EUR 550.000, - van BNP Paribas Fortis gevorderd. Hij heeft op grond van deze PGV gesteld dat BNP Paribas Fortis onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers van PI BV door zonder slag of stoot en zonder te voldoen aan de wettelijke verplichtingen, mee te werken aan het opnemen in contanten door PI, waardoor de schuldeisers in beide faillissementen zijn benadeeld.

Om tot een conclusie te komen of het resultaat van het oordeel van de HvJ EU wenselijk is, zal in hoofdstuk 2 eerst een nadere toelichting worden gegeven met betrekking tot de aard en kenmerken van de PGV. Hierbij zal een vergelijking worden gemaakt tussen de PGV en de actio pauliana ex art. 42 Fw, daar reeds beoordeeld is in welke verordening deze vordering valt en om welke reden(en).⁶ Later in de scriptie zal onderzocht worden om welke reden de beoordeling van het HvJ EU met betrekking tot de PGV verschilt met de beoordeling met betrekking tot de actio pauliana. Hierbij zal ook de vraag worden gesteld of deze beoordeling leidt tot een argument tegen de wenselijkheid van het oordeel in *NK/Fortis*.

Vervolgens zal in hoofdstuk 3 worden toegelicht welke criteria worden gehanteerd in de rechtspraak om tot een antwoord te komen van de vraag of een vordering binnen de IVO of de Brussel I-verordening valt. Hierbij zal het “dubbel criterium”: “vorderingen uit een

⁶ HvJ EG 12 februari 2009, *JOR* 2011/340, C-339/07 (*Seagon q.q./Deko Marty*).

insolventieprocedure voortvloeien en daarmee nauw samenhangen” uitgebreid worden besproken aangezien dit de basis vormt voor het oordeel van het HvJ EU. Aansluitend wordt er een analyse gemaakt van de oordelen in de lagere instanties inzake *Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis*, inclusief een oordeel van 23 januari 2018, welke in afwachting van de beantwoording van de prejudiciële vraag geschiedde.

In hoofdstuk 4 zal worden onderzocht welke standpunten, met betrekking tot de kwalificatie van de PGV, in de literatuur worden ingenomen. Aansluitend zal worden onderzocht welke gevolgen de kwalificatie van de PGV heeft op het internationaal privaatrecht. Hieruit zal een conclusie worden gemaakt omtrent het standpunt in de literatuur met betrekking tot oordeel dat de PGV moet worden beheld door de Brussel I-verordening zoals beoordeeld door *NK/Fortis*.

Tot slot aan de hand van verschillende overwegingen in de literatuur en in de rechtspraak een samenvatting worden gemaakt met hetgeen in mijn visie de belangrijkste aandachtspunten uiteenzet. Daarenboven zal een conclusie worden gemaakt met betrekking tot de vraag of het oordeel van *NK/Fortis* al dan niet wenselijk is.

2. Aard en kenmerken van de Peeters/Gatzen-vordering

In dit hoofdstuk zal nader worden ingegaan op de aard en kenmerken van de PGV, de huidige stand van zaken omtrent de PGV zal worden voorgesteld ter verduidelijking van de nader toe te lichten materiële en procedurele context van de PGV. Het hoofdstuk is onderverdeeld in de kenmerken welke in het HvJ EU in *NK/ Fortis* van belang werden geacht om tot een oordeel te komen. De vraag of de PGV op zichzelf daadwerkelijk een praktisch instrument is, zal niet in deze scriptie worden besproken, aangezien dit onderwerp te omvangrijk is voor deze scriptie.⁷ Ter verduidelijking van de toelichting omtrent de aard en kenmerken van de PGV zullen de feiten en omstandigheden welke zich voordeden in het *Peeters/Gatzen* arrest nader worden toegelicht. Vervolgens zullen de kenmerken worden toegepast op de feiten en omstandigheden welke zich voordeden in het *Rosbeek q.q./BNP Paribas*. Het daaropvolgend arrest van het HvJ EU inzake *NK/ Fortis* toont aan dat de kwalificatie van de PGV van belang is voor de invulling van het dubbele criterium, namelijk of de vordering rechtstreeks uit een insolventieprocedure voortvloeit en daarmee nauw samenhangt.⁸ In hoofdstuk 3 van deze scriptie zal nader worden toegelicht wat de omvang is van het dubbel criterium en welke concrete invulling het HvJ EU hieraan heeft gegeven.

⁷ HvJ EG 12 februari 2009, *JOR* 2011/340, C-339/07 (*Seagon q.q./Deko Marty*).

⁸ HvJ EU 22 februari 1979, C-133/78, EU:C:1979:49, r.o. 4 (*Gourdain/Nadler*).

2.1. Vordering uit hoofde van onrechtmatige daad

De kern van het *Peeters/Gatzen* arrest is gelegen in het feit dat de curator een onrechtmatige daad instelt jegens een derde welke een onrechtmatige daad heeft gepleegd jegens de gezamenlijke schuldeisers. Het is irrelevant of de derde een onrechtmatige daad heeft gepleegd jegens de gefailleerde. Dit maakt duidelijk dat de aard van de PGV een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad is met als rechtsgrondslag art. 6:162 BW.

Mevr. Gatzen, de echtgenote van dhr. Van Rooy, de gefailleerde heeft een onrechtmatige daad gepleegd jegens de crediteuren van dhr. Van Rooy. De echtelijke woning werd vóór faillietverklaring verkocht en geleverd voor een te lage prijs, aan Seco-Vastgoed Maatschappij BV, welke de woning heeft doorverkocht aan mevr. Gatzen.⁹ De verkoop geschiedde niet rechtstreeks. Bijgevolg was de actio pauliana ex art. 42 Fw niet van toepassing. Derhalve heeft de curator een beroep gedaan op schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad ex art. 1401 BW (*thans: art. 6:162 BW*). De Hoge Raad achtte de gedachtegang van het hof, waarbij de curator alleen een vordering tegen Gatzen kon instellen indien de vordering op het moment van faillietverklaring tot het vermogen van de gefailleerde zou toebehoren, hetgeen als gevolg zou hebben dat dhr. Van Rooy een vordering op Gatzen had, onjuist. Dit was in casu niet het geval. De vordering behoorde toe aan de gezamenlijke schuldeisers. De Hoge Raad daarentegen overwoog dat de curator voor de gezamenlijke belangen van de schuldeisers dient op te komen in geval van benadeling door de gefailleerde.¹⁰ De curator heeft niet uitsluitend de taak tot het beheer van het vermogen van de gefailleerde. Hij behartigt ook de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Hiervoor zijn hem eigen bevoegdheden toegekend teneinde nietigheid in te roepen van bepaalde rechtshandelingen. In casu werd niet nietigheid ingeroepen ex art. 42 Fw, maar een beroep gedaan op onrechtmatige daad jegens de echtgenote. In beide gevallen is de curator een belangenbehartiger van de gezamenlijke schuldeisers.¹¹ Derhalve is de curator bevoegd tot het instellen van een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad jegens een derde die bij de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers betrokken was, ook al kwam een dergelijke vordering niet toe aan de gefailleerde zelf, omdat de gefailleerde zelf bij de verhaalsbenadeling betrokken was.

Mijns inziens is het belangrijkste uit de overwegingen van de Hoge Raad het feit dat de curator ‘een eigen bevoegdheid’ heeft teneinde zijn taak als curator uit te kunnen voeren.

⁹ HR 14 januari 1983, NJ 1983/597, r.o. 3.2. (*Peeters q.q. /Gatzen*).

¹⁰ HR 14 januari 1983, NJ 1983/597, r.o. 3.3. (*Peeters q.q. /Gatzen*).

¹¹ Conclusie A-G Biegman-Hartogh bij Hoge Raad 14 januari 1983, NJ 1983/597 (*Peeters q.q. /Gatzen*).

Hierbij wordt niet enkel van belang geacht de wettelijke taak ‘beheer en vereffening van de boedel’, maar ook de daarbij komende omstandigheid dat hij teneinde het uitvoeren van zijn taak de belangen van de gezamenlijke schuldeisers in acht moet houden. In een reeks van arresten heeft de Hoge Raad de omstandigheden waarin een PGV mag worden ingesteld nader toegelicht en vormgegeven.¹² Deze omstandigheden zullen hieronder nader worden besproken als “kenmerken van de PGV”.

2.2. De (exclusieve) bevoegdheid van de curator

De curator ontleend de bevoegdheid tot het instellen van een PGV aan de uitoefening van zijn taak omschreven in art. 68 Fw, namelijk beheer en vereffening van de boedel. Hierbij handelt hij in belang van de gezamenlijke schuldeisers en vordert schadevergoeding *ten behoeve* van de gezamenlijke schuldeisers.¹³ De curator vordert niet *namens* de gezamenlijke schuldeisers. Derhalve is het ook onmogelijk voor de curator om de PGV over te dragen aan een individuele schuldeiser.¹⁴

In het arrest *Lunderstädt/ De Kok* overwoog de Hoge Raad dat de bevoegdheid om op te treden voor de benadeelde schuldeisers niet exclusief tot de bevoegdheden van de curator behoort.¹⁵ De *individuele* schuldeisers kunnen vóór en tijdens faillissement ook een vordering tot schadevergoeding instellen, op grond van onrechtmatige daad, ter herstel van hun verhaalsmogelijkheden.¹⁶ De PGV behoort op zichzelf toe aan de *gezamenlijke* schuldeisers, aangezien deze wordt ingesteld ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.¹⁷ Derhalve kan iedere schuldeiser op zichzelf of naast de curator ook een PGV instellen. Van een exclusieve bevoegdheid van de curator is geen sprake, aangezien hier geen wettelijke grondslag voor bestaat, welke expliciet exclusieve bevoegdheid geeft zoals bijvoorbeeld wel het geval is bij de *actio pauliana* ex art. 42 Fw.¹⁸ Bij samenloop zal eerst de vordering van de curator worden

¹² HR 8 november 1991, NJ 1992/174 (*Nimox/Van den End q.q.*); HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2277, NJ 1996/627 (*Notaris/ curatoren THB I*); HR 21 december 2001, NJ 2005/95 (*Lunderstädt/ De Kok*); HR 21 december 2001, NJ 2005/96 (*Sobi/Hurks*); HR 16 september 2005, NJ 2006/311 (*De Bont/Bannenberg q.q.*); HR 24 april 2009, LJV BF3917 (*Dekker q.q./ Lutèce*).

¹³ HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF3917, NJ 2009/416, r.o. 3.4.4.2. (*Dekker/ Lutèce*); M.J.M. Franken, *Tvl* 2018/16, p. 2.

¹⁴ HR 21 december 2001, NJ 2005/95, *JOR* 2002/37 r.o. 3.4.4. en 3.4.5. (*Lunderstädt/ De Kok*).

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Hoge Raad, 21 december 2001, NJ 2005/95, *JOR* 2002/37 r.o. 3.4.4. en 3.4.5. (*Lunderstädt/ De Kok*); HR 21 december 2001, NJ 2005/96, *m.nt. Kortmann*, *JOR* 2002/38, *m.nt. Faber en Bartmann*, (*Sobi/Hurks*).

¹⁷ HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4521, NJ 1983/597; HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1590, NJ 1996/628; 21 december 2001, HR ECLI:NL:HR:2001:AD2684, NJ 2005/95; HR 16 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7797, NJ 2006/311 *m.nt. P. van Schilfgaarde* (*De Bont/Bannenberg q.q.*); HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF3917, NJ 2009/416, r.o. 3.4.4.2. (*Dekker/ Lutèce*).

¹⁸ S.C.M. Van Thiel, *V&O*, 2006, p. 220.

overwogen en vervolgens de vordering van de individuele schuldeiser.¹⁹ In de literatuur is er geen eenduidig standpunt te vinden met betrekking tot de exclusieve bevoegdheid van de curator om een PGV in te stellen.²⁰ *Franken* pleit dat er geen reden is om de PGV anders te behandelen dan andere reconstructievorderingen, waarbij geldt dat de curator wel exclusiviteit toekomt.²¹ Ook *Verstijlen* is van mening dat de PGV tot de exclusieve bevoegdheid van de curator moet behoren aangezien het instellen van een PGV door een individuele schuldeiser het *paritas creditorum* verbreekt.²²

In het *NK/Fortis* arrest speelt de exclusieve bevoegdheid van de curator een grote rol om tot een oordeel te komen tot welke verordening de PGV toebehoort.²³ Indien de HvJ EU het standpunt van de literatuur had gevolgd, in plaats van de overwegingen van de Hoge Raad, in *Lunderstädt/De Kok* en *Sobi/Hurks*, zou er een (mogelijk) ander oordeel hebben plaatsgevonden. In hoofdstuk 4 van deze scriptie zal nader worden ingegaan op de verschillende standpunten uit de literatuur omtrent de exclusieve bevoegdheid van de curator en het gevolg hiervan op het internationaal privaatrecht.

2.3. De opbrengsten

Indien de vordering tot schadevergoeding wordt toegewezen, zal de opbrengst hieruit aan de uitdelingslijst worden toegevoegd en naargelang de reguliere regels van het faillissementsrecht worden verdeeld via de boedel.²⁴ De curator heeft enkel de bevoegdheid tot inning van deze vordering ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.²⁵ De vordering zelf valt niet in de boedel, omdat de vordering niet toebehoort tot het vermogen van de gefailleerde. Daarentegen vallen de opbrengsten van de vordering wel in de boedel, in de vorm van een toename van de in de uitdelingslijst te verdelen boedelactief, teneinde herstel van de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers.²⁶ De schuldeisers hebben zelf ook de mogelijkheid om de vordering te incasseren, maar omwille van efficiëntie zal dit vaak via de curator geschieden.²⁷

¹⁹ HR 21 december 2001, *NJ* 2005/95, *JOR* 2002/37 r.o. 3.4.4.-3.4.5. (*Lunderstädt/ De Kok*).

²⁰ F.M.J. Verstijlen, *WPNR* (2002) 6502, p. 617-626; S.C.M. Van Thiel, *V&O*, 2006, p. 220; M.J.M. Franken, *TvI* 2018/16, p. 6; Verstijlen en Vriesendorp, *AA* 2002, p. 819-824; I. Spinath, *TOP* 2016/280; P.J. Hooghoudt & D.C. van Sisseren-Roesingh, *MvV* 2018/02.

²¹ M.J.M. Franken, *TvI* 2018/16, p. 6.

²² F.M.J. Verstijlen, *WPNR* (2002) 6502.

²³ HvJ EU 6 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:96, r.o. 29,36. (*NK/Fortis*).

²⁴ HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF3917, *NJ* 2009/416, r.o. 3.4.4.2. (*Dekker/ Lutèce*); artt. 173 - 194 Fw.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4521, *NJ* 1983/597 (*Peeters q.q./ Gatzen*); HR 16 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7797, *NJ* 2006/311 m.nt. P. van Schilfgaarde (*De Bont/Bannenberg q.q.*).

²⁷ HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 95, *JOR* 2002/37 r.o. 3.4.4. en 3.4.5. (*Lunderstädt/ De Kok*).

2.4. Generieke schuldeisersbenadeling

Het concept van generieke schuldeisersbenadeling staat mede centraal in het *NK/ Fortis* arrest, vermits de schuldeisersbenadeling ten grondslag ligt aan de mogelijkheid tot het instellen van een PGV. De bevoegdheid van de curator tot het instellen van een PGV is op zijn beurt bepalend voor de vraag door welke verordening de PGV wordt beheld. Volgens de Hoge Raad in het arrest *Butterman q.q./ Rabobank* is het feit dat de opbrengsten aan schuldeisers toekomen niet zozeer van belang als het feit dat de gezamenlijke schuldeisers schade hebben geleden.²⁸ In de literatuur wordt hiernaar verwezen als ‘generieke schuldeisers benadeling’.²⁹ Doorslaggevend is dat de gezamenlijke schuldeisers worden benadeeld en niet slechts een bepaalde groep schuldeisers. Een vordering welke is ingesteld uit hoofde van onrechtmatige daad, welke is gepleegd jegens een bepaalde groep schuldeisers, waarvan de opbrengst door de curator niet in het boedelactief zal worden toegevoegd, kan niet als PGV worden gekwalificeerd.³⁰ Het gevolg dat de opbrengst via het boedelactief verdeeld zal worden is irrelevant indien enkel een bepaalde groep schuldeisers benadeeld wordt.³¹ Het is voornamelijk van belang dat de opbrengsten ten behoeve van de *gezamenlijke* schuldeisers ten goede moeten komen, hetgeen zich manifesteert in het boedelactief. De termen ‘generieke schuldeisers benadeling’ bieden als zodanig geen duidelijke handvatten voor de praktijk. Hiervoor is reeds in de literatuur naar een oplossing gezocht.³²

2.5. Samenloop met de actio pauliana

Het kenmerk van generieke schuldeisersbenadeling is een van de vele gelijkenissen met de kenmerken van de actio pauliana. Voor de kwalificatie van een handeling onder de actio pauliana dient aan de vereisten uit art. 42 Fw te worden voldaan, bestaande uit (i) de schuldenaar heeft vóór faillietverklaring een rechtshandeling verricht, (ii) deze was onverplicht (iii) waarvan hij bij het verrichten wist of behoorde te weten (iv) dat dit schuldeisersbenadeling tot gevolg had. Indien voldoening aan een vereiste van de actio pauliana ontbreekt, bijvoorbeeld het ontbreken van een rechtshandeling tussen de gefailleerde en derde, zal de curator aanspraak maken op een schadevergoedingsvordering uit hoofde van onrechtmatige daad, via de PGV.³³

²⁸ HR 14 januari 2011, *NJ* 2011/366 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Butterman q.q./ Rabobank*).

²⁹ P.J. Hooghoudt en D.C. van Sisseren- Roessingh, *MvV* 2018, p.41; I. Spinath, *TOP* 2016/280; M.J.M. Franken, *Tvl* 2018/16.

³⁰ HR 16 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7797, *NJ* 2006/311 m.nt. P. van Schilfgaarde (*De Bont/Bannenberq q.q.*).

³¹ HR 16 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7797, *NJ* 2006/311 m.nt. P. van Schilfgaarde (*De Bont/Bannenberq q.q.*); HR 14 januari 2011, *NJ* 2011/366 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Butterman q.q./ Rabobank*).

³² P.J. Hooghoudt en D.C. van Sisseren- Roessingh, *MvV* 2018, p. 49.

³³ I. Spinath, *TOP* 2016/280, p. 2.

Daarenboven zal in de omstandigheden waarin is voldaan aan de vereisten van de actio pauliana, het instellen van een vordering ex art. 6:162 BW ook rechtvaardigen. De curator heeft in zulke omstandigheden de keuze welke vordering hij instelt.³⁴ Doch is het niet noodzakelijk dat de derde welke wordt aangesproken via de PGV behoort tot de kring van betrokkenen welke op basis van de actio pauliana aansprakelijk zou zijn geweest voor de betrokkenheid in de paulianeuze handelingen.³⁵ De kring van mogelijk aansprakelijke personen is groter bij de PGV, omdat niet vereist is dat een derde voordeel heeft gehaald uit de benadeling. Van betrokkenheid in de benadeling kan ook sprake zijn indien de derde nalatig is geweest.³⁶ In beide gevallen handelt de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers welke verhaalsbenadeling hebben geleden. Bovendien komt de opbrengst in beide gevallen in de boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers in de vorm van een toename van het boedelactief.³⁷

Desalniettemin is er een belangrijk verschil tussen beide vorderingen. In geval van de actio pauliana wordt nietigheid van de benadelende rechtshandeling ingeroepen op grond van art. 42 Fw. Bij een PGV wordt schadevergoeding gevorderd op grond van onrechtmatige daad ingevolge art. 6:162 BW. In het *Peeters/Gatzen* arrest vorderde de curator geen nietigheid ex art. 42 Fw, omdat geen sprake was van een rechtshandeling die de schuldenaar heeft verricht. Het belang van dit verschil met betrekking tot de beantwoording van de prejudiciële vraag in de onderhavige casus zal toegelicht worden in hoofdstuk 3.

2.6. PGV in *Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis*?

Na een analyse van de kenmerken van de PGV rijst in beginsel de vraag of er daadwerkelijk sprake zou kunnen zijn van een PGV in *Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis*?³⁸ In hoofdstuk 1 werden de feiten van het arrest kort toegelicht en in de vorige paragrafen werden de kenmerken van de PGV uitgelegd. Ter verduidelijking van de situatie ziet deze paragraaf op het aantonen van de mogelijkheid tot het instellen van een PGV door de curator in de onderhavige casus.

PI hield een kwaliteitsrekening aan in Nederland. Ingevolge art. 19 GDW is PI enkel beheerder van de gelden op deze rekening en behoren de gelden derhalve niet aan hem toe maar aan de

³⁴ HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514 (*Manifattura Tesseli Erba/ Amsterdamse Bank*)

³⁵ HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1590, NJ 1996/628 (*Notaris/ curatoren THB II*); HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269, NJ 2017/351, r.o. 4.2.5.

³⁶ HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2277, NJ 1996/627 (*Notaris/ curatoren THB I*)

³⁷ HR 24 april 2009, NJ 2009/416, r.o. 3.4.4.2 (*Dekker/Lutèce*)

³⁸ HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269, ECLI:NL:PHR:2017:427, JOR 2017/334 m.nt. M.A. Broeders, r.o. 3.2.1. (*Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis*)

rechthebbenden voor wie hij de gelden beheert. Met deze derdenrekening wordt het mogelijk gemaakt om de gelden van PI en de gelden van de derden-rechthebbenden van elkaar af te scheiden. Er is sprake van een wettelijk afgescheiden vermogen, hetgeen tot gevolg heeft dat bij een faillissement van PI de gelden niet in het vermogen van de failliet vallen.³⁹ Het storten van deze gelden op een Belgische zichtrekening bij Fortis was derhalve een onrechtmatige daad van PI ten opzichte van de rechthebbenden van de gelden onder deze kwaliteitsrekening. Dit is enkel een gedeelte van alle schuldeisers. De PGV bestaat erin een vordering te zijn ten behoeve van alle gezamenlijke schuldeisers, derhalve heeft de curator geen PGV kunnen instellen voor deze onrechtmatige handeling.

De gelden welke PI heeft gestort op de zichtrekening van een deurwaarderskantoor in België, behoren niet tot een kwaliteitsrekening in de zin van art. 19 GDW. Door storting van de gelden van de hiervoor besproken derden-rechthebbenden op de zichtrekening, is het vermogen van het deurwaarderskantoor en van de derden-rechthebbenden tot hetzelfde vermogen komen te behoren. Het Gerechtsdeurwaarderskantoor BV heeft een beslag gelegd op de gelden in deze zichtrekening. Door het afhalen in contanten heeft BNP Paribas Fortis zowel onrechtmatig gehandeld jegens de derden-rechthebbenden van de kwaliteitsrekening als de andere schuldeisers. De onrechtmatigheid bestaat erin dat hij zonder te voldoen aan de wettelijke verplichtingen PI de contanten heeft laten afhalen. Hieruit blijkt dat hij heeft gehandeld ten nadele van de gezamenlijke schuldeisers. De generieke schuldeisersbenadeling bestond derhalve uit een vermindering van het boedelactief omwille van het afhalen in contanten van EUR 550.000,-, hetgeen verduisterd werd.⁴⁰ Het bestaan van een PGV in dit scenario wordt ook door *Hooghoudt* en *van Sisseren-Roessingh* gesteund.⁴¹

³⁹ Kamerstukken II 1999/2000, 22775, 17, p. 6 (NvW IV).

⁴⁰ HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269, ECLI:NL:PHR:2017:427, *JOR* 2017/334 m.nt. M.A. Broeders, r.o. 3.2.1. (Rosbeek q.q./ BNP Paribas Fortis).

⁴¹ P.J. Hooghoudt en D.C. van Sisseren- Roessingh, *MvV* 2018, p. 49.

3. Overwegingen van de rechtspraak

In dit hoofdstuk zullen de overwegingen van de lagere instanties omtrent het arrest *Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis* en het oordeel van het HvJ EU inzake *NK/ Fortis* worden besproken. Eerst zal de verhouding tussen de IVO en de Brussel I-verordening worden toegelicht, teneinde de prejudiciële vraag van de Hoge Raad te verduidelijken. Vervolgens zal de beoordeling in de verschillende lagere instanties worden besproken. Hierbij wordt enkel besproken hetgeen de instantie van belang achtte bij de beoordeling. Dit kan wijzen op zowel de procedurele context van de PGV als de materiële grondslag. Het belang van het verschil tussen de procedurele context en de materiële grondslag van een vordering zal worden behandeld in hoofdstuk 3.2.2., waarin wordt verduidelijkt hoe het HvJ EU met omtrent de PGV toelicht wat onder de procedurele context of onder de materiële grondslag valt en welk criterium van doorslaggevend belang is. Daarenboven zal rechtspraak van het HvJ EU worden besproken om te verduidelijken welke lijn in de rechtspraak werd gevolgd door de lagere instanties en het HvJ EU. Hierna zal worden onderzocht waarom de redeneringen alsook de oordelen van de lagere instanties in mijns inziens onjuist zijn. Tot slot zal worden beoordeeld aan welk oordeel mijns inziens praktisch wenselijker zou zijn.

3.1. Verhouding werkingssfeer Insolventieverordening en de Brussel I-verordening

De rationale van de wettekst in de Brussel I-verordening en de IVO moet zo worden uitgelegd dat elke overlapping en rechtvacuüm moet worden vermeden.⁴² Voorts blijkt dat de werkingssfeer van de Brussel I-verordening ruim mag worden uitgelegd, maar ingevolge de uitzondering van art. 1(2)b is de verordening niet van toepassing op het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures.⁴³ De werkingssfeer van de IVO daarentegen moet strikt worden uitgelegd en behelst een dubbel criterium: (i) enkel vorderingen die rechtstreeks voortvloeien uit het faillissement en (ii) geheel binnen het kader van een faillissement of surseance van betaling passen. Deze toets (hierna: ‘het dubbel criterium’) werd voor het eerst geformuleerd in het *Gourdain/Nadler* arrest.⁴⁴ Latere jurisprudentie verwijst naar het tweede deel van het criterium als: ‘daarmee nauw verband houden’.⁴⁵ Vorderingen die aan het dubbel criterium voldoen, vallen onder de uitzondering uit art. 1(2)b Brussel I-verordening en zijn

⁴² HvJ EU 6 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:96 r.o. 24 (*NK/ Fortis*); HvJ EU 4 september 2014, C-157/13, EU:C:2014:2145, r.o. 21 (*Nickel & Goeldner Spedition/ Kintra UAB*); HvJ EU 11 juni 2015 C-649/13, EU:C:2015:384, r.o. 26; HvJ EU 9 november 2017, C 641/16, EU:C:2017:847, r.o. 17.

⁴³ Art. 2(1)b Verordening (EG) nr. 44/2001.

⁴⁴ HvJ EU 22 februari 1979, C-133/78, EU:C:1979:49, r.o. 4 (*Gourdain/Nadler*).

⁴⁵ Overweging 7 verordening (EG) nr. 44/2001; overweging 6 verordening nr. 1346/2000, HvJ 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96, r.o. 26; HvJ, 9 november 2017, C-641/16, EU:C:2017:847, r.o. 18 en 19; HvJ, 22 februari 1979 C-133/78, EU:C:1979:49, r.o. 4; HvJ, 19 april 2012, C-213/10, EU:C:2012:215, r.o. 22 en 24.

derhalve uitgesloten van de werkingssfeer van de Brussel I-verordening.⁴⁶ Indien een vordering niet valt onder de Brussel I-verordening, valt deze onder de IVO en *vice versa*. Hieruit volgt dat de verordeningen complementair tot elkaar in verhouding staan.⁴⁷

In *NK/Fortis* rijst de vraag of PGV een vordering is die rechtstreeks voortvloeit uit een insolventieprocedure en daarmee nauw verband houdt. Aan de hand van het dubbel criterium kan worden bepaald binnen welke werkingssfeer de vordering valt. Enkel indien de onderhavige vordering onder de uitzondering van art. 2(1)b Brussel I-verordening valt, is de IVO van toepassing.⁴⁸ In de volgende paragraaf zullen de onderliggende redeneringen van de lagere instanties worden toegelicht.

3.2. Beoordeling in diverse instanties

3.2.1. Lagere instanties

3.2.1.1. De Rechtbank Maastricht

De Rechtbank Maastricht heeft op 1 augustus 2012⁴⁹ in incident geoordeeld omtrent de rechtsmacht van de Nederlandse rechter. Hierbij acht de rechtbank van belang dat in geval van schuldeisersbenadeling, de faillissementscurator bevoegd is op te komen voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Daarenboven herhaalt de rechtbank de rechtspraak omtrent enkele kenmerken van de PGV, zoals besproken in hoofdstuk 2.⁵⁰ Hierbij wordt van belang geacht dat de curator zijn bevoegdheid tot het geldend maken van een PGV ontleent aan zijn opdracht ex art. 68(1) Fw.⁵¹ Naar het oordeel van de rechtbank vloeit de ingestelde vordering rechtstreeks voort uit de faillissementsprocedure en valt derhalve in de uitzondering ex art. 1(2) b Brussel I-verordening. Derhalve zijn artt. 3 en 25 IVO in overeenstemming met art. 6(e) Rv van toepassing en heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht.

⁴⁶ HvJ EU 19 april 2012, C-213/10, EU:C:2012:215, r.o. 19; HvJ EU 4 september 2014 C-157/13, EU:C:2014:2145 r.o. 23; HvJ EU 11 juni 2015, C-649/13: EU:C:2015:384, r.o. 27.

⁴⁷ HvJ EU 6 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:96, r.o. 39. (*NK/Fortis*).

⁴⁸ HvJ 6 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:96, r.o. 36. (*NK/Fortis*).

⁴⁹ Rechtbank Maastricht 1 augustus 2012, *JOR* 2013/215 r.o. 2.4.1. – 2.4.3. (*Van Dooren q.q./BNP Paribas Fortis NV*)

⁵⁰ HR 14 januari 1983 *NJ* 1983/597; HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF3917, *NJ* 2009/416 (*Dekker/Lutèce*); HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4521, *NJ* 1983/597 (*Peeters q.q./Gatzen*).

⁵¹ *Ibid.*

3.2.1.2. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Op 4 juni 2013 heeft het Gerechtshof 's-Hertogenbosch⁵² het gewezen vonnis in incident van de Rechtbank Maastricht bekrachtigt. Opvallend is dat het hof het dubbel criterium uit het *Gourdain/Nadler* arrest heeft ingevuld.⁵³ Hierbij verwijst het hof, net zoals de rechtbank, naar de kenmerken van de PGV, zoals de bevoegdheid van de curator op grond van zijn taak volgens het faillissementsrecht, het feit dat de opbrengsten het boedelactief vermeederen, enzovoort.⁵⁴ In rechtsoverwegingen 4.2.6. en 4.2.7. gaat het hof in op de (exclusieve) bevoegdheid van de curator. Met verwijzing naar *Lunderstädt/De Kok* overweegt het hof dat de mogelijkheid van de individuele schuldeiser om zelf rechtstreeks een vordering op grond van onrechtmatige daad in te stellen niet af doet aan de bevoegdheid van de curator om ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers tegen een derde een vordering in te stellen. Bovendien toont, aldus het hof, het feit dat de curator niet kan beschikken over een PGV en deze derhalve niet aan een derde kan cederen, de nauwe samenhang van de bevoegdheid van de curator aan tot het instellen van een PGV in de faillissementsprocedure.⁵⁵

In een overweging ten overvloede (r.o. 4.2.11.) maakt het hof de vergelijking met het arrest *Seagon q.q./Deko Marty*.⁵⁶ In dit arrest ging het om een actio pauliana welke de curator op grond van het Duitse recht kon instellen in een in Duitsland uitgesproken faillissement. De vordering was gericht tegen een in België opgerichte onderneming. In dit arrest werd duidelijk gemaakt dat teneinde rechtszekerheid in het internationaal privaatrecht, de actio pauliana onder de reikwijdte van de IVO valt. Dit arrest is reeds gecodificeerd in art. 6 IVO-herschikking.⁵⁷ Het hof vergeleek de kenmerken van de PGV met de kenmerken van de actio pauliana en kwam tot de conclusie dat aan de (exclusieve) bevoegdheid van de curator geen afbreuk wordt gedaan door de omstandigheid dat een individuele schuldeiser ook een vordering jegens de derde kan instellen.⁵⁸ Bovendien wordt deze benadering later ook door de Hoge Raad overwogen.⁵⁹ De Hoge Raad zoekt een analoge toepassing met de actio pauliana waarbij ze erkent dat beide

⁵² Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 juni 2013, JOR 2013/318, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA2317.

⁵³ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 juni 2013, JOR 2013/318, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA2317 r.o. 4.2.4.-4.2.8.

⁵⁴ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 juni 2013, JOR 2013/318, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA2317 r.o. 4.2.4.-4.2.8; HR 14 januari 1983 NJ 1983/597; HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF3917, NJ 2009/416 (*Dekker/Lutèce*); HR 16 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7797, NJ 2006/311 m.nt. P. van Schilfgaarde (*De Bont/Bannenbergh q.q.*).

⁵⁵ HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF3917, NJ 2009/416, r.o. 3.4.4.2. (*Dekker/Lutèce*); Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 juni 2013, JOR 2013/318, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA2317 r.o. 4.2.7.

⁵⁶ HvJ EG 12 februari 2009, JOR 2011/340 (*Seagon q.q./Deko Marty*).

⁵⁷ Verordening (EU) 2015/848

⁵⁸ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 juni 2013, JOR 2013/318, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA2317 r.o. 4.2.11.

⁵⁹ HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269, ECLI:NL:PHR:2017:427, JOR 2017/334 m.nt. M.A. Broeders, r.o. 5.1.4. (*Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis*).

vorderingen gericht zijn op het ongedaan maken van de nadelige gevolgen van de (rechts) handeling ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.

Het hof oordeelt op grond van de bovenstaande overwegingen dat de PGV zijn grondslag uitsluitend in het faillissementsrecht vindt en de PGV derhalve onder de uitzondering van art. 1(2)b Brussel I-verordening valt.⁶⁰

3.2.1.3. De Hoge Raad

Uiteindelijk heeft de Hoge Raad op 8 september 2019 drie prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ EU. De oorzaak van twijfel omtrent het voldoende rechtstreeks en nauw verband van de PGV met de IVO ligt in de mogelijkheid dat de individuele schuldeisers zelf de PGV kunnen instellen.⁶¹ Zoals eerder vermeld, wordt de (exclusieve) bevoegdheid van de curator van belang geacht ter beantwoording van de vraag of de PGV onder de toepassingsfeer van de IVO valt.⁶²

Een ander punt van twijfel is volgens de Hoge Raad gelegen in de rechtsgrondslag van de PGV. De rechtsgrondslag is te vinden in de onrechtmatige daad, hoewel de bevoegdheid tot het instellen is gebaseerd op de uitoefening van zijn taak ex art. 68 Fw. De Hoge Raad maakte een onderscheid in het materiële recht, zijnde het recht van de gezamenlijke schuldeisers en het *ius agendi* van de curator, zijnde de bevoegdheid om het recht van de gezamenlijke schuldeisers geldend te maken.⁶³ Het *ius agendi* sluit het materiële recht niet uit. Dit wekt twijfel bij de Hoge Raad om te oordelen dat de PGV in rechtstreeks en nauw verband staat met de IVO, omdat de PGV ook kan worden ingesteld door de individuele schuldeiser, ongeacht of de curator de PGV instelt. In dat verband kan worden verwezen naar het *German Graphics* arrest.⁶⁴ In dit arrest heeft het HvJ EU geoordeeld dat de vordering tot afgifte van de onder eigendomsvoorbehoud aan de failliet geleverde zaken niet in voldoende rechtstreeks en nauw verband stond met de IVO. De reden hiervoor lag in het kenmerk van de vordering, namelijk dat deze ook buiten het faillissement kon worden ingesteld, ongeacht of de curator deze vordering zou instellen. De vordering staat los van de opening van een insolventieprocedure,

⁶⁰ Gerechtshof s' -Hertogenbosch 4 juni 2013, JOR 2013/318, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA2317 r.o. 4.2.5., 4.2.8.

⁶¹ HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269, ECLI:NL:PHR:2017:427, JOR 2017/334 m.nt. M.A. Broeders, r.o. 2.22. (*Rosbeek q.q./ BNP Paribas Fortis*)

⁶² Vgl. hoofdstuk 3.2.1.1., 3.2.1.2. van deze scriptie; HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269, ECLI:NL:PHR:2017:427, JOR 2017/334 m.nt. M.A. Broeders, r.o. 4.2.1-4.2.5, 4.4.4. (*Rosbeek q.q./ BNP Paribas Fortis*)

⁶³ ECLI:NL:PHR:2017:427, JOR 2017/334 m. nt. M.A. Broeders, nr. 3 (*Rosbeek q.q./ BNP Paribas Fortis BNP Paribas Fortis*)

⁶⁴ HvJ EU 10 september 2009, ECLI:EU:C:2009:544, JOR 2011/341 (*German Graphics/ Van der Schee*)

het is een autonome vordering. Derhalve oordeelde het HvJ EU in *German Graphics* dat de rechtsgrondslag niet in de insolventieprocedure gelegen was.⁶⁵ De Hoge Raad overweegt in *Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis* echter dat dit niet zonder meer betekent dat de PGV in de Brussel I-verordening moet vallen.⁶⁶ Het lijkt erop dat de Hoge Raad de redenering van *Kornhaas/Dithmar* en *H/HK* volgt.⁶⁷ In deze arresten heeft de HvJ EU geoordeeld dat de betreffende vordering gebaseerd op paragraaf 64 GmbH-Gesetz, ook geldend kan worden gemaakt wanneer er geen insolventieprocedure is ingeleid voor het vermogen van de schuldenaar. Deze omstandigheid staat er niet aan in de weg dat een dergelijke vordering wordt aangemerkt als een vordering die rechtstreeks voortvloeit uit een insolventieprocedure en daarmee nauw samenhangt, voor zover deze vordering is ingediend in het kader van een insolventieprocedure.⁶⁸

3.2.1.4. De Rechtbank Midden-Nederland

De Rechtbank Midden-Nederland heeft het oordeel van de HvJ EU niet afgewacht en heeft in haar vonnis d.d. 23 mei 2018 *Van Andel/ BMA* geoordeeld dat de PGV door de IVO wordt beheld.⁶⁹ De rechtbank stelt dat het feit dat de PGV zijn oorsprong vindt in de regels van het burgerlijke recht (art. 6:162 BW), niet alles bepalend is. Hierbij wordt een vergelijking gemaakt met het arrest *H/HK*.⁷⁰ De rechtbank vergelijkt de situatie omtrent de Duitse vordering, welke was gebaseerd op een nationale regeling en onderdeel uitmaakte van het vennootschapsrecht. Deze vordering kon enkel in theorie buiten het kader van de insolventie worden toegepast. In rechtsoverweging 2.10 motiveert de rechtbank waarom dit ook het geval is voor de PGV, deze redenering kwam kort weergegeven neer op de volgende overwegingen; (i) de PGV kan enkel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers worden ingesteld door een curator, (ii) voor het instellen van de vordering heeft de curator geen opdracht of volmacht nodig van de individuele crediteuren aangezien zijn bevoegdheid berust op art. 68 Fw, (iii) de PGV is materieel gezien niet gelijk aan de som van de aan de individuele schuldeisers toekomende vorderingen uit onrechtmatige daad, (iv) de opbrengst van de PGV valt in de failliete boedel. De rechtbank is van oordeel dat de PGV derhalve rechtstreeks uit de

⁶⁵ HvJ EU 10 september 2009, ECLI:EU:C:2009:544, *JOR* 2011/341, r.o. 32-34 (*German Graphics/ Van der Schee*).

⁶⁶ HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269, ECLI:NL:PHR:2017:427, *JOR* 2017/334 m.nt. M.A. Broeders, r.o. 2.22. (*Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis*).

⁶⁷ HvJ EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2410, *JOR* 2016/103 (*H/HK*); HvJ EU 10 december 2015, ECLI:EU:C:2015:806 (*Kornhaas/Dithmar*).

⁶⁸ HvJ EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2410, *JOR* 2016/103, r.o. 20. (*H/HK*).

⁶⁹ Rechtbank Midden-Nederland, 23 mei 2018, *JOR* 2018/257, ECLI:NL:RBMNE:2018:2163.

⁷⁰ HvJ EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2410, *JOR* 2016/103 (*H/HK*).

insolventieprocedure voortvloeit en daarmee nauw samenhangt omdat de PGV enkel kan worden ingesteld indien er sprake is van faillissement waarbij de curator bevoegd is deze vorderingen in te stellen. Derhalve is de rechtbank van oordeel dat de PGV wordt beheld door de IVO.

3.2.2. Hof van Justitie van de Europese Unie

De rechtspraak is onduidelijk over de invulling van het dubbel criterium en hoe deze criteria zich tot elkaar verhouden.⁷¹ Door de verbinding “en” kan men afleiden uit de formulering dat het gaat om cumulatieve criteria, maar de rechtspraak volgt deze redenering niet altijd.⁷² Om te bepalen binnen welke werkingssfeer de vordering valt, is het HvJ EU in *NK/ Fortis* uitgegaan van een dubbel criterium.⁷³ Ten eerste moet worden uitgegaan van de rechtsgrondslag van de vordering en ten tweede van de intensiteit van het verband tussen een vordering in rechte en de insolventie procedure.⁷⁴ De criteria geformuleerd door het HvJ EU in het onderhavige arrest kunnen worden gekoppeld aan het dubbel criterium. Het HvJ EU gaat uit van cumulatieve criteria, waarbij (i) de rechtsgrondslag als criterium gekoppeld is aan het eerste deel van het dubbele criterium, zijnde de vraag of de vordering rechtstreeks voortvloeit uit een insolventieprocedure of uit de gemeenschappelijke regels van het burgerlijke recht en (ii) de intensiteit van het verband tussen een vordering in rechte en een insolventieprocedure, wordt gekoppeld aan het tweede deel van het dubbele criterium, zijnde nauw verband, als een aanvullend element ter verificatie van het eerste deel van het criterium.⁷⁵ Het tweede deel komt neer op een ‘alleen indien toets’. Alleen indien de PGV door een insolventieprocedure kan worden ingesteld, dan is deze onlosmakelijk verbonden met de insolventieprocedure.⁷⁶ Indien een soortgelijke vordering als de PGV kan worden ingesteld in een andere procedure dan de insolventieprocedure, zal het tweede deel van het criterium falen. De toepassing van deze criteria is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Derhalve zullen bij de beoordeling de procedurele context van de PGV, de specifieke kenmerken en de feiten van de onderhavige situatie in acht moeten worden genomen.

⁷¹ HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96, r.o. 43. (*NK/ Fortis*); HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17 m.nt Stein, *JBPR* 2019/12, nr. 4.

⁷² Cumulatieve criteria volgens HvJ, 4 september 2014, C157/13, EU:C:2014:2145, r.o. 30 en 31 (*Nickel & Goeldner Spedition*); HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96 m. nt Welling-Steffens nr. 5.; Alternatieve criteria volgens HvJ EU 9 november 2017, C-641/16, EU:C:2017:847, r.o. 22, 27 en 28 (*Tinkers*);

⁷³ HvJ EG 22 februari 1979, EU:C:1979:49, *NJ* 1979, 564, r.o. 4 (*Gourdain/Nadler*).

⁷⁴ HvJ EU 9 november 2017, C-641/16, EU:C:2017:847, r.o. 22,28 ; HvJ EU 20 december 2017 C-649/16, EU:C:2017:986, r.o. 29, 37; HvJ EG 22 februari 1979, EU:C:1979:49, *NJ* 1979, 564, r.o. 4 (*Gourdain/Nadler*).

⁷⁵ HvJ EU 6 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:96, r.o. 28, 29, 30,57, 65. (*NK/ Fortis*).

⁷⁶ HvJ EU 6 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:96, r.o. 67. (*NK/ Fortis*).

3.2.2.1. Rechtstreeks uit een insolventieprocedure voortvloeien

Bij het eerste deel van het dubbel criterium wordt bepaald welke rechtsgrondslag de vordering heeft. Dit bepaalt welke oorsprong en aard de vordering heeft.⁷⁷ De aard van de vordering blijft hetzelfde ongeacht wie de bevoegdheid heeft om de vordering in te stellen.⁷⁸ Het HvJ EU maakt een duidelijk onderscheid tussen de rechtsgrondslag en de procedurele context van de vordering, aangezien de kenmerken van de PGV, welke de procedurele context vormen, niets veranderen aan de aard van de vordering.⁷⁹ Het HvJ EU komt tot een oordeel dat in het onderhavige geval de rechtsgrondslag is gebaseerd op regels inzake onrechtmatige daad, welke te vinden zijn in de gemeenschappelijke regels van het burgerlijke recht (art. 6:162 BW). Het feit dat zowel de curator als de individuele schuldeisers de mogelijkheid hebben om deze vordering in te stellen of het feit dat de opbrengst van de PGV in de boedel zal vallen, doet hier niet aan af.⁸⁰ Deze omstandigheden zijn het gevolg van de procedure om de PGV geldig te maken en hebben geen invloed op de oorsprong van de vordering.

3.2.2.2. Intensiteit van het nauw verband met de insolventieprocedure

Aan het tweede deel van het dubbel criterium wordt ook invulling gegeven. Hierbij gaat het HvJ EU in op de kenmerken van de PGV. De kenmerken en kwalificatie zoals besproken in hoofdstuk 2 van deze scriptie komen overeen met de kwalificatie welke het HvJ EU geeft aan de PGV. Er wordt aandacht besteed aan (i) de bevoegdheid van de curator tot het instellen van een PGV welke hij ontleent aan zijn taak ex art. 68 Fw, (ii) het feit dat de opbrengsten in de boedel vallen en ten goede komen van de gezamenlijke schuldeisers, (iii) bij de procedure is er geen plaats voor onderzoek naar de positie van de individuele schuldeisers en (iv) de onmogelijkheid voor een derde tegen wie de vordering is ingesteld om hetzelfde verweer te voeren tegen de curator als het verweer welke voor hem openstaat tegenover individuele schuldeisers. Indien aan de hand van deze kenmerken beoordeeld zou worden dat de regels omtrent de PGV zodanig afwijken, kan dientengevolge worden geoordeeld dat er een onmiskenbaar verband bestaat tussen de PGV en de insolventieprocedure.⁸¹ Het HvJ EU daarentegen acht twee kenmerken van zodanig belang om anders te oordelen. Ten eerste heeft de curator geen exclusieve bevoegdheid om de PGV in te stellen. Ten tweede staat het instellen

⁷⁷ Conclusie A-G M. Bobek bij HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96, nr. 59 (*NK/Fortis*).

⁷⁸ HvJ EU 4 september 2014, C-157/13, EU:C:2014:2145, r.o. 29 (*Nickel & Goeldner Spedition*); HvJ EG 10 september 2009, ECLI:EU:C:2009:544, JOR 2011/341, m.nt. Veder r.o. 31, 33 (*German Graphics*.)

⁷⁹ HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96, r.o. 32, 36 (*NK/Fortis*).

⁸⁰ HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96, r.o. 32 (*NK/Fortis*).

⁸¹ Hierbij verwijs ik naar de redenering van het HvJ EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2410, JOR 2016/103 (*H/HK*); Gerechtshof s'-Hertogenbosch, 4 juni 2013, JOR 2013/318, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA2317.

van de PGV lost van een insolventieprocedure. Derhalve kan niet worden geconcludeerd dat de PGV in een onlosmakelijk verband staat met de insolventieprocedure.⁸²

Volgens de rechtspraak is het doorslaggevende criterium niet de procedurele context van de vordering, maar de rechtsgrondslag ervan.⁸³ Mijns inziens is in het onderhavige geval niet voldaan aan beide delen van het dubbele criterium, het is derhalve niet onbegrijpelijk dat het HvJ EU tot het oordeel komt dat de PGV onder het begrip burgerlijke- en handelszaken in de zin van art. 1(1)b Brussel I-verordening valt⁸⁴.

3.3. Observaties beoordelende instanties

Opvallend is dat de Rechtbank Maastricht enkel kenmerken van de procedurele context van de PGV van belang acht. Er wordt geen aandacht besteed aan de materiële rechtsgrondslag zijnde art. 6:162 BW. De rechtbank acht de bevoegdheid van de faillissementscurator van doorslaggevend belang en oordeelt dat de vordering derhalve in de IVO valt.

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch komt tot hetzelfde oordeel, maar via een andere redenering. In tegenstelling tot de rechtbank acht het hof de grondslag van de PGV wel van belang en bespreekt deze ook uitvoerig.⁸⁵ Het hof stelt dat de rechtsgrondslag uitsluitend te vinden is in het faillissementsrecht, gegrond op de bevoegdheid van de curator tot het instellen van de PGV en verklaart het antwoord op de prejudiciële vraag uit *Seagon q.q./Deko Marty* van onverkorte toepassing verklaard op het bevoegdheidsincident in casu. Dit betekent dat de PGV, net zoals de actio pauliana, beheld moet worden door de IVO. Het hof overweegt de exclusieve bevoegdheid van de curator als de doorslaggevende gelijkenis tussen de actio pauliana en de PGV. Het feit dat de individuele schuldeisers ook een vordering op grond van onrechtmatige daad kunnen instellen, doet hier niet aan af.⁸⁶ Het instellen van de vordering ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers tegen een derde, aldus het hof, een andere vordering te zijn dan de vordering welke de individuele schuldeiser tegen de derde kan instellen. Het hof heeft de

⁸² HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96, r.o. 36 (*NK/Fortis*)

⁸³ HvJ EU 4 september 2014, C-157/13, EU:C:2014:2145, r.o. 27 (*Nickel & Goeldner Spedition*); HvJ EU, 9 november 2017, C-641/16, EU:C:2017:847, r.o. 22; HvJ EU, 20 december 2017 C-649/16, EU:C:2017:986, r.o. 29.; HvJ EG 22 februari 1979, EU:C:1979:49, NJ 1979/56 (*Gourdain/Nadler*), HvJ EG 2 juli 2009, NJ 2013, 300 (*SCT Industri/Alpenblume*), HvJ EG 10 september 2009, JOR 2011/341, m.nt. Veder (*German Graphics*), HvJ EG 12 februari 2009, JOR 2011/340, m.nt. Veder (*Seagon q.q./Deko Marty*) en HvJ EU 19 april 2012, JOR 2012/303, m.nt. Veder (*F-Tex*).

⁸⁴ HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96, r.o. 38 (*NK/Fortis*).

⁸⁵ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 juni 2013, JOR 2013/318, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA2317 r.o. 4.2.4.-4.2.5.

⁸⁶ HR 21 december 2001, JOR 2002/37, m.nt. NEDF en Bartman onder 2002/38 (*Lunderstädt/De Kok*); HR 21 december 2001, JOR 2002/38, m.nt. N.E.D.F. en Bartman (*SOBI/Hurks*).

rechtsgrondslag ex art. 6:162 BW links laten liggen en heeft het ingevuld met de procedurele kenmerken van de PGV. Een zulke redenering werd door het HvJ EU in *NK/Fortis* opzijgezet.⁸⁷

Uit de analyse van de ‘redenen tot twijfel’ van de Hoge Raad en eerdere rechtspraak van het HvJ EU, zoals *Seagon q.q./Deko Marty* en *German Graphics*, is de grootste twijfel in mijn visie gelegen in de kwalificatie van de PGV. Het was voor de Hoge Raad onduidelijk welk kenmerk van doorslaggevende betekenis is ter beantwoording van de vraag in welke verordening de PGV valt. Van groot belang is enerzijds de (exclusieve) bevoegdheid van de curator en anderzijds de rechtsgrondslag van de PGV. De vraag rijst of deze twee concepten van elkaar kunnen worden gescheiden of onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden.

In het reeds genoemde *Seagon q.q./Deko Marty* arrest speelden meer factoren mee dan enkel de (exclusieve) bevoegdheid van de curator tot het instellen van de vordering.⁸⁸ De rechtsgrondslag van de actio pauliana, zijnde het voornaamste criterium volgens het HvJ EU, is art. 42 jo. 49 Fw. Derhalve vloeit de vordering rechtstreeks voort uit het faillissementsrecht en is het wenselijk om de vordering door de IVO te laten hanteren en daarmee het doel van de IVO te bewerkstellings.⁸⁹ In het *NK/Fortis* arrest is bepaald dat de rechtsgrondslag te vinden is in het burgerlijke recht ex art. 6:162 BW. Het voornaamste verschil tussen beide vorderingen is hun rechtsgrondslag. In zowel *Seagon q.q./Deko Marty* als *NK/Fortis* is het criterium omtrent rechtsgrondslag doorslaggevend. Het bepalen dat de PGV in door de IVO moet worden gehanteerd, hoewel de rechtsgrondslag te vinden is in het burgerlijke recht (en de procedurele kenmerken niet aantonen dat de PGV zodanig nauw verbonden is met de insolventieprocedure) zou betekenen dat er afbreuk wordt gedaan aan het dubbel criterium. De rechtsgrondslag van beide vorderingen is verschillend en het bestaan van een (exclusieve) bevoegdheid tot het instellen van een PGV, hetgeen vooral werd besproken door de lagere rechtspraak, is niet van doorslaggevend belang.⁹⁰ In lijn met de rechtspraak van het HvJ EU is de rechtsgrondslag van doorslaggevend belang.⁹¹ Met deze benadering wordt ook de twijfel van de Hoge Raad

⁸⁷ HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96, r.o. 34-38 (*NK/Fortis*).

⁸⁸ Vgl. hoofdstuk 3.2.1.2. van deze scriptie.

⁸⁹ HvJ EG 12 februari 2009, JOR 2011/340, C-339/07, r.o. 17, 22, 24. (*Seagon q.q./Deko Marty*).

⁹⁰ Rechtbank Maastricht, 1 augustus 2012, JOR 2013/215 r.o. 2.4.1.-2.4.3. (*Van Dooren q.q./BNP Paribas Fortis NV*); Gerechtshof s’-Hertogenbosch, 4 juni 2013, JOR 2013/318, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA2317; HvJ EG 12 februari 2009, JOR 2011/340, C-339/07, r.o. 17, 22, 24. (*Seagon q.q./Deko Marty*); HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96, r.o. 34-38 (*NK/Fortis*); HvJ EU 4 september 2014, C-157/13, EU:C:2014:2145, r.o. 21 (*Nickel & Goeldner Spedition/ Kintra UAB*).

⁹¹ HvJ EG 12 februari 2009, JOR 2011/340, C-339/07, r.o. 17, 22, 24. (*Seagon q.q./Deko Marty*); HvJ EU 4 september 2014, C-157/13, EU:C:2014:2145, r.o. 21 (*Nickel & Goeldner Spedition/ Kintra UAB*); HvJ EU 22 februari 1979, C-133/78, EU:C:1979:49, r.o. 4 (*Gourdain/Nadler*).

weggenomen met betrekking tot de analoge toepassing met de *actio pauliana*.⁹² Het hof heeft bij de analoge toepassing van *Seagon q.q./Deko Marty* op het onderhavige geval een doorslaggevende betekenis gegeven aan de exclusieve bevoegdheid, zijnde de procedurele context, ter invulling van de grondslag van de PGV. Derhalve werd er een oordeel geveld hetgeen niet in lijn is met het oordeel van de HvJ EU.

Naar mijn mening wordt ingevolge deze analyse duidelijk gemaakt dat het onderscheid, omtrent de procedurele context en de materiële grondslag, zoals nader toegelicht in HvJ EU in *NK/Fortis*, van groot belang is bij de invulling van het dubbel criterium en als zodanig de kwalificatie van de PGV. De (exclusieve) bevoegdheid van de curator, welke behoort tot de procedurele context van de PGV, bestaat naast de materiële grondslag zijnde art. 6:162 BW. De analyse van het *Seagon q.q./Deko Marty* arrest maakt dit mijns inziens duidelijk. De *ius agendi* van de curator en de rechtsgrondslag zijn beide te vinden in art. 42 Fw. Bij de PGV is de *ius agendi* te vinden in art. 68 Fw en de rechtsgrondslag in art. 6:162 Fw. Indien de lijn van jurisprudentie van het HvJ EU wordt gevolgd, is het noodzakelijk om het onderscheid tussen procedurele context en materiële grondslag van de toets van het dubbel criterium te volgen, welk doorheen jurisprudentie nader is ontwikkeld. Mijns inziens is dit onvoldoende behandeld in het vonnis van Rechtbank Midden-Nederland d.d. 23 mei 2018 waarbij de rechtbank overweegt dat de rechtsgrondslag bepalend is maar uiteindelijk meer doorslag geeft aan de procedurele context (art. 6:162 BW).⁹³ Na de vergelijking met het arrest *H/HK* beschouwde de rechtbank de procedurele context als doorslaggevend. Het lijkt erop dat het zo ver moet gaan dat de chronologie van het eerste criterium, de rechtsgrondslag, doorslaggevend is en geen aandacht moet worden gegeven aan de procedurele context, aangezien dit enkel voor onduidelijkheden zorgt.

In dat verband kan ook worden verwezen naar het arrest van het Gerechtshof Amsterdam.⁹⁴ Het hof overweegt dat een redelijke uitleg van artt. 4 en 25 IVO meebrengt dat de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft tegenover de bestuurder op grond van art. 2:138 BW en dat die rechter derhalve “[...]eveneens bevoegd is kennis te nemen van een tegen die bestuurder op dezelfde feiten gebaseerde vordering uit hoofde van 6:162 BW, ingesteld door die curator, optredend namens de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde.”⁹⁵ Bovendien maakt het hof ook de

⁹² HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269, ECLI:NL:PHR:2017:427, *JOR* 2017/334 m.nt. M.A. Broeders, r.o. 5.1.4. (*Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis*).

⁹³ Rechtbank Midden-Nederland, 23 mei 2018, *JOR* 2018/257, ECLI:NL:RBMNE:2018:2163, r.o. 2.9-2.11.

⁹⁴ Gerechtshof Amsterdam 16 september 2008, NL:GHAMS:2008:BG3723, *JOR* 2008/330 (*Jomed*).

⁹⁵ Gerechtshof Amsterdam 16 september 2008, NL:GHAMS:2008:BG3723, *JOR* 2008/330, r.o. 2.22. (*Jomed*).

opmerking dat de rechter eveneens rechtsmacht heeft omwille van de exclusieve bevoegdheid van de curator.⁹⁶ Mijns inziens neemt het hof hier in beide redeneringen het verkeerde uitgangspunt. Ten eerste wordt net zoals in andere lagere rechtspraak de exclusieve bevoegdheid van de curator als doorslaggevend criterium genomen. Ten tweede worden artt. 4 en 25 IVO als uitgangspunt genomen en wordt er connexiteit gezocht tussen de vordering omtrent bestuursaansprakelijkheid en de vordering op grond van 6:162 BW binnen de IVO te laten vallen in plaats van de IVO apart te toetsen aan het dubbel criterium. Bovendien is het nu onduidelijk of deze redenering standhoudt na het oordeel van HvJ EU. Hoewel dit een efficiënte aanpak is, zullen hoogstwaarschijnlijk beide vorderingen apart moeten worden behandeld omdat ze door een andere verordening worden beheld.⁹⁷

Mijns inziens de conclusie worden getrokken dat het onduidelijk is voor de lagere instanties hoe de PGV moet worden gekwalificeerd. In veel instanties wordt er een focus gelegd op de procedurele context van de vordering waardoor ze tot het oordeel komen dat de PGV zijn grondslag in het faillissementsrecht vindt, aangezien veel kenmerken uit het faillissementsrecht voortvloeien. Het is duidelijk dat het volgen van het stramien welk het HvJ EU heeft ontwikkeld in de rechtspraak met betrekking tot het dubbel criterium enige handvatten biedt, maar het blijft onduidelijk of een bepaald kenmerk van belang is voor de procedurele context of ook voor het bepalen van (een afwijking van) de rechtsgrondslag. Hier was enerzijds ook de twijfel van de Hoge Raad op gebaseerd. Deze omstandigheden kunnen tot gevolg hebben bij de beantwoording van de vraag of een bepaalde vordering in de IVO of Brussel I-Verordening valt op voorhand moet worden bepaald welk kenmerk van de vordering tot welke context behoort. Bij de PGV blijkt dit moeilijk te zijn aangezien de kwalificatie van de PGV in de literatuur niet eensgezind is.⁹⁸

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Hierbij wordt de uitleg aan considerans punt 35 Verordening (EU) nr. 2015/848 buiten beschouwing gelaten.

⁹⁸ I. Spinath, *TOP* 2016/280 en P.J. Hooghoudt & D.C. van Sisseren-Roesingh, *MvV* 2018/02; Rechtbank Midden-Nederland 30 september 2019, ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:242, *JOR* 2019/94 m. nt. Bens nr. 3.

4. Aantekeningen uit de literatuur

In dit hoofdstuk zullen verschillende standpunten uit de literatuur worden weergegeven. Deze standpunten hebben betrekking op de oordelen uit de lagere rechtspraak met betrekking tot de vraag in welke verordening de PGV valt, het oordeel van de Hoge Raad in *Rosbeek q.q./NBP Paribas Fortis* en het oordeel van het HvJ EU in *NK/Fortis*. De verdeling van de standpunten wordt als volgt weergegeven: Ten eerste zullen de argumenten van verschillende auteurs worden besproken welke pleiten voor het oordeel dat de PGV onder de IVO moet (of moest) vallen. Ten tweede worden de standpunten besproken waarbij de auteurs van mening zijn dat de PGV door de Brussel I- verordening moet worden behelsd.

4.1. Argumenten pro Insolventieverordening

In de literatuur wordt bepleit dat hoewel individuele schuldeisers de PGV kunnen instellen en de curator niet de exclusieve bevoegdheid heeft om een PGV in te stellen, het niet mogelijk is om de PGV één op één te vergelijken met de achterliggende individuele vorderingen.⁹⁹ Mijns inziens moet in het oordeel van *NK/Fortis* bij de overweging omtrent intensiteit van het verband met de insolventieprocedure, in acht worden genomen dat de PGV een vordering is naar Nederlands recht. De kwalificatie van de aard van deze vordering blijkt niet eensgezind te zijn in de literatuur, noch in de rechtspraak, zoals beschreven in hoofdstuk 2 en 4 van deze scriptie. In mijn visie ziet het HvJ EU de vordering ingesteld door een individuele schuldeiser en de vordering ingesteld door de curator als gelijken.¹⁰⁰ Het HvJ EU lijkt veel belang te hechten aan het feit dat de PGV ook door de individuele schuldeisers kan worden ingesteld, zijnde voor, na of tijdens het faillissement.¹⁰¹ *Bens* pleit dat dit naar Nederlands recht niet correct is, aangezien de aard van de individuele vorderingen anders is dan de aard van de vordering welke de curator instelt ten behoeve van de individuele schuldeisers.¹⁰² De vordering ingesteld door de curator is een vordering ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. De curator vervult hierbij zijn taak ex art. 68 Fw.¹⁰³ De schuldeisers handelen met het instellen van een individuele vordering ten behoeve van zichzelf en stellen hierbij niet een vordering in ten behoeve van een derde, zoals de curator dit doet, maar ten behoeve van zichzelf.¹⁰⁴ Derhalve verschilt de PGV erin dat

⁹⁹ Rechtbank Midden-Nederland 30 september 2019, ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:242, *JOR* 2019/94 m. nt. Bens nr. 3; D.F.H. Stein in *JBPr* 2018/39.

¹⁰⁰ HvJ EU 6 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:96, r.o. 35, 36. (*NK/Fortis*.)

¹⁰¹ HvJ EU 6 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:96, r.o. 35-38 (*NK/Fortis*.)

¹⁰² Rechtbank Midden- Nederland 30 september 2019, ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:242, *JOR* 2019/94 m. nt. Bens nr. 3.

¹⁰³ Vgl. hoofdstuk 3.2.1.2. van deze scriptie.

¹⁰⁴ Rechtbank Midden-Nederland 30 september 2019, ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:242, *JOR* 2019/94 m. nt. Bens nr. 3.

de curator de verschillende individuele vorderingen samen als één samenhangende vordering instelt. *Stein* deelt dit standpunt, maar gaat er nog verder in en stelt dat de PGV niet gelijk mag worden behandeld, in het internationaal privaatrecht, als individuele vorderingen van schuldeisers uit hoofde van onrechtmatige daad en derhalve de PGV niet in de Brussel I-verordening valt.¹⁰⁵

De mening van *Stein* is na het oordeel van het HvJ EU niet veranderd, maar is wel gegrond op een ander argument.¹⁰⁶ Met betrekking tot de functie van de PGV in het kader van insolventie wordt in de literatuur (en de rechtspraak) bepleit dat de PGV voor internationaal privaatrechtelijke doeleinden gelijk moet worden behandeld met de *actio pauliana*.¹⁰⁷ *Stein* bepleit dat beide vorderingen zien op herstel van schuldeisersbenadeling en zijn doorgaans op hetzelfde feitencomplex zijn gebaseerd. Het zou onwenselijk zijn dat deze twee vorderingen “uit elkaar lopen”.¹⁰⁸ Indien beide vorderingen als gelijken worden behandeld, zouden beide vorderingen onder art. 6 Verordening (EU) nr. 2015/848 (hierna: “IVO-herschikking”) vallen. Bovendien sluit deze redenering aan bij het arrest van het Hof s’-Hertogenbosch d.d. 4 juni 2013, waarin een vergelijking werd gemaakt met het arrest *Seagon q.q./Deko Marty*.¹⁰⁹ Ook *Beunk en Schuijling* stemmen in met het arrest van het hof.¹¹⁰ Zij menen dat de grondslag voor de rechtsvordering in het insolventierecht ligt, waarbij ze verwijzen naar *H/HK*, waarin wordt geoordeeld dat een vordering die is gebaseerd op een bepaling welke niet in het faillissementsrecht is opgenomen, maar wel afwijkt van algemene regels van het burgerlijke recht, niettemin rechtstreeks uit een insolventieprocedure kunnen voortvloeien of er nauw mee samenhangen.¹¹¹

Met betrekking tot de gevolgen omtrent het toepasselijke recht is volgens *Van den Braak* een aparte kwalificatie nodig.¹¹² Dit kan enkel worden bepaald aan de hand van thans art. 6 IVO-herschikking.¹¹³ Indien de IVO wordt gevolgd ter beoordeling van het toepasselijk recht, is het eenvoudiger voor de curator om een PGV in te stellen jegens een buitenlandse derde bij een Nederlandse rechter. Bij toepassing art. 2 van de Brussel I-verordening is de rechter bevoegd van het land waar de derde zijn woonplaats heeft of op grond van art. 5(2) Brussel I-

¹⁰⁵ D.F.H. Stein in *JBP* 2018/39.

¹⁰⁶ D.F.H. Stein in *JBP* 2019/12.

¹⁰⁷ Vgl. hoofdstuk 3.2.1.2. Van deze scriptie.

¹⁰⁸ D.F.H. Stein in *JBP* 2019/12, p. 10.

¹⁰⁹ Vgl. hoofdstuk 3.2.1.2. van deze scriptie.

¹¹⁰ D. Beunk en B.A. Schuijling in *JOR* 2016/247, p. 13.

¹¹¹ HvJ EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2410, *JOR* 2016/103 (*H/HK*)

¹¹² Van den Braak, *Tvl* 2019/18, p. 4.

¹¹³ L.F.A. Welling-Steffens in *JOR* 2019/116, p. 12.; art. 4 Verordening (EG) nr. 1346/2000.

verordening, het gerecht waar het schadeveroorzakend feit zich heeft voorgedaan.¹¹⁴ Verordening (EG) nr. 864/2007 (hierna “Rome II-verordening”) is van toepassing op de onderhavige casus aangezien het schadeveroorzakend feit zich voordoet na 11 januari 2009.¹¹⁵ Artt. 4 en 17 Verordening (EG) nr. 864/2007 (hierna: “Rome II-verordening”) bepalen het toepasselijke recht, zijnde het recht van het land waar de schade zich voordoet of het recht van het land in welke de gebeurtenis zich voordoet welke niet samenvalt met het land waar de schade zich voordoet. Het land welk bepalend is voor toepasselijke recht is derhalve niet gelijk aan het land welk de rechtsmacht bepaald. Daarentegen is op grond van artt. 4 jo. 6(1) IVO-herschikking de rechter bevoegd van het land waar het centrum van voornaamste belangen van de failliet is gelegen. In het geval van een insolventieprocedure zal dit vaak Nederland zijn. In beginsel ontstaat er een *Gleichlauf* met de rechtsmacht ex art. 3 IVO en het toepasselijke recht.¹¹⁶ Beide A-G M. Bobek en *Welling-Steffens* zijn van mening dat de IVO de *Gleichlauf* beoogd.¹¹⁷ Het is voor de curator derhalve wenselijker dat de IVO van toepassing is indien het aankomt op toepasselijk recht.

4.2. Argumenten contra Insolventieverordening

In hoofdstuk 3.4.2 van deze scriptie kwam het belang naar voren om de rechtsgrondslag te onderscheiden van de bevoegdheid tot het instellen van de vordering, aangezien deze kunnen leiden tot verschillende gevolgen met betrekking tot de bevoegde rechter en het toepasselijke recht. Ook *Welling-Steffens* is van mening, alvorens het arrest *NK/Fortis* werd gewezen, dat de vordering haar rechtsgrondslag vindt in de gemeenschappelijke regels van het burgerlijke recht, waarbij de bevoegdheid van de curator, de opbrengst van de vordering en het feit dat de som van de schade van de gezamenlijke schuldeisers wellicht anders is dan de som van de individuele schuldeisers, dat de rechtsgrondslag van de vordering daardoor naar haar aard niet zal veranderen.¹¹⁸ Indien meer gewicht wordt toegekend aan kenmerken, zoals de bevoegdheid van de curator of de vraag of de opbrengst wel of niet in de boedel terecht komt, is het mogelijk dat het eerste criterium terzijde wordt gesteld.¹¹⁹ Bovendien zou de focus op enkel de procedurele context van de vordering kunnen leiden tot hetgeen A-G M. Bobek een “insolventie-zwart-gat” noemt, aangezien de rechtshandelingen van de curator en de

¹¹⁴ Thans art. 4 en 7(2) Verordening (EU) nr. 1215/2012.

¹¹⁵ Art. 31, 32 Verordening (EG) nr. 864/2007.

¹¹⁶ HvJ EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2410, *JOR* 2016/103 (*H/HK*).

¹¹⁷ Art. 3 Verordening (EG) nr. 1346/2000; art. 4 Verordening (EU) 2015/848; Conclusie A-G M. Bobek bij HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96, nr. 59 (*NK/Fortis*); L.F.A. Welling-Steffens in *JOR* 2019/116, p. 12.

¹¹⁸ HR 08 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269, m.nt. L.F.A. Welling-Steffens nr. 3.2.

¹¹⁹ HvJ EU 6 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:96, r.o. 69 (*NK/Fortis*).

rechtsgevolgen van de PGV zijn verricht naar de regels van het de IVO.¹²⁰ Derhalve zal altijd voldaan zijn aan het criterium ‘nauw verband met de IVO, aangezien alles wat zich voordoet verband houdt dan wel valt binnen de IVO. In dat verband kan worden verwezen naar het vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland d.d. 23 mei 2018.¹²¹ De kenmerken van de PGV welke de rechtbank van belang acht om tot een conclusie te komen vloeien allen voort uit de insolventieprocedure. Derhalve komt zij ook tot de conclusie dat enkel in theorie de PGV buiten het kader van de insolventie kan worden toegepast. Mijns inziens geeft dit niet zonder meer weer dat de PGV derhalve door de IVO moet worden beheld.

Naar mijn mening komt het bij de vraag in welke verordening de PGV valt, steeds neer op de invulling van het dubbel criterium geformuleerd in *Gourdain/Nadler*. Hierbij is de rechtsgrondslag het doorslaggevende criterium is en dit criterium de basis vormt van de uitleg. Zoals blijkt uit mijn observatie van de rechtspraak, acht ik het onderscheid en de chronologie van beide criteria van belang. *Welling-Steffens* blijft na de uitspraak van het HvJ EU inzake *NK/Fortis* voorstander van dezelfde benadering.¹²² De rechtsgrondslag mag enkel aan de kant worden gezet in uitzonderlijke omstandigheden, namelijk indien omstandigheden ertoe leiden dat de vordering met een gemeen burgerlijke grondslag onlosmakelijk verbonden is met de insolventieprocedure.¹²³ Volgens A-G Bobek is dit het geval indien er dermate veel verschillen zijn met de algemene regeling dat het er in feite op neer komt dat de vordering een afwijkende regeling is van het burgerlijke recht.¹²⁴ De vraag rijst of er in de onderhavige casus dermate veel verschillen zijn met de algemene regeling dat het erop neerkomt dat de vordering in feite een uitzondering is op het burgerlijke recht en toepassing zoekt in het faillissementsrecht. Bovendien moet duidelijk worden gemaakt welke verschillen van belang zijn. In dat kader heeft A-G Ruiz-Jarabo Colomer reeds uitvoerig besproken hoe moet worden omgegaan met de kenmerken van een vordering in relatie tot het criterium ‘rechtstreeks verband met de insolventieprocedure’.¹²⁵ Het komt neer op vier criteria: (i) het recht moet uitsluitend worden ingesteld voor een rechterlijke instantie die het faillissement heeft uitgesproken, (ii) de vordering kan uitsluitend worden ingesteld door de curator of de rechter (ambtshalve), (iii) de rechtsvordering wordt ingesteld namens en ten behoeve van de boedel, (iv) de in de

¹²⁰ Conclusie A-G M. Bobek bij HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96, nr. 61-69 (*NK/Fortis*.)

¹²¹ Rechtbank Midden-Nederland, 23 mei 2018, *JOR* 2018/257, ECLI:NL:RBMNE:2018:2163.

¹²² L.F.A. Welling-Steffens in *JOR* 2019/116, p. 11.

¹²³ HvJ EU 19 april 2012, *JOR* 2012/202, r.o. 41 e.v. (*F-Tex*).

¹²⁴ A-G M. Bobek in zijn conclusie voor HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96, nr. 4, (*NK/Fortis*).

¹²⁵ A-G Ruiz-Jarabo Colomer in zijn conclusie 16 oktober 2008 bij HvJ EG 12 februari 2009, *JOR* 2011/340, C-339/07, r.o. 17, 22, 24. (*Seagon q.q./Deko Marty*).

faillissementswetgeving geldende verjaringstermijn is van toepassing. Met betrekking tot de PGV mist de curator de exclusieve bevoegdheid tot het instellen van de PGV en de verjaringstermijn wordt niet beheerst door de Faillissementswet.¹²⁶

Met betrekking tot de positie van een derde kan worden gesteld dat de toepassing van de IVO bezwaarlijk zou zijn.¹²⁷ Ten eerste is de grondslag voor typische faillissementsvorderingen, welke enkel door de curator in een insolventieprocedure kunnen worden ingesteld, te vinden in specifieke regels van het faillissementsrecht. Deze vorderingen kunnen enkel in een insolventieprocedure aan de orde komen en derden zullen daar derhalve redelijkerwijs rekening mee kunnen houden.¹²⁸ Wanneer een vordering zijn rechtsgrondslag vindt in de gemeenschappelijke regels van burgerlijk- en handelsrecht, is het niet vanzelfsprekend dat een derde op grond van een zulke vordering aansprakelijk wordt gehouden in een insolventieprocedure met toepassing van de IVO.¹²⁹

Met betrekking tot rechtszekerheid omtrent het toepasselijke recht, maakt de rechtsgrondslag van de PVG de vordering moeilijk vatbaar in grensoverschrijdende gevallen, aangezien voor de vordering uit onrechtmatige daad (ex art. 6:162 BW), de Brussel I-verordening van toepassing zal worden verklaard, hetgeen kan leiden tot een ander recht dan bepaald in de IVO. Indien de IVO van toepassing zou zijn, zou art. 4(2)c IVO *lex concursus* als toepasselijk recht bepalen op het moment dat de vordering aan het dubbel criterium voldoet.¹³⁰ Wanneer een individuele schuldeiser een vordering uit onrechtmatige daad instelt, hetgeen dezelfde rechtsgrondslag heeft als de PVG, zou deze vordering niet onder de IVO vallen, maar onder Rome II-verordening. Dan is het toepasselijke recht mogelijk het recht van het land waar de schade zich voortdoet ex. art. 4 of het land waarin de gebeurtenis zich heeft voorgedaan niet samenvalt met de plaats waar de schade zich voortdoet ex art. 17 Rome II-verordening, zijnde een ander recht dan de *lex concursus*. Dit betekent dat het toepasselijke recht de *lex concursus* is indien de derde aansprakelijk is jegens de gezamenlijke schuldeisers en de *lex causae* het

¹²⁶ Gerechtshof Amsterdam 16 september 2008, NL:GHAMS:2008:BG3723, *JOR* 2008/330 m.nt. B. Wessels, nr. 5 (*Jomed*).

¹²⁷ HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269 m.nt L.F.A. Welling-Steffens, *JOR* 2018/26.

¹²⁸ HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269 m.nt L.F.A. Welling -Steffens, *JOR* 2018/26; Hierbij kan worden gedacht aan een vordering uit *actio pauliana* art. 42 Fw waarbij aangenomen wordt dat deze vordering voldoet aan de twee Het dubbel criterium; considerans 35 en art. 6(1) Insolventieverordening nr. 2015/848.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ HvJ EU 10 december 2015, ECLI:EU:C:2015:806 (*Kornhaas/ Dithmar*); S. Bartels, *Bb* 2018/14; Art. 4(2)m IVO is niet van toepassing volgens A-G M. Bobek in zijn conclusie bij HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96, nrs. 92-97 (*NK/Fortis*).

toepasselijke recht is, indien de derde aansprakelijk is jegens de individuele schuldeisers, of *vice versa*.¹³¹ Derhalve is het niet wenselijk dat de IVO op de PGV van toepassing zou zijn.

Met betrekking tot de toepassing van de IVO-herschikking heeft het oordeel van *NK/Fortis* een grote invloed. De IVO-herschikking is van toepassing voor insolventieprocedures welke na 26 juni 2017 zijn geopend, derhalve is deze verordening niet van toepassing op het onderhavige arrest.¹³² Maar zelfs indien het onderhavige arrest onder het temporeel toepassingsgebied van de IVO-herschikking zou vallen, doet zich eenzelfde probleem voor als in het onderhavige geval. Het komt namelijk neer op de kwalificatie van de PGV. In de IVO-herschikking is weergegeven dat een vordering uit onrechtmatige daad niet als een insolventievordering mag worden beschouwd.¹³³ Op grond van art. 6 IVO-herschikking wordt de rechtsmacht bepaald door beantwoording van de vraag of een bepaalde vordering rechtstreeks uit het faillissement voortvloeit en daar nauw op aansluit. Bij de beantwoording van deze vraag moet rekening worden gehouden met het bepaalde in considerans punt 35 hetgeen bepaald dat een vordering uit onrechtmatige daad wordt aangemerkt als een niet-insolvente vordering.¹³⁴ Deze bepalingen op zichzelf hebben geen invloed op de beantwoording of de PGV moet worden beheld door de IVO of de Brussel I-verordening, aangezien ook voor de beantwoording van de vraag of de PGV onder art. 6 IVO valt, eerst de materiële grondslag moet worden bepaald.¹³⁵ Daarentegen heeft het oordeel *NK/Fortis* wel invloed op de beantwoording van de vraag omtrent art. 6 IVO-herschikking. Voor de beantwoording van deze vraag is namelijk de materiële rechtsgrondslag van de PGV van belang.

Derhalve is het oordeel om de PGV onder de Brussel I-verordening te laten vallen, op basis van de bovenstaande argumenten, wenselijk om aan de verwachtingen van derden te voldoen en rechtszekerheid te handhaven met betrekking tot de toepassing van de IVO in de praktijk.

¹³¹ HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269 m.nt L.F.A. Welling -Steffens, *JOR* 2018/26.

¹³² Rechtbank Maastricht, 1 augustus 2012, *JOR* 2013/215 r.o. 2.4.1. – 2.4.3. (*Van Dooren q.q./ BNP Paribas Fortis NV*).

¹³³ Verordening (EU) 2015/848 punt 35 in de considerans en art. 6.

¹³⁴ Verordening (EU) 2015/848 punt 35 in de considerans.

¹³⁵ HvJ EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2410, *JOR* 2016/103 (*H/HK*); Gerechtshof s’-Hertogenbosch, 4 juni 2013, *JOR* 2013/318, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA2317, r.o. 2.12.

5. Slot

Deze scriptie wierp een kritische blik op het oordeel van het HvJ EU. De kwalificatie van de PGV is complex en dit is waarneembaar in zowel de literatuur als de rechtspraak. De rechtspraak van de lagere instanties pleit voor de toepassing van de IVO. Door het analyseren van de rechtspraak is duidelijk geworden dat de grootste twijfel van de Hoge Raad lag in de kwalificatie van de PGV naar Nederlands recht. Derhalve heeft de Hoge Raad een prejudiciële vraag gesteld aan het HvJ EU: “*Valt een vordering tot schadevergoeding die de curator uit hoofde van hem in art. 68 lid 1, van de Faillissementswet gegeven opdracht tot beheer en vereffening van de failliete boedel namens de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde en waarvan, bij het slagen van die vordering, de opbrengst ten goede komt aan de boedel, onder de uitzondering van art. 1, lid 2, aanhef en onder b, van verordening nr. 44/2001?*”. Het HvJ EU heeft geoordeeld dat de PGV een vordering is uit hoofde van de onrechtmatige daad naar de regels van handels- en burgerlijke recht.

In de inleiding van deze scriptie werden vier vragen gesteld ter beoordeling of het oordeel wenselijk is. (i) Is het oordeel in lijn met rechtspraak met betrekking tot de actio pauliana? (ii) Worden crediteuren benadeeld vanwege mogelijk hogere procedurele kosten? (iii) Biedt het oordeel (voldoende) bescherming voor de verweerder en/of derden welke als belanghebbenden optreden in de insolventieprocedure? (iv) Biedt het oordeel (voldoende) rechtszekerheid? De antwoorden op deze vragen zullen in de conclusie worden besproken teneinde antwoord te formuleren ten aanzien van de centrale onderzoeksvraag.

(i) Is het oordeel in lijn met rechtspraak met betrekking tot de actio pauliana?

In deze scriptie komt ter beantwoording van de eerste prejudiciële vraag het belang van het dubbel criterium naar voren. Het HvJ EU heeft twee criteria geformuleerd welke kunnen worden gekoppeld aan het dubbel criterium, (i) de vordering vloeit rechtstreeks voort uit een insolventieprocedure of uit de gemeenschappelijke regels van het burgerlijke-en handelsrecht, (ii) intensiteit van het verband tussen een vordering in rechte en een insolventieprocedure. Door middel van de invulling van de criteria komt duidelijk naar voren dat de rechtsgrondslag van de vordering het doorslaggevende criterium is en dat de kenmerken van de PGV zoals de bevoegdheid tot het instellen van de vordering, ten behoeve van wie deze wordt ingesteld en waar de opbrengst naartoe gaat, enkel ter verificatie van het eerste criterium dienen en de procedurele context van de vordering weergeven. Vooral in de lagere rechtspraak werd in grote mate aandacht gegeven aan de (exclusieve) bevoegdheid van de curator. Deze kenmerken

mogen niet worden verward met de aard van de vordering, ter voorkoming van een ‘insolventie-zwart-gat’.

Volgens de lagere rechtspraak was het wenselijker om de PGV onder de IVO te laten vallen, omdat veel kenmerken van de PGV uit het faillissementsrecht voortvloeien. Mijns inziens is de Rechtbank Maastricht te kort door de bocht gegaan door enkel de procedurele kenmerken in acht te nemen en hierbij geen rekening te houden met de rechtspraak van het HvJ EU. Het Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch daarentegen had een juist uitgangspunt met betrekking tot de invulling van het dubbel criterium maar heeft hierbij meer aandacht gegeven aan de procedurele context en heeft geoordeeld dat de rechtsgrondslag uitsluitend is te vinden in het faillissement. Het hof heeft een vergelijking gemaakt met het arrest *Seagon q.q./Deko Marty*, hetgeen tot een onjuist oordeel heeft geleid. Uit de analyse van *NK/Fortis* en *Seagon q.q./Deko Marty* vloeit voort dat de PGV niet op dezelfde manier als de actio pauliana kan worden behandeld in het internationaal privaatrecht omwille van de verschillende rechtsgrondslagen van beide vorderingen. De vraag of we anno 2019 in een “insolventie-zwart-gat” terechtkomen kan derhalve ontkennend worden beantwoord, aangezien de procedurele context, welke in het geval van de PGV vaak voortvloeit uit de insolventieprocedure, niet van doorslaggevend belang wordt beschouwd door het HvJ EU. De aard van de vordering, art. 6:162 BW, rechtvaardigt dat de PGV door de Brussel I-verordening wordt beheerst.

Volgens verschillende auteurs daarentegen, is het wenselijker is om de PGV te laten vallen onder de IVO. Er wordt bepleit dat de aard van de PGV verschilt van de aard van de individuele vorderingen. Bovendien wordt er, net zoals in de lagere rechtspraak, aandacht gegeven aan de exclusieve bevoegdheid van de curator en de gelijkenissen met de actio pauliana. Het zou onwenselijk zijn dat, met betrekking tot de toepasselijke regelgeving, deze twee vorderingen tot herstel uit elkaar lopen. Mijns inziens is dit een groot aandachtspunt met betrekking tot de rechtszekerheid. Zowel de lagere rechtspraak als de literatuur baseert zich op jurisprudentie van het HvJ EU. Met deze twee kenmerken, welke zowel zien op (i) de aard van de PGV als (ii) de procedurele context, zou het wenselijk zijn om af te wijken van de regels van het burgerlijke recht en te oordelen dat de PGV zijn grondslag vindt in de Faillissementswet. Het HvJ EU daarentegen behandelt de PGV en de individuele vorderingen uit onrechtmatige daad als gelijken, aangezien beide hun grondslag vinden in art. 6:162 BW en keert met dit oordeel de zojuist genoemde (wenselijke) beoordeling om.

(ii) Worden crediteuren benadeeld vanwege mogelijk hogere procedurele kosten?

Mijns inziens komt het bij de beoordeling of het oordeel wenselijk is, is steeds terug op de kwalificatie van de PGV. Het oordeel van het HvJ EU op zichzelf is naar mijn visie gewenst aangezien het rechtszekerheid en duidelijkheid met zich meebrengt met betrekking tot de kwalificatie van de PGV. De vraag of de kwalificatie van de PGV gewenst is van een andere aard. De kwalificatie van de PGV als een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad is ook van belang ter beoordeling van het toepasselijke recht. *Van den Braak* van mening is dat er een aparte kwalificatie nodig is voor het toepasselijke recht. Ter beoordeling of de IVO van toepassing is voor het toepasselijke recht moet worden getoetst aan art. 6 IVO-herschikking. Zoals uiteengezet in hoofdstuk 4.2 is de materiële grondslag van belang ter beoordeling van het toepasselijke recht. Wanneer de PGV de invulling van het dubbele criterium reeds heeft doorstaan, is het hoogstwaarschijnlijk dat de PGV niet zal worden gezien als een vordering welke nauw samenhangt met de insolventieprocedure en zal de IVO derhalve niet van toepassing zijn ter bepaling van het toepasselijke recht.

In dat verband is het oordeel van *NK/Fortis* niet wenselijk, aangezien dit leidt tot toepassing van de Rome II-verordening. Ingevolge het arrest is de materiële grondslag te vinden is in art. 6:162 BW. Dit betekent dat het recht van het land van toepassing zal zijn waar (i) de schade zich voordoet of (ii) een ander recht dan *lex concursus*. Indien het toepasselijke recht onder de IVO zou worden beoordeeld, zou er sprake zijn van *Gleichlauf*, waardoor het toepasselijke recht in de meeste gevallen het Nederlandse recht zou zijn. Dit betekent dat er minder kosten moeten worden gemaakt door de curator met betrekking tot de insolventieprocedure. Omdat bij de kwalificatie van de PGV als een vordering uit onrechtmatige daad de Rome II-Verordening van toepassing zal zijn, zullen er mogelijk meer kosten worden gemaakt door de curator met betrekking tot de insolventieprocedure en zal dit op zijn beurt een benadeling voor de crediteuren met zich meebrengen, vanwege de kleinere boedel. Met betrekking tot dat argument is het derhalve wenselijk dat de PGV door de IVO wordt behelst.

(iii) Biedt het oordeel (voldoende) bescherming voor de verweerder en/of derden welke als belanghebbenden optreden in de insolventieprocedure?

Het oordeel van *NK/Fortis* dat de materiële grondslag te vinden is in art. 6:162 BW, is wenselijk voor de derde welke aansprakelijk wordt gehouden op grond van de PGV, vermits hetzelfde recht van toepassing zou zijn in het geval wanneer de derde aansprakelijk zou worden gehouden jegens de gezamenlijke schuldeisers als jegens de individuele schuldeisers.

Bovendien is dit ook wenselijk met betrekking tot duidelijkheid en rechtszekerheid voor derde-belanghebbende, omdat een vordering welke zijn rechtsgrondslag vindt in het burgerlijk- en handelsrecht naar verwachting toepassing van de Rome II-verordening met zich meebrengt.

(iv) Biedt het oordeel (voldoende) rechtszekerheid?

Bovendien is het oordeel van het HvJ EU, in mijn visie, praktisch wenselijk, met betrekking tot toekomstige beoordelingen van zowel de PGV als andere vorderingen. De lijn van jurisprudentie van het HvJ EU vertoont regelmaat en geeft een stramien weer, welke zij volgt ter beantwoording van de vraag of een vordering in de Brussel I-verordening of de IVO valt, zoals besproken in hoofdstuk 3.2.2. Volgens het stramien is de rechtsgrondslag van de PGV te vinden in het burgerlijke recht (art. 6:162 BW) en is deze van doorslaggevend belang. Naar mijn visie is het praktisch wenselijk om (voortaan) hetzelfde stramien te volgen. Dit geeft duidelijkheid voor zowel de lagere instanties als de Hoge Raad om voortaan een oordeel te vellen met betrekking tot een vergelijkbare prejudiciële vraag.¹³⁶ Bovendien heeft dit tot gevolg dat er consistentie is van de rechtspraak en hetgeen rechtszekerheid met zich meebrengt.

Mijns inziens kan op de onderzoeksvraag: *‘Is het oordeel door het Hof van Justitie van de Europese Unie in NK/BNP Paribas Fortis inzake de Peeters/Gatzen-vordering wenselijk?’* het algemene antwoord worden geformuleerd dat het oordeel van het HvJ EU wenselijk lijkt te zijn met betrekking tot de besproken onderwerpen. Hierbij moet rekening worden gehouden met het feit dat er zowel voor-als tegenargumenten in de rechtspraak en literatuur te vinden zijn met betrekking tot de besproken onderwerpen. Naar mijn visie wegen de argumenten welke pleiten voor de toepassing van de Brussel I-verordening zwaarder door, vermits deze argumenten samen met het oordeel duidelijkheid en rechtszekerheid weergeven. De nadere invulling en toepassing van dit oordeel in de praktijk is thans nog onduidelijk aangezien er ten tijde van deze scriptie zich nog geen relevante rechtspraak heeft voorgedaan. De vraag of het oordeel in de praktijk daadwerkelijk duidelijkheid met zich meebrengt zal derhalve nader moeten worden bezien.

¹³⁶ Met deze conclusie wordt buiten beschouwing gelaten dat er twijfel is over de kwalificatie van de vordering en het feit dat er daadwerkelijke twijfel is omtrent de interpretatie van EU-recht.

6. Literatuurlijst

Wetgeving

Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures. (“IVO”)

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. (“Brussel I-verordening”)

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-verordening”)

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 II-verordening”)

Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures. (“IVO-herschikking”)

Kamerstukken II 1999/2000, 22775, 17, p. 6 (NvW IV).

Rechtspraak:

HR 28 juni 1957, NJ 1957/514 (*Manifattura Tesseli Erba/ Amsterdamse Bank*).

HvJ EU 22 februari 1979, C-133/78, EU:C:1979:49 (*Gourdain/Nadler*).

HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4521, NJ 1983/597 (*Peeters q.q./ Gatzen*).

Conclusie A-G Mr. Biegman-Hartogh bij Hoge Raad 14 januari 1983, NJ 1983, 597 (*Peeters q.q./Gatzen*).

HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 (*Nimox/ Van den End q.q.*).

HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2277, NJ 1996/627 (*Notaris/ Curatoren THB I*).

HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1590, NJ 1996/628 (*Notaris/ curatoren THB II*).

HR 21 december 2001, NJ 2005/95, JOR 2002/37 (*Lunderstädt/ De Kok*).

HR 21 december 2001, NJ 2005/96, m.nt. Kortmann, JOR 2002/38, m.nt. Faber en Bartmann.

HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD2684, NJ 2005/96 (*Sobi/Hurks*).

HR 16 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7797, NJ 2006/311 m.nt. P. van Schilfgaarde (*de Bont/Bannenberg q.q.*).

Gerechtshof Amsterdam 16 september 2008, NL:GHAMS:2008:BG3723, JOR 2008/330 (*Jomed*)

Conclusie A-G Ruiz-Jarabo Colomer 16 oktober 2008 bij HvJ EG 12 februari 2009, JOR 2011/340, C-339/07 (*Seagon q.q./Deko Marty*).

HvJ EG 12 februari 2009, JOR 2011/340 (*Seagon q.q./Deko Marty*).

HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF3917, NJ 2009/416 (*Dekker/ Lutèce*).

HvJ EG 2 juli 2009, NJ 2013/300 (*SCT Industri/Alpenblume*).

HvJ EG 10 september 2009, ECLI:EU:C:2009:544, JOR 2011/341 (*German Graphics/ Van der Schee*).

HvJ EG 10 september 2009, JOR 2011/341, m.nt. Veder (*German Graphics/ van der Schee*).

HR 14 januari 2011, NJ 2011/366 m.nt. F.M.J Verstijlen (*Butterman q.q./ Rabobank*).

HvJ EU 19 april 2012, JOR 2012/303, m.nt. Veder (*F-Tex.*)

Rechtbank Maastricht, 1 augustus 2012, JOR 2013/215 (*Van Dooren q.q./ BNP Paribas Fortis NV*).

Gerechtshof s'-Hertogenbosch, 4 juni 2013, JOR 2013/318, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA2317.

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

HvJ EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2410, JOR 2016/103 (*H/HK*).

HvJ EU 10 december 2015, ECLI:EU:C:2015:806 (*Kornhaas/ Dithmar*).

Rechtbank 's-Hertogenbosch 16 februari 2016, JOR 2016/247, m.nt D. Beunk en B.A. Schuijling.

HR 08 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269, m.nt. L.F.A. Welling-Steffens nr. 3.2.

HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269 m.nt L.F.A. Welling-Steffens, JOR 2018/26.

HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269, ECLI:NL:PHR:2017:427, JOR 2017/334 m.nt. M.A. Broeders, (*Rosbeek q.q./ BNP Paribas Fortis*).

HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269, ECLI:NL:PHR:2017:427, JPBr 2019/12 m.nt. Stein (*Rosbeek q.q./ BNP Paribas Fortis*).

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

HvJ EU 9 november 2017, C-641/16, EU:C:2017:847.

HvJ EU 20 december 2017 C-649/16, EU:C:2017:986.

Rechtbank Midden-Nederland, 23 mei 2018, *JOR* 2018/257, ECLI:NL:RBMNE:2018:2163.

Rechtbank Oost-Brabant 28 februari 2018, *JBPr* 2018/39, m.nt. Stein.

HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17 m.nt Stein, *JBPR* 2019/12, nr. 4.

HvJ EU 6 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:96 (*NK/Fortis*).

HvJ EU 6 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:96, *JOR* 2019/116, m.nt. Welling-Steffens.

Rechtbank Midden-Nederland 30 september 2019, ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:242, *JOR* 2019/94 m.
nt. Bens.

Conclusie A-G M. Bobek bij HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96 (*NK/Fortis*).

Literatuur:

Verstijlen, *WPNR* 2002

F.M.J. Verstijlen, 'De onrechtmatige-daadsvordering wegens benadeling van schuldeisers binnen faillissement; één voor allen én ieder voor zich', *WPNR* (2002) 6502.

Spinath, *TOP* 2016/280

I. Spinath, 'Het beperkte bereik van de Peeters/Gatzen-vordering en de wenselijkheid daarvan', *TOP* 2016/280.

Franken, *Tvl* 2018/16

M.J.M. Franken, 'De Peeters/Gatzen-vordering en de gezamenlijke schuldeisers', *Tvl* 2018/16.

Hooghoudt & van Sisseren-Roesingh, *MvV* 2018/2

P.J. Hooghoudt en D.C. van Sisseren-Roesingh, 'Een redelijke uitkomst als leidraad voor afbakening van de Peeters/ Gatzen-vordering', *MvV* 2018, nr. 2.

Bartels, *Bb* 2018/1.

S. Bartels, 'De Peeters/Gatzen-vordering gaat onversaagd internationaal: prejudiciële vragen in Hoge Raad, 8 september 2017, *NJ* 2017/35', *Bb* 2018/14.

Thiel, *V&O* 2006

S.C.M. Van Thiel, 'De individuele schuldeiser en de Peeters-/ Gatzen vordering, wachten op de curator?', *vennootschap en onderneming*, december 2006, nr. 12.

Van den Braak, TvI 2019/18

Van den Braak, 'De Peeters/Gatzen-vordering in het internationaal privaatrecht; een overzicht naar aanleiding van Hof van Justitie EU 6 februari 2019, arrest C-535/17 (NK/Fortis)', *TvI* 2019/18.

Verstijlen & Vriesendorp, AA 2002

Verstijlen 2002 en R.D. Vriesendorp, annotatie bij HR 21 december 2001, *NJ* 2005/95, *JOR* 2002/37 , (*Lunderstädt/De Kok*), *AA* 2002.