

231. Dé Peeters/Gatzen-vordering bestaat niet in het IPR

MR. DRS. D. BEUNK

In relatief korte tijd heeft 'onze' Peeters/Gatzen-vordering het tot tweemaal toe geschopt tot een arrest van het Hof van Justitie EU. In beide gevallen ging het om beslechting van in het IPR fundamentele kwesties. De (voorlopige) eindstand: de Nederlandse rechter als faillissementsrechter is niet automatisch bevoegd om van een Peeters/Gatzen-vordering kennis te nemen. Wél kan de Nederlandse rechter onder omstandigheden rechtsmacht aannemen op grond van art. 7 onder 2 EEX-Vo II en wordt de Peeters/Gatzen-vordering onder omstandigheden beheerst door Nederlands recht op grond van art. 4 Rome II. Welke implicaties hebben deze arresten voor de praktijk en welke strekking komt deze arresten toe? In dit artikel onderwerp ik beide arresten, alsmede de rechtspraak die naar aanleiding hiervan is geweest, aan een nader onderzoek.

1. Inleiding

De Peeters/Gatzen-vordering ('PGV') is een in de jurisprudentie ontwikkelde vordering van de curator uit hoofde van onrechtmatige daad.¹ Het betreft een vordering die strekt tot herstel van verhaalsbenadeling voorafgaand aan een faillissement van de schuldenaar waarbij een derde door feitelijk handelen/nalaten op onrechtmatige wijze betrokken is. Ondanks een concrete oproep² en voorstel³ daartoe bestaat er nog (steeds) geen wettelijke regeling voor de PGV, waardoor een duidelijk kader ontbreekt en discussie over (één van de belangrijkste) wezenskenmerken van de PGV mogelijk blijft.⁴ Internationaal gezien lijkt dit de PGV 'op te breken', gelet op het arrest *Rosbeek q.q./BNP Pari-*

*bas Fortis*⁵ (hierna verkort ook wel 'Rosbeek')(par. 2). Een regeling in de Faillissementswet is daarom gewenst. Ook zonder een wettelijke regeling verdedig ik de stelling dat de PGV onder omstandigheden als een 'insolventierechtelijke' vordering kan kwalificeren in het IPR. Inmiddels heeft de 'civielrechtelijke' PGV haar weg in de jurisprudentie gevonden, kijkend naar het arrest BMA Nederland⁶ (hierna verkort ook wel 'BMA') (zie par. 3).

De opbouw van dit artikel is als volgt. Ik bespreek steeds eerst kort de casus die ten grondslag liggen aan de respectieve arresten. Daarna zet ik de internationaalprivaatrechtelijke discussie uiteen tegen welke achtergrond de arresten moeten worden geplaatst. Vervolgens geef ik het oordeel van het Hof van Justitie weer, waarna ik de uitspraken van de verwijzende rechters behandel waarin het oordeel van het Hof van Justitie wordt toegepast. Tot slot onderwerp ik de arresten en de rechtspraak aan een nader onderzoek.

2. Rosbeek q.q. / BNP Paribas Fortis

2.1 Inleiding

In de zaak *Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis* ging het om een PGV ingesteld door de curator van een in Nederland failliet verklaard gerechtsdeurwaarderskantoor jegens de in België gevestigde Fortis-bank. Het vermeende onrechtmatig handelen van Fortis betrof de medewerking aan

1 HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4521, NJ 1983/597, m.nt. Wachter; AA 1984/220, m.nt. P. Van Schilfgaarde; «JOR» 2021/234, m.nt. Kortmann (*Peeters q.q./Gatzen*).

2 W.J.M. van Andel, in W.J.M. van Andel en F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement*, Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer, 2006, p. 84-85.

3 In het eind 2007 gepresenteerde Voorontwerp Insolventiewet (te vinden via: <http://docplayer.nl/34955967-Voorontwerp-insolventiewet.html>) is er voor gekozen de Peeters/Gatzen-vordering te codificeren in art. 3.2.8 – vordering tot herstel van de boedel: 'In het geval van benadeling van de schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden door de schuldenaar kan de bewindvoerder herstel van de boedel vorderen van een derde die op een wijze die volgens artikel 162 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek onrechtmatig jegens de schuldeisers is, bij die benadeling betrokken was.' Belangrijk is ook art. 3.2.9 – exclusiviteit bewindvoerder; verzet tegen toelating; verjaring – in het bijzonder lid 1: '1. Rechtsvorderingen, gegrond op de artikelen 3.2.1, 3.2.5 en 3.2.8, worden ingesteld door de bewindvoerder. [...]'

4 Vgl. Van Andel (*Preadvis Andel/Verstijlen 2006*), p. 7.

5 HvJ EU 6 februari 2019, zaak C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96, NJ 2020/387, m.nt. Berends onder NJ 2020/388; «JOR» 2019/116, m.nt. Welling-Steffens; Bb 2019/66, m.nt. Bartels; JBPR 2019/12, m.nt. Stein (*Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis*).

6 HvJ EU 10 maart 2022, zaak C-498/20, ECLI:EU:C:2022:173, «JOR» 2022/190, m.nt. Beunk; JBPR 2022/33, m.nt. Zilinsky & Knigge; *Ondernehmensrecht* 2022/75, m.nt. Welling-Steffens (*BMA Nederland*).

een opname van € 550.000 in contanten bij een Belgisch bankfiliaal. Hierdoor was verduistering van dit bedrag, dat afkomstig was van een bij Rabobank Sittard-Geleen aangehouden kwaliteitsrekening, mogelijk gemaakt door Fortis.

Tussen partijen bestond discussie over de rechtsmacht van de Nederlandse rechter om van deze PGV kennis te nemen: kwalificeert de PGV als een ‘insolventierechtelijke’ vordering, die daardoor onder de Insolventieverordening⁷ valt? Of is de PGV een vordering in een burgerlijke of handelszaak (een ‘civielrechtelijke’ vordering) die derhalve binnen de materiële werkingssfeer van de EEX-verordening⁸ valt? In het eerste geval is de Nederlandse rechter bevoegd als de rechter waar de insolventieprocedure is geopend.⁹ In het tweede geval is het (op zijn minst) onzeker of de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt.¹⁰ Nadat zowel rechtbank als hof zich (diverse malen) over deze kwestie hadden uitgesproken,¹¹ heeft de Hoge Raad – in navolging van de A-G Vlas¹² – aan het Hof van Justitie (hierna ook wel ‘HvJ’) prejudiciële vragen gesteld over de IPR-rechtelijke kwalificatie van de PGV.¹³

7 Verordening (EU) nr. 2015/848 betreffende insolventieprocedures (herschikking) (de ‘Insolventieverordening’ of ‘IVO II’). De Insolventieverordening vervangt verordening (EG) nr. 1346/2000 betreffende insolventieprocedures (‘IVO’).

8 Verordening (EU) nr. 1215/2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking) (de ‘EEX-Verordening’ of ‘EEX-Vo II’). De (herschikte) EEX-verordening vervangt verordening (EG) nr. 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (‘EEX-Vo’) en het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van 27 september 1968 (het ‘EEX-Verdrag’).

9 Art. 3 IVO II jo 6 IVO II. In de (voormalige) Insolventieverordening volgde dit impliciet uit art. 3 jo 32 IVO.

10 Hoofdregeel voor de internationale bevoegdheid van een rechter onder de EEX-verordening is de woonplaats van gedaagde (art. 4 EEX-Vo II). Alternatief bevoegd ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad is het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen (art. 7 lid 2 EEX-Vo II).

11 Zowel de rechtbank als het hof hebben in incident de vraag of de Nederlandse rechter rechtsmacht toekwam om van de PGV van de curator kennis te nemen bevestigend beantwoord. Zie rb. Maastricht 1 augustus 2012, «JOR» 2013/215; en hof Den Bosch 4 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA2317, «JOR» 2013/318, m.nt. Veder. In de procedure ten gronde zag de rechtbank zich vervolgens voor de vraag gesteld aan de hand van welk recht het onrechtmatig handelen van Fortis en haar schadeplichtigheid dienden te worden beoordeeld. Zij was van oordeel dat dit het Belgische recht was. Zie rb. Limburg 10 september 2014, «JOR» 2014/319, m.nt. Ebben. In het hoger beroep tegen dit vonnis oordeelde het hof eveneens dat het (handelen) van Fortis op grond van art. 3 WCOD naar Belgisch recht diende te worden beslist. Ook ontstond opnieuw discussie over de bevoegdheid van de Nederlandse rechter. Omdat het hof Den Bosch daar al eerder een beslissing op had genomen, stelde het hof tegen het te wijzen tussenarrest cassatie open. Zie hof Den Bosch 16 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:481, «JOR» 2016/247, m.nt. Beunk & Schuijling. Daar hebben partijen gebruik van gemaakt.

12 Conclusie A-G Vlas van 12 mei 2017, ECLI:NL:PHR:2017:427 (*Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis*), punt 3.9 en 4.1.

13 HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269, «JOR» 2017/334, m.nt. Broeders; *Ondernemingsrecht* 2018/26, m.nt. Welling Steffens (*Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis*).

2.2 Achtergrond discussie

De kwalificatie van een bepaalde vordering als insolventierechtelijk of civielrechtelijk betreft een voor het IPR fundamentele kwestie, waarover uitgebreide jurisprudentie bestaat. Kort gezegd komt het erop neer dat alléén die vorderingen die i) rechtstreeks uit een insolventieprocedure voortvloeien en ii) daar nauw mee samenhangen, zijn uitgesloten van de EEX-Verordening en derhalve binnen de werkingssfeer van de Insolventieverordening vallen. Om vast te stellen of een vordering voldoet aan het eerste criterium ‘rechtstreeks uit een insolventieprocedure voortvloeien’, is niet de procedurele context van die vordering doorslaggevend (bijvoorbeeld dat de vordering is ingesteld naar aanleiding van een insolventieprocedure¹⁴), maar is de rechtsgrondslag van die vordering bepalend.¹⁵ Wat het tweede criterium betreft, ‘daar nauw mee samenhangen’, is de intensiteit van de band tussen de vordering in rechte en de insolventieprocedure van belang.¹⁶

2.3 Hof van Justitie: kwalificatie van de PGV

Het HvJ heeft in antwoord op de prejudiciële vragen van de Hoge Raad geoordeeld dat de PGV een civielrechtelijke vordering betreft. Daartoe overwoog het HvJ dat de door hem opgesomde kenmerken van de PGV (slechts) deel uitmaken van de procedurele context van die vordering en de vordering voorts een vordering uit onrechtmatige daad is. In zijn overweging erkent het HvJ dat er onmiskenbaar een nauwe band is tussen de onderhavige (Peeters/Gatzen-) vordering en de insolventieprocedure, aangezien het gaat om een vordering die is ingeleid door de curator in het belang van de schuldeisers. Het HvJ vervolgt echter dat ondanks deze onmiskenbare band, de vordering niet kan worden beschouwd als een rechtstreeks en onlosmakelijk gevolg van een dergelijke procedure. De vordering kan namelijk ook worden ingesteld door de schuldeisers zelf en valt dus niet onder de uitsluitende bevoegdheid van de curator, aldus het HvJ. Ook acht het HvJ van belang dat de vordering losstaat van de inleiding van een insolventieprocedure. De Peeters/Gatzen-vordering valt daarmee dus niet

14 HvJ EG 10 september 2009, zaak C-292/08, ECLI:EU:C:2009:544, NJ 2010/541, m.nt. Polak; *JBPr* 2010/2, m.nt. Bos; «JOR» 2011/341, m.nt. Veder onder «JOR» 2011/342 (*German Graphics*), r.o. 31 en 33; HvJ EU 4 september 2014, zaak C-157/13, ECLI:EU:C:2014:2145, NJ 2015/89, m.nt. Strikwerda; «JOR» 2015/87, m.nt. Veder (*Nickel & Goeldner Spedition/Kintra*), r.o. 29.

15 HvJ EU 4 september 2014, t.a.p., (*Nickel & Goeldner Spedition/Kintra*), r.o. 27; HvJ EU 9 november 2017, zaak C-641/16, ECLI:EU:C:2017:847, *TvI* 2018/23, m.nt. Berends; «JOR» 2018/132, m.nt. Schuijling onder «JOR» 2018/133; *Bb* 2018/11, m.nt. Bosker (*Tünkers/Expert*), r.o. 22; en HvJ EU 4 december 2019, zaak C-493/18, ECLI:EU:C:2019:1046, «JOR» 2020/124, m.nt. Veder (*UB/VA e.a.*), r.o. 27. Volgens deze benadering moet worden nagegaan of het recht of de verbintenis waarop de vordering is gebaseerd, voortvloeit uit de gemene regels van het burgerlijk recht en het handelsrecht, dan wel uit specifieke, afwijkende regels voor insolventieprocedures.

16 HvJ EU 9 november 2017, t.a.p., (*Tünkers/Expert*), r.o. 28. Zie ook de conclusie van A-G Bobek van 18 oktober 2018, zaak C-535/17, ECLI:EU:C:2018:850 (*Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis*), r.o. 57, die het HvJ in overweging geeft te bevestigen dat de toets omtrent de intensiteit van de vordering slechts een verificatiemiddel is.

onder het toepassingsgebied van de Insolventieverordening, maar onder de EEX-verordening.

2.4 Vervolg casus: Hoge Raad

Naar aanleiding van het arrest van het HvJ zag de Hoge Raad zich voor de vraag gesteld of hij – nu hij niet bevoegd was op grond van art. 6 IVO II – wellicht rechtsmacht kon aannemen op grond van art. 7 lid 2 EEX-Vo II.¹⁷ Hoewel óók over de uitleg van art. 7 lid 2 EEX-Vo II, en dan in het bijzonder het *Erfolgsort*¹⁸ discussie mogelijk is (zie hierna, par. 3.2), heeft de Hoge Raad beslist dat *in casu* zowel het *Handlungsort* (de plaats waar € 550.000 in contacten van een zichtrekening waren opgenomen) als het *Erfolgsort* (de plaats van die zichtrekening) te Maasmechelen, België, waren gelegen en dus slechts de Belgische rechter bevoegd was om van deze PGV kennis te nemen.

2.5 Commentaar

Het arrest van het HvJ leidt ertoe dat de Nederlandse rechter als faillissementsrechter niet *automatisch* bevoegd is om van de vordering van een Nederlandse curator¹⁹ kennis te nemen enkel omdat het faillissement in Nederland is geopend. Indien zij geen rechtsmacht heeft op grond van de EEX-Verordening, zal de curator zijn vordering bij een buitenlandse rechter aanhangig moeten maken. Dat dit niet slechts een theoretische mogelijkheid is, bewijst de zaak *Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis*, waar de curator naar België wordt verwezen. Het arrest brengt derhalve diverse lastige (praktische) implicaties met zich, die hierna zullen worden besproken. Maar ook plaats ik een belangrijke nuancering bij de kwalificering van de PGV door het HvJ, zoals ik hierna zal uitleggen.

2.5.1 Praktische implicaties

Een duidelijke praktische implicatie is dat een Nederlandse curator ‘aan slagkracht [lijkt] in te boeten’ omdat de bevoegdheidsregels van de EEX-Verordening voor hem minder gunstig zijn dan die van de Insolventieverordening.²⁰ Vergelijk alleen al de *Rosbeek*-casus waarin de Nederlandse rechter niet bevoegd is om van de PGV kennis te nemen. Een curator zal steeds eerst internationaal advies moeten inwinnen, waarna – indien het überhaupt al de moeite loont om in het buitenland te procederen – veelal een vertaalslag moet worden gemaakt wat betreft het toepasselijke wettelijk kader en de relevante vereisten. Ook kan een curator

de PGV niet steeds ‘bundelen’ voor de Nederlandse rechter met samenhangende, insolventierechtelijke vorderingen zoals de *actio Pauliana*²¹ of – zo wordt aangenomen²² – een vordering op grond van art. 2:248 BW. De mogelijkheden om deze vorderingen omwille van een goede rechtsbedeling²³ tóch bij dezelfde (buitenlandse) rechter in te stellen, zijn beperkt tot het instellen van deze vordering bij de rechter van de woonplaats van gedaagde.²⁴ Dit komt het doel van een meer efficiënte en doeltreffende afwikkeling van insolventieprocedures met grensoverschrijdende gevolgen niet ten goede.²⁵ Tot slot – en dat is een meer fundamenteel bezwaar – zal buiten de vraag naar een eventuele bundeling van vorderingen, discussie kunnen ontstaan over de bevoegdheid van de betreffende buitenlandse rechter en ontvankelijkheid van de curator ten aanzien van de PGV. Dit zal ik verder uitwerken.

2.5.2 Aannames over de PGV en rechtsvergelijking

Eerst is van belang om kort stil te staan bij de Nederlandse situatie, waarin een wettelijke regeling voor de PGV voornamelijk ontbreekt. Hierdoor is discussie blijven bestaan over de wezenskenmerken²⁶ van de PGV, waaronder de vraag of de PGV uitsluitend – ‘exclusief’ – door een curator kan worden ingesteld.²⁷ Anders dan waar het HvJ van uitgaat,²⁸ wordt namelijk wel verdedigd dat de PGV exclusief is voorbehouden aan de curator en dat de PGV niet gelijk is aan een optelsom van individuele vorderingen²⁹ omdat

17 HR 3 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1223, NJ 2020/388, m.nt. Berends; *Tvl* 2021/24, m.nt. Zilinsky (*Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis II*).

18 Vgl. conclusie A-G Vlas van 6 maart 2020, ECLI:NL:PHR:2020:214, r.o. 3.14. Vlas stelt dat het *Erfolgsort* slechts als aanknopingspunt kan dienen indien daarvoor bijzondere omstandigheden aanwezig zijn, maar ziet overigens voor het stellen van prejudiciële vragen thans geen reden.

19 Daarmee bedoel ik een curator aangesteld in een in Nederland geopende insolventieprocedure ex art. 3 IVO II.

20 R. Verheyden, *De afdwinging van aansprakelijkheid na faillissement van de vennootschap als instrument van bankruptcy governance* (diss. KU Leuven), 1 april 2022, par. 1288. Het proefschrift zal nog worden aangevuld en gereviseerd in het kader van een handelseditie (hard copy), verwacht begin 2023.

21 Zie art. 7 lid 2 sub m en art. 16 IVO II (art. 4 lid 2 sub m en art. 13 IVO). Zie verder, HvJ EU 12 februari 2009, zaak C-339/07, ECLI:EU:C:2009:83, «JOR» 2011/340, m.nt. Veder onder «JOR» 2011/342 (*Seagon q.q./Deko Marty*), r.o. 28; HvJ EU 16 januari 2014, ECLI:EU:C:2014:32, zaak C-328/12, *Tvl* 2015/25, m.nt. Berends; «JOR» 2014/182, m.nt. Veder (*Schmid/Hertel*), r.o. 30; HvJ EU 14 november 2018, zaak C-296/17, ECLI:EU:C:2018:902, «JOR» 2019/65, m.nt. Veder; *NJ* 2019/235, m.nt. Berends; *JBPR* 2019/1, m.nt. Stein (*Wiemer & Trachte/Zhan Oved Tadzher*), r.o. 26.

22 Zie D. Beunk in *GS Faillissementswet, art. 6 Insolventieverordening (herschikking)*, aant. 2, met verdere verwijzingen.

23 Vgl. art. 6 lid 3 IVO II.

24 Zie art. 6 lid 2 IVO II. Indien een curator een ‘insolventierechtelijke’ vordering wenst in te stellen tezamen met een daarmee samenhangende ‘civielrechtelijke’ vordering tegen dezelfde verweerder, is alléén de rechter bevoegd van de woonplaats van deze verweerder (art. 4 EEX-Vo II). De curator kan géén gebruik maken van de alternatieve bevoegdheidsgronden van (bijv.) art. 7 EEX-Vo II.

25 Vgl. HvJ EU 12 februari 2009, t.a.p., (*Seagon q.q./Deko Marty*), r.o. 22.

26 Van Andel (*Preadvies Andel/Verstijlen 2006*), p. 7 en 14.

27 Zie voor een (recente) uiteenzetting van deze discussie inclusief verwijzingen, M.J.M. Franken, ‘De Peeters/Gatzen-vordering en de gezamenlijke schuldeisers’, *Tvl* 2018/16, par. 2. Franken concludeert dat de genoemde schrijvers in meerderheid menen dat de PGV exclusief aan de curator behoort toe te komen.

28 Vgl. de conclusie van A-G Bobek van 18 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:850888 (*Rosbeek q.q./BNP Pariba Fortis*). Hij was van mening dat de verwijzende rechter maar een oordeel over de kwalificatie van de PGV moest geven ‘met diens kennis van de tamelijk ingewikkelde nationale procedurevoorschriften’.

29 Zie voor een (recente) uiteenzetting van deze discussie inclusief verwijzingen, A-G Vlas in zijn conclusie van 12 mei 2017, ECLI:NL:PHR:2017:427 (*Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis*), punt 2.24. Na deze uiteenzetting voegt Vlas zich bij de auteurs die stellen dat de vorderingen van individuele schuldeisers of de optelsom daarvan niet geheel gelijk zijn aan de vordering die door de curator jegens de derde wordt ingesteld.

individuele verweren bij de PGV geen rol spelen.³⁰ Bovendien verschilt de aard van de vordering (schending van een collectieve versus een specifieke zorgplicht). Een PGV kan volgens deze zienswijze ook niet ‘los’ van de inleiding van de insolventieprocedure worden gezien, omdat niet eerder een gelijke vordering kan worden ingesteld. Een collectieve actie (of andere wijze van bundeling) van individuele schuldeisers leidt immers materieel niet tot hetzelfde resultaat³¹ en de schuldenaar heeft evenmin de bevoegdheid tot het instellen van een vordering nu de verhaalsbenadeling (met medewerking van de aangesproken derde) door zijn handelen heeft plaatsgevonden. Bovendien wordt er wel op gewezen dat óók de vorderingen ex art. 42 en 47 FW en 2:248 BW kunnen samenlopen met een actie tot schadevergoeding (ex art. 6:162 BW) van een individuele schuldeiser, terwijl bij deze vorderingen niet in discussie is dat zij tot de ‘uitsluitende bevoegdheid’ van de curator behoren.³² Interessante vraag is derhalve of andere aannames, al dan niet als gevolg van een wettelijke basis zoals voorgesteld in het Voorontwerp Insolventiewet, tot een ander arrest zouden hebben geleid.

Buiten de vraag naar een eventuele bundeling van vorderingen, zal discussie kunnen ontstaan over de bevoegdheid van de betreffende buitenlandse rechter en ontvankelijkheid van de curator ten aanzien van de PGV

Een kijkje over onze landsgrenzen biedt inspiratie. Diverse, ons omringende landen kennen een vordering die equivalent is aan onze PGV mét een wettelijke basis in hun faillissementswet op grond waarvan een curator exclusief bevoegd is deze vordering in te stellen en individuele schuldeisers deze mogelijkheid wordt ontzegd. Zo wordt onder andere verwezen naar Duitsland en Frankrijk (§ 92 InsO³³ resp.

art. L.622-20 C.com³⁴). Ook in België heeft de curator een monopolie³⁵ ten aanzien van een aan de PGV vergelijkbare vordering, waaronder art. XX.227 WER (Wetboek van economisch recht).³⁶ Kwalificeren deze buitenlandse Peeters/Gatzen-achtige vorderingen (steeds) als insolventierechtelijke vorderingen?

Verheyden stelt dat de exclusiviteit van het vorderingsrecht van de curator enerzijds noodzakelijk lijkt om de PGV onder de Insolventieverordening te laten vallen. Maar het is volgens hem anderzijds ‘twijfelachtig’ ‘[o]f dat element ook zou volstaan om het HvJ van gedachten te doen veranderen’.³⁷ Verheyden vervolgt: ‘In België heeft de curator weliswaar een vorderingsmonopolie, maar de [Peeters/Gatzen-]vordering kan ook buiten faillissement door iedere schuldeiser worden ingesteld [...]. Anders gesteld, zelfs als de Nederlandse curator in de besproken casus exclusief bevoegd was – zoals voorgesteld in het afgeschafte Voorontwerp Insolventiewet [...] – zou het HvJ de PGV niet met zekerheid kwalificeren als een insolventierechtelijke vordering.’

Deze redenering (‘de vordering kan ook buiten faillissement door iedere schuldeiser worden ingesteld’) gaat wat mij betreft niet op. Immers, ook een actio Pauliana kan buiten faillissement door iedere schuldeiser worden ingesteld (vgl. art. 3:45 BW) maar kwalificeert in faillissement als een ‘insolventierechtelijke’ vordering.³⁸ Een argument voor een afwijkende IPR-rechtelijke behandeling van de PGV ten opzichte van de actio Pauliana zou eerder moeten worden gezocht in de bijzondere zakelijke gevolgen van de actio Pauliana – te weten nietigheid, vernietigbaarheid of niet-tegenwerpbaarheid in plaats van een schadever-

30 HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1590, NJ 1996/628, m.nt. Kleijn (Notarissen THB II), r.o. 4.3.2.

31 Zie hiervoor, de optelsom van individuele vorderingen is immers niet (altijd) gelijk aan de ‘collectieve’ PGV.

32 F. Ortiz Aldana & M.C.G. Derksen, ‘De Peeters q.q./Gatzen-vordering en de Garantstellingsregeling voor curatoren’, *FIP* 2022/230.

33 De Duitse curator is exclusief bevoegd tot een vordering tot herstel van schade jegens de bestuurder op grond van het verderzetten van een kennelijk failliete onderneming waardoor de verhaalspositie van de schuldeisers van de vennootschap is verslechterd. Deze bestuurdersaansprakelijkheidsvordering geldt naast de wettelijke teruggaveplicht voor bestuurders voor (selectieve) betalingen die zijn verricht terwijl de vennootschap feitelijk insolvent was (§ 64, eerste zin GmbHG voor de BV resp. § 92, eerste zin AktG voor de NV).

34 De Franse curator is (in beginsel) exclusief bevoegd ten aanzien van alle vorderingen die in het collectieve belang der schuldeisers zijn dan wel zien op collectieve schade.

35 Zie (in het bijzonder) art. XX.227, § 2 WER, op grond waarvan de vordering wegens *wrongful trading* behoort tot de uitsluitende bevoegdheid van de curator. Hierover meer, Verheyden (2022), par. 962. Zie verder Verheyden (2022), par. 957-958: ‘Zolang het faillissement open is, kan een schuldeiser de pauliana of een erop geïnspireerde aansprakelijkheidsvordering niet zelf instellen’, met verwijzing naar onder andere Cass. 11 januari 1988, Arr.Cass. 1987-88, 594; H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, 216, nr. 191.

36 De Nederlandse PGV vindt in België zijn evenknie in diverse collectieve (schadevergoedings)vorderingen waaronder de op de pauliana geïnspireerde onrechtmatigedaadsvordering. Hiertoe behoort onder ander het meer specifieke art. XX.227 WER (bestuurdersaansprakelijkheid bij het verderzetten van een kennelijk failliete onderneming) en art. 1382 oud BW (de algemene zorgvuldigheidsplicht, ‘*wrongful trading sensu stricto*’). Zie verder Verheyden (2022), par. 926-930.

37 Verheyden (2022), par. 1289.

38 Vgl. bovendien Frans recht. Naar Frans recht bestaat er geen faillissementspauliana die exclusief toekomt aan een curator (hetgeen anders is voor bewindvoerders (art. L.632-4 C.com)). De curator moet zich dus bedienen van de actio pauliana ex art. 1341-2 CC.

goeding.³⁹ Voor dit argument zijn aanwijzingen te vinden in de Insolventieverordening. Zo stelt art. 6 lid 1 IVO II ‘vorderingen tot nietigverklaring’ als een voorbeeld van een typisch insolventierechtelijke vordering.⁴⁰ En ook in art. 7 lid 2 onder m) IVO II wordt expliciet overwogen dat het toepasselijke recht op de insolventieprocedure en haar gevolgen onder meer de regels betreffende nietigheid, vernietigbaarheid of niet-tegenwerpbaarheid van de voor de gezamenlijke schuldeisers nadelige rechtshandelingen bepaalt. Desondanks zie ik voor dit argument géén aanknopingspunten in de jurisprudentie van het HvJ over de afbakening van de Insolventieverordening. Hierin wordt uiteindelijk slechts de rechtsgrondslag van een vordering bepalend geacht.⁴¹

Ik volg Verheyden wel in zijn stelling dat exclusiviteit kennelijk een belangrijk element is voor het HvJ voor een insolventierechtelijke kwalificatie van de PGV. Om die reden meen ik juist dat het aannemelijk is dat in geval van een wettelijke grondslag in de Faillissementswet – zoals het wetsvoorstel waarin tevens het element exclusiviteit is geadresseerd – een dergelijke vordering kwalificeert als een insolventierechtelijke vordering. In gelijke zin is het mijns inziens aannemelijk dat buitenlandse Peeters/Gatzen-achtige vorderingen – waaronder de Belgische equivalent – met een wettelijke grondslag in de betreffende faillissementswet onder de reikwijdte van de Insolventieverordening vallen.

2.5.3 ‘IPR-botsing’

Indien een dergelijke buitenlandse Peeters/Gatzen-achtige vordering – zoals de Belgische equivalent – (inderdaad) als een insolventierechtelijke vordering kwalificeert, leidt dit

in grensoverschrijdende gevallen tot een ‘IPR-botsing’. De huidige *status quo* houdt in dat de curator vanwege het ‘civielrechtelijke’ karakter van de Nederlandse PGV naar België moet, terwijl een Peeters/Gatzen-achtige vordering daar mogelijk als ‘insolventierechtelijk’ kwalificeert. Door de combinatie van rechtsmacht en toepasselijke recht leidt dit tot een ingewikkelde puzzel.

Indien een dergelijke buitenlandse Peeters/Gatzen-achtige vordering – zoals de Belgische equivalent – (inderdaad) als een insolventierechtelijke vordering kwalificeert, leidt dit in grensoverschrijdende gevallen tot een ‘IPR-botsing’

Om deze puzzel te illustreren is de Rosbeek-casus een nuttige ‘test-case’. Hierbij is eerst van belang iets te zeggen over het toepasselijke recht. Voor het toepasselijke recht op de PGV moet onderscheid worden gemaakt tussen het recht waaraan de curator zijn bevoegdheid ontleent om deze vordering in te stellen (*het ius agendi*) enerzijds, en het materiële vorderingsrecht anderzijds.⁴² Het *ius agendi* wordt in de zaak *Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis* ontleend aan het Nederlands (faillissements)recht, nu het gaat om een Nederlandse insolventieprocedure.⁴³ Het is daarnaast aannemelijk dat het materiële vorderingsrecht in de *Rosbeek*-casus wordt beheerst door Belgisch recht,

39 In de literatuur bestaat discussie over de vraag of een curator ook gerechtigd is schadevergoeding te vorderen indien aan de voorwaarden van de pauliana is voldaan. Zie, met verwijzingen naar de literatuur, R.J. de Weijs en D.G.J. Heems, *GS Faillissementswet*, art. 51 Fw, aant. 3. Zie voor voorbeelden in de rechtspraak waarin de curator met succes betaling van de waarde van de activa heeft gevorderd in plaats van teruggave, hof Den Haag 1 februari 2005, «JOR» 2005/197, r.o. 2.14; rb. Dordrecht 3 januari 2001, «JOR» 2001/163, r.o. 12. Zie hierover verder, F. Ortiz Aldana, ‘De Peeters q.q./Gatzen-vordering in verhouding tot de faillissementspauliana’, *Tvl* 2022/14.

40 Zie ook overweging 35 van de considerans bij de herschikte Insolventieverordening.

41 Zie in meer materiële zin ook, Van Andel (*Preadvies Andel/Verstijlen 2006*), p. 36. Van Andel stelt dat de verschillende wegen waarlangs het redres plaatsvindt geen aanwijzing zijn voor een principieel verschil tussen de verhaalsbenadeling als gevolg van een rechtshandeling (pauliana) versus een feitelijke handeling (PGV), maar slechts gelegen zijn in feit dat de Faillissementswet van oudsher wel een algemene regeling voor de pauliana bevat en niet voor de PGV: ‘Zou de Faillissementswet immers geen algemene regeling voor de pauliana bevatten, [...] dan zou de curator, optredend ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, ook in dat geval zijn toevlucht dienen te zoeken tot de algemene onrechtmatige-daadsactie van artikel 6:162 BW.’

42 De Hoge Raad maakte in *Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis* bij zijn prejudiciële vragen eveneens onderscheid tussen het toepasselijke recht op de bevoegdheid van de curator tot het instellen van de vordering en het op de vordering toepasselijke materiële recht. Het HvJ is echter niet toegekomen aan beantwoording van de vragen van de Hoge Raad over het toepasselijke recht, nu deze vragen afhankelijk waren gesteld van de toepasselijkheid van de Insolventieverordening, waarvan in *Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis* volgens het HvJ geen sprake was. Zie hierover ook uitgebreid, S.M. van den Braak, t.a.p., *Tvl* 2019/18, par. 7.4. Vgl. M.A. Broeders in zijn noot in «JOR» 2017/334, die stelt dat in het loskoppelen van het *ius agendi* van het toepasselijk recht iets circulaire zit. ‘*Immers, de bevoegdheid van de curator om een Peeters/Gatzen-vordering in te stellen staat of valt met de vraag of er onrechtmatig is gehandeld ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers*’. Dat is op zichzelf juist, maar dit is mijns inziens niet anders dan bij een PGV in nationale context. Zie hierover voetnoot 76. Bovendien wordt er vaker gewerkt met bepaalde ‘aannames’ in het IPR, zoals bij de vaststelling van de rechtsmacht op grond van het *Erfolgsort*. De rechter moet in dat geval een aanname doen over de (aard en lokalisatie van de) schade. Indien de rechter in de daaropvolgende procedure rechtsmacht aanneemt, zal op dat moment pas de schade ten gronde worden beoordeeld. Wél dient zich in een internationale context een extra uitdaging aan: het schadebegrip kan verschillen wanneer het *ius agendi* wordt beheerst door een ander toepasselijk recht dan het materiële vorderingsrecht. Ook om deze reden zou het nuttig zijn dat de PGV – eventueel na een wettelijke regeling – onder de reikwijdte van de Insolventieverordening zou vallen. In dat geval is het aan de Nederlandse rechter (ex art. 3 jo 6 IVO II) om conform Nederlands recht de curator niet-ontvankelijk dan wel niet bevoegd te verklaren (ex art. 7 lid 2 onder c IVO II), indien blijkt dat er naar Nederlands recht niet onrechtmatig gehandeld is ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers (ex art. 7 IVO II).

43 Art. 7 lid 2 onder c IVO II.

als het recht van 'de plaats waar de schade zich voordoet' (*Erfolgsort*)⁴⁴ – al is hierover discussie mogelijk.⁴⁵

Wat betekent de toepasselijkheid van Belgisch recht? Impliceert dit de toepassing van enkel het Belgische, burgerlijke- en handelsrecht (en dus mogelijk niet de Belgische 'insolventierechtelijke' Peeters/Gatzen-achtige vordering)? Of omvat dit ook het Belgische faillissementsrecht, waarin het equivalent van onze PGV kan worden gevonden? In het eerste geval is het de vraag of de Nederlandse curator wel ontvankelijk is om een dergelijke vordering in te stellen gelet op de bijzondere kenmerken van de PGV. In het laatste geval is het (onder meer) de vraag hoe om te gaan met het feit dat de bevoegdheid om te oordelen over insolventierechtelijke vorderingen (eigenlijk) exclusief is voorbehouden aan de faillissementsrechter.⁴⁶ De tijd zal het leren.⁴⁷

2.6 Belangrijke nuancering: dé PGV bestaat niet in het IPR
Terug naar de Nederlandse PGV, die vooralsnog niet automatisch kwalificeert als een insolventierechtelijke vordering. Ik heb de nuancering niet automatisch toegevoegd, omdat naar mijn mening uit het arrest van het HvJ volgt dat de kwalificatie van de PGV óók zonder wettelijke grondslag in de Faillissementswet⁴⁸ mogelijk kan verschillen al naar gelang de daaraan ten grondslag liggende verwijten.⁴⁹ Het HvJ stelt namelijk dat alle kenmerken van de PGV die zij in r.o. 31 noemt, slechts deel uitmaken van de procedurele

context van die vordering (r.o. 32). Na deze vaststelling toetst zij vervolgens de (materiële) grondslag van de aan deze PGV onderliggende verwijten (r.o. 33). Op basis van 'de gegevens in het dossier dat aan het Hof is overgelegd' concludeert het HvJ dat in de *Rosbeek*-casus de vordering die de curator heeft ingesteld een vordering is die gegrond is op de gemene regels van burgerlijk recht en handelsrecht en niet op de daarvan afwijkende, specifieke regels voor de insolventieprocedure (r.o. 34). Ik acht het verdedigbaar dat deze conclusie een andere kan zijn in een ander dossier, met andere aan de PGV ten grondslag liggende verwijten, en dat de PGV dan ook steeds moeten worden onderworpen aan de hiervoor bedoelde materiële toets. De PGV kent immers vele gedaantes waaraan zeer uiteenlopende casus en evenzoveel verwijten ten grondslag kunnen liggen, als gevolg waarvan voor het IPR moet worden geconcludeerd dat dé PGV niet bestaat. Het betreft een procesrechtelijke kapstok waarbij de daadwerkelijke vordering afhankelijk is van de onderliggende verwijten en feiten.

Deze stelling is het beste te verdedigen aan de hand van een voorbeeld, te weten een PGV die ziet op de selectieve betaling van (slechts) bepaalde crediteuren⁵⁰ ná een bepaalde peildatum. Indien dat peilmoment de materiële insolventie van de vennootschap markeert,⁵¹ heeft deze vordering mijns inziens belangrijke overeenkomsten met (het voormalige) § 64 GmbHG⁵². § 64 GmbHG verplicht de beheerder van een vennootschap tot vergoeding van betalingen die hij voor rekening van die vennootschap heeft gedaan nadat deze insolvent is geworden of na de vaststelling dat zij een te hoge schuldenlast had. Het HvJ heeft in het arrest *H/HK* bepaald dat een vordering gebaseerd op § 64 GmbHG een insolventierechtelijke vordering betreft.⁵³ Hoewel de vordering voortvloeit uit een bepaling van Duits vennootschapsrecht en niet uit specifieke afwijkende regels voor insolventieprocedures, werd de vordering (desondanks) als insolventierechtelijk gekwalificeerd omdat de aanwezigheid van materiële insolventie van de schuldenaar een vereiste was voor het ontstaan van het vorderingsrecht. Deze over-

44 Op grond van art. 4 lid 1 Rome II. Zie over het toepasselijke recht meer in par. 3.4 en 3.7.2.

45 Ik wijs hierbij – onder andere – op de discussie genoemd in par. 3.7.2 over de ruimere reikwijdte van art. 7 IVO II dan art. 3 jo 6 IVO II. Een andere, en elegante, benadering zou kunnen zijn dat het toepasselijke recht moet worden bepaald aan de hand van art. 4 lid 3 Rome II, omdat de vordering een kennelijke nauwe band heeft met de in Nederland geopende faillissementsprocedure. Voordeel van deze benadering is dat op grond van art. 17 Rome II in passende mate rekening kan worden gehouden met de Belgische bancaire zorg- of meldingsplicht. Zie hierover schrijver dezes en Schuijling in onze noot onder hof Den Bosch van 16 februari 2016, t.a.p. in «JOR» 2016/247, punt 10, met verwijzing naar Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2022/77.

46 HvJ EU 14 november 2018, zaak C-296/17, ECLI:EU:C:2018:902, «JOR» 2019/65, m.nt. Veder; NJ 2019/235, m.nt. Berends; JBPR 2019/1, m.nt. Stein (*Wiemer & Trachte/Zhan Oved Tadzher*), r.o. 36. Uitzondering op deze hoofdregel is art. 6 lid 2 IVO II. Gelet hierop kan eventuele discussie over de rechtsmacht worden geadresseerd door de PGV in te stellen tezamen met een (andere) samenhangende vordering uit een burgerlijke of handelszaak voor de rechter van de woonplaats van gedaagde.

47 Uit het faillissementsverslag d.d. 29 april 2022 volgt dat de curator Rosbeek q.q. machtiging van de rechter-commissaris heeft verkregen om een procedure in te leiden, en dat op korte termijn een procedure zal worden ingeleid jegens BNP Paribas Fortis voor de bevoegde Belgische rechtbank.

48 Zie anders, S.M. van den Braak, 'De Peeters/Gatzen-vordering in het internationaal privaatrecht; een overzicht naar aanleiding van Hof van Justitie EU 6 februari 2019, zaak C-535/17 (NK/Fortis)', *Tvl* 2019/18, par. 4.4: 'Voor een eventuele herinrichting van de Peeters/Gatzen-vordering is daarom (waarschijnlijk) tussenkomst van de wetgever vereist.'

49 Vgl. S.M. van den Braak, t.a.p., *Tvl* 2019/18, par. 8. Zij stelt dat het een speculatieve, maar aantrekkelijke zienswijze zou zijn als de Peeters/Gatzen-vordering zowel insolventierechtelijk, als burgerlijkrechtelijk kwalificeert (dus 'dubbel'). Ik meen dat de PGV niet 'dubbel' kwalificeert, maar dat de kwalificatie – en zo begrijp ik ook het HvJ – per vordering dan wel verwijt kan verschillen.

50 Een selectieve betaling wordt als zodanig niet als onrechtmatig beschouwd naar Nederlands recht, maar dat kan het wel worden indien sprake is van bijkomende omstandigheden. Zo'n bijkomende omstandigheid kan bijv. bestaan in het feit dat de crediteuren die betaling ontvangen nauw gelieerd zijn aan (de bestuurder van) de schuldenaar. Zie in dit verband o.m. HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669, NJ 1998/727, m.nt. Van Schilfgaarde; «JOR» 1998/107, m.nt. Van den Ingh (*Coral/Stalt*).

51 Op vergelijkbare wijze als in het arrest *Sobi/Hurks II*, HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499, NJ 2005/96, m.nt. Kortmann (*Sobi/Hurks II*). Hierin gold als peildatum het moment waarop de moedermaatschappij van de schuldenaar had behoren te onderkennen en te beseffen dat de schuldenaar geen of onvoldoende verhaal meer bood voor haar schuldeisers.

52 § 64 GmbHG is ingetrokken door de wet op de verdere ontwikkeling van het herstructurerings- en insolventierecht (Wet op de ontwikkeling van het herstructurerings- en insolventierecht) van 22 december 2020 (BK I p. 3256) met ingang van 1 januari 2021. Thans wordt verwezen naar § 15a en § 15b InsO (en ik zou menen in het bijzonder naar § 15b onder 4 InsO).

53 HvJ EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2410, «JOR» 2016/103, m.nt. Veder onder «JOR» 2016/104 (*H./H.K.*).

eenkomsten (in beide gevallen is de materiële insolventie van de schuldenaar een vereiste) die van materiële aard zijn, zouden mijns inziens bepalend moeten zijn bij de kwalificatie van een specifieke PGV ten opzichte van kennelijke procedurele verschillen,⁵⁴ gelet het doorslaggevende belang dat het HvJ aan de materiële grondslag hecht.⁵⁵ Een PGV die ziet op de selectieve betaling na een bepaalde peildatum op dezelfde wijze als § 64 GmbHG zou derhalve naar mijn mening als insolventierechtelijk moeten kwalificeren.⁵⁶ Meer in het algemeen verdedig ik derhalve de stelling dat een PGV afhankelijk van de onderliggende materiële verwijten (is de insolventie een materieel vereiste voor het ontstaan van de vordering?) wel degelijk onder de reikwijdte van de Insolventieverordening kan vallen – ondanks de uitspraak van het HvJ in *Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis*.

3. BMA Nederland

3.1 Inleiding

Dan de BMA-casus. Hier ging het om een PGV, ingesteld door de curator van BMA NL jegens (de in Duitsland gevestigde) BMA AG, de (groot)moedermaatschappij van BMA NL. Het verwijt dat aan de PGV ten grondslag ligt, is dat BMA AG haar zorgplicht zou hebben geschonden

door de financiering van BMA NL te staken, waardoor het faillissement van BMA NL onafwendbaar werd.

De PGV kent immers vele gedaantes waaraan zeer uiteenlopende casus en evenzeer verwijten ten grondslag kunnen liggen, als gevolg waarvan voor het IPR moet worden geconcludeerd dat dé PGV niet bestaat

De rechtbank Midden-Nederland had ten aanzien van deze PGV eerder rechtsmacht aangenomen op grond van de Insolventieverordening,⁵⁷ maar na het HvJ-arrest *Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis* nam zij aan ten onrechte.⁵⁸ In het kader van ‘beter ten halve gekeerd, dan ten hele gedwaald’ heeft de rechtbank het HvJ prejudiciële vragen gesteld over haar rechtsmacht op grond van de EEX-verordening, te weten art. 7 onder 2 EEX-Vo II.⁵⁹ Ook heeft de rechtbank vragen gesteld over het toepasselijke recht en enkele procedurele aspecten.

3.2 Achtergrond Discussie

Art. 7 onder 2 EEX-Vo II bepaalt dat het gerecht van de plaats waar ‘het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen’ bevoegd is om kennis te nemen van een vordering gebaseerd op onrechtmatige daad. De toepassing van art. 7 lid 2 EEX-Vo betreft in het IPR (eveneens) een veel bediscussieerde kwestie, die begint bij het *Kalimijnen*-arrest. In dit arrest heeft het HvJ bepaald dat de uitdrukking het ‘schadebrengende feit’ zowel ziet op de plaats waar de schade is ingetreden (het *Erfolgsort*) als op de plaats van de (schadeveroorzakende) gebeurtenis die met de schade in oorzakelijk verband staat (het *Handlungsort*).⁶⁰ Een verweerder kan – indien deze plaatsen uiteenlopen – naar keuze van de eiser voor het gerecht van de ene dan wel van de andere plaats worden opgeroepen. Hoewel dit oordeel in het licht van de feiten van het *Kalimijnen*-arrest zeer op zijn plaats lijkt, heeft het arrest tevens geleid tot een grote – en nog altijd niet gestuite – hoeveelheid aan arresten waarin (vooral) duidelijkheid wordt gevraagd over de betekenis van de plaats waar de schade intreedt (het *Erfolgsort*).⁶¹

54 Anders dan het HvJ in de *Rosbeek*-casus aannam, was er in het arrest *H/HK* geen discussie dat als een op § 64 GmbHG gebaseerde vordering zou worden ingesteld in het kader van een insolventieprocedure, de curator de bevoegde instantie was om de bestuurders aan spreken. Deze bevoegdheid volgt uit § 80 InsO op grond waarvan de curator belast is met het beheer en de vereffening van de boedel (vgl. art. 68 Fw). Deze algemene bepaling was van toepassing omdat het bij § 64 GmbHG gaat om een interne bestuursplicht. § 64 GmbHG schept géén externe bestuurdersaansprakelijkheid, zodat schuldeisers om die reden niet een vergelijkbare vordering konden instellen. Vgl. Verheyden (2022), par. 1078. De op § 64 GmbHG gebaseerde vordering kan in theorie ook zonder insolventieprocedure worden ingeleid. Het gaat daarbij om uitzonderingsgevallen, zoals wanneer de aanvraag tot opening van de insolventieprocedure wegens gebrek aan baten wordt afgewezen (§ 26 InsO) of wanneer de insolventieprocedure na homologatie van een akkoord (Insolvenzplan) is beëindigd. Zie beschikking van het Bundesgerichtshof van 2 december 2014, II ZR 119/14, punt 8 (te raadplegen via www.bundesgerichtshof.de) en P.M. Veder in zijn noot onder HvJ EU 4 december 2014, t.a.p., (*H/H.K.*), «JOR» 2016/103, punt 3.

55 Zie hiervoor, par. 2.2 inclusief verwijzingen. *Vice versa* geldt immers dat wanneer ná de opening van een insolventieprocedure een vordering wordt ingesteld door de in die procedure aangewezen curator en die curator in het belang van de crediteuren handelt, er in wezen niets verandert aan de aard van die vordering, die losstaat van de insolventieprocedure en ten gronde onderworpen blijft aan regels van gemeen recht.

56 Vgl. hof Arnhem-Leeuwarden 6 april 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:3294. In deze zaak was er geen sprake van een PGV zoals deze door de Hoge Raad in zijn arrest van 8 september 2017 is omschreven, aldus het hof, omdat het ging om betalingen ná datum faillissement. De curator verweet een Spaanse bank (ex art. 6:162 BW) dat zij had meegewerkt aan (betalingen in het kader van) de levering van de vakantiewoning door B en C, terwijl zij wist dat B en C failliet en dus onbevoegd waren om over de vakantiewoning te beschikken. Het hof heeft geoordeeld dat deze vordering een insolventierechtelijke vordering betrof. Deze beslissing wordt wisselend ontvangen. Zie enerzijds E.A.H. ten Berge in «JOR» 2021/221, die het oordeel van het hof ‘goed verdedigbaar’ acht. Zie anderzijds, T.M. Bos in *JPBr* 2021/41; die stelt dat een civielrechtelijke kwalificatie wellicht meer ‘voor de hand had gelegen’.

57 Zowel ten aanzien van de curator, rb. Midden-Nederland 23 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2163, «JOR» 2018/257, m.nt. Beunk; *JBPr* 2018/54, m.nt. Stein; als van de (tussenkomen) Stichting Belangbehartiging Crediteuren BMA Nederland, Rb Midden-Nederland 30 januari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:242, «JOR» 2019/94, m.nt. Bens; *JBPr* 2019/39, m.nt. De Folter.

58 Rb. Midden-Nederland 29 april 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1825, r.o. 2.1-2.2.

59 Rb. Midden-Nederland 2 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3552, onder punt 9.

60 HvJ EG 30 november 1976, zaak ECLI:EU:C:1976:166, *NJ* 1977/494, m.nt. Schultsz (*Kalimijnen*).

61 Zie hierover uitgebreid, M.H. ten Wolde, ‘De plaats van het Erfolgsort in het forum delicti van het EEX. Is de puzzel gelegd?’, *NIPR* 2020/274.

In de praktijk levert de lokalisatie van het *Erfolgsort* namelijk geregeld problemen op, zeker wanneer de initiele of rechtstreekse schade⁶² voor de direct gelaedeerde⁶³ niet fysiek is, maar het gaat om zuiver financiële schade (dus geen zaakschade, maar enkel vermogensschade).⁶⁴ Uit de (stroom aan) jurisprudentie volgt dat de woonplaats van eiser of direct gelaedeerde⁶⁵ en de plaats waar diens bankrekening⁶⁶ of beleggingsrekening⁶⁷ wordt aangehouden, zonder bijkomende omstandigheden⁶⁸ in beginsel niet kunnen worden aangemerkt als het beslissende aanknopingspunt, omdat deze plekken niet voldoen aan de eisen van voorzienbaarheid en zekerheid.

3.3 Hof van Justitie: rechtsmacht

Voor de bepaling van haar rechtsmacht hield de rechtbank in haar prejudiciële vragen rekening met een uiteenlopend *Erfolgs-* en *Handlungsort*, maar het HvJ wil daar niets van weten. De vragen van de rechtbank worden aanstonds opnieuw geformuleerd: ‘de verwijzende rechter [wenst] in essentie te vernemen’ waarbij nadrukkelijk géén onderscheid wordt gemaakt tussen plaats van handelen en plaats van schade. Het HvJ verklaart – naar analogie met het arrest ÖFAB⁶⁹ – op grond van art. 7 onder 2 EEX-Vo II de rechter bevoegd van de plaats van vestiging van de vennootschap die geen verhaal biedt voor de vorderingen van haar schuldeisers omdat de (groot)moedermaatschappij van deze vennootschap haar zorgplicht jegens de schuldeisers van deze vennootschap niet is nagekomen. Ter onderbouwing stelt het HvJ dat ervan mag worden uitgegaan dat op de plaats van vestiging van de schuldenaar informatie beschikbaar is over de ontwikkeling van de financiële toestand van de vennootschap, aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of de zorgplicht – zoals *in casu* wordt gesteld – is geschonden, en zo ja, in welke mate.

62 HvJ EG 19 september 1995, zaak C-364/93, ECLI:EU:C:1995:289, NJ 1997/54, m.nt. De Boer (*Marinari*), r.o. 14; HvJ EG 10 juni 2004, zaak C-168/02, ECLI:EU:C:2004:364, NJ 2006/335, m.nt. Vlas (*Kronhofer*), r.o. 21.

63 HvJ EG 11 januari 1990, zaak C-220/88, ECLI:EU:C:1990:8, NJ 1991/573, m.nt. Schultsz (*Dumez France*).

64 In de literatuur bestaat bovendien discussie of het abstracte karakter van zuiver financiële schade het eigenlijk wel mogelijk maakt om een geografische plaats aan te wijzen. Zie L.M. van Bochove, ‘Money’s too tight to mention. De problematische vaststelling van het *Erfolgsort* bij zuivere vermogensschade’, *Ondernemingsrecht* 2021/38, p. 225-233.

65 HvJ EG 10 juni 2004, t.a.p. (*Kronhofer*), r.o. 20.

66 HvJ EU 16 juni 2016, zaak C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449, «JOR» 2016/276, m.nt. Arons; NJ 2018/38, m.nt. Strikwerda; *JBPr* 2017/3, m.nt. Stein (*Universal Music*), r.o. 38.

67 HvJ EU 12 mei 2021, zaak C-709/19, ECLI:EU:C:2021:377, NJ 2022/127, m.nt. Berends; *JBPr* 2021/46, m.nt. Bens (*VEB/BP*), r.o. 35.

68 Het toekennen van rechtsmacht aan de gerechten van de lidstaat waar de eiser woonplaats heeft, is daarentegen wel gerechtvaardigd, indien die plaats daadwerkelijk kan worden aangemerkt als *Handlungs-* of *Erfolgsort*. Zie, HvJ EU 28 januari 2015, zaak C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37, NJ 2015/332, m.nt. Strikwerda; «JOR» 2015/109, m.nt. Arons (*Kolassa*), r.o. 49-50; HvJ EU 12 september 2018, zaak C-304/17, «JOR» 2018/307, m.nt. Rutten; *Ondernemingsrecht* 2019/66, m.nt. Welling-Steffens (*Löber*), r.o. 24-25.

69 HvJ EU 18 juli 2013, zaak C-147/12, NJ 2014/84, m.nt. Strikwerda; «JOR» 2013/303, m.nt. Knigge & Zilinsky (*ÖFAB/Koot*).

3.4 Hof van Justitie: toepasselijk recht

De vragen van de rechtbank over de vaststelling van het toepasselijke recht op onderhavige PGV waren toegespitst op art. 4 lid 1 Rome II.⁷⁰ Op grond van deze bepaling wordt een onrechtmatige daad in beginsel beheerst door ‘de plaats waar de schade zich voordoet’ (*Erfolgsort*). Het Hof wijst in dit kader naar het land waar de schuldenaar is gevestigd als het relevante aanknopingspunt. Deze uitleg loopt daarmee gelijk met de interpretatie van art. 7 lid 2 EEX-Vo II (de rechtsmacht).

Verder lag de uitleg van de uitzondering van art. 4 lid 3 Rome II voor. Op grond hiervan is het recht van een ander land van toepassing dan het in lid 1 (en lid 2) bedoelde land, indien uit het geheel der omstandigheden blijkt van een eerdere bestaande, nauw met de onrechtmatige daad samenhangende betrekking. Of hiervan sprake is, laat het HvJ over aan de verwijzende rechter, die dan moet beoordelen of er een betekenisvolle band bestaat tussen de niet-contractuele verbintenis en deze betrekking. Het HvJ overweegt in dit kader dat het bestaan van een financieringsovereenkomst, waarin een forumkeuze is opgenomen, hierbij een omstandigheid kán zijn.

Het HvJ wijst de rechtbank verder nog op art. 1 lid 2 onder d) Rome II, op grond waarvan (kort gezegd) niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit het rechtspersonenrecht worden uitgesloten van het toepassingsgebied van Rome II. *In casu* staat immers de schending van zorgplicht door een gelieerde vennootschap centraal. Volgens het Hof moet de verwijzende rechter beoordelen of het gaat om een specifieke of een generieke zorgplicht, waarbij alleen in het laatste geval Rome II van toepassing is.

3.5 Hof van Justitie: procedurele aspecten

Tot slot speelden in *BMA* nog enkele interessante procedurele aspecten. Deze aspecten houden verband met het feit dat individuele schuldeisers bevoegd blijven een eigen vordering in te stellen die betrekking heeft op dezelfde onrechtmatige daad als de door een curator ingestelde PGV. In de onderhavige procedure heeft de Stichting Belangbehartiging Crediteuren *BMA* Nederland zich gevoegd in de procedure tussen de curator en *BAM AG* (het hoofdgeding).

Het HvJ bevestigt in reactie op vragen van de rechtbank – mijns inziens logischerwijs – dat de tussenkomst van een dergelijke schuldeiser of partij géén invloed heeft op de bevoegdheid van de rechter in het hoofdgeding. Ook stelt het HvJ dat wanneer de rechter in het hoofdgeding terugkomt op zijn beslissing dat het ter zake van de vordering in de hoofdzaak rechtsmacht heeft, automatisch ook diens

70 Verordening (EG) nr. 864/2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (‘Rome II’).

rechtsmacht⁷¹ ontvalt ten aanzien van de vorderingen die de tussenkomende partij heeft ingesteld.

3.6 Vervolg: rb. Midden Nederland

Naar aanleiding van de antwoorden van het HvJ heeft de rechtbank Midden-Nederland (opnieuw) rechtsmacht aangenomen ten aanzien van de vorderingen van de curator en de Stichting. Ditmaal op grond van art. 7 lid 2 EEX-Vo II.⁷² De plaats van vestiging van de schuldenaar (BMA Nederland) betrof *in casu* namelijk Nederland.⁷³ Mede gelet op deze vestigingsplaats heeft de rechtbank tevens bepaald dat op onderhavige vorderingen Nederlands recht van toepassing is. Ik bespreek enkele aspecten uit de discussie die daaraan voorafging.

Met betrekking tot de rechtsmacht had BMA AG betoogd dat de rechtbank niet bevoegd was om kennis te nemen van de vordering van de curator, omdat de vordering géén PGV zou betreffen en de curator derhalve niet ontvankelijk dan wel bevoegd⁷⁴ was in zijn vordering. De rechtbank overweegt echter dat de ontvankelijkheid dan wel bevoegdheid van de curator géén invloed heeft op de bevoegdheid van de rechtbank op grond van de EEX-Verordening. Hierbij is slechts van belang op welke grondslag de curator zijn vordering baseert. Voorts stelt de rechtbank dat zij een zelfstandige bevoegdheid op grond van art. 7 lid 2 EEX-Vo II heeft jegens de Stichting. De in art. 8 lid 2 EEX-Vo II genoemde uitzondering van misbruik in geval van voeging of tussenkomst, is ook om die reden niet van toepassing, aldus de rechtbank. Daarmee wees de rechtbank de stellingen van BMA AG – naar mijn mening terecht – af.

In het kader van het toepasselijke recht betoogden de curator en de Stichting dat niet Rome II, maar het incorporatierecht (art. 10:119 BW) van toepassing is. De rechtbank wijst dit betoog van de hand onder verwijzing naar het beoordelingskader geschetst door het HvJ (zie par. 3.4). De gestelde zorgplicht van BMA AG is volgens de rechtbank geen specifieke, vennootschapsrechtelijke zorgplicht, maar een algemene zorgplicht, die is ontstaan doordat BMA AG langdurig aanzienlijke leningen aan BMA NL heeft verstrekt, waardoor BMA NL kon blijven voortbestaan

en waardoor (volgens de curator en de Stichting) een situatie ontstond waarin derden BMA NL als een betrouwbare handelspartner konden blijven beschouwen. Aldus komt de rechtbank toe aan toepassing van art. 4 Rome II.

Hoewel de uitkomst in deze zaak mijns inziens gewenst is, kan het arrest van het HvJ in de BMA-zaak over het schadebrengende feit niet breder worden getrokken dan dit gevalstype. Ook in dit kader geldt namelijk dat dé PGV niet bestaat

Op grond van art. 4 lid 1 Rome II stelt de rechtbank vast dat Nederlands recht onderhavige vordering beheerst. Zij gaat niet mee in het betoog van BMA AG dat bijna driekwart van de schuldeisers die de curator en de Stichting stellen te vertegenwoordigen verblijfplaats heeft in Duitsland, net als BMA AG, als gevolg waarvan de vorderingen van die individuele schuldeisers volgens BMA AG conform art. 4 lid 2 Rome II worden beheerst door Duits recht. Deze individuele schuldeisers hebben namelijk enkel indirecte schade geleden en hun verblijfplaats is dus niet relevant in het kader van art. 4 lid 2 Rome II, aldus – mijns inziens juist – de rechtbank. In dat kader gaat het slechts om diegene die (directe) schade lijdt. Dat is *in casu* BMA NL. Ook de uitzondering van art. 4 lid 3 Rome II is niet van toepassing, volgens de rechtbank. Niet omdat de curator en de stichting geen partij zijn bij de financieringsovereenkomsten met rechts- en forumkeuze waarop BMA AG zich beriep, maar – kort gezegd – omdat het verwijt dat BMA AG wordt gemaakt in een te ver verwijderd verband tot die overeenkomsten en garanties staat en onvoldoende gewicht in de schaal legt om de nauwe band met Nederland te doorbreken, aldus de rechtbank.

3.7 Commentaar

Zoals gezegd lijkt de PGV internationaal haar weg in de jurisprudentie te hebben gevonden, met als voorlopige eindstand in de BMA-zaak: bevoegdheid voor de Nederlandse rechter en toepassing van Nederlands recht gelet op het *Erfolgsort*. Helaas scheidt het BMA-arrest nog niet op alle fronten duidelijkheid.

3.7.1 Rechtsmacht

Hoewel de uitkomst in deze zaak mijns inziens gewenst is (vgl. par. 2.5), kan het arrest van het HvJ in de BMA-zaak over het schadebrengende feit niet breder worden getrokken dan dit gevalstype. Ook in dit kader geldt namelijk dat dé PGV niet bestaat. Voor elke onrechtmatige daad moet het schadebrengende feit opnieuw worden vastgesteld, nu deze plaats afhankelijk is van de onderliggende verwijten en feiten. Waar heeft het gewraakte handelen plaatsgevonden dat aan de vordering ten grondslag wordt gelegd (*Handlungsort*)? En tot welke rechtstreekse schade (letsel-

71 De rechtsmacht op grond van art. 8 lid 2 EEX-Vo II. Het zou immers mogelijk zijn dat de rechtbank daarnaast een zelfstandige bevoegdheid heeft jegens de tussenkomende partij, vgl. par. 3.6.

72 Rb. Midden-Nederland 13 juli 2022, nog niet gepubliceerd.

73 Ik heb in mijn noot onder het BMA-arrest uiteengezet dat je je kunt afvragen wat het HvJ precies bedoelt met 'plaats van vestiging', zie D. Beunk, voor HvJ EU 10 maart 2022, «JOR» 2022/190, punt 7 en 8. Daar lijkt in deze zaak kennelijk weinig twijfel over mogelijk.

74 HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:201 «JOR» 2016/144, m.nt. Kerstens & Vroom. Hieruit volgt dat vóór de inhoudelijke behandeling van de PGV moet worden onderzocht of de door de curator gestelde feiten en omstandigheden onrechtmatig handelen opleveren van de derde t.a.v. de gezamenlijke schuldeisers. Zo niet, dan is hij niet-ontvankelijk of niet bevoegd (dat laat de Hoge Raad in het midden). Door Kerstens en Vroom (punt 5) wordt verdedigd dat pas kan worden beslist of de onrechtmatige daad is gepleegd jegens de gezamenlijke schuldeisers als duidelijk is welke onrechtmatigheid de derde wordt verweten, wat zich niet laat oplossen in een procedurele voorvraag.

schade, zaakschade of zuivere financiële schade) voor welke direct gelaedeerde heeft dit gewraakte handelen geleid (*Erfolgsort*)?

Bovendien is het de vraag of dit arrest überhaupt iets zegt over ‘de PGV’, nu er discussie tussen partijen bestaat óf de onderhavige vordering wel een PGV is. Deze discussie is van belang om onderhavig arrest (en het hierin vastgestelde *Erfolgsort*) in het juiste kader te plaatsen. Doordat BMA AG een eigen onrechtmatige daad lijkt⁷⁵ te worden verweten – en het verwijt dus niet ziet op een medewerken door BMA AG aan een verhaalsbenadeling door de schuldenaar – betreft de direct gelaedeerde *in casu* namelijk mogelijk de schuldenaar. Het is dan irrelevant waar haar schuldeisers (als indirect gelaedeerden) hun schade lijden.⁷⁶ Dit is mijns inziens in beginsel anders voor de PGV en meer specifiek de *Rosbeek*-casus, waar een derde (in dit geval Fortis) wordt verweten haar medewerking te hebben verleend aan een handeling van de schuldenaar (te weten, de opname van € 550.000 in contanten). Hier komt de schuldenaar niet zelf een vordering jegens de derde (Fortis) toe en zijn de schuldeisers van de failliet de *direct* gelaedeerden. Het is in dat geval dus van belang waar de schuldeisers hun schade hebben geleden.⁷⁷ Deze nuance kan – afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval – verschil maken voor de vaststelling van (onder meer) het *Erfolgsort*.

3.7.2 Toepasselijk recht

Voorgaande observatie is ook van belang in het kader van art. 4 lid 2 Rome II, de uitzondering in geval van een gemeenschappelijke verblijfplaats. Zoals gezegd, overwoog de rechtbank in de *BMA*-casus dat de individuele schuldeisers enkel *indirecte* schade hadden geleden en hun verblijfplaats dus niet relevant was in het kader van art. 4 lid 2 Rome II. Maar dit kan dus verschillen afhankelijk van de aan de PGV ten grondslag liggende verwijten, met potentieel een versnippering van het toepasselijke recht tot gevolg.⁷⁸

In het kader van het toepasselijke recht is – buiten de discussie over het *Erfolgsort* – met name ook de discussie over de reikwijdte van Rome II interessant. De rechtbank moest na de vingerwijzing van het HvJ nagaan of het in de *BMA*-zaak ging om een (vermeende schending van een) algemene zorgplicht van BMA AG, dan wel een specifieke

vennootschapsrechtelijke verplichting, waarbij alleen in dat eerste geval Rome II van toepassing is. Ik vraag mij af of Rome II niet per definitie van toepassing is in geval van een PGV, nu het bij een PGV in principe gaat om een vermeende schending van een generieke zorgplicht, te weten een schending jegens de gezamenlijke schuldeisers. Voorts merk ik op dat de rechtbank, noch het HvJ ingaan op de vraag of de onderhavige PGV wellicht onder het materiële toepassingsgebied van art. 7 lid 1 IVO II valt (als gevolg waarvan zij buiten het toepassingsgebied van Rome II zou vallen). Het HvJ heeft immers bepaald dat art. 7 IVO II een ruimere werking heeft dan art. 3 jo 6 IVO II.⁷⁹

3.7.3 Procedurele aspecten

Dan tot slot de procedurele aspecten, waardoor we eindigen waarmee ik dit artikel begon: de al dan niet ‘exclusieve’ bevoegdheid van de curator om een PGV in te stellen. Omdat individuele schuldeisers bevoegd zijn om ook een eigen vordering in te stellen die – niet gelijk, maar wel – gebaseerd is op hetzelfde feitencomplex, heeft een civielrechtelijke kwalificatie van de PGV als voordeel dat individuele schuldeisers deze vordering (afhankelijk van de omstandigheden van het geval) mogelijk bij dezelfde alternatief bevoegde rechter aanhangig kunnen maken als de curator. Bijkomend voordeel is dat óók als de vorderingen niet bij dezelfde rechter aanhangig worden gemaakt, de litispending-regels van de EEX-Verordening (art. 29-34 EEX-Vo II) van toepassing zijn om onverenigbare beslissingen te voorkomen.

De Insolventieverordening kent niet zulke regels. Bovendien heeft het HvJ reeds bepaald met betrekking tot art. 29 EEX-Vo II (en dezelfde redenering ligt voor de hand in het kader van art. 30 EEX-Vo II) dat (analoge) toepassing hiervan niet mogelijk is in geval van onderwerpen/rechtsvorderingen die buiten toepassingsgebied van de EEX-Verordening vallen.⁸⁰ De regel van de Hoge Raad inzake de PGV, inhoudende dat een behoorlijke afwikkeling van het faillissement kan meebrengen dat eerst op de vordering van de curator en vervolgens op die van de individuele schuldeiser wordt beslist,⁸¹ is een regel van Nederlands procesrecht. Deze regel zal derhalve (elke rechter past zijn eigen procesrecht toe) in een internationale context evenmin steeds opgaan.

75 Uit het vonnis volgt niet op welke grond BAM AG stelt dat er geen sprake is van een PGV, noch volgt hieruit een voorlopig oordeel van de rechtbank.

76 HvJ EU 10 maart 2022, t.a.p., (*BMA Nederland*), r.o. 35.

77 Zie ook (impliciet) HR 3 juli 2020, t.a.p., (*Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis II*), r.o. 5.6: ‘Het nadeel dat de gezamenlijke schuldeisers hebben geleden, bestaat erin dat het tegoed op de zichtrekening als verhaalsobject is verdwenen. Daarmee is de plaats waar die zichtrekening werd aangehouden, te weten Maasmechelen in België, de plaats waar de schade aanvankelijk is ingetreden.’

78 Teneinde versnippering tegen te gaan kan in bepaalde gevallen art. 4 lid 3 Rome II uitkomst bieden. Vgl. Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2022/1000.

79 HvJ EU 21 november 2019, zaak C-198/18, ECLI:EU:C:2019:1001, «JOR» 2020/122, m.nt. Schuijling; NJ 2020/405, m.nt. Berends (*CeDe Group/KAM*), r.o. 33. Nadeel van deze benadering is dat de Insolventieverordening, anders dan bij een paulianavordering (art. 16 IVO II), niet voorziet in een bescherming van deze verwachtingen bij een Peeters/Gatzen-vordering. Zie hierover Veder in zijn noot onder HvJ EU 4 december 2014, t.a.p., (*H./H.K.*), «JOR» 2016/103, punt 12.

80 HvJ EU 18 september 2019, zaak C-47/18, ECLI:EU:C:2019:754, «JOR» 2020/18, m.nt. Veder (*Skarb/Riel*), r.o. 46.

81 HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD2684, «JOR» 2002/37, m.nt. Faber (*Lunderstädt/De Kok*).

4. Conclusie

De Nederlandse PGV kwalificeert vooralsnog niet *automatisch* als een insolventierechtelijke vordering, zo volgt uit het arrest *Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis*. Om deze reden is de Nederlandse rechter niet steeds bevoegd om van deze vordering kennis te nemen. Ook wordt de PGV om die reden niet steeds beheerst door Nederlands recht. Omdat buitenlandse Peeters/Gatzen-achtige vorderingen mogelijk wél als insolventierechtelijk kwalificeren, kan dit leiden tot een IPR-botsing, met belangrijke vragen over de bevoegdheid van de betreffende buitenlandse rechter en ontvankelijkheid van de curator ten aanzien van de betreffende – door buitenlands recht beheerste – vordering. Anderzijds heeft een civielrechtelijke kwalificatie als voordeel dat litispendinge-achtige vraagstukken eenvoudig via de regels van de EEX-Verordening kunnen worden opgelost.

De civielrechtelijke kwalificatie van de PGV roept vragen op over de vaststelling van het *Erfolgsort*, welke vragen zowel in het kader van de rechtsmacht (art. 7 onder 2 EEX-Vo II) als het toepasselijke recht (art. 4 lid 1 Rome II) relevant zijn. In het arrest *BMA Nederland* wijst het HvJ naar de plaats van vestiging van de schuldenaar als het relevante aanknopingspunt. Hierdoor kan de PGV in gevallen tóch weer voor de Nederlandse rechter worden gebracht en

door Nederlands recht worden beheerst. Belangrijke nuancing echter is dat dé PGV niet bestaat in het IPR en dat de internationale bevoegdheid, inclusief het *Erfolgsort* steeds per vordering dan wel verwijt moet worden vastgesteld.

In het kader van de kwalificatie van de PGV als een insolventierechtelijke dan wel civielrechtelijke vordering, verdedig ik in dit artikel de stelling dat dé PGV niet bestaat. Afhankelijk van de onderliggende materiële verwijten (is de insolventie een materieel vereiste voor het ontstaan van de vordering?) zou de PGV mijns inziens in gevallen wel degelijk onder de reikwijdte van de Insolventieverordening kunnen vallen. Dat zal zéker het geval zijn als eindelijk werk wordt gemaakt van een wettelijke basis voor de PGV in de Faillissementswet conform het voorstel Voorontwerp Insolventiewet, gelet op het belang dat het HvJ kennelijk (mede) hecht aan (de wettelijke vastlegging van) exclusiviteit van de bevoegdheid van de curator om een PGV in te stellen.

Dit artikel is afgesloten op 5 oktober 2022.

Over de auteur

Mr. drs. D. (Daphne) Beunk

Advocaat te Amsterdam bij Florent en docent IPR aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Zij is tevens redacteur van dit tijdschrift.