

Tvl 2021/24

Hoge Raad (Civiele kamer) 3 juli 2020, nr. 16/02741
m.nt. mr. dr. M. Zilinsky¹

NJ 2017/351
RvdW 2017/950
Ondernemingsrecht 2018/26
NJB 2017/1760
RI 2017/91
RBP 2017/90
NJ 2020/388
RI 2020/78
NJB 2020/1818
RvdW 2020/837
RBP 2020/67
ECLI:NL:PHR:2020:214
ECLI:NL:HR:2017:2269
ECLI:NL:PHR:2017:427
ECLI:NL:HR:2020:1223

Peeters/Gatzen-vordering en Verordening Brussel I-bis: een probleem van lokalisatie
Noot bij Hoge Raad 3 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1223, NJ 2020/388, m.nt. A.J. Berends (Rosbeek/BNP)

1. Inleiding

In 2017 heeft de Hoge Raad een aantal prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna HvJ EU) gesteld.² Het HvJ EU heeft slechts één van de gestelde vragen beantwoord.³ De beantwoorde vraag heeft betrekking op de kwalificatie van de Peeters/Gatzen-vordering in het (Europees) internationaal privaatrecht, in het bijzonder de vraag of een dergelijke vordering insolventierechtelijk dan wel civielrechtelijk moet worden gekwalificeerd. Op deze vraag bestond in de Nederlandse literatuur geen eenduidig antwoord.⁴ Behalve op het eindarrest van de Hoge Raad en de consequenties ervan voor de rechtspraak zal ik ook in het kort ingaan op de nieuwe prejudiciële vragen die door de Rechtbank Midden-Nederland over de rechtsmacht en het toepasselijke recht bij een Peeters/Gatzen-vordering aan het HvJ EU zijn gesteld.⁵

1 Mr. dr. M. Zilinsky is universitair docent Internationaal privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en adviseur bij Houthoff te Amsterdam.
2 HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269, NJ 2017/357.
3 HvJ EU 6 februari 2019, zaak C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96, NJ 2020/387. Zie hierover S.M. van den Braak, 'De Peeters/Gatzen-vordering in het internationaal privaatrecht; een overzicht naar aanleiding van Hof van Justitie EU februari 2019, zaak C-535/17 (NK/Fortis)', Tvl 2019/18.
4 Zie voor een overzicht o.a. M. Zilinsky, 'Peeters/Gatzen en de rechtsmacht van de Nederlandse rechter: *causa finita est?*', in: R.S. Meijer, I.P.M. van den Nieuwendijk, P. Sluijter, R.R. Verkerk, B.T.M. van der Wiel, M. Zilinsky, *Accompli, Liber Amicorum Prof. mr. dr. M.E. Koppenol-Laforce*, Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 349-364 (i.h.b. p. 350, voetnoot 5).
5 Rb. Midden-Nederland 2 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3552, NJF 2021/49 (Van Andel q.q./BMA).

2. De zaak Rosbeek/BNP

In de zaak *Rosbeek/BNP* draait het om een vordering van de curator in het faillissement van een in Nederland wonende persoon die een bankrekening bij de in België gevestigde bank, BNP PARIBAS FORTIS NV (hierna BNP), heeft aangehouden. Deze persoon heeft van een bankrekening bij een in Nederland gevestigde bank geld naar de betaalrekening bij BNP overgeboekt. Dit geld heeft deze persoon vervolgens in contanten in België opgenomen. Na een strafrechtelijke veroordeling in Nederland, omdat het gelden betrof die van een in Nederland aangehouden kwaliteitsrekening waren overgeboekt en dus aan deze persoon niet toebehoorden, volgde een faillissementsprocedure bij de Nederlandse rechter. De faillissementscurator heeft vervolgens een zgn. Peeters/Gatzen-vordering tegen BNP bij de Rechtbank Maastricht ingesteld. Hij heeft gesteld dat BNP heeft meegewerkt aan het opnemen van contanten van de in België aangehouden rekening. Hierdoor heeft BNP onrechtmatig jegens de schuldeisers van de faillietverklarde persoon gehandeld. BNP heeft medewerking verleend aan de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden.

Wat houdt een Peeters/Gatzen-vordering in? Deze vordering berust niet op een wettelijke grondslag, anders dan bijv. een faillissementspauliana op grond van artikel 42 Fw of een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:138 BW. Een Peeters/Gatzen-vordering is een door de Hoge Raad aanvaarde mogelijkheid voor de faillissementscurator om ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers een vordering uit hoofde van onrechtmatig handelen in te stellen tegen een derde die bij de benadeling door de failliet is betrokken.⁶ Volgens de Hoge Raad is de curator op grond van artikel 68 lid 1 Fw daartoe bevoegd. De Peeters/Gatzen-vordering is een bundeling van vorderingen van de gezamenlijke schuldeisers jegens de derde. Van belang is om op te merken dat ingevolge de rechtspraak van de Hoge Raad de vorderingen van de individuele schuldeisers niet aan de curator worden overgedragen, maar de schuldeisers afzonderlijk bevoegd blijven tot het instellen van eigen vorderingen.⁷ Daarnaast geldt dat de door de curator ingestelde vordering niet een optelsom is van de individuele vorderingen en dat bij een gelijktijdig instellen van een Peeters/Gatzen-vordering met één of meerdere vorderingen van de individuele schuldeisers de behandeling van de eerstgenoemde vordering voorrang krijgt.⁸

Op basis van de hier opgesomde kenmerken van een Peeters/Gatzen-vordering hebben de lagere rechterlijke instanties in de zaak *Rosbeek/BNP* een insolventierechtelijke kwalificatie van de door de curator ingestelde vordering tot

6 HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4521, NJ 1983/597, m.nt. B. Wachter. Deze vordering moet worden onderscheiden van een vordering uit hoofde van onrechtmatig handelen van een derde jegens de failliete boedel tijdens het faillissement. Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 6 april 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:3294.
7 HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD2684, NJ 2005/95 (*Lunderstädt/De Kok*).
8 HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1590, NJ 1996/628, m.nt. W.M. Kleijn (*Notaris/THB*).

uitgangspunt genomen, zodat zij zich op grond van artikel 3 EU-Insolventieverordening (hierna EU-InsVo)⁹ bevoegd hebben verklaard van de vordering van de curator tegen BNP kennis te nemen. Uit de inmiddels in de herschikte EU-InsVo gecodificeerde rechtspraak van het HvJ EU vloeit voort dat de rechter die tot het openen van een faillissement bevoegd is, tevens bevoegd is tot de kennisneming van een vordering die nauw met het faillissement samenhangt.¹⁰ Nu de failliet in Nederland heeft gewoond, is de Nederlandse rechter in het onderhavige geval bevoegd tot het openen van het faillissement en derhalve volgens de rechtbank en het hof ook bevoegd tot kennisneming van de door de faillissementscurator tegen BNP ingestelde Peeters/Gatzen-vordering.¹¹

De onduidelijkheid over de kwalificatie van deze vordering heeft de Hoge Raad aanleiding gegeven om prejudiciële vragen aan het HvJ EU te stellen.¹² De eerste prejudiciële vraag heeft betrekking op de vraag naar het bepalen van de rechtsmacht van de Nederlandse rechter en komt erop neer of de rechtsmacht aan de hand van de Verordening Brussel I¹³ (civielrechtelijke kwalificatie) dan wel de EU-InsVo (insolventierechtelijke kwalificatie) moet worden bepaald. Het HvJ EU heeft in zijn arrest in deze zaak overwogen dat de Peeters/Gatzen-vordering als burgerlijke en handelszaak in de zin van artikel 1 lid 1 Verordening Brussel I moet worden gekwalificeerd, niet vallend onder de uitzondering van artikel 1 lid 2 onder b van deze verordening.¹⁴ In deze laatste bepaling zijn de kwesties betreffende faillissementen, akkoorden en andere soortgelijke procedures van het toepassingsgebied van de Verordening Brussel I uitgesloten. Het is vaste rechtspraak van het HvJ EU dat hieronder ook procedures vallen, ingeleid door vorderingen die rechtstreeks uit een insolventieprocedure voortvloeien dan wel daarmee verband houden.¹⁵ Volgens het HvJ EU is dit bij een Peeters/Gatzen-vordering niet het geval, zodat de rechtsmacht bij een Peeters/Gatzen-vordering aan de hand van de Verordening Brussel I, en thans Verordening Brussel I-bis, moet worden vastgesteld. Doordat de Hoge Raad in zijn verwijzingsarrest bij de overige vragen uitgaat van een insolventierechtelijke

kwalificatie, worden deze vragen – gezien het antwoord op de eerste vraag – door het HvJ EU niet beantwoord. De Hoge Raad moest derhalve ingevolge het arrest van het HvJ EU over de vraag oordelen of in het onderhavige geval de Nederlandse rechter op basis van de Verordening Brussel I bevoegd was tot kennisneming van de door de faillissementscurator tegen BNP ingestelde Peeters/Gatzen-vordering.

3. Hoge Raad en lokalisatie van de schade bij Peeters/Gatzen-vordering

De Verordening Brussel I is ingevolge artikel 2 jo. artikel 4 (artikel 4 jo. artikel 6 Verordening Brussel I-bis) formeel van toepassing indien de verweerder woonplaats heeft in een lidstaat. Gezien het arrest van het HvJ EU en het feit dat BNP een in België gevestigde bank is, valt de onderhavige vordering onder het toepassingsgebied van de Verordening Brussel I. Dit brengt derhalve mee dat de Nederlandse rechter zijn rechtsmacht alleen aan de bepalingen van deze verordening mag ontleen. In casu komt de Nederlandse rechter geen rechtsmacht toe op basis van de algemene bevoegdheidsregel van de verordening, nl. artikel 2 Verordening Brussel I (artikel 4 Verordening Brussel I-bis). Deze regel verleent de rechtsmacht gezien de vestiging van BNP in België aan de Belgische rechter. De enige bevoegdheidsregel waaraan de Nederlandse rechter zijn rechtsmacht bij de Peeters/Gatzen-vordering kan ontleen is de bijzondere bevoegdheidsregel van artikel 5 sub 3 Verordening Brussel I (artikel 7 sub 2 Verordening Brussel I-bis). Ingevolge deze bepaling kan een verweerder met een woon-/vestigingsplaats in een lidstaat in een andere lidstaat ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad worden opgeroepen voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen. Het is inmiddels vaste rechtspraak van het HvJ EU dat onder deze plaats dient te worden verstaan zowel de plaats van de schadebrengende handeling (Handlungsort) als de plaats waar de schade die in causaal verband met de schadebrengende handeling staat (Erfolgsort), is ingetreden of kan intreden.¹⁶

De Hoge Raad heeft in zijn arrest na verwijzing vastgesteld dat het Handlungsort in België is gelegen. De failliet heeft immers in België het geld van de bij de BNP aangehouden rekening opgenomen. Dit leidt ertoe dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht toekomt als de rechter van het Handlungsort.¹⁷ De Hoge Raad diende te onderzoeken of het Erfolgsort de bevoegdheid van de Nederlandse rechter scheidt. Bij de beantwoording van deze vraag is de lokalisatie

9 Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *PbEU* 2000, L 160/1-18. Deze verordening is met ingang van 26 juni 2017 vervangen door Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures, *PbEU* 2015, L 141/19-72 (hierna herschikte EU-InsVo).

10 HvJ EG 12 februari 2009, zaak C-339/07, ECLI:EU:C:2009:83, *NJ* 2013/38 (*Seagon/Deko Marty*).

11 Rb. Maastricht 1 augustus 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:3541, *JOR* 2013/215, m.nt. Van Unen en Hof Den Bosch 4 juni 2013, *JOR* 2013/318, m.nt. Veder.

12 HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269, *NJ* 2017/351.

13 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, *PbEU* 2001, L 12/1-23. Deze verordening is met ingang van 10 januari 2015 vervangen door de 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 (herschikking), *PbEU* 2012, L 351/1-32 (Verordening Brussel I-bis).

14 Zie voetnoot 3. Voor een uitgebreide analyse van dit arrest verwijz ik naar S.M. van den Braak, *Tvl* 2019/18 en Ziilinsky 2021.

15 Zie o.a. HvJ EG 22 februari 1979, zaak 133/78, ECLI:EU:C:1979:49, *NJ* 1979/564, m.nt. J.C. Schultsz (*Gourdain/Nadler*), HvJ EU 20 december 2017, zaak C-649/16, ECLI:EU:C:2017:986, *RvdW* 2018/358, *Tvl* 2018/23, m.nt. A.J. Berends (*Valach*).

16 HvJ EG 30 november 1976, zaak 21/76, ECLI:EU:C:1976:166, *NJ* 1977/494, m.nt. J.C. Schultsz (*Kalimijnen*). Zie recentelijk HvJ EU 12 mei 2021, zaak C-709/19, ECLI:EU:C:2021:377. Zie voor een analyse van de rechtspraak van het HvJ EU over het Handlungsort en het Erfolgsort M.H. ten Wolde, 'Het forum delicti volgens het EEX: 'Je gaat het pas zien als je het door hebt'', *NIPR* 2019, p. 331-349 en dezelfde, 'De plaats van het Erfolgsort in het forum delicti van het EEX. Is de puzzel gelegd?', *NIPR* 2020, p. 251-275.

17 Volledigheidshalve merk ik hier op dat de Belgische rechter in het onderhavige geval evenmin zijn rechtsmacht aan artikel 5 sub 3 Verordening Brussel I zou kunnen ontleen, nu hij reeds – gezien de vestigingsplaats van BNP – op grond van artikel 2 van deze verordening bevoegd zou zijn.

van zuiver financiële schade van belang. De Hoge Raad heeft de relevante rechtspraak opgesomd. Uit het arrest *Marinari/Lloyd's Bank* vloeit voort dat de plaats waar het schadebrennende feit zich heeft voorgedaan niet zo ruim moet worden uitgelegd dat hieronder ook wordt begrepen iedere plaats waar de benadeelde stelt vermogensschade te hebben geleden als gevolg van een door hem geleden, in een andere lidstaat ingetreden aanvankelijke schade.¹⁸ Onder het Erfolgsort valt ingevolge het arrest *Kronhoffer/Maier* evenmin de plaats waar de benadeelde woont of waar zich het centrum van zijn vermogen bevindt op de enkele grond dat hij aldaar financiële schade lijdt die voortvloeit uit het in een andere lidstaat ingetreden en door hem geleden verlies van onderdelen van zijn vermogen.¹⁹ Het arrest *Universal Music/Schilling* brengt mee dat geen Erfolgsort is de plaats waar de schade is ingetreden, wanneer die schade uitsluitend bestaat in een financieel verlies (zuiver financiële schade) dat rechtstreeks intreedt op de bankrekening van de verzoeker en het rechtstreekse gevolg is van een onrechtmatige gedraging die zich in een andere lidstaat heeft voorgedaan. Dit is echter anders indien sprake is van andere bijzondere omstandigheden van de zaak die ertoe bijdragen om de rechtsmacht te verlenen aan de rechter van de plaats waar zuiver financiële schade is ingetreden.²⁰

4. Is Nederland Erfolgsort?

Toegepast op het onderhavige geval betekent dit dat het feit dat er schade op een bankrekening in België ontstaat, doordat de failliet het geld aldaar opneemt, niet ertoe leidt dat een voor de vaststelling van de rechtsmacht relevante schade aan de failliete boedel in Nederland wordt toegebracht. Evenmin betekent het feit dat de schuldeisers van de failliet in Nederland wonen en hier te lande het centrum van hun vermogen hebben, dat de Nederlandse rechter bevoegd is tot kennisneming van de door de curator ingestelde vordering. Het bovenstaande leidt ertoe dat Nederland niet als Erfolgsort kan worden aangemerkt. In de woorden van de Hoge Raad:

“(…) Het doel hiervan (lees: van de Peeters/Gatzen-vordering, toev. MZ) is om de verhaalsbenadeling te herstellen die is veroorzaakt door het gestelde onrechtmatig handelen van Fortis jegens de gezamenlijke schuldeisers, dat erin bestaat dat Fortis zonder slag of stoot, en zonder te voldoen aan haar wettelijke verplichtingen, heeft meegewerkt aan de opnames in contanten door [betrokkene 1] (lees: failliet, toev. MZ). 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. (...)”²¹

Het Erfolgsort is volgens de Hoge Raad in België gelegen. De in Nederland ingetreden schade die de schuldeisers van de failliet lijden, is een afgeleide schade van een elders, namelijk in België, ontstane schade. Die indirecte schade telt dus niet mee als de voor het bepalen van het Erfolgsort relevante schade. Alleen die schade telt mee die wordt geleden op de bankrekening in België doordat de schuldeisers van de failliet zich niet op de bankrekening kunnen verhalen. Voor de Hoge Raad is niet van belang dat de failliete boedel in Nederland is gelegen. De Hoge Raad ziet, anders dan A-G Vlas in zijn conclusie voor het arrest na verwijzing,²² geen aanleiding om te onderzoeken of sprake is van bijkomende omstandigheden die ertoe zouden kunnen bijdragen dat de Nederlandse rechter als de rechter van het Erfolgsort bevoegd zou zijn. De Hoge Raad is er zeer stellig in. Nederland kan niet als Erfolgsort worden aangemerkt “op de enkele grond dat de schuldeisers in Nederland financiële schade hebben geleden. Die schade is immers een gevolg van de aanvankelijk in België ingetreden schade. Daarom is voor bepaling van de internationale bevoegdheid niet van belang of in het onderhavige geval sprake is van andere aanknopingspunten met Nederland of andere bijzondere omstandigheden (...)”²³

De Hoge Raad overweegt heel stellig dat Nederland in dit geval geen Erfolgsort is. Zou de aanwezigheid van een bijzondere omstandigheid de Hoge Raad tot een ander oordeel kunnen brengen? Waarom kan de omstandigheid dat de bankrekening in België waarvan het geld is opgenomen, deel uitmaakt van de failliete boedel in Nederland en dat door het onttrekken van het geld aan de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers direct en zichtbaar schade in de failliete boedel in Nederland ontstaat, niet als bijzondere omstandigheid worden aangemerkt die ertoe zou kunnen leiden dat Nederland wel als Erfolgsort in de zin van artikel 5 sub 3 Verordening Brussel I zou kunnen worden aangemerkt?²⁴ De bijzondere omstandigheden werden door het HvJ EU in de arresten *Kolassa/Barclays* en *Löber/Barclays* wel in aanmerking genomen.²⁵ Deze arresten hadden betrekking op zuiver financiële schade die is ontstaan op een beleggingsrekening door de waardedaling van certificaten waarin een (particuliere) belegger heeft geïnvesteerd. Deze certificaten werden aangeschaft in de lidstaat van de rechter waar de beleggingsrekening werd aangehouden,

18 HvJ EG 19 september 1995, zaak C-364/93, ECLI:EU:C:1995:289, NJ 1997/52, m.nt. Th.M. de Boer.

19 HvJ EG 10 juni 2004, zaak C-168/02, ECLI:EU:C:2004:364, NJ 2006/35, m.nt. P. Vlas.

20 HvJ EU 16 juni 2016, zaak C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449, NJ 2018/38, m.nt. L. Strikwerda.

21 HR 3 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1223, NJ 2020/388, m.nt. A.J. Berends, r.o. 5.6.

22 Conclusie A-G Vlas, ECLI:NL:PHR:2020:214 bij HR 3 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1223, NJ 2020/388, m.nt. A.J. Berends, r.o. 3.15.

23 HR 3 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1223, NJ 2020/388, m.nt. A.J. Berends, r.o. 5.6. Met de andere bijzondere omstandigheden doelt de Hoge Raad op de bijzondere omstandigheden die volgens het arrest *Universal Music/Schilling* meewegen bij het toekennen van de rechtsmacht aan de rechter in een lidstaat van de plaats van het ontstaan van zuiver financiële schade.

24 Zie ook Berends in zijn noot onder HR 3 juni 2020, NJ 2020/388, punt 7.

25 HvJ EU 28 januari 2015, zaak C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37, NJ 2015/332, m.nt. L. Strikwerda (*Kolassa/Barclays*) en HvJ EU 12 september 2018, zaak C-304/17, ECLI:EU:C:2018:701, NJ 2018/419 (*Löber/Barclays*).

er werd informatie over deze certificaten door middel van een op die lidstaat gericht prospectus op deze markt uitgegeven en de bank had niet in overeenstemming met lokale informatieverplichtingen gehandeld.²⁶ Wat betreft de vraag of een lidstaat als Erfolgsort in de zin van artikel 5 sub 3 Verordening Brussel I (artikel 7 sub 2 Verordening Brussel I-bis) kan worden gekwalificeerd, wijs ik ook nog op het recentste arrest in het rijtje van de arresten over het Erfolgsort, het arrest in de zaak *VEB/BP*. Het HvJ EU heeft in dit arrest immers overwogen dat:

“(…) het feit dat op een beleggingsrekening rechtstreeks zuiver financiële schade ontstaat die het gevolg is van beleggingsbeslissingen die zijn genomen onder invloed van wereldwijd gemakkelijk toegankelijke maar onjuiste, onvolledige en misleidende informatie van een internationale beursgenoteerde vennootschap, het niet mogelijk maakt om uit hoofde van het intreden van de schade uit te gaan van de internationale bevoegdheid van een rechterlijke instantie van de lidstaat waar de bank of beleggingsonderneming gevestigd is waarbij de rekening in het register is ingeschreven, wanneer die vennootschap niet onderworpen was aan wettelijke openbaarmakingsverplichtingen in die lidstaat”.²⁷

Dit is volgens het HvJ EU evenmin anders indien de vordering een collectief karakter heeft.²⁸ In deze zaak is de vordering ingesteld door de in Nederland gevestigde VEB ten behoeve van alle beleggers die de op de beurzen in Londen (Verenigd Koninkrijk) en Frankfurt (Duitsland) genoteerde aandelen van de in Londen gevestigde BP via een in Nederland aangehouden beleggingsrekening of een beleggingsrekening van een in Nederland gevestigde bank en/of beleggingsinstelling hebben aangeschaft. Volgens het HvJ EU kan de emittent slechts worden gedaagd voor de rechter in de lidstaat van zijn vestigingsplaats dan wel uit hoofde van het intreden van de schade voor de rechter in een lidstaat waar de emittent met het oog op de beursnotering aan de wettelijke openbaarmakingsverplichtingen heeft voldaan. Deze plaats, anders dan de plaats waar de beleggingsrekening wordt aangehouden, voldoet aan het beginsel van voorzienbaarheid. Het Erfolgsort mag weliswaar een Barbapapa zijn,²⁹ maar relevant is slechts de directe schade, en de plaats van deze schade moet voor alle betrokkenen voorzienbaar zijn. In de zaak *Rosbeek/BNP* komt de Hoge Raad niet toe aan de beoordeling van deze criteria, omdat de Hoge Raad heeft overwogen dat de directe schade ontstaat bij het leeghalen van de bankrekening in België.

26 Zie voor een analyse van het vaststellen van Erfolgsort bij zuiver financiële schade L.M. van Bochove, ‘Money’s too tight to mention. De problematische vaststelling van het Erfolgsort bij zuivere vermogensschade’, *Ondernemingsrecht* 2021/38. Van Bochove stelt dat “het Erfolgsort veel weg heeft van Barbapapa: een flexibel criterium dat kneedbaar is naargelang de gewenste uitkomst”.

27 HvJ EU 12 mei 2021, zaak C-709/19, ECLI:EU:C:2021:377, r.o. 37.

28 Idem, r.o. 36.

29 Vgl. Van Bochove 2021.

5. Gevolgen voor Peeters/Gatzen-vordering onder Verordening Brussel I-bis

Betekent het eindarrest van de Hoge Raad in de zaak *Rosbeek/BNP* dat de Nederlandse rechter op grond van artikel 7 sub 2 Verordening Brussel I-bis (artikel 5 sub 3 Verordening Brussel I) geen rechtsmacht toekomt om van een Peeters/Gatzen-vordering tegen een in een andere lidstaat gevestigde derde kennis te nemen? Naar mijn mening hangt dit ervan af hoe de vordering wordt geformuleerd. Denk bijvoorbeeld aan een vordering tegen een buitenlandse (groot)moedervenootschap wegens het beëindigen van de financiering van haar (klein)dochtervenootschap in Nederland, als gevolg waarvan deze laatste failliet wordt verklaard.³⁰ In een dergelijk geval is verdedigbaar dat het faillissement van de in Nederland gevestigde vennootschap mede te wijten is aan de beëindiging van de financiering door haar in Duitsland gevestigde (groot)moedervenootschap alsmede aan het handelen van deze (groot)moedervenootschap voorafgaand aan de beëindiging van de financiering. De vorderingen van de schuldeisers van de in Nederland gevestigde vennootschap zijn immers als gevolg van die beëindiging onverhaalbaar geworden. De eerste vraag die in dit geval rijst, is de vraag of sprake is van het uiteenvallen van het Handlungsort en het Erfolgsort. Het staat mijns inziens niet vast dat Duitsland onder deze omstandigheden het Handlungsort is, omdat het vermeend onrechtmatig besluit aldaar is genomen. Volgens het HvJ EU is het Handlungsort de plaats waarmee de door de vennootschap verrichte werkzaamheden en de financiële situatie met betrekking tot die werkzaamheden verband houden. Aangezien het om een financiering in Nederland gaat en de in Duitsland gevestigde (groot)moedervenootschap zich met de wijze van financiering van de in Nederland gevestigde (klein)dochtervenootschap bemoeide, zou dit op Nederland kunnen doelen.³¹ Indien Nederland niet als Handlungsort kan worden aangemerkt, rest nog de mogelijkheid dat de Nederlandse rechter zich als rechter van het Erfolgsort bevoegd verklaart. Waar ontstaat de directe schade als gevolg van het vermeend onrechtmatig handelen van de Duitse (groot)moedervenootschap? Is dit Duitsland, omdat aldaar de beslissing tot beëindiging wordt genomen? Of ligt het Erfolgsort in Nederland, omdat hier te lande door het faillissement van de Nederlandse vennootschap de schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden beperkt? Naar mijn mening valt voor het laatste wel iets te zeggen. Deze plaats is voor alle betrokkenen voorspelbaar. Het gaat immers om de plaats waar de failliet is gevestigd en het is voor de

30 Vgl. Rb. Midden-Nederland 2 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3552, *JOR* 2021/21, m.nt. T.M.C. Arons (*Van An del q.q./BMA*). De rechtbank stelt prejudiciële vragen over artikel 7 sub 2 Verordening Brussel I-bis aan het HvJ EU. De zaak is inmiddels onder het nummer C-489/20 bij het HvJ EU aanhangig. Ik laat hier in het midden of de in dit geval ingestelde vordering als een Peeters/Gatzen-vordering kan worden aangemerkt.

31 Vgl. HvJ EU 18 juli 2013, zaak C-147/12, ECLI:EU:C:2013:490, *NJ* 2014/85, m.nt. L. Strikwerda, *JOR* 2013/303, m.nt. Zilinsky en Knigge (*ÖFAB/Koot*). Ik wijs erop dat de Duitse rechter in dit geval zijn rechtsmacht niet aan artikel 7 sub 2 Verordening Brussel I-bis kan ontnemen, omdat hem reeds op basis van artikel 4 Verordening Brussel I-bis rechtsmacht toekomt. De (groot)moedervenootschap is immers in Duitsland gevestigd.

verweerder (de Duitse (groot)moedervereniging) voorzienbaar dat dit besluit om de stekker uit de financiering te trekken in Nederland schade bij de schuldeisers van de (klein)dochtervereniging zal veroorzaken. Niet relevant is mijns inziens het 'collectieve' karakter van de ingestelde vordering en evenmin is van belang dat een vergelijkbare vordering in het onderhavige geval door een op grond van artikel 3:305a BW opgerichte stichting tot belangenbehartiging van de schuldeisers van de failliet in Nederland is ingesteld.³²

In de zaak *Rosbeek/BNP* kwam het HvJ EU niet toe aan het beantwoorden van de vraag naar het bepalen van het op een Peeters/Gatzen-vordering toepasselijke recht.³³ Gezien de civielrechtelijke kwalificatie van deze vordering door het HvJ EU dient het hierop toepasselijke recht aan de hand van de Rome II-Verordening³⁴ te worden bepaald.³⁵ Bij gebreke van een rechtskeuze wordt een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad ingevolge artikel 4 lid 1 Rome II beheerst door het recht van het land waar de schade zich heeft voorgedaan, ongeacht in welk land het schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan en ongeacht in welke landen de indirecte gevolgen van de gebeurtenis zich voordoen. Bepalend is dus het Erfolgsort.³⁶ In het licht van de overwegingen van de Hoge Raad is in de zaak *Rosbeek/BNP* het Belgische recht van toepassing, aangezien de Hoge Raad deze plaats in België heeft gelokaliseerd. Bij een Erfolgsort ter plaatse van het centrum van de voornaamste belangen van de failliet, zou dit het Nederlandse recht zijn geweest, omdat het faillissement hier te lande is geopend. Tegen de toepassing van deze benadering pleit echter dat het feit dat het centrum van de voornaamste belangen van de failliet in Nederland is gelegen, op zich niet betekent dat tevens hier te lande schade wordt geleden. Het vermogen van de failliet en dus de failliete boedel kan overal ter wereld liggen. Zou men hebben gekozen voor de plaats waar de schuldeisers van de failliet zijn gevestigd, dan zou dit hebben geleid tot een waaier aan toepasselijke rechtsstelsels.³⁷

Kan Duitsland in het geval van de beëindiging van de financiering door de Duitse (groot)moedervereniging bij de Nederlandse (klein)dochtervereniging als Erfolgsort

voor toepassing onder artikel 4 lid 1 Rome II in aanmerking komen of is Nederland in zo'n geval het Erfolgsort? Naar mijn mening dient de plaats van directe schade in Nederland te worden gelokaliseerd, omdat hier te lande de inmiddels failliete vereniging is gevestigd. De voor het Erfolgsort relevante directe schade ontstaat pas op het moment dat de in Nederland gevestigde vereniging door het niet-ontvangen van de benodigde financiering haar activiteiten niet kan uitoefenen, waardoor zij failliet wordt verklaard en de schuldeisers in Nederland hun verhaalsmogelijkheden verliezen.³⁸ Dit leidt mijns inziens dan ook tot de toepasselijkheid van het Nederlandse recht op de onderhavige vordering.

6. Tot besluit

Gezien het arrest van het HvJ EU in de zaak *Rosbeek/BNP* valt de Peeters/Gatzen-vordering onder het materiële toepassingsgebied van de Verordening Brussel I-bis. Of de Nederlandse rechter in een grensoverschrijdend geval bevoegd is tot kennisneming van een Peeters/Gatzen-vordering die door een curator in een in Nederland geopend faillissement tegen een derde is ingesteld, hangt van de omstandigheden van het geval af. Indien de derde in Nederland woont, is de Nederlandse rechter op grond van artikel 4 Verordening Brussel I-bis bevoegd tot kennisneming van de vordering. Woont hij echter in een andere lidstaat, dan komt het erop aan of in Nederland een schadebrengende handeling is verricht dan wel de door het onrechtmatig handelen van de derde geleden schade in Nederland kan worden gelokaliseerd en of deze schade relevant is voor het bepalen van het Erfolgsort, met andere woorden of deze schade als directe door het onrechtmatig handelen geleden schade kan worden beschouwd. Bij een lokalisatie van het Handlungsort en/of van het Erfolgsort in Nederland komt de Nederlandse rechter op grond van artikel 7 sub 2 Verordening Brussel I-bis rechtsmacht toe tot kennisneming van de ingestelde Peeters/Gatzen-vordering.

Mr. dr. M. Zilinsky

³² Zie HvJ EU 12 mei 2021, zaak C-709/19, ECLI:EU:C:2021:377, r.o. 36.

³³ De nieuwe prejudiciële vragen van de Rb. Midden-Nederland (zie voetnoot 26) hebben ook betrekking op het vaststellen van het toepasselijke recht op een dergelijke vordering.

³⁴ 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), *PbEU* 2007, L 199/40-49.

³⁵ Anders Van den Braak, *Tvl* 2019/18. Zie voor kritiek op deze benadering Zilinsky 2021.

³⁶ In de literatuur wordt de plaats waar de schade zich heeft voorgedaan in de zin van artikel 4 lid 1 Rome II aan het Erfolgsort in de zin van artikel 7 sub 2 Verordening Brussel I-bis gelijkgesteld. Zie Rauscher/Unberath/Cziupka/Pabst, *EuZPR/EuIPR* (2016), artikel 4 Rom II-VO, Rn 1; Magnus/Mankowski/Magnus, *Rome II Regulation* (2019), artikel 4 note 70; *Asser/Kramer & Verhagen 10-III* 2015/990; F. Ibbili, in: *GS Onrechtmatige daad*, artikel 4 Verordening 'Rome II', aant. 1.

³⁷ Een dergelijke lokalisatie van het Erfolgsort ligt mijns inziens niet voor de hand, omdat dan niet aan het voorzienbaarheids criterium wordt voldaan. De verweerder weet niet bij voorbaat wie de schuldeisers van de failliet zijn en waar zij zijn gevestigd.

³⁸ Voor zover de curator ook de belangen van de Duitse schuldeisers van de failliete Nederlandse vereniging vertegenwoordigt, worden de ten behoeve van deze schuldeisers ingestelde vorderingen op grond van artikel 4 lid 2 Rome II door het Duitse recht beheerst. De aansprakelijk gestelde partij (de Duitse grootmoedervereniging) en degene die schade lijdt (de Duitse schuldeisers) zijn in Duitsland gevestigd.