



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
M. BOBEK
van 18 oktober 2018¹

Zaak C-535/17

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

(verzoek van de Hoge Raad der Nederlanden om een prejudiciële beslissing)

„Verzoek om een prejudiciële beslissing – Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht –
Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Rechterlijke bevoegdheid in burgerlijke en
handelszaken – Verordening (EG) nr. 44/2001 – Insolventieprocedures – Verordening (EG)
nr. 1346/2000 – Toepassingsgebied – Verordening (EG) nr. 864/2007 – Werkingsfeer *ratione*
temporis – Vordering tot schadevergoeding die door een curator is ingesteld tegen een derde die
onrechtmatig jegens de crediteuren heeft gehandeld”

I. Inleiding

1. PI was deurwaarder in Nederland. Hij hield in België bij BNP Paribas Fortis NV (hierna: „Fortis”) een zichtrekening (betaalrekening) aan. PI gebruikte de rekening voor professionele doeleinden in verband met zijn deurwaarderspraktijk. In 2006 heeft PI een vennootschap opgericht die zich moest toeleveren op de uitoefening van de deurwaarderspraktijk. Hij was de enige aandeelhouder en bestuurder van deze vennootschap. De vennootschap hield een andere rekening aan, namelijk een kwaliteitsrekening bij Rabobank in Nederland.
2. In september 2008 heeft PI 550 000 EUR overgeboekt van de kwaliteitsrekening bij Rabobank in Nederland naar de zichtrekening bij Fortis in België. Enkele dagen later heeft hij dat bedrag in contanten opgenomen van de zichtrekening bij Fortis.
3. Zowel PI als de vennootschap is failliet verklaard. De curator in deze in Nederland geopende faillissementsprocedures vordert thans terugbetaling van 550 000 EUR van Fortis in het belang van de gezamenlijke schuldeisers van PI en die van de vennootschap. Dit type vordering staat in het Nederlands recht bekend als de „Peeters/Gatzen-vordering”. Deze vordering is in 1983 voor het eerst toegestaan bij arrest van de Hoge Raad der Nederlanden, de verwijzende rechter in de onderhavige zaak.

¹ Oorspronkelijke taal: Engels.

4. Met het oog op de beslissing over de internationale bevoegdheid wenst de verwijzende rechter van het Hof te vernemen of een vordering als de Peeters/Gatzen-vordering valt binnen het toepassingsgebied van verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures² (hierna: „Insolventieverordening”), dan wel dat van verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken³ (hierna: „Brussel I-verordening”).

II. Toepasselijke bepalingen

A. *Unierecht*

1. *Brussel I-verordening*

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

2. *Rome II-verordening*

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

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

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

3. *Insolventieverordening*

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

9. Artikel 3 van de Insolventieverordening bevat regels betreffende de internationale bevoegdheid. Volgens lid 1 daarvan komt de bevoegdheid tot het openen van insolventieprocedures toe aan „[de] rechters van de lidstaat waar het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar gelegen is”.

² PB 2000, L 160, blz. 1.

³ PB 2001, L 12, blz. 1.

⁴ PB 2007, L 199, blz. 40.

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

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

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

[...]

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

[...]

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

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

„Artikel 4, lid 2, onder m), is niet van toepassing indien degene die voordeel heeft gehad bij een voor het geheel van schuldeisers nadelige handeling bewijst:

- dat deze handeling onderworpen is aan het recht van een andere lidstaat dan de lidstaat waar de procedure is geopend, en
- dat dat recht in het gegeven geval niet voorziet in de mogelijkheid om die rechtshandeling te bestrijden.”

B. Nederlands recht en Nederlandse rechtspraak

1. Peeters/Gatzen-vordering

12. De Peeters/Gatzen-vordering is voor het eerst toegestaan in een arrest van 14 januari 1983⁵ van de verwijzende rechter, de Hoge Raad der Nederlanden. In zijn verwijzingsbeslissing geeft die rechter een overzicht van enkele van de voornaamste kenmerken van dit type vordering, die in zijn latere rechtspraak zijn ontwikkeld.⁶

13. In het geval van benadeling van de schuldeisers door de gefailleerde voorafgaand aan het faillissement, is een curator bevoegd op te komen voor het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Volgens de Hoge Raad der Nederlanden kan onder omstandigheden ook plaats zijn voor het geldend maken van een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad tegen een derde die bij die benadeling betrokken was, ook al kwam een dergelijke vordering niet aan de gefailleerde zelf toe. De opbrengst van een zodanige door de curator in het belang van de gezamenlijke schuldeisers

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

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

geldend gemaakte vordering valt, evenals de opbrengst van een vordering tot vernietiging op de voet van de artikelen 42 en volgende van de Faillissementswet van 30 september 1893 (hierna: „Fw”), in de boedel. De opbrengst komt de gezamenlijke schuldeisers dus ten goede in de vorm van een toename van het boedelactief.

14. De curator ontleent zijn bevoegdheid tot het geldend maken van dergelijke vorderingen aan de hem in artikel 68, lid 1, Fw gegeven opdracht tot beheer en vereffening van de failliete boedel. Het bestaan van de op artikel 68, lid 1, Fw gebaseerde bevoegdheid van de curator staat, ongeacht of de curator van deze bevoegdheid gebruikmaakt of niet, niet eraan in de weg dat individuele schuldeisers zelf de aan hen toekomende vordering uit hoofde van onrechtmatige daad van een derde in rechte geldend maken. Het belang van een behoorlijke afwikkeling van het faillissement kan niettemin meebrengen dat indien de curator, op grond van hetzelfde feitencomplex, een vordering uit onrechtmatige daad ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers geldend maakt jegens de derde, eerst op deze vordering en vervolgens op die van de individuele schuldeiser wordt beslist.

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

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

III. Feiten, nationale procedure en prejudiciële vragen

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

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

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

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

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

22. De curator heeft voor de rechtbank Maastricht (hierna: „rechter in eerste aanleg”) veroordeling van Fortis tot betaling van 550 000 EUR gevorderd. Hij heeft aan die vordering ten grondslag gelegd dat Fortis jegens de gezamenlijke schuldeisers van PI BV en PI onrechtmatig heeft gehandeld door zonder slag of stoot, en dus in strijd met haar wettelijke verplichtingen, de opnamen in contanten door PI toe te staan. Volgens de curator hebben de schuldeisers in beide faillissementen door de handelingen van Fortis schade geleden.

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

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

25. In hoger beroep tegen dat eindvonnis heeft de rechter in tweede aanleg in zijn tussenarrest van 16 februari 2016 overwogen dat, nu al in zijn tussenarrest van 4 juni 2013 over de rechtsmacht was beslist, dit (in beginsel) niet opnieuw kon gebeuren. Hij merkte evenwel ook op dat de latere arresten van het Hof van 4 september 2014, Nickel & Goeldner Spedition⁷, en 11 juni 2015, Comité d'entreprise de Nortel Networks e.a.⁸, steun bieden voor het standpunt van Fortis dat de beslissing in het tussenarrest van 4 juni 2013 onjuist was. De rechter in tweede aanleg heeft derhalve op dat punt tussentijds cassatieberoep opengesteld.

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

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

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

⁷ Zaak C-157/13, EU:C:2014:2145.

⁸ Zaak C-649/13, EU:C:2015:384.

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

30. In de verwijzingsbeslissing merkt de Hoge Raad der Nederlanden op dat een Peeters/Gatzen-vordering betrekking heeft op het vorderingsrecht van de schuldeisers en de aansprakelijkheid van de derde jegens de schuldeisers, en dat dit vorderingsrecht en deze aansprakelijkheid hun oorsprong vinden in de gemeenschappelijke regels van burgerlijk recht. Deze rechter benadrukt echter ook dat de bevoegdheid van de curator om een vordering in te stellen voortvloeit uit de regels voor een insolventieprocedure en dat de opbrengst van de vordering in de boedel valt en niet toekomt aan de individuele schuldeisers.

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

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

- „1) Valt een vordering tot schadevergoeding die de curator uit hoofde van de hem in artikel 68, lid 1, van de Faillissementswet gegeven opdracht tot beheer en vereffening van de failliete boedel namens de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde instelt tegen een derde, op de grond dat deze derde jegens de schuldeisers onrechtmatig heeft gehandeld en waarvan, bij het slagen van die vordering, de opbrengst ten goede komt aan de boedel, onder de uitzondering van artikel 1, lid 2, aanhef en onder b), van verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken?
- 2) Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord en de desbetreffende vordering derhalve wordt bestreken door verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, wordt deze vordering dan beheerst door het recht van de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend krachtens artikel 4, lid 1, van die verordening zowel wat betreft de bevoegdheid van de curator tot het instellen van deze vordering als wat betreft het op deze vordering toepasselijke materiële recht?
- 3) Indien vraag 2 bevestigend wordt beantwoord, dient de rechter van de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend dan rekening te houden, al dan niet naar analogie, met:
 - a) het bepaalde in artikel 13 van verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, in die zin dat de aangesproken partij zich tegen een vordering van de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers kan verweren door te

bewijzen dat haar handelwijze niet tot haar aansprakelijkheid leidt, indien beoordeeld naar het recht dat op de vordering van toepassing zou zijn geweest als zij niet door de curator, maar door een individuele schuldeiser uit onrechtmatige daad zou zijn aangesproken;

- b) het bepaalde in artikel 17 van verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen („Rome II”), mede in verbinding met artikel 13 van verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, dat wil zeggen met de ter plaatse van de beweerdte onrechtmatige daad geldende veiligheidsvoorschriften en gedragsregels, zoals financiële gedragsregels voor banken?”

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

IV. Beoordeling

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

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

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

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

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

37. Volgens vaste rechtspraak⁹ moeten de Brussel I-verordening en de Insolventieverordening aldus worden uitgelegd dat ten eerste elke overlapping tussen de in die teksten vervatte rechtsregels en ten tweede elk rechtsvacuüm worden vermeden. Derhalve vallen vorderingen die volgens artikel 1, lid 2, onder b), van de Brussel I-verordening buiten het toepassingsgebied van deze verordening vallen, binnen het toepassingsgebied van de Insolventieverordening. Omgekeerd moeten vorderingen die buiten het toepassingsgebied van de Insolventieverordening vallen binnen het toepassingsgebied van de Brussel I-verordening vallen.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. *Uitsluiting: „rechtstreeks uit een insolventieprocedure voortvloeien” en/of „daarmee nauw samenhangen”*

40. Wat de afbakening van het toepassingsgebied van de Brussel I-verordening en de Insolventieverordening betreft, heeft het Hof met betrekking tot de uitsluiting als vervat in artikel 1, lid 2, onder b), van de Brussel I-verordening verklaard dat alleen vorderingen die *rechtstreeks* uit een insolventieprocedure *voortvloeien* en daarmee *nauw samenhangen*¹⁸ buiten het toepassingsgebied van de Brussel I-verordening vallen.¹⁹ Bijgevolg vallen alleen die vorderingen binnen het toepassingsgebied van de Insolventieverordening.²⁰

41. Het Hof heeft die formulering voor het eerst gebruikt in het arrest in de zaak Gourdain (133/78, EU:C:1979:49).²¹ Zoals het Hof een aantal maal heeft opgemerkt²², staat dezelfde formulering ook in overweging 6 van de Insolventieverordening om het voorwerp van die verordening af te bakenen. Soortgelijke bewoordingen worden ook gebruikt in artikel 25, lid 1, tweede alinea, van de Insolventieverordening. Krachtens de eerste alinea van lid 1 van dat artikel moeten beslissingen worden erkend van een rechter die bevoegd is op grond van artikel 3, lid 1, van de verordening.²³ Volgens artikel 25, lid 1, tweede alinea, geldt de eerste alinea eveneens voor „beslissingen die rechtstreeks voortvloeien uit de insolventieprocedure en daar nauw op aansluiten”. Bovendien heeft het Hof in zijn arrest in de zaak Seagon verklaard dat artikel 3, lid 1, van de Insolventieverordening aldus moet worden uitgelegd dat „de lidstaat op wiens grondgebied de insolventieprocedure is geopend, op grond van deze bepaling eveneens internationaal bevoegd is om kennis te nemen van vorderingen die rechtstreeks uit deze procedure voortvloeien en daarmee nauw samenhangen”.²⁴

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

48. In andere gevallen heeft het feit dat een van de twee criteria van de toets niet was vervuld het Hof er niet van weerhouden het andere te onderzoeken. Dit was het geval in het arrest in de zaak Tünkers France en Tünkers Maschinenbau, waarin het Hof, na te hebben geoordeeld dat de vordering in kwestie niet rechtstreeks voortvloeide uit een insolventieprocedure (eerste voorwaarde), vervolgens heeft onderzocht of de vordering nauw met die procedure samenhang (tweede voorwaarde).²⁷ Het Hof oordeelde niettemin dat ook de tweede voorwaarde niet was vervuld. Uit deze zaak kan derhalve niet worden opgemaakt dat een van de twee voorwaarden zwaarder weegt dan de andere. Maar de noodzaak om beide criteria te onderzoeken doet twijfel rijzen over de vraag of zij cumulatief zijn: indien beide criteria moeten zijn vervuld, is het tamelijk overbodig beide criteria te onderzoeken wanneer duidelijk is dat een ervan niet is vervuld.

49. Daarnaast zijn er zaken waarin het Hof een criterium heeft uitgekozen dat het als doorslaggevend beschouwde en heeft verklaard dat dat prevaleerde boven het andere.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³¹ Zie arresten van 9 november 2017, Tünkers France en Tünkers Maschinenbau (C-641/16, EU:C:2017:847, punten 22 en 28), en 20 december 2017, Valach e.a. (C-649/16, EU:C:2017:986, punten 29 en 37).

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

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

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

59. De achterliggende gedachte van de behandeling van de vraag wat de rechtsgrondslag van de vordering is, is om de oorsprong en de aard van de vordering te bepalen in het licht van de (belangrijkste) inhoudelijke toetsing die de zaak vereist. Zo vindt een vordering tot nakoming van een contractuele verplichting zijn rechtsgrondslag in de gemeenschappelijke regels van overeenkomstenrecht, zelfs al is deze vordering in het belang van de schuldeisers ingesteld door een curator³³, hetgeen impliceert dat de (mogelijke) opbrengst in de boedel zal vallen. Dit gaat ook op voor een vordering die bijvoorbeeld is gebaseerd op de regels inzake ongerechtvaardigde verrijking of, zoals het geval lijkt te zijn in het hoofdgeding, de regels inzake onrechtmatige daad.

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

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

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

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

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

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

63. Verder moet worden onderzocht wat de rechtsgrondslag van de vordering is (de regels die van toepassing zijn wanneer de zaak ten gronde wordt afgedaan), en niet wat de achterliggende economische of financiële reden van de transactie is (bijvoorbeeld de reden om een overeenkomst te sluiten, of waarom überhaupt een poging is gedaan tot een bepaalde gedraging, waarbij uiteindelijk de schade is veroorzaakt) of, in de specifieke context van een onrechtmatige daad, welke regels nu precies (vermeend) zijn geschonden.

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

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

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

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

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

69. Tot slot kan niet volledig worden uitgesloten dat de toetsing op basis van de nauwe samenhang het resultaat van de rechtsgrondslagtoets in echt uitzonderlijke gevallen terzijde zou kunnen stellen. Dat zou kunnen gebeuren indien een bepaalde vordering die in beginsel is gebaseerd op gemeenschappelijke regels, wordt gekenmerkt door zo veel specifieke afwijkende voorschriften – bijvoorbeeld wat betreft het voorwerp van de eis, de bewijslast of de verjaringstermijn, die dusdanig veel verschillen van de algemene regeling dat zij in feite neerkomen op een afzonderlijke en specifieke regeling – dat deze vordering hierdoor binnen het gebied van insolventie zou kunnen komen te vallen. Metaforisch gesteld: het steeds maar toevoegen van specifieke elementen aan een tekening van een paard zal er onvermijdelijk toe leiden dat de wezenlijke aard van het afgebeelde dier op een bepaald punt verandert in die van een kameel, een olifant of iets dergelijks.

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

5. Peeters/Gatzen-vordering

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

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

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

74. De vordering die de curator tegen Fortis heeft ingesteld lijkt derhalve vanuit juridisch oogpunt een vordering uit onrechtmatige daad te zijn: zij is gebaseerd op het vermeende verzuim van de bank bij de nakoming van haar wettelijke verplichtingen wat betreft het toezicht en het niet-toestaan van opnamen in contanten, waardoor de schuldeisers kennelijk schade hebben geleden (eerste deel van de toets). Geen van de specifieke kenmerken van de ingestelde Peeters/Gatzen-vordering volstaat om de

³⁵ Zie voetnoten 10 en 11 hierboven.

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

conclusie te rechtvaardigen dat een vordering als die welke in het kader van het hoofdgeding is ingesteld inderdaad zo nauw met de insolventieprocedure samenhangt dat dit zwaarder weegt dan het feit dat zij vanuit juridisch oogpunt kan worden aangemerkt als een vordering uit onrechtmatige daad (tweede deel van de toets).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

89. Zoals het Hof heeft benadrukt⁴¹, heet het allereerst in overweging 23 van de Insolventieverordening dat deze verordening „voor haar werkingssfeer uniforme conflictregels moet vaststellen die, voor zover zij van toepassing zijn, in de plaats treden van de nationale voorschriften op het gebied van het internationale privaatrecht”. In die overweging staat verder dat „[de] *lex concursus* [...] bepalend [is] voor *alle rechtsgevolgen* van de insolventieprocedure, zowel procedureel als materieel, ten aanzien van de betrokken rechtssubjecten en rechtsbetrekkingen”⁴². Indien de Peeters/Gatzen-vordering onder de Insolventieverordening viel, zouden dus *alle rechtsgevolgen* uitsluitend worden beheerst door de conflictregels van die verordening.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

95. Voorts lijken de bewoordingen en het doel van artikel 13 in de weg te staan aan de toepassing ervan. Volgens de bewoordingen verwijst deze bepaling naar „degene die *voordeel heeft gehad* bij een voor het geheel van schuldeisers nadelige handeling” (cursivering van mij). Bij beoordeling van het doel ervan, heeft het Hof geoordeeld dat de uitzondering in artikel 13, die strikt moet worden uitgelegd⁴⁴, „tot doel [heeft], het gewettigd vertrouwen van degene die voordeel heeft gehad bij een voor het geheel van schuldeisers nadelige handeling, te beschermen door te bepalen dat deze handeling, zelfs nadat de insolventieprocedure is geopend, nog steeds wordt beheerst door het recht dat hierop van toepassing was op de datum waarop zij is verricht [...]”⁴⁵.

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

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

98. Bij wijze van naschrift kan nog worden toegevoegd dat de bespreking in dit gedeelte mijns inziens verder lijkt te bevestigen dat het juiste antwoord op de eerste vraag luidt dat de Peeters/Gatzen-vordering niet wordt beheerst door de Insolventieverordening. Indien een dergelijke vordering binnen het toepassingsgebied van die verordening viel, zou dit immers inhouden dat niet het Belgische recht op de vermeende onrechtmatige daad van toepassing is (het recht van de plaats waar de onrechtmatige daad heeft plaatsgevonden), maar het Nederlandse (het recht van de plaats waar de latere insolventieprocedures zijn geopend tegen degene die beweerdelijk voordeel heeft gehad van de onrechtmatige daad). Zoals is gebleken uit de bespreking in dit gedeelte, zou dit in de praktijk leiden tot de noodzaak van een tamelijk kunstmatige of omslachtige juridische constructie om de werking van de algemene voorschriften van de Insolventieverordening te keren. De vraag blijft dan waarom deze regels dan überhaupt van toepassing zouden moeten zijn. Die moeite bevestigt eerder dat er inderdaad geen sprake is van een nauwe en noodzakelijke samenhang tussen die vordering en de insolventieprocedure.

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

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

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

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

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

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

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

103. Tot slot wenst de verwijzende rechter te vernemen of het mogelijk is in de onderhavige zaak *naar analogie* rekening te houden met artikel 17 van de Rome II-verordening (evenals met artikel 13 van de Insolventieverordening). Een nationale rechter kan, in beginsel, inderdaad naar analogie rekening houden met iedere rechtsregel of ieder begrip van het Unierecht, ongeacht of dit van kracht is dan wel juridisch bindende werking heeft, voor zover de nationale regels voor uitlegging en toepassing dat toestaan⁴⁷, en voor zover de nationale rechter dergelijke facultatieve, aan het Unierecht ontleende inspiratie dienstig achter voor de beslechting van de zaak die hem is voorgelegd.

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

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

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

⁴⁸ Punt 98 van deze conclusie.

V. Conclusie

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

„Een vordering tot schadevergoeding die voortvloeit uit de gemeenschappelijke regels van het burgerlijk recht en die door een curator uit hoofde van de hem in de nationale faillissementswet opgelegde verplichting tot beheer en vereffening van de failliete boedel, namens de gezamenlijke schuldeisers is ingesteld tegen een derde op grond dat die derde jegens de schuldeisers onrechtmatig heeft gehandeld, en waarvan de opbrengst ten goede komt aan de boedel, valt ratione materiae binnen het toepassingsgebied van verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.”