



Nieuwsbrief

Bedrijfsjuridische berichten

16 maart 2018/nr. 5

Contractenrecht

- 13** Dienstenrichtlijn in detail(handel) / p. 41
Mr. M.I. Nijenhof-Wolters

Faillissementsrecht

- 14** De *Peeters/Gatzen*-vordering gaat – onversaagd – internationaal: prejudiciële vragen in HR 8 september 2017, NJ 2017/351 (*Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis N.V.*) / p. 44
Mr. S. Bartels

Bedrijfsjuridische berichten

Inhoud

Afl. 5 16 maart 2018

Contractenrecht

13 Dienstenrichtlijn in detail(handel) / p. 41
Mr. M.I. Nijenhof-Wolters

Faillissementsrecht

14 De Peeters/Gatzen-vordering gaat – onversaagd
– internationaal: prejudiciële vragen in HR 8 september 2017, NJ 2017/351 (Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis N.V.) / p. 44
Mr. S. Bartels

Algemene voorwaarden en privacy statement

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland B.V. zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland B.V. U kunt deze raadplegen via: www.wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden. Wolters Kluwer legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de overeenkomst. Wolters Kluwer kan daarbij gebruik maken van diensten van derden. Het privacybeleid van Wolters Kluwer met betrekking tot persoonsgegevens is raadpleegbaar via: www.wolterskluwer.nl/privacy-cookies.

Standaardpublicatievoorwaarden

Op iedere inzending van een bijdrage of informatie zijn van toepassing de Standaardpublicatievoorwaarden van Wolters Kluwer Nederland BV, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank Amsterdam onder nr. 121/2004. De Standaardpublicatievoorwaarden kunt u raadplegen via: www.wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden.

ISSN 0922-0852
www.wolterskluwer.nl

Colofon

Bedrijfsjuridische berichten (Bb) verstrekt elke twee weken bondig en toegankelijk door deskundigen geselecteerde rechtsinformatie. Bb begeleidt opiniërend en voor de praktijk raadgevend de continue stroom aan juridisch nieuws op de terreinen die in het colofon zijn genoemd.

Hoofredactie

Prof. mr. T.H.D. Struycken (teun.struycken@nautadutilh.com), NautaDutilh, Universiteit Utrecht

Redactie

Algemeen

Mr. J.M.F. Seligmann (jeroen.seligmann@asm.com), ASM International N.V.

Aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht:

Mr. A.Ch.H. Franken (stijn.franken@nautadutilh.com), NautaDutilh

Mr. P. van den Broek (peter.van.den.broek@kvdl.nl), Kennedy Van der Laan

Arbeidsrecht:

Mr. T.L.C.W. Noordoven (tijmen.noordoven@rutgersposch.com), Rutgers & Posch

Bestuursrecht en overheidsaansprakelijkheidsrecht:

Mr. A. Drahmann (annemarie.drahmann@stibbe.com), Stibbe

Contractenrecht:

Mr. dr. M.R. Ruysgvoorn (marcelruysgvoorn@vbk.nl), Van Benthem en Keulen

Financieel recht:

Prof. mr. drs. M. Haentjens (m.haentjens@law.leidenuniv.nl), Universiteit Leiden

Goederen- en faillissementsrecht:

Mr. dr. F.P. van Koppen (frans.vankoppen@nautadutilh.com), NautaDutilh

Intellectuele eigendom: vacature

Mededingings- en ordeningsrecht:

Mr. L.E.J. Korsten (leon.korsten@dlapiper.com), DLA Piper

Ondernemingsrecht:

Mr. H. Koster (h.koster@uu.nl), Universiteit Utrecht

Technologie, media en telecom:

Mr. R. Westerdijk (reinoud.westerdijk@kvdl.nl), Kennedy Van der Laan

Medewerkers

Aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht:

Mr. M. Franke (franke@fenderadvocaten.nl), Fender Advocaten

Contractenrecht:

Mr. Mariska Nijenhof-Wolters (mariskanijenhof@vbk.nl), Van Benthem & Keulen

Huurrecht:

Mr. R.A. Veldman (veldman@dvlp.nl), DVLP Advocaten,

Ondernemingsrecht:

Mr. M.J.E. van den Bergh (vandenbergh@hocker.nl), Höcker Advocaten

Mr. Y.A. Wehrmeijer (y.wehrmeijer@houthoff.com) Houthoff Buruma

Technologie, media en telecom:

Mr. M.I. Robichon-Lindenkamp (machteld.robichon@bureaubrandeis.nl), bureau Brandeis

Redactiesecretariaat

Paul Hunink, p.hunink@kader57.nl

Redactieadres

Uitgeef- en redactie bureau Kader 57, Deventer

Uitgever

Henk Verbeek, Henk.Verbeek@wolterskluwer.com

Citeerwijze

Bb jaar/publicatienummer, paragraafnummer

Bijvoorbeeld: Bb 2018/12, par. 3.4

Verschijsning

26 afleveringen per jaar.

Abonnementen

Raadpleeg voor de abonnementsmogelijkheden en de bijbehorende prijzen: www.wolterskluwer.nl/shop.

Klantenservice

Onze klantenservice kunt u bereiken via: www.wolterskluwer.nl/klantenservice

Auteursrecht

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden vervaelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer. Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).

Disclaimer

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Zie inhoud van deze uitgave ook op:
www.wolterskluwer.nl/navigator

NAVIGATOR

Nederlands
uitgeversverbo
mvw
media voor vak
& wetenschap

Dienstenrichtlijn in detail(handel)

Bb 2018/13

Langverwacht: op 30 januari 2018 publiceerde het Europese Hof van Justitie zijn uitspraak naar aanleiding van prejudiciële vragen over het toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn.² De vraag stond centraal of detailhandel kwalificeert als een dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn. Daar waar deze uitspraak vooral becommentarieerd wordt op het gebied van het bestuursrecht dient niet vergeten te worden dat de uitspraak tevens belangwekkend is voor het privaatrecht. In dit artikel bespreek ik welke gevolgen het arrest op het gebied van het contractenrecht heeft. Ik sta uitgebreid stil bij de gevolgen van deze uitspraak op het gebied van het ter hand stellen van algemene voorwaarden. Ik zal echter ook, wel korter, stilstaan bij enkele verplichtingen uit de Dienstenrichtlijn die vanaf nu ook voor de detailhandel gelden. Conclusie is mijns inziens dat de uitspraak van het Europese Hof van Justitie een stukje duidelijkheid verschaft, maar ook weer nieuwe vragen oproept.

1. Hoe zat het ook alweer? De toepasselijkheid van algemene voorwaarden

Om op algemene voorwaarden te kunnen vertrouwen, dienen deze op een juiste wijze van toepassing te worden verklaard op de overeenkomst. Art. 6:232 BW bepaalt dat een wederpartij zelfs dan aan de algemene voorwaarden gebonden is wanneer de gebruiker begreep of moest begrijpen dat zij de inhoud daarvan niet kende. De wederpartij kan zich dus niet beroepen op het feit dat hij de algemene voorwaarden niet heeft gelezen. Aan deze snelle toepasselijkheid worden nog wel enkele grenzen gesteld door het bepaalde in art. 6:233 BW: een beding uit de algemene voorwaarden is vernietigbaar indien een beding onredelijk bezwarend (art. 6:233 onderdeel a BW) is of geen mogelijkheid is geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen (art. 6:233 onderdeel b BW).

Er bestaat dus een verplichting om de gebruiker een redelijke mogelijkheid te bieden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Art. 6:234 BW laat zien dat er verschillende manieren bestaan waarop de gebruiker de wederpartij de mogelijkheid kan bieden van de algemene voorwaarden kennis te nemen:

- de algemene voorwaarden ter hand stellen;
- de algemene voorwaarden langs elektronische weg ter beschikking stellen;
- voor totstandkoming van de overeenkomst bekend maken dat de algemene voorwaarden ter inzage liggen bij de gebruiker of gedeponneerd zijn bij de kamer van koophandel of de griffie van een gerecht en dat ze op verzoek zullen worden toegezonden.

Ad a): bij een 'offline' overeenkomst is een wederpartij voldoende de mogelijkheid geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen indien de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand zijn gesteld (in de meest simpele vorm door een kopie van de voorwaarden mee te geven of aan te hechten aan de overeenkomst of offerte).

Ad b): in geval van een overeenkomst langs elektronische weg mogen de algemene voorwaarden ook langs elektronische weg ter beschikking worden gesteld en dan wel op een zodanige wijze dat deze door de wederpartij kunnen worden opgeslagen en toegankelijk zijn voor later gebruik. Het lijkt voldoende te verwijzen naar een hyperlink (waar de voorwaarden te vinden zijn als, bijvoorbeeld, pdf bestand). In geval de overeenkomst niet langs elektronische weg wordt gesloten, mogen de algemene voorwaarden slechts elektronisch ter beschikking worden gesteld indien de wederpartij daarmee uitdrukkelijk heeft ingestemd.

Ad c): indien terhandstelling redelijkerwijs niet mogelijk is (denk aan een overeenkomst gesloten via een automaat of de gevallen dat de algemene voorwaarden te omvangrijk zijn), dan mag worden volstaan met de voornoemde bekendmaking. In geval van overeenkomsten langs elektronische weg geldt dat (en daar zal niet snel sprake van zijn) in geval van onmogelijkheid ter hand te stellen moet worden verwezen naar de elektronische vindplaats.

Ik merk nog wel op dat het ter beschikking stellen van de algemene voorwaarden minder relevant zal zijn wanneer de gebruiker handelt met een grote klant (meer dan 50 werknemers of omvangrijke omzet). Een dergelijk grote klant kan er in beginsel namelijk geen gevolgen aan verbinden wanneer de gebruiker de algemene voorwaarden niet ter beschikking heeft gesteld (art. 6:235 BW).

2. Versoepeling voor dienstverrichters

Met de implementatie van de Dienstenrichtlijn is in art. 6:234 BW aan de hiervoor besproken manieren van de mogelijkheid bieden kennis te nemen van de algemene voorwaarden toegevoegd dat aan de informatieplicht uit art. 6:233 onderdeel b BW is voldaan indien de gebruiker van de algemene voorwaarden 'de algemene voorwaarden overeenkomstig de in art. 6:230c BW voorziene wijze heeft verstrekt'.

De informatieplicht uit art. 6:233 onderdeel b BW is door de implementatie van de Dienstenrichtlijn versoepeld voor de dienstverrichters in de zin van art. 6:230a BW.³

Uit art. 6:230c onderdeel 3 BW volgt namelijk dat een dienstverrichter kan volstaan met het ter beschikking stel-

¹ Mariska Nijenhof-Wolters is advocaat bij Van Benthem & Keulen B.V. te Utrecht.

² Richtlijn 2006/123/EG, PbEU L 376.

³ Ik behandel in dit artikel niet de vraag of lid 1 van art. 6:234 BW ruim (in de zin dat zowel dienstverrichters als overige gebruikers van de mogelijkheden als genoemd in art. 6:230c BW gebruik kunnen maken) of restrictief dient te worden uitgelegd. Overigens lijkt het feit dat het Europese Hof van Justitie nu ook detailhandel onder de Dienstenrichtlijn schuift te pleiten voor een ruime uitleg.

len van de algemene voorwaarden op een voor de wederpartij gemakkelijk elektronisch toegankelijk door de gebruiker meegedeeld adres.

Dit is een belangrijk verschil met art. 6:234 lid 2 BW. Daar geldt immers als uitgangspunt dat, indien de algemene voorwaarden langs elektronische weg ter beschikking worden gesteld, dat moet gebeuren op een zodanige wijze dat de algemene voorwaarden door de wederpartij kunnen worden opgeslagen en voor de wederpartij toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming. Alleen indien terbeschikkingstelling langs elektronische weg redelijkerwijs niet mogelijk is, is een verwijzing naar de website voldoende.

In art. 6:230c BW geldt de uitzondering 'indien redelijkerwijs niet mogelijk' echter niet. De dienstverrichter kan er dan ook voor kiezen om de wederpartij over de algemene voorwaarden te informeren door een verwijzing naar de website. Wel zal de gebruiker dan het webadres waar de voorwaarden te vinden zijn, moeten meedelen. Dit vloeit voort uit het in art. 6:230c BW opgenomen: "(...) op een door de dienstverrichter meegedeeld adres".

Bij een 'offline' overeenkomst hoeven de voorwaarden dus niet ter hand gesteld te worden en bij een overeenkomst gesloten langs elektronische weg betekent dit dat niet is vereist dat de wederpartij de voorwaarden ook kan opslaan en dat zij voor de wederpartij toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming. Duidelijk dus een versoepeling van de regeling.

3. Voor wie geldt deze versoepeling?

Voor de dienstverrichter. Deze term komt uit Europa. In beginsel is de Dienstenrichtlijn van toepassing op alle diensten die daarvan niet uitdrukkelijk zijn uitgesloten. In de Dienstenrichtlijn en in het ingevoerde art. 6:230a BW wordt een definitie van dienst gegeven: elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, als bedoeld in art. 50 van het EG-Verdrag. Onder het begrip 'diensten' in de zin van art. 50 EG-Verdrag (thans art. 41 VWEU) moeten worden verstaan dienstenverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden. Daar waar bepaalde activiteiten niet uitdrukkelijk zijn uitgesloten als dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn kan discussie ontstaan over de vraag of men nu dienstverrichter is. Met de uitspraak van 30 januari 2018 heeft het Europese Hof van Justitie meer duidelijkheid verschaft, maar ook weer nieuwe vragen opgeroepen.

4. Europese Hof van Justitie

De uitspraak betreft twee Nederlandse zaken waarin de vraag centraal stond of detailhandel valt onder het begrip 'dienst' in de zin van de Dienstenrichtlijn. Door de Hoge Raad en de Raad van State zijn prejudiciële vragen gesteld. Van belang voor dit artikel is de volgende vraag;

Is detailhandel, bestaande uit de verkoop van goederen aan consumenten, een dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn?

Het Europese Hof van Justitie beantwoordt deze vraag, in navolging van het advies van advocaat-generaal M. Szpunar op 18 mei 2017, positief.

Enigszins logisch is deze conclusie wat mij betreft wel indien je kijkt naar het Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn. Daarin is te lezen dat, hoewel de vervaardiging van goederen geen dienstenactiviteit is, daarbij veel bijkomende activiteiten (zoals detailhandel, installatie en onderhoud, service) wel een dienstenactiviteit zijn (pagina 14).

Deze conclusie heeft vergaande gevolgen voor de contractenrechtpraktijk. Een aantal in het oog springende gevolgen geef ik hieronder weer.

5. Een aantal gevolgen – kort – op een rijtje

Nu vaststaat dat de detailhandel een dienst is in de zin van de Dienstenrichtlijn:

- kan de detailhandel ook gebruik maken van het hiervoor omschreven recht uit art. 6:230c onderdeel 3 BW, te weten: ten aanzien van de algemene voorwaarden verwijzen naar het webadres waar de voorwaarden te vinden zijn;
- dient de detailhandel te voldoen aan de in art. 6:230b BW genoemde informatieverplichtingen jegens afnemers;

Let op: onder deze informatieverplichtingen valt de verplichting (onderdeel 6) de algemene voorwaarden te verstrekken (hetgeen dus kan via een verwijzing naar een webadres). Daar waar je op grond van art. 6:235 BW nog zou kunnen betogen dat het ter beschikking stellen van de algemene voorwaarden minder relevant zal zijn wanneer de gebruiker handelt met een grote afnemer (meer dan 50 werknemers of omvangrijke omzet) nu een dergelijk grote afnemer er in beginsel namelijk geen gevolgen aan kan verbinden wanneer de gebruiker de algemene voorwaarden niet ter beschikking heeft gesteld, is dat ten aanzien van de informatieverplichting op grond van art. 6:230b onderdeel 6 BW niet mogelijk. De wet maakt daar namelijk geen onderscheid tussen kleine en grote afnemers.

- dient de informatie die de detailhandel op grond van de wet verplicht is aan de afnemers te verschaffen 'correct, helder en ondubbelzinnig' te zijn (art. 6:230e BW), hetgeen mijns inziens weer een extra verplichting met zich brengt;
- dient duidelijkheid te worden verkregen wat nu precies allemaal valt onder het begrip 'detailhandel'.

Coen Drion constateert in NJB 2018/300, aflevering 6, p. 403 terecht al dat onduidelijk is wat nu precies allemaal valt onder 'detailhandel'. Betreft dit dan ook de groothandel en de rest van de distributieketen? Het Europese Hof van Justitie laat zich hierover helaas niet uit. Nu op Europees niveau (uitspraken van het Europese Hof van Justitie alsmede het Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn) eerder al bleek dat begrippen in de Dienstenrichtlijn niet restrictief moeten worden uitgelegd, ben ik het met Coen Drion eens het

begrip 'detailhandel', totdat anders wordt geoordeeld, ook niet te restrictief op te vatten.

6. Conclusie

De uitspraak van 30 januari 2018 van het Europese Hof van Justitie heeft vergaande gevolgen voor de contractenrecht-praktijk. Voor dit artikel voert het te ver om tot in detail alle gevolgen te bespreken. Enkele directe gevolgen heb ik besproken. Duidelijk is dat de rechten die voortvloeien uit de Dienstenrichtlijn aan een aanzienlijk bredere groep toekomen dan werd gedacht.

Maar ook de verplichtingen gelden voor die bredere groep. Dat maakt dat ondernemingen in de detailhandel er verstandig aan doen op korte termijn te inventariseren of er bepaalde stappen ondernomen moeten worden om te voldoen aan de Dienstenrichtlijn. Daarbij is tevens van belang te onderzoeken, nu de uitspraak een conclusie geeft over de uitleg van een wettelijk begrip, wat moet worden gevonden van overeenkomsten die reeds bestaan en nu, achteraf bezien, in strijd zijn met het recht.

Van belang om te weten is dat het privaatrecht geen bijzondere sanctie verbindt aan het schenden van de informatie-verplichtingen voor dienstverrichters. Dat maakt echter niet dat je kunt zeggen dat schending nimmer gevolgen heeft. Denk aan belangenorganisaties die een rechterlijk bevel tot naleving van de verplichtingen kunnen vorderen (eventueel met dwangsom). Maar ook individuele partijen kunnen naleving vorderen op grond van art. 3:296 BW. Verstrekender is het echter indien de wederpartij met een beroep op art. 6:74 BW aanspraak maakt op schadevergoeding. Dit maakt een inventarisatie van benodigde handelingen om compliant te zijn des te belangrijker.

De Peeters/Gatzen-vordering gaat – onversaagd – internationaal: prejudiciële vragen in HR 8 september 2017, NJ 2017/351 (*Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis N.V.*)

Bb 2018/14

Indien een Nederlandse curator een Peeters/Gatzen-vordering instelt tegen een partij die elders binnen de EU is gevestigd, rijst de vraag welke rechter bevoegd is en door welk recht de vordering wordt beheerst. Over die vragen heeft de Hoge Raad in het onderhavige arrest prejudiciële vragen gesteld. Daarnaast velt de Hoge Raad een oordeel over de vraag of aan het voor de Peeters/Gatzen-vordering geldende vereiste van gezamenlijkheid is voldaan.

Inleiding

Naar Nederlands insolventierecht is een curator onder omstandigheden bevoegd een vordering op grond van onrechtmatige daad in te stellen tegen derden die onrechtmatig jegens de schuldeisers van de (latere) gefailleerde hebben gehandeld, ook al kwam een dergelijke vordering niet aan de gefailleerde zelf toe; de zogenoemde Peeters/Gatzen-vordering.² Een bekend voorbeeld van een Peeters/Gatzen-vordering is de vordering op een notaris die meewerkt aan het leveren van onroerend goed voor een opvallend laag bedrag, wetende dat het faillissement van de verkoper eraan zit te komen. In een dergelijk geval mag de curator de notaris aanspreken op grond van onrechtmatige daad, ondanks het feit dat het handelen van de notaris jegens zijn opdrachtgever, de verkoper, niet onrechtmatig was. Ten opzichte van de schuldeisers van de later faillerende verkoper was zijn handelen echter wel onrechtmatig, omdat hij wist dat zij vanwege het naderende faillissement door de overdracht benadeeld zouden worden.

Maar wat nu als de derde, de aangesprokene onder de Peeters/Gatzen-vordering, in het buitenland is gevestigd? Mag de curator dan ook een Peeters/Gatzen-vordering instellen? Welke rechter is dan bevoegd? En welk recht is dan van toepassing?

Deze vragen zijn nog niet eerder door de Hoge Raad, noch door het Europese Hof van Justitie (HvJ EU of Hof) beantwoord. Om die reden heeft de Hoge Raad in het hierin te bespreken arrest onder andere de volgende prejudiciële vragen aan het Hof voorgelegd:

1. Valt de Peeters/Gatzen-vordering buiten het materiële toepassingsgebied van de EEX-Verordening (EG nr. 44/2001)?
2. Wordt de Peeters/Gatzen-vordering in dat geval beheerst door Nederlands recht?

¹ Mr. S. Bartels is advocaat bij Labré advocaten, Amsterdam.

² Onder meer: HR 14 januari 1983, NJ 1983/597, m.nt. Wachter (*Peeters q.q./Gatzen*).

In deze bijdrage sta ik stil bij het oordeel van de Hoge Raad over de vraag of de vordering die de curator meent te hebben, ontdaan van internationale franje, überhaupt kwalificeert als een Peeters/Gatzen-vordering. Vervolgens bespreek ik de genoemde prejudiciële vragen.³ Ik begin echter met een beschrijving van de casus en de procedure in feitelijke instanties.

Casus

Een deurwaarder gevestigd in het zuiden van het land, die tevens een kantoor heeft in België, houdt ten behoeve van het uitoefenen van de praktijk een kwaliteitsrekening in de zin van art. 19 Gerechtsdeurwaarderswet (hierna: Gdw) aan bij de Rabobank Sittard-Geleen. Daarnaast houdt hij een zogenoemde “zichtrekening” aan bij BNP Paribas Fortis N.V. (hierna: Fortis), die wordt gebruikt bij de inning van in België gevestigde debiteuren. Deze zichtrekening is geen kwaliteitsrekening in de zin van art. 19 Gdw.

In september 2008 maakt de deurwaarder via telebankieren elfmaal een bedrag van € 50.000 over van de kwaliteitsrekening naar de zichtrekening. Het aldus op de zichtrekening opgebouwde saldo van € 550.000 neemt de deurwaarder in twee “trekkingen” in contanten op bij het filiaal van Fortis te Maasmechelen, België. De deurwaarder wordt hiervoor straf- en tuchtrechtelijk veroordeeld.

In 2009 en 2010 worden zowel het deurwaarderskantoor (een besloten vennootschap) als de deurwaarder in privé failliet verklaard. De curator stelt Fortis aansprakelijk voor het verlenen van haar medewerking aan de deurwaarder bij het opnemen van het bedrag van € 550.000 ten laste van de zichtrekening. Fortis betwist iedere aansprakelijkheid.

Procedure feitelijke instanties

De curator heeft Fortis gedagvaard voor de Rechtbank Maastricht (thans: Rechtbank Limburg) en vordert veroordeling tot betaling van een bedrag van € 550.000. In het door haar opgeworpen bevoegdheidsincident wordt Fortis zowel in eerste aanleg als in hoger beroep in het ongelijk gesteld; het Hof 's-Hertogenbosch oordeelt dat sprake is van een Peeters/Gatzen-vordering en dat deze vordering valt onder het toepassingsbereik van de Insolventieverordening⁴ (hierna: IVO). Daarmee is de Nederlandse rechter bevoegd.

³ De derde vraag, namelijk of bij bevestigende beantwoording van de tweede vraag de rechter, al dan niet naar analogie, rekening moet houden met art. 13 IVO en met art. 17 Rome II voor de ter plaatse van de onrechtmatige daad geldende financiële gedragsregels voor banken, laat ik verder rusten.

⁴ Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures (*PbEG* 2000, L 160/1).

De rechtbank wijst de vordering in de hoofdzaak vervolgens toe, waarna Fortis in hoger beroep gaat. Het hof doet dan iets opmerkelijks, want nadat Fortis heeft geconcludeerd wijst het hof een tussenvonnis waarin het aangeeft dat twee recente arresten van het HvJ EU,⁵ gewezen ná het oordeel van het hof in het bevoegdheidsincident, zodanige steun bieden voor het standpunt van Fortis over (het ontbreken van) rechtsmacht van de Nederlandse rechter, dat hij tussentijds cassatieberoep tegen zijn tussenarrest openstelt. Daarmee kan Fortis, aldus het hof, mede cassatie instellen tegen het eerdere oordeel in het bevoegdheidsincident. Het hof kan daar zelf immers niet meer – ook niet ambtshalve – op terugkomen.

Ten aanzien van de vordering in de hoofdzaak oordeelt het hof – opnieuw – dat sprake is van een Peeters/Gatzen-vordering en dat de vraag of een curator bevoegd is tot het instellen van een dergelijke vordering wordt beheerst door het recht dat het faillissement beheerst (lex concursus). Het hof vervolgt dat het recht dat van toepassing is op de Peeters/Gatzen-vordering moet worden gevonden aan de hand van de verwijzingsregels in de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad (WCOD). Op grond van art. 3 WCOD moet in dit geval Belgisch recht op de vordering worden toegepast. Dat recht bepaalt derhalve of sprake was van een onrechtmatige daad van Fortis en of Fortis de geleden schade moet vergoeden.

Is sprake van een Peeters/Gatzen-vordering?

In de procedure werd de *first line of defence* van Fortis steeds gevormd door het argument dat van benadeling van de *gezamenlijke* crediteuren geen sprake was. Fortis betoogde dat alléén de rechthebbenden tot het saldo van de kwaliteitsrekening zijn benadeeld, nu de van de zichtrekening opgenomen bedragen rechtstreeks van die kwaliteitsrekening afkomstig waren. Een kwaliteitsrekening in de zin van de Gdw vormt een afgescheiden vermogen. Het vorderingsrecht voortvloeiende uit de kwaliteitsrekening behoort toe aan de gezamenlijke rechthebbenden (art. 19 lid 3 Gdw). Het verduisteren van het saldo van die rekening levert derhalve geen benadeling van de gezamenlijke crediteuren in het faillissement van de deurwaarder op. Dat deze verduistering loopt via een bankrekening waarvan het saldo wél tot het vermogen van gefailleerde behoort, de zichtrekening, doet hier niet aan af. Per saldo is van een benadeling van de gezamenlijke crediteuren – zoals bij een Peeters/Gatzen-vordering is vereist – immers geen sprake. In alle instanties wordt met deze argumentatie korte metten gemaakt. De rechtbank overweegt hieromtrent:

“Dat de gelden (goedgevoerd) afkomstig waren van de kwaliteitsrekening maakt evenmin dat uitsluitend de (circa 200) rechthebbenden met betrekking tot die kwaliteitsrekening gerechtigd waren tot het saldo op de zichtre-

kening. Het saldo op de zichtrekening betrof een vorderingsrecht van [naam] op Fortis en daarmee een voor alle schuldeisers van [naam] voor verhaal vatbaar vermogensbestanddeel van [naam].” (rov. 3.3)

En het hof overweegt:

“Door het onrechtmatig handelen van [gerechtsdeurwaarder] werden de rechthebbenden op de gelden op de kwaliteitsrekening immers crediteuren in de geconsolideerde faillissementen van [gerechtsdeurwaarder] en [gerechtsdeurwaarderskantoor] BV, zodat na de opname in contanten in België de spoeling in die faillissementen aanzienlijk werd verdund: de opbrengst van de failliete boedels moest immers nu ook mede worden verdeeld onder de crediteuren van de kwaliteitsrekening, die door het onrechtmatig handelen van [gerechtsdeurwaarder] gezamenlijk een grote vordering hadden gekregen op [gerechtsdeurwaarder].” (rov. 2.12.6)

Uit vermogensrechtelijk perspectief is hier geen speld tussen te krijgen. Toch valt het strikt formele karakter van de redenering, die in cassatie overeind blijft, op. In alle instanties wordt voorbij gegaan aan het materiële argument dat uiteindelijk alléén de rechthebbenden van de kwaliteitsrekening zijn benadeeld. Het overboeken van het saldo van de kwaliteits- naar de zichtrekening was onrechtmatig en zonder rechtsgrond. Het leidde ertoe dat de rechthebbenden van de kwaliteitsrekening zich als concurrente crediteuren in het faillissement van de deurwaarder mochten melden. Was het saldo op de zichtrekening blijven staan, dan zouden alle overige crediteuren door de onrechtmatige overboeking zijn bevoordeeld. Zij kregen een *windfall* ter waarde van € 550.000. Nu dat saldo is verdwenen, zou hen dit voordeel weliswaar ontgaan, maar zouden zij ten opzichte van hun oorspronkelijke positie niet slechter af zijn. Door de curator toe te staan een Peeters/Gatzen-vordering op te tuigen, verloopt het redres van het onrechtmatige handelen van achtereenvolgens de deurwaarder en Fortis via de boedel. Slaagt de vordering op Fortis, dan delen de overige crediteuren alsnog mee in het voordeel ten koste van de rechthebbenden van de kwaliteitsrekening.

Fortis heeft telkens geprobeerd de stelplicht en bewijslast ten aanzien van de verhaalsbenadeling van de gezamenlijke schuldeisers bij de curator te leggen. Dat is niet verwonderlijk gelet op de jurisprudentie op dit punt. Was na de arresten *De Bont/Bannenberg q.q.*⁶ en *Butterman q.q./Rabobank*⁷ al duidelijk dat de curator slechts een Peeters/Gatzen-vordering mag instellen wanneer hij stelt en bewijst dat de gezamenlijkheid van schuldeisers schade is toegebracht, sinds *Dekker q.q./notarissen*⁸ is die stelplicht en be-

⁵ Het betreft de arresten HvJ EU 4 september 2014, C-157/13, ECLI:EU:C:2014:2145, NJ 2015/89, m.nt. L. Strikwerda, JOR 2015/87, m.nt. P.M. Veder (*Nickel/Kintra*) en HvJ EU 11 juni 2015, C-649/13, ECLI:EU:C:2015:384, JOR 2016/46, m.nt. G.H. Gispen en M.A. Vieira (*Nortel*).

⁶ HR 16 september 2005, JOR 2006/52, m.nt. Kortmann en NJ 2006/311, m.nt. Van Schilfgaarde (*De Bont/Bannenberg q.q.*).

⁷ HR 14 januari 2011, NJ 2011/366, m.nt. Verzijl (Butterman q.q./Rabobank).

⁸ HR 5 februari 2016, JOR 2016/144, m.nt. Kerstens en Vroom (*Dekker q.q./notarissen*).

wijslast – althans volgens sommigen⁹ – nog verder aangescherpt. Anderen¹⁰ zien in dit laatste arrest zelfs een trend waarbij de Hoge Raad het toepassingsgebied van de Peeters/Gatzen-vordering steeds meer tracht in te perken. Ik vraag mij af of dit niet (veel) te ver gaat. *Dekker q.q./notarissen* is goed beschouwd een ontspoorde proefprocedure waarin de Hoge Raad duidelijk heeft gemaakt dat de vraag of de curator een Peeters/Gatzen-vordering kan instellen niet kan worden losgekoppeld van het inhoudelijke debat over het onrechtmatige handelen. Dat de Hoge Raad paal en perk aan de Peeters/Gatzen-vordering heeft willen stellen, valt uit dit arrest niet af te leiden.

Het onderhavige arrest laat zien dat het zo'n vaart inderdaad niet loopt. Als de Hoge Raad het toepassingsgebied van de Peeters/Gatzen-vordering had willen indammen, dan had de onderhavige casus zich daarvoor uitstekend geleend. Hiervan is echter geen sprake. Integendeel: voor wat betreft de onderbouwing van de benadeling van de *gezamenlijke* crediteuren neemt het hof – met instemming van de Hoge Raad – genoegen met de stelling van de curator dat zulks volgt uit het feit dat Fortis niet betwist dat er naast de rechthebbenden op de kwaliteitsrekening ook andere crediteuren in het faillissement zijn. Nu de curator vanzelfsprekend optreedt ten behoeve van alle crediteuren in het faillissement, valt er voor de curator verder niets meer te bewijzen. De Hoge Raad oordeelt dan ook dat het oordeel van het hof dat het handelen van Fortis de gezamenlijke schuldeisers heeft benadeeld, niet onbegrijpelijk is.

Rechtsmacht

Zoals hierboven opgemerkt heeft het Hof 's-Hertogenbosch zich in zijn tussenvonnis in de hoofdzaak niet meer uitgelaten over de rechtsmacht van de Nederlandse rechter, maar verwezen naar zijn vonnis in het bevoegdheidsincident. Daarin had het geoordeeld dat de Rechtbank Maastricht op grond van de IVO bevoegd was om over de vordering te oordelen. Fortis had daarentegen betoogd dat de vordering binnen het toepassingsgebied van de EEX-Verordening valt en dat daardoor de Belgische rechter bevoegd is. Met haar incidentele cassatiemiddel richt Fortis haar pijlen opnieuw op het oordeel van het hof met betrekking tot de rechtsmacht van de Nederlandse rechter.

Sinds het arrest *Gourdain/Nadler*¹¹ is vaste rechtspraak van het Hof dat rechtsvorderingen die verband houden met een faillissement slechts dan van het materiele toepassingsgebied van de EEX-Verordening zijn uitgesloten wanneer zij (i) rechtstreeks uit een insolventieprocedure voortvloeien en (ii) nauw met de insolventieprocedure samenhangen. Een vordering die aan deze criteria voldoet, kwalificeert als een kwestie van "faillissement" in de zin van art. 1, lid 2, onder b EEX-Verordening en is dus van het materiële toepassingsgebied van die verordening uitgesloten. Dit afbakeningscrite-

rium is tevens gecodificeerd in art. 25 IVO, dat het complement van eerdergenoemde bepaling uit de EEX-Verordening vormt. Daarmee wordt voorkomen dat er kwesties tussen wal en schip vallen; valt een rechtsvordering niet binnen het toepassingsgebied van de EEX-Verordening, dan valt zij binnen de IVO.

Wanneer wordt vastgesteld dat een rechtsvordering aan het criterium voldoet en dus wordt bestreken door de IVO, dan is daarmee nog niet direct duidelijk welke rechter bevoegd is. Dit volgt uit art. 3 IVO. Hoewel dit artikel slechts een regeling bevat omtrent de internationale bevoegdheid om een insolventieprocedure te openen, is inmiddels aanvaard dat het artikel ook moet worden toegepast op procedures met betrekking tot kwesties van "faillissement" in bovengenoemde zin. Dit volgt uit het zogenoemde rapport *Virgós/Schmit*¹² en is inmiddels vaste jurisprudentie van het Hof.

Voor de beoordeling van de rechtsmacht van de Nederlandse rechter dient dus te worden nagegaan of de Peeters/Gatzen-vordering kan worden aangemerkt als een vordering die (i) rechtstreeks uit een insolventieprocedure voortvloeit en (ii) daarmee nauw samenhangt. Het Hof 's-Hertogenbosch had in het incident geoordeeld dat de Peeters/Gatzen-vordering aan deze criteria voldoet en dus buiten het toepassingsgebied van de EEX-Verordening en binnen dat van de IVO valt. Ofschoon het hof (noodgedwongen) zijn incidentele vonnis in stand laat, heeft het in het tussenvonnis in de hoofdzaak aangegeven dat twee nadien door het HvJ EU gewezen arresten steun bieden voor het standpunt van Fortis. Dit zijn de hiervóór reeds genoemde arresten inzake *Nickel/Kintra* en *Nortel*. Hoewel beide arresten de sinds het *Gourdain/Nadler* ingezette lijn volgen, is het rechtsoverweging 27 uit het *Nickel/Kintra*-arrest die het hof waarschijnlijk zorgen baarde:

"Het doorslaggevende criterium voor het Hof om vast te stellen onder welk gebied een vordering valt, is derhalve niet de procedurele context van die vordering, maar de rechtsgrondslag van die vordering. 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."¹³

Welnu, de Peeters/Gatzen-vordering is uiteraard gegrond op de onrechtmatige daad, een leerstuk dat bij uitstek thuishoort in het burgerlijk recht. Bovendien is niet uitsluitend de curator, maar zijn en blijven ook na faillissement individuele schuldeisers naast de curator bevoegd de hen toekomende vordering uit hoofde van onrechtmatige daad in te stellen. Indien zij daartoe overgaan, zullen zij gebruik

⁹ Onder meer de in de vorige voetnoot genoemde annotatoren.

¹⁰ Zoals Spinath, zie: I. Spinath, 'Het beperkte bereik van de Peeters/Gatzen-vordering en de wenselijkheid daarvan', *TOP* 2016/3.

¹¹ HvJ EG 22 februari 1979, zaak C-133/07, NJ 1979/564, m.nt. J.C. Schultsz (*Gourdain/Nadler*).

¹² Het niet-geautoriseerde rapport bij het (niet in werking getreden) Insolventieverdrag 1995 van M. Virgós en E. Schmit, te vinden in de *Groene Serie Faillissementsrecht* en in de *Tekst & Commentaar Insolventierecht*, tiende druk, p. 1273 ev.

¹³ Soortgelijke rechtsoverwegingen zijn inmiddels te vinden in: HvJ EU 20 december 2017, C-649/16, ECLI:EU:C:2017:986 (*Valach/Waldviertler Sparkasse Bank AG*) en HvJ EU 9 november 2017, C-641/16 (*Tünkers/Expert France*).

maken van regulier burgerlijk (proces)recht. Dit alles biedt steun voor de opvatting dat de Peeters/Gatzen-vordering onvoldoende samenhangt met, en niet rechtstreeks voortvloeit uit, de insolventieprocedure. Daarmee zou de vordering géén “faillissementskwestie” zijn en vallen binnen de werking van de EEX-Verordening.

Anderzijds bevat de Peeters/Gatzen-vordering elementen die wel degelijk zijn ontleend aan het insolventierecht. Zo berust de bevoegdheid van de curator om een Peeters/Gatzen-vordering in te stellen op art. 68 Fw en betreft het een zelfstandige bevoegdheid waarvoor de curator geen volmacht of toestemming van de crediteuren nodig heeft. De vordering strekt tot herstel van de boedel en kan slechts door de curator worden ingesteld in het belang van de gezamenlijke crediteuren, mits de opbrengst in de boedel vloeit. Bovendien betreft het een vordering die niet aan de gefailleerde zelf toekwam, maar uitsluitend als gevolg van het faillissement door de curator namens de gezamenlijke crediteuren kan worden ingesteld.

De Hoge Raad oordeelt dan ook dat redelijke twijfel kan bestaan over het antwoord op de vraag of, indien een curator een Peeters/Gatzen-vordering instelt, sprake is van een vordering die rechtstreeks uit specifieke regels voor een insolventieprocedure voortvloeit en daarmee nauw samenhangt. Indien dat het geval is, valt een dergelijke vordering buiten het toepassingsgebied van de EEX-Verordening en binnen die van de IVO en komt de Nederlandse rechter rechtsmacht toe. De Hoge Raad besluit om die reden hierover een prejudiciële vraag aan het Hof voor te leggen.

Toepasselijk recht

Het principale cassatiemiddel richt zich tegen het oordeel van het hof over het toepasselijk recht. Het middel betoogt dat het hof heeft miskend dat op grond van art. 4 lid 1 IVO Nederlands recht van toepassing is op de Peeters/Gatzen-vordering.

Art. 4 lid 1 IVO is de centrale verwijzingsregel van de IVO. Het bepaalt dat de insolventieprocedure *en de gevolgen daarvan* worden beheerst door het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de insolventieprocedure wordt geopend (de *lex concursus*). Om te bepalen of een Peeters/Gatzen-vordering wordt beheerst door de *lex concursus*, dient te worden vastgesteld of deze kwalificeert als een “gevolg van de insolventieprocedure”. In dat geval is Nederlands recht (de *lex concursus*) van toepassing op de Peeters/Gatzen-vordering.

Welke rechtsvorderingen moeten worden beschouwd als “gevolgen van de insolventieprocedure” is niet van meet af aan duidelijk geweest. Inmiddels is, mede op basis van het arrest inzake *Kornhaas/Dithmar*¹⁴, duidelijk dat een rechtsvordering die gebaseerd is op een bepaling van materieel of formeel insolventierecht, valt binnen de scope van art. 4 lid 1 IVO. Een dergelijke rechtsvordering wordt dus beheerst door de *lex concursus*.

De hamvraag was echter of bevoegdheid en toepasselijk recht altijd samenvallen. Met andere woorden, brengt de systematiek van de IVO met zich dat de bevoegde rechters steeds hun eigen recht mogen toepassen op insolventierechtelijke kwesties? Het bevestigende antwoord op deze vraag werd eveneens gegeven in het arrest *Kornhaas/Dithmar*. Het Hof bepaalde dat een vordering die “rechtstreeks uit een insolventieprocedure voortvloeit en daarmee nauw samenhangt” heeft te gelden als een vordering die is gebaseerd is op een “bepaling van insolventierecht” in de zin van art. 4 lid 1 IVO. Anders gezegd: een vordering waarvan in het kader van het bepalen van de rechtsmacht is geoordeeld dat deze (i) rechtstreeks uit een insolventieprocedure voortvloeit en (ii) daarmee nauw samenhangt, wordt beheerst door *lex concursus*. Dit fenomeen wordt ook wel aangeduid als “*Gleichlauf*”.

De Hoge Raad erkent met zoveel woorden dat het Hof in *Kornhaas/Dithmar* heeft uitgemaakt dat onder de IVO sprake is van *Gleichlauf* voor insolventierechtelijke rechtsvorderingen. Mij is derhalve niet duidelijk waarom hij het toch noodzakelijk heeft geacht hierover een prejudiciële vraag te stellen. Deze *Gleichlauf* zal dan immers ook gelden voor de Peeters/Gatzen-vordering, indien is vastgesteld dat deze binnen het toepassingsbereik van de IVO valt.

Conclusie

De Peeters/Gatzen-vordering is, ondanks berichten over het tegendeel, *alive and kicking*. Met het onderhavige arrest maakt de Hoge Raad duidelijk dat hij van een inperking van de Peeters/Gatzen-vordering niet wil weten. Als de prejudiciële vragen omtrent rechtsmacht en toepasselijk recht de – te verwachten – bevestigende beantwoording krijgen, zullen Peeters/Gatzen-vorderingen op buitenlandse partijen binnen de EU bij de Nederlandse rechter kunnen worden aangebracht en zal daarop (hoofdzakelijk) Nederlands recht van toepassing zijn. De Peeters/Gatzen-vordering wordt daarmee ook in internationaal verband een geducht instrument in handen van Nederlandse curatoren.

¹⁴ HvJ EU 10 december 2015, C-594/14, ECLI:EU:C:2015:806, JOR 2016/104, m.nt. Veder (*Kornhaas/Dithmar*).

Whitepaper

Time Management

voor advocaten die willen groeien

- Tijdsbesparing met software voor dossierbeheer
- Meer productieve en factureerbare tijd
- Overzicht van factureerbare uren en cliënten beter van dienst zijn

Download onze nieuwe whitepaper via
www.wolterskluwer.nl/kleos



Verzekerd van verdieping

De Asser-serie is de onmisbare kennisbron van civielrechtelijk Nederland en biedt sinds jaar en dag toonaangevend commentaar op het burgerlijk recht. Op papier en online. Wilt u zich écht verdiepen in het civiel recht, dan kunt u niet om de Asser-serie heen.

Asser-deel 6-II De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte

prof. mr. drs. C.H. Sieburgh

Deze geheel geactualiseerde nieuwe druk behandelt het tweede gedeelte van de verbintenis in het algemeen. U vindt hierin onder meer de wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, de verbintenissen tot betaling van een geldsom, de verrekening, de overgang van vorderingen en schulden (waaronder begrepen subrogatie, schuld- en contractoverneming en afstand en vermenging) en de bevrijdende verjaring. Deze onderwerpen zijn geregeld in Titel 6.1, afdelingen 10 tot en met 12, Titel 6.2 en Titel 3.11 van het BW.

Ontwikkelingen in wetgeving, rechtspraak en literatuur zijn verwerkt en er is aandacht voor Europees recht en rechtsvergelijking.

15e druk | 6 december 2017 | ISBN: 9789013144192
508 pagina's | Prijs € 105,- (incl. btw)



Ook online verkrijgbaar in Navigator en als e-book.

Meer informatie of bestellen?

Ga naar www.wolterskluwer.nl en zoek op 'Asser-deel 6-II'.

Modellen voor de Rechtspraak Actueel en interactief!

Een dagvaarding of procesinleiding, een ontslagverzoek, een overeenkomst van geldlening... U werkt in uw dagelijkse praktijk met veel documenten. Met Modellen voor de Rechtspraak hebt u de zekerheid van een up-to-date model!

Interactief documenten opstellen

De 100 meest gebruikte modellen zijn interactief. Door het beantwoorden van enkele vragen kunt u snel en accuraat online uw individuele documenten opbouwen.

- U voorkomt fouten
- Het bespaart u tijd
- U hebt de zekerheid van een up-to-date model

Meer informatie: www.wolterskluwer.nl/shop
of bel (0570) 673447

Bekijk de
demo video
in de shop



Wolters Kluwer
When you have to be right