

Rechtsmacht bij pauliana: Feniks-arrest leidt tot onvoorzienbaarheid

*Mr. drs. C.F. Michiels**

1 Inleiding

In het arrest Feniks van 4 oktober 2018 heeft het Europees Hof van Justitie meer duidelijkheid geschapen over de vraag welke rechter internationaal bevoegd is in geval van een *actio pauliana* (hierna: pauliana).¹ Meer specifiek ging het om de vraag of een pauliana valt onder de bijzondere bevoegdheidsgrond van art. 7 lid 1 sub a Brussel I-bis.² Ingevolge dat artikel is ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst de rechter van de plaats van uitvoering van de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, (mede) bevoegd. Waar het Hof eerder diverse andere bijzondere bevoegdheidsgronden in het kader van de pauliana had afgewezen, kwam het tot het oordeel dat deze bijzondere bevoegdheidsgrond in dit kader wél van toepassing is. Een belangrijk gevolg van dit oordeel is dat personen door schuldeisers van een medecontractant kunnen worden opgeroepen in een andere lidstaat dan de lidstaat waarin zij zijn gevestigd of waarin zij uitvoering (hebben ge)geven aan een overeenkomst, indien die schuldeisers een pauliana tegen hen instellen. In deze bijdrage betoog ik waarom dat oordeel niet in lijn lijkt te zijn met de doelstelling van voorzienbaarheid van de verordening Brussel I-bis.³

2 Achtergrond van het arrest Feniks en prejudiciële vragen

Coliseum, gevestigd in Polen, had in het kader van een investeringsproject voor onroerend goed in Polen als opdrachtnemer een overeenkomst voor werken gesloten met de eveneens Poolse rechtspersoon Feniks. Coliseum heeft in dat kader verschillende onderaannemingscontracten gesloten. Vervolgens heeft zij jegens de onderaannemers niet aan haar betalingsverplichtingen voldaan. Volgens Pools recht was Feniks als investeerder hoofdelijk aansprakelijk voor de betalingsverplichtingen van Coliseum jegens de onderaannemers. Feniks heeft de

onderaannemers daarom ruim € 300.000 betaald en is dienengevolge schuldeiser van Coliseum geworden.⁴

Toen Feniks haar vordering (vermoedelijk op grond van subrogatie⁵) probeerde te verhalen op Coliseum, bleek dat Coliseum geen verhaal bood. Eerder had Coliseum in Polen gelegen onroerend goed verkocht aan de Spaanse rechtspersoon Azteca. Bij die transactie is Coliseums vordering tot betaling van een koopsom met een vordering van Azteca op Coliseum verrekend. Feniks stelde bij de Poolse rechter in eerste aanleg een pauliana jegens Azteca in om deze koopovereenkomst 'onwerkzaam te laten verklaren' (te laten vernietigen).⁶ Volgens Feniks was de Poolse rechter bevoegd op grond van het voornoemde art. 7 lid 1 sub a Brussel I-bis. Azteca stelde echter dat dit artikel niet van toepassing was en dat de bevoegdheid enkel kon worden bepaald aan de hand van de algemene regel van art. 4 lid 1 Brussel I-bis, op grond waarvan de rechter van de woonplaats van de verweerder (Azteca), de Spaanse rechter, bevoegd was.⁷

De Poolse rechter stelde twee prejudiciële vragen, die volgens het Hof in essentie neerkomen op de vraag of een pauliana waarbij een schuldeiser heeft verzocht om onwerkzaamverklaring ten aanzien van hem van een handeling die hem beweerdelijk in zijn rechten benadeelt, waarbij zijn schuldenaar een goed heeft overgedragen aan een derde, valt onder art. 7 lid 1 sub a Brussel I-bis.⁸

3 Doelstelling van voorzienbaarheid

Bij de beantwoording van deze prejudiciële vragen door het Hof, die ik verderop bespreek, dient men in het achterhoofd te houden dat met de verordening Brussel I-bis voorspelbaarheid van bevoegdheidsregels wordt beoogd. In beginsel wordt de bevoegdheid gegrond op de woonplaats van de verweerder.⁹ Daarnaast bestaan enkele alternatieve bevoegdheidsgronden voor gevallen waarin sprake is van een 'nauwe band tussen het

* Mr. drs. C.F. Michiels is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

1. HvJ EU 4 oktober 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805, RvdW 2019/386 (Feniks).
2. Verordening (EU) 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken ('Brussel I-bis').
3. Ik laat buiten beschouwing de vraag welk recht van toepassing zou zijn op een pauliana. Zie daarvoor Van Asperen, die pleit voor de toepassing van het recht dat geldt voor de benadelende rechtshandeling (P. van Asperen, Bevoegde rechter en toepasselijk recht bij de actio pauliana, O&F 2019, afl. 1, p. 64-65).

4. HvJ EU 4 oktober 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805, RvdW 2019/386 (Feniks), r.o. 14-15.

5. Zie hierover noot 33.

6. HvJ EU 4 oktober 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805, RvdW 2019/386 (Feniks), r.o. 16-17.

7. HvJ EU 4 oktober 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805, RvdW 2019/386 (Feniks), r.o. 18-19.

8. HvJ EU 4 oktober 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805, RvdW 2019/386 (Feniks), r.o. 26-27.

9. Preambule bij Brussel I-bis, nr. 15.

gerecht en de vordering of de noodzaak [bestaat] een goede rechtsbedeling te vergemakkelijken'.¹⁰ Door die nauwe band zou moeten worden voorkomen 'dat de verweerder wordt opgeroepen voor een gerecht van een lidstaat dat door hem redelijkerwijs niet voorzienbaar was'.¹¹ Zodoende wordt rechtszekerheid nagestreefd.¹² De bijzondere bevoegdheidsregels moeten ingevolge vaste rechtspraak strikt worden uitgelegd.¹³

4 Pauliana naar Nederlands en Pools recht

Voor een goed begrip van het soort rechtsvordering waar het in dit arrest om draait, is het van belang zich te realiseren dat er bij de rechtsfiguur van de pauliana verschillen bestaan tussen de verschillende lidstaten van de Europese Unie (EU).¹⁴ Ik bespreek de pauliana naar Nederlands en naar Pools recht.

4.1 Nederlands recht

De pauliana naar Nederlands recht (buiten faillissement) is neergelegd in art. 3:45 Burgerlijk Wetboek (BW). Daarmee kan een schuldeiser een onverplichte rechtshandeling van zijn schuldenaar die hem in zijn verhaalsmogelijkheden heeft benadeeld, proberen aan te tasten. Voor een pauliana is vereist dat (1) sprake is van een onverplichte rechtshandeling, (2) de schuldeiser in zijn verhaalsmogelijkheden is benadeeld, en (3) de schuldenaar en (indien het gaat om een rechtshandeling anders dan om niet) zijn wederpartij bij het verrichten van de rechtshandeling wetenschap hebben van de benadeling. Indien aan die vereisten is voldaan, is de rechtshandeling vernietigbaar.¹⁵

4.2 Pools recht

Uit de beschrijving door het Hof van de pauliana naar Pools recht leid ik af dat die lijkt op de pauliana naar Nederlands recht. Een verschil met de hiervoor gegeven vereisten voor de pauliana naar Nederlands recht is echter dat voor de Poolse variant niet vereist is dat de rechtshandeling onverplicht is verricht.¹⁶

Het bestaan van wetenschap van benadeling wordt bij de wederpartij van de schuldenaar vermoed aanwezig te zijn

indien die een nauwe band¹⁷ of een bestendige economische band¹⁸ met de schuldenaar heeft.¹⁹ Er zijn in casu diverse aanwijzingen dat sprake was van zo'n nauwe band tussen Coliseum en Azteca. De voorzitter van de raad van bestuur van Coliseum ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst voor het onroerend goed was namelijk vertegenwoordiger van een Spaanse onderneming (uit dezelfde stad als Azteca) en die Spaanse onderneming was enig bestuurder van Azteca.²⁰ Gelet op de nauwe band tussen Azteca en Coliseum valt niet uit te sluiten dat de transactie is gesloten met het doel Azteca feitelijk voorrang te geven boven Coliseums andere schuldeisers (waaronder Feniks).

5 Beantwoording van de prejudiciële vragen door het Hof

In zijn conclusie schrijft A-G Bobek dat het Hof pauliaanse vorderingen – waarmee hij bedoelt rechtsvorderingen waarvan de voornaamste kenmerken vergelijkbaar zijn met die van de rechtsvordering in de onderhavige zaak²¹ – eerder al heeft uitgesloten van verschillende bijzondere bevoegdheidsgronden, namelijk de gronden exclusieve bevoegdheid voor zakelijke rechten op onroerende goederen,²² onrechtmatige daad,²³ tenuitvoerlegging van beslissingen²⁴ en voorlopige maatregelen.²⁵ De bevoegdheidsgrond voor verbintenissen uit overeenkomst was echter nooit expliciet uitgesloten.²⁶

Bij beantwoording van de prejudiciële vragen oordeelt het Hof eerst dat de vordering in het onderhavige geding valt onder de werkingssfeer van Brussel I-bis en niet die van de (huidige) EU-Insolventieverordening van 20 mei 2015²⁷ (hierna: IVO II), omdat (1) de ingestelde pauliana op grond van het nationale recht de eigen belangen van de schuldeiser beoogt te beschermen en niet de activa van Coliseum beoogt te vermeer-

10. Preambule bij Brussel I-bis, nr. 16.

11. Preambule bij Brussel I-bis, nr. 16.

12. Preambule bij Brussel I-bis, nr. 16 en HvJ EU 4 oktober 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805, RvdW 2019/386 (Feniks), r.o. 34.

13. HvJ EU 4 oktober 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805, C-337/17, RvdW 2019/386 (Feniks), r.o. 37, met verwijzing naar HvJ EU 14 juli 2016, C-196/15, ECLI:EU:C:2016:559, NJ 2017/98 m.nt. L. Strikwerda (Granarolo), r.o. 18; zie ook HvJ EU 18 juli 2013, C-147/12, ECLI:EU:C:2013:490 (ÖFAB), r.o. 31; HvJ EU 16 juli 2009, C-189/08 (Zuid-Chemie), r.o. 22.

14. Conclusie A-G Bobek 21 juni 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:487 (Feniks), nr. 28.

15. Art. 3:45 lid 1 jo. lid 2 BW. Zie Hijma, in: T&C BW 2019, art. 3:45 BW, aant. 2 en 4.

16. HvJ EU 4 oktober 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805, RvdW 2019/386 (Feniks), r.o. 8, met verwijzing naar art. 527 lid 1 van het Poolse BW; art. 3:45 lid 1 jo. lid 2 BW.

17. HvJ EU 4 oktober 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805, RvdW 2019/386 (Feniks), r.o. 8, met verwijzing naar art. 527 lid 3 van het Poolse BW.

18. HvJ EU 4 oktober 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805, RvdW 2019/386 (Feniks), r.o. 8, met verwijzing naar art. 527 lid 4 van het Poolse BW.

19. Deze bewijsvermoedens omtrent wetenschap zijn – anders dan die in art. 3:46 van het Nederlandse BW – alleen van toepassing op de wederpartij van de schuldenaar.

20. HvJ EU 4 oktober 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805, RvdW 2019/386 (Feniks), r.o. 16. Overigens vond A-G Bobek dit gegeven kennelijk niet vermeldenswaardig.

21. Conclusie A-G Bobek 21 juni 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:487 (Feniks), nr. 48 jo. nr. 73.

22. HvJ EG 10 januari 1990, C-115/88, ECLI:EU:C:1990:3, NJ 1991/572 m.nt. J.C. Schultsz (Reichert I), r.o. 11-13.

23. HvJ EG 26 maart 1992, C-261/90, ECLI:EU:C:1992:149, NJ 1996/315 (Reichert II), r.o. 19.

24. HvJ EG 26 maart 1992, C-261/90, ECLI:EU:C:1992:149, NJ 1996/315 (Reichert II), r.o. 27-28.

25. HvJ EG 26 maart 1992, C-261/90, ECLI:EU:C:1992:149, NJ 1996/315 (Reichert II), r.o. 35.

26. Conclusie A-G Bobek 21 juni 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:487 (Feniks), nr. 56.

27. Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures.

deren, en (2) er bij gebrek aan baten geen insolventieprocedure jegens Coliseum is geopend.²⁸

Hoewel een precieze definitie van het begrip ‘verbintenissen uit overeenkomst’ ontbreekt, vereist toepassing van de bijzondere bevoegdheidsregel van verbintenissen uit overeenkomst ingevolge vaste rechtspraak van het Hof ‘het bestaan van een door een persoon tegenover een andere persoon vrijwillig aangegane juridische verbintenis, waarop de vordering van de verzoeker berust’.²⁹ Dat betekent niet dat eiser en verweerder in een procedure met betrekking tot het contract de oorspronkelijke partijen bij het contract moeten zijn; zij mogen de vordering(en) van de oorspronkelijke eiser respectievelijk verweerder ook hebben overgenomen. Het vrijwillig zijn aangegaan van een verbintenis *met een derde partij* is echter onvoldoende voor toepassing van deze bevoegdheidsgrond.³⁰ Omdat de bijzondere bevoegdheidsgronden in het algemeen strikt moeten worden uitgelegd, valt op dat noch in het arrest, noch in de conclusie is opgenomen dat het begrip ‘verbintenis uit overeenkomst’ in de rechtspraak van het Hof *niet* eng wordt uitgelegd.³¹

Voorts overwoog het Hof dat de pauliana haar grondslag vindt in de vordering uit hoofde van een schuld, waarmee de schuldeiser het hem eventueel toekomende verhaalsrecht op het vermogen van de schuldenaar kan veiligstellen. De pauliana stelt dus de belangen van de schuldeiser veilig.³² In de onderhavige zaak heeft Feniks op grond van hoofdelijke aansprakelijkheid ingevolge het nationale, Poolse recht de onderaannemers van Coliseum betaald. Volgens het Hof vloeit het verhaalsrecht van Feniks op het vermogen van Coliseum (vermoedelijk op

grond van subrogatie³³) voort uit de aannemingsovereenkomst tussen Coliseum en Feniks. Volgens het Hof geldt hetzelfde voor de rechtsvordering tot vernietiging van de door Coliseum met Azteca gesloten koopovereenkomst: ook die rechtsvordering zou voortvloeien uit verbintenissen die *Coliseum* vrijwillig is aangegaan tegenover Feniks bij het sluiten van de aannemingsovereenkomst tussen Coliseum en Feniks, waarbij Azteca geen partij was.³⁴

Het Hof vervolgt:

‘Met deze vordering [tegen Azteca] beoogt de schuldeiser [Feniks] immers vast te stellen dat de verkoop door de schuldenaar [Coliseum] van activa aan een derde [Azteca] heeft plaatsgevonden ten koste van de rechten van de schuldeiser [Feniks] die voortvloeien uit de bindende kracht van de overeenkomst en overeenstemmen met verplichtingen die zijn schuldenaar [Coliseum] vrijwillig is aangegaan. *De grondslag van deze vordering berust derhalve in essentie op de schending van verplichtingen die de schuldenaar [Coliseum] tegenover de schuldeiser [Feniks] is aangegaan.*³⁵ (cursiveringen en toevoegingen tussen blokhaken van auteur)

Daaruit volgt volgens het Hof dat de pauliana valt onder de bevoegdheidsgrond ‘verbintenissen uit overeenkomst’ van art. 7 lid 1 sub a Brussel I-bis, indien deze rechtsvordering is gebaseerd op schuldvorderingen die voortvloeien uit contractuele verplichtingen. Met andere woorden: Azteca kan volgens het

28. HvJ EU 4 oktober 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805, RvdW 2019/386 (Feniks), r.o. 32-33.

29. HvJ EU 4 oktober 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805, RvdW 2019/386 (Feniks), r.o. 39, de aldaar genoemde rechtspraak en HvJ EG 17 juni 1992, C-26/91, ECLI:EU:C:1992:268, NJ 1996/316 (Handte), r.o. 15; zie ook Schaafsma, in: T&C Rv 2018, art. 7 Brussel I-bis, aant. 3 onder a; L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 62-63.

30. Deze casus lag ten grondslag aan het arrest Handte (HvJ EG 17 juni 1992, C-26/91, ECLI:EU:C:1992:268, NJ 1996/316), waarin het ging om een fabrikant (Handte Duitsland) die polijstmachines had verkocht aan een tussenhandelaar (Handte Frankrijk). Die tussenhandelaar had de machines verkocht aan een partij (Bula) die de machines later op haar beurt weer had doorverkocht aan TMCS. De vordering van TMCS op Handte Duitsland werd door het Hof niet beschouwd als een contractuele vordering (A. Dickinson & E. Lein, *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford: Oxford University Press 2015, nr. 4.37, p. 139; U. Magnus & P. Mankowski, *European Commentaries on Private International Law*, Verlag Dr. Otto Schmidt 2016, nr. 43, p. 165).

31. HvJ EG 20 januari 2005, C-27/02, ECLI:EU:C:2005:33, NJ 2006/389 m.nt. P. Vlas (Engler/Versand), r.o. 48; Schaafsma, in: T&C Rv 2018, art. 7 Brussel I-bis, aant. 3 onder a.

32. HvJ EU 4 oktober 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805, RvdW 2019/386 (Feniks), r.o. 40-41.

33. Uit het arrest valt niet op te maken op welke grond Feniks een vorderingsrecht jegens Coliseum heeft. A-G Bobek schrijft dat ‘niet helemaal vaststaat dat verzoekster [Feniks] de schulden van Coliseum heeft betaald uit hoofde van haar contractuele verplichtingen, haar wettelijke verplichtingen (als gevolg van de wettelijk opgelegde hoofdelijke aansprakelijkheid) of uit hoofde van een combinatie van beide’ (conclusie A-G Bobek 21 juni 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:487 (Feniks), nr. 58). Volgens een publicatie van een Poolse advocaat volgt uit art. 518 lid 1 sub 1 van het Poolse BW dat dit wetsartikel ‘allows the claimant to enter into the rights of the satisfied creditor (i.e. the subcontractor) up to the total amount paid to the creditor’ (K. Śliwak, *Restrictions on Investor’s Joint and Several Liability*, 2017, codozasady.pl/en/restrictions-on-investors-joint-and-several-liability/). Zie ook J. Szypniewska, *Liability for Payment of Subcontractor’s Fees in Construction Work Contract*, 2018, millercanfield.com/assets/htmldocuments/PMR%20Construction%20Insight%20-%20Poland%20-%20Monthly%20No%208%202009%20-%2018-08-02.pdf.

34. HvJ EU 4 oktober 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805, RvdW 2019/386 (Feniks), r.o. 42. NB Een vereiste voor toepassing van de bijzondere bevoegdheidsgrond van verbintenissen uit overeenkomst is dat de vordering berust op een verbintenis die een partij jegens een derde vrijwillig is aangegaan. A-G Bobek had dit vereiste anders geïnterpreteerd dan het Hof en had geconcludeerd dat het moest gaan om een verbintenis van de wederpartij van de schuldenaar (Azteca) tegenover de schuldeiser (Feniks). Zie conclusie A-G Bobek 21 juni 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:487 (Feniks), nr. 68.

35. HvJ EU 4 oktober 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805, RvdW 2019/386 (Feniks), r.o. 43. Ook voor de (faillissements)pauliana in Nederland lijkt te gelden dat de rechtshandeling al ‘gebrekig’ is indien de schuldenaar bewust zijn schuldeisers benadeelt (en dus ‘zijn verplichting schendt’ om dat niet te doen). Zie R.J. van der Weijden, *De faillissementspauliana* (Onderneming en Recht, deel 75), Deventer: Kluwer 2012, p. 20.

Hof worden opgeroepen voor de Poolse rechter ter zake van de rechtsvordering tot vernietiging van de door haar met Coliseum gesloten koopovereenkomst, omdat de aannemingsovereenkomst tussen Feniks en Coliseum (waarbij Azteca geen partij is) in Polen moet worden uitgevoerd. Daarmee wordt volgens het Hof zowel voldaan aan het uit Brussel I-bis voortvloeiende vereiste van voorspelbaarheid als aan de doelstelling van een goede rechtsbedeling. Het Hof vervolgt dat als alleen de algemene bevoegdheidsgrond van de woonplaats van de verweerder van toepassing zou zijn, de schuldeiser gedwongen zou zijn naar dat forum te gaan. In voorkomend geval zou dat forum echter geen enkele band hebben met de plaats waar de verbintenissen van de schuldenaar tegenover zijn schuldeiser zijn uitgevoerd of moeten worden uitgevoerd. In de onderhavige zaak komt de toepasselijkheid van de bijzondere bevoegdheidsgrond erop neer dat Azteca haar verweer ten gronde tegen de door Feniks ingestelde pauliana voor de Poolse rechter moet voeren.³⁶

6 Conclusie A-G wordt niet gevolgd

A-G Bobek wees erop dat als de bevoegdheidsgrond voor verbintenissen uit overeenkomst al van toepassing zou zijn, de vraag zou moeten worden beantwoord welke van de twee overeenkomsten relevant is. Is dat de overeenkomst tussen de schuldeiser en de schuldenaar (in casu de aannemingsovereenkomst Feniks-Coliseum) of de overeenkomst tussen de schuldenaar en diens wederpartij (in casu de koopovereenkomst Coliseum-Azteca)?³⁷ Hij heeft ter beantwoording van die vraag drie mogelijkheden verkend, namelijk dat de pauliana betrekking kan hebben (1) op de overeenkomst tussen de schuldeiser en de schuldenaar of (2) op de overeenkomst tussen de schuldenaar en diens wederpartij, of (3) dat het voldoende is dat de pauliana zich binnen 'de sfeer van een overeenkomst' bevindt. Na bespreking van die mogelijkheden, waarvoor ik gemakshalve naar A-G Bobeks conclusie verwijs,³⁸ concludeert hij dat elk van deze mogelijkheden op grote bezwaren stuit, hetgeen hem tot de conclusie leidt dat de pauliana niet valt onder de exclusieve bevoegdheidsgrond van verbintenissen uit overeenkomst.³⁹

Vervolgens heeft hij onderzocht of bij een pauliana andere bijzondere bevoegdheidsgronden van toepassing kunnen zijn. Ter beantwoording van die vraag is mijns inziens de aard van de rechtsfiguur pauliana van belang. De pauliana is een instrument waarmee men een bepaald type benadelend gedrag kan bestrijden.⁴⁰ In de literatuur is betoogd dat de pauliana valt binnen het leerstuk van de samenhangende rechtsverhoudin-

gen en verwantschap vertoont met 'rechtsfiguren waar (1) partijen in hun feitelijke of juridische verhouding bij het aangaan of in de uitvoering van een overeenkomst rekening dienen te houden met belangen van derden die (2) in een contractuele verhouding (gaan) staan met één van de partijen'.⁴¹ Deze rechtsfiguren zouden zijn het profiteren van andermans wanprestatie, verrekening vóór faillissement, aansprakelijkheid wegens selectieve betaling, kennelijk onbehoorlijk bestuur en doorbraak van aansprakelijkheid, en de aanbestedingsprocedure.⁴²

Daar waar met betrekking tot bijvoorbeeld onrechtmatige daad (waaronder bijvoorbeeld de voornoemde aansprakelijkheid wegens selectieve betaling valt⁴³) een bijzondere bevoegdheidsgrond in Brussel I-bis bestaat,⁴⁴ bevat deze verordening geen bijzondere bevoegdheidsgrond die vanzelfsprekend ziet op de rechtsfiguur van de pauliana. Bovendien moet het begrippenkader van de verordening autonoom worden uitgelegd.⁴⁵ Dat betekent dat het Hof bij de vraag of de pauliana een 'verbintenis uit overeenkomst' is, het stelsel en de doelstellingen van de verordening in aanmerking moet nemen en geen acht dient te slaan op de kwalificatie van deze rechtsfiguur naar nationaal recht.⁴⁶ Dat maakt dat de onderhavige prejudiciële vragen niet eenvoudig zijn te beantwoorden.

A-G Bobek constateert dat een schuldeiser de pauliana kan instellen ongeacht of zijn vorderingsrecht en de bestreden rechtshandeling contractueel van aard zijn of niet.⁴⁷ Hij schrijft voorts dat de inhoud van de pauliana (contractueel of anderszins) afhankelijk is van het soort rechtshandeling dat wordt bestreden. Daarbij vergelijkt hij de pauliana met een kameleon. Of de pauliana voortvloeit uit een overeenkomst, zou afhankelijk zijn van de vraag of de bestreden rechtshandeling een overeenkomst is. Omdat de vraag of een bepaalde rechtsvordering onder een bijzondere bevoegdheidsgrond valt in algemene zin moet kunnen worden bepaald, ongeacht de feiten en omstandigheden van het geval, concludeert hij dat de bevoegdheid ten aanzien van een pauliana slechts dient te worden bepaald aan de hand van art. 4 lid 1 Brussel I-bis (de woonplaats van de verweerder).⁴⁸ Er kan mijns inziens discussie bestaan over de vraag of de rechtsvordering tot vernietiging inderdaad voortvloeit uit de bestreden rechtshandeling. Weliswaar is het bestaan van een (benadelende) rechts-

36. HvJ EU 4 oktober 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805, RvdW 2019/386 (Feniks), r.o. 44-49.

37. Conclusie A-G Bobek 21 juni 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:487 (Feniks), nr. 62.

38. Conclusie A-G Bobek 21 juni 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:487 (Feniks), nrs. 63-70.

39. Conclusie A-G Bobek 21 juni 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:487 (Feniks), nrs. 71-72.

40. Van der Weijden 2012, p. 1-2; G. van Dijck, Pauliana (Mon. BW nr. B4), Deventer: Kluwer 2008, p. 25.

41. Van Dijck 2008, p. 18.

42. Van Dijck 2008, p. 18; Van der Weijden 2012, p. 1-2.

43. K.J.O. Jansen, in: GS Onrechtmatige daad, art. 6:162 BW, aant. 6.2.14 'Selectieve betaling'.

44. Art. 7 lid 2 Brussel I-bis.

45. Zie bijv. r.o. 38 van het onderhavige arrest met verwijzing naar HvJ EU 7 maart 2018, C-274/16, C-447/16 en C-448/16, ECLI:EU:C:2018:160, RvdW 2018/828 (Flightright), r.o. 58 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

46. Zie in algemene zin Schaafsma, in: T&C Rv 2018, art. 7 Brussel I-bis, aant. 3 onder a; HvJ EG 14 oktober 1976, zaak 29-76 (Eurocontrol), p. 1550-1551.

47. Conclusie A-G Bobek 21 juni 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:487 (Feniks), nr. 77.

48. Conclusie A-G Bobek 21 juni 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:487 (Feniks), nrs. 79, 87 en 99.

handeling tussen de schuldenaar en zijn wederpartij vereist om een vernietigingsactie in te stellen, en is die vernietigingsactie hoe dan ook tegen de wederpartij van de schuldenaar gericht, maar de rechtsvordering tot vernietiging, die alleen de schuldeiser(s) heeft (hebben), vloeit voort uit de relatie tussen de schuldenaar en de schuldeiser(s).

Het Hof lijkt met zijn oordeel een van de door A-G Bobek genoemde mogelijkheden te volgen, namelijk dat de pauliana een vordering is die voortvloeit uit de overeenkomst tussen de schuldeiser (Feniks) en de schuldenaar (Coliseum). A-G Bobek achtte toepassing van die mogelijkheid niet logisch, omdat het verband tussen die overeenkomst en de overeenkomst waarvan vernietiging wordt gevorderd, volgens hem te zwak en te ver verwijderd is, en een dergelijke ruime omschrijving van 'verbintenissen uit overeenkomst' onverenigbaar zou zijn met de logica achter de bijzondere bevoegdheidsgronden.⁴⁹ Naar mijn mening doelt A-G Bobek hier op de strikte uitleg die volgens vaste jurisprudentie aan de bijzondere bevoegdheidsregels moet worden gegeven.⁵⁰ In het arrest wordt niet expliciet bij zijn overwegingen stilgestaan.

Overigens ligt volgens Van Asperen aan het verschil tussen het oordeel van het Hof en de conclusie van A-G Bobek ten grondslag 'dat de A-G is nagegaan of een actio pauliana juridisch als een verbintenis uit overeenkomst kwalificeert, terwijl het HvJ concludeert dat de vordering is bedoeld "ten aanzien" van een overeenkomst'.⁵¹ Die laatste toets lijkt breder te zijn en dus sneller te worden gehaald. Aangezien A-G Bobek heeft onderzocht of de pauliana op een van de twee voornoemde overeenkomsten *betrekking heeft*⁵² en, indien dat niet zo is, of het voldoende is dat de pauliana zich binnen 'de sfeer van een overeenkomst'⁵³ bevindt, lijkt hij geen andere – in ieder geval geen beperktere – maatstaf te hebben aangelegd dan het Hof. Met gebruik van dezelfde maatstaf komt hij echter tot een andere conclusie.

7 Is het forum contractus voorzienbaar?

Het Hof zelf acht zijn oordeel in lijn met de doelstelling van voorzienbaarheid van Brussel I-bis. Hiertoe overweegt het dat indien de rechter van het *forum contractus* (in de relatie schuldeiser-schuldenaar) niet bevoegd zou zijn, de schuldeiser gedwongen zou zijn om zich met zijn vordering te wenden tot het gerecht van de woonplaats van de verweerder, terwijl dat forum in sommige gevallen geen enkele band zou hebben met de plaats waar de verbintenissen van de schuldenaar tegenover

zijn schuldeiser zijn uitgevoerd of moeten worden uitgevoerd.⁵⁴ Hierbij gaat het Hof ervan uit dat de bevoegde rechter verbonden moet zijn met de plaats van uitvoering van de verbintenissen. Waarom dit (ook) ten aanzien van een pauliana geldt en waarom die verbondenheid dan bijdraagt aan voorzienbaarheid, wordt echter niet uitgelegd.⁵⁵

Het Hof vervolgt zijn redenering met de stelling dat iemand die beroepsmatig een overeenkomst tot de koop van een onroerend goed heeft gesloten, redelijkerwijs mag verwachten dat hij wordt opgeroepen voor een gerecht van de plaats van uitvoering van verplichtingen van zijn medecontractant tegenover een schuldeiser, wanneer deze schuldeiser aanvoert dat de voornoemde overeenkomst onrechtmatig belemmert dat de medecontractant zijn verplichtingen tegenover de schuldeiser nakomt.⁵⁶

In *dit specifieke geval* waren er verschillende feiten die 'naar Polen wezen', waardoor men zou kunnen denken dat het voor het Spaanse Azteca inderdaad voorzienbaar was dat de Poolse rechter bevoegd zou zijn indien een derde een beroep op vernietiging van de koopovereenkomst zou willen doen. Het onroerend goed was immers gelegen in Polen, de verkoper was Pools en Azteca wist of had behoren te weten dat schuldeisers van Coliseum in hun verhaalsmogelijkheden werden benadeeld.⁵⁷ In dit geval is de uitkomst van de uit het onderhavige arrest voortvloeiende rechtsregel – namelijk dat de Poolse rechter bevoegd is – daarom mogelijk wel te billijken. Het Hof spitst zijn redenering echter niet toe op dit geval. Mijns inziens redeneert het Hof (te) sterk vanuit het perspectief van de schuldeiser en gaat het eraan voorbij dat de door hem geformuleerde rechtsregel in algemene zin bepaald niet lijkt bij te dragen aan de voorzienbaarheid, hetgeen zich laat illustreren aan de hand van het volgende voorbeeld.

Stel dat een Nederlandse rechtspersoon met een rechtspersoon uit een andere lidstaat, bijvoorbeeld Oostenrijk, een overeenkomst sluit die in Nederland moet worden uitgevoerd. De Nederlandse rechtspersoon zou er thans op grond van het arrest Feniks rekening mee moeten houden dat hij kan worden aangesproken door schuldeisers van die Oostenrijkse rechtspersoon in elke voor hem willekeurige – en dus onvoor-

49. Conclusie A-G Bobek 21 juni 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:487 (Feniks), nr. 65.

50. Zie noot 13.

51. Van Asperen 2019, p. 63.

52. In bijv. de Engelse versie van de conclusie (sub 62) staat "To which of the two contracts would an actio pauliana in fact relate?", en in de Duitse versie staat "Auf welchen der beiden Verträge bezöge sich dann die actio pauliana?"

53. Conclusie A-G Bobek 21 juni 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:487 (Feniks), nr. 69. In wederom bijv. de Engelse versie van de conclusie staat "on the orbit" of a contract" en in de Duitse versie staat "in den "Dunstkreis" eines Vertrags".

54. HvJ EU 4 oktober 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805, RvdW 2019/386 (Feniks), r.o. 45.

55. Dit is ook opgemerkt door G. van Calster, Feniks: CJEU Holds, in My View Incorrectly, That Actio Pauliana Falls under Forum Contractus, 2018, gavclaw.com/2018/10/04/feniks-cjeu-holds-in-my-view-incorrectly-that-actio-pauliana-falls-under-forum-contractus.

56. HvJ EU 4 oktober 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805, RvdW 2019/386 (Feniks), r.o. 47.

57. Hoewel dit laatste aspect nog niet betekent dat Azteca met zekerheid had kunnen weten voor welk gerecht zij eventueel zou worden opgeroepen, had zij wel reden (kunnen hebben) om rekening te houden met een pauliana en had zij kunnen onderzoeken waar Coliseums overeenkomsten waren uitgevoerd of zouden worden uitgevoerd.

zienbare – lidstaat.⁵⁸ Indien de plaats van uitvoering van de overeenkomst tussen de Oostenrijkse rechtspersoon en een derde bijvoorbeeld Italië is, dan zou volgens de regel uit het onderhavige arrest de Italiaanse rechter bevoegd zijn ten aanzien van een pauliana die door die derde wordt ingesteld tegen de Nederlandse rechtspersoon. Dat is opmerkelijk, omdat er in dat geval geen enkele band bestaat tussen enerzijds de overeenkomst die de Nederlandse rechtspersoon met de Oostenrijkse rechtspersoon heeft gesloten, en anderzijds het Italiaanse forum.

8 Faillissementspauliana

Welke rechter zou bevoegd zijn indien Coliseum in de onderhavige casus wél failliet was verklaard en de curator op grond van de faillissementspauliana⁵⁹ de verkoop van het onroerend goed door Coliseum aan Azteca probeerde te vernietigen? Daarbij neem ik gemakshalve aan dat de Poolse wetgeving een soortgelijke actie biedt als de Nederlandse Faillissementswet (Fw). Een dergelijke vordering wordt volgens vaste rechtspraak van het Hof bestreken door de Insolventieverordening.⁶⁰ In het recente arrest *Wiemer & Trachte* oordeelde het Hof in een zaak waarin de (voormalige) EG-Insolventieverordening van 29 mei 2000⁶¹ (hierna: IVO I) nog van toepassing was, dat het forum waarin de faillissementsprocedure is geopend (*forum concursus*) ten aanzien van een dergelijke rechtsvordering exclusief bevoegd is.⁶² Op die regel bestaan twee uitzonderingen. Dat is ten eerste anders indien ook sprake is van een secundaire insolventieprocedure, hetgeen betekent dat in een andere lidstaat dan de lidstaat waarin de failliet een vestiging heeft, een secundair (of territoriaal) faillissement van de rechtspersoon is uitgesproken. In dat geval kan de curator in de secundaire faillissementsprocedure mogelijk wél procederen in een andere lidstaat dan die waarin het faillissement is uitgesproken, namelijk op grond van art. 18 lid 2 jo. art. 3 lid 2 IVO I (thans art. 21 lid 2 jo. art. 3 lid 2 IVO II).⁶³ Dat kan echter alleen in de situatie waarin goederen na opening van de secundaire insolventieprocedure naar een andere lidstaat zijn verplaatst en daarmee aan de boedel zijn onttrokken. Ten tweede heeft de curator onder bepaalde voorwaarden de moge-

lijkheid om zijn insolventievordering (zoals de faillissementspauliana) in te stellen voor het gerecht van een andere lidstaat indien hij daar eveneens een civiele vordering tegen dezelfde verweerder instelt (art. 6 lid 2 IVO II).⁶⁴

In de onderhavige casus zou de Poolse rechter exclusief bevoegd zijn geweest, indien Coliseum failliet zou zijn verklaard. Het oordeel van het Hof dat de Poolse rechter bevoegd is ten aanzien van de pauliana van Feniks jegens Azteca, lijkt *op het eerste gezicht* dan ook niet onvoorspelbaar; Azteca zou kunnen worden aangesproken in Polen, ongeacht of de pauliana een faillissementspauliana was of niet. Men dient echter te bedenken dat in andere gevallen de plaats van uitvoering van de overeenkomst tussen de schuldeiser en de schuldenaar ook buiten de lidstaat van het centrum van voornaamste belangen (de COMI⁶⁵) van de schuldenaar (waar een (hoofd)insolventieprocedure kan worden geopend⁶⁶) kan liggen. Indien daarvan sprake is, is het *forum contractus* (waarvan de rechter bevoegd is) een ander forum dan het *forum concursus* (indien sprake zou zijn geweest van een faillissement). Waar in geval van een faillissement doorgaans de bevoegdheid van de rechter van het *forum concursus* ten aanzien van een faillissementspauliana voor de wederpartij van de schuldenaar voorzienbaar zal zijn, zal dat bij een pauliana buiten faillissement anders liggen.⁶⁷ Met de onderhavige bevoegdheidsregel zou gemiddeld genomen grotere onvoorzienbaarheid bestaan bij een pauliana dan bij een faillissementspauliana. Tegelijkertijd heeft een individuele wederpartij van de schuldenaar doorgaans weinig tot geen invloed op het al dan niet failliet gaan van de schuldenaar.

Indien de Europese wetgever de voorzienbaarheid bij de pauliana (voor de wederpartij van de schuldenaar) zou willen vergroten en hij het ogenschijnlijk willekeurige verschil in uitkomst met de faillissementspauliana zou willen wegnemen – zonder al te zeer afbreuk te doen aan het belang van de schuldeiser om niet in de (voor hem willekeurige) lidstaat van de woonplaats van de wederpartij van de schuldenaar te hoeven procederen – zou hij kunnen bepalen dat bij een pauliana een alternatieve bevoegdheidsgrond van de woonplaats van de schuldenaar geldt. Die alternatieve bevoegdheidsgrond zou in de plaats kunnen komen van de onderhavige bevoegdheidsregel. Daarbij kan echter de kanttekening worden geplaatst dat de tekst van een verordening als Brussel I-bis niet snel zal worden aangepast.

58. In potentie zou de schuldenaar (hier: de Oostenrijkse rechtspersoon) veel overeenkomsten kunnen hebben die in andere lidstaten zijn uitgevoerd of moeten worden uitgevoerd. Omdat de schuldeiser (hier: de Nederlandse rechtspersoon) doorgaans niet zal weten om welke lidstaten het gaat, kan hij op voorhand geen van alle lidstaten uitsluiten als forum wanneer een actio pauliana jegens hem wordt ingesteld.

59. In geval van het Nederlands recht is die rechtsvordering neergelegd in art. 42 Fw.

60. HvJ EG 12 februari 2009, C-339/07, ECLI:EU:C:2009:83, JOR 2011/340 m.nt. P.M. Veder onder JOR 2011/342 (Seagon/Deko Marty), r.o. 28 en HvJ EU 16 januari 2014, C-328/12, ECLI:EU:C:2014:6, JOR 2014/182 m.nt. P.M. Veder (Schmid/Hertel), r.o. 39.

61. Verordening (EG) 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures.

62. HvJ EU 14 november 2018, C-296/17, ECLI:EU:C:2018:902, JOR 2019/65 m.nt. P.M. Veder, JBPr 2019/1 m.nt. D.F.H. Stein (Wiemer & Trachte).

63. HvJ EU 14 november 2018, C-296/17, ECLI:EU:C:2018:902 (Wiemer & Trachte), r.o. 36-43; zie de annotatie van D.F.H. Stein bij dit arrest (JBPr 2019/1), nr. 7.

64. Zie voor een uitgebreidere bespreking van het arrest *Wiemer & Trachte* de voornoemde annotaties van Stein en Veder.

65. COMI staat voor *Centre of Main Interests*.

66. Op grond van art. 3 lid 1 IVO II zijn de rechters van de lidstaat op het grondgebied waarvan het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar gelegen is, bevoegd een (hoofd)insolventieprocedure te openen.

67. Overigens bestaat de doelstelling van voorzienbaarheid van bevoegdheidsregels enkel binnen Brussel I-bis en niet binnen IVO II.

9 Consumenten

De onwenselijkheid van de bevoegdheid van het *forum contractus* (in de relatie schuldeiser-schuldenaar) in geval van een pauliana zou nog sterker tot uitdrukking komen wanneer dit forum ook bevoegd is in gevallen waarin de wederpartij van de schuldenaar een consument is. Hoewel in het arrest de implicaties voor consumenten niet aan bod komen, valt die conclusie mijns inziens (impliciet) daaruit af te leiden doordat in het arrest wordt gesproken over (het brede begrip) ‘personen’. Art. 17-19 Brussel I-bis, die zien op de bijzondere bevoegdheid voor door consumenten gesloten overeenkomsten, verzetten zich op het eerste gezicht niet tegen bevoegdheid van het *forum contractus*. De reden daarvoor is dat in casu de bevoegdheid niet wordt bepaald aan de hand van de overeenkomst tussen de schuldenaar (Coliseum) en diens wederpartij (Azteca), maar juist de overeenkomst tussen de schuldenaar en de schuldeiser (Feniks), waarbij de wederpartij van de schuldenaar, in voorkomend geval een consument, geen partij is.

Deze implicatie van het arrest strookt niet met een van de doelstellingen van Brussel I-bis, namelijk dat de consument als ‘zwakke partij’ moet worden beschermd.⁶⁸ Om die reden is het voorstelbaar dat het Hof in een nader arrest zal oordelen dat de bevoegdheidsregel van het onderhavige arrest zich niet uitstrekt tot consumenten die als wederpartij van de schuldenaar fungeren. Indien het Hof aldus oordeelt, zouden, ook in gevallen waarin de wederpartij van de schuldenaar een consument is, de consumentenbeschermende bepalingen van toepassing zijn.

10 Alternatieven voor het bevoegdheidsstelsel krachtens het arrest Feniks

De uit het arrest Feniks voortvloeiende bevoegdheidsregel lijkt dus tot onvoorzienbare en onwenselijke gevolgen te zullen leiden. In zijn recente conclusie in de zaak *Reitbauer c.s./Casamassima*⁶⁹ stelt A-G Tanchev een beperking van die bevoegdheidsregel voor. Kort gezegd ging het in die zaak om een geschil over de verdeling van de opbrengst van een gerechtelijke veiling van een huis in Oostenrijk. De verzoekers (*Reitbauer c.s.*) hebben herstelwerkzaamheden aan het huis verricht, waarvoor de schuldenaar (*Isabel C.*) slechts gedeeltelijk heeft betaald. Zij hebben de schuldenaar voor betaling van het resterende deel aangesproken en een toewijzend vonnis verkregen. Zij konden zich echter pas eventueel op de opbrengst van de verkoop van het huis verhalen nadat een derde (‘de wederpartij van de schuldenaar’: *Casamassima*) zijn hypotheekrecht had uitgewonnen. De opbrengst van het huis zou nagenoeg helemaal aan hem toekomen. Vervolgens hebben de verzoekers een pauliana tegen hem ingesteld, waarbij de vraag voorligt welke rechter bevoegd is.⁷⁰

68. Zie punten 14 en 18 van de preambule bij Brussel I-bis.

69. Conclusie A-G Tanchev 3 april 2019, C-722/17, ECLI:EU:C:2019:285, bij het nog toekomstige arrest *Reitbauer c.s./Casamassima*.

70. Conclusie A-G Tanchev 3 april 2019, C-722/17, ECLI:EU:C:2019:285 (*Reitbauer c.s./Casamassima*), nrs. 10-26.

A-G Tanchev concludeert eerst terecht dat ‘het arrest Feniks [niet] vereist (...) (althans niet expliciet) dat de verweerder kennis draagt van de eerste overeenkomst of dat er sprake is van frauduleuze opzet’. Vervolgens schrijft hij echter, mede met het oog op de voorzienbaarheid van het forum,⁷¹ dat wetenschap van benadeling *bij de wederpartij van de schuldenaar* (in het arrest Feniks: *Azteca*) een voorwaarde voor toepassing van de bijzondere bevoegdheidsgrond van verbintenissen uit overeenkomst op de pauliana is:

‘Gelet op het feit dat in het arrest Feniks de bevoegdheid ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst in geschillen tegen een derde was uitgebreid tot de actio pauliana, hoewel er tussen de verzoeker en de verweerder geen contractuele verhouding bestond, moet kennis bij een derde [verweerder] een beperkende factor zijn: net als in de onderhavige zaak moet de derde [verweerder] weten dat de verweerder door de rechtshandeling aan de schuldenaar gebonden is en dat een andere schuldeiser van de schuldenaar (verzoekers) daardoor in zijn contractuele rechten wordt benadeeld.’⁷²

Bovendien is met het oog op voorzienbaarheid ‘de bekendheid van de verweerder met het bestaan van de betrokken overeenkomst(en) van belang’.⁷³ Of sprake is van wetenschap van benadeling, lijkt volgens Tanchev te moeten worden beoordeeld door het gerecht waar de schuldeiser de procedure tegen de wederpartij van de schuldenaar aanhangig heeft gemaakt.

De door A-G Tanchev voorgestelde beperking van de bevoegdheidsregel van het arrest Feniks tot gevallen waarin de wederpartij van de schuldenaar wetenschap heeft van de benadeling van schuldeisers, zou (gemiddeld genomen) de voorzienbaarheid van het forum doen toenemen.⁷⁴ Toch lijkt mij dit niet de aangewezen weg. De redenering van A-G Tanchev botst met hetgeen A-G Bobek in zijn conclusie bij het arrest Feniks schreef. Volgens A-G Bobek zou de toewijzing van bijzondere bevoegdheid op grond van de feiten van een specifiek geval ertoe leiden dat de kennis van de wederpartij van de schuldenaar (*Azteca*) van het onbetamelijke handelen⁷⁵ reeds wordt vermoed, terwijl de vraag of van die kennis sprake is ten gronde moet worden beoordeeld. In gevallen waarin het beroep op de pauliana ongegrond is, en bij mogelijk vexatoire

71. Conclusie A-G Tanchev 3 april 2019, C-722/17, ECLI:EU:C:2019:285 (*Reitbauer c.s./Casamassima*), nr. 83.

72. Conclusie A-G Tanchev 3 april 2019, C-722/17, ECLI:EU:C:2019:285 (*Reitbauer c.s./Casamassima*), nr. 84.

73. Conclusie A-G Tanchev 3 april 2019, C-722/17, ECLI:EU:C:2019:285 (*Reitbauer c.s./Casamassima*), nr. 92.

74. Zo concludeert ook M. Poesen, *The Blurred Lines of Contract: The Actio Pauliana Is a ‘Matter Relating to a Contract’ within the Meaning of the Brussels I Regulation Recast, Article 7(1)*, 2018, corporaterefinancelab.org/2018/10/09/the-blurred-lines-of-contract-the-actio-pauliana-is-a-matter-relating-to-a-contract-within-the-meaning-of-the-brussels-i-regulation-recast-article-7-1. Zie hierover ook noot 57.

75. In de Nederlandse vertaling van de conclusie wordt ‘bedrog’ genoemd, maar omdat het hier niet gaat om bedrog in de zin van art. 3:44 lid 3 BW, preferer ik ‘onbetamelijk handelen’ (van de schuldenaar jegens de schuldeiser).

procedures lijkt dat onwenselijk.⁷⁶ Mogelijk is deze route zelfs in strijd met het recht op een eerlijk proces (art. 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM)), omdat indien een rechter na een summier onderzoek concludeert dat sprake is van onbetamelijk handelen en hij daardoor bevoegd is, hij niet snel in een later stadium zijn oordeel zal heroverwegen, omdat dat direct tot onbevoegdheid zou leiden.

Met A-G Bobek acht ik het wenselijker om alleen de rechter van de woonplaats van de verweerder als bevoegd aan te merken. Dat zou in de casus van het arrest Feniks ertoe leiden dat Feniks voor de Spaanse rechter tegen Azteca zou moeten procederen. Gezien de verwantschap tussen Coliseum en Azteca en het onbetamelijke handelen waarvan hier mogelijk sprake was, is dat wellicht niet ideaal. Dat geldt echter evenzeer voor zowel de door het Hof (wegens onvoorzienbaarheid voor de wederpartij van de schuldenaar) als de door A-G Tanchev (wegens de noodzakelijkheid van een beoordeling ten gronde aangaande het mogelijke onbetamelijke handelen) voorgestane wegen om de eerdergenoemde redenen.

11 Het Hof is aan zet

Ingevolge het arrest Feniks zal op grond van de bijzondere bevoegdheidsgrond voor verbintenissen uit overeenkomst de rechter van de plaats van uitvoering van de overeenkomst tussen de wederpartij van de schuldenaar en de schuldeiser bevoegd zijn ten aanzien van een pauliana. Het lijkt er daardoor op dat rechtspersonen (en mogelijk ook consumenten) binnen de EU er rekening mee moeten houden dat zij in potentie in elke voor hen willekeurige – en dus onvoorzienbare – lidstaat door schuldeisers van een medecontractant kunnen worden opgeroepen, indien die schuldeisers een pauliana tegen hen instellen. Het arrest lijkt daarmee tot onvoorzienbare – en mijns inziens onwenselijke – gevolgen te kunnen leiden. Het Hof heeft de zaak Reitbauer c.s./Casamassima helaas niet aangegrepen om in ieder geval de reikwijdte van de onderhavige bevoegdheidsregel te beperken.⁷⁷ Het blijft dus aan zet om in te gaan op de in de literatuur geuite kritiek.

76. Conclusie A-G Bobek 21 juni 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:487 (Feniks), nrs. 94-95.

77. HvJ EU 10 juli 2019, C-722/17, ECLI:EU:C:2019:577 (Reitbauer c.s./Casamassima), r.o. 56-61. Dit arrest is kort voor de verschijningsdatum van dit artikel gewezen en is daarom in dit artikel niet uitgebreider besproken.