

ANNOTATIE

De pauliana in het Europese internationaal privaatrecht

T.V.J. Bil

Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 04-10-2018, ECLI:EU:C:2018:805 (INS-2019-0151)

Met de pauliana kan een faillissementscurator of schuldeiser transacties van de schuldenaar met derden aantasten. In dit artikel wordt besproken hoe rechtsmacht en toepasselijk recht voor een paulianavordering binnen en buiten faillissement moeten worden bepaald. Daarbij valt op dat de situatie binnen faillissement veel overzichtelijker is dan buiten faillissement.

1 Inleiding

In Nederland kunnen schuldeisers een actio pauliana (hierna: pauliana) instellen om hun verhaalsrecht te beschermen. [1] De pauliana heeft tot gevolg dat een voor de schuldeiser benadelende rechtshandeling relatief wordt vernietigd. [2] Op die manier kan de schuldeiser bijvoorbeeld een benadelende overdracht tussen zijn schuldenaar en een derde (de begunstigde) aantasten. Na het succesvol instellen van de pauliana kan de schuldeiser zich weer op het overgedragen goed verhalen ter voldoening van zijn vordering. Bij een faillissement van de schuldenaar komt de bevoegdheid om de pauliana in te stellen niet langer toe aan de individuele schuldeisers, maar aan de curator. [3]

De pauliana vindt zijn oorsprong in het Romeinse recht. [4] Het bevreedt daarom niet dat deze figuur (of een variant daarvan) in alle lidstaten van de Europese Unie is terug te vinden. [5] Als Nederlandse partijen een transactie aangaan met een buitenlandse partij, moeten zij er rekening mee houden dat deze transactie kan worden aangetast door een op de pauliana gebaseerde actie. Dit kan ertoe leiden dat een Nederlandse partij zich moet verweren voor de rechter in een vreemd land. Op de pauliana kan ook het recht van een ander land van

toepassing zijn, waardoor er andere voorwaarden kunnen gelden voor het instellen van een pauliana dan in Nederland. [6] In dat geval is de Nederlandse begunstigde er mogelijk helemaal niet op bedacht dat de door hem verrichte transactie kan worden aangetast. Onzekerheid over de internationaal bevoegde rechter en het toepasselijk recht kan ertoe leiden dat partijen minder snel internationale transacties aangaan.

Gezien het voorgaande is het voor partijen bij een internationale transactie van groot belang om te kunnen bepalen voor welk gerecht een schuldeiser een paulianavordering tegen hen in kan stellen en welk recht op die vordering van toepassing is. Buiten de Europese Unie is het antwoord op die vragen niet altijd eenvoudig vast te stellen, omdat rechters hun eigen regels van internationaal privaatrecht gebruiken en deze regels per land kunnen verschillen. Binnen de Europese Unie zijn de regels voor rechtsmacht en toepasselijk recht geharmoniseerd in verschillende verordeningen. In de volgende paragraaf zal worden toegelicht dat deze regels (en de verordeningen waarin deze regels zijn vastgelegd) verschillen naargelang het gaat om een pauliana binnen faillissement (of andere insolventieprocedure) of een pauliana buiten faillissement. Daarna volgt een overzicht van de Europeesrechtelijke regels van internationaal privaatrecht voor de pauliana. In paragraaf 3 wordt beschreven dat er voor de pauliana binnen faillissement een overzichtelijk stelsel van regels is gecreëerd. Voor de pauliana buiten faillissement ontbreken duidelijke regels. Het recente Feniks-arrest [7] van het Hof [8] heeft de situatie er voor begunstigten niet overzichtelijker op gemaakt. In paragraaf 4 en 5 van deze bijdrage zal dit arrest uitgebreid worden behandeld en zal de reikwijdte van het arrest worden onderzocht.

2 Pauliana binnen of buiten faillissement?

Het onderscheid tussen de pauliana binnen en buiten faillissement werkt door in de Europeesrechtelijke regels voor internationaal privaatrecht. In beginsel bepaalt de EEX-Vo [9] de regels voor rechtsmacht in civielrechtelijke geschillen. Faillissementen en daarmee samenhangende vorderingen zijn echter uitgesloten van het toepassingsgebied van de EEX-Vo. [10] Dergelijke insolventierechtelijke vorderingen vallen onder het toepassingsbereik van de Insolventieverordening (IVO). [11] De EEX-Vo en de IVO sluiten in beginsel naadloos op elkaar aan, waardoor een vordering die onder de IVO valt, niet onder de EEX-Vo kan vallen, en andersom. [12]

Een vordering kwalificeert als 'insolventierechtelijk' als deze rechtstreeks uit de insolventieprocedure voortvloeit en daar nauw verband mee houdt. [13] Daarbij speelt de rechtsgrondslag van de vordering – en niet de procedurele context daarvan – een doorslaggevende rol. [14] De afbakening tussen de EEX-Vo en de IVO heeft tot een lange lijst aan jurisprudentie geleid, waarbij verschillende vorderingen zijn ingedeeld binnen de sfeer

van één van beide verordeningen. In het arrest Seagon/Deko Marty [15] heeft het Hof geoordeeld dat aan de hand van de IVO moet worden bepaald welke rechter rechtsmacht heeft om te oordelen over een vordering uit hoofde van de faillissementspauliana. [16] Aangezien een pauliana buiten faillissement niet voortvloeit uit een insolventieprocedure, valt die vordering onder de reikwijdte van de EEX-Vo.

Hieronder zal ik eerst de regels van rechtsmacht en toepasselijk recht bespreken voor de IVO en vervolgens voor de EEX-Vo (en de daarmee voor toepasselijk recht samenhangende Rome I-verordening [17] en Rome II-verordening [18]).

3 IVO

3.1 Bevoegdheid

Artikel 3 lid 1 IVO bepaalt dat de rechter van de lidstaat op het grondgebied waarvan het centrum van voornaamste belangen van de schuldenaar is gelegen, bevoegd is om de insolventieprocedure van deze schuldenaar te openen. [19] Deze rechter heeft op grond van artikel 6 lid 1 IVO ook rechtsmacht om kennis te nemen van insolventierechtelijke vorderingen die te maken hebben met de in die lidstaat geopende insolventieprocedure (zoals de vordering uit hoofde van faillissementspauliana). Uit het arrest Wiemer & Trachte [20] volgt dat een curator [21] niet kan kiezen om bij het instellen van een insolventierechtelijke vordering gebruik te maken van de bevoegdheidsregels van de EEX-Vo. [22]

3.2 Toepasselijk recht

De IVO gaat in beginsel uit van *Gleichlauf* (samenloop) tussen rechterlijke bevoegdheid en toepasselijk recht. [23] Als de rechter van een lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend bevoegd is op grond van de IVO, zal deze rechter het recht van zijn eigen land mogen gebruiken ter beoordeling van de vordering. Dit volgt ook uit artikel 7 lid 1 sub m IVO, waarin staat dat het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de insolventieprocedure wordt geopend (de *lex concursus*) van toepassing is op 'de regels betreffende nietigheid, vernietigbaarheid of niet-tegenwerpbaarheid van de voor de gezamenlijke schuldeisers nadelige rechtshandelingen'.

Artikel 16 IVO bepaalt dat de begunstigde zich kan verweren tegen toepassing van de *lex concursus* op de pauliana. Hij dient dan te bewijzen dat op de aangevochten rechtshandeling een ander recht (ook wel aangeduid als *lex causae*) van toepassing is en dat de rechtshandeling naar dat toepasselijke recht niet kan worden aangetast. De ratio achter dit artikel is de bescherming van het gewettigd vertrouwen van de begunstigde. [24] Indien een transactie waar de begunstigde voordeel bij heeft gehad, wordt beheerst door een ander recht en hij naar

dat recht geen rekening hoefde te houden met aantasting van deze transactie, wordt hij beschermd tegen de faillissementspauliana.

In het arrest Nike/Sportland [25] heeft het Hof de bescherming die artikel 16 IVO biedt in belangrijke mate ingeperkt. Het Hof oordeelde dat het aan de begunstigde is om te bewijzen dat de transactie niet kan worden aangetast op grond van de *lex causae*, gelet op alle omstandigheden van het geval. [26] Daarbij kan ook van de begunstigde worden verlangd dat hij bewijst dat er geen feiten zijn die maken dat de transactie volgens de *lex causae* aangetast zou kunnen worden. [27] De *lex causae* dient ook nog eens ruim te worden opgevat, waardoor daar niet alleen de nationale bepalingen van insolventierecht onder vallen, maar ook alle overige bepalingen en beginselen. [28] Hierdoor is het voor de begunstigde zeer lastig, zo niet praktisch onmogelijk, om aan te tonen dat hij niet bedacht hoefde te zijn op aantasting van de transactie door de faillissementspauliana.

3.3 Tussenconclusie

Een curator kan de begunstigde van een transactie aanspreken op grond van de faillissementspauliana. In dat geval is de rechter van de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend bevoegd om de vordering uit hoofde van faillissementspauliana te beoordelen. Deze rechter zal daarbij het recht van zijn eigen land moeten gebruiken. De IVO gaat daarmee uit van gecentreerde rechtsmacht en toepasselijk recht in het land waar de schuldenaar zijn voornaamste belangen heeft en failliet is verklaard. Om de begunstigde te beschermen tegen een pauliana die voor hem niet voorzienbaar was, kan deze nog aantonen dat op de transactie ander recht van toepassing was en de transactie naar dat recht op geen enkele wijze aantastbaar was.

4 EEX-Vo

4.1 Inleiding

Voor de pauliana buiten faillissement zijn de rechtsmacht en het toepasselijk recht aanmerkelijk lastiger vast te stellen dan voor de pauliana binnen faillissement. Wat rechtsmacht betreft dient te worden aangeknoopt bij de EEX-Vo. De EEX-Vo geeft geen specifieke bevoegdheidsregel voor de pauliana of daarop lijkende vorderingen. De rapporten *Jenard* [29] en *Schlosser*, [30] die ter uitleg van de EEX-Vo worden gebruikt, noemen de pauliana in het geheel niet. Hierdoor geldt in beginsel de hoofdregel dat de rechter van het land waar de gedaagde woonachtig is bevoegd is om kennis te nemen van de paulianavordering (*forum rei*). Deze regel is gebaseerd op het uitgangspunt dat procesrecht in het voordeel van de gedaagde partij behoort te zijn. [31] De achterliggende gedachte is dat het voor een gedaagde moeilijker is om zich te verweren voor de gerechten in een ander land dan

in zijn eigen land. [32]

De EEX-Vo kent ook bijzondere bevoegdheidsregels waarmee in afwijking van de hoofdregel van *forum rei* de bevoegdheid van de rechter bepaald kan worden. De bijzondere regels zijn bijvoorbeeld van toepassing ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst, verbintenissen uit onrechtmatige daad of ten aanzien van voorlopige of bewarende maatregelen. De begrippen die het aanknopingspunt vormen voor deze regels moeten autonoom worden uitgelegd. [33] Dit betekent bijvoorbeeld dat het begrip ‘verbintenis uit onrechtmatige daad’ niet afhankelijk is van wat in Nederland kwalificeert als onrechtmatige daad, maar dat dit begrip in de gehele Europese Unie op dezelfde wijze wordt toegepast.

Verschillende schuldeisers hebben geprobeerd de bevoegdheid op grond van *forum rei* uit te breiden door aan te sluiten bij de bijzondere bevoegdheidsregels van de EEX-Vo. Deze bijzondere bevoegdheidsregels moeten strikt worden uitgelegd, omdat voorkomen moet worden dat de verweerder wordt opgeroepen voor een gerecht van een lidstaat dat door hem redelijkerwijs niet voorzienbaar was. [34] De pogingen om aan te sluiten bij de bijzondere bevoegdheidsregels uit de EEX-Vo waren dan ook onsuccesvol, tot het Hof vorig jaar het opmerkelijke Feniks-arrest wees.

4.2 Eerdere rechtspraak

Reichert I

In het arrest Reichert I had het in Duitsland gevestigde echtpaar Reichert onroerend goed gelegen in Frankrijk geschonken aan hun eveneens in Duitsland woonachtige zoon. [35] Dresdner Bank stelde als schuldeiser van meneer en mevrouw Reichert een vordering uit hoofde van pauliana in om deze schenking aan te tasten. Dresdner Bank betoogde dat de Franse rechter bevoegd was op grond van de (exclusieve) bevoegdheidsregel voor vorderingen uit hoofde van zakelijke rechten op onroerende goederen. Deze regel bepaalt dat de rechter van de lidstaat waar het onroerend goed is gelegen rechtsmacht heeft (thans art. 24 lid 1 EEX-Vo). [36] De argumentatie van Dresdner Bank om bij deze regel aan te knopen was dat met het slagen van de pauliana de zoon zich niet langer tegenover iedereen kon beroepen op zijn eigendomsrecht ten aanzien van het onroerend goed. [37] Van een absoluut eigendomsrecht zou dan geen sprake meer zijn.

Het Hof oordeelde dat deze bevoegdheidsregel niet geldt voor alle vorderingen uit hoofde van zakelijke rechten op onroerende goederen, maar alleen die welke zowel binnen het toepassingsgebied van het Executieverdrag vallen, als tot de rechtsvorderingen behoren die ertoe strekken, de omvang, de hoedanigheid, de eigendom of het bezit van een onroerend goed of het bestaan van andere zakelijke rechten op dit onroerend goed vast te stellen en om

de rechthebbenden de bescherming van de aan hun titel verbonden bevoegdheden te verzekeren'. [38]

Hiervan is bij een paulianavordering geen sprake, aangezien deze haar grondslag vindt 'in de schuldvordering, een persoonlijk recht van de schuldeiser jegens zijn schuldenaar waarmee de schuldeiser het hem eventueel toekomende verhaalsrecht op het vermogen van de schuldenaar kan veiligstellen'. [39] Ook heeft de paulianavordering slechts relatieve werking, waardoor het slagen van de vordering tot gevolg heeft 'dat alleen tegenover de schuldeiser geen beroep kan worden gedaan op de beschikkingshandeling die zijn schuldenaar met bedrieglijke benadeling van zijn rechten heeft verricht'. [40] Het Hof oordeelde dan ook dat een rechter zijn bevoegdheid voor een paulianavordering niet kan ontleen aan het huidige artikel 24 lid 1 EEX-Vo. [41]

Reichert II

Dresdner Bank liet het niet bij dit oordeel zitten en voerde op drie nieuwe gronden aan dat de Franse rechter bevoegd was. [42] Ten eerste betoogde Dresdner Bank dat haar paulianavordering onder de bevoegdheidsregel voor onrechtmatige daad dient te vallen (het huidige art. 7 lid 2 EEX-Vo). [43] Het Hof oordeelde dat dit niet het geval is. De strekking van een paulianavordering is immers niet om een schuldenaar te veroordelen tot vergoeding van schade, maar om de gevolgen van de door de schuldenaar verrichte rechtshandeling ten opzichte van zijn schuldeiser ongedaan te maken. [44] Bovendien is de paulianavordering ook gericht tegen de begunstigde, die niet onrechtmatig gehandeld hoeft te hebben. [45] Als tweede en derde argument voerde Dresdner Bank aan dat de bevoegdheidsregels voor tenuitvoerlegging (art. 24 lid 5 EEX-Vo) of voor voorlopige of bewarende maatregelen van toepassing waren (art. 35 EEX-Vo). [46] Het Hof oordeelde dat van tenuitvoerlegging in de zin van artikel 24 lid 5 EEX-Vo geen sprake was, omdat de pauliana niet tot doel heeft 'de beslechting van een geschil met betrekking tot "het gebruikmaken van de sterke arm, van dwangmaatregelen of van bezitsontneming van roerende en onroerende goederen (beslag) ten einde de materiële tenuitvoerlegging van beslissingen en akten te verzekeren", (...)'. [47]

Ook is volgens het Hof geen sprake van een voorlopige of bewarende maatregel, nu de vordering niet tot doel heeft een feitelijke situatie of een rechtstoestand te handhaven in afwachting van een beslissing van de rechter in het bodemgeschil. [48]

4.3 Feniks

Na de twee arresten Reichert had het Hof geoordeeld over vrijwel alle bijzondere bevoegdheidsgronden die in het kader van de pauliana een rol zouden kunnen spelen. De enige grond die nog niet aan het Hof was voorgelegd, was de bijzondere bevoegdheidsgrond

die geldt voor verbintenissen uit overeenkomst (art. 7 lid 1 sub a EEX-Vo). In het opmerkelijke arrest Feniks/Azteca oordeelt het Hof dat deze grond inderdaad op de pauliana van toepassing is. [49]

Feiten

De Poolse vennootschap Coliseum 2101 sp. Z o.o. (hierna: Coliseum) trad als hoofdaannemer op voor een vastgoedproject in Gdąnsk te Polen. Coliseum schakelde voor de bouwwerkzaamheden diverse onderaannemers in. Ter financiering van het vastgoedproject sloot Coliseum een overeenkomst met de eveneens Poolse vennootschap Feniks. Volgens het Pools Burgerlijk Wetboek is een investeerder samen met de hoofdaannemer hoofdelijk aansprakelijk voor het honorarium van de ingeschakelde onderaannemers.

Omdat Coliseum een aantal onderaannemers onbetaald liet, moest Feniks hen betalen voor een bedrag van ongeveer EUR 336.000. Coliseum droeg vervolgens onroerend goed in Polen over aan de Spaanse vennootschap Azteca voor een bedrag van EUR 1.463.445, welk bedrag Azteca verrekende met haar vordering op Coliseum.

Feniks stelde een vordering uit hoofde van pauliana in tegen Azteca, waarmee Feniks een verklaring voor recht vorderde dat de koopovereenkomst van het onroerend goed nietig was. Feniks stelde haar vordering in bij de Poolse rechter met het argument dat deze bevoegd is op grond van artikel 7 lid 1 sub a EEX-Vo. Dit artikel bepaalt dat bij verbintenissen uit overeenkomst de rechter van de plaats waar de verbintenis is uitgevoerd, of moet worden uitgevoerd, bevoegd is. Azteca heeft een exceptie van onbevoegdheid opgeworpen, waarna de Poolse rechter prejudiciële vragen aan het Hof heeft gesteld. De Poolse rechter heeft bij deze verwijzing aangegeven dat hij zelf meent dat artikel 7 lid 1 sub a EEX-Vo van toepassing zou moeten zijn: ‘De beslechting van het onderhavige geschil houdt verband met de overeenkomst die is gesloten tussen Azteca en Coliseum, waarvan Feniks de onwerkzaamheid aanvoert.’ [50]

Het Hof vat de vragen van de verwijzende rechter als volgt samen: ‘of een actio pauliana waarbij de schuldeiser heeft verzocht om onwerkzaamverklaring ten aanzien van hem van de handeling – die hem beweerdelijk in zijn rechten benadeelt – waarbij zijn schuldenaar een goed heeft overgedragen aan een derde, valt onder de regel van internationale bevoegdheid van artikel 7, punt 1, onder a), van verordening nr. 1215/2012’. [51]

Conclusie A-G Bobek

In zijn conclusie voor Feniks beargumenteerde A-G Bobek uitgebreid waarom de bevoegdheidsgrond voor ‘verbintenissen uit overeenkomst’ niet op de pauliana van toepassing dient te zijn. Ten eerste rijst de vraag bij welke overeenkomst aangesloten zou moeten worden

om de bevoegde rechter te bepalen. [52] De pauliana is immers een driepartijenverhouding. In die verhouding kunnen twee overeenkomsten bestaan waarbij kan worden aangeknoopt: (1) de oorspronkelijke overeenkomst tussen schuldenaar en schuldeiser, waaruit de schuld is ontstaan, en (2) de latere overeenkomst tussen schuldenaar en begunstigde, waarmee de transactie vorm is gegeven.

De Poolse rechter had aanknopingspunt bij de latere overeenkomst gezocht. A-G Bobek gaf aan dat dit aanknopingspunt, los van de hiervoor genoemde reden, niet voor de hand ligt. Met de pauliana beoogt de schuldeiser immers uiteindelijk niet om de overeenkomst nietig te verklaren, maar om zijn rechten veilig te stellen. De pauliana staat los van de specifieke rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de latere overeenkomst. [53]

Over aanknopingspunt bij de oorspronkelijke overeenkomst is A-G Bobek nog kritischer, aangezien het verband tussen deze overeenkomst en de pauliana 'eenvoudigweg te zwak en te ver verwijderd is. De vervreemding van onroerend goed aan een derde heeft nu eenmaal weinig te maken met de eerste of oorspronkelijke overeenkomst. Een dergelijke overdreven ruime omschrijving van "verbintenissen uit overeenkomst" is onverenigbaar met de logica achter de bijzondere bevoegdheidsgronden. Het zou eenvoudigweg ook betekenen dat elke latere rechtshandeling van een van de partijen bij de oorspronkelijke overeenkomst, altijd zou kunnen worden beschouwd als "verbintenis uit overeenkomst", omdat een vermogensafname bij een van de contractspartijen binnen die logica steeds verband zou houden met de oorspronkelijke overeenkomst.' [54]

Ten slotte merkt A-G Bobek op dat alleen sprake is van een 'overeenkomst' in de zin van artikel 7 lid 1 sub a EEX-Vo als een partij vrijwillig een verbintenis heeft aangegaan jegens een derde. [55] Daar is bij een pauliana geen sprake van. De schuldeiser stelt deze vordering in tegen de begunstigde, terwijl tussen hen geen overeenkomst bestaat.

A-G Bobek concludeerde dan ook dat de pauliana niet onder de bijzondere bevoegdheidsregel voor verbintenissen uit overeenkomst diende te vallen. Hij gaf het Hof zelfs mee om als overweging ten overvloede te oordelen dat voor de pauliana alleen de hoofdregel van de EEX-Vo van toepassing is. [56] De 'kameleontische aard' van de pauliana brengt volgens hem mee dat deze niet onder een specifieke bevoegdheidsgrond kan worden gebracht. [57]

Oordeel van het Hof

Het Hof komt tot een compleet tegenovergesteld oordeel als dat van A-G Bobek. Het oordeelt dat 'zowel het verhaalrecht van Feniks op het vermogen van haar schuldenaar als de vordering tot onwerkzaamverklaring van de door deze schuldenaar met een derde gesloten koopovereenkomst, voortvloeien uit verbintenissen die Coliseum vrijwillig is aangegaan

tegenover Feniks bij de sluiting van voornoemde overeenkomst voor werken'. [58]

Daarmee knoopt het Hof dus aan bij de oorspronkelijke overeenkomst tussen schuldeiser (Feniks) en schuldenaar (Coliseum), waaruit de vordering van Feniks op Coliseum is ontstaan.

Het vervolgt: 'Met deze vordering [de paulianavordering; TB] beoogt de schuldeiser immers vast te stellen dat de verkoop door de schuldenaar van activa aan een derde heeft plaatsgevonden ten koste van de rechten van de schuldeiser die voortvloeien uit de bindende kracht van de overeenkomst en overeenstemmen met verplichtingen die zijn schuldenaar vrijwillig is aangegaan. De grondslag van deze vordering berust derhalve in essentie in de schending van verplichtingen die de schuldenaar tegenover de schuldeiser is aangegaan.' [59]

Daarmee concludeert het Hof dat de paulianavordering die is gebaseerd op een vordering die voortvloeit uit contractuele verplichtingen, valt onder het begrip 'verbintenissen uit overeenkomst'. De bevoegde rechter is de rechter van de plaats waar de verbintenis die voortvloeit uit de oorspronkelijke overeenkomst ten uitvoer moet worden gelegd (art. 7 lid 1 sub a EEX-Vo).

Toepassing van de regel uit artikel 7 lid 1 sub a EEX-Vo leidde in dit geval tot rechtsmacht voor de Poolse rechter, aangezien de oorspronkelijke overeenkomst (tot werken) uitgevoerd is in Polen.

4.4 Analyse

Voor Feniks leek de enige bevoegde rechter die van de lidstaat waar de begunstigde woont. Met Feniks heeft het Hof voor de pauliana een alternatieve bevoegdheidsgrond gegeven, waardoor de schuldeiser in veel gevallen kan kiezen voor welke rechter hij de begunstigde daagt. [60] Dat het Hof deze alternatieve bevoegdheidsgrond open heeft gesteld, is opvallend. Uit de systematiek van de EEX-Vo en de eerdere rechtspraak van het Hof blijkt dat de bijzondere bevoegdheidsgronden strikt moeten worden uitgelegd. Het Hof haalt deze rechtspraak ook aan in het arrest. [61] En ook de conclusie van A-G Bobek, dat de pauliana niet past onder een van de bijzondere bevoegdheidsgronden, was overtuigend.

Waarom is het Hof dan toch tot een contrair oordeel gekomen? Dit lijkt met name ingegeven door de wil om de schuldeiser tegemoet te komen. [62] Het wordt hem met de Feniks-regel makkelijker gemaakt om tegen internationale, benadelende vermogensverminderingen van zijn schuldenaar op te komen. Daarbij lijkt een rol te spelen dat een (succesvolle) paulianavordering vaak wetenschap van benadeling (en daarmee in sommige stelsels frauduleuze opzet) vereist aan de kant van schuldenaar en begunstigde. De impliciete

redenering van het Hof lijkt te zijn dat een partij die opzettelijk de verhaalsmogelijkheden van een schuldeiser vermindert geen aanspraak kan maken op de voor gedaagden voordelige hoofdregel dat ze worden gedagvaard voor de rechter van de lidstaat waar ze wonen.

Om deze voor schuldeisers gunstige uitkomst te bereiken (en in de woorden van het Hof ‘een goede rechtsbedeling te vergemakkelijken’), [63] moet het Hof een behoorlijk stukje juridische acrobatiek uitvoeren. [64] Kennelijk voelde het Hof niets voor aanknoping bij de latere overeenkomst tussen schuldenaar en begunstigde waaruit de transactie voortvloeit. Het heeft daarom aangeknoopt bij de oorspronkelijke overeenkomst tussen schuldenaar en schuldeiser. Uit deze overeenkomst vloeit immers zowel de vordering van Feniks op Coliseum als de vordering uit hoofde van pauliana voort, aldus het Hof.

Het Hof gebruikt verder een cirkelredenering ter ondersteuning van zijn oordeel dat bij de oorspronkelijke overeenkomst moet worden aangeknoopt. Het overweegt dat als deze bevoegdheidsgrond niet zou openstaan voor een schuldeiser met paulianavordering, deze alleen terecht zou kunnen bij de rechter van de woonplaats van de begunstigde, terwijl dat forum mogelijk geen enkel aanknopingspunt heeft met de oorspronkelijke overeenkomst. Daarmee verduidelijkt het Hof echter niet waarom de oorspronkelijke overeenkomst überhaupt een goed aanknopingspunt is voor de pauliana.

De overige overwegingen van het Hof zien vooral op weerlegging van de problemen die de A-G al had aangestipt. Zo voert het Hof aan dat het niets uitmaakt dat de begunstigde geen partij is bij de oorspronkelijke overeenkomst. Onder verwijzing naar zijn eerdere arrest Flightright [65] en de in dat arrest genoemde arresten overweegt het Hof dat het begrip ‘verbintenissen uit overeenkomst’ berust op de grondslag van de vordering en niet op de identiteit van partijen. [66] In de eerder door het Hof gewezen arresten hing de grondslag van de vordering echter veel nauwer samen met de overeenkomst dan bij de pauliana. [67] Als de redenering van het Hof wordt doorgetrokken, kan iedere vordering die uiteindelijk berust op een overeenkomst onder artikel 7 lid 1 sub a EEX-Vo worden gebracht. [68]

De belangrijkste – en in mijn optiek: zwakste – rechtsoverweging van het Hof is rechtsoverweging 47: ‘Deze conclusie [dat de Poolse rechter op grond van art. 7 lid 1 sub a jo. sub b EEX-Vo bevoegd is; TB] beantwoordt aan de doelstelling van voorzienbaarheid van bevoegdheidsregels, temeer omdat iemand die beroepsmatig een overeenkomst tot de koop van een onroerend goed heeft gesloten, redelijkerwijs mag verwachten te worden opgeroepen voor een gerecht van de plaats van uitvoering van verplichtingen van zijn medecontractant tegenover een schuldeiser, wanneer deze schuldeiser aanvoert dat voornoemde overeenkomst onrechtmatig belemmert dat de medecontractant zijn verplichtingen tegenover die schuldeiser nakomt.’

De formulering van het Hof is categorisch en niet specifiek beperkt tot de casus in Feniks. In algemene zin is voor een begunstigde echter zeker niet altijd te voorzien dat hij op grond van de Feniks-regel gedagvaard wordt voor het gerecht van het land waar de verbintenissen uit de oorspronkelijke overeenkomst ten uitvoer worden gelegd. De begunstigde is immers geen partij bij die oorspronkelijke overeenkomst. Hij hoeft deze overeenkomst noch het bestaan van de schuldeiser te kennen. Het zal in die gevallen voor de begunstigde volstrekt onvoorzienbaar zijn voor welke rechter hij wordt gedaagd. Daarmee is de Feniks-regel direct in strijd met het vereiste van voldoende voorzienbaarheid.

Het Hof lijkt in Feniks te hebben gekozen voor de belangen van de schuldeiser, mede vanwege de veronderstelling dat de schuldeiser die een pauliana instelt opzettelijk is benadeeld door zijn schuldenaar en de begunstigde. Het Hof lijkt op basis van die veronderstelling te rechtvaardigen [69] dat de begunstigde wordt gedaagd voor een voor hem onvoorzienbare rechter. Problematisch aan die veronderstelling is dat daarmee wetenschap van benadeling aan de zijde van de begunstigde wordt vermoed. [70] Dat is met name problematisch als deze veronderstelling achteraf onjuist blijkt te zijn.

Een oplossing?

Om de Feniks-regel in lijn te brengen met het vereiste van voldoende voorzienbaarheid heeft A-G Tanchev in een recente conclusie betoogd dat de regel alleen kan worden toegepast als de begunstigde wist dat de transactie benadelend is voor de schuldeiser. [71] Ook moet de begunstigde op de hoogte zijn van de oorspronkelijke overeenkomst tussen schuldenaar en schuldeiser. [72] Op die manier kan van geval tot geval worden beoordeeld of sprake is van pauliana die onder de reikwijdte van artikel 7 lid sub a EEX-Vo kan worden gebracht. [73]

De introductie van dit wetenschapsvereiste is er echter wel van afhankelijk dat de rechter die over zijn rechtsmacht moet beslissen alvast vooruitloopt op het materiële geding. Hij dient vast te stellen of de begunstigde wist van de benadeling. [74] Om recht te doen aan het vereiste van uniforme toepassing van de EEX-Vo zou een autonome test moeten worden ontwikkeld.

Met het invoeren van een wetenschapsvereiste wordt recht gedaan aan zowel het vereiste van voldoende voorzienbaarheid voor de begunstigde als de bescherming van de belangen van de schuldeiser die nog steeds gebruik kan maken van de Feniks-regel. Ook vereist deze oplossing een nauwere band tussen de oorspronkelijke overeenkomst en de uiteindelijke paulianeuze handeling, waardoor deze minder nadelige gevolgen heeft.

4.5 Mogelijke gevolgen

Het bovenstaande doet niets af aan het feit dat op dit moment (slechts) de regel uit Feniks van toepassing is. De voornaamste eis voor rechtsmacht om van een paulianavordering kennis te nemen onder de Feniks-regel is dat de schuldeiser zijn vordering op de schuldenaar (uiteindelijk) ontleent aan een overeenkomst. Uit het arrest blijkt dat hiervan al spoedig sprake zal zijn. De vordering van Feniks op Coliseum was ontstaan op grond van een wettelijke bepaling van Pools recht die de hoofdelijke aansprakelijkheid van investeerders en de uitvoerders van werken regelt. Volgens het Hof is alsnog sprake van een verbintenis uit overeenkomst, omdat de Poolse wettelijke regeling alleen van toepassing is vanwege een door Feniks en Coliseum gesloten overeenkomst. De conclusie lijkt dan ook gerechtvaardigd dat als uiteindelijk een overeenkomst (in de zin van de EEX-Vo) ten grondslag lag aan de vordering van de schuldeiser, de bevoegdheidsregel uit Feniks geldt. Hierdoor zou bijvoorbeeld ook een schuldeiser wiens vordering is ontstaan door een wettelijk regres- of subrogatierecht dat voortvloeit uit een door hem gesloten overeenkomst gebruik kunnen maken van de Feniks-regel. [75]

Als de vordering van de schuldeiser geen enkele band heeft met een overeenkomst (bijvoorbeeld omdat deze vordering is ontstaan uit onrechtmatige daad), bestaat geen reden om aan te knopen bij de regel van artikel 7 lid 1 sub a EEX-Vo. Met de Feniks-regel in het achterhoofd lijkt het in die gevallen logisch om aan te knopen bij de bijzondere bevoegdheidsregel voor 'verbintenissen uit onrechtmatige daad' (art. 7 lid 2 EEX-Vo). [76] Er is dan geen sprake van een oorspronkelijke overeenkomst om bij aan te knopen, maar van een oorspronkelijke buitencontractuele vordering. Een dergelijke aanknopingspunt lijkt niet zonder meer in strijd met Reichert II. Daar oordeelde het Hof immers alleen over de vraag of de pauliana zelf onder het begrip 'verbintenis uit onrechtmatige daad' kon worden gebracht. Het arrest ziet niet op de oorspronkelijke verhouding tussen schuldenaar en schuldeiser. Bij een dergelijke analoge toepassing van de Feniks-regel is het aanknopingspunt voor de bevoegde rechter de plaats waar het schadebrengende feit tussen schuldeiser en schuldenaar zich heeft voorgedaan.

4.6 Tussenconclusie

De EEX-Vo kent geen specifieke bevoegdheidsregel voor de pauliana. Het Hof heeft in Feniks bepaald dat de regel voor overeenkomsten van toepassing is. Door dit arrest kan de schuldeiser kiezen of hij de begunstigde aanspreekt voor de rechter van het land van diens woonplaats of voor de rechter die bevoegd is om te oordelen over de oorspronkelijke overeenkomst tussen de schuldeiser en de schuldenaar. Waar het Feniks-arrest de schuldeiser meer mogelijkheden geeft, introduceert het tevens het probleem dat de begunstigde wordt aangesproken voor het gerecht van een land dat voor hem onvoorzienbaar was.

5 Rome I en/of Rome II?

Anders dan bij de IVO, geeft de EEX-Vo geen conflictregels om het toepasselijk recht mee te bepalen. Die regels staan in de Rome I- en de Rome II-verordening voor vorderingen uit respectievelijk contractuele en buitencontractuele verbintenissen. In beginsel geldt daarbij dat als een verbintenis niet kan worden aangemerkt als ‘contractueel’ in de zin van Rome I, deze verbintenis onder de reikwijdte van Rome II valt.

In de Rome I- noch in de Rome II-verordening is iets bepaald over de pauliana. Het is daarom de vraag of de pauliana überhaupt onder de reikwijdte van deze verordeningen valt. Bij ontkennende beantwoording van deze vraag bepaalt het nationale internationaal privaatrecht van de aangezochte rechter welk recht van toepassing is op de gewone pauliana. [77]

Bij bevestigende beantwoording kan voor het toepasselijk recht mogelijk worden aangesloten bij Feniks, omdat voor de uitleg van Rome I en Rome II aangesloten dient te worden bij de EEX-Vo. [78] Het autonome begrip ‘verbintenissen uit overeenkomst’ uit artikel 7 lid 1 EEX-Vo sluit dan ook aan bij hetzelfde begrip in Rome I. Het is daarom denkbaar dat in lijn met het Feniks-arrest het toepasselijk recht op de paulianavordering aan de hand van Rome I bepaald moet worden, waarbij wordt aangeknoopt bij de oorspronkelijke overeenkomst tussen de schuldeiser en de schuldenaar. Het toepasselijk recht is volgens Rome I afhankelijk van een rechtskeuze of de aard van de overeenkomst (art. 3 en 4 t/m 8 Rome I). Evenals bij de EEX-Vo is mijns inziens denkbaar dat indien geen sprake is van een oorspronkelijke overeenkomst, maar van een oorspronkelijke buitencontractuele verhouding, mogelijk aangeknoopt kan worden bij Rome II. [79]

Het feit dat toepassing van de Feniks-regel kan leiden tot een voor de begunstigde onvoorzienbare uitkomst is in het kader van toepasselijk recht nog problematischer. De begunstigde hoefde immers niet te weten dat de door hem verrichte transactie beoordeeld zou worden naar het recht van de oorspronkelijke overeenkomst. Hij ging er daarom mogelijk van uit dat zijn transactie niet benadelend was, om er vervolgens achter te komen dat de transactie naar een ander, voor hem onvoorzienbaar recht wel aantastbaar is. Die uitkomst is onbevredigend.

Mogelijk kan dit worden opgelost door – analoog met artikel 16 IVO – de begunstigde te beschermen tegen de pauliana als hij geen rekening hoefde te houden met aantasting van de transactie naar het recht dat op die transactie (de latere overeenkomst) van toepassing is. Een alternatief zou zijn om ook bij toepassing van de Feniks-regel voor het toepasselijk recht het door A-G Tanchev voorgestelde wetenschaps criterium te hanteren.

6 Conclusie

Voor begunstigden bij een vermeende paulianeuze transactie maakt het nogal een verschil of zij door een curator uit een andere lidstaat worden aangesproken of door een schuldeiser uit een andere lidstaat.

In het eerste geval zijn de Europeesrechtelijke regels van internationaal privaatrecht helder; de rechter van het land waar de curator is benoemd, is bevoegd om te oordelen over de paulianavordering. Hij past daarbij zijn eigen recht toe. Voor de begunstigde zal over het algemeen te voorzien zijn in welk land hij voor het gerecht moet verschijnen en van welk land het recht moet worden toegepast. Dit is immers tevens de lidstaat waar zijn wederpartij bij de aan te tasten transactie haar centrum van voornaamste belangen heeft. Ook bestaat voor de begunstigde ten aanzien van het toepasselijk recht het 'veto' van artikel 16 IVO, hoewel hij daar sinds het arrest Nike/Oy Sportland niet te veel van moet verwachten.

Buiten faillissement is de situatie aanmerkelijk ingewikkelder en het arrest Feniks heeft het er niet eenvoudiger op gemaakt. De begunstigde bij een transactie kan door een schuldeiser die de pauliana instelt ten eerste worden opgeroepen voor het gerecht van het land waar de begunstigde woonachtig is. Na Feniks kan een schuldeiser wiens vordering uiteindelijk gebaseerd is op een overeenkomst er echter ook voor kiezen om de begunstigde op te roepen voor het gerecht van de lidstaat waar deze overeenkomst is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd. Het is mogelijk dat de begunstigde noch wist van het bestaan van de oorspronkelijke overeenkomst, noch van de schuldeiser met wie die was gesloten. In dat geval kan hij na een transactie worden verrast met een oproep voor het gerecht van een land waarmee hij geen aanraking of aanknopingspunt heeft.

Het toepasselijk recht op een vordering uit hoofde van een 'gewone' pauliana is nog onontgonnen terrein. Uit de verordeningen Rome I en Rome II blijkt niet of de pauliana onder hun reikwijdte valt of niet. Indien dat niet het geval is, moet de vraag naar toepasselijk recht worden beantwoord aan de hand van het nationale internationaal privaatrecht van de lidstaat van de rechter die bevoegd is van de zaak kennis te nemen. Indien Rome I en Rome II wel van toepassing zijn, dient mogelijk aangesloten te worden bij Feniks. Het recht dat op de pauliana van toepassing is, is dan het recht dat van toepassing is op de oorspronkelijke overeenkomst tussen schuldenaar en schuldeiser.

De scheve verhouding tussen de faillissementspauliana en de gewone pauliana in internationaal perspectief zal vermoedelijk niet snel worden rechtgetrokken. Een centraal aanknopingspunt ligt voor de gewone pauliana (anders dan bij de faillissementspauliana) niet voor de hand. Het valt ook niet te verwachten dat voor de gewone pauliana spoedig specifieke bevoegdheidsregels en regels voor toepasselijk recht worden opgesteld. Dat betekent dat begunstigden het voorlopig moeten doen met het oordeel in Feniks. Hun rest niets anders dan

te hopen dat het Hof de Feniks-regel spoedig inperkt door de introductie van een kennis criterium, zoals bepleit door A-G Tanchev in zijn conclusie voor Reitbauer.

Mr. T.V.J. Bil

Noten

[1] Schuldeisers kunnen met de pauliana rechtshandelingen ook vernietigen door middel van een buitengerechtelijke verklaring.

[2] Zie art. 3:45 BW voor de vereisten van de ‘gewone’ pauliana in Nederland.

[3] De Nederlandse faillissementspauliana is geregeld in art. 42 e.v. Fw. Uit art. 49 Fw volgt dat de bevoegdheid tot het instellen van een paulianavordering in faillissement niet langer toekomt aan de schuldeisers, maar exclusief aan de curator. Zie HR 12 april 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4994, NJ 1986/808 m.nt. W.H. Heemskerk (Ontvanger/NMB I), HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD2684, NJ 2005/95, JOR 2002/37 m.nt. NEDF (Lunderstädt/De Kok) en HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499, NJ 2005/96 m.nt. SCJJK, JOR 2002/38 m.nt. NEDF en Bartman (SOBI/Hurks).

[4] Zie voor de Romeinse en Nederlandse geschiedenis van de pauliana J.A. Ankum, *De geschiedenis der ‘Actio Pauliana’*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962.

[5] Zie D.F. Fritz, Briefing note European Parliament, Harmonisation of insolvency law at EU level. Avoidance actions and rules on contracts, 2011 (PE432.767).

[6] Ook verschillen de gevolgen van een succesvolle pauliana en de manier waarop deze figuur wordt gekwalificeerd tussen de verschillende lidstaten. Zie conclusie van A-G Bobek voor HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), onder 35-41; I. Pretelli, Cross-border credit protection against fraudulent transfer of assets. Actio pauliana in the conflict of laws, in: A. Bonomi & G.P. Romano (red.), *Yearbook of private international law*, Vol. XIII, München: Sellier European Law Publishers 2012, p. 590-601; U. Göranson, Actio Pauliana outside bankruptcy and the Brussels Convention. Law and reality, in: M. Sumampouw e.a. (red.), *Essays on national and international procedural law in honour of Voskuil*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1992, p. 90-92.

[7] HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca).

[8] In deze bijdrage wordt met ‘het Hof’ het Hof van Justitie van de Europese Unie bedoeld.

[9] 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.

[10] Art. 1 lid 2 sub b EEX-Vo.

[11] Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures. Zie art. 6 lid 1 van deze verordening.

[12] HvJ EU 6 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:96 (Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis), r.o. 24; HvJ EU 9 november 2017, ECLI:EU:C:2017:847 (Tünkers France en Tünkers Maschinenbau), r.o. 17.

[13] Art. 6 lid 1 IVO. Zie ook HvJ EU 6 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:96 (Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis), r.o. 26-27 en de daar aangehaalde rechtspraak.

[14] HvJ EU 6 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:96 (Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis), r.o. 28; HvJ EU 20 december 2017, ECLI:EU:C:2017:986 (Valach), r.o. 29; HvJ EU 9 november 2017, ECLI:EU:C:2017:847 (Tünkers France en Tünkers Maschinenbau), r.o. 22; HvJ EU 4 september 2014, ECLI:EU:C:2014:2145 (Nickel & Goeldner Spedition), r.o. 27.

[15] HvJ EU 12 februari 2009, ECLI:EU:C:2009:83, JOR 2011/340 m.nt. Veder onder JOR 2011/342 (Seagon/Deko Marty).

[16] Zie ook HvJ EU 14 november 2018, ECLI:EU:C:2018:902, JOR 2019/65 m.nt. Veder (Wiemer & Trachte/Tadzher). Voor op de pauliana lijkende vorderingen moet per geval worden beoordeeld of deze kwalificeren als 'insolventierechtelijk' en daarmee onder de IVO vallen, zie HvJ EU 6 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:96 (Rosbeek q.q./BNP Paribas Fortis).

[17] Verordening (EG) 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst.

[18] Verordening (EG) 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen.

[19] De IVO geldt niet voor Denemarken. Een Deens faillissement wordt daardoor niet automatisch erkend. De rechtsmacht en het toepasselijk recht ten aanzien van een Deense faillissementspauliana moeten worden beoordeeld aan de hand van Deens internationaal privaatrecht.

[20] HvJ EU 14 november 2018, ECLI:EU:C:2018:902, JOR 2019/65 m.nt. P.M. Veder (Wiemer & Trachte/Tadzher).

[21] Ik gebruik in dit artikel het begrip 'curator' als synoniem voor het woord 'insolventiefunctionaris' dat in de IVO wordt gebruikt. Zie art. 5 sub 2 IVO.

[22] Indien de curator ook een burgerlijke vordering tegen dezelfde verweerder instelt, kan hij er op grond van art. 6 lid 2 IVO wel voor kiezen om zowel de burgerlijke als de insolventierechtelijke vordering in te stellen bij de rechter van de lidstaat op het grondgebied waarvan de verweerder woonplaats heeft.

[23] Zie onder meer Asser/Vonken 10-I 2018/250; Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/398.

[24] HvJ EU 15 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:690, JOR 2016/170 m.nt. P.M. Veder (Nike/Sportland Oy); M. Virgós & E. Schmit, Report on the Convention of Insolvency Proceedings, 3 mei 1996, 6500/96, DRS 8 (CFC), par. 138.

[25] HvJ EU 15 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:690, JOR 2016/170 m.nt. P.M. Veder (Nike/Sportland Oy).

[26] HvJ EU 15 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:690, JOR 2016/170 m.nt. P.M. Veder (Nike/Sportland Oy), r.o. 20.

[27] HvJ EU 15 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:690, JOR 2016/170 m.nt. P.M. Veder (Nike/Sportland Oy), r.o. 23-31.

[28] HvJ EU 15 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:690, JOR 2016/170 m.nt. P.M. Veder (Nike/Sportland Oy), r.o. 32-36.

[29] P. Jenard, Rapport over het verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, 27 september 1968, C-59/1.

[30] P. Schlosser, Rapport over het verdrag 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, 9 oktober 1978, C-59/71.

[31] Jenard 1968, p. 18.

[32] Jenard 1968, p. 18.

[33] Zie o.a. Asser/Vonken 10-I 2018/145.

[34] Punt 16 bij de considerans van de EEX-Vo. Zie verder o.a. HvJ EU 14 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:559, NJ 2017/98 m.nt. Strikwerda (Granarolo), r.o. 18, onder verwijzing naar de eerdere jurisprudentie van het Hof.

- [35] HvJ EU 10 januari 1990, ECLI:EU:C:1990:3, NJ 1991/572 m.nt. J.C. Schultz (Reichert I).
- [36] Ten tijde van Reichert I art. 16 sub 1 Executieverdrag (de voorloper van de EEX-Vo).
- [37] Zie par. 11 van de conclusie van A-G J. Mischo van 22 november 1989 voor Reichert I.
- [38] HvJ EU 10 januari 1990, ECLI:EU:C:1990:3, NJ 1991/572 m.nt. J.C. Schultz (Reichert I), r.o. 11.
- [39] HvJ EU 10 januari 1990, ECLI:EU:C:1990:3, NJ 1991/572 m.nt. J.C. Schultz (Reichert I), r.o. 12.
- [40] HvJ EU 10 januari 1990, ECLI:EU:C:1990:3, NJ 1991/572 m.nt. J.C. Schultz (Reichert I), r.o. 12.
- [41] HvJ EU 10 januari 1990, ECLI:EU:C:1990:3, NJ 1991/572 m.nt. J.C. Schultz (Reichert I), r.o. 12-15.
- [42] HvJ EU 26 maart 1992, ECLI:EU:C:1992:149, NJ 1996/315 (Reichert II).
- [43] Ten tijde van Reichert II art. 5 sub 3 Executieverdrag.
- [44] HvJ EU 26 maart 1992, ECLI:EU:C:1992:149, NJ 1996/315 (Reichert II), r.o. 19.
- [45] HvJ EU 26 maart 1992, ECLI:EU:C:1992:149, NJ 1996/315 (Reichert II), r.o. 19.
- [46] Ten tijde van Reichert II respectievelijk art. 16 sub 5 en art. 24 Executieverdrag.
- [47] HvJ EU 26 maart 1992, ECLI:EU:C:1992:149, NJ 1996/315 (Reichert II), r.o. 28.
- [48] HvJ EU 26 maart 1992, ECLI:EU:C:1992:149, NJ 1996/315 (Reichert II), r.o. 35.
- [49] HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca).
- [50] HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), r.o. 22.
- [51] HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), r.o. 27.
- [52] Conclusie van A-G Bobek voor HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), onder 62.
- [53] Conclusie van A-G Bobek voor HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), onder 67.
- [54] Conclusie van A-G Bobek voor HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805

(Feniks/Azteca), onder 65; zie ook de conclusie van A-G Gulmann voor Reichert II (C|261/90, ECLI:EU:C:1992:78, p. I|2164).

[55] Conclusie van A-G Bobek voor HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), onder 65. Zie o.a. HvJ EU 17 juni 1992, ECLI:EU:C:1992:268 (Handte), onder 15, HvJ EU 17 september 2002, ECLI:EU:C:2002:499 (Tacconi), onder 23 en HvJ EU 21 januari 2016, ECLI:EU:C:2016:40 (ERGO Insurance), onder 44.

[56] Conclusie van A-G Bobek voor HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), par. 73-75 en 98-99; zie ook conclusie van A-G Ruiz-Jarabo Colomer voor HvJ EU 12 februari 2009, ECLI:EU:C:2009:83, JOR 2011/340 m.nt. Veder onder JOR 2011/342 (Seagon/Deko Marty), par. 32.

[57] Conclusie van A-G Bobek voor HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), par. 76-87. Eerder had Göranson al aangegeven dat aanknoping bij de bijzondere bevoegdheidsgronden voor de pauliana lastig is; Göranson 1992, p. 89-104.

[58] HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), r.o. 42.

[59] HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), r.o. 43.

[60] Dit kan logischerwijs alleen niet als op grond van de Feniks-regel tevens de rechter van het land waar de gedaagde woonachtig is rechtsmacht heeft.

[61] HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), r.o. 37.

[62] Het Hof noemt bijv. in r.o. 44 dat zijn oordeel voldoet aan goede rechtsbedeling en geeft in r.o. 45 in wezen aan dat een schuldeiser niet gedwongen moet zijn om zijn paulianavordering in te stellen in het land waar de gedaagde is gevestigd.

[63] HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), r.o. 44.

[64] Tobias Lutzi spreekt op de website conflictoflaws.net van 'forcing a square peg into a round hole', zie <http://conflictoflaws.net/2018/forcing-a-square-peg-into-a-round-hole-the-actio-pauliana-and-the-brussels-ia-regulation/>.

[65] HvJ EU 7 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:160 (Flightright).

[66] HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), r.o. 38.

[67] Zo oordeelde het Hof in Flightright dat de bevoegdheidsgrond 'verbintenissen uit overeenkomst' van toepassing was zonder dat tussen eisers (een belangenorganisatie voor

passagiers) en gedaagde (een luchtvaartmaatschappij) een overeenkomst bestond. Gedaagden werden geacht op grond van art. 3 lid 5 van Verordening (EG) 261/2004 te handelen voor een luchtvaartmaatschappij die wel een overeenkomst had gesloten met de eisende passagiers. In het arrest Kareda (HvJ EU 15 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:472, JBPR 2017/43 m.nt. D.F.H. Stein) oordeelde het Hof dat ook sprake is van een verbintenis uit overeenkomst, bij een regresvordering ingesteld door een medeschuldenaar die het gedeelte van de door hem betaalde gemeenschappelijke schuld terugvordert.

[68] Zie in die zin ook de conclusie van A-G Bobek voor HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), onder 65.

[69] Hoewel dat niet expliciet uit het arrest blijkt.

[70] Conclusie van A-G Bobek voor HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), par. 94-95.

[71] Conclusie van A-G Tanchev voor HvJ EU 3 april 2019, C-722/17, ECLI:EU:C:2019:285 (Reitbauer/Casamassima), par. 84.

[72] Conclusie van A-G Tanchev voor HvJ EU 3 april 2019, C-722/17, ECLI:EU:C:2019:285 (Reitbauer/Casamassima), par. 92.

[73] Zie ook Pretelli 2012, p. 639-640.

[74] Vgl. de conclusie van A-G Bobek voor HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks/Azteca), par. 94-95.

[75] Dit is ook in lijn met eerdere rechtspraak van het Hof, waarin het begrip ‘verbintenissen uit overeenkomst’ zo is uitgelegd dat dit ook vorderingen uit hoofde van hoofdelijkheid en een op ongerechtvaardigde verrijking gebaseerde tegenvordering tot terugbetaling omvat. Zie de eerder besproken arresten HvJ EU 7 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:160 (Flightright) en HvJ EU 15 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:472 (Kareda), r.o. 30. Zie ook HvJ EU 12 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:763 (Kostanjevec), r.o. 38.

[76] Het begrip ‘verbintenissen uit onrechtmatige daad’ is een autonoom begrip. Hieronder valt elke rechtsovereenkomst die beoogt de aansprakelijkheid van een verweerder in het geding te brengen en die geen verband houdt met een ‘verbintenis uit overeenkomst’ in de zin van art. 7 lid 1 sub a EEX-Vo. Zie o.a. HvJ EU 18 juli 2013, ECLI:EU:C:2013:490, NJ 2014/85 m.nt. L. Strikwerda (ÖFAB), r.o. 32; HvJ EU 27 september 1988, ECLI:EU:C:1988:459, NJ 1990/425 m.nt. J.C. Schultsz (Kalfelis/Schröder), r.o. 17.

[77] Zie voor een uitgebreide analyse van het Nederlands internationaal privaatrecht (met analyse van de meest voor de hand liggende conflictregel) H.L.E. Verhagen & P.M. Veder, De 'Pauliana' in het Nederlandse internationaal privaatrecht, NIPR 2000, afl. 1, p. 3. Zie ook Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/397.

[78] Zie punt 7 van de considerans van Rome I en Rome II.

[79] Uit de wetsgeschiedenis van Rome II blijkt dat in een eerdere versie was voorgesteld om in art. 10 (getiteld 'Actio Pauliana') op te nemen: 'The conditions and the effects arising from an obligation where a creditor may contest a contract concluded by a debtor with a third party, endangering the satisfaction of the creditor (fulfilment of the claim), shall be determined by the law applicable to the obligation existing between the creditor and his debtor.' Het is onduidelijk waarom dit artikel niet is opgenomen in de uiteindelijke versie van Rome II. Zie Note of the General Secretariat of the Council to the Committee on Civil Law (Rome II) (No. prev. doc.: 10231/99 JUSTCIV 112), 9 december 1999, p. 8.