

# Feniks – over ficties in het bevoegdheidsrecht

Prof.mr. A.A.H. van Hoek

Hof van Justitie van de Europese Unie (tweede kamer) 4 oktober 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805 (*Feniks Sp. z o.o. tegen Azteca Products & Services SL*), conclusie A-G Bobek, ECLI:EU:C:2018:487

## De casus en de prejudiciële vragen

Een arrest over een bedrijf genaamd Feniks – dat vraagt om woordspelingen rond vuur, as en wedergeboorte. Zo dramatisch is de inhoud van dit arrest nu ook weer niet. Maar toch ... in het arrest lijkt het Hof van Justitie (hierna ook Hof of HvJ EU) een aantal basisbeginselen van het verdrag geweld aan te doen ten gunste van een nieuw beginsel dat nergens in het systeem was opgenomen. Op het arrest is dan ook brede kritiek gekomen.<sup>1</sup> Met de redenering van het Hof wordt – kort gezegd – de kachel aangemaakt. Maar zoals het een feniks betaamt: de wederopstanding heeft reeds plaatsgevonden. In het arrest *Reitbauer* herneemt een andere kamer van het Hof zonder nadere correctie of nuancering de *Feniks*-uitspraak. In deze bespreking komen de belangrijkste kritiekpunten op het arrest aan bod. Daarnaast zal gezocht worden naar een verklaring voor de uitkomst en wordt gekeken naar alternatieven voor de nu gegeven beslissing. Maar we beginnen neutraal – waar ging het allemaal over?

Er waren eens twee Poolse ondernemingen (Feniks en Coliseum) die samenwerkten in een bouwproject in Gdansk (Polen) – Feniks als investeerder, Coliseum als hoofdaannemer. Als blijkt dat Coliseum de rekeningen van zijn onderaannemers niet kan betalen, voldoet Feniks deze rekeningen.<sup>2</sup> Als Feniks de zo ontstane vordering wil verhalen op Coliseum blijkt dat lastig – uit het arrest en de conclusie van A-G Bobek blijkt dat een eerder faillissement van Coliseum wegens gebrek aan baten is opgeheven.<sup>3</sup> Intussen ontdekt Feniks dat Coliseum een belangrijk vermogensbestanddeel – in zijn vestigingsplaats in Polen (Szczecin) gelegen grond – heeft overgedragen aan Azteca, een met Coliseum gelieerd Spaans bedrijf. Daarbij is de koopprijs verrekend met openstaande schulden van Coliseum aan Azteca. De koopprijs kan daarmee niet meer ten goede komen van Feniks, terwijl ook (de waarde van) de grond uit de boedel van Coliseum is verdwenen. Om toch nog wat van zijn geld terug te zien beroept Feniks zich op een regel in het Poolse recht op grond waarvan de verkoop van

1 In deze noot is gebruikgemaakt van de volgende annotaties bij het arrest: P. van Asperen, 'Bevoegde rechter en toepasselijk recht bij de actio pauliana', *Onderneming en Financiering* 2019, afl. 1, p. 54-66; Geert Van Calster, 'Feniks: CJEU holds, in my view incorrectly, that Actio Pauliana falls under forum contractus', post at *GAVC LAW*, 14 oktober 2018; B. Dostal, 'Zur Frage der internationalen Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts für Gläubigeranfechtungsklagen', *Internationales Handelsrecht* 2019, afl. 3, p. 89-101; J.F. Hoffmann, 'Gläubigeranfechtung und Zuständigkeit nach Massgabe der EuGVVO', *GPR* 2019, afl. 4,

p. 168-173; R. Jafferli, 'Arrêt <<Feniks>>: action paulienne et compétence internationale à la lumière du règlement Bruxelles Ibis', *Journal de droit européen* 2019, afl. 6, p. 252-253; T. Lutzi, "'Feniks" aus der Asche: Internationale Zuständigkeit für die actio pauliana nach der EuGVVO', *Recht der internationalen Wirtschaft* 2019, afl. 5, p. 252-258; C.F. Michiels, 'Rechtsmacht bij pauliana: Feniks-arrest leidt tot onvoorzienbaarheid', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2019, afl. 6, p. 215-222; M. Poesen, 'Once more unto the Breach: the Actio Pauliana is a Matter Relating to a Contract in EU Private International Law', *ERCL*

2019, afl. 1, p. 58-65. In het vervolg van deze noot worden deze bronnen verkort aangehaald.

2 Uit de conclusie van A-G Bobek (ov. 17) valt op te maken dat Feniks hiertoe verplicht was op grond van een wettelijke regeling van hoofdelijke aansprakelijkheid alsmede op basis van contractuele bedingen/garantstellingen.

3 Uit het arrest en de conclusie blijkt dat Coliseum feitelijk insolvent is, maar dat er op het moment van de procedure geen sprake is van een faillissement: A-G Bobek ov. 45 en HvJ EU r.o. 28 en r.o. 32.

de onroerende zaak aan de Spaanse partij (onder omstandigheden) onwerkzaam kan worden verklaard ten aanzien van Feniks. Als dit beroep slaagt kan Feniks zijn vordering op Coliseum alsnog op de onroerende zaak verhalen. Deze rechtsvordering staat bekend als de *actio pauliana*.

Alle relevante elementen van de casus bevinden zich in dit geval in Polen, met uitzondering van de vestigingsplaats van de verkrijger van de grond. Maar juist de vestigingsplaats van de verkrijger bepaalt de algemene bevoegdheid van de rechter onder artikel 4 Brussel I bis.<sup>4</sup> Het systeem van bevoegdheidsrecht in de Brussel I bis-verordening gaat er namelijk van uit dat een rechtsvordering in beginsel moet worden aangebracht bij een rechter in het woonland van de verweerder. En het is de verkrijger die naar Poolse recht bij een *actio pauliana* als verweerder optreedt.<sup>5</sup>

De in artikel 4 Brussel I bis neergelegde hoofdregel van het Europese bevoegdheidsrecht wordt ook wel het *forum rei* genoemd. Voor een aantal specifieke gevallen zijn daarnaast in de verordening bijzondere bevoegdheden opgenomen. Zo biedt het systeem in artikel 7 alternatieve bevoegdheidsgrondslagen voor onder andere verbintenissen uit overeenkomst (lid 1) en niet-contractuele verbintenissen (lid 2).<sup>6</sup> Door deze alternatieve bevoegdheidsgrondslagen kan het vóórkomen dat er meerdere rechters bevoegd zijn in een en dezelfde zaak. In dat geval kan de eiser tussen die rechters vrij kiezen – dit wordt ook wel *forumshopping* genoemd.

In twee eerdere uitspraken (*Reichert I en II*) heeft het Hof van Justitie al een aantal gronden uit de Europese bevoegdheidsregeling (toen nog het EEX-verdrag) niet van toepassing verklaard op een *actio pauliana*.<sup>7</sup> Dit geldt bijvoorbeeld voor de bepaling die ziet op niet-contractuele verbintenissen, het huidige artikel 7 lid 2 Brussel I bis. Deze rechtspraak uit de vroege jaren 90 wordt niet opnieuw ter discussie gesteld, de verwijzende rechter wil slechts weten of dan misschien de bevoegdheidsgrond van artikel 7 lid 1 (inzake verbintenissen uit overeenkomst) kan worden toegepast. Daarover gaf de eerdere Europese rechtspraak geen duidelijkheid. In de literatuur werd er na de twee arresten in de zaak *Reichert* vrij algemeen van uitgegaan dat voor de *actio pauliana* geen bijzondere bevoegdheidsgrond beschikbaar was.<sup>8</sup> Ook A-G Bobek, die de conclusie bij dit arrest heeft geschreven, achtte uitsluitend de hoofdregel van artikel 4 van toepassing.<sup>9</sup> De tweede kamer van het Hof besliste echter anders.

De verwijzende rechter wijst erop dat de beslechting van het onderhavige geschil verband houdt met de koopovereenkomst die is gesloten tussen Azteca en Coliseum

en waarvan Feniks de onwerkzaamheid (jegens Feniks) aanvoert. Deze overeenkomst diende in Polen te worden uitgevoerd – daar bevindt zich immers de onroerende zaak en dus ook de plaats van levering ervan.<sup>10</sup> Op grond van artikel 7 lid 1 is dan de Poolse rechter van de ligging van het goed bevoegd om geschillen met betrekking tot de koopovereenkomst te beslechten. Feniks is echter geen partij bij deze overeenkomst. De Poolse rechter vraagt zich af of eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie<sup>11</sup> eraan in de weg staat dat ook Feniks als niet-contractspartij zich wendt tot dit contractuele forum. Het Hof van Justitie slaat echter een andere weg in: ook het Hof acht de vordering gebaseerd op een verbintenis uit overeenkomst, maar zoekt daarbij aansluiting bij de aanneemovereenkomst tussen Feniks en Coliseum.<sup>12</sup> Ook deze overeenkomst moest worden uitgevoerd in Polen, zij het in een andere plaats. Uiteindelijk acht het Hof de rechter te Gdansk – de plaats waar de bouwwerkzaamheden waren verricht – bevoegd om kennis te nemen van de vordering met betrekking tot de verkoop van een in Szczecin gelegen stuk grond. De afstand tussen deze twee plaatsen is ca. 350 km.

Er is dus een Poolse rechter bevoegd om van het geschil kennis te nemen. Dit is vanuit de positie van de gedupeerde opdrachtgever bevredigend en ook de specifieke casus doet de uitkomst sympathiek schijnen. De prijs hiervoor is echter hoog – het arrest doet namelijk op een aantal punten afbreuk aan de systematiek en de doelstellingen van de verordening. Beide aspecten komen in de noot aan de orde. Maar eerst de belangrijkste rechtsoverwegingen van het Hof.

## Uit het arrest

*‘Toepasselijkheid van verordening nr. 1215/2012*

28 Zoals volgt uit de verwijzingsbeslissing zijn de jegens Coliseum ingeleide tenuitvoerleggingsprocedures beëindigd bij gebrek aan middelen, omdat deze onderneming thans insolvent is.

29 Derhalve rijst de vraag of de vordering in het hoofdgeding valt binnen de werkingssfeer van verordening nr. 1215/2012, of dat zij eerder past in de context van een insolventieprocedure onder verordening nr. 1346/2000, die *ratione temporis* van toepassing is op het hoofdgeding.

[...]

32 In het onderhavige geval lijkt de vordering van Feniks echter niet binnen het kader van een faillissement of surseance van betaling te passen. Bovendien is ter terechtzitting op een vraag van het Hof

4 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, *PbEU L 351/1-32* (Verordening Brussel I bis).

5 In het Franse recht wordt tevens de schuldenaar opgeroepen. Zie o.a. de zaak *Reichert* (HvJ EU 10 januari 1990, C-115/88, ECLI:EU:C:1990:3 (*Reichert I*) en HvJ EU 26 maart 1992, C-261/90, ECLI:EU:C:1992:149 (*Reichert II*)) en Dostal

2019, p. 93.

6 De verordening kent in sommige gevallen een bepaalde rechter exclusieve bevoegdheid toe – zie art. 24 en 25. In dat geval heeft de eiser geen keuzemogelijkheid, maar moet deze de exclusief bevoegde rechter benaderen.

7 HvJ EU 10 januari 1990, C-115/88, ECLI:EU:C:1990:3 (*Reichert I*) en HvJ EU 26 maart 1992, C-261/90, ECLI:EU:C:1992:149 (*Reichert II*).

8 Zie o.a. Lutzi 2019, p. 255; R. Jafferali 2019, p. 253; Michiels 2019, p. 221 (als *lege ferenda*);

Dostal 2019, p. 89 (overigens geeft deze laatste aan dat in Italië wel degelijk steun was te vinden voor een overeenkomstenrechtelijke kwalificatie).

9 Ov. 98.

10 Zie r.o. 22.

11 HvJ EU 17 juni 1992, C-26/91, ECLI:EU:C:1992:268 (*Handte*).

12 Het feit dat de claim van Feniks was gebaseerd op het voldoen van de vorderingen van de onderaannemers van Coliseum, komt in het arrest verder niet ter sprake.

geantwoord dat er geen insolventieprocedure jegens Coliseum is geopend, hetgeen echter door de verwijzende rechter moet worden nagegaan.

33 Aangezien de vordering in het hoofdgeding, die is gebaseerd op de artikelen 527 en volgende van het burgerlijk wetboek, beoogt de eigen belangen van de schuldeiser te beschermen en niet de activa van Coliseum te vermeerderen, valt zij onder het begrip „burgerlijke en handelszaken” in de zin van artikel 1, lid 1, van verordening nr. 1215/2012.

#### *Ten gronde*

34 Er dient aan te worden herinnerd dat verordening nr. 1215/2012 is gericht op het creëren van eenvormigheid van de regels inzake jurisdictiegeschillen in burgerlijke en handelszaken, door bevoegdheidsregels die in hoge mate voorspelbaar zijn. Deze verordening streeft dus een doelstelling van rechtszekerheid na, die de rechtsbescherming van de in de Europese Unie gevestigde personen wil vergroten door te verzekeren dat de eiser gemakkelijk kan bepalen welk gerecht hij kan aanzoeken en de verweerder redelijkerwijs kan voorzien voor welk gerecht hij kan worden opgeroepen (zie in die zin arrest van 14 juli 2016, Granarolo, C-196/15, EU:C:2016:559, punt 16 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

35 Volgens vaste rechtspraak van het Hof berust het in hoofdstuk II van verordening nr. 1215/2012 neergelegde gemeenschappelijke stelsel van toewijzing van bevoegdheden op de in artikel 4, lid 1, van de verordening vervatte algemene regel dat personen die hun woonplaats hebben op het grondgebied van een lidstaat, ongeacht hun nationaliteit, worden opgeroepen voor de gerechten van die staat. Slechts in afwijking van de algemene regel dat de gerechten van de woonplaats van de verwerende partij bevoegd zijn, voorziet hoofdstuk II, afdeling 2, van verordening nr. 1215/2012 in een bepaald aantal bijzondere bevoegdheidsregels, waaronder die van artikel 7, punt 1, onder a), van die verordening (zie in die zin arrest van 14 juli 2016, Granarolo, C-196/15, EU:C:2016:559, punt 17 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

36 Naast de bevoegdheid van de gerechten van de woonplaats van de verweerder moeten er, zoals is vermeld in overweging 16 van voornoemde verordening, alternatieve bevoegdheidsgronden mogelijk zijn, gebaseerd op de nauwe band tussen het gerecht en de vordering, of om een goede rechtsbedeling te vergemakkelijken.

37 Aan de bijzondere bevoegdheidsregels die voorzien in deze alternatieve bevoegdheidsgronden moet evenwel een strikte uitlegging worden gegeven, die niet verder mag gaan dan de door die verordening uitdrukkelijk voorziene gevallen (arrest van 14 juli 2016, Granarolo, C-196/15, EU:C:2016:559, punt 18 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

38 Wat betreft de bijzondere bevoegdheid uit artikel 7, punt 1, onder a), van verordening nr. 1215/2012 voor geschillen inzake verbintenissen uit overeenkomst, dient in herinnering te worden gebracht dat het begrip „verbintenissen uit overeenkomst” autonoom moet worden uitgelegd teneinde de eenvormige toepassing van dit begrip in alle lidstaten te waarborgen (arrest van 7 maart 2018, *flightright e.a.*, C-274/16, C-447/16 en C-448/16, EU:C:2018:160, punt 58 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

39 Zoals het Hof herhaaldelijk heeft geoordeeld, vereist de toepassing van deze bijzondere bevoegdheidsregel het bestaan van een door een persoon tegenover een andere persoon vrijwillig aangegane juridische verbintenis, waarop de vordering van de verzoeker berust (zie in die zin arresten van 20 januari 2005, *Engler*, C-27/02, EU:C:2005:33, punt 51; 18 juli 2013, *ÖFAB*, C-147/12, EU:C:2013:490, punt 33, en 21 januari 2016, *ERGO Insurance en Gjensidige Baltic*, C-359/14 en C-475/14, EU:C:2016:40, punt 44).

40 De *actio pauliana* vindt haar grondslag in de schuldvordering, een persoonlijk recht van de schuldeiser jegens de schuldenaar waarmee de schuldeiser het hem eventueel toekomende verhaalrecht op het vermogen van de schuldenaar kan veiligstellen (arresten van 10 januari 1990, *Reichert en Kockler*, C-115/88, EU:C:1990:3, punt 12, en 26 maart 1992, *Reichert en Kockler*, C-261/90, EU:C:1992:149, punt 17).

41 Deze rechtsvordering stelt aldus de belangen van de schuldeiser veilig, met het oog op in het bijzonder een latere gedwongen executie van de verbintenissen van de schuldenaar (arrest van 26 maart 1992, *Reichert en Kockler*, C-261/90, EU:C:1992:149, punt 28).

42 In het onderhavige geval blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat Feniks de onderaannemers waar Coliseum gebruik van heeft gemaakt, heeft betaald voor de uitvoering van bouwwerkzaamheden op grond van een bepaling van nationaal recht die de hoofdelijke aansprakelijkheid van investeerders en de uitvoerders van werken regelt. Dit neemt echter niet weg 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.

43 Met deze vordering 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.

44 Hieruit volgt dat de *actio pauliana*, wanneer deze is gebaseerd op schuldvorderingen die voortvloeien uit contractuele verplichtingen, wordt ingesteld „ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst” in de zin van de in punt 39 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak. Derhalve dient het forum van de woonplaats van de verweerder te worden aangevuld met dat waarin artikel 7, punt 1, onder a), van verordening nr. 1215/2012 voorziet, aangezien – gelet op de contractuele oorsprong van de verhoudingen tussen schuldeiser en schuldenaar – een dergelijke bevoegdheidsgrond beantwoordt aan zowel het vereiste van rechtszekerheid en voorspelbaarheid als aan de doelstelling van een goede rechtsbedeling.

45 Ware dit niet het geval, dan zou de schuldeiser gedwongen zijn zich met zijn vordering te wenden tot het gerecht van de woonplaats van de verweerder, terwijl dit forum – waarin is voorzien door artikel 4, lid 1, van verordening nr. 1215/2012 – in voorkomend geval mogelijk geen enkele band heeft met de plaats waar de verbintenissen van de schuldenaar tegenover zijn schuldeiser zijn uitgevoerd of moeten worden uitgevoerd.

46 De houder van uit een overeenkomst voortvloeiende schuldvorderingen die voornemens is een *actio pauliana* in te stellen, mag dit derhalve doen voor een gerecht in „de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd”, aangezien het aanzoeken van dit gerecht wordt toegestaan door artikel 7, punt 1, onder a), van verordening nr. 1215/2012. Omdat de vordering van de schuldeiser is gericht op het veiligstellen van zijn belangen bij de uitvoering van verplichtingen die voortvloeien uit een overeenkomst tot werken, is de „plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd” in het onderhavige geval overeenkomstig artikel 7, punt 1, onder b), van die verordening de plaats waar krachtens die overeenkomst de werken hebben plaatsgevonden, te weten Polen.

47 Deze conclusie beantwoordt aan de doelstelling van voorzienbaarheid van bevoegdheidsregels, temeer omdat iemand die beroepsmatig een overeenkomst tot de koop van een onroerend goed heeft geslo-

ten, 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.

48 Aan de conclusie in het voorgaande punt wordt niet afgedaan door de omstandigheid dat de vordering is ingesteld tegen de derde en niet tegen de schuldenaar, wat in het onderhavige geval een gevolg is van artikel 531, lid 1, van het burgerlijk wetboek. In dit verband dient in herinnering te worden gebracht dat de in artikel 7, punt 1, onder a), van verordening nr. 1215/2012 neergelegde bijzondere bevoegdheidsregel voor verbintenissen uit overeenkomst berust op de grondslag van de vordering en niet op de identiteit van de partijen (zie in die zin arrest van 7 maart 2018, *flightright e.a.*, C-274/16, C-447/16 en C-448/16, EU:C:2018:160, punt 61 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

49 Derhalve moet op de prejudiciële vragen worden geantwoord dat een *actio pauliana* waarbij de houder van een schuldvordering uit overeenkomst verzoekt 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, in een situatie als aan de orde in het hoofdgeding valt onder de regel van internationale bevoegdheid van artikel 7, punt 1, onder a), van verordening nr. 1215/2012.

[...]

Het Hof (Tweede kamer) verklaart voor recht:

In een situatie als aan de orde in het hoofdgeding valt een *actio pauliana* waarbij de houder van een schuldvordering uit overeenkomst verzoekt 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, onder de regel van internationale bevoegdheid van artikel 7, punt 1, onder a), van verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.'

## Noot

### De *actio pauliana*

De *actio pauliana* is in het Poolse recht opgenomen in artikel 527 van het burgerlijk wetboek. Deze bepaling luidt (conform de in het arrest opgenomen vertaling):

‘§1. Indien een derde ten gevolge van een voor de schuldeisers nadelige rechtshandeling van een schuldenaar gebaat wordt, kan elke schuldeiser eisen dat deze handeling ten aanzien van hem geen werking heeft, mits de schuldenaar zich er bij het verrichten van de

handeling van bewust was dat benadeling van de schuldeisers daarvan het gevolg zou zijn en de derde daarvan wist of bij betrachting van de benodigde zorgvuldigheid kon weten.

§2. Een rechtshandeling van een schuldenaar benadeelt de schuldeisers indien de schuldenaar als gevolg ervan insolvent is geworden of de verhaalsmogelijkheden daardoor kleiner zijn geworden dan voor de verrichting van de rechtshandeling.’

Op grond van deze tekst lijken aan een geslaagde *actio pauliana* in het Poolse recht een vijftal voorwaarden te worden gesteld:

- 1 Een rechtshandeling<sup>13</sup> van de schuldenaar;
- 2 waardoor de schuldeiser wordt benadeeld;
- 3 wat de schuldenaar zich ook beseft;<sup>14</sup>
- 4 waardoor de verkrijgende derde is gebaat; terwijl
- 5 deze derde kennis had of had moeten hebben van de benadeling.

Deze elementen zijn kenmerkend voor de *actio pauliana*, zij het dat nationaal de vereisten licht kunnen variëren.<sup>15</sup> Zo moet het naar Nederlands recht gaan om een onverplichte rechtshandeling, terwijl bij verkrijging om niet (bijvoorbeeld door schenking) niet relevant is of de derde kennis had van de benadeling.<sup>16</sup> Ook kan in sommige stelsels opzet bij de schuldenaar een vereiste zijn, terwijl in andere stelsels bewustzijn van benadeling voldoende is.<sup>17</sup>

Het effect van een geslaagd beroep op de *actio pauliana* is dat ten aanzien van die specifieke schuldeiser de rechtshandeling geen effect heeft. Als de paulianeuze rechtshandeling bestaat uit een verkoop van goederen, houdt dat in dat de eigendomsovergang van het verkochte goed kan worden genegeerd, zodat de schuldeiser zich alsnog op het goed kan verhalen voor de schulden van de schuldenaar. Ten aanzien van anderen blijft de eigendomsovergang echter rechtsgeldig.

Door het element van bewuste benadeling heeft de *actio pauliana* trekken van een vordering uit onrechtmatige daad, vergelijkbaar met de aansprakelijkheid van derden voor het profiteren van of uitlokken van wanprestatie.<sup>18</sup> De nationale stelsels verschillen echter sterk in de wijze waarop de *actio pauliana* (intern-rechtelijk) wordt gekwalificeerd. Vanwege het effect van de actie op de verhaalsmogelijkheden van de schuldeiser wordt de *pauliana* ook wel als deel van het executierecht gezien, terwijl ook een kwalificatie als (semi-)goederenrechtelijk wordt verdedigd.<sup>19</sup> Al deze kwalificaties zijn ook aan bod gekomen in de zaken *Reichert I* en *Reichert II* en daar – in ieder geval

13 Naar Nederlands recht moet het gaan om een onverplichte rechtshandeling; zie art. 3:45 e.v. BW en Michiels 2019, p. 216.

14 Er kan nog enige variatie bestaan ten aanzien van de mate van opzet en bewustheid die bij partijen aanwezig moet zijn voor een geslaagd beroep op de nationale regeling.

15 Zie voor een bespreking van de Romeinsrechtelijke oorsprong van de *actio pauliana* o.a. A-G Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak *Seagon v Deko Marty Belgium*, C-339/07, Conclusie van 16 oktober 2008, ECLI:EU:C:2008:575, ov. 25 e.v.

16 Zie hierover o.a. Michiels 2019, p. 216 en Van Asperen 2019, p. 55.

17 Zie voor een beschrijving van het Oostenrijkse recht: Conclusie A-G Tanchev bij de zaak *Reitbauer*, C-722/17, ECLI:EU:C:2019:285 ov. 2 e.v.; voor Nederlands en Pools recht: Michiels 2019, p. 216; voor het Duitse en in mindere mate het Franse en Italiaanse recht: Dostal 2019, p.89.

18 Zie Michiels 2019, p. 218 en Hoffmann 2019, p. 168-169 (die overigens in het element van derdenwerking van een overeenkomst ook steun vindt voor de uitspraak van het HvJ).

19 A-G Bobek, ov. 39: ‘Wat de verschillen betreft, lijkt er in de eerste plaats geen consensus te bestaan over de vraag of de *actio pauliana* conceptueel moet worden gekwalificeerd als een zakelijk recht, dat de met frauduleuze opzet vervreemde vermogensbestanddelen volgt, of als een persoonlijk recht, dat toebehoort aan de specifieke schuldeiser. Volgens sommigen lijkt de laatste benadering de voorkeur te hebben, “ook al wordt erkend dat [de *actio pauliana*] bepaalde vermogensrechtelijke gevolgen heeft”.’

voor het bevoegdheidsrecht – van de hand gewezen. In het recente arrest *Reitbauer* bevestigt de eerste kamer van het Hof van Justitie dat noch de exclusieve bevoegdheid met betrekking tot executiemaatregelen, noch de exclusieve bevoegdheid inzake zakelijke rechten op onroerend goed van toepassing zijn op de *pauliana*.<sup>20</sup>

Intussen kan de *actio pauliana* worden ingezet in een veelheid van feitelijke situaties. De benadeling kan een gevolg zijn van een verkoop van goederen – zoals in dit geval, maar ook een gevolg zijn van schenkingen (zoals in de zaak *Reichert*), cessie van vorderingen, kwijtschelding, verrekening of het simpelweg voorrang geven aan een specifieke schuldeiser bij de betaling van openstaande schulden. Ook de vordering van de schuldeiser op de schuldenaar is niet eenduidig van tevoren te definiëren: deze kan ontleend zijn aan een commerciële transactie (zoals het Hof in dit geval aanneemt<sup>21</sup>), maar in feite aan willekeurig welke andere rechtsverhouding. A-G Bobek spreekt dan ook van de *actio pauliana* als kameleon – in welke verhouding de drie partijen tot elkaar staan, kan alleen worden bepaald tegen een specifieke feitelijke achtergrond.

Ten slotte is van belang dat het instellen van een *pauliana* een noodgreep is, toe te passen bij gebrek aan verhaal bij de eigenlijke schuldenaar.<sup>22</sup> Dit maakt dat een *pauliana* in het algemeen wordt ingesteld als de schuldenaar insolvent is – feitelijk of juridisch failliet. Voor het laatste geval bestaat er in diverse rechtsstelsels een faillissementspauliana – een speciale actie van de faillissementscurator ten bate van de boedel.<sup>23</sup> Deze valt – voor zowel de bevoegdheidsvraag als wat betreft het toepasselijke recht – onder de Insolventieverordening. Deze wijst voor de faillissementspauliana bevoegdheid toe aan de rechter van de plaats waar de failliet het centrum van zijn economische belangen heeft (naar de Engelse term ook wel de COMI genoemd).<sup>24</sup> Voor zover ten tijde van een faillissement ook individuele acties kunnen worden ingesteld op basis van het commune privaatrecht, vallen deze echter onder Brussel I bis. In casu was van een faillissementsprocedure geen sprake, zodat de Insolventieverordening helemaal niet in beeld kwam – zie r.o. 29 e.v. van het arrest.

### *Bevoegdheidsrecht: kwalificatie en uitlegbeginzelen*

Het huidige internationaal privaatrecht kent een veelheid aan bevoegdheidsregels en verwijzingsregels. Voor het vaststellen welke regel in het concrete geval van toepassing is, is de juiste kwalificatie van de rechtsvordering of

rechtsverhouding essentieel. Betreft dit een vordering uit overeenkomst of een vordering uit onrechtmatige daad? Is dit een materieelrechtelijke vraag of juist een vraag van procesrecht? Voor de uitleg van de Europese verordeningen komt het daarbij aan op een Europeesrechtelijke, verordeningautonome kwalificatie. Hoe de *actio pauliana* in het Poolse recht wordt gekwalificeerd is dus niet doorslaggevend voor de vraag of de *pauliana* voor de toepassing van de Brussel I bis-verordening wordt beschouwd als een verbintenis uit overeenkomst in de zin van artikel 7 lid 1.<sup>25</sup>

Het Hof van Justitie hanteert bij de interpretatie van de Brussel I bis-verordening een ruime definitie van het begrip ‘verbintenis uit overeenkomst’. De algemene omschrijving die daarbij wordt gehanteerd is dat het begrip verbintenis uit overeenkomst betrekking heeft op alle verbintenissen die een partij vrijwillig is aangegaan ten aanzien van een andere partij – zie r.o. 39. Vorderingen die de wet verbindt aan eenmaal aangegane overeenkomsten vallen onder deze omschrijving, evenals eenzijdige verbintenissen. Daarnaast heeft het Hof ook de verhouding tussen leden van een vereniging als verbintenis uit overeenkomst gekwalificeerd.<sup>26</sup> Het Hof zet de verbintenis uit overeenkomst af tegen verbintenissen uit ‘onrechtmatige daad’. Deze laatste categorie omvat alle rechtsvorderingen die betrekking hebben op de aansprakelijkheid van de verweerder en die geen verband houden met een overeenkomst.<sup>27</sup>

De begrippen in Brussel I bis moeten worden uitgelegd in het licht van het systeem van Brussel I bis en de daaraan ten grondslag liggende beginselen. Ook in dit arrest haalt het Hof een aantal van deze beginselen aan. Uitgangspunt van het systeem is dat de verweerder in beginsel wordt opgeroepen in het land waar deze woonplaats heeft. Daarnaast kent het systeem een aantal benoemde alternatieven die echter, als zijnde uitzonderingen op de hoofdregel, restrictief moeten worden uitgelegd – zie r.o. 37. De uitzonderingen kennen een andere rechter dan het *forum rei* bevoegdheid toe vanwege het bestaan van een nauwe band tussen de aangezochte rechter en de vordering of de vereisten van een goede rechtsbedeling: r.o. 36.<sup>28</sup> De goede rechtsbedeling speelt een grote rol bij de bevoegdheidsgrondslagen van artikel 8 – dat regels kent over (bijvoorbeeld) bevoegdheid in zaken met meerdere verweerders en voor het geval een derde in vrijwaring wordt opgeroepen.<sup>29</sup> De nauwe band speelt een grote rol

20 HvJ EU (eerste kamer) 10 juli 2019, C-722/17, ECLI:EU:C:2019:577 (*Reitbauer*).

21 De concrete vordering is gebaseerd op subrogatie/ketenaansprakelijkheid met verhaal.

22 Zie bijvoorbeeld het Oostenrijkse recht als beschreven door A-G Tanchev bij de zaak *Reitbauer*, C-722/17, ECLI:EU:C:2019:285, ov. 9.

23 Zie voor het Nederlandse recht Van Asperen 2019, p. 59.

24 HvJ EU 12 februari 2009, C-339/07, ECLI:EU:C:2009:83 (*Seagon v Deko Marty*) met conclusie A-G Ruiz-Jarabo Colomer van 16 oktober 2008, ECLI:EU:C:2008:575. Zie recent HvJ EU 14 november 2018, C-296/17, ECLI:EU:C:2018:902 (*Wiener & Trachte*).

25 Enigszins verwarrend verwijst het Hof in het dictum naar art. 7 lid 1 onder a, terwijl in het arrest zelf de overeenkomsten als een overeenkomst tot het verrichten van diensten in de zin van art. 7 lid 1 onder b wordt aangemerkt.

26 HvJ EU 22 maart 1983, zaak 34/82, ECLI:EU:C:1983:87 (*Peters/ZNAV*) en recent HvJ EU 8 mei 2019, C-25/18, ECLI:EU:C:2019:376 (*Kerr*).

27 Zie recent: HvJ EU 14 juli 2016, C-196/15, ECLI:EU:C:2016:559 (*Granarolo*), r.o. 20.

28 Zie ook A-G Tanchev bij *Reitbauer*, ov. 98. Overigens wisselt de verhouding tussen doelstellingen als rechtszekerheid, nauwe band, goede rechtsbedeling en voorzienbaarheid nogal eens. Verzekert de nauwe band de voorzienbaarheid of staat deze

in het teken van een goede rechtsbedeling en nuttige procesinrichting? Is rechtszekerheid iets ander dan voorzienbaarheid? Het gaat echter te ver om in deze noot op al deze vragen in te gaan.

29 Zie bijv. HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC Hydrogen Peroxide*), r.o. 19: ‘De onderhavige bevoegdheidsregel strekt er overeenkomstig de overwegingen 12 en 15 van verordening nr. 44/2001 toe, een goede rechtsbedeling te vergemakkelijken, parallel lopende processen zo veel mogelijk te beperken en dus te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven (arrest *Painer*, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798, punt 77).’

bij artikel 7 lid 1 en 2 waar deze zich vertaalt in de nabijheid van de rechter tot het geschil.<sup>30</sup> Met name bij de uitleg van artikel 7 lid 2 (inzake onrechtmatige daad) is dit nabijheidsbegrip door het Hof van Justitie nader ingevuld als nabijheid tot het beschikbare bewijs – het heeft dan betrekking op nabijheid tot de feiten die relevant zijn voor het vaststellen van aansprakelijkheid en de aanwezigheid van eventuele getuigen.<sup>31</sup> De ‘nabijheid’ kan ook betrekking hebben op de partijen (is de rechter voor partijen makkelijk toegankelijk?<sup>32</sup>) terwijl de ‘nauwe band’ ook kan verwijzen naar een link tussen de feiten in het geschil en het daarop toe te passen recht.<sup>33</sup>

De nauwe band tussen rechter en geschil vormt dus in belangrijke mate de rechtvaardiging van de bijzondere bevoegdheid van artikel 7 lid 1 en 2. Het bevoegdheidsrecht moet daarnaast ook voorzienbaar zijn, voor zowel eiser als verweerder – zie r.o. 34 en 47. De doelstellingen van rechtszekerheid en voorzienbaarheid vormden ooit een belangrijke reden om het bevoegdheidsrecht te uniformeren op Europees niveau. Daarnaast spelen deze beginselen een rol bij de beslissing om de begrippen in de verordening autonoom, los van de nationale stelsels, uit te leggen. Op het niveau van de uitleg van specifieke bepalingen – zoals artikel 7 lid 1 – kun je de eis van voorzienbaarheid ook zien als een uitleginstructie die een grens stelt aan het oprekken van de bijzondere bevoegdheden.<sup>34</sup> Het nauwe-band-criterium moet blijken de preambule ‘zorgen voor rechtszekerheid en de mogelijkheid vermijden dat de verweerder wordt opgeroepen voor een gerecht van een lidstaat dat door hem redelijkerwijs niet voorzienbaar was. [...]’.<sup>35</sup> Het is aan het Hof van Justitie om deze beginselen bij de uitleg van artikel 7 te bewaken.

In oudere rechtspraak heeft het Hof aangegeven dat de uitleg van de bijzondere bevoegdheden niet mag leiden tot een veelvoud aan bevoegde rechters.<sup>36</sup> Wel moeten de bepalingen van artikel 7 zo worden uitgelegd dat ze een reëel alternatief bieden. Daarom ligt bijvoorbeeld een uitleg van artikel 7 lid 2 waarbij de ‘locus delicti’ haast per definitie samenvalt met de woonplaats van de verweerder niet voor de hand.<sup>37</sup> Dit wordt door het Hof het ‘nuttig effect’ van de bijzondere bevoegdheidsregels genoemd. Het

is echter niet zo, dat artikel 7 altijd een alternatief forum biedt ten opzichte van de woonplaats van verweerder. Artikel 7 stelt voorop dat de bijzondere bevoegdheidsgrondslagen naar een andere lidstaat moeten verwijzen dan artikel 4 – woonplaats van verweerder. Dus als levering op basis van een koopovereenkomst moet plaatsvinden in het vestigingsland van de verkoper, kan de koper die levering van de goederen eist alleen op basis van artikel 4 bij een rechter in dat land terecht. Als een verplichting om niet te doen niet valt te lokaliseren, vervalt de bijzondere bevoegdheid van het *forum contractus* eveneens.<sup>38</sup> Ten slotte moeten artikel 7 lid 1 en 2 naar een plaats binnen de EU verwijzen, willen de bepalingen toepasbaar zijn.<sup>39</sup>

Als het *Feniks*-arrest gelezen wordt met deze uitgangspunten in het achterhoofd, valt al snel op dat de uitkomst daarmee niet in alle opzichten valt te rijmen. Dit komt ook terug in de annotaties die bij het arrest zijn verschenen. Wat zijn de hoofdlijnen van deze kritiek en hoe valt het arrest dan wel te begrijpen?

#### Kritiek 1 – de kwalificatie en de relevante rechtsverhouding

Een kritiekpunt dat in vrijwel alle annotaties op het arrest naar voren komt, betreft het oprekken van het begrip ‘verbintenis uit overeenkomst’. In het nationale contractenrecht van de lidstaten wordt in meer of mindere mate uitgegaan van *privity of contract* oftewel de interpartes-werking van contracten. Een overeenkomst heeft werking tussen partijen en slechts bij uitzondering komen daar rechten en verplichtingen voor derden uit voort. Een dergelijke visie op de werking van overeenkomsten vinden we terug in de uitleg van het HvJ EU van artikel 25 Brussel I bis inzake forumkeuzes. Hier staat de vrijwilligheid van partijen voorop – slechts in heel specifieke omstandigheden werkt een tussen twee partijen overeengekomen forumkeuze door ten opzichte van een betrokken derde.<sup>40</sup> Deze strikte beperking tot de partijen bij de overeenkomst (en hun rechtsopvolgers) leek aanvankelijk ook te gelden voor de uitleg van artikel 7 lid 1. Zo werd de claim van een afnemer van een product op de producent ervan als niet-contractueel aangemerkt omdat partijen niet met elkaar in een contractuele relaties stonden – er zaten

30 Zie hierover o.a. Hoffmann 2019, p. 170, met verdere verwijzingen.

31 De klassieke uitspraak is HvJ EU 30 november 1976, zaak 21/76, ECLI:EU:C:1976:166 (*Bier*). In r.o. 17 stelt het Hof ‘dat, gelet op de nauwe betrekking tussen de voor elke aansprakelijkheid noodzakelijke elementen, het niet geraden voorkomt te kiezen voor een van de beide genoemde aanknopingspunten met uitsluiting van het andere, daar elk hiervan naar gelang van de omstandigheden een bijzonder nuttig uitgangspunt kan vormen voor de bewijslevering en de procesvoering’. Zie recent HvJ EU 21 december 2016, C-618/15, ECLI:EU:C:2016:976 (*Concurrence Sàrl v Samsung*), r.o. 27: ‘Ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad is het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich dreigt voor te doen, immers normaliter het best in staat om uitspraak te doen, vooral omdat de afstand geringer is en de bewijsvoering gemakkelijker.’

32 Dit speelt bijvoorbeeld een rol in de rechtspraak

over arbeidsovereenkomsten, zie HvJ EU 27 februari 2002, C-37/00, ECLI:EU:C:2002:122 (*Weber*), r.o. 40.

33 Dit speelt (naast de noodzaak tegenstrijdige beslissingen te voorkomen en de nabijheid tot te verifiëren feiten) een rol bij de uitleg van de exclusieve bevoegdheid van artikel 24 lid 1: Zie HvJ EU 18 mei 2006, C-343/04, ECLI:EU:C:2006:330 (*ČEZ*), r.o. 29.

34 In HvJ EU 12 september 2018, C-304/17, ECLI:EU:C:2018:701 (*Löber*) lijkt het Hof de voorspelbaarheid als een zelfstandige doelstelling van de bijzondere bevoegdheidsregels te zien – zie r.o. 34-35.

35 Zie par. 16 van de preambule.

36 Zie bijv. HvJ EU 27 februari 2002, C-37/00, ECLI:EU:C:2002:122 (*Weber*), r.o. 42 en HvJ EU 9 juli 2008, C 204/08, ECLI:EU:C:2009:439 (*Rehder*), r.o. 37. Dit beginsel wordt echter niet consequent toegepast – zie naast het *Rehder*-arrest zelf ook bijv. HvJ EU 3 mei 2007, C-386/05, ECLI:EU:C:2007:262 (*Color Drack*) (voor overeenkomsten)

en HvJ EU 25 oktober 2011, C-509/09, ECLI:EU:C:2011:685 (*eDate Advertising and Others*) (voor onrechtmatige daad).

37 Zie expliciet *Bier* r.o. 20 en HvJ EU 16 juli 2009, C-189/08, Zuid Chemie, ECLI:EU:C:2009:475, r.o. 31.

38 HvJ EU 19 februari, C-256/00, ECLI:EU:C:2002:99 (*Besix v WABAG*).

39 Als een onrechtmatige daad buiten de EU plaatsvindt, kan art. 7 lid 2 niet worden toegepast; een werknemer die haar werkzaamheden buiten de EU uitoefent, kan geen gebruik maken van de bijzondere bevoegdheid van de rechter van de gewone werkplek. Zie voor dat laatste HvJ EU 27 februari 2002, C-37/00, ECLI:EU:C:2002:122 (*Weber*), r.o. 27-28.

40 Zie bijv. HvJ EU 28 juni 2017, C-436/16, ECLI:EU:C:2017:497 (*Leventis en Vafeias*) en HvJ EU 7 februari 2013, C-543/10, ECLI:EU:C:2013:62 (*Refcomp v Axa*).

namelijk meerdere verkoopschakels tussen.<sup>41</sup> Een claim van een consumentenorganisatie tegen een aanbieder van goederen met betrekking tot door die aanbieder in zijn overeenkomsten gehanteerde algemene voorwaarden gold als niet-contractueel omdat de organisatie niet zelf met die aanbieder contracten had gesloten.<sup>42</sup>

Weliswaar is voor de toepassing van artikel 7 lid 1 (anders dan bij de forumkeuze) niet vereist dat er daadwerkelijk een overeenkomst tussen partijen is gesloten, maar de vrijwilligheid van de jegens de wederpartij aangegane verplichtingen stond toch altijd voorop.<sup>43</sup> Voor het IPR-onderwijs bood dit houvast: teken de onderlinge relaties en kijk wie ten opzichte van wie verplichtingen is aangegaan en of deze verplichtingen de grondslag kunnen vormen voor de vordering. Geen lijntje tussen partijen betekent geen bevoegdheid ex artikel 7 lid 1. Hooguit kon hierop een uitzondering worden gemaakt in de zin dat een vordering uit overeenkomst zijn karakter als contractuele verbintenis behoudt, ook als deze wordt overgedragen aan (of anderszins overgaat op) een derde.<sup>44</sup>

Helaas, zo simpel is het al een tijdje niet meer. In vakantieland komt het nogal eens voor dat degene met wie de reiziger zijn overeenkomst sluit, niet degene is die de dienst (geheel of partieel) uitvoert. Bij pakketreizen komt dan de vraag op of de consument in zijn eigen woonplaats kan procederen tegen de daadwerkelijke uitvoerder van (een deel van) de pakketreis, ook al is deze niet zelf partij bij de reisovereenkomst.<sup>45</sup> Een soortgelijk probleem doet zich voor bij vliegtickets, waar het niet ongebruikelijk is dat de vlucht die je via maatschappij A boekt, voor een deeltraject wordt uitgevoerd door maatschappij B. In beide gevallen concludeerde het Hof dat ook de claim tegen de feitelijke uitvoerder van de overeenkomst gebaseerd was op een contractuele verbintenis. Voor de pakketreis leverde dat bevoegdheid op in de woonplaats van de consument, voor het vliegticket op zowel de plaats van vertrek als de plaats van bestemming van het ticket als geheel.<sup>46</sup> Dus ook als de gelieerde luchtvaartmaatschappij B helemaal geen luchtverbinding zou verzorgen met de plaats van vertrek, kan de reiziger daar een claim voor verdragingskosten indienen met betrekking tot de door B verzorgde vlucht.

Een andersoortige uitbreiding vond plaats in het arrest *Kareda v Benkö*: in die zaak hadden twee particulieren – Kareda en Benkö – een lening afgesloten voor de financiering van hun gemeenschappelijke woning. Ieder van hen had zich tegenover de bank hoofdelijk aansprakelijk

gesteld voor rente en aflossing. Nadat Kareda met onbekende bestemming was vertrokken, werd de lening alleen nog afbetaald door Benkö die vervolgens verhaal zocht op Kareda. Ook deze verhaalsactie vloeide volgens het Hof voort uit de kredietovereenkomst. Dit is op zich nog wel logisch – beiden waren immers partij bij de overeenkomst en hadden zich ook jegens elkaar verbonden tot voldoening van de daaruit volgende betalingsverplichtingen. Het vervolg is mijns inziens minder logisch: het Hof acht niet de verplichting tussen Benkö en Kareda tot mede-betaling bepalend voor de bevoegdheid maar de rechtsverhouding met de bank. De kredietovereenkomst gold in casu als consumententransactie waarop afdeling 4 van de verordening van toepassing was. Echter, omdat beide partijen bij de verhaalsactie consument waren, waren de consumentenbepalingen in hun onderlinge verhouding niet van toepassing. In plaats daarvan kon de eiser een beroep doen op artikel 7 lid 1 – een bepaling die in procedures van en tegen de bank nu juist niet kon worden gebruikt.<sup>47</sup> De voor bevoegdheid relevante verbintenis was, volgens het Hof, de door de bank verleende dienst die was uitgevoerd in de vestigingsplaats van de bank met als gevolg dat Benkö daar een procedure kon beginnen tegen Kareda. Waar zich in dit geval de vestigingsplaats van de bank bevond, blijkt niet uit het arrest. Wel blijkt uit de conclusie van A-G Bot dat deze zich bevond buiten het ressort waar de woning was gelegen.<sup>48</sup> Vanwege het vrij verkeer van diensten en kapitaal is het heel goed mogelijk om een lening af te sluiten bij een buitenlandse bank. Je kunt je afvragen hoe voorzienbaar deze bevoegdheidstoedeling dan nog is, en of hij wel voldoet aan de vereisten van nabijheid en een goede rechtsbedeling.

In het recente arrest over vliegtickets (*flightright* r.o. 61) wordt geconcludeerd dat de in artikel 7 lid 1 neergelegde bevoegdheidsregel voor verbintenissen uit overeenkomst berust op de grondslag van de vordering en niet op de identiteit van de partijen. Wel is in de hierboven genoemde voorbeelden nog steeds sprake van een door de verweerder vrijwillig aangegane verbintenis die in een directe relatie staat tot de overeenkomst waarop de vordering berust. De verbintenis betreft de nakoming ervan, of maakt er deel van uit. Dit is anders in de zaak *Feniks*. De verweerder in die zaak is geen vrijwillige verbintenis aangegaan jegens Feniks. Maar Azteca is ook verder op geen enkele manier betrokken bij de overeenkomst tussen Coliseum en Feniks die volgens het Hof de grondslag

41 HvJ EU 17 juni 1992, C-26/91, ECLI:EU:C:1992:268 (*Jakob Handte*), r.o. 16.

42 HvJ EU 1 oktober 2002, C-167/00, ECLI:EU:C:2002:555 (*VKI v Henkel*), r.o. 38.

43 Bij verzekeringen gold de beperking tot contractspartijen overigens al vanaf het begin niet – zie art. 11. Ook de forumkeuze in een verzekeringsovereenkomst kan wel ingeroepen worden door verzekerden of begunstigen zijnde niet – contractspartijen, maar hen niet worden tegengeworpen. Zie HvJ EU 12 mei 2005, C-112/03, ECLI:EU:C:2005:280 (*Société financière and industrielle du Peloux*).

44 Wel kan het dan zo zijn dat de bijzondere rege-

ling inzake consumenten of verzekeringen niet langer van toepassing is: zie HvJ EU 25 januari 2018, C-498/16, ECLI:EU:C:2018:37 (*Schrems v Facebook Ireland*).

45 HvJ EU 14 november 2013, C-478/12, ECLI:EU:C:2013:735 (*Maletic*) – het arrest laat in het midden of tussen de consument en de uitvoerder van de reisovereenkomst al dan niet een contract is gesloten.

46 HvJ EU 7 maart 2018, C-274/16, C-447/16 en C-448/16, ECLI:EU:C:2018:160 (*flightright*).

47 Dit ondergraaft het argument van de A-G in ov. 33: 'Zo brengt het gegeven dat de geschillen die uit hun rechtsbetrekkingen voortvloeien, onder

dezelfde bevoegdheidsregels vallen als de kredietovereenkomst zelf, voor de hoofdelijke medeschuldenaren ontegenzeggelijk een hoge mate van voorspelbaarheid met zich mee.' Nu de woonplaats van Kareda niet bekend is, had de bank overigens in een procedure tegen Kareda mogen procederen in de laatst bekende woonplaats – zijnde de woonplaats van Benkö, tevens ligging van de litigieuze woning. Zie HvJ EU 17 november 2011, C-327/10, ECLI:EU:C:2011:745 (*Hypoteční banka*).

48 Conclusie van 26 april 2017, ECLI:EU:C:2017:305, ov. 22.

vormt van de vordering van Feniks op Azteca. Hiermee wordt het overeenkomstenbegrip opgerekt tot ver voorbij wat in de commentaren op het arrest nog aanvaardbaar wordt geacht.<sup>49</sup> En ik weet intussen niet meer hoe ik dit nog uitleg aan mijn studenten.

Het eerste kritiekpunt betreft dus de manier waarop het Hof het begrip ‘verbintenis uit overeenkomst’ invult. Als we al meegaan in het idee dat de *actio pauliana* een vordering uit overeenkomst is of minst genomen kan zijn,<sup>50</sup> rijst de vraag welke overeenkomst in dit geval de bevoegdheid zou moeten bepalen. Ook hier is de kritiek die in de annotaties op het arrest is te vinden, niet mals. In de omschrijving die het Hof in zijn recente arresten geeft van het begrip ‘verbintenis uit overeenkomst’ komen twee elementen terug: het vereiste van vrijwilligheid en de grondslag van de vordering.<sup>51</sup> Als de nadruk op de vrijwilligheid aan de zijde van verweerder (Azteca) wordt gelegd, ligt het voor de hand om in het concrete geval aansluiting te zoeken bij de overeenkomst tussen Coliseum en Azteca.<sup>52</sup> De Poolse rechter opteert in de verwijzing ook voor deze mogelijkheid. Het Hof legt echter de nadruk op de grondslag van de vordering van de eiser (Feniks) en sluit daarmee aan bij de overeenkomst tussen Coliseum en Feniks. Anders dan bij de hierboven besproken reis- en vervoerovereenkomsten, staan deze overeenkomsten echter los van elkaar.<sup>53</sup> Dat in dit geval Feniks zich op de *pauliana* beroept en niet een andere schuldeiser, kan als toeval worden beschouwd.

Daar komt nog bij, dat de *actio pauliana* allerlei achtergronden kan hebben. Het volgt niet uit het karakter van de *pauliana* dat de vordering van de eiser is gebaseerd op een overeenkomst, en ook de verschuiving van vermogensbestanddelen van de oorspronkelijke schuldenaar naar de verweerder kan verschillende rechtsgronden hebben. Zoals A-G Bobek het mooi beschrijft: de *actio pauliana* krijgt zijn definitieve kleur pas in de concrete omstandigheden van het geval.

Een centraal kritiekpunt in de commentaren op het arrest is dan ook dat de tweede kamer in dit arrest het begrip verbintenis uit overeenkomst onverantwoord ruim interpreteert en daarbij het onbestemde karakter van de *actio pauliana* negeert. Inmiddels heeft de eerste kamer van het Hof in de zaak *Reitbauer* de uitspraak van het Hof in *Feniks* echter bevestigd, dit keer in het kader van verzet tegen de verdeling van de executie-opbrengst van een in Oostenrijk gelegen onroerende zaak. A-G Tanchev sluit in de conclusie bij dit arrest aan op het arrest *Feniks*, maar stelt daarbij wel een voorbehoud voor het geval het aldus aangewezen gerecht voor de verweerder niet voorzienbaar zou zijn. Dit brengt ons op een tweede lijn in de kritiek: voldoet de uitleg van het Hof eigenlijk aan de door het Hof zelf onderschreven uitlegbeginselen?

### Kritiek 2: trouw aan de beginselen

Zoals gezegd, verwijst het Hof op meerdere plaatsen naar de beginselen die aan het systeem van Brussel I bis ten grondslag liggen. Zowel de restrictieve uitleg van artikel 7 lid 1 (als uitzondering op de hoofdregel) als de noodzaak om onder omstandigheden daadwerkelijk een alternatief te bieden voor artikel 4 (nuttig effect) komen aan bod. Daarnaast vinden we de nauwe band terug en de goede rechtsbedeling en wordt er aandacht besteed aan de voorzienbaarheid, de voorspelbaarheid en de rechtszekerheid. Het blijft echter grotendeels bij het aanroepen van deze bezweringsformules. Het Hof legt nergens uit waarom de plaats van uitvoering van de overeenkomst tussen Feniks en Coliseum een relevant aanknopingspunt biedt voor de vraag of Azteca kan worden aangesproken op grond van de *actio pauliana*. Geen van de criteria die relevant zijn bij het beoordelen van de vordering (benadeling van Feniks, frustratie van verhaalsmogelijkheden, wetenschap van benadeling bij Azteca, het karakter van de rechtsverhouding tussen Azteca en Coliseum) heeft ook maar enige band met de plaats van uitvoering van de bouwovereenkomst tussen Feniks en Coliseum. Het voor het slagen van de vordering noodzakelijke bewijs zal zich eerder bevinden in de vestigingsplaats van Azteca (wetenschap van benadeling<sup>54</sup>) en het centrum van de economische belangen van Coliseum (verhaalsmogelijkheden). Dus het nabijheidsvereiste refereert hier blijkbaar niet aan de nabijheid van bewijs. Hooguit kan gesteld worden dat de plaats van uitvoering van de overeenkomst tussen Coliseum en Feniks voor Feniks een zekere mate van nabijheid heeft: niet omdat Feniks daar is gevestigd, maar omdat deze daar activiteiten heeft verricht en in zoverre ‘aanwezig’ is geweest. Het nabijheidsvereiste staat dan meer in het teken van praktische bereikbaarheid voor partijen, dan dat de band tussen gerecht en geschil een rol zou spelen.

Het Hof overweegt in r.o. 47 dat ‘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’. Dit lijkt op het ‘doing business’-argument zoals dat bekend is uit de Amerikaanse literatuur. Daarvoor is relevant of de professionele verweerder zich vrijwillig op een bepaalde markt heeft begeven. Maar ook deze invulling van de nabijheidsvereiste overtuigt niet. Azteca heeft zich begeven op de Poolse markt door daar een onroerende zaak te verwerven. Dat echter ook het bouwproject van Feniks in Polen werd uitgevoerd, was toeval – of stond in ieder geval niet in logisch noodzakelijk verband met de ligging van de overgedragen zaak.

Maar misschien hoeft het Hof zich ook helemaal niet bezig te houden met het rechtvaardigen van de bijzondere bevoegdheidsbepalingen. Deze zijn er nu eenmaal, omdat het nuttig werd geacht een alternatief te bieden

49 Jafferli 2019, p. 253; Lutzi 2019, p. 255; Michiels 2019, p. 217; Poesen 2019, p. 62-63 en 65; Van Calster 2018

50 Het Hof acht relevant dat in casu de vordering waarvoor de *actio* verhaal moet bieden, is geba-

seerd op een overeenkomst. Als de vordering van Feniks zou zijn gebaseerd op onrechtmatige daad, ligt de situatie anders.

51 Zie o.a. HvJ EU 7 maart 2018, C-274/16, C-447/16 en C-448/16, ECLI:EU:C:2018:160 (*flightright*),

r.o. 60.

52 Zie ook Dostal 2019, p. 95; Jafferli 2019, p. 253; Lutzi 2019, p. 257

53 Vgl. Jafferli 2019, p. 253.

54 Vgl. Lutzi 2019, p. 257; Dostal 2019, p. 95.



voor artikel 4.<sup>55</sup> Misschien is er wel weinig aan de hand zolang wordt voldaan aan de eis van voorzienbaarheid. In recente arresten over artikel 7 lid 1 (en 2) lijkt de nadruk inderdaad op dit laatste aspect te liggen.<sup>56</sup> Maar ook de invulling van dat criterium roept vragen op: voor wie moet bevoegdheid van deze specifieke rechter voorzienbaar zijn en op welk moment dan precies? De door het Hof in deze zaak gegeven uitleg verhoogt de voorzienbaarheid voor de eiser – Feniks mag voor de bevoegdheid uitgaan van feiten die bij sluiting van zijn overeenkomst met Coliseum al bekend waren. Op de voorzienbaarheid voor gedaagde is echter wel wat aan te merken, zoals ook meerdere annotatoren constateren.<sup>57</sup> A-G Tanchev acht het in zijn conclusie bij het *Reitbauer*-arrest van belang dat de aangesproken derde wetenschap had van het feit dat zijn overeenkomst met de schuldenaar benadeling van andere schuldeisers tot gevolg zou hebben. De A-G denkt dat dit vereiste kan garanderen dat de derde niet door de bevoegdheid van het *forum contractus* wordt overvallen. Ik betwijfel dit sterk. Zelfs als Azteca had kunnen voorzien dat zijn transactie met Coliseum zou worden aangevochten middels een *actio pauliana*, is het de vraag of de verweerder ook kon voorzien welke schuldeiser aan de bel zou gaan trekken en op basis van welke rechtsverhouding. Bovendien is het onwenselijk om de eventuele wetenschap van benadeling bij de derde al te verdisconteren in het bevoegdheidsrecht. Nog afgezien van het feit dat wetenschap van benadeling niet altijd een vereiste is voor een geslaagde *actio pauliana*<sup>58</sup> is het een element dat eerst nog maar – in het proces ten gronde – moet worden vastgesteld.<sup>59</sup>

Kort en goed: het Hof besteedt de nodige aandacht aan de rechtszekerheid en de voorzienbaarheid van het bevoegdheidsrecht. Dit is echter lippendienst: nergens wordt overtuigend uitgelegd waarom het Hof vindt dat aan de eis van voorzienbaarheid in dit geval is voldaan door bevoegdheid toe te kennen aan de rechter te Gdansk met betrekking tot de verkoop van een stuk grond in Szczecin.<sup>60</sup> Zijn er dan niet-genoemde redenen of beginselen die deze uitkomst kunnen onderbouwen? In de volgende paragraaf wil ik twee mogelijke verklaringen tegen het licht houden: de *favor laesi* – oftewel de bescherming van de gelaedeerde en het probleem van het onvoorziene *forum rei*.

#### Verborgene beginselen

In het arrest benadrukt het Hof de noodzaak om de eiser een alternatief te bieden. In r.o. 45 stelt het Hof namelijk dat bij een andere uitleg van het artikel 7 lid 1 ‘de schuldeiser gedwongen [zou] zijn zich met zijn vordering te wenden tot het gerecht van de woonplaats van de verweerder, terwijl dit forum [...] in voorkomend geval mogelijk geen

enkele band heeft met de plaats waar de verbintenissen van de schuldenaar tegenover zijn schuldeiser zijn uitgevoerd of moeten worden uitgevoerd’. Deze overweging is minst genomen eigenaardig te noemen. Immers: het *forum rei* wordt als het natuurlijk forum gezien. Waarom zou niet van eiser mogen worden verwacht dat hij zich daartoe richt? Daar komt bij dat, zoals hierboven al besproken is, het systeem van Brussel I bis lang niet altijd een concreet alternatief biedt voor het *forum rei*. Dus waarom zou dat in dit geval dan per se moeten?<sup>61</sup> Ook de reden die het Hof geeft voor zijn beslissing, overtuigt niet: de grondslag van de bevoegdheid van het *forum rei* is een totaal andere dan de grondslag voor de bijzondere bepalingen van artikel 7 – terwijl artikel 4 gebaseerd is op rechtsmacht over de *persoon* van de verweerder, gaat artikel 7 lid 1 uit van een nauwe band van de rechter met het *geschil*. Het systeem van Brussel I bis gaat er juist van uit dat de woonplaats van de verweerder lang niet altijd samenvalt met de plaats van uitvoering van de overeenkomst – anders zou artikel 7 lid 1 in feite geen zin hebben. Dus ook dat is het probleem niet. Wat dan wel?

In (met name de Duitse) literatuur wordt wel betoogd dat het Hof zich bij de invulling van artikel 7 lid 2 zou laten leiden door de behoefte om slachtoffers van een onrechtmatige daad een makkelijk toegankelijk forum te bieden. Hoewel het Hof zelf verklaart dat artikel 7 lid 2 geen slachtofferbescherming tot doel heeft, zijn er inmiddels verschillende uitspraken gedaan die *de facto* de gelaedeerde toestaan in het eigen forum te procederen.<sup>62</sup> Dit roept de vraag op of er toch niet een zekere mate van *favor laesi* in het bevoegdheidsrecht is geslopen. Verschillende annotatoren bij het *Feniks*-arrest verwijzen naar deze discussie.<sup>63</sup> Een zekere mate van bevoordeling van de gelaedeerde is namelijk ook in dit arrest te vinden: door aan te knopen bij de overeenkomst die de schuldeiser heeft met de schuldenaar, wordt de voorzienbaarheid met betrekking tot de bevoegdheid voor de schuldeiser hoger aangeslagen dan de voorzienbaarheid voor de derde-verweerder.

De hierboven weergegeven overweging van het Hof wijst echter in een andere richting. Zowel in de zaak *Kareda* als in deze zaak speelt namelijk een specifieke vorm van onvoorziensbaarheid ten aanzien van het *forum rei*.<sup>64</sup> De zaak *Kareda* betrof een lening gesloten ter financiering van een gemeenschappelijke woning. Na het verbreken van de relatie was een van de partijen naar een andere lidstaat verhuisd – blijkens het arrest zonder opgave van een nieuw adres. Alleen deze nieuwe woonplaats is voor het bepalen van de bevoegdheid ex artikel

55 In HvJ EU 3 mei 2007, C-386/05, ECLI:EU:C:2007:262 (*Color Drack*) stelt het Hof bijvoorbeeld in r.o. 23: ‘Volgens deze regel kan de verweerder tevens worden opgeroepen voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd, omdat dat gerecht wordt verondersteld [cursivering AH] een nauwe band met de overeenkomst te hebben.’

56 Zie bijv. HvJ EU 28 januari 2015, C-375/13, ECLI:

EU:C:2015:37 (*Kolassa*), r.o. 56.

57 Lutz 2019, p. 257; Poesen 2019, p. 63-64; Dostal 2019, p. 95; Van Calster 2018; Hoffmann 2019, p. 170.

58 Zie art. 3:45 lid 3 BW en Hoffmann 2019, p. 169.

59 Zie A-G Bobek ov. 94-95; Michiels 2019, p. 221; Poesen 2019, p. 64-65.

60 Zie Lutz 2019, p. 256; Michiels 2019, p. 219; Poesen 2019, p. 64.

61 Vgl. A-G Bobek ov 93.

62 Zie o.a. HvJ EU 25 oktober 2011, C-509/09 & C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685 (*eDate advertising & Martinez*); HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC*); HvJ EU 28 januari 2015, C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37 (*Kolassa*).

63 Lutz 2019, p. 256 met verwijzingen; Hoffmann 2019, p. 171.

64 Dank aan Irene Groenland, die dit aspect naar voren heeft gebracht in onze discussie.

4 Brussel I bis relevant, terwijl de eiser er bij het aangaan van de gemeenschappelijke schuld geen rekening mee kon houden: op dat moment woonden partijen immers samen in de huidige woonplaats van eiser. Doordat Brussel I bis zich voor de toepassing van artikel 4 richt op de woonplaats van verweerder *ten tijde van de start van de procedure*, kan een schuldenaar zich door te verhuizen tot op zekere hoogte aan verhaal door de schuldeiser onttrekken – of dit verhaal in ieder geval compliceren. Zeker nu de eiser in dit geval een consument was, is het begrijpelijk dat het Hof hem een alternatief forum wilde bieden – een tje dat hopelijk dicht bij huis was gelegen.<sup>65</sup>

Iets soortgelijks deed zich voor in de zaak *Feniks* – hier kon de schuldenaar verhaal frustreren door een onroerende zaak over te dragen aan een in een andere lidstaat gevestigde zusteronderneming. Dat Feniks zich tot een Spaanse rechter zou moeten wenden om nog enige kans op betaling van zijn schulden te hebben, was ten tijde van het aangaan van de bouw/aanneemovereenkomst niet te voorzien: het bouwproject had immers, afgaande op de vermelde feiten, een puur nationaal karakter. Deze angst voor misbruik van het bevoegdheidsrecht door kwaadwillende schuldenaars die met vermogensbestanddelen schuiven, wordt door A-G Tanchev in zijn conclusie bij de zaak *Reitbauer* met zoveel worden genoemd als rechtvaardiging voor de in *Feniks* gegeven beslissing.<sup>66</sup>

Forumshoppen door de verweerder is bekend uit het faillissementsrecht – waar in moeilijkheden verkerende ondernemingen het centrum van hun onderneming kunnen verplaatsen naar een land dat een gunstiger faillissementsregime kent. In de herziene Insolventieverordening is ter bestrijding daarvan een wachttijd opgenomen: een verhuizing die kort voor de faillietverklaring plaatsvindt, wordt voor de toepassing van het bevoegdheidsrecht genegeerd.<sup>67</sup> De Brussel I bis-verordening kent een dergelijke *term de grace* niet. Het Hof lijkt dit te willen remediëren door bij de uitleg van artikel 7 lid 1 in dit arrest sterk de nadruk te leggen op de positie van de eiser. Hoe begrijpelijk ook, fraai is het niet. Kan het ook anders?

#### *Alternatieve oplossingen?*

In het Franse recht wordt een *actio pauliana* ingesteld tegen zowel de derde als de oorspronkelijke schuldenaar. De problemen die zich voordeden in het *Feniks*-arrest, zijn dan op te lossen via artikel 8 Brussel I bis: als Feniks zowel Coliseum als Azteca in rechte zou (kunnen) betrekken, staat de weg naar de Poolse rechter open, zonder dat hoeft te worden teruggevallen op artikel 7.<sup>68</sup> Echter – wie kan worden aangesproken op grond van de *actio pauliana* is een zaak van nationaal recht. Dit valt niet op te lossen in de context van de Brussel I bis-verordening.

In de annotaties worden twee andere oplossingen

aangedragen. Sommige auteurs geven de voorkeur aan bevoegdheid in de plaats van uitvoering van de vervreemdingshandeling.<sup>69</sup> In casu zou dat leiden tot bevoegdheid van de rechter te Szczecin – de plaats van levering van de onroerende zaak. De vraag is echter of deze aanknopingspunt wél ‘fraudebestendig’ is. Als de vervreemdingshandeling namelijk bestaat uit de verkoop van roerende zaken, kunnen partijen bij de overeenkomst zelf de plaats van levering bepalen. Deze plaats is voor de gedupeerde schuldeisers moeilijk te achterhalen en al helemaal niet te voorzien.

Een andere oplossing die in de annotaties naar voren komt, is om de *actio pauliana* alsnog onder te brengen bij artikel 7 lid 2.<sup>70</sup> In het arrest is aan deze mogelijkheid geen aandacht besteed. Ook de verwijzende rechter ging ervan uit dat dit punt al was beslist in het arrest *Reichert II*. Daarin had het Hof immers vastgesteld dat de *actio pauliana* niet onder de bijzondere bevoegdheidsregel voor onrechtmatige daad viel omdat zij – kort gezegd – niet gericht is op vergoeding van schade maar op herstel van verhaalsmogelijkheden en ook ingesteld kan worden tegen een derde die zelf niet onrechtmatig heeft gehandeld. De vraag is echter in hoeverre dit nog een overtuigend argument is om artikel 7 lid 2 niet van toepassing te achten. In het arrest *Austro-Mechana* heeft het Hof de vordering tot afdracht van een kopieervergoeding aan een auteursrechtenorganisatie ondergebracht bij artikel 7 lid 2.<sup>71</sup> Dit arrest biedt mijns inziens aanknopingspunten om ook de *actio pauliana* onder te brengen bij de niet-contractuele verbintenissen. Je zou kunnen stellen dat Azteca, door te verhinderen dat de vordering van Feniks wordt verhaald op het overgedragen object, ‘onrechtmatig’ handelt. Ook het feit dat Azteca profiteert van frauduleus handelen van Coliseum, rechtvaardigt de kwalificatie als niet-contractuele verbintenis in de zin van artikel 7 lid 2. In het arrest *Reichert II* stelt het Hof dat niet in elke rechtssysteem dezelfde eisen worden gesteld aan opzet van benadeling en kennis daarvan bij de derde. Dat moge zo zijn – de kwalificatie als overeenkomst heeft nog minder basis in de nationale rechtspraak.

Voor de lokalisering van de verbintenis maakt het nog uit wat precies de verweten gedraging is en waar het ‘onrechtmatige’ in schuilt. Ligt de nadruk op de verplichting voor de derde tot het gedogen van verhaal op het overgedragen goed, dan ligt het voor de hand bevoegdheid toe te kennen aan de rechter van de plaats van ligging van dit goed. Dit lijkt met name goed te werken voor onroerende zaken – die immers een voor derden kenbare en onveranderlijke locatie hebben. Ligt de nadruk op (het profiteren van) het frauduleus verhinderen van verhaal, dan ligt aansluiting bij het economische centrum van belangen van de schuldenaar voor de hand – door onttrekking van

65 In casu was de lening verstrekt door een Oostenrijkse bank terwijl ook de eiser in Oostenrijk woonachtig was, zij het in een ander ressort.

66 Ov. 100.

67 Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (herschikking), *PbEU*

L 141/19-72, preambule par. 31 en art. 1 lid 1.

68 In de zaak *Reichert* had de bank ook inderdaad zowel de schuldenaren als de derde-begunstigde in rechte betrokken. De bank wilde echter procederen in de plaats van ligging van de overgedragen onroerende zaak.

69 Lutzi 2019, p. 257; Dostal 2019, p. 95.

70 Hoffmann 2019, p. 170.

71 HvJ EU 21 april 2016, C-572/14, ECLI:EU:C:2016:286 (*Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH tegen Amazon EU Sàrl e.a.*); Conclusie A-G Saugmandsgaard Øe van 17 februari 2016, ECLI:EU:C:2016:90.

het goed aan de boedel treedt primair daar de schade voor de crediteuren in. Deze laatste aanknopng sluit aan bij de bevoegdheid in geval van faillissement van de schuldenaar – dan is namelijk de rechter van het economische centrum van de failliet bevoegd inzake een door de curator ingestelde faillissementspauliana. Deze uitleg heeft – mede om die reden – mijn voorkeur.

De hierboven voorgestelde uitleg vereist echter dat het Hof van Justitie terugkeert op zijn schreden. Niet alleen moet de oude uitspraak in *Reichert II* over de mogelijke toepassing van artikel 7 lid 2 worden bijgesteld, ook de recente arresten *Feniks* en *Reitbauer* moeten worden herroepen op het punt van de toepasselijkheid van artikel 7 lid 1. Dat is misschien wat veel gevraagd, maar de kritiek op de manier waarop het Hof artikel 7 lid 1 en 2 invult, is fundamenteel en wordt breed gedragen.<sup>72</sup> Dat zou toch reden voor reflectie moeten zijn.

#### Samenvattend

In de rechtswetenschap wordt de kachel aangemaakt met het arrest *Feniks*. De kritiek betreft ongeveer alle aspecten van de uitspraak:

- 1 het Hof heeft het begrip verbintenis uit overeenkomst te ver opgerekt;
- 2 binnen de driehoeksverhouding tussen schuldeiser, schuldenaar en verkrijgende derde is aansluiting

gezocht bij de rechtsverhouding tussen schuldeiser en schuldenaar, zonder dat deze keuze overtuigend wordt onderbouwd;

- 3 de bevoegdheid die zo wordt gecreëerd voldoet niet aan de eisen van voorzienbaarheid (voor de verweerder) en nabijheid (ten aanzien van de relevante elementen van de rechtsovername);
- 4 het Hof doet daarbij het uitzonderingskarakter van artikel 7 geweld aan – zonder duidelijke motivering lijkt het Hof ervan uit te gaan dat er altijd een alternatief voor artikel 4 moet worden geboden;
- 5 daarnaast roept het arrest een veelheid aan vragen op: wat als de overeenkomst tussen schuldeiser en schuldenaar een forumkeuze bevat; wat als de vordering van de schuldeiser niet voortvloeit uit een overeenkomst; wat als de schuldenaar of de derde een consument is? En welke invloed heeft deze kwalificatie op de vraag naar het toepasselijke recht?<sup>73</sup> Ook dit komt de rechtszekerheid niet ten goede;
- 6 het arrest valt deels te verklaren vanuit de behoefte om schuldeisers te beschermen tegen misbruik van het IPR door malafide schuldenaren. Het middel is echter erger dan de kwaal;
- 7 het Hof zou dan ook – liefst in voltallige bezetting – terug moeten komen op zowel de *Reichert*- als de *Feniks*- en *Reitbauer*-uitspraken. ■

<sup>72</sup> Het is opvallend dat de catalogus van acceptabele bevoegdheidsgrondslagen in het op 2 juli 2019 tot stand gekomen Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or

Commercial Matters op het punt van bevoegdheid inzake vorderingen uit overeenkomst en onrechtmatige daad wezenlijk afwijkt van de huidige uitleg van art. 7 lid 1 en 2 Brussel Ibis: zie art. 5

(tekst beschikbaar via [www.hcch.net](http://www.hcch.net)).

<sup>73</sup> Lutzi 2019, p. 258; Hoffmann 2019, p. 171-172.