CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
D. RUIZ-JARABO COLOMER
van 16 oktober 2008 [1]

I — Inleiding

1. Niet alle schuldenaars hebben een vader als Goriot. Vrijgevigheid en edelmoedigheid zijn dun gezaaid waar de markt regeert, want zakenlieden genieten niet de voordelen waardoor Delphine en Anastasie, ondankbare en ijdele dochters, in overdaad konden leven en zich in de schulden steken ten koste van hun toegeeflijke vader, die in de grootste armoede stierf terwijl hij zijn troetelkinderen zegende. [2]

2. De insolventie van een onderneming is bepaald geen menselijke komedie, maar de wanhoopsdaden van mensen die niet aan hun betalingsverplichtingen kunnen voldoen zijn zo oud als de mensheid. Het recht probeert de slinkse listigheden van debiteuren in financiële nood te bestrijden, maar stuit daarbij in de praktijk van de wetshandhaving soms op moeilijkheden, zoals die waarmee het Bundesgerichtshof zich in de onderhavige zaak geconfronteerd ziet.

3. In deze situatie heeft voormelde instantie het Hof krachtens artikel 234 EG twee prejudiciële vragen gesteld, waarin zij om uitlegging verzoekt van artikel 3, lid 1, van verordening (EG) nr. 1346/2000 betreffende insolventieprocedures [3], alsmede van artikel 2, leden 1 en 2, van verordening (EG) nr. 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken. [4]

4. De verwijzende rechter wenst van het Hof te vernemen of de faillissementspauliana onderworpen is aan de bepalingen van verordening nr. 1346/2000 of aan die van verordening nr. 44/2001, teneinde te kunnen bepalen welke de bevoegde rechter voor de beslissing van een grensoverschrijdend geschil is.

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — H. de Balzac, *Le Père Goriot, La comédie humaine*, deel II, blz. 279 e.v. (*Vader Goriot*; Nederlandse vertaling van Hans van Pinxteren, Uitgeverij Contact, Amsterdam, 1992).

3 — Verordening van de Raad van 29 mei 2000 (PB L 160, blz. 1).

4 — Verordening van de Raad van 22 december 2000 (PB 2001, L 12, blz. 1).

5. De faillissementspauliana spruit voort uit de actio pauliana, een privaatrechtelijk mechanisme dat schuldeisers bescherming biedt tegen door hun schuldenaars met bedrieglijk opzet verrichte beschikkingshandelingen. Wij zullen derhalve de ontwikkeling en de huidige stand van zaken van beide rechtsfiguren moeten onderzoeken alvorens tot de uitlegging van de verordeningen te komen om vast te stellen welke rechterlijke instantie bevoegd is.

II — Feiten

6. Op 14 maart 2002 heeft Frick Teppichboden Supermärkte GmbH (hierna: „schuldenares") 50 000 EUR betaald aan Deko Marty Belgium NV (hierna: „schuldeiseres"). Alhoewel verweerster een in België gevestigde Belgische vennootschap is, is het bedrag overgemaakt op een bankrekening op haar naam bij de KBC Bank te Düsseldorf, Duitsland.

7. De dag erna heeft de schuldenares een verzoek om opening van een insolventieprocedure ingediend bij het Amtsgericht Marburg; dit verzoek is op 1 juni van dat jaar toegewezen. In de openingsbeschikking van de procedure is C. Seagon (hierna: „verzoeker") aangesteld als curator.

8. Verzoeker heeft bij het Landgericht Marburg een vordering ingesteld tot terugbetaling van de door verweerster ontvangen 50 000 EUR.

9. Het Landgericht heeft de ontvankelijkheid van de vordering van verzoeker afzonderlijk onderzocht en haar als niet-ontvankelijk afgewezen. Naar zijn oordeel is de Duitse rechter ter zake niet bevoegd, aangezien verweerster haar zetel heeft in een andere staat (België) en verordening nr. 1346/2000 niet van toepassing is op de faillissementspauliana. Tegen deze beslissing is in laatste instantie beroep tot „Revision" ingesteld bij het Bundesgerichtshof.

III — Rechtskader

A — *Gemeenschapsrecht*

1. Verordening nr. 1346/2000 betreffende insolventieprocedures

10. In het geschil gaat het om de uitlegging van de regels van internationaal bevoegdheidsrecht in het kader van de communautaire insolventieregelgeving. Wij dienen echter de *algemene* juridische context van de wetsconflicten op dit gebied in beschouwing

te nemen en tevens de bepalingen betreffende het toepasselijk recht en de erkenning van rechterlijke beslissingen te bestuderen.

11. Artikel 3, leden 1 en 2, van verordening nr. 1346/2000 regelt de rechterlijke bevoegdheid voor insolventieprocedures met communautaire aanknopingspunten.

„*Artikel 3*

Internationale bevoegdheid

1. De rechters van de lidstaat waar het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar gelegen is, zijn bevoegd de insolventieprocedure te openen. Bij vennootschappen en rechtspersonen wordt, zolang het tegendeel niet is bewezen, het centrum van de voornaamste belangen vermoed de plaats van de statutaire zetel te zijn.

2. Wanneer het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar op het grondgebied van een lidstaat gelegen is, zijn de rechters van een andere lidstaat slechts tot opening van een insolventieprocedure ten aanzien van deze schuldenaar bevoegd indien hij op het grondgebied van laatstgenoemde lidstaat een vestiging bezit. De gevolgen van deze procedure gelden alleen ten aanzien van de goederen van de schuldenaar die zich op het grondgebied van die lidstaat bevinden.

[…]"

12. De bepalingen betreffende het toepasselijk recht van verordening nr. 1346/2000 houden nauw verband met het hierboven aangehaalde artikel. Zo wordt in artikel 4, lid 1 en lid 2, sub m, bepaald:

„*Artikel 4*

Toepasselijk recht

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

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

[…]

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

13. Artikel 13 brengt met betrekking tot de beschikkingshandelingen ten nadele van de schuldeisers een nuancering aan op de in het voorgaande punt aangehaalde bepaling.

„*Artikel 13*

Nadelige handeling

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

— dat deze handeling onderworpen is aan het recht van een andere lidstaat dan de lidstaat waar de procedure is geopend, en

— dat dat recht in het gegeven geval niet voorziet in de mogelijkheid om die handeling te bestrijden."

14. Hoofdstuk II van verordening nr. 1346/2000 bestrijkt het terrein van de erkenning en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen. Voor de onderhavige zaak zijn in het bijzonder de artikelen 16, lid 1, en 25, leden 1 en 2, van belang.

„*Artikel 16*

Beginsel

1. Elke beslissing tot opening van een insolventieprocedure, genomen door een krachtens artikel 3 bevoegde rechter van een lidstaat, wordt erkend in alle andere lidstaten zodra de beslissing rechtsgevolgen heeft in de lidstaat waar de procedure is geopend.

[…]

Artikel 25

Erkenning en executoir karakter van andere beslissingen

1. De inzake het verloop en de beëindiging van een insolventieprocedure gegeven beslissingen van een rechter wiens beslissing tot opening van de procedure krachtens artikel 16 is erkend, alsmede een door die rechter

bevestigd akkoord, worden eveneens zonder verdere formaliteiten erkend. Die beslissingen worden ten uitvoer gelegd overeenkomstig de artikelen 31 tot en met 51 (met uitzondering van artikel 34, lid 2), van het Verdrag van Brussel betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, als gewijzigd bij de Verdragen inzake de toetreding tot dat Verdrag.

De eerste alinea geldt eveneens voor beslissingen die rechtstreeks voortvloeien uit de insolventieprocedure en daar nauw op aansluiten, zelfs indien die beslissingen door een andere rechter worden gegeven.

De eerste alinea geldt eveneens voor beslissingen betreffende na het verzoek tot opening van een insolventieprocedure genomen conservatoire maatregelen.

2. De erkenning en de tenuitvoerlegging van andere beslissingen dan die bedoeld in lid 1 worden beheerst door het in lid 1 bedoelde Verdrag voor zover dat Verdrag van toepassing is."

2. Verordening nr. 44/2001

15. De algemene bepalingen betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen zijn vervat in verordening nr. 44/2001, die de inhoud van het Verdrag van Brussel van 1968 tot gemeenschapsrecht heeft gemaakt. De eerste bepaling, waarin de werkingssfeer van de verordening is geregeld, luidt:

„Artikel 1

1. Deze verordening wordt toegepast in burgerlijke en handelszaken, ongeacht de aard van het gerecht. Zij heeft met name geen betrekking op fiscale zaken, douanezaken of administratiefrechtelijke zaken.

2. Zij is niet van toepassing op:

[…]

b) het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures;

[…]”

B — *Nationaal rechtskader*

16. In het Duitse faillissementsrecht zijn de maatregelen tot bescherming van de boedel opgenomen in de §§ 129 en volgende van de Insolvenzordnung (Insolventiewet) van 5 oktober 1994.

17. De Duitse rechtsorde voorziet echter niet in bijzondere bepalingen betreffende de internationale rechterlijke bevoegdheid inzake de faillissementspauliana. Evenmin als verordening nr. 1346/2000 bevatten de §§ 3 en 102 van de Insolvenzordnung, waarin de internationale rechterlijke bevoegdheid is geregeld, enig onderdeel dat uitdrukkelijk de pauliana betreft.

18. Het stilzwijgen van de wetgever ten spijt heeft het Bundesgerichtshof, in zijn arrest van 11 januari 1990, vastgesteld dat deze vorderingen voortvloeien uit de insolventieprocedure, aangezien zij er nauw verband mee houden.[5] Genoemde beslissing betrof een geschil over de rechterlijke bevoegdheid van de gerechten van de Bondsrepubliek in een insolventieprocedure met raakvlakken met andere lidstaten. Het Bundesgerichtshof kwam tot zijn kwalificatie van deze vorderingen na een onderzoek van artikel 1 van het Verdrag van Brussel (thans verordening nr. 44/2001), dat faillissementen uitsloot. De Duitse rechter bepaalde dat het verdrag niet van toepassing was omdat de vordering onder „faillissement” viel en bijgevolg buiten de bevoegdheidsbepalingen van het verdrag.

IV — Prejudiciële vragen

19. Bij beschikking van 21 juni 2007 heeft het Bundesgerichtshof het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld in de door curator Seagon tegen Deko Marty Belgium NV ingestelde procedure:

„1) Is de rechter van de lidstaat op wiens grondgebied de insolventieprocedure betreffende het vermogen van de schuldenaar is geopend, op grond van de

5 — Arrest van het Bundesgerichtshof van 11 januari 1990 (IX ZR 27/89).

insolventieverordening internationaal bevoegd om kennis te nemen van een faillissementspauliana, gericht tegen een verweerder die zijn statutaire zetel in een andere lidstaat heeft?

Indien de eerste vraag ontkennend moet worden beantwoord:

2) Valt de faillissementspauliana onder artikel 1, lid 2, sub b, van de EG-executieverordening?"

20. Binnen de in artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie vermelde termijn zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door verzoekster en verweerder in het hoofdgeding, de regering van de Helleense en van de Tsjechische Republiek, alsmede door de Commissie van de Europese Gemeenschappen.

21. Ter terechtzitting van 11 september 2008 hebben de wettelijke vertegenwoordigster van Seagon, alsmede de vertegenwoordigers van de Griekse regering en van de Commissie hun standpunten mondeling toegelicht.

V — Eerste prejudiciële vraag

22. De verwijzende rechter heeft het Hof een vraag voorgelegd die een voorafgaand theoretisch onderzoek nodig maakt. Het gaat er in wezen om of een privaatrechtelijke rechtsvordering, in deze zaak de pauliana in een faillissement, onderdeel vormt van de insolventieprocedure wegens haar verwevenheid met het faillissement. Allereerst moeten wij bijzondere aandacht besteden aan deze rechtsvordering en haar ontstaan en ontwikkeling bestuderen.

A — *De faillissementspauliana in het communautaire conflictenrecht*

1. Oorsprong en ontwikkeling van de actio pauliana in het faillissementsrecht

23. De bescherming van de schuldeiser tegen valselijk handelen van de schuldenaars is in de loop der tijden sterk verbeterd. Eerste juridische beschouwingen over deze problematiek zijn te vinden in het Romeinse recht, al zijn

deze vroege aanzetten geen toonbeeld van genuanceerdheid en evenwichtigheid. [6]

24. De *actio per manus iniectio*, een primitieve voorloper van de actio pauliana, was een executie-instrument dat de schuldeiser het recht gaf de schuldenaar, en zelfs zijn gezinsleden, als slaaf te verkopen, of hem te doden wanneer zijn schuld bij vonnis of door een bekentenis bewezen werd. [7] De hardheid van het stelsel van het Romeinse procesrecht wordt allerduidelijkst bekrachtigd door Tafel III van de Twaalftafelenwet, die het hoofdstuk over de schulden afsluit met de beroemde zinspreuk *adversus hostem aeterna auctoritas esto* (derhalve is het recht op terugvordering van de schuld van de vijand eeuwig geldig). [8]

25. Omstreeks de jaren 150 — 125 vóór Christus heeft een praetor, een zekere Paulus — over wie niet veel bekend is — [9], bijgedragen tot het doorbreken van het formalisme van de oudtijdse privaatrechtelijke rechtsvorderingen, door een persoonlijk en discretionair gerichte benadering van deze actie te ontwikkelen, waarin de schuldeiser het recht kreeg de door de schuldenaar met bedrieglijk opzet verrichte handelingen waardoor hij was benadeeld te vernietigen. [10] Eeuwen later is de meest geavanceerde versie van de actio pauliana geboekstaafd in de Digesten, door de samensmelting van deze actie, in haar klassieke vorm, met de *interdictum fraudatorium*. [11] Sinds die tijd heeft de *actio pauliana* vorm gekregen als een combinatie van de *alienatio* (vervreemding), de *eventus fraudis* (benadeling), de *fraus* (bedrog) en de *participatio fraudis* (wetenschap van bedrog).

26. Tweeduizend jaar hebben het recht en degenen die er hun beroep van maken ruimschoots de gelegenheid gegeven zich verder te ontwikkelen. Het is echter aan het intellect van de Romeinse rechtskundigen te danken dat de actio pauliana tot in onze tijd

6 — De illustere Spaanse romanist Xavier D'Ors noemt aan het begin van zijn werk *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico*, Rome-Madrid, 1974, blz. 1, de vordering tot vernietiging van bedrieglijke rechtshandelingen een van de moeilijkste en meest controversiële onderdelen van het hele Romeinse recht.

7 — De procedure van de *manus iniectio* ging als volgt in haar werk: wanneer de schuldenaar niet binnen tien dagen nadat de rechter het vonnis had uitgesproken had betaald, bracht de schuldeiser hem, desnoods met harde hand, voor de rechter onder het uitspreken van de woorden: „omdat gij veroordeeld of gevonnist zijt mij tien duizend sestertiën te betalen en aangezien gij niet hebt betaald, leg ik wegens deze zaak op u, veroordeelde tot tien duizend sestertiën, de hand" (Gaius 4, 21).

8 — Volgens sommige rechtsgeleerden bewijst deze uitdrukking het bestaan van een regel betreffende de onverjaarbaarheid van persoonlijke schulden. Volgens anderen wordt met „vijand" gedoeld op degenen die geen Romeinse burger waren en tegen wie de schuldeiser het wanneer dan ook kon aanleggen. Zonder te speculeren over de juiste lezing, de ene buitensporig, de andere discriminatoir, kan wel gezegd worden dat het Romeinse recht een beschaafdere weg is ingeslagen.

9 — De mysterieuze praetor Paulus heeft aanleiding gegeven tot een geduchte polemiek tussen romanisten: volgens sommigen zou het gaan om de rechtsgeleerde Paulus, prefect van de praetoriaanse garde in 222 voor Christus. Volgens anderen komt de naam voort uit een proces dat zich heeft voltrokken in de Byzantijnse tijd. Aldus Planiol, M., *Traité élémentaire de droit civil*, 8e druk, Parijs, LGDJ, 1920-1921, nr. 1413, en meer in detail, Collinet, P., „L'origine byzantine du nom de la Paulienne", *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 43, 1919.

10 — Ankum, J. A., *De geschiedenis der „actio pauliana"*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1962; Coing, H., „Simulatio und Fraus in der Lehre des Bartolus und Baldus", in *Festschrift P. Koschaker*, deel III, 1939, blz. 402 e.v.; D'Ors, X., op. cit., blz. 203; Gutiérrez, F., *Diccionario de Derecho Romano*, Editorial Reus, Madrid, 1982, blz. 25, en Torrent, A., *Manual de Derecho Privado Romano*, Librería General, Zaragoza, 1995, blz. 381.

11 — D. 22, 1, 38, 4: In de actio fabiana evenals in de pauliana, waarin hetgeen met bedrieglijke benadeling van de schuldeisers is vervreemd wordt teruggevorderd, dienen de vruchten te worden teruggegeven, want de praetor komt tussenbeide opdat alles blijft alsof er niets was vervreemd, hetgeen niet onjuist is (want de woorden „je zult teruggeven" die de praetor in dit edict gebruikt, hebben een voldoende ruime betekenis) om daaronder ook de teruggave van de vruchten te vatten (Paulus, 6 ad Plaut.).

haar belangrijkste kenmerken heeft weten te behouden. Ondanks de verschillen die er zijn tussen de rechtsregelingen van de lidstaten, hebben de oplossingen waarin zij voorzien met betrekking tot de beschikkingshandelingen ter bedrieglijke benadeling van schuldeisers dezelfde genetische code gemeen. De actio pauliana wordt tegenwoordig gezien als een uitzondering op het beginsel van de relatieve werking van overeenkomsten, die de regel doorbreekt dat derden die geen partij zijn bij een overeenkomst voor- noch nadeel kunnen ondervinden van de rechtsgevolgen van die overeenkomst. [12] De nationale rechtsstelsels erkennen in meerderheid dat de actio pauliana in de kern niet op *schadeloosstelling* is gericht maar op *bewaring* van de rechten van de schuldeiser op het vermogen van de schuldenaar. Procesrechtelijk wordt de pauliana uitgeoefend tegen de derde — verkrijger van het litigieuze goed, al wordt de schuldenaar veelal gedagvaard om hem het vonnis te kunnen tegenwerpen.

27. De pauliana heeft in de faillissementscontext belangrijke wijzigingen ondergaan. [13] De eerste breuk doet zich voor met betrekking tot het *nomen*, want in de faillissementsregelingen werd de rechtsfiguur als „vernietigingsvordering" aangeduid. [14] Het wezenlijke verschil tussen de privaatrechtelijke pauliana en de faillissementspauliana zit in hun gevolgen. In de algemene regeling blijven deze beperkt tot de individuele schuldeisers die de vordering instellen, terwijl het faillissementsrecht ze tot de gehele boedel uitstrekt, waardoor zij aan de voltallige schuldeisers ten goede komen, een specifiek kenmerk dat tot een algemeen beginsel van het faillissementsrecht is geworden onder het Latijnse adagium *par conditio creditorum.* [15]

28. In sommige nationale rechtsstelsels, zoals het Franse, wordt het onderscheid tussen de privaatrechtelijke en de faillissementsrechtelijke pauliana doorgetrokken in de regeling van de nietigheden, aangezien de curator in het faillissement de absolute nietigheid van bepaalde rechtshandelingen kan laten vaststellen, hetgeen in de gewone paulianaregeling beperkt is tot de vernietigbaarheid. [16] Deze laatste bijzonderheid kent ook het Britse stelsel, waarin beschikkingshandelingen absoluut nietig worden verklaard, al is dit wel afhankelijk van de eraan ten grondslag liggende reden. [17] Opmerking verdient ook dat het subjectieve element van de pauliana, dat vereiste dat de verzoeker het bewijs leverde van het bedrieglijk opzet van de schuldenaar, in het faillissementsrecht is losgelaten. In tegenstelling tot de regeling van haar privaatrechtelijke evenknie geldt voor de faillissementspauliana in de regel het vermoeden van dit bedrog en wordt de bewijslast derhalve omgekeerd. [18]

12 — Een beginsel dat in het Latijnse maxime wordt verwoord als *res inter alios acta aliis neque nocere, neque prodesse potest*.

13 — Forner Delaygua, J. J. (red.), *La protección del crédito en Europa: la acción pauliana,* Bosch, Barcelona, 2000, heeft een vergelijkende onderzoek verricht van de actio pauliana, zowel in het civiele recht als in het faillissementsrecht.

14 — Ook als „vordering tot nietigverklaring" aangeduid, die andere bijzondere rechtsvorderingen tot restitutie van de boedel omvat.

15 — Voor dit beginsel gelden verschillende benamingen en uiteenlopende opvattingen, zoals vermeld door Beltrán, E., Artículo 49, in Rojo, A., en Beltrán, E., *Comentario a la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2004, blz. 990: gelijke behandeling van de schuldeisers, gezamenlijkheid van verliezen, concurrente vorderingen en proportionaliteit bij uitdeling. Zie voor het Duitse recht, Balz, M., en Landfermann, H.-G., *Die neuen Insolvenzgesetze*, 2e druk, Düsseldorf, 1999.

16 — In het Franse recht, Terré, F., Simler, P., en Lequette, Y., *Droit Civil. Les obligations*, Ed. Dalloz, 7e druk, Parijs, 1999, blz. 969/970.

17 — Goode, R., *Principles of Corporate Insolvency Law*, Sweet & Maxwell, Londen, 2005, blz. 411-413.

18 — In het Italiaanse recht zijn bijvoorbeeld door het Real Decreto 267/1942 de artikelen 708 e.v. van het Wetboek van Koophandel van 1885 gewijzigd om de subjectieve vereisten bij faillissement af te schaffen. Ook in het Spaanse recht is, in artikel 71 van Wet nr. 22/2003 van 9 juli inzake faillissementen, afgezien van de verplichting tot bewijslevering voor bedrieglijk handelen.

29. Een volgend bewijs voor het autonome bestaan van de faillissementspauliana ten opzichte van de algemene pauliana is het subsidiaire karakter van deze laatste, want de curator kan de privaatrechtelijke rechtsvordering uitsluitend instellen wanneer niet aan de in het faillissementsrecht gestelde voorwaarden voor een vernietigingsvordering is voldaan (gewoonlijk de in de insolventieregeling voorziene verjaringstermijnen). [19]

2. De faillissementspauliana en de gemeenschapsrechtelijke regels betreffende de internationale rechterlijke bevoegdheid

30. In het afgeleide gemeenschapsrecht en in de rechtspraak van het Hof zijn de privaatrechtelijke pauliana en haar tegenhanger in het faillissementsrecht onderwerp van aandacht geweest. Daarbij is vastgesteld dat de scheiding tussen de rechtsvordering in het algemene verbintenissenrecht en de specifieke rechtsfiguur in het faillissementsrecht in de Unie is blijven voortbestaan, een scheiding die in het bijzonder van belang is in verband met de conflictregels, want de kwalificatie in de ene of de andere zin leidt tot andere rechtsgevolgen.

31. In de zaak Reichert [20] heeft het Hof zich gebogen over een uitleggingsvraagstuk, waarbij het erom ging of de actio pauliana onder de bevoegdheid viel van de in het oude Verdrag van Brussel (de huidige verordening nr. 44/2001) voor een persoonlijke of een zakelijke rechtsvordering aangewezen rechterlijke instantie. Het geding tussen de echtelieden Reichert en de Dresdner Bank betrof de bedrieglijke schenking van een onroerende zaak in Frankrijk aan de zoon van het echtpaar. De Dresdner Bank oefende de actio pauliana tegen de heer en mevrouw Reichert uit voor de rechters in de Franse Republiek, waar het onroerend goed was gelegen, en beriep zich dus op de *locus rei sita*e. Omdat de bevoegdheid van de Franse rechter werd betwist, stelde het Tribunal de grande instance de Grasse het Hof een prejudiciële vraag over de toepassing van het Verdrag van Brussel op een privaatrechtelijke actio pauliana.

32. Het Hof onderzocht hoe de rechtsvordering gekwalificeerd moest worden en kwam tot het oordeel dat het een persoonlijke en geen zakelijke rechtsvordering betrof, zodat niet de rechter van de *locus rei sitae* bevoegd was. Op grond van zijn onderzoek van het karakter van de pauliana naar Frans recht stelde het vast dat „zij […] haar grondslag [vindt] in de schuldvordering, een persoonlijk recht van de schuldeiser jegens de schuldenaar waarmee de schuldeiser het hem eventueel toekomende verhaalsrecht op het vermogen van de schuldenaar kan veiligstellen. Wordt de vordering toegewezen, dan heeft zij tot gevolg dat alleen tegenover de schuldeiser geen beroep kan worden gedaan op de beschikkingshandeling die zijn schuldenaar met bedrieglijke benadeling van zijn

19 — Met betrekking tot het Franse rechtsstelsel wijs ik op het arrest van de Cour de Cassation (handelskamer) van 8 oktober 1996. Dezelfde oplossing kent het Spaanse recht, waarin de pauliana volgens de doctrine subsidiair is aan de faillissementspauliana. Aldus León, F., „Artículo 71. Acciones de reintegración", in Rojo, A., en Beltrán, E., op. cit., blz. 1319/1320.

20 — Arrest van 10 januari 1990, Reichert en Kockler (C-115/88, Jurispr. blz. I-27).

rechten heeft verricht." [21] Al sprak het Hof het niet met zoveel woorden uit, uit het arrest blijkt dat de rechter van de staat waar de verweerder woonplaats heeft, bevoegd is. [22]

33. Na deze eerste confrontatie met de pauliana in civilibus zijn de zaken aanmerkelijk anders verlopen toen het ging om de faillissementspauliana. In de zaak Gourdain [23] dienden de bepalingen van het Executieverdrag het Hof opnieuw tot leidraad bij zijn beslissing over de duiding van dit soort rechtsvorderingen. Het besliste dat het Executieverdrag niet van toepassing is wanneer de ingestelde rechtsvordering samenhangt met een faillissement of een surseance van betaling.

34. Als bekend sloot het toentertijdse artikel 1, lid 2, sub 2, Executieverdrag, evenals het huidige artikel 1, lid 2, sub b, van verordening nr. 44/2001, bepaalde zaken uit van zijn toepassingsgebied, te weten „faillissementen, akkoorden en andere soortgelijke procedures". In het arrest Gourdain bepaalde het Hof dat de faillissementspauliana behoort tot die „soortgelijke procedures", voor zover die rechtsvorderingen althans „rechtstreeks uit het faillissement voortvloeien en geheel binnen het kader van een faillissement of surseance van betaling in vorenbedoelde zin passen". [24]

35. Het Hof heeft de privaatrechtelijke actio pauliana dus binnen het toepassingsgebied van het Executieverdrag aanvaard, maar de faillissementspauliana niet omdat het van oordeel was dat de conflictregels van het Executieverdrag er ingevolge artikel 1, lid 2, sub 2, niet op van toepassing waren.

36. Ik wil er met nadruk op wijzen dat het arrest Gourdain deze uitsluiting grondde op het *rechtstreekse verband* tussen de pauliana en de insolventieprocedure. [25] Het Hof geeft evenwel in dit arrest geen autonome gemeenschapsrechtelijke definitie van de pauliana. Het kiest er integendeel voor een aantal algemene criteria — nu wel van gemeenschapsrechtelijke aard — te formuleren die in voorkomend geval van toepassing zijn op de in de nationale rechtsstelsels voorziene rechtsvorderingen. [26] Aan de hand van dezelfde methode aanvaardde het Hof een verband tussen het faillissement en de pauliana naar Frans recht (het onderwerp van geschil in het hoofdgeding in deze zaak) op grond van een aantal redenen: in de eerste plaats, dat deze rechtsvordering volgens het op het hoofdgeding toepasselijke Franse recht uitsluitend wordt ingesteld voor de rechterlijke instantie die het faillissement heeft uitgesproken; in de tweede plaats, dat de vordering bij uitsluiting kan worden ingesteld door de curator of de rechter (ambtshalve); in

21 — Ibidem, punt 12.

22 — Een opvatting die wordt herhaald in het arrest van 26 maart 1992, Reichert en Kockler (C-261/90, Jurispr. blz. I-2149). Borrás, A., *Revista Jurídica de Catalunya*, 1990, blz. 1133 e.v., en 1992, blz. 2149, heeft beide arresten becommentarieerd. Zie ook Forner Delaygua, J. J., „La acción pauliana ante el TJCE", *Revista de Instituciones Europeas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, blz. 635-637.

23 — Arrest van 22 februari 1979 (133/78, Jurispr. blz. 733).

24 — Ibidem, punt 4.

25 — Bermejo Gutiérrez, N., en Rodríguez Pineau, E., „Normas de protección de acreedores: entre el derecho de sociedades y el derecho concursal", *Indret*, nr. 4, 2006, blz. 22/23, en Enriques, L., en Gelter, M., „Regulatory Competition in European Company Law and Creditor Protection", *European Business Organization Law Review*, nr. 7, 2006, blz. 440.

26 — Dit is uitgemond in een „nationale" toepassing van de Gourdain-rechtspraak, toegesneden op de faillissementspauliana in het concrete geval, zoals blijkt uit de beslissingen van o.a. de rechtbank van Bari (Italië) van 27 januari 2004, RDIPP, 2004, blz. 1386-1390; de Arrondissementsrechtbank Leeuwarden van 31 mei 1979; de High Court, Chancery Division (Manchester), van 5 mei 2005, ILP, 2005-9, blz. 552 e.v., en de Cour de Cassation (handelskamer) van 24 mei 2005, RCDIP, deel 94, 2005, blz. 489 e.v. Zie in dit verband Bermejo Gutiérrez, N., en Rodríguez Pineau, E., op. cit., blz. 22/23.

de derde plaats, dat de rechtsvordering wordt ingesteld namens en ten behoeve van de boedel, en in de vierde plaats, dat in de faillissementswetgeving een afwijkende verjaringstermijn geldt. [27]

37. In het afgeleide recht heeft de faillissementspauliana minder aandacht gekregen. Verordening nr. 1346/2000 betreffende insolventieprocedures lijkt in dit opzicht bepaald ambigu, maar daar ga ik later nog op in.

38. Bijzondere vermelding verdient echter het onder auspiciën van de Europese Gemeenschap opgestelde Verdrag van Brussel van 1995 betreffende insolventieprocedures, dat niet in werking is getreden omdat het niet de goedkeuring van alle lidstaten heeft verkregen. [28] De inhoud van dit instrument is vergelijkbaar met die van verordening nr. 1346/2000, maar de bepalingen gingen vergezeld van een door de gezamenlijke lidstaten voorbereid en besproken toelichtend rapport. [29] Het stuk was opgesteld door Miguel Virgós Soriano, hoogleraar aan de Universidad Autónoma de Madrid, en de Luxemburgse rechter Etienne Schmit, die ook beide bij de redactie van het Verdrag waren betrokken. [30] In punt 77 van hun rapport wijzen zij er met kennis van zaken op dat het procesbeginsel van de *vis attractiva concursus*, alhoewel niet expliciet in de verdragstekst opgenomen, wel ten dele in het verdrag was verdisconteerd. Met een letterlijk citaat uit het arrest Gourdain betogen zij dat er een verband bestaat, wanneer „[de rechtsvorderingen] rechtstreeks uit het faillissement voortvloeien en geheel binnen het kader van een faillissement of surseance van betaling […] passen". En zij merken ten slotte op dat logischerwijze „dergelijke rechtsvorderingen, teneinde niet te rechtvaardigen leemten tussen beide verdragen te voorkomen, thans onder het Verdrag betreffende insolventieprocedures vallen en onder de daarin voorziene *bevoegdheidsbepalingen*". [31]

3. Samenvatting

39. De regeling van de insolventieprocedure is sterk gaan afwijken van de algemene privaatrechtelijke bepalingen, tot een punt waarop de geijkte actio pauliana zich tot een duidelijk ander instrument heeft ontwikkeld in het faillissementsrecht van de lidstaten. Het Hof heeft zich bij het oplossen van bevoegdheidsconflicten in de Gemeenschap over beide rechtsvorderingen uitgesproken en de privaatrechtelijke rechtsvorderingen tot de bevoegdheid gerekend van de gewone civiele rechter onder het Executieverdrag (de huidige verordening nr. 44/2001) en de faillissementspauliana daarvan uitgesloten. Aangezien de bepalingen betreffende de internationale rechtsmacht niet van toepassing zijn op

27 — Arrest Gourdain, punt 5.

28 — Het Verdrag, op 22 november 1995 ter ondertekening opengesteld in Brussel, is die dag geparafeerd door de gevolmachtigden van België, Denemarken, Duitsland, Griekenland, Spanje, Frankrijk, Italië, Luxemburg, Oostenrijk, Portugal, Finland en Zweden.

29 — Document van de Raad nr. 6500/1/96 REV1 DRS (CFC).

30 — Naar de opstellers ervan gewoonlijk het „Rapport-Virgós/Schmit" genoemd.

31 — Cursivering van mij.

faillissementen en „soortgelijke procedures", beschouwt het Hof de faillissementspauliana, ook al wordt zij in het gemeenschapsrecht niet autonoom gedefinieerd, als deel uitmakend van deze procedures wanneer zij nauw verband houdt met die procedures. Of van een dergelijke band sprake is wordt vastgesteld aan de hand van de aard van de rechtsvordering in het gegeven geval, zoals die in de nationale rechtsorde is vorm gegeven.

40. Dit kader van regels en rechtspraak vormde vóór verordening nr. 1346/2000 het voor insolventieprocedures geldende recht. Het is mijns inziens noodzakelijk nu na te gaan of deze verordening het voorgaande bevestigt of niet.

B — *De faillissementspauliana en verordening nr. 1346/2000*

41. De door het Bundesgerichtshof aan het Hof voorgelegde vraag kan tot één vraag worden herleid: valt de faillissementspauliana, ook al vermeldt de tekst haar niet expliciet, onder artikel 3, lid 1, van verordening nr. 1346/2000 waarin de bepalingen betreffende de rechterlijke bevoegdheid in insolventieprocedures zijn opgenomen?

42. In tegenstelling tot hetgeen door verzoekster en verweerster is verdedigd, ben ik niet van mening dat er zich met betrekking tot de onderhavige zaak leemten voordoen in de rechtsorde van de Gemeenschap. De analogie doet haar intrede wanneer het recht geen uitweg biedt uit het dilemma. Bij gebreke van een toepasselijke rechtsregel kan in de rechtspraktijk via de weg van de analogie een beroep worden gedaan op een andere bepaling waarmee overeenkomst in doel en strekking bestaat [32], iets dat evenwel in deze zaak niet aan de orde is, waar er immers toepasselijke regels zijn (artikel 3, lid 1, van verordening nr. 1346/2000) en een aantal bepalingen uit deze verordening die mede tot een oplossing van de zaak bijdragen.

43. Hier doet zich integendeel een probleem van uitlegging voor, dat vraagt om een onderzoek naar de strekking van genoemd artikel 3, lid 1. Daar liggen de twijfels van de verwijzende rechter. Er is geen sprake van leemten, er dient slechts een uitleggingstaak ter hand genomen te worden.

1. Verordening nr. 1346/2000 en de daarin vervatte conflictregels

44. Verordening nr. 1346/2000 bewaart pretenselijk het stilzwijgen over de rechterlijke bevoegdheid ter zake van de uitoefening

32 — Zie over de notie van leemten en het gebruik van analogie in de juridische argumentatietheorie, Perelman, Ch., *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Brussel, 1968, en Díez-Picazo, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 1973, blz. 280-283.

van de faillissementspauliana, maar bevat in artikel 3, lid 1, een algemeen bevoegdheidscriterium dat uitgaat van de bevoegdheid van de staat waar het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar gelegen is. [33]

45. Dit criterium zou tot een eenvoudige oplossing kunnen leiden, geruggensteund door een ander, door verweerster aangevoerd, argument. Ingevolge artikel 18, lid 2, van verordening nr. 1346/2000, dat de bevoegdheden van de curator regelt, kan deze „elk rechtsmiddel aanwenden dat de belangen van de schuldeisers dient". Hieruit zou blijken dat het gemeenschapsrecht, dat de curator toestaat deze rechtsmiddelen aan te wenden zonder in een bevoegdheidsregel daarvoor te voorzien, de actio pauliana uitsluit van de werkingssfeer van de verordening. In deze redenering zou de internationale rechterlijke bevoegdheid voortvloeien uit verordening nr. 44/2001 of uit het autonome nationale rechtsstelsel.

46. Ook al is deze redenering van verweerster niet onlogisch, toch komt mij verzoeksters weerwoord overtuigender voor, want artikel 18, lid 2, van verordening nr. 1346/2000 vermeldt — anders dan artikel 3, lid 1 — dat de curator élk rechtsmiddel kan aanwenden dat de belangen van de schuldeisers in een insolventieprocedure dient, maar deze uitlegging *a contrario* dient behoedzaam te worden gehanteerd. [34] Van deze terughoudendheid getuigt ook de formulering van punt 6 van de considerans van verordening nr. 1346/2000, dat de twijfels van de instellingen bij het regelen van de rechterlijke bevoegdheid en de faillissementspauliana weerspiegelt. Na in herinnering te hebben geroepen dat de voorschriften in de verordening aan het proportionaliteitsbeginsel moeten voldoen, wordt hierin gesteld dat de verordening „alleen voorschriften [mag] behelzen tot regeling van de rechterlijke bevoegdheid inzake de opening van een insolventieprocedure en de beslissingen die rechtstreeks uit een insolventieprocedure voortvloeien en daarmee nauw samenhangen". En alsof dit niet voldoende was, wordt in de overweging herhaald dat de verordening verder strekt, waar de overweging immers spreekt van „de erkenning van die beslissingen en […] het toepasselijke recht, die eveneens met het noodzakelijkheidsbeginsel stroken".

47. Hieruit blijkt zonneklaar de bedoeling van de Raad om te voorzien in een oplossing voor de zich in de onderhavige zaak voordoende moeilijkheden, hetgeen mij aanleiding geeft tot een relativering van het belang van artikel 18, lid 2, bij de uitlegging van artikel 3, lid 1.

33 — Deze bepaling impliceert niet dat verordening nr. 1346/2000 het beginsel van *vis attractiva concursus* zou hebben omarmd. Dit wordt bevestigd door het Rapport-Virgós/Schmit, dat in punt 77 stelt: „Sommige verdragsstaten erkennen in hun nationaal recht een ‚vis attractiva concursus'-beginsel, dat inhoudt dat de rechterlijke instantie die de faillissementsprocedure opent niet alleen bevoegd is in de eigenlijke faillissementsprocedure maar ook in alle uit de insolventie voortspruitende rechtsvorderingen. Alhoewel de doorvoering van dit beginsel in de internationale context controversieel is, bevatte het ontwerpverdrag van de Gemeenschap van 1982 in artikel 15 een bepaling die […] uitging van de ‚vis attractiva concursus'-theorie. Dit artikel verleende de gerechten van de staat waarin de insolventieprocedure was geopend bevoegdheid inzake een groot aantal uit de insolventie voortvloeiende rechtsvorderingen. Noch deze bepaling noch de filosofie erachter is in dit verdrag overgenomen."

34 — De uitlegging van artikel 18, lid 2, zoals door verweerster voorgestaan, wordt scherp bekritiseerd door Pannen, K., *European Insolvency Regulation*, De Gruyter, Berlijn, 2007, blz. 125. Zijns inziens waren de opstellers van de verordening zich volledig bewust van de aan de rechtsvorderingen in verband met de insolventieprocedure verbonden problemen.

48. Het systematisch onderzoek van verordening nr. 1346/2000 zou eerder tot een andere dan de door verweerster verdedigde uitkomst leiden [35], want zowel artikel 4, lid 2, sub m, als artikel 25, lid 1, tweede alinea, bevat een regel betreffende het toepasselijk recht, en gebiedt tevens de erkenning van rechterlijke beslissingen die de faillissementspauliana betreffen. Het is bepaald niet zonder betekenis dat dit aspect is opgenomen in artikel 25, lid 1, tweede alinea, want bij de verwijzing naar de erkennings- en tenuitvoerleggingsregels van verordening nr. 44/2001 bepaalt dit artikel dat deze verwijzing „eveneens [geldt] voor beslissingen die rechtstreeks voortvloeien uit de insolventieprocedure en daar nauw op aansluiten, zelfs indien die beslissingen door een andere rechter worden gegeven". Een onmiskenbare toespeling op het arrest Gourdain, die steun biedt aan het door verzoekster ingenomen standpunt. [36]

49. Verordening nr. 1346/2000 maakt geen onderscheid tussen de bevoegdheids- en de erkenningsbepalingen. Zij werken in feite wederzijds op elkaar in: de aan erkenning onderworpen beslissingen van artikel 25 weerspiegelen de aangelegenheden die tot de bevoegdheid behoren van de rechter in de faillissementszaak. [37]

35 — Verzoekster wordt hierin gesteund door de Griekse en de Tsjechische regering, alsmede door de Commissie.

36 — Deze opvatting wordt gedeeld door Duursma-Kepplinger, H.-C., Duursma, D., en Chalupsky, E., *Europäische Insolvenzverordnung*, Springer, Wenen — New York, 2002, blz. 441.

37 — Aldus, zo luidt de deskundige opvatting van Virgós, M., en Garcimartín, F., in *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia,* Thomson-Civitas, Pamplona, 2003, blz. 66: „volstaat het op te merken dat de insolventieverordening wat de materiële werkingssfeer betreft geen onderscheid maakt tussen de bevoegdheidsregels en de erkennings-/executieregels: ze zijn opgesteld als parallelle regels. En wel zo dat de categorie beslissingen die onder artikel 25 valt een handvat biedt ter nadere bepaling van de vragen of geschillen die tot de bevoegdheid van de faillissementsrechter behoren."

50. Uit het voorgaande is goed waarneembaar dat de Raad een regeling van het procesrechtelijk stelsel voor de faillissementspauliana met een communautaire dimensie voor ogen stond. Uit het onderzoek van verordening nr. 1346/2000 blijkt dat er geen sprake is van absoluut, slechts van partieel stilzwijgen. Dit speelt mede een rol bij de oplossing die ik het Hof zal aanbevelen. Maar voor ik hiertoe overga wil ik stilstaan bij de rol die aan verordening nr. 44/2001 moet worden toebedeeld.

2. Uitlegging in onderling verband van de verordeningen nrs. 1346/2000 en 44/2001

51. Om te bepalen of artikel 3, lid 1, van verordening nr. 1346/2000 strekt tot een bevoegdheidsconcentratie ten gunste van de faillissementsrechter wegens connexiteit moet worden vastgesteld of verordening nr. 44/2001 ingevolge het arrest Gourdain de actio pauliana uitsluit.

52. Verweerster betoogt dat de inwerkingtreding van verordening nr. 1346/2000 een aanmerkelijke omslag in de normatieve context heeft teweeggebracht, die tot een wijziging van de door het besproken arrest Gourdain gevestigde rechtspraak heeft geleid, aangezien bij gebreke van meerdere gemeenschapsteksten en het daaruit voortvloeiende risico van overlapping artikel 1, lid 2, tweede alinea, Executieverdrag ruim werd uitgelegd. Het Gourdain-arrest was dientengevolge de laatste schakel van een keten met maar één

ornament, een op zichzelf staande tekst op dit gebied. Volgens verweerster zou door de invoering van verordening nr. 1346/2000 een andere uitlegging van genoemde verdragsbepaling — het huidige artikel 1, lid 2, sub b, van verordening nr. 44/2001 — noodzakelijk zijn geworden om leemten in de bevoegdheidsregeling te voorkomen. Waar er reeds een bepaling bestond die de rechterlijke bevoegdheid in faillissementszaken regelt, zou deze eng behoren te worden uitgelegd. In deze opvatting zou de aanwijzing van de internationaal bevoegde rechter worden overgelaten aan de nationale wet- en regelgever, in dit geval de Duitse.

53. Deze redenering van verweerster is echter in genen dele overtuigend; zij zou alleen opgaan wanneer er in artikel 3, lid 1, van verordening nr. 1346/2000 daadwerkelijk van was afgezien een regel te stellen voor de rechterlijke bevoegdheid met betrekking tot de faillissementspauliana. Zoals ook door de Tsjechische regering in haar schriftelijke opmerkingen is verdedigd, duidt niets erop dat de communautaire insolventieregeling hier stilzwijgend aan is voorbijgegaan; bovendien steunt het naast elkaar bestaan van deze twee verordeningen de opvatting dat er geen leemten zijn, echter niet in de door verweerster bedoelde zin. [38]

54. De innerlijke samenhang van het recht van de Gemeenschap brengt twee gevolgen met zich: het eerste is dat, wanneer de algemene regel niets bepaalt of impliciet dan wel expliciet verwijst naar een andere regel, het bevoegdheidscriterium gezocht moet worden in de bijzondere bepalingen. En het tweede dat, in geval van een alomvattend stelsel van Europese regels, elke verwijzing naar het nationale recht overbodig is, niet alleen op grond van het logischerwijze tussen wettelijke bepalingen bestaand verband, maar ook om redenen van doelmatigheid van de bepalingen betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de erkenning van de Europese conflictregels. [39]

55. Het arrest Gourdain is derhalve springlevend en biedt waardevolle richtsnoeren voor de oplossing van het onderhavige geschil. [40] Het nut van dit arrest is door de invoering van verordening nr. 1346/2000 niet verzwakt, maar juist vergroot. Nu er in het gemeenschapsrecht geen eenvormige pauliana tot stand is gebracht, worden de aard van de rechtsvordering en van haar uiteindelijke band met het faillissement van bijzonder belang. [41] Het onderzoek van de Duitse rechtsvordering levert in die zin voldoende elementen op om aan te haken bij het arrest Gourdain en vast te stellen of de bevoegdheidsregel in de ene of in de andere verordening is gelegen. [42]

38 — Zie over het beginsel van het ontbreken van leemten, Sánchez Lorenzo, S., en Fernández Rozas, J. C., *Derecho Internacional Privado*, 3e druk, Thomson-Civitas, Pamplona, 2004, blz. 64-67, en eveneens Virgós, M., en Garcimartín, F., op. cit., blz. 62/63.

39 — Virgós, M., en Garcimartín, F., op. cit., blz. 63, illustreren de ongerijmde gevolgen van deze opvatting.

40 — Het arrest Gourdain beperkt zich echter niet tot de faillissementspauliana. De door het Hof in de zaak Gourdain gestelde regels worden vervuld in de geschillen tussen de curator en de schuldenaar over het toebehoren van een goed tot de faillissementsboedel, in die over bevoegdheden van de curator ter zake van beslissingen over de nakoming van lopende verplichtingen uit overeenkomst, of bij aansprakelijkheidsvorderingen tegen de curator van de gefailleerde.

41 — In deze zin, Pannen, K., op. cit., blz. 122/123.

42 — Ibidem, blz. 124.

56. De §§ 129 en volgende van de Insolvenzordnung van 1994 bevatten de bepalende kenmerken van de Duitse pauliana in faillissementszaken: zij is uitsluitend in het insolventierecht geregeld en kan slechts in het kader van een faillissementsprocedure worden ingesteld [43]; slechts de curator is bevoegd tot het instellen van deze rechtsvordering en altijd alleen ter verdediging van de belangen van de totaliteit van schuldeisers en de boedel. [44] Aangezien de vordering de bescherming van de goederen van de schuldenaar tot doel heeft, richt zij zich tegen de *vóór* de opening van de insolventieprocedure *verrichte* beschikkingshandelingen, waarvoor een desbetreffende verjaringstermijn is gesteld. [45]

57. Het feit dat het een procedure op tegenspraak betreft en niet een collectieve procedure zoals gebruikelijk in het faillissementsrecht, is onvoldoende om tot een breuk tussen de rechtsvordering en het faillissement te concluderen. [46] Alles wijst erop dat het om een nauw met de faillissementsverklaring samenhangende rechtsvordering gaat, tot het instellen waarvan uitsluitend de curator gerechtigd is, hetgeen de onverbrekelijke band met het faillissement aantoont.

43 — §§ 129 e.v. van de Insolvenzordnung.

44 — § 129, lid 1, van de Insolvenzordnung.

45 — §§ 130, 132 en 133 van de Insolvenzordnung.

46 — Dit argument kan tot grote ongerijmdheden leiden, aangezien het tegenspraakbeginsel in de faillissementsprocedure absoluut in acht genomen dient te worden als een in het fundamentele recht op effectieve rechtsbescherming besloten liggende waarborg. Gesteld zou kunnen worden dat de faillissementsprocedure afwijkt van een gewone civiele procedure, maar deze tegenwerping komt mij uiterst formalistisch voor. De faillissementsprocedure moet aan alle waarborgen van rechterlijke bescherming voldoen, er is geen plaats voor enige uitzondering op het universele karakter van het faillissement zoals dat in verordening nr. 1346/2000 is vormgegeven.

58. De uitlegging van de verordeningen nrs. 44/2001 en 1346/2000 in onderling verband, tegen de achtergrond van het arrest Gourdain, leidt mij tot de conclusie dat de faillissementspauliana niet in de algemene gemeenschapsregeling van de rechterlijke bevoegdheid geregeld is. De oplossing ligt derhalve in de bepalingen van verordening nr. 1346/2000, om precies te zijn in artikel 3, lid 1, ervan. Deze zienswijze wordt mede versterkt door een aantal bevindingen in verband met het aan het Europese insolventierecht ten grondslag liggende wet- en regelgevingsbeleid. Die behandel ik in het volgende deel van mijn conclusie, maar niet dan nadat ik eerst een belangrijke nuancering heb aangebracht op hetgeen ik zojuist heb uiteengezet.

3. De doelstellingen van de faillissementspauliana en het regelgevingsbeleid van verordening nr. 1346/2000

59. Aan het optreden van de Gemeenschap op het gebied van het faillissementsrecht ligt het streven naar doelmatigheid en rechtszekerheid ten grondslag. Om te voorkomen dat er een onoverzichtelijk rechtskader ontstaat dat economische initiatieven in de Unie ontmoedigt, geeft verordening nr. 1346/2000 duidelijke richtsnoeren die stabiliteit en samenhang verlenen aan zulke belangrijke aspecten als de rechterlijke bevoegdheid, het toepasselijk recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen. In het afgeleide recht zijn op dit gebied nog andere belangrijke stappen gezet,

die alle hetzelfde beogen en tezamen het *stelsel van het Europese faillissementsrecht* vormen. [47] Een *corpus*, kortom, waarin het eensgezinde streven naar samenhang bij het nemen van rechterlijke beslissingen bepalend is. [48]

60. Punt 4 van de considerans van verordening nr. 1346/2000 verwoordt deze intentie vanuit een conflictperspectief waar gezegd wordt dat „de goede werking van de interne markt moet verhinderen dat er prikkels voor partijen bestaan om ter verbetering van hun rechtspositie geschillen of goederen van de ene lidstaat naar de andere over te brengen (‚forum shopping')". Op deze grondslag is in de verordening gekozen voor een *universeel* internationaal faillissementsmodel, uitgaande van één uniform totaalconcept voor alle collectieve procedures, ongeacht het grondgebied waar ze zijn geopend. [49] De voordelen van dit model zijn eenvoudig te onderkennen, want het levert een voorzienbare regeling op, die *forum shopping* ontmoedigt en de proceskosten binnen de perken houdt. [50] Maar universalisme heeft ook zijn keerzijde, met name de situatie waarin sommige lokale schuldeisers zouden komen te verkeren, vooral wanneer zij wat verderaf wonen en over minder middelen beschikken dan andere schuldeisers om te kunnen procederen in een lidstaat waarin zij niet woonachtig zijn. Toch spreken de globale voordelen van het universele model voor zich, in het bijzonder gezien het uiteindelijke doel waar het in elk faillissement om draait: de gezondmaking van een onderneming en de kredietgarantie. De duidelijke vermindering van de kosten als gevolg van de concentratie van alle procedures op één plaats vormt een beslissende prikkel om, zoals dat in algemene trekken door verordening nr. 1346/2000 is gedaan, te kiezen voor het universele internationale faillissement. [51]

61. Het economisch nut van loskoppeling van de faillissementspauliana van de insolven-

47 — Dit stelsel wordt, naast verordening nr. 1346/2000 gevormd door richtlijn 2001/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 maart 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van verzekeringsondernemingen (PB L 110, blz. 28); richtlijn 98/26/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen (PB L 166, blz. 45); richtlijn 2001/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 april 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van kredietinstellingen (PB L 125, blz. 15), en richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten (PB L 168, blz. 43).

48 — Punt 8 van de considerans van verordening nr. 1346/2000 benadrukt de noodzaak van „een meer efficiënte en doeltreffende afwikkeling van insolventieprocedures met grensoverschrijdende gevolgen". Dit uitgangspunt komt andermaal aan de orde in punt 16 van de considerans.

49 — „Forum shopping" is echter niet een absoluut ongeoorloofde praktijk zoals de verordening lijkt te impliceren. Het gemeenschapsrecht gaat het *opportunistische en bedrieglijke* gebruik van de forumkeuzebevoegdheid tegen, wat iets geheel anders is dan de absolute verkettering van een praktijk die soms beter kan worden aangemoedigd. Ik heb mij in deze zin uitgesproken in mijn conclusie in de zaak Staubitz-Schreiber van 6 september 2005 (arrest van 17 januari 2006, C-1/04, Jurispr. blz. I-701), punten 70-77.

50 — Westbrook, J. L., „A Global Solution to Multinational Default", *Michigan Law Review*, deel 98, 2000, blz. 2313 e. v., en in hetzelfde nummer, Guzmán, A., „International Bankruptcy: in Defence of Universalism", blz. 2186 e.v.

51 — In het reeds aangehaalde arrest Staubitz-Schreiber, punten 25 en 26, heeft het Hof deze opvatting nog eens herhaald, waar het in een geschil over het universele karakter van de internationale bevoegdheidsregels van verordening nr. 1346/2000 erop wees dat deze verordening wil „verhinderen dat er voor de partijen in de procedure prikkels bestaan om ter verbetering van hun rechtspositie geschillen of goederen van de ene lidstaat naar de andere over te brengen. Deze doelstelling zou niet worden bereikt indien de schuldenaar het centrum van zijn voornaamste belangen naar een andere lidstaat kon overbrengen tussen de indiening van het verzoek om opening van de procedure en de beslissing tot opening van de procedure en op die manier zowel de bevoegde rechter als het toepasselijke recht kon bepalen. Een dergelijke overdracht van bevoegdheid zou eveneens in strijd zijn met de in de tweede en de achtste overweging van de considerans van de verordening uiteengezette doelstelling van een meer efficiënte, doeltreffender en snellere afwikkeling van grensoverschrijdende procedures, aangezien de schuldeisers de schuldenaar voortdurend zouden moeten dagvaarden op die plaats waar deze zich min of meer definitief vestigt, hetgeen in de praktijk vaak tot verlenging van de procedures zou kunnen leiden."

tieprocedure leidt tot enige twijfel. Volgens de Griekse en de Tsjechische regering [52] zou het door verordening nr. 1346/2000 verdedigde universaliteitsbeginsel in hoge mate worden aangetast, want de curator zou in verschillende lidstaten moeten optreden, afhankelijk van de in andere rechtsregelingen dan genoemde verordening vervatte internationale bevoegdheidscriteria. Ontkoppeling zou bovendien tot een grotere normendivergentie leiden, en bepaalde ondernemers zouden op zoek gaan naar de meest geschikte fora, waardoor het normale verloop van het faillissement zou worden verstoord. [53] Al zou het enig voordeel opleveren voor de schuldeisers woonachtig in de staat waar de curator zijn rechtsvorderingen instelt, het *algemene* belang dat door het faillissement wordt beschermd moet niet uit het oog worden verloren. En dat is niet alleen het belang van de individuele schuldeiser, maar ook dat van de boedel en van de gezamenlijke passiva. [54]

62. Er zijn evenwel gevallen waarin het universele model niet lijkt te voldoen. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan situaties met een extracommunautaire band, waarin veel minder gewaarborgd is dat het in de lidstaat waarin de procedure is geopend uitgesproken vonnis in een derde staat waar de goederen van de schuldenaar zich bevinden wordt erkend. Bovendien drukt bevoegdheidsconcentratie in een faillissementsprocedure de kosten niet altijd, want er zijn gevallen waarin het voordeliger zou zijn de rechtsvorderingen in te stellen in de lidstaat waar de goederen zich bevinden om verspilling van tijd en geld aan een erkennings- en tenuitvoerleggingsprocedure te voorkomen.

63. Gezien dit alles moet het universalisme van verordening nr. 1346/2000 met betrekking tot de faillissementspauliana enigszins gerelativeerd worden.

4. Bevoegdheid van verordening nr. 1346/2000: alternatief of exclusief?

64. De gemeenschapsrechtelijke insolventieregels bevatten een aantal rechterlijke bevoegdheidsregels van verschillende aard. Uit de desbetreffende bepalingen blijkt dat voor de opening, het verloop en de beëindiging van de procedure, alsmede voor de rechtstreeks uit de procedure voortvloeiende rechtsvorderingen is voorzien in een *exclusieve* bevoegdheid. Voor de conservatoire maatregelen geldt daarentegen een bevoegdheidsregeling van *alternatieve* aard.

52 — Punt IV, 2 en 3, van de schriftelijke opmerkingen van de Griekse regering, en punt 4.2, sub 16, van de opmerkingen van de Tsjechische regering.

53 — Arrest Staubitz-Schreiber, reeds aangehaald, punt 28.

54 — Al lopen de meningen over het faillissement uiteen — van vereffenend tot conservatoir — toch ben ik het er met een tak in de leer over eens dat beide opvattingen één bepalende factor gemeen hebben: „de verwezenlijking van een rechtvaardigheidsideaal", zoals Bermejo Gutiérrez, N., *Créditos y quiebra,* Civitas, Madrid, 2002, blz. 467/468, betoogt.

65. De bijzonderheden van de faillissementspauliana vereisen dat de rechterlijke bevoegdheid ter zake niet altijd exclusief is. Zoals door verschillende auteurs is opgemerkt betreft het een *relatief exclusieve* bevoegdheid, die als een voorrecht van de curator beschouwd dient te worden. [55] Ik ben het eens met degenen die menen dat de uitoefening van de faillissementspauliana door de curator een bijzonder, slechts hem ten dienste staand recht tot procesrechtelijk optreden betreft. Derhalve mag alleen hij de meest aangewezen procedurele stappen nemen in de loop van het geding en ten behoeve van de boedel.

66. Deze zienswijze is gegrond op artikel 18, lid 2, van verordening nr. 1346/2000, dat de curator het recht geeft „*in een andere lidstaat* in en buiten rechte aan [te] voeren dat een roerend goed na de opening van de insolventieprocedure van het grondgebied van de lidstaat waar de procedure is geopend, is overgebracht naar het grondgebied van die andere lidstaat". [56] Onmiddellijk daarna machtigt deze bepaling hem „elk rechtsmiddel aan [te] wenden dat de belangen van de schuldeisers dient", er daarbij logischerwijze van uitgaande dat hij dit kan doen „in [een] andere lidstaat", zoals de eerste zin van deze bepaling aangeeft. [57]

67. Dezelfde aanpak komt naar voren in artikel 25, lid 1, tweede alinea, van deze verordening. Onder de bepalingen betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen is een verplichting opgenomen tot erkenning van „beslissingen die rechtstreeks voortvloeien uit de insolventieprocedure en daar nauw op aansluiten, *zelfs indien die beslissingen door een andere rechter worden gegeven*". Ingevolge de verordening mogen de beslissingen naar aanleiding van een faillissementspauliana worden genomen door de faillissementsrechter of door een andere rechter, of deze zich nu in het eigen land of in een andere lidstaat bevindt.

68. Dit voorrecht van de curator strookt met de taken die hij vervult in de insolventieprocedure. Artikel 2, sub b, van verordening nr. 1346/2000 definieert hem als elke persoon of elk orgaan, belast met „het beheer of de liquidatie van de goederen waarover de schuldenaar het beheer en de beschikking is verloren of met het toezicht op het beheer van diens zaken". Curatoren hebben niet in alle lidstaten dezelfde bevoegdheden en dezelfde verplichtingen, maar in de regel hebben zij allen het alleenrecht op het treffen van de belangrijke maatregelen in elke insolventieprocedure. De curator is de beschermer van de boedel, van de *par conditio creditorum*, alsmede degene die het initiatief neemt voor akkoorden of saneringsplannen waardoor de onderneming uit de crisis kan geraken. Naargelang van de strategische beslissingen die hij neemt, zal hij bij de uitvoering van de beschermingsmaatregelen ten behoeve van de boedel moeten kiezen tussen verschillende fora.

55 — Virgós, M., en Garcimartín, F., op. cit., blz. 69-71.
56 — Cursivering van mij.
57 — Pannen, K., op. cit., blz. 329/330, alsmede het Rapport-Virgós/Schmit, punten 167 e.v.

C — *Slotsom*

69. Gezien het voorgaande meen ik dat ingevolge artikel 3, lid 1, van verordening nr. 1346/2000 de rechter van de lidstaat bij wie de insolventieprocedure aanhangig is, bevoegd is tot kennisneming van een faillissementspauliana tegen een in een andere lidstaat gevestigde verweerder. Nu het een relatief exclusieve bevoegdheid betreft is het aan de curator om het gerecht te kiezen dat hij, afhankelijk van de banden met de gewraakte beschikkingshandeling, het meest geschikt acht ter bescherming van de boedel.

VI — Tweede prejudiciële vraag

70. De tweede prejudiciële vraag wordt door de verwijzende rechter afhankelijk gesteld van een ontkennende beantwoording door het Hof van de eerste vraag. Gezien de door mij verdedigde oplossing voor die eerste vraag, behoeft de tweede vraag niet onderzocht te worden.

71. Indien het Hof zich echter niet zou kunnen verenigen met mijn advies, zou teruggegrepen moeten worden op het beginsel van het ontbreken van leemten tussen verordening nr. 44/2001 en verordening nr. 1346/2000. Op grond van dit beginsel en van de innerlijke samenhang van het gemeenschapsrecht zouden de op de faillissementspauliana met communautaire banden toepasselijke bevoegdheidregels dan in deze instrumenten zijn gelegen. Wanneer het Hof tot het oordeel zou komen dat dit soort rechtsvorderingen niet onder artikel 3, lid 1, van verordening nr. 1346/2000 valt, zouden verordening nr. 44/2001 en de daarin voorziene regels van internationaal bevoegdheidsrecht van toepassing zijn.

72. Dit is niet de meest wenselijke uitkomst, want zij zou betekenen dat de Gourdain-rechtspraak door de invoering van verordening nr. 1346/2000 is achterhaald. In dat geval zou het Hof tot een coherente en alomvattende uitspraak moeten komen, die een overtuigend alternatief biedt voor de in die zaak door hem gevestigde rechtspraak. [58]

73. De andere optie, de nationale conflictregels de criteria voor de internationale bevoegdheid laten bepalen, zou indruisen tegen het door beide verordeningen beoogde nuttig effect, zoals ik in punt 53 van deze conclusie uiteenzet.

58 — Overbodig hierbij te zeggen dat het Hof ingeval het tot een herziening van de Gourdain-rechtspraak zou besluiten, het dit uiteraard in de samenstelling als Grote kamer zou behoren te doen.

74. De desastreuze gevolgen in aanmerking nemend die aan een ontkennende beantwoording van de eerste prejudiciële vraag zijn verbonden, wint mijn advies aan kracht, als betrof het een *reductio ad absurdum*. Ik meen daarom met nog meer klem de argumenten te moeten benadrukken die ik in verband met de eerste vraag van de verwijzende rechter heb verdedigd.

VII — Conclusie

75. Overeenkomstig hetgeen ik hiervóór heb uiteengezet, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Bundesgerichtshof als volgt te beantwoorden:

„Artikel 3, lid 1, van verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, dient aldus te worden uitgelegd dat de rechter van de lidstaat bij wie een insolventieprocedure aanhangig is, bevoegd is tot kennisneming van een faillissementspauliana tegen een verweerder die in een andere lidstaat is gevestigd."