



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MICHAL BOBEK
föredraget den 21 juni 2018¹

Mål C-337/17

**Feniks Sp. z o.o.
mot
Azteca Products & Services SL**

(begäran om förhandsavgörande från Sąd Okręgowy w Szczecinie (regiondomstol i Szczecin, Polen))

”Begäran om förhandsavgörande – Område med frihet, säkerhet och rättvisa – Domstols behörighet på privaträttens område – Särskilda behörighetsregler – Talan som avser avtal – *Actio pauliana*”

I. Inledning

1. I begynnelsen av den romerska historien var varje utlänning fiende till staten. Denne kunde inte göra gällande några rättigheter eller skydd enligt civilrätten (*ius civile*), som blott var förbehållen romerska medborgare.² Senare, i synnerhet under kejsartiden, tilläts en viss grad av rättslig mångfald, särskilt i imperiets ständigt utvidgade provinser. Tillämpning av *ius civile* på icke-medborgare åstadkoms dessutom gradvis genom olika rättsliga konstruktioner som ”fingerat medborgarskap”,³ som uttrycktes av Gaius på följande sätt: ”... romerskt medborgarskap fingeras för en utlänning som inleder eller svarar i en rättegång som bedrivs enligt våra lagar förutsatt att det är berättigat att denna rättegång får utsträckas till att avse en utlänning ...”.⁴

2. I vart fall skulle en sådan talan prövas av institutionerna inom det romerska imperiet i vid bemärkelse eller inom ramen för dessa. Politiskt sett fanns det inte några självständiga stater inom det romerska imperiet mellan vilka det kunde uppkomma lagkonflikter i modern mening (mellan lika suveräna rättsordningar). När således en praetor vid namn Paulus omkring år 150–125 före Kristus tydligen för första gången tillät en talan som gjorde det möjligt för borgenären att angripa alla handlingar som företagits bedrägligt av gäldenären till förfång för den borgenären, en talan som senare blev känd som *actio pauliana*,⁵ uppkom helt enkelt inte frågan om behörig domstol för en sådan talan.

1 Originalspråk: engelska.

2 Se, till exempel, Rattigan, W.H., *De Iure Personarum or A Treatise on the Roman Law of Persons*, Wildy & Sons, London, 1873, s. 126–130, eller Rein, W., *Das Römische Privatrecht und der Civilprozess bis in das erste Jahrhundert der Kaiserherrschaft*, K.F. Koehler, Leipzig, 1836, s. 47–48 och s. 106.

3 Se, till exempel, Sullivan, W.P., ”Consent in Roman Choice of Law”, *Critical Analysis of Law*, vol. 3, No 1, 2016, s. 165–166 eller Aldo, C., ”Legal Pluralism in Practice”, du Plessis, P.J., Aldo, C., och Tuori, K. (red.), *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 286–287.

4 Gaius, *Institutiones*, Bok 4:37: ”Item civitas romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo iustum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi...”. *The Institutes of Gaius*, Translated with an Introduction by Gordon, W. M. and Robinson, O.F., Duckworth, London, 1988, s. 431.

5 Som målände beskrivits av generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer i målet Deko Marty Belgium (C-339/07, EU:C:2008:575, punkterna 24–26).

3. I Herrens år 2018 är situationen en annan. De polska bolagen Feniks Sp. z o.o., etablerat i Szczecin (nedan kallat Feniks) och COLISEUM 2101 Sp. z. o.o., också etablerat i Szczecin (nedan kallat COLISEUM) ingick ett kontrakt rörande ett utvecklingsprojekt i Polen. COLISEUM, ingick ytterligare avtal med underleverantörer men kunde inte betala dem. Dessa underleverantörer betalades i stället av Feniks. Till följd härav blev COLISEUM gäldenär till Feniks.

4. COLISEUM sålde sedan ett markområde beläget i Polen till Azteca Products & Services SL, etablerat i Alcora (Spanien) (nedan kallat Azteca). Köpeskillingen kvittades mot den skuld som COLISEUM hade till Azteca.

5. Feniks väckte talan mot Azteca enligt bestämmelserna i den polska civillagen rörande ett förfarande kallat *actio pauliana* med yrkande om fastställelse av att försäljningen av den fasta egendomen inte kunde göras gällande i förhållande till Feniks. Denna talan väcktes vid Sąd Okręgowy w Szczecinie (regiondomstol, Szczecin), den hänskjutande domstolen. Denna domstol hyser tvivel om huruvida polska domstolar har internationell behörighet. Dess uppfattning är att behörighet endast kan föreligga om talan i fråga kan anses "avse avtal" enligt förordning nr 1215/2012.⁶ Om så inte är fallet ska den internationella behörigheten bestämmas enligt den allmänna behörighetsregeln i den medlemsstat där svaranden har sitt hemvist, i detta fall Spanien, där Azteca är etablerat.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. EU-rätt

6. Då talan vid den nationella domstolen väcktes den 11 juli 2016 är förordning (EU) nr 1215/2012 tillämplig i tidshänseende (*ratione temporis*).⁷

7. Skälen 15 och 16 i förordning nr 1215/2012 anger följande:

"(15) Behörighetsbestämmelserna bör uppfylla kravet på förutsebarhet och bygga på den allmänna principen om svarandens hemvist. Det bör alltid kunna gå att bestämma vilken domstol som är behörig utifrån denna princip, utom i vissa bestämda fall när tvistens art eller hänsynen till parternas rätt att själva avtala om behörig domstol gör det berättigat att använda något annat kriterium om anknytning ...

(16) Principen om att domstolen där svaranden har hemvist är behörig bör kompletteras med alternativa behörighetsgrunder i de fall där det finns en nära anknytning mellan domstolen och tvisteföremålet eller då detta krävs för att underlätta en korrekt rättskipning."

8. Enligt artikel 1.2 b i förordning nr 1215/2012 är förordningen inte tillämplig på "konkurs, ackord och liknande förfaranden".

9. I artikel 4.1 i förordning nr 1215/2012 anges följande: "Om inte annat föreskrivs i denna förordning, ska talan mot den som har hemvist i en medlemsstat väckas vid domstol i den medlemsstaten, oberoende av i vilken stat han eller hon har medborgarskap."

10. Artikel 5.1 föreskriver följande: "Talan mot den som har hemvist i en medlemsstat får väckas vid domstol i en annan medlemsstat endast med stöd av bestämmelserna i avsnitten 2–7 i detta kapitel."

6 Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (EUT L 351, 2012, s. 1).

7 Artikel 66.1 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (EUT L 351, 2012, s. 1).

11. I artikel 7 led 1, som är del av avsnitt 2 i kapitel II i samma förordning, anges följande: ”Talan mot en person som har hemvist i en medlemsstat får väckas i en annan medlemsstat:

- 1) a) Om talan avser avtal, vid domstolen för uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser.;
- b) Vid tillämpning av denna bestämmelse, och såvida inte annat avtalats, avses med uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser
 - vid försäljning av varor, den ort i en medlemsstat dit enligt avtalet varorna har eller skulle ha levererats,
 - vid utförande av tjänster, den ort i en medlemsstat där enligt avtalet tjänsterna har eller skulle ha utförts.;
- c) Om led b inte gäller, ska led a gälla.”

B. Nationell rätt

12. Artikel 527 och följande artiklar i ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 – Kodeks cywilny (lag av den 23 april 1964 om införande av civillagen) (Dziennik Ustaw från år 2017, post 459) (nedan kallad civillagen) anger det förfarande som betecknas som *actio pauliana* i polsk rätt. Artikel 527 har följande lydelse:

”1. Har tredje man erhållit en ekonomisk fördel till följd av att gäldenären företagit en rättshandling som missgynnar borgenärerna, kan var och en av dessa borgenärer begära att handlingen ska ogiltigförklaras för tredje mans del, om gäldenären har agerat i vetskap om att borgenärerna missgynnas och tredje man kände till eller genom sin omsorgsplikt borde ha kunnat känna till detta.

2. En av gäldenären företagen rättshandling missgynnar borgenärerna om gäldenären blivit insolvent till följd av denna handling eller graden av dennes insolvens har ökat jämfört med tidpunkten innan handlingen företogs.

3. Har en gäldenären närstående person erhållit en ekonomisk fördel till följd av att gäldenären företagit en rättshandling som missgynnar borgenärerna, kan det antas att denna person haft kännedom om att gäldenären har agerat i avsikt att missgynna borgenärerna.

4. Har en näringsidkare som har en fast affärsförbindelse med gäldenären erhållit en ekonomisk fördel till följd av att gäldenären företagit en rättshandling som missgynnar borgenärerna, kan det antas att denna person haft kännedom om att gäldenären agerade i avsikt att missgynna borgenärerna.”

13. Enligt artikel 530 i civillagen ska ”bestämmelserna i föregående artiklar tillämpas på motsvarande sätt när gäldenären har agerat i avsikt att missgynna framtida borgenärer. Har tredje man emellertid erhållit en ekonomisk fördel mot vederlag, kan borgenären endast begära ogiltigförklaring av handlingen om tredje man kände till gäldenärens avsikt.”

14. Artikel 531 i civillagen har följande lydelse:

”1. Ogiltigförklaring av en rättshandling företagen av gäldenären som missgynnar borgenärerna sker genom talan eller överklagande mot tredje man som till följd av denna handling har erhållit en ekonomisk fördel.

2. Har tredje man förfogat över den erhållna fördelen kan borgenären hävda sitt anspråk direkt gentemot den person till vilken förfogandet skett under förutsättning att personen i fråga har känt till de omständigheter som motiverar ogiltigförklaring av gäldenärens handling eller om förfogandet skett utan vederlag.”

15. Artikel 533 i civillagen föreskriver att ”tredje man som har erhållit en ekonomisk fördel till följd av att gäldenären företagit en rättshandling som missgynnar borgenärerna kan befrias från skyldigheten att fullgöra borgenärens anspråk på att handlingen ska ogiltigförklaras om han tillgodoser denna borgenär eller informerar denne om att gäldenären har tillräckliga tillgångar för att tillgodose borgenären.”

III. De faktiska omständigheterna, det nationella förfarandet och tolkningsfrågorna

16. Bolaget COLISEUM 2101 Sp. z. o.o. är etablerat i Szczecin (Polen). Som generalentreprenör ingick det ett avtal med bolaget Feniks Sp. z. o.o., som också var etablerat i Szczecin, som en investerare (nedan kallad sökanden). Avtalet avsåg arbeten som skulle genomföras i Gdańsk (Polen). COLISEUM ingick ett antal avtal med underentreprenörer men underlät därefter att fullgöra sina skyldigheter med avseende på samtliga avtal.

17. Enligt regler om solidariskt ansvar i polsk rätt betalade Feniks enligt villkorade avtal och avtal om fordringsförvärv de 757 828,10 PLN som COLISEUM var skyldigt underentreprenörerna. Härigenom blev Feniks COLISEUM:s borgenär intill ett sammanlagt belopp om 1 396 495,48 PLN.

18. Genom ett avtal dagtecknat den 30 januari 2012 och undertecknat i Szczecin sålde COLISEUM fast egendom som det ägde i Szczecin till Azteca Products & Services SL som var etablerat i Alcora (Spanien) (nedan kallat svaranden).

19. Svaranden blev således COLISEUM:s gäldenär intill ett belopp om 6 079 275 PLN. Samtidigt var COLISEUM svarandens gäldenär på grund av låneavtal intill ett belopp om 4 987 861,30 PLN. I ett annat avtal ingånget i Szczecin den 31 januari 2012 kom svaranden och COLISEUM överens om att kvitta deras fordringar mot varandra. Härigenom blev svaranden skyldig att betala COLISEUM ett belopp om 1 091 413,70 PLN.

20. Sökanden ansåg att COLISEUM var insolvent, att avtalet om försäljning ökade den insolvensen och att när COLISEUM ingick avtalet handlade det medvetet till förfång för befintliga och framtida borgenärer.

21. Sökanden väckte därför talan mot svaranden den 11 juli 2016 vid Sąd Okręgowy w Szczecinie (regiondomstol, Szczecin) med yrkande om fastställelse av att avtalet om försäljning är ogiltigt i förhållande till sökanden.

22. Till stöd för den domstolens internationella behörighet åberopade sökanden artikel 7 led 1 a i förordning nr 1215/2012. Sökanden angav att uttrycket ”sprawy dotyczące umowy” (”om talan avser avtal”) ska tolkas så, att det avser en situation där ett avtal är anledningen till väckande av talan i syfte att lösa det anspråk som direkt avser avtalet. Detta är fallet med en *actio pauliana* som riktas mot svaranden.

23. Svaranden har gjort gällande att de polska domstolarna inte har behörighet och har yrkat att talan ska avvisas. Enligt svarandens uppfattning är inte talan om ogiltigförklaring av en handling ”talan som avser avtal”, i den mening som avses i artikel 7 led 1 i förordning nr 1215/2012. Inte heller anser svaranden att talan i fråga omfattas av någon annan särskild eller exklusiv behörighetsregel i förordning nr 1215/2012. Svaranden anser att eftersom svaranden är etablerad i Spanien ska talan föras i den medlemsstaten enligt huvudregeln i artikel 4 i förordning nr 1215/2012.

24. Under dessa omständigheter beslutade Sąd Okręgowy w Szczecinie (regiondomstol, Szczecin) att vilandeförklara målet och att hänskjuta följande frågor till EU-domstolen:

”a) Är det fråga om ’talan som avser avtal’, i den mening som avses i artikel 7 led 1 a i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område, när en talan väcks mot en köpare som är etablerad i en medlemsstat om fastställelse av att ett köpeavtal avseende en fastighet som är belägen i en annan medlemsstat är ogiltigt till följd av förfång för säljarens borgenärer och avtalet har ingåtts i denna andra medlemsstat och där genomförts fullt ut?

b) Ska ovanstående fråga besvaras genom tillämpning av doktrinen om *acte éclairé* med hänvisning till EU-domstolens dom av den 17 juni 1992, Handte, (C-26/91, EU:C:1992:268), trots att den domen gällde en tillverkares ansvar för fel på varan i ett fall då tillverkaren inte kunnat förutse till vem varan skulle säljas vidare och vem som till följd av detta skulle kunna hävda anspråk mot honom, medan denna talan mot köparen om ”fastställelse av att ett avtal om försäljning av fast egendom är ogiltigt” till följd av förfång för säljarens borgenärer för bifall kräver att köparen ska ha kännedom om att rättshandlingen (köpeavtalet) har företagits till förfång för borgenärerna, vilket innebär att köparen får räkna med att en sådan talan väcks av någon av säljarens borgenärer?”

25. Skriftliga yttranden har avgetts av sökanden, svaranden, den polska regeringen, Schweiziska edsförbundets regering och av kommissionen. Sökanden, svaranden, den polska regeringen och kommissionen yttrade sig muntligen vid förhandlingen som ägde rum den 11 april 2018.

IV. Bedömning

26. Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i frågan huruvida en talan som *actio pauliana*, som regleras i den polska civillagen, kan anses som en ”talan som avser avtal”, i den mening som avses i artikel 7 led 1 i förordning nr 1215/2015. Den frågar också om EU-domstolens avgörande i målet Handte⁸ är tillämpligt på denna situation.

27. Jag kommer att behandla båda frågorna tillsammans. Först beskriver jag ursprunget till och de olika formerna av *actio pauliana* (A). Sedan kommer jag att undersöka EU:s behörighetsregler rörande *actio pauliana* och förklara varför *actio pauliana*, i detta specifika sammanhang, inte kan anses som ”talan som avser avtal” (B). Slutligen kommer jag att övergå till samma fråga på en generell nivå: efter flera avgöranden av denna domstol som anger att *actio pauliana* kanske inte är tiden mogen för att behandla frågan vad en *actio pauliana* som den som föreligger i målet vid den nationella domstolen faktiskt är och hur den ska behandlas i fråga om domstols behörighet (C).

A. Ursprunget till och de olika formerna av *actio pauliana*

28. Ursprunget till *actio pauliana* återfinns i den romerska rätten (1). Fastän vissa gemensamma drag som kan hänföras till detta ursprung kvarstår finns i dag ett antal olika nationella former av *actio pauliana* i medlemsstaterna (2).

⁸ Dom av den 17 juni 1992, Handte (C-26/91, EU:C:1992:268).

1. Romersk rätt

29. Som generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer uttryckt det hade även *actio pauliana* redan under romartiden utvecklats från att vara ett ”verkställighetsinstrument som gav borgenären rätt att sälja gäldenären som slav” till ett förfarande ”som innebar att det blev möjligt för borgenären att upphäva bedrägliga handlingar som gäldenären företagit till förfång för borgenären” genom att väcka ”talan mot tredje man som förvärvat den omtvistade egendomen”.⁹

30. Under den klassiska perioden förefaller det ha förelegat två särskilda förfaranden för behandling av bedräglig överföring av egendom: *restitutio in integrum ob fraudem* och *interdictum fraudatorium*.¹⁰

31. För det första innebar *restitutio in integrum ob fraudem* en rätt för konkursförvaltaren (*curator bonorum*) att begära att domaren i fråga skulle besluta att den bedrägligt överförda egendomen ska återföras till gäldenärens tillgångsmassa. Detta förfarande inleddes vanligen efter det att insolvensförfarandet inletts men före verkställigheten avseende tillgångarna. Det innebar att de bedrägligt överförda tillgångarna beaktades vid verkställigheten avseende gäldenärens tillgångar.

32. För det andra var *interdictum fraudatorium* ett förfarande för en viss borgenär. Den berörda borgenären kunde begära att domaren skulle utfärda ett beslut (*interdictum*) om att de bedrägligt överförda tillgångarna ska återföras till gäldenärens tillgångsmassa, så att den berörda borgenären kan kräva ersättning för skada som orsakats av en sådan överföring.

33. Den justinianska kodifieringen tycks ha sammanfört dessa två förfaranden till en talan kallad *Pauliana*.¹¹ Det är värt att notera (och kanske av viss betydelse i dag) att det tydligen ansågs att förfarandenas karaktär var tillräckligt lika för att de två tidigare separata förfarandena kunde sammanföras under en gemensam beteckning oavsett om de inleddes i ett insolvensförfarande eller av en enskild borgenär.

34. I vart fall förefaller det råda samstämmighet i fråga om tre moment som är utmärkande för en sådan talan.¹² För det första faktisk skada (av objektiv natur) som förelåg vid tiden för talans väckande (*eventus damni*), för det andra gäldenärens avsikt att skada sina borgenärer (*consilium fraudis*), det vill säga gäldenärens vilja att företa en *eventus damni*, och för det tredje ond tro hos tredje man (*scientia fraudis*), tredje mans vetskap om att den bedrägliga handlingen företogs med gäldenärens *consilium fraudis*.

9 Förslag till avgörande av generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer i målet Deko Marty Belgium (C-339/07, EU:C:2008:575, punkterna 24–26).

10 För en beskrivning av dessa två förfaranden se till exempel Talamanca, M., *Istituzioni di Diritto Romano*, Dott. A., Giuffrè Editore, Milano, 1990, s. 659, Kaser, M., *Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht*, 2:a upplagan, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1971, s. 252, Marrone, M., *Lineamenti di Diritto Privato Romano*, G. Giappichelli Editore, Turin, 2001, s. 299, Guarino, A., *Diritto Privato Romano*, Editore Jovene Napoli, Napoli, 2001, s. 1020, Impallomeni, G., ”Azione Revocatoria (Diritto Romano)”, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. II, 1957, Unione Tipografica – Editrice Torinese, Turin, s. 147, Fernández Barreiro, A., och Paricio Serrano, J., *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, 9:e upplagan, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2016, s. 105.

11 Se, till exempel, Marrone, M., *Lineamenti di Diritto Privato Romano*, G. Giappichelli Editore, Turin, 2001, s. 300, Guarino, A., *Diritto Privato Romano*, Editore Jovene Napoli, Napoli, 2001, s. 1020, Kaser, M., *Das römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt, Die nachklassischen Entwicklungen*, 2:a upplagan, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1975, s. 94–95, Kaser, M., Knütel, R., Lohsse, S., *Römisches Privatrecht – Ein Studienbuch*, 21:a upplagan, C.H. Beck, München, 2017, § 9.12, Fernández Barreiro, A. och Paricio Serrano, J., *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, 9:e upplagan, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2016, s. 106.

12 Se, till exempel, Marrone, M., *Lineamenti di Diritto Privato Romano*, G. Giappichelli Editore, Turin, 2001, s. 299, Guarino, A., *Diritto Privato Romano*, Editore Jovene Napoli, Napoli, 2001, s. 1021, Talamanca, M., *Istituzioni di Diritto Romano*, Dott. A., Giuffrè Editore, Milano, 1990, s. 659, Impallomeni, G., ”Azione Revocatoria (Diritto Romano)”, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. II, 1957, Unione Tipografica – Editrice Torinese, Turin, s. 148, Fernández Barreiro, A. och Paricio Serrano, J., *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, 9:e upplagan, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2016, s. 105, Carballo Piñeiro, L., ”Acción Pauliana e integración Europea: una propuesta de ley aplicable”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV, 2012, s. 48.

2. Nuvarande nationella former

35. I dag används termen *actio pauliana* vanligen för att beteckna ett särskilt slags förfarande som gör det möjligt för borgenären att få en handling ogiltigförklarad i förhållande till den borgenären efter det att gäldenären företagit denna handling för att minska sina tillgångar genom att överföra dem till en tredje man. Typiskt sett väcker borgenären talan direkt mot tredje man. Begreppet *actio pauliana* har beskrivits som en ”rad metoder för att erbjuda borgenärer skydd i fall där gäldenären minskar sina utmätningsbara tillgångar för att undvika att betala sina skulder”.¹³

36. Vid närmare betraktelse ger emellertid de gemensamma momenten vika för många skillnader. Kanske inte till sitt slag men förvisso i fråga om hur instrumentet tillämpas. Metaforiskt uttryckt, mycket i likhet med filmen *Cloud Atlas*¹⁴, förblir ett antal (allmänna) teman och motiv desamma i hela filmen, medan (faktiska) tillfällen, ansikten och platser där dessa teman förekommer och upprepas fortgående ändras. I ett jämförande perspektiv föreligger för närvarande två gemensamma moment men också minst två betydande avvikelser mellan medlemsstaterna.

37. Det första gemensamma momentet är det triangulära förhållandet mellan de tre parterna som grundas på i) förekomsten av ett skuldförhållande mellan en gäldenär och en borgenär, ii) en transaktion mellan gäldenären och tredje man och iii) förekomsten av gäldenärens ”avsikt att bedraga” – ävensom vetskap om detta faktum hos den till vilken överföring sker. I detta triangulära förhållande har *actio pauliana* en väsentligen skyddande funktion i samtliga rättssystem: begränsning av de rättsliga följderna för borgenären av gäldenärens förfogande över sina tillgångar när sådant förfogande hindrar borgenären från att få betalt för sin fordran.¹⁵

38. Ett andra relativt gemensamt drag är en intern indelning av *actio pauliana* i dess mer allmänna form inom civilrätten och dess mer specifika uttryck när det gäller insolvens.¹⁶ Den huvudsakliga skillnaden mellan dessa två kategorier ”ligger i vilka verkningar som de ger upphov till”: enligt civilrätten ”begränsar sig [verkningarna] till de enskilda borgenärer som väckt talan”, medan de enligt de konkursrättsliga bestämmelserna omfattar konkursboets samtliga tillgångar, vilket innebär att samtliga borgenärer gynnas.¹⁷

39. Vad först gäller de berörda skillnaderna beträffande den begreppsmässiga klassificeringen av *actio pauliana* förefaller det inte föreligga samstämmighet beträffande huruvida *actio pauliana* avser en sakrätt (*in rem*) som är knuten till de bedrägligt överförda tillgångarna eller en personlig rättighet (*in personam*) som är knuten till borgenären i fråga. Enligt vissa förefaller den sistnämnda inställningen vara förhärskande ”även om vissa äganderättsliga effekter [av *actio pauliana*] erkänns”.¹⁸

13 Se, till exempel, Pretelli, I., ”Cross-Border Credit Protection Against Fraudulent Transfers of Assets: Actio Pauliana in the Conflict of Laws”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, s. 590. För en liknande beskrivning, se Linna, T., ”Actio Pauliana – ‘Actio Europensis?’ Some Cross-Border Insolvency Issues”, *Journal of Private International Law*, vol. 10, 2014, s. 69. Se också Virgós Soriano, M. och Garcimartín Alférez, F., *Derecho procesal civil internacional: litigación internacional*, Civitas, Madrid, 2007, s. 704–705 eller Göranson, U., ”Actio pauliana outside bankruptcy and the Brussels Convention”, M. Sumampouw m.fl. (red.), *Law and Reality*, T.M.C Asser Instituut, Haag, 1992, s. 91.

14 *Cloud Atlas*, regi: Tykwer T., Wachowski L. och Wachowski L., 2012.

15 Virgós Soriano, M. och Garcimartín Alférez, F., *Derecho procesal civil internacional: litigación internacional*, 2:a upplagan, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, s. 704–705, vid 24.44.

16 Se, för ett liknande resonemang, McCormack, G., Keay A., Brown, S., *European Insolvency Law: Reform and Harmonization*, Edward Elgar Publishing Ltd, Cheltenham, 2017, s. 159, Göranson, U., ”Actio pauliana outside bankruptcy and the Brussels Convention”, Sumampouw M. m.fl. (red.), *Law and Reality: Essays on National and International Procedural Law in Honour of Cornelis Carel Albert Voskuil*, T.M.C. Asser Instituut, Haag, 1992, s. 90, Linna, T., ”Actio Pauliana – ‘Actio Europensis?’ Some Cross-Border Insolvency Issues”, *Journal of Private International Law*, vol. 10, 2014, s. 69, Pretelli, I., ”Cross-Border Credit Protection Against Fraudulent Transfers of Assets: Actio Pauliana in the Conflict of Laws”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, s. 598–599.

17 Se förslag till avgörande av generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer i målet *Deko Marty Belgium* (C-339/07, EU:C:2008:575, punkt 27 och där angiven doktrin).

18 Se, till exempel, Göranson, U., ”Actio pauliana outside bankruptcy and the Brussels Convention”, Sumampouw M. m.fl. (red.), *Law and Reality: Essays on National and International Procedural Law in Honour of Cornelis Carel Albert Voskuil*, T.M.C. Asser Instituut, Haag, 1992, s. 92.

40. Denna differentiering har faktiskt mycket djupare rötter. Den hänger samman med den systematiska uppfattningen om och klassificeringen av *actio pauliana* i respektive rättssystem. Vissa nationella rättsordningar reglerar denna talan i de processuella bestämmelserna rörande exekution. Andra rättssystem reglerar den genom materiella bestämmelser, såsom sådana som är tillämpliga på avtal och skyldigheter. Det finns också rättssystem som behandlar den som ett generellt förfarande som systematiskt är knutet till frågan om rättshandlingars giltighet eller klanderbarhet. Det senare scenariot förefaller också vara fallet beträffande de polska bestämmelserna som angetts i beslutet om hänskjutande.

41. För det andra och av större vikt i förevarande mål framkommer vid ett komparativt studium ytterligare skillnader när det gäller klassificeringen av *actio pauliana* i syfte att bestämma internationell behörighet och därpå tillämplig rätt.¹⁹ I båda fallen skapar det faktum att *actio pauliana* avser ett triangulärt förhållande mellan borgenär, gäldenär och den till vilken överföring sker svårigheter vid klassificeringen av de rättsförhållanden som uppstår i detta sammanhang. Dessa svårigheter härrör från mångfalden av de anknytande faktorer och intressen som står på spel som medför problem vid bestämmandet av "vilket av dessa intressen som är dominerande och vägledande".²⁰

B. Actio pauliana och EU-rättsliga regler om domstols behörighet

42. När det gäller domstols internationella behörighet är den centrala fråga som ska ställas inledningsvis huruvida en specifik *actio pauliana* förs i samband med ett insolvensförfarande eller i annat sammanhang. Beroende på svaret gäller olika regler om domstols behörighet och tillämplig lag.

43. Domstolen har ganska tidigt klarlagt att en *actio pauliana* som förs i samband med ett insolvensförfarande inte omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 1215/2012 (och dess rättsliga föregångare), då dess artikel 1.2 b utesluter mål rörande insolvens.²¹

44. De särskilda regler för domstols behörighet som är tillämpliga i samband med insolvens anges i insolvensförordningen.²² Domstolen har gett ytterligare vägledning beträffande när en viss talan om att upphäva en rättshandling faller inom insolvensområdet beroende på de faktiska och rättsliga omständigheterna i varje enskilt fall. Tillämpningen av dessa vägledande riktlinjer är inte alltid självklar.²³

45. I förevarande mål anges i beslutet om hänskjutande att COLISEUM är insolvent. Det förefaller emellertid som om konkursansökan mot detta bolag inte bifölls. Detta bekräftades också vid förhandlingen. Härav följer att när sökanden väckte talan mot svaranden var COLISEUM inte föremål för något insolvensförfarande. Därför återfinns de relevanta reglerna för bestämmande av domstols behörighet i förordning nr 1215/2012.

19 För en komparativ översikt se, till exempel, Pretelli, I., "Cross-Border Credit Protection Against Fraudulent Transfers of Assets: Actio Pauliana in the Conflict of Laws", *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, s. 590.

20 Se, till exempel, Göranson, U., "Actio pauliana outside bankruptcy and the Brussels Convention", Sumampouw M., m.fl. (red.), *Law and Reality: Essays on National and International Procedural Law in Honour of Cornelis Carel Albert Voskuil*, T.M.C Asser Instituut, Haag, 1992, s. 93.

21 Se dom av den 22 februari 1979, Gourdain (133/78, EU:C:1979:49, punkterna 4–6) angående ett generellt uttalande om förfaranden gällande insolvensfrågor. Beträffande tillämpning av detta generella uttalande på insolvensförfaranden, se dom av den 12 februari 2009, Deko Marty Belgium (C-339/07, EU:C:2009:83).

22 Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 2015/848 av den 20 maj 2015 om insolvensförfaranden (EUT L 141, 2015, s. 19). Denna upphävde rådets förordning (EG) nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden (EGT L 160, 2000, s. 1).

23 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 februari 2009, Deko Marty Belgium (C-339/07, EU:C:2009:83), dom av den 10 september 2009, German Graphics Graphische Maschinen (C-292/08, EU:C:2009:544), och dom av den 19 april 2012, F-Tex (C-213/10, EU:C:2012:215). Se också Virgos/Schmit-rapporten om konventionen om insolvensförfaranden av den 3 maj 1996, rådets dokument nr 6500/1/96 REV 1 DRS (CFC), punkt 77, tillgänglig i Moss, G., Fletcher, I.F., och Isaacs, S., *The EC Regulation on Insolvency proceedings A Commentary and Annotated Guide*, 2. uppl., Oxford University Press, 2009, s. 381 och följande sidor.

46. Emellertid innehåller varken förordning nr 1215/2012 eller dess föregångare i lagstiftningen någon regel om vilken domstol som är behörig i fråga om en sådan talan som den *actio pauliana* som är i fråga i målet vid den nationella domstolen. På samma sätt saknar Rom I-förordningen²⁴ och Rom II-förordningen²⁵, som behandlar tillämplig lag för avtalsförpliktelser respektive utomobligatoriska förpliktelser, bestämmelser i frågan och är således inte någon inspirationskälla för hur *actio pauliana* skulle kunna behandlas.²⁶

47. Domstolen har redan haft tillfälle att ta ställning till olika grunder för domstols behörighet som aktualiserats (och uteslutits) i detta sammanhang. (1). Huvudfrågan i förevarande mål är huruvida en grund för domstols behörighet som inte uttryckligen har prövats (som är den för ”talan som avser avtal”) kan tillämpas i ett fall som det förevarande (2).

1. Grunder för domstols behörighet som redan uteslutits

48. Domstolen har redan avgjort att en talan som i dess huvuddrag liknar den talan som är i fråga i förevarande mål²⁷ inte kan omfattas av grunderna för exklusiv eller särskild behörighet avseende sakrätt i fast egendom,²⁸ verkställighet av domar,²⁹ interimistiska åtgärder³⁰ och skadestånd utanför avtalsförhållanden.³¹

49. I sin dom i målet Reichert I³² fann domstolen att den exklusiva behörigheten avseende sakrätter i fast egendom inte gällde för den franska civilrättsliga *actio pauliana*. I det målet hade makarna Reichert, som hade hemvist i Tyskland, genom gåva överlåtit fast egendom i Frankrike till deras son. Deras borgenär, Dresden Bank, angrep överlåtelsen vid fransk domstol.

50. Domstolen förklarade att den exklusiva behörigheten för domstolarna avseende sakrätt ”inte innefattar varje talan som avser sakrätt i fast egendom, utan endast talan som ... avser fastställelse av omfattningen eller beskaffenheten av fast egendom eller äganderätten eller besittningen till sådan egendom eller av huruvida det finns annan sakrätt knuten till denna egendom samt att tillförsäkra innehavarna av dessa rättigheter skydd för de befogenheter som är knutna till rättigheten”. Detta var inte fallet med den talan som var i fråga som ”grundas på borgenärens personliga anspråk mot gäldenären och har till syfte att skydda den säkerhet som han må ha i gäldenärens egendom. Om talan bifalls, kan den handling som gäldenären företagit till skada för borgenärens rättigheter inte göras gällande mot borgenären”. Härtill kommer att ”prövning av en sådan talan ... innefattar inte bedömning av de faktiska omständigheterna eller tillämpning av regler och bruk på orten där egendomen är belägen (*locus rei sitae*) på ett sådant sätt att det är motiverat att tillerkänna en

24 Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I) (EUT L 177, 2008, s. 6).

25 Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 864/2007 av den 11 juli 2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser (Rom II) (EUT L 199, 2007, s. 40).

26 Det finns ändå ett inslag i förarbetena till Rom II-förordningen som visar att frågan hade övervägts. En föreslagen (men inte antagen) version av artikel 10 (med rubriken ”Actio Pauliana”) föreskrev att ”Villkor och verkningar som följer av en förpliktelse när en borgenär kan ifrågasätta ett avtal ingått av en gäldenär och en tredje part och som kan leda till att prestationen till borgenären inte fullgörs [reglering av fordran] skall avgöras genom den lag som skall tillämpas på den förpliktelse som har gjorts mellan borgenären och dennes gäldenär.” Se dokument från rådets generalsekretariat till kommittén för civilrättsliga ärenden (Rom II), (10231/99 JUSTCIV 112) 11982/99 JUSTCIV 150 av den 9 december 1999.

27 Den hänskjutande domstolen anmärker att polsk *actio pauliana* är olik den franska som diskuterades i de fall vartill hänvisades i detta avsnitt av förslaget till avgörande (fotnoterna 32 och 35). Såsom redan beskrivits ovan i punkterna 36–41 är det sannolikt att två former av *actio pauliana* skiljer sig åt såvitt gäller detaljerade processuella och materiella krav. Det är ändå lika sant att deras utformning i grunden som beskrivits särskilt i punkt 35 ovan är helt jämförbara.

28 Artikel 16.1 i Brysselkonventionen (nu artikel 24.1 i förordning nr 1215/2012).

29 Artikel 16.5 i Brysselkonventionen (nu artikel 24.5 i förordning nr 1215/2012).

30 Artikel 24 i Brysselkonventionen (nu artikel 35 i förordning nr 1215/2012).

31 Artikel 5.3 i Brysselkonventionen (nu artikel 7.2 i förordning nr 1215/2012).

32 Dom av den 10 januari 1990, Reichert och Kockler (C-115/88, EU:C:1990:3).

domstol i den stat i vilken egendomen är belägen behörighet”.³³ Domstolen konstaterade avslutningsvis att denna bedömning inte påverkades av det faktum att nationella bestämmelser rörande offentlig registrering av rättigheter i fast egendom kan kräva att åtgärder vidtas i den stat där denna egendom är belägen.³⁴

51. Kort tid därefter tillade domstolen i målet Reichert II³⁵ att samma *actio pauliana* varken var en interimistisk åtgärd eller en talan som rörde verkställighet av en dom. Den avsåg inte heller en talan om skadestånd utanför avtalsförhållanden.

52. Domstolen förklarade att talan i fråga, för det första, inte kunde likställas med en interimistisk åtgärd eller en säkerhetsåtgärd och att för det andra ”fastän [den] tillvaratar borgenärens intressen med sikte ... på en påföljande indrivning av fordringen med tvångsmedel avser den inte att åstadkomma ett beslut i ett förfarande avseende ’ianspråktagande av tvångsmedel, handräckning eller utmätning avseende lös eller fast egendom i syfte att säkerställa effektiv verkställighet av domar och officiella handlingar’”.³⁶ Domstolen anförde vidare, för det tredje, att grunden för domstols behörighet avseende talan om skadestånd utanför avtalsförhållanden inte var tillämplig då *actio pauliana* ”inte avser att ålägga gäldenären skyldighet att ersätta de skador han orsakat sin borgenär genom sitt oredliga förfarande utan avser att, för borgenärens del, undanröja effekterna av gäldenärens handlande. Den riktas inte endast mot gäldenären utan även mot den person som drar fördel av handlingen, som inte är part i förpliktelsen i förhållandet mellan borgenären och dennes gäldenär och även när denna tredje man inte har gjort sig skyldig till en rättsstridig handling i fall när transaktionen skett utan vederlag”.³⁷

53. I dessa två domar undersökte domstolen tillämpligheten av bestämmelser om särskild och exklusiv behörighet som möjligen kunde komma i fråga i samband med *actio pauliana* med undantag för bestämmelsen om talan som avser avtal. Den eventuella tillämpligheten av denna behörighetsgrund, som jag behandlar i följande avsnitt, utgör kärnan i förevarande mål.

2. Handlar förevarande mål om en talan som avser avtal?

54. Det framgår av fast rättspraxis att ”begreppet ’talan avser avtal’ ska ges en självständig tolkning för att säkerställa att det tillämpas enhetligt i samtliga medlemsstater”.³⁸ I målet Handte, som åberopas av den hänskjutande domstolen, ävensom i därtill relaterad rättspraxis uttalade domstolen att tillämpligheten av denna behörighetsgrund förutsätter att det föreligger en ”förpliktelse som en part frivilligt åtagit sig gentemot en annan”³⁹ varpå kärandens talan grundas även om det inte krävs att ett

33 Dom av den 10 januari 1990, Reichert och Kockler (C-115/88, EU:C:1990:3, punkterna 11–12).

34 Dom av den 10 januari 1990, Reichert och Kockler (C-115/88, EU:C:1990:3, punkt 13).

35 Dom av den 26 mars 1992, Reichert och Kockler (C-261/90, EU:C:1992:149).

36 Dom av den 26 mars 1992, Reichert och Kockler (C-261/90, EU:C:1992:149, punkt 35 samt punkterna 27 och 28).

37 Dom av den 26 mars 1992, Reichert och Kockler (C-261/90, EU:C:1992:149, punkt 19).

38 På senare tid, till exempel, dom av den 7 mars 2018, flightright m.fl. (mål C-274/16, C-447/16 och C-448/16, EU:C:2018:160, punkt 58).

39 Dom av den 17 juni 1992, Handte & Co (C-26/91, EU:C:1992:268, punkt 15). Såsom påpekas i punkt 17 i denna dom rörde målet en kedja av internationella köpeavtal i vilka parternas avtalsförpliktelser kunde variera från avtal till avtal så att de avtalsrättigheter som köpare i senare led kunde göra gällande mot dennes omedelbara säljare inte nödvändigtvis var desamma som de som tillverkaren skulle ha godtagit i sitt förhållande till den förste köparen. Se också dom av den 17 september 2002, Tacconi (C-334/00, EU:C:2002:499, punkt 22), och dom av den 21 januari 2016, ERGO Insurance och Gjensidige Baltic (C-359/14 och C-475/14, EU:C:2016:40, punkt 44).

avtal ingåtts.⁴⁰ Med andra ord är möjligheten att åberopa denna behörighetsgrund beroende av *grunden för talan*⁴¹ och inte av parternas identitet.⁴² Konstaterandet av en förpliktelse är icke desto mindre nödvändigt "eftersom den nationella domstolens behörighet avgörs ... av den ort där den förpliktelse som talan avser skall uppfyllas".⁴³

55. Enligt vissa har domstolen redan *implicit* uteslutit tillämpligheten av behörighetsgrunden för talan som avser avtal på den franska *actio pauliana* i målet Reichert. I den meningen konstaterade generaladvokaten Gulmann i målet Reichert II att "det är förmodligen varken rätt eller lämpligt att inta uppfattningen att återvinningstalan grundas på avtalsrätten. Detta gäller även om borgenärens talan mot gäldenären har ... en kontraktuell grund och även om transaktionen i fråga är en överföring av egendom".⁴⁴ En liknande tanke uttrycktes av generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer i målet Deko Marty Belgium när han uttalade att "även om domstolen [i målet Reichert I] inte fastställde det uttryckligen, följer det av domen att det var domstolarna i den stat där svaranden hade sin hemvist som var behöriga".⁴⁵ Några rättsvetenskapsmän har också uttalat en liknande uppfattning.⁴⁶

56. Emellertid kvarstår faktum att domstolen aldrig uttryckligen har uteslutit behörighetsgrunden för talan som avser avtal. Den faktiska anledningen till det är att i de två Reichert-målen ställdes inte den frågan av den hänskjutande domstolen. En fråga rörande den behörighetsgrunden har däremot ställts uttryckligen i förevarande mål.

57. Det är visserligen sant att den påstått bedrägliga handlingen (mellan gäldenären och den till vilken överföring sker) i de flesta fall sannolikt är av kontraktuell natur. Den bakomliggande rättigheten som borgenären försöker skydda genom *actio pauliana* är ofta också kontraktuell.

58. Ett liknande scenario kan sägas föreligga i förevarande mål även om det inte är helt klart huruvida sökanden betalade COLISEUM:s skulder som en följd av sökandens avtalsförpliktelser, lagstadgade skyldigheter (på grund av det obligatoriska ansvaret enligt lag) eller en blandning av båda.

59. Även om de båda förhållandena som är i fråga i förevarande mål (sökanden mot COLISEUM, COLISEUM mot svaranden) antas vara av kontraktuell natur återstår frågan huruvida detta kontraktuella underlag utgör en tillräcklig grund för att dra slutsatsen att ifrågavarande *actio pauliana* omfattas av behörighetsgrunden "talan avser avtal".

60. Svaranden, de polska och schweiziska regeringarna samt kommissionen har uppfattningen att ifrågavarande *actio pauliana* i målet vid den nationella domstolen inte omfattas av artikel 7 led 1 a i förordning nr 1215/2012.

61. Jag delar dessa intervenerande parter ståndpunkt, låt vara av andra skäl.

62. Med antagande av att tillämpligheten av behörighetsgrunden att talan avser avtal skulle prövas är den fråga som omgående infinner sig vilket av de två berörda avtalen som ska anses vara relevant? Vilket av de två avtalen avses faktiskt med *actio pauliana*?

40 Dom av den 7 mars 2018, flightright m.fl. (mål C-274/16, C-447/16 och C-448/16, EU:C:2018:160, punkterna 58–60 och där angiven rättspraxis).

41 Dom av den 7 mars 2018, flightright m.fl. (mål C-274/16, C-447/16 och C-448/16, EU:C:2018:160, punkt 61 och där angiven rättspraxis). Se, för ett annat resonemang, dom av den 13 mars 2014, Brogsitter (C-548/12, EU:C:2014:148, punkterna 24 och 25) och dom av den 14 juli 2016, Granarolo (C-196/15, EU:C:2016:559, punkt 21).

42 Till skillnad från domstols behörighet i fråga om avtal med konsumenter enligt artikel 18.1 i förordning nr 1215/2012, som endast gäller för avtalsparterna – dom av den 25 januari 2018, Schrems (C-498/16, EU:C:2018:37, punkterna 43–45).

43 Dom av den 17 september 2002, Tacconi (C-334/00, EU:C:2002:499, punkt 22).

44 Förslag till avgörande av generaladvokaten Gulmann i målet Reichert II (C-261/90, EU:C:1992:78, I-2164).

45 Förslag till avgörande av generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer i målet Deko Marty Belgium (C-339/07, EU:C:2008:575, punkt 32).

46 Ancel, B., "De la loi applicable à une donation attaquée par la voie de l'action paulienne", *Revue critique de droit international privé*, 1992, s. 714, punkt 12. Samma uppfattning har Forner Delaygua, J., "The Actio Pauliana under the ECJ - a critical look on Reichert II", *Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts*, 2003, s. 291–301.

63. Teoretiskt kan tre möjligheter övervägas.

64. För det första kan *actio pauliana* sägas avse det avtal som ingicks först mellan sökanden (som borgenär) och COLISEUM (som gäldenär). Det som knyter *actio pauliana* till det avtalet skulle vara att tillvarata vissa rättigheter och skyldigheter som härrör från detta första avtal, det vill säga ersättning för det belopp som svarar mot COLISEUM:s skuld. Domstolens behörighet i fråga om denna sekundära talan (*actio pauliana*) skulle således följa domstolens behörighet avseende det första avtalet.⁴⁷

65. Med bortseende från såväl frågan huruvida ett sådant synsätt över huvud skulle vara möjligt enligt respektive nationell rätt som exakt hur rättsförhållandet mellan sökanden och COLISEUM var utformat på nationell nivå⁴⁸ kvarstår det faktum att ett sådant samband är alltför svagt och alltför avlägset. Överföring av egendom till en tredje part har helt enkelt mycket litet att skaffa med det första eller ursprungliga avtalet. Att definiera uttrycket ”talan avser avtal” på ett sådant alltför vidsträckt sätt skulle stå i strid med syftet med särskild grund för behörighet. Det skulle också helt enkelt innebära att talan om varje efterföljande rättshandling av någon av parterna i det ursprungliga avtalet alltid ”avser avtal” då varje avtalsparts minskning av tillgångar alltid enligt detta synsätt avser det ursprungliga avtalet.

66. För det andra kunde det förefalla vara lämpligare att knyta *actio pauliana* till det avtal som senare ingicks mellan COLISEUM och svaranden och som påståtts vara till förfång för sökanden. Detta skulle på visst sätt vara mer logiskt: vad *actio pauliana* syftar till är att åstadkomma ogiltighet av det andra avtalet – förfogandet över tillgångarna som avsågs med det senare avtalet.

67. Denna andra inställning är emellertid också problematisk. Vad sökanden i sista hand eftersträvar är inte att göra det senare avtalet overksam eller till och med ogiltigt utan att skydda sina rättigheter. Det saknar i princip betydelse huruvida dessa rättigheter tas till vara genom försäljning av de tillgångar som berörs av det senare avtalet eller på något annat sätt, exempelvis om den till vilken överföring skett godtar att tillgodose sökanden ”eller informerar denne om att gäldenären [som COLISEUM] har tillräckliga tillgångar för att tillgodose borgenären”.⁴⁹ Med andra ord är en sådan *actio pauliana* också skild från varje specifik och konkret skyldighet som föreligger enligt det senare avtalet. Det enda moment som de två rättshandlingarna verkar ha gemensamt är bestämmandet av ett visst penningbelopp.

68. Oavsett detta bör det också tilläggas och framhållas att inget av de två synsätten som beskrivits ovan uppfyller kravet på en ”förpliktelse som en part frivilligt åtagit sig gentemot en annan”,⁵⁰ det vill säga av svaranden gentemot sökanden. Även om EU-domstolens praxis inte kräver att det föreligger enhetlighet mellan parterna i förfarandet och i respektive avtal förefaller det svårt att anse att blotta väckandet av en *actio pauliana* medför ett materiellrättsligt förhållande mellan sökanden och svaranden som en följd av, till exempel, någon form av legal subrogation som grundas på en handling av COLISEUM (som sökandens ursprungliga gäldenär).⁵¹

47 Således på ett sätt med tillämpning av tanken som föreslogs vad gäller tillämplig lag i det ovannämnda förslaget till artikel 10 i Rom II-förordningen (ovan fotnot 26).

48 Ovan, punkt 58.

49 Som anges i artikel 533 i civillagen (angiven i punkt 15 i detta förslag).

50 Ovan fotnot 39.

51 Således till skillnad från, till exempel, dom av den 7 mars 2018, flightright m.fl. (mål C-274/16, C-447/16 och C-448/16, EU:C:2018:160) eller dom av den 20 juli 2017, Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft (C-340/16, EU:C:2017:576).

69. För det tredje kunde det kanske göras gällande, i likhet med vad som föreslogs av generaladvokaten Sharpston i målet Ergo Insurance⁵² i samband med en regresstalan som fördes av en försäkringsgivare mot en annan försäkringsgivare (som inte var knutna till varandra genom ett avtal men envar av dem hade ett avtal med den part som var ansvarig för en olycka) att vad som krävs är förekomsten av avtalsmässiga förpliktelser som ligger till grund för talan och utan vilka respektive kärke inte skulle ha någon rättslig grund för att väcka talan. Det skulle således inte föreligga något behov av att välja något av de två avtalen. Ur denna synvinkel blir det en fråga avseende avtal utan att man specifikt behöver välja ut vilket eftersom *actio pauliana* i vart fall befinner sig ”i en omloppsbanan kring ett avtal”.

70. Medan ett sådant synsätt kan vara en pragmatisk lösning i det specifika försäkringsfall som sammanhanget där samtliga aktörer i slutändan har anknytning till varandra genom ett nätverk av avtal skulle det knappast i förevarande fall vara godtagbart att konstatera att situationen är av ”kontraktuell” natur oavsett angivande av vilket avtal som motiverar en sådan slutsats. Detta hänger inte endast samman med att en sådan lösning skulle grundas på ett antal ganska tvivelaktiga antaganden utan det finns också praktiska skäl: för att artikel 7 led 1 a i förordning 1215/2012 ska tillämpas krävs det att den relevanta uppfyllelseorten anges. Båda avtalen som berörs i förevarande mål har ett tydligt föremål och således självständigt angivna uppfyllelseorter.

71. Sammanfattningsvis förefaller det i detta specifika mål inte vara möjligt att med stöd av ett eller annat avtal som kan föreligga mellan sökanden och COLISEUM, respektive mellan COLISEUM och svaranden, dra slutsatsen att grunden för domstols behörighet att talan avser avtal är tillämplig.

72. Av dessa skäl är min första slutsats att artikel 7 led 1 a i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område ska tolkas så, att begreppet ”talan avser avtal” i den bestämmelsen inte omfattar en talan, såsom den som är aktuell i målet vid den nationella domstolen, varigenom talan väcks mot en köpare som är etablerad i en medlemsstat med yrkande om fastställelse av att ett avtal om försäljning av fast egendom som är belägen inom en annan medlemsstats territorium är ogiltigt på grund av förfång för säljarens borgenärer.

C. Vad är actio pauliana när det gäller domstols internationella behörighet?

73. Med tiden har domstolen i ovan angiven rättspraxis⁵³ uteslutit tillämpligheten av olika behörighetsgrunder avseende *actio pauliana*: skadestånd utanför avtalsförhållanden, interimistiska åtgärder, verkställighet av domar och exklusiv behörighet rörande sakrätter i fast egendom. I föregående avsnitt av detta förslag föreslog jag i anslutning till förevarande mål att även utesluta grunden för om talan avser avtal.

74. Judiciell minimalism är en dygd. Såsom gäller andra goda ting krävs måttlighet för deras fortgående godhet. Efter årtal av ”judiciell spökboll” som resulterade (helt förståeligt med hänsyn till de exakt formulerade tolkningsfrågorna) i *negativa* svar med uteslutande av den ena behörighetsgrunden efter den andra och såvida inte andra behörighetsgrunder önskar bli prövade på samma sätt i framtiden (fastän tillgången på rimligt tänkbara behörighetsgrunder numera blivit ganska mager) är tiden kanske mogen för att även lämna viss *positiv* vägledning: inte endast om vad *actio pauliana* inte är utan också om vad den såvitt gäller domstols internationella behörighet skulle kunna vara.

52 Förslag till avgörande av generaladvokaten Sharpston i de förenade målen ERGO Insurance och Gjensidige Baltic (C-359/14 och C-475/14, EU:C:2015:630, punkterna 57–62).

53 Punkterna 48–53 i detta förslag.

75. Ett sådant tillvägagångssätt är också tillrådligt av två ytterligare skäl. Efter att ha provat de flesta av tillgängliga, rimligt tänkbara grunder för särskild (och exklusiv) behörighet förefaller en principiell förklaring numera klart framträda varför med avseende på *actio pauliana*, som den som föreligger i målet vid den nationella domstolen, det är den allmänna behörighetsgrunden i artikel 4.1 i förordning nr 1215/2012 som är tillämplig (1). Oaktat eventuella praktiska svårigheter som kan följa av ett sådant resultat i ett specifikt fall även om uppfattningen är att de inte kan ändra det givna principiella svaret kan en diskussion om sådana frågor ändå stimulera till eftertanke i eventuell kommande lagstiftning på unionsnivå (2).

1. Den kameleontliknande karaktären hos *actio pauliana*

76. Det principiella skälet till varför *actio pauliana* av det slag som föreligger i målet vid den nationella domstolen inte passar in i någon av de (särskilda eller exklusiva) boxarna i Bryssel förordningen är i ett nötskal den kameleontliknande karaktären hos denna talan. De olika grunderna för särskild behörighet, i synnerhet de som avser avtal eller skadestånd utanför avtalsförhållanden, har (på förhand) väsentligen en *beteckning*. En *actio pauliana* som föreligger i målet vid den nationella domstolen, men som tydligen också förekommer i ett antal andra medlemsstater, *saknar* däremot (på förhand) *beteckning*: varje *rättshandling*, inte endast ett avtal, som företas till förfång för borgenären kan angripas.

77. Det är mycket sannolikt att *actio pauliana* i praktiken ofta på ett eller annat sätt avser ett avtal. Detta innebär emellertid inte nödvändigtvis att detta förhållande alltid föreligger. En dubbel differentiering kan faktiskt förekomma. Borgenärens bakomliggande rättighet kan vara av ett annat slag: den kan ha lagstadgat ursprung eller den kan vara en rätt att erhålla ersättning för skada som orsakats av eller grundas på en lagstadgad skyldighet. Vidare kan, vilket kanske är av större vikt, själva den av gäldenären företagna, påstått bedrägliga handlingen som angrips vara av icke-kontraktuellt slag. Den kan vara en skadestandsgrundande händelse utanför ett avtalsförhållande. Den kan också vara en annan ensidig rättshandling som syftar till att förfördela borgenärerna.

78. Vid betraktande av de specifika omständigheterna i förevarande mål förefaller den *actio pauliana* som beskrivs i beslutet om hänskjutande ha ett brett tillämpningsområde. Den förefaller enligt artikel 527 och följande artiklar i den polska civillagen utgöra ett rättsmedel gentemot varje rättshandling som gäldenären företar till förfång för borgenärerna. Som faktiskt framhölls av den polska regeringen vid förhandlingen anger denna formulering att den kan tillämpas av en borgenär för att skydda dennes rättigheter oberoende av om den påstått bedrägliga handlingen är av kontraktuellt eller icke-kontraktuellt slag.⁵⁴

79. Denna talan har inte något specifikt kontraktuellt eller annat innehåll innan den väckts. En *actio pauliana* som den i målet vid den nationella domstolen förefaller metaforiskt uttryckt kunna mycket likt en kameleont kamouflera sig beroende på vilket slag av rättshandling som den avser att angripa. Före kameleontens kontakt med respektive bakgrund i fråga är det i allmänhet inte möjligt att ange vilken färg den kommer att anta. Denna unika förmåga hindrar emellertid klassificeringen enligt Bryssel förordningen som för tillämpligheten av de särskilda behörighetsgrunderna kräver att denna färg är känd och förutsebar på förhand.

80. Detta problem förefaller redan ha visat sig i samband med domstolens uteslutande behandling som gradvis skett under åren, som i ett nötskal betyder att denna typ av talan i allmänhet helt enkelt inte kan klassificeras abstrakt på förhand för att kunna omfattas av en abstrakt behörighetsgrund. Även om de faktiskt genomförs med avseende på en viss definierad form av *actio pauliana* vilar dessa uteslutanden också på en mer generell nivå med avseende på det principiella svaret.

⁵⁴ Se punkterna 12–15 ovan i detta förslag.

81. Kanske krävs två ytterligare kommentarer i detta avseende. Beträffande grunden för behörighet för skadestånd utanför avtalsförhållanden⁵⁵ är det sant att den bedrägliga beskaffenheten av egendomsöverföringen flyttar *actio pauliana* mycket nära skadeståndsrättens område. Det kunde tänkas att oberoende av exakt vilken rättshandling företagen av gäldenären som angrips kan *actio pauliana* alltid förstås som ett slag av skadeståndstalan, i huvudsak som en typ av bedrägeri.⁵⁶

82. Oberoende av de skäl domstolen haft för att redan ha uteslutit denna behörighetsgrund i målet *Reichert I*⁵⁷ medför uppfattningen att *actio pauliana* alltid är en form av talan om skadestånd utanför avtalsförhållanden ett tvåfaldigt problem: begreppsmässigt såväl som pragmatiskt. På begreppsmässig nivå leder den möjliga tillämpligheten på en brett uppfattad ("kameleontlik") *actio pauliana* till liknande problem som tillämpningen av grunden för behörighet för talan avseende avtal.⁵⁸ På en pragmatisk nivå skulle inställningen att *actio pauliana* alltid avser skadestånd utanför avtalsförhållanden leda till införandet av ännu en grund för behörighet enligt artikel 7.2 i förordning nr 1215/2012, eventuellt olik den enligt artikel 7 led 1 och/eller artikel 4.1.

83. I samma dom uteslöt domstolen också tillämpningen av grunden för behörighet för interimistiska åtgärder.⁵⁹ Det kan emellertid påstås att *actio pauliana* skapar en sorts säkerhet som belastar den egendom som var föremål för det bedrägliga förfogandet till dess borgenärens krav tillgodosetts. Ur denna synvinkel har den en liknande funktion.

84. Vad gäller de materiella kraven avseende interimistiska åtgärder är det en ganska vanlig företeelse att nationella rättsordningar föreskriver att beviljande av dessa åtgärder uppfyller kravet *fumus boni iuris* (presumtion för tillräcklig rättslig grund som i stort sett svarar mot begreppet "a good arguable case" (på rimliga grunder befogad talan) i engelsk rätt och fara i dröjsmål (*periculum in mora*) (risken för att karendens rätt kan försämrats på grund av tidens gång).⁶⁰ Liknande krav har också fastställts på unionsnivå.⁶¹

85. Mot bakgrund av likheten mellan hur *actio pauliana* fungerar å ena sidan och säkerhetsåtgärder å andra sidan kunde man kanske föreslå att kriterier som liknar *fumus boni iuris* och *periculum in mora* också kunde tillämpas i samband med *actio pauliana*. Detta skulle ske för att flytta internationell behörighet till förmån för karenden när det föreligger tecken på att denna talan kan vara välgrundad och när det finns inslag som visar avsikten att konstruera den bedrägliga överföringen på ett sådant sätt som gör det svårare för karenden att föra talan vid domstol (genom att välja någon till vilken överföring sker som har hemvist i en medlemsstat som annars inte har någon anknytning till det tidigare föreliggande rättsförhållandet mellan gäldenären och borgenären).

55 Dom av den 26 mars 1992, *Reichert och Kockler* (C-261/90, EU:C:1992:149).

56 Återgång således till den romerska rättens rötter avseende på olika sätt utformad *fraus* (ovan punkt 30).

57 Dom av den 26 mars 1992, *Reichert och Kockler* (C-261/90, EU:C:1992:149, punkt 19).

58 Diskuterat ovan i punkterna 57–72 i detta förslag.

59 Dom av den 26 mars 1992, *Reichert och Kockler* (C-261/90, EU:C:1992:149, punkt 35). Den nuvarande regeln om behörighet för säkerhetsåtgärder återfinns i artikel 35 i förordning nr 1215/2012.

60 Calvo Caravaca, A. och Carrascosa González, J., *Litigación internacional en la Unión Europea I, Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2017, s. 535.

61 Se till exempel dom av den 9 november 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft m.f. (I)* (C-465/93, EU:C:1995:369, punkt 32), och dom av den 17 juli 1997, *Krüger* (C-334/95, EU:C:1997:378, punkt 44).

86. Hur attraktiv en sådan lösning än kan vara beaktar den inte det faktum att *actio pauliana* inte utgör ett "underordnat" förfarande som inte i förväg prövar sakfrågan (som avgörs i ett annat förfarande).⁶² Det är snarare det motsatta förhållandet som gäller: *actio pauliana* avser och leder (vid framgång) i sig till ett avgörande av sakfrågan. Den säkerhet som de facto skapas som en följd i sig utgör det resultat i sakfrågan som borgenären eftersträvar. Den är således i princip (enligt respektive nationella regler) en fullgången talan rörande själva sakfrågan som inte passar vid tillämpning av lättare tester avseende bevisbördan som *fumus boni iuris* och *periculum in mora* förmodligen utgör.

87. Sammanfattningsvis leder den unika karaktären hos *actio pauliana*, som, även om den betraktas på en mer abstrakt nivå, inte ger anledning till omprövning av någon av de behörighetsgrunder som redan utslutits av domstolen, till min andra slutsats att den domstol som är behörig i fråga om en talan som den som föreligger i målet vid den nationella domstolen ska bestämmas enligt artikel 4.1 i förordning nr 1215/2012.

2. Potentiella svårigheter vid tillämpning av den allmänna regeln

88. Tillämpning av den allmänna regeln i artikel 4.1 i förordning nr 1215/2012 på omständigheterna i målet vid den nationella domstolen kommer att medföra att behörigheten att pröva sökandens talan tillkommer de spanska domstolarna. Denna lösning kan som behandlades i detalj vid den muntliga förhandlingen förefalla vara opraktisk mot bakgrund av att både sökanden och COLISEUM har hemvist i Polen och då andra moment i detta mål också är knutna till den medlemsstaten (genomförandet av utvecklingsprojektet, den fasta egendomen i fråga, ingåendet av avtalet om försäljning av den egendomen). Det är "endast" svarandens säte som är beläget i Spanien.

89. Som den hänskjutande domstolen erinrar om kan borgenären dessutom inte endast vara tvungen att väcka en *actio pauliana* mot den till vilken överföring skett (som svaranden) utan även mot eventuella andra förvärvare av tillgångarna i fråga. Om domstols behörighet ska bestämmas på grund av svarandens hemvist, så kommer borgenären att behöva väcka talan vid domstolarna i (eventuellt) flera medlemsstater. Detta kan leda till oproportionerliga kostnader och till att förfånget för borgenären förvärras till följd av reglerna om domstols behörighet.

90. Det kunde därför göras gällande att syftet med korrekt rättskipning som generellt motiverar tillämpningen av särskilda behörighetsgrunder som anges i skäl 16 i förordning nr 1215/2012 borde föranleda att behörigt forum flyttas till Polen då det skulle finnas en närmare anknytning mellan den medlemsstaten och tvisten vid den nationella domstolen.

91. Detta resonemang är inte övertygande.

92. För det första kan inte hänvisningen till målet som anges i ett skäl för särskilda behörighetsgrunder i sig själv åsidosätta tillämpningen av huvudregeln när villkoren för tillämpning av den särskilda behörighetsregeln inte är uppfyllda.

93. För det andra är svarandens hemvist exakt den *centrala* anknytande omständigheten vid tillämpningen av förordning nr 1215/2012. Omständigheten att "endast" svarandens hemvist är beläget i medlemsstaten A medan samtliga övriga moment är hänförliga till medlemsstaten B medför därför inte behörighet för medlemsstaten B när inte någon av de särskilda eller exklusiva behörighetsgrunderna kan tillämpas. Dessutom beaktar inte det (implicit avfärdande) påståendet att "endast" svarandens hemvist är beläget i Spanien förhållandet att svarandens kännedom om COLISEUM:s påstått bedrägliga uppsåt utgör ett moment som ska fastställas och att detta, i bevishänseende, kan vara knutet till Spanien.

⁶² Detta återspeglas också i de två huvudvillkor som domstolen utvecklade för tillämpning av denna grund för behörighet – se i synnerhet dom av den 17 november 1998, Van Uden (C-391/95, EU:C:1998:543, punkterna 37 och 40).

94. För det tredje skulle grundande av särskild behörighet på omständigheterna i ett visst fall innebära ett faktiskt *antagande* av att den till vilken överföring skett (som svaranden) känt till det bedrägliga syftet (förutom att det skulle åsidosätta reglerna om behörighet i förordning nr 1215/2012). Avgörande av frågan om behörighet på detta sätt skulle faktiskt på förhand bestämma utgången av *actio pauliana* i dess helhet. Huruvida kännedom och andra förutsättningar för en framgångsrik *actio pauliana* föreligger är emellertid en fråga som hör till prövningen av målet i sak.

95. På strukturnivå skulle detta faktiskt betyda (utan att göra något som helst uttalande om omständigheterna i förevarande mål) att det skulle föreligga en "presumtion för bedrägeri" i behörighetsfrågan som skulle innebära att svaranden dras till sökandens forum. Detta kunde kanske fungera när det är fråga om en välgrundad *actio pauliana*. Men vad gäller då dem som saknar grund? Vad gäller förfaranden som kanske bedrivs i trakasseringssyfte eller av okynne? Detta understryker åter cirkelresonemanget som faktiskt skulle innebära att saken först avgörs och därefter behörighetsfrågan.

96. Hur frestande det än vore att söka argument till förmån för en sökande som driver en process under omständigheter som liknar dem i förevarande mål förefaller emellertid, för det fjärde, en sådan inställning vara fullständigt oberättigad i situationer där olika faktiska omständigheter är hänförliga till flera medlemsstater. Vad gäller om ett tjeckiskt bolag skulle inleda ett utvecklingsprojekt med en polsk entreprenör avseende egendom belägen i Slovakien om det polska bolaget avyttrar fast egendom belägen i Österrike genom att överföra den till ett tyskt bolag?

97. Vad som ska eftersträvas är med andra ord ett *principiellt* svar som i stort är giltigt oberoende av de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet. Med full bekräftelse och uppskattning av den tilltalande flexibiliteten hos sådana regler som reglerna om (o)lämpligt forum (*forum (non) conveniens*) som medger undantag mot bakgrund av omständigheterna i ett enskilt fall återstår det faktum att Brysselkonventionens och Bryselförordningarnas uppbyggnad och logik faktiskt vilar på andra förutsättningar.⁶³ Det som av begripliga skäl krävs i en omväxlande rättslig miljö som består av 28 rättsordningar är på förhand rimligt förutsebara och därför kanske ibland något stela regler och mindre av en förklaring i efterhand (mestadels beträffande varför man ansett sig behörig) som är starkt beroende av en rad faktiska omständigheter.

98. På EU-rättens nuvarande stadium förefaller *actio pauliana* på det hela taget vara ett av de fall som endast medger tillämpning av den allmänna regeln och en lika sällsynt bekräftelse av det faktum att "... det inte finns någon tydlig grund för tanken att det alltid eller i vart fall ofta ska finnas ett alternativ till svarandens hemvist".⁶⁴

V. Förslag till avgörande

99. Mot bakgrund av det ovanstående föreslår jag att domstolen ger följande svar på de frågor som ställts av Sąd Okręgowy w Szczecinie (regiondomstol i Szczecin, Polen):

Artikel 7 led 1 a i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område ska tolkas så, att begreppet "talan avser avtal" i den bestämmelsen inte omfattar en talan, som den som är aktuell i målet vid den nationella domstolen, varigenom talan väcks mot en

⁶³ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 1 mars 2005, Owosu (C-281/02, EU:C:2005:120, punkterna 37–46). För ett vidare resonemang, se, till exempel, Briggs, A., "Some Points of Friction between English and Brussels Convention Jurisdiction", Andenas, M., och Jacobs, F., (red.), *European Community Law in the English Courts*, Clarendon Press, Oxford, 1998, s. 278 och 279, Briggs, A., *The Conflict of Laws*, 3:e upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2013, s. 52–54, Dickinson, A., "Legal Certainty and the Brussels Convention – Too Much of a Good Thing?", De Vareilles-Sommières, P. (red.) *Forum Shopping in the European Judicial Area*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2007, s. 115 och följande sidor, Fentiman, R., "Foreign Law and the *Forum Conveniens*", Nafziger, J., och Symeonides, S., (red.), *Law and Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, Transnational Publishers Inc, Ardsley, New York, 2002, s. 291.

⁶⁴ Göranson, U., "Actio pauliana outside bankruptcy and the Brussels Convention", Sumampouw, M. m.fl. (red.), *Law and Reality, Essays on National and International Procedural Law in Honour of Cornelis Carel Albert Voskuil*, T.M.C Asser Instituut, Haag, 1992, s. 97.

köpare som är etablerad i en medlemsstat med yrkande om fastställelse av att ett avtal om försäljning av fast egendom som är belägen inom en annan medlemsstats territorium är ogiltigt på grund av förfång för säljarens borgenärer.

Den domstol som är behörig i fråga om en talan som den som föreligger i målet vid den nationella domstolen ska bestämmas enligt artikel 4.1 i förordning nr 1215/2012.