

De samenloop tussen de actio Pauliana en artikel 2:334u BW: een verwelkt muurbloempje?

Wat betekent het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie in *I.G.I./Cicenia* voor de uitleg van de Hoge Raad in *Favini*? Kiest u één antwoord.

- A. Van Veen, hoogleraar Vennootschaps- en rechtspersonenrecht aan de Vrije Universiteit, in de *Groene Serie*: 'Het Europese Hof van Justitie EU heeft inmiddels in zijn arrest (...) (*IGI/Cicenia*) (...) geoordeeld dat de limitatief opgesomde gronden tot vernietiging van een splitsing in de richtlijn, zich niet verzetten tegen een vernietiging op grond van de actio Pauliana. (...) Het *Favini* arrest lijkt hiermee achterhaald.'
- B. Verbrugh, hoogleraar Europees en rechtsvergelijkend ondernemingsrecht aan de Erasmus School of Law, in *Jurisprudentie Onderneming & Recht*: 'Mijns inziens zouden lagere rechters de *Favini*-lijn van de Hoge Raad moeten blijven volgen en is de kans heel klein dat de Hoge Raad door het recente arrest uit Luxemburg in de toekomst tot een ander oordeel komt.'
- C. Koster, hoogleraar Ondernemingsrecht en voorzitter van de afdeling Ondernemingsrecht aan de Universiteit Leiden, in *Juridische berichten voor het notariaat*: '(...) het effect van de (...) uitspraak van het Europese hof [lijkt] dat het *Favini*-arrest van de Hoge Raad niet langer geldend recht is'.
- D. Kroeze, raadsheer in de Hoge Raad, in de *Asser*: 'Bedacht moet worden dat de uitspraak [*I.G.I./Cicenia*] niet betekent dat lidstaten een beroep op de actio Pauliana moeten toestaan, maar alleen dat het Unierecht hieraan niet in de weg staat.'

Inhoudsopgave

HOOFDSTUK 1

| | |
|---|---|
| Inleiding..... | 3 |
| 1.1 Introductie van het onderwerp; onderzoeksvraag..... | 3 |
| 1.2 Methodologie..... | 4 |
| 1.3 Plan van behandeling..... | 6 |
| 1.4 Gehanteerde conventies..... | 6 |

HOOFDSTUK 2

| | |
|--|----|
| Een kennismaking met de onderliggende onderwerpen..... | 8 |
| 2.1 Inleiding..... | 8 |
| 2.2 De splitsing..... | 8 |
| 2.2.1 Algemeen..... | 8 |
| 2.2.2 Vormen van splitsing..... | 9 |
| 2.3 De vernietigingsregeling van de splitsing..... | 11 |
| 2.3.1 Algemeen..... | 11 |
| 2.3.2 Artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132..... | 11 |
| 2.3.3 Artikel 2:334u BW..... | 13 |
| 2.3.3.1 Grondslagen, tijd en wijze waarop vernietiging kan plaatsvinden..... | 13 |
| 2.3.3.2 Herstel, bezwaarlijk ongedaan maken en schadevergoeding..... | 15 |
| 2.3.3.3 Gevolgen van de vernietiging op grond van artikel 2:334u BW..... | 15 |
| 2.4 De actio Pauliana..... | 16 |
| 2.4.1 Algemeen..... | 16 |
| 2.4.2 Artikel 146 Richtlijn (EU) 2017/1132..... | 16 |
| 2.4.3 Vernietiging op grond van de actio Pauliana..... | 18 |
| 2.4.3.1 Algemeen..... | 18 |
| 2.4.3.2 Faillissementspauliana..... | 18 |
| 2.4.3.3 De BW-Pauliana..... | 19 |
| 2.4.3.4 Gevolgen van de vernietiging op grond van de actio Pauliana..... | 19 |
| 2.5 Conclusie..... | 20 |

HOOFDSTUK 3

| | |
|--|----|
| De samenloop tussen de actio Pauliana en artikel 2:334u BW vanuit een normatief..... perspectief..... | 22 |
| 3.1 Inleiding..... | 22 |
| 3.2 Het arrest <i>Favini</i> | 22 |
| 3.2.1 Feiten en procesverloop..... | 22 |
| 3.2.2 De rechtsvraag..... | 23 |
| 3.2.3 Analyse..... | 24 |
| 3.3 Het arrest <i>I.G.I./Cicenia</i> | 26 |
| 3.3.1 Feiten en procesverloop..... | 26 |
| 3.3.2 De rechtsvraag..... | 27 |
| 3.3.3 Analyse..... | 28 |
| 3.4 De betekenis van <i>I.G.I./Cicenia</i> voor de uitleg van <i>Favini</i> | 29 |
| 3.4.1 Moet de Hoge Raad om?..... | 29 |
| 3.4.2 De uitwerking van de actio Pauliana om de splitsing te vernietigen..... | 33 |
| 3.4.3 Oplossingsrichtingen voor de ingrijpende gevolgen..... | 37 |
| 3.5 Conclusie..... | 41 |

HOOFDSTUK 4

| | |
|--------------------|----|
| Conclusie..... | 42 |
| 4.1 Conclusie..... | 42 |

1 | Inleiding

1. Introductie van het onderwerp; onderzoeksvraag

1. Schuldeisers werden naar Romeins recht op een primitieve wijze beschermd tegen frauduleus handelen van hun schuldenaars. De *actio per manus iniectio* gaf een schuldeiser het recht om zijn schuldenaar en diens gezinsleden als slaaf te verkopen. Omstreeks de jaren 150-125 vóór Christus heeft Paulus bijgedragen aan een civilisatie van de *actio per manus iniectio*.¹ Tegenwoordig kennen verschillende westerse landen een *actio Pauliana* die in sterke mate is ontleend aan de geciviliseerde *actio per manus iniectio*. De *actiones Pauliana* in deze landen hebben met elkaar gemeen dat zij zien op gevallen waarin sprake is van (i) een schuldverhouding tussen de schuldeiser en zijn schuldenaar en (ii) een jegens deze schuldeiser benadelende rechtshandeling tussen de schuldenaar en een derde.² De *Pauliana* vernietigt deze benadelende rechtshandeling tussen schuldenaar en derde, zodat in retrospectief geen benadelende rechtshandeling heeft plaatsgevonden.

2. In een vennootschapsrechtelijke context kan behoefte bestaan aan schuldeisersbescherming. Vanuit het oogpunt van herstructureringen van vennootschappen kan de *actio Pauliana* een nuttig instrument zijn ter bescherming van de belangen van schuldeisers. Toch lijkt het niet altijd even voor de hand te liggen om de *actio Pauliana* in deze context te benutten. Dit heeft te maken met de samenloop van de *actio Pauliana* met (in nationale wetgeving geïmplementeerde) Unierechtelijke instrumenten. Kenschetsend in dit kader is de vraag of de *actio Pauliana* kan worden ingezet tegen vennootschapsrechtelijke herstructureringen die worden vormgegeven door een splitsing. De splitsing, die in vergaande mate door het Unierecht is geharmoniseerd, is een gehele of gedeeltelijke overgang van het vermogen van een vennootschap naar een of meer bestaande of nieuw opgerichte vennootschappen.

3. In de rechtswetenschappelijke literatuur is een polemiek ontstaan over de vraag of de splitsing met een beroep op de *Pauliana* kan worden vernietigd. De oudste sporen van deze polemiek dateren uit 1996.³ Uiteindelijk heeft de Hoge Raad in 2013 het pleit beslecht. Hij oordeelde in het arrest *Favini* dat geen ruimte bestaat om de afsplitsing door middel van de *actio Pauliana* te vernietigen.⁴ De Hoge Raad overwoog dat artikel 2:334u

¹ Zie voor een nadere beschrijving van de geschiedenis van de *actio Pauliana* het proefschrift van J.A. Ankum, *De geschiedenis der "Actio Pauliana"* (diss. Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962.

² Vgl. concl. A-G Bobek, ECLI:EU:C:2018:487, punt 37 bij HvJ EU 4 oktober 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805 (*Feniks*).

³ M.Ph. van Sint Truiden, 'De positie van schuldeisers bij splitsing van rechtspersonen', *V&O* 1996, nr. 7/8, p. 85.

⁴ HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, *NJ* 2014/222 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Schreurs/Favini*).

BW, een implementatie van (thans) artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132,⁵ onaanvaardbaar zou worden doorkruist indien zou worden aangenomen dat een afsplitsing op de voet van de actio Pauliana kan worden vernietigd.⁶

4. Het oordeel van de Hoge Raad uit 2013 in *Favini* is recentelijk in een ander daglicht komen te staan. Een Unierechtelijk daglicht. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) wees in 2020 het belangwekkende arrest *I.G.I./Cicenia*.⁷ In dat arrest stond de vraag centraal of het mogelijk is om de actio Pauliana naar Italiaans recht toe te passen om een afsplitsing te vernietigen. Het HvJ EU beantwoordde de vraag positief: het Unierecht staat de toepassing van de Italiaanse actio Pauliana niet in de weg. Het arrest *I.G.I./Cicenia*, waarin door het HvJ EU een beroep op de actio Pauliana wél toelaatbaar werd geacht, doet de discussie over de toepassing van de actio Pauliana om een splitsing te vernietigen opnieuw oplaaien. Met andere woorden: een oude discussie, maar nu in een nieuw jasje. In lijn met deze revitalisering staat in deze scriptie de vraag centraal wat het arrest *I.G.I./Cicenia* betekent voor de uitleg die de Hoge Raad heeft gegeven in het arrest *Favini*.

1.2 Methodologie

5. Om tot beantwoording van de onderzoeksvraag te komen (zie nr. [4]), wordt juridisch-dogmatisch onderzoek uitgevoerd. Onder juridisch-dogmatisch onderzoek versta ik zowel het descriptief beschrijven als het normatief duiden van het recht.⁸

6. Van Gestel heeft in het *Nederlands Juristenblad* recentelijk gepleit voor een explicietere verantwoording van de gehanteerde methodologie bij juridisch-dogmatisch onderzoek.⁹ Met hem ben ik van mening dat het expliciteren van de onderzoeksmethode kan bijdragen aan de kwaliteit van juridisch-dogmatisch onderzoek. Mijns inziens kan het expliciteren van de gehanteerde methodologie in het bijzonder bijdragen aan de controleerbaarheid, nauwkeurigheid, volledigheid, geloofwaardigheid en analytische diepgang van het onderzoek.¹⁰ Met deze paragraaf probeer ik recht te doen aan het pleidooi van Van Gestel.

7. Ten behoeve van dit onderzoek is getracht om door middel van een systematisch literatuuronderzoek een zo volledig mogelijk beeld te krijgen van de polemiek die is ontstaan over de samenloop tussen de actio Pauliana en artikel 2:334u BW. Op 17 januari 2021 is begonnen met een zoekactie via LegalIntelligence, Kluwer Navigator en Rechtsorde. In LegalIntelligence is gebruikgemaakt van de 'Uitgebreid Zoeken'-

⁵ Richtlijn (EU) 2017/1132 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 aangaande bepaalde aspecten van het vennootschapsrecht, PbEU 2017, L 169/46.

⁶ HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, r.o. 4.1.3, NJ 2014/222, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Schreurs/Favini*).

⁷ HvJ EU 30 januari 2020, C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56 (*I.G.I./Cicenia*).

⁸ J.B.M. Vranken, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel****. Een synthese*, Deventer: Kluwer 2014/8.

⁹ R.A.J. van Gestel, 'Revitalisering van juridisch-dogmatisch onderzoek. Expliciteren van het impliciete', *NJB* 2021/280, afl. 4, p. 280-295.

¹⁰ Vgl. Van Dijck, Snel & Van Golen, *Methoden van rechtswetenschappelijk onderzoek*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 36-38.

functionaliteit. Deze functionaliteit biedt namelijk de mogelijkheid om resultaten te vergaren waarin de gekozen zoekterm exact voorkomt. Om ook in Kluwer Navigator en Rechtsorde te waarborgen dat de gekozen zoektermen exact terugkomen in de zoekresultaten, zijn de zoektermen tussen aanhalingstekens geplaatst.

8. Bij de eerste zoekactie in LegalIntelligence, Kluwer Navigator en Rechtsorde, is gebruikgemaakt van de zoekterm 'Favini'. Deze zoekactie heeft in LegalIntelligence geleid tot 115 resultaten. Om doublures eruit te filteren, zijn de 115 resultaten gesorteerd op de datum van de publicatie. Dat bood de mogelijkheid om doublures vrijwel direct te signaleren en weg te werken. Daarna zijn de resultaten afzonderlijk geïnventariseerd om hun bruikbaarheid en relevantie voor deze scriptie nader te beoordelen. Dezelfde exercities zijn in Legalintelligence, Kluwer Navigator en Rechtsorde herhaald met de termen: 'I.G.I.', 'IGI', 'Cicenia', 'ECLI:NL:HR:2013:2122', 'ECLI:NL:PHR:2013:921', 'NJ 2014/222', 'ECLI:EU:C:2020:56', 'C-394/18' en 'ECLI:EU:C:2019:790'. Tot slot zijn de volgende zoektermen cumulatief gebruikt: 'pauliana' met 'splitsing', 'pauliana' met 'afsplitsing', 'faillissementspauliana' met 'splitsing', 'faillissementspauliana' met 'afsplitsing', '2:334u' met 'pauliana', '2:334u' met 'faillissementspauliana' en 'relatief' met '2:334u'. Het bronmateriaal dat hiermee is vergaard is aangevuld met publicaties die zijn aangetroffen met behulp van de zogenoemde sneeuwbalmethode. Dat wil zeggen: het nagaan van de referenties van reeds gevonden bronmateriaal om andere relevantie publicaties op het spoor te komen.

9. Om mij ervan te vergewissen dat publicaties die tijdens het onderhavig onderzoek zijn verschenen ook werden betrokken in het onderzoek, is de zoekactie van 17 januari 2021 herhaald op 3 augustus 2021. Publicaties die na 3 augustus 2021 zijn verschenen, zijn dientengevolge niet betrokken in het onderzoek.

10. Het in kaart gebrachte bronmateriaal bestaat uit handboeken, monografieën, dissertaties, tijdschriftartikelen, wetgevings- en beleidsdocumenten en (annotaties bij) rechterlijke uitspraken. Deze bronnen zijn gelezen, geïnterpreteerd en voor zover relevant samengebracht in deze scriptie.

11. Verder heb ik in het kader van het onderhavige onderzoek een cursus Italiaans recht gevolgd aan de Universiteit Maastricht. Directe aanleiding voor het volgen van deze cursus is dat het arrest *I.G.I./Cicenia* van het HvJ EU ging over de actio Pauliana naar Italiaans recht. De cursus bestond uit (i) tien bijeenkomsten met gerenommeerde academici uit heel Europa en (ii) het schrijven van een essay over een onderwerp met betrekking tot het Italiaans recht. Deze cursus bood mij inzicht in het juridisch kader waarbinnen de Italiaanse actio Pauliana functioneert. De cursus bood met name inzicht in de grondbegrippen en grondbeginselen van het Italiaans recht doordat in werd gegaan op de elementaria van verschillende rechtsgebieden, in het bijzonder de elementaria van het verbintenissen- en goederenrecht.

1.3 Plan van behandeling

12. Deze scriptie bestaat uit in totaal uit vier hoofdstukken. Hoofdstuk 1 vormt het inleidende hoofdstuk waarin het voorwerp van onderzoek is geïntroduceerd, de onderzoeksvraag is geponeerd en de methodologie is besproken. Hoofdstuk 1 bevat in paragraaf 1.4 nog een beschrijving van de in deze scriptie gehanteerde conventies.

13. Hoofdstuk 2 beoogt op een descriptieve manier inzicht te verschaffen in de onderliggende onderwerpen van de samenloop tussen de actio Pauliana en artikel 2:334u BW. Die onderliggende onderwerpen zijn: (i) de splitsing, (ii) artikel 2:334u BW en (iii) de actio Pauliana. In dit verband zal het ingewikkelde samenspel van regels van nationale en Unierechtelijke origine geïntegreerd worden behandeld. Doel van hoofdstuk 2 is de specifieke merites van de onderliggende onderwerpen in kaart te brengen die onmisbaar zijn voor een goed begrip van de samenloopdiscussie die op dit punt wordt gevoerd.

14. Hoofdstuk 3 bouwt voort op de descriptieve uiteenzetting uit hoofdstuk 2. Hoofdstuk 3 zal hoofdstuk 2 als een opmaat gebruiken om de in kaart gebrachte onderwerpen vanuit een normatief perspectief te bespreken. De drie onderliggende onderwerpen – (i) de splitsing, (ii) artikel 2:334u BW en (iii) de actio Pauliana – zullen met elkaar worden verbonden, zodat de samenloopdiscussie kan worden behandeld. Doel van hoofdstuk 3 is om de *state of the art* op het punt van de samenloopdiscussie in kaart te brengen en daar enkele nieuwe inzichten aan toe te voegen.

15. Hoofdstuk 4 besluit met de conclusie. In dat hoofdstuk zal de onderzoeksvraag worden herhaald en beantwoord. Bij het beantwoorden van de onderzoeksvraag zullen de belangrijkste argumenten en conclusies van deze scriptie worden samengebracht.

1.4 Gehanteerde conventies

16. Deze scriptie hanteert een aantal conventies. De eerste conventie betreft de gehanteerde terminologie. De Nederlandse splitsingsregeling kent zowel de ‘zuivere splitsing’ als de ‘afsplitsing’ als species van het genus ‘splitsing’ (art. 2:334a BW). Deze scriptie sluit aan bij deze terminologie. Dat betekent dat daar waar in deze scriptie wordt gesproken van het genus ‘splitsing’, wordt gerefereerd aan zowel de species ‘zuivere splitsing’ als de species ‘afsplitsing’. *Mutatis mutandis* betekent dit dat daar waar wordt gesproken van de species ‘zuivere splitsing’ of de species ‘afsplitsing’, uitsluitend wordt gerefereerd aan die betreffende species. Richtlijn (EU) 2017/1132 hanteert in dit verband terminologie die op twee punten niet in deze scriptie wordt gevolgd. In de eerste plaats kent Richtlijn (EU) 2017/1132 het onderscheid tussen ‘splitsing door overneming’ (art. 136 Richtlijn (EU) 2017/1132) en ‘splitsing door oprichting van nieuwe vennootschappen’ (art. 155 Richtlijn (EU) 2017/1132). De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen om zowel de splitsing door overneming als door oprichting van nieuwe vennootschappen te implementeren onder de noemer ‘zuivere splitsing’ (art. 2:334a lid 2 BW). Het is voor deze scriptie niet noodzakelijk om dit onderscheid uit Richtlijn (EU) 2017/1132 te bezigen, zodat dit achterwege wordt gelaten. In de tweede plaats kent Richtlijn (EU) 2017/1132

een nodeloos complex begrippenkader om de vennootschappen te duiden die bij een splitsing betrokken zijn. In geval van splitsing door overneming gaat de Uniewetgever uit van de volgende begrippen: (i) 'vennootschappen die aan de splitsing deelnemen', (ii) 'gesplitste vennootschap' en (iii) 'elke verkrijgende vennootschap' (art. 136 lid 3 Richtlijn (EU) 2017/1132). In geval van splitsing door oprichting gaat de Uniewetgever in plaats van 'vennootschappen die aan de splitsing deelnemen' uit van 'gesplitste vennootschap' en in plaats van 'verkrijgende vennootschap' van 'nieuwe vennootschap' (art. 156 lid 1 Richtlijn (EU) 2017/1132). In afwijking van dit begrippenkader van de Uniewetgever is in deze scriptie gekozen voor een ander, eenvoudiger begrippenkader. In deze scriptie wordt, ongeacht of het gaat om een zuivere splitsing of een afsplitsing, in lijn met de Nederlandse splitsingsregeling, slechts een onderscheid gemaakt tussen 'de splitsende vennootschap' enerzijds en 'de verkrijgende vennootschap' anderzijds. De splitsende vennootschap is de vennootschap wier vermogen in het kader van een splitsing wordt verkregen door de verkrijgende vennootschap. De verkrijgende vennootschap is de vennootschap die in het kader van een splitsing vermogen verkrijgt van de splitsende vennootschap.

17. De tweede conventie bestaat daarin dat deze scriptie consequent verwijst naar Richtlijn (EU) 2017/1132 in plaats van de Zesde Europese Richtlijn 82/891/EEG. Met het oog op het ordenen van verschillende vennootschapsrichtlijnen, waaronder de Zesde Europese Richtlijn 82/891/EEG, zijn deze per 20 juli 2017 ingetrokken en geconsolideerd in Richtlijn (EU) 2017/1132.¹¹ De artikelen in Richtlijn (EU) 2017/1132 betreffende de splitsing zijn ten opzichte van de Zesde Richtlijn omgenummerd, maar materieel ongewijzigd. Het verworven bronmateriaal (zie nr. [10]) dat betrekking heeft op de Zesde Europese Richtlijn 82/891/EEG blijft derhalve onverkort relevant voor deze scriptie, zodat dit bronmateriaal is betrokken in het onderzoek.

18. De derde conventie is dat deze scriptie uitgaat van de opvatting dat op grond van artikel 2:334u BW een splitsing door een schuldeiser kan worden vernietigd. Een vordering tot vernietiging van een splitsing staat uitsluitend ter beschikking aan 'een lid, aandeelhouder, bestuurder of andere belanghebbende' (art. 2:334u lid 2 BW). In de literatuur bestaat discussie over de vraag of crediteuren onder de open categorie 'andere belanghebbende' kunnen vallen. Met voormalig advocaat-generaal Timmerman ben ik van mening dat moeilijk valt in te zien waarom crediteuren categorisch geen 'andere belanghebbende' zouden kunnen zijn.¹² Deze conventie heeft tot gevolg dat in deze scriptie geregeld wordt gerept over het vernietigen van een splitsing door een crediteur op grond van artikel 2:334u BW.

¹¹ Richtlijn (EU) 2017/1132 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 aangaande bepaalde aspecten van het vennootschapsrecht, PbEU 2017, L 169/46.

¹² Concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2013:921, punt 3.11 bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, NJ 2014/222 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Schreurs/Favini*).

2 Een kennismaking met de onderliggende onderwerpen

2.1 Inleiding

19. De splitsing is de rechtshandeling waarmee het vermogen van een rechtspersoon of een gedeelte van dit vermogen onder algemene titel overgaat op een of meer bestaande of nieuw op te richten verkrijgende rechtspersonen. De splitsing kan schuldeisers benadelen, zodat zij er belang bij hebben om de rechtshandeling (door de curator) te (laten) vernietigen. In de literatuur is een pennenstrijd gevoerd over de vraag of de splitsing op grond van zowel artikel 2:334u BW als de actio Pauliana kan worden vernietigd. De onderliggende onderwerpen die in deze pennenstrijd samenkomen zijn: (i) de splitsing, (ii) artikel 2:334u BW en (iii) de actio Pauliana. Dit hoofdstuk poogt op een beschrijvende manier inzicht te verschaffen in het Nederlandsrechtelijk kader van deze drie onderwerpen. Doel van dit hoofdstuk is de specifieke merites van deze onderliggende onderwerpen in kaart te brengen die onmisbaar zijn voor een goed begrip van de samenloopdiscussie die op dit punt wordt gevoerd. Het hoofdstuk vangt aan met een beschrijving van de splitsing (par. 2.2). Daarna zal achtereenvolgens inzicht worden verschaft in artikel 2:334u BW (par. 2.3) en de actio Pauliana (par. 2.4). In de discussies over de samenloop tussen de actio Pauliana en artikel 2:334u BW is een geregeld terugkerend aspect of, en zo ja, in hoeverre, Richtlijn (EU) 2017/1132 een beroep op de Pauliana toestaat. Deze richtlijn harmoniseert de wettelijke regels omtrent splitsing in lidstaten van de EU, zodat kennis hierover onontbeerlijk is. Richtlijn (EU) 2017/1132 zal daarom, voor zover van belang, geïntegreerd worden behandeld met het Nederlandsrechtelijk kader van deze drie onderwerpen. Het hoofdstuk besluit met een conclusie (par. 2.5). Dit hoofdstuk vormt met de beschrijvende uiteenzetting van deze onderwerpen een nuttige maar vooral ook noodzakelijke opmaat naar hoofdstuk 3, waarin vanuit een normatief perspectief zal worden ingegaan op de samenloop tussen artikel 2:334u BW en de actio Pauliana.

2.2 De splitsing

2.2.1 Algemeen

20. Een splitsing zou zonder wettelijke regeling bestaan uit een samenstel van handelingen. Die handelingen zijn veelomvattend, complex, tijdrovend en duur.

Voorbeeld samenstel van handelingen splitsing

Stel NV A wil haar vermogen splitsen in twee nog op te richten rechtspersonen NV B en NV C. In dit voorbeeld zouden de handelingen onder meer bestaan uit het ontbinden van NV A en het oprichten van NV B en NV C. Bij deze oprichting en ontbinding moeten de wettelijke en statutaire voorschriften in acht worden genomen. De naleving van deze wettelijke en statutaire voorschriften, die per rechtspersoon kunnen verschillen, is een moeizaam proces. Nadat de rechtspersonen NV B en NV C zijn opgericht, moeten de aandelen in deze rechtspersonen worden overgedragen aan de aandeelhouders van NV A. Daarnaast moeten bij de inbreng van het vermogen van rechtspersoon NV A in rechtspersonen NV B en NV C de wettelijke leveringsvoorschriften worden nageleefd. Voor registergoederen betekent dit dat moet worden geleverd door middel van een notariële akte en inschrijving van de akte in de openbare registers. Voor roerende zaken, niet-registergoederen geldt dat deze in de handen van NV A en NV B moeten worden gebracht.

21. De Nederlandse wetgever heeft ter voorkoming van een samenstel aan handelingen ervoor gekozen om een splitsingsregeling in te voeren.¹³ De splitsingsregeling maakt het mogelijk om door middel van één rechtshandeling de splitsing te realiseren. Dat wil zeggen dat het volledige vermogen of een deel daarvan onder algemene titel van de ene rechtspersoon over kan gaan op een andere rechtspersoon zonder dat aan een opeenstapeling van wettelijke en statutaire voorschriften hoeft te worden voldaan. Op 1 februari 1998 trad de splitsingsregeling, neergelegd in Titel 7 van boek 2 BW, in werking.¹⁴

22. De wetgeving met betrekking tot de rechtsfiguur splitsing is gebaseerd op (thans) Richtlijn (EU) 2017/1132.¹⁵ Richtlijn (EU) 2017/1132 verplicht lidstaten niet om een splitsingsregeling tot stand te brengen. Lidstaten zijn echter wel verplicht om de richtlijn toe te passen wanneer zij een splitsing toestaan. Dit volgt uit de preambule van de richtlijn waarin staat dat het 'nodig [is] de wettelijke bepalingen van de lidstaten inzake splitsingen van naamloze vennootschappen te coördineren wanneer de lidstaten (...) splitsingen toestaan'.¹⁶ Deze overweging uit de preambule komt tot uitdrukking in artikel 135 Richtlijn (EU) 2017/1132. Daarin staat dat wanneer lidstaten voorzien in de mogelijkheid tot splitsing, de richtlijn moet worden toegepast.

2.2.2 Vormen van splitsing

23. De splitsing kan verschillende vormen aannemen. Vanuit het perspectief van Richtlijn (EU) 2017/1132 zijn drie splitsingsvormen te onderscheiden. In de eerste plaats de situatie waarin het vermogen van de splitsende rechtspersoon in zijn geheel overgaat op twee of meer rechtspersonen (art. 136 Richtlijn 2017/1132). Dit wordt door de richtlijn een 'splitsing door overneming' genoemd. In de tweede plaats de situatie waarin het vermogen in zijn geheel overgaat op nieuwe rechtspersonen die bij de splitsing worden

¹³ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 2. Een andere reden voor de wetgever om een splitsingsregeling tot stand te brengen is dat Nederland ten opzichte van andere lidstaten op dit punt achterbleef. Dat had tot gevolg dat ondernemers in andere lidstaten over meer vennootschappelijke mogelijkheden beschikten dan Nederlandse ondernemers. Met het tot stand brengen van de splitsingsregeling is deze discrepantie opgeheven; *Kamerstukken II* 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 3.

¹⁴ Wet van 24 december 1997 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en van enige andere wetten in verband met de regeling van de splitsing van rechtspersonen, *Stb.* 1997, 776.

¹⁵ Richtlijn (EU) 2017/1132 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 aangaande bepaalde aspecten van het vennootschapsrecht, *PbEU* 2017, L 169/46.

¹⁶ De 68ste overweging uit de preambule van Richtlijn (EU) 2017/1132.

opgericht (art. 155 Richtlijn 2017/1132). Dit wordt door de richtlijn een ‘splitsing door oprichting van nieuwe vennootschappen’ genoemd. In de derde plaats de situatie waarin sprake is van toezicht van een rechter (art. 157 Richtlijn 2017/1132). Dit wordt door de richtlijn ‘splitsingen onderworpen aan het toezicht van een rechter’ genoemd. De Uniewetgever heeft deze drie splitsingsvormen beperkt tot de naamloze vennootschap.¹⁷

24. De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen om zowel de eerste als de tweede splitsingsvorm uit Richtlijn (EU) 2017/1132 onder de noemer ‘zuivere splitsing’ over te nemen in de Nederlandse splitsingsregeling (art. 2:334a lid 2 BW). De Nederlandse splitsingsregeling maakt derhalve geen expliciet onderscheid tussen wat in Richtlijn (EU) 2017/1132 de ‘splitsing door overneming’ en de ‘splitsing door oprichting van nieuwe vennootschappen’ wordt genoemd. Beide vormen worden in de Nederlandse splitsingsregeling aangeduid als ‘zuivere splitsing’. De zuivere splitsing is de rechtshandeling waarbij het vermogen van een rechtspersoon die bij de splitsing ophoudt te bestaan onder algemene titel overeenkomstig de aan de akte van de splitsing gehechte beschrijving wordt verkregen door twee of meer rechtspersonen (art. 2:334a lid 2 BW). De derde splitsingsvorm uit Richtlijn 2017/1132 (EU) – ‘splitsing onderworpen aan het toezicht van een rechter’ – is door de Nederlandse wetgever niet overgenomen.

25. De Nederlandse splitsingsregeling is op twee punten uitgebreid ten opzichte van Richtlijn (EU) 2017/1132. In de eerste plaats heeft de Nederlandse wetgever de zogenoemde ‘afsplitsing’ ingevoerd. Dat is de splitsing waarbij het vermogen of een deel daarvan onder algemene titel wordt verkregen door een of meerdere rechtspersonen waarvan ten minste één verkrijgende rechtspersoon een bij de splitsing opgerichte vennootschap is (art. 2:334a lid 3 BW). In de tweede plaats heeft de Nederlandse wetgever de splitsingsregeling niet beperkt tot naamloze vennootschappen. De Nederlandse splitsingsregeling is namelijk ook van toepassing op de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij, de stichting en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (art. 2:308 lid 1 BW).

26. Ten aanzien van deze twee uitbreidingen (zie nr. [25]), die buiten de directe werkingssfeer van het Unierecht vallen, heeft de Nederlandse wetgever zich geconformeerd aan de regels die voortvloeien uit Richtlijn (EU) 2017/1132. Dat de Nederlandse wetgever ervoor heeft gekozen om zich ten aanzien van deze twee uitbreidingen te conformeren aan de regels uit Richtlijn (EU) 2017/1132, is een belangrijke constatering. De bevoegdheid van het HvJ EU om uitspraak te doen over de uitlegging van het Unierecht op basis van verzoeken om een prejudiciële beslissing (art. 267 VWEU) bestaat volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU ook ingeval de feiten van het geding weliswaar buiten de directe werkingssfeer van het Unierecht vallen, maar het Unierecht door de nationale wettelijke regeling van toepassing zijn gemaakt.¹⁸ Met andere woorden:

¹⁷ Dit volgt uit zowel de titel van hoofdstuk 3 van Richtlijn (EU) 2017/1132 (‘Splitsing van naamloze vennootschappen’) als uit artikel 135 in verbinding met bijlage I van Richtlijn (EU) 2017/1132.

¹⁸ Zie in deze zin HvJ EG 18 oktober 1990, gevoegde zaken C-297/88 en C-197/89, EU:C:1990:360 (*Dzodzi*), punt 37; HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, EU:C:1997:369 (*Leur-Bloem*), punten 27 en 32; HvJ EU 15 november 2016, C-268/15, EU:C:2016:874, (*Ullens de Schooten*), punt 53 en HvJ EU 30 januari 2020, C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56 (*I.G.I./Cicenia*), punt 45.

indien de lidstaat zich voor zuiver interne situaties heeft geconformeerd aan de in het Unierecht gekozen oplossing, is het HvJ EU bevoegd om uitspraak te doen over verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffende de uitlegging van het Unierecht. Daarmee wordt bewerkstelligd dat interne situaties op dezelfde wijze worden behandeld als situaties die onder het Unierecht vallen.

2.3 De vernietigingsregeling van de splitsing

2.3.1 Algemeen

27. In artikel 2:334u BW is neergelegd wanneer een splitsing kan worden vernietigd. Dit artikel is door de Nederlandse wetgever ingevoerd op basis van (thans) artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132. Artikel 153 van Richtlijn (EU) 2017/1132 bepaalt binnen welke kaders lidstaten de mogelijkheid hebben om splitsingen te vernietigen, zodat het noodzakelijk is om die kaders te bespreken. Deze paragraaf begint daarom met een bespreking van artikel 153 uit voornoemde richtlijn (par. 2.3.2). Daarna zal een bespreking van artikel 2:334u BW aan de orde komen (par. 2.3.3).

2.3.2 Artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132

28. Artikel 153 van Richtlijn (EU) 2017/1132 bevat een regeling met betrekking tot 'de nietigheid van een splitsing'. Dit artikel beperkt, blijkens het woord 'slechts' in lid 1, de gevallen van 'nietigheid' tot enkele limitatieve gronden, voorziet in een korte termijn om 'nietigheid' in te roepen en bepaalt dat wanneer herstel mogelijk is van het gebrek dat tot 'nietigverklaring' van de splitsing kan leiden, daartoe een termijn wordt toegekend aan de betrokken vennootschappen.

Artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132

1. In de wetgeving van de lidstaten kan de nietigheid van splitsingen slechts met inachtneming van de volgende voorwaarden worden geregeld:

- a) de nietigheid moet door de rechter worden uitgesproken;
- b) de nietigheid van een in de zin van artikel 149 van kracht geworden splitsing kan slechts worden uitgesproken wegens het ontbreken van het preventieve toezicht door de rechter of de overheid op de rechtmatigheid ervan of wegens het ontbreken van een authentieke akte, dan wel omdat is vastgesteld dat het besluit van de algemene vergadering krachtens het nationale recht nietig of vernietigbaar is;
- c) de vordering tot nietigverklaring kan niet meer worden ingediend nadat zes maanden zijn verstreken sedert de datum sedert welke de splitsing kan worden tegengeworpen aan degene die de nietigheid ervan inroept, noch indien het gebrek inmiddels is hersteld;
- d) wanneer herstel van het gebrek dat tot de nietigverklaring van de splitsing kan leiden mogelijk is, verleent de bevoegde rechter daartoe aan de betrokken vennootschappen een termijn;

(...)

- h) elk van de verkrijgende vennootschappen is aansprakelijk voor de verbintenissen die te haren laste zijn ontstaan na het tijdstip waarop de splitsing van kracht is geworden en vóór het tijdstip waarop het besluit tot nietigverklaring van de splitsing is bekendgemaakt. Ook de

gesplitste vennootschap is aansprakelijk voor die verbintenissen; de lidstaten kunnen bepalen dat die aansprakelijkheid uitsluitend geldt voor het gedeelte van het nettoactief dat is overgedragen aan de verkrijgende vennootschap ten laste waarvan die verbintenissen zijn ontstaan.

(...)

29. Een belangrijke vraag die rijst met betrekking tot artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132, is wat de uitlegging is van het begrip 'nietigheid'. Het VEU noch het VWEU schrijft voor welke methoden het HvJ EU dient toe te passen bij de uitleggen van het Unierecht. Bij die stand is het HvJ EU vrij om eigen interpretatiemethoden te kiezen en toe te passen.¹⁹ Het HvJ EU heeft blijkens zijn jurisprudentie voor de volgende drie – klassieke – interpretatiemethoden gekozen: (i) de taalkundige interpretatiemethode, (ii) de contextuele interpretatiemethode en (iii) de teleologische interpretatiemethode.²⁰ Het HvJ EU heeft zich recentelijk gesteld gezien met een prejudiciële vraag over de uitlegging van het begrip 'nietigheid' zoals neergelegd in (thans) artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132. Alle drie voornoemde interpretatiemethoden zijn door het HvJ EU toegepast om het begrip 'nietigheid' te interpreteren.

30. In de eerste plaats de taalkundige interpretatiemethode. Het rechtszekerheidsbeginsel noopt ertoe dat gevolg wordt gegeven aan duidelijke en precieze bewoordingen van begrippen. Dat betekent dat ingeval bepalingen uit het Unierecht een duidelijke en precieze bewoording bevatten, geen ruimte bestaat voor een daarvan afwijkende interpretatie op grond van de overige interpretatiemethoden ('interpretatio cessat in claris').²¹ De taalkundige betekenis van 'nietigheid' uit artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132 verwijst volgens het HvJ EU 'naar vorderingen tot nietigverklaring van een handeling, als gevolg waarvan deze handeling tenietgaat en die rechtswerking hebben ten aanzien van eenieder'.²² Dat wil zeggen: absolute nietigheid ('erga omnes').

31. In de tweede plaats de contextuele interpretatiemethode. Deze interpretatiemethode bestaat uit een zogenoemde interne en externe interpretatie. De interne interpretatie gaat uit van de normatieve context waarin het Unierecht is geplaatst. De externe interpretatie gaat uit van het (wetstechnische) beslisproces dat vooraf is gegaan aan de totstandkoming van de betreffende bepaling ('travaux préparatoires').²³ Wat de contextuele interpretatie van het begrip 'nietigheid' betreft, gebruikt het HvJ EU de gronden van nietigheid, zoals neergelegd in artikel 153 lid 1 onderdeel b Richtlijn (EU) 2017/1132, als normatieve context waarin het begrip moet worden uitgelegd. Deze nietigheidsgronden betreffen vernietiging wegens (i) het ontbreken van het preventieve toezicht door de rechter of de overheid op de rechtmatigheid, (ii) het ontbreken van een

¹⁹ K. Lenaerts & J.A. Gutierrez-Fons, 'To Say What the Law of the EU is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice', *Columbia Journal of European Law*, (20), afl. 2, p. 6.

²⁰ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 26 juli 2017, C-646/16, EU:C:2017:586, punt 73 (*Jafar*).

²¹ Zie bijvoorbeeld HvJ EG 8 december 2005, Case C-220/03, ECLI:EU:C:2005:748, punt 31 (*ECB/Duitsland*); HvJ EG 28 februari 2008, C-263/06, ECLI:EU:C:2008:128, punt 48 (*Carboni e derivati Srl/Ministero dell'Economia e delle Finanze en Riunione Adriatica di Sicurtà SpA*) en HvJ EG 22 december 2008, C-48/07, ECLI:EU:C:2008:758, punt 44 (*Belgische Staat - Service public fédéral Finances/Les Vergers du Vieux Tauves SA*).

²² HvJ EU 30 januari 2020, C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56 (*I.G.I./Cicenia*), punt 80.

²³ K. Lenaerts & J.A. Gutierrez-Fons, 'To Say What the Law of the EU is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice', *Columbia Journal of European Law*, (20), afl. 2, p. 16-31.

authentieke akte en (iii) nadat is vastgesteld dat het besluit van de algemene vergadering waarbij het splitsingsvoorstel is goedgekeurd, krachtens het nationale recht nietig of vernietigbaar is (art. 153 lid 1 onderdeel b Richtlijn (EU) 2017/1132). Deze nietigheidsgronden hebben allemaal betrekking op de totstandkoming van de splitsing en hebben invloed op het bestaan van de splitsing. Daarom noopt ook de contextuele interpretatie, aldus het HvJ EU, tot de conclusie dat het begrip 'nietigheid' uitsluitend betrekking heeft op absolute nietigheid ('erga omnes').²⁴

32. In de derde plaats de teleologische interpretatiemethode. Deze interpretatiemethode is, in de woorden van voormalig advocaat-generaal bij het HvJ EU Fennelly, de meest karakteristieke interpretatiemethode van het HvJ EU.²⁵ Deze interpretatiemethode neemt de achterliggende doestellingen van de bepaling als uitgangspunt om het recht te interpreteren. Bengoetxea onderscheidt drie vormen van teleologische interpretatie door het HvJ EU.²⁶ Ten eerste de functionele interpretatie. Dit houdt in dat de bepaling wordt geïnterpreteerd tegen de achtergrond van de functie die de bepaling heeft. Ten tweede de teleologische interpretatie in strikte zin ('stricto sensu'). Dat wil zeggen dat de bepaling moet worden geïnterpreteerd in het licht van de doelstellingen ervan. Ten derde de consequentiële interpretatie. Die interpretatie neemt de consequenties van een bepaling in ogenschouw. De teleologische interpretatie van 'nietigheid' noopt volgens het HvJ EU, indachtig de 54ste overweging van Richtlijn (EU) 2017/1132, tot de vaststelling dat de Uniewetgever het noodzakelijk heeft geacht om de gevallen van nietigheid te beperken, waarbij (i) gebreken bij de splitsing waar mogelijk moeten worden hersteld en (ii) ten gunste van de rechtszekerheid de termijn voor het invoeren van de nietigheid is beperkt tot zes maanden. Deze vaststelling bevestigt volgens het HvJ EU dat nietigheid moet worden begrepen als absolute nietigheid ('erga omnes').²⁷

2.3.3 Artikel 2:334u BW

2.3.3.1 Grondslagen, tijd en wijze waarop vernietiging kan plaatsvinden

33. Artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132 is geïmplementeerd in artikel 2:334u BW. Artikel 2:334u BW bevat een regeling met betrekking tot de vernietiging van een splitsing. De mogelijkheid tot vernietiging van een splitsing op de voet van artikel 2:334u BW is op drie manieren beperkt: (i) in grondslagen, (ii) in tijd en (iii) in de wijze waarop vernietiging kan plaatsvinden.

Artikel 2:334u BW

1. De rechter kan een splitsing alleen vernietigen:
 - a. indien de door een notaris ondertekende akte van splitsing geen authentiek geschrift is;
 - b. wegens het niet naleven van artikel 334b leden 5 of 6, artikel 334l lid 3 of de eerste zin van artikel 334n lid 2;

²⁴ HvJ EU 30 januari 2020, C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56 (*I.G.I./Cicenia*), punten 81-83.

²⁵ N. Fennelly, 'Legal Interpretation at the European Court of Justice', *Fordham International Law Journal*, p. 664.

²⁶ J. Bengoetxea, 'The legal reasoning of the European Court of Justice: Towards A European Jurisprudence', Oxford: Clarendon Press 1993.

²⁷ HvJ EU 30 januari 2020, C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56 (*I.G.I./Cicenia*), punt 84.

- c. wegens nietigheid, het niet van kracht zijn of een grond tot vernietiging van een voor de splitsing vereist besluit van de algemene vergadering of, in een stichting, van het bestuur;
- d. wegens het niet naleven van artikel 334m lid 5.

2. Vernietiging geschiedt door een uitspraak van de rechter van de woonplaats van de gesplitste rechtspersoon op vordering tegen alle verkrijgende rechtspersonen en de voortbestaande gesplitste rechtspersoon van een lid, aandeelhouder, bestuurder of andere belanghebbende. Een niet door de rechter vernietigde splitsing is geldig.

3. De bevoegdheid tot het instellen van de vordering tot vernietiging vervalt door herstel van het verzuim of door verloop van zes maanden na de nederlegging van de akte van splitsing ten kantore van de openbare registers van de woonplaatsen van de verkrijgende rechtspersonen en de gesplitste rechtspersoon.

4. De splitsing wordt niet vernietigd:

- a. indien het verzuim binnen een door de rechter te bepalen termijn is hersteld;
- b. indien de reeds ingetreden gevolgen van de splitsing bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt.

5. Heeft de eiser tot vernietiging van de splitsing schade geleden door een verzuim dat tot vernietiging had kunnen leiden, en vernietigt de rechter de splitsing niet, dan kan de rechter de verkrijgende rechtspersonen en de voortbestaande gesplitste rechtspersoon veroordelen tot vergoeding van de schade. De rechtspersonen hebben daarvoor verhaal op de schulden aan het verzuim en, tot ten hoogste het genoten voordeel, op degenen die door het verzuim zijn bevoordeeld.

(...)

8. De onherroepelijke uitspraak tot vernietiging van een splitsing is voor een ieder bindend. Verzet door derden en herroeping zijn niet toegestaan.

34. Wat betreft de beperking in grondslagen bepaalt artikel 2:334u BW dat vernietiging van een splitsing op vier gronden kan plaatsvinden. Het gaat in de eerste plaats om een vernietiging van de splitsing indien de notariële akte geen authentiek geschrift is (art. 2:334u lid 1 onderdeel a BW). In de tweede plaats kan een splitsing worden vernietigd in het geval dat wettelijke voorschriften in verband met de splitsing niet zijn gevolgd (art. 2:334u lid 1 onderdeel b BW). In de derde plaats kan een splitsing worden vernietigd in het geval dat er gebreken bestaan in de besluitvorming van het splitsingsbesluit (art. 2:334u lid 1 onderdeel c BW). Volgens de tekst van artikel 2:334u lid 1 onderdeel c BW gaat het om nietigheid, het niet van kracht zijn of een grond voor vernietiging van een voor de splitsing vereist besluit van de algemene vergadering of, in het geval van een stichting, het bestuur. In de vierde plaats kan een splitsing worden vernietigd indien een besluit dat tot splitsing van een stichting niet de vereiste goedkeuring van de rechtbank heeft (art. 2:334u lid 1 onderdeel d BW). De Hoge Raad heeft om redenen van rechtszekerheid geoordeeld dat deze vier vernietigingsgronden in artikel 2:334u BW limitatief zijn.²⁸

²⁸ HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, r.o. 4.1.3, NJ 2014/222 m.nt. P. van Schilfgaarde (Schreurs/Favini).

35. Wat betreft de beperking in tijd bepaalt artikel 2:334u lid 3 BW dat de bevoegdheid tot het instellen van de vordering tot vernietiging door het herstel van het verzuim of vervalt door verloop van zes maanden na de nederlegging van de akte van splitsing. Na deze zes maanden kan de splitsing niet meer worden aangetast.

36. Wat betreft de beperking in wijze van vernietiging bepaalt artikel 2:334u lid 1 aanhef BW dat uitsluitend de rechter een splitsing kan vernietigen. Dat wil zeggen dat een buitengerechterlijke vernietiging van een splitsing op grond van artikel 2:334u BW niet mogelijk is. Een niet door de rechter vernietigde splitsing is immers geldig (art. 2:334u lid 2 BW).

2.3.3.2 Herstel, bezwaarlijk ongedaan maken en schadevergoeding

37. Naast de beperking in grondslagen, tijd en wijze van vernietigen, zijn er drie gevallen waarin de splitsing niet wordt vernietigd. In de eerste plaats de situatie waarin het verzuim binnen een door de rechter te bepalen termijn is hersteld (art. 2:334u lid 4 onderdeel a). In de tweede plaats de situatie waarin de reeds ingetreden gevolgen van de splitsing bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt (art. 2:334u lid 4 onderdeel b). In de derde plaats de situatie waarin de rechter op grond van artikel 2:334u lid 5 beslist dat de eiser tot vernietiging van de splitsing schade heeft geleden door een verzuim dat tot vernietiging had kunnen leiden, maar de rechter in plaats van vernietiging ervoor kiest de verkrijgende en de voortbestaande gesplitste rechtspersoon te veroordelen tot vergoeding van de schade. Een schadevergoeding op grond van artikel 2:334u lid 5 is, blijkens een uitspraak van de rechtbank Amsterdam, niet onderworpen aan de vervaltermijn van zes maanden voor het indienen van een vordering tot vernietiging van de splitsing.²⁹ De betreffende rechtspersonen die worden veroordeeld tot vergoeding van de schade hebben daarvoor verhaal op de schuldigen aan het verzuim en tot ten hoogste het genoten voordeel op degenen die door het verzuim zijn bevoordeeld.

2.3.3.3 Gevolgen van de vernietiging op grond van artikel 2:334u BW

38. De vernietiging heeft, in navolging van artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132, de absolute nietigheid van de splitsing tot gevolg (art. 2:334u lid 8 BW). De wetgever heeft de gevolgen van een vernietiging nader geconceptualiseerd in de parlementaire geschiedenis:

Kamerstukken II, 24 702 B, p. 7 (Advies Raad van State en nader rapport)

De vernietiging werkt terug tot het tijdstip van de splitsing. De vermogensovergang wordt geacht niet te hebben plaatsgevonden. Voor zover bij de splitsing verkrijgende rechtspersonen zijn opgericht, worden deze geacht nooit te hebben bestaan. Een gesplitste rechtspersoon die bij de splitsing is opgehouden te bestaan, herleeft (anders dan de Raad veronderstelt) en wel met terugwerkende kracht tot het tijdstip van de splitsing. Er ontstaat zo, in het bijzonder indien zich sinds de splitsing mutaties hebben voorgedaan in het vermogen dat is overgegaan, een ingewikkelde rechtssituatie.

²⁹ Rb. Amsterdam 6 februari 2002, ECLI:NL:RBAMS:2002:AG8077, JOR 2002/61. Hoewel de uitspraak ziet op artikel 2:323 lid 5 BW betreffende de vernietiging van een fusie, ligt het zonder meer in de rede deze uitspraak te extrapoleren naar artikel 2:334u lid 5 betreffende de vernietiging van een splitsing.

39. Door de vernietiging van de splitsing vallen de rechtsgevolgen daarvan weg. De vermogensbestanddelen die de verkrijgende rechtspersoon bij de splitsing heeft verkregen gaat door de vernietiging van de splitsing weer terug naar de gesplitste rechtspersoon. Om schade zijdens derden die na de splitsing met de verkrijgende rechtspersonen verbintenissen zijn aangegaan te mitigeren, bepaalt artikel 2:334u lid 7 dat de gesplitste rechtspersoon naast de betrokken verkrijgende rechtspersoon hoofdelijk verbonden is tot nakoming van deze verbintenissen.

2.4 De actio Pauliana

2.4.1 Algemeen

40. De actio Pauliana beschermt schuldeisers door hun de mogelijkheid te bieden een rechtshandeling die tot gevolg heeft dat hun verhaalsmogelijkheden worden aangetast te vernietigen. De actio Pauliana is een beschermingsinstrument dat niet zijn oorsprong kent in Richtlijn (EU) 2017/1132, zodat de vraag rijst of deze richtlijn een beroep op de actio Pauliana om een splitsing te vernietiging in de weg staat. In dat kader is artikel 146 Richtlijn (EU) 2017/1132 van belang, omdat het artikel handelt over de bescherming van de belangen van de schuldeisers van vennootschappen die aan de splitsing deelnemen. Deze paragraaf begint met een bespreking van voornoemd artikel uit de richtlijn (par. 2.4.2). Daarna zal de actio Pauliana aan de orde komen (par. 2.4.3).

2.4.2 Artikel 146 Richtlijn (EU) 2017/1132

41. Artikel 146 Richtlijn (EU) 2017/1132 bevat een regeling met betrekking tot de bescherming van de belangen van de schuldeisers van de vennootschappen die aan de splitsing deelnemen. Het artikel bepaalt imperatief dat lidstaten passende bescherming moeten bieden aan de belangen van deze schuldeisers.

Artikel 146 Richtlijn (EU) 2017/1132

1. De wetgeving van de lidstaten moet een passende bescherming bieden van de belangen van de schuldeisers van de vennootschappen die aan de splitsing deelnemen wier vorderingen vóór de openbaarmaking van het splitsingsvoorstel zijn ontstaan en ten tijde van die openbaarmaking nog niet opeisbaar zijn.

2. Voor de toepassing van lid 1 bepaalt de wetgeving van de lidstaten ten minste dat die schuldeisers recht hebben op passende waarborgen wanneer de financiële toestand van de gesplitste vennootschap en van de vennootschappen waarop de verbintenis overgaat overeenkomstig het splitsingsvoorstel die bescherming nodig maakt en die schuldeisers niet reeds over dergelijke waarborgen beschikken. De lidstaten stellen de voorwaarden vast voor de in lid 1 en in de eerste alinea van dit lid bedoelde bescherming. De lidstaten dragen er in elk geval zorg voor dat de bovenbedoelde schuldeisers zich tot de bevoegde administratieve of gerechtelijke instantie kunnen wenden om passende waarborgen te verkrijgen, mits zij op geloofwaardige wijze kunnen aantonen dat de voldoening van hun vorderingen als gevolg van de splitsing in het gedrang is, en dat van de vennootschap geen passende waarborgen zijn verkregen.

(...)

4. Artikel 99, lid 3, is van toepassing.

(...)

42. Roelofs wijst er terecht op dat het in artikel 146 Richtlijn (EU) 2017/1132 gaat om de bescherming van de belangen van de schuldeisers van zowel de gesplitste vennootschap als de verkrijgende vennootschap(pen).³⁰ De bescherming waarop deze schuldeisers recht hebben moet volgens artikel 146 lid 2 Richtlijn (EU) 2017/1132 'ten minste' bestaan uit passende waarborgen wanneer de financiële toestand van de gesplitste vennootschap en van de vennootschap waarop de verbintenis overeenkomstig het splitsingsvoorstel overgaat, deze bescherming nodig maakt en deze schuldeisers niet reeds over dergelijke waarborgen beschikken. Uit de woorden 'ten minste' volgt dat het gaat om een minimumvereiste. Dat betekent dat lidstaten gehouden zijn om *minimaal* te voorzien in de vorengenoemde waarborgen, maar daar hoeven zij zich in het nationale recht niet toe te beperken. Dit wordt ook wel minimumharmonisatie genoemd. Minimumharmonisatie houdt, in de treffende woorden van Weatherill, in dat 'the EU harmonised standard sets the floor but it is open to each Member States to choose to raise the ceiling'.³¹

43. Over artikel 146 Richtlijn (EU) 2017/1132 zijn vier belangrijke opmerkingen te maken. In de eerste plaats heeft het HvJ EU overwogen dat artikel 146 Richtlijn (EU) 2017/1132 niet belet dat schuldeisers van de vennootschappen die aan de splitsing deelnemen een beroep kunnen doen op *andere* beschermingsinstrumenten dan de beschermingsinstrumenten die de lidstaten overeenkomstig artikel 146 Richtlijn (EU) 2017/1132 in het nationale recht hebben vastgelegd.³² In de tweede plaats voorziet artikel 146 Richtlijn (EU) 2017/1132 in de bescherming van een afgebakende groep vorderingen, namelijk vorderingen die vóór de openbaarmaking van het splitsingsvoorstel zijn ontstaan en ten tijde van de openbaarmaking reeds opeisbaar waren. Alle andere vorderingen, waaronder nieuwe vorderingen van schuldeisers jegens vennootschappen die in het kader van de splitsing zijn opgericht, vallen niet onder artikel 146 Richtlijn (EU) 2017/1132. In de derde plaats ben ik met advocaat-generaal Szpunar van mening dat het lidstaten is toegestaan om beschermingsmaatregelen in te voeren voor vordering die buiten de werkingssfeer van artikel 146 Richtlijn (EU) 2017/1132 vallen.³³ Niets staat lidstaten in de weg om dergelijke beschermingsmaatregelen in te voeren. In de vierde plaats rijst de vraag of de bescherming van de schuldeisers van de gesplitste vennootschap gelijkwaardig moet zijn aan de bescherming van de schuldeisers van de verkrijgende vennootschap. Het antwoord luidt ontkennend: het HvJ EU overwoog expliciet dat artikel 146 lid 4 Richtlijn (EU) 2017/1132 in samenhang met artikel 99 lid 3 en artikel 136 lid 3

³⁰ E.R. Roelofs, *Grensoverschrijdende juridische splitsing van kapitaalvennootschappen* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 122) (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2014, p. 134.

³¹ P. Weatherill, 'Beyond preemption? Shared Competence and Constitutional Change' in the European Community', D. O'Keefe and P.M. Twomey (Red.), *Legal issues of the Maastricht Treaty*, (Wiley, 1994).

³² HvJ EU 30 januari 2020, C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56 (*I.G.I./Cicenia*), punt 68.

³³ Concl. A-G Szpunar, ECLI:EU:C:2019:790, punt 60 bij HvJ EU 30 januari 2020, C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56 (*I.G.I./Cicenia*).

bepaalt dat de bescherming 'kan verschillen' van de schuldeisers van de gesplitste en de verkrijgende vennootschap.³⁴

2.4.3 Vernietiging op grond van de actio Pauliana

2.4.3.1 Algemeen

44. Het Nederlandse recht kent twee vormen van de actio Pauliana: (i) de faillissementspauliana zoals neergelegd in artikel 42 tot en met 51 Fw en (ii) de BW-Pauliana zoals neergelegd in artikel 3:45 tot en met 3:48 BW.

2.4.3.2 Faillissementspauliana

45. De faillissementspauliana heeft de bescherming van schuldeisers op het oog.³⁵ Aan de curator wordt namelijk de bevoegdheid toegekend om door de schuldenaar (on)verplicht verrichte rechtshandeling te vernietigen waardoor schuldeisers in het faillissement zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden. De curator kan binnen de verjaringstermijn van drie jaar (art. 51 lid 1 onderdeel c BW) nadat de benadeling is ontdekt de vernietigbare rechtshandeling zowel door een buitengerechtelijk verklaring als een rechterlijke uitspraak laten vernietigen (art. 3:49 BW).

46. Voor een succesvol beroep op de faillissementspauliana gelden drie vereisten.³⁶ In de eerste plaats moet het gaan om een onverplichte dan wel verplichte rechtshandeling. Onverplicht verrichte handelingen zijn handelingen die verricht worden zonder dat daartoe een op wet of overeenkomst berustende verplichting bestaat. Een rechtshandeling is verplicht indien een dergelijke verplichting op grond van de wet of overeenkomst wel bestond. Als uitgangspunt komen alle (on)verplichte rechtshandelingen voor vernietiging op grond van de faillissementspauliana in aanmerking.³⁷ In de tweede plaats moet als gevolg van de onverplicht verrichte rechtshandeling de schuldeiser zijn benadeeld in zijn verhaalsmogelijkheden. In de kern komt het erop neer dat de schuldeiser minder ontvangt dan zonder de onverplicht verrichte rechtshandeling het geval zou zijn geweest.³⁸ Dit wordt ook wel het 'benadelingsvereiste' genoemd. In de derde plaats moest de schuldenaar weten of behoren te weten dat de rechtshandeling een of meer schuldeisers zou benadelen. Dit wordt ook wel het 'wetenschapsvereiste' genoemd.

³⁴ HvJ EU 30 januari 2020, C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56 (*I.G.I./Cicenia*), punten 71-74.

³⁵ R.J. van der Weijden, *De faillissementspauliana (Onderneming en recht nr. 75)* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012/2.3.1.

³⁶ R.J. de Weijts, *Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & transaction avoidance in insolvencies* (diss. Amsterdam), Deventer: Kluwer 2010/4.2.1.

³⁷ R.J. van der Weijden, *De faillissementspauliana (Onderneming en recht nr. 75)* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012/3.2.1.

³⁸ R.J. van der Weijden, *De faillissementspauliana (Onderneming en recht nr. 75)* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012/4.2.2.

2.4.3.3 De BW-Pauliana

47. De BW-Pauliana heeft de net als de faillissementspauliana de bescherming van schuldeisers op het oog.³⁹ Aan schuldeisers wordt namelijk de bevoegdheid toegekend om de door de schuldenaar onverplicht verrichte rechtshandeling te vernietigen waardoor zij zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden. Het recht om een beroep te doen op BW-Pauliana wordt toegekend aan iedere individuele schuldeiser. Schuldeisers kunnen binnen de verjaringstermijn van drie jaar (art. 51 lid 1 onderdeel c BW) nadat de benadeling is ontdekt de vernietigbare rechtshandeling zowel door een buitengerechtelijk verklaring als een rechterlijke uitspraak vernietigen (art. 3:49 BW).

48. Voor een succesvol beroep op de BW-Pauliana gelden net als de faillissementspauliana drie, weliswaar iets afwijkende, vereisten.⁴⁰ In de eerste plaats moet het gaan om een onverplichte rechtshandeling. Onverplicht verrichte rechtshandelingen zijn handelingen die zijn verricht zonder dat daartoe een op wet of overeenkomst berustende verplichting bestaat.⁴¹ Verplichte rechtshandelingen zijn niet vernietigbaar op grond van de BW-Pauliana. Als uitgangspunt komen alle onverplichte rechtshandelingen voor vernietiging op grond van de BW-pauliana in aanmerking (vgl. schakelbepaling art. 3:59 BW).⁴² In de tweede plaats moet als gevolg van de onverplicht verrichte rechtshandeling de schuldeiser zijn benadeeld in zijn verhaalsmogelijkheden. In de kern komt het erop neer dat de schuldeiser minder ontvangt dan zonder de onverplicht verrichte rechtshandeling het geval zou zijn geweest. De vordering van de benadeelde schuldeiser hoeft niet te zijn ontstaan vóór de onverplicht verrichte rechtshandeling. Een schuldeiser kan ook zijn benadeeld indien zijn vordering is ontstaan nadat de onverplichte rechtshandeling is verricht (art. 3:45 lid 1 BW). In de derde plaats moet, net als bij de faillissementspauliana, de schuldenaar weten of behoren te weten dat de rechtshandeling een of meer schuldeisers zou benadelen. Dit wordt ook wel het wetenschapsvereiste genoemd.

2.4.3.4 Gevolgen van de vernietiging op grond van de actio Pauliana

49. De gevolgen van de vernietiging op grond van de faillissementspauliana en de BW-Pauliana zijn in die zin gelijk dat deze leidt tot relatieve nietigheid. Voor de BW-Pauliana volgt dit expliciet uit artikel 3:45 lid 4 BW. Daarin staat dat de schuldeiser die tegen een rechtshandeling opkomt deze slechts 'te zijnen behoeve' vernietigt. Dat betekent dat de nietigheid uitsluitend werkt tegenover de schuldeiser die zich op de vernietiging beroept. Voor de faillissementspauliana volgt dit uit de woorden 'ten behoeve van de boedel' uit artikel 42 Fw.⁴³ Dat betekent dat de nietigheid uitsluitend werkt tegenover de curator die

³⁹ Vgl. C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018/586.

⁴⁰ Vgl. C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018/586-592.

⁴¹ Zie ook HR 10 december 1976, NJ 1977/617 (Van de Voort q.q./BACM).

⁴² C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018/590.

⁴³ Vgl. MvT, Van der Feltz I, p. 439: "Anderzijds wordt door de woorden 'ten behoeve van den boedel' duidelijk aangewezen, dat deze nietigheid slechts eene relatieve is, eene die alleen bestaat ten opzichte van den boedel

zich op de vernietiging beroept. In de kern komt deze relatieve werking bij beide gronden – de faillissementspauliana en de BW-Pauliana – erop neer dat de curator, respectievelijk de schuldeiser, kan handelen alsof de desbetreffende rechtshandeling niet was verricht.

2.5 Conclusie

50. Voor een goed begrip van de discussie die in de rechtswetenschappelijke literatuur wordt gevoerd over de samenloop tussen artikel 2:334u BW en de actio Pauliana ter vernietiging van de splitsing, was het noodzakelijk om de onderliggende onderwerpen van deze discussie vanuit een descriptief perspectief te bespreken. De onderliggende onderwerpen die in de samenloopdiscussie samenkomen zijn: (i) de splitsing, (ii) artikel 2:334u BW en (iii) de actio Pauliana. Hoofdstuk 2 poogde de specifieke merites van deze onderliggende onderwerpen in kaart te brengen die voor een goed begrip van de samenloopdiscussie onmisbaar zijn. Om die specifieke, onmisbare merites in kaart te brengen, is het ingewikkelde samenspel van regels van nationale en Europese origine geïntegreerd behandeld.

51. In de eerste plaats liet hoofdstuk 2 zien dat de Nederlandse wetgever ter voorkoming van een samenstel aan handelingen ervoor heeft gekozen om een splitsingsregeling in te voeren in Boek 2, Titel 7 van het BW. De nationale regeling met betrekking tot de rechtsfiguur splitsing is gebaseerd op Richtlijn (EU) 2017/1132. Nederland moet, net als ieder andere lidstaat die voorziet in een splitsingsregeling, op grond van artikel 135 Richtlijn (EU) 2017/1132 de richtlijn toepassen.

52. In de tweede plaats liet hoofdstuk 3 zien dat vanuit het perspectief van Richtlijn (EU) 2017/1132 drie splitsingsvormen zijn te onderscheiden: (i) splitsing door overnemingen, (ii) splitsing door oprichting van nieuwe vennootschappen en (iii) splitsingen onderworpen aan het toezicht van een rechter. De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen om zowel de eerste als de tweede splitsingsvorm uit Richtlijn (EU) 2017/1132 onder de noemer ‘zuivere splitsing’ over te nemen in de Nederlandse splitsingsregeling. De derde splitsingsvorm uit Richtlijn (EU) 2017/1132 kent het Nederlands recht niet. De Nederlandse splitsingsregeling is op twee punten uitgebreid ten opzichte van Richtlijn (EU) 2017/1132. De Nederlandse splitsingsregeling kent namelijk (i) de afsplitsing en is (ii) niet beperkt tot de naamloze vennootschappen, maar ook toepasselijk op de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij, de stichting en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. De Nederlandse wetgever ervoor heeft gekozen om zich ten aanzien van die twee uitbreidingen te conformeren aan Richtlijn (EU) 2017/1132. Dat heeft tot gevolg dat, op basis van vaste jurisprudentie van het HvJ EU, de nationale wetgeving, ter vermijding van uiteenlopende uitleggingen, op eenvormige wijze dient te worden toegepast.

53. In de derde plaats liet hoofdstuk 2 zien dat artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132 een regeling met betrekking tot ‘de nietigheid van een splitsing’ kent. Dit artikel beperkt,

en mitsdien alleen en uitsluitend door den curator kan worden ingeroepen, niet ook door dengene, met wien de schuldenaar handelde, of door den schuldenaar zelf, (...)

blijkens het woord 'slechts' in lid 1, de gevallen van 'nietigheid' tot enkele limitatieve gronden, voorziet in een korte termijn om 'nietigheid' in te roepen en bepaalt dat wanneer herstel mogelijk is van het gebrek dat tot 'nietigverklaring' van de splitsing kan leiden, daartoe een termijn wordt toegekend aan de betrokken vennootschappen. 'Nietigheid van een splitsing' wil in het kader van artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132 zeggen absolute nietigheid. Het artikel heeft derhalve uitsluitend de absolute nietigheid van de splitsing op het oog. Absolute nietigheid wil zeggen dat het bestaan van de splitsing wordt aangetast en dat, aangezien de nietigheid werking heeft tegenover eenieder ('erga omnes'). Artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132 is geïmplementeerd in artikel 2:334u BW. Artikel 2:334u BW bevat een regeling met betrekking tot de vernietiging van een splitsing. Deze vernietiging heeft de absolute nietigheid van de splitsing tot gevolg (art. 2:334u lid 8 BW). De mogelijkheid tot vernietiging van een splitsing op de voet van artikel 2:334u BW is op drie manieren beperkt: (i) in grondslagen, (ii) in tijd en (iii) in de wijze waarop vernietiging kan plaatsvinden.

54. Hoofdstuk 2 liet in de vierde plaats zien dat de actio Pauliana, daarentegen, uitsluitend leidt tot relatieve nietigheid. De gevolgen van de vernietiging op grond van de faillissementspauliana en de BW-Pauliana zijn in die zin gelijk dat deze leidt tot relatieve nietigheid. Voor de BW-Pauliana volgt dit expliciet uit artikel 3:45 lid 4 BW. Daarin staat dat de schuldeiser die tegen een rechtshandeling opkomt deze slechts 'te zijnen behoeve' vernietigt. Dat betekent dat de nietigheid uitsluitend werkt tegenover de schuldeiser die zich op de vernietiging beroept. Voor de faillissementspauliana volgt dit uit de woorden 'ten behoeve van de boedel' uit artikel 42 Fw. Dat betekent dat de nietigheid uitsluitend werkt tegenover de curator die zich op de vernietiging beroept.

3 De samenloop tussen de actio Pauliana en artikel 2:334u BW vanuit een normatief perspectief

3.1 Inleiding

55. Hoofdstuk 2 bood een *tour d'horizon* van de drie onderwerpen (i) splitsing, (ii) artikel 2:334u BW en (iii) actio Pauliana. Bij het bieden van deze *tour d'horizon* is getracht vanuit een descriptief perspectief de specifieke merites van deze onderwerpen te bespreken die onmisbaar zijn voor een goed begrip van de samenloopdiscussies die op dit punt worden gevoerd. Om die specifieke, onmisbare merites in kaart te brengen is het ingewikkelde samenspel van regels van nationale en Unierechtelijke origine geïntegreerd behandeld. Het vorige hoofdstuk maakt het aldus mogelijk om in dit hoofdstuk de drie onderwerpen met elkaar te verbinden, zodat de samenloopdiscussie vanuit een normatief perspectief kan worden behandeld. Doel van hoofdstuk 3 is om de *state of the art* op het punt van de samenloopdiscussie in kaart te brengen en daar enkele nieuwe inzichten aan toe te voegen. Daartoe bevat dit hoofdstuk twee vertrekpunten die achtereenvolgens worden besproken en geanalyseerd. Het eerste vertrekpunt is het arrest *Favini* van de Hoge Raad uit 2013 (par. 3.2). Het tweede vertrekpunt is het arrest *I.G.I./Cicenia* van het HvJ EU uit 2020 (par. 3.3). Na een bespreking en analyse van deze twee vertrekpunten, ga ik in op de betekenis van het door het HvJ EU gewezen arrest *I.G.I./Cicenia* voor de uitleg van het door de Hoge Raad gewezen arrest *Favini*. Ik beargumenteer dat er voldoende aanknopingspunten voor de Hoge Raad zijn om af te wijken van de koers die hij in *Favini* heeft ingezet: hij zou de actio Pauliana ter vernietiging van de splitsing moeten toestaan. In de jurisprudentie en literatuur zijn echter verschillende bezwaren aangevoerd tegen het toestaan van de actio Pauliana om de splitsing te vernietigen. Ik zal ingaan op vier bezwaren en uitleggen waarom ze onjuist zijn, (gedeeltelijk) steekhoudend zijn of hoe ze kunnen worden weggemasseerd (par. 3.4). Het hoofdstuk besluit met een conclusie (par. 3.5).

3.2 Het arrest *Favini*

3.2.1 Feiten en procesverloop

56. De kern van de feiten en het procesverloop waren als volgt. *Favini Meerssen*, dat over een bedrijfspand beschikte in Nederland, maakte deel uit van een internationaal concern. Binnen dit concern hebben in 2005 afsplitsingen plaatsgevonden. Een van de entiteiten die zijn opgericht als gevolg van de afsplitsingen is *Favini RE*. *Favini RE* verwierf in het kader van de afsplitsing zowel de eigendom van het bedrijfspand (boekwaarde: € 8.530.000,-) als een schuld (ten bedrage van € 8.529.999,-) van *Favini Meerssen*. In 2008

ging Favini Meerssen failliet. Een jaar later, in 2009, sloten Favini RE en de Provincie Limburg een overeenkomst met betrekking tot de verkoop van het bedrijfspand. De levering van het bedrijfspand aan de Provincie Limburg heeft zich in datzelfde jaar, 2009, voltrokken. De curator heeft enkele weken na de levering van het bedrijfspand aan de Provincie Limburg aan Favini RE een brief gestuurd waarin hij op de voet van de actio Pauliana de splitsing buitengerechtelijk heeft vernietigd. De curator van Favini Meerssen stelde onder meer dat de schuldeisers zijn benadeeld, omdat zij geen verhaal meer hadden op het bedrijfspand.⁴⁴ Dit bedrijfspand had volgens de curator een waarde van € 25.340.000,-.⁴⁵ Favini RE kon zich niet verenigen met de buitengerechtelijke vernietiging van de afsplitsing. Een proces volgde. De rechtbank Maastricht overwoog dat niet werd voldaan aan twee voorwaarden voor een succesvol beroep op de actio Pauliana, namelijk het benadelingsvereiste en het wetenschapsvereiste. Het beroep van de curator op de Pauliana werd derhalve niet gehonoreerd.⁴⁶ De curator is tegen het vonnis van de rechtbank Maastricht in hoger beroep gekomen bij het Bossche Hof. Het Bossche hof oordeelde dat artikel 2:334u BW een beroep op de actio Pauliana ecarteert, zodat de curator geen beroep op de Pauliana toekwam.⁴⁷ De curator besloot in cassatie te komen van het arrest van het Bossche hof.

3.2.2 De rechtsvraag

57. De centrale vraag in *Favini* was of de curator een afsplitsing kan vernietigen met een beroep op de actio Pauliana. Het oordeel van de Hoge Raad laat aan duidelijkheid niets te wensen over: het is niet mogelijk een afsplitsing is vernietigen op grond van de actio Pauliana. Hij verwees naar de parlementaire geschiedenis waarin is opgemerkt dat de splitsingsregeling – zoals neergelegd in Titel 7 van Boek 2 BW – zo is opgezet dat de kans dat een splitsing wordt vernietigd zoveel mogelijk is beperkt, aangezien de gevolgen van een vernietiging ingrijpend zijn.⁴⁸ Met een verwijzing naar de rechtszekerheid en de vaststelling dat de vernietigingsmogelijkheden van de actio Pauliana ruimer zijn dan artikel 2:334u BW, kwam de Hoge Raad tot het oordeel dat artikel 2:334u BW exclusief toepasselijk is.⁴⁹ Hoewel het in *Favini* uitsluitend ging om de faillissementspauliana, ligt het, gelet op de generieke aard van de overwegingen van de Hoge Raad, in de rede dat het arrest *mutatis mutandis* geldt voor diens privaatrechtelijke evenknie: de BW-Pauliana.⁵⁰ Als doekje voor het bloeden overwoog de Hoge Raad dat de curator die meent dat de boedel als gevolg van een splitsing is benadeeld, een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad kan instellen.⁵¹

⁴⁴ Concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2013:921, punten 1-2 bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, *NJ* 2014/222 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Schreurs/Favini*).

⁴⁵ Hof 's-Hertogenbosch 27 maart 2011, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW0391, r.o. 4.10.

NJ 2014/222 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Schreurs/Favini*).

⁴⁶ Rb. Maastricht 18 augustus 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BY7936, r.o. 4.3.3 - 4.3.5.

⁴⁷ Hof 's-Hertogenbosch 27 maart 2011, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW0391, r.o. 4.14-4.19.

⁴⁸ HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, r.o. 4.1.3, *NJ* 2014/222, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Schreurs/Favini*).

⁴⁹ HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, r.o. 4.1.3, *NJ* 2014/222, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Schreurs/Favini*).

⁵⁰ Anders J.B. Huizink, annotatie bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, *Tvl* 2015/9, p. 58.

⁵¹ HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, r.o. 4.1.3, *NJ* 2014/222, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Schreurs/Favini*).

3.2.3 Analyse

58. Een belangrijke vraag is waarom de Hoge Raad in *Favini*, indachtig de Unierechtelijke basis van artikel 2:334u BW in artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132, geen prejudiciële vragen heeft gesteld aan het HvJ EU. De Hoge Raad is als hoogste nationale rechterlijke instantie verplicht om in gevallen waarin een uitleggingsvraag van het Unierecht aan de orde is, zich met een prejudiciële vraag te wenden tot het HvJ EU (art. 267 lid 3 VWEU). De gedachte om een prejudiciële vraag te stellen aan het HvJ EU is niet van de koude grond afkomstig. In een parallelle procedure tussen dezelfde partijen boog de toenmalige rechtbank Zutphen zich in 2010 ook over de vraag of ruimte bestaat voor de actio Pauliana om de afsplitsing te vernietigen. Zij overwoog dat ‘zekerheid over de vraag of [Richtlijn (EU) 2017/1132] in de weg staat aan vernietiging van een splitsing op grond van de actio Pauliana (...) kan (...) worden verkregen door het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie’.⁵² Het is vrijwel ondenkbaar dat de Hoge Raad bij het wijzen van *Favini* in 2013 onbekend was met deze overweging van de rechtbank Zutphen.⁵³ Uiteindelijk heeft de rechtbank Zutphen uit het oogpunt van kostenbesparing en het belang voor partijen om vertraging te voorkomen geen prejudiciële vragen gesteld, maar eerst onderzocht of überhaupt werd voldaan aan de voorwaarden van de actio Pauliana. De rechtbank oordeelde dat dit niet het geval was, zodat het belang van een prejudiciële vraag voor partijen was komen te ontvallen.⁵⁴

59. Een eenduidige verklaring voor het feit dat de Hoge Raad in *Favini* geen prejudiciële vragen heeft gesteld aan het HvJ EU is niet af te leiden uit zijn arrest. De Graaff merkt daarentegen op dat de afsplitsing buiten de reikwijdte van het Unierecht valt (een zuiver interne rechtsfiguur). Hier verbindt hij – met verwijzing naar artikel 267 VWEU en een arrest van het HvJ EU – de conclusie aan dat een prejudiciële vraag niet door het HvJ EU kón worden beantwoord.⁵⁵ Ik meen dat De Graaff hiermee bedoelt dat het HvJ EU een prejudiciële vraag op dit punt niet kon beantwoorden, omdat het daartoe onbevoegd zou zijn. Dat lijkt mij onjuist. Het is al een paar decennia vaste rechtspraak dat het bevoegd is om prejudiciële vragen te beantwoorden in het geval de lidstaat zich voor zuiver interne situaties heeft geconformeerd aan de in het Unierecht gekozen oplossing.⁵⁶ Dat is voor de regeling met betrekking tot de afsplitsing, een zuiver intern rechtsfiguur, het geval: die regeling conformeert zich aan Richtlijn (EU) 2017/1132.⁵⁷ Dat de afsplitsing zich conformeert aan Richtlijn (EU) 2017/1132 wordt bevestigd door de parlementaire geschiedenis van de splitsingsregeling. Daaruit volgt dat ‘het in de rede ligt de richtlijn ook

⁵² Rb. Zutphen 29 december 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BP0052, r.o. 7.12.

⁵³ Daar komt overigens nog bij dat deze parallelle procedure eveneens de Hoge Raad bereikte (ECLI:NL:HR:2013:2133). Het arrest is op dezelfde dag en door dezelfde raadsheren is gewezen als het arrest dat *Favini* onderwerp is van deze scriptie (ECLI:NL:HR:2013:2122).

⁵⁴ Rb. Zutphen 29 december 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BP0052, r.o. 7.12-7.15.

⁵⁵ R. de Graaff, annotatie bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, *NTBR* 2014/41, p. 338. Het arrest waarnaar De Graaff verwijst naar het arrest HvJ EU 12 juli 2012, C-602/10, ECLI:EU:C:2012:443 (*SC Volksbank România*).

⁵⁶ Zie in deze zin HvJ EG 18 oktober 1990, gevoegde zaken C-297/88 en C-197/89, EU:C:1990:360 (*Dzodzi*), punt 37; HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, EU:C:1997:369 (*Leur-Bloem*), punten 27 en 32; HvJ EU 15 november 2016, C-268/15, EU:C:2016:874, (*Ullens de Schooten*), punt 53 en HvJ EU 30 januari 2020, C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56 (*I.G.I./Cicenia*), punt 45.

⁵⁷ Aldus ook concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2013:921, punt 3.8 bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, *NJ* 2014/222 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Schreurs/Favini*).

voor de regeling van de afsplitsing te volgen'.⁵⁸ Daarnaast merkte de wetgever op dat het bij zuivere splitsing enerzijds en de afsplitsing anderzijds goeddeels dezelfde belangen betrokken zijn, zodat de regels van de splitsingsregeling gelijkelijk op die vormen van toepassing zijn.⁵⁹ Voorts is artikel 2:334u BW, waarin artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132 is omgezet, van toepassing op splitsingen waarbij een vennootschap slechts een deel van haar vermogen aan één of meerdere vennootschappen overdraagt, als op splitsingen waarbij een vennootschap haar gehele vermogen aan meerdere vennootschappen overdraagt, en dit zowel voor naamloze vennootschappen als voor vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid.⁶⁰ Het HvJ EU was en is derhalve bevoegd om een prejudiciële vraag te beantwoorden, zodat op dit punt geen reden bestond voor de Hoge Raad om het stellen van prejudiciële vragen achterwege te laten.

60. Een andere verklaring voor het feit dat de Hoge Raad in *Favini* geen prejudiciële vragen heeft gesteld aan het HvJ EU is dat hij meende in zuiver interne situaties, zoals in het geval van de afsplitsing, daar niet toe verplicht te zijn. Het HvJ EU is *bevoegd* om prejudiciële vragen te beantwoorden van de nationale rechter met betrekking tot zuiver interne situaties waarvoor de lidstaat zich heeft geconformeerd aan de in het Unierecht gekozen oplossing. Maar daarmee is niet gezegd dat de hoogste nationale rechterlijke instantie ook *verplicht* is om in geval van dergelijke zuiver interne situaties prejudiciële vragen te stellen. Het is thans onduidelijk of de verplichting van de hoogste nationale rechterlijke instantie om op grond van artikel 267 lid 3 VWEU prejudiciële vragen te stellen ook geldt in zuiver interne situaties die zich conformeren aan het Unierecht. Het HvJ EU heeft zich daar nog niet expliciet over uitgelaten. In de rechtswetenschappelijke literatuur wordt de vraag of sprake is van een dergelijke verplichting wisselend beantwoord. Voorstanders van een dergelijke verplichting wijzen op het formele argument dat de bevoegdheid om prejudiciële vragen te stellen wordt ontleend aan artikel 267 VWEU, zodat daaraan de consequentie moet worden verbonden dat de verplichting, die uit datzelfde artikel volgt, van toepassing is. Daarnaast wijzen de voorstanders erop dat de ratio van de verplichting om prejudiciële vragen te stellen evenzo aan de orde is bij zuiver interne situaties.⁶¹ Tegenstanders wijzen er daarentegen op dat van een verplichting slechts sprake kan zijn voor zover het gaat om situaties die binnen de reikwijdte van het Unierecht vallen. Daarnaast wijzen de tegenstanders erop dat de uitbreiding van de mogelijkheid om prejudiciële vragen in zuiver interne situaties slechts is ingegeven om nationale rechters te ondersteunen. Het zou daarom ongepast zijn om hier vervolgens een verplichting aan te verbinden.⁶² Het is denkbaar dat de Hoge Raad zich heeft geschaard achter deze tegenstanders.

61. Misschien een aannemelijkere verklaring voor het feit dat de Hoge Raad in *Favini* geen prejudiciële vragen heeft gesteld aan het HvJ EU, is dat hij van oordeel was dat de toepassing van artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132 zo evident was dat redelijkerwijze

⁵⁸ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 5.

⁵⁹ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 702, nr. 3, p. 3.

⁶⁰ Vgl. HvJ EU 30 januari 2020, C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56 (*I.G.I./Cicenia*), punten 51-52.

⁶¹ M. Broberg & N. Fenger, *Broberg and Fenger on Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford: Oxford University Press 2021, p. 230.

⁶² T. Tridimas, 'Knocking on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure', *CML Rev* 2003.

geen twijfel kon bestaan over de uitlegging van het Unierecht. Dit is een door het HvJ EU erkende uitzondering op de plicht om als hoogste nationale rechter vragen van uitlegging omtrent het Unierecht aan het HvJ EU te stellen ('acte clair').⁶³ Een voorzichtige bevestiging voor deze verklaring vind ik in het arrest van het Bossche hof dat voorafging aan het arrest van de Hoge Raad. Het Bossche hof was van oordeel dat artikel 153 lid 3 Richtlijn (EU) 2017/1132 'een duidelijke bepaling [is] die geen nadere uitleg behoeft door het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie'.⁶⁴ Mogelijk durfde de Hoge Raad een dergelijk oordeel over artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132 niet in zijn arrest te vervatten en, in retrospectief bezien, indachtig het later gewezen arrest *I.G.I./Cicenia* van het HvJ EU dat hierna zal worden besproken, maar goed ook.

62. Mij lijkt het overigens vanwege de discussies die in de rechtswetenschappelijke literatuur werden gevoerd over de betekenis van het Unierecht voor de samenloop tussen de actio Pauliana en artikel 2:334u BW lastig te verdedigen dat sprake was van een 'acte clair'. Schoonbrood & Van der Hoek meenden bijvoorbeeld dat op basis van de considerans van (thans) Richtlijn (EU) 2017/1132 duidelijk is dat geen ruimte bestaat voor de actio Pauliana,⁶⁵ terwijl Nagtegaal bepleitte dat (thans) artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132 uitsluitend ziet op de absolute nietigheid.⁶⁶ Koster, daarentegen, kwam na diepgravend spitwerk tot de conclusie dat artikel 153 lid 3 Richtlijn (EU) 2017/1132, waarin staat dat de lidstaten de vrijheid behouden om de splitsing te laten vernietigen op grond van een ander toezicht op de splitsing dan het preventieve toezicht door de rechter of de overheid op de rechtmatigheid, niet de actio Pauliana ter vernietiging van de splitsing toestaat.⁶⁷ Met al deze verschillende visies kan moeilijk van een 'acte clair' worden gesproken. Volledigheidshalve merk ik op dat van een 'acte éclairé', de situatie waarin de rechtsvraag in kwestie reeds in de rechtspraak van het HvJ EU is opgelost,⁶⁸ geen sprake was. Het HvJ EU heeft zich namelijk pas in 2020 voor het eerst uitgelaten over (thans) artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132.⁶⁹ Uiteindelijk blijft het lastig te bevroeden waarom de Hoge Raad in 2013 in *Favini* geen prejudiciële vragen heeft gesteld.

3.3 Het arrest *I.G.I./Cicenia*

3.3.1 Feiten en procesverloop

63. Die prejudiciële vraag aan het HvJ EU is uiteindelijk gesteld. Weliswaar niet door een Nederlands gerecht, maar door de Italiaanse Corte d'appello di Napoli. De feiten en het procesverloop waren als volgt. Een deel van het vermogen van het Italiaanse bouwbedrijf

⁶³ HvJ EG 6 oktober 1982, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*CILFIT en Lanificio di Gavardo SpA/Ministry of Health*), punt 16.

⁶⁴ Hof 's-Hertogenbosch 27 maart 2011, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW0391, r.o 4.16.

⁶⁵ Schoonbrood & Van der Hoek, 'Kan een juridische splitsing worden vernietigd op grond van de actio pauliana?', *WPNR* 2011/6904, p. 884.

⁶⁶ C.R. Nagtegaal, annotatie bij Rb. Zutphen 29 december 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BP0052, *JOR* 2011/302, punt 5.

⁶⁷ H. Koster, 'Afwezige en aantastbare juridische fusies en splitsingen', *JONDR* 2013/11, p. 53-59. Koster heeft dit later herhaald in zijn annotatie bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, OR-Updates 2014-0295.

⁶⁸ HvJ EG 6 oktober 1982, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*CILFIT en Lanificio di Gavardo SpA/Ministry of Health*), punten 13-15.

⁶⁹ Dat wordt bevestigd door de concl. van A-G Szpunar, ECLI:EU:C:2019:790, punt 4 bij HvJ EU 30 januari 2020, C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56 (*I.G.I./Cicenia*).

‘Construzioni ing. landolo Srl’ is in het kader van een afsplitsing overgegaan op de nieuw opgerichte vennootschap ‘I.G.I.’ Enkele schuldeisers – Cicenia e.a. – van Construzioni ing. landolo Srl waren van mening dat zij door deze afsplitsing en vermogensovergang zijn benadeeld. Zij hebben derhalve beroep ingesteld bij de Tribunale di Avellino – de rechter in eerste aanleg in de Italiaanse stad Avellino. In dat beroep hebben zij verzocht om de afsplitsing op grond van de Italiaanse actio Pauliana (art. 2901 codice civile) te vernietigen. De rechter in eerste aanleg heeft het verzoek toegewezen. Deze rechter oordeelde dat de afsplitsing als gevolg van het succesvolle beroep op de Pauliana geen werking heeft tegenover de schuldeisers ‘voor zover deze betrekking heeft op de activa (...) die thans nog in eigendom zijn van I.G.I.’⁷⁰

64. Construzioni ing. landolo Srl en I.G.I. konden zich daar niet in berusten en hebben beroep ingesteld bij de Corte d’appello di Napoli – de rechter in tweede aanleg in de Italiaanse stad Napels. Bij de appelrechter voerden zij aan dat artikel 2503 van de codice civile, een implementatie van artikel 146 Richtlijn (EU) 2017/1132, exclusief van toepassing is. Artikel 2503 codice civile bepaalt dat schuldeisers van de deelnemende vennootschappen binnen zestig dagen na inschrijving van de splitsing (art. 2502 bis codice civile) in verzet kunnen komen. Na deze zestig dagen kan de afsplitsing niet meer worden vernietigd (art. 2504 quater codice civil). Aldus zou het geïmplementeerde artikel 2503 codice civil er volgens appellanten toe leiden dat de actio Pauliana ter vernietiging van de afsplitsing wordt geëcarteerd. De Corte d’appello di Napoli had de behandeling van de zaak geschorst teneinde bij het HvJ EU een verzoek tot een prejudiciële beslissing in te kunnen dienen. Het HvJ EU is op grond van vaste rechtspraak bevoegd een prejudiciële vraag te beantwoorden indien de lidstaat (hier: Italië) zich voor zuiver interne situaties (hier: de afsplitsing) heeft geconformeerd aan de in het Unierecht gekozen oplossing. Het HvJ EU oordeelde zich derhalve bevoegd om het verzoek van de Corte d’appello di Napoli om prejudiciële vragen betreffende het Unierecht te beantwoorden.⁷¹

3.3.2 De rechtsvraag

65. De centrale vraag in het arrest *I.G.I./Cicenia* was of de schuldeisers die door de afsplitsing werden benadeeld en het middel van verzet uit artikel 2503 codice civile, een implementatie van artikel 146 Richtlijn (EU) 2017/1132, niet hebben aangewend, alsnog een splitsing kunnen vernietigen met een beroep op de Pauliana. Het HvJ EU komt langs twee lijnen tot het oordeel dat een beroep op de Pauliana is toegestaan om de afsplitsing te vernietigen. De eerste lijn is dat Richtlijn (EU) 2017/1132 minimumharmonisatie van de bescherming van schuldeisers van de bij de splitsing betrokken vennootschappen beoogt. Dat maakt dat artikel 146 Richtlijn (EU) 2017/1132 zich er niet tegen verzet dat schuldeisers met een beroep de Pauliana een afsplitsing kunnen vernietigen.⁷² De tweede lijn is dat de actio Pauliana niet valt onder artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132. Artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132 bevat een regeling met betrekking tot ‘de nietigheid van een splitsing’ en voorziet in een korte termijn om op basis van limitatieve gronden de

⁷⁰ HvJ EU 30 januari 2020, C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56 (*I.G.I./Cicenia*), punt 27.

⁷¹ HvJ EU 30 januari 2020, C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56 (*I.G.I./Cicenia*), punten 39-54.

⁷² HvJ EU 30 januari 2020, C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56 (*I.G.I./Cicenia*), punten 61-75.

‘nietigheid’ in te roepen. Nietigheid in de zin van artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132 heeft evenwel betrekking op absolute nietigheid, terwijl de actio Pauliana relatieve nietigheid tot gevolg heeft. Daarom staat artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132 een beroep op de actio Pauliana om de afsplitsing te vernietigen niet in de weg.⁷³

3.3.3 Analyse

66. Twee punten springen in het oog. Het eerste punt is dat het HvJ EU bij de interpretatie van artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132 een onderscheid maakt tussen absolute nietigheid en relatieve nietigheid. De relatieve nietigheid valt niet binnen het bereik van artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132. Dat betekent dat de Italiaanse actio Pauliana, die relatieve nietigheid tot gevolg heeft, niet onderworpen is aan het regime van artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132.

Artikel 2901 codice civile: Italiaanse actio Pauliana

Ook wanneer aan de schuld een voorwaarde of een termijn is verbonden, kan de schuldeiser vorderen dat de rechtshandelingen waarmee de schuldenaar ten nadele van zijn aanspraken over het vermogen heeft beschikt, te zijnen aanzien onverbindend worden verklaard, wanneer de volgende omstandigheden zich voordoen:

- 1) de schuldenaar wist van de nadelig uitwerking van de handeling op de aanspraken van de schuldeiser of heeft de handeling, in geval van een handeling die aan het ontstaan van de schuld voorafgaat, doelbewust verricht om de voldoening van de schulden in het gedrang te brengen, en
- 2) de derde, in geval van een handeling onder bezwarende titel, wist van de benadeling en, in geval van een handeling die aan het ontstaan van de schuld voorafgaat, heeft de benadelende handeling doelbewust mede verricht.

(...)

67. De relatieve werking van de Italiaanse actio Pauliana volgt uit de woorden ‘te zijnen aanzien’. Uit de Italiaanse taalversie van artikel 2901 codice civile – zowel de originele taal van de Italiaanse codice civile als de taal waarin het proces *I.G.I./Cicenia* bij het HvJ EU is gevoerd -, volgt de relatieve werking uit de woorden ‘nei suoi confronti’.⁷⁴ De relatieve werking van de Italiaanse actio Pauliana heeft tot gevolg dat deze uitsluitend werkt tegenover de schuldeiser die zich op de vernietiging beroept. De actio Pauliana heeft geen invloed op de geldigheid van de splitsing, doet haar niet teniet en heeft geen rechtswerking ten aanzien van eenieder. Dat maakt dat het HvJ EU een beroep op de actio Pauliana vanuit het oogpunt van artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132 fiatteert.

68. Het tweede punt is dat de Hoge Raad in *Favini* ten aanzien van de samenloopproblematiek anders oordeelde dan het HvJ EU in *I.G.I./Cicenia*. Volgens de Hoge Raad is artikel 2:334u BW, een implementatie van artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132, exclusief toepasselijk om de afsplitsing te vernietigen, terwijl het HvJ EU in

⁷³ HvJ EU 30 januari 2020, C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56 (*I.G.I./Cicenia*), punten 76-88.

⁷⁴ Dit is door [naam begeleider] vertaald en door Spadavecchia gecontroleerd en geverifieerd.

het arrest *I.G.I./Cicenia* oordeelde dat artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132 niet in de weg staat aan een relatieve vernietiging op grond van de Italiaanse actio Pauliana. Het is makkelijk om in retrospectief kritiek te hebben op het oordeel van de Hoge Raad en te bepleiten dat hij een scheve schaats heeft gereden. Ik denk echter dat de discrepantie tussen het arrest van de Hoge Raad in *Favini* en het arrest van het HvJ EU in *I.G.I./Cicenia* tot op zekere hoogte is uit te leggen, zodat ik een lans voor de Hoge Raad zou willen breken.

69. In *Favini* voelde de Hoge Raad zich, anders dan het HvJ EU in *I.G.I./Cicenia*, vanwege de gevolgen van de actio Pauliana geremd een beroep daarop toe te staan. In dit verband bestaat namelijk een belangrijk verschil in het feitencomplex tussen *Favini* en *I.G.I./Cicenia*. In *Favini* ging het om een bedrijfspand dat niet meer in eigendom was van de verkrijgende vennootschap. Het bedrijfspand waar het om te doen was, was verkocht en geleverd door de verkrijgende vennootschap aan een derde: aan de Provincie Limburg. Een succesvol beroep op de Pauliana zou daarom, in het geval de Provincie Limburg geen derdenbescherming toekwam, de eigendom van een derde raken, dat wil zeggen een activum dat niet meer in eigendom is van de gesplitste noch verkrijgende vennootschap. In *I.G.I./Cicenia* leek van een dergelijke betrokkenheid van derden geen sprake te zijn. Het Tribunale di Avellino honoreerde namelijk het beroep op de Pauliana ‘voor zover deze betrekking heeft op de activa (...) die *thans* nog in eigendom zijn van I.G.I.’ (cursivering initialen auteur).⁷⁵ De gevolgen van de actio Pauliana werden aldus beperkt tot activa die nog in eigendom waren van de verkrijgende vennootschap I.G.I. Daardoor is de betrokkenheid van derden uitgesloten met als gevolg dat de cirkel van activa die door de actio Pauliana werd geraakt is afgebakend. Vanwege de afwezigheid van de betrokkenheid van derden was het in *I.G.I./Cicenia* minder bezwaarlijk om een beroep op de actio Pauliana toe te staan dan in *Favini*. In zoverre is begrip op te brengen voor het terughoudende oordeel van de Hoge Raad.

3.4 De betekenis van *I.G.I./Cicenia* voor de uitleg van *Favini*

3.4.1 Moet de Hoge Raad om?

70. De logische vervolgvraag die rijst is wat de betekenis is van *I.G.I./Cicenia* voor de uitleg van *Favini*. Met andere woorden: wat is het antwoord op de centrale onderzoeksvraag van deze scriptie? Kroeze wijst er met verwijzing naar de annotatie van Verburgh⁷⁶ op dat we erop bedacht moeten zijn dat lidstaten niet verplicht zijn de actio Pauliana toe te staan; het Unierecht staat er slechts niet aan in de weg.⁷⁷ Ik deel die opvatting, maar zij mist enige normatieve bespiegelingen. Wat de Hoge Raad in *Favini* heeft gedaan is, in essentie, kiezen. Uit zijn jaarverslag 2017, onder het kopje ‘De Hoge Raad in de rechtsstaat’, staat dat in situaties ‘waarvoor nog geen duidelijke regels bestaan

⁷⁵ M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman & M.A. Verburgh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2021/482.

⁷⁶ M.A. Verburgh, annotatie bij HR 30 januari 2020, C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56, *JOR* 2020/107.

⁷⁷ HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, r.o. 4.1.3, *NJ* 2014/222 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Schreurs/Favini*).

of waarbij over bepaalde regels onduidelijkheid bestaat, is het soms de Hoge Raad die een knoop moet doorhakken: rechtsontwikkeling heet dat'.⁷⁸ Was de keuze die de Hoge Raad in *Favini* heeft gemaakt de juiste keuze met het oog op het ontwikkelen van het recht? Naar mijn mening zijn er voldoende aanknopingspunten voor de Hoge Raad om de te water gelaten bakens in *Favini* te verzetten, en zo een andere koers te varen met als gevolg dat een beroep op de Pauliana ter vernietiging van een splitsing wordt toegelaten. Daar heb ik vier argumenten voor.

71. In de eerste plaats overwoog de Hoge Raad in *Favini* dat de strekking van artikel 2:334u BW en de actio Pauliana dezelfde is, namelijk bescherming van schuldeisers, zodat de toepassing van de actio Pauliana de norm uit artikel 2:334u BW onaanvaardbaar doorkruist.⁷⁹ Deze overweging vormt het fundament van het arrest *Favini*. Dat de strekking van artikel 2:334u BW en de actio Pauliana dezelfde is, is echter onjuist. Huizink merkt in zijn annotatie bij *Favini* terecht op dat artikel 2:334u BW, anders dan de actio Pauliana, niet zozeer ziet op schuldeisersbescherming, maar op, in mijn eigen woorden, het sanctioneren van de totstandkomingsvoorwaarden van een splitsing.⁸⁰

72. Daar voeg ik aan toe dat deze bespiegeling van Huizink vanuit Unierechtelijk perspectief wordt onderschreven. Het HvJ EU overwoog in het arrest *I.G.I./Cicenia* dat de Italiaanse actio Pauliana 'alleen voor de bescherming van de door de splitsing benadeelde rechten van schuldeisers [is] bedoeld, terwijl de vordering tot nietigverklaring tot doel heeft het niet naleven van de totstandkomingsvoorwaarden van de splitsingshandeling te sanctioneren'.⁸¹ Met 'de vordering tot nietigverklaring' wordt gerefereerd aan artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132, dat in Nederland is geïmplementeerd in artikel 2:334u BW. Met andere woorden: de actio Pauliana ziet op schuldeisersbescherming en artikel 2:334u BW op rechtszekerheid over de totstandkoming van een rechtspersoon. Van een (onaanvaardbare) doorkruising is, anders dan de Hoge Raad in *Favini* oordeelde, geen sprake.

73. Artikel 2:334u BW bevat, toegegeven, enkele elementen die zien op schuldeisersbescherming. Ten eerste de discretionaire bevoegdheid van de rechter – die met een open oog voor schuldeisersbelangen zou kunnen worden ingevuld – om de splitsing al dan niet te vernietigen (art. 2:334u lid 1 aanhef BW; 'kan'). Ten tweede de mogelijkheid om een schuldeiser die vernietiging op grond van artikel 2:334u BW vordert schadevergoeding toe te kennen ter vervanging van het splitsen van de vennootschap (art. 2:334u lid 5 BW).⁸² Maar als de 'centre of gravity' van artikel 2:334u BW zou moeten worden bepaald, dan is het duidelijk een artikel dat ziet op rechtszekerheid over de totstandkoming van een rechtspersoon in plaats van op schuldeisersbescherming.⁸³

⁷⁸ <https://2017.jaarverslaghogeraad.nl/uitgelicht-2017/de-hoge-raad-in-de-rechtsstaat/>, laatstelijk geraadpleegd op 5 mei 2021.

⁷⁹ HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, r.o. 4.1.3, *NJ* 2014/222, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Schreurs/Favini*).

⁸⁰ J.B. Huizink, annotatie bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, *Tvl* 2015/9, p. 57-58. Huizink noemt het 'rechtspersonenrechtelijke elementen die in het geding zijn'.

⁸¹ HvJ EU 30 januari 2020, C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56 (*I.G.I./Cicenia*), punt 85.

⁸² Vgl. J.B. Huizink, annotatie bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, *Tvl* 2015/9, p. 57.

⁸³ Aldus ook J.B. Huizink, annotatie bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, *Tvl* 2015/9, p. 57-58

74. Als de Hoge Raad met meer overtuiging het argument wil bezigen dat de actio Pauliana specifieke schuldeisersbeschermingsmechanismen onaanvaardbaar zou doorkruisen, dan zou hij moeten verwijzen naar de verzetsregelingen (art. 2:334k en 2:334l BW) en de aansprakelijkheidsregeling (art. 2:334t BW).⁸⁴ Hierbij past echter de kanttekening dat in ieder geval vanuit Unierechtelijk perspectief van een onaanvaardbare doorkruising van de verzetsregeling door de actio Pauliana geen sprake is. Het HvJ EU oordeelde in *I.G.I./Cicenia* dat artikel 146 Richtlijn (EU) 2017/1132, waarin de Unierechtelijke basis van de verzetsregeling is vervat, niet onaanvaardbaar wordt doorkruist door de Italiaanse actio Pauliana.⁸⁵

75. Een tweede reden voor de Hoge Raad om terug te komen op het arrest *Favini* is dat het oordeel vanuit een gecoördineerde wetstoepassing moeilijk is te accepteren. De uitlegging van artikel 2:334u BW loopt ten opzichte van artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132 uit de pas. Dat is moeilijk te vatten, aangezien teruggrijpen op een richtlijn ingeval implementatiewetgeving interpretatie behoeft, in de woorden van Prechal, een ‘volstrekt natuurlijke reflex’ is.⁸⁶ De Hoge Raad leek deze volstrekt natuurlijke reflex in *Favini* te ontberen. Hij overwoog zonder oog voor (thans) artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132 dat het geïmplementeerde artikel 2:334u BW om redenen van rechtszekerheid exclusief toepasselijk is. Een coördinerende benadering leidt er overigens ook toe dat de Nederlandse regeling in lijn komt te liggen met omringende landen. Uit de conclusie van advocaat-generaal Timmerman volgt dat in ieder geval België en Frankrijk de Pauliana ter vernietiging van de splitsing toestaan.⁸⁷ Dit geldt, zo leert het arrest *I.G.I./Cicenia* ons, ook voor Italië.⁸⁸ Nederland loopt ten opzichte van hen uit de pas.

76. Let wel, van richtlijnconforme interpretatie, een specifiek concept uit het Unierecht, is hier geen sprake. De notie van richtlijnconforme interpretatie is voor het eerst geformuleerd in het arrest *Von Colson*. Daarin overwoog het HvJ EU dat de nationale rechter het nationale recht, en met name implementatiewetgeving, moet uitleggen ‘in het licht van de bewoordingen (...) van de richtlijn’.⁸⁹ Richtlijnconforme interpretatie is echter geen doel op zichzelf, maar een middel met als doel om ‘de nakoming van [het doel van de richtlijn] te verzekeren’.⁹⁰ Ik meen dat het doel van Richtlijn (EU) 2017/1132 niet in gevaar komt als schuldeisers de actio Pauliana wordt onthouden, zodat richtlijnconforme interpretatie hier niet aan de orde is. Dat neemt echter het belang weg van een coördinerende benadering van artikel 2:334u BW niet weg (zie nr. [75]).

⁸⁴ Vgl. J.B. Huizink, annotatie bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, *Tvl* 2015/9, p. 58.

⁸⁵ HvJ EU 30 januari 2020, C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56 (*I.G.I./Cicenia*), punten 57-70.

⁸⁶ S. Prechal, ‘Richtlijnen: 25 jaar later’, *AA* 2019, afl. 9, p. 819 (AA20190815).

⁸⁷ Concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2013:921, punten 3.16 bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, *NJ* 2014/222 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Schreurs/Favini*).

⁸⁸ Zie nader over de Italiaanse situatie actio Pauliana N. de Luca, annotatie bij HvJ EU 30 januari 2020, C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56, *European Company Law* (40) 2020, afl. 3, p. 97-101 en D. Ramos-Muñoz & M. Rodríguez Riu, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (27) 2020, afl. 3, p. 358-378.

⁸⁹ HvJ EG 10 oktober 1982, C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (*Von Colson*), punt 26.

⁹⁰ HvJ EG 10 oktober 1982, C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (*Von Colson*), punt 26.

77. Een derde reden voor de Hoge Raad om de te water gelaten bakens in *Favini* te verzetten is ontleend aan de conclusie van advocaat-generaal Szpunar. Hij schreef dat het buitenspel zetten van de actio Pauliana ter vernietiging van de splitsing *niet* kan worden aanvaard, 'in het bijzonder niet omdat de actio [P]auliana een ondervangende rol kan spelen wanneer bepaalde in Unierecht neergelegde instrumenten voor de bescherming van schuldeisers, zoals de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bij de splitsing betrokken verkrijgende vennootschappen, niet meer werkzaam zijn'.⁹¹ Deze ondervangende rol van de actio Pauliana wordt door de Hoge Raad de das omgedaan. Het gevolg daarvan is dat schuldeisers van de gesplitste vennootschap het risico lopen verstoken te blijven van hun rechten, niet in de laatste plaats omdat het beroep op artikel 2:334u BW is onderworpen aan een vervaltermijn van slechts zes maanden (art. 2:334u lid 3 BW). De Weijs & Heems schreven dat 'dit een eenvoudige route [zou] kunnen gaan vormen voor allerhande sterfhuisconstructies'.⁹² Stokkermans schreef dat de notariële praktijk bekend is 'met het fenomeen dat soms voor een juridische afsplitsing wordt gekozen als alternatief voor een activa/passiva-transactie, louter om de actio pauliana te ontgaan'.⁹³ Dit lijkt mij onwenselijk.

78. Daar komt bij dat de verzetsregeling, die overeenkomstig artikel 146 Richtlijn (EU) 2017/1132 in de Nederlandse regeling is vastgelegd (art. 2:334k en 2:334l BW), in de praktijk vaak onbenut wordt gelaten. Dit heeft er mee te maken dat schuldeisers de aankondiging van een voorgenomen splitsing veelal missen.⁹⁴ Als de aankondiging hen al bereikt, dan is dat vaak te laat. De termijn om verzet aan te tekenen is namelijk kort, heel kort. Het verzet moet binnen één maand nadat de aankondiging van het splitsingsvoorstel ter inzage is gelegd of langs elektronische weg bij het handelsregister openbaar is gemaakt (art. 2:334h BW) zijn aangetekend. De rechtbank Amsterdam achtte overschrijding met één dag niet verschoonbaar.⁹⁵ De termijn van één maand is des te klemmender voor crediteuren die in het buitenland zijn gevestigd.⁹⁶ De ondervangende rol van de actio Pauliana pleit er derhalve ook voor dat de Hoge Raad terug zou moeten terugkomen op zijn oordeel in *Favini*.

79. Een vierde en laatste reden voor de Hoge Raad om terug te komen op zijn arrest *Favini* is dat het arrest tot gevolg heeft dat ingrijpende gevolgen in de hand worden gewerkt. De ingrijpende gevolgen van een absolute nietigheid, zoals herleving van gesplitste rechtspersonen en verdwijning van bij de splitsing opgerichte vennootschappen, doen zich niet voor bij de relatieve nietigheid van de actio Pauliana. Toch staat de actio Pauliana de benadeelde schuldeiser niet ter beschikking. Zo bezien leidt het arrest *Favini* ertoe dat de gifbeker helemaal leeg moet, want een beroep op de Pauliana, wat een minder ingrijpend gevolg heeft, staat de benadeelde schuldeiser niet vrij. Hierdoor dreigt – alle

⁹¹ Concl. A-G Szpunar, ECLI:EU:C:2019:790, voetnoot punt 23 bij HvJ EU 30 januari 2020, C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56 (*I.G.I./Cicenia*).

⁹² R.J. de Weijs & D.G.J. Heems, commentaar op art. 42 Fw, aant. 8.9 (online, bijgewerkt tot 1 mei 2018), in: A.J. Verdaas (red.) *Groene Serie Faillissementswet*, Deventer: Wolters Kluwer.

⁹³ Chr. M. Stokkermans, 'Favini op losse schroeven', *WPNR* 2020/7271, p. 133.

⁹⁴ Zie H. ten Voorde, *Deponering, publicatie en verzet* (diss. Nijmegen), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 89, Deventer: Kluwer 2006, p. 263-264. Instemmend

⁹⁵ Rb. Amsterdam 4 april 2003, *JOR* 2003/105.

⁹⁶ W.J.M. van Veen, commentaar op art. 2:334l BW, aant. 2. (online, bijgewerkt tot 10 juni 2020), in: J.B. Huizink (red.) *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer.

goede bedoelingen van het arrest *Favini* ten spijt – een boemerangeffect te ontstaan: de ingrijpende gevolgen worden in de hand gewerkt in plaats van vermeden. Een schuldeiser die door een splitsing wordt benadeeld kan als gevolg van *Favini* namelijk uitsluitend bezien of ruimte bestaat om de splitsing absoluut in plaats van relatief te vernietigen. Dit pleit er ook voor dat de Pauliana moet worden toegestaan ter vernietiging van de splitsing.

80. Deze vier redenen, in onderlinge samenhang bezien, maken dat er mijns inziens voldoende aanknopingspunten zijn voor de Hoge Raad om ervoor te kiezen om te gaan. In die opvatting ben ik niet de enige.⁹⁷ Ciao Ciao, *Favini*.

3.4.2 De uitwerking van de actio Pauliana om de splitsing te vernietigen

81. Hiervoor (zie nr. [70-80]) is betoogd dat de Raad voldoende redenen heeft om de bakens zoals die in het arrest *Favini* te water zijn gelaten te verzetten. In de jurisprudentie en literatuur zijn evenwel verschillende bezwaren aangevoerd tegen de uitwerking van de actio Pauliana om de splitsing te vernietigen. In deze paragraaf zal ik vier bezwaren bespreken en van repliek voorzien.

82. In de eerste plaats is in de literatuur bepleit⁹⁸ en door de Hoge Raad overwogen⁹⁹ dat toepassing van de Pauliana om een splitsing te vernietigen afbreuk zou doen aan de rechtszekerheid die artikel 2:334u BW beoogt te dienen. Nagtegaal heeft echter, nog voordat het arrest *Favini* werd gewezen, mijns inziens terecht beargumenteerd dat dit op twee niveaus onjuist is. Ten eerste op nationaal niveau. De rechtszekerheid die de wetgever met artikel 2:334u BW wilde dienen ziet op het zoveel mogelijk voorkomen van de *absolute* nietigheid.¹⁰⁰ De wetgever was tijdens de parlementaire geschiedenis uitsluitend gepreoccupeerd met de gevolgen van een absoluut nietige splitsing:

Kamerstukken II, 24 702 B, p. 7 (Advies Raad van State en nader rapport)

De Raad merkt terecht op dat gevolgen van vernietiging van een splitsing zeer ingrijpend zijn. De vernietiging werkt terug tot het tijdstip van de splitsing. De vermogensovergang wordt geacht niet te hebben plaatsgevonden. Voor zover bij de splitsing verkrijgende rechtspersonen zijn opgericht, worden deze geacht nooit te hebben bestaan. Een gesplitste rechtspersoon die bij de splitsing is opgehouden te bestaan, herleeft (anders dan de Raad veronderstelt) en wel met terugwerkende

⁹⁷ Voor de opvatting dat *Favini* (waarschijnlijk) geen stand kan houden zie onder meer: R. de Graaff, commentaar op 'Samenloop onrechtmatige daad en vennootschapsrechtelijke regels', aant. III.6.7 (online, bijgewerkt tot 24 december 2020), in C.J.J.M. Stolker (red.), *Groen Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer; Chr. M. Stokkermans, 'Favini op losse schroeven', *WPNR* 2020/7271, p. 131-133; W.J.M. van Veen, commentaar op art. 2:334u BW, aant. 2 (online, bijgewerkt tot 11 mei 2020), in J.B. Huizink (red.), *Groene Serie rechtspersonen*, Deventer: Kluwer; H. Koster, 'Hof van Justitie EU: actio pauliana sorteert ook effect bij juridische splitsing, maar leidt niet tot (algehele) nietigheid daarvan', *Juridische Berichten voor het Notariaat* 2020, afl. 7/8, p. 13-16; H. Koster, 'Actio pauliana en juridische fusie en splitsing', *BB* 2021/76, p. 313-316; H. Koster, commentaar op art. 2:323 BW, aant. 3e (online, bijgewerkt tot 1 januari 2021), in J.B. Huizink (red.), *Groene Serie rechtspersonen*, Deventer: Kluwer en J.F.H.M. & J. de Pijper, annotatie bij HvJ EU 30 januari 2020, C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56, *JIN* 2020/42.

⁹⁸ Schoonbrood & Van der Hoek, 'Kan een juridische splitsing worden vernietigd op grond van de actio pauliana?', *WPNR* 2011/6904, p. 884. Schoonbrood & Van der Hoek herhalen dit in hun annotatie bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, *Ondernemingsrecht* 2014/52.

⁹⁹ HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, r.o. 4.1.3, *NJ* 2014/222, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Schreurs/Favini*).

¹⁰⁰ C.R. Nagtegaal, annotatie bij Rb. Zutphen 29 december 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BP0052, *JOR* 2011/302, punt 8.

kracht tot het tijdstip van de splitsing. Er ontstaat zo, in het bijzonder indien zich sinds de splitsing mutaties hebben voorgedaan in het vermogen dat is overgegaan, een ingewikkelde rechtssituatie.

83. De actio Pauliana tast de rechtszekerheid die de wetgever met artikel 2:334u BW wilde dienen niet aan. Ten tweede op Unierechtelijk niveau. Nagtegaal merkt op dat (thans) artikel 153 lid 1 onderdeel h Richtlijn (EU) 2017/1132 bepaalt dat de vernietiging van de splitsing onder meer tot gevolg heeft dat de splitsende vennootschap aansprakelijk wordt voor verbintenissen die na de splitsing zijn aangegaan. Hieraan verbindt hij, heel ingenieus, de conclusie dat, aangezien de richtlijn slechts op de zuivere splitsing ziet, artikel 153 lid 1 onderdeel h Richtlijn (EU) 2017/1132 alleen van toepassing kan zijn als de splitsende vennootschap herleeft.¹⁰¹ Hier voeg ik aan toe dat het recent gewezen arrest *I.G.I./Cicenia* van het HvJ EU bevestigt dat de rechtszekerheid waar artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132 op ziet is ingegeven door het belang om de gevolgen van de absolute nietigheid te beperken.¹⁰² Dit brengt mij, in navolging van Nagtegaal, tot de conclusie dat de rechtszekerheid die artikel 2:334u BW en de daaraan ten grondslag liggende artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132 beogen te beschermen, niet wordt aangetast door de actio Pauliana.¹⁰³

84. In de tweede plaats is in de literatuur¹⁰⁴ en door voormalig advocaat-generaal Timmerman in zijn conclusie¹⁰⁵ bij *Favini* betoogd dat de redactie van artikel 2:334u BW geen ruimte laat voor een beroep op de Pauliana om de splitsing te vernietigen. Dit betoog bestaat in essentie uit twee onderdelen. Het eerste onderdeel is dat artikel 2:334u lid 1 aanhef BW bepaalt dat de rechter een splitsing *alleen* op basis van vier gronden kan vernietigen, zodat geen ruimte zou bestaan voor vernietiging op grond van de actio Pauliana. Met dit onderdeel wordt echter voorbijgegaan aan het feit dat vernietiging in de zin van artikel 2:334u BW absolute nietigheid betekent (artikel 2:334u lid 8). Ik lees artikel 2:334u lid 1 BW derhalve zo dat het uitsluitend de gronden die leiden tot absolute nietigheid exclusief regelt, en dus de actio Pauliana met de relatieve nietigheid tot gevolg niet ecarteert. Het tweede onderdeel is dat artikel 2:334u lid 2 BW, waarin staat dat een niet door een rechter vernietigde splitsing geldig is, ertoe zou leiden dat onverkorte toepassing van de Pauliana is uitgesloten, omdat de Pauliana ook zonder tussenkomst van de rechter kan worden ingesteld. Met dit onderdeel wordt echter voorbijgegaan aan het feit dat de actio Pauliana de geldigheid van een splitsing niet aantast. De splitsing blijft na een succesvol beroep op de Pauliana zonder meer geldig, zodat artikel 2:334u lid 2 BW niet in de weg staat aan onverkorte toepassing van de actio Pauliana.

85. In de derde plaats is door lagere rechters ingebracht dat geen ruimte bestaat voor de actio Pauliana ter vernietiging van de splitsing, aangezien de wetgever op dit punt heeft

¹⁰¹ C.R. Nagtegaal, annotatie bij Rb. Zutphen 29 december 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BP0052, *JOR* 2011/302, punt 5.

¹⁰² HvJ EU 30 januari 2020, C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56 (*I.G.I./Cicenia*), punt 84.

¹⁰³ Zie ook J.B. Huizink, annotatie bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, *Tvl* 2015/9, p. 57-58.

¹⁰⁴ Bijvoorbeeld Schoonbrood & Van der Hoek, 'Kan een juridische splitsing worden vernietigd op grond van de actio pauliana?', *WPNR* 2011/6904, p. 884 en herhaald in hun annotatie bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, *Ondernemingsrecht* 2014/52.

¹⁰⁵ Concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2013:921, punten 3.15-3.16 bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, *NJ* 2014/222 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Schreurs/Favini*).

gezwegen.¹⁰⁶ Uit het zwijgen van de wetgever wordt afgeleid dat de actio Paulia niet is toegestaan om de splitsing te vernietigen.¹⁰⁷ Dit is een drogredenering, omdat de premisse niet aansluit op de conclusie die eraan wordt verbonden. De premisse waarvan wordt uitgegaan is dat de wetgever heeft gezwegen. Aan die premisse wordt de conclusie verbonden dat de wetgever geen beroep op de Pauliana wenst toe te staan. De conclusie kan weliswaar juist of onjuist zijn, maar zij volgt geenszins logischerwijs uit de premisse. Uit het zwijgen van de wetgever kunnen naar eigen goeddunken allerlei conclusies worden getrokken, zodat dit een opportunistisch argument is. Ik kan niet verder springen dan mijn polsstok lang is, zodat ik mij op dit punt niet wil branden aan een drogredenering of opportunistisch argument.

86. In de vierde plaats is herhaaldelijk en indringend betoogd dat de gevolgen van een vernietigde splitsing ingrijpend zijn. Dat een vernietiging ingrijpende gevolgen heeft was voor de Hoge Raad zelfs de drijfveer om in *Favini* tot het oordeel te komen dat artikel 2:334u BW exclusief toepasselijk is.¹⁰⁸ Kroeze merkt in navolging van het arrest *Favini* op dat met vernietiging van de splitsing ingrijpende gevolgen gepaard gaan en heeft daarom niet veel moeite met de vraag of de Pauliana kan worden toegepast om de splitsing te vernietigen: 'Ik moet bekennen dat ik het antwoord op die vraag nogal voor de hand vind liggen. Natuurlijk kan dat niet!'¹⁰⁹ De Hoge Raad noch Kroeze heeft er echter blijk van gegeven dat een beroep op de actio Pauliana anders dan een beroep op artikel 2:334u BW 'slechts' leidt tot relatieve nietigheid.

87. Advocaat-generaal Timmerman daarentegen heeft zich in zijn conclusie bij *Favini* wél expliciet bekommerd om het feit dat de actio Pauliana 'slechts' leidt tot relatieve nietigheid. Hij merkt in het kader van de faillissementspauliana op dat het gevaar loert dat curatoren 'de verkrijgende vennootschappen kunnen leegtrekken'.¹¹⁰ De verkrijgende vennootschap heeft, nog altijd advocaat-generaal Timmerman, mogelijkerwijs nieuwe crediteuren die te goeder trouw meenden zich te kunnen verhalen op een bij de splitsing verkregen goederen, zodat een beroep op de actio Pauliana niet zou mogen worden toegelaten.¹¹¹ Deze opmerking van advocaat-generaal Timmerman is op het eerste oog niet van recht en reden ontbloot. Toch plaats ik hier enkele kanttekeningen bij.

88. Ten eerste meen ik dat in de overweging van advocaat-generaal Timmerman besloten ligt dat crediteuren van de verkrijgende vennootschap boven de crediteuren van de splitsende vennootschap bescherming verdienen. Hij overweegt immers dat een beroep op de actio Pauliana niet zou moeten worden toegelaten, omdat de belangen van de crediteuren van de verkrijgende vennootschap worden aangetast, met als gevolg dat

¹⁰⁶ Hof 's-Hertogenbosch 27 maart 2011, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW0391, r.o. 4.19. Zie ook hof Arnhem 25 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX8863, r.o. 4.13 in een parallelle procedure tussen dezelfde partijen.

¹⁰⁷ Vgl. het vonnis van de Rb. Zutphen 29 december 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BP0052, r.o. 7.10 in een parallelle procedure tussen dezelfde partijen.

¹⁰⁸ HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, r.o. 4.1.3, *NJ* 2014/222, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Schreurs/Favini*).

¹⁰⁹ M.J. Kroeze, 'Van aanloop naar samenloop', *Rechtsgedeerd Magazijn Themis* 2014, afl. 4, p. 158.

¹¹⁰ Concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2013:921, punt 3.14 bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, *NJ* 2014/222 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Schreurs/Favini*).

¹¹¹ Concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2013:921, punt 3.14 bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, *NJ* 2014/222 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Schreurs/Favini*).

de crediteuren van de splitsende vennootschap (dus) verstoken blijven van hun rechten. Ik kan evenwel geen reden bedenken die rechtvaardigt dat crediteuren van de splitsende vennootschap hier het onderspit zouden moeten delven, en de curator zich dus een paulianeuze splitsing zou moeten laten welgevallen. Ten tweede is met het toestaan van de actio Pauliana ter vernietiging van de splitsing niet gezegd dat de nieuwe crediteuren van de verkrijgende vennootschap per definitie worden benadeeld. Na de relatieve vernietiging van de splitsing kunnen zonder meer voldoende activa resteren bij de verkrijgende vennootschap. De relatieve vernietiging strekt zich immers slechts uit tot activa die krachtens de splitsing zijn overgegaan op de verkrijgende vennootschap. Alle overige activa van de verkrijgende vennootschap, zoals de activa die zij reeds bezat en nadien heeft verworven, blijven ongedeerd. Daar komt bij dat de objectief relatieve werking van de faillissementspauliana ertoe leidt dat deze niet verder werkt dan ter opheffing van het nadeel. De opmerking van advocaat-generaal Timmerman is daarom, naar mijn mening, geen dwingend argument om de actio Pauliana ter vernietiging van een splitsing categorisch uit te sluiten.

89. Vanwege de relatieve werking van de Pauliana past een relativering van de beweerdelijk ingrijpende gevolgen. Een voorbeeld verheldert.

Voorbeeld gevolgen relatieve vernietiging splitsing

Stel Y heeft als schuldeiser een vordering op BV A. BV A besluit over te gaan tot een zuivere splitsing in BV B en BV C. BV A houdt als gevolg van deze zuivere splitsing op te bestaan. Y wordt schuldeiser van BV B, terwijl de meeste vermogensbestanddelen zijn overgegaan naar BV C. Op het eerste oog is van benadeling van Y geen sprake, aangezien de omvang van de vordering van Y exact dezelfde is gebleven en hij BV C aansprakelijk kan houden tot voldoening van de vordering (art. 2:334t BW). Deze benadeling is evenwel aanwezig in het geval dat de vermogensbestanddelen die zijn overgegaan naar BV C meer waard zouden zijn geweest als deze bij de vermogensbestanddelen van BV B waren gebleven. Een beroep op de Pauliana leidt ertoe dat enkel ten aanzien van Y (subjectief relatieve werking) de splitsing nimmer heeft plaatsgevonden en zich derhalve kan verhalen op de vermogensbestanddelen die overeenkomstig de splitsing op BV B zijn overgegaan. BV A herleeft niet en zowel BV B als BV C blijven bestaan.

90. Getuigt dit voorbeeld van ingrijpende gevolgen? Ik denk het niet, want de ingrijpende gevolgen van een absolute nietigheid, zoals herleving van gesplitste rechtspersonen en verdwijning van bij de splitsing opgerichte vennootschappen, doen zich niet voor bij de relatieve nietigheid. Zo bezien leidt het arrest *Favini* ertoe dat de gifbeker helemaal leeg moet, want een beroep op de Pauliana, wat een minder ingrijpend gevolg heeft, staat de benadeelde schuldeiser niet vrij. Hierdoor dreigt – alle goede bedoelingen ten spijt – een boemerangeffect te ontstaan: de ingrijpende gevolgen worden in de hand gewerkt in plaats van vermeden. Een schuldeiser die door een splitsing wordt benadeeld kan als gevolg van *Favini* namelijk uitsluitend bezien of ruimte bestaat om de splitsing absoluut in plaats van relatief te vernietigen.

3.4.3 Oplossingsrichtingen voor de ingrijpende gevolgen

91. Hoewel de relatieve werking de ingrijpende gevolgen van de actio Pauliana mitigeert, kunnen onder omstandigheden de gevolgen van een actio Pauliana toch ingrijpend zijn. Dat is, zo meen ik, onder meer het geval als de actio Pauliana activa raakt die niet meer in eigendom zijn van een bij de splitsing betrokken vennootschap. Dat was in *Favini* het geval: het bedrijfspand waar het om te doen was werd door een van de bij de splitsing betrokken vennootschappen ná de splitsing maar vóór het beroep op de Pauliana verkocht en geleverd aan een derde, namelijk aan de Provincie Limburg. Schoonbrood & Van der Hoek schreven bijvoorbeeld in hun annotatie bij *Favini* dat 'als een vennootschap jarenlang aan het rechtsverkeer heeft deelgenomen (...) de daardoor ontstane juridische kluwen ten tijde van een vernietiging met de faillissementspauliana nauwelijks meer te ontrafelen [zal] zijn'.¹¹² Volgens hen zou dit kunnen leiden tot benadeling van andere schuldeisers. Ik denk dat er vier oplossingsrichtingen zijn om de ingrijpende gevolgen van de actio Pauliana ter vernietiging de splitsing vernietigen weg te masseren.

92. De eerste oplossingsrichting is afkomstig van Castermans & De Graaff. Hun oplossingsrichting komt erop neer dat een beroep op de actio Pauliana moet worden onderworpen aan de voorwaarden van artikel 2:334u BW. Zij pleiten voor een actio Pauliana die is onderworpen aan de vervaltermijn van zes maanden (art. 2:334u lid 3 BW) en uitsluitend met tussenkomst van de rechter kan worden gehonoreerd (art. 2:334u lid 1 aanhef BW).¹¹³ Naar mijn mening is het niet noodzakelijk om de actio Pauliana te onderwerpen aan de korte vervaltermijn van zes maanden noch aan toezicht door de rechter. De Italiaanse actio Pauliana kent een verjaringstermijn van vijf jaar vanaf het verrichten van de handeling (art. 2903 codice civile) en is niet onderworpen aan het toezicht van een rechter (art. 2901 codice civile). Deze Italiaanse actio Pauliana heeft de goedkeuring van het HvJ EU in *I.G.I./Cicenia* kunnen wegdragen.¹¹⁴ Het is derhalve niet noodzakelijk om de actio Pauliana te onderwerpen aan de stringente voorwaarden van artikel 2:334u BW. Een actio Pauliana onderwerpen aan een korte vervaltermijn zou daarnaast onwenselijk zijn in verband met de reeds korte termijn in de verzetsregeling (zie nr. [78]).

93. De tweede oplossingsrichting komt uit de koker van advocaat-generaal Timmerman. Hij is van mening dat de splitsing niet met de actio Pauliana kan worden vernietigd, maar ziet wel ruimte om het aan de splitsing ten grondslag liggende aandeelhoudersbesluit met de actio Pauliana te vernietigen. De vernietiging van dit besluit heeft, zo is de gedachte, tot gevolg dat de vernietigingsgrond van artikel 2:334u lid 1 onder c BW zich voordoet, zodat de vernietiging van de splitsing door de rechter kan worden bevolen wanneer het verzoek daartoe binnen een half jaar na publicatie van de splitsing in het handelsregister

¹¹² Schoonbrood & Van der Hoek, annotatie bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, *Ondernemingsrecht* 2014/52.

¹¹³ A.G. Castermans & R. De Graaff, 'The general concept of concurrence applied to European insolvency law', in: B. Santen & D. van Offeren (red.), *Perspectives on International Insolvency Law*, Deventer: Kluwer 2012, p. 27-49.

¹¹⁴ HvJ EU 30 januari 2020, C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56 (*I.G.I./Cicenia*).

aanhangig is gemaakt.¹¹⁵ Deze oplossingsrichting, die door annotator Schilfgaarde ingenieus is bevonden,¹¹⁶ heeft op instemming kunnen rekenen in de rechtswetenschappelijke literatuur.¹¹⁷ Voor juristen die *coûte que coûte* willen vasthouden aan het idee dat artikel 2:344u BW de actio Pauliana ecarteert, is deze oplossingsrichting wenselijk.

94. Schilfgaarde werpt in zijn noot bij het arrest *Favini* de vraag op in hoeverre schuldeisers, op zichzelf genomen, worden benadeeld door het besluit tot splitsing.¹¹⁸ Hoewel Schilfgaarde de reden voor het opwerpen van deze vraag niet nader toelicht, moet zij denk ik worden begrepen tegen de achtergrond van de voorwaarden voor een succesvol beroep op de actio Pauliana. Een beroep op de actio Pauliana vereist dat het gaat om een rechtshandeling waarvan de benadeling van schuldeisers het gevolg is (zie nr. [46] en [48]). Te beargmenteren is dat het niet het besluit tot splitsing maar de daaropvolgende splitsing is die crediteurs benadelen. De vraag is daarom inderdaad, zoals Schilfgaarde die stelt, of het besluit tot splitsing op zichzelf genomen crediteuren benadeelt.

95. Ik denk dat de Hoge Raad over het algemeen voldoende bereid is om zich op dit punt flexibel op te stellen, zodat dit geen probleem hoeft te zijn. De Weijs bespreekt in zijn proefschrift een voorbeeld waarin de Hoge Raad zich flexibel heeft opgesteld.¹¹⁹ Het voorbeeld heeft betrekking een schuldenaar die in financiële problemen verkeert en een aan hem toebehorend goed verkoopt. De koopprijs wordt echter verrekend met een openstaande schuld van de schuldenaar. Het is in dit voorbeeld niet de verkoop die tot benadeling leidt, maar de verrekening die daaropvolgend plaatsvindt. Voor dit soort gevallen is het vaste rechtspraak dat de verkoop toch met een beroep op de actio Pauliana kan worden bestreden.¹²⁰ In diezelfde lijn zou een besluit tot splitsing op grond van de actio Pauliana vernietigbaar kunnen zijn, ondanks het feit dat het besluit tot splitsing niet de directe oorzaak is van de benadeling.

96. Er is echter een probleem. De niet-gelijksoortige gevolgen van enerzijds de actio Pauliana en anderzijds artikel 2:334u BW maken dat het onduidelijk is welk gevolg een succesvol beroep op de actio Pauliana ter vernietiging van het onderliggende aandeelhoudersbesluit heeft: relatieve of absolute nietigheid van de splitsing? Ingeval wordt uitgegaan van relatieve nietigheid van de splitsing, dan wordt de werking van artikel 2:334u in feite gemarginaliseerd van absolute tot relatieve nietigheid. Ingeval wordt uitgegaan van absolute nietigheid van de splitsing, dan wordt de werking van de

¹¹⁵ Concl. A-G Timmerman, ECLI:NL:PHR:2013:921, punt 3.15 bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, *NJ* 2014/222 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Schreurs/Favini*).

¹¹⁶ P. van Schilfgaarde, annotatie bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, *NJ* 2014/222, punt. 8.

¹¹⁷ Bijvoorbeeld M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman & M.A. Verbrugh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2021/482 en G.C. van Eck, annotatie bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, *JOR* 2014/66, punt 9.

¹¹⁸ P. van Schilfgaarde, annotatie bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2122, *NJ* 2014/222, punt. 9.

¹¹⁹ R.J. de Weijs, *Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & transaction avoidance in insolventcies* (diss. Amsterdam), Deventer: Kluwer 2010, p. 230

¹²⁰ Zie HR 30 april 1931, *NJ* 1931, p. 1275 en HR 18 december 1992, *NJ* 1993, 169 (*Kin/Emmerig* q.q.) Zie voor verdere verwijzingen naar rechtspraak Wessels, Gevolgen van faillietverklaring (2), p. 31. Zie ook rechtbank Amsterdam 14 mei 1997, *JOR* 1997/87; rechtbank 's-Hertogenbosch 18 juli, *JOR* 1997/129 en rechtbank 's-Hertogenbosch 5 september 1997, *JOR* 1997/131 alle met een kritische noot van Faber

actio Pauliana in feite gekatapulteerd van relatieve nietigheid tot absolute nietigheid. Door deze niet-gelijksoortige gevolgen tussen artikel 2:334u BW en de actio Pauliana is naar mijn mening zowel het accepteren van de absolute nietigheid als relatieve nietigheid van de splitsing als gevolg van een relatief vernietigde aandeelhoudersbesluit juridisch-dogmatisch onzuiver. Ik ben daarom geen voorstander van deze tweede oplossingsrichting. Wessels is dat evenmin, maar dan om een andere reden. Hij schreef dat 'een besluit van aandeelhouders sec een vennootschapsrechtelijk besluit is, dat zich als 'rechtshandeling' aan de reikwijdte van art. 42 onttrekt'.¹²¹

97. De derde oplossingsrichting is geïnspireerd op het arrest *I.G.I./Cicenia*. De Tribunale di Avellino heeft in *I.G.I./Cicenia* de vordering ter vernietiging van de afsplitsing op grond van de actio Pauliana toegewezen 'voor zover deze betrekking heeft op de activa als bedoeld in de handeling waarvan de vernietiging is ingeroepen die thans nog in eigendom zijn van I.G.I.'.¹²² Nederlandse rechters kunnen, net als de Tribunale di Avellino, het beroep op de actio Pauliana toestaan voor zover deze ziet op activa die de verkrijgende vennootschap in het kader van de splitsing heeft verkregen en die thans nog in haar eigendom zijn. Artikel 3:53 lid 2 BW is daarvoor de grondslag: het artikel biedt de rechter de mogelijkheid om desgevraagd aan een vernietiging ten dele haar werking te ontzeggen. Daardoor is de betrokkenheid van activa die zich bij derden bevinden uitgesloten. Dit heeft tot gevolg dat de cirkel van activa die door de Pauliana wordt geraakt is afgebakend. Vanwege de afwezigheid van de betrokkenheid van derden en de afgebakende cirkel van activa is het minder – of misschien wel niet – bezwaarlijk om een beroep op de actio Pauliana toe te staan. Met deze oplossingsrichting blijven de essentialia van de actio Pauliana intact – dat wil zeggen: de verjaringstermijn van drie jaar en de mogelijkheid om de Pauliana buitengerechtelijk in te roepen – en is het probleem van ingrijpende gevolgen sterk gemitigeerd.

98. De vierde oplossingsrichting behoeft weinig creativiteit en is daarom misschien wel het meest elegant: de actio Pauliana hoeft niet te worden onderworpen aan ook maar enige bijzondere beperking. De actio Pauliana kent naast de subjectief relatieve werking (de Pauliana werkt uitsluitend tegenover de schuldeisers die zich daarop beroept) een zogenoemde objectief relatieve werking, dat wil zeggen dat de Pauliana niet verder werkt dan ter opheffing van het nadeel.¹²³ Daarnaast kent de actio Pauliana een derdenbeschermingsregeling. De derdenbeschermingsregeling voorkomt dat de belangen van derden worden geschaad. Ter voorkoming van een succesvol beroep op de BW-Pauliana is vereist dat de derde te goeder trouw heeft gehandeld en anders dan om niet moet hebben verkregen. Als de derde daarentegen te goeder trouw om niet heeft verkregen, wordt hij alleen beschermd als hij niet ten gevolge van de splitsing is gebaat (art. 3:45 lid 5 BW). Ter voorkoming van een succesvol beroep op de faillissementspauliana ontbreekt een expliciete derdenbeschermingsregeling. De derdenbescherming zit evenwel verdisconteerd in de voorwaarden voor een succesvol

¹²¹ <https://bobwessels.nl/blog/2020-01-doc6-vennootschapsrechtelijke-fusie-of-splitsing-paulianeus/>, laatstelijk geraadpleegd op 8 juli 2021.

¹²² HvJ EU 30 januari 2020, C-394/18, ECLI:EU:C:2020:56 (*I.G.I./Cicenia*), punt 27.

¹²³ R.J. van der Weijden, *De faillissementspauliana* (Onderneming en recht nr. 75) (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, p. 14-15, en 197 e.v., p. 209 e.v.

beroep op de faillissementspauliana. Voor een succesvol beroep op de faillissementspauliana is vereist dat de derde wetenschap heeft van de nadelige gevolgen van de splitsing (art. 42 lid 1 Fw).¹²⁴ Als de derde niet te goeder trouw handelt of wist van de benadeling van schuldeisers door de splitsing, is het alleszins redelijk en rechtvaardig om hem een beroep op derdenbescherming te onthouden. Samengenomen en nader bezien tegen de achtergrond dat een actio Pauliana geen invloed heeft op de geldigheid van een splitsing, zijn de gevolgen van een actio Pauliana in volle glorie misschien niet zo ingrijpend als in de literatuur wordt voorgesteld.

Voorbeeld vierde oplossingsrichting

Y heeft een vordering op BV A. BV A heeft twee panden. BV A besluit over te gaan tot een zuivere splitsing en in het kader van de splitsing worden BV B en BV C opgericht. De twee panden worden verdeeld onder BV B en BV C. Y wordt schuldeiser van BV B. Op het eerste oog is van benadeling van Y geen sprake, aangezien de omvang van zijn vordering exact dezelfde is gebleven en hij BV C aansprakelijk kan houden tot voldoening van de vordering (art. 2:334t BW). Deze benadeling is evenwel aanwezig in het geval dat de panden samen meer waard zouden zijn geweest. BV C verkoopt en levert het pand aan K (derde) voor een vriendenprijs. BV B gaat failliet. De curator beroept zich op de Pauliana ter vernietiging van de splitsing met het oog op het uitwinnen van het pand dat is overgegaan naar K. Als K, de derde, geen wetenschap heeft van de nadelige gevolgen van de splitsing voor Y, wordt hij niet getroffen door een beroep op de Pauliana (art. 42 lid 1 Fw). Als K daarentegen wel wetenschap heeft van de nadelige gevolgen van de splitsing voor Y, loopt hij het risico dat het pand wordt getroffen door een succesvol beroep op de actio Pauliana.

99. Welke oplossingsrichting verdient de voorkeur? De eerste twee oplossingsrichtingen – (i) het onderwerpen van de actio Pauliana aan de voorwaarden van artikel 2:334u BW (zie nr. [92]) en (ii) het vernietigen van het besluit tot splitsing (zie nr. [93-96]) – hebben niet mijn voorkeur en zijn daarom verworpen. De derde (zie nr. [97]) en vierde oplossingsrichting (zie nr. [98]) hebben daarentegen wel mijn voorkeur. De derde en vierde oplossingsrichting kunnen naast elkaar bestaan. Zij passen namelijk in het wettelijk systeem. Deze twee oplossingsrichtingen leiden tot een subtielere oplossing dan waar de Hoge Raad in het arrest *Favini* voor heeft gekozen: categorische uitsluiting van de actio Pauliana. Deze categorische uitsluiting leidt ertoe dat een benadeelde schuldeiser uitsluitend kan bezien of ruimte bestaat om de splitsing absoluut (art. 2:334u BW) in plaats van relatief (actio Pauliana) te vernietigen. Dat is onwenselijk. Mijn twee oplossingsrichtingen voorkomen dat. De wet biedt, zo laat de vierde oplossingsrichting zien, als uitgangspunt voldoende waarborgen om de onwenselijke gevolgen van een onverkorte toepassing van de Pauliana te voorkomen. Mochten zich toch gevallen voordoen waarin door onverkorte toepassing van de Pauliana onwenselijke gevolgen optreden, dan kan, zo laat de derde oplossingsrichting zien, artikel 3:53 lid 2 BW ervoor zorgen dat aan de relatieve vernietiging gedeeltelijk werking wordt onzegd.

¹²⁴ R.J. van der Weijden, *De faillissementspauliana (Onderneming en recht nr. 75)* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012/7.2.

3.5 Conclusie

100. In hoofdstuk 3 werd ingegaan op de samenloopdiscussie en werd uiteengezet wat mijn visie is. Het hoofdstuk betoogde dat er voor de Hoge Raad voldoende redenen zijn om de te water gelaten bakens in *Favini* te verzetten, en zo een andere koers te varen met als gevolg dat een beroep op de Pauliana ter vernietiging van een splitsing wordt toegelaten. Daar zijn verschillende redenen voor.

101. Ten eerste is, voortbouwend op bespiegelingen van Huizink, betoogd dat de actio Pauliana de norm uit artikel 2:334u BW niet onaanvaardbaar doorkruist. Dit punt wordt bevestigd door advocaat-generaal Szpunar en rechtspraak van het HvJ EU. Artikel 2:334u BW ziet immers, anders dan de Hoge Raad oordeelde, niet net als de actio Pauliana op schuldeisersbescherming. Artikel 2:334u BW bevat weliswaar enkele elementen die zien op schuldeisersbescherming. Maar betoogd is dat als de ‘centre of gravity’ van artikel 2:334u BW zou moeten worden bepaald, het duidelijk een artikel is dat ziet op rechtszekerheid over de totstandkoming van een rechtspersoon in plaats van op schuldeisersbescherming. Van een doorkruising van artikel 2:334u BW door de actio Pauliana is derhalve geen sprake.

102. Een tweede reden voor de Hoge Raad om terug te komen op het arrest *Favini* is dat het oordeel vanuit een gecoördineerde wetstoepassing moeilijk is te accepteren. De uitlegging van artikel 2:334u BW loopt ten opzichte van artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132 uit de pas. Een gecoördineerde wetstoepassing zou ertoe leiden dat artikel 2:334u BW het beroep op de actio Pauliana niet ecarteert. Een coördinerende benadering leidt er ook toe dat de Nederlandse regeling in lijn is met omringende landen, namelijk met in ieder geval België, Frankrijk en Italië.

103. Een derde reden voor de Hoge Raad om de te water gelaten bakens in *Favini* te verzetten is ontleend aan de conclusie van advocaat-generaal Szpunar. Hij schreef dat het buitenspel zetten van de actio Pauliana ter vernietiging van de splitsing niet kan worden aanvaard, ‘in het bijzonder niet omdat de actio [P]auliana een ondervangende rol kan spelen wanneer bepaalde in Unierecht neergelegde instrumenten voor de bescherming van schuldeisers, zoals de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bij de splitsing betrokken verkrijgende vennootschappen, niet meer werkzaam zijn’.

104. Een vierde en laatste reden om terug te komen op het arrest *Favini* is dat het onwenselijk is dat schuldeisers die zijn benadeeld uitsluitend de splitsing absoluut (art. 2:334u BW) in plaats van relatief (actio Pauliana) kunnen vernietigen. De actio Pauliana heeft namelijk minder ingrijpende rechtsgevolgen. Hierdoor dreigt – alle goede bedoelingen van het arrest *Favini* ten spijt – een boemerangeffect te ontstaan: de ingrijpende gevolgen worden in de hand gewerkt. Een schuldeiser die door een splitsing wordt benadeeld kan als gevolg van *Favini* namelijk uitsluitend bezien of ruimte bestaat om de splitsing absoluut in plaats van relatief te vernietigen. Dit pleit er ook voor dat de Pauliana moet worden toegestaan ter vernietiging van de splitsing.

4 Conclusie

4.1 Conclusie

105. Deze scriptie introduceerde in hoofdstuk 1 de polemiek die is ontstaan over de vraag of de splitsing met een beroep op de Pauliana kan worden vernietigd. Het debat daarover wordt reeds lange tijd gevoerd, met grote intensiteit en in periodiek terugkerende fasen. De Hoge Raad heeft uiteindelijk in 2013 het pleit beslecht door in het arrest *Favini* te oordelen dat *geen* ruimte bestaat om de afsplitsing door middel van de actio Pauliana te vernietigen. Het HvJ EU oordeelde daarentegen in 2020 in *I.G.I./Cicenia* dat het Unierecht recht de toepassing van de Italiaanse actio Pauliana om de afsplitsing te vernietigen niet in de weg staat. Het *I.G.I./Cicenia* blies daarmee een nieuw leven in de decennia oude polemiek. De centrale onderzoeksvraag die in aansluiting hierop in hoofdstuk 1 is geponeerd, is wat het arrest *I.G.I./Cicenia* betekent voor de uitleg van het arrest *Favini*.

106. Om tot beantwoording van de onderzoeksvraag te komen, was het noodzakelijk om in hoofdstuk 2 vanuit een descriptief perspectief de onderwerpen te bespreken die onmisbaar zijn voor een goed begrip van gevoerde polemiek. De onderliggende onderwerpen van deze polemiek zijn: (i) de splitsing, (ii) artikel 2:334u BW en (iii) de actio Pauliana. Om de specifieke, onmisbare merites van deze onderwerpen in kaart te brengen, is het ingewikkelde samenspel van regels van nationale en Europese origine geïntegreerd behandeld. Het hoofdstuk liet in de eerste plaats zien dat Nederlandse wetgever ervoor heeft gekozen om zich voor de splitsingsregeling te conformeren aan Richtlijn (EU) 2017/1132. Dat heeft tot gevolg dat, op basis van vaste jurisprudentie van het HvJ EU, de nationale wetgeving, ter vermijding van uiteenlopende uitleggingen, op eenvormige wijze dient te worden uitgelegd. Het hoofdstuk liet in de tweede plaats zien dat artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132, op basis waarvan artikel 2:334u BW (thans) is geïmplementeerd, op grond van een limitatief aantal vernietigingsgronden de absolute nietigheid ('erga omnes') van de splitsing op het oog heeft. Absolute nietigheid wil zeggen dat het bestaan van de splitsing wordt aangetast, aangezien de nietigheid werking heeft tegenover eenieder. Het hoofdstuk liet in de derde plaats zien dat de actio Pauliana, daarentegen, uitsluitend leidt tot relatieve nietigheid.

107. Hoofdstuk 2 maakte het mogelijk om in hoofdstuk 3 de drie onderwerpen - (i) de splitsing, (ii) artikel 2:334u BW en (iii) de actio Pauliana - met elkaar te verbinden, zodat de discussie vanuit een normatief perspectief kon worden behandeld. In hoofdstuk 3 werd ingegaan op de samenloopdiscussie en werd uiteengezet wat mijn visie is. Het hoofdstuk betoogde dat er voor de Hoge Raad voldoende redenen zijn om de te water gelaten

bakens in *Favini* te verzetten, en zo een andere koers te varen met als gevolg dat een beroep op de Pauliana ter vernietiging van een splitsing wordt toegelaten.

108. Ten eerste is, voortbouwend op bespiegelingen van Huizink, betoogd dat de actio Pauliana de norm uit artikel 2:334u BW niet onaanvaardbaar doorkruist. Dit punt wordt bevestigd door advocaat-generaal Szpunar en rechtspraak van het HvJ EU. Artikel 2:334u BW ziet immers, anders dan de Hoge Raad oordeelde, niet net als de actio Pauliana op schuldeisersbescherming. Artikel 2:334u BW bevat, toegegeven, enkele elementen die zien op schuldeisersbescherming. Maar betoogd is dat als de 'centre of gravity' van artikel 2:334u BW zou moeten worden bepaald, het duidelijk een artikel is dat ziet op rechtszekerheid over de totstandkoming van een rechtspersoon in plaats van op schuldeisersbescherming. Als de Hoge Raad met meer overtuiging het argument wil bezigen dat de actio Pauliana specifieke schuldeisersbeschermingsmechanismen onaanvaardbaar zou doorkruisen, dan zou hij moeten verwijzen naar de verzetsregelingen (art. 2:334k en 2:334l BW) en de aansprakelijkheidsregeling (art. 2:334t BW). Hierbij past echter de kanttekening dat in ieder geval vanuit Unierechtelijk perspectief van een onaanvaardbare doorkruising van de verzetsregeling door de actio Pauliana geen sprake is. Het HvJ EU overwoog dat artikel 146 Richtlijn (EU) 2017/1132, waarin de Unierechtelijke basis van de verzetsregeling is vervat, niet onaanvaardbaar wordt doorkruist door de Italiaanse actio Pauliana.

109. Een tweede reden voor de Hoge Raad om terug te komen op het arrest *Favini* is dat het oordeel vanuit een gecoördineerde wetstoepassing moeilijk is te accepteren. De uitlegging van artikel 2:334u BW loopt ten opzichte van artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132 uit de pas. Een gecoördineerde wetstoepassing zou ertoe leiden dat artikel 2:334u BW het beroep op de actio Pauliana niet ecarteert. Een coördinerende benadering leidt er ook toe dat de Nederlandse regeling in lijn is met omringende landen, namelijk met in ieder geval België, Frankrijk en Italië.

110. Een derde reden voor de Hoge Raad om de te water gelaten bakens in *Favini* te verzetten is ontleend aan de conclusie van advocaat-generaal Szpunar. Hij schreef dat het buitenspel zetten van de actio Pauliana ter vernietiging van de splitsing niet kan worden aanvaard, 'in het bijzonder niet omdat de actio [P]auliana een ondervangende rol kan spelen wanneer bepaalde in Unierecht neergelegde instrumenten voor de bescherming van schuldeisers, zoals de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bij de splitsing betrokken verkrijgende vennootschappen, niet meer werkzaam zijn'. Deze ondervangende rol van de actio Pauliana wordt door de Hoge Raad, zo is in hoofdstuk 3 betoogd, ten onrechte de das omgedaan.

111. Een vierde en laatste reden om terug te komen op het arrest *Favini* is dat het onwenselijk is dat schuldeisers die zijn benadeeld uitsluitend de splitsing absoluut (art. 2:334u BW) in plaats van relatief (actio Pauliana) kunnen vernietigen. De actio Pauliana heeft namelijk minder ingrijpende rechtsgevolgen. Hierdoor dreigt – alle goede bedoelingen van het arrest *Favini* ten spijt – een boemerangeffect te ontstaan: de ingrijpende gevolgen worden in de hand gewerkt. Een schuldeiser die door een splitsing

wordt benadeeld kan als gevolg van *Favini* namelijk uitsluitend bezien of ruimte bestaat om de splitsing absoluut in plaats van relatief te vernietigen. Dit pleit er ook voor dat de Pauliana moet worden toegestaan ter vernietiging van de splitsing.

112. Niettegenstaande mijn betoog dat de Hoge Raad voldoende redenen heeft om de te water gelaten bakens in *Favini* te verzetten, heeft hoofdstuk 3 oog gehad voor de in de rechtswetenschappelijke literatuur aangevoerde bezwaren tegen de uitwerking van de actio Pauliana om de splitsing te vernietigen. Vier bezwaren zijn in dat kader besproken. Hoofdstuk 3 legde uit waarom deze bezwaren onjuist zijn, (gedeeltelijk) steekhoudend zijn en hoe ze kunnen worden weggemasseerd. In de eerste plaats is het bezwaar aangevoerd dat de toepassing van de Pauliana om een splitsing te vernietigen afbreuk zou doen aan de rechtszekerheid die artikel 2:334u beoogt te dienen. Ik heb, voortbouwend op een annotatie van Nagtegaal, betoogd dat de rechtszekerheid die artikel 2:334u BW en de daaraan ten grondslag liggende artikel 153 Richtlijn (EU) 2017/1132 beogen te beschermen, niet wordt aangetast door de actio Pauliana. In de tweede plaats is het bezwaar aangevoerd dat de redactie van artikel 2:334u BW geen ruimte laat voor een beroep op de Pauliana om de splitsing te vernietigen. Ik heb betoogd dat een nauwkeurige lezing van artikel 2:334u BW de actio Pauliana niet uitsluit. In de derde plaats is het bezwaar aangevoerd dat geen ruimte bestaat voor de actio Pauliana om de splitsing te vernietigen, aangezien de wetgever op dit punt heeft gezwegen. Ik heb betoogd dat dit argument een drogredenering is, omdat de premisse ('het zwijgen van de wetgever') niet aansluit op de conclusie ('de wetgever wenst geen beroep op de Pauliana toe te staan'). Uit het zwijgen van de wetgever kunnen geen eenduidige conclusies worden getrokken, aangezien wij doorgaans niet verder kunnen springen dan onze polsstok lang is. In de vierde plaats is het bezwaar aangevoerd dat de gevolgen van de vernietiging van een splitsing ingrijpend zijn. Ik heb betoogd dat, nader bezien, de gevolgen van de actio Pauliana – relatieve nietigheid – niet ingrijpend zijn. Als gevolg van een succesvol beroep op de Pauliana wordt, anders dan het gevolg zou zijn bij een succesvol beroep op artikel 2:334u BW, de geldigheid van de splitsing niet aangetast. De ingrijpende gevolgen waar de tegenstanders van de actio Pauliana op wijzen, worden door het kwalificeren van artikel 2:334u BW als exclusief onbedoeld in de hand gewerkt: een schuldeiser die is benadeeld heeft als gevolg van *Favini* uitsluitend de mogelijkheid om de splitsing absoluut in plaats van relatief te vernietigen. In onderlinge samenhang bezien noopt mijn visie ertoe dat het arrest *Favini* van de Hoge Raad geen stand zou moeten houden.

113. De vraag die als gevolg van mijn visie rijst is hoe de concrete toepassing van de actio Pauliana ter vernietiging van de splitsing eruit zou moeten zien, zonder dat onwenselijke gevolgen optreden. Vier oplossingsrichtingen zijn besproken. De eerste oplossingsrichting is afkomstig van Castermans & De Graaff. Hun oplossingsrichting komt erop neer dat een beroep op de actio Pauliana moet worden onderworpen aan de voorwaarden van artikel 2:334u BW. Zij pleiten voor een actio Pauliana die is onderworpen aan de vervaltermijn van zes maanden (art. 2:334u lid 3 BW) en uitsluitend met tussenkomst van de rechter kan worden gehonoreerd (art. 2:334u lid 1 aanhef BW). Naar mijn mening is het niet noodzakelijk om de actio Pauliana te onderwerpen aan de korte vervaltermijn van zes maanden noch aan toezicht door de rechter. De Italiaanse actio Pauliana kent een

verjaringstermijn van vijf jaar vanaf het verrichten van de handeling (art. 2903 codice civile) en is niet onderworpen aan het toezicht van een rechter (art. 2901 codice civile). Deze Italiaanse actio Pauliana heeft de goedkeuring van het HvJ EU in *I.G.I./Cicenia* kunnen wegdragen. Een actio Pauliana onderwerpen aan een korte vervaltermijn zou daarnaast onwenselijk zijn in verband met de reeds korte termijn voor de verzetsregeling.

114. De tweede oplossingsrichting komt uit de koker van advocaat-generaal Timmerman. Hij is van mening dat de splitsing niet met de actio Pauliana kan worden vernietigd, maar ziet wel ruimte om het aan de splitsing ten grondslag liggende aandeelhoudersbesluit met de actio Pauliana te vernietigen. De vernietiging van dit besluit heeft, zo is de gedachte, tot gevolg dat de vernietigingsgrond van artikel 2:334u lid 1 onder c BW zich voordoet, zodat de vernietiging van de splitsing door de rechter kan worden bevolen wanneer het verzoek daartoe binnen een half jaar na publicatie van de splitsing in het handelsregister aanhangig is gemaakt. Deze oplossingsrichting, die door annotator Schilfgaarde ingenieus is bevonden, heeft op instemming kunnen rekenen in de rechtswetenschappelijke literatuur. Voor juristen die *coûte que coûte* willen vasthouden aan het idee dat artikel 2:344u BW de actio Pauliana ecarteert, is deze oplossingsrichting wenselijk. Er is echter een probleem. De niet-gelijksoortige gevolgen van enerzijds de actio Pauliana en anderzijds artikel 2:334u BW maakt dat het onduidelijk is welk gevolg een succesvol beroep op de actio Pauliana ter vernietiging van het onderliggende aandeelhoudersbesluit heeft: relatieve of absolute nietigheid van de splitsing? Ik ben daarom vanuit juridisch-dogmatisch perspectief geen voorstander van deze tweede oplossingsrichting.

115. De derde oplossingsrichting is geïnspireerd op het arrest *I.G.I./Cicenia*. De Tribunale di Avellino heeft in *I.G.I./Cicenia* de vordering ter vernietiging van de afsplitsing op grond van de actio Pauliana toegewezen 'voor zover deze betrekking heeft op de activa als bedoeld in de handeling waarvan de vernietiging is ingeroepen die thans nog in eigendom zijn van I.G.I.'. Nederlandse rechters kunnen, net als de Tribunale di Avellino, het beroep op de actio Pauliana toestaan voor zover deze ziet op activa die de verkrijgende vennootschap in het kader van de splitsing heeft verkregen en die thans nog in haar eigendom zijn. Artikel 3:53 lid 2 BW is daarvoor de grondslag: het artikel biedt de rechter de mogelijkheid om desgevraagd aan een vernietiging ten dele haar werking te ontzeggen. Daardoor is de betrokkenheid van activa die zich bij derden bevinden uitgesloten. Dit heeft tot gevolg dat de cirkel van activa die door de Pauliana wordt geraakt is afgebakend. Vanwege de afwezigheid van de betrokkenheid van derden en de afgebakende cirkel van activa is het minder – of misschien wel niet – bezwaarlijk om een beroep op de actio Pauliana toe te staan. Met deze oplossingsrichting blijven de essentialia van de actio Pauliana intact – dat wil zeggen: de verjaringstermijn van drie jaar en de mogelijkheid om de Pauliana buitengerechtelijk in te roepen – en is het probleem van ingrijpende gevolgen sterk gemitigeerd.

116. De vierde oplossingsrichting behoeft weinig creativiteit en is daarom misschien wel het meest elegant: de actio Pauliana hoeft niet te worden onderworpen aan ook maar enige bijzondere beperking. De actio Pauliana kent naast de subjectief relatieve werking

(de Pauliana werkt uitsluitend tegenover de schuldeisers die zich daarop beroept) een zogenoemde objectief relatieve werking, dat wil zeggen dat de Pauliana niet verder werkt dan ter opheffing van het nadeel. Daarnaast kent de actio Pauliana een derdenbeschermingsregeling die op een evenwichtige wijze voorkomt dat de belangen van derden worden geschaad.

117. Welke oplossingsrichting verdient de voorkeur? De eerste twee oplossingsrichtingen zijn verworpen. De derde en vierde oplossingsrichting hebben daarentegen wel mijn voorkeur. De derde en vierde oplossingsrichting kunnen naast elkaar bestaan. Zij passen namelijk in het wettelijk systeem. Deze twee oplossingsrichtingen leiden tot een subtielere oplossing dan waar de Hoge Raad in het arrest *Favini* voor heeft gekozen: categorische uitsluiting van de actio Pauliana. Deze categorische uitsluiting leidt ertoe dat een benadeelde schuldeiser uitsluitend kan bezien of ruimte bestaat om de splitsing absoluut (art. 2:334u BW) in plaats van relatief (actio Pauliana) te vernietigen. Dat is onwenselijk. Mijn twee oplossingsrichtingen voorkomen dat. De wet biedt, zo laat de vierde oplossingsrichting zien, als uitgangspunt voldoende waarborgen om de onwenselijke gevolgen van een onverkorte toepassing van de Pauliana te voorkomen. Mochten zich toch gevallen voordoen waarin door onverkorte toepassing van de Pauliana onwenselijke gevolgen optreden, dan kan, zo laat de derde oplossingsrichting zien, artikel 3:53 lid 2 BW ervoor zorgen dat aan de relatieve vernietiging gedeeltelijk werking wordt ontzegd. Het zal slechts een kwestie van tijd zijn voordat we weten hoe de betekenis van het arrest *I.G.I./Cicenia* voor de uitleg in *Favini* zich in de rechtspraak zal ontvouwen. Van Uchelen-Schipper schreef dat '[h]ierover het laatste woord nog niet [is] gezegd'.¹²⁵ Dat lijkt mij ook: de inkt is nog niet droog.

¹²⁵ Wenk M.J. van Uchelen-Schipper bij HvJ 30 januari 2020, C-394/18, ECLI:NL:EU:C:2020:56, RO 2020/17.