

Samenloop van vermogensrecht en rechtspersonenrecht. De actio Pauliana als onaanvaardbare doorkruising van artikel 2:334u BW

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

NTBR 2014/41

1. Het faillissement van een papierfabrikant in Meerssen

Sinds halverwege de negentiende eeuw bevindt zich in Meerssen een papierfabrikant. Deze gaat vanaf 2000 verder onder de naam Favini Meerssen BV. Het bedrijf is een dochtervennootschap van Favini NV (hierna: Favini Nederland), op haar beurt weer een dochtervennootschap van het Italiaanse Favini SpA.² In 2002 wordt, in het kader van een herfinanciering, op het bedrijfspand van Favini Meerssen een eerste recht van hypotheek gevestigd ten gunste van een Italiaans bankenconsortium. Op 29 en 30 december 2005 vinden vervolgens juridische afsplitsingen plaats in het Favini-concern. Favini Real Estate BV verwerft daarbij de eigendom van de fabriekshal (boekwaarde: € 8.530.000) in ruil voor het overnemen van een schuld van Favini Meerssen aan Favini Nederland (€ 8.529.999).³

In april 2008 wordt Favini Meerssen failliet verklaard. Volgens de curator was de werkelijke waarde van de fabriekshal ten tijde van de afsplitsingen € 25.340.000. Bovendien hebben de schuldeisers als gevolg van de afsplitsingen geen verhaal meer op het fabrieksgebouw. In maart 2009 roept de curator daarom op grond van de faillissementspauliana (art. 42 Fw) de nietigheid van beide afsplitsingen in. Volgens Favini Real Estate kan de curator geen beroep doen op artikel 42 Fw, aangezien de gronden voor vernietiging van een afsplitsing exclusief en uitputtend zouden worden beheerd door artikel 2:334u BW. Onder dit regime, gebaseerd op een Europese richtlijn, kan een afsplitsing alleen binnen bepaalde voorwaarden door de rechtbank worden vernietigd.

1 R. de Graaff is als promovendus verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Leiden. Deze bijdrage bouwt voort op A.G. Castermans & R. de Graaff, 'The General Concept of Concurrence Applied to European Insolvency Law', in: B.P.A. Santen & D.H. van Offeren (red.), *Perspectives on international insolvency law*, Deventer: Kluwer 2014, p. 27-49 (te raadplegen via <http://ssrn.com/abstract=2431114>).

2 Hoewel de moedervennootschap Italiaans is, is deze juridische afsplitsing geen grensoverschrijdende aangelegenheid. Het is maar zeer de vraag of, en in hoeverre, een grensoverschrijdende splitsing mogelijk is, aangezien art. 2:334b BW voorschrijft dat partijen bij een splitsing dezelfde rechtsvorm moeten hebben. Deze bepaling leidt mogelijk tot een conflict met de vrijheid van vestiging onder art. 49 e.v. VWEU. Zie hierover uitgebreid E.R. Roelofs, *Grensoverschrijdende juridische splitsing van kapitaalvennootschappen* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2014, hoofdstuk 4, met verwijzingen naar de relevante rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU.

3 Zie voor een overzicht van de feitelijke omstandigheden van dit geval de Conclusie van A-G Timmerman voor HR 20 december 2013, ECLI:NL:PHR:2013:921, sub 1.

Is de curator vrij in zijn keuze een beroep te doen op de faillissementspauliana van artikel 42 Fw, of is artikel 2:334u BW inderdaad exclusief van toepassing? Deze vraag van samenloop wordt door Advocaat-Generaal Timmerman als zodanig herkend, maar door de Hoge Raad niet op overeenkomstige wijze behandeld. In stevige bewoordingen doet de Hoge Raad de zaak af:

'Wanneer zou worden aangenomen dat een splitsing door de curator ook op de voet van art. 42 Fw kan worden vernietigd, zou de specifieke norm van art. 2:334u BW (...) onaanvaardbaar worden doorkruist.'⁴

In deze bijdrage bespreek ik het *Favini*-arrest. Eerst introduceer ik het juridisch kader, een ingewikkeld samenspel van regels van nationale en Europese origine, afkomstig uit het rechtspersonenrecht en het algemene vermogensrecht (par. 2). Vervolgens komt het arrest aan de orde, waarin de Hoge Raad artikel 2:334u BW als een exclusieve regeling bestempelt (par. 3). De benadering van de Hoge Raad gaat niet uit van de gangbare samenloopregels (par. 4), maar volgt een op het arrest *Staat/Windmill* gebaseerde redenering, waarbij wordt getoetst of de regels uit het rechtspersonenrecht op onaanvaardbare wijze worden doorkruist (par. 5). De Advocaat-Generaal bereikt een andere, minder exclusieve oplossing door de gangbare samenloopregels te volgen (par. 6). Kroeze verwelkomt de motivering en uitkomst van het arrest, en bepleit een ruimere toepassing van deze benadering van samenloop in het rechtspersonenrecht. Een dergelijke doorkruisingsleer heeft niet mijn voorkeur, aangezien het gevaar bestaat dat de rechter te snel oordeelt dat het rechtspersonenrecht exclusief van toepassing is en dat de belanghebbende zich dus niet op het algemene vermogensrecht kan beroepen (par. 7).

2. (Af)splitsing en de rechten van schuldeisers

Bij een herstructurering van een concern kan de mogelijkheid tot juridische splitsing of afsplitsing worden benut. Bij splitsing houdt de gesplitste vennootschap op te bestaan, bij afsplitsing blijft deze rechtspersoon voortbestaan.⁵ In beide gevallen gaat vermogen onder algemene titel over. De pro-

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

5 Dit zijn de hoofdvormen van splitsing in het Nederlandse recht. Er bestaan nog enkele varianten, zoals de hybride splitsing, de driehoekssplitsing, de ruziesplitsing, de moeder-dochter splitsing en de evenredige splitsing. Zie Roelofs 2014, p. 190 e.v.

cedure is geregeld in artikel 2:334a e.v. BW. De regeling is gebaseerd op een Europese richtlijn, die ziet op de splitsing van naamloze vennootschappen.⁶ De Nederlandse wetgever heeft de reikwijdte op twee punten uitgebreid: zij is ook van toepassing verklaard op afsplitsingen en niet beperkt tot naamloze vennootschappen.⁷ De onderliggende casus – een afsplitsing van een besloten vennootschap – valt dus buiten de reikwijdte van het Europese recht en zal daarom in beginsel niet door het Hof van Justitie van de EU kunnen worden beantwoord.⁸ De Hoge Raad kan uiteraard wel aansluiting zoeken bij de richtlijn, zoals hij bijvoorbeeld heeft gedaan ten aanzien van de agentuurovereenkomst.⁹ Het is duidelijk dat bij een splitsing of afsplitsing de belangen van schuldeisers in het gedrang kunnen komen. Volgens zowel de Europese als de Nederlandse wetgever moeten schuldeisers daarom worden beschermd tegen benadeling.¹⁰ Daarbij ligt de nadruk op bescherming voorafgaand aan de splitsing. Zo moet er een voorstel tot splitsing worden opgesteld, met daarin onder meer een beschrijving van de verdeling van vermogensbestanddelen.¹¹ In een schriftelijke toelichting moeten de redenen voor de splitsing worden vermeld, inclusief ‘een uiteenzetting over de te verwachten gevolgen voor de werkzaamheden en een toelichting uit juridisch, economisch en sociaal oogpunt’.¹² Deze documenten moeten via het handelsregister openbaar worden gemaakt.¹³ De splitsing moet tevens worden aangekondigd in een landelijk verspreid dagblad.¹⁴ Tot een maand na openbaarmaking van het voorstel kan iedere wederpartij tegen het voorstel tot splitsing in verzet komen,¹⁵ vanwege het feit dat de rechtsverhouding niet in het geheel zal overgaan,¹⁶ of omdat de verlangde zekerheid niet is gesteld.¹⁷ Uiteindelijk wordt het besluit tot splitsing genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders.¹⁸

De splitsing wordt van kracht op de dag na die waarop de notariële akte is verleden.¹⁹ Zowel de verkrijgende als de voortbestaande gesplitste rechtspersoon blijft aansprakelijk tot nakoming van de verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon ten tijde van de splitsing.²⁰ Zodra de splitsing een feit is, mogen schuldeisers gedurende zes maanden wijziging of ontbinding van de overeenkomst vorderen²¹ en de gevolgschade verhalen op de betrokken rechtspersoon.²² Ook bestaat de mogelijkheid tot vernietiging van de splitsing op grond van artikel 2:334u BW. Dit is feitelijk en juridisch niet eenvoudig, aldus de Minister in reactie op het advies van de Raad van State:

‘De Raad merkt terecht op dat de 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 splitsing verkrijgende rechtspersonen zijn opgericht, worden deze geacht nooit te hebben bestaan. Een gesplitste rechtspersoon die bij de splitsing is opgehouden te bestaan, herleeft (...) en wel met terugwerkende kracht tot het tijdstip van splitsing. Er ontstaat zo in het bijzonder indien zich sinds de splitsing mutaties hebben voorgedaan in het vermogen dat is overgegaan, een ingewikkelde rechtssituatie.’

Toch moet vernietiging van een splitsing volgens de Minister mogelijk blijven:

‘Desalniettemin kan de regel bezwaarlijk worden gemist. De regels die op straffe van de mogelijkheid van vernietiging moeten worden nageleefd, kunnen niet zonder sanctie blijven. Vernietiging is in dat verband een voor de hand liggende en passende reactie.’²³

De regeling is volgens de Minister wel ‘zo opgezet dat de kans dat een splitsing aan vernietiging blootstaat zoveel mogelijk is beperkt’.²⁴ Een splitsing kan alleen door de rechter worden vernietigd en deze vordering moet binnen zes maanden na nederlegging van de akte worden ingesteld door een lid, aandeelhouder, bestuurder of andere belang-

6 Richtlijn 82/891/EEG van de Raad van 17 december 1982 betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen (*PbEU* 1982, L 378, p. 47-54).

7 Vgl. art. 2:334a lid 1 en 3 BW, en de MvT, TK 1995-1996, 24 702, nr. 3, p. 5. Ook de afsplitsing van naamloze vennootschappen vindt haar basis in Richtlijn 82/891/EEG (artikel 25), zij het dat de richtlijn geen aparte regeling bevat, maar de bepalingen omtrent zuivere splitsing van overeenkomstige toepassing verklaart.

8 Ingevolge art. 267 VWEU is het Hof van Justitie EU slechts bevoegd bepalingen van Unierecht te interpreteren. Vgl. HvJ EU 12 juli 2012, C-602/10, r.o. 37-44 (*SC Volksbank România SA/CJPC*), ten aanzien van de in art. 2, lid 2, sub a, van de Richtlijn 2008/48/EG gecreëerde uitzondering voor kredietovereenkomsten voor onroerend goed.

9 Zie HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9865, *RvdW* 2012/1371, r.o. 4.1 (*T-Mobile/Klomp*), waarin de Hoge Raad art. 7:442 BW uitlegt in lijn met Richtlijn 86/653/EEG van de Raad van 18 december 1986 inzake coördinatie van de wetgevingen van de Lid-Staten inzake zelfstandige handelsagenten (*PbEU* 1986, L 382, p. 17-21).

10 Vgl. considerans 8, Richtlijn 82/891/EEG van de Raad van 17 december 1982 betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen (*PbEU* 1982, L 378, p. 47-54); MvT, TK 1995-1996, 24 702, nr. 3, p. 3-4, nr. 9.

11 Art. 2:334f lid 1 en lid 2 sub d BW.

12 Art. 2:334g lid 1 BW.

13 Art. 2:334h lid 1 BW.

14 Art. 2:334h lid 3 BW.

15 Art. 2:334i lid 1 BW.

16 Art. 2:334j BW.

17 Art. 2:334k BW.

18 Art. 2:334m lid 1 BW.

19 Art. 2:334n lid 1 BW. De akte moet binnen zes maanden na openbaarmaking van het voorstel zijn verleden.

20 Art. 2:334t BW.

21 Art. 2:334r lid 1 BW.

22 Art. 2:334r lid 3 BW.

23 Antwoord regering op het advies van de Raad van State (*Kamerstukken II* 1995/96, 24 702, nr. B, p. 7, Advies Raad van State en nader rapport), zie de Conclusie van A-G Timmerman voor HR 20 december 2013, ECLI:NL:PHR:2013:921, sub 4.18.

24 *Ibid.* Zie ook considerans 11, Richtlijn 82/891/EEG van de Raad van 17 december 1982 betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen (*PbEU* 1982, L 378, p. 47-54).

hebbende.²⁵ De rechter mag de splitsing *niet* vernietigen als het verzuim wordt hersteld of als de reeds ingetreden gevolgen van de splitsing bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt.²⁶

De gronden voor vernietiging worden limitatief opgesomd in artikel 2:334u lid 1 BW. De rechter kan 'een splitsing alleen vernietigen' als de notariële akte geen authentiek geschrift is,²⁷ andere formele vereisten niet zijn gevolgd,²⁸ of vanwege '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'.²⁹

De laatste zinsnede verwijst naar de mogelijkheid vennootschappelijke besluitvorming aan te tasten op grond van de artikelen 2:14 en 2:15 BW. Een besluit van de aandeelhoudersvergadering is nietig wanneer het in strijd met de wet of de statuten is genomen (art. 2:14 lid 1 BW) en is vernietigbaar wegens strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen, wegens strijd met een reglement, of wegens strijd met de vereisten van redelijkheid en billijkheid (art. 2:15 lid 1 BW). De laatste maatstaf ziet slechts op de verhouding tussen de rechtspersoon en degenen die bij zijn organisatie zijn betrokken, en niet direct op de relatie tussen schuldeisers en schuldenaars.³⁰

Artikel 2:15 lid 1 BW bepaalt echter uitdrukkelijk dat de bepaling niet in de weg staat aan 'het elders in de wet omtrent de mogelijkheid van een vernietiging bepaalde'. Algemeen wordt aangenomen dat vennootschappelijke besluiten dus op grond van een *actio Pauliana* vernietigd kunnen worden, mits aan de vereisten van artikel 42 e.v. Fw of artikel 3:45 e.v. BW is voldaan.³¹ Een dergelijke vernietiging kent andere voorwaarden en rechtsgevolgen. Er moet sprake zijn van een onverplichte rechtshandeling waarvan de schuldenaar

bij het verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn.³² Wordt aan deze voorwaarden voldaan, dan kan er tot drie jaren na ontdekking van de benadeling buitengerechtigd worden vernietigd.³³ De resulterende nietigheid bestaat alleen ten opzichte van de curator en de benadeelde schuldeisers (subjectief relatieve werking) en werkt niet verder dan ter opheffing van het nadeel (objectief relatieve werking).³⁴ De Nederlandse wetgever heeft zich niet uitgelaten over de verhouding tussen de *actio Pauliana* en artikel 2:334u BW.³⁵ De splitsingsrichtlijn lijkt wel enige ruimte te bieden in artikel 19 lid 3:

'Aan de wetgevingen der Lid-Statens betreffende de nietigheid van een splitsing die wordt uitgesproken ingevolge een ander toezicht op de splitsing dan het preventieve toezicht door de rechter of de overheid op de rechtmatigheid, wordt geen afbreuk gedaan.'

Tegelijkertijd is het duidelijk dat de Nederlandse en Europese wetgever de mogelijkheid tot vernietiging aan banden hebben willen leggen door bepaalde regels dwingend voor te schrijven, zoals de korte vervaltermijn van zes maanden en de verplichte tussenkomst van de rechter, die controleert of gebreken nog kunnen worden hersteld.

3. Een onaanvaardbare doorkruising

Het is de vraag of, en in hoeverre, de *actio Pauliana* van artikel 42 Fw kan worden toegepast naast artikel 2:334u BW en welke rechtshandeling daarmee kan worden aangetast: het aandeelhoudersbesluit tot (af)splitsing of de juridische (af)splitsing zelf?

Volgens het hof moet er van worden uitgegaan 'dat artikel 2:334u BW een *lex specialis* inhoudt die het normaliter mogelijke beroep op de *pauliana* uitsluit'. De mogelijkheid tot vernietiging van de (af)splitsing moet 'zeer strikt' worden uitgelegd: benadeling van schuldeisers valt 'niet onder een van de – exclusieve – gronden van vernietiging genoemd in artikel 2:334u lid 1 BW'. Als de *actio Pauliana* wel in algemene zin toepasbaar zou zijn, dan zou het 'voor de hand

25 Art. 2:334u lid 2-3 BW. Het is de vraag of schuldeisers kunnen gelden als andere belanghebbenden. Zowel de rechtbank als het hof lijken aan te nemen dat de vordering kan worden ingesteld door schuldeisers. De A-G beantwoordt deze vraag ook bevestigend (zie Conclusie van A-G Timmerman voor HR 20 december 2013, ECLI:NL:PHR:2013:921, sub 3.11), maar de Hoge Raad gaat hier niet nader op in.

26 Art. 2:334u lid 4 BW.

27 Art. 2:334u lid 1 sub a BW.

28 Zie art. 2:334u lid 1 sub b BW. Met uitzondering van de situatie beschreven in art. 2:334b lid 7 BW, mag een ontbonden rechtspersoon of een rechtspersoon gedurende faillissement of surseance geen partij zijn bij een splitsing (art. 2:334b leden 5-6 BW); de notariële akte mag niet worden verleden als het verzet nog niet is ingetrokken of de opheffing daarvan uitvoerbaar is (art. 2:334l lid 3 BW); de notaris moet verklaren dat hem is gebleken dat de vormvoorschriften in acht zijn genomen (art. 2:334n lid 2 BW). Een besluit tot splitsing van een stichting behoeft de goedkeuring van de rechtbank (art. 2:334u lid 1 sub d jo. 2:334m lid 5 BW).

29 Art. 2:334u lid 1 sub c BW. In deze bijdrage worden niet van kracht zijnde besluiten verder niet besproken. Voor een nadere uitleg van de subtile verschillen tussen nietigheid, het niet van kracht zijn en gronden tot vernietiging in het rechtspersonenrecht, zie A.J.M. Klein Wassink, *Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht* (diss. VU), Deventer: Kluwer 2012, p. 85-86.

30 Vgl. art. 2:8 lid 1 BW. Het is namelijk de vraag of een schuldeiser kwalificeert als 'iemand die een redelijk belang heeft bij de naleving van de verplichting die niet is nagekomen' (art. 2:15 lid 3 sub a BW). Zie Klein Wassink 2012, p. 70-74.

31 Zie J. Barneveld, *Financiering en vermogensonttrekking door aandeelhouders* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2014, p. 441-442 en aldaar genoemde bronnen.

32 Ook als wordt voldaan aan deze drie vereisten, zal een beroep op de *actio Pauliana* niet steeds slagen. Er zal sprake moeten zijn van een verwijtbaar gebrek aan zorg voor de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers. Zie J.H. Nieuwenhuis, 'De *actio Pauliana* begrepen als vordering uit onrechtmatige daad', in: L. Timmerman (red.), *Vragen rond de faillissementspauliana* (Inso-lad Jaarboek 1998), Deventer: Kluwer 1998, p. 51-64.

33 Art. 3:52 lid 1 sub c BW is hier van toepassing. Hoewel de bepaling ziet op de 'rechtshandeling tot vernietiging van een rechtshandeling', heeft de inhoud ook betekenis voor de buitengerechtigde vernietiging. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de *actio Pauliana* onder deze bepaling valt (zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 236).

34 Zie R.J. van der Weijden, *De faillissementspauliana* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, p. 14-15, p. 197 e.v., p. 209 e.v.

35 Het faillissement kwam slechts aan de orde met betrekking tot de vraag of een failliete rechtspersoon zou kunnen worden gesplitst. Zie MvT, TK 1995-1996, 24 702, nr. 3, p. 6-7 en p. 20-21.

hebben gelegen dat (...) daar in het wetsontwerp aandacht aan zou zijn besteed', aldus het hof.³⁶ Dit oordeel houdt stand. De Hoge Raad komt met een eigen motivering:

'De vernietigingsmogelijkheden van art. 42 Fw zijn aanzienlijk ruimer dan de beperkte vernietigingsmogelijkheden van art. 2:334u BW. Een vernietiging op de voet van art. 42 Fw kan immers buitengerechtelijk plaatsvinden, is niet beperkt tot de in art. 2:334u BW omschreven situaties en is niet gebonden aan de hiervoor in 4.1.2 vermelde termijn van zes maanden. Wanneer zou worden aangenomen dat een splitsing door de curator ook op de voet van art. 42 Fw kan worden vernietigd, zou de specifieke norm van art. 2:334u BW dan ook onaanvaardbaar worden doorkruist. De strekking van beide normen (bescherming van schuldeisers tegen rechtshandelingen waardoor schuldeisers worden benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden) is immers dezelfde, maar de wijze waarop de bescherming plaatsvindt, de voorwaarden die in dit verband worden gesteld, het tijdsbestek en de bescherming van derden in dit verband, is in art. 2:334u BW telkens anders geregeld dan in art. 42 Fw. Omdat door toepassing van art. 42 Fw. in gevallen als de onderhavige deze specifieke regels zouden kunnen worden ontgaan, zou aldus afbreuk worden gedaan aan de rechtszekerheid die de regeling voor vernietiging van een splitsing in art. 2:334u BW beoogt te dienen. Daarom moet worden geoordeeld dat de specifieke norm van art. 2:334u BW exclusief toepasselijk is. Opmerking verdient ten slotte dat de curator die meent dat de boedel als gevolg van een splitsing is benadeeld, onder omstandigheden (mede) een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad kan instellen.'³⁷

De mogelijkheid tot vernietiging van een (af)splitsing op grond van artikel 42 Fw is dus uitgesloten, aangezien dit zou leiden tot een onaanvaardbare doorkruising van artikel 2:334u BW. Voor vernietiging van een (af)splitsing is artikel 2:334u BW de enige, exclusieve grondslag.

4. De 'gangbare samenloopcanon'

De uitkomst en motivering van dit arrest zijn met enthousiasme begroet door Kroeze. Hij hoopt dat het arrest de aanloop is 'naar een ruimere toepassing van deze benadering van samenloop in het rechtspersonenrecht'.³⁸ Volgens Kroeze wil de Hoge Raad met het *Favini*-arrest duidelijk maken hoe de civiele rechter samenloopkwesties moet beoorde-

len. Kroeze wijst op de oratie van Bakels, voorzitter van de zetel in deze zaak. Daarin betoogt Bakels dat de 'gangbare samenloopcanon' slechts schijnzekerheid biedt en niet als uitgangspunt voor rechtsvinding kan worden gebruikt.³⁹ Hoe luiden deze gangbare samenloopregels? Als uitgangspunt geldt dat de samenlopende rechtsregels zoveel mogelijk naast elkaar moeten kunnen bestaan (*cumulatie*). De eiser mag kiezen op welke regels hij een beroep wenst te doen, tenzij de rechtsgevolgen niet gelijktijdig kunnen intreden (*alternativiteit*) of één van de samenlopende regels exclusief van toepassing is (*exclusiviteit*).⁴⁰ In de woorden van de Hoge Raad:

'Uitgangspunt bij samenloop van meer op zichzelf toepasselijke rechtsgronden voor een door eiser gesteld vorderingsrecht is dat deze cumulatief van toepassing zijn, met dien verstande dat, indien die rechtsgronden tot verschillende rechtsgevolgen leiden welke niet tegelijkertijd kunnen intreden, eiser daaruit naar eigen inzicht een keuze mag maken. Dit uitgangspunt lijdt slechts uitzondering indien de wet dat voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt.'⁴¹

De rechter zal uit de aard en de strekking van de betrokken regels moeten afleiden of, en in hoeverre, de eiser vrij is de grondslag voor zijn vordering te kiezen. Daarbij staat de keuzevrijheid voorop, maar gaat de ene grondslag niet per definitie boven de andere en gaan speciale regels niet per definitie voor algemene regels.⁴²

Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de verhouding tussen de klachtplicht en de verjaringstermijn bij non-conformiteit (art. 7:23 BW) en de langere verjaringstermijnen die gelden voor de vordering tot schadevergoeding (art. 3:310 BW) of de vernietiging op grond van dwaling (art. 3:52 lid 1 onder c BW). Met artikel 7:23 lid 2 BW heeft de wetgever, in het belang van koper én verkoper, een uniforme verjaringstermijn van twee jaar bedoeld te creëren – ook voor de vorderingen uit onrechtmatige daad.⁴³ De Hoge Raad heeft de wetgever gevolgd en geoordeeld dat de tweejaars-termijn geldt voor 'iedere rechtsvordering van de koper die – en ieder verweer van de koper dat – feitelijk gegrond is op het niet-beantwoorden van de afgeleverde zaak aan de overeenkomst, ook indien door de koper op deze grondslag

36 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 maart 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW0391, JOR 2012/301 m.nt. C. Nagtegaal, r.o. 4.19. De rechtbank gaf geen definitief oordeel over de verhouding tussen art. 2:334u BW en 42 Fw, aangezien niet aan de voorwaarden voor een succesvol beroep op art. 42 Fw zou zijn voldaan. Zie Rb. Zutphen 29 december 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BP0052, JOR 2011/302 m.nt. C. Nagtegaal, r.o. 7.14-7.15.

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

38 M.J. Kroeze, 'Van aanloop naar samenloop' (redactioneel), *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2014, afl. 4, p. 158.

39 F.B. Bakels, 'Aspecten van samenloop' (oratie VU), gepubliceerd in *WPNR* 2009, afl. 6796 en afl. 6797, p. 337-346 en p. 359-369.

40 Zie bijv. C.A. Boukema, *Samenloop* (Mon. nieuw BW; A21), Deventer: Kluwer 1992, p. 11-15.

41 HR 15 juni 2007, NJ 2007/621, m.nt. K.F. Haak (*Fernhout/Essent*), r.o. 4.2. De Hoge Raad spreekt hier van samenloop van rechtsgronden voor een vorderingsrecht. Samenloop doet zich ook voor bij gronden van verweren of bij bevoegdheden. Vandaar dat in deze bijdrage van samenloop van rechtsregels wordt gesproken. Vgl. ook art. 6:215 BW, sprekend over 'bepalingen'.

42 Zie C.A. Boukema, *Civielrechtelijke samenloop* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1966, p. 35; J.H. Nieuwenhuis, *Anders en eender* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1982, p. 35; C.J.H. Brunner, *Beginselen van samenloop*, Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 14-15. Dit blijkt overigens ook uit het *Favini*-arrest, aangezien de Hoge Raad de op het *lex specialis*-beginsel gebaseerde redenering van het hof niet heeft overgenomen.

43 Zie uitgebreid par. 4.8-4.20.1 Conclusie A-G Spier voor HR 21 april 2006, NJ 2006/272 (*Inno Holding/Gemeente Sluis*); zie MvT Inv., *Parl. Gesch. Boek 7 Inv.*, p. 152 en 154.

een rechtsvordering uit onrechtmatige daad wordt gebaseerd'.⁴⁴ Vervolgens heeft hij het regime van artikel 7:23 BW ook van toepassing verklaard op vorderingen gebaseerd op dwaling.⁴⁵

Volgens Castermans en Krans haalt de Hoge Raad zo de 'angel uit het samenloopprobleem'. De eiser behoudt zijn vrijheid een grondslag te kiezen voor een vordering wegens een conformiteitsgebrek, maar die keuze blijft wel zonder gevolgen voor de bescherming die art. 7:23 BW beoogt te bieden.⁴⁶ Keuzevrijheid is dus het uitgangspunt, exclusiviteit geldt slechts bij hoge uitzondering.⁴⁷

5. Driestappenplan en doorkruisingsleer

In zijn oratie betoogt Bakels dat de 'gangbare samenloopcanon' niet meer als uitgangspunt kan dienen bij de beoordeling van samenloopkwesaties. Volgens hem is alleen *cumulatie* een bruikbaar uitgangspunt, terwijl *alternativiteit* niet meer dan de processuele autonomie van partijen benadrukt en *exclusiviteit* slechts de grenzen van die autonomie aangeeft.⁴⁸

De gangbare samenloopregels zijn eerder bekritiseerd,⁴⁹ van een aangepaste terminologie voorzien⁵⁰ en in perspectief geplaatst.⁵¹ Bakels houdt het echter niet bij kritiek. Hij presenteert een driestappenplan dat de rechter volgens hem dient te volgen bij het oplossen van samenloopkwesaties. Eerst moet de rechter zich afvragen of de wetgever, dan wel partijen zelf, in de gevolgen van samenloop hebben voorzien. Voor zover geen regeling is getroffen, zal de

rechter na moeten gaan of de rechtsgevolgen daadwerkelijk verschillen en of er sprake is van onderlinge beïnvloeding van de samenlopende rechtsregels. Leiden zij inderdaad tot uiteenlopende rechtsgevolgen, dan moet de rechter de door de partij aangevoerde regel uitleggen in het licht van de samenlopende regel, de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, en alle omstandigheden van het geval. Deze derde stap kan volgens Bakels aldus worden uitgelegd dat het partijen bij een rechtsverhouding in beginsel vrijstaat de grondslag van hun vordering of verweer te kiezen, tenzij daardoor een samenlopende regel onaanvaardbaar wordt doorkruist.⁵²

De formulering van deze derde stap is afkomstig uit het arrest *Staat/Windmill*. Daarin geeft de Hoge Raad een criterium ter beoordeling van de vraag of de inzet van privaatrechtelijke bevoegdheden door de overheid aanvaardbaar is als ter behartiging van deze belangen ook publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend. Wanneer de publiekrechtelijke regeling niet in de gevolgen voorziet, is volgens de Hoge Raad beslissend 'of gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheden die regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist'. Bij deze beoordeling moet worden gelet op onder meer inhoud, strekking en totstandkomingsgeschiedenis van de publiekrechtelijke regeling, de wijze waarop die regeling de belangen van de burgers beschermt en de vraag 'of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid'.⁵³ Volgens Bakels heeft de Hoge Raad in *Staat/Windmill* bewust afgeweken van de gebruikelijke samenloopregels:

'De Hoge Raad heeft *niet* het uitgangspunt gehanteerd dat de keuze tussen die bevoegdheden door het desbetreffende overheidsorgaan vrijelijk mag worden gemaakt, tenzij de wet anders voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt. Hij had dit wel kunnen doen en de bijzondere regels en gezichtspunten die hij voor dit type samenloop heeft geformuleerd, een plaats kunnen geven als uitwerking van het "uitgangspunt" van exclusiviteit. Het feit dat hij dit niet heeft gedaan, is veelzeggend.'⁵⁴

Een verklaring ligt in de staatsrechtelijke achtergrond van deze doorkruisingsleer. Ter bescherming van de burger wordt de vrijheid van de overheid om tussen de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke weg te kiezen ingeperkt. De waarborgen binnen het publiekrecht mogen niet door de overheid via het privaatrecht worden omzeild, zo is de gedachte. Aan de uitoefening van sommige bevoegdheden

44 HR 21 april 2006, NJ 2006/272 (*Inno Holding/Gemeente Sluis*).

45 HR 29 juni 2007, NJ 2008/606 m.nt. Jac. Hijma (*Pouw/Visser*), r.o. 3.8. Zie over de samenloop tussen non-conformiteit, dwaling, bedrog en onrechtmatige daad ook A.G. Castermans & R. de Graaff, 'Samenloop in een meerlagige rechtsorde. Verval en verjaring in het Europees contractenrecht', in: C.G. Bredveld-de Voogd e.a. (red.), *Rechtsvinding in een meerlagige rechtsorde* (BWKJ 28), Deventer: Kluwer 2013, p. 43-65.

46 A.G. Castermans & H.B. Krans, 'Samenloop en de toegang tot de rechter', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 159-161, die ook spreken van 'partiele exclusiviteit' en tevens verwijzen naar HR 2 maart 2007, NJ 2007/240, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Holding Nutsbedrijf Westland*).

47 Andere voorbeelden: HR 2 december 2011, NJ 2012/197 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (langere verjaringstermijn van art. 3:310 lid 2 BW verwijst onder meer naar de risicoansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen uit art. 6:175 BW, maar is ook van toepassing als een dergelijke vordering is gebaseerd op onrechtmatige daad); HR 15 juni 2007, NJ 2007/621 m.nt. K.F. Haak (bij aanvaring heeft de eiser de keuze tussen een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad of uit aanvaring, maar voor beide vorderingen geldt de kortere verjaringstermijn van art. 8:1793 BW); HR 2 oktober 1998, NJ 1999/682 m.nt. J.B.M. Vranken (langere verjaringstermijn van art. 3:310 lid 2 BW is ook van toepassing als vordering is gebaseerd op onrechtmatige daad). Illustratief is ook de wijze waarop binnen Boek 8 BW met de 'parallelsprong' wordt omgegaan (vgl. art. 8:362 BW), of de wijze waarop de regels van het Verdrag van Montreal toepassing vinden binnen de nationale rechtsorde, via art. 29 van dat Verdrag (daarover R. de Graaff, 'Vliegen onder Verdrag of Verordening?', *MvV* 2014, afl. 6, p. 162-172).

48 F.B. Bakels, 'Aspecten van samenloop (I)' (oratie VU), *WPNR* 2009, afl. 6796, par. IV.

49 Zie bijv. H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1979, p. 44-59.

50 Castermans & Krans 2009, p. 157-159, die spreken van 'keuzevrijheid', 'keuzeplicht' en 'exclusiviteit'.

51 Bijvoorbeeld door Snijders, die van 'vuistregels' spreekt (W. Snijders, 'Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe BW', in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Langemeijer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 454), en Brunner 1982, p. 16.

52 F.B. Bakels, 'Aspecten van samenloop (I)' (oratie VU), *WPNR* 2009, afl. 6796, par. V.

53 HR 26 januari 1990, NJ 1991/393 (*Staat/Windmill*), r.o. 3.2. Zie ook HR 9 juli 1990, NJ 1991/394, m.nt. M.W. Scheltema (*Pina/Helmond*).

54 F.B. Bakels, 'Aspecten van samenloop (I)' (oratie VU), *WPNR* 2009, afl. 6796, par. V.

dient bovendien een democratisch gelegitimeerd wetgevingsproces vooraf te gaan.⁵⁵

Anders dan in *Staat/Windmill* staat de keuzevrijheid in het driestappenplan van Bakels nog steeds voorop. Cumulatie is volgens hem het 'taakstellend' uitgangspunt, ook daar waar het gaat om de vraag of een samenlopende rechtsregel op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist.⁵⁶ De door Bakels geformuleerde gezichtspunten kunnen dus worden begrepen als een nadere uitwerking van de gangbare samenloopregels.⁵⁷ Zijn 'derde stap' kan zo een nuttig instrument zijn bij het bepalen van het exclusieve karakter van elk van de betrokken rechtsregels.

In 2004 heeft Kroeze een vennootschapsrechtelijke variant van de doorkruisingsleer opgesteld voor beantwoording van de vraag wanneer afgeleide schade voor rechtstreekse vergoeding in aanmerking komt. Daarbij heeft hij erkend dat de verhouding tussen overheid en burger een hele andere is dan de verhouding tussen alle bij de vennootschap betrokken personen.⁵⁸ Zijn benadering is bekritiseerd door Sieburgh, die stelt dat een doorkruisingsleer er impliciet vanuit gaat dat een bepaald onderdeel van het recht tegen de dominantie van het burgerlijk recht zou moeten worden beschermd. De vraag of de voorrang die vervolgens wordt verleend aan het bestuursrecht of het vennootschapsrecht ook kan leiden tot een onaanvaardbare doorkruising van het burgerlijk recht blijft volgens haar onbeantwoord.⁵⁹

Het driestappenplan van Bakels vormt geen aanleiding tot vergelijkbare zorgen. Toch schuilt er in de praktijk wel een gevaar in het toepassen van een doorkruisingsleer. Worden de gangbare samenloopregels niet gevolgd, dan kan dit ertoe leiden dat een rechtsregel te snel als exclusief en uitputtend wordt aangemerkt. Dat blijkt uit het *Favini*-arrest, waarin de Hoge Raad de band tussen het rechtspersonenrecht en het vermogensrecht loslaat, terwijl de Advocaat-Generaal deze juist in stand probeert te houden.

6. Uiteenlopende benaderingen A-G en Hoge Raad

In zijn Conclusie maakt Advocaat-Generaal Timmerman gebruik van de gangbare samenloopregels. Hij kan zich vinden in het oordeel van het hof, voor zover het hof bedoelt dat de *actio Pauliana* niet in algemene zin toepasbaar is naast artikel 2:334u BW. Bepaalde voorwaarden voor vernietiging van een (af)splitsing worden immers dwingend door de Nederlandse en Europese wetgever voorgeschreven, zoals de korte vernietigingstermijn en de verplichte tussenkomst

van de rechter. Dit leidt er volgens de Advocaat-Generaal echter niet toe dat 'art. 2:334u BW een beroep op de *Pauliana* volledig uitsluit'. Wel lijkt de Advocaat-Generaal de mogelijkheid uit te sluiten dat dit samenstel van rechtshandelingen als geheel met een enkele *actio Pauliana* zou kunnen worden vernietigd.⁶⁰ Volgens hem moet onderscheid worden gemaakt tussen het aandeelhoudersbesluit tot (af)splitsing, dat kan worden vernietigd met behulp van artikel 42 Fw, en de afsplitsing zelf, die volgens de Advocaat-Generaal alleen door de rechter bevolen kan worden.⁶¹

De benadering van Advocaat-Generaal Timmerman houdt artikel 42 Fw als grondslag overeind, in ieder geval met betrekking tot de vernietiging van het aandeelhoudersbesluit tot (af)splitsing. Ook lijkt deze benadering enige ruimte te bieden voor vernietiging van de (af)splitsing zelf, op grond van artikel 42 Fw, zij het binnen de voorwaarden van artikel 2:334u BW. Zo wordt de *actio Pauliana* volgens de Advocaat-Generaal 'ingebed' in laatstgenoemde bepaling, een oplossing die recht doet aan het uitgangspunt dat samenlopende rechtsregels zoveel mogelijk naast elkaar moeten kunnen bestaan.

De Hoge Raad gaat echter voorbij aan de mogelijkheden die het samenloopleerstuk biedt. Enig samenloopleerstuk blijft onbenoemd, de verschillende fases uit het driestappenplan van Bakels worden niet geëxpliciteerd. In plaats daarvan toetst de Hoge Raad of de vennootschapsrechtelijke regel door de *actio Pauliana* onaanvaardbaar wordt doorkruist. De rechtsgevolgen verschillen inderdaad dusdanig dat hij besluit artikel 2:334u BW tegen de *actio Pauliana* in bescherming te nemen. Voor vernietiging van een (af)splitsing is artikel 2:334u BW de enige, exclusieve grondslag, aldus de Hoge Raad.

Zoals de hiervoor aangehaalde rechtspraak laat zien, is deze benadering niet noodzakelijk.⁶² De vrijheid van de eiser om te kiezen welke rechtsgevolgen hij inroept, en op welke grondslag hij zijn vordering baseert, is weliswaar het uitgangspunt, maar deze vrijheid is niet onbeperkt.⁶³ Het toestaan van een vernietiging op de voet van artikel 42 Fw hoeft dan ook niet te betekenen, zoals de Hoge Raad stelt, dat artikel 2:334u BW daarmee per definitie zou kunnen worden omzeild. Roept de gedaagde artikel 2:334u BW in, dan zouden de strenge voorwaarden (korte vervaltermijn, tussenkomst rechter) kunnen worden toegepast en zou ook in het geval van *Favini*, vier jaar na afsplitsing, de vordering van de curator stranden.

De benadering van de Advocaat-Generaal heeft dan ook mijn voorkeur. Uit het zwijgen van de Nederlandse wetgever over de verhouding tussen de *actio Pauliana* en artikel 2:334u BW zou ik niet willen afleiden dat de *Pauliana*-grondslag bij

55 Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn als door uitoefening van de privaatrechtelijke bevoegdheid grondrechten worden beperkt. Vgl. R.J.B. Schutgens, 'Gedwongen toezicht pedofiel?', *Ars Aequi* 2014, p. 369-374, annotatie bij Vzr. Rb. Midden-Nederland 6 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5494 (*Gemeente Veenendaal/X*).

56 F.B. Bakels, 'Aspecten van samenloop (I)' (oratie VU), *WPNR* 2009, afl. 6796, par. IV.

57 Zoals betoogd door Castermans & Krans 2009, p. 161-163.

58 M.J. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2004, p. 59 e.v.

59 C.H. Sieburgh, 'Afgeleide schade en afgeleide actie' (bespreking van: M.J. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2004), *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2006, afl. 5, p. 216.

60 Vgl. R. Westrik & S.M.M. van Dooren, 'De "samengestelde rechtshandeling" en de *Actio Pauliana*', *WPNR* 2011, afl. 6879, p. 246-254. Anders: Van der Weijden 2012, p. 36 e.v.

61 Conclusie van A-G Timmerman voor HR 20 december 2013, ECLI:NL:PHR:2013:921, par. 3.15.

62 Zie de hiervoor in par. 4 besproken jurisprudentie over de verhouding tussen de klachtplicht en de verschillende verjaringstermijnen bij non-conformiteit.

63 Vgl. J.H. Nieuwenhuis, 'They still rule us from their graves', *WPNR* 2007, afl. 6693, p. 1-6.

voorbaat is uitgesloten. Dat kan ook niet duidelijk worden afgeleid uit de overweging van de Europese wetgever dat de richtlijn geen afbreuk doet aan de nationale wetgeving op dit gebied. Wel staat buiten kijf dat vernietiging van de (af) splitsing slechts door de rechter kan worden bevolen, binnen de voorwaarden van artikel 2:334u BW. Uiteindelijk is het ook de rechter die moet beoordelen of het verzuim tijdig kan worden hersteld, of dat de (af) splitsing niet kan worden vernietigd omdat de reeds ingetreden gevolgen bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt.⁶⁴ Daarmee biedt artikel 2:334u BW voldoende mogelijkheden om de wenselijkheid van ongedaanmaking te beoordelen.

Het debat over de mogelijke doorkruising van artikel 2:334u BW leidt ook de aandacht af van de vraag waar het werkelijk om draait: kan een vernietigd aandeelhoudersbesluit een grond voor vernietiging van de (af) splitsing zijn onder artikel 2:334u BW? Artikel 2:334u BW bevat immers geen uitputtende regeling, aangezien de rechter een (af) splitsing op grond van lid 1 sub c kan vernietigen 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'. De bepaling mag dan exclusief van toepassing zijn, daarmee is nog geen antwoord gegeven op de vraag of het *besluit* tot (af) splitsing door middel van de faillissementspauliana kan worden aangetast, en of dit vervolgens een grond voor vernietiging van de (af) splitsing zelf zou kunnen zijn.

Naar aanleiding van dit arrest menen Van Eck en Roelofs dat voor deze mogelijkheid ruimte bestaat,⁶⁵ terwijl volgens Schoonbrood en Van der Hoek alleen een op grond van artikel 2:15 BW vernietigd besluit een grond kan zijn voor een dergelijke vernietiging: een 'met behulp van de faillissementspauliana vernietigd besluit mist die absolute werking en kan daarom volgens ons niet de basis vormen voor een vernietiging van een splitsing die absolute werking heeft'.⁶⁶ De Hoge Raad wijst wel op de mogelijkheid (mede) een vordering op grond van onrechtmatige daad in te stellen, maar beantwoordt deze achterliggende vraag helaas niet.⁶⁷

7. Rechtspersonenrecht tegenover vermogensrecht

De benadering van de Hoge Raad staat op gespannen voet met het uitgangspunt dat samenlopende rechtsregels zoveel mogelijk naast elkaar tot recht moeten kunnen komen, omdat op voorhand niet kan worden uitgesloten dat een andere samenlopende rechtsregel eiser of gedaagde bescherming biedt. In het *Favini*-arrest oordeelt hij dat artikel 2:334u BW de enige, exclusieve grondslag is voor vernieti-

ging van een (af) splitsing. Toepassing van de *actio Pauliana* wordt uitgesloten of in ieder geval sterk ingeperkt. Daarmee laat de Hoge Raad de band tussen het rechtspersonenrecht en het vermogensrecht op dit punt los. Dat is merkwaardig, aangezien het splitsingsregime geen uitputtende regeling vormt, en onnodig, aangezien de Hoge Raad vergelijkbare gevallen van 'doorkruising' op minder vergaande wijze heeft opgelost.

Advocaat-Generaal Timmerman heeft laten zien dat een andere, minder exclusieve oplossing mogelijk is. Zijn benadering is niet te verkiezen omdat zij esthetisch mooier is, maar omdat het daadwerkelijk verschil maakt of bij de oplossing van dit samenloopprobleem de keuzevrijheid van de eiser of de exclusiviteit van artikel 2:334u BW tot uitgangspunt wordt genomen.⁶⁸ In de benadering van Advocaat-Generaal Timmerman kunnen de pijlen niet alleen gericht worden op artikel 2:334u BW of op schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad, maar ook op vernietiging van door de vennootschap verrichte rechtshandelingen wegens paulianeus handelen, zij het binnen de strenge voorwaarden van artikel 2:334u BW. Na het *Favini*-arrest moeten we ons echter afvragen of een dergelijke benadering past in de door de Hoge Raad ontwikkelde gedachtegang, zoals Van Schilfgaarde heeft aangegeven.⁶⁹ Hoewel de Hoge Raad strikt genomen slechts heeft geoordeeld dat het niet mogelijk is een afsplitsing te vernietigen op grond van artikel 42 Fw, valt het te betwijfelen of het onderliggende aandeelhoudersbesluit zich daar wél voor zou lenen.

Over de uitkomst en motivering van het *Favini*-arrest ben ik dus minder enthousiast dan Kroeze. Bij het volgen van een doorkruisingsleer bestaat het gevaar dat de rechter te snel oordeelt dat het rechtspersonenrecht exclusief van toepassing is en dat de belanghebbende zich daarom niet op het algemene vermogensrecht kan beroepen.⁷⁰ Een dergelijke benadering kan worden gerechtvaardigd voor de verhouding tussen overheid en burger, maar zou wat mij betreft niet leidend moeten zijn voor de verhouding tussen alle bij een vennootschap betrokken personen. Hopelijk is het *Favini*-arrest dus geen aanloop naar een ruimere toepassing van deze benadering van samenloop. De Hoge Raad dreigt dan, om met Brunner te spreken, in het 'kamp der exclusieven' te belanden.⁷¹

64 Art. 2:334u lid 4 BW.

65 G.C. van Eck & E.R. Roelofs, 'Juridische splitsing niet vernietigbaar met een beroep op de *actio Pauliana*', *JBN* 2014, afl. 6.

66 J.D.M. Schoonbrood & J.R. van der Hoek, 'Favini vervolgd', *Ondernemingsrecht* 2014/52.

67 Evenmin gaat de Hoge Raad in op de vraag of de vordering tot vernietiging wel ter beschikking staat aan crediteuren, aangezien artikel 2:334u lid 2 BW bepaalt dat deze uitsluitend ter beschikking staat aan 'een lid, aandeelhouder, bestuurder of andere belanghebbende'. Vgl. Conclusie van A-G Timmerman voor HR 20 december 2013, ECLI:NL:PHR:2013:921, sub 3.11.

68 Instemmend ook Van Eck en Roelofs in hun noot in *JBN* 2014, afl. 6; kritisch Schoonbrood en Van der Hoek in hun annotatie in *Ondernemingsrecht* 2014/52.

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

70 Vgl. W.J.M. van Veen, *Zwevend recht* (oratie VU), Deventer: Kluwer 2008, p. 3, die waarschuwt dat het rechtspersonenrecht niet zonder noodzaak de systematiek en grondslagen van het vermogensrecht moet loslaten.

71 C.J.H. Brunner in zijn boekbespreking van Nieuwenhuis 1982, *WPNR* 1983, afl. 5670, p. 659.c