

ANNOTATIE

Uitspraak HR 20 december 2013 (Favini, ECLI:NL:HR:2013:2122, 12/03271) Vennootschapsrecht. Faillissementsrecht. Vernietiging juridische afsplitsing op grond van actio pauliana (art. 42 Fw)? Artikel 2:334u BW: exclusief stelsel voor de vernietiging van juridische splitsing?

H. Koster

Annotatie bij Hoge Raad, 20-12-2013, ECLI:NL:HR:2013:2122 (OR-2014-0295)

Op 20 december 2013 sprak de Hoge Raad zich uit over de kwestie of een juridische splitsing kan worden vernietigd op grond van actio pauliana (art. 42 Fw). Op dezelfde dag wees de Hoge Raad nog een arrest over vergelijkbare feiten (ECLI:NL:HR:2013:2133) en met dezelfde uitkomst. Ik zal in de onderhavige noot aan die uitspraak verder geen aandacht besteden.

Feiten

Eerst zet ik nu de feiten uiteen. Favini Meerssen B.V. (hierna: Favini Meerssen) heeft op 19 december 2002 op haar bedrijfspand in Meerssen (hierna: het bedrijfspand), waarin zij een papierfabriek dreef, een recht van hypotheek gevestigd ten gunste van Banca Intesa. Dit geschiedde tot meerdere zekerheid van een door Favini S.p.A. (hierna: Favini Italië) bij een consortium van Italiaanse banken aangetrokken krediet. Favini Meerssen is een 100% dochtervennootschap van Favini N.V. (hierna: Favini Nederland), die een 100%

dochtervennootschap is van Favini Italië. Favini RE is opgericht bij juridische (af)splitsingen binnen het Favini-concern op 29 en 30 december 2005. Favini RE heeft in het kader van de juridische splitsing de eigendom van het bedrijfspand verkregen (boekwaarde € 8.530.000) en een schuld (ten bedrage van € 8.529.999) van Favini Meerssen aan Favini Nederland. Per 1 januari 2006 heeft Favini RE het bedrijfspand verhuurd aan Favini Meerssen. Op 18 april 2008 is Favini Meerssen failliet verklaard. De curator heeft de huurovereenkomst opgezegd per 31 januari 2009. Met betrekking tot Favini Italië is op 26 november 2008 in Italië de ‘concordato preventivo’ (vergelijkbaar met surseance van betaling) uitgesproken. Favini RE heeft het bedrijfspand in het eerste kwartaal van 2009 verkocht en geleverd aan de Provincie Limburg. De opbrengst is afgedragen aan het consortium van Italiaanse banken. De curator heeft bij brief van 30 maart 2009 aan Favini RE op grond van artikel 42 Fw de nietigheid van de (af)splitsingen ingeroepen.

De rechtbank heeft het beroep op nietigheid afgewezen. Het hof heeft dit bekrachtigd. Het hof heeft in dit kader overwogen dat de (af)splitsing gelet op artikel 2:334u BW onaantastbaar is geworden en dus ook niet kan worden vernietigd op grond van de pauliana. Dit omdat de mogelijkheid van vernietiging ingevolge artikel 2:334u BW blijkens de totstandkomingsgeschiedenis zeer strikt moet worden uitgelegd. Verder wordt noch in de memorie van toelichting, noch in de overige parlementaire stukken de mogelijkheid van (latere) vernietiging met een beroep op de pauliana genoemd. Het hof merkt voorts op dat in de memorie van toelichting wel aan de faillissementssituatie aandacht wordt besteed, maar alleen voor het geval dat tijdens een faillissement een juridische splitsing wordt overwogen. Het zou volgens het hof voor de hand hebben gelegen dat, indien de pauliana in algemene zin toepasbaar zou zijn naast de uitdrukkelijk in het wetsvoorstel genoemde vernietigingsgronden van artikel 2:334u BW, daaraan in het wetsvoorstel aandacht zou zijn besteed. Verder meent het hof dat een strikte uitleg ook in overeenstemming is met de considerans van de richtlijn betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen (hierna: richtlijn). Benadeling van schuldeisers valt verder niet onder een van de (exclusieve) gronden van vernietiging genoemd in artikel 2:334u lid 1 BW. Gelet hierop kan het feit dat de pauliana tot een relatieve nietigheid leidt, niet tot een ander oordeel leiden, zo het hof. Het hof concludeert dat er dan ook van uit moet worden gegaan dat artikel 2:334u BW een *lex specialis* is die het beroep op de pauliana uitsluit. In cassatie wordt erover geklaagd dat het hof blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de curator, gelet op artikel 2:334u BW, de (af)splitsingen niet met een beroep op artikel 42 Fw kan vernietigen.

De Hoge Raad oordeelt als volgt:

‘4.1.2 Art. 2:334u BW is onderdeel van de algemene bepalingen omtrent splitsingen (art. 2:334a e.v. BW), waarmee de Zesde Richtlijn werd geïmplementeerd. Een splitsing in de zin van art.

2:334a e.v. BW brengt een wijziging teweeg in de structuur van een rechtspersoon en gaat gepaard met een overgang van vermogen onder algemene titel op een verkrijgende rechtspersoon. Daarbij kunnen belangen van crediteuren in het gedrang komen. De wetgever heeft art. 2:334a e.v. BW zo opgezet dat de kans dat een splitsing aan vernietiging blootstaat zoveel mogelijk is beperkt, waarbij in aanmerking is genomen dat de gevolgen van vernietiging van een splitsing zeer ingrijpend zijn (Kamerstukken II, 1995-1996, 24 702, B, p. 7). Daarom biedt art. 2:334u BW slechts beperkte mogelijkheden om een splitsing te vernietigen. Dit is slechts mogelijk bij rechterlijke uitspraak (lid 2). De rechter kan een splitsing slechts in vier situaties vernietigen (lid 1). Een niet door de rechter vernietigde splitsing is geldig (lid 2). De bevoegdheid tot het instellen van de vordering tot vernietiging vervalt in ieder geval 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 (lid 3). De rechter vernietigt een splitsing niet indien de reeds ingetreden gevolgen van de splitsing bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt (lid 4).

4.1.3 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 waarbinnen de vernietiging mogelijk is 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.

4.1.4 Gezien het voorgaande moet worden geoordeeld dat, naast de regeling voor vernietiging van een splitsing in art. 2:334u BW, geen plaats is voor vernietiging van een splitsing door de curator op de voet van art. 42 Fw. Het bestreden oordeel is dan ook juist, zodat het onderdeel

faalt, evenals de daarop voortbouwende onderdelen 3 en 4.'

Commentaar

In artikel 2:334u BW zijn voorschriften over de aantasting van de juridische splitsing opgenomen. Op grond van deze artikelen kan de rechter een juridische splitsing vernietigen. Dit kan evenwel slechts op basis van een aantal limitatief omschreven gronden. In de considerans bij de richtlijn over juridische splitsingen (hierna: de richtlijn) valt te lezen dat hiervoor is gekozen om de rechtszekerheid in de betrekkingen tussen de aandeelhouders onderling en tussen de vennootschappen die aan de juridische splitsing deelnemen alsmede tussen de vennootschappen en derden te waarborgen. Formeel is de richtlijn niet van toepassing op afsplitsing, maar de Nederlandse wetgever heeft de afsplitsing zo veel mogelijk gebaseerd op de richtlijn, waardoor aangenomen mag worden dat de overwegingen van de richtlijn ook van belang zijn voor de rechtsfiguur van de afsplitsing. In de Nederlandse juridische splitsingswetgeving is bepaald dat vernietiging is toegestaan ten eerste indien de door een notaris ondertekende akte van juridische splitsing geen authentiek geschrift is. Ten tweede kan een juridische splitsing worden vernietigd op grond van het niet-naleven van artikel 2:334b lid 5 of 6 BW, artikel 2:334l lid 3 BW of artikel 2:334n lid 2 BW. Ten derde geldt dat een juridische splitsing kan worden vernietigd wanneer sprake is van gebreken in de besluitvorming van de algemene vergadering. In de literatuur is in dit kader de vraag opgeworpen of hieronder ook het besluit van het bestuur van een besloten of naamloze vennootschap tot (af)splitsing op grond van artikel 2:334ff BW valt. Op grond van de wettekst lijkt hiervan geen sprake. Mijns inziens is dit ook niet toegestaan, doordat artikel 19 van de richtlijn limitatief opgesomde gronden bevat, en deze grond daar niet wordt vermeld. Zo ook Van Eck in zijn noot bij het onderhavige arrest (JOR 2014/66). De vierde grond tot vernietiging is het ontbreken van de goedkeuring van de rechtbank die vereist is op grond van artikel 2:334m lid 5 BW. Dit betreft het besluit tot juridische splitsing van een stichting, waarvoor in bepaalde situaties goedkeuring van de rechtbank vereist is. In artikel 2:334u lid 2 BW staat dat een niet door de rechter vernietigde juridische splitsing geldig is. Daarnaast is bepaald dat 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 splitsingsakte ten kantore van de openbare registers van de woonplaatsen van de betrokken vennootschappen. Ten slotte is in de wet vastgelegd dat een juridische splitsing niet vernietigd wordt indien het verzuim binnen een door de rechter te bepalen termijn is hersteld of indien de al ingetreden gevolgen bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt. Vernietiging zal derhalve niet snel plaatsvinden.

Niettemin was er discussie over het feit of de in artikel 2:334u BW opgenomen regeling over de aantasting van de juridische splitsing exclusief is, of dat aantasting ook op basis van andere

gronden toegestaan is. In de literatuur bestond hierover verschil van mening (zie hierover uitgebreid M.A. Verbrugh, *Structuurwijzigingen bij kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers*, Deventer: Kluwer 2007, p. 95). Met de onderhavige uitspraak creëert de Hoge Raad duidelijkheid. Terecht betoogt de Hoge Raad dat de vernietigingsmogelijkheden van artikel 42 Fw aanzienlijk ruimer zijn dan de beperkte vernietigingsmogelijkheden van artikel 2:334u BW en dat wanneer zou worden aangenomen dat een juridische splitsing door de curator ook op de voet van artikel 42 Fw kan worden vernietigd, dat dan de specifieke norm van artikel 2:334u BW onaanvaardbaar zou worden doorkruist. Daarbij is van belang dat de wijze waarop de bescherming van schuldeisers plaatsvindt, de voorwaarden die in dit verband worden gesteld, het tijdsbestek waarbinnen de vernietiging mogelijk is en de bescherming van derden, anders geregeld is bij juridische splitsing. Door toepassing van artikel 42 Fw zouden deze specifieke regels kunnen worden ontgaan, en zou afbreuk worden gedaan aan de rechtszekerheid die de regeling voor vernietiging van een splitsing in artikel 2:334u BW beoogt te dienen, zo de Hoge Raad. Mijns inziens is het correct dat een (af)splitsing niet kan worden vernietigd op grond van pauliana. Dit kan worden afgeleid uit de tekst en overwegingen van de richtlijn alsook uit de tekst en toelichting van artikel 2:334u BW. De rechtszekerheid is gebaat met een duidelijke en beperkte regeling voor vernietiging. Aldus was deze uitkomst zeker ook wenselijk. Overigens lijkt de richtlijn in artikel 19 lid 3 ruimte te bieden voor een andere invulling. In dit derde lid staat namelijk: 'Aan de wetgevingen van de lidstaten 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.' Echter, deze bepaling gaat niet over vernietiging van een juridische splitsing op basis van pauliana. Het ziet op toezicht van beurshandel en kartels. Vernietiging van een juridische splitsing kan in de praktijk tot lastige vragen leiden. Vaak zal de nodige tijd verstreken zijn voordat de rechter zich hierover heeft uitgesproken. Het zal dan niet altijd meer eenvoudig zijn om vast te stellen wie gerechtigd is tot welke vermogensbestanddelen. Zou de regeling over de vernietiging van de juridische splitsing, evenals bij de grensoverschrijdende fusie, daarom niet beter afgeschaft kunnen worden? Ik neig naar een bevestigend antwoord.