

INS-Nummer	INS 2017-0077
Instantie	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
datum	24-01-2017
trefwoorden	paulianeuze dividenduitkering
wetsartikelen	42 Fw; 45 Fw

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24-01-2017, ECLI:NL:GHARL:2017:527

Curator vordert vernietiging van drie dividenduitkeringen, waarvan de laatste verricht is binnen een jaar voor faillissement. Rechtbank en hof wijzen vorderingen af. Hof beoordeelt dividend als onverplichte rechtshandeling om niet.

De curator vordert vernietiging van drie dividenduitkeringen, waarvan de laatste verricht is binnen een jaar voor faillissement. Rechtbank en hof wijzen de vorderingen af. De overwegingen van het hof zijn van groot belang voor de toepassing van de pauliana op dividenden.

De feiten waren als volgt. Op 1 mei 2012 is keukeninstallatiebedrijf Montage failliet verklaard. Achtergrond van het faillissement was de beëindiging van de samenwerking door Bribus, keukenfabrikant en enig opdrachtgever van Montage. Ultimo 2011 verbrak Bribus na 35 jaar de samenwerking en nam de installatiewerkzaamheden zelf ter hand en vestigde zich daartoe in dezelfde straat als Montage.

In de jaren 2007 tot en met 2010 was het resultaat van Montage nog positief. Over 2011 werd een verlies geleden van bijna € 300.000. Op 29 september 2010 heeft de AvA besloten de winst over 2009 van bijna € 250.000 volledig uit te keren. Op 29 november 2010 wordt gestort agio ten belope van € 580.000 uitgekeerd en op 22 juni 2011 wordt de winst over 2010 van ruim € 180.000 volledig uitgekeerd. In tien maanden tijd wordt zo in totaal meer dan € 1 miljoen uitgekeerd aan de aandeelhouder van Montage.

De curator roept de pauliana in. De curator heeft ter invulling van de wetenschap van benadeling van schuldeisers onder meer aangevoerd dat Bribus al in 2008 aan het installatiebedrijf heeft medegedeeld dat Bribus de uitvoering van de werkzaamheden in eigen hand wilde gaan nemen, terwijl het plan daartoe begin 2010 nog nader werd toegelicht.

De rechtbank ging in eerste aanleg, als onvoldoende onderbouwd, voorbij aan de stellingen van de curator dat de aandeelhouder in 2008 en 2010 al zou hebben geweten dat Bribus zelf de uitvoering van de montagewerkzaamheden ter hand zou nemen. Verder voerde de aandeelhouder aan dat hij niet bedacht hoefde te zijn op de plotselinge beëindiging door Bribus eind 2011. De aandeelhouder voerde daartoe o.m. aan dat er in maart 2011 tot en met juli 2011 nog gesproken werd over een mogelijke overname van het keukeninstallatiebedrijf door Bribus.

Het arrest is bovenal van belang voor de inpassing van dividenden in de pauliana. De literatuur is verdeeld of het aandeelhoudersbesluit zelf bestreden kan worden met een beroep op de pauliana, of dat de pauliana zich zou moeten richten tegen de uitkering zelf. (Zie voor een overzicht met literatuurverwijzingen, De Weijs en Barneveld, 'Aantasting van dividend in schijnbaar complexe transacties', *TvI* 2010/7). Indien de pauliana ook gericht kan worden tegen de uitkering zelf, komt de vraag op of het dividend een rechtshandeling om niet of anders dan om niet is. Bij een rechtshandeling om niet hoeft enkel de schuldenaar de wetenschap te hebben en niet tevens de wederpartij. De wetenschap van de aandeelhouder is dan niet van belang (zij het dat de aandeelhouder te goeder trouw een zekere bescherming geboden wordt op grond van art. 42 lid 3 Fw).

Inmiddels is gedurende de onderhavige procedure het arrest HR Hage q.q./X (ECLI:NL:HR:2016:2172) geweest. Hierin had het Hof Arnhem-Leeuwarden geoordeeld dat een dividenduitkering kwalificeert als een rechtshandeling om niet. In het arrest Hage q.q./X houdt de Hoge Raad zich ten aanzien van de principiële discussie omtrent de precieze inpassing van dividenden in de pauliana echter enigszins op de vlakte en laat de kans liggen om de onzekerheid definitief te beslechten. De Hoge Raad casseert namelijk omdat het Hof had geoordeeld dat dividend een onverplichte rechtshandeling om niet is, en vervolgens verzuimd heeft de bewijsvermoedens toe te passen.

Hoewel het de curator in het voorliggende geval niet mag baten, hanteert het hof een welwillende toepassing van de pauliana op dividendbetalingen. Het hof overweegt dat dividenden rechtshandelingen om niet zijn en gaat daarbij voorbij aan complicaties rond het invoeren van de pauliana tegen het besluit dan wel de uitkering. Het hof overweegt als volgt: 'Het hof stelt voorop dat (...) uitkeringen van dividend en agio onverplichte rechtshandelingen zijn, die vatbaar zijn voor vernietiging ex artikel 42 Fw. Het hof merkt voorts op dat partijen geen onderscheid hebben gemaakt tussen de uitkeringen zelf en de onderliggende besluiten van de avA (van beide is de vernietiging ingeroepen), waarbij het hof ervan uit zal gaan dat de uitkeringen plaatsvonden kort na de besluiten.' Nu het dividend een onverplichte rechtshandeling om niet is, past het hof ten aanzien van de laatste dividendbetaling verricht in het jaar voor het faillissement, nu het bewijsvermoeden van artikel 45 Fw toe.

Hoewel het hof zelfs artikel 45 Fw van toepassing oordeelt, wijst het toch de vordering van de curator af. Het hof overweegt namelijk dat de aangesproken aandeelhouder voldoende het bewijsvermoeden ontzenuwd heeft. Met name omdat volgens het hof voldoende ontzenuwd zou zijn dat ten tijde van de dividenduitkeringen reeds duidelijk moet zijn geweest dat Bribus Montage – kort gezegd – de rug zou toekeren. Men kan zich afvragen of deze benadering voldoende recht doet aan het bewijsvermoeden, omdat het er toch alle schijn van heeft dat de aandeelhouder de bui al

zag hangen en de ontwikkelingen niet wenste af te wachten.

Rolef de Weijjs, februari 2017