

INS-Nummer	INS 2016-0360
Instantie	Hoge Raad
datum	23-09-2016
wetsartikelen	42 Fw

Hoge Raad 23-09-2016, ECLI:NL:HR:2016:2172, (Hage q.q./X)

Een dividenduitkering in aanloop naar het faillissement staat niet alleen bloot aan terugvordering op grond van artikel 2:216 BW, maar kan ook op grond van de pauliana bestreden worden. De dividenduitkering wordt beschouwd als een onverplichte rechtshandeling om niet. Anders dan onder het relatief strenge artikel 2:216 BW (nieuw), is dan onder de pauliana een zekere wetenschap aan de zijde van de aandeelhouder niet vereist. Op grond van artikel 45 Fw wordt de wetenschap aan de zijde van de vennootschap vermoed indien de dividendbetaling verricht is binnen een jaar voor faillissement.

Op 29 februari 2008 neemt de enige aandeelhouder tevens bestuurder van de vennootschap een dividendbesluit ten belope van € 225.735. Op diezelfde dag worden de aandelen in de vennootschap overgedragen aan een gerelateerde partij. Volgens de conceptjaarcijfers over 2007 bedroegen de vrije reserves € 231.539. Op 24 juni 2008 wordt de vennootschap failliet verklaard.

De curator heeft de bestuurder en gewezen aandeelhouder aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:248 BW inclusief via artikel 2:11 BW de achterliggende natuurlijke personen, subsidiair veroordeling gevorderd op grond van onrechtmatige daad, meer subsidiair vernietiging en terugbetaling van de dividenduitkering op grond van artikel 2:216 (oud) BW én artikel 42 en 47 Fw.

De rechtbank had de primaire vordering van de curator toegewezen. Het hof heeft echter de vorderingen van de curator op alle gronden afgewezen. Ten aanzien van de pauliana overwoog het hof dat de curator kan worden gevolgd in zijn standpunt dat het dividendbesluit een onverplichte rechtshandeling om niet in de zin van artikel 42 Fw is. Bij het nemen van het besluit wist verweerster volgens het hof echter nog niet dat benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn.

De Hoge Raad casseert op meerdere gronden. Ten eerste heeft het hof onvoldoende gemotiveerd waarom op basis van de tussentijdse cijfers een uitkering mogelijk was, omdat de curator duidelijk heeft aangevoerd dat de cijfers die beweerdelijk een dividend mogelijk zouden maken, ten onrechte geen voorziening kenden voor dubieuze debiteuren. Hiermee slagen reeds de klachten tegen het afwijzen van de vorderingen wegens onbehoorlijk bestuur en onrechtmatige daad.

Het belangrijkste van dit arrest is echter de overweging omtrent de toepasselijkheid van de pauliana op dividenduitkeringen. Immers, de toets van artikel 42 Fw enerzijds en de toets van artikel 2:216 BW (nieuw) anderzijds kunnen radicaal anders uitpakken. Onder het nieuwe artikel 2:216 lid 3 BW moet een aandeelhouder het dividend terugbetalen indien deze ten tijde van de betaling 'wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden'. Indien een dividenduitkering als een onverplichte rechtshandeling om niet wordt beschouwd, is het toepasselijke normenkader echter geheel anders. Op grond van artikel 42 Fw is dan wetenschap aan de zijde van de aandeelhouder in het geheel niet vereist! Slechts de schuldenaar dient dan deze wetenschap te hebben gehad. Op grond van artikel 45 Fw wordt deze wetenschap ook nog eens vermoed aanwezig te zijn.

Het is dus een botsing tussen klassiek faillissementsrecht en nieuw ondernemingsrecht. Als de pauliana inderdaad zo toegepast kan worden, blijft er weinig bestaansrecht over voor het nieuwe artikel 2:216 lid 3 BW ten aanzien van de ontvangende aandeelhouder. Tegelijkertijd is artikel 2:216 BW het kloppende hart van de nieuwe flex-BV. De gedachte was dat minder aandacht besteed zou worden aan wat er *in* de vennootschap gaat, met name geen minimumkapitaal, maar juist extra kritisch gekeken zou worden naar wat *eruit* gehaald wordt. In dat verband zou het natuurlijk niet passen als het nieuwe artikel 2:216 BW de oude pauliana zou gaan beknotten. Meerdere auteurs bepleiten reeds dat een dividend een onverplichte rechtshandeling om niet is. Zie Barneveld, *Financiering en vermogensonttrekking door aandeelhouders*, diss. 2014, p. 444-446 met verwijzingen. De aandeelhouder is hierbij ook weer niet geheel zonder bescherming. De aandeelhouder die te goeder trouw de gelden heeft ontvangen en reeds heeft aangewend en niet langer gebaat is, geniet bescherming onder artikel 42 lid 3 Fw.

Het hof is duidelijk omtrent de discussie over de toepasselijkheid van de pauliana op dividendbetaling en overweegt dat een dividend een onverplichte rechtshandeling om niet is. Het hof verzuimt echter de onvermijdelijke vervolgstap te zetten, namelijk om dan ook het bewijsvermoeden van artikel 45 Fw toe te passen. De Hoge Raad casseert dan ook omdat het hof de bewijsvermoedens van artikel 43 Fw en –veel belangrijker – van artikel 45 Fw had moeten toepassen. Ten aanzien van de principiële discussie houdt de Hoge Raad zich echter enigszins op de vlakte en laat de kans liggen om de onzekerheid definitief te beslechten. De Hoge Raad casseert namelijk omdat het hof heeft geoordeeld dat de dividenduitkering een onverplichte rechtshandeling om niet is, en vervolgens verzuimd heeft de bewijsvermoedens toe te passen. De Hoge Raad laat de kans liggen om definitief een eigen oordeel te geven over de toepasselijkheid van de pauliana op dividendbetalingen.

