

Favini op losse schroeven

1. Inleiding

Het Europese Hof van Justitie te Luxemburg heeft in een Italiaanse zaak nieuw leven geblazen in een bekende Nederlandse controverse. Het Europese arrest *IGI/Cicenia* van 30 januari 2020 heeft het *Favini*-arrest van de Nederlandse Hoge Raad van 20 december 2013 op losse schroeven gezet.¹ Dat arrest was al verdeeld ontvangen.^{2,3}

Het gaat om de vraag of de actio pauliana kan worden opgeworpen tegen een vermogensovergang onder algemene titel die het gevolg is van een juridische splitsing. De actio pauliana kent twee varianten: binnen en buiten faillissement.⁴ Deze rechtsvordering is in zeer vele jurisdicties bekend.

Eerst vat ik de Europese uitspraak samen, vervolgens houd ik die tegen het *Favini*-arrest aan.

2. Het recente Europese arrest *IGI/Cicenia*

De Italiaanse vennootschap Construzioni Ing. Iandolo Srl draagt in het kader van een splitsing een deel van haar vermogen over aan I.G.I. Srl (IGI) die daartoe bij dezelfde notariële akte wordt opgericht. Mevrouw Cicenia e.a. zijn van mening dat hierdoor een groot deel van het vermogen van IGI is weggesluisd en dat zij hierdoor als schuldeisers zijn benadeeld. Zij beroepen zich (primair) op de actio pauliana. De rechter in eerste aanleg wijst hun vordering toe '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 IGI'. In hoger beroep bij het appelhof te Napels eisen Construzioni Ing. Iandolo en IGI dat het pauliana-beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard. De schuldeisersbeschermingsbepalingen die het Italiaanse recht uit de Europese splitsingsverordening heeft overgenomen, zijn bij de splitsing netjes nageleefd. Die specifieke splitsingsregeling laat daarnaast geen pauliana-beroep toe, volgens hen.⁵

In een prejudiciële procedure⁶ vraagt het appelhof te Napels aan het Europese hof of de art. 12 en 19 van de Zesde richtlijn toelaten dat de nationaalrechtelijke actio pauliana tegen de splitsing wordt ingeroepen? Daarbij legt het appelhof uit hoe die richtlijnbevestigingen in het Italiaanse recht zijn omgezet. Er is een schuldeisersverzetsperiode. Iedere vennootschap is binnen de grenzen van de reële waarde van het netto-actief dat aan haar is overgedragen of dat zij heeft behouden, hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van de gesplitste vennootschap. De Italiaanse wetgever heeft bepaald dat het eventuele recht

op vergoeding van schade van vennoten of derden onverlet blijft wanneer de splitsingsakte niet meer ongeldig kan worden verklaard, en dat de splitsingsakte na inschrijving in het handelsregister niet meer ongeldig kan worden verklaard. Over de vraag of dit aan een pauliana-beroep in de weg staat, zijn de meningen in Italië verdeeld, aldus het Italiaanse appelhof.⁸

Het Europese hof stelt vast dat de Zesde richtlijn op zuivere splitsingen van naamloze vennootschappen ziet. Aangezien het in *IGI/Cicenia* om een afsplitsing door een besloten vennootschap gaat, is de richtlijn niet rechtstreeks van toepassing. Of het voor de toepassing van nationaal recht niettemin relevant is een uitspraak van het Europese hof over het Unierecht te verkrijgen, staat ter beoordeling van de nationale rechter die de prejudiciële vraag stelt. Wel moeten uit de verwijzingsbeslissing de concrete gegevens naar voren komen waaruit blijkt dat de Unierechtelijke bepalingen op rechtstreekse en onvoorwaardelijke wijze door het nationale recht toepasselijk zijn gemaakt om te waarborgen dat situaties die onder het nationale recht vallen op dezelfde wijze worden behandeld als situaties die onder het Unierecht vallen.⁹ Hieraan is in dit geval voldaan.

1. HvJEU 30 januari 2020, C-394/18 (*IGI/Cicenia*); HR 20 december 2013, *JOR* 2014/66; *NJ* 2014/222 (*Favini*).
2. Instemmend met *Favini*-arrest onder meer: M.J. Kroeze, 'Redactionele kanttekeningen: Van aanloop naar samenloop', *RMThemis* 2014/4, p. 157-158; J.D.M. Schoonbrood en J.R. van den Hoek, 'Favini vervolgd', *Ondernemingsrecht* 2014/52, sub 3; en H. Koster, 'Gedachten over enkele recente ontwikkelingen bij juridische fusie en splitsing', *Ondernemingsrecht* 2014/129.
3. Kritisch over *Favini* onder meer: R. de Graaf, 'Samenloop van vermogensrechten en rechtspersonenrecht. De actio Pauliana als onaantvaardbare doorkruising van art. 2:334u BW', *NTBR* 2014/41, p. 337-343; J.B. Huizink, 'Nadere gedachten over HR 20 december 2013 (*Favini*)', *TvI* 2015, p. 55-60; en Chr.M. Stokkermans, *Sleutels voor personenvennootschapsrecht*, IVOR nr. 102, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 463-470.
4. Art. 3:45 e.v. BW; art. 42 e.v. Fw.
5. *IGI/Cicenia*-arrest, punten 25-28.
6. Art. 267 VWEU.
7. De Zesde richtlijn is van toepassing nu de feiten in het hoofdgeding vóór 20 juli 2017. Sinds die datum geldt Richtlijn (EU) 2017/1132 (hercodificatie van oude vennootschapsrichtlijnen); inhoudelijk zijn de hier relevante bepalingen ongewijzigd gebleven.
8. *IGI/Cicenia*-arrest, punten 29-37.
9. *IGI/Cicenia*-arrest, punten 39-54.

Inhoudelijk overweegt het Europese hof dat art. 12 van de Zesde richtlijn een *minimum*regeling voor de belangen van schuldeisers geeft en gebruik van aanvullende nationale beschermingsinstrumenten niet uitsluit. De *actio pauliana* is alleen voor de bescherming van de door de splitsing benadeelde rechten van schuldeisers bedoeld (in de vorm van een niet-tegenwerpbaarheid), terwijl de vordering tot nietigverklaring ex art. 19 van de Zesde richtlijn ten doel heeft het niet naleven van de totstandkomingsvoorwaarden van de splitsingshandeling te sanctioneren. Conclusie: de art. 12 en 19 van de Zesde richtlijn staan niet aan de nationale *actio pauliana* in de weg.

3. Het Nederlandse *Favini*-arrest

De kwestie *IGI/Cicenia* vertoont enkele opmerkelijke overeenkomsten en verschillen met het Nederlandse *Favini*-arrest uit 2013. Ook daarin ging het om een juridische *afsplitsing* door een *besloten* vennootschap, en om de vraag of daarop de *actio pauliana* kon worden toegepast. Over het antwoord op die vraag bestond ook in het Nederlandse juridische wereldje onenigheid. Nederland heeft net als Italië gekozen voor een regeling waarin zuivere splitsingen **én afsplitsingen** voor naamloze **én** besloten vennootschappen onder een uniform en richtlijnconform regime vallen. De beperkte, relatieve werking van het *pauliana*-beroep in beide landen is sterk vergelijkbaar.

Bij de verschillen valt allereerst op dat het in *Favini* om de *faillissementspauliana* gaat; bij *IGI/Cicenia* speelt de *pauliana* buiten faillissement. Dit verschil is m.i. niet van groot belang.

Opmerkelijker is dat de Nederlandse rechters het niet nodig vonden een prejudiciële vraag aan het Europese hof te stellen. Het Italiaanse appelhof deed dat wel, kennelijk om het rechtbank-vonnis waarin het *pauliana*-beroep was gehonoreerd zo mogelijk in stand laten. Daardoor weten we dat het Europese recht die ruimte biedt. In *Favini* lag de zaak andersom. Rechtbank, hof en Hoge Raad oordeelden dat het Nederlandse recht geen *pauliana*-beroep bij juridische splitsingen toelaat. Dat het Europese recht dit permitteert, staat vast. Het Europese recht schrijft geen *actio pauliana* voor. Vanuit Europeesrechtelijk perspectief hoeft het Nederlandse recht, indien het een *actio pauliana* kent, deze niet bij splitsingen te aanvaarden. Toch meen ik dat de recente Europese uitspraak het *Favini*-arrest doet wankelen. De reden hiervoor schuilt in de argumentatie van de Hoge Raad.

De belangrijkste overwegingen die de Hoge Raad aan zijn beslissing ten grondslag heeft gelegd, zijn de volgende. Een splitsing 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. De wetgever heeft de splitsingsregeling zo opgezet dat de kans dat een splitsing aan vernietiging bloot staat zoveel mogelijk is beperkt, waarbij in aanmerking is genomen dat de gevolgen van vernietiging van een splitsing zeer ingrijpend zijn. De vernietigingsmogelijkheden van art. 42 Fw zijn aanzienlijk ruimer dat de beperkte vernietigingsmogelijkheden van art. 2:334u BW. Een vernietiging op de voet van art. 42 kan immers buitengerechtelijk plaatsvinden, is niet beperkt tot de in art. 2:334u BW omschreven situaties en is niet gebonden aan de termijn van zes maanden. Wanneer zou worden aangenomen dat een splitsing door de curator op de voet van art. 42 Fw vernietigd kan worden, zou de specifieke norm van art. 2:334u BW ‘dan ook’ onaanvaardbaar worden doorkruist; ‘de strekking van beide normen is immers dezelfde’, aldus de Hoge Raad.¹⁰

10. *Favini*-arrest, r.o. 4.1.2 en 4.1.3.

Bij het opzetten van de Nederlandse splitsingsregeling heeft men invulling willen geven aan de richtlijn. En niets in de Nederlandse splitsingswetgeving, of de parlementaire geschiedenis daarvan, duidt op een bijzonderheid met betrekking tot de pauliana. Bovendien gelden alle door de Hoge Raad genoemde argumenten (ook) voor de richtlijn. Behalve dan, dat het Europese hof nu heeft aangegeven dat de strekking van de in de richtlijn bedoelde vernietiging juist een andere is dan die van de pauliana, waardoor van een onaanvaardbare doorkruising van de richtlijn geen sprake is. Onduidelijk is waar in de overwegingen van de Hoge Raad diens uitleg van de richtlijn eindigt, en de wil van de Nederlandse wetgever begint. Dit schuurt te meer nu de A-G in zijn conclusie voorafgaand aan het arrest, in navolging van anderen, heeft betoogd dat de toepassing van de pauliana op gespannen voet met de richtlijn staat.¹¹ Die opvatting is nu dus onjuist gebleken. Ook blijkt uit het arrest uit 2013 niet dat de Hoge Raad zich rekenschap heeft gegeven van de beperkte, relatieve werking van de actio pauliana (niet-tegenwerpbaarheid door bepaalde personen; eventueel slechts op onderdelen van de rechtshandeling).

4. Slot

De uitspraak van het Europese hof in *IGI/Cicenia* betekent nogal wat. In de notariële praktijk is men bekend 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. De stelligheid waarmee sinds *Favini* wordt gesteld dat dit naar Nederlands recht kan, is na *IGI/Cicenia* niet langer houdbaar. De Hoge Raad kan in de Europese uitspraak grond vinden voor 'omgaan', al is niet zeker dat hij dit zal doen. Indien de wetgever niet eerder aan het verschaffen van helderheid toekomt, is het wachten op een nieuwe uitspraak van de Hoge Raad. Tot dat moment staat het *Favini*-arrest op losse schroeven.

Mr. Chr.M. Stokkermans*

11. Conclusie A-G Timmerman vóór het *Favini*-arrest, sub 3.14: "dat heeft de Richtlijngever ... dan ook niet gewild". De zeer beperkte 'richtlijnconforme' toepassing van de pauliana die de A-G in sub 3.15 en 3.16 van zijn conclusie bepleit, is niet een beperking die uit de Richtlijn voortvloeit.

* Oud-notaris te Amsterdam, vaste medewerker van het WPNR.
(cmstokkermans@gmail.com)