

benadering lijkt te kiezen, zie ik geen principieel bezwaar tegen de door mij hiervoor geschetste ruimere benadering.

11. Art. 843a lid 4 Rv bepaalt dat er geen gehou- denheid is tot medewerking onder andere indien sprake is van gewichtige redenen. Uit de eerder aangehaalde Memorie van Toelichting volgt: “Van gewichtige redenen kan ook sprake zijn als de bescherming van persoonsgegevens van derden niet kan worden gewaarborgd, bijvoorbeeld doordat deze niet voor het geschil ter zake doen- de gegevens, niet of niet eenvoudig kunnen wor- den weggelakt of zwartgemaakt”, zie *Kamerstuk- ken II 2019/20, 35498*, nr. 3, p. 5. Privacybelangen kunnen dus wel degelijk een rol spelen bij een inzageverzoek. Het door de curator in deze zaak geformuleerde bezwaar in het licht van de AVG is geen gewichtige reden, aldus de rechtbank in r.o. 3.9. Dat houdt verband met de bijzonderhe- den in deze casus. Partijen waren het feitelijk eens over een geheimhoudingsovereenkomst, maar die was niet getekend, omdat de bestuur- ders hun adresgegevens niet wilden delen. Naar het oordeel van de rechtbank was dus evident dat de curator geen bezwaar meer zag als de ge- heimhoudingsovereenkomst van toepassing zou zijn en de bestuurders woonplaats hadden geko- zen bij hun advocaat. De rechtbank bepaalt op grond van art. 843a lid 2 Rv dat bestuurders zich moeten houden aan de bepalingen van de (on- getekende) geheimhoudingsovereenkomst.

12. De Rechtbank Rotterdam overwoog in de kwestie KPNQwest (zie r.o. 6.4) dat de privacy- belangen van derden die mogelijk werden ge- schonden door inzage te geven, niet opwegen tegen het belang van de gedaagden om ade- quaat verweer te mogen voeren. De curator zal mijns inziens in voorkomende gevallen steeds een afweging moeten maken en oog moeten hebben voor de privacybelangen van derden. Het overeenkomen van geheimhouding kan hier- bij een rol spelen. Ook het anonimiseren van be- paalde gegevens kan relevant zijn, vergelijk hier- over de opmerking in de aangehaalde Memorie van Toelichting.

13. Overigens volgt er geen hoger beroep van de geannoteerde uitspraak. Uit het openbare faillis- sementsverslag volgt dat partijen in mediation een schikking hebben bereikt.

mr. F.B. Bosvelt
advocaat Wijn & Stael Advocaten NV in Utrecht

139

Bedrijfswagens terug of verhaalschade voor curator na geslaagd beroep op faillisse- mentspauliana?

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
10 januari 2023, zaaknr. 200.308.932,
ECLI:NL:GHARL:2023:178
(mr. Bronzwaer, mr. Loesberg, mr. Groos)
Noot mr. F. Ortiz Aldana

Faillissementspauliana. Verrekening van vordering op failliet wegens verrichte werkzaamheden met o.a. overdracht van bedrijfsgoederen door failliet. Onverplichte rechtshandeling. Benadeling van schuldeisers. Rechtshandeling om niet. Bewijsver- moeden van wetenschap van benadeling ex art. 45 Fw. Causaal stelsel. Ongedaanma- kingsverplichting. Vergoeding van verhaals- schade in plaats van teruggave van bedrijfs- wagens? Tussenarrest.

[Fw art. 42, 45, 51]

Op grond van art. 42 lid 1 Fw kan de curator ten behoeve van de faillissementsboedel elke rechtshandeling buitengerechtelijk vernietigen die de schuldenaar vóór de faillietverklaring on- verplicht heeft verricht en waarvan deze bij het verrichten wist of behoorde te weten dat benade- ling van de schuldeisers daarvan het gevolg zou zijn. Is de rechtshandeling anders dan om niet verricht, dan is vernietiging krachtens het bepaal- de in art. 42 lid 2 Fw slechts mogelijk indien ook de wederpartij wist of behoorde te weten dat be- nadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn. De overdracht van de drie bedrijfswagens door failliet aan geïntimeerde ter voldoening van een schuld van Langius Dienstverlening aan geïnti- meerde betreft een onverplicht verrichte rechtshandeling als bedoeld in art. 42 lid 1 Fw. Geïntimeerde had immers slechts aanspraak op betaling van zijn facturen door Langius Dienstver- lening. Geïntimeerde erkent ook met zoveel woor- den dat de verrekenverklaring is gebaseerd op een onverplicht verrichte rechtshandeling van failliet. Zonder de overdracht van de drie bedrijfs-

wagens in het kader van de verrekenverklaring zouden deze bedrijfswagens voor verhaal aan de schuldeisers van failliet ter beschikking hebben gestaan. Daarmee is sprake van benadeling van de schuldeisers van failliet in hun verhaalsmogelijkheden als bedoeld in art. 42 lid 1 Fw. Niet gebleken is dat failliet voor de overdracht van de drie bedrijfswagens enige reële tegenprestatie heeft genoten. Daarmee is sprake van een rechtshandeling om niet. Ingevolge het bepaalde in art. 42 lid 2 Fw is wetenschap van benadeling aan de zijde van geïntimeerde dan ook niet vereist. Ingevolge art. 45 Fw wordt in geval van benadeling door een rechtshandeling om niet die de schuldenaar heeft verricht binnen één jaar vóór de faillietverklaring, vermoed dat de schuldenaar wist of behoorde te weten dat benadeling van de schuldeisers het gevolg van de rechtshandeling zou zijn. Nu vaststaat dat de overdracht van de bedrijfswagens op grond van de verrekenverklaring is verricht binnen één jaar voor de faillietverklaring van failliet, wordt dan ook vermoed dat failliet wetenschap had van de benadeling. Aan de vereisten voor een geslaagd beroep op de faillissementspauliana als bedoeld in art. 42 Fw is daarmee voldaan. De curator kwam de bevoegdheid toe de overdracht van de drie bedrijfswagens aan geïntimeerde te vernietigen. Een geslaagd beroep op de faillissementspauliana van art. 42 Fw leidt in beginsel ertoe dat door het causale stelsel de bedrijfswagens weer eigendom van failliet zijn. Dit betekent dat de drie bedrijfswagens, in het geval dat hij daartoe in staat zou zijn, aan de curator moeten worden teruggegeven. Dit is echter niet door de curator gevorderd, omdat hij op teruggave (blijkbaar) geen prijs stelt. De vordering van de curator is mogelijk (gedeeltelijk) toewijsbaar, als geïntimeerde de bedrijfswagens niet (meer) zou kunnen teruggeven. Nu beide partijen niets hebben aangevoerd over het al dan niet voorhanden zijn van de bedrijfswagens, is er behoefte aan meer informatie.

Mr. C.A. Hage te Ede, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Langius Holding BV, appelland in principaal hoger beroep, geïntimeerde in incidenteel hoger beroep, tegen X, geïntimeerde in principaal hoger beroep, appelland in incidenteel hoger beroep, advocaat: mr. C.L. Berkel.

(...; red.)

2. De kern van de zaak

Feiten

2.1. Langius Holding B.V. (Langius Holding) is de moeder vennootschap van Langius Dienstverlening B.V. (Langius Dienstverlening) en Langius Investment B.V. (Langius Investment).

2.2. [geïntimeerde] heeft op naam van de eenmanszaak [naam1] ([naam1]) koeriersdiensten uitgevoerd voor Langius Dienstverlening.

2.3. Door middel van drie facturen van 8 februari 2020, genummerd 2020-002, 2020-003 en 2020-004, heeft Langius Holding aan [naam1] een bedrag groot € 23.595,00, inclusief btw, in rekening gebracht voor drie aan [naam1] overgedragen bedrijfswagens met de kentekens [kenteken1], [kenteken2] en [kenteken3].

2.4. Eveneens op 8 februari 2020 is een “verrekeningsoverzicht” opgesteld tussen [naam1], Langius Dienstverlening en Langius Investment. In deze verrekenverklaring worden facturen van [naam1] voor aan Langius Dienstverlening geleverde koeriersdiensten voor een bedrag groot € 56.972,44 verrekend met zes openstaande facturen van Langius Investment voor een bedrag groot € 58.685,00. Tot deze zes openstaande facturen van Langius Investment behoren de hiervoor vermelde facturen van Langius Holding met de nummers 2020-002, 2020-003 en 2020-004 ter zake voormelde drie bedrijfswagens.

2.5. Op 11 februari 2020 is Langius Dienstverlening failliet verklaard. Op 28 april 2020 is Langius Holding failliet verklaard, met aanstelling van mr. C.A. Hage tot curator.

2.6. Bij brief van 24 februari 2021 heeft de curator de rechtshandeling die ten grondslag ligt aan de overdracht van de drie bedrijfswagens door Langius Holding aan [geïntimeerde] vernietigd.

2.7. Op 6 januari 2022 is ook Langius Investment failliet verklaard.

Eerste aanleg

2.8. De curator heeft bij de rechtbank gevorderd [geïntimeerde] te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 23.595,00 aan openstaande facturen als vermeld onder 2.3, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente, de buitengerechtigde kosten van € 1.010,95 en de proceskosten.

2.9. De rechtbank heeft deze vorderingen afgewezen. De rechtbank heeft in dat verband overwo-

gen dat de verrekenverklaring ook ziet op Langius Holding en dat de facturen van Langius Holding ter zake de overdracht van drie bedrijfswagens met de kentekens [kenteken1], [kenteken2] en [kenteken3] door [geïntimeerde] zijn voldaan door verrekening met de vordering van [geïntimeerde] op Langius Dienstverlening. De bedoeling van het hoger beroep van de curator is dat met een beroep op de faillissementspauliana als bedoeld in artikel 42 Faillissementswet (Fw) de waarde van de bedrijfswagens ad € 23.595,00 vergoed wordt aan de boedel van Langius Holding, te vermeerderen met de wettelijke rente.

2.10. De bedoeling van het door [geïntimeerde] ingestelde incidentele hoger beroep is dat het hof bepaalt dat de drie bedrijfswagens met de kentekens [kenteken1], [kenteken2] en [kenteken3] niet in eigendom toebehoren aan Langius Holding maar aan Langius Investment.

3. Het oordeel van het hof

Eigendom bedrijfswagens behoort toe aan Langius Holding

3.1. Het hof zal allereerst de grief in incidenteel hoger beroep van [geïntimeerde] beoordelen. Met deze grief stelt [geïntimeerde] de eigendom van de drie bedrijfswagens met de kentekens [kenteken1], [kenteken2] en [kenteken3] aan de orde.

3.2. Het hof komt net als de rechtbank tot het oordeel dat de eigendom van deze bedrijfswagens ten tijde van de overdracht aan [geïntimeerde] aan Langius Holding toebehoorde. Het hof licht dit als volgt toe.

3.3. Terecht heeft de rechtbank – zoals door de curator aangevoerd – bij haar oordeel betrokken dat de bedrijfswagens op 22 mei 2018 vanuit Langius Investment bij de Rijksdienst voor het wegverkeer op naam zijn gezet van Langius Holding, dat Langius Holding ongeveer een jaar later huur voor de bedrijfswagens aan Langius Dienstverlening in rekening heeft gebracht en dat Langius Holding (in ieder geval over 2019) de motorrijtuigenbelasting en de autoverzekering voor deze bedrijfswagens heeft betaald. Daarbij komt dat de facturen ter zake deze bedrijfswagens vermeld in het verrekenoverzicht afkomstig zijn/op naam staan van Langius Holding.

3.4. Daartegenover heeft [geïntimeerde] aangevoerd dat deze bedrijfswagens na het overschrijven van de kentekens in mei 2018 nog in de activastaat op de balans van Langius Investment

waren opgenomen, dat de bedrijfswagens tot en met 2019 in de afschrijvingsstaat van Langius Investment zijn verantwoord en dat de bedrijfswagens vanuit Langius Investment zijn verhuurd aan Langius Dienstverlening.

3.5. Het hof stelt vast dat op de door [geïntimeerde] in het geding gebrachte activastaat uit de balans van Langius Investment over 2018 slechts melding wordt gemaakt van “Auto’s en overige transportmiddelen” en dat op de door [geïntimeerde] in het geding gebrachte factuur van Langius Investment aan Langius Dienstverlening van 31 mei 2019 slechts staat vermeld “Huur bedrijfswagens”, zodat hieruit niet valt af te leiden dat de drie bedrijfswagens met de kentekens [kenteken1], [kenteken2] en [kenteken3] hieronder begrepen moeten worden. Ook als de bedrijfswagens onder de omschrijvingen op de activastaat en de factuur begrepen dienen te worden, heeft te gelden dat de activastaat, net als de afschrijvingsstaat, extern niet is aan te merken als een eigendomspretentie. De factuur ter zake de verhuur van de bedrijfswagens legt naar het oordeel van het hof tegenover voormelde facturen ter zake de bedrijfswagens onvoldoende gewicht in de schaal, zeker bezien in samenhang met de overige door de curator aangevoerde feiten en omstandigheden.

3.6. Naar het oordeel van het hof heeft [geïntimeerde] tegenover de gemotiveerde stelling van de curator dat de bedrijfswagens in eigendom toebehoren aan Langius Holding dan ook onvoldoende onderbouwd gesteld om te concluderen dat Langius Holding niet als eigenaar van deze bedrijfswagens aangemerkt dient te worden.

3.7. Zelfs als deze bedrijfswagens door Langius Investment/Langius Dienstverlening aan [geïntimeerde] zijn verkocht, heeft de curator het bezitsvermoeden (artikel 3:109 BW) en daarmee het vermoeden dat Langius Investment/Langius Dienstverlening rechthebbende was (artikel 3:119 BW) weerlegd.

3.8. De grief in incidenteel hoger beroep faalt dan ook.

Beroep op faillissementspauliana slaagt

3.9. De curator beroept zich met de grief in principaal hoger beroep op de faillissementspauliana als bedoeld in artikel 42 Faillissementswet (Fw). De curator voert in dat verband aan dat hij bij brief van 24 februari 2021 de overdracht van de

drie bedrijfswagens van Langius Holding aan [geïntimeerde] heeft vernietigd.

3.10. Het hof komt tot het oordeel dat het beroep op de faillissementspauliana slaagt.

3.11. Het hof stelt voorop dat in hoger beroep niet meer in geschil is dat de *verrekenverklaring* ook ziet op Langius Holding en dat de facturen van Langius Holding ter zake de overdracht van de drie bedrijfswagens met de kentekens [kenteken1], [kenteken2] en [kenteken3] door [geïntimeerde] zijn voldaan door verrekening met de vordering van [geïntimeerde] op Langius Dienstverlening.

3.12. Op grond van artikel 42 lid 1 Fw kan de curator ten behoeve van de faillissementsboedel elke rechtshandeling buitengerechtelijk vernietigen die de schuldenaar (hier: Langius Holding) vóór de faillietverklaring i) onverplicht heeft verricht en waarvan deze ii) bij het verrichten wist of behoorde te weten dat benadeling van de schuldeisers daarvan het gevolg zou zijn. Is de rechtshandeling iii) anders dan om niet verricht, dan is vernietiging krachtens het bepaalde in artikel 42 lid 2 Fw slechts mogelijk indien ook de wederpartij (hier: [geïntimeerde]) wist of behoorde te weten dat benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn.

3.13. De overdracht van de drie bedrijfswagens door Langius Holding aan [geïntimeerde] ter voldoening van een schuld van Langius Dienstverlening aan [geïntimeerde] betreft een onverplicht verrichte rechtshandeling als bedoeld in artikel 42 lid 1 Fw. [geïntimeerde] had immers slechts aanspraak op betaling van zijn facturen door Langius Dienstverlening. In zijn memorie van antwoord erkent [geïntimeerde] ook met zoveel woorden dat de verrekenverklaring is gebaseerd op een onverplicht verrichte rechtshandeling van Langius Holding.

3.14. Verder heeft te gelden dat zonder de overdracht van de drie bedrijfswagens in het kader van de verrekenverklaring deze bedrijfswagens voor verhaal aan de schuldeisers van Langius Holding ter beschikking zouden hebben gestaan. Daarmee is sprake van benadeling van de schuldeisers van Langius Holding in hun verhaalsmogelijkheden als bedoeld in artikel 42 lid 1 Fw.

3.15. Niet gebleken is dat Langius Holding voor de overdracht van de drie bedrijfswagens enige reële tegenprestatie heeft genoten.

3.16. Weliswaar heeft [geïntimeerde] aangevoerd dat er voor Langius Holding een economisch be-

lang bestond bij uitvoering van de verrekenverklaring om zo de relatie met [geïntimeerde] in stand te houden, waardoor mogelijk nog een deel van het wagenpark vanuit Langius Investment verhuurd dan wel verkocht zou kunnen worden en er dus continuïteit en perspectief in de bedrijfsvoering van Langius Investment (als verhuurder van de bedrijfswagens) zou blijven, maar het hof verwerpt dit betoog. Nog daargelaten of continuïteit en perspectief in de bedrijfsvoering van Langius Investment als voordeel voor Langius Holding aangemerkt dient te worden, is naar het oordeel van het hof geen sprake van een economisch belang als door [geïntimeerde] gesteld. Reeds in eerste aanleg heeft [geïntimeerde] immers onweersproken verklaard dat de koerierswerkzaamheden voor *Langius Dienstverlening* (die de bedrijfswagens huurde van Langius Investment) werden verricht door ruim twintig personen. Langius Holding was naar het oordeel van het hof dan ook niet aangewezen op de relatie met [geïntimeerde] om continuïteit en perspectief in de bedrijfsvoering van Langius Investment te behouden. Dat [geïntimeerde] een van de grootste opdrachtnemers van Langius Investment/Langius Dienstverlening was, doet aan het vorenstaande niet af. Tevens is van belang dat gesteld noch gebleken is dat de vorderingen van [geïntimeerde] waarop de in 2.4 genoemde facturen voor geleverde koeriersdiensten zien, vanuit het faillissement van Langius Dienstverlening zouden zijn voldaan. Hieruit volgt dat de in 2.3 genoemde bedrijfswagens aan [geïntimeerde] zijn overgedragen zonder dat daar tegenover door [geïntimeerde] een (materiële) tegenprestatie is verricht.

3.17. Daarmee is naar het oordeel van het hof sprake van een rechtshandeling om niet. Ingevolge het bepaalde in artikel 42 lid 2 Fw is wetenschap van benadeling aan de zijde van [geïntimeerde] dan ook niet vereist.

3.18. Ingevolge artikel 45 Fw wordt, in geval van benadeling door een rechtshandeling om niet, die de schuldenaar (Langius Holding) heeft verricht binnen één jaar vóór de faillietverklaring, vermoed dat de schuldenaar wist of behoorde te weten dat benadeling van de schuldeisers het gevolg van de rechtshandeling zou zijn.

3.19. Nu vaststaat dat de overdracht van de drie bedrijfswagens op grond van de verrekenverklaring (van 8 februari 2020) is verricht binnen één jaar voor de faillietverklaring van Langius Holding (op 28 april 2020) wordt dan ook vermoed dat

Langius Holding wetenschap had van de benadeling. [geïntimeerde] heeft niets aangevoerd dat dit vermoeden mogelijk zou kunnen ontzenuwen, zodat het hof niet aan bewijislevering toekomt.

3.20. Gesteld noch gebleken is dat de uitzondering van artikel 42 lid 3 Fw – inhoudende dat vernietiging van een rechtshandeling om niet geen werking heeft ten aanzien van de bevoordeelde ([geïntimeerde]) voor zover hij aantoonde dat hij ten tijde van de faillietverklaring niet ten gevolge van de rechtshandeling gebaat was – zich hier voordoet.

3.21. Aan de vereisten voor een geslaagd beroep op de faillissementspauliana als bedoeld in artikel 42 Fw is daarmee voldaan. De curator kwam de bevoegdheid toe bij brief van 24 februari 2021 de overdracht van de drie bedrijfswagens aan [geïntimeerde] te vernietigen.

Gevolgen van de faillissementspauliana

3.22. Een geslaagd beroep op de faillissementspauliana van artikel 42 Fw leidt in beginsel ertoe dat door het causale stelsel de bedrijfswagens weer eigendom van Langius Holding zijn. Dit betekent dat de drie bedrijfswagens met de kentekens [kenteken1], [kenteken2] en [kenteken3] door [geïntimeerde], in het geval dat hij daartoe in staat zou zijn, aan de curator moeten worden teruggegeven. Dit is echter niet door de curator gevorderd, omdat hij op teruggave (blijkbaar) geen prijs stelt. De vordering van de curator is mogelijk (gedeeltelijk) toewijsbaar, als [geïntimeerde] de bedrijfswagens niet (meer) zou kunnen teruggeven.

Mondelinge behandeling

3.23. Nu beide partijen niets hebben aangevoerd over het al dan niet voorhanden zijn van de bedrijfswagens, heeft het hof behoefte aan meer informatie. Om die reden zal het hof een enkelvoudige mondelinge behandeling gelasten. Deze mondelinge behandeling zal *niet* in het Paleis van Justitie in Arnhem, maar in het Paleis van Justitie in 's-Hertogenbosch (inloopteam civiel tweede aanleg) gehouden worden. De mondelinge behandeling kan ook gebruikt worden om te proberen alsnog tot een oplossing (regeling) te komen. Mochten partijen voorafgaand aan de mondelinge behandeling tot een regeling komen, hoeft de mondelinge behandeling uiteraard geen doorgang te vinden.

4. De beslissing

Het hof:

4.1. Het hof beveelt partijen samen met hun advocaten naar het *Paleis van Justitie aan de Leeghwaerlaan 8 te 's-Hertogenbosch* te komen voor een mondelinge behandeling van deze zaak. Tijdens deze mondelinge behandeling mogen partijen een toelichting geven op de zaak. Het hof zal partijen om inlichtingen vragen en met hen spreken over een onderlinge regeling van het geschil en het vervolg van de procedure.

(...; *red.*)

4.4. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

NOOT

1. Kan de curator die een rechtshandeling vernietigt op grond van de faillissementspauliana, in plaats van teruggave van het goed aan de boedel ex art. 51 lid 1 Fw, vorderen dat de wederpartij een bedrag aan de boedel betaalt ter opheffing van de benadeling? Dit is een interessante en praktisch relevante vraag. Een enigszins gedateerd empirisch onderzoek bevestigt dat curatoren in de praktijk liever een bedrag in de boedel krijgen ter opheffing van de benadeling dan teruggave van het goed (G. van Dijk, 'Empirisch onderzoek naar problemen bij toepassing van de faillissementspauliana', *Tvl* 2006/26). Op zich logisch, want de curator zal een teruggegeven goed vervolgens toch weer te gelde moeten maken. Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt in dit tussenarrest dat hij meer informatie nodig heeft om antwoord te kunnen geven op de vraag of dit mogelijk is en gelast daarom een mondelinge behandeling (r.o. 3.23). Ik behandel in deze annotatie de verschillende mogelijkheden die er zijn om deze vraag bevestigend te kunnen beantwoorden. Eerst een korte schets van de feiten.

2. Langius Holding BV ("Holding") is de moedervennootschap van Langius Dienstverlening BV ("Dienstverlening") en Langius Investment BV ("Investment"). Op 8 februari 2020 verkoopt, levert en factureert Holding drie bedrijfswagens aan een koeriersbedrijf voor € 23.595. Het koeriersbedrijf had zelf nog een vordering van € 56.972,44 op Dienstverlening vanwege openstaande facturen. Investment had op haar beurt nog een vordering op het koeriersbedrijf van € 35.090. Op dezelfde dag, 8 februari 2020, wordt de vordering van het koeriersbedrijf op Dienst-

verlening (€ 56.972,44) verrekend met vorderingen van Investment (€ 35.090) en Holding (€ 23.595) op het koeriersbedrijf. Deze laatste vordering van Holding betrof dus de koopsom van de aan het koeriersbedrijf overgedragen bedrijfswagens. Drie dagen later wordt Dienstverlening failliet verklaard. Op 28 april 2020 wordt ook Holding failliet verklaard en ruim anderhalf jaar later, op 6 januari 2022, wordt ook Investment failliet verklaard.

3. De curator van Holding heeft de rechtshandeling die ten grondslag ligt aan de overdracht van de bedrijfswagens, de koopovereenkomst, vernietigd ex art. 42 Fw. Volgens de curator is de overdracht van de bedrijfswagens door Holding ter voldoening van een schuld van Dienstverlening aan het koeriersbedrijf een onverplichte rechtshandeling. Het koeriersbedrijf had immers slechts aanspraak op betaling van zijn facturen door Dienstverlening. Zonder deze overdracht zou de waarde van de bedrijfswagens ten tijde van faillietverklaring beschikbaar zijn voor de schuldeisers van Holding. Omdat de overdracht plaatsvond binnen een jaar voor faillissement en Holding daarvoor geen reële tegenprestatie ontving, is slechts wetenschap van benadeling aan de kant van Holding vereist (art. 42 lid 2 Fw) en wordt deze van rechtswege vermoed aanwezig te zijn (art. 45 Fw).

4. Het hof oordeelt dat aan alle vereisten voor een succesvol beroep op de faillissementspauliana is voldaan (r.o. 3.10-3.21). Dit heeft in beginsel tot gevolg dat de bedrijfswagens weer eigendom van Holding zijn (r.o. 3.22). De titel (koopovereenkomst) die ten grondslag ligt aan de overdracht, is immers rechtsgeldig vernietigd waardoor van een geldige overdracht als bedoeld in art. 3:84 BW achteraf bezien geen sprake is. De drie bedrijfswagens moeten door het koeriersbedrijf aan de curator worden terugggegeven, zo volgt uit art. 51 lid 1 Fw. De curator stelt echter geen prijs op teruggave van de bedrijfswagens en vordert betaling van € 23.595, de in de vernietigde koopovereenkomst afgesproken koopsom, ter opheffing van de benadeling. Dat is volgens het hof mogelijk (gedeeltelijk) toewijsbaar, als het koeriersbedrijf de bedrijfswagens niet kan terugggeven. Het hof wil daarover eerst meer informatie (r.o. 3.23).

5. Mogelijk wil het hof meer informatie over de vraag of teruggave van de bedrijfswagens door het koeriersbedrijf feitelijk onmogelijk is gewor-

den, of dat de gevolgen van de vernietigde rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt. In de eerste situatie komt een verplichting tot schadevergoeding ex art. 6:277/6:74 jo. 6:203 BW in plaats van de teruggaveverplichting van art. 51 Fw. In het tweede geval kan de rechter desgevraagd aan de vernietiging geheel of ten dele haar werking ontzeggen en de partij die daardoor onbillijk wordt bevoordeeld, de verplichting opleggen tot een uitkering in geld aan de partij die benadeeld wordt ex art. 3:53 lid 2 BW.

6. Mijns inziens kan de curator echter, ook wanneer geen sprake is van een van deze beide situaties, opheffing van de benadeling vorderen. Er zijn daarvoor drie wegen die naar Rome leiden, te weten (i) de objectieve kant van de relatieve werking van de actio Pauliana, (ii) analoge toepassing van art. 3:54 lid 2 BW en (iii) vervangende schadevergoeding ex art. 6:87 BW. Ik behandel deze drie routes in vogelvlucht en verwijis voor een uitgebreide uitwerking naar par. 4 van mijn artikel 'De Peeters q.q./Gatzen-vordering in verhouding tot de faillissementspauliana', *TvI* 2022/14.

7. De eerste route voert ons langs de objectieve relatieve werking van de actio Pauliana. Die houdt in dat de werking van de vernietiging niet verder mag gaan dan ter opheffing van de benadeling van de schuldeisers. Volgens Faber volgt hieruit dat de wederpartij aan de vernietiging van een rechtshandeling kan ontkomen door aan te bieden het bedrag van de benadeling aan de boedel te vergoeden. Zie N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, par. 332-333. Dit zou echter minder gemakkelijk als basis kunnen dienen voor een vordering van de curator tot opheffing van de benadeling. Faber wijst op voorbeelden uit de lagere rechtspraak waarin op deze grond het verzoek van de curator tot opheffing van de benadeling werd gehonoreerd. Zie Rb. Dordrecht 16 mei 2001, «JOR» 2001/163 en Rb. 's-Hertogenbosch 17 juli 1998, «JOR» 1998/156. Deze uitspraken zijn mijns inziens echter toepassingen van de twee hiervoor besproken situaties dat teruggave feitelijk onmogelijk is geworden, of dat de gevolgen van de vernietigde rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt. Voor beide situaties bestaat al een wettelijke basis om de wederpartij te verplichten een vergoeding in geld aan

de boedel te betalen ter opheffing van de benadeling (zie nr. 5 hiervoor).

8. De tweede route voert ons langs art. 3:54 lid 2 BW. Hierin is bepaald dat de rechter op verzoek van (een van beide) partijen, in plaats van een vernietiging wegens misbruik van omstandigheden uit te spreken, ter opheffing van het nadeel de gevolgen van de rechtshandeling kan wijzigen. De ratio hiervan is dat de (vergaande) gevolgen van vernietigbaarheid moeten kunnen worden gewijzigd als een minder ingrijpende oplossing mogelijk is en een partij dat verlangt. Dit sluit aan bij de gedachte dat de actio Pauliana niet verder moet werken dan nodig is ter opheffing van de benadeling. Uit de wetgeschiedenis blijkt dat het openstellen van art. 3:54 lid 2 BW voor de actio Pauliana niet door de wetgever is overwogen. De wetgever lijkt hier simpelweg niet aan te hebben gedacht. Verschillende auteurs hebben daarom reeds de analoge toepassing hiervan bepleit. Zie o.a. Asser/Sieburgh 6-III 2018/632; Faber, a.w., par. 332-333; J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 189; en H. Wammes, 'De Pauliana in het Nieuw BW', in: *Onderneming en burgerlijk recht 1991*, p. 102-103.

9. De derde route is praktischer van aard en afhankelijk van de houding van de wederpartij. Wanneer deze tekortschiet in de teruggaveverplichting, kan de curator deze omzetten in een verplichting tot vervangende schadevergoeding ex art. 6:87 lid 1 BW. Hiervoor is vereist dat de wederpartij in verzuim is en hem schriftelijk wordt medegedeeld dat de curator schadevergoeding in plaats van nakoming vordert. Als de wederpartij te kwader trouw is, dan is hij zonder ingebrekestelling in verzuim (art. 6:205 BW). De vraag of hiervan sprake is, dient te worden beantwoord aan de hand van de subjectieve kennis van de wederpartij ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling. Zie HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:506.

10. Er is tot slot nog een omweg die ook naar Rome leidt. Rechtshandelingen die als paulianeus kwalificeren, kunnen bijna altijd ook als een onrechtmatige daad jegens de gezamenlijke schuldeisers worden beschouwd. Zie HR 30 mei 1997, «JOR» 1997/111, m.nt. Van Hees (*Van Essen q.q./Aalbrecht en Looman*) r.o. 3.4 slotalinea en HR 16 juni 2000, «JOR» 2000/201 (*Van Dooren q.q./ABN AMRO I*) r.o. 3.6. Dat is logisch, in de

regeling van de Pauliana ligt immers besloten wat in de periode vóór het faillissement tussen de aanstaande gefailleerde en zijn schuldeisers geoorloofd is en dus als maatschappelijk zorgvuldig kan worden beschouwd. De curator had dus ook (subsidair) een Peeters/Gatzen-vordering kunnen instellen. Zie HR 14 januari 1983, «JOR» 2021/234, m.nt. Kortmann (*Peeters q.q./Gatzen*). Uit dit tussenarrest blijkt mij niet dat die vordering in dit geval ook door de curator is ingesteld. 11. De Europese Commissie heeft op 7 december 2022 een voorstel voor een richtlijn gepubliceerd die bepaalde aspecten van het insolventierecht beoogt te harmoniseren. Zie hierover B.A. Schuijling, 'Het commissievoorstel voor een nieuwe insolventierichtlijn', FIP 2023/2. Een van die aspecten is dat de gevolgen van de actio Pauliana zodanig worden gewijzigd dat de wederpartij bij een vernietigde paulianeuse rechtshandeling verplicht wordt het geleden nadeel aan de boedel te vergoeden. De gedachte daarachter is dat dat meer recht doet aan het doel van de actio Pauliana (opheffing van de benadeling). Die gedachte onderschrijf ik.

mr. F. Ortiz Aldana

advocaat-partner en curator bij Recoup advocaten te Utrecht en tevens als buitenpromovendus verbonden aan het Onderzoekcentrum voor Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen

140

Geen retentierecht voor erfverpachters op geleasede landbouwwerktuigen

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp
Leeuwarden
10 januari 2023, zaaknr. 200.303.028/01,
ECLI:NL:GHARL:2023:270
(mr. Kuiper, mr. De Witte, mr. Willemse)
Noot mr. L. Rijzewijk

Retentierecht. Erfverpachters kunnen zich tegenover de lessor niet beroepen op een retentierecht op door de erfpachter geleasede landbouwwerktuigen wegens niet-betaling van de erfpachtcanon door de erfpachter. Geen ouder recht erfverpachters. Onvoldoende verband tussen het vorderingsrecht van de erfverpachters wegens niet-betaling van de erfpachtcanon en de landbouwwerktuigen.

[BW art. 3:291; 5:85]

De vraag of appellanten zich tegenover geïntimeerde, als eigenaar van de werktuigen, op hun retentierecht op grond van de niet-betaling van de canon door De Veenbouwte BV/A kunnen beroepen, moet beantwoord worden aan de hand van art. 3:291 BW. In dat artikel wordt onderscheid gemaakt tussen derden die een jonger recht hebben (lid 1) en derden die een ouder recht hebben (lid 2).

Het beroep op art. 3:291 lid 1 BW van appellanten gaat niet op. Het retentierecht waarop zij zich beroepen, kan pas zijn ontstaan nadat zij de bedrijfsmiddelen in hun macht hebben gekregen. Dat was pas het geval op 19 maart 2020 toen de boerderij met bijbehorende gronden waarop de bedrijfsmiddelen zich bevonden, aan hen ter beschikking was gesteld. Het eigendomsrecht van geïntimeerde van de bedrijfsmiddelen dateert van respectievelijk 30 mei 2018 en 14 september 2018, zodat het eigendomsrecht van geïntimeerde van oudere datum is dan het ontstaan van het retentierecht.

Op grond van art. 3:291 lid 2 BW kunnen appellanten het retentierecht tegen een derde met een

ouder recht alleen inroepen als er een voldoende verband bestaat tussen het vorderingsrecht van appellanten op De Veenbouwte BV/A uit de niet-betaling van de erfpachtcanon en de bedrijfsmiddelen. Volgens appellanten was ten minste voor de spuitmachine aan dit vereiste voldaan omdat volgens hen de spuitmachine gezien moet worden als bestanddeel van het agrarisch bedrijf van de maatschap en daarmee onderdeel van het erfpachtrecht. Dit standpunt wordt verworpen. Een erfpachtrecht ziet, zoals art. 5:85 BW dat omschrijft, op het houden en gebruiken van onroerende zaken. De spuitmachine is een roerende zaak die op meerdere bedrijven ingezet kan worden. Dat voor de uitoefening van het agrarisch bedrijf zoals de maatschap dat voerde, de beschikbaarheid van een spuitmachine noodzakelijk was, maakt nog niet dat de spuitmachine daarmee een bestanddeel van de in erfpacht gegeven onroerende zaak is geworden. De erfpachtovereenkomst had geen betrekking op de spuitmachine, zodat het beroep op art. 3:291 lid 2 BW ten aanzien van de spuitmachine niet opgaat. Voor de trekker en de oplegger – waarvoor appellanten niet hebben aangevoerd dat deze onder het erfpachtrecht vielen – geldt hetzelfde. De verplichting om de erfpachtcanon te betalen houdt geen verband met de trekker en de oplegger.

Appellanten kunnen zich tegenover geïntimeerde niet op een retentierecht op de werktuigen beroepen.

1. X,
2. Y,
appellanten,
advocaat: mr. D.J. Kap,
tegen

De Lage Landen Vendorlease BV te Eindhoven,
geïntimeerde,
advocaat: mr. A.R. Logtenberg.

(...; red.)

2. De kern van de zaak

2.1. Deze zaak gaat om het opvorderen door DLL van een aantal geleasede landbouwvoer- c.q. werktuigen die zich bevonden op het inmiddels aan [appellanten] toebehorend boerenbedrijf. [appellanten] beroepen zich op een retentierecht ter afwering van de vordering.

2.2. Bij de kantonrechter was het geschil meeromvattend. DLL had vorderingen ingesteld om de