

Rb. Overijssel 14 november 2018, «JOR» 2019/109; Rb. Amsterdam 3 februari 2021, «JOR» 2021/135 en Rb. Amsterdam 3 februari 2021, «JOR» 2021/136). In het eerste geval lijkt er voldoende connexiteit te zijn. Omdat de negatieve waarde van de door X in privé aangegane rentederivatovereenkomsten van € 363.000 onderdeel is van de (niet-afdwingbare) vordering van Deutsche Bank op X van € 1 miljoen, zal er wat mij betreft voor dat deel sprake zijn van voldoende connexiteit. Als er wel een bedrag van € 214.000 als compensatie zou zijn aangeboden, zou het toepassen van de juiste wettelijke regels en bijbehorende jurisprudentie daarom voor X niet tot een betere uitkomst hebben geleid.

mr. M. van der Beek
advocaat bij BarentsKrans te Den Haag

47

Wetenschap van benadeling vanwege ernstige twijfel aan overlevingskansen failliet

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp
Leeuwarden
12 oktober 2021, zaaknr. 200.270.773/01,
ECLI:NL:GHARL:2021:9564
(mr. Smit, mr. Van Rijssen, mr. Willems)
Noot mr. S. Winkels-Koerselman

Faillissementspauliana. Onverplichte rechtshandeling. Betaling door verrekening. Benadeling van schuldeisers. Wetenschap van benadeling. Verwijzing naar onder andere HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0804 (KIN/Emmerig q.q.); HR 22 december 2009, «JOR» 2011/19, m.nt. Faber (Van Dooren q.q./ABN AMRO III); HR 16 oktober 2015, «JOR» 2016/21, m.nt. Van Hees (Ingwersen q.q./ING Commercial Finance) en HR 7 april 2017, «JOR» 2017/213, m.nt. Bergervoet (Jongepier q.q./Drieakker c.s.).

[Fw art. 42, 43; BW art. 6:111]

Voor vernietiging van een rechtshandeling op grond van art. 42 Fw moet sprake zijn van een onverplichte rechtshandeling. Dat staat in deze

zaak genoegzaam vast. Anders dan de leverancier kennelijk veronderstelt, maakt de verplichting van de failliet om aan de leverancier te betalen voor de verfleveranties, een later overeengekomen bijzondere en van het gebruikelijke afwijkende wijze van betaling (in dit geval verrekening) niet tot een verplichte rechtshandeling. Uit de stellingen over en weer volgt immers dat op de failliet ter zake van de verfleveranties een verbintenis tot betaling van een geldsom rustte als bedoeld in art. 6:111 BW.

Daarnaast is een vereiste voor een geslaagd beroep op art. 42 Fw dat de schuldeisers van de failliet worden benadeeld door de te vernietigen rechtshandeling. Zonder de door de curator aangevallen transactie zou het jacht voor verhaal aan de schuldeisers van de failliet ter beschikking hebben gestaan en zou de leverancier haar vordering op de failliet niet volledig voldaan hebben gekregen door verrekening met haar uit de koopovereenkomst voortvloeiende schuld aan de failliet. Deze vordering had de leverancier ter verificatie kunnen indienen. De feitelijke betaling van ruim € 55.000 zou dan ook achterwege zijn gebleven. Wel is de schuldenpositie van de failliet door de samenloop van de verkoop en verrekening lager geworden. Hoewel de koopsom van het jacht ook ten dele is voldaan door betaling van een geldsom, is gesteld noch gebleken dat dat geld nog (volledig) voor de gezamenlijke schuldeisers beschikbaar is. Een deel daarvan is kennelijk door de failliet gebruikt om het personeel te betalen. Gelet daarop en gezien de koopprijs die de leverancier heeft betaald, is het aannemelijk dat het casco bij verkoop ook nu nog meer oplevert en een hogere voor verhaal vatbare waarde vertegenwoordigt. De schuldeisers zijn getuige deze vergelijking benadeeld. Daar komt bij dat de leverancier door de verrekening een groter deel van de waarde van het jacht heeft gekregen dan zij in de hypothetische situatie zou kunnen krijgen, gelet op het aandeel van haar vordering op de leverancier in de totale schuldenlast van de failliet, afgezet tegen het voor het verhaal vatbare vermogen in beide situaties, zoals die door de curator is geschetst (vgl. HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0804 (KIN/Emmerig q.q.)).

Het bestaan van benadeling is echter niet voldoende voor vernietiging van de verkoop op grond van art. 42 Fw. Daarvoor is ook nodig dat zowel de failliet als de leverancier wetenschap hadden van die benadeling (HR 22 december

2009, «JOR» 2011/19, m.nt. Faber (Van Dooren q.q./ABN AMRO III); HR 16 oktober 2015, «JOR» 2016/21, m.nt. Van Hees (Ingwersen q.q./ING Commercial Finance) en HR 7 april 2017, «JOR» 2017/213, m.nt. Bergervoet (Jongepier q.q./Driekakker c.s.). *Het is met name de aan haar eigen zijde bestaande wetenschap die de leverancier in haar grieven bestrijdt: dat de failliet wetenschap van benadeling had, acht zij waarschijnlijk. De door de curator aangevoerde feiten en omstandigheden waaruit bij de failliet wetenschap blijkt, zijn door de leverancier niet (voldoende) gemotiveerd weersproken. Daarom was sprake van wetenschap van benadeling aan de zijde van de failliet.*

De bewijslast voor de wetenschap van benadeling aan de zijde van de leverancier rust op de curator, die geen beroep heeft gedaan op de bewijsvermoedens van art. 43 Fw. Het feit dat de failliet gedurende langere tijd niet in staat bleek om op reguliere wijze de facturen van de leverancier voor de door deze geleverde producten te betalen en die daardoor inmiddels een forse schuld had opgebouwd, wijst – ten minste – op bekendheid van de leverancier met bij de failliet bestaande financiële problemen. Dat volgt ook uit de verklaring van de bestuurder van de leverancier. Daaruit blijkt ook dat de leverancier wist dat de failliet zelfs moeite had de lonen van haar personeel te voldoen (daarvoor had zij kennelijk geld van de leverancier nodig) en dat het niet zeker was dat de failliet “het zou redden.” In de context van die verklaring en tegen de achtergrond van het onbetaald blijven van facturen van de leverancier moet dit redelijkerwijs zo worden begrepen dat de leverancier ernstig twijfelde aan de overlevingskansen van de onderneming van de failliet. Ook de omstandigheid dat de failliet kennelijk slechts in staat was haar activiteiten voort te zetten met financiële hulp tot een bedrag van ruim € 215.000 van de leverancier, past in dat beeld. Dat de leverancier geen weet had van de faillissementsaanvraag van de failliet en nog een aanvullende betaling deed in mei 2014, doet aan vorenstaande onvoldoende af. Dit alles wijst erop dat de leverancier wetenschap had van de omstandigheid dat het faillissement van de failliet en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien. Aan de vereisten voor een geslaagd beroep van de curator op de faillissementspauliana (art. 42 Fw) is daarmee voldaan.

Yachtpaints Equipment & Consultancy Vollenhove BV te Vollenhove, appellante in het principaal hoger beroep, geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep, advocaat: mr. T.E. Heslinga, tegen mr. Ch. Geffroy te Heerenveen, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Jetten Yachting BV, geïntimeerde in het principaal hoger beroep, appellant in het incidenteel hoger beroep, advocaat: mr. D.J. de Jongh.

(...; red.)

2. Waar gaat de zaak over en wat beslist het hof?

2.1. YEC is de voormalig verfleverancier van de in mei 2014 gefailleerde scheepswerf Jetten Yachting B.V. (hierna verder te noemen: Jetten). In verband met een achterstand van Jetten in de betaling van facturen van YEC hebben zij in april 2014 een koop/aannemingsovereenkomst gesloten over een casco van een jacht dat op de werf van Jetten in aanbouw was. Een deel van de door YEC voor het jacht verschuldigde koopprijs is verrekend met de openstaande facturen van YEC. Tussen YEC en de curator is in geschil of het jacht eigendom van YEC is geworden en of de overeenkomst jegens de curator vernietigd c.q. vernietigbaar is (omdat sprake is van een zogenaamde paulianeuze rechtshandeling als bedoeld in artikel 42 Faillissementswet).

2.2. Het hof komt net als de rechtbank tot het oordeel dat YEC eigenaar van het jacht is geworden. Het hof laat de beslissingen van de rechtbank daarover in stand. Dat geldt ook voor de beslissing van de rechtbank op de vordering van de curator om te verklaren voor recht dat het jacht is overgedragen in strijd met artikel 42 Fw. Het hof zal hierna zijn oordeel motiveren maar zal eerst de relevante feiten en het geschil bij de rechtbank schetsen.

3. De vaststaande feiten

3.1. Jetten exploiteerde een jachtwerf. YEC exploiteert een groothandel in verf en verfwaren. Zij verkocht en leverde regelmatig verf en verfwaren aan Jetten voor in aanbouw zijnde schepen. Jetten heeft jegens YEC een achterstand in de betaling laten ontstaan. Die betalingsachterstand bedroeg in april 2018 ruim € 86.000,-.

3.2. Nadat partijen een aantal keren over die betalingsachterstand met elkaar hebben gesproken, hebben zij op 16 april 2018 een “koop- en aan-nemingsovereenkomst” gesloten met betrekking tot het gedeeltelijk afgebouwde casco van een jacht van het type Jetten 38 Cabrio (hierna: het jacht).

In de overeenkomst, waarin YEC is aangeduid als opdrachtgever en Jetten als opdrachtnemer, is het volgende – voor zover van belang – bepaald:

“OVEREENKOMST

De opdrachtgever en de opdrachtnemer verklaren hierbij dat partijen zijn overeengekomen dat – de opdrachtgever van de opdrachtnemer een jacht heeft gekocht in de staat zoals het nu is; een gedeeltelijk afgebouwd casco – en opdrachtnemer voor de opdrachtgever het jacht zal afbouwen conform de specificatie op pagina 2 en de van deze overeenkomst deel uitmakende specificatie ‘Jetten 38 Cabrio Limited 5th Anniversary Edition’, bladzijde 10 t/m 14.

(...)

ZEKERHEIDSTELLING

De opdrachtgever kan zijn jacht in aanbouw, op zijn kosten, op zijn naam laten registreren in de openbare registers van het Kadaster, zodat de eigendom wordt vastgelegd.

(...)

LEVERTIJD

Zonder dat sprake is van bijkomende werkzaamheden zal de levering van het vaartuig, af werk te Sneek, plaatsvinden in de maand oktober 2018;

(...)

PRIJS EN BETALINGSCONDITIONES

De prijs voor de bouw van het jacht is als volgt vastgesteld;

Specificatie Bedrag € excl. BTW.

Jetten 38 Cabrio Anniversary Edition 235.000

Korting 22.415

Bedrag exclusief BTW 212.585

Deze prijs wordt door de opdrachtgever betaald in de volgende betalingstermijnen:

Omschrijving Bedrag excl. BTW

1. bij ondertekening van de overeenkomst 91.115

2. 1e week mei 20.000

3. 1e week juni 20.000

4. 1e week juli 20.000

5. 1e week augustus 20.000

6. 1e week september 20.000

7. 1e week oktober 21,470

Totaal 212.585

(...) De op dit moment openstaande facturen van opdrachtgever worden direct met de 1e termijn, bij ondertekening van de overeenkomst, zijnde € 91.115,- verrekend.

(...)

Algemene voorwaarden

Op deze overeenkomst zijn van toepassing de NJI leveringsvoorwaarden gedeponereerd onder nummer 178/2014 voor zover daarvan in deze overeenkomst niet uitdrukkelijk is afgeweken. Door ondertekening van deze overeenkomst verklaart de opdrachtgever kennis te hebben genomen van de inhoud van voormelde voorwaarden en deze integraal te hebben aanvaard.

Afwijking op de algemene voorwaarden

In afwijking van artikel 15.1 van de NJI leveringsvoorwaarden zal de opdrachtnemer tot aan de datum van oplevering het jacht en de daarvoor benodigde materialen en installaties verzekeren voor de waarde die deze zaken vertegenwoordigen en maximaal voor het volle bedrag van de overeengekomen koopsom als bovengenoemd. De kosten voor deze verzekering komen voor rekening van opdrachtnemer. In afwijking van artikel 16 van de NJI leveringsvoorwaarden dient de opdrachtgever de facturen te voldoen binnen 7 dagen na de factuurdatum nadat hi zich ervan heeft overtuigd dat de werkzaamheden zoals bij de betalingstermijnen staat omschreven daadwerkelijk zijn aangevangen”.

3.3. Op 18 april 2018 heeft YEC het jacht met haarzelf als eigenaar laten registreren in het scheepsregister bij het Kadaster.

3.4. Jetten heeft op 17 april 2018 een factuur aan YEC gezonden voor een bedrag van € 110.249,15 inclusief btw. YEC heeft op 19 april 2018 € 23.518,- aan Jetten overgemaakt en € 86.694,21 verrekend met openstaande facturen voor geleverde verfproducten. Deze manier van betalen is vastgelegd in een e-mail van haar bestuurder [bestuurder1] (hierna: [bestuurder1]) aan bestuurder [bestuurder2] (hierna: [bestuurder2]) van Jetten van 18 april 2018. Rekening houdend met de verminderde schuld van Jetten aan YEC heeft YEC op 4 mei 2018 aanvullend een bedrag ad € 32.099,80 aan Jetten betaald.

3.5. Bij vonnis van 22 mei 2018 van de Rechtbank Noord-Nederland is Jetten in staat van faillissement verklaard, met aanstelling van mr. C. Gefroy tot curator.

3.6. YEC heeft aan de curator gevraagd om afgifte althans afbouw van het jacht. De curator heeft in

reactie hierop op 24 augustus 2018 het standpunt ingenomen dat, indien de eigendom van het jacht zou zijn overgegaan naar YEC, sprake is van een paulianeuze rechtshandeling in de zin van artikel 42 Faillissementswet (Fw). De curator heeft op die grond de vernietiging van deze rechtshandeling ingeroepen.

3.7. [bestuurder1] en [bestuurder2] hebben schriftelijke verklaringen afgelegd. De verklaring van [bestuurder1] d.d. 22 augustus 2018 luidt – voor zover van belang – als volgt:

“(…) Aangezien wij als verfleverancier YEC nauw contact hadden met Jetten Shipyard, waren wij op de hoogte van de betalingsproblemen van deze werf. Omdat wij als leverancier belang hechten aan de continuïteit bij onze klanten, hebben wij een oplossing gevonden door voor de openstaande bedragen en toekomstige leveringen zekerheid te verkrijgen door de koop van het casco. We hebben ongeveer 40k verrekend met openstaande facturen en 50k bijbetaald aan het casco (met dit geld kon Jetten de lonen aan zijn werknemers betalen).

Omdat het niet duidelijk was of Jetten het zou redden hebben we een heldere koopovereenkomst gesloten, die aangeeft dat wij het casco hebben gekocht en dat de eigendom naar ons is overgegaan. Wij hebben daarvoor ook meteen het Kadaster gevraagd dit te registreren en een nummer in de boot aan te laten brengen. Dit is allemaal in overleg gegaan met de directeur van de werf, [Y]. De afbouw van de boot kon wat ons betreft worden uitgevoerd door Jetten, maar mocht Jetten het niet redden, dan zouden wij voldoende bedrijven in ons netwerk hebben die de boot willen en kunnen afbouwen (...)”

De verklaring van [bestuurder2] d.d. 21 augustus 2018 luidt – voor zover van belang – als volgt:

“(…) Deze boot was een voorraadboot, hetgeen ongebruikelijk is, daar normaal alleen boten op basis van een klantorder gebouwd worden. Deze boot bouwde Jetten dus op eigen rekening en risico. Normaal gesproken leveren wij de eigendom niet voordat alles betaald is. Dat was hier niet het geval en wij hebben dan ook beoogd de boot in eigendom te leveren, daarbij geen risico nemend dat we een boot geleverd hebben en dan nog maar zien dat er betaald wordt. Er was immers een strak betaalschema afgesproken, waarbij geen eindtermijn voor levering werd afgesproken en er ondertussen voldoende geld binnen kwam om de boot ook daadwerkelijk af te bouwen. (...)”

4. *Het geschil en de beslissing in eerste aanleg (bij de rechtbank)*

4.1. YEC heeft (in conventie) kort gezegd gevorderd een verklaring voor recht dat het jacht op 16 april 2014 rechtsgeldig in eigendom aan haar is overgedragen. Ook vordert zij dat de curator het jacht aan haar dient af te geven op straffe van verbeurte van een dwangsom, met enkele bijkomende vorderingen.

4.2. De curator heeft in “reconventie” gevorderd: *primair*, te verklaren voor recht dat Jetten eigenaar van het jacht is gebleven en daarnaast YEC te bevelen mee te werken aan de uitschrijving van het jacht uit het register en, *subsidiair*, te verklaren voor recht dat het jacht is overgedragen in strijd met artikel 42 Fw met nevenvorderingen.

4.3. De rechtbank heeft bij vonnis van 11 september 2019 (hersteld bij vonnis 19 september 2019, dat is hersteld bij vonnis van 2 oktober 2019) de door YEC gevorderde verklaring voor recht en de subsidiaire vordering van de curator toegewezen, met veroordeling van YEC in de proceskosten in conventie en in reconventie en met afwijzing van de overige vorderingen.

5. *De beoordeling van de grieven in het principaal en het incidenteel hoger beroep*

5.1. YEC is in haar (principaal) hoger beroep opgekomen tegen de beslissing dat het jacht is overgedragen in strijd met artikel 42 Fw en tegen haar proceskostenveroordeling. De curator heeft incidenteel hoger beroep ingesteld tegen de beslissing dat het jacht op 16 april 2014 rechtsgeldig eigendom is geworden van YEC. De curator vordert in zijn hoger beroep alsnog toewijzing van zijn in reconventie ingestelde vorderingen voor zover die zijn afgewezen. Het hof zal eerst de vijf in het incidenteel hoger beroep opgeworpen grieven (bezwaren) gezamenlijk beoordelen.

YEC is op 16 april 2014 eigenaar geworden van het jacht

5.2. Tussen partijen is in geschil of de voor overdracht vereiste levering (artikel 3: 84 lid 1 BW in verbinding met artikel 3:90 lid 1 BW) heeft plaatsgevonden doordat het bezit van het jacht is overgedragen op de wijze zoals bedoeld in artikel 3:115 aanhef en onder a BW. Slechts op deze wijze van bezitsverschaffing heeft YEC haar vorderingen gebaseerd. Deze wettelijke bepaling vereist voor een geldige overdracht een “tweezijdige verklaring”.

5.3. De rechtbank heeft overwogen dat deze tweezijdige verklaring besloten kan liggen in de omstandigheden van het geval en dat daarvoor niet is vereist dat in de koopovereenkomst een specifieke bepaling is opgenomen waarmee het bezit direct op het moment van de totstandkoming van de koopovereenkomst is overgedragen. Tegen die overweging is in hoger beroep terecht door de curator niet gegriefd. De tweezijdige verklaring als bedoeld in artikel 3:115 (aanhef) is vormvrij, zij kan ook (stilzwijgend) besloten liggen in gedragingen van de betrokken partijen.

5.4. Het hof stelt verder voorop dat de curator terecht bepleit dat aan het feit dat het jacht zich nog steeds op de werf bevindt het wettelijk vermoeden kan worden ontleend (artikel 3:109 BW in verbinding met artikel 3:119 BW) dat Jetten het jacht voor zichzelf is blijven houden en daarvan bezitter en rechthebbende (eigenaar) was. Het is aan YEC om dat vermoeden te weerleggen¹. Daartoe zal YEC feiten en omstandigheden moeten stellen en aannemelijk dienen te maken waaruit volgt dat sprake is van een tweezijdige verklaring die inhoudt dat Jetten het jacht (niet langer) voor zichzelf maar voor YEC is gaan houden.

5.5. Een uitdrukkelijke verklaring met die inhoud of strekking ontbreekt, maar het hof leidt uit de volgende feiten en omstandigheden af dat Jetten met ingang van 16 april 2018 het jacht voor YEC is gaan houden. Het hof onderschrijft wat de rechtbank daarover in 4.7 en 4.8 van het bestreden vonnis heeft overwogen. Niet ter discussie staat dat YEC het jacht van Jetten heeft gekocht en een aanzienlijk deel van de koopprijs heeft betaald. Zowel [bestuurder1] als [bestuurder2] hebben verklaard dat het de bedoeling was dat YEC het jacht zou kopen en direct de eigendom zou krijgen. Dat is in de context van de forse betalingsachterstand van Jetten en de wens van YEC om daarvoor zekerheid te krijgen ook begrijpelijk. Ook het schriftelijke contract dat partijen vervolgens opstelden biedt steun aan het bestaan van die bedoeling. Het contract is opgesplitst in een “koopdeel” en een “aannemingsdeel” en wijkt af van het standaardcontract dat Jetten gebruikt (“bouwovereenkomst”), waarin alleen een aannemingsovereenkomst is vastgelegd zonder directe eigendomsoverdracht (zie de verklaring van

[naam1], productie 7 curator). Die afwijking van het standaardcontract vormt daarom een sterke aanwijzing voor de bedoeling van Jetten en YEC om in dit geval juist direct bij de totstandkoming van de koop de eigendom van het jacht over te dragen zodat Jetten gedurende de afbouw het jacht voor YEC is gaan houden. Partijen hebben zich vervolgens in lijn daarmee gedragen: YEC heeft als bewijs van haar eigendom (zoals het koopcontract vermeldt) het jacht kadastraal geregistreerd met vermelding van haarzelf als eigenaar nadat Jetten met het oog daarop een brandmerk in het jacht had aangebracht. Dat een dergelijke registratie als zodanig de eigendom niet doet overgaan, doet er niet aan af dat zij uitdrukking kan geven aan de bedoeling van partijen.

5.6. Dat Jetten heeft willen meewerken aan eigendomsoverdracht van het casco aan YEC en dit daarna als houder af te bouwen vindt ook enige bevestiging in het volgende. [bestuurder2] heeft verklaard (zie de door de curator als productie 6 overgelegde verklaring) dat vanaf februari/maart 2018 “alle klanten werden aldus geconfronteerd met meer te betalen dan contractueel was overeengekomen. Alle klanten waren hier in meer of mindere mate toe bereid, maar wilde dan wel extra zekerheid. Ze wilden wel betalingen doen, maar dan wel aan hun boot besteed en niet op de grote hoop belandend, zoals dat voorheen altijd ging. Alle klanten wilden een overdracht/levering van hun boot zoals op dat moment de staat van de boot was. Dit werd geregeld in een addendum waarbij de meeste klanten ook een jurist of advocaat in de arm namen om de documenten hiertoe zekerheid te verschaffen over het eigenaarschap van hun boot. Veel boten zijn op die manier geleverd zoals ze op dat moment waren, waar de klant vervolgens de keuze had of door ons laten afbouwen voor meer kosten dan oorspronkelijke in de bouwovereenkomst overeengekomen of zelf de boot gaan (laten) afbouwen. De bedoeling was dus dat de boot geleverd werd aan de klant. In onze standaard bouwovereenkomst staat dat de klant zijn boot kan laten registreren in het Kadaster. Wij hebben ons nooit gerealiseerd dat de volgorde hierin niet correct was, dan was namelijk eerst geleverd en dan geregistreerd.” Ook het door YEC gekochte jacht moest worden afgebouwd; dat maakt dat een redelijke uitleg van de in het contract voorkomende term “levering in oktober 2018” meebrengt dat partijen daarmee hebben bedoeld “oplevering” na afbouw van het casco en

1 HR 17-06-1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1398 (Gielkens/Gielkens)

dat Jetten gedurende de afbouw het jacht voor YEC is gaan houden.

5.7. De omstandigheid dat in de algemene voorwaarden een eigendomsvoorbehoud ten behoeve van Jetten is opgenomen en dat daarin een onderscheid wordt gemaakt tussen “levering” en “oplevering” doet aan het vorenstaande onvoldoende af. De curator betoogt dat de in die algemene voorwaarden voorkomende bepalingen zijn “uitonderhandeld” en dus een belangrijke aanwijzing vormen dat partijen in april 2018 *niet* hebben bedoeld dat Jetten voor YEC zou gaan houden. Dit op een impliciete conclusie gebaseerde standpunt doet onvoldoende af aan de onder 5.5 en 5.6. genoemde feiten en omstandigheden maar daarnaast heeft de curator bovendien zelf zich op het standpunt gesteld dat specifieke bepalingen in de koopovereenkomst prevaleren boven de bepalingen in de algemene voorwaarden.

5.7. YEC heeft het bezitsvermoeden (artikel 3:109 BW) en daarmee het vermoeden dat Jetten rechthebbende is (artikel 3:119 BW) weerlegd. De curator heeft geen feiten aangevoerd die, zo bewezen, tot een ander oordeel zouden kunnen leiden. Daarom zal het hof de curator niet toe laten tot het leveren van bewijs om het bezit van Jetten alsnog te bewijzen.

5.8. De grieven van de curator falen.

Het beroep van de curator op de faillissementspauliana slaagt

5.9. Daarmee komt het hof toe aan het principaal appel van YEC, waarin zij opkomt tegen de beslissingen van de rechtbank over de door de curator ingeroepen vernietiging van de tussen Jetten en YEC bestaande overeenkomst op grond van de faillissementspauliana (artikel 42 Fw).

5.10. Voor vernietiging van een rechtshandeling op grond van dat artikel moet sprake zijn van een onverplichte rechtshandeling. Dat staat in deze zaak genoegzaam vast, nu niet gesteld of gebleken is dat Jetten verplicht was om het jacht te verkopen aan YEC om op die manier haar schuld aan YEC te voldoen. *Grief I* van YEC slaagt niet, omdat zij niet toereikend heeft onderbouwd dat wel van een verplichte rechtshandeling sprake was. Anders dan YEC kennelijk veronderstelt, maakt de verplichting van Jetten om aan YEC te betalen voor de verfleveranties een later overeengekomen bijzondere en van het gebruikelijke afwijkende wijze van betaling (in dit geval de levering en verrekening van een jacht) niet tot een verplichte

rechtshandeling. Uit de stellingen over en weer volgt immers dat op Jetten ter zake van de verfleveranties een verbintenis tot betaling van een geldsom rustte als bedoeld in artikel 6:111 BW.

5.11. Daarnaast is een vereiste voor een geslaagd beroep op artikel 42 Fw dat de schuldeisers van Jetten worden benadeeld door de te vernietigen rechtshandeling en dat zowel Jetten als YEC daarvan wetenschap hadden (het gaat om een overeenkomst om baat). Volgens de curator is van benadeling sprake omdat als het jacht nog deel uitmaakt van de boedel de gehele opbrengst daarvan ten goede komt aan de gezamenlijke schuldeisers in plaats van alleen aan YEC. Ingeval het jacht niet tot de faillissementsboedel behoort, omvat het actief slechts de lagere deelbetalingen. De verrekening met de vordering van YEC doet immers niet het actief toenemen maar vermindert slechts het passief van de boedel. Daarmee is de onderlinge rangorde van crediteuren verstoord, aldus de curator, die steun voor dit standpunt ziet in een vergelijking van de situatie waarin sprake is van verkoop in combinatie met verrekening en die waarin verkoop van het jacht achterwege zou zijn gebleven.

5.12. Volgens YEC is van benadeling van schuldeisers geen sprake (*grief II*). Het hof verwerpt het betoog van YEC daarover in de toelichting op die grief. Zonder de door de curator aangevallen transactie zou het jacht voor verhaal aan de schuldeisers van Jetten ter beschikking hebben gestaan en zou YEC haar vordering op Jetten niet volledig voldaan hebben gekregen door verrekening met haar uit de koopovereenkomst voortvloeiende schuld aan Jetten. Deze vordering had YEC ter verificatie kunnen indienen. De feitelijke betaling van ruim € 55.000,- zou dan ook achterwege zijn gebleven. Wel is de schuldenpositie van Jetten door de samenloop van de verkoop en verrekening lager geworden. Hoewel de koopsom van het jacht ook ten dele is voldaan door betaling van een geldsom is gesteld noch gebleken dat dat geld nog (volledig) voor de gezamenlijke schuldeisers beschikbaar is. Een deel daarvan, zie de verklaring van [bestuurder1], is kennelijk door Jetten gebruikt om het personeel te betalen. Gelet daarop en gezien de koopprijs die YEC heeft betaald acht het hof aannemelijk dat het casco bij verkoop ook nu nog meer oplevert en een hogere voor verhaal vatbare waarde vertegenwoordigt. De schuldeisers zijn getuige deze vergelijking benadeeld. Daar komt bij dat YEC door de verreke-

ning een groter deel van de waarde van het jacht heeft gekregen dan zij in de hypothetische situatie zou kunnen krijgen, gelet op het aandeel van haar vordering op YEC in de totale schuldenlast van Jetten, afgezet tegen het voor het verhaal vatbare vermogen in beide situaties, zoals die door de curator bij memorie van antwoord is geschetst.²

5.13. Het bestaan van benadeling is echter niet voldoende voor vernietiging van de verkoop en eigendomsoverdracht op grond van artikel 42 Fw. Daarvoor is ook nodig dat zowel Jetten als YEC wetenschap hadden van die benadeling³. Het is met name de aan haar eigen zijde bestaande wetenschap die YEC in haar grieven bestrijdt: dat Jetten wetenschap van benadeling had, acht zij waarschijnlijk. De door de curator aangevoerde feiten en omstandigheden waaruit bij Jetten wetenschap blijkt (memorie van antwoord, 2.18) zijn door YEC niet (voldoende) gemotiveerd weersproken. Naar het oordeel van het hof was daarom sprake van wetenschap van benadeling aan de zijde van Jetten.

5.14. De bewijslast voor de wetenschap van benadeling aan de zijde van YEC rust op de curator, die geen beroep heeft gedaan op de bewijsvermoedens van artikel 43 Fw.

5.15. Het feit dat Jetten gedurende langere tijd niet in staat bleek om op reguliere wijze de facturen van YEC voor de door deze geleverde producten te betalen en die daardoor inmiddels een forse schuld had opgebouwd, wijst – ten minste – op bekendheid van YEC met bij Jetten bestaande financiële problemen. Dat volgt ook uit de verklaring van [bestuurder1] (zie hiervoor onder 3.6). Daaruit blijkt ook dat YEC wist dat Jetten zelfs moeite had de lonen van haar personeel te voldoen (daarvoor had zij kennelijk geld van YEC nodig) en dat het niet zeker was dat Jetten “het zou redden”. In de context van die verklaring en tegen de achtergrond van het onbetaald blijven van facturen van YEC moet dit redelijkerwijs zo worden begrepen dat YEC ernstig twijfelde aan de

overlevingskansen van de onderneming van Jetten. Ook de omstandigheid dat Jetten kennelijk slechts in staat was haar activiteiten voort te zetten, met financiële hulp tot een bedrag van ruim € 215.000,- van YEC past in dat beeld. Dat YEC geen weet had van de faillissementsaanvraag van Jetten en nog een aanvullende betaling deed in mei 2014 doet aan vorenstaande onvoldoende af. Dit alles wijst er op dat YEC wetenschap had van de omstandigheid dat het faillissement van Jetten en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien.

5.16. Aan de vereisten voor een geslaagd beroep van de curator op de faillissementspauliana (artikel 42 Fw) is daarmee voldaan, zodat de grieven van YEC tegen het vonnis van de rechtbank geen doel treffen.

5.17. Het hof komt daarmee tot een bekrachtiging van het over en weer door partijen bestreden vonnis. De uitkomst in hoger beroep rechtvaardigt een compensatie van proceskosten in het principaal en het incidenteel hoger beroep.

6. De beslissing

Het hof, recht doende in het principaal en het incidenteel hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Noord-Nederland, locatie Leeuwarden, van 11 september 2019 (hersteld bij vonnis 19 september 2019, dat is hersteld bij vonnis van 2 oktober 2019;

compenseert de proceskosten, in die zin dat ieder partij geacht wordt de eigen proceskosten te dragen;

wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

1. Op 22 mei 2018 faillieert scheepswerf Jetten. Jetten had jegens verfleverancier YEC een betalingsachterstand laten ontstaan, die in april 2018 ruim € 86.000 bedroeg. Op 16 april 2018 sluiten Jetten en YEC een koop-/aannemingsovereenkomst met betrekking tot een gedeeltelijk afgebouwd casco van een jachtschip. De koop-/aannemingsom bedraagt € 212.585 (excl. BTW), die in termijnen moet worden voldaan. De eerste termijn bedraagt € 91.115 (excl. BTW) en moet bij ondertekening van de overeenkomst worden betaald. Partijen komen in de koop-/aannemingsovereenkomst overeen dat het bedrag van de

2 Vgl. ECLI:NL:HR:1992:ZC0804

3 ECLI:NL:HR:2009:BI8493 (HR 22 december 2009, «JOR» 2011/19, m.nt. Faber (*ABN Amro/Van Dooren*); red.), ECLI:NL:HR:2015:3094 (HR 16 oktober 2015, «JOR» 2016/21, m.nt. Van Hees (*Ingwersen q.q./ING Commercial Finance*); red.), ECLI:NL:HR:2017:635 (HR 7 april 2017, «JOR» 2017/213, m.nt. Bergervoet (*Jongepier q.q./Drieakker c.s.*); red.)

eerste termijn wordt verrekend met de op dat moment openstaande facturen van YEC op Jetten. Op 18 april 2018 heeft YEC het jacht als haar eigendom laten registreren in het scheepsregister. Op 17 april 2018 heeft Jetten een factuur aan YEC gestuurd van € 110.249,15 (incl. BTW), waarvan YEC op 19 april 2018 een bedrag van € 23.518 en op 4 mei 2018 een bedrag van € 32.099,80 aan Jetten heeft betaald. Het restant is verrekend met openstaande facturen.

2. Na de faillietverklaring van Jetten op 22 mei 2018 heeft YEC aan de curator gevraagd om afgifte, althans afbouw van het jacht. De curator heeft in reactie daarop de overdracht van het jacht vernietigd met een beroep op art. 42 Fw. De rechtbank heeft in conventie voor recht verklaard dat het jacht op 16 april 2018 op zich rechtsgeldig is geleverd aan YEC, maar heeft vervolgens in reconventie voor recht verklaard dat het overdragen van het jacht aan YEC in strijd is met art. 42 Fw. YEC is tegen het vonnis van de rechtbank in hoger beroep gegaan. De curator heeft incidenteel hoger beroep ingesteld.

3. Tussen partijen is in geschil of de voor overdracht vereiste levering (art. 3:84 lid 1 jo. 3:90 lid 1 BW) heeft plaatsgevonden doordat het bezit van het jacht is overgedragen op de wijze als bedoeld in art. 3:115 sub a BW (levering constituto possessorio). Het hof overweegt dat deze wettelijke bepaling voor een geldige overdracht een "tweezijdige verklaring" vereist. De tweezijdige verklaring is vormvrij, zij kan ook (stilzwijgend) besloten liggen in gedragingen van de betrokken partijen. Het hof stelt verder voorop dat de curator zich terecht beroept op het wettelijk vermoeden van art. 3:109 jo. 3:119 BW (de bezitter wordt vermoed rechthebbende te zijn), nu het jacht zich nog steeds op de werf bevindt. YEC moet dat vermoeden weerleggen door aannemelijk te maken dat sprake is geweest van een tweezijdige verklaring die inhoudt dat Jetten het jacht voor YEC is gaan houden. Het hof leidt uit de feiten en omstandigheden af dat Jetten met ingang van 16 april 2018 het jacht voor YEC is gaan houden. Die feiten en omstandigheden waren onder meer dat YEC het jacht van Jetten had gekocht en een aanzienlijk deel van de koopprijs heeft betaald. Dat beide bestuurders (van YEC en Jetten) hadden verklaard dat het de bedoeling was dat YEC het jacht zou kopen en direct de eigendom zou krijgen. Dat het schriftelijke contract dat partijen opstelden, steun biedt aan het bestaan van de

bedoeling (het is opgesplitst in een "koopdeel" en een "aannemingsdeel" en wijkt af van het standaardcontract dat Jetten gebruikt). Daarmee vormt het schriftelijke contract een sterke aanwijzing voor de bedoeling van Jetten en YEC om in dit geval juist direct bij de totstandkoming van de koop de eigendom van het jacht over te dragen zodat Jetten gedurende de afbouw het jacht voor YEC is gaan houden. Partijen hebben zich vervolgens ook in lijn daarmee gedragen, bijv. door de kadastrale registratie van het eigendom van YEC en het brandmerk dat Jetten met het oog daarop in het jacht had aangebracht. Een redelijke uitleg van de in het contract voorkomende term "levering in oktober 2018" brengt mee dat partijen daarmee hebben bedoeld "oplevering" na afbouw van het casco. Dat in de algemene voorwaarden een eigendomsvoorbehoud ten behoeve van Jetten is opgenomen, waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen "levering" en "oplevering", doet daaraan onvoldoende af, aldus het hof. Daarmee heeft YEC het bezitsvermoeden (art. 3:109 BW) en daarmee het vermoeden dat Jetten rechthebbende is (art. 3:119 BW) weerlegd, aldus het hof. In dit oordeel van het hof kan ik mij, gelet op de bekende feiten en omstandigheden in deze casus, vinden.

4. Bij deze beoordeling wordt ervan uitgegaan dat het jacht een roerende zaak niet-registergoed betreft, waarvan de levering dus plaatsvindt door aan de verkrijger het bezit te verschaffen (art. 3:90 BW). Of er ten tijde van de levering in onderhavige casus al sprake was van een verplichting tot registratie van het jacht in het scheepsregister op grond van art. 8:785 lid 1 jo. 8:784 lid 1 BW, blijkt niet uit de uitspraak. Op grond van art. 8:784 lid 1 BW is teboekstelling van een binnenschip in aanbouw mogelijk, indien het in Nederland in aanbouw is. Art. 8:785 BW verplicht de eigenaar van een schip de teboekstelling van een schip te verzoeken binnen drie maanden nadat teboekstelling volgens art. 8:784 BW mogelijk is. Op grond van het bepaalde in art. 8:790 BW betreft het dan een registergoed, waarvan het eigendom enkel door middel van een notariële akte kan worden geleverd (art. 3:89 lid 4 BW). De curator had dat in eerste aanleg bij de rechtbank ook aangevoerd, maar de rechtbank volgde dat standpunt niet, omdat het jacht op het door YEC gestelde moment van levering, namelijk bij het sluiten van de koop- en aannemingsovereenkomst, nog niet was geregistreerd in het

scheepsregister en dus nog geen registergoed was. In hoger beroep komt dit niet meer aan de orde

5. De rechtbank oordeelde dat de eigendoms-overdracht van het jacht paulianeus was op grond van art. 42 Fw. Daartegen komt YEC op in hoger beroep. Voor een geslaagd beroep op art. 42 Fw moet er sprake zijn van een onverplichte rechtshandeling door de schuldenaar, waardoor schuldeisers zijn benadeeld. De schuldenaar moet daarbij wetenschap van benadeling hebben. Bij een meerzijdige rechtshandeling anders dan om niet moet er daarnaast sprake zijn van wetenschap van benadeling van schuldeisers aan de zijde van degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte. Van wetenschap van benadeling is sprake indien ten tijde van de rechtshandeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien (HR 22 december 2009, «JOR» 2011/19, m.nt. Faber (*ABN AMRO Bank/Van Dooren q.q. III*)). Wetenschap van de kans op benadeling is niet voldoende (zie HR 1 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1081 (*Ontvanger/Pellicaan*)). Art. 43 Fw kent een aantal bewijsvermoedens, die de curator kunnen helpen om aan te tonen dat er sprake was van wetenschap van benadeling bij beide partijen.

6. Het hof overweegt ten aanzien van de vraag of er sprake was van een onverplichte dan wel verplichte rechtshandeling, dat uit de stellingen over en weer volgt dat op Jetten ter zake van de verfleveranties een verbintenis tot betaling van een geldsom rustte. Deze verplichting van Jetten om YEC te betalen voor verfleveranties maakt een later overeengekomen bijzondere en van het gebruikelijke afwijkende wijze van betaling (in dit geval de levering en verrekening van een jacht) niet tot een verplichte rechtshandeling. Dit oordeel is juist, gelet op HR 18 december 1992, *NJ* 1993/169 (*Kin/Emmerig q.q.*), waarin de Hoge Raad besliste dat de verkoop door de schuldenaar met verrekening van de koopprijs met een opeisbare schuld aan de koper onverplicht is, tenzij er reeds een verplichting bestond om tot verkoop over te gaan. Zoals gezegd, bestond een dergelijke verplichting in casu niet.

7. Het hof oordeelt vervolgens dat er sprake is van benadeling van de schuldeisers door de transactie. Zonder de verkoop van het jacht met verrekening van een deel van de koopsom zou het jacht voor verhaal aan de schuldeisers van

Jetten ter beschikking hebben gestaan. Het hof overweegt dat hoewel de koopsom ook ten dele is voldaan door betaling van een geldsom, er niet is gebleken dat dat geld nog (volledig) voor de gezamenlijke schuldeisers beschikbaar is. Het hof komt tot die overweging, omdat één van de bestuurders heeft verklaard dat met dat geld lonen van werknemers zijn betaald. Dit laatste lijkt mij geen juist criterium. Immers, door de betaling door YEC aan Jetten is dat geld uit haar vermogen gegaan en in het vermogen van Jetten gevloeid en daarmee buiten het zicht van YEC gekomen. Wat er dan vervolgens met die gelden gebeurt, onttrekt zich aan de waarneming van de betaler (YEC). Aldus is moeilijk denkbaar dat YEC wetenschap van benadeling had op dat punt. Ik kan het hof wel volgen in het eindoordeel dat de verkoop van het jacht met verrekening van een deel van de koopsom met een vordering die anders ter verificatie had kunnen worden ingediend, benadelend is voor de gezamenlijke schuldeisers (vgl. HR 22 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0615 (*Bosselaar q.q./Internber*) en bijv. HR 19 oktober 2001, «JOR» 2001/269, m.nt. Faber (*Diepstraten/Gilhuis q.q.*)). De benadeling zit dan wat mij betreft met name in de verrekening van een deel van de koopsom.

8. De vraag of er sprake is van wetenschap van benadeling bij zowel Jetten als bij YEC, wordt door het hof bevestigend beantwoord. Het hof wijst op de bekendheid van YEC met de bij Jetten bestaande financiële problemen. YEC wist dat Jetten moeite had de lonen van haar personeel te voldoen en dat het niet zeker was dat Jetten "het zou redden". Tegen de achtergrond van het onbetaald blijven van haar facturen moest YEC, volgens het hof, dit redelijkerwijs zo begrijpen dat YEC ernstig twijfelde aan de overlevingskansen van de onderneming van Jetten. Ook de omstandigheid dat Jetten kennelijk slechts in staat was haar activiteiten voort te zetten met financiële hulp tot een bedrag van ruim € 215.000 van YEC, past volgens het hof in dit beeld. Met die financiële hulp doelt het hof kennelijk op de koopprijs voor het jacht. Of dat zonder meer kan worden aangemerkt als "financiële hulp" vraag ik mij af, nu het immers een koopprijs betreft voor het jacht en daar dus een prestatie van Jetten tegenover staat.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank. In het vonnis van de Rechtbank Noord-Nederland was in reconventie alleen de door de curator ge-

vorderde verklaring voor recht dat het overdragen van het jacht in strijd is met art. 42 Fw, toegewezen. De vordering van de curator om YEC te veroordelen tot het verlenen van medewerking aan de uitschrijving van het jacht uit de openbare registers van het kadaster was afgewezen. Met de bekrachtiging van het vonnis door het hof blijft dat dus zo. Dit zou voor de curator nog tot praktische problemen kunnen leiden, als YEC haar medewerking tot het weer overdragen van het jacht aan Jetten, althans de boedel, en uitschrijving van haar eigendom uit de registers weigert.

mr. S. Winkels-Koerselman
advocaat en partner bij Turnaround Advocaten te Best

48

Geen schorsing tenuitvoerlegging door curator van uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis; voorrang voor eventuele restitutievordering

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp
Leeuwarden
26 oktober 2021, zaaknr. 200.291.419/01,
ECLI:NL:GHARL:2021:10097
(mr. Kuiper, mr. Zandbergen, mr. Smit)
Noot mr. M.H. Remmink

Afwijzing incidentele vordering tot schorsing tenuitvoerlegging door curator van uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis dan wel tot zekerheidstelling door curator. Belangenafweging. Restitutierisico bij negatieve boedel. Bereidheid curator om in afwijking van de wettelijke rangorde van schuldeisers de eventuele restitutievordering voorrang te geven boven de vorderingen van andere (preferente) boedelschuldeisers, alsmede boven de faillissementskosten. Verwijzing naar HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:688 en HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026 (Strandhotel).

[Rv art. 235, 351]

De incidentele vordering wordt beoordeeld aan de hand van de criteria die in HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026 (Strandhotel) zijn gegeven. Deze criteria houden in dat een veroordeling uitvoerbaar is, ook als daartegen hoger beroep is ingesteld. Het hof kan de uitvoerbaarheid van het veroordelend vonnis schorsen, als het belang van de veroordeelde partij bij behoud van de bestaande toestand zwaarder weegt dan het belang van de wederpartij. Bij de belangenafweging is een belangrijk gezichtspunt dat de rechtbank de vordering van de curator heeft toegewezen en dat moet worden voorkomen dat het instellen van hoger beroep door appelland wordt gebruikt als middel om uitstel van executie te verkrijgen (HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:688). Overwogen wordt dat bij het incasseren van een vordering voordat de uitspraak definitief is, een