

De strijd om bodemzaken en vorderingen in faillissement: twee rechtsontwikkelingen in perspectief

Tvl 2015/45

In dit artikel geven auteurs een overzicht van twee rechtsontwikkelingen van het pandrecht sinds de invoering van het BW. Enerzijds de rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van de verpanding van vorderingen, met als slotstuk de arresten inzake de verzamelpandakte; anderzijds de meer grillige rechtsontwikkeling van de verpanding van bodemzaken. Auteurs plaatsen beide rechtsontwikkelingen in perspectief. Ze gaan in dat kader in op de verschillen tussen beide rechtsontwikkelingen, met onder meer aandacht voor de betrokken partijen, het resultaat van de procedures en de rol van de wetgever.

I. Inleiding

In de afgelopen vijftwintig jaar is het insolventierecht aan diverse veranderingen onderhevig geweest.² Naast de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek, waarin een nieuwe regeling omtrent de stille verpanding van roerende zaken en vorderingen is opgenomen, is de rechtspraak van de Hoge Raad het meest in het oog springend geweest. De hoeveelheid arresten die de Hoge Raad in het insolventierecht heeft gewezen is inmiddels aanzienlijk. Het insolventierecht kan niet (meer) worden begrepen of bijgehouden zonder een grondige bestudering van de opeenvolgende arresten die verschijnen, al dan niet als beantwoording van een prejudiciële vraag (art. 392-394 Rv) die aan de Hoge Raad is gesteld. In deze bijdrage komen twee 'grote' onderwerpen aan bod waarin zich de afgelopen jaren veel ontwikkelingen in de rechtspraak van de Hoge Raad hebben voorgedaan. Het eerste onderwerp betreft de tussen pandhouders en de gezamenlijke schuldeisers (vertegenwoordigd door curatoren) gevoerde procedures om het verhaalsrecht op (verpande) vorderingen, culminerend in de 'tweelingarresten' over de verzamelpandakte, de arresten Dix q.q./ING en Van Leuve-

ren q.q./ING.³ Het tweede onderwerp betreft de strijd tussen pandhouders en andere gerechtigden en de fiscus met betrekking tot bodemzaken, zoals recentelijk aan de orde gekomen in de arresten Eringa q.q./ABN Amro en Rabobank/Danvo.⁴ De bijdrage wordt afgesloten met een conclusie.

II. De verzamelpandakte als sleepnet?

2.1 Inleiding

Bij de invoering van de huidige regeling van de stille verpanding van vorderingen heeft de wetgever de verpanding bij voorbaat beperkt tot de stille verpanding van toekomstige vorderingen die voortvloeien uit een op het moment van de stille verpanding reeds bestaande rechtsverhouding (art. 3:239 lid 1 BW). De reden die daar ruim twintig jaar geleden voor werd aangevoerd, was dat de wetgever de stille pandhouder niet in een betere positie wilde plaatsen dan de beslaglegger, die op grond van art. 475 Rv op dezelfde soort vorderingen derdenbeslag kan leggen. In een periode van ongeveer twintig jaar heeft de rechtspraak van de Hoge Raad zich zo ontwikkeld dat van dit uitgangspunt aanzienlijk is afgeweken. De procedures zijn voornamelijk gevoerd door enerzijds enkele pandhouders (banken) en anderzijds diverse curatoren, die in afzonderlijke faillissementen voor de gezamenlijke schuldeisers optraden. De Hoge Raad heeft in de vele, afzonderlijke arresten op technische punten met name de argumenten van de pandhouders gevolgd. Het oorspronkelijke uitgangspunt van de gelijke uitgangspositie voor de stille pandhouder en de beslaglegger zoals ooit door de wetgever geformuleerd is hiermee anno 2015 losgelaten.

2.2 De beperkte mogelijkheid tot stille verpanding bij voorbaat

Voor een rechtsgeldige verpanding is blijkens de huidige regeling vereist een verpandingshandeling, krachtens een geldige titel, verricht door de beschikkingsbevoegde pandgever (art. 3:84 lid 1 BW jo. art. 3:98 BW). De verpandingshandeling kan geschieden middels een onderhandse akte met mededeling aan de schuldenaar (openbare verpanding, art. 3:94 lid 1 BW jo. art. 3:98/3:236 lid 2 BW) dan wel middels een authentieke of geregistreeerde onderhandse akte zonder mededeling aan de schuldenaar (stille verpanding, art. 3:239 lid 1 BW). Naast verpanding van bestaande vorderingen, is het ook mogelijk om toekomstige vorderingen bij voorbaat te verpanden. In dat geval wordt de verpandings-

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: J.W.A. Biemans, L.S. Opraus & M.E. Witting, 'De strijd om bodemzaken en vorderingen in faillissement: twee rechtsontwikkelingen in perspectief', *Tvl* 2015/45. Prof. mr. drs. J.W.A. Biemans is als hoogleraar Burgerlijk recht verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht (j.biemans@uu.nl). Mw. L.S. Opraus en mw. M.E. Witting waren ten tijde van het schrijven van dit artikel masterstudenten Privaatrecht aan de Universiteit Utrecht. Mr. M.E. Witting is thans werkzaam als advocaat te Den Haag (me.witting@pelsrijcken.nl). Volledigheidshalve zij vermeld dat Biemans als advocaat betrokken is geweest bij de volgende, in deze bijdrage genoemde procedures in cassatie: SNS/Bilici en Rabobank/Danvo en zijdelings betrokken is geweest bij Eringa q.q./ABN Amro.

2 Zie hierover bijvoorbeeld ook R.J. van Galen, 'Knelpunten in ons insolventierecht', *Ondernemingsrecht* 2014/81; F.J.L. Kaptein, 'Een failliet pandrecht?', *NTBR* 2012/30; F.M.J. Verstijlen, 'Het pandrecht op de schop', *NTBR* 2011/36; J.J. van Hees, 'Kroniek van het insolventierecht', *NJB* 2014/799.

3 Zie HR 3 februari 2012., *NJ* 2012/261 (*Dix q.q./ING*) en HR 1 februari 2013, *NJ* 2013/156 (*Van Leuveren q.q./ING*).

4 Zie HR 21 juni 2013, *NJ* 2014/272 (*Eringa q.q./ABN Amro*) en HR 13 december 2013, *NJ* 2014/88 (*Rabobank/Danvo*). In beide geschillen treedt de curator in faillissement op ten behoeve van de (concurrerende dan wel preferente) schuldeisers (art. 57 lid 3 Fw).

handeling, in afwachting van de beschikkingsbevoegdheid van de pandgever, bij voorbaat verricht (art. 3:97 lid 1 BW jo. art. 3:98 BW). Ten aanzien van de stille verpanding van vorderingen bepaalt art. 3:239 lid 1 BW dat een dergelijke verpandingshandeling bij voorbaat slechts betrekking kan hebben op 'relatief' toekomstige vorderingen, oftewel vorderingen die op het moment van de verpanding nog niet bestaan, maar wel rechtstreeks voortvloeien uit een reeds tussen de pandgever en schuldenaar bestaande rechtsverhouding. Op grond hiervan is het bijvoorbeeld mogelijk om bij voorbaat toekomstige huurvorderingen te verpanden op grond van een reeds bestaande huurovereenkomst.⁵ Het pandrecht wordt dan van rechtswege gevestigd op het moment dat de vordering ontstaat en de pandgever (daardoor) beschikkingsbevoegd wordt ten aanzien van de vordering. Blijkens het bepaalde in art. 3:239 lid 1 BW is verpanding bij voorbaat van 'absoluut' toekomstige vorderingen daarentegen niet mogelijk. Toekomstige vorderingen die hun grondslag vinden in een rechtsverhouding die ten tijde van de verpandingshandeling nog niet bestaat en bestaande vorderingen die zich in andermans vermogen bevinden en later alsnog (bijvoorbeeld middels cessie) in het vermogen van de pandgever komen, kunnen derhalve niet bij voorbaat worden verpand. De reden dat de wetgever de verpanding bij voorbaat bij de stille verpanding ten tijde van de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek besloot te beperken is gelegen in de regeling van het derdenbeslag, waarin eenzelfde beperking is opgenomen. In de parlementaire geschiedenis is daarover het volgende te lezen:

"Het is juist de thans vrijwel onbeperkte mogelijkheid overeenkomstig artikel 3.9.2.3 op toekomstige vorderingen stil pandrecht te vestigen, die ten koste zou kunnen gaan van de gewone schuldeisers die in de praktijk in belangrijke mate op derdenbeslag zijn aangewezen. [...] Dit alles heeft ertoe geleid om artikel 3.9.2.3 thans [...] te wijzigen, nl. [...] aan het eerste lid een zinsnede toe te voegen, die het pandrecht van artikel 3.9.2.3 beperkt tot rechten die op het tijdstip van de vestiging reeds bestaan of die de pandgever rechtstreeks uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding zal verkrijgen."⁶

De wetgever heeft de pandhouder en de gewone schuldeiser destijds aldus een gelijke uitgangspositie willen geven ten aanzien van vorderingen als verhaalsobject.

2.3 De noodzaak van het opnieuw blijven verpanden van vorderingen

Om uiteenlopende redenen wordt in de praktijk veelal niet op grond van een openbaar pandrecht, maar op grond van een stil pandrecht op vorderingen gefinancierd.⁷ Hierbij is

het volgende van belang. Als de pandgever (of beter gezegd: de schuldenaar van de pandhouder) in verzuim is of in verzuim dreigt te raken en de pandhouder aldus niet langer wordt (terug)betaald, kan de pandhouder mededeling van de verpanding doen aan de schuldenaar van de verpande vordering. Door het doen van deze mededeling wordt de pandhouder inningsbevoegd (art. 3:246 lid 1 BW). Indien de pandhouder vervolgens overgaat tot inning van de verpande vordering, komt op het geïnde een substitutiepandrecht te rusten (art. 3:246 lid 5 BW). Het pandrecht blijft dan aldus behouden. Zolang de pandhouder echter niet tot mededeling overgaat, hetgeen in de praktijk vaak het geval zal zijn, en de inning aldus plaatsvindt door de pandgever, komt op het geïnde géén pandrecht te rusten.⁸ Aangezien de verpande vordering door inning door de pandgever teniet gaat en op het geïnde geen pandrecht komt te rusten, verliest de pandhouder zijn zekerheid voor terugbetaling van de lening. Vindt geen mededeling plaats, maar wil de pandhouder zijn zekerheid tot terugbetaling van de door hem aan de schuldenaar verstrekte lening toch op peil houden, dan dienen nieuwe vorderingen aldus te worden verpand. Gebeurt dit niet, dan zou de pandhouder in geval van verzuim van de schuldenaar na verloop van tijd immers met lege handen komen te staan. Omdat de stille verpanding van vorderingen bij voorbaat een beperking kent, dient de verpanding (bij voorbaat) van nieuwe vorderingen van de pandgever steeds opnieuw plaats te vinden. In de pandakte worden daarom de bestaande vorderingen verpand, de relatief toekomstige vorderingen bij voorbaat verpand en gaat de pandgever de verplichting aan om te zijner tijd nieuwe bestaande en nieuwe relatief toekomstige vorderingen (bij voorbaat) te verpanden. Op deze wijze kan een pandhouder zekerheid, veelal voor de door hem verstrekte lening, behouden.

2.4 De ontwikkeling in de rechtspraak van de Hoge Raad in drie stappen

De hiervoor genoemde ontwikkeling in de rechtspraak over een periode van twintig jaar kan in grofweg drie stappen worden onderverdeeld. In de eerste stap heeft de Hoge Raad de eis van de 'bepaaldheid' van de te verpanden vorderingen omgevormd tot een eis van 'bepaalbaarheid'. In de tweede stap heeft de Hoge Raad voorzien in de praktische uitvoerbaarheid in faillissement van een stille verpanding van vorderingen op grond van een generieke omschrijving. In de derde stap heeft de Hoge Raad de verzamelpanakke vervolmaakt door de resterende technische en economische bezwaren hiertegen ongegrond te verklaren. Wij lichten deze drie stappen hieronder nader toe.

Stap 1: Van 'voldoende bepaaldheid' naar 'voldoende bepaalbaarheid'

Vlak na de invoering van de huidige regeling omtrent verpanding heeft de praktijk zich afgevraagd of de te verpand

⁵ Zie HR 30 januari 1987, NJ 1987/530 (WUH/Emmerig q.q.).

⁶ Zie MvA. II Inv., Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1337.

⁷ Het doen van mededeling aan de schuldenaar van de verpande vordering brengt administratief veel werk met zich mee, belast de pandhouder met de inning van de vorderingen en kan onrust onder de schuldeisers veroorzaken. Vgl. W.H.M. Reehuis en A.H.T. Heisterkamp, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 828.

⁸ De stil pandhouder heeft buiten faillissement namelijk geen recht op afdracht van het door de pandgever geïnde. Zie HR 12 juli 2002, NJ 2003/194 (Rabobank/Knol q.q.).

den vorderingen – gelet op het bepaaldheidsvereiste – afzonderlijk in de pandakte dienden te worden omschreven of dat de pandgever en de pandhouder konden volstaan met een verwijzing naar een afzonderlijke lijst van te verpanden vorderingen, zoals een uitdraai uit de administratie van de pandgever (een computerlijst). In het arrest Spaarbank Rivierenland/Gispén q.q.⁹ uit 1994 heeft de Hoge Raad bepaald dat de pandgever en de pandhouder ook kunnen verwijzen naar een dergelijke door de pandgever aangeleverde computerlijst. Vanuit het oogpunt van de praktische uitvoerbaarheid, hebben pandhouders in een daaropvolgende periode van ongeveer tien jaar verder geprocedeerd over de eisen die worden gesteld aan de omschrijving van vorderingen. In opeenvolgende arresten¹⁰ heeft de Hoge Raad de eis van bepaaldheid steeds verder losgelaten, culminerend in het arrest Mulder q.q./Rabobank uit 2002.¹¹ In dit arrest bepaalde de Hoge Raad dat de pandgever en de pandhouder ook kunnen volstaan met een algemene omschrijving van de te verpanden vorderingen en een clause waarin is bepaald dat voor de vraag welke vorderingen zijn verpand, de administratie van de pandgever bepalend is (een zogenaamde boekenclause). Volgens de Hoge Raad is het voldoende dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat. Het vereiste dat de te verpanden vorderingen met voldoende bepaaldheid in de akte dienden te worden omschreven werd aldus in feite een vereiste dat de vorderingen achteraf voldoende kunnen worden vastgesteld en in die zin *bepaalbaar* zijn. Voortaan kon worden volstaan met de omschrijving dat verpanding (bij voorbaat) plaatsvindt van alle ten tijde van de ondertekening van de akte bestaande vorderingen jegens derden en alle vorderingen jegens derden die worden verkregen uit ten tijde van de ondertekening van de akte reeds bestaande rechtsverhoudingen met hen.

Worden de arresten nader bestudeerd, dan valt op dat de Hoge Raad in het begin verwijst naar de parlementaire geschiedenis, maar gaandeweg zijn aandacht naar zijn eigen rechtspraak verlegt. Zo is in de parlementaire geschiedenis in die zin eveneens een basis voor het bovenstaande te vinden, dat onder het oude (voor 1992 geldende) recht een specificatie van de betreffende vordering in de pandakte niet was vereist, zo besliste de Hoge Raad in het arrest Spaarbank Rivierenland/Gispén q.q. In navolging van A-G Hartkamp besliste de Hoge Raad dat, gelet op de parlementaire geschiedenis van Boek 3 BW, niet blijkt dat de wetgever heeft bedoeld het vereiste van 'voldoende bepaaldheid' onder het nieuwe recht te willen aanscherpen door hieraan voortaan strengere eisen te stellen, noch dat de wetgever dit zou hebben beoogd

met de registratie-eis van art. 3:239 lid 1 BW.¹² De Hoge Raad geeft in dit arrest expliciet rekenschap van de mate waarin zijn oordeel aansluit bij de wetsgeschiedenis. In het arrest Mulder q.q./Rabobank rept de Hoge Raad echter in het geheel niet meer over de bedoeling van de wetgever. De argumentatie voor het daar gegeven oordeel is dat het oordeel in overeenstemming is met eerdere rechtspraak, waaruit immers volgt dat het vereiste van voldoende bepaaldheid niet strikt dient te worden uitgelegd.¹³ In de opsomming van eerdere rechtspraak door P-G Hartkamp wordt nog slechts in een voetnoot verwezen naar de in het arrest Spaarbank Rivierenland/Gispén q.q. aangehaalde, aan de wetsgeschiedenis ontleende argumenten.¹⁴ Hoewel ter onderbouwing door de Hoge Raad aan het begin aldus met name werd verwezen naar de wetsgeschiedenis, lijkt de (aan de hand daarvan) door de Hoge Raad zélf uitgezette lijn in de jurisprudentie vervolgens het relevante kader te zijn geworden voor zijn latere beslissingen.

Stap 2: De inning van verpande vorderingen in faillissement

Het stil pandrecht op vorderingen zou weinig of niets voorstellen als het niet in faillissement zou kunnen worden uitgeoefend. Reeds in het arrest Mulder q.q./CLBN¹⁵ uit 1995 bepaalde de Hoge Raad dat de stil pandhouder ook in faillissement van de pandgever bevoegd is om mededeling te doen en de (vervolgens openbaar) verpande vordering te innen. Gaat de curator over tot inning, dan behoudt de pandhouder weliswaar zijn voorrang, maar dient hij zijn vordering (met voorrang) wel ter verificatie in te dienen, mee te delen in de algemene faillissementskosten (art. 182 Fw) en te wachten op zijn uitkering totdat de uitdelingslijst verbindend is geworden. Met dit arrest was het belang van het doen van mededeling in faillissement gegeven. Na dit in 1995 gewezen arrest was het met betrekking tot de inning van verpande vorderingen in faillissement lange tijd stil. Na de rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van de bepaal(baar)heid van de te verpanden vorderingen bleek echter dat aan de verpanding van vorderingen op grond van de eerder door de Hoge Raad goedgekeurde generieke omschrijving praktische problemen kleefden. Als een pandhouder op grond van een algemene omschrijving een pandrecht verkrijgt op vorderingen en niet langer afschriften krijgt van de administratie van de pandgever, mist de pandhouder daardoor de benodigde informatie om (tijdig) mededeling te kunnen doen. De pandhouder heeft immers niet alleen tijd, maar ook informatie nodig om in faillissement mededeling te kunnen doen.

9 Zie HR 14 oktober 1994, NJ 1995/447 (Spaarbank Rivierenland/Gispén q.q.).

10 Zie HR 16 juni 1995, NJ 1996/508; HR 20 juni 1997, NJ 1998/362 (Wagmakers q.q./Rabobank); HR 19 september 1997, NJ 1998/689; HR 19 december 1997, NJ 1998/690; HR 21 mei 1999, NJ 1999/733; HR 21 december 2000, RvdW 2002/6; en HR 16 mei 2003, NJ 2004/183 (De Liser de Morsain/Rabobank).

11 HR 20 september 2002, NJ 2005/182 (Mulder q.q./Rabobank Alphen a/d Rijn).

12 Zie de (zeer uitgebreide) weergave van argumenten uit de parlementaire geschiedenis onder par. 11 en 13-18 van de conclusie van A-G Hartkamp bij HR 14 oktober 1994, NJ 1995/447 (Spaarbank Rivierenland/Gispén q.q.).

13 HR 20 september 2002, NJ 2005/182 (Mulder q.q./Rabobank Alphen a/d Rijn), r.o. 3.5.

14 Zie voetnoot 5 bij de conclusie van P-G Hartkamp bij HR 20 september 2002, NJ 2005/182 (Mulder q.q./Rabobank Alphen a/d Rijn).

15 Zie HR 17 februari 1995, NJ 1996/471 (Mulder q.q./CLBN). Buiten faillissement geldt deze regel niet. De stil pandhouder heeft dan geen recht op afdracht van het door de pandgever geïnde. Zie HR 12 juli 2002, NJ 2003/194 (Rabobank/Knol q.q.).

In twee arresten heeft de Hoge Raad deze praktische belemmeringen uit de weg geruimd. In de zaak die ten grondslag lag aan het arrest ING/Verdonk q.q.¹⁶ was de curator kort na het faillissement overgegaan tot het aanschrijven van de schuldenaren van de verpande vorderingen. De bank beklagde zich daarover, omdat de bank niet of nauwelijks tijd had om mededeling te doen en door de inning door de curator in een slechtere positie kwam te verkeren. De Hoge Raad bepaalde dat de curator in het faillissement van de pandgever aan de pandhouder inderdaad een redelijke termijn dient te geven om tot mededeling over te gaan, hetgeen voor een bank neerkomt op een termijn van twee weken. In de zaak die leidde tot het arrest Hamm q.q./ABN Amro¹⁷ weigerde de curator om aan de pandhouder de voor mededeling en inning benodigde informatie te geven. De Hoge Raad bepaalde kort gezegd dat de curator de verplichting heeft om aan de pandhouder alle informatie te verstrekken aangaande de debiteuren die nodig is voor mededeling en inning.¹⁸ De pandhouder is in dat geval wel een vergoeding van de redelijke kosten verschuldigd. Indien de curator besluit *niet* af te zien van actieve inning, verkrijgt de pandhouder een boedelvordering met voorrang ter hoogte van het geïnde bedrag, of kan de curator in persoon aansprakelijk worden gesteld. Daarnaast was reeds in 2005 de regeling van de afkoelingsperiode (art. 63a Fw) aangepast, door toevoeging van onder meer art. 63b Fw. Op grond van deze bepaling kan de pandhouder ook tijdens de afkoelingsperiode mededeling doen en tot inning van de verpande vordering overgaan, maar dient hij de opbrengst bij een bewaarder te storten. Door deze drie arresten en wetswijziging werd de positie van de pandhouder die een pandrecht had verkregen op grond van een algemene omschrijving ook in faillissement behouden.

Met een algemene omschrijving in de pandakte van de te verpanden vorderingen was de verzamelpandakte echter nog geen feit. Nadat duidelijk was dat medewerking van de pandgever niet meer vereist was voor een rechtsgeldige verpanding (bij voorbaat) van alle vorderingen van de pandgever, kon de pandgever na ondertekening van de zogenaamde 'stampandakte' een volmacht verlenen voor de vervolgvorderingen. Zijn inbreng in de vorm van bijvoorbeeld computerlijsten was immers niet meer nodig. De vervolgvorderingen vonden eerst van tijd tot tijd plaats, vervolgens maandelijks met het oog op een eventueel faillissementsrisico, toen wekelijks en ten slotte iedere dag. Om de verpanding van de vorderingen verder te vereenvoudigen werden in de dagelijks te registreren pandakte alle vorderingen van *alle* pandgevers verpand, onder verwijzing naar de aan de bank daartoe verleende volmachten. Aldus kon voortaan voor de dagelijkse verpanding (bij voorbaat)

van alle vorderingen van alle pandgevers worden volstaan met één alomvattend document.

Stap 3: Het belang van een vlot functionerend kredietverkeer

Na de rechtspraak over het bepaaldheidsvereiste (1992-2002) en na de wetgeving en rechtspraak over inning door de pandhouder in faillissement (2005-2009) werd het tijd voor een eindoordeel in 2012-2013. In twee procedures, die na elkaar zijn begonnen, en waarbij in de tweede procedure is voortgebouwd op de argumenten die in de eerste procedure zijn aangevoerd, heeft de Hoge Raad de vanuit de praktijk wel tegen de verzamelpandakte aangevoerde technische bezwaren verworpen. In het arrest Dix q.q./ING¹⁹ uit 2012 oordeelde de Hoge Raad dat (in casu) geen sprake was van een onredelijk bezwarend volmachtbeding in de algemene voorwaarden dan wel van verboden Selbsteintritt en dat de vorderingen voldoende bepaald waren. In het arrest Van Leuveren q.q./ING²⁰ uit 2013, waar de volmacht pas in bijzonder beheer was afgegeven, en dus niet zoals bij Dix q.q./ING de volmachtverlening al had plaatsgevonden bij het aangaan van de kredietovereenkomst, als onderdeel van de algemene voorwaarden die van toepassing waren op de kredietfaciliteit, oordeelde de Hoge Raad in aanvulling hierop dat de volmachtverlening geen onverplichte rechtshandeling ex art. 42 Fw was en dat bij de verpanding evenmin sprake was van samenspanning ex art. 47 Fw. In beide arresten geeft de Hoge Raad aldus een oordeel over de vereisten die worden gesteld aan de verpandingsconstructie, waaruit de rechtsgeldigheid van de verzamelpandakte blijkt. Naast meer technische argumenten werd *tegen* het gebruik van de verzamelpandakte eveneens aangevoerd dat de uitkomst hiervan haaks zou staan op hetgeen de wetgever ooit zou hebben beoogd, namelijk een gelijke uitgangspositie voor de pandhouder en de beslaglegger. Er zou voor een gewone schuldeiser weinig overblijven om zich op te verhalen. In het arrest Dix q.q./ING stelt de Hoge Raad dat deze uitkomst weliswaar "moeilijk te verenigen" is met de opmerking in de parlementaire geschiedenis dat art. 3:239 BW ruimte laat voor gewone schuldeisers en dat de uitgangspunten in art. 3:276-3:277 BW hiermee "verregaand uitgehold" zouden zijn, maar de Hoge Raad stelt dat deze uitkomst gerechtvaardigd wordt. Het belang van de verpandingsconstructie is gelegen in een vlot functionerend kredietverkeer; ook gewone schuldeisers zijn gebaat bij ruimere financiering door banken (omdat zij dan betaald krijgen) en leveranciers kunnen hun eigen zekerheden, bijvoorbeeld een eigendomsvoorbehoud, bedingen. Wanneer in Van Leuveren q.q./ING wederom hetzelfde punt door de curator wordt aangedragen (namelijk een in diens ogen 'ongewenste' uitkomst van twintig jaar rechtsontwikkeling), en in dit geval de advocaat-generaal zich – in navolging van

16 Zie HR 22 juni 2007, JOR 2007/222 (ING/Verdonk q.q.).

17 Zie HR 30 oktober 2009, NJ 2010/96, JOR 2009/341 (Hamm q.q./ABN Amro). Zie over dit arrest uitgebreid T.H.D. Struycken en T.T. Zanten, 'Hamvragen omtrent de inning van stil verpande vorderingen in faillissement', *Tvl* 2010/9, p. 57.

18 Of de pandhouder inzage te geven in de administratie van de pandgever.

19 Zie HR 3 februari 2012, NJ 2012/261 (Dix q.q./ING).

20 Zie HR 1 februari 2013, NJ 2013/156 (Van Leuveren q.q./ING).

kritische geluiden in de literatuur en praktijk²¹ – kritisch blijkt te tonen,²² verzucht de Hoge Raad:

“4.1 [...] In het arrest Dix/ING zijn diverse bezwaren tegen (elementen van) deze constructie [van de verzamelpandakte] verworpen, waaronder het meer algemene bezwaar dat de aanvaarding van de constructie zou betekenen dat art. 3:239 lid 1 BW onaanvaardbaar wordt ondergraven omdat daardoor de verhaalsmogelijkheden van concurrente schuldeisers vrijwel illusoir worden gemaakt. Voor zover de middelen in de onderhavige zaak opnieuw aandacht vragen voor de positie van die schuldeisers, verdient opmerking dat het aan de wetgever [onderstreping auteurs] is om te beoordelen of hun belangen tegenover de belangen van een vlot functionerend kredietverkeer een sterkere positie zouden moeten innemen dan thans het geval is (vgl. hierover de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.30 e.v. en de mogelijkheid die daar onder 3.49 wordt genoemd).”

De Hoge Raad staat aldus weliswaar stil bij de oorspronkelijke (ruim twintig jaar geleden geformuleerde) intentie van de wetgever, maar legt voor een eventuele herziening van de in zijn rechtspraak tot stand gekomen, daarvan afwijkende uitkomst de bal bij de wetgever.²³

III. De strijd om de bodemzaken

3.1 Inleiding

Uit de vorige paragraaf blijkt dat in de strijd om vorderingen als verhaalsobject de pandhouders (veelal banken) in de jarenlange rechtsontwikkeling een belangrijke rol hebben gespeeld. Banken zijn – in het kader van de praktische uitvoerbaarheid van het uitwinnen van de zekerheidsrechten die hen werden toegekend in het kader van de benodigde zekerheid voor door de bank verstrekte leningen – met praktische oplossingen gekomen, die uiteindelijk tot de verzamelpandakte hebben geleid. In deze verschillende procedures heb-

ben zij een duidelijk, zwaarwegend belang voor ogen gehad: het eenvoudig kunnen verpanden van vorderingen ondanks de beperking in art. 3:239 lid 1 BW en het (zo nodig) ook kunnen innen van die vorderingen in faillissement. Hoewel ook de curatoren in de afzonderlijke procedures steeds een rol hebben gespeeld en daarbij opkwamen voor de belangen van de faillissementsboedel en de gezamenlijke schuldeisers, zijn zij in deze procedures vanzelfsprekend (ieder voor zich) in mindere mate te beschouwen als ‘repeat players’. In vrijwel iedere procedure is immers een andere curator opgetreden. De collectiviteit ‘de gezamenlijke schuldeisers’ bestaat uit (te)veel (steeds wisselende) gezichten. De gewone schuldeiser, om wiens belang het gaat, zelf blijft in een dergelijke procedure onzichtbaar. Van één solide partij is derhalve geen sprake geweest. Een ander kenmerk van de hiervoor geschetste rechtsontwikkeling is dat de wetgever na de invoering van het Burgerlijk Wetboek niet of nauwelijks meer in zicht is geweest.²⁴ De rechtsontwikkeling heeft vrijwel uitsluitend plaatsgevonden in de praktijk en in de rechtspraak.

In de hieronder te bespreken strijd om de bodemzaken ligt dit anders. Hoewel ook deze procedures in beginsel gevoerd werden (en nog zullen worden gevoerd) door enkele banken en leasemaatschappijen enerzijds en de (wederom wisselende) curatoren anderzijds, komen de curatoren in de procedures steeds (mede) op voor de belangen van de Ontvanger. De fiscus als procespartij vormt een constante factor in de procedures over bodemzaken. Ook heeft de wetgever een aantal keren op belangrijke punten de wet gewijzigd. De rechtsontwikkeling vertoont geen vloeiende lijn culmineerend in één eindpunt, zoals bij de verzamelpandakte, maar vertoont een meer grillig verloop.

3.2 Het bodemvoorrecht – de strijd tussen de pandhouder en de fiscus

Net als bij de verpanding van vorderingen, geldt ook voor de verpanding van roerende zaken dat deze in de praktijk om verschillende redenen stil plaatsvindt. De stille (of, minder zuiver, de bezitloze) verpanding van roerende zaken vindt plaats door een authentieke of geregistreerde onderhandse akte (art. 3:237 lid 1 BW), zonder dat, zoals bij de vestiging van openbaar pandrecht (art. 3:236 lid 1 BW), de roerende zaak wordt afgegeven aan de pandhouder. Voor de vestiging van een rechtsgeldig pandrecht gelden dezelfde vereisten op grond van art. 3:84 lid 1 BW jo. art. 3:98 BW. Anders dan de stille verpanding van vorderingen kan de stille verpanding (bij voorbaat) van roerende zaken onbeperkt plaatsvinden (art. 3:97 lid 1 BW jo. art. 3:98 BW). Is de schuldenaar (de pandgever) in verzuim of dreigt hij in verzuim te raken, dan kan de pandhouder de verpande roerende zaken opeisen (art. 3:237 lid 3 BW) om deze vervolgens paraat te (laten) executeren (art. 3:248 e.v. BW).

De fiscus heeft een voorrecht op (de executieopbrengst van) alle goederen van de belastingplichtige (art. 21 lid 1 IW). Dat

21 Zie voor een overzicht A.M. Mennens, ‘Over het verdelen van de taart in faillissement door middel van een carve-out regelingen’, *Tvl* 2013/38, met verdere verwijzingen.

22 Zie conclusie van A-G Timmerman vóór het arrest Van Leuven q.q./ING, nr. 3.30 e.v.

23 De Hoge Raad heeft de afgelopen jaren overigens vaker expliciet naar de wetgever verwezen. Zie bijvoorbeeld de beantwoording van de prejudiciële vraag over het bewijsbeslag (HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, *JOR* 2013/330); de beantwoording van de prejudiciële vraag inzake het consumentkrediet (HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *JOR* 2014/206); en het arrest inzake de herroeping van een ontbindingsbesluit (HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3677, *NJ* 2015/231, *JOR* 2015/33). Vgl. voorts de uitspraak van het hof in de zaak *SNS/Bilici*, die in cassatie in stand bleef (HR 26 april 2013, *NJ* 2014/186). Onze verwachting is dat de Hoge Raad in de toekomst in arresten (al dan niet naar aanleiding van prejudiciële vragen) vaker zijn rechtsvormende taak ten opzichte van de wetgever zal aangeven. Uit het arrest *Van Leuven q.q./ING* kan naar onze mening overigens niet worden afgeleid of de Hoge Raad het ook wenselijk acht dat de wetgever door middel van wetgeving opkomt voor de belangen van de schuldeisers zonder een pandrecht. Een aanwijzing voor een ontkennend antwoord op die vraag is dat de Hoge Raad in het arrest *Dix q.q./ING* drie goede redenen noemt voor een daarvan afwijkende uitkomst. De Hoge Raad had in een van de beide verzamelpandakte-arresten bovendien voor een andere oplossing kunnen kiezen, maar heeft daar om zijn moverende redenen van af gezien.

24 Eén uitzondering is de invoering van art. 63b Fw.

voorrecht komt in rang ná een pand- of hypotheekrecht op deze goederen (art. 3:279 BW). Het voorrecht gaat echter boven een pandrecht, voor zover dat pandrecht rust op een zaak die zich op de bodem van de belastingplichtige bevindt (de zogenaamde bodemzaak). Dit voorrecht wordt aangeduid als het bodemvoorrecht van de fiscus en vormt een uitzondering op art. 3:279 BW. Een bodemzaak is een roerende zaak die strekt tot enigszins duurzaam gebruik van het perceel overeenkomstig de daaraan gegeven bestemming (art. 22 lid 2 IW).²⁵ Inventaris zoals meubilair, machines, computers en heftrucks die op het terrein blijven, zijn bodemzaken. Voorraad zoals grondstoffen, producten en vrachtwagens zijn daarentegen geen bodemzaken. Een bodem is van de belastingplichtige als deze bodem feitelijk bij hem in gebruik is en hij daar onafhankelijk van derden toegang toe heeft, ongeacht of hij de eigenaar of de huurder daarvan is.²⁶ De fiscus behoudt zijn hogere voorrang ook als de bodemzaken zich niet langer op de bodem van de belastingplichtige bevinden in het geval dat de fiscus ofwel op een eerder moment beslag heeft gelegd op de zaken, ofwel indien het faillissement van de belastingplichtige is ingetreden op het moment dat de zaken zich nog wel op de bodem bevonden (art. 22 lid 2 IW). Eist de pandhouder de bodemzaken echter op voordat de fiscus daarop beslag heeft gelegd of voordat het faillissement is uitgesproken, dan vervalt deze hogere voorrang van de fiscus. De pandhouder kan zich in het faillissement dan rechtstreeks verhalen op de opbrengst en hoeft niet mee te delen in de algemene faillissementskosten en niet te wachten op het verbindend worden van de uitsluitingslijst (aangenomen dat de pandhouder en niet de curator tot parate executie overgaat). Het bodemvoorrecht is van relatief recente datum; pas in 1992 werd het ingevoerd bij de invoering van het fiduciaverbod (art. 3:84 lid 3 BW) en de vervanging van de fiduciaire zekerheidsoverdracht door het stil pandrecht, wat met zich bracht dat de positie van de fiscus aangetast dreigde te worden. Ook art. 57 lid 3 Fw is toen aangepast, op grond waarvan de curator de belangen van de fiscus dient te behartigen.²⁷

3.3 *Het bodem(verhaals)recht – de strijd tussen de derde-eigenaar en de fiscus*

Naast het bodemvoorrecht heeft de fiscus ook het recht om zich voor de in art. 22 lid 3 IW genoemde belastingschulden van de belastingplichtige te verhalen op de hiervoor genoemde bodemzaken, ook al behoren deze zaken niet aan hem, maar aan een derde toe. Dit bijzondere verhaalsrecht²⁸ dat reeds sinds de invoering van (de voorganger van) de (huidige) Invorderingswet 1990 (in 1845) bestaat, vormt

een uitzondering op art. 3:276 BW, waarin wordt bepaald dat een schuldeiser zich (slechts) kan verhalen op alle goederen van zijn schuldenaar (en daarmee niet op goederen van een derde). Ook in het faillissement van de belastingplichtige kan (en moet) de Ontvanger op deze bodemzaken beslag laten leggen om zijn verhaalsrecht te gelde te kunnen maken. Deze bodemzaken vallen immers niet in de faillissementsboedel, zodat art. 33 Fw niet van toepassing is. De desbetreffende derde-eigenaar kan tegen het beslag bezwaar maken (art. 22 lid 1 IW). Indien sprake is van reële eigendom van de derde-eigenaar, in die zin dat niet slechts sprake is van juridische, maar ook van economische eigendom (zoals bij *operational lease*), dan dient de fiscus deze eigendom te respecteren en kan de eigenaar aldus met succes verzet aantekenen.²⁹ Berust echter wel de juridische, maar niet de economische eigendom van de zaak bij de derde-eigenaar, zoals het geval is bij *financial lease* (huurkoop) of een eigendomsvoorbehoud, dan verhaalt de fiscus zich wel degelijk op de bodemzaken. De eigenaar (zoals een leasemaatschappij) kan het verhaal door de fiscus dan nog slechts voorkomen door tijdige opeising van de (aan hem toebehorende) bodemzaken. De leasemaatschappij heeft in het kader van het bodem(verhaals)recht derhalve eenzelfde belang bij opeising als de pandhouder in relatie tot het hierboven besproken bodemvoorrecht.

3.4 *Het bodemrecht: omstreden, maar stevig in het zadel*

Hoewel het bodemrecht omstreden is, zijn (herhaalde) pogingen om het bodemrecht te herzien of af te schaffen, gestrand. De Invorderingswet 1990 bevat de zogenaamde horizonbepaling (art. 70 IW), welke regelt dat art. 22 lid 3 IW op 1 januari 1993 zal komen te vervallen, tenzij voordien een wetsvoorstel met een definitieve regeling over het bodemrecht van de fiscus bij de Tweede Kamer is ingediend. Deze bepaling werd ingevoerd naar aanleiding van de maatschappelijke onrust over het bodemrecht en betreft in de kern de toezegging van de wetgever tot een nadere bezinning van het bodemrecht.³⁰ Tegen deze achtergrond werd in 1992 wetsvoorstel 22 942 ingediend, dat een definitieve regeling – of een formele afschaffing onder voorwaarde – van het bodemrecht (en bodemvoorrecht) zou beogen en in die zin een stok achter de deur zou vormen, maar wat sinds 1994 een slapend bestaan leidt.³¹ Een voorstel uit 2010 om dit wetsvoorstel samen met andere slapende wetsvoorstellen in te trekken heeft het “vanwege redenen van wetgevingstechnische aard” niet gehaald.³² Gelet op de maatschappelijke kritiek op het bodemrecht en het bodemvoorrecht blijkt uit de afgelopen twintig jaar dat beide stevig in het zadel zitten. Ook het Voorontwerp Insolventie-recht uit 2007, waarin het bodemrecht en bodemvoorrecht

25 Zie HR 9 december 2011, JOR 2012/33 (ING/Quint q.q.). De omschrijving in art. 22 lid 2 IW doet archaïsch aan en is achterhaald.

26 Deze maatstaf wordt ontleend aan HR 18 oktober 1991, NJ 1992/298 (*Big Dutchman/Ontvanger*), m.nt. H.J.Snijders. Zie ook HR 11 april 2014, NJ 2014/203 (*Ontvanger/Horeca Holding c.s.*), waarin ook de conclusie van A-G Rank-Berenschot interessant is. Zij meent dat het gegeven dat voor de hantering van het begrip ‘bodem’ geen duidelijke ratio bestaat, zich in dit arrest wrekt.

27 MvT, I^o gedeelte, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 404.

28 Wisselend aangeduid als het ‘bodemrecht’, ‘bodemverhaalsrecht’ of ‘bodembeslagrecht’.

29 Zie par. 22.8.10 van de Leidraad Invordering 2008.

30 Zie *Kamerstukken II* 1987/88, 20588, nr. 3, p. 9 en 67; en *Kamerstukken II* 1988/89, 20588, nr. 9, p. 8-9.

31 Zie *Kamerstukken II* 1988/89, 20588 nr. 9, p. 8-9; *Kamerstukken II* 1992/93, 22942, nr. 3, p. 1; *Kamerstukken II* 1989/90, 20588, nr. 9, p. 10; *Kamerstukken II* 1992/93, 22942, nr. 9.

32 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32417, nr. 47; *Kamerstukken II* 2010/11, 22942, nr. 10.

aan een grondige herziening werden ontworpen, heeft het niet gehaald. In 2010 bleek dat de controversiële suggesties daarin, zoals “de afschaffing van de preferenties van de fiscus”, hier mede een rol bij speelden.³³

3.5 De bodemverhuurconstructie als oplossing

Op de beperkingen die het bodemrecht opleverde voor pandhouders en derde-eigenaren, volgde reactie vanuit de praktijk. In de strijd om de bodemzaken kan de fiscus haar recht relatief eenvoudig veiligstellen door daarop executoriaal beslag te laten leggen. De fiscus kan op grond van art. 14 IW zonder moeite een executoriale titel verkrijgen. Als de pandhouder zijn recht daarentegen slechts kan uitoefenen door de zaken van de bodem van de pandgever af te voeren (art. 3:237 lid 3 BW), staat hij daarmee in vergelijking met de fiscus op een achterstand. Bovendien is het afvoeren van bodemzaken een kostbare en risicovolle aangelegenheid. Niet alleen moeten kosten worden gemaakt voor het afvoeren, het opslaan en het verzekeren van de spullen, maar ook kunnen de zaken bij het vervoer beschadigd raken waardoor ze bij een eventuele verkoop minder opbrengen. En als de zaken zijn afgevoerd, is de kans op voortzetting van de onderneming meestal nihil. In de praktijk hebben banken en leasemaatschappijen daarom een manier gevonden om hun rechten ten opzichte van de fiscus veilig te stellen en de hiervoor genoemde problemen uit de weg te gaan. In plaats van de bodemzaken af te voeren, wordt de bodem van de belastingplichtige aan de pandhouder of derde-eigenaar (veelal bank en/of leasemaatschappij) verhuurd op een zodanige wijze dat het gebouw waarin of de grond waarop de bodemzaken zich bevinden niet langer als bodem van de belastingplichtige kwalificeert. In het zicht van faillissement wordt de huur vaak voor een periode van enkele maanden aangegaan, hetgeen voldoende is om de rechten van de bank en/of de leasemaatschappij veilig te stellen en de bodemzaken met voorrang te gelde te kunnen maken. De huurvorderingen worden aan de bank verpand en verrekend met de openstaande schuld van de belastingplichtige.

In de tussen de banken en leasemaatschappijen enerzijds en de fiscus en curator anderzijds gevoerde procedures hebben zich in de afgelopen twintig jaar verschillende ontwikkelingen voorgedaan, zowel in de rechtspraak als op het gebied van wetgeving, met wisselende uitkomsten voor de betrokken partijen. Hieronder zal dit nader worden toegelicht.

3.6 De aanval op de bodemverhuurconstructie en het Belastingplan 2013

Door de uitvinding van de bodemverhuurconstructie kon de pandhouder zijn rechten relatief sneller en eenvoudiger veiligstellen. Mede gelet op de informatievoorsprong die de pandhouder vaak had, liep de fiscus zijn hogere voorrang vaak mis. Als belangenbehartiger van de fiscus kon de curator de executieopbrengst daardoor vaak niet naar de boedel toetrekken. De bodemverhuurconstructie bleek in die zin een doorn in het oog van de fiscus. In 2011 werd der-

halve een oproep gedaan aan curatoren om te procederen over de bodemverhuurconstructie.³⁴ Deze oproep leidde tot verschillende procedures van curatoren tegen banken. Met onder meer een beroep op de faillissementspauliana werd getracht de bodemverhuurconstructie en de verpanding en de verrekening van huurvorderingen aan te tasten. Nog voordat de Hoge Raad echter uitspraak kon doen, werd middels het Belastingplan 2013 een nieuwe bepaling in de Invorderingswet opgenomen: art. 22bis IW.³⁵ Op grond daarvan heeft de pandhouder kort gezegd een meldingsplicht jegens de Ontvanger als hij de aan hem verpande zaken wil opeisen (al dan niet door een bodemverhuurconstructie met de pandgever aan te gaan). De pandhouder dient vervolgens een termijn van vier weken in acht te nemen en kan pas na kennisgeving door de Ontvanger, binnen een termijn van vier weken, overgaan tot uitoefening van zijn pandrecht. Bij niet-inachtneming van deze voorschriften dient de pandhouder een verklaring af te geven over de executiewaarde van de bodemzaken en deze executiewaarde aan de Ontvanger af te dragen.³⁶ De rechtvaardiging van de invoering van art. 22bis IW zou volgens het Ministerie van Financiën liggen in het ‘constructiebestendig’ maken van het bodemrecht. Door ‘verijdelingsconstructies’ dreigden het bodemrecht en bodemvoorrecht namelijk steeds meer een tandeloze tijger te worden, zo stelde het Ministerie van Financiën.³⁷

De aan de Hoge Raad voorgelegde vraag boette hiermee aanzienlijk aan belang in. In het arrest Eringa q.q./ABN Amro³⁸ besliste de Hoge Raad in summere bewoordingen dat de afgifte van de bodemzaken door middel van de bodemverhuurconstructie niet paulianeus kan zijn, aangezien de afgifte een feitelijke handeling betreft. De verrekening van de huurvorderingen is niet in strijd met art. 54 Fw, omdat bij het aangaan van een overeenkomst geen sprake is van schuldovertrekking. Verschillende auteurs hebben zich al afgevraagd in hoeverre dit korte – maar stevige – oordeel samenhangt met de invoering van art. 22bis IW.³⁹ Zoals annotator Schuijling opmerkt is het “op zijn minst ironisch dat, kort nadat de wetgever de constructie aan banden heeft gelegd, de Hoge Raad weinig laakbaars lijkt te zien in de bodemverhuurconstructie. Het arrest komt in zoverre als mosterd na de maaltijd”.⁴⁰ Hoe het ook zij, door de invoering van art. 22bis IW sloeg de balans, na het oordeel van de Hoge Raad over de bodemverhuurconstructie in het voordeel van de pandhouder en de eigenaar, weer terug in het voordeel van de fiscus.

33 Aanhangsel Handelingen II 2010/11, nr. 1014.

34 Zie A.J. Tekstra, ‘De geforceerde restyling van het bodemrecht’, *FIP* 2012/7, p. 230.

35 *Kamerstukken II* 2012/13, 33402, nr. 3.

36 *Kamerstukken II* 2012/13, 33402, nr. 3, p. 18; A.J. Tekstra, ‘Het bodemrecht van de fiscus anno 2013’, *Ondernemingsrecht* 2013/51, p. 7.

37 *Kamerstukken II* 2012/13, 33402, nr. 3, p. 16.

38 HR 21 juni 2013, *JOR* 2013/320 (*Eringa q.q./ABN Amro*), m.nt. B.A. Schuijling.

39 Zie bijvoorbeeld R. van den Bosch, ‘Hoge Raad 21 juni 2013, *LJN* BZ7199 (*Eringa q.q./ABN Amro Bank*)’, *Tvl* 2013/46.

40 Zie de annotatie van B.A. Schuijling bij HR 21 juni 2013, *JOR* 2013/320 (*Eringa q.q./ABN Amro*).

Ongeveer in dezelfde periode diende de Hoge Raad eveneens te oordelen over de mogelijkheid van opeising van bodemzaken in surseance van betaling. Anders dan in faillissement (mogen en) dienen preferente schuldeisers in surseance van betaling beslag te leggen om zo hun voorrang veilig te stellen, waarbij het een kwestie is van 'wie het eerst komt, wie het eerst maalt'. Ook als het gaat om het bodemvoorrecht van de fiscus is de voorrang in surseance pas veiliggesteld indien de fiscus beslag heeft gelegd op de bodemzaken (of – later – indien het faillissement is uitgesproken). Is in surseance een afkoelingsperiode afgekondigd, dan belet dit de pandhouder de bodemzaken op te eisen, maar kan de fiscus daarentegen wel beslag leggen. Dit verschil tussen faillissement en surseance van betaling is in art. 241c Fw – waarvan de tekst (vrijwel) identiek is aan die van art. 63c Fw – echter niet tot uitdrukking gekomen. Daarnaast ziet art. 241c lid 2 Fw strikt genomen slechts op het geval dat een derde eigenaar is van de door de fiscus beslagen bodemzaken, zo blijkt uit de zinsnede 'die niet aan hem toebehoort'. In het hierna nog nader te bespreken Singulus-arrest⁴¹ stond een dergelijke situatie centraal; tijdens de afkoelingsperiode in surseance van betaling had de fiscus in deze zaak beslag doen leggen op bodemzaken die in eigendom waren van de lessor. Uit dit arrest werd echter nog niet duidelijk of art. 241c lid 2 Fw ook ziet op beslagen bodemzaken welke in eigendom van de sursiet zelf zijn, maar waarop een stil pandrecht rust. Deze vraag werd echter wel beantwoord in het arrest Rabobank/Danvo.⁴² In deze procedure stelde de pandhouder dat indien hij per deurwaardersexploot aanspraak maakt op afgifte van de verpande zaken, de fiscus een later gelegd beslag niet aan hem kan tegenwerpen. Met het oog op het Singulus-arrest lag het in de lijn der verwachting dat de Hoge Raad hierin zou meegaan; in dat arrest oordeelde de Hoge Raad immers kort gezegd dat het frustreren tijdens een afkoelingsperiode van de bevoegdheid tot opeising van de derde-eigenaar door middel van het leggen van bodembeslag door de fiscus, onacceptabel is. Verrassend genoeg wijst de Hoge Raad de vordering van de pandhouder echter af, waarbij hij naast enkele juridisch-technische argumenten wijst op de recente invoering van art. 22bis IW. Hoewel A-G Wuisman meende dat aan de invoering van art. 22bis IW geen gewicht diende toe te komen, blijft de Hoge Raad aldus dicht bij (de signalen van) de wetgever. De Hoge Raad lijkt (de strekking van) de nieuwe bepaling – nog voor de daadwerkelijke invoering daarvan – reeds maatgevend te laten zijn in zijn beoordeling (ook al is de bepaling niet rechtstreeks van toepassing op de situatie die hij diende te beoordelen). De uitkomst van de arresten van de Hoge Raad is daarmee wisselend in het voordeel van de pandhouder en eigenaar enerzijds en dat van de fiscus (en in diens verlengde, curator) anderzijds.⁴³

41 Zie HR 17 oktober 2008, NJ 2009/92 (Ontvanger/Singulus).

42 HR 13 december 2013, NJ 2014/88, m.nt. F.J.M. Verstijlen.

43 Een einde aan de strijd om de bodemzaken tussen pandhouder en Ontvanger is er hiermee echter niet gekomen. Uit de praktijk komen geluiden dat zich nieuwe discussies voordoen omtrent het bepalen van de af te dragen executiewaarde en de vraag naar de toepassing van art. 22bis IW bij het op andere wijze verwijderden van zaken van de bodem van de belastingplichtige.

3.7 Een redelijke verdeling van belangen

Over de gehele linie gezien lijkt de Hoge Raad in de besproken arresten tot een redelijke verdeling van de belangen van de pandhouder en eigenaar en de fiscus en curator te komen. Dit geldt ook voor zijn overige rechtspraak. In het arrest Aerts q.q./ABN Amro uit 1998⁴⁴ oordeelde de Hoge Raad bijvoorbeeld dat voordat de curator een bedrag bij de pandhouder kan opvorderen, eerst de fiscus uit het vrije boedelactief moet worden voldaan. Hoewel de fiscus zelf niet als partij bij deze zaak betrokken was, werkt het arrest wel gunstig uit. Ook werd in dit arrest bepaald dat voor het voorrecht van de fiscus niet de (formele) belastingaanslag, maar het ontstaan van de materiële belastingschuld beslissend is. Dit laatste werd herhaald in het arrest ABN Amro/Curatoren Koverta uit 2003.⁴⁵ Echter, hoewel de Hoge Raad in dit arrest zijn standpunt uit Aerts q.q./ABN Amro bevestigt, wordt het hier behaalde voordeel voor de fiscus genuanceerd, daar de twee andere in dit arrest voorliggende kwesties juist in het voordeel van de pandhouder werden beslist. De Hoge Raad bepaalde namelijk dat de curator zich niet, namens de fiscus, kan beroepen op het bodemvoorrecht ter zake van belastingschulden die materieel pas zijn ontstaan na datum van faillissement/surseance. Een pandhouder met een pandrecht tot zekerheid voor een prefaillissementsvordering zou daarom niets te duchten hebben van de Ontvanger met een boedelvordering.⁴⁶ Daarnaast wijkt het pandrecht niet voor het bodemrecht van de fiscus voor wat betreft een verhoging van belastingen die (op aangifte) afgedragen moeten worden wegens het niet tijdig afdragen hiervan door de belastingplichtige. Tot slot bepaalde de Hoge Raad in het arrest Verdonk q.q./Ontvanger uit 2002⁴⁷ dat onder het vrije boedelactief moet worden verstaan het actief na omslag van de algemene faillissementskosten, hetgeen in het nadeel werkt van de pandhouder, voor wie immers minder over zal blijven. Uit dit drietal arresten blijkt aldus dat het getouwtrek van de fiscus (via de curatoren) enerzijds en de pandhouder (veelal een bank) anderzijds resulteert in een krachtenspel, waarbij de Hoge Raad als lijnrechter tot een evenwichtige verdeling van de belangen tracht te komen.

Tot een dergelijke evenwichtige verdeling van de belangen van de derde-eigenaar en de fiscus kwam de Hoge Raad eveneens in het hiervoor reeds aangehaalde Singulus-arrest.⁴⁸ Met de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek per 1 januari 1992 werd de mogelijkheid tot het gelasten van een afkoelingsperiode in art. 63a Fw opgenomen.⁴⁹ Al snel bleek echter dat de derde-eigenaar hierdoor in een nadeliger positie terecht kwam. Terwijl de derde-eigenaar of stil pandhouder tijdens deze afkoelingsperiode namelijk niet in staat was tot het opeisen van bodemzaken, bleef het leggen

44 Zie HR 26 juni 1998, NJ 1998/745 (Aerts q.q./ABN Amro).

45 Zie HR 28 november 2003, JOR 2004/30 (ABN Amro/Curatoren Koverta).

46 Zie hierover uitgebreid Faber in zijn noot bij HR 28 november 2003, JOR 2004/30 (ABN Amro/Curatoren Koverta).

47 Zie HR 12 juli 2002, NJ 2002/437 (Verdonk q.q./Ontvanger).

48 Zie HR 17 oktober 2008, NJ 2009/92 (Ontvanger/Singulus).

49 Kamerstukken II 1980/81, 16593, nr. 3, p. 153-154.

van beslag door de fiscus op diezelfde bodemzaken daarentegen wel mogelijk. Eind jaren '90 nam de wetgever de kritiek hierop ter harte en voorzag in reparatiewetgeving in de vorm van art. 63c Fw, op grond waarvan de eigenaar zijn recht op de bodemzaak eveneens veilig kan stellen indien hij bij deurwaardersexploot aanspraak maakt op afgifte van de zaak.⁵⁰ Anticiperend op de invoering van art. 63c Fw overweegt de Hoge Raad in het *Singulus*-arrest, dat speelde met betrekking tot 'oud' recht, dat de afkoelingsperiode ertoe strekt de belangen van de boedel veilig te stellen, en niet om de fiscus daardoor onredelijk te bevoordelen. Opvallend is dat de benadering van de Hoge Raad afwijkt van die van A-G Huydecoper, die meent dat het de fiscus wel vrij zou staan het gelegde bodembeslag tegen te werpen aan de derde-eigenaar, ondanks het deurwaardersexploot tot afgifte. Beide redeneringen zijn navolgbaar en passen in het systeem van de wet.⁵¹ De Hoge Raad anticipeert in het nadeel van de fiscus op de invoering van art. 63c Fw.

Tot slot kan nog worden gewezen op een drietal recente arresten. In het *Showroom*-arrest⁵² oordeelde de Hoge Raad dat showroommodellen geen bodemzaken zijn, waarin beslist werd in het voordeel van de pandhouder en/of eigenaar en als gevolg waarvan het begrip bodemzaak duidelijker wordt afgebakend. Het arrest *Amstel Lease/Ontvanger*⁵³ had eveneens betrekking op de omvang van het bodemrecht, maar werd beslist in het voordeel van de fiscus. De Hoge Raad besliste kort gezegd dat het beëindigen van de financial leaseovereenkomst de leasemaatschappij ten opzichte van de fiscus niet in een betere positie brengt, omdat daardoor nog geen sprake is van reële eigendom van de leasemaatschappij. Ook is voor het uitoefenen van het bodemrecht geen vereiste dat het economisch eigendom van de bodemzaken bij de belastingplichtige rust; voldoende is volgens de Hoge Raad dat de zaken zich op de bodem van de belastingplichtige bevinden. Verder spreekt de Hoge Raad zich in het recente arrest *Ontvanger/Horeca Holding c.s.*⁵⁴ uit in het voordeel van de eigenaar. Hij oordeelt namelijk dat indien de exploitatie van een op de bodem uitgeoefende onderneming per faillissementsdatum staakt, het perceel feitelijk niet meer in gebruik is bij de belastingplichtige, waardoor ook geen sprake meer is van een bodem van de belastingplichtige in de zin van art. 21-22 IW.

4. Conclusie

Tussen de beide, hiervoor geschetste opvallende en belangrijke rechtsontwikkelingen bestaat een aantal opvallende verschillen. Een eerste verschil betreft de partijen. De strijd om vorderingen als verhaalsobject is gevoerd door de pand-

houder (veelal banken) enerzijds en de (steeds wisselende) curatoren van de gezamenlijke schuldeisers anderzijds. De gewone schuldeiser is in deze procedures onzichtbaar gebleven. Van één solide partij tegenover de pandhouder is geen sprake geweest. De strijd om de bodemzaken daarentegen heeft twee duidelijke spelers gekend, namelijk de fiscus (al dan niet vertegenwoordigd door curatoren) enerzijds en de pandhouder en eigenaar (veelal banken) anderzijds. Ten tweede, de rechtsontwikkeling inzake de verpanding van vorderingen vertoont een vloeiende lijn culminerend in één eindpunt, de verzamelpandakte, in het voordeel van de pandhouder. De rechtsontwikkeling inzake de strijd om de bodemzaken daarentegen vertoont een meer grillig verloop, waarbij de weegschaal wisselend naar beide partijen is doorgeslagen.

Het derde en mogelijk belangrijkste verschil is echter de rol van de wetgever. Aan de rechtsontwikkeling inzake de strijd om de bodemzaken heeft de wetgever uitdrukkelijk bijgedragen door middel van nieuwe wetgeving. Maar in de twintig jaar rechtsontwikkeling inzake de verzamelpandakte heeft de wetgever niet of nauwelijks van zich laten horen. Deze rechtsontwikkeling is uitsluitend bepaald door praktijkoplossingen en rechtspraak. Het verbaast dan ook niet dat de Hoge Raad de wetgever in het laatste arrest uitdrukkelijk prikkelt tot een inhoudelijke stellingname.

50 *Kamerstukken II* 1999/00, 27244, nr. 3.

51 Zie de annotatie van Van Schilfgaarde bij HR 17 oktober 2008, *NJ* 2009/92 (*Ontvanger/Singulus*), waarin de verschillen in benadering tussen de Hoge Raad en de A-G worden besproken. Zie ook W.M.T. Keukens, 'Beslag tot afgifte versus bodembeslag tijdens afkoelingsperiode (HR 17 oktober 2008, *RvdW* 2008, 954, C07/082HR (*Ontvanger/Singulus*))', *Bb* 2008/76, p. 3.

52 Zie HR 9 december 2011, *NJ* 2011/600 (*Quint q.q./ING Bank*).

53 Zie HR 9 november 2012, *NJ* 2013/510 (*Amstel Lease/Ontvanger*).

54 Zie HR 11 april 2014, *NJ* 2014/203 (*Ontvanger/Horeca Holding c.s.*).