

Over de samenloop van pandrecht, bodemvoorrecht en boedelvorderingen

Mr. T.B. de Clerck, datum 21-09-2016

Datum

21-09-2016

Auteur

Mr. T.B. de Clerck^[1]

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Vakgebied(en)

Insolventierecht / Faillissement

In het arrest HR 15 april 2016, JOR 2016/215 (Van der Maas q.q./Heineken) oordeelde de Hoge Raad dat een boedelschuldeiser die ook een pandrecht heeft op bodemzaken, zijn pandrecht op die bodemzaken in beginsel mag uitwinnen ongeacht het bodemvoorrecht van de belastingdienst en de boedelvordering van de curator.

1. Inleiding

In dit arrest (HR 15 april 2016, JOR 2016/215) heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de vraag naar de positie van een separatist met een boedelvordering, en de verhouding van die separatist tot de fiscus met een bodemvoorrecht en de curator met een boedelvordering, in een situatie met een negatieve boedel.

Het betreft een ingewikkelde casus, die aanleiding geeft de 'samenloop' van zekerheden, bodemvoorrecht (het voorrecht van de fiscus dat boven een pandrecht gaat voor zover het pandrecht rust op roerende zaken die zich op de bodem van de belastingschuldige bevinden), boedelvorderingen (vorderingen die na datum faillissement ontstaan en een onmiddellijke aanspraak op de boedel geven) en faillissementsvorderingen (vorderingen ontstaan voor datum faillissement) nader te bestuderen.

Het arrest raakt daarnaast nog aan het onderscheid tussen boedel en gefailleerde en de lege boedel-problematiek, onderwerpen die ik na het bespreken van de casus en de samenloop, kort zal aanstippen.

2. Analyse arrest

2.1 Feiten en procesverloop

Casus

Heineken Nederland B.V. (hierna: Heineken), verhuurde een discotheek aan Lithium Entertainment, handelend onder de naam Megaclub L.E.F. (hierna LEF), voor € 250.000,- per jaar. Tot zekerheid van onder andere haar vorderingen uit hoofde van de huurovereenkomst verkreeg Heineken in 2008 een (vuistloos) pandrecht op onder meer de bedrijfsinventaris. De fiscus heeft op 13 april 2011 executoriaal beslag gelegd op diezelfde bedrijfsinventaris voor een vordering uit hoofde van loonheffing en omzetbelasting. Kort daarna, op 31 mei 2011, wordt LEF failliet verklaard. De curator liet in eerste instantie de huurovereenkomst in stand teneinde een doorstart te realiseren, maar heeft toen dat mislukte alsnog op 7 september 2011 (met instemming van Heineken) de huur met onmiddellijke ingang opgezegd. De huur over de boedelperiode bedroeg ruim € 80.000,-. Heineken executeerde vervolgens haar pandrecht op de inventaris door verkoop en levering aan zichzelf voor € 50.000,-. De curator eiste afdracht van de executieopbrengst op grond van art. 57 lid 3 Fw jo. art. 21 lid 2 Invorderingswet 1990 en stelde dat het bodemvoorrecht van de fiscus op de bedrijfsinventaris vóór het pandrecht van Heineken ging. De rechtbank stelde de curator in het ongelijk en het hof bekrachtigde dit vonnis.

Cassatie

In cassatie neemt de curator drie stellingen in:

- i. Heineken heeft op grond van art. 39 Fw een vordering op de boedel en (dus) niet op LEF. Het is niet mogelijk een pandrecht te vestigen ten behoeve van een (toekomstige) (boedel)vordering die is gebaseerd op art. 39 Fw;
- ii. het bodemvoorrecht van de fiscus kan tegen Heineken als boedelcrediteur worden ingeroepen indien de curator ex art. 57 lid 3 Fw afgifte vordert van de executieopbrengst van de inventaris die onder het bodemvoorrecht valt; en

- iii. gezien de negatieve boedel kan Heineken zich niet verhalen op de executieopbrengst zonder rekening te houden met het faillissement. De executieopbrengst dient mede te worden aangewend voor gedeeltelijke voldoening van de boedelvorderingen die hoger gerangschikt zijn dan de vordering van Heineken, zoals die van de curator voor zijn salaris.

Bij het behandelen van de eerste stelling van de curator stelt de Hoge Raad voorop dat uit het arrest *Koot/Tideman q.q.* (HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291) volgt dat een faillissement op zichzelf geen wijziging brengt in verbintenissen uit overeenkomst, daaronder begrepen een ten tijde van de faillietverklaring lopende wederkerige duurovereenkomst. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat dit niet anders is in geval van een huurovereenkomst. Weliswaar kan de curator de huur beëindigen op grond van art. 39 Fw, maar als de curator dit niet doet duurt de huurverhouding van voor het faillissement ongewijzigd voort. In die huurverhouding geldt dus nog steeds de gefailleerde, en niet de boedel, als huurder.

De vraag of een pandhouder staande het faillissement van zijn pandgever verhaal kan nemen op de opbrengst van de uitwinning van voorafgaand aan het faillissement gevestigde pandrechten voor een vordering die is ontstaan op of na de dag van de faillietverklaring had de Hoge Raad reeds bevestigend beantwoord in het arrest *DLL/Van Logtesteyn q.q.* (HR 16 oktober 2015, *JOR* 2016/20), mits die vordering voortvloeit uit een op de dag van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde. De Hoge Raad bevestigt hier dat dit ook geldt indien een verhuurder een pandrecht van zijn huurder heeft bedongen tot zekerheid van betaling van toekomstige huurpenningen. Dat art. 39 Fw de huurvorderingen vanaf de dag van de faillietverklaring tot boedelvorderingen promoveert doet daar niet aan af. De Hoge Raad overweegt dat die promotie uit hoofde van art. 39 Fw uitsluitend tot doel heeft de positie van de verhuurder in het faillissement van zijn huurder te versterken. Daarmee zou niet rijmen een uitleg als door de curator bepleit waarbij de promotie tot boedelschuld ertoe zou leiden dat de verhuurder (Heineken) haar boedelvordering niet meer onder haar pandrecht zou kunnen verhalen. Dan zou immers art. 39 Fw kunnen leiden tot een verslechtering van de positie van de verhuurder, aldus de Hoge Raad (overigens was Heineken in deze specifieke casus met een boedelvordering die niet te verhalen is onder haar pandrecht niet slechter af geweest dan met een faillissementsvordering die wel te verhalen was onder haar pandrecht, zie hierna onder 2.2). Het is dus mogelijk een pandrecht te vestigen ten behoeve van een (toekomstige) (boedel)vordering uit hoofde van art. 39 Fw en het pandrecht van Heineken geldt dus ook voor haar boedelvordering.

Ten aanzien van de tweede stelling van de curator – dat de curator het bodemvoorrecht van de fiscus kan inroepen tegen Heineken op de voet van art. 57 lid 3 Fw – overweegt de Hoge Raad in lijn met het hof dat belangenbehartiging door de curator als bedoeld in art. 57 lid 3 Fw in dit geval niet aan de orde is. De fiscus heeft immers een (weliswaar preferente) faillissementsvordering, en die concurreert niet met de boedelvordering van Heineken. Er is dus geen sprake van een ‘bevoorrechte schuldeiser die in rang boven de pandhouder gaat’, als bedoeld in art. 57 lid 3 Fw.

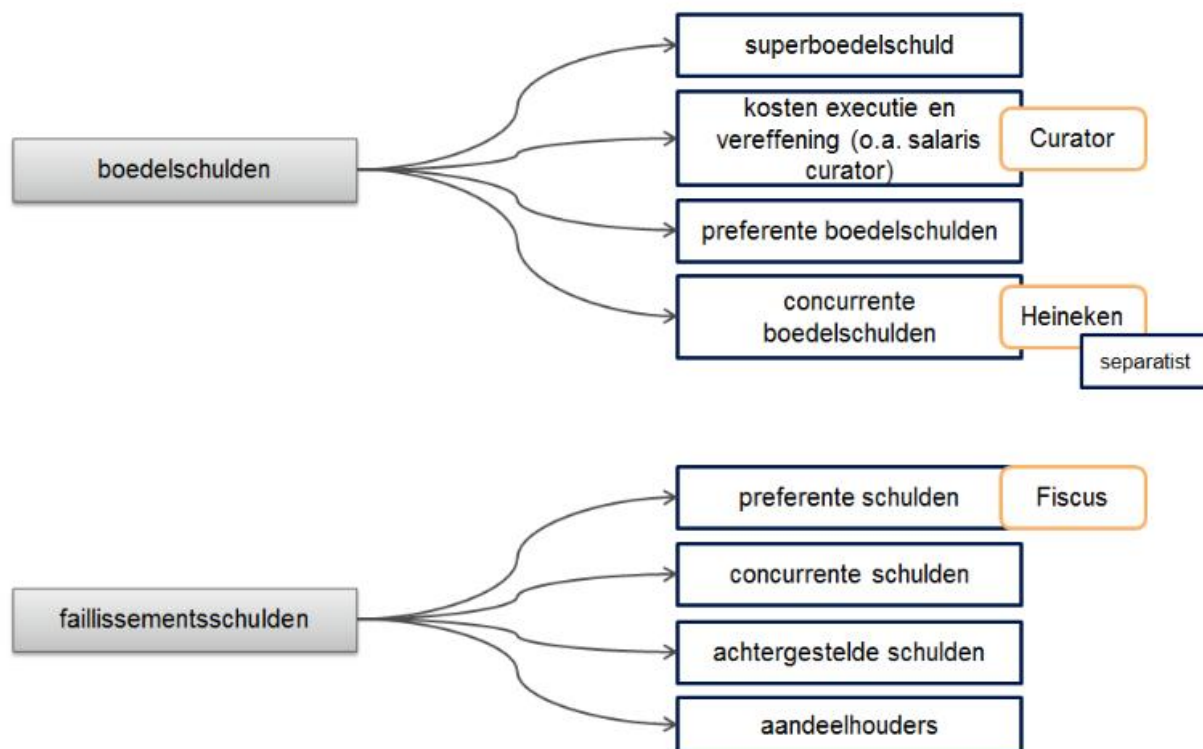
Ook de derde en laatste stelling van de curator gaat niet op. De boedelvordering van de curator is weliswaar hoger gerangschikt dan de boedelvordering van Heineken, maar Heineken was tevens separatist en kon haar pandrecht uitoefenen alsof er geen faillissement was (art. 57 lid 1 Fw). Heineken wordt aldus niet betrokken in de omslag van de algemene faillissementskosten (art. 182 lid 1 Fw) en dus kan de curator zich niet op de executieopbrengst verhalen voor zijn salaris.

Conclusie

Heineken kan zich als separatist met een boedelvordering dus zowel de curator (met een hoger gerangschikte boedelvordering) als de fiscus (met een bodemvoorrecht) van het lijf houden.

2.2 Rangorde en samenloop in faillissement

Hieronder is de rangorde van schulden in een faillissement weergegeven, met daarbij de verschillende posities die de hoofdrolspelers in dit arrest innamen.



Boedelschulden en faillissementsschulden

Boedelschulden zijn schulden die pas kunnen ontstaan na datum faillissement. Boedelschuldeisers kunnen zich in beginsel op de goederen van de failliet verhalen zonder rekening te houden met het faillissement. De boedelcrediteur hoeft zijn vordering niet ter verificatie in te dienen, hij heeft een onmiddellijke aanspraak op de boedel. Een 'rangorde' van boedelschulden, zoals hiervoor weergegeven, doet zich dan ook alleen voor wanneer het totaal aan boedelschulden de activa in de boedel overstijgt (zgn. 'negatieve boedel') (zie HR 28 september 1990, NJ 1991/305 (*De Ranitz q.q./Ontvanger*)).

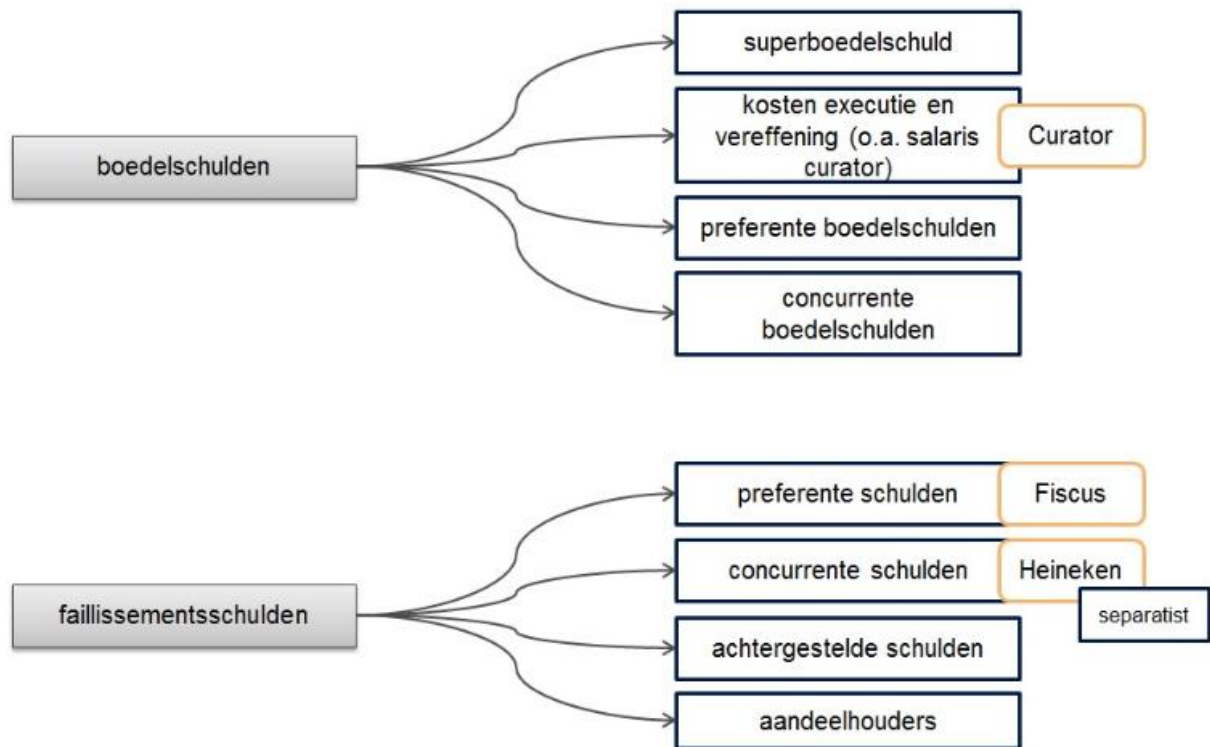
Boedelschulden dienen scherp onderscheiden te worden van de faillissementsschulden (pre-faillissementsvorderingen). Aan betaling van faillissementsschulden kan pas worden toegekomen nadat de boedelschulden volledig zijn voldaan. Een faillissementsvordering (zoals van de fiscus in onderhavige casus) concurreert dan ook niet met een boedelvordering (zoals van Heineken). Van belangenbehartiging door de curator ex art. 57 lid 3 Fw kan in een dergelijke situatie derhalve geen sprake zijn.

Art. 57 lid 3 Fw

Dat is ook logisch gezien de ratio van art. 57 lid 3 Fw, dat beoogt te voorkomen dat een schuldeiser die in rang boven een pandhouder gaat, in geval van faillissement van zijn schuldenaar achter het net vist omdat hij zijn rechten alleen kan uitoefenen in het faillissement, en de pandhouder kan executeren alsof er geen faillissement is. De opbrengst van de executie blijft dan immers buiten het faillissement, en dus kan de hoger gerangschikte schuldeiser daarop geen aanspraak maken. Voor die gevallen biedt art. 57 lid 3 Fw bescherming, omdat de curator dan de belangen behartigt van de hoger gerangschikte schuldenaar.

Verhouding Heineken – fiscus

In de onderhavige casus had art. 57 lid 3 Fw wel gespeeld wanneer Heineken een concurrente faillissementsvordering had gehad (zie hieronder).



Dan was de fiscus immers wél een bevoorrechte schuldeiser die in rang boven de pandhouder ging, en had de curator op de voet van art. 57 lid 3 Fw de executieopbrengst op kunnen eisen ten behoeve van de fiscus. Voor zover in casu de executieopbrengst hoger was geweest dan de boedelvordering van Heineken, had voor het overschot dus ook deze situatie gegolden. De huurvorderingen van Heineken van voor datum faillissement kwalificeren immers als concurrente faillissementsvorderingen.

Overigens, voor de fiscus maakte deze discussie per saldo niet uit. Indien de curator ex art. 57 lid 3 Fw de executieopbrengst had kunnen opeisen, zou de fiscus mee hebben gedeeld in de omslag van de algemene faillissementskosten op de voet van art. 182 Fw (i.e. het salaris van de curator). Gezien de negatieve boedel zou er niets resteren voor de fiscus als faillissementsschuldeiser.

Verhouding Heineken – curator

In de verhouding tot de curator profiteert Heineken van haar positie als separatist. De boedelvordering van Heineken moet in geval van een negatieve boedel in beginsel de salarismvordering van de curator voor laten gaan. Als pandhouder kon Heineken echter executeren alsof er geen faillissement was, en volgt geen omslag van de algemene faillissementskosten. De executieopbrengst behoort niet tot het boedelactief en de curator heeft ook niet de bevoegdheid de executieopbrengst op te eisen ten behoeve van de boedel, nu Heineken zich als boedelcrediteur daarop verhaalt. Was Heineken geen separatist geweest dan had zij de salarismvordering van de curator wel tegen zich moeten laten gelden.

Conclusie

Het is dus de combinatie van separatist en boedelschuldeiser die Heineken in casu een erg sterke positie verschafte. Was Heineken immers wel boedelschuldeiser maar geen pandhouder geweest, dan had zij (gezien de negatieve boedel) de salarismvordering van de curator voor moeten laten gaan. Was Heineken wel pandhouder maar geen boedelschuldeiser geweest, dan had de curator op de voet van art. 57 lid 3 Fw de executieopbrengst op kunnen eisen ten behoeve van de fiscus.

Zoals hiervoor opgemerkt was een van de overwegingen van de Hoge Raad dat, wanneer de door de curator voorgestane uitleg van art. 39 Fw zou worden gevolgd (een verhuurder tevens pandhouder verliest zijn zekerheidsrecht door de omzetting tot huurvordering ex art. 39 Fw in een boedelvordering), de positie van de verhuurder door de omzetting tot boedelschuld – in weerwil van de bedoeling van die omzetting – zou *kunnen* verslechteren. Voor Heineken was dat in casu

niet het geval geweest. Immers, ook wanneer de huurvordering van Heineken *niet* tot een boedelschuld zou zijn gepromoveerd, had zij de executieopbrengst af moeten staan (op de voet van art. 57 lid 3 Fw). Ingeval de promotie tot boedelschuld gepaard zou gaan met een verlies van haar zekerheidsrecht (de door de curator voorgestane uitleg van art. 39 Fw), was Heineken dus niet slechter af geweest dan wanneer geen promotie tot boedelvordering zou hebben plaatsgevonden. De Hoge Raad heeft echter niet van belang geacht dat de verhuurder daadwerkelijk nadeel zou ondervinden, maar heeft de kans op nadeel voldoende geacht om de uitleg van de curator niet te volgen. Dat is ook wel begrijpelijk, nu art. 39 lid 1 laatste zin Fw tot doel heeft de positie van de verhuurder te *versterken*, en dat doel in ieder geval niet bereikt wordt bij een uitleg als door de curator voorgestaan.

2.3 Overige punten

Onderscheid tussen boedel en gefailleerde?

De curator probeerde een onderscheid te maken tussen enerzijds de boedel en anderzijds de gefailleerde als verschillende rechtspersonen: hij betoogde dat de huurvordering van Heineken na faillissement een vordering op de boedel was, en de huurvordering tot faillissement een vordering op de gefailleerde. Met Polak^[2] en Faber^[3] ben ik het eens dat een dergelijk onderscheid niet bestaat. De boedel wordt weliswaar beheerd door de curator, maar blijft het vermogen van de gefailleerde. Het is dan ook de gefailleerde die schuldenaar is van de boedelschulden (naast de faillissementsschulden). Het onderscheid is wel te maken waar het betreft het belang; in voorkomende gevallen kan er een verschil bestaan tussen het belang van de boedel en het belang van de gefailleerde. Dat speelt bijvoorbeeld bij het hiervoor besproken art. 39 Fw. De Hoge Raad overwoog in 2013 (HR 15 november 2013, *NJ* 2014/68) dat art. 39 Fw berust op een afweging van enerzijds het belang van de boedel tot voorkoming van het oplopen van schulden en anderzijds het belang van de verhuurder bij betaling van de huurprijs, en dat die afweging niet mede strekt tot bescherming van het belang van de gefailleerde. In het onderhavige arrest overweegt de Hoge Raad zoals gezegd dat nog steeds de gefailleerde – en niet de boedel – als huurder heeft te gelden. Deze overweging moet gelezen worden in de context van de voorafgaande overweging dat de huurovereenkomst ongewijzigd voortduurt, en beoogt mijns inziens niet te suggereren dat de boedel een aparte rechtspersoon is, maar maakt een onderscheid tussen deze situatie en de situatie waarin de curator na faillissement namens de boedel een huurovereenkomst aangaat.

Lege boedel-problematiek

In dit arrest probeerde de curator uiteindelijk zijn eigen salaris veilig te stellen. Weliswaar werd de vordering van de fiscus als grondslag aangevoerd, maar voor de fiscus was na omslag van de algemene faillissementskosten niets overgebleven. Daarmee past dit arrest in een (groeïend) rijtje van arresten waarin de curator op een creatieve wijze tracht zijn eigen werkzaamheden vergoed te krijgen.^[4] Dit is een situatie die voortkomt uit de legeboedelproblematiek. Over die problematiek is al het nodige geschreven,^[5] en bij alle betrokkenen lijkt het besef aanwezig dat er een oplossing dient te komen.^[6] Zolang er echter nog geen oplossing is geïmplementeerd, zullen curatoren (begrijpelijkerwijs) de grenzen van de wet en rechtspraak blijven opzoeken teneinde in ieder geval voldoende activa in de boedel te laten vloeien om hun eigen salaris te voldoen, en zullen arresten als het onderhavige daarvan het gevolg zijn.

3. Conclusie en key take-aways

De twee belangrijkste *take-aways* uit dit arrest zijn: (i) dat een pandrecht (mede) gevestigd kan worden voor een (toekomstige) boedelvordering en (ii) dat een separatist met een boedelvordering een zeer sterke positie inneemt. In de praktijk verdient het voor bedrijfsjuristen aanbeveling om een pandrecht zodanig vorm te geven dat er geen twijfel over kan bestaan dat het mede te gelden heeft voor (toekomstige) boedelvorderingen. In het onderhavige arrest had de curator nagelaten een beroep te doen op specifieke omstandigheden waaruit zou volgen dat de pandakte geen betrekking had op de boedelvordering, maar niet uitgesloten is dat een dergelijke discussie in de toekomst door curatoren wel gevoerd zal worden. Van belang is het dus om die discussie voor te zijn, en aldus in de gunstige positie van separatist met een boedelvordering te geraken.

Daartoe kan het ook strategisch voordelig zijn om, in geval van een huurovereenkomst, het aan de curator te laten deze op te zeggen, teneinde op die manier de huurovereenkomst zo lang mogelijk voort te laten duren na faillissement. Alle huurtermijnen vanaf de datum faillissement zijn immers van rechtswege op grond van art. 39 Fw boedelschuld, en het zou zeer wel kunnen dat een pandrecht alleen voor die boedelvorderingen tot opbrengst voor de pandhouder zal leiden. We zagen immers dat Heineken in deze casus voor haar faillissementsvorderingen geen verhaal had kunnen nemen op de executieopbrengst, omdat de fiscus een bodemvoorrecht had.

Tot slot, als men eenmaal in de positie van separatist met een boedelvordering verkeert is het zaak het pand- of hypotheekrecht uit te winnen voordat een eventueel door de curator gestelde termijn ex art. 58 Fw verloopt. Indien immers de curator uitwint en de executieopbrengst eenmaal in de boedel is gevloeid, is het slechts via de weg van de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator mogelijk de volledige executieopbrengst vergoed te krijgen, zo weten we sinds HR

Voetnoten

[1]

Mr. T.B. de Clerck is advocaat te Amsterdam en werkzaam bij NautaDutilh N.V.

[2]

N.J. Polak, M. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2011.

[3]

In zijn noot onder dit arrest, *JOR* 2016/215.

[4]

Vgl. bijv. (in 2015 en 2016) HR 5 februari 2016, *JOR* 2016/83 (*Rabobank/Verdonk q.q.*), HR 6 februari 2015, *JOR* 2015/309 (*Welage q.q./Rabobank*) en HR 16 januari 2015, *JOR* 2015/308 (*T/Van der Molen q.q.*).

[5]

Zie bijv. recentelijk nog F.M.J. Verstijlen in zijn annotatie onder het arrest *Hoeksma/Trade*, 18 december 2015, *NJ* 2016/172, S. Renssen in haar bespreking van hetzelfde arrest in *MvO* 2016/2.1 en artikelen over de problematiek van art. 58 Fw zoals dat van C.E. Goosmann en R.A. Couperus in *TvI* 2012/12.

[6]

Vgl. bijv. het rapport Voorstellen wijzigingen Faillissementswet Commissie INSOLAD van 13 december 2012 (zie https://static.basenet.nl/cms/105928/website/voorstellen-wijziging-fw_12-2012.pdf). Volgens dit voorstel dient de pandhouder die het verpande te gelde maakt een bepaald percentage van het verpande aan de curator af te dragen.

[7]

HR 5 februari 2016, *JOR* 2016/83 (*Rabobank/Verdonk q.q.*).