

veroordeelt [geïntimeerden] in de proceskosten gevallen aan de zijde van SMC c.s. en tot op heden begroot op

In eerste aanleg:

- nihil aan verschotten en € 6.422,- aan salaris voor de advocaat;

In hoger beroep:

- € 5.290,75 (€ 77,75 (explootkosten) + € 5.213,- (griffierecht)) aan verschotten en € 13.740,- (drie punten, tarief VIII) aan salaris voor de advocaat;

In het incidenteel hoger beroep

verwerpt het incidenteel hoger beroep;

veroordeelt [geïntimeerden] in de kosten van het incidenteel hoger beroep gevallen aan de zijde van SMC c.s. en tot op heden begroot op nihil aan verschotten, € 2.290,- (half punt, tarief VIII) aan salaris voor de advocaat en € 131,- aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met € 68,- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van de uitspraak dan wel, wat betreft het bedrag van € 68,-, na de datum van betekening, moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van veertien dagen;

verklaart dit arrest ten aanzien van deze kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. H.J. van Kooten, A.J.M.E. Arpeau en M.H. van der Woude, en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 28 november 2017 in aanwezigheid van de griffier.

RI 2018/20

HOF 'S-HERTOGENBOSCH

5 december 2017, nr. 200.179.386_02

(Mrs. J.A.M. van Schaik-Veltman, O.G.H. Milar, M.W.M. Souren)

Art. 57 lid 3, 182 Fw; art. 21 lid 2 Invorderingswet 1990

ECLI:NL:GHSHE:2017:5460

Bodemvoorrecht. Omslag faillissementskosten.

Geldt art. 57 lid 3 Fw ook als na omslag van de faillissementskosten per saldo niets aan de Ontvanger kan worden uitgekeerd?

De moedervennootschap verhuurt aan haar dochtervennootschap (werkmaatschappij) bedrijfs-hallen. Daarin bevinden zich bedrijfsmiddelen die de moedervennootschap van de leasemaatschappij heeft geleased (financial lease). De doch-

tervennootschap is hoofdelijk verbonden voor de verplichtingen van de moedervennootschap. De geleasede zaken zijn aan de leasemaatschappij vuistloos verpand. De leasemaatschappij zegt de leaseovereenkomst op 29 april 2009 op. Op 12 mei 2009 wordt de dochtervennootschap op eigen aangifte in staat van faillissement verklaard. Op dat moment is de bodem van de dochtervennootschap.

De curator heeft de verpande bedrijfsmiddelen verkocht en de opbrengst gesepareerd in afwachting van de uitkomst van een procedure tegen of schikking met de leasemaatschappij. De curator meent dat de opbrengst hem toekomt op grond van art. 57 lid 3 jo. art. 182 Fw en art. 21 lid 2 Invorderingswet, omdat het vrije boedelactief onvoldoende is om de schuld aan de Ontvanger te voldoen. De leasemaatschappij meent dat de opbrengst haar toekomt, omdat de curator geen belang heeft bij het beroep op het art. 57 lid 3 Fw: de Ontvanger zal uiteindelijk niets toekomen, nu de opbrengst lager is dan het boedeltekort.

Hof: De curator is ingevolge art. 57 lid 3 Fw gehouden mede het belang van de Ontvanger uit hoofde van art. 21 lid 2 lw te behartigen, tenzij de Ontvanger van zijn recht op voorrang afziet (zie art. 21.6 Leidraad Invordering 2008). Die beslissing is niet aan de curator, zodat de curator geen onrechtmatig handelen of misbruik van bevoegdheid kan worden verweten. Een voldoende belang hoeft niet steeds te ontbreken indien in enige situatie een vordering per saldo niet tot enig door de Ontvanger te ontvangen bedrag leidt. De wetgever heeft ervoor gekozen dat de rechten van de stille pandhouder moeten wijken, voor zover het stille pandrecht rust op bodemzaken en er sprake is van belasting-schulden als genoemd in art. 22 lid 3 lw, dat in een faillissementssituatie de curator gehouden is dat belang te behartigen en dat het aan de Ontvanger toekomende door de faillissementskosten wordt ingeperkt. De omstandigheid dat de Ontvanger ten gevolge van de omslag van de faillissementskosten per saldo mogelijk niets van de opbrengst van de bodemzaken zal ontvangen, doet niet af aan het algemeen belang van de Ontvanger om vorderingen van de fiscus zoveel mogelijk te incasseren. Daarbij geldt dat het voor de stille pandhouder geen verschil maakt in welke mate de opbrengst ten gevolge van de omslag van het faillissementskosten niet aan de Ontvanger wordt uitgekeerd nu de stille pandhouder geen hoger bedrag aan de opbrengst van de bodemzaken hoeft af te dragen dan maximaal het bedrag van de onbetaald gebleven belastingvordering waarvoor het voorrecht geldt.

Zie ook:

- HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1547, NJ 2002/437 (Verdonk q.q./Ontvanger);

- HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2690, NJ 1998/745 (Aerts q.q./ABN AMRO);
- Kortmann & Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Heruitgave Van der Feltz II 1897* (Onderneming en Recht nr. 2-II), Deventer: Wolters Kluwer 2016;
- B. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2)* (Wessels Insolventierecht nr. III), Deventer: Wolters Kluwer 2014, par. 3469.

Wenk:

Inleiding. In deze zaak gaat het over de bevoegdheid van de curator de belangen van de Ontvanger met toepassing van art. 57 lid 3 Fw te behartigen. In de kern is de vaag of de curator een beroep op art. 57 lid 3 Fw toekomt indien duidelijk is dat de Ontvanger, gelet op de omvang van de algemene faillissementskosten, uiteindelijk niets van de opbrengst van de vuistloos verpande zaken zal ontvangen.

Art. 57 lid 3 Fw. Een pandhouder, zoals in dit geval de leasemaatschappij, mag in faillissement het pandrecht uitoefenen alsof er geen faillissement was. Dat geldt ook indien er bevoorrechte schuldeisers zijn die in rang boven het pandrecht gaan, zoals in dit geval de Ontvanger. Pas bij de verdeling van de opbrengst speelt de hoger bevoorrechte schuldeiser een rol. Het belang van die schuldeiser wordt behartigd door de curator (art. 57 lid 3 Fw). De bevoorrechte positie van de Ontvanger is gebaseerd op art. 21 lid 2 Iw en betreft ten hoogste het bedrag van de belastingschuld, voor zover die niet uit het zogenaamde vrije boedelactief kan worden voldaan (zie de Leidraad Invoering 2008, art. 14.1.4 en 21.3). De opbrengst, althans het daarvoor in aanmerking komende gedeelte, ontvangt de curator voor de Ontvanger. Daarmee lijkt die opbrengst buiten het bereik van de pandhouder gebracht. Op grond van art. 182 lid 1 Fw mogen de algemene faillissementskosten over de opbrengst worden omgeslagen. Het eventuele restant komt aan de bevoorrechte schuldeiser toe. Het is afhankelijk van het gerealiseerde boedelactief en de omvang van de algemene faillissementskosten of er zo een restant zal zijn.

Belang? De vraag is of de curator het belang van de bevoorrechte schuldeiser ook mag behartigen, indien al op voorhand vaststaat – zoals in dit geval – dat geen enkele uitkering aan die bevoorrechte schuldeiser zal kunnen plaatsvinden. Luidt het antwoord ontkennend, dan is het gevolg dat de opbrengst aan de pandhouder zal toevallen. Bijgevolg (ook weer op grond van art. 182 lid 1 Fw) zal geen omslag van de faillissementskosten plaatsvinden. Het verstrekkende gevolg van een ontkennende beant-

woording is dat de pandhouder een voordeel zou hebben, ten koste van de bevoorrechte schuldeiser én de boedel, juist in een geval waarin de algemene faillissementskosten omvangrijk zijn. Dat gevolg lijkt weinig aannemelijk, nu in een geval waarin na omslag van de algemene faillissementskosten bijvoorbeeld nog € 100 aan de Ontvanger kan worden uitgekeerd, de Ontvanger en de curator wel een belang zouden hebben en de opbrengst de pandhouder toch ontgaat; de rest van de opbrengst zal dan via de omslag van de algemene faillissementskosten naar de boedel gaan. De ontkennende beantwoording ligt gelet op het systeem van de wet ook niet voor de hand. In gelijke zin oordeelt het hof met verwijzingen. Mogelijk dat de bevoorrechte schuldeiser uiteindelijk geen belang heeft, maar de boedel heeft dat wel. Met dat belang van de boedel is in art. 182 lid 1 Fw nu juist rekening gehouden. Kennelijk is dat voor de hand liggend, want aan dat uitgangspunt is bij de wijziging van art. 182 lid 1 Fw geen enkele overweging gewijd (Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, 2-II*), p. 239).

Tot slot. De pandhouder mag, ook als er een bevoorrechte schuldeiser is, in beginsel zijn pandrecht uitoefenen en de opbrengst naar zich toehalen. Hij moet er wel rekening mee houden dat als er een vordering van de bevoorrechte schuldeiser is die niet uit het vrije boedelactief kan worden voldaan, de opbrengst tot maximaal het niet voldane gedeelte van de bevoorrechte vordering aan de curator als belangenbehartiger voor die bevoorrechte schuldeiser moet worden afgedragen. Met die afdracht lijkt elk belang van de pandhouder verdwenen, ook al zou geen enkele afdracht aan de bevoorrechte schuldeiser plaatsvinden. In dat geval heeft de in ieder geval de boedel een belang.

J.A. Stal

Arrest in de zaak van:

[Lease N.V.] Lease N.V., appellante, hierna aan te duiden als [appellante], advocaat: mr. D.J. Bos te Utrecht,

tegen
Mr. [curator], in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van [de vennootschap], geïntimeerde, hierna aan te duiden als de curator, advocaat: mr. F.A. van Tilburg te Breda, op het bij exploit van dagvaarding van 21 september 2015 ingeleide hoger beroep van de vonnissen van 30 april 2014 en 1 juli 2015, door de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda, gewezen tussen [appellante] als gedaagde in conventie, eiseres in (voorwaardelijke) reconventie en de curator als eiser

in conventie, verweerder in (voorwaardelijke) reconventie.

Hof:

1 *Het geding in eerste aanleg (zaak-/rolnummer C/02/275539/HA ZA 14-37)*

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormelde vonnissen.

2 *Het geding in hoger beroep*

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep;
- de memorie van grieven tevens inhoudende eiswijziging in reconventie;
- de memorie van antwoord (met acht producties, de producties A t/m H);
- de akte uitlating producties van [appellante] van 13 september 2016;
- het pleidooi, waarbij beide partijen pleitnotities hebben overgelegd.

Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

3 *De beoordeling*

3.1. Het hoger beroep is mede ingesteld tegen het tussenvonnis van 30 april 2014. Dat vonnis is echter een vonnis op de voet van art. 131 Rv. Ingevolge voormeld artikel staat tegen een dergelijk vonnis geen hogere voorziening open zodat [appellante] in het tegen dat vonnis ingestelde hoger beroep niet ontvankelijk zal worden verklaard.

3.2.1. Het gaat in deze zaak om het volgende: a [De vennootschap] (verder: [de vennootschap]), gevestigd te [plaats], exploiteerde een onderneming die halffabricaten produceerde van technisch kunststof. De productie vond plaats in bedrijfshallen op een bedrijfsterrein aan de [adres] te [plaats]. [De vennootschap] huurde het terrein van haar moedervennootschap, [moedervennootschap] (verder: [moedervennootschap]). Het machinepark, waarmee de halffabricaten werden geproduceerd, behoorde voor 47% in eigendom toe aan [de vennootschap] en voor 53% aan van [moedervennootschap].

b Ter financiering van het machinepark heeft [moedervennootschap] met [Lease] Lease Maatschappij N.V., de rechtsvoorganger van [appellante], op 31 mei 2007 een financial leaseovereenkomst (verder: de leaseovereenkomst) gesloten. [De vennootschap] heeft zich bij akte van 25 april 2007 hoofdelijk verbonden voor al hetgeen [Lease] Lease ([appellante]) te vorderen zou hebben uit hoofde van leaseovereenkomsten die door [moedervennootschap] en/of [de vennootschap] waren of zouden worden gesloten.

c Tot meerdere zekerheid voor de nakoming van al hetgeen [moedervennootschap] en [de

vennootschap] aan [appellante] nu of te eniger tijd verschuldigd mochten blijken te zijn uit welken hoofde ook, hebben [moedervennootschap] en [de vennootschap] bij akte van 25 april 2007 een (bezitloos) pandrecht gevestigd op de gehele bedrijfsinventaris en de bedrijfsuitrusting, waaronder in ieder geval begrepen het machinepark.

d [Appellante] heeft de financiering van [de vennootschap] op 29 april 2009 beëindigd door opzegging van de leaseovereenkomst. [Appellante] had op dat moment uit hoofde van de leaseovereenkomst een bedrag te vorderen van € 1.136.633,56. Op 1 mei 2009 heeft [appellante] van de voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant verlot gekregen om ten laste van [moedervennootschap] beslag tot afgifte te doen leggen op de verpande roerende zaken. De in executoriale vorm uitgegeven grosse is op 6 mei 2009 aan [moedervennootschap] betekend.

e Op 6 mei 2009 hebben [appellante] en [moedervennootschap] een overeenkomst (prod. 6 cva) ondertekend, waarin [appellante] heeft aangegeven bereid te zijn om tegen betaling van een bedrag van € 750.000,= finale kwijting te verlenen aan [moedervennootschap], onder voorwaarde dat dit bedrag uiterlijk 7 mei 2009 voor 16:00 uur wordt voldaan, bij gebreke waarvan [moedervennootschap] medewerking zal verlenen aan een bodemverhuurconstructie met ingang van vrijdagochtend 8 mei 2009 om 10:00 uur.

f [Moedervennootschap] heeft dit bedrag niet voldaan. Op 8 mei 2009 heeft in het door [de vennootschap] gehuurde bedrijfspand van [moedervennootschap] een gesprek plaatsgevonden tussen (de heer [medewerker 1 van appellante] van) [appellante] en (twee bestuurders van) [moedervennootschap], waarin namens [moedervennootschap] aan [appellante] is meegedeeld dat niet meegewerkt zou worden aan een bodemverhuurconstructie. Nadat één van de bestuurders van [moedervennootschap] was weggegaan, heeft de andere bestuurder van [moedervennootschap], de heer [bestuurder 1], de sleutels van het bedrijfspand aan de heer [medewerker 1 van appellante] toegeworpen met de woorden: 'zoek het verder maar uit', waarna ook hij het bedrijfspand heeft verlaten. [Appellante] heeft vervolgens de bedrijfsactiviteiten laten stilleggen, sloten laten vervangen, de bedrijfshallen laten afsluiten en formulieren laten ophangen aan de overhead- en loopdeuren, waarop vermeld stond dat het verboden is de bedrijfsruimte te betreden. Alleen de kantoorruimte was zonder medewerking van [appellante] voor [moedervennootschap] en [de vennootschap] nog vrij toegankelijk.

g Op 8 mei 2009 (van 16.15 t/m 18.00 uur) heeft de gerechtsdeurwaarder A [gerechts-

deurwaarder] een proces-verbaal (prod. 7 cva) opgemaakt van een in aanwezigheid van de heer [medewerker 1 van appellante] (het hoofveronderstelt: [medewerker 1 van appellante]) van [appellante] en de heer [directeur van bureau], directeur bij het [bureau], opgestelde inventarisatie van de in het pand aanwezige machines gemaakt met bijbehorende foto's.

h Op maandag 11 mei 2009 heeft [de vennootschap] zich toegang tot de bedrijfshallen verschaft, waarna de productie is voortgezet.

i [De vennootschap] is bij vonnis van 12 mei 2009 (prod. 10 inl. dagv.) op eigen aangifte in staat van faillissement verklaard. Bij dit vonnis is de curator in zijn hoedanigheid aangesteld. Na de faillietverklaring is de bedrijfsvoering van [de vennootschap] niet direct stilgelegd, maar voortgezet.

j Bij email van 23 juli 2009 (prod. B mva) heeft aan [appellante] ([medewerker 2 van appellante]) onder meer het volgende bericht:

"(...)

2-Parate executie

Zoals ik hieronder nog een keer zal uiteenzetten, ben ik van mening dat de activa van [de vennootschap] stil zijn verpand aan [Lease] Lease. U heeft als pandhouder het recht op parate executie, ondanks faillissement. U heeft al aangegeven dat u daarvan gebruik wilt maken. Op zich heb ik daar geen bezwaar tegen, maar ik wijs u volledigheidshalve wel op art. 57 lid 3 Fw: ten behoeve van de fiscus zal ik haar voorrechten op de opbrengst van de goederen hebben uit te oefenen. Ik behoud mij dus in dat kader alle rechten voor. Overigens heeft de fiscus, zoals wij ook al meerdere keren bespraken, op alle goederen beslag gelegd op 20 mei 2009, hetgeen blijkt uit de bijlage (beslagstukken fiscus). (...)3-Bodemrecht fiscus
Zoals ik al eerder in mijn email van 14 juli jl aangaf, ben ik van oordeel dat u de betreffende goederen in de week voorafgaand aan het faillissement (12 mei 2009) niet in vuistpand heeft genomen (...) Maar nog los daarvan: het gaat niet zozeer om de vraag of u de feitelijke macht had over de zaken, maar veeleer om de vraag of het bodemzaken waren of niet. Ik heb aangegeven dat de bodem van [de vennootschap] nooit onttrokken is geweest aan [de vennootschap]. [De vennootschap] huurt tot en met de dag van vandaag het o.g. van [moedervenootschap], hetgeen niet veranderde doordat u zonder toestemming van [de vennootschap], de sloten van een aantal deuren van de opstallen heeft vervangen. (...) Op datum faillissement trof ik een toegankelijk en werkend bedrijf aan. [De vennootschap] had volledig de beschikking over dat bedrijf. Ik kan niet anders dan feitelijk constateren dat u op dat moment geen vuistpandrecht

(want niet de feitelijke macht) had en dat de roerende zaken zich op de bodem van [de vennootschap] bevonden. Ik beseft dat wij met betrekking tot dit laatste punt diametraal ten opzichte van elkaar staan. (...)"

k Bij een mede door [appellante] ondertekende overeenkomst van 25 augustus 2009 (prod. C mva) hebben de curator en [moedervenootschap] het totale machinepark (machines en inventaris) verkocht tegen een koopprijs van € 366.600,= ex btw voor de machines van [de vennootschap] en een koopprijs van € 413.400,= ex btw voor de machines van [moedervenootschap].

l In voormelde overeenkomst is in de considerans onder meer opgenomen:

"5. [Lease] Lease meent dat zij ingevolge haar pandrecht recht heeft op de opbrengst van de machines en inventaris. De curator meent dat dit ingevolge art. 57 lid 3 Fw. (het bodemvoorrecht van de fiscus) voor wat betreft de opbrengst van de goederen van [de vennootschap] niet het geval kan zijn. De fiscus meent dat dit ingevolge artikel 22 lid 3 Inv Wet in ieder geval voor wat betreft een deel van de [moedervenootschap] ook niet het geval kan zijn. Partijen zijn daarover met elkaar in discussie, of zijn in ieder geval van plan daarover op korte termijn met elkaar in discussie te gaan. 6. Desalniettemin wensen alle partijen de machines en inventaris aan Koper vrij van pandrechten en beslagen te verkopen, en spreken zij in dat kader het volgende af."

m In de overeenkomst is verder ten aanzien van het bedrag van € 366.600,= voor de machines van [de vennootschap] overeengekomen dat dit bedrag zal worden betaald op de derdenrekening van de curator en dat de curator die verkoopopbrengst 'in overleg met [Lease] Lease via de derdengeldenrekening van zijn kantoor zal (laten) beheren, totdat er door een rechterlijke instantie onherroepelijk zal zijn beslist of op deze opbrengst het bodemvoorrecht rust als bedoeld in artikel 21 Invorderingswet of totdat [Lease] Lease en de Curator daarover schriftelijk overeenstemming hebben bereikt'.

n Volgens het tussentijds financieel verslag van de curator van 25 maart 2014 bedraagt het saldo op de boedelrekening circa € 15.656,00, het totaal van de nog te betalen boedelschulden circa € 423.725,00 en de vordering van de Ontvanger als bedoeld in artikel 22 lid 3 Invorderingswet 1990 ruim € 764.000,00.

o In een brief d.d. 12 januari 2015 (prod. 11 akte [appellante] d.d. 11 februari 2015, tevens prod. G mva) aan de Ontvanger verwijst de advocaat van [appellante] naar een tussentijds verslag van de curator van 22 september 2014 waaruit blijkt van een vrij actief van circa € 16.774,=, boedelschulden van circa

€ 423.725,= en fiscale vorderingen als bedoeld in art. 22 lid 3 van de Invorderingswet 1990 van circa € 764.785. De advocaat van [appellante] schrijft in deze brief onder meer:

“(…) De boedelschulden zullen naar verwachting nog toenemen. De stand van de boedel is dusdanig dat de preferente en concurrente crediteuren geen enkele uitkering zullen ontvangen, terwijl de boedelcrediteuren (de curator met een vordering tot voldoening van salaris en enkele andere crediteuren) enkel een gedeelte van hun vorderingen voldaan zullen krijgen. (...)”

De advocaat van [appellante] concludeert in deze brief dat de aanspraak van de curator op de voet van art. 57 lid 3 Fw op het bodemvoorrecht van de belastingdienst niet tot enige uitkering aan de belastingdienst zal leiden en verzoekt de belastingdienst dit te bevestigen. De advocaat van [appellante] behoudt zich in de brief namens [appellante] uitdrukkelijk het recht voor om, indien de belastingdienst van mening blijft dat de curator namens haar aanspraak op de opbrengst van de bodemzaken kan maken, de belastingdienst op grond van onrechtmatig handelen aan te spreken voor de door [appellante] dientengevolge geleden schade.

p In voormelde brief wordt verwezen naar een eerder verzoek van [appellante] aan de Ontvanger om af te zien van de aanspraak op het bodemvoorrecht en naar een e-mail van 5 september 2013 van de Ontvanger met de mededeling dat het Ministerie niet akkoord gaat met een afzien door de belastingdienst van haar aanspraak op het bodemvoorrecht. De advocaat van [appellante] verzoekt in zijn brief om die eerdere beslissing te heroverwegen en om alsnog afstand te doen van de aanspraak op het bodemvoorrecht.

3.2.2. De curator heeft, na wijziging van eis bij conclusie van repliek, in het geding in eerste aanleg gevorderd:

I. een verklaring voor recht dat de verkoopopbrengst van de machines van [de vennootschap] van € 366.600 toebehoort aan de boedel;

II. veroordeling van [appellante] om te gehengen en gedogen dat voormelde verkoopopbrengst zal worden uitbetaald aan de curator;

III. veroordeling van [appellante] tot betaling van buitengerechtigde kosten van € 20.906,24;

IV. veroordeling van [appellante] in de proceskosten, inclusief nakosten, en te vermeerderen met wettelijke rente bij niet voldoening van die kosten binnen veertien dagen na het te wijzen vonnis.

heeft in voorwaardelijke reconventie (voor het geval de vordering in conventie zou worden afgewezen) de veroordeling van de curator

gevorderd om te bewerkstelligen dat het bedrag van € 366.600 aan haar wordt voldaan en tot veroordeling van de curator in de proceskosten.

3.2.3. Bij het vonnis van 1 juli 2015 heeft de rechtbank de vorderingen I en II van de curator geheel toegewezen en vordering III tot een bedrag van € 4.000,=. De rechtbank verwees [appellante] in de proceskosten en kwam aan de voorwaardelijke vordering in reconventie niet toe.

3.2.4. [Appellante] is van het vonnis van 1 juli 2015 in hoger beroep gekomen. Zij heeft tegen dat vonnis 52 grieven aangevoerd en geconcludeerd tot vernietiging van dat vonnis, afwijzing alsnog van de gehele door de curator ingestelde vordering en toewijzing alsnog van haar vordering in (voorwaardelijke) reconventie. [Appellante] heeft deze laatste vordering in hoger beroep gewijzigd en onvoorwaardelijk ingesteld. De gewijzigde vordering komt erop neer dat [Lease N.V.] in reconventie thans vordert, kort samengevat:

(1) een verklaring voor recht betreffende gedragsregels die door de Ontvanger (en de curator die handelt ex art. 57 lid 3 Fw) in acht dienen te worden genomen in een situatie dat het voorrecht van de Ontvanger mede rust op stil verpande zaken waar de Ontvanger ingevolge art. 21 lid 2 Invorderingswet 1990 de stille pandrechten niet hoeft te eerbiedigen, indien uitoefening van het voorrecht op die zaken ten gevolge van de aan de uitoefening verbonden kosten niet tot uitkering van enig bedrag aan de Ontvanger leidt.

(2) een verbod aan de curator om de executieopbrengst ad € 366.600 uitgekeerd te krijgen anders dan door het verzoeken van een rangregeling als bedoeld in art. 3:253 BW en/of art. 480 Rv e.v. en/of art. 57 lid 4 Fw en/of via de in de Faillissementswet aangewezen procedures.

(3) afdracht van de executieopbrengst aan [appellante].

Voor de precieze formulering van de gewijzigde vordering in reconventie verwijst het hof naar onderdeel 5.4 van de memorie van grieven.

3.2.5. De curator heeft zijnerzijds geen (incidenteel) hoger beroep ingesteld, zodat zijn vordering III, voor zover afgewezen, in hoger beroep niet meer ter discussie staat en hetzelfde geldt voor de beslissing van de rechtbank dat de toewijzing van de vorderingen I en II van de curator niet uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard.

Het hof acht door de grieven het geschil in volle omvang aan zijn oordeel onderworpen en zal de grieven gezamenlijk bespreken. Het hof neemt daarbij tot uitgangspunt dat [appellante] in het onderhavige geding niet betwist dat ten tijde van de faillietverklaring van [de vennootschap] de bodem bij de gefailleerde in

gebruik was, dat zij de rechtmatigheid van het bodemvoorrecht van de Ontvanger op de verpande bodemzaken niet betwist (mvg 1.9) en dat niet is gesteld of gebleken dat de vordering van de Ontvanger uit ander vrij actief van de gefailleerde kan worden voldaan.

3.3.1. In dit hoger beroep staan de volgende vragen ter discussie:

(a) Kan de curator in dit geding op grond van de door [appellante] mede ondertekende overeenkomst van 25 augustus 2009 naast een antwoord op de vraag of aan de Ontvanger een bodemvoorrecht toekomt op de opbrengst van de goederen van [de vennootschap] tevens de afgifte van de opbrengst van die goederen vorderen?

(b) Heeft de curator ex art.57 lid 3 Fw wel een belang van de Ontvanger te behartigen indien van de gerealiseerde executieopbrengst van de bodemzaken na omslag van de algemene faillissementskosten daarover niets resteert voor de Ontvanger en de opbrengst daarmee louter ten goede komt van de boedelkosten (waaronder het salaris van de curator)?

(c) Heeft [appellante] op 8 mei 2009 de stil verpande zaken door ter beschikkingstelling van de bodem in vuistpand verkregen en zijn haar die door onrechtmatig handelen van [moeder-vennootschap] (wederrechtelijke in bezitneming van de bedrijfsruimte) weer ontnomen? Zo ja, handelen de Ontvanger en/of de curator in dat geval onrechtmatig jegens [appellante] door ten aanzien van de op die bodem aanwezige zaken een bodemvoorrecht te doen gelden en moet hun om die reden (onrechtmatig profiteren van door [moeder-vennootschap] en [de vennootschap] gepleegde wanprestatie en/of onrechtmatige daad) een beroep op het bodemvoorrecht worden ontzegd?

3.3.2. *Ad (a):*

Het hof verwerpt het standpunt van [appellante] dat in het onderhavige geding de vordering van de curator tot afgifte van de opbrengst niet aan de orde zou kunnen komen. [Appellante] heeft onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld die tot een dergelijke beperkte uitleg van de overeenkomst van 25 augustus 2009 kunnen leiden. In tegendeel, zonder bijzondere, door [appellante] niet gestelde, feiten en omstandigheden kan artikel 4 lid 2 van de overeenkomst (hiervoor weergegeven in r.o. 3.2.1 onder m) in samenhang met punt 5 van de considerans (hiervoor weergegeven in r.o. 3.2.1 onder l) niet anders worden begrepen dan dat met het antwoord op de vraag of op de opbrengst al dan niet een bodemvoorrecht rust tevens uitsluitend wordt gegeven over de vraag of de op de derdenrekening geparkeerde opbrengst aan de curator dan wel aan [appellante] toekomt. Een onherroepelijke beslissing over de eerste vraag houdt, met andere woorden, een aanspraak op afgifte van de

gelden in voor die partij die de eerste vraag in haar voordeel beantwoord heeft gekregen. Het enkele feit dat de partijen in de overeenkomst geen afspraken hebben gemaakt over een voor een verdeling te volgen procedure, leidt niet tot een ander oordeel. Aan verdeling wordt bovendien niet toegekomen nu, naar [appellante] niet betwist en zelf stelt, na omslag van de algemene faillissementskosten van de opbrengst niets te verdelen overblijft. Het hof merkt verder op dat voor de situatie dat in het voordeel van [appellante] zou worden beslist, in de overeenkomst wel een voorziening is getroffen, te weten een door [appellante] aan de curator te betalen additionele boedelbijdrage (art. 5 lid 2 overeenkomst). Van een betwisting van het vorderingsrecht van de fiscus voor minimaal een faillissementsvordering ter hoogte van een bedrag van € 366.600,= (de in het geding zijnde opbrengst) of van een (bodem)voorrecht van de Ontvanger op die opbrengst is voorts geen sprake.

Voor zover [appellante] andere of nadere bezwaren tegen de door de curator gevorderde afgifte wil aanvoeren, zullen die bezwaren in het onderhavige geding aan de orde kunnen komen.

3.4.1. *Ad (b)*

De kern van het bezwaar van [appellante] tegen de aanspraak van de curator ex art. 57 lid 3 Fw is gelegen in het feit dat er in de gegeven situatie van die opbrengst niets voor de Ontvanger zal overblijven. Er is dus, zo voert [appellante] aan, geen enkel (materieel) belang van de Ontvanger bij een claim op de opbrengst van de verkochte bodemzaken op grond van zijn bodemvoorrecht. Er was voor de curator geen belang van de Ontvanger te behartigen. De curator gebruikt zijn bevoegdheid ex art. 57 lid 3 Fw uitsluitend ten behoeve van de boedel en daarmee voor een ander doel dan waarvoor hem de bevoegdheid van art. 57 lid 3 Fw is gegeven. Art. 57 lid 3 Fw heeft uitsluitend de strekking dat in het geval van een faillissement, waarin de bevoorrechte schuldeisers hun voorrang niet meer zelf kunnen doen gelden, de curator dit voor hen doet. De Ontvanger en de curator maken misbruik van het bodemvoorrecht van de fiscus indien zij dit voor een ander doel (financiering van de boedel) aanwenden dan waarvoor het naar zijn strekking is bedoeld en dat is, naar [appellante] stelt, het bij voorrang, daadwerkelijk, voldaan worden van vorderingen van de fiscus. Volgens [appellante] is er in de gegeven situatie geen gehoudenheid van de curator het bodemvoorrecht van de fiscus tegenover [appellante] als separatist te doen gelden.

3.4.2. Aan [appellante] kan worden toegegeven dat het bodemvoorrecht van de fiscus een inbreuk inhoudt op de rechten van een stil pandhouder. Anders dan ten aanzien van de

overige schuldeisers van de gefailleerde het geval is, kan een pandhouder zich op stil verpande bodemzaken niet verhalen voor zover er sprake is van vorderingen van de fiscus die daarop bij voorrang kunnen worden verhaald. Het gaat hier echter om een inbreuk die haar grondslag vindt in art. 21 lid 2 Invorderingswet 1990. Met de positie van een separatist/ pandhouder wordt wel in zoverre rekening gehouden dat de Ontvanger zijn vorderingen eerst zoveel mogelijk dient te verhalen op andere zaken van de belastingsplichtige en pas daarna op bodemzaken die aan derden toebehoren of waarop derden een stil pandrecht hebben (Leidraad Invordering) en dat ook de curator die op de voet van art. 57 lid 3 Fw de belangen behartigt van de bevoorrechte schuldeisers die in rang boven pandhouders gaan aan eenzelfde beperking is gebonden (HR 26-06-1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2690 ([q.q.] q.q./ [Lease N.V.]) en HR 12-07-2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1547). Op de opbrengst van de stil verpande bodemzaken zal door de curator op de voet van art. 57 lid 3 Fw alleen aanspraak kunnen worden gemaakt voor zover de bevoorrechte vordering van de Ontvanger niet uit het netto actief (actief minus faillissementskosten) kan worden voldaan. De (netto) opbrengst van de verpande zaken zal voorts alleen tot maximaal het bedrag van de vorderingen waartoe het bodemvoorrecht van de Ontvanger strekt van de pandhouder kunnen worden opgeëist.

3.4.3. De curator stelt terecht dat hij ingevolge art. 57 lid 3 Fw 'gehouden' is mede de belangen te behartigen van de bevoorrechte schuldeisers die in rang boven pand- en hypotheekhouders en beperkt gerechtigden gaan. Het is aan de Ontvanger en niet aan hem om geheel of gedeeltelijk af te zien van zijn recht op voorrang. In art. 21.6 van de Leidraad Invordering 2006 is dienaangaande bepaald:

'Als de ontvanger het verzoek krijgt geheel of gedeeltelijk van het recht van voorrang af te zien om andere redenen dan ter bereiking van een akkoord, dan draagt hij dit verzoek voor verdere afwikkeling over aan het ministerie.'

In dit geval heeft de Ontvanger bij gebreke van instemming van het ministerie met het verzoek van [appellante] niet geheel of gedeeltelijk van het recht op voorrang op de opbrengst van de bodemzaken afgezien (r.o. 3.1.1 onder p). In die situatie is het niet aan de curator om dat voorrecht niet namens de Ontvanger in te roepen. De omstandigheid dat de opbrengst waarop de Ontvanger op grond van het bodemvoorrecht aanspraak kan maken ten gevolge van de omslag van de faillissementskosten, niet in enige daadwerkelijke afdracht door de curator aan de fiscus zal resulteren, brengt niet mee dat de curator ter zake onrechtmatig han-

delen of misbruik van bevoegdheid kan worden verweten.

3.4.4. Daarmee komt de vraag aan de orde of [appellante] tegen de vordering van de curator kan aanvoeren dat de Ontvanger bij die vordering geen (materieel) belang heeft en de Ontvanger bij gebreke van (materieel) belang geen aanspraak op de opbrengst van de bodemzaken zou mogen maken. Het hof overweegt dienaangaande als volgt.

3.4.5. Artikel 21 lid 2 van de Invorderingswet 1990 luidt:

"1. 's Rijks schatkist heeft een voorrecht op alle goederen van de belastingschuldige.

2. Het voorrecht gaat boven alle andere voorrechten met uitzondering van die van de artikelen 287 en 288 onder a, alsmede dat van artikel 284 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek voor zover de kosten zijn gemaakt na de dagtekening van het aanslagbiljet. Het voorrecht gaat tevens boven pand, voor zover het pandrecht rust op een zaak als is bedoeld in artikel 22, derde lid, die zich op de bodem van de belastingschuldige bevindt en tegen inbeslagneming waarvan derden zich op die grond niet kunnen verzetten. Het behoudt deze rang in geval van faillissement van de belastingschuldige of toepassing ten aanzien van hem van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, ongeacht of tevoren inbeslagneming heeft plaatsgevonden."

Het artikel heeft als achtergrond dat bij de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1992 de onder het oude recht geldende rechtsfiguur van fiduciaire eigendom werd getransformeerd in bezitloos pand. Daarmee bleven de in bezitloos pand gegeven zaken eigendom van de belastingplichtige en zou de Ontvanger het oude bodemrecht niet meer kunnen uitoefenen op die zaken omdat de pandhouder als separatist zich in beginsel niets van de Ontvanger en de curator zou hoeven aantrekken. Met art. 21 lid 2 van de Invorderingswet is beoogd voor dat ongewenst geachte effect een voorziening te treffen. Dit heeft erin geresulteerd dat het voorrecht van de Ontvanger boven dat van de bezitloos pandhouder gaat voor zaken die zich op de bodem van de belastingschuldige bevinden.

3.4.6. Indien de curator op voet van art. 57 lid 3 Fw het bodemvoorrecht van de Ontvanger jegens de bezitloos pandhouder doet gelden, heeft dit naar vaste rechtspraak (o.m. HR 12 juli 2002, JOR 2002/179) op grond van art. 182 lid 1 Fw tot consequentie dat ook over die in beginsel aan de fiscus toekomende opbrengst de faillissementskosten worden omgeslagen. De Staatssecretaris van Financiën heeft dit al meegedeeld in zijn door de curator gerelateerde (mva randnummer 62) besluit van 13 oktober 1995. In die mededeling heeft de

Staatssecretaris tevens expliciet de mogelijkheid voorzien dat de Ontvanger in een enkel geval dientengevolge per saldo geen enkele uitkering uit de hem in beginsel toekomstende opbrengst krijgt.

3.4.7. Een voldoende belang hoeft niet reeds te ontbreken indien in enige situatie een vordering per saldo niet tot enig door de Ontvanger te ontvangen bedrag leidt. Met de bepalingen van art. 21 lid 2 Invorderingswet 1990, 57 lid 3 Fw en art. 182 lid 1 Fw heeft de wetgever er uitdrukkelijk voor gekozen dat de rechten van een stille pandhouder moeten wijken voor zover het stille pandrecht rust op bodemzaken en er sprake is van belasting-schulden als genoemd in art. 22 lid 3 Invorderingswet, dat in een faillissementsituatie de curator gehouden is dat belang te behartigen en dat het aan de Ontvanger toekomende door de faillissementskosten wordt ingeperkt. Daarmee ligt in het wettelijk systeem besloten dat voor wat betreft de opbrengst van bodemzaken de stille pandhouder eerst na de Ontvanger en de faillissementskosten aan zijn trekken kan komen. Aan de Ontvanger kan naar het oordeel van het hof dan ook niet worden tegengeworpen dat hij door zijn aanspraak misbruik van bevoegdheid maakt of die bevoegdheid aanwendt voor een ander doel dan waarvoor deze is gegeven. De omstandigheid dat de Ontvanger ten gevolge van de omslag van de faillissementskosten per saldo mogelijk niets van de opbrengst van de bodemzaken zal ontvangen doet niet af aan het algemene belang van de Ontvanger om vorderingen van de fiscus zoveel mogelijk te incasseren en te verhalen en om in het geval van bodemzaken met een daarop rustend stil pandrecht de rechtens daarvoor redelijk geachte en in de wet voorziene verdeling te benutten. Dit geldt temeer nu het wettelijk voorrecht van de fiscus sinds 1992 vele malen ter discussie heeft gestaan, in het bijzonder ook in relatie tot de voor de financieringspraktijk daaraan verbonden bezwaren, maar de Minister van Veiligheid en Justitie tot op heden niet is ingegaan op voorstellen tot afschaffing daarvan (en de preferentie van het UWV) omdat 'afschaffing van deze preferenties tot een toenemend beslag op de collectieve middelen leiden'. Het hof neemt bij zijn oordeel verder in aanmerking dat het voor de stille pandhouder geen verschil maakt in welke mate de opbrengst ten gevolge van de omslag van de faillissementskosten niet aan de Ontvanger wordt uitgekeerd nu hij, de stille pandhouder, geen hoger bedrag van de opbrengst van de bodemzaken hoeft af te dragen dan maximaal het bedrag van de onbetaald gebleven belastingvorderingen waarvoor het voorrecht geldt en dat bovendien alleen nog voor zover die vorderingen niet uit ander actief

van de belastingplichtige kunnen worden voldaan.

3.5.1. *Ad (c)*

Het gaat hier om de vraag of het frustreren door [moedervenootschap] en [de vennootschap] van een door [appellante] van hen bedongen bodemverhuurconstructie – waardoor ten tijde van een uit te spreken faillissement de bodem niet langer de bodem van de belastingschuldige (i.c. [de vennootschap]) is en de op die bodem aanwezige zaken niet onderworpen zijn aan het bodemvoorrecht van de fiscus – een omstandigheid is die de Ontvanger c.q. de curator in dit geval van een beroep op het bodemvoorrecht had dienen te weerhouden. Het hof acht het voor het antwoord op die vraag van minder belang of dat frustreren heeft plaatsgevonden doordat door [moedervenootschap] en [de vennootschap] in het geheel geen medewerking is verleend aan de realisatie van een bodemverhuurconstructie of doordat een begin van medewerking daaraan door handelen of nalaten van (een van) hen uiteindelijk niet het gewenste gevolg heeft gehad. Indien in het enkele feit dat een van de bestuurders van [moedervenootschap] de sleutels van het door [de vennootschap] van [Holding] Holding gehuurde bedrijfspand aan de heer [medewerker 1 van appellante] van [appellante] heeft afgegeven al een begin van medewerking van [moedervenootschap] aan een bodemverhuurconstructie gelegen zou kunnen worden geacht, moet in elk geval worden geconstateerd dat dit niet door een verdere uitvoering is gevolgd. [Holding] Holding is geen huurovereenkomst met [appellante] aangegaan en van een feitelijke ter beschikking stelling van het bedrijfspand door [de vennootschap] aan [appellante] is niet gebleken. [Appellante] heeft zichzelf door eigen handelen (vervangings van sloten) een feitelijk bezit van de bedrijfsruimte verschaft dat door [moedervenootschap] en/of [de vennootschap] vervolgens weer is beëindigd. Het hof ziet geen reden om het niet gerealiseerd zijn van het door [appellante] beoogde bezit van de bodem ten tijde van de faillietverklaring in enig ander licht te zien dan in een mogelijk door [appellante] aan [moedervenootschap] en [de vennootschap] en/of hun bestuurders te verwijten tekortkoming in de nakoming door hen van een door [appellante] van hen bedongen (medewerking aan een) bodemverhuurconstructie.

3.5.2. Naar het oordeel van het hof zijn de door [appellante] gestelde feiten en omstandigheden geen feiten en omstandigheden die meebrengen dat de Ontvanger c.q. de curator ten aanzien van diens beroep op het bodemvoorrecht onrechtmatig handelen jegens [appellante] zou moeten worden verweten. Het staat naar vaste rechtspraak een belasting-

plichtige en een kredietverlener vrij om door middel van een bodemverhuurconstructie te ontkomen aan de voor de kredietverlener nadelige werking van het bodemvoorrecht. Niet in te zien valt echter waarom de Ontvanger (c.q. de curator) op grond van enige jegens [appellante] in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm gehouden zou zijn om de gevolgen van een in haar contractuele relatie met [moedervenootschap] en [de vennootschap] mislukte bodemverhuurconstructie - met welke mislukking de Ontvanger niets van doen heeft gehad - op te heffen door af te zien van het bodemvoorrecht waaraan [appellante] door de bodemconstructie beoogde te ontkomen.

3.6.1. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de door [appellante] aangevoerde grieven geen doel kunnen treffen. Het eindvonnis van 1 juli 2015 waarvan beroep zal worden bekrachtigd. De in hoger beroep gewijzigde vordering van [appellante] in reconventie zal worden afgewezen. Voor zover die vordering is gegrond op het feitencomplex in deze zaak, vloeit dat voort uit hetgeen in verband met de grieven is overwogen. Voor zover de vordering een bredere strekking heeft, ontbreekt daarvoor in deze procedure een voldoende grondslag.

3.6.2. [Appellante] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de proceskosten van het hoger beroep, met inbegrip van de nakosten. Op vordering van de curator zal de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard. De door de curator over de proceskosten gevorderde wettelijke rente zal, bij niet voldoening binnen veertien dagen na deze uitspraak, worden toegewezen vanaf de vijftiende dag na de uitspraak

4 De uitspraak

Het hof:

verklaart [appellante] niet ontvankelijk in het tegen het tussenvonnis van 30 april 2014 ingestelde hoger beroep;

bekrachtigt het eindvonnis van 1 juli 2015; wijst het door [appellante] in reconventie gevorderde af;

veroordeelt [appellante] in de proceskosten en nakosten van het hoger beroep, welke kosten aan de zijde van de curator tot op heden worden begroot op € 9.789,- aan salaris advocaat en voor wat betreft de nakosten op € 131,- indien geen betekening plaatsvindt en op € 199,- vermeerderd met de exploitkosten indien niet binnen veertien dagen na de datum van dit arrest is voldaan aan de bij dit arrest uitgesproken veroordelingen en betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden;

bepaalt dat aan de proceskostenveroordeling binnen veertien dagen na heden dient te worden voldaan en dat bij gebreke daarvan over de proceskosten de wet-

telijke rente verschuldigd is vanaf de vijftiende dag na deze uitspraak;

verklaart dit arrest voor wat betreft de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.A.M. van Schaik-Veltman, O.G.H. Milar en M.W.M. Souren en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 5 december 2017.

RI 2018/21

RECHTBANK AMSTERDAM

8 november 2017, nr. C/13/608997 / HA ZA 16-538

(Mr. N.C.H. Blankevoort)

Art. 3:109, 3:119, 5:14 lid 2 jo. 5:15, 6:2 lid 2, 7:39 BW; art. 150 Rv

ECLI:NL:RBAMS:2017:8185

Recht van reclame. Oneigenlijke vermen- ging. Bewijs.

Kan eigendom worden bewezen hoewel tussen partijen vaststaat dat rechthebbende op 'stuks-niveau' niet kan bewijzen ten aanzien van welke zaken het recht van reclame rechtsgeldig werd uitgeoefend?

Een leverancier van bad- en beddengoed leverde bestendig aan V&D. Uit de inkoopvoorwaarden van V&D volgt dat de leverancier geen beroep kan doen op het eigendomsvoorbehoud dat in zijn algemene verkoopvoorwaarden is opgenomen. De leverancier kan wel een beroep doen op het wettelijke recht van reclame. Een deel van de in de winkels van V&D aanwezige, door de leverancier geleverde zaken is door V&D betaald, zodat voor die zaken geen beroep gedaan kan worden op het recht van reclame. De leverancier kan met betrekking tot in een bepaalde periode geleverde zaken wel rechtsgeldig een beroep doen op het recht van reclame. Hij moet vervolgens bewijzen ten aanzien van welke zaken hij eigendomsrechten geldend kan maken. De leverancier leverde verschillende producten. Aan de hand van een voorbeeld met betrekking tot één product geeft de rechtbank een aanwijzing over de invulling van de op de leverancier rustende bewijslast.

Rb.: (4.11) Door het invoeren van het recht van reclame zijn de (eigendoms)rechten van V&D op de OBR-zaken geëindigd en zijn die rechten teruggevallen aan eiseres. Tussen partijen is in geschil in hoeverre ten tijde van het invoeren van het recht van reclame de OBR-zaken konden worden geïdentificeerd binnen de gehele bij V&D aanwezige voorraad waarin zich mogelijk ook producten van eiseres bevinden die reeds door