

# Bodemverhuur- en andere constructies

OVER BEÏNVLOEDING VAN DE RANGORDE TUSSEN BODEMVOORRECHT  
EN STIL PANDRECHT OP BODEMZAKEN

*A.I.M. van Mierlo\**

## INLEIDING

Pand en hypotheek gaan boven voorrecht, tenzij de wet anders bepaalt. Van deze in art. 3:279 BW neergelegde hoofdregel wordt onder meer afgeweken in de Invorderingswet 1990 (hierna ook: 'IW'). Ik doel op het zogeheten bodemvoorrecht van de fiscus op de voet van de tweede volzin van art. 21 lid 2 IW, dat geldt voor vorderingen terzake van de in art. 22 lid 3 IW genoemde afdrachtsbelastingen en dat wordt gezien als een bijzondere vorm van het in art. 21 lid 1 IW aan 's Rijks schatkist toegekende voorrecht op alle goederen van de belastingschuldige.

Art. 21 lid 2 IW bepaalt dat het bodemvoorrecht niet alleen, op een enkele uitzondering na, boven alle andere voorrechten gaat, maar ook boven pand,

'voor zover het pandrecht rust op een zaak als 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.'

Art. 22 lid 3 IW onderscheidt drie categorieën van zaken: (i) ingeogoste of nog niet ingeogoste vruchten, (ii) roerende zaken tot bebouwing of gebruik van het land, en (iii) roerende zaken tot stoffering van een huis of landhoef. De laatste categorie is voor de praktijk verreweg het belangrijkste en zal om die reden in deze bijdrage centraal staan.

Het begrip 'huis' wordt in rechtspraak en literatuur ruim uitgelegd. Daaronder moet worden begrepen elk gebouw of gedeelte daarvan.<sup>1</sup> Het begrip 'stoffering' omvat al hetgeen strekt tot een enigszins duur-

\* Prof. mr. A.I.M. van Mierlo is als hoogleraar burgerlijk recht, burgerlijk procesrecht en handelsrecht verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1. Vgl. HR 8 maart 1929, B. 4500.

zaam gebruik van het gebouw overeenkomstig zijn bestemming waardoor het gebouw tevens beter aan die bestemming beantwoordt.<sup>2</sup> Als zaken tot stoffering worden onder meer aangemerkt roerende machines en inventarisgoederen, maar niet grond- of hulpstoffen, halffabrikaten, voorraden, onderhanden werk en transportmiddelen (met uitzondering van vorkheftrucks en andere transportmiddelen die bestemd zijn om in het gebouw te worden gebruikt).

De verpande zaken tot stoffering dienen zich blijkens de tweede volzin van art. 21 lid 2 IW op de bodem<sup>3</sup> van de belastingschuldige te bevinden. Dit brengt mee dat het pandrecht niet anders kan zijn dan een zogeheten stil pandrecht op de voet van art. 3:237 BW, waarbij de zaken in de macht van de pandgever zijn gelaten. Dergelijke verpande zaken zal ik hierna korthedshalve aanduiden als ‘verpande bodemzaken’.

Buiten faillissement van de belastingschuldige kan de Ontvanger het bodemvoorrecht slechts realiseren door op de verpande bodemzaak beslag te leggen. Verkeert de belastingschuldige in staat van faillissement, dan is evenwel beslaglegging rechtens niet mogelijk. Voor de positie van Ontvanger ten opzichte van de stil pandhouder is dat dan niet meer van belang. De laatste volzin van art. 21 lid 2 IW bepaalt met zoveel woorden, dat het bodemvoorrecht zijn rang behoudt in geval van faillissement van de belastingschuldige, ongeacht of tevoren inbeslagname heeft plaatsgevonden.<sup>4</sup>

De in de tweede volzin van art. 21 lid 2 IW neergelegde rangorde-regel kan – begrijpelijkerwijs – op weinig enthousiasme rekenen van de stil pandhouder van een bodemzaak. In de praktijk zijn verschillende constructies ontwikkeld om het bodemvoorrecht van de fiscus te

2. Vgl. HR 12 december 1929, NJ 1930, 186, alsmede Hof Amsterdam, te kennen uit HR 9 januari 1981, NJ 1981, 656.
3. Het begrip ‘bodem’ heeft hier dezelfde betekenis als in art. 22 lid 3 IW *in fine*, te weten: het perceel of het gedeelte van een perceel, dat bij de belastingschuldige feitelijk in gebruik is en waarover hij onafhankelijk van anderen de beschikking heeft. Vgl. onder meer HR 18 oktober 1991, NJ 1992, 298, m.nt. HJS (Big Dutchman/Ontvanger); Hof Den Haag 8 januari 1986, NJ 1987, 394; Hof ‘s-Hertogenbosch 3 februari 1986, NJ 1987, 182 en Rb. Haarlem 18 februari 1964, NJ 1965, 402.
4. Zie over de vraag hoe de curator in dergelijke gevallen op de voet van art. 57 lid 3 Fw te werk dient te gaan, alsmede over de vraag of het bodemvoorrecht geldt voor materiële dan wel alleen voor formele belastingschulden HR 26 juni 1998, NJ 1998, 745, m.nt. PvS (Aerts q.q./ABN Amro).

pareren.<sup>5</sup> Met het begrip ‘constructie’ wordt niet iets onoorbaars bedoeld. Het duidt slechts aan dat er van de zijde van de stil pandhouder enige activiteit moet worden ondernomen, teneinde – ná beslaglegging door de Ontvanger op de verpande bodemzaak – onder de voor hem nadelige consequenties van het bodemvoorrecht uit te komen.<sup>6</sup> Gangbaar daarbij is om hetzij de verpande bodemzaken af te voeren van de bodem van de belastingschuldige (de zgn. *afvoerconstructie*), hetzij de bodem door verhuur daarvan aan de pandhouder niet meer de bodem van de belastingschuldige te laten zijn (de zgn. *bodemverhuurconstructie*).<sup>7</sup> Gebruikmaking van één van beide constructies dient tijdig te geschieden. Tijdig wil hier zeggen: vóórdat de Ontvanger is overgegaan tot beslaglegging, maar ook, gelet op het bepaalde in de laatste volzin van art. 21 lid 2 IW, vóórdat de belastingschuldige in staat van faillissement is komen te verkeren.

Zeker in de gevallen dat de belastingschuldige/pandgever een onderneming drijft, is een praktisch nadeel van beide voornoemde constructies dat de onderneming in kwestie in de regel stil komt te liggen met alle nadelige gevolgen van dien. Wat betreft de verhuurconstructie zij voorts opgemerkt dat deze constructie om uiteenlopende redenen niet altijd mogelijk is. Men denke onder meer aan de situatie waarin de onderneming wordt gedreven op verschillende locaties of aan het geval waarin de onderneming wordt gedreven in een gehuurd pand en de verhuurder niet bereid is hetzij het pand te verhuren aan de pandhouder, hetzij aan de huurder (pandgever) toestemming tot onderhuur te verlenen.<sup>8</sup> De vraag rijst of in dergelijke

5. De te bespreken constructies kunnen m.m. evenzeer dienen om het bodemrecht ex art. 22 IW te frustreren. Dit punt laat ik in deze bijdrage evenwel buiten beschouwing.
6. Vgl. in soortgelijke zin A. van Eijnsden en H.D.O. Blauw, in: *Sanering en herstructurering van ondernemingen (losbladig)*, nr. 8.3.9c.
7. In het bijzonder onder het oude recht waren in het kader van fiduciair tot zekerheid overgedragen goederen en het bodemrecht van art. 16 lid 3 Invorderingswet 1845 nog andere constructies gangbaar. Ik volsta met het noemen van de zgn. *voldoenings-* of *inlossingsconstructie* (waarover o.m. HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472, m.nt. WMK, dat een vervolg is van HR 12 mei 1989, NJ 1990, 130, m.nt. WHH (Sigmacon)) en de zgn. *afstandconstructie* (waarover o.m. HR 10 april 1987, NJ 1987, 829, m.nt. G (Ontvanger/Baud q.q.) en HR 28 oktober 1988, NJ 1989, 450, m.nt. JBMV (Kuijpers q.q./Ontvanger)).
8. Wordt zonder toestemming van de verhuurder tot onderverhuur overgegaan, dan is de positie van de onderhuurder ten volle afhankelijk van de vraag of de hoofdver-

gevallen door de pandhouder (en de pandgever) gebruik zou kunnen worden gemaakt van een alternatieve constructie. Na een korte bespreking van de hierboven reeds genoemde afvoer- en bodemverhuurconstructie zal ik vervolgens nader op deze vraag ingaan en aan de hand van een concreet praktijkgeval aandacht besteden aan – wat ik hierna zal aanduiden als – de *executie- en verhuurconstructie*.<sup>9</sup>

#### AFVOERCONSTRUCTIE

Afvoer van de verpande bodemzaken komt hierop neer dat de zaak in kwestie feitelijk wordt afgegeven aan de pandhouder of aan een door deze aangewezen derde. Volgens het derde lid van art. 3:237 BW kan de pandhouder afgifte van de stil verpande zaak vorderen in geval de pandgever of de schuldenaar jegens hem in zijn verplichtingen tekortschiet of hem goede grond geeft te vrezen dat in die verplichtingen zal worden tekortgeschoten. Men kan zich afvragen of partijen bij de akte van verpanding de gevallen waarin de pandhouder afgifte kan vorderen van de stil verpande zaak kunnen uitbreiden buiten die welke in art. 3:237 lid 3 BW worden genoemd.

Alvorens op deze vraag nader in te gaan, wil ik kort aandacht besteden aan het stil pandrecht op vorderingen op naam. Zoals bekend, is dit pandrecht het alternatief voor het openbare pandrecht dat op grond van art. 3:236 lid 2 jo. art. 3:94 lid 1 BW wordt gevestigd door een daartoe bestemde akte én – constitutieve – mededeling daarvan aan de debiteur van de vordering in kwestie. Voor de vestiging van het stil pandrecht is geen mededeling aan de debiteur vereist. Evenals voor de stille verpanding van een roerende zaak is, blijkens het bepaalde in art. 3:239 lid 1 BW, voldoende (maar ook noodzakelijk) het opmaken van een authentieke akte dan wel een onderhandse akte, welke laatste akte dient te worden geregistreerd bij de Inspecteur der Successie en Registratie. Zolang het pandrecht stil is, komt volgens de tweede volzin van art. 3:246 lid 1 BW de bevoegdheid om de verpande vordering te innen toe aan de pandgever. Dit wordt eerst anders, zodra de verpanding openbaar is geworden. Voor dit laatste is noodzakelijk dat van de verpanding (alsnog) mededeling wordt ge-

huurder de hoofdhuur ontbindt op de voet van art. 7A:1636 BW.

9. Deze benaming is bij mijn weten voor het eerst gehanteerd door mr. ing. H.J. Damkot, werkzaam bij Rabobank Nederland te Utrecht, die ik hierbij hartelijk wil danken voor diens bereidwilligheid mij in deze van de nodige relevante informatie en documentatie te voorzien.

daan aan de debiteur. De gevallen waarin de pandhouder daartoe de bevoegdheid heeft zijn gelijk aan die genoemd in art. 3:237 lid 3 BW in het kader van de bevoegdheid afgifte te vorderen van een stil verpande zaak. De eerste volzin van art. 3:239 lid 3 BW bepaalt dienaangaande dat de pandhouder bevoegd is van de verpanding mededeling te doen wanneer de pandgever of de schuldenaar jegens de pandhouder in zijn verplichtingen tekortschiet of hem goede grond geeft te vrezen dat in die verplichtingen zal worden tekortgeschoten. Een tweede volzin voegt daaraan evenwel nog toe dat pandhouder en pandgever kunnen overeenkomen dat de bevoegdheid om van de verpanding mededeling te doen op een ander tijdstip ingaat.<sup>10</sup>

Een dergelijke tweede volzin ontbreekt in art. 3:237 lid 3 BW. Op grond daarvan zou licht de neiging kunnen ontstaan om de vraag naar de mogelijkheid van uitbreiding van de gronden van art. 3:237 lid 3 BW ontkennend te beantwoorden. Desondanks meen ik dat op grond van de parlementaire geschiedenis van genoemde bepaling een bevestigend antwoord meer voor de hand ligt.<sup>11</sup> In de Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer wordt met betrekking tot de voorloper van art. 3:237 lid 3 BW namelijk opgemerkt:

‘De in het oorspronkelijke ontwerp in lid 5 – thans in lid 3 – getroffen regeling omtrent de bevoegdheid afgifte van het bezitloos verpande goed te vragen, *afgezien van daaromtrent in de pandakte gemaakte bedingen*, is aangevuld’.<sup>12</sup>

Het is met een beroep op vorenstaande passage dat ik van mening ben dat partijen in de akte van verpanding de gevallen waarin de pandhouder afgifte van de stil verpande zaak kan vorderen, kunnen uitbreiden. Voorzover thans aan de orde zou in dat verband bij voorbeeld kunnen worden bepaald dat de pandhouder afgifte van de stil verpande zaak kan vorderen, indien de pandgever een of meer in art. 22 lid 3 IW genoemde afdrachtsbelastingen onbetaald laat en daarmee de kans in het leven roept dat de Ontvanger ter uitoefening van zijn bodemvoorrecht overgaat tot beslaglegging op de verpande bodemzaak, met alle voor de stil pandhouder nadelige consequenties van dien.

10. Deze tweede volzin is eerst bij de Invoeringswet louter ter verduidelijking opgenomen. Zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1336. Voordien werd reeds de mogelijkheid aangenomen dat partijen anders kunnen overeenkomen, zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 763.

11. Evenzo P.A. Stein (Vermogensrecht 3), art. 237, aant. 61.

12. Vgl. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 750. Cursivering van mij, AvM.

Afgifte van de verpande bodemzaak kan mét en zónder medewerking van de pandgever geschieden. Het eerste geval spreekt voor zichzelf. De verpande zaken worden als het ware door de pandgever met de pandhouder meegegeven. Een en ander geschiedt geruisloos en onttrekt zich aan de waarneming van de Ontvanger. In geval de pandgever geen medewerking aan de afgifte verleent, kan de pandhouder het recht op afgifte door reële executie (op de voet van art. 491 lid 1 jo. art. 496 Rv) afdwingen.<sup>13</sup> In grote lijnen komt dit, neer op het volgende. De pandgever wordt allereerst een bevel gedaan om de verpande bodemzaak (alsnog) vrijwillig af te geven. In de regel moet de pandgever daarvoor een termijn van tenminste twee dagen worden gegund op grond van (art. 491 lid 1 jo.) art. 439 lid 1 Rv. De president kan deze termijn evenwel op verzoek van de pandhouder inkorten, zo nodig tot nihil. Geeft de pandgever aan het bevel tot vrijwillige afgifte geen gehoor, dan neemt de deurwaarder (indien van toepassing: na ommekomst van de aan de pandgever gestelde termijn) de zaak onder zich en geeft die af aan de pandhouder. Zo het stil pandrecht is gevestigd bij geregistreerde onderhandse akte kan de deurwaarder de zaak slechts onder zich nemen met verlof van de president van de rechtbank binnen wiens rechtsgebied de zaak zich bevindt. Dit verlof dient te worden verzocht bij verzoekschrift. In dit verzoekschrift wordt in de regel tevens de hierboven reeds genoemde inkorting (tot nihil) verzocht van op grond van (art. 491 lid 1 jo.) art. 439 lid 1 Rv aan de pandgever te stellen termijn. Wordt een dergelijke inkorting niet verkregen, dan kan de deurwaarder ter inleiding van de executie tot afgifte beslag tot verkrijging van afgifte leggen op de voet van art. 492 Rv. Voor een dergelijk beslag behoeft blijkens de tweede volzin van art. 492 Rv de in art. 439 lid 1 Rv genoemde termijn niet in acht te worden genomen. Is het pandrecht gevestigd bij geregistreerde onderhandse akte, dan begrijp ik art. 496 lid 2 Rv aldus dat voor dit beslag wél voorafgaand verlof van de president vereist is. In geval van een beslag op de voet van art. 492 Rv blijft de zaak op de bodem van de pandgever/belastingschuldige en mitsdien vatbaar voor (mede-)beslag door de Ontvanger, met alle consequenties van dien voor de rang van de pandhouder.

13. Zie hierover onder meer W.H.M. Reehuis, *Stille verpanding*, diss. Groningen 1987, nr. 111 e.v.

## BODEMVERHUURCONSTRUCTIE

De bodemverhuurconstructie beoogt de ‘band’ tussen de belastingschuldige – i.e. de pandgever – en diens bodem als bedoeld in art. 22 lid 3 IW door te snijden. Zij heeft tevens tot gevolg dat de verpande bodemzaak in de feitelijke macht van de pandhouder wordt gebracht.<sup>14</sup>

Is de belastingschuldige eigenaar van de onroerende zaak waartoe de bodem behoort, dan kan een en ander worden bewerkstelligd door verhuur zijdens de belastingschuldige aan de stil pandhouder van de desbetreffende onroerende zaak (of een gedeelte daarvan).<sup>15</sup> Evenzeer is mogelijk dat de belastingschuldige geen eigenaar van de bodem is, doch slechts huurder. In zo’n geval is de bodemverhuurconstructie enigszins gecompliceerder, omdat alsdan hetzij de stil pandhouder een huurovereenkomst moet aangaan met de verhuurder, onder – vanzelfsprekend – gelijktijdige beëindiging van de tussen verhuurder en belastingschuldige gesloten huurovereenkomst, hetzij de pandgever toestemming dient te krijgen van de verhuurder tot onderverhuur.

In alle gevallen is voor het welslagen van de constructie vereist dat geen sprake meer is van gebruik of medegebruik van de bodem door de belastingschuldige. De feitelijke situatie is in dat verband van groot belang. In de jurisprudentie worden uiteenlopende ‘indicatoren’ gehanteerd op grond waarvan, al dan niet in onderlinge samenhang, wordt aangenomen dat in een concreet geval sprake is van (mede)gebruik door de belastingschuldige.<sup>16</sup> Voor de pandhouder lijkt een tamelijk veilige weg te zijn die van – kort gezegd – ‘een ander slot op de deur’, waarbij dan wel noodzakelijk is dat de belastingschuldige niet de beschikking heeft over een bijpassende sleutel.

14. Vgl. ook Rb. Utrecht 3 juli 1996, NJ 1997, 50.

15. Onder het oude recht vond verhuur plaats aan de fiduciaire eigenaar. Dit was zelfs mogelijk ná datum faillissement, mits ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst door de Ontvanger nog geen bodembeslag was gelegd op de voet van art. 16 lid 3 Invorderingswet 1845. Een dergelijke door de curator aangegane overeenkomst is door HR 12 april 1985, NJ 1986, 808, m.nt. WHH (Ontvanger/NMB) rechtsgeldig geoordeeld.

16. Zie in dat verband uitvoeriger o.m. A. van Eijdsen en H.D.O. Blauw, a.w., nr. 8.3.4.F.1.

## EXECUTIE- EN VERHUURCONSTRUCTIE

In de literatuur is aan de executie- en verhuurconstructie tot op heden nog geen aandacht besteed. De constructie is bij mijn weten voor het eerst gehanteerd door Rabobank Nederland in de zaak *Commodore*.

De casus lag als volgt. *Commodore B.V.* (verder: *Commodore*) heeft overeenkomstig het bepaalde in art. 3:237 lid 1 BW – naast haar voorraden – aan Rabobank Nederland rechtsgeldig verpand de inventarisgoederen van haar hoofdkantoor, haar fabriek en 37 door haar in Nederland geëxploiteerde winkels, een en ander tot zekerheid voor al hetgeen zij aan Rabobank Nederland verschuldigd is of zal worden. Op enig moment bevindt *Commodore* zich in financieel zwaar weer. De stand van de financiering door Rabobank Nederland is aanmerkelijk hoger dan de overeengekomen financieringslimiet. Het moet niet uitgesloten worden geacht dat *Commodore* betalings-achterstanden heeft dan wel zal krijgen bij de fiscus, ten gevolge waarvan deze mogelijk overgaat tot beslaglegging op de verpande bodemzaken teneinde aldus zijn bodemvoorrecht zeker te stellen. Blijkens art. 16a van de toepasselijke algemene voorwaarden van de Rabobankorganisatie is het bedrag van de kredietoverschrijding terstond opeisbaar en is *Commodore* gehouden voor onmiddellijke aanzuivering zorg te dragen. Rabobank Nederland zoekt naar wegen om haar voorrangspositie ten opzichte van de fiscus met betrekking tot de desbetreffende bodemzaken veilig te stellen. Het aantal bij *Commodore* werkzame personen en het grote aantal locaties waar de verpande bodemzaken zich bevinden maken het (vrijwel) onmogelijk gebruik te maken van de afvoer- dan wel de bodemverhuur-constructie, nog daargelaten dat het productieproces zowel bij de ene als bij de andere constructie zal komen stil te liggen met alle nadelige gevolgen van dien voor de continuïteit van de onderneming. Om deze redenen opteert Rabobank Nederland op het moment dat zij, gelet op het bepaalde in art. 3:248 lid 1 BW, de bevoegdheid heeft om de aan haar verpande bodemzaken (paraat) te executeren voor de volgende constructie.

De bodemzaken worden onderhands verkocht aan *Mariënhage B.V.* (verder: *Mariënhage*), die op haar beurt bereid is de zaken aan *Commodore* in gebruik te geven op door *Commodore* – tezelfdertijd – geaccordeerde reële voorwaarden. De onderhandse koopovereenkomst wordt op de voet van art. 3:251 lid 1 BW goedgekeurd door de president van de rechtbank. Rabobank Nederland levert vervolgens de zaken (die zich onder *Commodore* bevinden) aan *Mariënhage* tegen



ontvangst van de overeengekomen – reële – koopprijs en houdt daarvan af het aan haar door Commodore verschuldigde bedrag. Commodore houdt de zaken voor Mariënhage. Aan haar wordt een persoonlijk recht tot gebruik van de zaken toegekend.<sup>17</sup>

De executie- en verhuurconstructie doet onder meer de volgende vragen rijzen:

1. welke president is bevoegd goedkeuring aan de onderhandse koopovereenkomst te verlenen?
2. kan een pandhouder de aan hem verpande zaken executeren, terwijl die zaken zich nog in de macht van de pandgever bevinden?
3. dienen aan de verhouding tussen Commodore en Mariënhage nog nadere eisen te worden gesteld?

Over elk van deze vragen wil ik een aantal opmerkingen maken.

### *Bevoegde president?*

In art. 3:251 BW zal men tevergeefs zoeken naar een regel omtrent de vraag welke president – relatief – bevoegd is. Het verzoek aan de president dient te geschieden bij een verzoekschrift.<sup>18</sup> De daarvoor geldende procedure wordt nader geregeld in art. 429a-r Rv. Meer in het bijzonder is in dit verband van belang het bepaalde in art. 429c lid 12 Rv. Relatief bevoegd is de president van de rechtbank in wiens

17. Het is m.i. evenzeer mogelijk gebruik te maken van het bepaalde in art. 3:251 lid 1 BW in fine; de zaken verblijven aan Rabobank Nederland als koper voor een door de president vast te stellen bedrag, waarna Rabobank vervolgens de aan haar in eigendom toebehorende zaken in gebruik geeft – krachtens huur of anderszins – aan Commodore. De beide in art. 3:251 lid 1 BW neergelegde mogelijkheden vereisen een tussenkomst van de president. Hiermee is in de regel een aantal dagen gemoeid. Denkbaar is dat deze tijd in een concreet geval ontbreekt. In zo'n geval zou gebruik gemaakt kunnen worden van de in art. 3:251 lid 2 BW neergelegde mogelijkheid, waarbij pandgever en pandhouder – nádat de pandgever in verzuim is met de voltooiing van hetgeen waarvoor het pand tot waarborg strekt – overeenkomen dat de pandhouder de zaken onderhands verkoopt aan de derde die op zijn beurt bereid is de zaken aan de (voormalige) pandgever in gebruik te geven. Gelet op HR 22 mei 1992, NJ 1992, 526 (Bosselaar q.q./Interniber) lijkt mij een verkoop door de pandgever aan de derde en het aanwenden van de koopsom om de overstand aan te zuiveren, niet aan te bevelen. Een dergelijke verkoop loopt, zo dunkt mij, een gereede kans als paulianeus te worden aangemerkt.

18. Vgl. TM, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 781.

rechtsgebied de te executeren zaken zich geheel of grotendeels bevinden of de executie zal geschieden.

De president heeft in deze een discretionaire bevoegdheid. Hij kan goedkeuring van de onderhandse overeenkomst steeds weigeren en zal zich laten leiden door de omstandigheden van het geval. In dat verband kan het, gelet op de bestaande praktijk dienaangaande, nuttig zijn indien aan de president tevens een verklaring wordt overgelegd waarin de pandgever mededeelt dat deze geen gelegenheid ziet om aan de pandhouder een gunstiger aanbod te doen of voor te leggen en voorts dat hij bereid is met de voorgestelde koper een overeenkomst tot gebruik van de verkochte zaken aan te gaan op de (inmiddels) aan hem bekende voorwaarden.

In het kader van een verzoek op de voet van art. 3:268 lid 2 BW tot onderhandse verkoop van een verhypothekerd goed bepaalt de tweede volzin van art. 3:268 lid 3 BW dat tegen een beschikking dienaangaande geen hogere voorziening is toegelaten. Ofschoon in de wet een soortgelijke bepaling in het kader van pandrecht ontbreekt, is ook tegen een beschikking krachtens art. 3:251 lid 1 BW geen hogere voorziening toegelaten.<sup>19</sup> Dit is in beide gevallen slechts anders, indien en voorzover erover wordt geklaagd dat de rechter buiten het toepassingsgebied van het desbetreffende artikel is getreden, dat artikel ten onrechte heeft toegepast of ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten, dan wel bij de behandeling van de zaak essentiële vormen heeft verzuimd.<sup>20</sup>

Afwijzing door de president van het verzoek tot onderhandse verkoop betekent de ‘dood’ voor de gekozen constructie. Immers, in dat geval

19. Aldus uitdrukkelijk HR 17 juni 1994, NJ 1995, 367, m.nt. HJS, AA 1995, blz. 283 (RDV) (Sporting Connection).

20. Vgl. r.ov. 3.4. van het in de vorige noot genoemde arrest. Zie verder o.m. I.F. Dam, Doorbreking van wettelijke appel- en cassatieverboden, TCR 1994, blz. 25-29, met verwijzing naar overvloedige rechtspraak, waaraan o.m. toegevoegd kan worden HR 21 oktober 1994, NJ 1995, 412, m.nt. HJS (Yaalaoui/Snijwerk); HR 24 maart 1995, NJ 1998, 414, m.nt. PV (Saueressig/Forbo); HR 3 november 1995, NJ 1996, 123 (Apollo Hotel/Kilawy); HR 27 september 1996, NJ 1997, 5 (Vuijsje/KPN); HR 22 november 1996, NJ 1997, 203 (TeleAruba/Lampkin), NJ 1997, 204 (Yildiz/Jansen's Pluimvee-slachterijen) en NJ 1997, 205, m.nt. PAS (Boekacem/Martinair); HR 21 maart 1997, NJ 1997, 436 (P/S); HR 25 april 1997, NJ 1997, 512 (Brans/ Stadsherstel); HR 23 januari 1998, NJ 1998, 332 (Noordanus/De Wittenburg); HR 20 maart 1998, NJ 1998, 815 (Grady/Stogon); HR 27 maart 1998, NJ 1998, 553 (Van Beugen/Jansen) en HR 5 juni 1998, NJ 1998, 626 (R/T).

zal de pandhouder genoodzaakt zijn tot openbare verkoop van de aan hem verpande bodemzaken overeenkomstig het bepaalde in art. 3:250 lid 1 BW. Alsdan is van een (vrijwel) geruisloze uitoefening van het pandrecht geen sprake meer. Dit is evenmin het geval indien de president, hoewel daartoe mijns inziens niet verplicht, mocht besluiten de Ontvanger op de voet van de laatste volzin art. 429f lid 1 Rv te doen oproepen. In beide gevallen zal, zo dunkt mij, de Ontvanger terstond reageren met beslaglegging op de verpande bodemzaken onder de pandgever met de hierboven in de inleiding op grond van art. 21 lid 2, tweede volzin IW beschreven gevolgen van dien.

### *Executie van de zaken onder de pandgever?*

Gangbaar is dat de stil pandhouder, alvorens tot executie over te gaan, zijn stil pandrecht ‘omzet’ in een vuistpandrecht. Voor een dergelijke omzetting is nodig dat de stil verpande zaak in zijn macht of in die van een derde wordt gebracht, hetgeen in de praktijk neerkomt op een – al dan niet gedwongen – afgifte van de zaak door de pandgever aan de pandhouder of de derde. De vraag rijst of een dergelijke afgifte een noodzakelijke voorwaarde is voor de uitoefening door de stil pandhouder van het recht van parate executie op de voet van art. 3:248 BW. Kan de pandhouder de verpande zaak slechts uitwinnen nádat de zaak in zijn macht (of in die van een derde) is gebracht of is uitwinning ook mogelijk indien de zaak zich nog in de macht van de pandgever bevindt?

De parlementaire geschiedenis van art. 3:237 lid 3 en art. 3:248 BW geeft over deze vraag geen uitsluitsel. Uit de beide bepalingen in onderling verband bezien volgt slechts dat de pandhouder niet in alle gevallen waarin hij afgifte van de verpande zaak kan vorderen ook bevoegd is de verpande zaak uit te winnen. De zinsnede ‘verplichtingen jegens de pandhouder’ in art. 3:237 lid 3 BW omvat niet alleen ‘hetgeen waarvoor het pand tot waarborg strekt’ als bedoeld in art. 3:248 lid 1 BW. In het kader van art. 3:237 lid 3 BW wordt als enige reden voor een vordering tot afgifte genoemd het geval waarin de pandgever niet voor het nodige onderhoud of herstel van de verpande zaak zorgt.<sup>21</sup> Op generlei wijze wordt tot uitdrukking gebracht als zou

21. Parl. Gesch. Boek 3, blz. 750. Een andere reden afgifte van de stil verpande zaak te vorderen kan zijn gelegen in het bepaalde in art. 3:238 lid 1 BW; een stil pandhouder wordt niet beschermd tegen beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever.

afgifte van de zaak moeten worden gezien als een noodzakelijk ‘voorportaal’ voor uitwinning door de pandhouder. Dit is evenmin het geval in het kader van (de wetsgeschiedenis van) art. 3:248 BW. Desondanks werd aanvankelijk in de literatuur wel aangenomen dat afgifte van de stil verpande zaak aan – direct of indirect – de pandhouder noodzakelijk was.<sup>22</sup> Deze opvatting lijkt thans evenwel te zijn achterhaald. Wanneer de schuldenaar in verzuim is met de voldoening van hetgeen waarvoor het pand tot waarborg strekt, is de pandhouder, ook zónder dat de zaak in zijn macht (of in die van een derde) is gebracht, bevoegd de verpande zaak te verkopen en het hem verschuldigde op de opbrengst te verhalen.<sup>23</sup>

Indien de pandhouder aldus te werk gaat, rijst vervolgens de vraag op welke wijze de aanvankelijk verpande zaak aan de executie-koper (i.e. Mariënhage) wordt geleverd. Voorzover ik kan overzien, is deze vraag in de rechtspraak nog niet aan de orde gekomen. Vooropgesteld zij dat de op de voet van art. 3:248 BW paraat executerende pandhouder beschikkingsbevoegdheid toekomt ten aanzien van de zaak in kwestie. Hij is rechtens in staat de eigendom van de zaak, overigens zonder dat die zaak daarbij zijn eigen vermogen passeert, over te dragen aan de executie-koper. In die benadering dient de voor de overdracht vereiste levering te geschieden door de pandhouder.<sup>24</sup> De

22. Vgl. o.m. F. Molenaar, *Mon. Nieuw BW B-12a*, Deventer: Kluwer 1985, blz. 21; O.K. Brahn, *Fiduciaire overdracht, stille verpanding en eigendomsvoorbehoud*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, blz.148. Zie voorts O.K. Brahn, *Stille verpanding en eigendoms-voorbehoud*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, blz. 96, overigens hier met enige slagen om de arm door het gebruik van de woorden ‘in de regel’ en ‘in de meeste gevallen’.
23. Evenzo W.H.M. Reehuis, *Stille verpanding*, diss. Groningen 1987, nr. 130; F. Molenaar, *Mon. Nieuw BW B-12a*, Deventer: Kluwer 1991, blz. 41; Asser-Mijnssen, *Zakenrecht III*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, nr. 66 en P.A. Stein (*Vermogensrecht 3*), art. 248, aant. 22.2.
24. Buiten beschouwing wordt gelaten de opvatting van D.J. van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht*, diss. Groningen 1990, blz. 79 e.v., die – kort samengevat – van oordeel is dat de pandhouder die tot parate executie overgaat de pandgever bij de levering van het verkochte vertegenwoordigt. In deze opvatting, die overigens in rechtspraak en literatuur niet wordt nagevolgd, is het niet de pandhouder maar juist de pandgever die het verkochte levert, hetgeen in de onderhavige casus zou neerkomen op een levering *constituto possessorio* (vgl. art. 3:115 onder *a* BW). Op grond van art. 3:90 lid 2 BW wordt een dergelijke levering gerelativeerd ten opzichte van derden met een ouder recht op de zaak, daaronder begrepen een voorrecht op de zaak (vgl. *Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w.* (Inv. 3, 5 en 6), blz.

zaak is niet in de macht van de pandhouder. In een dergelijk geval dient de zaak op de voet van art. 3:95 BW geleverd te worden door een daartoe bestemde akte. Molenaar vraagt zich echter af of in het onderhavige geval wel gezegd kan worden dat de zaak zich niet in de macht van de pandhouder bevindt.<sup>25</sup> Indien de pandhouder aan de pandgever kennis heeft gegeven van zijn wens tot executie over te gaan, kan hij afgifte vorderen van de zaak en waarom, aldus Molenaar, zou hij geen afgifte kunnen vorderen aan de executie-koper. Of daarmee ook gezegd kan worden dat de zaak zich in de macht van de vervreemder bevindt, valt mijns inziens minst genomen te betwijfelen. Gangbaar is toch dat 'macht' als bedoeld in art. 3:90 lid 1 BW dient te worden verstaan als 'bezit' of 'houderschap'. Van geen van beide is evenwel in het onderhavige geval sprake. Mocht niettemin aangenomen worden dat de pandhouder de zaak wel in zijn macht heeft, dan ligt een levering naar analogie van de *traditio longa manu* op de voet van art. 3:115 onder *c* BW het meest voor de hand. Anders dan Molenaar ben ik van mening dat deze bepaling niet rechtstreeks van toepassing is. Immers, de pandgever houdt de zaak niet voor de pandhouder, aangezien hij ondanks de vestiging van het stil pandrecht (eigenaar en) bezitter is gebleven van de zaak.<sup>26</sup>

#### *Verhouding oorspronkelijke pandgever en derde?*

De overgang van de eigendom van de bodemzaak naar de derde heeft consequenties voor de positie van de Ontvanger. Het bodemvoorrecht gaat teniet. Immers, de zaak behoort niet meer tot het vermogen van de belastingschuldige.

In de regel kan een schuldeiser slechts verhaal zoeken op goederen die toebehoren aan de schuldenaar. Blijkens de aanhef van art. 3:276 BW kan de wet evenwel anders bepalen. Een voorbeeld daarvan vormt het bepaalde in art. 22 IW. De Ontvanger kan zijn vordering op de belastingschuldige ook verhalen op – kort samengevat – bodemza-

219). Dit laatste dient mijns inziens in het licht van o.m. HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433, m.nt. Ph.A.N.H., AA XIX, blz. 211, m.nt. G (Van Wessem q.q./Traffic), wat er ook zij van HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91, m.nt. WMK, AA XXIV, blz. 619, m.nt. G (Van Gend & Loos), te worden verstaan als *bijzonder* voorrecht op de zaak. Zie voor mijn bedenkingen tegen het bepaalde in art. 3:90 lid 2 BW mijn bijdrage in *Onderneming en nieuw burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, blz. 126.

25. F. Molenaar, *Mon. Nieuw BW B-12a*, Deventer: Kluwer 1991, blz. 41.

26. In dezelfde zin P.A. Stein (*Vermogensrecht* 3), art. 248, aant. 22.2.

ken, die in eigendom toebehoren aan derden. Het betreft hier het zogenaamde fiscale bodemrecht.<sup>27</sup> Dit bodemrecht kan louter worden uitgeoefend door beslaglegging. Men spreekt in dat verband wel van ‘bodembeslag’, hetgeen overigens niets anders is dan een gewoon beslag op roerende zaken die geen registergoederen zijn en welk beslag geschiedt overeenkomstig de in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering neergelegde regels.<sup>28</sup>

De derde die de eigendom van de bodemzaak heeft verworven na de executoriale verkoop door de stil pandhouder en die vervolgens wordt geconfronteerd met een bodembeslag staat een aantal rechtsmiddelen ter beschikking om de uitoefening van het fiscale bodemrecht door de Ontvanger te laten toetsen. Ik noem de bezwaarschriftprocedure bij de Directeur der Rijksbelastingen op grond van art. 22 lid 1 IW, het verzet ex art. 435 lid 3 Rv, de verzetprocedures ex art. 438 en 456 Rv en tenslotte de actie uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).<sup>29</sup> In deze bijdrage wil ik slechts ingaan op de eerstgenoemde mogelijkheid.

Vóór de verkoop en binnen zeven dagen ná de beslaglegging kan de derde een bezwaarschrift indienen bij de Ontvanger op wiens verzoek het beslag is gelegd. Op het bezwaarschrift wordt – gemoti-

27. Aan de gedachte van art. 22 IW wordt vastgehouden in het reeds op 30 november 1992 ingediende wetsvoorstel 22 942, betreffende ‘Wijziging van het Burgerlijk Wetboek, de Faillissementswet en enige andere wetten in verband met de bevoorrechtiging van vorderingen, het verbinden van een bijzonder verhaalsrecht aan bepaalde vorderingen en de invoering van de mogelijkheid van een vereenvoudigde afwikkeling van faillissement’. In de voorgestelde nieuwe afd. 3.10.3, in het bijzonder art. 3:287 BW (nieuw), wordt aan de Ontvanger een bijzonder verhaalsrecht toegekend op de niet aan de schuldenaar toebehorende roerende zaken die bestemd zijn blijvend te worden gebruikt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf. Voormelde categorie van zaken – aan te duiden als de Roerende Permanente Beroeps- of bedrijfsmiddelen (PRB) – is ruimer dan hetgeen thans valt onder de categorie ‘bodemzaken’. De hoofdlijnen van dit wetsvoorstel zijn uiteengezet door onder meer E.B. Rank-Berenschot, Bb 1993, blz. 53-55 en H.A.G. Fikkers, Advocatenblad 1993, blz. 240-243. Zie voorts A.I.M. van Mierlo, De fiscus als schuldeiser tijdens faillissement, oratie EUR, Deventer: Law and Practice 1994. Het wetsvoorstel lijkt een stille dood te zijn gestorven. Het wachten is nog altijd op de Nota naar aanleiding van het – van 26 mei 1994 daterende – Eindverslag. Zie mijn bijdrage ‘Zit er nog voortgang in wetsvoorstel 22 942?’, TvI 1995, blz. 95-96.

28. Vgl. voor het executoriaal beslag art. 439-474 Rv en voor het conservatoire beslag art. 711-713 Rv. Zie hierover onder meer J.C. van Oven, Vademecum Burgerlijk Procesrecht (losbladig), Executie en Beslag, Hfst. 6.

29. Zie hierover uitvoeriger A. van Eijnsden en H.D.O. Blauw, a.w., nr. 8.3.10.

veerd – beslist door de Directeur der Rijksbelastingen. Art. 8:4 onder g van de Algemene wet bestuursrecht sluit beroep tegen deze beslissing uit. De door de Directeur bij de beslissing te hanteren criteria zijn neergelegd in paragraaf 5 van art. 22 Leidraad Invordering. Daarin wordt ‘een grote plaats’ toegekend aan overwegingen van billijkheid en eisen van goed beleid. Volgens de Leidraad past in dat beleid dat het eigendomsrecht van een derde wordt ontzien, indien sprake is van reële eigendom van die derde. Juist met het oog op dit laatste rijst de vraag of in het onderhavige geval aan de verhouding tussen Commodore en Mariënhage nog nadere eisen dienen te worden gesteld. Hierboven is reeds opgemerkt dat aan Commodore na de onderhandse executoriale verkoop van de bodemzaken aan Mariënhage een persoonlijk recht tot gebruik van die zaken wordt verschafft. Dit persoonlijk recht laat zich op verschillende wijzen construeren. Denkbaar is dat de bodemzaak aan Commodore wordt verhuurd, hetgeen de aanduiding van de gebezigde constructie verklaart. Evenzeer is mogelijk dat partijen terzake een lease-overeenkomst aangaan. Tenslotte zou gedacht kunnen worden aan bruikleen, hoewel zulks in deze, vanwege het feit dat bruikleen om niet dient te geschieden, om bedrijfseconomische redenen voor Mariënhage weinig voor de hand ligt.

Onder reële eigendom van de derde wordt verstaan de situatie waarin de zaken zowel juridisch eigendom zijn van de derde als in economisch opzicht in overwegende mate aan hem toebehoren. De economische verhouding tussen de belastingschuldige en de zaken kan aanleiding geven die zaken als zaken van de belastingschuldige aan te merken en mitsdien de juridische eigendom van de derde niet te ontzien. Als voorbeelden hiervan kunnen gelden de gevallen waarin zaken zijn geleverd in huurkoop of onder eigendomsvoorbehoud. Ook valt bij voorbeeld te denken aan situaties waarin door middel van leasing of andere vormen van huur of bruikleen het economisch risico van waardevermindering van de zaken in overwegende mate bij de belastingschuldige ligt.<sup>30</sup>

In het kader van lease-overeenkomsten wordt in de regel een onderscheid gemaakt tussen *financial lease* en *operational lease*.<sup>31</sup> In

30. Vgl. Art. 22, paragraaf 5, tweede lid, vierde tot en met tiende volzin, zoals deze luiden sedert het besluit van 20 december 1996, nr. AFZ 96/4502M, Stcrt. 250.

31. Zie in dat verband J.J. van Hees, Leasing, diss. Nijmegen, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, blz. 11 e.v.

het eerste geval ligt het economisch risico van waardevermindering in overwegende mate bij de belastingschuldige en wordt de juridische eigendom van de lessor of leasegever niet ontzien. Dit is anders indien het gaat om een operational lease. Alsdan wordt de eigendom van de lessor door de Ontvanger wel ontzien. Bij dit alles zij overigens opgemerkt dat niet zozeer de juridische vorm of benaming relevant is (*rubrica non est lex*), doch dat de feitelijke situatie in deze de doorslag geeft.

De vraag of een bepaalde lease-overeenkomst moet worden gekwalificeerd als een financial lease dan wel als een operational lease is tot op heden in de gepubliceerde rechtspraak (nog) weinig aan de orde gekomen.<sup>32</sup> Het eigendomsrecht van de lessor dient in mijn ogen als reële eigendom in de zin van art. 22, paragraaf 5 van de Leidraad Invordering te worden beschouwd – en mitsdien in geval van een bodembeslag te worden ontzien – indien, mede gelet op de in de rechtspraak gangbare ‘criteria’, uit de lease-overeenkomst onder meer blijkt dat (i) de kosten van gebruik, onderhoud en verzekering, het risico van beschadiging en/of tenietgaan van de zaak en het waardeverminderingsrisico voor rekening komen van de lessor, (ii) de constante waarde van de som der lease-termijnen lager is dan de door de lessor in de zaak geïnvesteerde som en de lessor aldus een restwaarderisico voor zijn rekening neemt en dat ook niet via de tariefstelling afdekt bij de lessee, (iii) aan de lessee geen koopoptie is verleend, althans slechts een koopoptie is verleend die na ommekomst van de looptijd van de lease-overeenkomst kan worden uitgeoefend tegen een vooraf bepaalde zodanige optieprijs dat niet bij voorbaat vaststaat dat de optie ook daadwerkelijk zal worden uitgeoefend en (iv) de lessee niet de mogelijkheid heeft tussentijds de eigendom van het leaseobject te verwerven door voldoening van de resterende lease-termijnen en een eventueel overeengekomen optieprijs.

De exacte inhoud van de afspraken tussen Mariënhage en Comodore ter zake van het gebruiksrecht van Comodore zijn mij niet

32. Zie voor enige jurisprudentie A. van Eijdsden en H.D.O. Blauw, a.w., nr. 8.3.7.B.5, waaraan o.m. toegevoegd kan worden Pres. Rb. Groningen 28 februari 1997, TvI 1997/3-Nieuwsbrief en Rb. Alkmaar 28 mei 1998, V-N 1998/47. Zie verder over de vraag of sprake is van reële eigendom in geval van verhuur Rb. Maastricht 31 oktober 1996, V-N 1996/ 26 en in geval van bruikleen Hof Arnhem 23 juli 1996, TvI 1996/5-Nieuwsbrief. Zie tenslotte ook Hof ‘s-Hertogenbosch 22 november 1993, KG 1994, 47.



bekend. Uit het vorenstaande moge blijken dat de benodigde documentatie nog niet zo eenvoudig is, wil het eigendomsrecht van Marienhage in geval van een bodembeslag – kort gezegd – ‘overeind’ blijven.

#### BESLUIT

Met de executie- en verhuurconstructie lijkt een nieuwe loot te zijn toegevoegd aan de boom houdende allerhande constructies ter ontwijking van het fiscale voorrecht. In vergelijking tot de in de praktijk tot op heden meer gangbare afvoer- en bodemverhuurconstructies kent deze constructie als voordeel dat de onderneming van de pandgever niet stil hoeft te worden gelegd, hetgeen onder meer van groot belang is voor de continuïteit van die onderneming. Voorts wordt daarmee het in regel waardedrukkend effect van de beide andere constructies in geval van een verkoop van de onderneming voorkomen.

Ook bij de executie- en verhuurconstructie is snelheid geboden. De stil pandhouder zal eerder dienen te zijn dan de fiscus. Executie en verhuur zullen dienen plaats te vinden op een moment waarop de Ontvanger nog geen beslag op de verpande bodemzaken heeft gelegd. Daarnaast kan de constructie, gelet op het bepaalde in de laatste volzin van art. 21 lid 2 IW, slechts worden toegepast, zolang van een faillissement van de pandgever/belastingschuldige geen sprake is.

Een nieuwe constructie die het fiscale bodemvoorrecht illusoir maakt, doet vanzelfsprekend de vraag rijzen of het niet de hoogste tijd wordt om de ontwijkingsgevoeligheid van de huidige wettelijke regeling te verkleinen tot nihil. In dat verband ligt het voor de hand om aan de fiscus een stil pandrecht ex lege op bodemzaken te verschaffen. Over die mogelijkheid wil ik het hier niet (nog eens) hebben!<sup>33</sup>

33. Zie A.I.M. van Mierlo, De fiscus als schuldeiser tijdens faillissement, oratie EUR, Deventer: Law and Practice 1994, blz. 38 e.v.