

KREDIETVERLENING
NAAR
HUIDIG EN KOMEND RECHT

Preadviezen, uitgebracht voor de
Vereniging voor Burgerlijk Recht

door
prof. mr. F. H. J. Mijnsen
prof. mr. P. A. Stein
mr. C. J. B. Ebeling

Koninklijke Vermande bv — Lelystad
1988

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK
Erasmus Universiteit
Burgemeester Oudlaan 50
3062 PA ROTTERDAM

© 1988 Vermande Lelystad

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

Mijnssen, F. H. J.

Kredietverlening naar huidig en komend recht :
preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht / door F. H. J. Mijnssen,
P. A. Stein, C. J. B. Ebeling. — Lelystad : Koninklijke Vermande Met reg.
ISBN 90-6040-879-9 geb.
SISO 345.5 UDC 347.457(492) NUG1 692
Trefw.: kredieten ; Nederland ; juridische aspecten.

Prof. mr. F. H. J. Mijnssen, raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden en buitengewoon hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit

Prof. mr. P. A. Stein, hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam

Mr. C. J. B. Ebeling, hoofd Juridische en Fiscale Dienst Rabobank Nederland

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 j^p het Besluit van 20 juni 1974, St.b. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, St.b. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

INHOUD

Blz.

Vorderingen als zekerheid voor de kredietverlener

1. Inleiding	7
2. Pand tegenover overdracht tot zekerheid	8
3. Factoring	11
4. Toekomstige vorderingen als object van zekerheid	12
5. Cessielijsten en Pauliana	14
6. Stille verpanding van toekomstige vorderingen	16
7. Cessie en verpanding van toekomstige vorderingen en faillissement van de kredietnemer	17
Kredietverlening en verrekening	20
8. Inleiding	20
9. De verruimde mogelijkheid tot verrekening in art. 53 en 234 Fw.	22
10. Verrekening in rekening-courant	23
11. Overeengekomen verrekening	27
12. Samenvatting	29

Bank- en krediethypotheek

1. De diverse types van hypotheek	33
2. Geldigheid van bank- en krediethypotheek	34
3. Praktische vraagstukken samenhangend met de bankhypotheek	39
4. Het tenietgaan van de bankhypotheek	40
5. Beslag gelegd op een onroerend goed met een bankhypotheek ..	42
6. Faillietverklaring van de hypotheekgever	44
7. Overdracht van bank- en krediethypotheek	45
Noten	49

Fiducia en fiscus

1. Inleiding	51
2. Zekerheidseigendom	51
3. Het bodemrecht van de fiscus	53
Ontstaan	53
Omvang	55
Bezwaar-procedure	57
4. Zekerheidseigendom en fiscaal bodemrecht	58
Rechtspraak over de vordering	58
Rechtspraak over de eigendom	60
Rechtspraak over de bodem	66

5. Conclusie	67
Komend recht	69
Voorstel Invorderingswet 1989	69
Nieuw Burgerlijk Wetboek	70
6. Bodembeslag tijdens faillissement	72
7. Slot	73
Noten	75

VORDERINGEN ALS ZEKERHEID VOOR DE KREDIET- VERLENER

Prof. mr. F. H. J. Mijnsen

1. Inleiding

Een kredietgever kan zich op verschillende manieren verhaal verschaffen op vorderingen die de kredietnemer op zijn beurt heeft op derden. Door beslag onder de derde te leggen kan een schuldeiser zich verhalen op de vordering van zijn schuldenaar op de derde. De laatste moet uiteindelijk aan de beslaglegger betalen. Zie art. 751 en 752 Rv en art. 477 Rv volgens Inv. wet boeken 3, 5 en 6 NBW, eerste gedeelte, verder: NRv. De kredietgever die op deze wijze verhaal neemt, heeft echter meestal geen voorrecht en zal, indien er meer schuldeisers zijn die beslag hebben gelegd, de opbrengst met hen moeten delen.

In het geval van beslag neemt de schuldeiser verhaal zonder dat hij de medewerking van zijn schuldenaar behoeft. Met diens medewerking kan hij zich de vorderingen van zijn schuldenaar doen overdragen tot zekerheid of zich doen verpanden. Ook bij de uitoefening van deze zekerheidsrechten zal de derde zijn schuld voldoen door betaling aan degene aan wie de vordering was overgedragen of verpand.

De schuldeiser aan wie een vordering tot zekerheid is overgedragen heeft in beginsel de bevoegdheid die vordering te innen en door opzegging opeisbaar te maken zo dat nodig is. Hij heeft voor de uitoefening van die bevoegdheden geen rechterlijke machtiging nodig. Men kan zeggen dat hij het recht van parate executie heeft. Aangenomen moet echter worden dat zolang de overdracht nog niet aan de derde is betekend of op andere wijze medegedeeld, de bevoegdheid tot inning of opzegging berust bij degene die de vordering overdroeg.

Ook de pandhouder heeft het recht zich op de vordering te verhalen zonder dat daartoe een rechterlijke machtiging is vereist. Ofschoon daarover vroeger verschillend werd gedacht, wordt thans algemeen aangenomen dat de pandhouder van een vordering zich kan verhalen door die vordering te innen, vgl. art. 3.9.2.7.

In beide gevallen, dat van overdracht tot zekerheid als van pandrecht, heeft de schuldeiser de bevoegdheid in geval van faillissement van de schuldenaar, zijn rechten uit te oefenen alsof er geen faillissement was. Een andere mogelijkheid tot verhaal vindt de schuldeiser in zijn bevoegdheid tot verrekening indien hij ook een schuld heeft aan zijn schuldenaar. De huidige wet spreekt van compensatie of schuldvergelijking. Daarvoor komt in het NBW de term: verrekening in de plaats. Ik geef er de voorkeur

aan die laatste benaming te gebruiken. In het geval van verrekening wordt de vordering die de schuldeiser heeft, voldaan doordat hij zijn schuld aan de wederpartij niet betaalt. Het verschuldigde wordt verrekend en strekt tot voldoening van de schuldeiser die zich op verrekening beroept.

In beginsel speelt verrekening zich af tussen twee partijen. Een derde is daarbij niet betrokken. In de bankpraktijk wordt door verrekening echter indirect verhaal genomen op vorderingen van de cliënt-schuldenaar op derden. Doordat die derden betalen door storting of overschrijving van het verschuldigde op de rekening van de cliënt bij de bank, ontstaat voor deze laatste een verbintenis tot afdracht van hetgeen hij ontving. Die verbintenis verrekent de bank met hetgeen zij te vorderen heeft. Dat gebeurt in het bijzonder doordat de bank haar vordering wegens verstrekt krediet in rekening-courant heeft geboekt en die rekening later crediteert wegens van derden ontvangen betalingen.

2. Pand tegenover overdracht tot zekerheid

In beginsel gelden voor verstiging van een beperkt recht dezelfde regels als voor overdracht van het meer volledige recht waarvan het beperkte recht is afgeleid. Vgl. Asser-Beekhuis, I, nr 274, voorts art. 3.4.2.11. Deze regel komt ook tot uitdrukking in art. 3.9.2.1, lid 2.

Voor het huidige recht kent de wet ten aanzien van pandrecht op vorderingen een uitzondering op gemelde regel in art. 1199. Pandrecht op een vordering wordt gevestigd door een vormvrije, zakelijke overeenkomst en kennisgeving van de verpanding aan de schuldenaar van de verpande vordering. Voor overdracht van een vordering, cessie, is een zakelijke overeenkomst voldoende, zij het dat tenminste de tot overdracht strekkende wilsverklaring van de vervreemder is neergelegd in een akte (HR 30 nov. 1956, NJ 1957, 81). De in art. 668, tweede lid, genoemde betekening is niet vereist voor de geldigheid van de overdracht (HR 7 mei 1915, NJ 1915, 791).

In het bijzonder de in art. 1199 verlangde kennisgeving van de verpanding stond eraan in de weg dat pandrecht van vorderingen tot ontwikkeling kwam in het kader van de kredietverlening. Steeds opnieuw kennisgeving te doen van verpanding van een nieuw ontstane vordering is praktisch ondoenlijk. Bovendien is het voor leners onwenselijk dat hun schuldenaren kennis krijgen van de verpanding. Deze bezwaren bestaan niet met betrekking tot overdracht tot zekerheid. Men heeft aangenomen dat de verbintenis om zekerheid te verschaffen een voldoende titel van overdracht is (HR 25 jan. 1929, NJ 1929, 616).

Ten aanzien van overdracht tot zekerheid van een vordering bestaat er geen twijfel over dat de schuldeiser bevoegd is de overgedragen vordering

te innen of voldoening af te dwingen, dan wel de vordering door opzegging opeisbaar te maken. Met betrekking tot pandrecht bestond daarover verschil van mening. Thans is dunkt mij wel algemeen aanvaard dat ook de pandhouder de bevoegdheid tot inning heeft, zie Asser-Mijnssen, III, nr. 148; Reehuis, Stille verpanding, nr. 315. Aangenomen moet echter worden dat de schuldeiser-cessionaris niet bevoegd is de genoemde bevoegdheden uit te oefenen zolang zijn schuldenaar niet in zijn verplichtingen is tekort geschoten of goede grond heeft te vrezen dat hij in de nakoming van die verplichtingen tekort zal schieten.

Een bijzonder aspect van overdracht, ook indien zij tot zekerheid geschiedde, is dat de aan de vordering accessoire, afhankelijke, rechten op de cessionaris overgaan. In het geval van overdracht tot zekerheid van een vordering uit koop verkrijgt de cessionaris ook het voorrecht van de verkoper. Zie voor een geval waarin dat was gebeurd HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433. Dat arrest betreft de vraag of het voorrecht van de verkoper kan worden ingeroepen tegen degene aan wie de betreffende zaak in eigendom tot zekerheid was overgedragen. Het was echter niet de verkoper, maar degene aan wie de vordering uit koop was overgedragen, die zich op het voorrecht van de verkoper beriep.

Men zie over het karakter van afhankelijke rechten, Asser-Beekhuis I, nr 376 en de daar geciteerden. Dat afhankelijke rechten in het geval van overgang van een vordering overgaan op de verkrijger is in het huidige recht niet met zoveel woorden bepaald. Men zie echter de uitdrukkelijke regeling in art. 3.4.1.2a.

In literatuur of gepubliceerde rechtspraak wordt niet de vraag behandeld of afhankelijke rechten ook overgaan op de pandhouder in het geval van verpanding van de vordering waaraan zij zijn verbonden. Aangezien de vestiging van pandrecht moet worden beschouwd als overdracht van een kwalitatief deel van de vordering, is er dunkt mij veel voor te zeggen dat de pandhouder ook de afhankelijke rechten verkrijgt. Wellicht in andere zin Köster, preadvies B.C.N. 1964.

Meijers heeft zich steeds verzet tegen de mogelijkheid van overdracht tot zekerheid. Dat heeft er toe geleid dat in het NBW de mogelijkheid van overdracht tot zekerheid is uitgesloten. De verbintenis tot het verschaffen van zekerheid is daar niet meer als een geldige titel te beschouwen, art. 3.4.2.2, lid 3. Voor de overdracht tot zekerheid komt het 'stille' pandrecht in de plaats. In beginsel moet pandrecht op vorderingen geschieden bij akte en mededeling daarvan aan de schuldenaar van de verpande vordering, overeenkomstig de wijze van overdracht, zie art. 3.4.2.7 en 3.9.2.1 lid 2. Van die regel kan worden afgeweken en stil pandrecht worden gevestigd indien de tot vestiging van het pandrecht strekkende onderhandse akte wordt geregistreerd of het pandrecht wordt gevestigd bij authentieke ak-

te, art. 3.9.2.3. Er is dan sprake van 'stil' pandrecht omdat de verpanding niet naar buiten blijkt, de mededeling blijft achterwege.

Het pandrecht kan gewoon pandrecht worden door mededeling van het pandrecht aan de schuldenaar van de verpande vordering. Tot het doen van die mededeling zijn zowel de pandgever als de pandhouder bevoegd. Dat volgt uit art. 3.4.2.7, lid 1, slot. De bevoegdheid van de pandhouder om tot mededeling over te gaan vindt regeling in art. 3.9.2.3, lid 3. Die bevoegdheid bestaat slechts indien de schuldenaar in de nakoming van zijn verplichtingen jegens de pandhouder tekortschiet of goede gronden geeft te vrezén dat hij in die nakoming tekort zal schieten. Pandhouder en pandgever kunnen overeenkomen dat deze bevoegdheid op een ander tijdstip ingaat. Zie daarover ook Reehuis, nr 364.

Zolang nog geen mededeling van de verpanding is gedaan, blijft de pandgever bevoegd de vordering te innen of haar door opzegging opeisbaar te maken. Die bevoegdheden komen de pandhouder toe nadat de mededeling is gedaan.

Men kan zich afvragen of het, in het bijzonder ten aanzien van vorderingen, nodig was overdracht tot zekerheid te vervangen door pandrecht. De pandhouder oefent evenals de cessionaris de bevoegdheden van de schuldeiser van de verpande c.q. overgedragen vordering uit. Er is echter een verschil. Men kan immers een vordering slechts éénmaal overdragen, waarbij ik gedeeltelijke overdracht buiten beschouwing laat. Gewoonlijk wordt de vordering slechts overgedragen aan één schuldeiser, niet uitgesloten is evenwel dat de vordering aan een aantal schuldeisers gezamenlijk wordt overgedragen. In dat geval zou gemeenschap ontstaan. De deelgenoten moeten dan een wijze van verdeling overeenkomen.

Men kan een vordering echter meermalen verpanden. In dat geval ontstaat een rangorde. Degene aan wie eerder pandrecht werd verleend gaat in rang voor een latere pandhouder. Het doet er niet toe wiens pandrecht het eerst is megedeeld, zie Reehuis, nr 467. Een regeling voor de uitoefening van rechten ten aanzien van een meermalen verpande vordering, vindt men in art. 3.9.2.7, lid 3.

De situatie waarin een vordering meermalen is verpand zal zich niet dikwijls voordoen. De pandakte behoeft niet het bedrag te vermelden dat maximaal op de verpande vordering kan worden verhaald. Dat is wel vereist ten aanzien van een hypotheekakte, vgl. art. 1221 en art. 3.9.4.2, lid 1. Het is dan ook voor een tweede of volgende pandhouder onzeker of er voor hem iets zal overschieten na verhaal door de eerste pandhouder. Zijn er meer schuldeisers die zich verhalen dan geschiedt de verdeling van het geïnde bedrag overeenkomstig de regel van art. 3.9.2.14, welk artikel verwijst naar art. 490b NRv.

3. Factoring

Factoring is een verzamelbegrip, waaronder een aantal verschillende figuren begrepen zijn. Er is sprake van een overeenkomst tussen een leverancier of een ander die tegen betaling diensten verricht ten behoeve van opdrachtgevers en de factoor. Ik beperk mij hierna, gemakshalve, tot de leveranciers. De factoor neemt bij de overeenkomst op zich vorderingen van de leverancier op zijn afnemers te innen.

In de minst ingrijpende vorm is er sprake van opdracht tot inning. Daartoe worden de vorderingen van de leverancier overgedragen aan de factoor. Die overdracht kan geschieden ter incasso. In dat geval is het niet de bedoeling van partijen dat de vordering na de overdracht in het vermogen van de factoor valt. Er vindt dan, naar mijn mening ook naar huidig recht, geen overgang plaats. Zie ook HR 21 okt. 1983, NJ 1984, 254, waarin de HR vooropstelde dat de schuldeiser — al dan niet met gebruik van de term cessie ter incasso — aan een derde de last kan geven de vordering op eigen naam te innen; voorts Asser-Beekhuis I, nr 364. Evenals in het geval van endossement ter incasso (art. 102a en 183a WvK) is sprake van de volmacht tot inning waarbij de cessionaris, hier de factoor, in eigen naam in rechte op kan treden.

De factoor kan ook krediet verlenen. Dat geschiedt dan meestal tegen een overeengekomen percentage van de vordering. Ontstaat een vordering van f 10.000,— dan kan de factoor daarop een voorschot geven van bijvoorbeeld 75%. De leverancier ontvangt als voorschot f 7.500,— en bij voldoening van het volledige bedrag het restant. Alles onder aftrek van de beloning van de factoor.

Een volgende mogelijkheid is die waarin de factoor de vordering van de leverancier koopt tegen een zeker disconto waarin een vergoeding voor rente en beloning zijn begrepen. In dit geval zal het de bedoeling zijn dat het risico van non-betaling voor rekening van de leverancier blijft. Factoor en leverancier zullen moeten overeenkomen dat bij gebreke van betaling de leverancier het bedrag van de vordering aan de factoor restitueert. Zij zullen dat moeten overeenkomen omdat de cedent niet van rechtswege behoeft in te staan voor betaling van de overgedragen vordering. Zie ook art. 1571, bepalende dat ingeval van koop van een vordering overeengekomen kan worden dat de verkoper instaat voor de gegoedheid van de schuldenaar.

De factoor kan tenslotte het risico van non betaling zelf lopen. In dat geval zal in het disconto ook een vergoeding begrepen zijn voor het lopen van het gevaar dat betaling achterwege blijft.

Verleent de factoor krediet dan zal die kredietverlening afwijken van kredietverlening door bankiers. Bankierskrediet wordt gewoonlijk aldus ver-

strekt dat de cliënt tot een bepaald bedrag debet mag staan. Tot zekerheid van dit in rekening-courant verstrekt krediet worden onder meer de vorderingen tot zekerheid overgedragen. Er bestaat echter geen rechtstreekse relatie tussen het bedrag van het krediet en de omvang van het bedrag van de gezamenlijk aan de bank overgedragen of verpande vorderingen. In het geval van factoring zal de factor doorgaans slechts krediet verschaffen voorzover vorderingen aan hem zijn overgedragen. De omvang van het krediet is dan direct afhankelijk van het bedrag van de uitstaande vorderingen.

In de hiervoor genoemde gevallen zal de leverancier zijn vordering overdragen aan de factor. In het eerst genoemde geval geschiedt die overdracht ter incasso en is er geen sprake van een echte overdracht, maar van lastgeving. In het tweede geval zal de vordering moeten strekken tot zekerheid voor de terugbetaling van het krediet dat in de vorm van een voorschot werd gegeven. Naar huidig recht zal overdracht tot zekerheid van de vordering plaats vinden, waarbij de factor direct mag innen. Onder het regime van het NBW zal zekerheidsoverdracht niet meer mogelijk zijn en zal men de vordering moeten verpanden. Eventueel is dan sprake van cessie ter incasso gecombineerd met verpanding. Waarschijnlijk zal meege-deelde verpanding voldoende zijn, zie 3.9.2.7.

Meer voor de hand ligt de derde genoemde figuur, waarbij de factor de vordering van de leverancier koopt maar in het geval van non-betaling regres neemt op de leverancier. Hier zal de vordering ten titel van koop aan de factor worden overgedragen. Daartegen kan ook naar het NBW geen bezwaar bestaan. Partijen beogen een echte overdracht. De overgedragen vordering gaat deel uitmaken van het vermogen van de factor. Dat is nog duidelijker in het vierde geval waarin de factor ook het risico van non-betaling loopt.

4. Toekomstige vorderingen als object van zekerheid

Voor de kredietverlener het eenvoudigst zou het zijn indien bij één akte alle bestaande vorderingen en de vorderingen die de kredietnemer zal verkrijgen tot zekerheid worden overgedragen of verpand. De mogelijkheid van cessie van toekomstige vorderingen is naar huidig recht echter beperkt. In zijn arrest van 29 december 1933, NJ 1934, 343, oordeelde de HR immers dat cessie slechts mogelijk is indien de vordering bij het aangaan van de akte van overdracht reeds bestaat en voegde daaraan toe dat een vordering, voor zover het cessie betreft, reeds bestaat indien zij haar onmiddellijke grondslag vindt in een rechtsverhouding waarin hij, die de vordering overdraagt, dan reeds tot de schuldenaar staat. In zijn arrest van 24 okt. 1980, NJ 1981, 265, komt de HR tot eenzelfde resultaat, maar

grondt dat op een ander uitgangspunt: voor de overdracht van een schuld-vordering is nodig dat de over te dragen vordering reeds ten tijde van de cessie, ook naar haar inhoud, in voldoende mate door de akte van cessie bepaald wordt. Dat brengt voor de overdracht van vorderingen die op het moment van de cessie nog moeten ontstaan mee dat zij hun onmiddellijke grondslag moeten hebben in een rechtsverhouding die op dat moment reeds bestaat. De beide uitspraken verschillen op dit punt in zoverre dat de HR in 1933 vorderingen die rechtstreeks voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding als reeds bestaand aanmerkt, terwijl in 1980 de HR cessie van toekomstige — nog niet bestaande — vorderingen toelaat mits aan de vermelde eis is voldaan.

Uit het arrest van 1980 blijkt dat in een bijzonder geval volgens de HR ook aan het vereiste van bepaaldheid kan zijn voldaan indien de vervreemder en verkrijger ten tijde van de cessie reeds weten om welke vordering het gaat en tevens vaststaat dat de vervreemder de bij voorbaat overgedragen vordering zal verkrijgen. In het genoemde geval ging het om cessie van een vordering die de cedent uit geldlening zou verkrijgen, terwijl hij zich jengens een derde tot het doen van de geldlening had verbonden. Zie hierover ook Brahn, Fiduciaire overdracht, stille verpanding en eigendomsvoor-behoud, p. 114. Men dient hierbij te bedenken dat geldlening, in ieder ge-val naar huidig recht, door velen nog als een reëel contract wordt be-schouwd hetwelk pas ontstaat op het tijdstip waarop het geld ter leen wordt verstrekt. In die opvatting kan er voordien niet een overeenkomst zijn waaruit de vordering tot terugbetaling rechtstreeks voortvloeit.

De mogelijkheid van cessie bij voorbaat is aldus in de praktijk beperkt tot vorderingen die voortvloeien uit duurovereenkomsten. Te denken valt aan overeenkomsten van huur of pacht, aan agentuur en arbeidsovereen-komsten (in beperkte mate i.v.m. art. 1638g, lid 3 BW). Daarnaast ook aan een overeenkomst van een groothandelaar die overeenkomsten sloot met detailhandelaren strekkende tot het regelmatig afnemen van zaken. Misschien kan men hier ook denken aan een verzekeringsovereenkomst. Onder de cessie zou dan vallen de vordering tot vergoeding van schade na-dat de onzekere gebeurtenis, tegen de gevolgen waarvan de verzekering dekking biedt, is voorgevallen. Ik maak hier een voorbehoud omdat de HR in zijn arresten van 26 maart 1982, NJ 1982, 615 en van 30 jan. 1987, NJ 1987, 530, heeft geoordeeld dat een vordering onder opschortende voorwaarde als een reeds bestaande vordering moet worden beschouwd. De verbintenis van de verzekeraar nu zou men kunnen opvatten als een onder opschortende voorwaarde: het zich verwezenlijken van het gevaar. In dat geval zou de vordering tegen de verzekeraar als een reeds bestaande vordering moeten worden aangemerkt. Die zienswijze is dunkt mij echter niet juist omdat de verbintenis van de verzekeraar is het lopen van het ge-

vaar, daaruit vloeit als consequentie voort dat de verzekeraar indien het gevaar zich verwezenlijkt de schade moet vergoeden. Zie daarover Scheltema-Mijnssen, Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht, p. 18 e.v.

5. Cessielijsten en Pauliana

Behoudens in het hiervoor besproken geval waarin een toekomstige vordering wordt gecedeerd, die rechtstreeks voortvloeit uit een ten tijde van de cessie bestaande rechtsverhouding, is overdracht van toekomstige vorderingen niet mogelijk. In de praktijk komen kredietgever en kredietnemer overeen dat laatstgenoemde alle vorderingen die hij in de uitoefening van zijn bedrijf op afnemers zal verkrijgen, zal overdragen aan de kredietgever (stamcessie). Vervolgens zal de kredietnemer periodiek cessielijsten aan de kredietgever zenden, vermeldende de in de verstreken periode ontstane vorderingen onder mededeling dat die vorderingen aan de kredietgever worden gecedeerd. De cessie betreft dan steeds opnieuw reeds bestaande vorderingen.

Toch kunnen ook hier problemen rijzen. De periodiek plaatsvindende cessie is een rechtshandeling waardoor de mogelijkheid tot verhaal door andere schuldeisers wordt verminderd. In dat geval dreigt de toepassing van de Pauliana (art. 1377 c.q. art. 3.2.11 e.v., en art. 42 e.v. Fw). In zijn arrest van 8 jan. 1937, NJ 1937, 431, oordeelde de HR op grond van art. 1377 vernietigbaar de cessie van vorderingen tot zekerheid tegen uitstel van betaling van een opeisbare vordering. In zijn arrest van 10 dec. 1976, NJ 1977, 617 oordeelde de HR dat onder onverplichte handelingen in de zin van art. 42 Fw (i.c. art. 38 Faillissementsbesluit 1931 van Curaçao) verstaan moeten worden alle handelingen die verricht worden zonder dat daartoe een rechtsplicht bestond, ook al is de feitelijke situatie aldus dat de schuldenaar praktisch niets anders kon doen dan de aangevochten handeling te verrichten. I.c. had het Hof vastgesteld dat de schuldenaar aan de nieuw ontstane situatie, t.w. beëindiging van een financieringsovereenkomst, slechts het hoofd kon bieden door de aangevochten fiduciaire eigendomsoverdracht. Dat kon echter niet motiveren dat de overdracht niet een onverplicht verrichte handeling in de zin van de wet opleverde. Niet vernietigbaar is evenwel die cessie waartoe een verplichting bestaat, HR 13 jan. 1938, NJ 1938, 566. Zie ook het per 1 jan. 1978, Stb. 275, op een ander punt gewijzigde art. 43 Fw. De stamcessie houdt een verbintenis tot cessie in zodat de latere cessie niet onverplicht geschiedt.

Dat in een bijzonder geval de bij het toezenden van een cessielijst plaatsvindende cessie toch met beroep op de Pauliana kan worden vernietigd,

leert HR 16 jan. 1987, NJ 1987, 528. In dat geval was in verband met de zorgelijke situatie van de kredietnemer overeengekomen dat frequenter dan voorheen, en wel eens per veertien dagen, cessielijsten zouden worden verstuurd. Dat geschiedde op 28 okt., 5 nov. en 8 nov. 1982. Op laatstgenoemde datum deed de kredietnemer een eigen aangifte tot faillietverklaring. De curator riep de nietigheid in van de cessie van 8 november 1982, die één dag voor de faillietverklaring plaatsvond. Die cessie betrof een bedrag van ruim f 38.000. De curator ging er daarbij van uit dat de cessie onverplicht geschiedde nu minder dan veertien dagen waren verstreken na de voorafgaande cessie(s). De HR deed de zaak zelf af en oordeelde dat de cessie moet worden aangemerkt als een onverplicht verrichte handeling in de zin art. 42 Fw. Zie ook Korthals Altes, Kwartaalbericht Nieuw BW, 1988, p. 29 e.v.

In zijn noot onder het arrest in de NJ, wijst Van der Grinten op de mogelijkheid van toepassing van art. 47 Fw. Vernietiging van de cessie is dan mogelijk indien de kredietgever op het moment waarop hij de cessielijst ontving wist dat het faillissement van de kredietnemer reeds was aangevraagd of de cessie het gevolg was van overleg tussen de kredietgever en de kredietnemer ten doel hebbende laatstgenoemde door die cessie boven andere schuldeisers te begunstigen. Zie echter ook zijn noot NJ 1988, 104.

6. Stille verpanding van toekomstige vorderingen

In beginsel is volgens het NBW pandrecht op toekomstige vorderingen op ruimere schaal mogelijk dan naar huidig recht mogelijkheid tot cessie bestaat. Dat volgt uit art. 3.4.2.10, lid 1, bepalend dat overdracht bij voorbaat van een toekomstig goed geldig is. Hetgeen voor overdracht geldt, geldt ook voor vestiging van een beperkt recht, art. 3.4.2.11. Bezwaren die zijn aangevoerd tegen overdracht bij voorbaat worden zonder veel omhaal in de Toelichting op art. 3.4.2.10 verworpen (Parl. Gesch. Boek 3, p. 401). Doordat ook voor het vestigen van pandrecht op vorderingen als uitgangspunt geldt dat mededeling van de verpanding moet worden gedaan aan de schuldenaar van de verpande vordering, is de mogelijkheid van pandrecht op toekomstige vorderingen toch weer beperkt. De schuldenaar zal immers bekend moeten zijn.

Aldus was in de aanvankelijke opzet van afd. 3.9.2 stille verpanding van toekomstige vorderingen wel op ruime schaal mogelijk. De gemelde beperking, verbonden aan het mededelingsvereiste, zou daarbij vervallen. Die verruimde mogelijkheid werd slechts beperkt door de in art. 3.4.2.2, lid 2, verlangde voldoende bepaaldheid. Bij de tweede nota van wijzigingen van Inv. wet boeken 3, 5 en 6, vierde gedeelte, is echter in art. 3.9.2.3,

lid 1, de mogelijkheid van vestiging van stil pandrecht op toekomstige vorderingen beperkt tot die welke rechtstreeks zullen worden verkregen uit een ten tijde van de vestiging reeds bestaande rechtsverhouding.

Men heeft tot deze wijziging besloten enerzijds omdat een ongerechtvaardigd verschil werd geconstateerd tussen de mogelijkheid van beslag op toekomstige vorderingen en het vestigen van pandrecht daarop, anderzijds was uit overleg met het Genootschap van bedrijfsjuristen gebleken dat het periodiek verzenden van cessielijsten als minder bezwarend werd ervaren. In de praktijk, zo bleek, zal men toch toezending van cessielijsten verlangen als administratief hulpmiddel om te controleren welke vorderingen telkens onder het betreffende pandrecht komen te vallen. Door de gemelde wijziging geldt voor de vestiging van pandrecht eenzelfde beperking als voor beslag op toekomstige vorderingen. Ingevolge art. 475 NRv. is derdenbeslag op een toekomstige vordering mogelijk indien het een vordering betreft die de geëxecuteerde uit een ten tijde van het beslag bestaande rechtsverhouding rechtstreeks zal verkrijgen.

Het lijkt er op dat door de hier bedoelde wijziging van art. 3.9.2.3, lid 1, een zelfde situatie in het leven wordt geroepen als in het huidige recht bestaat t.a.v. cessie tot zekerheid. Evenals de cessie tot zekerheid zou de verpanding tot stand kunnen komen door acceptatie van de door de kredietnemer ondertekende pandlijst. Toch is dat niet het geval.

Voor de totstandkoming van stil pandrecht is immers registratie van de pandakte nodig. Het pandrecht ontstaat niet op het tijdstip waarop de kredietgever de pandakte accepteert, maar op dat van de registratie van de akte. Zie ook Asser-Mijnssen III, nr 168; Brahn t.a.p., p. 123; Reehuis t.a.p., nr 487. e.v. Een voorbeeld ter verduidelijking van het verschil tussen de huidige praktijk en die volgens het NBW: op maandag 15 juni ontvangt de kredietgever een cessie- c.q. pandlijst en accepteert deze. Op dinsdag 16 juni wordt onder een van de schuldenaren van de kredietnemer derdenbeslag ten laste van hem gelegd, op woensdag 17 juni wordt de akte geregistreerd. Naar huidig recht is de cessie voltooid op 15 juni, het derdenbeslag kan niet aan de cessionaris worden tegengeworpen. Volgens het NBW is de verpanding eerst perfect op 17 juni zodat het derdenbeslag wel aan de pandhouder kan worden tegengeworpen. Zie ook art. 475b NRv, bepalende dat vervreemding, bezwaring afstand of onderbewindstelling van een door het beslag getroffen vordering, tot stand gekomen nadat het beslag is gelegd, niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen.

Stille verpanding van een toekomstige vordering bij voorbaat zal wel mogelijk zijn als het een vordering betreft die rechtstreeks zal worden verkregen uit een ten tijde van de verpanding reeds bestaande rechtsverhouding. Hiervoor geldt weer hetgeen ik ten aanzien van cessie van toekomstige

vorderingen opmerkte in paragraaf 4 en 7. De arresten van 26 maart 1982 en 30 jan. 1987 betreffende de afbakening van reeds bestaande en toekomstige vorderingen zullen voor het nieuwe recht hun belang behouden.

7. Cessie en verpanding van toekomstige vorderingen en faillissement van de kredietnemer

Aan de mogelijkheid van overdracht en verpanding van toekomstige vorderingen is deze grens gesteld, dat die overdracht geen werking heeft ten aanzien van vorderingen die de cedent verkrijgt nadat hij in staat van faillissement is verklaard. In de arresten van 26 maart 1982, NJ 1982, 615 en 30 jan. 1987, NJ 1987, 530, oordeelde de HR dat een cessie van toekomstige vorderingen, indien de cedent voor voor het ontstaan van de vordering wordt faillietverklaard, wegens het bepaalde in art. 23 Fw niet tegen de boedel kan worden ingeroepen. Deze uitspraken sporen met het nieuwe faillissementsrecht, waar in art. 35, tweede lid, wordt bepaald: Heeft de schuldenaar voor de dag van de faillietverklaring een toekomstig goed bij voorbaat geleverd, dan valt dit goed, indien het eerst na de aanvang van die dag door hem is verkregen, in de boedel

Het antwoord op de vraag of een vordering al dan niet in de boedel valt hangt er aldus van af of die vordering op de Faillissementsdatum als reeds bestaand moet worden aangemerkt. Hierbij moet worden bedacht dat de HR in zijn hiervoor genoemde arrest van 29 dec. 1933 als reeds bestaand aanmerkte een vordering die rechtstreeks voortvloeide uit een ten tijde van de cessie reeds bestaande rechtsverhouding, maar in het arrest van 24 okt. 1980 de mogelijkheid van cessie van een vordering die nog moest ontstaan aanvaardde.

Een nadere afbakening van reeds bestaande en toekomstige vorderingen gaf de HR in zijn reeds vermelde arresten van 26 maart 1982 en 30 jan. 1987. In eerstgenoemd arrest overwoog de HR: „Een toekomstige vordering — die moet worden onderscheiden van bijv. een terstond krachtens overeenkomst ontstane vordering onder een opschortende tijdsbepaling of voorwaarde of tot periodieke betalingen — kan ook niet geacht worden reeds te hebben bestaan ten tijde van het ontstaan van de betreffende rechtsverhouding op grond van het enkele feit dat zij daarin haar onmiddellijke grondslag vond”.

Dat de HR vorderingen onder opschortende voorwaarde als reeds bestaand aanmerkt voordat de voorwaarde in vervulling is gegaan houdt waarschijnlijk verband met art. 6.1.5.2. Daar wordt bepaald: „Een opschortende voorwaarde doet de werking der verbintenis eerst met het plaatsvinden der gebeurtenis aanvangen;”. Daarmede wordt buiten twijfel gesteld dat de verbintenis bestaat doch haar werking is opgeschort. Zie

Asser-Hartkamp I, nr 158. Duidelijk is aldus dat cessie van nog niet opeisbare vorderingen, of vorderingen onder opschortende termijn en van vorderingen onder opschortende voorwaarde wel aan de boedel kan worden tegengeworpen indien de cedent in staat van faillissement is verklaard voordat de termijn verstrijkt of de voorwaarde in vervulling gaat.

Een voorbeeld van problemen die hier kunnen rijzen biedt de cessie of verpanding van de vordering die de verzekerde heeft op zijn verzekeraar. Zou het evenement zich voordoen na faillietverklaring van de verzekerde dan zou de cessie toch aan de boedel kunnen worden tegengeworpen indien men zou aannemen dat de vordering tegen de verzekeraar er een is onder opschortende voorwaarde. Hiervoor betoogde ik echter reeds (nr 4 slot) dat deze vordering een toekomstige is. Overigens zal het probleem zich ten aanzien van verzekeringsuitkeringen niet vaak voordoen enerzijds omdat verzekering in beginsel het belang volgt (Scheltema-Mijnssen, p. 73 e.v.), anderzijds omdat na invoering van het NBW bij verlies of beschadiging van een verpand of met hypotheek belast object, de vordering tot vergoeding van de schade van rechtswege aan de pand- of hypotheekhouder is verpand (art. 3.9.1.3).

Niet duidelijk was wat de HR bedoelde met: een vordering tot periodieke betalingen. Men kan daarbij denken aan vorderingen uit lijfrente, alimentatie, arbeidsovereenkomst, huur of pacht. In het arrest van 30 jan. 1987, NJ 1987, 530, moest de HR zich uitspreken over de vraag of de vordering uit een huurovereenkomst een vordering tot periodieke betaling is, zodat cessie van de vordering tot betaling van de nog niet verschenen huurtermijnen wel aan de boedel zou kunnen worden tegengeworpen omdat zij als reeds bestaand moeten worden aangemerkt. De HR overwoog: „Het lot van het middel hangt derhalve af van het antwoord op de vraag of zodanige huurtermijnen met het oog op de ... toepassing van art. 23 Fw als op de dag van de faillietverklaring nog toekomstige vorderingen moeten worden beschouwd. Deze vraag moet bevestigend worden beantwoord. Het ontstaan van vorderingen als hier bedoeld, die niet geacht kunnen worden hun bestaan reeds te zijn aangevangen op het tijdstip waarop de huurovereenkomst tot stand kwam, is afhankelijk van toekomstige, voorts nog onzekere omstandigheden waaronder in het bijzonder de daadwerkelijke verschaffing van het huurgenot, onderscheidenlijk het na de faillietverklaring nog resterende deel van het huurgenot waarvoor de betreffende termijn de tegenprestatie vormt”. Voorts: „... kunnen de vorderingen ter zake van de huurtermijnen niet gelijk worden gesteld met terstond bij het sluiten van de overeenkomst reeds hun bestaan aangevande vorderingen onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling of *terstond vaststaande* (curs. M.) periodieke betalingen. Een en ander vloeit voort uit de aard van de huurovereenkomst zoals deze onder meer tot uiting komt

in bepalingen als de art. 1584 eerste lid, 1596, 1588, 1589 en 1591 BW”. Over het laatstgenoemde arrest merk ik op dat waar de HR als criterium aanlegt dat het ontstaan van de vordering afhankelijk is van toekomstige voorts nog onzekere omstandigheden, niet bedoeld kan zijn dat de overeenkomst er een is onder opschortende voorwaarde. Dan zou immers toch niet sprake zijn van een toekomstige vordering als hier bedoeld.

Opmerkelijk is dat de HR in het arrest van 1987, aan de woorden 'periodieke betalingen', vooraf laat gaan: 'terstond vaststaande'. Ik verwacht niet dat daarmee iedere onduidelijkheid is weggenomen. Gelezen in samenhang met de eerder geciteerde passage uit het arrest zal er dunkt mij deze betekenis aan mogen worden toegekend dat wanneer de schuldeiser geen invloed meer kan uitoefenen op de tegenprestatie voor de termijnen, er geen sprake is van toekomstige vorderingen. Niet als terstond vaststaande periodieke betalingen in de zin van het arrest zullen dan zijn: de vorderingen uit huur, pacht of arbeidsovereenkomst. Wel daaronder vallen vorderingen uit sociale verzekeringswetten en tot onderhoud, al zijn die in verband met kredietverlening niet interessant. Meer interessant is het geval van een lijfrenteovereenkomst. Niet ondenkbaar, mede in verband met fiscale constructies, is het geval waarin degene die een lijfrente kocht de koopsom leende en tot zekerheid de vordering terzake van de lijfrente aan de kredietverlener cedeerde. Wordt de begunstigde in staat van faillissement verklaard, dan zullen de nadien vervallen termijnen niet in de boedel vallen. Anders dan ik schreef bij mijn bewerking van Asser, Zakenrecht III, nr 331, meen ik thans dat waarschijnlijk de vordering tot betaling van rente over een ter leen verstrekt bedrag wel als periodieke betaling in de zin van het arrest moet worden aangemerkt. De cessionaris heeft immers het zijne gedaan, hij heeft geen invloed meer op de tegenprestatie voor de verschuldigde rente. Zie ook de opmerkingen dienaangaande in de noot van Van der Grinten onder 3.

De arresten van 26 maart 1982 en 30 jan. 1930, doen de vraag rijzen of cessie van toekomstige huurtermijnen kan worden tegengeworpen aan de nieuwe eigenaar aan wie de verhuurde zaak is overgedragen. De nieuwe eigenaar moet de huur eerbiedigen, art. 1612, maar ook de cessie van de huurtermijnen? De HR beantwoordde die vraag bevestigend bij zijn arrest van 15 maart 1940, NJ 1940, 848. Van der Grinten merkt in zijn noot NJ 1987, 530 op dat uit het arrest van 1987 niet volgt dat de HR terugkomt op zijn arrest van 1940. Toch meen ik dat er aanleiding bestaat om aan te nemen dat de nieuwe eigenaar naar huidige opvattingen de cessie niet tegen zich behoeft te laten gelden. De HR baseert zijn uitspraken van 1982 en 1987 immers op de onbevoegdheid van de cedent na zijn faillietverklaring ingevolge art. 23 Fw. Welnu, de cedent is ook niet bevoegd om te beschikken over de huurtermijnen die vervallen na overdracht van de ver-

huurde zaak. Zie ook mijn Materieel beslagrecht, p. 56 e.v.; Asser-Beekhuis I, nr 101.

Hetgeen hierboven is opgemerkt ten aanzien van cessie tot zekerheid geldt ook voor stille verpanding van toekomstige vorderingen. Na invoering van het NBW zal ingevolge art. 35, lid 2, Fw verpanding bij voorbaat niet aan de boedel kunnen worden tegengeworpen indien het verpande goed eerst na de aanvang van de dag van de faillietverklaring van de pandgever door hem wordt verkregen.

Het door de HR in de arresten van 1982 en 1987 gemaakte onderscheid tussen reeds bestaande en toekomstige vorderingen zal voor het nieuwe recht zijn kracht volledig behouden.

Cessie van toekomstige huurtermijnen is in het bijzonder van belang in het geval waarin het gaat om een verhuurde onroerende zaak waarop hypotheek rust. De kredietnemer-hypotheekgever zal tot meerdere zekerheid ook de huurtermijnen aan zich hebben doen cederen. Een dergelijke cessie heeft geen gevolg na faillietverklaring van de cedent. Hier zou een verschil kunnen ontstaan met beslag. Ingevolge art. 507 Rv vallen ook volgens het nieuwe recht, de huur en pacht onder het beslag en moeten onder de schuldeisers worden verdeeld overeenkomstig hun rang. Wanneer men aanneemt dat ook na beslag de cessie van toekomstige huurtermijnen geen werking meer heeft, kan de hypotheekhouder zich toch op de huur en pachttermijnen verhalen door ook zelf beslag te leggen. Dat cessie van toekomstige huurtermijnen niet aan de beslaglegger kan worden tegenworpen is overigens betwist, zie Materieel beslagrecht, p. 56; MvA Inv. wet boeken 3, 5 en 6 NBW vierde gedeelte, p. 47 e.v.

Voor faillissement ontbreekt een dergelijke regel, men zie echter HR 2 jan. 1953, NJ 1953, 789 waar de HR overweegt: dat ... onder de 'opbrengst' (het hypothecair verbonden goed was door de curator verkocht, M.) kunnen zijn begrepen zowel de rente van de koopsom tot het betalen waarvan ingevolge art. 1551 B.W. de koper verplicht is, indien de verkochte en geleverde zaak vruchten of andere inkomsten oplevert, als, overeenkomstig het bepaalde in art. 507 Rv., de huurpenningen, welke vóór de levering in de loop van het faillissement zijn verschenen. Zie hierover ook concl. van waarn. a.-g. Bloembergen voor HR 30 jan. 1987, NJ 1987, 530 alsmede de noot van Van der Grinten onder dat arrest.

KREDIETVERLENING EN VERREKENING

8. Inleiding

Een schuldeiser heeft in een eventuele mogelijkheid tot verrekening een belangrijke vorm van voorrang. Het huidige recht geeft in de artt. 1461

e.v. de regeling voor compensatie of schuldvergelijking, in art. 6.1.10.4 e.v. vindt men de nieuwe regeling voor verrekening.

Het verband tussen verrekening en voorrecht wordt geïllustreerd door HR 21 jan. 1983, NJ 1983, 513 betreffende de vraag of de eis van liquiditeit (art. 1463, eerste lid, slot, en art. 6.1.10.13) ook geldt voor de verruimde mogelijkheid tot verrekening in de art. 53 en 234 Fw. De HR overwoog: „Bovendien is van belang dat het afwijkende stelsel van art. 53, eerste lid Fw blijkens de MvT steunt op de overweging dat iedere schuldeiser van de boedel zijn schuld aan de boedel als een 'onderpand' mag beschouwen voor de betaling van zijn vordering, daarmee strookt niet aan het in art. 53, eerste lid Fw bedoelde beroep op schuldvergelijking de eis te stellen dat de desbetreffende vordering spoedig en op eenvoudige wijze kan worden vastgesteld”.

Met betrekking tot de mogelijkheid tot verrekening door kredietverleners, doet zich een bijzonderheid voor. Het zijn meestal de banken die krediet verschaffen, zij belasten zich echter ook met het voor hun cliënten-kredietnemers ontvangen van betalingen. Door het laatste ontstaan voor de bank verbintenissen tot afdracht van de ontvangen bedragen aan de cliënt. Die verbintenis wordt verrekend met de vordering uit de kredietovereenkomst. Dat gebeurt in de praktijk door de bedoelde verbintenis te boeken in de rekening-courant tussen de bank en haar cliënt, waarin ook de vordering uit het crediet is opgenomen. Door deze gedragslijn strekken de vorderingen die de cliënt op zijn schuldenaren heeft in feite reeds tot zekerheid aan de kredietverlener, ook al zijn zij niet tot zekerheid aan de kredietverlener overgedragen of verpand. Aldus kon de HR in zijn arrest van 8 juli 1987, NJ 1988, 104, oordelen dat door de girale betaling — die als normale wijze van betaling moet worden beschouwd — aan banken een uitzonderingspositie zou worden gelaten die niet valt te rijmen met de onderlinge gelijkheid van crediteuren ter zake van verhaal op het vermogen van de schuldenaar, indien het ten laste van het vermogen van de schuldenaar tenietgaan of verminderen van diens opeisbare schuld aan zijn bank — dat van rechtswege resulteert uit het crediteren van zijn rekening bij die bank — niet zou worden aangemerkt als voldoening in de zin van art. 47 Fw.

Zie verder hierna nr. 10.

Opgemerkt moet worden dat de regels omtrent verrekening in het NBW in het algemeen niet essentieel afwijken van hetgeen naar huidig recht geldt. Er is echter één belangrijke afwijking. In beginsel is verrekening slechts mogelijk tussen twee partijen die over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn. Draagt een van beide partijen zijn vordering aan een derde over, dan is verrekening niet meer mogelijk indien de bevoegdheid tot verrekening eerst is ontstaan na de overdracht. In art. 6.1.10.7, lid 1,

wordt de bevoegdheid tot verrekening ondanks overdracht, dan wel verpanding of beslag, gegeven indien de tegenvordering uit dezelfde rechtsverhouding voortvloeit als de overgegane vordering. Zie daarover Asser-Hartkamp I, nr 543; Materieel beslagrecht, p. 69 e.v.; De rekening-courantverhouding, p. 67.

9. De verruimde mogelijkheid tot verrekening in art. 53 en 234 Fw.

De artt. 53 en 234 Fw geven voor het geval van faillissement respectievelijk surséance van betaling, een mogelijkheid tot verrekening die, vergeleken bij de verrekeningsmogelijkheid volgens het BW ruimer is. Degene die zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is kan zijn schuld met zijn vordering verrekenen 'indien zijne schuldvordering en zijne schuldplichtigheid beide zijn ontstaan voor de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen voor de faillietverklaring met de gefailleerde verricht'. Voor verrekening is aldus niet nodig dat de schuld van degene die zich op verrekening beroept ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaat.

Deze verruiming schiep de mogelijkheid voor hypotheek- of pandhouders om hun ongedekte vordering te verrekenen met hetgeen zij na uitwinning van het verbonden goed als executieoverschot aan de hypotheek- c.q. pandgever verschuldigd waren. Zie HR 2 dec. 1926, NJ 1927, 50; 30 mei 1930, NJ 1930, 945 en ook 27 nov. 1970, NJ 1971, 127.

Aan deze ruime mogelijkheid tot verrekening stellen art. 54 en 235 Fw de beperking dat verrekening is uitgesloten indien degene die zich op de verrekening beroept een schuld aan of een vordering op de gefailleerde, c.q. de gesurséerde, aan een derde voor de faillietverklaring, c.q. voor de aanvang van de surséance, heeft overgenomen en hij bij die overneming niet te goeder trouw was. Met betrekking tot faillissement heeft de HR in zijn arrest van 30 jan. 1953, NJ 1953, 578, geoordeeld dat niet te goeder trouw is, hij die bij de overneming wist dat de latere gefailleerde in een zodanige toestand verkeerde dat zijn faillietverklaring was te verwachten.

Onder overnemen van een vordering is in dit verband ook begrepen het betalen van een vordering waardoor die vordering door subrogatie overgaat op hem die haar betaalde (art. 1438, onder 1^o, zie HR 27 nov. 1970, NJ 1971, 271).

Het beroep op verrekening door een hypotheekhouder zal vooral dan kunnen worden gedaan in het geval waarin hij het verbonden goed zelf koopt. Men denke aan het geval waarin de hypotheekhouder een door eerste hypotheek gedekte vordering van f 6.100 alsmede een door derde hypotheek gedekte vordering van f 20.400 heeft, terwijl de tweede hypotheekhouder een gedekte vordering van f 5.450 heeft. Indien de eerste hy-

potheekhouder het goed zelf koopt voor f 13.000 en zich op verrekening zou beroepen, dan zou dat tot gevolg hebben dat de tweede hypotheekhouder, hoezeer batig gerangschikt, zijn aandeel in de koopprijs niet ontvangt. Gevolg daarvan is dat het hypotheekrecht van de oorspronkelijk tweede hypotheekhouder niet teniet gaat. Er heeft geen betaling plaatsgevonden, terwijl ook in het kader van een rangregeling de hypotheek niet teniet kan gaan omdat rangregeling immers uitsluitend de doorhaling van niet batig gerangschikte hypotheeken tot gevolg heeft (art. 1257). Het goed blijft aldus met hypotheek belast. De HR heeft dat voor het geval van uitwinning door de eerste hypotheekhouder in faillissement beslist in zijn arrest van 2 nov. 1956, NJ 1958, 398. Zie ook Asser-Van Velten III, nr 336; Pitlo-Brahn, p. 576; Stein, Hypotheek, p. 196 e.v.;

Na invoering van het NBW zullen deze problemen zich niet meer kunnen voordoen. De mogelijkheid voor pand- en hypotheekhouder om zich ten aanzien van hun verbintenis tot betaling van een executieoverschot op verrekening te beroepen is dan uitgesloten. Voor pandrecht is dat uitdrukkelijk bepaald, voorzover het niet een uitkering aan de pandgever betreft en deze niet plaats vindt gedurende diens faillissement etc., in art. 3.9.2.14, lid 2 (volgens Inv. wet boeken 3, 5 en 6, vierde gedeelte). Met betrekking tot hypotheek volgt de onmogelijkheid van verrekening uit art. 3.9.4.16.

10. Verrekening in rekening-courant

Verleent een bank krediet in rekening-courant, dan boekt zij het door de kredietnemer opgenomen bedrag als debet-post in de ten name van de kredietnemer staande rekening. Die rekening mag debet staan tot het overeengekomen bedrag. Anders gezegd, het saldo van de rekening is tot het overeengekomen bedrag niet opeisbaar. Door de kredietnemer gedane stortingen of voor de kredietnemer ontvangen betalingen worden als credit-posten in de rekening geboekt. De rekening-courantverhouding vindt regeling in art. 6.1.10.18. Kort samengevat geldt voor de rekening-courantverhouding het volgende:

1. door boeking in de rekening vindt verrekening plaats en wel doorlopend, d.w.z. onmiddellijk na iedere boeking;
2. de verrekening geschiedt van rechtswege, niet vereist is dat een van beide partijen daartoe een verklaring aflegt;
3. alleen het saldo van de rekening is verschuldigd, partijen zijn niet bevoegd betaling van afzonderlijke in de rekening opgenomen posten te vorderen;
4. de verrekening geschiedt in de volgorde waarin de vorderingen voor verrekening vatbaar zijn geworden;

5. het saldo is niet opeisbaar voorzover het niet-opeisbare vorderingen representeert.

Men zie over de rekening-courantverhouding verder: Asser-Hartkamp I, nr 557 e.v.; Van Bronkhorst, De Bankrekening; Mijnsen, De rekening-courantverhouding.

Het saldo van de rekening is de resultante van alle credit- en debet-posten. Als regel zal de laatste credit-post worden toegerekend op de oudste nog niet verrekende debet-post. Bedraagt het saldo minder dan de overeengekomen kredietlimiet dan zal de kredietnemer nog betalingen ten laste van de rekening kunnen doen. Is het saldo hoger dan de limiet dan is het meerdere direct opeisbaar.

De rekening-courant speelt bij de kredietverlening een rol ten aanzien van de verzekering van hetgeen de kredietverlener te vorderen heeft. De schuldenaren van de kredietnemer zullen diens vorderingen immers voldoen door overboeking van hetgeen zij verschuldigd zijn naar de rekening van de kredietnemer. De ontvangen betalingen worden door de boeking in rekening-courant van rechtswege verrekend met hetgeen de bank nog te vorderen heeft terzake van het verleende krediet. Aldus strekken de vorderingen die de kredietnemer op derden heeft praktisch tot zekerheid van de kredietgever.

Kan verrekening ook plaatsvinden indien de betaling van een derde door de kredietgever is ontvangen nadat de kredietnemer in staat van faillissement is verklaard? Voor een bevestigend antwoord op die vraag pleit de hiervoor genoemde opvatting ten aanzien van art. 53 Fw. De verbintenis tot afdracht van hetgeen de kredietgever heeft ontvangen is immers wel ontstaan na de faillietverklaring maar vloeide voort uit de reeds voor het faillissement tot standgekomen overeenkomst tussen de kredietgever en -nemer die ondermeer inhield dat de bank betalingen voor de cliënt zou ontvangen en aan hem diende af te dragen. De HR verwierp die opvatting echter in zijn arrest van 10 jan. 1975, NJ 1976, 249: „... dat aan die artikelen (t.w. 53 en 234 Fw, M.) ... niet een zó ruime strekking mag worden toegekend, dat zij van toepassing zouden zijn in alle gevallen, waarin een schuld die ontstaan is na de faillietverklaring (surséance van betaling) verrichte rechtshandeling van een derde enig verband met een voordien gesloten overeenkomst houdt; dat van toepassing met name geen sprake kan zijn, indien de rechtstreekse oorzaak van het ontstaan van de schuld ligt in een na de faillietverklaring (surséance van betaling) verrichte rechtshandeling van een derde — zoals in het onderhavige geval de opdrachten tot overschrijving aan de girodienst — welke zelf geen verband houdt met de vóór de faillietverklaring (surséance van betaling) gesloten overeenkomst waarop de vordering is gegrond”.

Naar mijn mening geldt hetzelfde in het niet denkbeeldige geval waarin de

opdracht tot overboeking door de derde is gedaan vóór de faillietverklaring maar de kreditering van de rekening eerst plaatsvindt na de faillietverklaring. Het tijdstip van de kreditering is het tijdstip van de betaling (art. 6.1.6A.3). In de opvatting dat in zodanig geval wel verrekening kan plaatsvinden zou de onderlinge gelijkheid van krediteuren ter zake van verhaal op het vermogen van hun in staat van faillissement verkerende schuldenaar op onaanvaardbare wijze worden doorbroken.

De HR zegt dat voor de verrekening geen plaats is indien de rechtstreekse oorzaak van het ontstaan van de schuld ligt in een na de faillietverklaring verrichte rechtshandeling van een derde. In het door de HR berechte geval ging het om een overboeking. Ook andere gevallen zijn denkbaar. Hoe te beslissen in het geval waarin iemand een vordering heeft op de gefailleerde, terwijl de gefailleerde die schuldeiser ook opdracht had gegeven vorderingen voor hem te innen, bijvoorbeeld door die vorderingen ter incasso te cederen, terwijl na de faillietverklaring betalingen bij de schuldeiser binnenkomen. De rechtstreekse oorzaak van de verbintenis tot afdracht is dan gelegen in de na de faillietverklaring door een derde verrichte betaling, zodat volgens het arrest van 1975 geen verrekening meer mogelijk zou zijn. Toch ligt dit geval naar mijn gevoel enigszins anders omdat er een gerichte opdracht tot incasso bestaat om bepaalde, met name genoemde, vorderingen te innen. Wellicht had de schuldeiser-kredietgever juist in verband met de inningsopdracht wel krediet verleend. Verdedigd kan dan m.i. worden dat de door de HR in 1975 gehanteerde regel voor dit geval niet geldt. Daartegenover kan echter worden aangevoerd dat de kredietgever zich de vorderingen tot zekerheid had kunnen doen overdragen of — na invoering van het NBW — stil had kunnen doen verpanden; vergelijk het hiervoor onder 3 als tweede mogelijkheid genoemde geval van factoring.

Opgemerkt zij dat de uitspraak van de HR betalingen van derden betreft die strekken tot voldoening van niet aan de bank tot zekerheid overgedragen of verpande vorderingen. In het geval van aan de bank overgedragen of verpande vorderingen komt de bank de bevoegdheid toe zich op die vorderingen te verhalen. Zij kan die bevoegdheid uitoefenen door verrekening, ook indien de verrekening een betaling betreft die na de faillietverklaring voor de kredietnemer is ontvangen. Zie ook Asser-Mijnsen III, nr. 193; De rekening-courantverhouding, p. 74.

De HR heeft recentelijk ook langs andere weg de mogelijkheid tot verrekening in rekening-courant terzake van derden ontvangen betalingen verder beperkt in zijn arrest van 8 juli 1987, NJ 1988, 104. De bank had een vordering op BV A., BV A. had een vordering op BV B. die ook rekeninghoudster was bij de bank. Het faillissement van A was aangevraagd. A en B hadden dezelfde persoon tot directeur. Na overleg tussen die directeur

en de bank, betaalde B haar schuld aan A door overschrijving van het door B aan A verschuldigde (f 750.000) op de rekening van A bij de bank, de vordering van de bank op A verminderde daardoor tot ongeveer f 110.000. Na faillietverklaring van A, beroept haar curator zich op de Pauliana van art. 47 Fw. Die bepaling voorziet in vernietigbaarheid van voldoening van een opeisbare schuld door de schuldenaar in het geval waarin degene die de betaling ontving wist dat het faillissement van de schuldenaar was aangevraagd en in het geval waarin de betaling het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser, ten doel hebbende laatstgenoemde door die betaling boven andere schuldeisers te begunstigen. In art. 47 NFW wordt overeenkomstige regeling gegeven. De rechtbank honoreerde het beroep van de curator op artt. 47 Fw. Het Hof kwam in een tussenarrest tot het voorlopig oordeel dat sprake is van een handeling waartegen art. 47 Fw zich keert. Bij zijn eindarrest komt het daarop terug en verwerpt het beroep op art. 47 Fw, omdat van toepassing van dat artikel slechts sprake zou kunnen zijn in het geval van een door de schuldenaar zelf verrichte handeling. Het Hof oordeelde dat in de artikelen 42 en 47 Fw centraal staat het handelen van een schuldenaar gericht op een door hem beoogd rechtsgevolg. Ingeval van betaling door een derde op de rekening van de schuldenaar is medewerking van de schuldenaar echter niet vereist.

De HR constateert dat de art. 42 t/m 47 Fw blijkens hun toelichting telkens een te kwader trouw handelen van de schuldenaar veronderstellen maar dat daaraan geen doorslaggevende betekenis meer toekomt. De HR vervolgt dan: „Beslissend is veeleer de betekenis welke aan de hand van de eisen van het huidige rechtsverkeer valt toe te kennen aan de strekking van art. 47 'betalingen te treffen' waardoor een crediteur, in strijd met de goede trouw door hem ook jegens zijne mede-schuldeisers in acht te nemen zich aan de concursus onttrekt ... Daarbij is in het bijzonder van belang dat tegenwoordig — anders dan ten tijde van het totstandkomen van de Faillissementswet — girale betaling als een normale wijze van betaling moet worden beschouwd. In verband daarmee moet worden geoordeeld dat voormelde strekking in het huidige rechtsverkeer niet tot haar recht zou komen en aan banken een uitzonderingspositie zou worden gelaten die niet valt te rijmen met de onderlinge gelijkheid van crediteuren ter zake van verhaal op het vermogen van hun schuldenaar, indien het ten laste van het vermogen van de schuldenaar tenietgaan of verminderen van diens opeisbare schuld aan zijn bank dat van rechtswege resulteert uit het crediteren van zijn rekening bij die bank, niet zou worden aangemerkt als voldoening, in de zin van art. 47. Zou het uit een dergelijke creditering resulterende tenietgaan of verminderen van de schuld van de schuldenaar aan zijn bank niet worden aangemerkt als voldoening in de zin van art. 47,

dan zou daarvan immers niet, als aan de overige vereisten van deze bepaling is voldaan, de nietigheid kunnen worden ingeroepen en dat zou meebrengen dat banken zich mede zouden mogen verhalen op vermogensbestanddelen van de schuldenaar — door diens debiteuren op diens rekening gedane stortingen — welke zij hebben ontvangen terwijl zij wisten dat zijn faillissement reeds was aangevraagd. Voor een dergelijke uitzonderingspositie bestaat geen grond”. Men zie over het arrest ook Korthals Altes, Kwartaalbericht NBW 1988, p. 68 e.v.; Schoordijk, WPNR 5846 met een rectificatie in WPNR 5855.

Terecht merkt Van der Grinten in zijn noot onder 2 op dat het arrest niet treft bedingen terzake van vorderingen die aan de bank tot zekerheid zijn overgedragen of verpand. Zoals ik bij het arrest van 1975 reeds opmerkte heeft de bank ten aanzien van die vorderingen reeds een verhaalsrecht. Daardoor is de onderlinge gelijkheid van crediteuren reeds, op geldige wijze, doorbroken.

Beziet men de arresten van 1975 en 1987 in samenhang, dan blijkt dat de kredietverlener betalingen die hij van derden heeft ontvangen voor de kredietnemer mag verrekenen met hetgeen hij van de kredietnemer te vorderen heeft indien de betaling geschiedde voor de faillietverklaring van de kredietnemer. Indien de door de derde verrichte betaling geschiedde nadat het faillissement van de kredietnemer reeds was aangevraagd en de bank daarvan kennis droeg is verrekening niet meer mogelijk. Het arrest van 1988 schuift het tijdstip waarop verrekening niet meer mogelijk is dus iets terug.

De HR gaf zijn beslissing voor het geval waarin de bank de betaling ontving op een tijdstip waarop haar reeds bekend was dat het faillissement van de begunstigde-kredietnemer reeds was aangevraagd. Men kan zich nog afvragen hoe moet worden beslist in het geval van overleg met de bedoeling de bank boven andere schuldeisers te begunstigen. Verdedigbaar lijkt voor dat geval aan te nemen dat het overleg daadwerkelijk moet hebben plaatsgevonden tussen de bank en de schuldenaar. Art. 47 is in zoverre gericht tegen samenspanning tussen schuldenaar en schuldeiser. Zou men dat aannemen dan zou overleg met de derde die de betaling verrichtte, niet voldoende zijn. Overigens zou in het berechte geval mogelijk ook op die grond art. 47 toegepast kunnen worden. Aan de betaling was immers overleg met de directeur van zowel de later gefailleerde vennootschap (A) als van de vennootschap die de betaling deed (B) voorafgegaan.

11. Overeengekomen verrekening

De hiervoor besproken aspecten van verrekening betroffen slechts de wet-

telijke verrekening. De in de wet gegeven regeling geldt echter niet voor overeengekomen verrekening, zie voor het huidige recht HR 18 dec. 1930, NJ 1931, 575; 10 juni 1938, NJ 1938, 1005 en 9 april 1943, NJ 1943, 348. Ook voor het NBW kan dat worden aangenomen, zie Asser-Hartkamp I, nr 531.

Partijen bij een geldvordering kunnen overeenkomen dat die vordering zal kunnen worden verrekend met een tegenvordering die de schuldenaar nog op de schuldeiser zal krijgen. Deze mogelijkheid is vooral van belang wanneer wij aannemen dat een dergelijke verrekeningsbeding kan worden tegengeworpen aan een derde.

Komen A en B overeen dat de vordering die A op B heeft verrekend zal kunnen worden met hetgeen B van A te vorderen zal krijgen, dan kan B zich ook op verrekening beroepen indien A zijn vordering aan C overdraagt of wanneer C onder B derdenbeslag legt ten laste van A. De verklaring hiervoor is dat wanneer A en B met betrekking tot de vordering die A op B heeft overeengekomen dat B zich op verrekening zal kunnen beroepen wanneer hij een tegenvordering krijgt, partijen bij de vordering de inhoud van het vorderingsrecht nader bepalen. Het staat partijen vrij aan vorderingsrechten de inhoud te geven die hen goeddukt. Wordt zo'n vorderingsrecht overgedragen dan betreft die overdracht het vorderingsrecht zoals dat tussen partijen bestaat. Zie hierover HR 20 jan. 1984, NJ 1984, 512; Asser-Hartkamp I, nr 531; Rekening-courantverhouding, p. 62.

Heeft deze mogelijkheid om door een overeenkomst de bevoegdheid tot verrekening te verruimen ook belang in een faillissementsituatie? In geval van faillissement is de mogelijkheid tot verrekening verruimd door art. 53 Fw. De mogelijkheid tot verruiming van de bevoegdheid tot verrekening zou echter van belang worden naarmate men de werking van art. 53 Fw inperkt. De HR heeft dat gedaan bij zijn arrest van 10 jan. 1975, NJ 1976, 249. Hoe zou in dat geval de beslissing moeten luiden indien de bank en haar cliënt waren overeengekomen dat de bank steeds bevoegd zou zijn haar vordering terzake van een debetsaldo te verrekenen met hetgeen zij wegens van derden voor haar cliënt ontvangen betalingen aan haar cliënt verschuldigd zou worden.

Voor de mogelijkheid tot verrekening pleit hetgeen de HR aannam in zijn arrest van 20 jan. 1984. Van de vordering tot betaling van een debetsaldo op de cliënt maakt het verrekeningsbeding deel uit. Aldus zou het verrekeningsbeding aan de curator kunnen worden tegengeworpen zoals het ook aan een beslaglegger kan worden tegengeworpen. Tegen deze opvatting pleit dat aldus de onderlinge gelijkheid van schuldeisers in het faillissement wordt doorbroken. De uiteindelijke keuze in dit geval zal eerder op rechtspolitieke gronden dan op dogmatische moeten worden genomen.

Opgemerkt zij tenslotte dat het enkele bestaan van een rekening-courantverhouding niet voldoende is om aan te nemen dat de bevoegdheid tot verrekening ook na cessie van het saldo of beslag dan wel faillissement zou blijven bestaan. Wil een verrekeningsbeding werking hebben tegen derden, dan moet het de inhoud van het vorderingsrecht nader bepalen. Door boeking in rekening-courant veranderen, naar de hier te lande geldende opvattingen, de geboekte vorderingen echter niet van aard. De rekening-courantovereenkomst is niet meer dan een hulpovereenkomst waarbij de afwikkeling van andere rechtsverhoudingen nader wordt geregeld. Zie ook De rekening-courantverhouding, p. 63. Aldus kan niet worden aangenomen dat de rekening-courantverhouding de inhoud van de in de rekening geboekte vorderingen nader bepaalt in de zin van het arrest HR 20 jan. 1984, NJ 1984, 512.

12. Samenvatting

Het voorgaande overziende kom ik bij wijze van samenvatting tot de volgende regels.

A. Cessie tot zekerheid.

Naar huidig recht kunnen bestaande vorderingen van de kredietnemer op derden tot zekerheid worden overgedragen aan de kredietgever. De verplichting zekerheid te verschaffen is een geldige titel. Voor de overdracht is een akte nodig die tenminste door de kredietnemer-cessionaris is ondertekend. De overdracht tot zekerheid kan ingevolge art. 1377 of art. 42 Fw e.v. vernietigbaar zijn indien zij onverplicht geschiedde en overigens aan de vereisten voor toepassing van de Pauliana is voldaan. Bestond er een verplichting tot zekerheidsverschaffing, dan kan onder omstandigheden, bij wijze van uitzondering, de overdracht toch vernietigbaar zijn indien is voldaan aan de in art. 47 Fw gestelde voorwaarden.

Overdracht tot zekerheid van toekomstige vorderingen is slechts mogelijk indien het vorderingen betreft die de kredietnemer rechtstreeks verkrijgt uit een ten tijde van de overdracht reeds bestaande rechtsverhouding (behoudens het uitzonderlijke geval HR 24 okt. 1980, NJ 1981, 265). Overdracht tot zekerheid van toekomstige vorderingen kan echter niet aan de boedel van de cessionaris worden tegengeworpen voorzover die vorderingen door de cessionaris worden verkregen nadat hij in staat van faillissement is verklaard. In dit verband kunnen niet als toekomstig worden aangemerkt vorderingen onder opschortende termijn of onder opschortende voorwaarde alsmede vorderingen of terstond vaststaande periodieke betalingen.

B. (Stille)verpanding.

Na invoering van het NBW is overdracht tot zekerheid niet meer moge-

lijk, art. 3.4.2.2, lid 3. De kredietnemer zal vorderingen die hij op derden heeft aan de kredietgever kunnen verpanden. Vereist voor verpanding is een tenminste door de pandgever ondertekende akte en mededeling daarvan aan de schuldenaar van de verpande vordering, art. 3.9.2.1, lid 2, j° art. 3.4.2.7, lid 1. Om te ontkomen aan de mededelingseis kunnen partijen gebruik maken van de mogelijkheid van stille verpanding. Vereist is dan een authentieke of geregistreeerde onderhandse akte. Worden bij één akte een aantal vorderingen tegelijk verpand, dan zal moeten zijn voldaan aan de eis van art. 3.4.2.2, lid 2, dat de verpande vorderingen met voldoende bepaaldheid zijn omschreven.

Stille verpanding is slechts mogelijk van vorderingen die bestaan of rechtstreeks door de pandgever zullen worden verkregen uit een ten tijde van de verpanding reeds bestaande rechtsverhouding. Ook ten aanzien van stille verpanding geldt de regel dat verpanding bij voorbaat van toekomstige vorderingen niet aan de boedel van de pandgever kan worden tegenovergeworpen voorzover de vorderingen door de pandgever worden verkregen na zijn faillietverklaring, art. 35, lid 2, NFW. Ook onder het NBW zullen niet als toekomstige vorderingen kunnen worden aangemerkt vorderingen onder opschortende termijn of onder opschortende voorwaarde of tot terstond vaststaande periodieke betalingen.

C. Verrekening.

Naar huidig recht kan de kredietgever zijn vordering op de kredietnemer verrekenen met hetgeen hij aan de kredietnemer verschuldigd wordt, mits is voldaan aan de in art. 1463 gestelde eisen. Partijen kunnen een andere regeling treffen. Doorgaans geschiedt de verrekening door boeking in rekening-courant. Alsdan vindt verrekening van rechtswege plaats naarmate de in de rekening geboekte vorderingen en schulden voor verrekening vatbaar worden.

De verrekeningsmogelijkheid is in geval van faillissement verruimd door art. 53 Fw. Alsdan kan de kredietgever een schuld met een vordering op de gefailleerde verrekenen, indien beide zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. Deze bepaling maakte mogelijk dat een hypotheek- of pandhouder na verkoop van het verbonden goed, een eventueel overschot kon verrekenen met een ongedekte vordering.

Aan deze ruime mogelijkheid tot verrekening zijn echter enkele grenzen gesteld voorzover het van derden ontvangen betalingen betreft. Een bank kan niet een na faillietverklaring van de rekeninghouder van een derde ontvangen betaling verrekenen met bestaande vorderingen, tenzij het de betaling van een aan de bank tot zekerheid gecedeerde of verpande vordering betrof. De bank is evenmin tot verrekening bevoegd ten aanzien van betalingen die zij van een derde heeft ontvangen op een tijdstip waarop

haar bekend is dat de faillietverklaring van haar schuldenaar reeds was aangevraagd, wederom tenzij het de betaling van een aan de bank tot zekerheid gecedeerde of verpande vordering betrof.

Na invoering van het NBW zal in dit systeem van verrekening in zoverre wijziging komen dat een hypotheek- of pandhouder niet meer bevoegd zal zijn zijn verbintenis tot afdracht van een eventueel executieoverschot te verrekenen met een ongedekte vordering.

BANK- EN KREDIETHYPOTHEKEN

Prof. mr. P. A. Stein

1. De diverse types van hypotheek

De huidige wetgeving inzake hypotheek is daarop gebaseerd dat de hypotheek gevestigd wordt voor een bepaalde schuld terzake waarvan rente en aflossing verschuldigd zijn — het prototype daarvan is de geldlening. Dat blijkt b.v. uit art. 1229 BW; de bepaling betreffende de rente terzake van de hoofdschuld, die tot zekere hoogte mede door de hypotheek is gedekt, ook als daaromtrent niets in de hypotheekakte is bepaald.

Nog altijd wordt een groot aantal hypotheeken jaarlijks op deze grondslag gevestigd. De hypotheekhouder heeft aan de hypotheekgever een geldlening verstrekt ten behoeve van de financiering van de aanschaffing van het desbetreffende onroerend goed; of voor de stichting resp. het herstel van een gebouw.

Daarnaast zijn krediet- en bankhypotheeken in zwang gekomen. Onder een krediet hypotheek pleegt men te verstaan een hypotheek die gevestigd wordt tot zekerheid van hetgeen de kredietnemer uit hoofde van het aan hem verstrekte rekening-courantkrediet aan de kredietgever (de bank) schuldig is of zal zijn. Onder een bank hypotheek versta ik in dit verband de hypotheek die gevestigd wordt tot zekerheid van hetgeen de hypotheekhouder — doorgaans een bank — van de hypotheekgever (of een derde) te vorderen heeft of te vorderen zal hebben, uit welke hoofde ook.¹⁾

Een tussenvorm is de zogenaamde bouwhypotheek: een hypotheek gevestigd tot zekerheid voor een geldlening die in gedeelten wordt opgenomen. Asser-Mijnssen noemt deze hypotheekvorm een krediet hypotheek en hetgeen in de tekst als krediet hypotheek wordt aangeduid een saldo hypotheek. Ik noem de hypotheek gevestigd tot zekerheid voor een geldlening die in gedeelten wordt opgenomen een bouwhypotheek. Het grote verschil met de krediet hypotheek is daarin gelegen, dat een bedrag, eenmaal afgelost, niet opnieuw onder de hypothecaire dekking kan worden opgenomen. Het is nu juist het markante van de bank hypotheek dat zulks wel kan gebeuren. Men kan daarom beter de bouwhypotheek met de hypotheek die gevestigd wordt tot zekerheid van een in één keer te verstrekken geldlening als één rubriek beschouwen (de z.g. vaste hypotheek) en de krediet hypotheek samen met de bank hypotheek als een tweede rubriek. Dat klopt ook met de indeling bij het bankverkeer, waar door hypotheekbanken wel hypothecaire geldleningen die in gedeelten worden opgenomen verstrekt kunnen worden doch geen kredieten in lopende rekening, al is daarvoor hypothecaire dekking aanwezig.

2. Geldigheid van bank- en krediethypotheek

Ik wil het nu eerst hebben over de geldigheid van een dergelijke wijze van hypotheekverlening.

Een reden om aan de geldigheid van een bank- of krediethypotheek te twifelen zou gelegen kunnen zijn in het beginsel van accessoriteit, dat ons pand- en hypotheekrecht beheerst. Dat beginsel houdt in dat een hypotheek niet geldig is, als de verbintenis ter verzekering waarvan het recht is gevestigd, niet op geldige wijze is tot stand gekomen en tevens dat ingeval van overgang van het recht, ter verzekering waarvan hypotheek gevestigd is, het hypotheekrecht overgaat, zonder dat daarvoor een afzonderlijke levering is vereist; zelfs zodanig dat partijen — overdrager en verkrijger — niet de mogelijkheid hebben om de rechtsovergang van het hypotheekrecht tegen te houden. Voor pandrecht geldt m.m. hetzelfde.

Het beginsel van accessoriteit beheerst wel het huidige wetboek, uitgesproken wordt het echter nergens. Slechts uit art. 1253 BW kan het worden afgeleid. In dat artikel wordt bepaald dat de hypotheek tenietgaat door het tenietgaan der hoofdverbintenis. Enige bijzondere handeling is daartoe niet vereist; met name doorhaling van de hypothecaire inschrijving is niet vereist om de hypotheek te doen tenietgaan. In verband met deze nauwe verknochtheid tussen hypotheek en vorderingsrecht ligt het voor de hand om aan te nemen, dat overdracht van een door hypotheek gedekte vordering tot overgang van het hypotheekrecht leidt.²⁾

In het NBW zijn de bepalingen over accessoriteit verduidelijkt. In art. 3.1.1.6 wordt bepaald dat een afhankelijk recht (de nieuwe benaming voor accessoir recht) een recht is „dat aan een ander recht zodanig is verbonden, dat het niet zonder dat andere recht kan bestaan”. Tot de afhankelijke rechten rekent het nieuwe wetboek niet alleen de rechten van pand en hypotheek, doch tevens mandeligheid en erfdiensbaarheden. Art. 3.4.1.2a bepaalt vervolgens dat afhankelijke rechten het recht volgen waaraan zij zijn verbonden. In art. 6.2.1.1 staat tenslotte dat bij overgang van een vordering op een nieuwe schuldeiser deze de daarbij behorende nevenrecht verkrijgt „zoals de rechten van pand en hypotheek en uit borgtocht, voorrechten en de bevoegdheid om de terzake van de vordering en de nevenrechten bestaande executoriale titels tenuitvoer te leggen”. Aan de andere kant valt op, dat noch in de definitie van pandrecht, noch in die van hypotheek het begrip afhankelijk recht is geïntroduceerd.³⁾

Hieruit mogen wij nu in ieder geval ten aanzien van het NBW opmaken, dat dit het beginsel van accessoriteit bij pand en hypotheek wel kent, doch dat dit beginsel niet zo dominerend is dat een hypotheek- of pandrecht, dat het karakter van accessoriteit zou missen, onbestaanbaar zou zijn. Een soortgelijke conclusie ligt dan voor de hand ten aanzien van het bestaande BW.

Voor krediet- en bankhypotheek is dit alles van belang. Bij de bankhypotheek is de connexiteit tussen hypotheek en vordering zo zeer verbroken, dat men een dergelijk hypotheekrecht niet als accessoir kan beschouwen. Gaan de vorderingen van de bank op de hypotheekgever teniet, dan blijft de hypotheek bestaan: het is immers niet uit te sluiten dat er nieuwe vorderingen van de bank op de hypotheekgever zullen ontstaan. Wordt door de bank de vordering die zij op de hypotheekgever heeft aan een ander overgedragen, volgt die ander de bank niet in het hypotheekrecht op. De hypotheek is gevestigd tot zekerheid voor al hetgeen de bank van de hypotheekgever te vorderen heeft of zal hebben, niet tot zekerheid van hetgeen die ander te vorderen heeft.

Bij de krediethypotheek is de band tussen hypotheek en vordering in meerdere mate blijven bestaan dan bij de bankhypotheek. Er is een bepaalde kredietrelatie en de hypotheek is gevestigd tot zekerheid voor de voldoening van hetgeen de bank uit dien hoofde te vorderen heeft of zal hebben. Wordt de kredietrelatie beëindigd, dan zal men mogen aannemen dat de hypotheek is tenietgegaan; in het bestaande recht vloeit dat voort uit art. 1253 BW, in het nieuwe wetboek uit art. 3.1.1.6. Zo lijkt dus zelfs ten aanzien van de krediethypotheek in vergelijking met de zogenaamde vaste hypotheek niets bijzonders aan de hand te zijn. Maar schijn bedriegt.

Bijzonder is hier in ieder geval dat na aanzuivering van het debet-saldo in rekening-courant zonder dat de kredietrelatie is beëindigd door nieuwe debiteringen een nieuw debet-saldo kan ontstaan, dat eveneens door hypotheek is gedekt; een dergelijke herleving van het hypotheekrecht is bij de vaste hypotheek niet mogelijk. Het is overigens gebruikelijk dat bij de verstrekking van een krediet in lopende rekening het beding wordt gemaakt volgens hetwelk de bank al hetgeen zij van de kredietnemer te vorderen heeft, uit welke hoofde ook, laatstgenoemde in rekening courant zal debiteren — en met een dergelijk beding komen wij bij de krediethypotheek in een situatie terecht die sterk op de bankhypotheek lijkt.

Dit kan nu, zowel voor de bank- als voor de krediethypotheek, aanleiding geven tot de vraag of een dergelijke algemene verbondenheid van de hypothecair bezwaarde goederen in ons rechtsstelsel wel mogelijk en aanvaardbaar is.

Bij een dergelijke vraagstelling kunnen tevens de diverse problemen, waarvoor men bij de toepassing van de bank- en krediethypotheek wordt geplaagd een rol spelen. Deze problemen laten zien, hoe moeilijk het is om de bank- en krediethypotheek in ons rechtsstelsel in te passen.

Niettemin is de twijfel aan de geldigheid van die rechtsfiguur al lang ach-

terhaald. Voor erkenning ervan pleiten een aantal overwegingen die m.i. nauwelijks voor betwisting vatbaar zijn:

a. de geschiedenis;

b. de wetstekst;

c. de regeling van de voogdij hypotheek.

ad a De geschiedenis van onze wetgeving.

Reeds bij de Romeinen is aanvaard dat hypotheek gevestigd kan worden voor een toekomstige verbintenis. „Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione ... sed et futurae obligationis nomine dari possunt” (Dig. 20.1.5).

ad b De wetstekst.

Het NBW is duidelijk, want in art. 3.9.1.5 wordt bepaald: Een recht van pand en hypotheek kan zowel voor een bestaande als voor een toekomstige vordering worden gevestigd. Dat was al zo bepaald in het Ontw. Meijers en in de toelichting op het artikel lezen wij: „Wat hier ten aanzien van de verbintenis wordt bepaald, wordt reeds thans algemeen aangenomen”.⁴⁾

Een zo duidelijke aanwijzing ontbreekt weliswaar in het bestaande BW, doch de wetstekst geeft ten aanzien van de hypotheekverlening alle mogelijkheden voor de vestiging van hypotheek voor toekomstige verbintenissen. In art. 1221 wordt bepaald dat een hypotheek slechts van waarde is in zoverre de som, waarvoor dezelve is toegestaan, zeker en bij de akte bepaald is. Niet de schuld behoeft bepaald te zijn doch het maximum bedrag. In aansluiting daarop vindt men in art. 1231 BW bij de vereisten voor het borderel van inschrijving dat daarin moet worden aangegeven „het beloop der inschuld, of de begroting van de voorwaardelijke of onbepaalde rechten welke verzekerd moeten worden”.

ad c Het bestaande wetboek erkent uitdrukkelijk de voogdij hypotheek en de beheers hypotheek. „De voogd, de curator, de getrouwde man, of elk ander die, uit kracht der wet of eener overeenkomst, verplicht is hypotheek te geven, kan daartoe bij vonnis worden genoodzaakt ...” (art. 1217 lid 3 BW). Een voogdij- of beheers hypotheek is een vorm van hypotheek voor een toekomstige verbintenis. Ten tijde van de vestiging staat in het geheel niet vast of er ooit een schuld zal ontstaan die onder de hypotheek kan worden gerangschikt; niettemin is de hypotheek geldig. De bepaling leent zich niet voor een a contrario-redenering; zij is zo geredigeerd dat zij kenmerkend uitgaat van de geldigheid van hypotheek voor toekomstige verbintenissen en daarvoor alleen een bijzondere regeling bevat ingeval het een voogdij- of beheers hypotheek betreft.⁵⁾

De boven weergegeven argumentatie neemt echter niet weg dat over de geldigheid van met name de bank hypotheek lange tijd twijfel heeft bestaan. Is een zo algemene hypothecaire bezwaring wel in te passen in het stelsel van onze wet, zo luidt de dikwijls gestelde vraag. Met name Paul Scholten was woordvoerder van deze onzekerheid.

In zijn gedachtengang is hypothecaire bezwaring in de vorm van een bank hypotheek wel geldig, doch niet van zo onbeperkte strekking als de tekst van de hypotheekakte ons zou doen geloven.⁶⁾ Zo is de beperking wel aanwezig geacht dat de bank hypotheek alleen de vorderingen omvat, welke voortvloeien uit een reeds ten tijde van de hypotheekverlening bestaande rechtsverhouding, of alleen die welke voortvloeien uit het regelmatige verkeer tussen bank en kredietnemer.

Ondertussen kan men uit de rechtspraak opmaken dat deze van die beperkingen niet wil weten. Dat geldt met name voor het arrest van HR 30 januari 1953.⁷⁾ Het arrest had niet betrekking op hypotheekverlening doch op zekerheidsoverdracht. Deze was tot stand gekomen tot zekerheid voor de voldoening van al hetgeen de bank van de zekerheidsgever uit welke hoofde ook te vorderen heeft of te eniger tijd zal hebben. De zekerheidsgever V was failliet gegaan en de kwestie die de bank, te wier behoeve de zekerheid was gegeven, en de curator verdeeld hield was of door de bank onder de dekking ook konden worden gebracht toonderobligaties, die op de zekerheidsgever luidden, welke door de bank onder haar relaties waren verspreid en die weer door de bank waren teruggenomen, toen bleek dat het bedrijf van de zekerheidsgever er slecht voor kwam te staan. Het Hof heeft deze kwestie ontkennend beantwoord en daartoe aangevoerd dat een overeenkomst tot het verlenen van zakelijke zekerheid van een zo wijde strekking als hier was gebeurd niet als geldig kan worden beschouwd. Daartoe overwoog het Hof:

„dat immers iedere verbintenis bepaaldheid van het onderwerp eist en — evenals pand- en hypotheekrecht — ook de zekerheidsoverdracht van vorderingen of lichamelijke zaken bepaaldheid moet bezitten ten aanzien van de schuldvorderingen tot zekerheid van welke voldoening zij verleend worden, omdat deze zekerheidsrechten een accessoir karakter hebben hetgeen meebrengt, dat zij gebonden behoren te zijn aan welomschreven schuldvorderingen, en het verband tussen recht en schuld ten aanzien van de mogelijkheid van het ontstaan ener schuld (door een omschrijving als: „te eniger tijd uit welken hoofde ook”) niet mag worden losgemaakt;

„dat dus de overeenkomsten en de daarbij verleende rechten in de ruime omvang, waarin zij verleend zijn, nietig zijn;

„dat dit bezwaar niet bestaat, indien pp. zich bij deze rechtshandeling beperkt hadden tot die schuldvorderingen, die uit de verhouding van bank en cliënt voortvloeien, en een redelijke wetstoepassing medebrengt, dat de bedoelde rechtshandelingen worden omgezet in rechtshandelingen van deze beperkte strekking, daar aannemelijk is dat pp. ten tijde van die handelingen, voor het geval het beoogde rechtsgevolg niet bereikbaar ware, het wel bereikbare zouden hebben gewild eer dan de toestand, welke het gevolg zou zijn van nietigheid zonder meer;

„dat uit het bovenstaande volgt, dat de bank de zekerheden niet geldend kan maken ten aanzien van haar vordering op V, voortspruitend uit de overname der toonderobligaties, omdat noch die obligatieschuld, noch het overnemen hiervan door de bank van haar cliënten, voortvloeide uit enige tussen haar en V ten tijde van het sluiten der zekerheidsovereenkomsten bestaande rechtsverhouding en met name niet uit de verhouding van bank en cliënt;”

Men vindt in deze overwegingen van het Hof de eerder omschreven opvatting van Paul Scholten en Eggens terug.⁸⁾

Hoewel de Hoge Raad het tegen dit arrest gerichte cassatieberoep heeft verworpen, gebeurde dit op geheel andere gronden dan door het Hof aan zijn arrest ten grondslag waren gelegd. Het cassatiemiddel werd gegrond geacht: het Hof had volgens de Hoge Raad de artt. 1356 en 1369 BW verkeerd toegepast. Uit deze artikelen volgt dat ook een overeenkomst met onbepaalde inhoud geldig is, mits te zijner tijd aan de hand van de overeenkomst — en zo nodig van de wet, in het bijzonder de artt. 1374 en 1375 BW — kan worden vastgesteld tot zekerheid van welke schulden het op de in eigendom overgedragen zaken verleende recht van verhaal strekt. Niettemin werd de bank in het ongelijk gesteld. In de artt. 53-55 Fw. worden beperkingen aangebracht op het recht van compensatie, ingeval een der daarbij betrokken partijen failliet is verklaard. De wederpartij van de gefailleerde zal een vordering op laatstgenoemde niet in compensatie kunnen brengen, indien hij deze van een derde heeft overgenomen terwijl hij kon vermoeden dat het faillissement aanstaande was. Deze bepaling moet geacht worden eveneens van toepassing te zijn als hypotheek, pand of zekerheidseigendom is gegeven tot zekerheid voor de voldoening van al hetgeen de wederpartij uit welke hoofde ook verschuldigd is of zal zijn. Met dit arrest, zo zou ik willen betogen, heeft de Hoge Raad de opvattingen van Paul Scholten en Eggens inzake de beperkte toepassing van de bankhypotheek verworpen.⁹⁾

Wat pleit voor dit standpunt van de Hoge Raad? Ik zou daartoe een aantal overwegingen willen aanvoeren.

a. Als men de bankhypotheek alleen geldig zou achten voor zover zij strekt ter verzekering van vorderingen die voortvloeien uit een ten tijde van de hypotheekverlening reeds bestaande rechtsverhouding, ontstaan moeilijkheden met de krediethypotheek. Dat deze geldig is, kon al uit eerdere rechtspraak van de Hoge Raad worden afgeleid.^{9a)} Ontkenning van de geldigheid van de krediethypotheek is om diverse andere redenen ongewenst. Het krediet in lopende rekening vervult een onmisbare functie bij de financiering van ondernemingen. Terwijl de geldlening met een aflossingsschema de meest geëigende financiering is als het gaat om investeringen die aan afschrijving zijn onderworpen, is het krediet in lopende rekening het beste middel voor de financiering van de onkosten die in het bedrijf moeten worden gemaakt voor productie en verhandeling; deze kosten houden geen gelijke tred met de inkomsten en om dat verschil te overbruggen kan men gebruik maken van het krediet in lopende rekening. Het zou nu ongewenst zijn indien het gebruik van het krediet in lopende

rekening zou worden afgeremd door de omstandigheid dat tot zekerheid voor hetgeen terzake daarvan verschuldigd is geen hypotheek gevestigd zou kunnen worden.

Bij het krediet in lopende rekening geldt de regel dat allerlei vorderingen, door de bank op de kredietnemer verkregen, in het debet van de rekening kunnen worden geboekt en dat zullen meestal vorderingen zijn, die uit latere transacties voortvloeien. Ook deze debet-posten maken onderdeel uit van het saldo, tot zekerheid waarvan de hypotheek strekt. Als dat geoorloofd wordt geacht bij een krediethypotheek, valt niet in te zien waarom zulks bij de bankhypotheek niet zou worden toegestaan. Krediet- en bankhypotheek zijn niet hypotheekvormen die men van elkaar zou kunnen onderscheiden en vele akten van krediethypotheek bevatten ter afsluiting een clause die hen weer de algemene strekking van een bankhypotheek verschafft. Het eerste argument ter ondersteuning van de beslissing van de Hoge Raad is dus een van wenselijk recht.

b. Als krediet- noch bankhypotheek geldig zouden zijn zou dat moeten berusten op de gedachte dat hypotheek alleen kan worden gevestigd tot zekerheid voor een bestaande verbintenis. Een dergelijke vooropstelling is nochtans onhoudbaar door de onzekerheid van het verschil tussen bestaande en nog niet bestaande verbintenissen; dat verschil zou dan tot grote twijfelpunten aanleiding geven.¹⁰⁾

c. De bankhypotheek levert voor de kredietnemer een kostenbesparing op, omdat bij het aangaan van nieuwe leningen en kredieten niet telkens weer de kosten van een nieuwe hypotheekakte gemaakt dienen te worden.

d. Het bezwaar dat de bankhypotheek de werkelijke belasting van het onderpand versluiert — een bezwaar dat gemakkelijk tegen de geldigheid van de bankhypotheek zou kunnen worden aangevoerd — gaat niet op. Ook als een vaste hypotheek is gevestigd, bestaat voor derden onzekerheid omtrent de omvang van de hypothecaire bezwaring, aangezien de verrichte aflossingen niet in het register worden aangetekend.

3. Praktische vraagstukken samenhangend met de bankhypotheek

Hebben we eenmaal geopteerd voor de geldigheid van de hypotheek verleend tot zekerheid voor toekomstige verbintenissen in de vorm van een bank- of krediethypotheek, dient zich meteen een aantal problemen aan die om een oplossing vragen.

1. Onder welke omstandigheden gaat een bankhypotheek teniet?
2. Hoe gaat het bij een beslag gelegd op een onroerend goed belast met een bankhypotheek?
3. Welke vorderingen kunnen ingeval van faillietverklaring van de hypotheekgever krachtens de hypothecaire dekking worden verhaald?
4. Is de overdracht van een bankhypotheek geldig?

Deze vraagstukken zou ik nu achtereenvolgens willen bespreken.

4. Het tenietgaan van de bankhypotheek

Een hypotheekrecht gaat teniet door het tenietgaan van de vordering, ter verzekering waarvan de hypotheek is gevestigd (art. 1253 sub 1 BW). Deze regel moet bij de bankhypotheek buiten toepassing blijven, omdat deze niet aan een bepaalde verbintenis is gekoppeld.

Ik zou dienaangaande twee stellingen willen uitspreken.

- A. De hypotheekhouder is gehouden, roeyement van de hypotheek te verlenen, indien de hypotheekgever niets meer aan de hypotheekhouder verschuldigd is en er geen redelijk vooruitzicht bestaat dat nieuwe verbintenissen in de relatie tussen de hypotheekgever en de hypotheekhouder zullen ontstaan. Dit laatste zal doorgaans het geval zijn indien een bestaande kredietrelatie is geëindigd.
- B. De bankhypotheek gaat teniet door roeyement; dit heeft hier niet de beperkte betekenis die in het algemeen aan roeyement van de hypotheek is verbonden.

Met deze voorstelling van zaken wordt het roeyement van hypotheek van belang voor het tenietgaan van de bankhypotheek. De doorhaling van de hypotheek wordt gewoonlijk als een administratieve handeling zonder materieelrechtelijke gevolgen beschouwd. Deze theorie¹¹⁾ is al onder gewone omstandigheden, als men niet met een bankhypotheek te maken heeft, niet helemaal vol te houden. Afstand van een hypotheekrecht is niet aan een bepaalde vorm gebonden, maar heeft de hypotheekhouder vrijwillig roeyement verleend, zal daarin een afstand van hypotheekrecht kunnen worden gezien, zeker door derden die te goeder trouw op grond van het roeyement hebben verondersteld dat het onroerend goed vrij van hypothecaire bezwaring is.¹²⁾ Roeyement is een bloot administratieve handeling wanneer het wordt verleend na het tenietgaan van de hypotheekschuld door betaling, terwijl de hypotheek slechts tot zekerheid van de voldoe-

ning van de betaalde schuld is gevestigd. Wordt roeyement verleend zonder dat de schuld wordt terugbetaald, levert dat m.i. afstand van hypotheekrecht op. Misschien zou zelfs betoogd kunnen worden dat van hypotheek niets anders dan door roeyement afstand kan worden gedaan. Daartoe zou aangevoerd kunnen worden dat afstand van hypotheekrecht afstand van een recht is dat de rechthebbende tegenover derden toekomt; roeyement is tevens een handeling die voor derden kenbaar is. Nog meer materieelrechtelijke betekenis valt toe te kennen aan het roeyement van een bankhypotheek. De hypotheekhouder die vrijwillig heeft toegestemd in roeyement kan niet staande houden dat de hypotheek desondanks is blijven bestaan, zoals hij dat wel zou kunnen doen indien hij bij roeyement van een hypotheek voor een bepaalde verbintenis stelt dat de doorhaling ten onrechte zou zijn geschied. Deze verhoogde betekenis van de doorhaling bij een bankhypotheek hangt samen met het bijzondere karakter van deze hypotheekvorm, waarbij de accessoriteit is prijs gegeven.

In het verlengde van deze zienswijze ligt de beantwoording van de vraag, onder wat voor omstandigheden door de debiteur kan worden verlangd dat door de hypotheekhouder roeyement van de bankhypotheek wordt verleend. Er zijn twee omstandigheden waaronder de hypotheekhouder gehouden is medewerking te verlenen aan het roeyement van de bankhypotheek:

- a. De debiteur heeft volledig aan zijn verplichtingen jegens de hypotheekhouder voldaan en er is niet een concreet vooruitzicht dat op hem binnenkort jegens de hypotheekhouder verplichtingen zullen komen te rusten;
- b. Na faillietverklaring van de debiteur hypotheekgever voldoet de faillissementscurator het bedrag waarvoor de bankhypotheek is gevestigd (art. 58 Fw).

In het geval onder b genoemd is de hypotheekhouder gehouden medewerking te verlenen aan de doorhaling ook als met de betaling niet alle schulden van de debiteur zijn voldaan.¹³⁾ Voldoet de debiteur het bedrag waarvoor de hypotheek is gevestigd, zonder dat er sprake is van een faillissement, is de hypotheekhouder niet gehouden tot doorhaling; dat is nu juist de essentie van deze hypotheekvorm, die telkens voor nieuwe schulden kan worden gebezigd. Gaat de hypotheekhouder over tot uitwinning, kan hij niet meer dan het bedrag waarvoor de hypotheek is gevestigd op de executie-opbrengst verhalen.

Bij een krediethypotheek liggen de dingen voor mijn gevoel anders. Is het

krediet geëindigd en het debet-saldo aangezuiverd, is de hypotheek van rechtswege teniet gegaan, zoals zich dat ook na tenietgaan van een bepaalde schuld bij de tot zekerheid daarvan gevestigde hypotheek voordoet. Het royement heeft hier dezelfde functie als bij de vaste hypotheek.

5. Beslag gelegd op een onroerend goed belast met een bankhypotheek

Een crediteur heeft beslag gelegd op een onroerend goed, dat ten tijde van de beslaglegging bezwaard is met een bankhypotheek ten bedrage van f 250.000,—. Het totale obligo van de hypotheekgever ten opzichte van de hypotheekhouder bedraagt ten tijde van de beslaglegging f 50.000,—. Als de beslaglegger de uitwinning ter hand wil nemen, is de schuld van de hypotheekgever ten opzichte van de hypotheekhouder opgelopen tot f 250.000,—. De executieopbrengst bedraagt eveneens f 250.000,—. De vraag is nu of de hypotheekhouder het volledige bedrag van f 250.000,— op de opbrengst kan verhalen en of het daarvoor nog van belang is of hij van de beslaglegging op de hoogte is geweest toen hij de kredietnemer de opnamen na de beslagdatum heeft toegestaan.

Wil men deze kwestie oplossen, kan men beter beginnen met een meer eenvoudige vraagstelling. Ik veronderstel dat een onroerend goed bezwaard is met een eerste en een tweede hypotheek, terwijl de eerste hypotheek is gevestigd in de vorm van een bankhypotheek. Nu nemen wij verder hetzelfde feitencomplex aan als hierboven vermeld: ten tijde van de vestiging van de tweede hypotheek bedraagt het obligo minder dan de som waarvoor de bankhypotheek is gevestigd; nadien loopt dit op tot het volle bedrag. In dit tweede geval is voor mij geen twijfel mogelijk: de eerste hypotheekhouder kan het bedrag waarvoor de bankhypotheek is gevestigd op het onderpand verhalen tot het bedrag van zijn vordering. Op dezelfde wijze zal men nu ook tewerk moeten gaan als de latere recht-hebbende niet een hypotheekhouder doch een beslaglegger was. De hypotheekhouder verhaalt zijn vordering voor maximaal het volle bedrag waarvoor de hypotheek is gevestigd op het onderpand. Onverschillig is of de verschuldigde som ten tijde van de beslaglegging lager was dan het bedrag waarvoor de bankhypotheek is gevestigd geweest; onverschillig is ook of de hypotheekhouder ten tijde van de verstrekking van kredieten op de hoogte was van de rechten van de beslaglegger.

Bepalend in dit opzicht is HR 25 febr. 1955.¹⁴⁾ Tijdens het huwelijk had de man, destijds daartoe bevoegd volgens het vroegere huwelijksgoederenrecht, een onroerend goed van de gemeenschap hypothecair bezwaard tot zekerheid van hem door de bank verstrekt of alsnog te verstrekken

krediet. Tussen de echtgenoten werd later scheiding van tafel en bed uitgesproken. De vrouw heeft maritaal beslag gelegd op het onroerend goed dat de man enkele jaren tevoren met hypotheek had bezwaard als voormeld. Na de beslaglegging en zelfs nadat de scheiding is uitgesproken gaat de bank nog door met kredietverstrekking aan de man. Als naderhand het onroerend goed door de vrouw wordt verkregen via een veiling cf. art. 1122 BW, rijst tussen haar en de bank onenigheid ten aanzien van het bedrag dat door de bank uit hoofde van haar kredietverstrekking op het onderpand kan worden verhaald. De stelling van de vrouw hield onder meer in dat de bevoegdheid tot bezwaren van de man niet verder reikt dan de huwelijksgemeenschap, zodat de schulden van de man, na ontbinding van de huwelijksgemeenschap ontstaan, niet via de bank- of krediet hypotheek op het onroerend goed verhaalbaar zijn en dat ook art. 505 Rv zich tegen de bewering van de bank keert. De bank wil haar vordering uit hoofde van het verstrekte krediet voor het volle bedrag waarvoor de hypotheek is gevestigd op het onderpand verhalen. Het genoemde artikel houdt in dat na de inschrijving van een beslag onroerend goed niet ten nadele van de beslaglegger hypothecair kan worden bezwaard.

Deze stellingen van de vrouw werden echter door de Hoge Raad verworpen. De man was volgens de destijds geldende regeling van het huwelijksgoederenrecht bevoegd om de onroerende goederen van de huwelijksgemeenschap zowel voor bestaande als voor toekomstige schulden hypothecair te bezwaren.¹⁵⁾ Enige beperking of enig voorbehoud te dien aanzien, in het bijzonder ten aanzien van schulden welke na de ontbinding der gemeenschap ontstaan, valt niet te lezen in de wettelijke bepalingen betrekkelijk huwelijksgoederenrecht en hypotheek, zo besliste de Hoge Raad in het zojuist bedoelde arrest.

Wat nu in het bijzonder de bepalingen van art. 505 Rv betreft, werd in het arrest beslist dat een onroerend goed ook in geval van krediet hypotheek wordt verhypothekerd door het verlenen van het recht van hypotheek bij de desbetreffende akte en niet door het vervolgens verstrekken en opnemen van geld op krediet. „Voor de daaruit voortspuitende vorderingen, ook indien deze zijn ontstaan na de overschrijving van het proces-verbaal van de in dat artikel bedoelde inbeslagneming, kan tegenover den beslaglegger de hypotheek worden ingeroepen mits deze in de daartoe bestemde openbare registers is ingeschreven vóór die overschrijving”.

Art. 505 Rv. heeft sedert het arrest geen verandering ondergaan. Voor zover te dezen van belang, wordt in het artikel bepaald dat na overschrijving van het proces-verbaal van beslag op onroerend goed de beslagene de in beslag genomen goederen niet zal verhypothekeren en dat overeenkomsten, in strijd met dat verbod aangegaan, de beslaglegger niet kunnen worden tegengeworpen.

Hoewel het arrest is gewezen naar aanleiding van een maritaal beslag, heeft het betekenis voor het beslagrecht in het algemeen. Debiteringen in lopende rekening na de datum van beslaglegging kunnen de vordering van de hypotheekhoudende bank verhogen en de beslaglegger worden tegengeworpen.

Hetzelfde geldt voor zodanige debiteringen verricht na overschrijving van een transportakte of een akte tot vestiging van een zakelijk genotsrecht.

Soms is geopperd dat de bank, die in de wetenschap van een gelegd beslag doorgaat met kredietverlening, onrechtmatig handelt tegenover de beslaglegger.^{15a)} Naar mijn mening moet men met een dergelijke aansprakelijkheid van de bank grote voorzichtigheid betrachten. Ik wil die aansprakelijkheid geenszins uitsluiten, haar wel beperken tot de situatie van samspanning van de bank en de hypotheekgever ter benadeling van de rechten van de beslaglegger. Deze mening wordt met name ingegeven door gelijkstelling van beslag en hypotheek in zakenrechtelijk opzicht. Wordt een tweede hypotheek gevestigd na een eerste hypotheek die de vorm heeft van een krediethypotheek, mag men m.i. er niet aan twifelen dat de opnamen in rekening courant, na de vestiging van de tweede hypotheek, de houder van laatsbedoelde hypotheek kunnen worden tegengeworpen, ook al kan worden aangetoond dat de eerste hypotheekhouder van de tweede hypotheek op de hoogte was. Als dat opgaat voor een tweede hypotheek, dient het eveneens te gelden voor een beslag: de beslaglegger mag geen sterker recht worden toegekend dan een hypotheekhouder.

6. Faillietverklaring van de hypotheekgever

Schulden van de hypotheekgever, ontstaan na zijn faillietverklaring, kunnen niet krachtens de bankhypotheek op het onderpand worden verhaald. Deze uitzondering wordt uitdrukkelijk gemaakt in het reeds in nr. 5 aangehaalde arrest van HR 1955.

Het is nog niet eens zo eenvoudig, voor die uitzondering een verklaring te vinden. Waarom kan de hypotheekhouder wel vorderingen op de hypotheekgever verhalen ontstaan nadat op het onderpand beslag is gelegd, terwijl dat ingeval van faillissement juist anders is? In het algemeen gaan wij immers uit van de gelijkheid van beslag als individuele uitwinning en faillissement als gezamenlijke uitwinning.

De beste verklaring voor dit verschil is terug te voeren op de geschiedenis van de totstandkoming van de Faillissementswet. Daarbij is de kwestie uitdrukkelijk onder ogen gezien, althans wat betreft de krediethypotheek en de voogdijhypotheek. Uit hetgeen daaromtrent is opgemerkt kan men

een conclusie trekken ten aanzien van de destijds nog niet bekende figuur van de bankhypotheek. De conclusie moet zijn dat vorderingen die zijn ontstaan na de faillietverklaring, door de hypotheekhouder niet op het onderpand kunnen worden verhaald; vorderingen, vóór die tijd ontstaan, daarentegen wel.¹⁶⁾

De meer gebruikelijke verklaring van het verschijnsel, dat door de hypotheekhouder vorderingen, na de faillietverklaring ontstaan, niet meer verhaald kunnen worden krachtens de bank- of krediethypotheek, is de gelijkheid met compensatie. Zomin als de crediteur, wiens vordering pas na de faillietverklaring is ontstaan, compensatie kan toepassen met een tegoed, dat hij ten tijde van de faillietverklaring voor de gefailleerde onder zich heeft, tenzij zijn vordering voortvloeit uit handelingen vóór de faillietverklaring verricht (art. 53 Fw), kan de houder van een bankhypotheek, die ten tijde van de faillietverklaring nog „ruimte” vertoont, vorderingen die pas na de faillietverklaring zijn ontstaan op het hypothecaire onderpand verhalen. Het boven in noot 7 vermelde arrest van HR 1953 geeft tot deze analogie de grondslag.¹⁷⁾

Bij de voogdij- en beheershypotheek leverde dat beginsel trouwens nog een aanmerkelijk probleem op. De hypotheekhouder, te wiens behoeve het bezwaarde goed is verbonden tot zekerheid voor al hetgeen bij terzake van beheer van de hypotheekgever te vorderen zal hebben, zal na de faillietverklaring van de hypotheekgever dienen aan te tonen dat de malversaties, waaruit zijn vordering tot vergoeding voortvloeit, al vóór de faillietverklaring van de hypotheekgever hebben plaats gevonden en dat is dikwijls geen eenvoudige zaak, omdat het moment van verduistering moeilijk is vast te stellen. Maar in wezen is dit een probleem dat niet alleen bij de besproken vormen van hypotheekverlening een rol speelt, doch voor alle vorderingen geldt die voor verificatie in het faillissement worden ingediend. Bij de bankhypotheek zal trouwens het moment van ontstaan van de vordering niet zoveel vraagtekens oproepen als bij de beheershypotheek: de vorderingen die de hypotheekhouder wil geldend maken zijn meestal vastgelegd in akten met een dagtekening en te dien aanzien kan art. 123 Fw tot toepassing komen: de datum levert bewijs op ten aanzien van het tijdstip van ontstaan van de vordering behoudens bewijs van het tegendeel door de curator.

7. Overdracht van bank- en krediethypotheeken

Heeft men te maken met een zogenaamde vaste hypotheek, is de overdracht van de hypotheek geen probleem. De crediteur draagt het vorderingsrecht over d.m.v. cessie; de cessionaris wordt niet alleen schuldeiser doch verkrijgt tevens de positie van hypothecaire crediteur. Vindt geen

cessie plaats doch subrogatie — b.v. omdat een borg voor de schuld was verbonden, die de schuld heeft aangezuiverd — geldt hetzelfde. De borg is krachtens het gesubrogeerd verhaalsrecht bevoegd verhaal te nemen op het verbonden onroerend goed; met de positie van crediteur is tevens die van hypotheekhouder op hem overgegaan. Het is niet noodzakelijk dat van de rechtsovergang een aantekening wordt geplaatst in de hypotheekregisters, al is het niet uitgesloten dat te doen. De mogelijkheid tot het stellen van een dergelijke aantekening van overgang wordt in het NBW wettelijk vastgelegd.¹⁸⁾

Dit alles is een uitvloeisel van het accessoire karakter van de hypotheek. Bij bank- en krediethypotheek ontbreekt dit accessoire karakter evenwel; hoe staat het nu daarbij met een overdracht?

Men zal daarbij dienen te onderscheiden:

in de eerste plaats naar gelang van de wijze van overdracht,

in de tweede plaats naar gelang van het karakter van de hypotheek.

Bij een krediethypotheek is overdracht te verwezenlijken doordat de hypotheekhouder de rekening beëindigt, het saldo trekt en vervolgens met de overdracht van zijn vordering uit dien hoofde tevens de hypotheek op de verkrijger doet overgaan. Door de beëindiging van krediet en saldotrekking is de kredietrelatie geëindigd; de vordering uit dien hoofde leent zich voor overdracht. De verkrijger van die vordering kan de hypothecaire zekerheid uitwinnen, als de kredietnemer niet aan zijn verplichtingen tot aanzuivering van het saldo voldoet; hij zal ondertussen nieuwe kredieten, door hem aan de kredietnemer verleend, niet krachtens de hypothecaire dekking op het onderpand kunnen verhalen, omdat de nieuwe verstrekkingen niet onder de zekerheid vallen. De hypotheek is gevestigd tot zekerheid voor de voldoening van hetgeen de oorspronkelijke kredietgever ter zake van het verstrekte krediet van de kredietnemer te vorderen heeft, niet terzake van hetgeen een eventuele rechtsopvolger van de hypotheekgever te vorderen zal hebben.

Bij een bankhypotheek is de overdracht moeilijker; ik zou hem zelfs voor uitgesloten willen aanzien. Heeft de hypotheekhouder de kredietrelatie beëindigd en de vordering tot voldoening van het saldo aan een ander overgedragen, is de oorspronkelijke hypotheekhouder nog steeds hypotheekhouder gebleven; de hypotheek werd immers gevestigd tot zekerheid voor hetgeen hij uit welke hoofde ook te vorderen heeft of zal hebben, niet tot zekerheid voor hetgeen een ander van de kredietnemer te vorderen heeft of zal hebben.¹⁹⁾

Dit wordt ook niet anders wanneer bij de overgang geen sprake is van cessie of subrogatie, doch van overdracht onder algemene titel, zoals zich dat

volgens art. 2:309 BW voordoet bij fusie van privaatrechtelijke rechtspersonen. Ook bij rechtsopvolging onder algemene titel is er wijziging van identiteit bij de hypotheekhouder. Deze wijziging staat eraan in de weg, de krediet- of bankhypotheek aan te wenden voor nieuwe kredieten verstrekt door de nieuwe rechtspersoon, die als hypotheekhouder in de plaats van de vroegere rechtspersoon is gekomen.

Bij de bank- en krediethypotheek is het beginsel van accessoriteit voor een aanmerkelijk gedeelte prijs gegeven; bij de bankhypotheek nog meer dan bij de krediethypotheek. Door dit prijs geven van de accessoriteit is het hypotheekrecht echter niet een zelfstandig voor overdracht vatbare bevoegdheid geworden; het blijft gebonden aan de persoon van de hypotheekhouder en de hypotheekgever. Bij de zogenaamde vaste hypotheek (die welke verstrekt wordt voor een bepaalde lening), waar het beginsel van accessoriteit geldt, is dat anders.²⁰⁾

Door de invoering van het NBW zal al hetgeen zojuist werd opgemerkt over bank- en krediethypotheek geen wijziging ondergaan. In art. 3.9.1.5 NBW wordt bepaald dat een recht van pand zowel voor een bestaande als voor een toekomstige vordering kan worden gevestigd, mits de vordering „voldoende bepaalbaar” is. In 6.2.1.1 wordt bepaald dat bij overgang van een vordering op de nieuwe schuldeiser deze de daarbij behorende „nevenrechten” verkrijgt, waaronder mede zijn begrepen de afhankelijke (accessoire) rechten. Aangezien bank- en krediethypotheek geen accessoire rechten zijn, kunnen zij ook niet overgaan conform art. 6.2.1.1.

Misschien zal men in het NBW bij de schuld- en contractsovername (art. 6.2.3.10-14) baat willen zoeken om de overgang te bewerkstelligen. B.v. een bank draagt aan een andere bank de kredietrelatie over, hetgeen plaats vindt met instemming van de kredietnemer (art. 6.2.3.14). Wij willen nu verder veronderstellen dat een akte van krediethypotheek is opge maakt, waarbij door de kredietnemer zekerheid is gegeven „voor de voldoening van al hetgeen hij uit hoofde van het vorengenoemde krediet hetzij aan de kredietgever, hetzij aan diens rechtsopvolger verschuldigd is of zal zijn”. Het wil mij voorkomen dat een dergelijke overdracht tot gevolg heeft dat de vorderingen van de overnemende bank uit hoofde van krachtens de kredietrelatie verstrekte gelden op het hypothecaire onderpand zullen kunnen worden verhaald.

Een soortgelijke constructie is trouwens ook voor het bestaande recht verdedigd.²¹⁾ Ik zou willen betwijfelen of dit in het hedendaagse recht, waar een bepaling als art. 6.2.3.14 ontbreekt, mogelijk is. Overigens voegt Vis-

ser aan zijn opmerking toe, dat men een dergelijke casuspositie in de praktijk niet dikwijls aantreft. Bij de meeste krediethypotheek is de formulering meer afgestemd op de persoon van de kredietgever dan op de kredietrelatie.

Zo is dan het gebruik van die constructie voor het hedendaagse recht een twijfelachtige zaak. In het NBW zou ik haar aandurven, ook als de eventuele rechtsopvolger van de kredietgever niet uitdrukkelijk in de hypotheekakte wordt vermeld.

Noten

- 1) Het gebruik van deze terminologie is niet vast. Zo wordt door Asser-Mijnsen in navolging van Asser-Scholten, een andere aanduiding gebezigd (Zakenrecht III nr. 240). De bovenstaande terminologie is m.i. meer in overeenstemming met die welke in de praktijk wordt gehanteerd.
- 2) Men zie omtrent het accessoire karakter van het hypotheekrecht Asser-Mijnsen, Zakenrecht III nr. 206, 207 en 240, waar ook nog interessante beschouwing zijn aan te treffen omtrent vergelijkbare rechtsfiguren in buitenlandse rechtsstelsels.
- 3) „Het recht van pand en het recht van hypotheek zijn beperkte rechten, strekkende om op de daaraan onderworpen goederen een vordering tot voldoening van een geldsom bij voorrang boven andere schuldeisers te verhalen”, art. 3.9.1.1 NBW.
- 4) Toelichting Meijers (Groene Boek) blz. 274.
- 5) Dat reeds in de vorige eeuw geen twijfel heeft bestaan ten aanzien van de geldigheid van hypotheek voor een ten tijde van de vestiging nog niet bestaande schuld, blijkt uit Diephuis VII blz. 418.
- 6) Asser-Scholten, Zakenrecht blz. 476. Evenzo Eggens bij Schermer blz. 6 e.v.
- 7) NJ 1953, 578 (Doyer en Kalff/Bouman).
- 8) De toepassing die door het Hof in zijn arrest aan conversie is gegeven, kan gemakkelijk worden verklaard door de omstandigheid dat het belangrijke arrest HR 21 januari 1944, NJ 1944, 120 kort tevoren deze rechtsfiguur had geïntroduceerd. Ondertussen is het, ook als men de door het Hof aangehangen beperkte opvatting aangaande de bankhypotheek aanvaardt, geenszins nodig om op conversie terug te vallen teneinde te bereiken dat de verbintnissen buiten de sfeer van de regelmatige bankrelatie niet, de andere daarentegen wel onder de hypothecaire dekking gebracht kunnen worden. Voldoende zou zijn geweest om te constateren dat het betwiste gedeelte niet onder de hypothecaire dekking gebracht kan worden.
- 9) Evenzo reeds Rb. Zwolle 2 dec. 1936, NJ 1938, 214; Hof Arnhem 15 juni 1938, NJ 1938, 826. De kredietnemer Veldkamp was tevens commissaris van de bank. Toen de bank failliet was verklaard, eisten de curatoren schadevergoeding van Veldkamp wegens onvoldoende toezicht en meenden dat de hypothecaire dekking die gegeven was in de vorm van een bankhypotheek, mede deze post diende te omvatten. Tevergeefs werd dit betoog door Veldkamp bestreden op grond van de omstandigheid dat die schuld niet was voortgevloeid uit het regelmatige verkeer tussen bank en kredietnemer. Al was de kredietrelatie de aanleiding tot hypotheekverlening en al zullen partijen daarbij voornamelijk aan de kredietrelatie hebben gedacht, zo zal de hypotheek op grond van haar algemene redactie ook de verplichting van Veldkamp in hoedanigheid van lid van de raad van commissarissen omvatten, zo luidde de beslissing van het Hof. De kwestie moest door de rechtbank worden beslist bij de rangregeling na hypothecaire uitwinning.
- 9a) HR 24 jan. 1935, NJ 1935, 498, W. 12884.
- 10) De Hoge Raad past het verschil tussen bestaande en toekomstige verbintnissen sedert korte tijd toe bij de cessie van vorderingen. Heeft de cedent ten tijde van het ontstaan van de vordering de beschikkingsbevoegdheid verloren, dan heeft de cessie geen kracht ingeval men te maken heeft met cessie van toekomstige vorderingen, doch de cessie wordt door het verlies van de be-

schikkingsbevoegdheid bij de cedent niet geraakt indien de cessie betrekking heeft op ten tijde daarvan bestaande vorderingen. HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615. Het verschil is zo subtiel dat ik weinig voordeel zie in enige uitbreiding van die toepassing op het terrein van de hypotheekverlening.

- 11) Asser-Mijnssen-Van Velten nr. 394.
- 12) Asser-Mijnssen-Van Velten nr. 371.
- 13) HR 29 juni 1984, NJ 1985, 68.
- 14) NJ 1955, 711.
- 15) In art. 179 BW was destijds bepaald: „De man alleen beheert de goederen van de gemeenschap. Hij kan dezelve verkoopen, vervreemden en bezwaren, zonder tussenkomst van de vrouw, behoudens het geval, bij het derde lid van art. 195 voorzien.” In die bepaling was voorgeschreven dat bij huwelijksvoorwaarden op de algemene bestuursbevoegdheid van de man ten aanzien van de goederen van de huwelijksgemeenschap inbreuk kon worden gemaakt.
- 15a) F. H. J. Mijnssen, De rekening-courantverhouding, 2e dr., blz. 79.
- 16) Men zie daaromtrent Molengraaff-Star Busmann, blz. 302.
- 17) Al te sterk is die grondslag overigens niet, want dan zou hetzelfde moeten gelden ingeval van beslag gelegd op het met bankhypotheek bezwaarde onderpand, hetgeen aanleiding zou geven tot tegenstrijdigheid met HR 1955, geciteerd in nt. 14. Vorderingen van de derde-beslagene op de beslagene, na het beslag ontstaan, kunnen immers volgens art. 1470 BW niet ten nadele van de beslaglegger in compensatie worden gebracht.
- 18) Art. 3.I.2.2 lid 1 onder a; Toelichting Meijers (Groene Boek) blz. 174.
- 19) F. H. J. Mijnssen, De rekening-courantverhouding, 2e dr., blz. 77. Anders oordeelt daarover R.D. Vriezendorp in W.P.N.R. 5876.
- 20) Over de mogelijkheid van een overdracht van bank- en krediethypotheek is vroeger veel te doen geweest. Men vindt een overzicht van de diverse opvattingen, bij A. Russchen, Crediethypotheek, pr. Groningen, pagina 75-80.
- 21) Visser, Crediet- en bankhypotheek blz. 97.

FIDUCIA EN FISCUS

mr. C. J. B. Ebeling

1. Inleiding

Toen mij werd gevraagd mee te werken aan een bundel preadviezen over kredietverlening naar huidig en komend recht en daarin de botsing tussen eigendom tot zekerheid en bodembeslag voor mijn rekening te nemen, restten mij nog vijf weken voor dat de tekst ingeleverd moest worden.

Niettemin heb ik gemeend aan het verzoek te moeten voldoen, maar mij daarbij vooral te richten op de conflicten tussen bodemrecht en zekerheidseigendom in de praktijk en de daarover gevormde jurisprudentie. Daar immers ontmoeten theorie en praktijk elkaar. Van wetenschappelijke beschouwingen heb ik mij als praktijkjurist zoveel mogelijk onthouden.

Wel zal duidelijk zijn dat het bodemrecht te vaak door rechten van andere crediteuren heen snijdt.

Het voorstel voor een nieuwe invorderingswet komt daaraan niet tegemoet.

In het hierna volgende geef ik in het kort een beeld van de zekerheidseigendom naar historie en inhoud.

Vervolgens wordt ontstaan en werking van het bodemrecht van de fiscus behandeld. Na deze verkenningen van ons onderwerp wordt het conflict tussen beide behandeld aan de hand van de rechtspraak, waaruit tevens de daarin opgetreden ontwikkeling blijkt.

Tot slot wordt kort stilgestaan bij het komend recht, zowel de thans bekende tekst van de Invorderingswet 1989 als het Nieuw Burgerlijk Wetboek.

2. Zekerheidseigendom

Het geschreven recht geeft in artikel 1177 BW aan schuldeisers het recht verhaal te nemen op alle goederen van hun schuldenaren, indien deze in gebreke zijn met de overeengekomen betalingen. Schuldeisers verdelen in beginsel gelijkelijk de opbrengst van het uitgewonnen vermogen van de debiteur naar grootte van hun vordering. Het geschreven burgerlijk recht kent op deze gelijkelijke verdeling een aantal uitzonderingen en wel de privileges, die hier verder buiten beschouwing blijven, en de zakelijke zekerheidsrechten.

Deze laatste betreffen het hypotheekrecht als zakelijk zekerheidsrecht op onroerende goederen en het pandrecht als zakelijk zekerheidsrecht op roerende goederen en vorderingen.

Beide zekerheidsrechten zijn steeds belangrijker geworden, omdat in de huidige maatschappij de financiering niet meer weg te denken is. Zowel in de productieve als in de consumptieve sfeer is er een groeiende behoefte aan financieringen ontstaan hetzij omdat men de activa vastgelegd in produktiemiddelen weer liquide wil maken om daarmee het produktieproces te financieren, hetzij omdat men de voordelen van de aan te schaffen goederen wil genieten voordat de benodigde gelden middels besparing bijeengebracht zijn.

Professionele geldverschaffers zullen echter, zeker bij financieringen van enige omvang, aan het verstrekken van gelden de voorwaarde verbinden dat een exclusief verhaalsrecht op bepaalde vermogensbestanddelen verkregen moet worden zodat zij bij een eventuele uitwinning niet gehinderd worden door vorderingen of rechten van andere schuldeisers.

Naar regels van geschreven recht heeft men dan de keuze uit ofwel hypotheekrecht ofwel pandrecht al naar gelang de aard van de zaak waarop het zekerheidsrecht gevestigd dient te worden.

Het nadeel van pandrecht op roerende lichamelijke zaken is echter, dat de zaak in de macht van de pandhouder en buiten de macht van de pandgever gebracht dient te worden, wil aan de wettelijke vereisten (art. 1196 BW) worden voldaan.

Is de financiering verkregen juist met het oog op het gebruik van de als zekerheid te verschaffen zaak, dan kan middels pandrecht het beoogde doel niet bereikt worden.

Dit nu ondervond ook de heer Bos, exploitant van de Sociëteit De Harmonie te Sneek, die in de twintiger jaren geld wilde lenen van een bekende brouwerij om de inboedel van zijn koffiehuis te kunnen betalen. Aan de financierende brouwer pandrecht verlenen op zijn inventarisgoederen had geen zin omdat daarmee de beoogde exploitatie van het koffiehuis niet was gediend en juist mede door deze inventaris de benodigde gelden verdiend moesten worden om rente en aflossing aan de brouwerij te kunnen betalen.

De vindingrijke brouwer bedacht de constructie dat de inventarisgoederen aan hem zouden worden verkocht (met verplichte wederinkoop) waarbij de levering van het gekochte constituto possessorio plaats vond zodat de koffiehuishouder de beschikking over de inventaris behield.

Toen Bos failliede en de financierende brouwer revindicatiër beslag legde op de inventaris en van de curator afgifte vorderde, oordeelde de rechtbank Leeuwarden hier een schijnovereenkomst aanwezig en wees derhalve de vordering van de brouwer af.

Het Hof Leeuwarden en nadien de Hoge Raad¹⁾ achtten geen schijnovereenkomst aanwezig; de strekking van de overeenkomst was dat de inventaris van Bos zou dienen tot zekerheid van door hem aangegane financie-

ringen en dat — zo luidde geparafraseerd het oordeel van de Hoge Raad — is een geoorloofde oorzaak van een overeenkomst.

Hoewel in de overeenkomst tussen Bos en brouwer gesproken werd over een verkoop met verplichte wederinkoop en levering c.p., werd door Hof en Hoge Raad door deze formulering heen gekeken en werd de zekerheidseigendom — een „bezitloos pandrecht” — erkend, omdat, zoals de HR dit formuleerde: „een pandovereenkomst om voor de hand liggende redenen van praktische aard” uitgesloten was.

Was in dit geval nog de weg gekozen van koop en verkoop in een kort daarop volgend geschil²⁾ is reeds sprake van een ook als zodanig geformuleerde eigendomsoverdracht tot zekerheid aan een geldschieter.

Deze zekerheidsvorm werd ook hier erkend omdat, zoals geformuleerd werd, de regels van pandrecht niet de strekking hadden partijen te verbieden andere overeenkomsten te sluiten, wanneer een pandovereenkomst voor hun relatie niet passend zou zijn.

Nadien heeft het instituut van de eigendomsoverdracht tot zekerheid zich in een snel tempo ontwikkeld en is deze vorm van zakelijke zekerheid een belangrijk onderdeel van de financieringspraktijk gaan vormen.

De toenemende behoefte aan krediet heeft tal van vormen van zekerheidseigendom doen ontstaan, aangepast aan het bedrijf of de activiteiten van de geldnemer.

In de loop van de jaren heeft de rechtspraak de figuur van de zekerheidseigendom verder ingevuld en — waar nodig — ook beperkt.

3. Het bodemrecht van de fiscus

Ontstaan:

Zoals in de aanloop van het vorige hoofdstuk aangeduid, kunnen schuldeisers voor hun vorderingen in beginsel verhaal nemen op het gehele vermogen van hun debiteur. In een tweetal uitzonderingsgevallen bestaat bovendien de mogelijkheid verhaal te zoeken op vermogensbestanddelen die eigendom zijn van derden, zonder dat deze hun vermogen middels een bijzondere overeenkomst als verhaalsobject hebben verbonden.

Artikel 1186 BW geeft de verhuurder of verpachter een verhaalsmogelijkheid voor niet betaalde huur- of pachtpenningen, kosten van reparaties en verdere vorderingen met betrekking tot de nakoming van deze overeenkomsten, middels een voorrecht op de goederen die zich op de bodem van huurder op pachter bevinden en tot blijvend gebruik dienen, ongeacht aan wie deze goederen toebehoren.

In artikel 16 Invorderingswet³⁾ wordt aan de fiscus een soortgelijke bevoegdheid gegeven om openstaande belastingschulden te verhalen op roe-

rende goederen die hij op de bodem van de belastingschuldige aantreft, ongeacht aan wie deze zaken toebehoren.

De vormgeving van beide bodemrechten verschilt in die zin dat aan de verhuurder/verpachter een voorrecht is verleend waartegen de derde zich bij de rechter kan voorzien. Ten aanzien van het bodemrecht van de fiscus geldt in beginsel hetzelfde, tenzij de goederen bestemd zijn „ter stoffering van de bodem” e.d. In dat geval staat de derde geen gang naar de burgerlijke rechter ter beschikking, maar alleen een bezwaarprocedure bij de fiscus.

Afgezien van dit onderscheid is de feitelijke uitwerking voor betrokkenen hetzelfde; derden zien vermogensbestanddelen uitgewonnen worden voor de voldoening van de schuld van een ander zonder dat daar in het algemeen actie tegen is te ondernemen.

De grondslag voor het fiscale bodemrecht is neergelegd in artikel 16 Invorderingswet, welke wet de in artikel 1183 lid 1 BW vermelde voorrang van 's Rijks schatkist regelt.

Eerstgenoemd artikel kent als algemeen regiem dat derden die recht menen te hebben op goederen die wegens belastingschuld in beslag zijn genomen, bezwaar tegen dit beslag kunnen indienen bij de directeur van de directe belastingen. Deze neemt zo spoedig mogelijk een beslissing. Indiening van een bezwaarschrift schorst uitoefening van verdere acties van de zijde van de fiscus tot acht dagen na formele mededeling van de beslissing van de directeur.

Daarnaast kan de derde wiens goederen in beslag zijn genomen zich nog voorzien bij de burgerlijke rechter.

Behoudens een hier niet van belang zijnde uitzondering — zo bepaalt het artikel verder — kan een derde nooit verzet in rechte doen tegen bodembeslag indien het betreft vruchten, roerende goederen dienende tot stoffering danwel tot bebouwing of gebruik van het land, die zich op de bodem van de belastingschuldige bevinden.

Voor zulk een ingrijpende schending van het eigendomsrecht is een harde onderbouwing op zijn plaats en ook te verwachten.

Bezien wij de wetshistorie van dit artikel dan onderbouwde minister Van Hall in zijn Memorie van Toelichting dit privilege als volgt:

1. De fiscus zoekt haar schuldenaar niet uit, maar treft hem aan onder de bevolking en mag niet machteloos staan tegenover een onwillige.
2. De last, door allen gedragen wordt daardoor lichter; niet aanvaardbaar is dat enkelen deze last straffeloos kunnen afwerpen.
3. De schatkist moet met zekerheid op de belastinginkomsten kunnen rekenen.

Daartegenover staan volgens de Memorie van Toelichting de „gewone” crediteuren die hun debiteuren wel hebben kunnen uitzoeken, zich vrijwillig met hun schuldenaren hebben verbonden om daaruit winst te behalen en indien betaling uitblijft heeft de schuldeiser, die met deze kwade kansen bij zijn tariefstelling rekening heeft gehouden, een reeds in de prijs ingecalculeerd risico. Bij de Staat dienen andere belastingplichtigen het tekort op te vullen.

Indien deze redeneringen in het tijdperk waarin zij op papier werden gezet al enige grondslag hadden, dan is deze daaraan in de loop van de tijd wel komen te vervallen.

Dit heeft geleid tot ten minste enige bijstelling van de rangorde van het voorrecht. Ging dit aanvankelijk ook boven hypotheek, in de twintiger jaren is, onder grote druk van de zijde van het bankwezen, het hypotheekrecht vóór het voorrecht van de fiscus gekomen.⁴⁾

In de tijd waarin het bodemrecht tot stand is gekomen waren de omstandigheden zodanig dat men met een zo vergaand privilege nog genoeg kon nemen; bovendien sloot de systematiek aan bij de voordien ook hier te lande van kracht zijnde Franse wetgeving.⁵⁾ Daarnaast was het totale belastingrecht zeer beperkt van omvang en had het recht betrekking op een lage belastingdruk.

Thans heeft de belasting meer, althans zeker mede, tot doel te komen tot een herverdeling van inkomen en een daardoor sturen van de nationale economie, bij welke doelstellingen een middel als het fiscaal bodemrecht als een anti-misbruikbepaling tegen te vindingrijke contribuabelen, niet meer past.

Het ligt dan ook voor de hand dat de rechtvaardigingsgronden voor het fiscale bodemrecht als minder overtuigend worden ervaren en daardoor in toenemende mate worden afgewezen.

Slechts het belang van de overheid (fiscus) telt en deze heeft middels de wetgevende macht ook de mogelijkheid zich in een uitzonderingspositie te plaatsen.

Door diverse schrijvers als Hellema, Adriani-Van Hoorn en prof. Hofstra⁶⁾ worden ten minste grote vraagtekens bij het privilege geplaatst, zo dit niet wordt afgewezen, waarbij laatstgenoemde er nog op wijst dat bij de afwegingen die gemaakt moeten worden zeker ook de eisen van een verantwoorde kredietverlening, die voor een goede ontwikkeling van het economisch leven eveneens essentieel is, meegewogen dienen te worden.

Omvang:

In het voorgaande zagen we dat een derde op wiens goederen beslag wordt gelegd door de fiscus krachtens artikel 16 Invorderingswet daartegen in

het algemeen — zoals bij elke vorm van beslaglegging — bezwaar kan maken, maar dat dit bezwaar niet gemaakt kan worden indien het betreft geogste of nog niet geogste vruchten, roerende goederen tot stoffering van huis of landhoef danwel tot bebouwing of gebruik van het land, welke zich tijdens de inbeslagneming op de bodem van de belastingschuldige bevinden.⁷⁾

Naar de letterlijke tekst genomen lijkt het bodemrecht zich te beperken tot een huiselijk of ten hoogste agrarisch gebeuren.

Niets is echter minder waar dan deze eerste veronderstelling.

Door de, sedert het formuleren van het bodemrecht in de Invorderingswet, gevormde jurisprudentie heeft een nadere ruime invulling van de hiervoor aangeduide begrippen plaatsgevonden.

Onder roerende goederen tot stoffering van huis of landhoef is sinds 1927 te verstaan:⁸⁾ „al hetgeen wordt gebezigd om het pand c.q. het terrein geschikt te doen zijn voor het gebruik waarvoor het bestemd is”. Een meer recente uitspraak⁹⁾ verstaat onder stoffering: „al hetgeen tot een enigszins duurzaam gebruik van het gebouw overeenkomstig zijn bestemming waardoor het gebouw tevens beter aan die bestemming beantwoordt”. De bestemming wordt bepaald door het feitelijke gebruik, dat op het moment van beslaglegging van het gebouw wordt gemaakt en niet door het doel waarvoor het oorspronkelijk is gesticht. Een woonhuis dat als kantoor wordt gebruikt, een fabrieksgebouw dat als toonzaal of theater wordt gebruikt.

In dit zelfde arrest wordt af gerekend met de stelling dat een computer niet tot de stoffering van een woonhuis gerekend kan worden, zoals door de verhuurster van de computer was gesteld.

Waar de woning in casu werd gebruikt als bedrijfsruimte paste een computer daarin wel als stoffering van het gebouw.

Voorraden bestemd voor verkoop, grondstoffen en halfabrikaten alsmede goederen ter bewaring opgeslagen zijn krachtens vaste jurisprudentie¹⁰⁾ nadrukkelijk buiten het begrip stoffering en derhalve buiten de werking van het bodemrecht gebracht.

Onder bodem als bedoeld in artikel 16 Invorderingswet moet verstaan worden¹¹⁾ het perceel of gedeelte daarvan dat bij de belastingschuldige in gebruik is en waarover hij onafhankelijk van anderen de beschikking heeft. Niet vereist is derhalve, dat hij ook een recht op gebruik van de bodem heeft. Het bewonen van een huis met toestemming van degene die deze woning gehuurd heeft, maakt het huis tot de bodem van eerstgenoemde.¹²⁾

Hoewel de ratio voor het bodemrecht is te voorkomen dat verhaal door de fiscus gefrustreerd kan worden door dat goederen die zich onder de belastingplichtige bevinden en voor de uitvoering van zijn bedrijf noodzakelijk zijn, buiten zijn vermogen worden gebracht, behoeft de fiscus niet aan te tonen of te stellen dat in casu van kwade trouw of schijnhandeling sprake is.

In elkaar opvolgende rechtspraak is dit beginsel verder uitgewerkt. Allereerst¹³⁾ is de strekking van artikel 16 lid 3 — verkort — aangeduid als volgt: de strekking is te voorkomen, dat het verhaalsrecht van de fiscus gefrustreerd wordt door goederen buiten het vermogen van de belastingplichtige te houden of te brengen.

„De strekking brengt mee, dat het voor het verhaal van de fiscus geen verschil mag maken of deze goederen al dan niet eigendom van de belastingschuldige zijn”.

De HR heeft in een opvolgend arrest¹⁴⁾ de voorgaande uitspraak nog eens bevestigd, zonder daarbij de laatste zinsnede, inhoudende dat het geen verschil mag maken of de goederen van de belastingplichtige danwel van een derde zijn, te herhalen.

In een opnieuw kort nadien gewezen arrest¹⁵⁾ is eenduidig aangegeven dat de strekking van de overeenkomst waardoor goederen buiten het vermogen van de belastingplichtige worden gebracht, er niet toe doet. Ook indien niet de bedoeling is geweest de fiscus in zijn verhaalsrecht te frustreren, is bodembeslag mogelijk.

Tevens werd toen geformuleerd, dat in rechte slechts ter toetsing staat of aan de in artikel 16 lid 3 omschreven voorwaarden is voldaan, terwijl voor het overige slechts de aangeduide bezwaarschriftprocedure openstaat.

Al heeft aanvankelijk het tegengaan van schijnvertoningen voorop gestaan, in de parlementaire geschiedenis en in de wettekst is dit nimmer opgenomen en waar de tekst van de wet slechts voor één uitleg vatbaar is, is het bodemrecht niet tot schijntransacties te beperken.

Bezwaar-procedure:

Verstoken van enige aktie bij de rechter als de derde beslagene van artikel 16 lid 3 is, de wet geeft hem de mogelijkheid bezwaar te maken bij de directeur der directe belastingen en in de Leidraad Invordering is gepubliceerd hoe de afwikkeling verder dient plaats te hebben, alsmede criteria voor de te nemen beslissingen.

Dat de tekst van de Leidraad Invordering¹⁶⁾ gepubliceerd is, blijft ook in rechte niet zonder gevolg, als gebleken is uit een vrij recente uitspraak van het Hof Amsterdam.¹⁷⁾ Daarin wordt niet alleen de afwijzende beslissing van de directeur en de daarop volgende afwijzing in Kort Geding door de

president Amsterdam, getoetst aan de Leidraad als „gepubliceerd beleid”, maar tevens afgeweken van de toch eenduidige lijn van het hiervoor genoemde arrest van 9 januari 1981, dat alle bezwaren, slechts met uitzondering van de wettelijke, behandeld moeten worden door de directeur.

Als criterium voor de beslissing van de directeur op het bezwaarschrift geeft de Leidraad aan dat eerst duidelijkheid moet bestaan over de juridische verhoudingen.

Bij het nemen van de beslissing dienen vervolgens voor „overwegingen van billijkheid en eisen van goed beleid een grote plaats te worden ingeruimd”.¹⁸⁾

De Leidraad gaat dan verder: „In dat beleid past dat het eigendomsrecht van een derde wordt ontzien, voorzoveel een persoonlijke belasting- of premieschuld wordt ingevorderd en buitendien in de gevallen, waarin sprake is van reële eigendom van de derde”.

Dit terughoudend standpunt geldt echter niet, indien de derde de echtgenoot of in andere samenlevingsverband levende partner van de belasting-schuldige is.

In geen enkel geval zal terughoudendheid worden betracht, indien duidelijk sprake is van samenspanning om verhaal op goederen te bemoeilijken en de juridische eigendomssituatie wordt gefingeerd. Evenmin zal terughoudendheid betracht worden in gevallen van levering in huurkoop, leasing of onder voorbehoud van eigendom, indien het om met de bedrijfsvoering verbonden zakelijke lasten gaat.

Aan de hand van dit soort criteria zal de directeur een beslissing op het bezwaarschrift nemen en dit ter kennis brengen van de beslagene. Tevens wordt, bij een afwijzende beslissing, de dag van verkoop vastgesteld, waarop het bodemrecht van de fiscus ten aanzien van de goederen wordt uitgeoefend.

4. Zekerheidseigendom en fiscaal bodemrecht

Tengevolge van de ontwikkeling van de eigendomsoverdracht tot zekerheid als een door de rechtspraak geaccepteerd juridisch fenomeen, waardoor op de 'bodem' van belastingplichtigen roerende goederen aanwezig zijn die — algemeen geformuleerd — dienen tot stoffering doch aan een ander toebehoren en het feit dat in het kader van bedrijfsfinancieringen in toenemende mate gebruik wordt gemaakt van deze figuur teneinde zekerheid voor verleend krediet te verkrijgen, ligt het voor de hand dat bij gebruikmaking door de fiscus van zijn bodemrecht conflicten tussen financier en fiscus ontstaan.

In de praktijk zien we dan ook dat jaarlijks in toenemende aantallen financiers en fiscus elkaar op dit gebied treffen en beide ter voldoening van hun vorderingen hun juridisch geschut in stelling brengen. Dit treffen heeft aanleiding gegeven tot even zovele rechtsvragen die — voor een deel — aan het oordeel van de rechter zijn onderworpen.

Rechtspraak over de vordering:

Uit een uitspraak van de rechtbank Almelo¹⁹⁾ blijkt dat de reikwijdte van het bodembeslag mede omvat een later tot stand gebrachte meer exacte aanduiding van de te verhalen (lagere) belastingschuld, nadat het bodemrecht is komen te vervallen en nadat de aanvankelijke aanslag is vernietigd.

In het kader van een faillissement van een textiel fabriek werd door de fiscus bodembeslag gelegd op machinepark en bedrijfsinventaris deels in eigendom tot zekerheid aan de banken overgedragen, deels vallend onder een eigendomsvoorbehoud van de leverancier; naast loonbelastingvorderingen betrof het beslag tevens een ambtshalve naheffingsaanslag omzetbelasting. Om redenen hier niet van belang, werden de roerende goederen verkocht en werd tussen alle belanghebbenden overeengekomen dat de bij een bank gedeponeerde opbrengst beschouwd zou moeten worden als te treden in de plaats van de beslagen goederen. Door de beide eigenaren van de beslagen goederen was een bezwaarschrift tegen het bodembeslag ingediend.

Bij inmiddels uitgevoerde controle bleek, dat de fiscus de naheffing omzetbelasting te hoog had berekend, waarop de behandelende inspecteur een geheel nieuwe aanslag voor het juiste, lagere bedrag heeft opgelegd. Voor deze nieuwe aanslag werd geen bodembeslag meer gelegd. Vervolgens werd de eerste — te hoge — aanslag waarvoor destijds bodembeslag was gelegd, verminderd tot nihil, daar deze aanslag kon worden vernietigd wegens de nadien opgelegde aanslag.

Na reservering van zijn rechten middels dwangbevel tegen curatoren in het faillissement en derdebeslag onder de bankier, houder van de verkoopopbrengst van de machines en inventaris, is de fiscus in de daarop volgende procedure geconfronteerd met de stelling van de curatoren, dat door vermindering tot nihil en vernietiging van de eerste aanslag, ook het bodembeslag dat daaraan kleefde is komen te vervallen en dat geen nieuw bodembeslag was gelegd voor de later opgelegde lagere aanslag.

De rechtbank heeft de Ontvanger in het gelijk gesteld, omdat de verkoop van de beslagen goederen had plaats gevonden krachtens het toen nog geldende bodembeslag en tussen partijen was overeengekomen, dat de verdeling van de opbrengst zou plaats vinden nadat het geschil tussen Ont-

vanger en derden-eigenaren ex artikel 16 lid 3 Invorderingswet zou zijn beslist. De tweede aanslag werd door de rechtbank gezien als mededeling aan belanghebbenden voor welk bedrag verhaal gezocht zou worden op de opbrengst. De goede trouw waarmee overeenkomsten, ook met de overheid, tenuitvoer dienen te worden gelegd, redde hier de Ontvanger.

Men zou zich hier ook de redenering kunnen voorstellen dat, waar door de fiscus de vordering waarvoor bodembeslag was gelegd later op nihil was gesteld, de grondslag voor de nadere afspraak tussen belanghebbenden was komen te vervallen met alle gevolgen van dien voor de rechten van de Ontvanger.

Rechtspraak over de eigendom:

Maar niet altijd valt het oordeel van de rechter in het voordeel van de fiscus uit.

In een arrest uit 1980²⁰⁾ oordeelde de HR dat het bodemrecht van de fiscus gedurende het faillissement van de belastingplichtige vervalt, indien de goederen in de failliete boedel terugkeren.

Het betrof hier een geval waarin door de fiscus bodembeslag was gelegd op roerende goederen in de macht van de failliet, maar vóór het faillissement in eigendom tot zekerheid aan een bank overgedragen.

Daar de vordering van de bank tijdens faillissement uit andere zekerheden kon worden voldaan, deelde de bank aan de curator mee, dat de gestelde zekerheden kwamen te vervallen. Door het te niet gaan van de eigendomsoverdracht tot zekerheid door het wegvallen van de vordering waarvoor de eigendom mede als zekerheid gold, keerden de goederen terug in het vermogen van de debiteur en derhalve in de failliete boedel. Ingevolge artikel 33 lid 2 Fw kwam het daarop liggende bodembeslag te vervallen.

De curator herkreeg hierdoor de bevoegdheid om de goederen te executeren, terwijl de Ontvanger gehouden was bij te dragen in de algemene faillissementskosten.

In genoemd arrest kwamen nog twee onderwerpen aan de orde die in een wat verder verwijderd verband staan tot de onderhavige materie maar wel van belang zijn te signaleren.

De constructie van de fiduciaire eigendomsoverdracht aan de bank was zodanig dat, ingevolge de akte, teruglevering aan de debiteur diende plaats te hebben.

De rechtbank die deze zaak behandelde in hoger beroep van een beschikking van de rechter-commissaris, had geoordeeld dat dit terugleverings-

beding betekenis moet worden ontzegd, omdat eigendomsoverdracht tot zekerheid na betaling van de schuld van rechtswege vervalt.

Deze opvatting werd door de HR niet gedeeld; indien partijen overeenkomen, dat algehele betaling tot obligatoir gevolg heeft dat teruglevering dient plaats te hebben, dan zijn partijen daarin vrij doch dan doet zich niet de omstandigheid voor dat de zekerheidseigendom van rechtswege vervalt door betaling. In dat geval dient levering plaats te vinden. De HR zag echter een teruglevering in de brief waarin de bank meedeelde dat alle zekerheden kwamen te vervallen.

Een tweede vermelding in dat arrest vraagt de aandacht. In het hiervoor gaande is aangeduid, dat weliswaar vrees voor frustratie van het verhaalsrecht van de fiscus heeft gevoerd tot het bodemrecht, maar dat zulks noch uit de wetshistorie noch uit de tekst (die eenduidig is) blijkt.

Ook de HR heeft in een eerder aangeduid arrest doen blijken dat de Ontvanger geen misbruik of soortgelijk handelen behoeft te bewijzen.

In het onderhavige arrest komen in de overwegingen toch de schijnoverdracht en andere misbruiken ter verkorting van de rechten van de fiscus weer om de hoek kijken. Dit overigens zonder dat daaraan gevolgen worden verbonden.

Dit arrest en het hierna volgende worden vermeld omdat zij blijken geven van opvattingen die later aanleiding zijn geweest tot constructies ter voorkoming van bodembeslag.

Het tweede arrest²¹⁾ behandelt een tweede vereiste voor een rechtsgeldig bodembeslag: de goederen moeten zich op de bodem van de belastingplichtige bevinden.

Door de fiscus werd bodembeslag gelegd op inventaris en bedrijfsmiddelen ter voldoening van een openstaande belastingschuld nadat de belastingplichtige failliet is verklaard. Het beslag werd gelegd op die zaken die ruim voordien door de belastingplichtige in het kader van een financiering aan zijn bank in eigendom tot zekerheid waren overgedragen en derhalve buiten het later uitgesproken faillissement bleven.

Na het leggen van het bodembeslag werd door de bank een bezwaarschrift ingediend waarin gesteld werd dat vóór het leggen van het bodembeslag, de gehele fabriek (dus de bodem bedoeld in artikel 16 lid 3 Invorderingswet) door de curator voor een periode van drie maanden was verhuurd aan de bank.

De goederen — zo stelde de bank — bevonden zich op de bodem van de

bank en niet op de bodem van de belastingplichtige, het beslag was derhalve ten onrechte gelegd en de Ontvanger zou onrechtmatig handelen, indien toch tot uitwinning zou worden overgegaan.

Het door de bank ingediende bezwaar werd door de directeur van de belastingdienst afgewezen.

Naar aanleiding van deze afwijzing heeft de bank een kort geding aangespannen tegen de Ontvanger.

De president in KG²²) heeft het bodembeslag opgeheven en de Ontvanger verboden tot verkoop over te gaan. In hoger beroep heeft het Hof 's-Gravenhage het vonnis in Kort Geding bekrachtigd. Van deze bekrachtiging is de Ontvanger in cassatie gegaan.

De HR heeft het cassatie beroep van de Ontvanger verworpen. Ter beantwoording van de vraag of de in beslag genomen goederen zich op de bodem van de belastingplichtige bevonden is ook in dit arrest, evenals in de hiervoor aangehaalde rechtspraak, gezien naar de feitelijke situatie. Heeft de belastingplichtige over de bodem de beschikking en maakt hij ook feitelijk gebruik van de bodem. Waar in dit geval de curator bij huurovereenkomst gesloten voor het bodembeslag het feitelijk gebruik en het gebruiksrecht had afgestaan aan de bank als huurder, beschikt de belastingplichtige niet zodanig over de ruimte waarin de goederen zich bevonden, dat deze als „zijn” bodem kon worden aangemerkt.

Met betrekking tot de huurovereenkomst gesloten tussen curator en bank is, voor zover hier van belang, door de HR nog overwogen dat een overeenkomst waarbij de curator aan de zekerheidseigenaar een gebouw verhuurt, waarin de zekerheidsgoederen zich bevinden, met als gevolg dat de bank deze goederen bij beëindiging van de bedrijfsactiviteiten door de failliet, niet met hoge extra kosten naar elders behoeft te vervoeren en daar op te slaan, geen ongeoorloofde oorzaak heeft, ook niet als partijen daarbij mede de bedoeling hebben gehad wegvoering van deze goederen ter voorkoming van bodembeslag overbodig te maken.

De HR laat bij de overwegingen uitdrukkelijk in het midden of tegenover de fiscus met vrucht een beroep kan worden gedaan, indien een huurovereenkomst als hier bedoeld kennelijk slechts ten doele heeft het bodemrecht van de fiscus te frustreren.

De huurovereenkomst had — zo oordeelde de HR — geen ongeoorloofde oorzaak omdat de overeenkomst een redelijk belang (kostbare amoverie) van de goederen in verband met de voorgenomen verkoop voorkomt, van partijen diende, ook al werkte de overeenkomst nadelig uit voor de fiscus.

Beide laatstgenoemde arresten betrekking hebbend op twee essentiële kenmerken van artikel 16 lid 3 Invorderingswet hebben naar het lijkt een

nieuwe opening gegeven naar constructies om de werking van het bodemrecht te ontgaan, althans naar af te leiden is uit de belangstelling die beide onderwerpen in de rechtspraak in de tachtiger jaren hebben gekregen.

Over de vraag of de zekerheidseigendom tijdig is komen te vervallen en welke gevolgen daaraan aan het adres van de fiscus zijn verbonden, werd de — gepubliceerde — rij geopend door het Hof te 's-Hertogenbosch.²³)

Het betrof hier een geval waarin een groep van besloten vennootschappen in het kader van een ontvangen financiering de bedrijfsinventaris aan de financierende bank in eigendom tot zekerheid had overgedragen.

In verband met belastingvorderingen op bedoelde vennootschappen — uit het arrest blijkt niet of deze een fiscale eenheid vormden — had de fiscus bodembeslag gelegd. Nadat de vennootschappen failliet waren verklaard, heeft de Ontvanger met instemming van de inmiddels benoemde curator de roerende goederen in het openbaar doen verkopen. Met de opbrengst zijn de openstaande aanslagen verminderd.

Nadat een en ander had plaatsgevonden heeft de curator de vorderingen van de bank geheel voldaan. Daarna heeft de curator de opbrengst van de door de Ontvanger openbaar verkochte goederen opgeëist. Uit het arrest is af te leiden dat de curator als grondslag voor zijn vordering had aangevoerd, dat de Ontvanger goederen welke tot de boedel behoorden had verkocht. Dit laatste werd door de curator afgeleid uit het feit dat door hem de schuld waarvoor de onder bodembeslag vallende zaken aan de bank waren overgedragen, was voldaan zodat de goederen in de boedel waren teruggekeerd.

Het Hof had — mijns inziens terecht — weinig woorden nodig om deze zaak in hoger beroep af te doen. Ten processe zo werd geconstateerd, stond vast dat op het moment dat de schuld door de curator aan de bank werd voldaan, de Ontvanger de executie op basis van zijn bodemrecht reeds had voltooid, doordat de zaken aan de koper waren geleverd. Daardoor kon de bank de goederen niet meer aan de boedel terugleveren. Daar de goederen ook niet op andere wijze in de boedel waren teruggekeerd, was er geen sprake van dat de Ontvanger tot de boedel behorende zaken had verkocht.

Spoedig daarna²⁴) werd de fiscus geconfronteerd met een andere poging de onder bodembeslag vallende eigendommen van een derde onder het algemene faillissementsbeslag te brengen. De bank aan wie de inventaris van het failliet verklaarde bedrijf was overgedragen, deed zonder dat betaling had plaatsgevonden of de vordering op andere wijze teniet was gegaan, afstand van het eigendomsrecht ten behoeve van de boedel. Naar

het oordeel van de rechtbank was het niet aanvaardbaar dat, zonder betaling van de schuld waarvoor zekerheid was verleend, een rechtmatig gelegd bodembeslag zou kunnen worden gefrustreerd. Het verzet tegen de afwikkeling door de Ontvanger van het bodembeslag werd afgewezen.

In gelijke zin ook de president van de rechtbank Maastricht in Kort Geding²⁵⁾ toen door een financier onverplicht en onder instandhouding van de schuld waarvoor de zekerheidseigendom was verleend, afstand werd gedaan van zijn fiduciaire eigendom in het kader van een overeenkomst met de curator over de besteding van de opbrengst van een tot de boedel behorend onroerend goed, waarop de financier tweede hypotheek had.

Ook de president in Kort Geding te Groningen²⁶⁾ is van oordeel dat afstanddoening van zekerheidseigendom zonder betaling van de schuld waarvoor deze zekerheid was verleend, niet tot verval van het bodemrecht kan voeren. De Ontvanger had hier aangevoerd, dat de afstanddoening zonder betaling van de achterliggende vordering nietig was wegens het ontbreken van een geoorloofde oorzaak, althans wegens strijd met art. 1377 BW. Deze gedachte werd door de president afgewezen; de financier die de vrije beschikking over zijn zekerheidsrecht heeft kan daarvan afstand doen. Deze afstand heeft echter niet tot gevolg dat daardoor het bodemrecht zou vervallen.

De strekking van het bodembeslag is immers dat de financiers niet meer over hun zekerheidsrecht kunnen beschikken ten nadele van de fiscus. Afstanddoening zonder betaling is zulk een beschikking; heeft betaling van de vordering waarvoor de zekerheid is gesteld plaats, dan gaat de gestelde zekerheid te niet als gevolg van deze betaling en dan vervalt het bodembeslag wel.

Geconcludeerd werd derhalve dat in casu het bodembeslag van de fiscus niet was vervallen.

Terugkeer in de boedel na betaling van een (groot) deel van de schuld en kwijtschelding van het resterende deel aan de failliet door de financiering aan wie zekerheidseigendom is verschaft vóór het faillissement, doet de goederen in de boedel terugkomen waardoor het bodembeslag vervalt; niet aanvaardbaar is dat de curator, wetend dat de kwijtschelding na gedeeltelijke betaling zal gaan plaatsvinden, op voorhand een verbod aan de rechter vraagt tot executie van het bodembeslag door de fiscus.²⁷⁾

Zolang de goederen niet in de boedel zijn teruggekeerd staat het de Ontvanger vrij zijn beslag te vervolgen. Dit kan hem, ook voorwaardelijk niet verboden worden, daar gesteld noch aannemelijk is dat de Ontvanger hierdoor zou handelen in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur.

Weer een ander argument werd gebruikt in een zaak voorgelegd aan het Hof te 's-Hertogenbosch.²⁸⁾ Daar deed de financier nadat door de Ont-

vanger bodembeslag was gelegd op aan de financier in eigendom tot zekerheid overgedragen goederen en na uitspreken van het faillissement van de gefinancierde, afstand van het zekerheidsrecht omdat door het gelegde bodembeslag de zekerheidseigendom waardeloos was geworden en de financier elk belang bij de onder bodembeslag rustende goederen had verloren. Door het verlies van het belang zou een ontbindende voorwaarde in werking zijn getreden, waardoor de goederen in de failliete boedel waren teruggekeerd middels levering bij brief door de financier.

Deze vorm van tenietgaan van de zekerheidseigendom werd door het Hof volstrekt van de hand gewezen.

In de redenering van de curator zou een onlogisch element schuilen, daar na het verval van het bodemrecht door terugkeer van de goederen in de failliet boedel, de financier juist weer belang bij de goederen zou verkrijgen, waardoor de reden tot afstanddoening zou verdwijnen.

Na het arrest van 1980²⁰⁾ heeft de HR inmiddels nogmaals een uitspraak over een geschil over tenietgaan van zekerheidseigendom in faillissement na bodembeslag gedaan.²⁹⁾ Gold in het arrest van 1980 de casus dat de zekerheidseigenaar zijn rechten verloor, doordat zijn vordering uit andere zekerheden was voldaan, in het onderhavige arrest was de vraag aan de orde wat het gevolg voor het bodembeslag was, indien de zekerheidseigenaar in faillissement zonder enige contraprestatie afstand van zijn recht doet.

Naar het oordeel van de HR in dit arrest heeft afstand van zekerheidseigendom om niet en levering aan de boedel dezelfde uitwerking als wanneer teruglevering plaats heeft, omdat uit andere overgedragen delen van het vermogen, de vordering is komen te vervallen.

Bezien we de beide arresten²⁰⁾²⁹⁾ die over dit onderwerp in de laatste jaren door de HR zijn gewezen dan zijn daaruit voorzover van belang voor ons onderwerp, de volgende hoofdlijnen te onderscheiden:

- indien de vordering van de fiduciaire eigenaar in faillissement geconfronteerd met bodembeslag, door voldoening uit de opbrengst van andere zekerheden is komen te vervallen, dan keert de eigendom van de overgedragen zaken terug in de failliete boedel. Daarbij is het niet van belang of de eigendom wordt teruggeleverd (*brevi manu*) of door werking van de overeengekomen of veronderstelde ontbindende voorwaarde in de failliete boedel terugkeert. In deze gevallen vervalt het bodembeslag en komen de goederen onder het algemene faillissementsbeslag. De Ontvanger die uitgekeerd krijgt betaalt de omslag voor de boedel.
- indien de zekerheidseigenaar zonder daarvoor enige contraprestatie te ontvangen, afstand doet van zijn zekerheidsrecht, dan keert de overgedragen zaak eveneens terug in de failliete boedel en komt het

bodembeslag te vervallen. Ook hier wordt de Ontvanger geconfronteerd met de boedelomslag.

- Een derde variant is, dat de fiduciaire eigenaar door de curator geheel of gedeeltelijk wordt betaald en in verband daarmee de goederen in de failliete boedel terug keren.

De uitdrukking 'terug keren' wordt hier gebruikt omdat het naar mijn oordeel irrelevant is of teruglevering plaats vindt danwel de overeengekomen of veronderstelde ontbindende voorwaarde de goederen in de boedel doet terugkeren.

Wordt de leer in beide laatstelijk genoemde arresten ontwikkeld, doorgetrokken, dan komt het mij voor dat door deze transactie met de zekerheidseigenaren het bodembeslag van de fiscus niet verloren zou moeten gaan. Zou zulks wel het geval zijn dan zou, in strijd met het voorrecht van de fiscus en de regels van beslagrecht, de fiduciaire eigenaar vóór de fiscus worden voldaan.

Rechtspraak over de bodem:

Het recht van de fiscus uit hoofde van artikel 16 Invorderingswet beperkt zich tot goederen die zich op de bodem van de belastingplichtige bevinden. In het hiervoor reeds aangeduide arrest²¹⁾ was de strijdvraag of een door de curator met de zekerheidseigenaar gesloten huurovereenkomst met betrekking tot de bodem van de belastingplichtige het bodembeslag doet vervallen. In bedoeld arrest werd tot uitdrukking gebracht dat daarbij de feitelijke situatie bepalend is. Is het de failliet die de beschikking over de bodem en het feitelijk gebruik daarvan heeft of is dit aan de zekerheidseigenaar voorbehouden.

Van de beperkte jurisprudentie die gepubliceerd is over dit onderwerp worden hier genoemd een uitspraak in Kort Geding van de president Rotterdam³⁰⁾ betrekking hebbend op verhuur door de curator van de bodem van de failliet aan de financier aan wie eigendom tot zekerheid van inventarisgoederen en bedrijfsmiddelen was verschaft. Naar het oordeel van de president moest gezien worden naar de feitelijke situatie: de administratie van de failliet was nog op de bodem aanwezig, ook indien de failliet de indruk wekt van de ene dag op de andere afstand van zijn bedrijf gedaan te hebben dan behoeft dit niet met de realiteit overeen te stemmen.

Blijkt dat de nieuwe huurder — de zekerheidseigenaar — toelaat dat de failliet feitelijk toegang tot de bodem heeft, dan is deze ook als bodem van de failliet te beschouwen. Het gelegde bodembeslag werd daarom door de president geaccepteerd.

In hoger beroep bij het Hof 's-Gravenhage³¹⁾ werden fijnmaziger criteria aangelegd. Te snel was naar de mening van het Hof aangenomen, dat de

failliet na verhuur van de bodem aan de zekerheidseigenaar van de inventaris, nog toegang tot de bedrijfsterreinen had gehad. Uit de feitelijke situatie bleek dat nadat de bodem was verhuurd aan de financier met overgave van alle sleutels, niemand van het bedrijf nog toegang tot de terreinen had verkregen. De op het terrein nog aanwezige administratie betrof de gegevens van tenminste twee jaren voordien, zodat geen sprake was van actuele gegevens.

Een poging van de Ontvanger om via de algemene actio pauliana de met de financier gesloten huurovereenkomst aan te tasten werd door het Hof afgewezen omdat de huurovereenkomst met de financier niet gesloten was door de later failliet verklaarde vennootschap, maar door een andere rechtspersoon.

Ook een poging om de oorzaak van de huurovereenkomst aan te tasten onderging hetzelfde lot.

Met een vergelijkbare situatie werd de president van de rechtbank Middelburg geconfronteerd.³²⁾ Hier was een bedrijfsactiviteit gesplitst over twee rechtspersonen. Daar voor beide bedrijven hetzelfde adres was vermeld in het Handelsregister en ook als feitelijk postadres fungeerde, werden de bezwaren van de gebruiker van de bodem afgewezen. Ook hier was de feitelijke situatie voor de president bepalend.

Aangenomen kan derhalve worden dat een huurovereenkomst met de zekerheidseigenaar van de inventaris gesloten door curator danwel een derde, met een duidelijk belang voor de zekerheidseigenaar en met uitsluiting van toegang voor de failliet of zijn personeel, als aanvaardbaar wordt beschouwd, daar de feitelijke situatie bepalend wordt geoordeeld.

Op grond van de hiervoor aangeduide rechtspraak kan geconcludeerd worden, dat in een aantal gevallen het bodembeslag van de fiscus komt te vervallen ofwel omdat niet — langer — sprake is van de bodem van de belastingplichtige ofwel omdat de eigendom tot zekerheid van de inventarisgoederen is komen te vervallen waardoor de goederen in de boedel zijn teruggekeerd en onder het algemene faillissementsbeslag zijn komen te vallen.

5. Conclusie

Het bodemrecht van de fiscus op grond van artikel 16 Invorderingswet is een in ons rechtssysteem niet passende figuur. Niet de eigendomsverhouding — zoals steeds in het gewone recht — maar de toevallige omstandigheid dat zaken aangetroffen worden in gebouwen of op terreinen van de belastingplichtige, is bepalend voor de uitoefening van dit recht.

De in het verleden aangevoerde gronden spreken thans niet of minder

aan. Dat de fiscus zijn debiteuren niet zelf uitkiest mag in beginsel juist zijn, de wijze van belastinginning kiest de fiscus wel zelf. Wie voor directe belastingheffing kiest, ziet zich geconfronteerd met slechte debiteuren. Inning middels indirecte belastingen neemt dit risico voor een zeer aanzienlijk deel weg.

Daarnaast is het niet juist dat buiten de fiscus, elke crediteur zijn debiteur kiest. Vorderingen tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad — in het moderne verkeer vaak voorkomend — beperken zich niet tot zorgvuldig geselecteerde wederpartijen.

Ook in de wereld van de financiers doen zich ontwikkelingen voor die meebrengen dat langer met de kredietverlening doorgegaan moet worden, dan in het voornemen van de financier ligt.³³⁾

Juist in de voortgaande financiering, waar extra behoefte bestaat aan het behouden van de gestelde zekerheden, ziet deze zich geconfronteerd met het bodemrecht van de fiscus.

Het bodemrecht leidt tot een botsing van crediteursbelangen op een moment dat voldoening van openstaande vorderingen allerm minst zeker meer is. Doordat bij deze botsing een partij zelfs verhaal kan nemen op goederen die aan andere crediteuren als zekerheid zijn gegeven, wordt het bodemrecht als onrechtvaardig ervaren.

In alle andere gevallen waar op goederen van derden beslag wordt gelegd door een crediteur, kan de eigenaar zich in rechte voorzien en executie van zijn goederen voorkomen; in het onderhavige geval is echter deze mogelijkheid op voorhand ontnomen.

De belastingdienst zelf in de persoon van de directeur, beoordeelt de ingebrachte bezwaren.

In de achter ons liggende jaren is het bodembeslag enige malen aan de orde gekomen: als hoofdonderwerp bij de commissie Houwing en voorts bij de studie naar het insolventierecht binnen de Vereniging voor Handelsrecht (1985).

De commissie Houwing komt, deels op grond van de argumenten uit de vorige eeuw, tot de conclusie dat het voorrecht van de fiscus dient te blijven bestaan, maar dat de sterk vooruitgeschoven positie gedeeltelijk ingeleverd zou moeten worden. Het voorrecht zou moeten samenvallen met de andere voorrechten uit artikel 1195 leden 2 tot en met 10 BW en derhalve na pandrecht dienen te komen. De commissie heeft eveneens bezwaren tegen handhaving van het bodembeslag in zijn huidige vorm.

Wettelijk zou het beslag beperkt dienen te worden tot die goederen van derden waarop zekerheidsrechten rusten waardoor 'reëel' eigendom van derden ontzien zou moeten worden.

In het rapport van de Commissie van de Vereniging voor Handelsrecht

wordt de fiscus geconfronteerd met de algemene schorsing tijdens de reorganisatieperiode zonder dat fundamenteel aan het recht wordt getornd. Al deze beschouwingen laten het bodembeslag van de fiscus in enige vorm in stand, veelal gemotiveerd met de historische argumenten.

Nu we aan de fiscus dezelfde rechten geven als aan elke andere crediteur onder meer voor wat betreft het aanvragen van faillissement, nu voorts de misbruikwetgeving niet alleen nieuwe verplichtingen oplegt aan bestuurders van ondernemingen onder meer de verplichting aan de fiscus tijdig bericht te geven indien belastingen en sociale premies niet kunnen worden voldaan, maar het tevens mogelijk maakt op hun privé-vermogens verhaal te zoeken, ook door de fiscus, lijkt de tijd gekomen deze vorm van blinde incasso, die zozeer strijdt met ons rechtssysteem, te vervangen door de gebruikelijke verhaalsmiddelen.

Wellicht dat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap in Luxemburg de opening daartoe kan maken nu de rechtbank Maastricht op 3 maart van dit jaar een préjudiciële uitspraak heeft gevraagd of het bodemrecht van de fiscus in strijd is met artikel 30 EEG-verdrag. Het betreft hier een vordering van een Duitse vennootschap op de Nederlandse fiscus wegens onder protest betaalde bedragen om machines die onder eigendomsvoorbehoud geleverd waren, terug te kopen nadat deze onder bodembeslag waren gebracht. Door het bodembeslag kan de handel in Europa met Nederland sterk worden verminderd, waardoor het bodembeslag in Europa dezelfde uitwerking zou krijgen als een kwantitatieve invoerbeperking welke laatste in artikel 30 EEG-verdrag is verboden, zo luidt de stelling van eiser.

Komend recht:

Met betrekking tot het bodemrecht van de fiscus vragen — naar de toekomst ziende — een tweetal onderwerpen nog de aandacht: het voorstel voor een nieuwe invorderingswet 1989 op 14 juni van dit jaar bij de Tweede Kamer ingediend, alsmede de hercodificatie van ons burgerlijk recht in het nieuw burgerlijk wetboek en met name dan boek 3 NBW.

Voorstel Invorderingswet 1989:

Met dit voorstel wordt beoogd een versterking van de positie van de Ontvanger en van de rechtspositie van de belastingplichtigen en een vergroting van de doelmatigheid van het invorderingsproces, zo lezen we in het persbericht³⁴⁾ dat het voorstel begeleidt. Gestreefd wordt naar een in werking treding op 1 januari a.s. Vandaar de thans nog futuristische aanduiding van het jaartal in de voorgestelde naam van de wet.

Afwijkend van het thans voor de fiscus geldende gesloten systeem, waarmee bedoeld wordt dat de fiscus slechts beschikt over de specifiek aan hem ter beschikking gestelde middelen, wordt overgegaan op het open systeem: dezelfde middelen als andere crediteuren en daarboven nog de specifiek toegekende middelen.

Van deze wijziging van gesloten naar open systeem is geen gebruik gemaakt om bijvoorbeeld het bodemrecht van de fiscus te doen vervallen. Wellicht moet gezegd worden: is nog geen gebruik gemaakt.

Interdepartementaal is overleg op gang gebracht over het fiscale voorrecht en het bodemrecht.

In afwachting daarvan zijn fiscaal voorrecht en bodemrecht in het wetsvoorstel ongewijzigd opgenomen, maar gekoppeld aan weer een nieuwe term in wetgeviingsland, te weten: een horizonbepaling. Dit houdt in dat beide vervallen op het moment dat boek 3 NBW in werking treedt, tenzij voordien een wetsvoorstel is ingediend waarbij dit onderwerp wordt geregeld of de werkingsduur van de Invorderingswet 1989 op dit punt wordt verlengd.

Naast inhoudelijk nieuwe regelingen als de mogelijkheid om erkenning van de cessie van een vordering op de belastingdienst door een belastingplichtige aan een derde, te weigeren om daardoor het compensatierecht te behouden, uitbreiding van aansprakelijkheidsbepalingen om het leeghalen van vennootschappen tegen te gaan, een aanpassing van de informatie- en inzagerchten aan de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen, zijn op het terrein van de invordering een aantal vereenvoudigingen doorgevoerd.

Zo zal in de toekomst een dwangbevel via de post toegezonden kunnen worden en niet meer betekend behoeven te worden en zal verrekening binnen de Belastingdienst op ruime schaal plaats kunnen hebben.

Het is te betreuren dat van deze modernisering van het invorderingsrecht niet tevens gebruik is gemaakt om een verouderd en in zijn uitvoering vaak onrechtvaardig instituut als het bodembeslag af te schaffen.

Nieuw Burgerlijk Wetboek:

Op grond van de hiervoor vermelde horizonbepaling zal bij invoering van boek 3 NBW het bodembeslag komen te vervallen, tenzij voordien bij de wet daarin anders wordt voorzien.

Gesteld dat de horizon onbesmet blijft en het bodemrecht van de fiscus zou komen te vervallen, dan zal de fiscus zich na inwerking treding van boek 3 evenals andere crediteuren hebben te bedienen van artikel 3.10.1.1. het equivalent van 1177 BW. In artikel 3.10.1.2. wordt vervolgens de paritas creditorum neergelegd, terwijl in artikel 3.10.1.3. wordt vastgelegd

dat de verdeling van executieopbrengsten niet naar rato van ieders vordering plaats heeft, indien er crediteuren zijn die een recht van voorrang hebben.

Laatstgenoemd artikel kent voorrang toe aan pand en hypotheek, aan bij de wet geregelde voorrechten alsmede op grond van andere in de wet aangegeven gronden. Daarnaast kan contractueel nog een achtergestelde positie met een crediteur worden overeengekomen volgens artikel 3.10.1.2. lid 2.

Wordt buiten deze systematiek de gelijkheid van schuldeisers doorbroken ten voordele van een van hen, dan geeft artikel 3.2.11 de actio Pauliana.

De nieuwe wet stelt aan de oproeping van de actio Pauliana de volgende eisen:

1. De bevoegdheid komt slechts toe aan schuldeisers.
2. De actie is gericht op een door de schuldenaar verrichte rechtshandeling.
3. De rechtshandeling dient onverplicht verricht te zijn.
4. De schuldeiser die van de bevoegdheid gebruik maakt moet benadeeld zijn.
5. Bij de schuldenaar moet wetenschap van benadeling zijn indien het een rechtshandeling om niet betreft; is de rechtshandeling om baat dan dient ook de wederpartij wetenschap van benadeling te hebben.

Bezien wij de positie van de fiscus tegen de achtergrond van deze vijf vereisten dan blijkt, dat de fiscus voldoet aan vereiste onder 1. daar de belastingenschuld krachtens jurisprudentie van de HR een verbintenis uit de wet is. Ook belastingvorderingen ontstaan na de gewraakte rechtshandeling leveren een grond op voor de actio Pauliana, daar artikel 3.2.11 lid 1 slot de aktie ook toekent, indien de vordering is ontstaan na plaatsvinden van de rechtshandeling.

Voorwaarde 2 geeft een beperking ten aanzien van het huidige recht, daar in de nieuwe wetgeving sprake is van rechtshandeling terwijl thans sprake is van handeling.

In voorwaarde 3 wordt de onverplichtheid van de rechtshandeling vereist, waardoor alle rechtshandelingen krachtens wet of overeenkomst buiten de werking van deze aktie zijn gebracht. Een onverplicht verleende zekerheid voor een schuld zal in het nieuwe recht de mogelijkheid voor een aktie toelaten, niet indien deze zekerheid is verleend op basis van een reeds eerder aangegane verplichting daartoe (bijvoorbeeld in algemene voorwaarden).

De crediteur, die deze maatregel wil nemen zal krachtens voorwaarde 4.

moeten aantonen, dat hij benadeeld is door de rechtshandeling. Algehele benadeling van alle crediteuren behoeft niet gesteld te worden.

Tenslotte zal op grond van de vijfde voorwaarde wetenschap van benadeling moeten bestaan bij de schuldenaar en — indien de rechtshandeling om baat heeft plaats gevonden — ook bij diens wederpartij(en). Voldoende is dat hij wist of behoorde te weten dat benadeling het gevolg van zijn rechtshandeling zou zijn.

In 3.2.11 a en b wordt een vermoeden van benadeling aanwezig geacht in de daar genoemde gevallen, waardoor de positie van de crediteur die deze aktie wil instellen, aanzienlijk wordt vereenvoudigd.

Hiervoor zagen we reeds, dat voorrang ontleend kan worden aan het pandrecht. In de nieuwe wetgeving zal deze bepaling meer gevolgen hebben dan thans, aangezien de eigendomsoverdracht tot zekerheid verboden wordt en de financier op de roerende goederen van zijn debiteur nog slechts bezitloos pandrecht zal kunnen vestigen, voorzover althans de goederen in de macht van de debiteur dienen te blijven.

Bij samenloop van vorderingen met de fiscus, zal het pandrecht — en dus ook het bezitloze pandrecht — gaan boven het voorrecht van de fiscus op grond van artikel 3.10.1.3a.

Dit zal anders zijn in die gevallen waar de fiscus zich thans kan beroepen op het bodemrecht van artikel 16 lid 3 Invorderingswet.

De fiscus zal op grond van een hem te verlenen voorrecht³⁵⁾ met betrekking tot bezitloos pandrecht op bodemzaken welke zich onder de belastingplichtige bevinden op het moment van bodembeslag respectievelijk op het moment van faillietverklaring van de belastingplichtige, vóór de bezitloze pandhouder gaan.

In het laatste geval zelfs zonder dat bodembeslag gelegd behoeft te zijn. Bevond de in bezitloos pandrecht gegeven bodemzaak zich op het moment van faillietverklaring op de bodem van de failliet, dan reeds kan de fiscus zich op zijn voorrecht boven de pandhouder beroepen, zonder dat door eerder genoemde bodembeslag gelegd behoeft te zijn.

Wel zal de fiscus ook hier getroffen worden door de faillissementsomslag.

Behoudens deze laatste uitzondering zal door de nieuwe wetgeving de onderhavige verhouding van crediteuren meer afgewogen zijn, doordat de fiscus ontdaan zal worden van de door hem aan artikel 16 Invorderingswet ontleende vergaande bevoegdheden.

6. Bodembeslag tijdens faillissement

Staat de bevoegdheid van de fiscus om buiten faillissement bodembeslag

te leggen algemeen vast, bij de toepassing van hetzelfde middel tijdens faillissement zijn wel enige vraagtekens te plaatsen.

In het kort ingaand op deze stelling zijn daarvoor de volgende argumenten naar voren te brengen:

1. De Invorderingswet spreekt niet over deze mogelijkheid.
2. De tekst van artikel 16 Invorderingswet verleent de fiscus niet met zoveel woorden de bevoegdheid goederen van derden in beslag te nemen.
Integendeel de derden bedoeld in het eerste deel van dit artikel hebben de bevoegdheid bezwaar in te dienen, waardoor de executie wordt gestuit. Slechts ten aanzien van de goederen die uiterlijk de schijn opwekken aan de belastingplichtige te behoren, ontnemt lid 3 de bevoegdheid bezwaar te maken aan derden.
3. De Faillissementswet verbiedt in de artikelen 25 tot en met 33 executierechten uit te oefenen tegen de belastingplichtige: de fiscus richt zijn dwangbevel en zijn beslaglegging tegen de failliet.
4. De systematiek van de Faillissementwet brengt mee dat de vordering van de fiscus voor verificatie moet worden ingediend of dat de weg van artikel 7 Invorderingswet wordt gekozen.
5. Het doel van het bodembeslag is voldoening van de belastingschuld door de failliet; de Faillissementswet wijst daartoe eenduidig de weg.
6. Door toepassing van het bodembeslag acteert de fiscus als separatist, welk recht hem nergens wordt verleend.
7. Een algemeen rechtsbeginsel houdt in dat eerst op de goederen van de debiteur verhaal wordt gezocht.
Op het moment van bodembeslag tijdens faillissement staat allerm minst vast dat geen voldoening uit de boedel is te verkrijgen.

Het verlies van de bevoegdheid bodembeslag tijdens faillissement te kunnen leggen is niet onredelijk tegenover de fiscus. Deze beschikt immers over het fiscale privilege en bovendien heeft de fiscus de mogelijkheid vóór faillissement bodembeslag te leggen, welk beslag mede krachtens artikel 16 Invorderingswet effectief blijft voorzover rustend op goederen van derden.

7. Slot

In het vorenstaande is getracht vanuit de dagelijkse praktijk het licht te laten schijnen over een botsing tussen twee bevoegdheden, die van de fiduciaire eigenaar en die van de fiscus. Dat de rechtspraak, als neerslag van

de dagelijkse conflicten, daarbij voorop zou staan lag voor de hand. Daarnaast is getracht het komend recht mede in de beschouwing te betrekken.

De opmerkingen over het bodembeslag tijdens faillissement zijn als een afsluiting bedoeld, maar daarom niet minder ernstig gemeend.

Utrecht, 13 juli 1988.

Noten

- 1) N.J. 1929, blz. 616 met noot P. Scholten.
- 2) N.J. 1929 blz. 1096.
- 3) Wet op de Invordering van 's Rijks directe belastingen, Stb. 22 — 22 mei 1845, en daarnaast bij artikel 156 Algemene Wet Douane en Accijnzen, Stb. 1961, 31; in deze zal verder alleen het bodemrecht ex. art. 16 Invorderingswet aan de orde komen.
- 4) Met uitzondering van de thans niet meer van belang zijnde grondbelasting.
- 5) Wet van 12 november 1808, art. 4 (B.d.L. 213).
- 6) Uitvoerder: W. P. Erasmus: Bevoorrechte Vorderingen. Studiepocket Privaatrecht nr. 9, Tjeenk Willink-Zwolle-1976.
- 7) Buiten aanmerking wordt hier gelaten de in art. 16 lid 3 Invorderingswet nog voorhande verwijzing naar art. 2014 B.W.
- 8) H.R. 11 maart 1927, N.J. 1927 blz. 494.
- 9) H.R. 9 januari 1981, N.J. 1981, 656.
- 10) H.R. 11 maart 1927, N.J. 1927 blz. 494. W.v.h.R. 11650, Rb Amsterdam 18 december 1934, N.J. 1934 blz. 298.
- 11) H.R. 17 juni 1910, B 829.
- 12) H.R. 13 maart 1914, B 1617.
- 13) H.R. 5 oktober 1979. N.J. 1980, 280.
- 14) H.R. 3 oktober 1980. N.J. 1981, 60.
- 15) H.R. 9 januari 1981. N.J. 1981, 656.
- 16) Leidraad Invordering, vastgesteld bij resolutie van de Staatssecretaris van Financiën van 8 december 1961, B.1/18516.
- 17) Hof Amsterdam 12 november 1987, K.G. rolno. 1218/86. Geen cassatie ingesteld.
- 18) Wet op de Invordering van 's Rijks directe belastingen, editie Schurman en Jordens no. 114 onder artikel 16.
- 19) Rechtbank Almelo, 19 januari 1983. N.J. 1983, 552.
- 20) H.R. 3 oktober 1980. N.J. 1981, 60.
- 21) H.R. 12 april 1985. N.J. 1986, 808.
- 22) President Middelburg in K.G. 24 december 1982. K.G. 1983, 33.
- 23) Hof 's-Hertogenbosch 30 maart 1982. N.J. 1983, 130.
- 24) Rechtbank Zutphen 19 mei 1983. N.J. 1984, 123.
- 25) President Rechtbank Maastricht in K.G. 24 februari 1984, N.J. 1985, 523.
- 26) President Rechtbank Groningen in K.G. 4 april 1985, N.J. 1985, 881.
- 27) President Haarlem in K.G. 1 mei 1985 Hof Amsterdam, 21 november 1985. N.J. 1986, 806.
- 28) Hof 's-Hertogenbosch 28 oktober 1986. N.J. 1987, 859.
- 29) H.R. 10 april 1987. N.J. 1987, 829.
- 30) President Rechtbank Rotterdam 9 februari 1983. K.G. 1983, 89.
- 31) Hof 's-Gravenhage 8 januari 1986. N.J. 1987, 394.
- 32) President Rechtbank Middelburg 2 juli 1985. K.G. 1985, 218.
- 33) President Rechtbank 's-Gravenhage in K.G. 7 december 1983. K.G. 1984, 27.
- 34) Persbericht Ministerie van Financiën 14 juni 1988, nr. 88/49.
- 35) Artikel 12 lid 1 Invorderingswet, zoals voorgesteld in de Invoeringswet — negende deel.