

Een *Mexican standoff* in faillissement

Over de faillissementsrechtelijke houdbaarheid van overeenkomsten tot lossing tussen een pandhouder en een boven hem bevoorrechte schuldeiser

Mr. O.M. Spronken en mr. C.J.D. Warren *

1 Inleiding

Wie kent niet de slotscène van Sergio Leones epische western *The Good, the Bad and the Ugly*? Midden in het westelijke front van de Amerikaanse burgeroorlog zijn een bandiet,¹ een premiejager zonder scrupules² en een premiejager met iets meer scrupules³ uit op een verborgen goudvoorraad. Na een lange tocht langs de frontlinie van de Amerikaanse burgeroorlog treffen zij elkaar met getrokken wapens op het kerkhof waar de goudschat begraven ligt. De ontknoping van de *The Good, the Bad and the Ugly* – de drie goudzoekers houden elkaar angstvallig onder schot, terwijl de meesterlijke muziek van Ennio Morricone vijf minuten lang de spanning opbouwt – is het archetypische voorbeeld van wat onder film liefhebbers bekendstaat als een ‘Mexican standoff’: een dodelijke driehoeks-, vierhoeks- of *n*-hoeksverhouding waarbij alle deelnemers de wapens op elkaar hebben gericht.⁴ Wie het eerst schiet, wordt zelf neergeschoten en terugtrekken is geen optie: dan ben je overgeleverd aan de rest.

Als fenomeen is de *Mexican standoff* niet exclusief voor het Wilde Westen. Ook in de Nederlandse insolventiepraktijk – zeker geen *Wild West*, maar er wordt wel stevig geknokt op zijn tijd – komen meerpartijenverhoudingen voor die, afgezien van het gebrek aan vuurwapens, niet zouden misstaan in een Tarantino-film.⁵ Denk aan de fietsenmaker die ten aanzien van een fiets een retentierecht uitoefent voor een onbetaalde rekening. Indien de fiets stil is verpand, is er sprake van een impasse. In beginsel heeft de pandhouder de hoogste voorrang,

maar de retentor zal hij voor zich moeten dulden ondanks zijn oudere recht. Als de pandgever zijn fiets komt langsbrengen voor een reparatie, hoeft een fietsenmaker in beginsel niet te twifelen aan diens bevoegdheid (art. 3:291 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW)). Maar met die hoge voorrang is de retentor er nog niet. Anders dan de pandhouder beschikt hij niet over het recht van parate executie. Zonder executorialie titel kan de retentor zijn vordering niet eigenhandig op de fiets verhalen. De fiets meegeven aan de pandhouder is geen optie, want dan verliest de retentor zijn rang: met het verlies van de feitelijke macht over het goed eindigt het retentierecht (art. 3:294 BW).⁶ Zo ontstaat de situatie dat de pandhouder de fiets niet vrij kan executeren en de retentor omgekeerd de fiets niet kan meegeven zonder zijn recht te verliezen.

Er is dus sprake van een impasse. Pandhouder en retentor houden elkaar in een houdgreep. De situatie wordt pas echt ‘Mexicaans’ als het faillissement van de schuldenaar intreedt, want dan komt de curator in beeld. Diens faillissement brengt in beginsel geen verandering in de impasse tussen retentor en pandhouder. Om de impasse te doorbreken heeft de wetgever bij de invoering van het ‘nieuwe’ BW art. 60 van de Faillissementswet (Fw) gewijzigd.⁷ Hoewel lid 1 van dat artikel uitdrukkelijk bepaalt dat de retentor niet zijn recht door het faillissement verliest, kan de curator op grond van lid 2 – met toestemming van de rechter-commissaris – de zaak bij de retentor opeisen, om deze vervolgens te gelde te maken met inachtneming van ieders voorrang.⁸ Over de opbrengst worden de algemene faillissementskosten omgeslagen (art. 182 Fw). So far, so

* Mr. O.M. Spronken is advocaat bij Tanger in Velsen. Mr. C.J.D. Warren was docent-onderzoeker bij het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht en werkt tegenwoordig als professional support lawyer bij Houthoff Buruma te Amsterdam. Dit artikel is gebaseerd op het onderzoek van de eerste auteur aan de Universiteit Utrecht voor haar masterscriptie. Het is op persoonlijke titel geschreven.

1. Tuco alias ‘the Ugly’, gespeeld door Eli Wallach.
 2. Angel Eyes alias ‘the Bad’, gespeeld door Lee Van Cleef.
 3. Blondie alias ‘the Good’, gespeeld door Clint Eastwood.
 4. Zie www.tvtropes.org/pmwiki/pmwiki.php/Main/MexicanStandoff. Strikt genomen zijn voor een *Mexican standoff* niet per se drie partijen nodig. Twee partijen zijn in theorie voldoende, zolang geen van beide partijen een duidelijk overwicht heeft. Een *Mexican standoff* met slechts twee partijen is echter minder waarschijnlijk: wie het eerst schiet, wint. Een klassieke *Mexican standoff* bestaat daarom uit ten minste drie deelnemers.
 5. Zie bijv. *Reservoir Dogs* en *Inglourious Basterds*.

6. In ons voorbeeld is op de fiets uiteraard een pandrecht gevestigd, zodat er dus sprake is van een pandhouder. Aangezien het ook mogelijk is om een retentierecht ten aanzien van een registergoed uit te oefenen, kan de retentor ook tegenover een hypotheekhouder komen te staan. In dit artikel gaan wij steeds uit van een ‘pandhouder’, mede omdat in de gelijkende impasse tussen fiscus en pandhouder, die wij verderop ook zullen bespreken, wél alleen sprake kan zijn van een pandhouder. Bij de executorialie verkoop van specifiek een onroerende zaak ten aanzien waarvan een derde een retentierecht uitoefent, spelen mogelijk weer andere complicaties, die wij hier niet zullen bespreken. Zie nader J.W.A. Biemans, Retentierecht en executiekoop naar aanleiding van een Amsterdams vonnis en arrest in kort geding, NTBR 2009/20.
 7. S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Wetswijzigingen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 174.
 8. De retentor kan de curator overigens een redelijke termijn stellen om deze bevoegdheid uit te oefenen. Zie art. 60 lid 3 Fw.

goed voor de retentor: wat er overblijft gaat naar hem. Pas als de vordering van de retentor is voldaan, is de pandhouder aan de beurt.

Helaas voor de retentor is bij een substantieel aantal van de faillissementen sprake van een negatieve boedel, waarbij er onvoldoende actief is om alle boedelschuldeisers te voldoen.⁹ In sommige gevallen is er zelfs zo weinig dat ook de curator, de hoogst gerangschikte boedelschuldeiser, niet volledig uitbetaald kan worden. De opbrengst van de zaak waarop de retentor de hoogste aanspraak heeft, wordt in een dergelijk geval opgesoupeerd ter bestrijding van de faillissementskosten. De curator gaat dan als het ware met het been ervandoor. De retentor en de pandhouder blijven met lege handen achter.

Hoe kunnen de retentor en pandhouder deze lose-losesituatie doorbreken? Door naar *The Good, the Bad and the Ugly* te kijken. Tuco (the Ugly) en Blondie (the Good) staan elkaar aanvankelijk naar het leven, maar een wending van het lot – we houden onze bijdrage graag spoiler vrij – dwingt hen om samen te werken. *They formed an alliance of hate to steal a dead man's gold*, zoals de ondertitel de handeling kernachtig samenvat.

Nu de failliete schuldenaar vermogensrechtelijk geldt als *dead man* rijst de vraag of de pandhouder en de retentor een verbond kunnen vormen tegen de curator. Denkbaar is dat zij overeenkomen dat de pandhouder de zaak mag veilen tegen betaling van (een gedeelte van) de vordering van de retentor. Afwikkeling geschiedt dan buiten de boedel om en beide schuldeisers krijgen zo ten minste iets.¹⁰ Het bedrag dat de pandhouder moet afdragen is hoogstens het volledige bedrag van de vordering van de retentor. Aangezien de retentor er ook baat bij heeft dat er een regeling wordt getroffen, is er onderhandelingsruimte om dit bedrag 'naar beneden te praten'. Nadat de retentor de zaak in handen heeft gesteld van de pandhouder, waarmee afstand wordt gedaan van het retentie-recht (art. 3:294 BW), kan die laatste vrij executeren. Met deze overeenkomst tot lossing kunnen de pandhouder en retentor ieder hun respectieve posities optimaliseren. Doordat de retentor afstand doet van zijn voorrecht en nalaat zijn vordering in het faillissement in te dienen, wordt de impasse tussen beide schuldeisers buiten de boedel om afgewikkeld. Art. 57 lid 3 Fw vindt dan geen toepassing, zodat de boedel ook geen aanspraak heeft op de opbrengst.

Het sluiten van wat wij duiden als een overeenkomst tot 'lossing' is ook een optie in een andere vaak voorkomende impasse tussen partijen wier relatie beter de antagonistische verstand-

houding benadert tussen Tuco en Blondie in *The Good, the Bad and the Ugly*. Wij doelen hierbij op de pandhouder en fiscus.¹¹ Ten aanzien van bodemzaken is de fiscus – gelijk de retentor – boven de stil pandhouder bevoorrecht tot de opbrengst (art. 21 lid 2 van de Invorderingswet 1990 (IW 1990)). Daarvoor is wel vereist dat de fiscus bodembeslag heeft gelegd of dat het faillissement van de pandgever is uitgesproken.¹² Tot 2013 kon de pandhouder hiervoor een stokje steken door zijn stil pandrecht om te zetten in een vuistpand, bijvoorbeeld door toepassing van de zogeheten bodemverhuurconstructie.¹³ Met de invoering van het controversiële¹⁴ art. 22bis IW 1990 is deze spreekwoordelijke 'ratrace' voor de pandhouder zo goed als gelopen. De pandhouder die zogenaamde bodemhandelingen wil verrichten, dient zijn voornemen daartoe bij de ontvanger te melden. Na de melding heeft de ontvanger ruim vier weken de tijd om alsnog bodembeslag te leggen. En dat laat hij zich uiteraard geen twee keer zeggen.

Ondanks alle intenties daartoe heeft de wetgever met art. 22bis IW 1990 de ratrace niet definitief 'gefixt' in het voordeel van de fiscus. Hoewel de pandhouder zich door de meldingsplicht zal onthouden van bodemhandelingen en de fiscus ondertussen dus vrijelijk bodembeslag kan leggen, gebeurt dit in de praktijk niet altijd.¹⁵ Dat is ook praktisch niet mogelijk, want de fiscus is schuldeiser in vrijwel elk Nederlands faillissement. Zodra het faillissement wordt uitgesproken, komt het bodemvoorrecht automatisch op de bodem van de failliet te rusten. Dat is gelijk ook het moment waarop de curator zijn intrede maakt. Die zal vanwege art. 57 lid 3 Fw de rechten van de ontvanger gaan uitoefenen.¹⁶ Bij een negatieve boedel zullen de boedelschuldeisers – met de curator voorop – de opbrengst van de bodemzaken opsouperen. In die situatie vist zowel de fiscus als de pandhouder achter het net en hebben zij er dus – evenals de retentor en de pandhouder in de hiervoor

11. Met betrekking tot de fiscus maakt ook Koek de vergelijking met *The Good, the Bad and the Ugly*, zij het in iets andere zin. Zie J.A.M. Koek, De mededelingsplicht van art. 22bis IW 1990 en zijn uitwegen, FTV 2015/15.
12. In het laatste geval geldt het bodemvoorrecht automatisch. Zie de woorden 'ongeacht of tevoren inbeslagneming heeft plaatsgevonden' in art. 21 lid 2, laatste zin, IW 1990. Dit is anders voor zaken die niet toebehoren aan de failliet, maar die zich wel op diens bodem bevinden, bijv. omdat ze onder eigendomsvoorbehoud zijn geleverd. Voor die zaken moet de fiscus wél zelf bodembeslag leggen.
13. Voor een voorbeeld, zie HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7199, NJ 2014/272 (Eringa q.q./ABN AMRO Bank). Door de bodem van de pandgever te huren werd het stil pandrecht niet alleen omgezet in een vuistpand, maar had de belastingschuldige geen bodem en dus bodemzaken meer waarop bodembeslag kon worden gelegd.
14. Zie de hoogoplopende polemiek tussen Tekstra en Van Eijsden: A. van Eijsden, Makkers staakt uw wild geraas, TvI 2013/7; de reactie van A.J. Tekstra in TvI 2013/15 en het naschrift van Van Eijsden in TvI 2013/21.
15. S. Eikelenboom & J. Verbeek, Hoge schuld verrast curator; Fiscus bloedt bij val Thieme en Corso, Het Financieel Dagblad 13 maart 2014, p. 2.
16. Dat is ook de reden waarom het vaak voorkomt dat in geschillen over het bodemrecht het de curator is die als partij optreedt en niet de ontvanger. Zie bijv. HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2690, NJ 1998/745 (Aerts q.q./Amro).

9. Het CBS rapporteerde onlangs dat 73% van de in 2015 beëindigde faillissementen werd opgeheven 'wegens gebrek aan baten'. Zie Faillissementen, oorzaken en schulden 2015, Den Haag: WODC 2015, p. 18. Het rapport is te raadplegen op www.cbs.nl/nl-nl/achtergrond/2016/50/faillissementen-oorzaken-en-schulden-2015.

10. Vanzelfsprekend willen wij hiermee niet suggereren dat de curator steeds geldt als 'the Bad'. Persoonlijk zien wij hem of haar juist als een soort sheriff. In Sergio Leones meesterwerk is het alleen toevallig zo dat het 'the Good' en 'the Ugly' zijn die 'besluiten' om samen te werken.

beschreven situatie – belang bij om te verhinderen dat de opbrengst van de zaken via de boedel loopt.

Bij een negatieve boedel is het dus ook voor de fiscus voordeliger om een akkoord te sluiten met de pandhouder.

Indien de pandhouder tot overeenstemming komt met een boven hem bevoorrechte schuldeiser, zoals de fiscus of retentor, waar het in de praktijk meestal om gaat, is de curator niet langer de lachende derde.¹⁷ De verdeling van de opbrengst gaat niet meer via de boedel, waardoor de curator inkomsten misloopt. Daarmee rijst de vraag of hij iets tegen dit soort overeenkomsten kan ondernemen. In de enige uitspraak die over deze kwestie is te vinden, wordt gesuggereerd dat dergelijke overeenkomsten wél zijn toegestaan. In de zaak Rosenberg/Polak overweegt de Rechtbank Den Haag ten overvloede:

‘Voorstelbaar is dat verzoekster destijds had gepoogd aan deze hiervoor beschreven consequentie te ontkomen door in overleg met de Rabobank te treden en deze ertoe te bewegen om van haar recht als separatist gebruik te maken en de woning buiten de boedel om te gelde te maken onder afdracht aan verzoekster van hetgeen deze krachtens het retentierecht mocht vorderen; alsdan zouden er ook wel kosten gemaakt zijn maar dan toch (mogelijk) van een andere orde.’¹⁸

De curator kan echter wel zijn licht opsteken bij de annotator, Steneker. In zijn noot bij dit vonnis neemt hij het standpunt in dat het sluiten van een dergelijke overeenkomst strijdig is met het fixatiebeginsel, omdat het een hoog preferente schuldeiser zoals de retentor in staat stelt om mee te liften op de separatistenpositie van de pandhouder.¹⁹ Groenewegen en De Groot daarentegen wijzen op de Leidraad Invordering, die juist voorziet in de mogelijkheid van de pandhouder om de fiscus, een andere hoog preferente schuldeiser, af te kopen buiten de curator om. Daaruit leiden zij af dat de wetgever dit soort overeenkomsten tussen de pandhouder en een hoger preferente schuldeiser goedkeurt.²⁰

De geoorloofdheid van overeenkomsten tussen de pandhouder en een hoger bevoorrechte schuldeiser zoals de retentor of fiscus is verder nauwelijks besproken in de literatuur.²¹ Ook in de rechtspraak is zij verder niet aan de orde gesteld.

Met dit artikel trachten wij een bijdrage te leveren aan de discussie over deze kwestie. Wij zullen betogen dat de pandhouder en een hoger bevoorrechte schuldeiser bij overeenkomst de opbrengst van een zaak waar zij beiden aanspraak op (kunnen) maken, buiten de boedel om kunnen verdelen. Deze overeenkomst kan volgens ons niet in faillissement (of daarbuiten) worden aangetast. In deze bijdrage bespreken wij verschillende middelen die de curator denkbaar kan aanvoeren tegen de totstandkoming van een overeenkomst tussen de pandhouder en een hoger bevoorrechte schuldeiser, en waarom deze volgens ons niet leiden tot het door de curator beoogde doel.

2 Quick draw voor de curator: de pauliana

Wat de colt is voor Clint Eastwood is de pauliana voor de faillissementscurator: het eerste waar je naar grijpt. Met de pauliana kan de curator immers rechtshandelingen vernietigen die benadelend zijn voor de schuldeisers, met name die rechtshandelingen die onverplicht zijn verricht. Wat betreft de overeenkomst tot lossing tussen de pandhouder en een boven de pandhouder bevoorrechte schuldeiser valt de pauliana gelijk af. Alleen rechtshandelingen mét de failliet, die vóór faillissement zijn verricht, kunnen door middel van de pauliana worden aangetast. Bij de overeenkomst tot lossing is de failliet zelf geen partij.

Steneker, die de overeenkomst tot lossing zoals gezegd strijdig acht met het fixatiebeginsel, onderbouwt zijn standpunt in zijn JOR-noot bij de zaak Rosenberg/Polak met een verwijzing naar het arrest HR 8 juli 1987, NJ 1988/104 (Loeffen q.q./Mees Hope I). Wij zien echter niet in waarom uit dit standaardarrest over de pauliana zou voortvloeien dat de overeenkomst tot lossing niet faillissementsbestendig is. Het sluiten van een overeenkomst tot lossing tussen de pandhouder en een hoger bevoorrechte schuldeiser is onvergelijkbaar met de casus die aan dat arrest ten grondslag lag.²² Het klopt dat het in dat arrest ging om de vernietiging van een handeling van een bank met een derde. Echter, ook de failliet zelf was bij deze handeling betrokken: het ging namelijk om de vernietiging van de uitoefening van de verrekeningsbevoegdheid door de bank. De bank wenste een creditering naar aanleiding van de betaling van een derde op de rekening van de failliet bij die-

17. De aanduiding van de retentor als hoger bevoorrechte schuldeiser is strikt genomen onzuiver. De positie van de retentor is gekoppeld aan een door art. 3:292 BW toegekende voorrangpositie. De vordering van de retentor zelf hoeft niet bevoorrecht te zijn. Zie N.E.D. Faber, Retentierecht en art. 57 lid 3 en 60 Fw, NbBW 1998-6, p. 75-76. Omdat art. 57 lid 3 Fw spreekt over hoger bevoorrechte schuldeisers (in plaats van hoger gerangschikte schuldeisers) houden wij die terminologie hier gemakshalve aan.

18. Rb. Den Haag 9 maart 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA0999, JOR 2007/163 m.nt. Steneker (X/Rosenberg Polak q.q.).

19. Annotatie bij Rb. Den Haag 9 maart 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA0999, JOR 2007/163 (X/Rosenberg Polak q.q.), randnr. 4. In gelijke zin: M.E. Heilbron, De positie van de retentor in faillissement, FIP 2013, afl. 5, p. 157-158.

20. J.L.M. Groenewegen & M.N. de Groot, Retentierecht in faillissement: curator, houd uw nijptang gereed!, in: Ph.W. Schreurs e.a. (red.), De gereedschapskist van de curator, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 271-272. Wel achten zij het mogelijk dat de curator bij de separatist beding dat alleen hij afspraken mag maken en dat het contact met andere schuldeisers, zoals de retentor of de fiscus, alleen via hem gaat. Wij zien echter niet in waarom een separatist daarmee zou instemmen.

21. Voor de volledigheid noemen wij nog: F.B. Bosvelt in zijn noot onder Rb. Noord-Holland (vzr.) 8 november 2016, JOR 2017/51, die meent dat de overeenkomst tussen specifiek een pandhouder en een retentor niet in strijd is met het fixatiebeginsel, omdat de retentor door het sluiten van de overeenkomst afstand doet van zijn voorrecht, en Ch.A.M. Domingus, in: GS Faillissementswet, Deventer: Wolters Kluwer (online), art. 60, aant. 5.2, die deze controversie signaleert.

22. Het is overigens niet duidelijk of Steneker met zijn verwijzing doelt op de uitleg van de vereisten van de pauliana door de Hoge Raad of een invulling van het fixatiebeginsel die de Hoge Raad in dat arrest zou geven. Voor zover het fixatiebeginsel in Loeffen/Mees Hope I tot uitdrukking wordt gebracht, is dat alleen in zeer algemene termen.

zelfde bank te verrekenen met het debetsaldo op die rekening. De Hoge Raad had te beslissen of die verrekeningshandeling kon worden aangemerkt als de voldoening van een opeisbare schuld in de zin van art. 47 Fw. De Hoge Raad beantwoordde die vraag bevestigend, omdat banken – als onvermijdelijke spin in het web van het girale betalingsverkeer – anders zouden beschikken over een zo goed als onbegrensde bevoegdheid tot verrekening.²³ Die ratio lag ook ten grondslag aan het eerdere Postgiro-arrest.²⁴ Zo'n bijzondere machtspositie speelt niet bij de overeenkomst tot lossing. Wij zien dus niet in waarom de Hoge Raad genegen zal zijn om de pauliana 'uit te rekenen' tot rechtshandelingen waarbij de failliet geen partij is in het algemeen en een overeenkomst tot lossing tussen de pandhouder en een boven hem bevoorrechte schuldeiser in het bijzonder.²⁵

Het arrest geeft wel aanleiding om een meer fundamentele vraag te stellen: is de overeenkomst tot lossing tussen de pandhouder en een boven hem bevoorrechte schuldeiser überhaupt benadelend voor de schuldeisers? Wij zouden menen van niet. Van benadeling is, kort samengevat, sprake als door de gewraakte rechtshandeling het te verdelen actief wordt verminderd, het passief wordt vermeerderd of de onderlinge rangorde tussen de schuldeisers wordt doorbroken.²⁶ Op het eerste gezicht lijkt er iets te zeggen voor het benadelend gehalte van de overeenkomst tussen een pandhouder en de retentor c.q. fiscus waarbij de eerste zich verbindt om de vordering van de laatste te voldoen. Door deze overeenkomst te sluiten wordt voorkomen dat het goed wordt uitgewonnen via de boedel. De boedel blijft dus verstoken van een bepaald activum, zodat de nog hoger gerangschikte boedelschuldeisers zich daarop niet

kunnen verhalen.²⁷ Toch menen wij dat dit soort overeenkomsten niet als benadelend kunnen gelden. Het gaat immers om de 'onttrekking' van een vermogensbestanddeel waarop (veel) eerder al een pandrecht was gevestigd. Anders gezegd, het goed bevond zich van meet af aan buiten het bereik van in ieder geval de faillissementsschuldeisers. De enige reden dat boedelschuldeisers mogelijk alsnog een deel van de opbrengst van dat goed zouden ontvangen, is de min of meer toevallige aanwezigheid van een boven de pandhouder bevoorrechte schuldeiser. Dergelijke schuldeisers, zoals de retentor of de fiscus, fungeren dan als een soort buffer. Deze bufferwerking is het gevolg van het wettelijk systeem op grond waarvan de curator de rechten van de boven de pandhouder bevoorrechte schuldeiser uitoefent (art. 57 lid 3 Fw).

Wij zien echter niet in waarom een hoog preferente schuldeiser niet zou mogen accepteren dat diens vordering op de failliet door een ander, zoals de pandhouder, wordt voldaan. Als tegenprestatie verkrijgt de separatist de macht over het goed, zodat niet de curator maar hijzelf het goed kan executeren. Alles overziend kan naar onze mening eerder een vergelijking worden gemaakt met het *tweede* Loeffen q.q./Mees Hope-arrest.²⁸ In dit vervolgarrest besliste de Hoge Raad dat de verrekeningshandeling – die op grond van het Loeffen q.q./Mees Hope I-arrest kon worden aangevochten – per saldo geen nadeel toebreacht aan de schuldeisers. De betaling die de bank in casu wenste te verrekenen met haar vordering op de failliet verklaarde vennootschap Meerhuys BV (hierna: Meerhuys) was afkomstig van een zustervenootschap van de failliet, APO BV (hierna: APO). APO had namelijk een schuld aan Meerhuys en zij beschikte niet over de middelen om die te voldoen. De bank leende een bedrag uit aan APO. Dit bedrag werd door APO overgeschreven op de bankrekening van Meerhuys. De oninbare vordering op APO werd dus uiteindelijk betaald tegen vermindering van het debetsaldo bij de bank. Door het bedrag van de vordering van Meerhuys aan APO te lenen had de bank in feite een oninbare vordering geconverteerd in een verrekenbare vordering op haarzelf. Vanwege de oninbaarheid van de vordering zouden de schuldeisers ook zonder deze transactie niets hebben ontvangen.²⁹ Vernietiging van de verrekening zou dus niet hebben geleid tot een herstel van de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers, want er was niets om te herstellen. Omdat de schuldeisers – in de woorden

23. Overigens heeft de Hoge Raad de verrekeningsbevoegdheid alsnog in het arrest HR 17 februari 1995, NJ 1996/471 (Mulder/CLBN) uitgebreid door deze te koppelen aan de verpanding van de vordering waarmee de betaling door een derde verband houdt. Inmiddels hebben banken deze mogelijkheid alsnog tot het uiterste opgerekt met de verzamelendakconstructie. Zie voor die constructie de arresten HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, NJ 2012/261 (Dix q.q./ING) en HR 1 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4134, NJ 2013/156 (Van Leuven q.q./ING).

24. HR 10 januari 1975, NJ 1976/249.

25. De omzetting in een vuistpand, die volgt op het sluiten van de overeenkomst tot lossing, kan überhaupt niet als paulianus worden aangemerkt. In HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7199, NJ 2014/272 (Eringa q.q./ABN Amro) heeft de Hoge Raad deze omzetting gekwalificeerd als een feitelijke handeling. Alleen rechtshandelingen kunnen met de pauliana worden aangetast.

26. Zie uitgebreider R.J. van der Weijden, De faillissementspauliana (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, p. 68 e.v. Om het benadelend karakter van een rechtshandeling vast te stellen moet de situatie met die rechtshandeling worden vergeleken met de situatie zonder die handeling, aldus het arrest HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3654, NJ 2001/654 (Diepstraten/Gilhuis q.q.).

27. De literatuur is niet eensgezind over de vraag of de pauliana überhaupt kan worden ingesteld tegen rechtshandelingen die uitsluitend benadelend zijn voor boedelschuldeisers. Zie B.S.J.M. van Gangelen & G.H. Gispén, Gebruik de onrechtmatige daad niet als de actio pauliana uitkomst biedt, in: Ph.W. Schreurs e.a. (red.), De gereedschapskist van de curator, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 139 voor verwijzingen. Mocht het antwoord ontkennend luiden, dan ligt het, gelet op HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3080, NJ 2014/484 (CZ Zorgkantoor/mr. Scholtes q.q.), voor de hand dat de boedelschuldeisers wél een eigen pauliana ex art. 3:45 BW kunnen instellen. Die actie zou echter evenmin tot vernietiging leiden omdat de BW-pauliana net als de faillissementspauliana vereist dat de gewraakte rechtshandeling benadelend is. En dat kan van de overeenkomst tot lossing volgens ons niet worden gezegd.

28. HR 22 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0182, NJ 1992/214.

29. Zie uitgebreider Van der Weijden 2012, p. 173-176.

van de Hoge Raad – ‘zonder dat hun enig nadeel wordt toegebracht, alleen een voordeel ontgaat’, was er geen sprake van benadeling.

In de situatie dat een pandhouder met een boven hem bevoorrechte schuldeiser overeenkomt dat hij de vordering van die laatste zal lossen,³⁰ gaat het ons inziens eveneens om een voordeel dat de boedelschuldeisers mislopen, zoals bedoeld in het arrest Loeffen q.q./Mees Hope II. Het gaat om een impasse tussen hoog preferente schuldeisers die in beginsel alleen door de curator kan worden doorbroken. Lukt het de separatist en de boven hem bevoorrechte schuldeiser om op eigen kracht uit deze impasse te geraken, dan is er voor de curator geen taak meer weggelegd. De faillissementskosten nemen alleen toe als de curator in actie moet komen. Hoeft de curator dat niet, dan levert dat de boedelschuldeisers niets op, maar omgekeerd kost het de boedel ook niets. Zo bezien is de deal tussen de pandhouder en een hoger bevoorrechte schuldeiser een voorbeeld van het bekende zakelijke advies ‘*cut out the middle man*’.

3 Een lasso in plaats van een colt: de Peeters/Gatzen-vordering

Indien de pauliana niet slaagt, kan de curator vaak teruggrijpen op de Peeters/Gatzen-vordering. Waar de pauliana zich laat vergelijken met een revolver waarmee de curator een rechtshandeling als het ware ‘afschiet’, is de Peeters/Gatzen-vordering een lasso om de opbrengst van benadelende handelingen alsnog de boedel in te slepen.³¹ Het gaat niet om een vernietigingsactie, maar om een aansprakelijkheidsvordering die de curator instelt voor handelingen van derden die benadelend zijn voor de schuldeisers als collectief.³²

30. In het geval van een retentor kan de curator zelf er ook voor kiezen om de zaak niet op te eisen, maar de zaak in de boedel te brengen door de vordering van de retentor te voldoen (art. 60 lid 2, tweede zin, Fw). Wij zien niet in waarom een separatist, die beschikt over een sterkere zakelijke aanspraak op het betrokken goed, niet ook een dergelijk aanbod mag doen.

31. Zie de arresten HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4521, NJ 1983/597 (Peeters/Gatzen), HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD2684, NJ 2005/95 (Lunderstädt/De Kok c.s.), HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499, NJ 2005/96 (Sobi/Hurks), HR 16 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7797, NJ 2006/311 (De Bont/Bannenberg q.q.) en HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF3917, NJ 2009/416 (Dekker q.q./Lutèce). Zie voorts W.J.M. van Andel, De Peeters/Gatzen-vordering, in: Materieel faillissementsrecht (Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2006, p. 1-86.

32. Ondanks de benaming is de Peeters/Gatzen-vordering niet zozeer een vorderingsrecht van de boedel op de benadelende derde, als wel een bijzondere rechtsvordering van de curator. Door een Peeters/Gatzen-vordering in te stellen bundelt de curator de individuele aanspraken van alle schuldeisers in het faillissement in één rechtsvordering. Indien de curator een Peeters/Gatzen-vordering heeft ingesteld, staat het individuele schuldeisers nog steeds vrij om een eigen vordering in te stellen. De vordering van de curator wordt in dezelfde procedure met voorrang behandeld. De omvang van de schade die een individuele schuldeiser lijdt, kan pas worden bepaald als duidelijk is hoeveel hij uit het faillissement zal ontvangen. Zie HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD2684, NJ 2005/95 (Lunderstädt/De Kok), r.o. 3.4.5. De eventuele opbrengst van een ingestelde Peeters/Gatzen-vordering loopt via de boedel, maar is niet ván de boedel. Zie nader HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF3917, NJ 2009/416 (Dekker q.q./Lutèce).

Kan de Peeters/Gatzen-vordering in stelling worden gebracht tegen bijvoorbeeld een pandhouder en retentor die overeenkomen dat de retentor de zaak aan de pandhouder afgeeft tegen (gedeeltelijke) kwijting? Wij menen van niet, omdat een Peeters/Gatzen-vordering uitsluitend kan worden ingesteld tegen handelingen die de *gezamenlijke* schuldeisers benadelen. Aangezien de overeenkomst tot lossing niet als benadelend kan gelden, valt reeds om die reden het doek voor de Peeters/Gatzen-vordering. De Peeters/Gatzen-vordering is weliswaar een ander type actie, maar net als de pauliana heeft zij ook de reconstructie van de boedel als doel. Beide typen acties gaan daarom uit van een inhoudelijk overeenstemmende benadelingsnorm.³³

Er is een bijkomende reden waarom de Peeters/Gatzen-vordering hier niet kan slagen: indien een handeling niet de schuldeisers als collectief treft, maar slechts een aantal van hen, dan is de curator niet-ontvankelijk in zijn vordering. Dat heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk beslist in het arrest De Bont/Bannenberg q.q.³⁴ Aangezien de curator niet optrad voor het *geheel*, maar slechts voor een *deel* van de schuldeisers kon hij volgens de Hoge Raad niet bevoegdlijk een Peeters/Gatzen-vordering instellen.

Uit het arrest De Bont/Bannenberg q.q. volgt volgens ons dat de curator geen Peeters/Gatzen-vordering kan instellen tegen de pandhouder en een boven hem bevoorrechte schuldeiser als zij besluiten om de uitwinning van een goed niet via de boedel te laten verlopen. Zou het wel de curator zijn die zich onfermt over de uitwinning, dan behouden de pandhouder en de hoger bevoorrechte schuldeiser gewoon hun voorrang. Voor de faillissementscrediteuren die lager in rang zijn, is het dus om het even of het de curator is die het betrokken goed te gelde maakt of de pandhouder zelf. Bij dergelijke overeenkomsten tot lossing zijn het alleen de boedelschuldeisers die iets mislopen. De overeenkomst tussen separatist en hoger bevoorrechte schuldeiser treft dus een deel van de (boedel)schuldeisers en niet het geheel. Dat uitwinning door de curator ertoe leidt dat de boedelschuldeisers meer voldaan krijgen, waardoor de kans groter wordt dat ook de faillissementscrediteuren iets ontvangen, maakt geen verschil, zo blijkt uit het arrest De

33. Zie Van Gangelen & Gispén 2015, p. 127-128. Er zijn uiteraard verschillen. Het belangrijkste is dat de pauliana een wetenschapsvereiste met bewijsvermoedens kent. Zie R.J. de Weij, Faillissementspauliana, Insolventenafscherming & transaction avoidance in insolventcies, Deventer: Kluwer 2010, p. 332 e.v. Aan het wetenschapsvereiste wordt echter niet toegekomen, omdat er naar onze mening geen sprake is van benadeling. Dit is anders als de verpanding in het zicht van faillissement onverplicht heeft plaatsgevonden.

34. HR 16 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7797, NJ 2006/311, r.o. 3.5. Anders: Van Gangelen & Gispén 2015, p. 141. Dat de opbrengst van de vordering ten gunste komt van de gezamenlijke schuldeisers maakt dit niet anders. Zie HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN7887, NJ 2011/311 (Butterman q.q./Rabobank), r.o. 4.12.

Bont/Bannenberg q.q.³⁵ Verder hebben boedelschuldeisers, anders dan faillissementsschuldeisers, een eigen directe aanspraak op de boedel.³⁶ Het ligt daarom niet in de rede dat de curator op grond van art. 68 Fw überhaupt voor de vorderingsrechten van boedelschuldeisers een Peeters/Gatzen-vordering kan instellen.

Ook om deze redenen zou het instellen van een Peeters/Gatzen-vordering door de curator tevergeefs zijn.

4 Is de overeenkomst tussen de separatist en de boven hem bevoorrechte schuldeiser in strijd met het fixatiebeginsel?

Nu de traditionele middelen voor boedelreconstructie, namelijk de pauliana en de Peeters/Gatzen-vordering, niet kunnen worden aangewend, rest er nog een mogelijkheid voor de curator om tegen de overeenkomst tussen de separatist en de boven hem bevoorrechte schuldeiser tot lossing te ageren. Hij kan stellen dat de overeenkomst in strijd is met het in de Fw neergelegde fixatiebeginsel; het beginsel waarvan de pauliana en de Peeters/Gatzen-vordering een uitwerking vormen.³⁷

Art. 20 Fw bepaalt dat het faillissement het gehele vermogen van de schuldenaar omvat. De hoofdregel is dat schuldeisers slechts verhaal kunnen zoeken via de boedel en hun vordering moeten indienen bij de curator. Het fixatiebeginsel brengt mee dat posities vanaf intrede faillissement onveranderlijk zijn.³⁸ Dat betekent dat een schuldeiser na faillissement geen handelingen meer mag verrichten die zijn positie versterken ten nadele van de overige schuldeisers.

35. Zie r.o. 3.6 van dat arrest: 'De door het hof in aanmerking genomen omstandigheid dat de overige faillissementsschuldeisers baat hebben bij toewijzing van de onderhavige vordering omdat dan een aanzienlijk bedrag aan (preferente) vorderingen zal wegvallen en ook een groter bedrag zal resteren ter verdeling onder de gezamenlijke schuldeisers maakt dit niet anders.' De Hoge Raad rept hier over preferente vorderingen, maar wij zien niet in waarom dat niet zou opgaan voor boedelvorderingen.

36. HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3080, NJ 2014/484 (CZ Zorgkantoor/mr. Scholtes q.q.). De boedelschuldeisers zouden dus een eigen vordering uit hoofde van onrechtmatige daad kunnen instellen, maar omdat de overeenkomst niet als benadelend kan gelden, is er dus ons inziens geen sprake van onrechtmatig handelen jegens de individuele boedelschuldeisers. Ook de individuele vorderingen kunnen dus niet slagen. Vgl. noot 24.

37. Naast strijd met het fixatiebeginsel zou de curator ook kunnen betogen dat de inhoud van de overeenkomst tot lossing tussen de pandhouder en de hoger bevoorrechte schuldeiser naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW). Dit alternatief laat de Hoge Raad uitdrukkelijk open, zoals blijkt uit het zo dadelijk te bespreken arrest HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, NJ 2013/224, JOR 2013/193 (Megapool). De Hoge Raad lijkt het beroep op het fixatiebeginsel en de redelijkheid en billijkheid voor wat betreft insolventieclausules over één kam te scheren, maar echt duidelijk is dit niet. Vgl. Van Hees in zijn JOR-noot bij het arrest. Bovendien is een beroep op de nietigheid wegens strijd met de goede zeden ook denkbaar. Zie HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3650, NJ 2015/290 (Van Boekhold/Haveman c.s.). Gemakshalve spreken wij in het vervolg uitsluitend van een beroep op nietigheid wegens strijd met het fixatiebeginsel.

38. HR 18 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0106, NJ 1988/340 (OAR/ABN), r.o. 3.3.

Een voorbeeld van zo'n beroep op het fixatiebeginsel is het Megapool-arrest. In HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, NJ 2013/224 had Laser, aanbieder van consumentenkredieten, een overeenkomst gesloten met Megapool. Op grond van die overeenkomst ontving Megapool, versimpeld weergegeven, provisie van Laser voor iedere klant die een consumentenkrediet bij Laser afsloot. Deze overeenkomst gaf Laser het recht om de overeenkomst bij het faillissement van Megapool te beëindigen. In dat geval zou de aanspraak van Megapool op provisie komen te vervallen. Megapool werd later inderdaad failliet verklaard en de curatoren probeerden deze clausule aan te vechten met een beroep op het fixatiebeginsel. Volgens hen leidde inroeping van deze clausule ertoe dat de overige schuldeisers alsnog een aan de boedel toebehorend actief, namelijk de provisie, werd onthouden. De Hoge Raad erkende dat een zogeheten insolventieclausule, waarbij het recht van de failliet op een prestatie vervalt enkel en alleen vanwege het faillissement van de schuldeiser, terwijl de failliet zelf al heeft gepresteerd, een onaanvaardbare inbreuk kan vormen op art. 20 Fw. Van een dergelijk beding was echter in het Megapool-arrest geen sprake, omdat rechtbank en hof – in de weergave van de Hoge Raad – hadden geoordeeld dat de provisie een tegenprestatie vormde voor het aanbrenge van klanten door Megapool, een oordeel dat de Hoge Raad niet onbegrijpelijk achtte. Door het faillissement van Megapool viel de toestroom van klanten weg en daarmee dus ook het daartegenover staande recht op provisie.

Biedt het Megapool-arrest handvatten voor de beoordeling of een overeenkomst tot lossing tussen een separatist en een boven hem bevoorrechte schuldeiser strijdig is met het fixatiebeginsel? Het klopt dat door het sluiten van zo'n overeenkomst de verdeling van de opbrengst van één of meer zaken niet langer via de boedel gaat, maar van een insolventieclausule zoals bedoeld in dat arrest lijkt ook geen sprake. Het gaat hier weliswaar om de verdeling van de opbrengst van een goed dat toebehoort aan de failliet, maar de overeenkomst tot lossing wordt niet *met de failliet* gesloten. Bovendien heeft de overeenkomst niet tot doel om een aan de failliet toekomende tegenprestatie achter te houden. Het Megapool-arrest 'past' dus niet goed als beoordelingsmaatstaf voor de vraag of de overeenkomst tussen de pandhouder en de boven hem bevoorrechte schuldeiser al dan niet verenigbaar is met het fixatiebeginsel.

Omdat het gaat om een overeenkomst tussen twee schuldeisers – een separatist en een boven hem bevoorrechte schuldeiser – zouden wij eerder een vergelijking willen maken met het arrest Bannenberg q.q./NMB Heller, waarin de Hoge Raad besliste dat het zogeheten overwaardearrangement 'noch naar de inhoud, noch naar de strekking daarvan in strijd [komt] met enige regel of beginsel van goederenrecht of faillissementsrecht'.³⁹ Dit overwaardearrangement behelst ook een onderlinge regeling tussen twee (of meer) schuldeisers. Daarbij

39. HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7575, NJ 2004/618, r.o. 4.2.

komen zij overeen dat zij gebruik kunnen maken van elkaars zekerheden bij het incasseren van hun respectieve vorderingen op de schuldenaar. Dit resultaat wordt juridisch bereikt doordat de ene schuldeiser zich borg stelt voor de vordering op de hoofdschuldenaar te behoeve van de andere financier. Vervolgens vestigt de hoofdschuldenaar een zekerheidsrecht dat niet alleen de verstrekte leningen secureert, maar ook de voorwaardelijke regresvorderingen die voortvloeien uit de overeengekomen borgtocht.

Het overwaardearrangement vereist wel dat de hoofdschuldenaar/failliet zelf meetekent. De zekerheden kunnen alleen worden uitgewonnen voor vorderingen van vóór het faillissement met de failliet.⁴⁰ Bij de overeenkomst tot lossing speelt dit geen rol. Anders dan het overwaardearrangement, dat ziet op de uitwinning van vorderingen op de failliet, raakt de overeenkomst tot lossing niet de positie van de failliet zelf. Partijen komen slechts overeen hoe zij de opbrengst van het te executeren goed verdelen, een goed waar zowel de pandhouder als de retentor c.q. fiscus reeds vóór het faillissement een aanspraak op had. Deze overeengekomen wijze van verdeling raakt het fixatiebeginsel niet: de koek wordt door de overeenkomst niet kleiner en de positie van de overige schuldeisers wordt er niet door geraakt. Alleen boedelschuldeisers lopen een extraatje mis, maar zoals volgt uit het Loeffen q.q./Mees Hope II-arrest is dat niet benadelend en kan dus van een inbreuk op het fixatiebeginsel geen sprake zijn.

Als de retentor of de ontvanger om hem moverende redenen zijn vordering niet bij de curator indient, dan is er voor hem geen taak uit hoofde van art. 57 lid 3 Fw meer weggelegd. In dat geval kan de pandhouder gewoon op de voet van art. 57 lid 1 Fw gebruik maken van zijn recht van parate executie 'als of er geen faillissement was'. Art. 57 lid 3 Fw is niet een regeling die het belang van de boedel beoogt te beschermen. Het te beschermen belang is dat van de boven een pand- of hypotheekhouder bevoorrechte schuldeiser. Die hoog preferente schuldeiser mag volgens ons zelf bepalen of hij zijn belangen via de curator of anderszins veiligstelt.⁴¹

Met een beroep op het fixatiebeginsel kan de curator de indiening van een vordering niet afdwingen. Sterker nog, wij zouden menen dat de pandhouder een overeenkomst tot lossing kan sluiten met een boven hem bevoorrechte schuldeiser, ook

al heeft die laatste wel zijn vordering ingediend in faillissement. Indien de pandhouder bijvoorbeeld de vordering van de boven hem bevoorrechte schuldeiser vrijwillig voldoet, staat het de preferent schuldeiser ons inziens vrij om de indiening van zijn vordering ongedaan te maken. Dit is slechts anders als de curator al aanstalten heeft gemaakt om de belangen van de preferent schuldeiser te behartigen, bijvoorbeeld door een zaak bij de retentor op te eisen op de voet van art. 60 Fw. In dat geval zijn er door de boedel kosten gemaakt in het belang van de preferent schuldeiser. In die zin kan er dus binnen faillissement ook sprake zijn van een ratrace, maar dan tussen de pandhouder en de curator: wie als eerste tegemoetkomt aan de belangen van de preferent schuldeiser wint

Kort en goed: voor het beroep op het fixatiebeginsel is leidend dat de boedelschuldeisers hoogstens een voordeel ontgaat zoals bedoeld in het Loeffen q.q./Mees Hope II-arrest. Het ontbreken van benadeling, hetgeen het fixatiebeginsel beoogt te voorkomen, leidt ertoe dat ook een nietigheidsberoep dient te falen. Ook art. 57 lid 3 Fw biedt geen tegenargument. Dat artikel strekt tot bescherming van de preferent schuldeiser en niet de boedel.⁴² Als die schuldeiser zelf zijn belangen – binnen of buiten faillissement – weet te waarborgen, is de rol van de curator uitgespeeld.

Voor overeenkomsten tussen specifiek de pandhouder en de fiscus bestaat nog een aanwijzing die pleit voor ons standpunt. De Leidraad Invordering geeft zoals gezegd de pandhouder de optie om het bodemvoorrecht van de fiscus af te kopen. Daaruit volgt volgens Groenewegen en De Groot – zo begrijpen wij hun standpunt – dat de wetgever het sluiten van overeenkomsten tussen de pandhouder en in ieder geval de ontvanger heeft goedgekeurd.⁴³ Zo'n goedkeuring zouden wij niet uit de Leidraad willen afleiden. De Leidraad Invordering bevat beleidsregels⁴⁴ en die kunnen niet – hoewel zij recht vormen in de zin van art. 79 van de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) – worden gelijkgesteld met formele wetgeving.

Voor de Invorderingswet 1990 zelf is dit uiteraard anders. En hoe onwaarschijnlijk het ook mag klinken, art. 22bis IW 1990 bevat een interessante optie voor de pandhouder. Indien de pandhouder één of meer bodemzaken executeert zonder dit eerst de fiscus te melden, is hij op grond van art. 22bis lid 10 IW 1990 verplicht om de executiewaarde te vergoeden aan de fiscus. Bij verzuim kan de executiewaarde worden ingevorderd 'als ware het een belastingschuld'. Met andere woorden, de pandhouder is de executiewaarde rechtstreeks aan de fiscus verschuldigd; de boedel staat hier geheel buiten. Als de belastingschuld lager is dan de totale executiewaarde van de bodemzaken, valt er dus iets te winnen voor de calculerende pandhouder. Wacht de pandhouder het faillissement af, dan zal de afwikkeling via de boedel verlopen, tenzij hij alsnog een overeenkomst sluit met de fiscus. Op grond van § 22bis lid 5 van

40. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, NJ 2016/48 (DLL/Van Logtestijn q.q.) en HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3094, NJ 2016/49 (Ingwersen q.q./ING).

41. Anders dan Steneker en Heilbron stellen, blijkt het tegendeel niet uit HR 5 november 1993, NJ 1994/258 (Dutch Air/De Bary), r.o. 3.3. Uit dit arrest, dat is gewezen onder het vóór 1 januari 1992 geldende recht, volgt slechts dat een hoger bevoorrechte schuldeiser in faillissement de zekerheidsgerechtigde niet direct *in rechte* kan aanspreken voor de voldoening van zijn vordering. Het systeem van de Faillissementswet brengt volgens de Hoge Raad mee dat alleen de curator tegen de zekerheidsgerechtigde een vordering kan instellen en niet een al dan niet (hoog)preferente faillissementsschuldeiser. Het arrest zegt echter niets over het sluiten van een overeenkomst met diezelfde separatist, waarbij de preferent schuldeiser afstand doet van zijn voorrecht en dus faillissementsschuldeiser af is.

42. Vgl. HR 26 juni 1998, NJ 1998/745 (Aerts q.q./ABN Amro), r.o. 4.1.4.

43. Groenewegen & De Groot 2015, p. 271-272.

44. Zie art. 1:3 lid 4 Awb.

de Leidraad is de fiscus daar alleen toe bereid als de aangeboden som 'ten minste gelijk' is aan de executiewaarde. Niet melden is dus wellicht gunstiger, want op grond van art. 22bis lid 10 IW 1990 is hoogstens de executiewaarde verschuldigd. Bovendien dient de ontvanger de executiewaarde bij voor bezwaar vatbare beschikking vast te stellen (art. 22bis lid 9 IW 1990). Tegen de uitspraak op bezwaar kan in beroep worden gegaan bij de belastingrechter (art. 26 lid 1 onder b van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR)).

Het is een wending die direct lijkt te komen uit *The Good, the Bad and the Ugly*: uitgerekend art. 22bis IW 1990 geeft de pandhouder de mogelijkheid de positie van de fiscus tegen de curator te gebruiken. Of de wetgever ook dit gewild heeft, durven wij niet te zeggen. Duidelijk lijkt ons dat van strijd met het in de wet neergelegde fixatiebeginsel geen sprake kan zijn als diezelfde wet de pandhouder de mogelijkheid verschaft om de curator te passeren *zonder* het sluiten van een overeenkomst.

5 Conclusie: there are two kinds of people in this world, those that cut deals and those who bleed

De pandhouder verkeert met enige regelmatig in een showdown met de fiscus of een retentor. Het is verleidelijk om de wapens te trekken, maar zeker bij een negatieve boedel loont het de moeite om een akkoord te sluiten, waarbij de pandhouder de vordering van de hoger bevoorrechte schuldeiser lost. Op die manier verloopt de afwikkeling niet langer via de boedel en drukken de faillissementskosten niet langer op de opbrengst van de verpande zaak. Geen *fist full of dollars* voor de curator in dat geval. Om die reden zal hij mogelijk geneigd zijn om te onderzoeken of hij deze overeenkomst kan aantasten. In dit artikel hebben wij betoogd dat zulke pogingen zullen stranden. Belangrijkste reden is dat de overeenkomst tot lossing tussen de pandhouder en de boven hem bevoorrechte schuldeiser geen benadelend karakter heeft. De curator wordt weliswaar door de overeenkomst buitengesloten, maar omgekeerd hoeft hij ook geen executiehandelingen te verrichten die drukken op de faillissementsboedel. De boedelschuldeisers – curator voorop – ontgaat dan ook hoogstens een voordeel zoals bedoeld in het arrest Loeffen q.q./Mees Hope II.

Het ontbreken van het benadelende karakter van de overeenkomst leidt er niet alleen toe dat specifieke boedelreconstructie-acties zoals de faillissementspauliana en de Peeters Gatzenvordering sneven, maar heeft ook tot gevolg dat de curator niet kan stellen dat de overeenkomst nietig is wegens strijd met het beginsel waarvan zij de uitdrukking vormen, namelijk het fixatiebeginsel. Daar komt nog bij dat art. 22bis IW 1990 een wettelijke grondslag biedt om de curator te omzeilen. De pandhouder die weet dat de opbrengst van een bodemzaak via de curator volledig zal worden verzwolgen door Charybdis, laat liever de ontvanger als Scylla een paar happen nemen. Dat kan de pandhouder simpel bewerkstelligen door zijn voornemen tot executie niet te melden. *For a few dollars more* is een overeenkomst tot lossing in dat geval niet eens nodig.