



## JutD 2008/09 Bodemverhuurconstructie

### JutD 2008/09 Bodemverhuurconstructie

JutD 2008/09 d.d. 08-05-2008

**Auteur(s):** mr. F.F.A. Smetsers, Van Iersel Luchtman NV, Breda.

#### Inleiding

De Commissie Kortmann geeft in de toelichting op het Voorontwerp Insolventiewet<sup>1</sup> aan dat zij van mening is dat het bodem (voor)recht, en daarmee ook de zogenaamde 'bodemverhuurconstructie', in de nabije toekomst zou moeten verdwijnen. De bodemverhuurconstructie (of korter gezegd: 'verhuurconstructie') zou aan de in financieel zwaar weer verkerende onderneming het reorganiserend vermogen ontnemen. Toepassing van de verhuurconstructie kan inderdaad erg ingrijpend zijn voor een bijna failliete onderneming. Er bestaan echter ook voldoende voorbeelden van verhuurconstructies die een succesvolle doorstart juist hebben bevorderd.

Ook al heeft de Commissie Kortmann terechte aarzelingen bij het bestaan van het bodem(voorrecht), *in het kader van de nieuwe Insolventiewet* zal dit recht waarschijnlijk niet worden afgeschaft, nu afschaffing met name een politieke keuze zal zijn en het onderwerp op dit moment niet hoog op de politieke agenda staat. Indien het Voorontwerp Insolventiewet daadwerkelijk wet wordt, zal er echter wel een bepaling in werking treden die indirect toch grote invloed kan hebben op de toelaatbaarheid van de verhuurconstructie.<sup>2</sup> De bewindvoerder zal hiermee meer mogelijkheden krijgen om de verhuurconstructie aan te tasten.

Tot het zover is, zal de verhuurconstructie nog regelmatig worden toegepast, omdat het voor banken een praktisch, effectief en snel toe te passen middel is. Deze rechtsfiguur blijft voorlopig dan ook een onderwerp dat - op het snijvlak van fiscaal recht, goederenrecht en faillissementsrecht - van groot belang blijft. Reden genoeg om in dit artikel bij het onderwerp stil te staan.

#### De begrippen 'bodem', 'bodempanden' en 'bodem(voor)recht'

Om het verschijnsel 'verhuurconstructie' goed te kunnen doorgronden, is allereerst van belang dat ook de belangrijkste begrippen die daarbij worden gebruikt voldoende bekend zijn.

##### *Fiscaal voorrecht*

Artikel 21 van de Invorderingswet 1990 (**Iw**) creëert een exclusief recht voor de fiscus om zich te mogen verhalen op alle goederen van de belastingschuldige. Dit wordt het fiscaal voorrecht genoemd. In beginsel dient de fiscus rechten van derden wel te respecteren. Artikel 21 lid 2 Iw. creëert hierop echter een uitzondering, nu dit artikel het volgende bepaalt:

*'Het voorrecht gaat tevens boven pand, voor zover het pandrecht rust op een zaak als is bedoeld in artikel 22, derde lid, die zich op de bodem van de belastingschuldige bevindt en tegen inbeslagneming waarvan derden zich op die grond niet kunnen verzetten. Het behoudt deze rang in geval van faillissement van de belastingschuldige of toepassing ten aanzien van hem van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, ongeacht of tevoren inbeslagneming heeft plaatsgevonden.'*

Hieruit vloeit voort dat, indien:

- de zaak aan een derde is verpand;
- de zaak (nog) niet in de macht van de pandhouder is gebracht (en er dus sprake is van 'bezitloos' pandrecht<sup>3</sup>);
- de zaak een zogenaamde 'bodempand' is;
- het gaat om een of meerdere van de belastingschulden die in artikel 22 Iw.<sup>4</sup> worden genoemd;
- het fiscaal voorrecht boven het pandrecht gaat. Dit wordt het bodempandrecht genoemd.

Naast het bodempandrecht is ook nog sprake van het 'bodempandrecht' van de fiscus. Men bedoelt hiermee over het algemeen het recht van de fiscus om beslag te mogen leggen op alle goederen die zich op de bodem van de belastingschuldige bevinden *ongeacht of deze aan de belastingschuldige toebehoren.*

Buiten faillissement vindt uitoefening van het bodempandrecht en bodempandrecht plaats door beslaglegging, die in feite niet afwijkt van de normale beslaglegging. De fiscus hoeft bij de goederen waarop zij beslag legt geen onderscheid te maken tussen goederen van de belastingschuldige en die van derden. Een derde kan wel beroep en verzet aantekenen als een eigendom is beslagen, maar lid 3 van artikel 22 bepaalt dat geen verzet mogelijk is als sprake is van 'bodempanden' en de belastingschuldige betrekking heeft op in dat lid genoemde belastingen. Dat is slechts anders indien, conform de Leidraad Invordering, sprake is

Door het faillissement vervallen alle beslagen op *goederen van de gefailleerde* (artikel 33 Fw.). Beslagen op goederen van derden vervallen uiteraard niet. Het voorrecht op de goederen van de gefailleerde vervalt ook niet, maar afwikkeling van die goederen vindt via de boedel plaats.

#### *Bodemzaken*

Wat een bodemzaak is, valt uit artikel 22 lw. te herleiden. Het artikel spreekt over '*de ingeogste of nog niet ingeogste vruchten, of roerende zaken tot stoffering van een huis of landhoef, of tot bebouwing of gebruik van het land*'.

Deze enigszins verouderde terminologie laat aan duidelijkheid te wensen over. Wat valt hier nu onder? De tweede categorie is het meest van belang. Onder 'stoffering van een huis of landhoef' vallen onder meer (roerende) kantoor- en fabrieksinventarissen, inclusief machines en computers. Voorraden vallen er dus uitdrukkelijk buiten. De andere twee categorieën spreken meer tot de verbeelding, maar komen in de praktijk minder aan bod. Voorwaarde is in alle gevallen dat de zaken zich op de bodem van de belastingschuldige bevinden.

#### *Bodem*

Een zaak zoals hierboven omschreven wordt pas een bodemzaak, als deze zich letterlijk op de 'bodem' van de belastingschuldige bevindt. Dit begrip dient letterlijk te worden genomen. Een door een belastingschuldige gebruikte ruimte, die aan hem in eigendom toebehoort of door haar wordt gehuurd, waartoe hij onafhankelijk van bijvoorbeeld de verhuurder of andere derden toegang heeft, is als diens 'bodem' aan te merken. Ook op andere gronden kan de conclusie worden getrokken dat een bepaald perceel of een bepaalde ruimte als 'bodem' kan worden beschouwd.

#### **De relevantie van het bodem(voor)recht**

Het bodem(voor)recht is met name van belang in een faillissementssituatie. Door faillissement van de belastingschuldige vervallen alle beslagen *op vermogensbestanddelen van de belastingschuldige*. Een beslag op een aan een derde toebehorende zaak vervalt dus niet. Het vraagstuk onder welke omstandigheden deze derde zijn zaak terug kan krijgen, valt buiten het bestek van dit artikel. Het artikel is beperkt tot de situatie dat een *aan de gefailleerde in eigendom toebehorende zaak* bezitloos is verpand.

Zoals eerder aangegeven, bepaalt artikel 21 lid 2 lw. dat het bodemvoorrecht vóór bezitloos pandrecht gaat. Een bank zal - in een normale situatie met een solvente onderneming - niet snel eisen dat zij de verpande zaak daadwerkelijk in haar macht krijgt (vuistpand). Voor het bedrijfsproces noodzakelijke middelen kunnen dan immers niet meer worden gebruikt. Banken gaan echter regelmatig - in het zicht van het faillissement - wel over tot het in vuistpand nemen van de verpande zaken. De bank creëert dan een betere positie ten koste van de fiscus. De bank kan dat doen door de verpande zaak daadwerkelijk te verplaatsen en het zo buiten de macht van de belastingschuldige te brengen. Omdat dat vaak praktisch niet haalbaar is, biedt de verhuurconstructie uitkomst.

#### **De verhuurconstructie: hoe werkt het?**

Als er een faillissementssituatie dreigt, zullen belanghebbenden hun rechten willen veiligstellen. Indien een bezitloos pandhouder (meestal de bank) een faillissement ziet aankomen, zal zij dan ook maatregelen nemen, om er voor te zorgen dat haar vordering op de aspirant-gefaillieerde zo goed mogelijk kan worden afgelost. Indien de bank geen maatregelen neemt voor datum faillissement, zal de bank geconfronteerd worden met het bodemvoorrecht van de fiscus: de opbrengst van de bezitloos aan de bank verpande inventaris kan dan aan de fiscus toekomen.<sup>5</sup> Omdat door de uitspraak van het faillissement de situatie zoals deze bij aanvang van de dag van de uitspraak (dus om 0.00 uur) was, wordt bevroren, kan de bank hier na dat moment niets meer tegen doen.<sup>6</sup>

Het is dan ook zaak voor de bank om haar bezitloze pandrecht vóór datum faillissement om te zetten in vuistpand. Omdat het in de praktijk vaak niet mogelijk is om hele inventarissen en machinerieën in korte tijd te verplaatsen naar een andere locatie, probeert men er op andere wijze voor te zorgen dat de zaken niet meer op de bodem van de failliet staan. De bank (of een door haar ingeschakelde derde) neemt exclusief bezit van de ruimte waarin de goederen zich bevinden, door ten aanzien van die ruimte een huurovereenkomst met de eigenaar te sluiten en ook op andere wijze er voor te zorgen dat de gefailleerde er geen gebruik meer van kan maken. In de praktijk gebeurt dit vaak door het vervangen van sloten en het verzegelen van ruimtes, waardoor derden (waaronder de curator) er geen toegang meer toe hebben. Op deze manier worden niet de verpande zaken van de bodem afgehaald, maar wordt de bodem als het ware onder de verpande zaken 'vandaan getrokken'. Dit heeft twee effecten:

- De zaken bevinden zich niet meer op de bodem van de belastingschuldige en zijn dus geen bodemzaken meer.
- De bank heeft de zaken nu in vuistpand.

### Jurisprudentie

In de jurisprudentie komt de verhuurconstructie regelmatig aan bod. De Hoge Raad heeft zich niet met zoveel woorden uitgesproken over de vraag of het opzetten van een verhuurconstructie door de aspirant-gefaillieerde vlak voor faillissement toelaatbaar is en ook het gewenste effect heeft. De Hoge Raad heeft echter wel bepaald<sup>7</sup> dat *vanaf* de faillissementsuitspraak in ieder geval geen 'conversie' van bezitloos pandrecht naar vuistpand meer kan plaatsvinden. Dat geldt ook indien een en ander met medewerking van de curator geschiedt.

In een zaak van de *Ontvanger tegen NMB Bank*<sup>8</sup> heeft de Hoge Raad bepaald dat, nu de aangegane huurovereenkomst niet uitsluitend het doel had om de rechten van de fiscus te frustreren, en daarom geen ongeoorloofde oorzaak had. Onduidelijk is wat de Hoge Raad had geoordeeld, indien de bank de huurovereenkomst *wel* was aangegaan uitsluitend met het doel de bodem naar zich toe te trekken.

In meer recente jurisprudentie<sup>9</sup> heeft de Hoge Raad in ieder geval bepaald dat het onrechtmatig is om als bestuurder een dreigend bodembeslag af te wenden<sup>10</sup>, om vervolgens gedurende het door de fiscus gegunde uitstel een verhuurconstructie op touw te zetten.

In het kort geding in de zaak *Tanger q.q./ABN AMRO*<sup>11</sup> bepaalde de rechter dat de bank, gebruikmakende van de verhuurconstructie, slechts misbruik van haar pandrecht zou kunnen worden verweten, indien het aannemelijk was dat zij tot de conclusie had moeten komen het zeer waarschijnlijk was dat haar verhaalspositie zodanig was dat zij bij het realiseren van vuistpand geen reëel belang had. Met andere woorden: indien de bank in feite niet hoefde te vrezen voor haar verhaalspositie, mag zij ook niet een dergelijk ingrijpend middel als de verhuurconstructie toepassen, met alle negatieve effecten van dien.

### Toekomstperspectief

Zoals hiervoor aangegeven is de verhuurconstructie een instrument dat in ieder geval voor de pandhouder voordeel oplevert, nu de bank meer mogelijkheden heeft om haar vordering te verhalen. Het middel wordt echter ook regelmatig gebruikt om een door de bank en de directie van de onderneming voorbereide doorstart te bespoedigen. De curator komt in een dergelijk geval 'buiten spel' te staan. De gezamenlijke crediteuren en de fiscus vissen dan ook achter het net. Door menige curator wordt het gebruik van de verhuurconstructie daarom dan ook als onwenselijk bestempeld. Het 'omzeilt' immers de wettelijke rangorde, zoals die in de Invorderingswet wordt weergegeven.

De Commissie Kortmann<sup>12</sup> wijst er op dat de verhuurconstructie voor de overlevingskansen (lees: kansen op doorstart) van een gefaillieerde onderneming negatieve effecten heeft. Ik citeer uit de toelichting op het Voorontwerp:

*'Zeer regelmatig wordt - met succes - door middel van een (bodem)verhuurconstructie voorkomen dat de fiscus bodembeslagen ten laste van de schuldenaar kan leggen, dan wel wordt op die manier voorkomen dat het bodemvoorrecht vóór het pandrecht op de bodemzaken gaat. Het gevolg van deze constructie is dat het (lopende) bedrijf van de schuldenaar van de ene op de andere dag wordt gesloten en het personeel per direct naar huis wordt gestuurd. Vanaf dat moment is de onderneming feitelijk stilgelegd en zijn de reorganisatiekansen substantieel afgenomen, nog voordat een bewindvoerder met zijn taak kan aanvangen. Dergelijke neveneffecten van het bodem(voor)recht maken dit recht tot een onevenredig middel. De fiscus heeft op basis van de Invorderingswet 1990, ook zonder het bodem(voor)recht een voldoende ruim arsenaal aan (dwang) invorderingsmiddelen om openstaande belastingvorderingen te incasseren.'*

De Commissie concludeert onomwonden dat de verhuurconstructie een negatieve uitwerking heeft op het reorganiserend vermogen. Het is echter maar de vraag of het gebruik van de verhuurconstructie de kansen op een succesvolle doorstart daadwerkelijk - en in alle gevallen - verkleint. Dat is niet altijd het geval. Een goede toepassing van de verhuurconstructie kan een doorstarttraject onder omstandigheden juist soepeler en sneller laten verlopen, waardoor ook de kans van slagen wordt vergroot. Indien de bank en de doorstartende partij een doorstart reeds voor faillissement in goede samenspraak voorbereiden, is het vaak noodzakelijk om een ingrijpend middel als de verhuurconstructie toe te passen om de noodzakelijke financiering veilig te stellen. Hiermee wordt echter niet het belang van de crediteuren en van de fiscus, maar primair dat van de onderneming en de bank gediend.

De verhuurconstructie heeft bij curatoren het imago een enigszins onheus - en daarom onwenselijk - middel te zijn. Curatoren worden immers vaak geconfronteerd met een bedrijf dat op datum faillissement 'op slot' zit en waarvan de vermogensbestanddelen door de verhuurconstructie vlak voor faillissement door de bank naar zich toe zijn getrokken. Dat is - voor de gezamenlijke crediteuren en de fiscus althans - meestal niet gunstig. Mede omdat het bodem(voor)recht dergelijke effecten heeft, pleit de Commissie Kortmann er voor dat bodemrecht en bodemvoorrecht worden afgeschaft. In de inleiding is reeds opgemerkt dat een afschaffing van het bodem(voor)recht niet op korte termijn wordt verwacht. Dat neemt niet weg dat de verhuurconstructie door het Voorontwerp wel via een andere weg aan belang zal inleveren. Het Voorontwerp lijkt namelijk in

*'De bewindvoerder kan een rechtshandeling die de schuldenaar binnen drie maanden voor het verzoek tot insolventverklaring verplicht heeft verricht, vernietigen, indien degene met of jegens wie de rechtshandeling werd verricht, wist of behoorde te weten dat de insolventverklaring van de schuldenaar niet te vermijden was en dat daarvan benadeling van een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden het gevolg zou zijn, tenzij er onder de gegeven omstandigheden voor het verrichten van de rechtshandeling een rechtvaardiging bestond.'*

Hoewel de Commissie in haar toelichting op dit artikel de verhuurconstructie niet als voorbeeld noemt, lijkt de bewindvoerder 'nieuwe stijl' met dit artikel voldoende mogelijkheden te hebben om de verhuurconstructie onderuit te halen. Een verhuurconstructie zal immers vrijwel steeds vlak voor faillissement in het leven worden geroepen, zodat aan de driemaandeneis snel zal zijn voldaan. Hoewel de vaststelling dat de bank wist of behoorde te weten dat het faillissement onvermijdelijk was moeilijker zal zijn te bewijzen, en ook het aantonen van de wetenschap van benadeling de nodige moeite zal kosten, zal de bewindvoerder hierin veelal kunnen slagen.

Indien het Voorontwerp daadwerkelijk wet wordt, zal vermoedelijk snel jurisprudentie worden gevormd en zal het belang van de verhuurconstructie afnemen. Tot die tijd blijft de verhuurconstructie een effectief middel voor banken om hun rechten veilig te stellen.

NOOT [1](#) [\[terug\]](#)

Voorontwerp Insolventiewet ([http://www.justitie.nl/images/VoorontwerpInsolventiewet\\_tcm34-87549\\_tcm34-90173.pdf](http://www.justitie.nl/images/VoorontwerpInsolventiewet_tcm34-87549_tcm34-90173.pdf)), pagina 107

NOOT [2](#) [\[terug\]](#)

Het betreft artikel 3.2.5 van het Voorontwerp Insolventiewet, waarvoor zie de paragraaf 'Toekomstperspectief' aan het slot van het artikel.

NOOT [3](#) [\[terug\]](#)

Eigenlijk is 'bezitloos' pandrecht geen onderscheidende term, nu ook de pandhouder die een goed in vuistpand geeft genomen, dat goed niet bezit, maar daarvan slechts houder is.

NOOT [4](#) [\[terug\]](#)

Het gaat hier met name om loonbelasting, omzetbelasting, accijnzen en verbruiksbelastingen.

NOOT [5](#) [\[terug\]](#)

De fiscus dient eerst uit het vrije boedelactief te worden voldaan. Pas als dat niet voldoende is, komt men aan de opbrengst van de bezitloos verpande goederen toe.

NOOT [6](#) [\[terug\]](#)

Zie onder meer HR 18 december 1987, NJ 1988, 340 (OAR/ABN).

NOOT [7](#) [\[terug\]](#)

Onder meer in HR 18 december 1987, NJ 1988, 340 (OAR/ABN).

NOOT [8](#) [\[terug\]](#)

HR 12 april 1985, NJ 1986, 808 (Ontvanger/ NMB).

NOOT [9](#) [\[terug\]](#)

Onder meer HR 30 september 2005, NJ 2006, 312, JOR 2005, 289 (Ontvanger/Stigter).

NOOT [10](#) [\[terug\]](#)

Namelijk door het geven van een toezegging dat na een aandelenoverdracht algehele betaling van de belastingschuld zou plaatsvinden.

NOOT [11](#) [\[terug\]](#)

Voorzieningenrechter Rechtbank Haarlem 26 augustus 2003, JOR 2003, 272 (Tanger q.q./ABN AMRO).

NOOT [12](#) [\[terug\]](#)

Toelichting Voorontwerp Insolventiewet, a.w., pagina 19.





