

De bodemverhuurconstructie onder vuur

Sinds het arrest van de Hoge Raad inzake Ontvanger/NMB (HR 12 april 1985, *NJ* 1986/808), waarin werd geoordeeld dat in dat geval de bodemverhuurconstructie een geoorloofde oorzaak had, wordt regelmatig gebruik gemaakt van deze constructie om de belangen van een bezitloos pandhouder veilig te stellen. Op grond van meerdere rechterlijke uitspraken gewezen over de bodemverhuurconstructie blijkt dit een beproefd middel in de financieringspraktijk te zijn.

In 2010 zijn er uitspraken gewezen waaruit blijkt dat de bodemverhuurconstructie (opnieuw) onder vuur ligt. Een aantal curatoren neemt onder andere het standpunt in dat het verhuren van de bodem tot benadeling van schuldeisers leidt of dat het verrekenen van de in dit kader door de huurder verschuldigde huurpenningen tot benadeling leidt. Daarbij beroepen deze curatoren zich op de *Actio Pauliana*. De discussie is niet nieuw. Verwezen wordt naar de uitspraken van de rechtbank Den Bosch van 4 augustus 2000 (*JOR* 2000/184), rechtbank Utrecht van 15 december 2004 (*JOR* 2005/80) en rechtbank Middelburg van 6 januari 2005 (*JOR* 2005/103). De recente uitspraken geven wel aanleiding om na te denken over de vraag of de bodemverhuurconstructie anno 2011 nog wel een bruikbaar alternatief blijft om verpande zaken in vuistpand te nemen.

Bodemverhuurconstructie

De bodemverhuurconstructie wordt gebruikt om bezitloos verpande zaken in vuistpand te nemen. Dit is voor de pandhouder van belang in verband met mogelijke aanspraken van de Belastingdienst op verpande bodemzaken, zoals inventaris en machines die in de bedrijfsruimte aanwezig zijn. Art. 21 Invorderingswet 1990 bepaalt dat het fiscale voorrecht van de fiscus voor in artikel 22 Invorderingswet 1990 genoemde vorderingen vóór het pandrecht van de bezitloos pandhouder gaat voor zover dit pandrecht is gevestigd op bodemzaken.

Buiten faillissement van de belastingschuldige moet de fiscus bodembeslag hebben gelegd op de betreffende bezitloos verpande zaken om deze hogere rang te bewerkstelligen. In faillissement dient de curator voor de

belangen van de fiscus op te komen en geldt deze hogere rang van rechtswege. Als zaken in vuistpand zijn genomen, is er geen sprake van bodemzaken en is de positie van de pandhouder sterker dan die van de fiscus.

Vernietiging van de bodemverhuurconstructie

Rechtbank Almelo 13 juli 2010 (*LJN* BN3536) (mr. X q.q./ABN AMRO)

In deze uitspraak diende de kantonrechter te oordelen over een door de curator ingeroepen vernietiging van een bodemverhuurconstructie. Het sluiten van een huurovereenkomst, waardoor niet langer sprake was van bodem van de pandgever, diende naar het oordeel van de curator als onverplicht te worden beschouwd. De pandhouder beriep zich op een artikel uit de algemene bepalingen van verpanding van deze kredietgever waaruit volgt dat de pandgever verplicht is de voorraden en inventaris over te brengen in de macht van de pandhouder op een door de bank te bepalen plaats. De pandhouder stelde dat het bedrijfspand van de pandgever was bepaald als plaats van de invuistpandneming.

De kantonrechter stelde vast dat partijen het eens waren dat er geen sprake is van een wettelijke verplichting tot het aangaan van een huurovereenkomst. De kantonrechter oordeelde vervolgens dat uit het door de pandhouder aangehaalde artikel evenmin een verplichting tot het aangaan van rechtshandelingen is af te leiden. De bepaling ziet naar het oordeel van de kantonrechter slechts op feitelijke handelingen die de pandgever moet verrichten of dulden om de pandhouder in de gelegenheid te stellen de aan haar verpande zaken "om te zetten" in een vuistpand.

De kantonrechter oordeelde dat er geen verplichting bestaat, zonder dat de pandhouder bij het aangaan van de verpanding is overeengekomen dat er een verplichting bestaat, om de juridische status van "de plaats" waar de zaken zich bevinden te wijzigen. Ook uit de eisen van redelijkheid en billijkheid vloeit geen verplichting voort mee te werken aan het verhuren van de bedrijfsruimte.

Omtrent de benadeling van schuldeisers overweegt de kantonrechter dat indien de gewraakte huurovereenkomst wordt weggedacht de zaken zich op het moment van faillietverklaring op de bodem van de belastingschuldige bevonden. De kantonrechter lijkt daarmee aan te nemen dat er in dat geval sprake van benadeling zou kunnen zijn, omdat dan de curator voor de belangen van de fiscus als in dat geval hoger bevoorrecht schuldeiser moet opkomen. Dat zou met zich kunnen brengen dat de opbrengst van de verpande bodemzaken via de boedel loopt.

**Rechtbank Breda 4 augustus 2010 (VW 2010/52.34)
(mr. Butterman q.q./Rabobank)**

Ook de rechtbank Breda diende te oordelen over een vernietiging van een bodemverhuurconstructie. De rechtbank stelt vast dat de toegepaste bodemverhuurconstructie in dit geval uit een aantal elementen bestaat: verhuur van de bodem, omzetten bezitloos pandrecht in vuistpand en een afspraak over vooruitbetaling van huurpenningen en verpanding daarvan zodat verrekenend kan worden. Er werd geoordeeld dat er geen verplichting bestond om mee te werken aan het sluiten van een huurovereenkomst. Ook de wettelijke bevoegdheid van de pandhouder ex artikel 3:237 lid 3 BW afgifte van de zaken te vorderen, levert niet een dergelijke verplichting op.

De rechtbank overweegt dat er sprake is van benadeling (r.o. 3.20): *"De bodemverhuurconstructie heeft tot gevolg dat de Belastingdienst zich niet langer vóór de pandhouder op de bezitloos verpande zaken kan verhalen. Daarnaast is ook de boedel benadeeld, omdat een pandhouder op grond van artikel 182 Fw niet behoeft bij te dragen in de algemene faillissementskosten. Dit geldt niet voor de Belastingdienst, die zijn voorrecht alleen geldend kan maken via de curator."*

Gevolgen van vernietiging

Een bodemverhuurconstructie kan op grond van de Actio Pauliana vernietigbaar zijn. Tegen de achtergrond van het

doel van de bodemverhuurconstructie rijst de vraag of door een vernietiging de positie van de fiscus (weer) sterker wordt dan die van de pandhouder.

Artikel 51 Fw regelt de gevolgen van een geslaagd beroep door een curator op de vernietigingsgrond van artikel 42 Fw of 47 Fw. Kort gezegd betekent dit dat hetgeen door de vernietigde rechtshandeling uit het vermogen van de schuldenaar is gegaan, door hen jegens wie de vernietiging werkt, aan de curator moet worden teruggegeven; in feite moet de transactie ongedaan gemaakt worden.

Bij het sluiten van een bodemverhuurconstructie wordt de bedrijfsruimte aan de pandhouder of een door die aangewezen derde verhuurd en dienen als tegenprestatie huurpenningen betaald te worden. Door de vernietiging zal de bedrijfsruimte door de huurder aan de curator ter beschikking moeten worden gesteld en zal het genoten huurgenot "teruggegeven" moeten worden. Uit de aard van de prestatie is dit niet mogelijk zodat de huurder de waarde van de prestatie dient terug te geven. Als de huurder huurpenningen vooruit heeft betaald, dient hij in feite nogmaals te betalen. Aan de zijde van de boedel zal de curator het door gefailleerde betaalde afhankelijk van het geval feitelijk moeten terugbetalen of kan de huurder als concurrent schuldeiser het betreffende bedrag opeisen. Uit rechtspraak volgt dat verrekening van de over en weer bestaande verplichtingen niet is toegestaan.

Heeft het ongedaan maken van de huurovereenkomst ook tot gevolg dat daardoor de betreffende zaken zich weer op de bodem van de pandgever/belastingschuldige bevinden? Onder bodem moet worden verstaan het perceel of het gedeelte van het perceel, dat bij de belastingschuldige in gebruik is en waarover hij onafhankelijk van anderen de beschikking heeft, daargelaten in hoeverre het voor de toepassing van het bodemrecht vereist is dat de belastingschuldenaar – met uitsluiting van ieder ander – recht op de bodem heeft. In dit kader is relevant dat de wetgever heeft overwogen dat beslissend is de feitelijke verhouding van de belastingschuldige tot het perceel waarin of waarop in beslag genomen goederen zich bevonden. Het gaat derhalve om een toets van de feitelijke omstandigheden en er vindt geen toets plaats van de juridische verhouding tussen de belastingschuldige en het perceel.

Door het vernietigen van de bodemverhuurconstructie vindt er geen feitelijke wijziging plaats. De gehuurde bedrijfsruimte (de bodem) zal moeten worden teruggege-

ven aan de curator. Zolang dat niet is gebeurd, is verdedigbaar dat er feitelijk geen sprake is van de bodem van de belastingschuldige. Dat brengt met zich dat de vernietiging niet tot gevolg heeft dat de zaken die zich mee in de ruimte bevinden als bodemzaken gekwalificeerd zullen kunnen worden. Daarvan kan pas sprake zijn nadat de bedrijfsruimte aan de curator ter beschikking is gesteld. Een pandhouder die met deze kwestie geconfronteerd wordt, zal de betreffende verpande zaken voor de feitelijke ter beschikking stelling uit de bedrijfsruimte verwijderen om dit te voorkomen.

In het arrest van de Hoge Raad van 12 april 1985 inzake Ontvanger/NMB (NJ 1986/808) werd door de Hoge Raad opgemerkt dat niet aan de orde was gesteld of de eventuele omstandigheid dat de goederen zich in een ruimte bevinden, die als gevolg van de uitvoering van een overeenkomst niet meer feitelijk ter beschikking van de belastingschuldenaar staat, een beletsel voor bodembeslag oplevert in het geval dat de overeenkomst nietig blijkt te zijn. De Hoge Raad heeft zich derhalve nog niet uitgelaten over deze kernvraag. Men kan zich afvragen of het gebruik van het woord "beletsel" wellicht een richting geeft voor de beantwoording van deze vraag. Het lijkt alsof de Hoge Raad het feitelijk ter beschikking staan van de bedrijfsruimte aan de belastingschuldenaar centraal blijft stellen.

Uit de uitspraken van de rechtbanken Almelo en Breda bleek dat het feit dat zaken niet langer als bodemzaken kwalificeerden door het toepassen van de bodemverhuurconstructie een belangrijk element was bij de vaststelling dat sprake was van benadeling van schuldeisers. Als vernietiging daarentegen niet tot gevolg heeft dat de zaken (weer) als bodemzaken kwalificeren, wordt de benadeling van schuldeisers niet ongedaan gemaakt. Men zou in dat geval kunnen beargumenteren dat er aan de zijde van de pandhouder een verplichting ontstaat tot het vergoeden van de waarde van de zaken (vgl. 6:210 BW). Dit past minder goed in het systeem van artikel 51 lid 1 Fw waaruit immers volgt dat hetgeen uit het vermogen van de schuldenaar is gegaan, moet worden teruggegeven. Door het in vuistpand nemen van de zaken zijn de zaken echter in het vermogen van de schuldenaar gebleven. De rechtbank Almelo (sector kanton) overwoog daarnaast dat slechts rechtshandelingen kunnen worden getroffen door een beroep op de faillissementspauliana en niet feitelijke handelingen zoals het in de macht brengen van bezitloos verpande zaken aan de pandhouder.

Het is zeer de vraag of de Hoge Raad de bodemverhuurconstructie vernietigbaar zal achten wegens de omstandigheid dat zaken in vuistpand zijn genomen. Niet voor niets werd bijvoorbeeld door de kantonrechter Dordrecht (in een hierna nog te bespreken uitspraak) overwogen: *"Dat huur wordt gebruikt in een volgens vaste jurisprudentie toegestane constructie om zich een betere positie ten opzichte van de fiscus te verwerven, (...)"*. Het is verdedigbaar dat sprake moet zijn van bijkomende omstandigheden om tot een vernietiging te kunnen komen. Het gevolg van

zekerheidsrechten is nu eenmaal dat een voorrangrecht wordt verkregen en inherent daaraan is dat de zaken in vuistpand genomen mogen worden. Waarom zou er ook een fundamenteel onderscheid gemaakt moeten worden tussen de gevolgen van verschillende manieren om zaken in vuistpand te nemen? De gevolgen zijn immers hetzelfde.

Oplossing

Een pandhouder doet er verstandig aan rekening te houden met een vernietiging van de bodemverhuurconstructie door een curator. Een financier die – om de zaken niet af te hoeven voeren – gebruik wil maken van een bodemverhuurconstructie kan zich wel zo goed mogelijk wapenen tegen het Pauliana-risico.

Het is voor een curator moeilijker om een verplicht verrichte rechtshandeling te vernietigen dan een onverplicht verrichte rechtshandeling. Een verplicht verrichte rechtshandeling kan alleen dan worden vernietigd als er sprake is van wetenschap bij de betrokken partijen dat het faillissement van de schuldenaar (lees: pandgever) is aangevraagd of indien er sprake is van samenspanning.

Zoals blijkt uit de hiervoor aangehaalde uitspraken is het aan te bevelen om een verplichting tot het meewerken aan een bodemverhuurconstructie op te nemen in de zekerheidsdocumentatie. Bij het wijzigen van bestaande documentatie blijft ten aanzien van de wijziging zelf ook het Pauliana-risico bestaan.

Betaling van huurpenningen

De discussie omtrent benadeling van schuldeisers in het kader van de betaling van huurpenningen die verschuldigd zijn bij het sluiten van de bodemverhuurconstructie komt aan de orde in de twee hierna volgende uitspraken.

Rechtbank Dordrecht (sector kanton) (LJN BN2842) 5 augustus 2010 (Rabobank/ mr. Butin Bik q.q.)

In de uitspraak van de rechtbank Dordrecht (sector kanton) komt een principiële kwestie aan de orde. Mag de pandhouder de huurpenningen die nog niet zijn voldaan verrekenen met de vordering uit hoofde van verstrekt krediet? De kantonrechter toetst aan artikel 53 Fw en constateert dat de huurschuld van de bank vóór de faillietverklaring is ontstaan. Datzelfde gold voor de vordering die de bank had op de schuldenaar uit hoofde van het negatieve saldo op diens bankrekening bij de bank. De bank was derhalve na faillietverklaring bevoegd tot verrekening. Ten overvloede werd overwogen dat de in het arrest van de Hoge Raad van 22 december 1989 inzake Tiethoff q.q./NMB (NJ 1989, 661) aanvaarde uitzondering op de bevoegdheid tot verrekening krachtens artikel 53 Fw zich in het onderhavige geval niet voordoet. In dat arrest mocht de bank zich niet op verrekening beroepen. De curator was in die zaak, ondanks het faillissement, gehouden een prestatie uit hoofde van een doorlopende huurovereenkomst voor de huur van de kantoorruimte van

het bankfiliaal te blijven verrichten ten laste van de boedel en de bank wilde haar verplichting tot het betalen van huur compenseren met haar vordering uit hoofde van verstrekt krediet. Er bestond geen verband tussen de beide overeenkomsten. De kantonrechter Dordrecht oordeelde in het hier aangehaalde geval dat er een verband bestaat tussen de huurovereenkomst in het kader van de bodemverhuurconstructie en de vordering van de bank, nu de huurovereenkomst is aangegaan om de zaken in vuistpand te geven.

**Rechtbank Breda 4 augustus 2010 (VN 2010/52.34)
(mr. Butterman q.q./Rabobank)**

In de zaak die de rechtbank Breda moest beoordelen waren partijen overeengekomen dat de huursom over de eerste drie maanden bij vooruitbetaling werd voldaan. Daarnaast werden de uit de huurovereenkomst voortvloeiende vorderingen van de schuldenaar verpand aan de bank. Vervolgens werden de huurpenningen gestort op de door de schuldenaar aangehouden bankrekening bij de bank en op diezelfde dag werd dit bedrag verrekend met de vordering van de bank uit hoofde van de financiering.

In dit geval meende de curator dat de afspraak om de huurpenningen vooruit te betalen onverplicht was en dat deze bepaling bezwarend voor de gezamenlijke crediteuren is. De bank voerde aan dat, als zij niet was overeengekomen om de huurpenningen vooruit te betalen, zij tijdens het faillissement op grond van artikel 53 Fw had mogen verrekenen zodat er geen benadeling van crediteuren bestond. De rechtbank deelt deze mening van de bank niet en komt tot de conclusie dat er geen verband bestaat tussen de huurovereenkomst en de kredietvordering, zodat de uitzondering op de verrekeningsbevoegdheid uit het

hierboven al genoemde arrest van de Hoge Raad inzake Tiethoff q.q./NMB zich hier voordoet. Als er geen vooruitbetaling zou zijn afgesproken, mocht de bank tijdens faillissement niet verrekenen.

In deze zaak is van belang dat de bank de huurpenningen niet had verrekend, maar had voldaan op de bij haar aangehouden bankrekening van de schuldenaar. De rechtbank verwijst vervolgens naar de arresten van de Hoge Raad van 8 juli 1987 inzake Loeffen q.q./Bank Mees en Hope I (NJ 1988, 104) en 17 februari 1995 (NJ 1996, 471) inzake Mulder q.q./CLBN. Daaruit volgt dat doordat een creditering van de bankrekening kan worden aangemerkt als voldoening door de schuldenaar van een opeisbare schuld, een verrekening op grond van artikel 47 Fw vernietigbaar zou kunnen zijn, tenzij de vordering op de debiteur aan de bank is verpand. Aan de vereisten voor vernietiging op grond van artikel 47 Fw wordt in dit geval echter niet voldaan en er is sprake van een verpanding van de huurpenningen.

Omtrent deze verpanding oordeelt de rechtbank dat er geen verplichting bestond om deze vordering te verpanden. Een verplichting tot het verpanden van vorderingen op derden is niet gelijk te stellen aan verpanding van een vordering op de bank zelf. De curator had geen beroep gedaan op vernietiging van het pandrecht, zodat dit als een overweging ten overvloede kan worden aangemerkt.

De rechtbank analyseert vervolgens wat de situatie zou zijn als er geen vooruitbetaling zou zijn overeengekomen. In dat geval had de bank na datum faillissement een groot deel van de huursom moeten voldoen. Als de bank het



De recente uitspraken geven aanleiding om na te denken over de vraag of de bodemverhuurconstructie anno 2011 nog wel een bruikbaar alternatief blijft om verpande zaken in vuistpand te nemen

verschuldigde bedrag op de bij haarzelf aangehouden rekening zou storten, zou de bank als gevolg van de verpanding van de huurpenningen mogen verrekenen. Als gevolg daarvan maakt het derhalve niet uit of er vóór of na datum faillissement wordt betaald. De rechtbank vervolgt met de situatie waarin de curator na datum faillissement betaling zou vorderen en de boedelrekening aanwijst als betaaladres. Als de bank aan dat verzoek zou voldoen, zou de bank niet kunnen verrekenen en zou het bedrag in de boedel vloeien. In vergelijking daarmee is er dus sprake van benadeling van crediteuren. De rechtbank lijkt daarbij echter voorbij te gaan aan de verpanding die had plaatsgevonden.

De rechtbank overweegt dat de vooruitbetalingsclausule tot benadeling van de boedel kan leiden. In dit kader wordt mede gewicht toegekend aan het verschil in huurprijs dat de schuldenaar zelf moet voldoen en de huurprijs die de bank aan de schuldenaar in het kader van de bodemverhuurconstructie moet voldoen. Er is geen reële huurprijs overeengekomen.

Uiteindelijk komt de rechtbank tot het oordeel dat de door de bank toegepaste bodemverhuurconstructie, waarbij de bank uitdrukkelijk is overeengekomen dat de huurpenningen bij vooruitbetaling moeten worden voldaan en de bank ervoor gezorgd heeft dat zij een pandrecht verkreeg op de vordering tot betaling van de huurpenningen zodat zij kon verrekenen, een onverplichte rechtshandeling is die leidt tot benadeling van de crediteuren. Dit betekent dan ook dat op deze gronden vernietiging mogelijk is.

Aanscherpen zekerheidsdocumentatie

In deze bijdrage is aandacht besteed aan gevolgen van recente uitspraken waarin curatoren de bodemverhuurconstructie ter discussie hebben gesteld. Voor de praktijk is zekerheid omtrent de grenzen van de bodemverhuurconstructie wenselijk. Op dit moment is het onzeker of de opgeworpen discussie een storm in een glas water zal zijn - net als bijvoorbeeld de discussie over beslag of kredietruimte van enkele jaren geleden - of dat deze discussie vergaande gevolgen zal hebben voor uw praktijk. Aanscherping van zekerheidsdocumentatie is door deze (hernieuwde) discussie in ieder geval aan te bevelen. Wij houden u op de hoogte van de ontwikkelingen.



DAVID BOS

Advocaat

T +31 30 2121 590

E david.bos@cms-dsb.com