

FIP

TIJDSCHRIFT **F**INANCIERING,
ZEKERHEDEN EN **I**NSOLVENTIE
RECHT**P**RAKTIJK

Van de uitgever van «**JOR**»

De pre-pack, (aan)winst voor de insolventiepraktijk

Mr. M.R. van Zanten

Bodem-hocus pocus

Mr. F.W. Linders en mr. M.J. Blommaert

**De ontwikkeling van de Nederlandse kredietunie als
alternatieve financieringsvorm**

Mr. M.H.P. Claassen en mr. J.L. Sijders

WWW.FIP-ONLINE.NL

2015/5

Sdu

oprecht
de beste
keuze

270. Bodem-hocus pocus

MR. F.W. LINDERS EN MR. M.J. BLOMMAERT¹

Curatoren zijn over het algemeen dol op doorstarten. Daarbij zien zij zich voor diverse belangentegenstellingen geplaatst. Niet zelden wordt het belang van de pandhouder en de derde-eigenaar opgeofferd aan de revenuen van dat grotere geheel. Saillant detail is daarbij dat de curator zelf voorop staat bij het verdelen van dat geheel. Toch zal de curator zich ook de belangen van die derden (wellicht beter dan tot nu toe) dienen aan te trekken ter voorkoming van boedelschulden of zelfs een aansprakelijkheid pro se. Bijvoorbeeld wanneer zijn handelen invloed heeft op (de aanwezigheid van) de fiscale bodem van de gefailleerde. Ook na het faillissement kan de fiscus immers nog bodembeslag leggen met alle gevolgen voor voornoemde derden van dien.

1. Inleiding

Eenmaal benoemd tot curator is een onderzoek naar een mogelijke doorstart en het voortzetten van de activiteiten een van de eerste uitdagingen. De publieke druk om te komen tot een doorstart is veelal groot vanuit het perspectief van behoud van werkgelegenheid en het optimaliseren van de (boedel)opbrengsten. Maar er zijn ook andere belangen. Zo dringt de Belastingdienst soms aan op het frustreren van een doorstart waar de voormalige directie bij betrokken is. Het gaat dan om het spoor van (fiscale) vernielingen, die het bestuur in het verleden bij herhaling heeft aangericht, waarvan de fiscus verdere herhaling wil voorkomen. Ook derde-eigenaren van zaken kunnen in hun belangen worden benadeeld als de curator de activiteiten voortzet. In dit artikel gaan wij in op bepaalde belangen van hen wier rechten zijn gekoppeld aan het al dan niet aanwezig zijn van de fiscale bodem onder 'hun' zaak. Tevens komt aan de orde in hoeverre dit tot (boedel)verplichtingen leidt of zelfs een aansprakelijkheid pro se van de curator.²

2. Een korte opfrisser

De fiscus heeft voor rijksbelastingen het hoogste voorrecht (art. 21 Iw). Een pandrecht gaat in het algemeen voor een voorrecht tenzij de wet anders bepaalt (art. 3:279 Burgerlijk Wetboek (BW)). In art. 21 lid 2 Iw doet zich zo'n uitzondering

voor. Er staat namelijk dat voor zover het voorrecht van de fiscus rust op bodemzaken als bedoeld in art. 22 lid 3 Iw en die zaken zich ten tijde van de beslaglegging dan wel een later optredend faillissement op de bodem van de belastingplichtige bevinden, het voorrecht van de fiscus voor het pandrecht van de pandhouder komt. Bodemzaken in de zin van art. 22 lid 3 zijn ingeogoste of nog niet ingeogoste vruchten, roerende zaken tot bebouwing of gebruik van het land en zaken tot stoffering van een huis of landhoef. Dat voorrecht geldt alleen voor zakelijke belastingschulden die materieel zijn toe te kennen aan de periode voorafgaand aan het intreden van het faillissement.³ In faillissement wordt dit recht door de curator namens de fiscus uitgeoefend (art. 57 lid 3 Fw) althans voor zover het ziet op zakelijke belastingschulden welke materieel zijn toe te rekenen aan de periode voor het intreden van het faillissement.⁴ De fiscus deelt dan mee in de omslag van de algemene faillissementskosten ex art. 182 Fw.⁵ Onder deze algemene faillissementskosten valt, naast de loongarantieclaim van het UWV over de opzegtermijn van het personeel, onder meer ook het salaris van de curator. Het in deze alinea beschreven recht van de fiscus wordt het bodemvoorrecht genoemd. Daarnaast volgt uit art. 22 lid 3 Iw dat de fiscus zich voor de daar vermelde zakelijke belastingen op de hiervoor al beschreven bodemzaken mag verhalen die zich tijdens een bodembeslag op de bodem van de belastingplicht-

¹ Gelieve dit artikel aan te halen als 'Bodem-hocus pocus', *FIP* 2015/5.

² Wij laten het hypotheekbeding ex 3:267 BW buiten beschouwing. Zie voor de mogelijkheden welke een dergelijk beding kan hebben voor de pandhouder die tevens hypotheekhouder is: T. Kaandorp, 'Art. 22bis IW 1990: over hypotheekbedingen die de fiscale bodem onder de bodemzaken wegslaan', *FIP* 2015/3.

³ HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 745.

⁴ HR 28 november 2003, «JOR» 2004/30.

⁵ Zie over de uitwerking hiervan ook HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 745, waarin onder meer is uitgemaakt dat voor het bepalen van de hoogte van hetgeen de (vuistloze) pandhouder ten behoeve van de fiscus dient te voldoen eerst het in de boedel beschikbare vrije actief moet worden aangewend om de vordering van de Ontvanger zo veel mogelijk te voldoen.

tige bevinden ook al is een derde, en dus niet de belastingplichtige, daarvan civielrechtelijk eigenaar. In art. 22 van de Leidraad Invordering 2008 wordt deze rigide regel gemitigeerd en wel in die zin dat reële eigendom van derden door de fiscus (anders dan de wet bepaalt alsnog) wordt gerespecteerd (art. 22.8.10). Onder reële eigendom als bedoeld in dat artikel wordt – samengevat – verstaan dat als de derde het economisch risico heeft van de bodemzaak de fiscus alsnog zijn beroep op het bodemrecht laat varen. Als echter de belastingplichtige dat economisch risico heeft, zoals bij een zuivere *financial lease* of eigendomsvoorbehoud, mag de fiscus zich daarop in beginsel verhalen. Hierbij treedt de fiscus zelfstandig op en wordt in faillissement de curator niet door de wet als belangenbehartiger aangewezen. In een faillissement heft de fiscus het gelegde bodembeslag op als mocht blijken dat het vrije boedelactief tezamen met de te verwachten verkoopopbrengst van de verpande bodemzaken ex art. 21 lid 2 Iw zodanig is dat daaruit de belastingschuld zal worden voldaan (art. 22.5 Leidraad Invordering 2008). Het in deze alinea beschreven recht van de fiscus betreft het bodemrecht, ook wel aangeduid als het bodembeslag.

Bij zowel het bodemvoorrecht als het bodemrecht is het aldus van belang of de bodemzaken zich nog op de bodem van de belastingplichtige bevinden als het bewuste beslag op de bodemzaak wordt gelegd. De pandhouder c.q. derde-eigenaar heeft er dus alle belang bij dat op dat moment de bodem onder de bodemzaken al is komen te ontvallen. Daarentegen heeft de fiscus (en in geval van een faillissement bij het bodemvoorrecht de curator die immers uit de algemene pot waarin die opbrengst valt wordt betaald) er belang bij dat op dat moment de bodemzaken zich nog op de bodem bevinden. Hier ontstaat een zogenaamde stoelendans. Daarbij speelt per 1 januari 2013 het alsdan ingevoerde art. 22bis Iw ook nog een rol. De in 22bis Iw genoemde pandhouders en derden die een recht hebben op een bodemzaak zijn namelijk gehouden de Ontvanger mededeling te doen van het voornemen hun rechten met betrekking tot de bodemzaak uit te oefenen, dan wel van het voornemen andere handelingen te (laten) verrichten waardoor die zaak niet meer kwalificeert als bodemzaak.⁶ Over deze stoelendans gaat het volgende arrest.

3. Het arrest Ontvanger/Den Besten⁷

Op 11 april 2014 komt de Hoge Raad tot een oordeel waar de volgende feiten aan ten grondslag liggen. De belastingplichtige exploiteert een café. Daartoe heeft hij zowel een franchiseovereenkomst als ook een huurovereenkomst gesloten met twee aan elkaar gelieerde rechtspersonen. De huurovereenkomst is gekoppeld aan de franchiseovereenkomst. De franchisegever heeft bovendien de bedrijfsinventaris aan de exploitant ter beschikking

gesteld. Het licht brandt maar kort in het café en het faillissement blijft dan ook niet uit. De franchiseovereenkomst eindigt volgens een contractuele bepaling per dat moment en, vanwege de koppeling, in haar kielzog ook de huurovereenkomst. Dat is aldus op het welbekende moment 00.00 uur,⁸ zij het in dat ene ondeelbare moment

Bij zowel het bodemvoorrecht als het bodemrecht is het van belang of de bodemzaken zich nog op de bodem van de belastingplichtige bevinden als het bewuste beslag op de bodemzaak wordt gelegd

erna (waarin het verschil tussen het bodemrecht en het bodemvoorrecht tot uiting komt, maar daarover hierna). Om de curator het leven niet onnodig moeilijk te maken, verstrekt de verhuurder hem gastvrij de sleutels van het café. Dat is wel zo gemakkelijk voor de afwikkeling en het inzien van de administratie welke daar gedeeltelijk nog staat. De Belastingdienst is wakker en legt pardoes bodembeslag op de bedrijfsinventaris die van de verhuurder is⁹, stellende dat deze bedrijfsinventaris zich nog op de fiscale bodem van de failliet bevindt. De verhuurder tekent ex art. 435 lid 3 Rv verzet aan waardoor het executoriaal bodembeslag van rechtswege wordt omgezet in een conservatoir beslag. Daarin ziet de Ontvanger aanleiding om dan maar die executoriale titel te verkrijgen via een separaat daartoe op te starten procedure.¹⁰ De Hoge Raad belooft in navolging van het hof alsnog de 'gastvrijheid' van de verhuurder en oordeelt in rechtsoverweging 3.3 e.v.:

'3.3. (...) het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Daartoe overwoog het, zakelijk weergegeven, als volgt. Blijkens het arrest HR 18 oktober 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0373, NJ 1992/298 (Big Dutchman/Ontvanger) is sprake van "bodem", indien het perceel op het tijdstip van de beslaglegging feitelijk in gebruik is bij de belastingschuldige en hij daarover onafhankelijk van anderen de beschikking heeft, waarbij naast de feitelijke omstandigheden ook de rechtsverhoudingen tussen de betrokken partijen in aanmerking kunnen worden genomen. (...)'

'3.5. Bij de beoordeling van het middel wordt vooropgesteld dat het (terecht) niet opkomt tegen de door het hof in rov. 4.4 omschreven maatstaf (zie hiervoor in 3.3) om te beoordelen of sprake is van 'bodem' in de zin van art. 22 lid 3 Invorderingwet 1990 (hierna: Iw 1990).

3.6. (...) Voor zover de curator op het perceel handelingen verricht die strekken tot beheer en vereffening van de failliete boedel als bedoeld in art. 68 Fw, dient tot uitgangspunt dat niet reeds op die en-

6 Zie 22bis 1 Leidraad Iw als ook artikel 1c) Uitvoeringsregeling Invorderingwet 1990 (er geldt thans een drempel van € 10.000).

7 HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:896, «JOR» 2014/185.

8 Art. 23 Fw.

9 Wij gaan er hier aan voorbij dat de verhuurder geen eigenaar was maar haar 'grootmoeder', hetgeen voor de hier aan de orde zijnde problematiek niet van belang is. Daarom doen we hier de onjuiste aanname dat de verhuurder ook de eigenaar is.

10 Zie art. 435 lid 3 slot Rv.

kele grond sprake is van de bodem van de belastingschuldige in de zin van art. 22 lid 3 Iw 1990. Voor zover de curator echter op het perceel van de belastingschuldige handelingen verricht tot voortzetting van diens bedrijf als bedoeld in art. 98 Fw, brengt dat in beginsel wel mee dat sprake is van diens bodem in de zin van art. 22 lid 3 Iw 1990.

3.7. Anders dan onderdeel 1.4 (onder meer) betoogt, is de enkele aanwezigheid van (een gedeelte van) de administratie van de belastingschuldige op het perceel waarop voorheen de onderneming van de belastingschuldige werd geëxploiteerd, onvoldoende grond voor de conclusie dat sprake is van bodem van de belastingschuldige.¹¹

Aldus was op het moment van de beslaglegging de fiscale bodem onder de bewuste bodemzaken verdwenen en had de Ontvanger het nakijken.

Het oordeel van de Hoge Raad is in de context van de feiten niet verrassend en valt toe te juichen. Bij herlezing

Kan men nog van gebruik en feitelijke beschikking spreken als de exploitatie is gestaakt?

van deze uitspraak borrelen er bij ons nog vele vragen op waarvan wij hier de meest prangende aanstippen.

4. Is er nog sprake van een bodem¹¹ bij een lopende huurovereenkomst zonder exploitatie?

De vraag of er nog sprake is van een bodem bij een lopende huurovereenkomst zonder dat daarop nog een exploitatie plaatsvindt, werd tot dit arrest bevestigend beantwoord.¹² Daarom werden juist vóór het beslissende moment de bodemzaken van de bodem gehaald¹³ en werd zelfs de verhuurconstructie bedacht.¹⁴ Deze (rechts)handelingen hadden weliswaar tot gevolg dat de exploitatie werd

gestaakt. Echter, zij werden ook noodzakelijk geacht indien die exploitatie al was gestaakt. Anders gezegd: het staken van de onderneming sec was onvoldoende om niet meer van de bodem van de belastingplichtige te kunnen spreken. Dient deze vraag met dit arrest nu anders te worden beantwoord?

De Hoge Raad biedt daartoe wel openingen. Hij zegt namelijk in rechtsoverweging 3.6 dat handelingen ex art. 68 Fw sec niet leiden tot de aanwezigheid van de bodem, terwijl handelingen tot voortzetting ex art. 98 Fw in beginsel daartoe wel leiden. Met deze laatstbedoelde handelingen ontstaat er aldus weer een bodem. Dat kwalificeren wij in dit artikel als 'bodemherstel'. Hoewel er in deze casus geen huurovereenkomst meer liep op dat moment, is het criterium dat de Hoge Raad aanlegt van het al dan niet aanwezig zijn van een huurovereenkomst geabstraheerd. Steun voor een ontkennend antwoord op onze vraag kan ook worden gevonden in de hiervoor geciteerde rechtsoverweging 3.3 van de Hoge Raad. De Hoge Raad geeft daar een invulling van het begrip 'bodem' waarbij hij het eerder verwoorde Big Dutchman/ Ontvanger-criterium herhaalt. Dat criterium lijkt sterk op hetgeen daarover in paragraaf 22.3 van de Leidraad Iw staat, welke tekst luidt:

'Onder bodem wordt verstaan het perceel of het gedeelte van een perceel dat bij de belastingschuldige - voor welk doel dan ook - in gebruik is en waarover hij onafhankelijk van anderen de - feitelijke - beschikking heeft. Bovendien kan er sprake zijn van een gemeenschappelijke bodem als een perceel bij meer dan één natuurlijke en/of rechtspersoon in gebruik is.'

Kan men nog van gebruik en feitelijke beschikking spreken als de exploitatie is gestaakt? Met name het woord 'feitelijk' valt op. Volgens Van Dale¹⁵ is 'werkelijk' een synoniem daarvan. Dat staat dus los van de juridische situatie te weten of het al dan niet is verhuurd. De juridische betrekkingen tussen partijen kunnen volgens de Hoge Raad¹⁶ wel in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van een vraag of sprake is van een 'bodem'. Deze zijn evenwel niet (in alle gevallen) doorslaggevend. Uiteraard speelt dan wel een rol dat de zaken zich feitelijk op de bewuste locatie bevinden, maar als de onderneming niet meer wordt geëxploiteerd zoals hiervoor beschreven is het gebruik en daarmee de bodem mogelijk komen te ontvallen.

Of deze gedachte het houdt is maar de vraag. A-G Rank-Berenschot¹⁷ lijkt er, met verwijzingen naar diverse bronnen, van uit te gaan dat als er nog een huurovereenkomst is er ook nog sprake is van een bodem. Zo ook Tekstra, zij het voorzichtig(er), in zijn noot onder het arrest waar hij schrijft:

11 De A-G Rank-Berenschot heeft een zeer lezenswaardige conclusie geschreven bij dit arrest met betrekking tot het bodem(voor)recht en het aspect bodem in dat verband. Wij gaan daarop (daarom) hier niet nader in en stippen die punten aan waar het ons in dit artikel specifiek om te doen is.

12 Zie A-G Rank-Berenschot bij HR 11 april 2014, «JOR» 2014/185 (onder meer punten 2.24 e.v.).

13 De Hoge Raad ziet de omzetting van een stil pandrecht ex art. 3:237 BW in een vuistpand ex 3:236 BW als een feitelijke handeling (HR 21 juni 2013, «JOR» 2013/320).

14 Hoewel de Hoge Raad (HR 12 april 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4994, NJ 1986/808 m.nt. WHH) de verhuurconstructie, met het uitsluitende oogmerk de fiscus de uitoefening van het bodem(voor)recht te frustreren, niet expliciet heeft gesanctioneerd, werd dit zo langzamerhand wel aanvaard. Hof 's-Gravenhage (22 oktober 2013, «JOR» 2013/354 r.o. 10) lijkt de verhuurconstructie toe te staan zolang er maar geen misbruik van recht is. Volgens het hof is irrelevant of de verhuurconstructie via een onderhuur is gerealiseerd welke in de hoofdhurovereenkomst tot een toerekenbare tekortkoming leidt. De bestuurder die de fiscus aan het lijntje hield en zo de voorgenomen bodembeslagen wist uit te stellen tot de effectivering van de verhuurconstructie, handelde - begrijpelijkerwijs - onrechtmatig (HR 20 september 2005, «JOR» 2005/289). Ook ligt het voor de hand te oordelen dat de pandhouder zijn recht misbruikt als aannemelijk is dat hij bij het realiseren van het vuistpand geen reëel belang heeft (Vrzng. Haarlem 26 augustus 2003, «JOR» 2003/272).

15 Van Dale Groot Woordenboek der Nederlandse taal.

16 R.o. 3.3 slot.

17 Bij HR 11 april 2014, «JOR» 2014/185 (punt 2.26).

'Van cruciaal belang in deze zaak lijkt¹⁸ de omstandigheid dat de huurovereenkomst met/door de faillietverklaring eindigde. In veel gevallen zal de huurovereenkomst tijdens het faillissement doorlopen en dient die door de curator te worden opgezegd. Normaal gesproken zal de bodem dan aanwezig blijven, ongeacht of de curator het bedrijf nog enige tijd voortzet, tenzij duidelijk is dat de belastingschuldige reeds vóór het faillissement de onderneming heeft beëindigd en uit het pand is vertrokken (zie hierna):'

Wij hebben dezelfde aarzeling. De Hoge Raad laat in ieder geval ruimte voor een genuanceerder antwoord op deze vraag.

Voor zover dat antwoord ondanks het enkele beëindigen van de exploitatie dan nog steeds ontkennend luidt, en er dus nog sprake is van een fiscale bodem, veranderen we de feiten nog iets meer. Want wat als de belastingschuldige daarenboven (terwijl de huurovereenkomst dus nog voortduurt maar de exploitatie wel is geëindigd) de sleutels van het gehuurde inlevert bij de verhuurder en om niet afstand doet van zijn recht op het huurgenot zonder dat de verhuurder dit onverwijld afwijst?¹⁹ Of wat gedacht van de verhuurder die, al dan niet niet-traceerbaar ingefluisterd door de pandhouder/derde, op basis van zijn opschortingsrecht de sloten vervangt en de huurder de toegang ontzegt?²⁰ In die gevallen wordt de kans steeds groter dat de fiscale bodem is weggevallen. Voor de pandhouder en overige derden ex art. 22 bis Iw ontstaat dan het voordeel dat zij niet aan de daar beschreven mededelingsplicht toekomen. Zij verrichten namelijk zelf geen handeling als in lid 2 van dat artikel beschreven. Door handelingen van anderen komt de fiscale bodem dus weg te vallen en daar profiteren de pandhouder en overige derden in de sliptestream van mee. Voor hen is daarmee de angel ex art. 21 lid 2 Iw uitgehaald en geldt de hoofdregel van art. 3:279 BW (zie hiervoor onder punt 2). Naar onze mening is in deze situatie sprake van een ontbreken van de fiscale bodem en is dan van enige aarzeling geen sprake meer.

Dan nog een opmerking over het verschil in de omschrijvingen in de Leidraad en die van de Hoge Raad. Is

er een verschil tussen enerzijds een perceel dat 'in gebruik is en waarover hij onafhankelijk van anderen de – feitelijke – beschikking heeft' zoals de Leidraad voorschrijft en anderzijds dat 'feitelijk in gebruik²¹ is bij de belastingschuldige en hij daarover onafhankelijk van anderen de beschikking heeft' wat door de Hoge Raad als uitleg wordt gebezigd? Wij denken niet dat dit een bewuste keuze is en gaan er daarom aan voorbij, maar het maakt het er niet duidelijker op.

5. Is er bij een koppeling in het huurcontract met het uitspreken van het faillissement (nog) een bodem om 00.00 uur?

Is er bij een koppeling in het huurcontract met het uitspreken van het faillissement (nog) een bodem om 00.00 uur? Hierop kan zowel bevestigend als ontkennend worden geantwoord afhankelijk van hoe het contractueel is geregeld.

In de zaak Ontvanger/Den Besten was in cassatie niet bestreden dat de huurovereenkomst als gevolg van het faillissement was beëindigd.²² Dat was aldus op het ondeelbare moment ná het intreden van het faillissement om 00.00 uur. Dan luidt het antwoord bevestigend. Dat maakt dat het bodemvoorrecht op bodemzaken van failliet rust in gevolge art. 21 lid 2 Iw.²³ Dit voorrecht wordt namelijk gefixeerd per datum faillissement.

Daarentegen zou het antwoord ook anders kunnen luiden. Men kan het immers contractueel zo regelen dat het einde van de huurovereenkomst juist intreedt vóórdat

Tot het bodemherstel is het nog de vraag of de mededelingsplicht ex art. 22bis lid 2 Iw van toepassing is. Na het bodemherstel geldt het in ieder geval

het faillissement aanvangt. Voor de adviseurs een goed moment om de modellen en lopende contracten daar eens op na te kijken. Voor de curatoren een aandachtspunt om niet klakkeloos aan te nemen dat bij dergelijke koppelingen tussen het faillissement en het einde van het huurcontract het bodemvoorrecht op de bodemzaken kleeft.

6. In hoeverre dient de curator bij 'bodemherstel' rekening te houden met de belangen van derden ex art. 22 Iw?

Ook wanneer de onderneming van gefailleerde al (enige tijd) stil ligt, kan de curator er belang bij hebben om

18 Onderstreping van ons.

19 Afstand is een meerzijdige rechtshandeling, maar een aanbod om niet geldt als aanvaard als de schuldeiser een aanbod tot afstand om niet doet en de schuldenaar het na kennisname niet onverwijld heeft afgewezen (art. 6:160 BW).

20 Het Hof Arnhem (8 februari 2011, WR 2011/86, LJN BR6039) en Hof Arnhem-Leeuwarden (9 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5012) waren van oordeel dat rechterlijke tussenkomst als voorwaarde voor een ontbinding ex art. 7:231 BW (behoudens bijzondere omstandigheden) in de weg staat aan het opschortingsrecht middels het vervangen van sloten. Dit oordeel achten wij discutabel, omdat ontbinding definitief is en opschorting door de toerekenbaar tekortkomende huurder ongedaan kan worden gemaakt door alsnog na te komen. Los daarvan: in faillissement kan de verhuurder met 39 Fw feitelijk art. 7:231 BW omzeilen, dus dan valt de grondslag onder de redenering van het hof voor die situatie ook weg). Zelfs indien het Hof Arnhem-Leeuwarden al correct oordeelde, blijft het (overigens daar niet aan de orde zijnde) effect dat daarmee de bodem is komen te vervallen overeind. Vgl. ook Hof Den Haag 24 oktober 2013, «JOR» 2013/354, waarin het verbod tot onderhuur in de relatie verhuurder-huurder niet de onderhuur in de relatie huurder-onderhuurder in de weg stond.

21 Vette tekst van ons.

22 Wij nemen aan dat dit het gevolg is van een afwijkende afspraak ex art. 7:291, 292 juncto 7:301 BW.

23 Zo ook Tekstra in zijn noot onder dit arrest onder punt 1, al drukt hij zich voorzichtiger uit met de woorden dat 'het bodemrecht van 21 lid 2 Iw 1990 wel zal gelden' waarin een voor ons niet begrijpelijke aarzeling voorkomt.

de activiteiten voort te zetten c.q. weer op te starten. Bijvoorbeeld om te voorkomen dat klanten wegllopen om zodoende de goodwill voor de onderneming te behouden, teneinde de mogelijkheid op een doorstart open te houden c.q. te vergroten. Indien er geen commissie van schuldeisers is benoemd, heeft de curator daartoe de machtiging van de rechter-commissaris nodig. Denkbaar is ook dat de curator daartoe op de voet van art. 69 Fw wordt gedwongen. Het is aldus goed denkbaar dat de curator bij het ontbreken

De derde die niet tot die gelukkigen behoort, ziet zich met het bodemherstel geconfronteerd met (de kans op) bodembeslag

van een fiscale bodem bij de aanvraag van het faillissement het bodemherstel bewerkstelligt. Welke derden zien dan bij 'bodemherstel' hun rechten in gevaar komen? Dat zijn niet de pandhouders, want voor hen is het fixatiemoment beslissend en in deze situatie is er op dat moment geen fiscale bodem, waardoor zij weten te ontsnappen aan het bodemvoorrecht. Echter, dat zijn wel de derden als bedoeld in art. 22 Iw die alsdan het risico lopen dat alsnog bodembeslag op hun bodemzaak wordt gelegd.

De derde ziet dat met lede ogen aan. Hoe stelt hij zijn rechten veilig? Als hij onder de mededelingsplichtigen ex 22bis Iw valt²⁴ is het tót het bodemherstel nog de vraag of de mededelingsplicht voor hem van toepassing is.²⁵ Na het bodemherstel geldt die in ieder geval. Als de derde zich al bewust is van het faillissement en de 'bodemherstel-actie' van de curator, doet die mededelingsplicht hem de das om als de fiscus (al dan niet door die mededeling) het gevreesde bodembeslag op de zaak legt. De derde die tot de *happy few* behoort omdat hij geen mededelingsplicht heeft, kan ook door het bodembeslag worden geraakt als de fiscus toch op diens zaken bodembeslag legt, bijvoorbeeld daartoe geprikkeld door de curator of een andere derde ex 22bis Iw die conform zijn mededelingsplicht heeft medegedeeld.²⁶ Het voorgaande betekent aldus dat die derde met het bodemherstel door de curator zich alsnog met een bodembeslag geconfronteerd ziet en zijn bodemzaak alsnog uitgewonnen ziet worden voor het deficit van de failliet. Kan deze derde nog iets van de curator verwachten? De kosten van voortzetting zijn boedelschulden.²⁷ Maar betekent dat dan ook dat deze schade van de derde als boedelschuld wordt gekwalificeerd?

Hier dient met het arrest van de Hoge Raad, Koot/Tideman²⁸, het antwoord te worden gegeven aan de hand van de daarin aangereikte drie opties.

Optie 1. Geeft deze schade ingevolge de wet een onmiddellijke aanspraak jegens de faillissementsboedel? Dergelijke schade wordt in ieder geval in de wet niet expliciet als boedelschuld genoemd. Het volgt ook niet uit art. 24 Fw nu de waarde van de bodemzaken de fiscus op grond van het bodemrecht rechtstreeks toekomt. Dat is bij het bodemvoorrecht, door de curator in te roepen ex art. 57 lid 3 Fw, anders. Kan deze schade als 'kosten van voortzetting' als bedoeld in art. 98 Fw²⁹ worden aangemerkt? Wij menen van niet. De schade kwalificeert niet als kosten die ertoe hebben gestrekt de baten van de voortzetting voor de boedel te verkrijgen.³⁰ Er is geen causaal verband tussen de voortzetting en de kosten. Dat zal alleen anders zijn als de curator via een separate regeling met de fiscus een bijdrage ontvangt voor de revenuen van het gelegde bodembeslag wat in de praktijk nog weleens gebeurt.

Optie 2. Betreft het een schuld die door de curator in zijn hoedanigheid is aangegaan? De Hoge Raad verstaat daaronder de schuld die de curator op zich neemt bij een rechtshandeling doordat zijn wil daarop is gericht in de zin van art. 3:33 en 35 BW. Wij zouden willen aannemen dat het ontstaan van de schade van de derde als gevolg van een door de fiscus gelegd bodembeslag hier een onbedoelde bijkomstigheid is van de door de curator geïnitieerde voortzetting van de onderneming³¹ en niet (zo zeer) een schuld die de curator 'op zich neemt bij een rechtshandeling, doordat zijn wil daarop is gericht'. De curator zal bovendien bij aanvang van het faillissement de (hoogte van de) fiscale schuld, alsmede de aanspraken van derden, lang niet altijd overzien. Toegegeven, hier kan heel wel anders over worden gedacht.

Optie 3. Tot slot is sprake van een boedelschuld indien de curator in strijd handelt met een door hem na te leven verbintenis of verplichting. Een beroep van de derde op dit criterium lijkt geen kans van slagen te hebben nu de Faillissementswet (in art. 98) de curator uitdrukkelijk de bevoegdheid geeft om het bedrijf van de gefailleerde voort te zetten, zolang dit maar in het belang van de boedel is. De Hoge Raad heeft in het arrest *Ontvanger/Den Besten* geoordeeld dat 'bodemherstel' daarvan een consequentie kan zijn. Aan de andere kant, ook de uitoefening van dit recht is niet onbeperkt.³²

Laten wij 'for the sake of argument' eens aannemen dat de schade van de derde als boedelschuld kan worden aangemerkt. Voor de derde is dat nog geen reden tot hoerastemming. Want een concurrente boedelvordering garandeert nog geen daadwerkelijke uitkering. Als de derde dan tekortkomt, rest hem niets anders dan een beroep op de aansprakelijkheid van de curator pro se. Voor

24 Zie noot 6.

25 Hoe meer het initiatief in dit soort gevallen van de belastingschuldige uitgaat, des te minder aanleiding er is voor het aannemen van een mededelingsplicht. Zie ook Tekstra in zijn noot onder «JOR» 2014/185.

26 Daar kan ook de afkoelingsperiode ex 63c Fw en 241a Fw een rol spelen.

27 Art. 98 Fw. Zie ook *Tekst & Commentaar Insolventierecht* aant. 2 en de verwijzing aldaar naar de parlementaire geschiedenis.

28 HR 19 april 2013, «JOR» 2013/224.

29 Dit art. 98 Fw is daarover niet erg duidelijk en de in de vorige noot genoemde bronnen evenmin.

30 Vgl. MvT, *Kamerstukken II* 1923/24, 334, nr. 3, p. 2, en *T&C Insolventierecht*, aant. 2 bij art. 98 Fw.

31 Vgl. Boekraad in zijn noot (punt 6) onder HR 19 april 2013, «JOR» 2013/224.

32 Zie art. 3:13 lid 2 BW.

de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator heeft de Hoge Raad in het Maclou-arrest³³ een specifieke zorgvuldigheidnorm geformuleerd. Als octopus zal de curator zich veel kunnen veroorloven, maar niet alles. Wat als de waarde van de vanwege het bodemherstel voor de derde verloren gaande bodemzaken een veelvoud is van het voordeel van de doorstart? Handelt de curator dan nog wel 'zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht'? Het antwoord lijkt ons niet evident.

Mogelijk kan bij de beantwoording van deze vraag aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentie en literatuur die handelt over inbreuken op goederenrechtelijke rechten bij voortzetting.³⁴ In dat verband achten wij eveneens relevant dat een curator die net is benoemd geen volledig inzicht heeft in de rechtsposities van alle bij de boedel betrokken belanghebbenden en vaak juist op dat moment moet beslissen of hij de onderneming al dan niet tijdelijk moet voortzetten. Deze lastige positie van de curator kan onder omstandigheden disculperend voor hem uitpakken als de uiteindelijke keuze voor een bodemherstel voor de derden negatieve gevolgen heeft. Echter, daar staat tegenover dat hij bij de daaraan voorafgegaane afweging erg voorzichtig en veelal terughoudend zal moeten zijn alvorens hij beslist om die activiteiten voort te zetten om zich nadien op die disculperende omstandigheden te kunnen beroepen. Dat geldt onzes inziens temeer in het geval de onderneming ten tijde van het faillissement al enige tijd stilligt en derden er wellicht op goede gronden van uit mogen gaan dat zij geen risico van een bodembeslag meer lopen.

Hoe dan ook, het is oppassen geblazen voor de curator.

7. Wordt het anders als er wel een bodem is maar de curator deze kan laten wegvallen?

Het onder punt 6 verwoorde dan gelezen hebbende, stellen wij ons vervolgens de vraag of de curator rekening dient te houden met de belangen van derden ex 22 IW als er, anders dan onder punt 5 besproken, ten tijde van de aanvang van het faillissement wel een bodem is maar de curator deze kan laten wegvallen. We spreken hier alleen over de derden en niet de pandhouders, omdat het fixatiemoment met zich brengt dat de curator de positie van die pandhouders niet meer kan beïnvloeden.

De curator heeft de mogelijkheid om de bodem weg te nemen, bijvoorbeeld door zelf de verhuurconstructie uit te voeren opdat een ander dan de boedel de bewuste bodem tot fiscale bodem heeft, dan wel door de activiteiten te beëindigen en eventueel de bodemzaken van de bodem te verwijderen. Welnu, hij heeft de *mogelijkheid*, maar heeft hij (onder omstandigheden) ook de *plicht* jegens die derden? Levert dit ook een boedelschuld op voor de schade

van de derde wanneer hij die mogelijkheid onbenut laat en kan het zelfs tot een aansprakelijkheid pro se leiden zoals hiervoor onder punt 6 besproken met betrekking tot het 'bodemherstel'?

Dat lijkt ons moeilijk voorstelbaar.

8. In hoeverre dient de curator bij 'bodemherstel' rekening te houden met de belangen van stille pandhouders?

Wij gaan in punt 8 uit van de situatie dat er ten tijde van de aanvang van het faillissement geen bodem is.

Voor de stille pandhouders heeft dat geen gevolgen. Het gaat er immers om wat op het beslissende moment, zijnde ofwel de aanvang van het faillissement ofwel een voordien gelegd bodembeslag, de situatie is. Als er dan geen bodem was, worden de aldaar aanwezige zaken niet getroffen door het faillissementsbeslag. Mocht dat wel zo zijn, dan vallen die zaken onder het bodemvoorrecht.³⁵ Kortom: de curator kan hun positie niet beïnvloeden.³⁶

Dat ligt anders bij een (voorlopige) surseance van betaling. Daarop ziet art. 21 lid 2 Iw niet, terwijl de Hoge Raad³⁷ art. 241c lid 2 Fw niet op de pandhouder van overeenkomstige toepassing heeft willen verklaren. De pandhouders met een mededelingsplicht ex art. 21bis Iw hebben in de praktijk vrijwel altijd het nakijken. De pandhouders zonder mededelingsplicht stuiten dan op de afkoelingsperiode en de hiervoor verwoorde uitleg van de Hoge Raad. Aldus zal de bewindvoerder alleen rekening kunnen houden met de pandhouder zonder mededelingsplicht aan wie hij de bodemzaken zou kunnen afgeven maar dat niet doet. Daarvoor geldt net als hiervoor vermeld dat het een boedelschuld betreft, maar tot een pro se aansprakelijkheid zal het zelden kunnen leiden omdat de (voorlopige) surseance juist ook op continuïteit ziet.

9. Geldigheid bodem(voor)recht

Het vorenstaande veronderstelt dat het bodem(voor)recht een geldige wettelijke grondslag heeft. Wij bestrijden dat, omdat het conflicteert met de horizonbepaling van art. 70 Iw als ook 6 EVRM³⁸. Het Hof Amsterdam³⁹ deelde deze visie niet, wat wij op zichzelf al betreuren. De gebrekkige motivering van het hof overtuigt niet. Deze luidt:

35 Zie art. 21 lid 2 Invorderingswet en 21.4 Leidraad Iw.

36 Overigens zou een vooropgezet 'spelletje' door de belastingplichtige om met deze tijdstippen te 'spelen' dit voor de toekijkende stille bewindvoerder/curator onder omstandigheden een reden kunnen zijn om zijn taak neer te leggen.

37 HR 13 december 2013, «JOR» 2014/58 m.nt. Tekstra.

38 Zie S.F. van Immerseel en F.W. Linders, 'Het bodem(voor)recht om zeep geholpen', *WFR* 2013/af. 6983; A.J. Tekstra, 'Het bodemrecht van de fiscus anno 2013', *Ondernemingsrecht* 2013/51 en A.M.E. Nuyens en A.J.C. Perdaems, 'De race om bodemzaken', *VPB* 2013/43; T. Kaandorp, 'De (on)verenigbaarheid van art. 22bis IW 1990 met de horizonbepaling', *FIP* 2015/4.

39 Hof Amsterdam 8 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:258.

33 HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727.

34 Zie o.a. J.H. Lemstra en J.H. van der Weide, 'Kloek Curatoren, Een verkenning van aansprakelijkheidsrisico's voor curatoren in de doorstart', in: *Insolad Jaarboek 2008*, p. 163 e.v.

Weliswaar bevat de Invorderingswet 1990 in artikel 70 een zogenoemde horizonbepaling, waarin onder meer is bepaald dat het bodemrecht vervalt op 1 januari 1993, tenzij voordien een wetsvoorstel houdende definitieve regeling van dit recht is ingediend, maar zoals Poignant heeft erkend, is dat wetsvoorstel tijdig ingediend. Uit het bepaalde in artikel 70 Invorderingswet 1990 vloeit niet voort dat het bodemrecht is komen te vervallen doordat het wetsvoorstel vervolgens deels is ingetrokken en voor het overige nog niet is aangenomen. Daaraan doet niet af dat na indiening van het wetsvoorstel inmiddels ruim twintig jaren zijn verstreken.

Een gemiste kans. Nu deze wetsbepaling iedere legitimiteit ontbeert en bovendien nog eens schudt op haar legale grondvesten kan dit hof zonnekoning-aspiraties niet worden ontzegd en klinkt tussen de regels door 'La loi, c'est moi'. Hopelijk heeft de Hoge Raad meer moed.⁴⁰ Tot dat moment zullen we het met het bodem(voor)recht en de mededelingsplicht moeten doen. Voor de stille pandhouder en de derde-eigenaar is het, zeker met

Als octopus zal de curator zich veel kunnen veroorloven maar niet alles

de invoering van de mededelingsplicht, erg lastig, zo niet onmogelijk hun positie veilig te stellen. De escape voor hen zit mogelijk in de afwezigheid van de mededelingsplicht als de omzetting in vuistpand c.q. de verhuurconstructie niet van hen uitgaat.⁴¹ Voor de adviseurs van groepsmaatschappijen en dga's die borg staan voor de tekorten bij de stille pandhouders en de derde-eigenaar is dat extra reden

40 De Hoge Raad kwam er recentelijk (HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1069) niet aan toe. De discussie omtrent de horizonbepaling was weliswaar in het incidenteel cassatiemiddel aan de orde gesteld. Echter, omdat het principaal beroep van de Ontvanger ex 81 RO werd afgewezen werd aan het incidenteel cassatiemiddel niet meer toegekomen. Ook de PG mr. A. Hammerstein heeft het incidentele cassatiemiddel niet in behandeling genomen.

41 Zie ook Tekstra in zijn noot (punt 3) onder HR 11 april 2014, «JOR» 2014/185.

om dat initiatief zelf te nemen en dus wakker te blijven. Bijvoorbeeld doordat binnen groepsmaatschappijen huurovereenkomsten daarop worden afgestemd door een korte opzegtermijn af te spreken als het gaat om art. 7:230a BW-ruimte dan wel bij bedrijfsruimte ex art. 7:290 BW via art. 7:301 en/of 291 BW. Ook kan de huurovereenkomst voorafgaand aan het faillissement worden beëindigd via een juist contractueel verwoorde koppeling met het faillissement.

10. Tot slot

De Hoge Raad bevestigt in Ontvanger/Den Besten dat handelingen van de curator die strekken tot beheer en vereffening van de failliete boedel sec, niet reeds op die enkele grond maken dat sprake is van de bodem van de belastingschuldige in de zin van art. 22 lid 3 Iw 1990. Tegelijkertijd roept het oordeel van de Hoge Raad ook vragen op. Zo kan men zich afvragen of de enkele aanwezigheid van een huurovereenkomst zonder exploitatie tijdens faillissement altijd leidt tot de conclusie dat (nog) sprake is van 'bodem van de belastingschuldige'. De Hoge Raad laat naar onze mening ruimte voor een ontkennend antwoord op die vraag. De curator zal in ieder geval, wanneer hij 'bodemherstel' bewerkstelligt, in die zin dat hij een gestaakte onderneming toch weer gaat exploiteren/gebruiken, bedacht moeten zijn op de belangen van hen wiens rechten zijn gekoppeld aan het al dan niet aanwezig zijn van de fiscale bodem onder hun zaak. Niet ondenkbaar is dat de schade die deze derden lijden als gevolg van het hervatten van de exploitatie door de curator kwalificeert als boedelschuld (en in extreme gevallen mogelijk zelfs leiden tot aansprakelijkheid pro se). In ieder geval doet de curator er goed aan zich die belangen aan te trekken en in dat verband tijdig met deze partijen overleg te plegen.

Over de auteurs

Frank Linders en Maarten Blommaert zijn advocaten/curatoren en zijn verbonden aan FALCQ Advocaten LLP in Valkenswaard.