



## Bedrijfsjuridische berichten

### Faillissementsrecht

#### *Aansprakelijkheid jegens de fiscus voor de verhuurconstructie*

(HR 30 september 2005, NJ 2006, 312 m.nt PvS, JOR 2005/289 (Stigter/Ontvanger)). Dit arrest is een vervolg op Hof Amsterdam 8 januari 2004, JOR 2004/144 en Rb. Utrecht 2 juni 1999, JOR 1999/234)

mr. W.J.B. van Nielen

67

De bestuurder van HIG had voor faillissement de ontvanger verzocht geen bodembeslag te leggen op o.a. de aan de bank vuistloos verpande zaken en vervolgens het bedrijfsterrein van HIG verhuurd aan de bank. Door deze 'verhuurconstructie' is de ontvanger benadeeld omdat hij geen voorrang meer heeft boven de bank op de verpande zaken. Voor de vraag of de bestuurder jegens de ontvanger onrechtmatig had gehandeld, had het hof als maatstaf genomen of HIG zich kennelijk uitsluitend ten doel had gesteld om met die verhuurovereenkomst een reeds dreigend bodembeslag te frustreren. Volgens de Hoge Raad heeft het hof een verkeerd criterium gehanteerd, namelijk een criterium dat geldt tussen twee

### Faillissementsrecht

67 Aansprakelijkheid jegens de fiscus voor de verhuurconstructie, (HR 30 september 2005, NJ 2006, 312 m.nt PvS, JOR 2005/289 (Stigter/Ontvanger)). Dit arrest is een vervolg op Hof Amsterdam 8 januari 2004, JOR 2004/144 en Rb. Utrecht 2 juni 1999, JOR 1999/234), mr. W.J.B. van Nielen, advocaat Udink & De Jong te Den Haag / 247

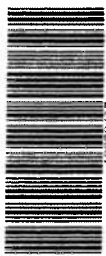
### Intellectueel eigendomsrecht/Mededingingsrecht

68 Bewijslast bij parallelimport: er zit een luchtje aan!, (HR 22 september 2006 LJN: AX 3069 (Kruidvat/Lancôme)), mr. S.M. Evers, advocaat Nysingh Advocaten & Notarissen te Zutphen / 251

### Intellectuele eigendomsrecht

69 Zoekmachine Zoekmp3 toch onrechtmatig, (Gerechtshof Amsterdam 15 juni 2006 (LJN: AX7579)), Stichting BREIN/Techno Design), mr. E.P.A. Keyzer, advocaat Allen & Overy LLP te Amsterdam / 254

schuldeisers. In een geschil tussen de fiscus en (bestuurder van de) schuldenaar (HIG) geldt volgens de Hoge Raad de maatstaf of de bestuurder heeft gehandeld in strijd met hetgeen in de gegeven omstandigheden krachtens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 lid 1 BW). In dit artikel zullen beide criteria (geschil fiscus-bank en fiscus-bestuurder HIG) worden behandeld, alsmede de vraag of in een geschil tussen fiscus en bank de



pauliana nog roet in het eten van de bank kan gooien.

## 1. Inleiding

Tot verhaal van zijn vorderingen op Holland Industrial Games ('HIG'), is de ontvanger van plan executoriaal (bodem)beslag te leggen op aan HIG toebehorende roerende zaken. Op deze roerende zaken rust echter een stil pandrecht ten behoeve van de bank. Voor het geval de pandhouder en de fiscus zich op deze zaken verhalen, volgt uit art. 21 lid 2 Invorderingswet (Iw) dat de (uiteindelijk) rangorde tussen de pandhouder en de fiscus wordt bepaald door de feitelijke omstandigheid wie de zaken het eerst 'onder zich' krijgt; hetzij door beslaglegging of faillissement (fiscus) dan wel door verkrijging van de feitelijke macht over de zaken (de pandhouder).

Stel dat de ontvanger over zou gaan tot het leggen van executoriaal beslag op deze stil verpande zaken en deze zaken vervolgens worden geëxecuteerd. Bij de verdeling van de executieopbrengst zou in dat geval de ontvanger op grond van zijn voorrecht ex art. 21 lid 2 Iw voorrang hebben boven de bank als vuistloos pandhouder, mits voldaan wordt aan een drietal vereisten:

- (i) De ontvanger roept zijn bodemvoorrecht in ten aanzien van de in art. 22 lid 3 Iw genoemde fiscale vorderingen (zoals loon- en omzetbelasting);
- (ii) het gaat om zaken die het onroerende goed duurzaam dienen, (de zogenaamde 'bodemzaken') bijvoorbeeld inventaris, maar geen voorraden en;
- (iii) de bodemzaken bevinden zich ten tijde van het beslag op de bodem van de belastingplichtige (hier HIG).

Onder bodem wordt kort gezegd verstaan, de onroerende zaak waarover de belastingplichtige onafhankelijk van anderen het gebruik en de beschikking heeft (HR 17 juni 1910, B 629 en HR 18 oktober 1991, *NJ* 1992, 289 m.nt. HJS). Bevinden de zaken zich ten tijde van het beslag niet op de bodem van belastingplichtige, dan vist de ontvanger achter het net. Dat is bijvoorbeeld het geval indien de pandhouder voordat beslag is gelegd de aan hem stil verpande bodemzaken heeft omgezet in een vuistpand (ofwel een openbaar pand), doordat hij afgifte heeft gevorderd en zo de zaken in zijn macht (of die van een derde) heeft gekregen (3:237 lid 3 BW).

## 2. Arrest Stigter/Ontvanger

De Ontvanger was dus van *plan* om executoriaal

beslag op onder meer bodemzaken te leggen om zo de 'wedloop' met de bank te kunnen winnen. De bestuurder van HIG heeft dit echter weten te voorkomen. Hij heeft eerst de ontvanger verzocht het bodembeslag achterwege te laten, en als reden daarvoor opgegeven dat voorkomen moest worden dat dit bodembeslag de potentiële koper van de aandelen in HIG zou afschrikken en zou doen besluiten van de koop af te zien. Het was de bestuurder echter op dat moment al duidelijk dat deze koop niet zou doorgaan. Vervolgens heeft HIG haar bedrijfsterrein en daarmee haar bodem verhuurd aan de bank. Het bedrijfspand van HIG is ter uitvoering van deze verhuurovereenkomst afgesloten.

Deze klassieke 'verhuurconstructie' brengt mee dat de aan de bank stil verpande bodemzaken zich niet meer op de 'bodem' van HIG bevinden. HIG heeft immers niet meer onafhankelijk van anderen het gebruik en beschikking over het terrein en het fabrieksgebouw. Zodoende heeft de ontvanger na het leggen van bodembeslag geen voorrang meer bij verhaal op de aan de bank (inmiddels) openbaar verpande bodemzaken. Door de verhuurconstructie zijn de verpande zaken in de macht van de pandhouder gekomen en daardoor is het vuistloze pandrecht omgezet in een openbaar pandrecht.

Omdat de bestuurder voor een aanzienlijk bedrag borg stond voor vorderingen van de bank op HIG, heeft ook de bestuurder er voordeel van dat de bank bij voorrang boven de fiscus wordt voldaan. HIG gaat vervolgens failliet en biedt onvoldoende verhaal voor de vorderingen van de fiscus. De fiscus is dus de dupe geworden van de verhuurconstructie. De fiscus spreekt vervolgens voor de door hem geleden schade de bestuurder van HIG aan uit onrechtmatige daad.

Het hof Amsterdam (*JOR* 2004/144) had voor de beoordeling van de vraag of de bestuurder jegens de ontvanger onrechtmatig had gehandeld als maatstaf genomen: of HIG zich kennelijk uitsluitend ten doel had gesteld om met die verhuurovereenkomst reeds dreigend bodembeslag te frustreren. Anders geformuleerd, het hof had als maatstaf genomen of HIG haar bevoegdheid om met de bank de betreffende huurovereenkomst te sluiten ten detrimente van de ontvanger zou hebben misbruikt (zie art. 3:13 BW).

Volgens de Hoge Raad heeft het hof een verkeerd criterium gehanteerd, namelijk een criterium dat geldt tussen twee schuldeisers. In een geschil tussen de fiscus en (bestuurder van de) schuldenaar (HIG) geldt volgens de Hoge Raad een *ander* criterium dan in een geschil tussen twee schuldeisers (bank-fiscus). Tussen fiscus en de

bestuurder geldt volgens de Hoge Raad de maatstaf of de bestuurder heeft gehandeld in strijd met hetgeen in de gegeven omstandigheden krachtens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 lid 1 BW).

### 3. Commentaar

Hieronder zal eerst het criterium worden besproken dat geldt tussen een (bestuurder van de) schuldenaar en een schuldeiser (fiscus-bestuurder) en vervolgens het criterium dat geldt tussen twee schuldeisers (fiscus-bank). Tot slot komt kort de vraag aan de orde of de fiscus de verhuurconstructie kan aantasten met de pauliana met het gevolg dat zij haar voorrang boven de bank zou behouden.

#### 3.1. Fiscus – bestuurder

Het uitgangspunt is de beperkte aansprakelijkheid van de bestuurder van een rechtspersoon. In beginsel is alleen de rechtspersoon met haar eigen vermogen aansprakelijk voor haar schulden en niet haar bestuurders of aandeelhouders. Deze beperkte aansprakelijkheid die gepaard gaat met rechtspersoonlijkheid, faciliteert het economisch verkeer doordat ondernemers zo (verantwoorde) risico's kunnen nemen. Slechts onder bijzondere omstandigheden zijn bestuurders (of de enig aandeelhouder) aansprakelijk voor de schulden van de rechtspersoon. Onder welke omstandigheden dat het geval is, hangt af van de grondslag waarop de aansprakelijkheid wordt gebaseerd. De aansprakelijkheid kan gebaseerd worden op wanprestatie jegens de vennootschap ex art. 2:9 BW, onbehoorlijk bestuur jegens de faillissementsboedel ex art. 2:248 BW of onrechtmatige daad jegens een derde ex art. 6:162 BW. Wordt een aansprakelijkheidstelling gebaseerd op onrechtmatige daad, dan blijkt uit de jurisprudentie dat voor aansprakelijkheid bepalend is de *ernst van het verwijt* dat aan de bestuurder kan worden gemaakt (New Holland Belgium/Oosterhof, HR 18 januari 2000, *JOR* 2000/56). Bijvoorbeeld in het geval waarin een bestuurder namens de vennootschap een verplichting aangaat terwijl hij wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden (Beklamel-arrest, HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286). Of de situatie waarin een bestuurder toelaat of bewerkstelligt dat de vennootschap een eerder door haar aangegane overeenkomst niet nakomt en daardoor schade aan de wederpartij berokkent (Steins/Textille, HR 18 ja-

nuari 2002, *JOR* 2002/59 en Ensing/IDM, HR 12 juli 2002, *JOR* 2002/160). Een andere categorie is het geval dat een bestuurder (of moedervennootschap) verwachtingen bij crediteuren in het leven roepen dat de rechtspersoon haar verplichtingen jegens deze crediteuren kan nakomen of daarvoor verhaal biedt. Zie voor verdere verwijzingen W.J.B. van Nielen en S.E. Bartels, 'Kroniek 5 jaar insolventierecht', *NTBR* 2006-5, 26, p.177-190. Ook in de casus van Stigter/Ontvanger werden door de fiscus aan de bestuurder van HIG verwijten gemaakt. Het verwijt dat aan de bestuurder kan worden gemaakt, is dat hij in hoedanigheid van bestuurder van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waardoor de vennootschap aansprakelijk is. De vennootschap is hiervoor aansprakelijk omdat de gedraging van een bestuurder in het maatschappelijke verkeer als gedraging van een vennootschap moet gelden (HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34, kleuterschool Babbel en P. van Schilfgaarde in zijn *NJ*-noot onder het arrest Stigter/Ontvanger). Is de vennootschap als gevolg van een gedraging van het bestuur aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad, dan is de vraag of tevens de bestuurder in privé aansprakelijk is. Dat is slechts het geval indien deze onrechtmatige daad aan de bestuurder kan worden toegerekend. Met andere woorden of de bestuurder (een voldoende ernstig) verwijt kan worden gemaakt. De Hoge Raad laat dit onderscheid tussen onrechtmatigheid (van een vennootschap) en toerekenbaarheid daarvan aan de bestuurder in elkaar overgaan. Voor de aansprakelijkheid van de bestuurder vindt de Hoge Raad van belang:

- (i) Dat het wachten met het leggen van het bodembeslag door de Ontvanger plaatsvond op verzoek en in het belang van de bestuurder;
- (ii) dat met name daardoor de Ontvanger erop mocht *vertrouwen* dat de bestuurder niet vervolgens met het oog op zijn eigen financiële verplichtingen jegens de bank een overeenkomst met de bank zou sluiten waardoor de mogelijkheid van beslaglegging door de Ontvanger werd gefrustreerd, althans niet zonder eerst de ontvanger te waarschuwen dat de vennootschap voornemens was deze overeenkomst aan te gaan.

In de casus Stigter/Ontvanger wint de bank de 'wedloop', maar voor de schade die de fiscus hierdoor lijdt zal de bestuurder in deze bijzondere omstandigheden aansprakelijk kunnen worden gehouden. Voor een vergelijkbaar geval kan worden verwezen naar Rechtbank Utrecht, 17 december 1997, *JOR* 1999/2 waar een bestuurder

door de Ontvanger wordt aangesproken uit onrechtmatige daad omdat hij de Ontvanger om de tuin heeft geleid.

### 3.2. Fiscus – bank

De fiscus had ook kunnen proberen de bank aan te spreken wegens het meewerken aan de verhuurconstructie. Dat heeft de fiscus in dit geval echter niet gedaan. Zou de fiscus hierin succesvol kunnen zijn geweest? Door de verhuurconstructie (tussen HIG en de bank) vist de fiscus achter het net ten bate van de bank als pandhouder. Dat is in beginsel geoorloofd. Het staat de bank in beginsel vrij gebruik te maken van haar wettelijke en contractuele bevoegdheden om haar vordering te verhalen (zoals het vorderen van afgifte ex art. 3:237 lid 3 BW), zolang die bevoegdheden maar niet worden misbruikt (aldus r.o. 3.4.3 van de Hoge Raad in Stigter/Ontvanger).

Van misbruik zal niet snel sprake zijn, aangezien de bank doorgaans een rechtens te respecteren financieel belang heeft bij het toepassen van de verhuurconstructie. Heeft de bank geen financieel belang bij de constructie en hoeft zij zich dus niet te verhalen op de opbrengst van de aan haar verpande bodemzaken, dan wordt de fiscus doorgaans ook niet benadeeld. De fiscus kan zich dan immers boven alle andere schuldeisers verhalen op deze opbrengst op grond van haar algemeen voorrecht op alle goederen van de failliet (art. 21 Iw). De fiscus heeft dan geen belang bij een actie tegen de bank als pandhouder. Dit is anders indien de boedel onvoldoende verhaal biedt voor de fiscus én de verhuurconstructie heeft geleid tot staking van de onderneming terwijl voortzetting van de onderneming voor de fiscus meer had opgeleverd. Heeft de bank in dat geval *voorzienbaar* geen financieel belang gehad bij de verhuurconstructie, dan zal een actie van de fiscus jegens de bank als pandhouder op grond van misbruik van recht kans van slagen hebben. Een voorbeeld biedt rechtbank Haarlem 26 augustus 2004, *JOR* 2003/11, m.nt. Loesberg, waar werd geoordeeld dat de bank slechts misbruik kan worden verweten indien aannemelijk is dat haar verhaalpositie zodanig was dat zij bij het realiseren van het vuistpand geen reëel belang had. Loesberg merkt in zijn noot op dat andere schuldeisers niet kunnen verlangen dat de pandhouder zich eerst tracht te verhalen op andere zekerheden als dat minder eenvoudig is en misschien meer kost.

### 4. Pauliana

Sommige schrijvers menen dat de pauliana nog roet in het eten van de vuistloze pandhouder kan gooien (zie S.O.H. Bakkerus, diss. Nijmegen (2000), p. 184 e.v.). Waarschijnlijk kan van toepassing van de pauliana in het kader van het systeem van art. 21 Iw *geen* sprake zijn (zie ook rechtbank Roermond *JOR* 1997/45 en de noot van N.E.D. Faber). Het systeem van art. 21 Iw regelt de rangorde tussen de pandhouder en de fiscus. De pauliana heeft niet als doel om het systeem van rangorde te beïnvloeden, maar juist om te voorkomen dat de schuldeiser meer krijgt dan waarop hij conform zijn rang recht heeft. De wetgever heeft er voor gekozen om de (uiteindelijke) rangorde tussen de pandhouder en de fiscus te laten bepalen door een feitelijke omstandigheid, namelijk de omstandigheid wie het eerste beslag legt (fiscus) dan wel de zaak in zijn macht krijgt (de pandhouder). Er zijn ook andere benaderingen van dit vraagstuk denkbaar (zie bijvoorbeeld J.W.P. Frieling, *TvI* 2003-6, p. 269-275).

In het kader van de aankomende herziening van de Faillissementswetten bestaat overigens de wens de aantasting van verplicht verrichtte rechtshandelingen door de pauliana ex art. 47 Fw te verruimen (zie het advies van de Commissie Insolventierecht d.d. 29 juni 2006, *TvI* 2006-5, p. 162). Dit is echter niet ieders wens. Zie bijvoorbeeld A.J. Verdaas (*Tussen 't Hemis en Mercurius' van het Nederlandse Genootschap van bedrijfsjuristen 1930-2005*), die verruiming niet wenselijk acht en een alternatief biedt.