

BANK & BODEMVERHUURPENNINGEN

een afscheidscadeautje?

mr Mart J.M. Franken¹

Dit artikel is verschenen in de bundel "Bancaire Zekerheid", het Liber Amicorum Mr. J.H.S.G.K Timmermans, uitgegeven door Uitgeverij Kluwer B.V in 2010, serie Onderneming en Recht, deel 58 (ISBN 9789013080773)

Inleiding

Jos Timmermans is bepaald geen onbekende in insolventieland. Al vele jaren bezoekt hij trouw de workshops en congressen van Insolad, de jaarcongressen van Insol Europe en de vierjaarlijkse congressen van Insol International. Vooral tijdens de daarmee gepaard gaande borrels en diners is hij een uitermate plezierige gesprekspartner. In het natuurlijke insolventiekrachtenveld tussen de banken aan de ene kant en de curatoren/boedels aan de andere kant weet hij als bankman enerzijds de positie van banken als separatist in faillissementen te relativeren en anderzijds begrip op te brengen voor de door de curatoren verdedigde boedelbelangen. Maar dat neemt niet weg dat Jos Timmermans toch eerst en vooral de bankman is die als geen ander de belangen van de bank ten aanzien van insolventies weet te beargumenteren en te behartigen, daarbij altijd weer zoekend naar nieuwe (rechts)ingangen en argumenten.

Het moet hem daarom deugd doen dat aan de vooravond van zijn afscheid een belangwekkend vonnis is gewezen betreffende de positie van de bank – en in dit geval ook nog eens van zijn eigenste Rabobank – ten aanzien van de bodemverhuurconstructie en meer in het bijzonder de vraag of en in hoeverre de bank gerechtigd is tot de door deze zelf te betalen huurpenningen. Het is een vonnis van de rechtbank Dordrecht (sector kanton) van 5 augustus 2010.² Het zal hem tevens deugd doen dat het vonnis is gewezen door mr R.J. Verschoof, president van de rechtbank te Dordrecht – waar vind je vandaag de dag nog presidenten die actief aan het rechtsbedrijf deelnemen?! –, in insolventieland ook bepaald geen onbekende. In het vonnis, hierna te bespreken, wordt de Rabobank in alle opzichten in het gelijk gesteld. Doch Jos Timmermans zal ongetwijfeld niet verwachten dat dit vonnis, vanuit curatorenperspectief, klakkeloos zal worden aanvaard. Vandaar hierna ook enige kritische beschouwingen.

De casus

Op 24 februari 2009 werd Korevaar Keukens B.V. failliet verklaard, waarbij mr Butin Bik tot curator werd benoemd. De Rabobank Sliedrecht-Graafstroom had als huisbankier op 7 februari 2009 de bodemverhuurconstructie toegepast. De Rabobank had daartoe met de latere failliet Korevaar een huurovereenkomst gesloten, ingaande 7 februari 2009 voor de duur van tenminste 3 maanden, en een huur van € 4.000 per maand. De huur voor deze 3 maanden, € 12.000, werd (hoewel was overeengekomen dat die bij het sluiten van de

¹ Advocaat bij Van Iersel Luchtman Advocaten te Breda

² Rechtbank Dordrecht, 5 augustus 2010, LJN: BN2842, te vinden op www.rechtspraak.nl.

huurovereenkomst betaald moest worden) op 4 maart 2009, dus *na* faillietverklaring, door de Rabobank als huurder gestort op de door Korevaar bij haar aangehouden bankrekening, welke bankrekening vóór en ná betaling een negatief saldo vertoonde.

De curator betwistte zowel de bodemverhuurconstructie als ook de door de Rabobank (kennelijk) gepleegde verrekening van de huurpenningen. De curator en de Rabobank kwamen overeen de inventarisgoederen te verkopen en de opbrengst op een geblokkeerde rekening te storten. Vervolgens werd voor de Dordtse rechtbank gestreden over de vraag of de Rabobank dan wel de boedel recht had op enerzijds de circa € 70.000 als opbrengst van de inventarisgoederen en de € 12.000 aan huurpenningen.

De curator stelde zich op de eerste plaats op het standpunt dat op de faillissementsdatum er geen rechtsgeldige huurovereenkomst tot stand was gekomen, omdat enerzijds de huursom toen (in strijd met de gemaakte afspraken) nog niet was voldaan en dat anderzijds het fixatiebeginsel verhindert dat door betaling van de huursom ná faillissementsdatum wel een rechtsgeldige huurovereenkomst tot stand kan worden gebracht. De rechtbank verwierp deze posita met de motivering dat voor het tot stand komen van een huurovereenkomst niet vereist is dat de huurpenningen ook daadwerkelijk al zijn betaald.

Vervolgens had de curator subsidiair aangevoerd dat door hem op 2 maart 2009, toen de huurpenningen nog niet voldaan waren, de eventueel bestaande huurovereenkomst rechtsgeldig was ontbonden op grond van wanprestatie aan de zijde van de Rabobank als huurder, bestaande uit het (nog) niet betalen van de huurpenningen. Ook dit standpunt wordt door de rechtbank verworpen, met name met als argument dat de dwingendrechtelijke BW-huurbepalingen impliceren dat ontbinding van een dergelijke huurovereenkomst slechts kan geschieden door de rechter.

De rechtbank achtte de huurovereenkomst en daarmee de bodemverhuurconstructie geldig, kwam op basis daarvan tot de conclusie dat er derhalve vuistpand rustte op de betreffende bodemzaken en de Rabo dus gerechtigd was tot de opbrengst van die zaken. Ten aanzien van de stelling van de curator dat de Rabobank de door haar verschuldigde huurpenningen niet zou mogen verrekenen met de vordering die de bank op de failliet had, overwoog de rechtbank het volgende.

Op de eerste plaats constateerde de rechtbank dat de huurovereenkomst vóór faillietverklaring was aangegaan en dus de huurschuld ook vóór faillissement is ontstaan, en dat dit ook gold voor de vordering van de Rabobank uit hoofde van de rekening-courantverhouding, en derhalve de bank op grond van artikel 53 Fw bevoegd was tot verrekening over te gaan. Het verweer van de curator dat de bank geen verrekeningsverklaring heeft afgelegd verwierp de rechtbank met het argument dat een dergelijke verklaring vormvrij is en ook in een gedraging besloten kan liggen, welke gedraging in casu bestaat uit het enkele feit dat het negatieve saldo is verminderd met het verschuldigde huurbedrag van € 12.000.

Vervolgens verwierp de rechtbank het beroep van de curator op artikel 54 Fw in samenhang met de uitleg die de Hoge Raad daaraan had gegeven in de arresten Loeffen/Mees & Hope I³, Amro/curatoren THB⁴ en ING/Gunning⁵. In deze arresten is geoordeeld dat er sprake is

³ HR 8 juli 1987, NJ 1988/104.

⁴ HR 7 oktober 1988, NJ 1989/449.

⁵ HR 19 november 2004, NJ 2005/199.

van “schuldoverneming” in de zin van artikel 54 Fw, als een bankrekening wordt gecrediteerd als gevolg van een opdracht van een derde en daardoor een schuld van de bank aan de rekeninghouder ontstaat, terwijl tevens is bepaald dat de banken zich ter zake van een op een rekening van een debiteur gedane betalingen niet op verrekening kunnen beroepen indien deze betalingen zijn ontvangen op een tijdstip waarop de bankinstelling wist dat diens faillissement was te verwachten dan wel na diens faillietverklaring. De rechtbank Dordrecht overwoog evenwel:

De ratio van deze op onder meer artikel 54 Fw gebaseerde regel is dat met het stelsel van de Faillissementswet niet valt te verenigen dat het girale betalingsverkeer aan bankgiro-instellingen een uitzonderingspositie zou verschaffen in die voege dat zij op grond van schuldplichtigheid jegens de failliet, die is ontstaan door en in verband met de aanvaarding van een opdracht tot betaling door een derde, zich met een beroep op verrekening zou kunnen verhalen op hetgeen zij aan de failliet schuldig zijn geworden. Die situatie doet zich in het onderhavige geval echter niet voor. Er is geen sprake van een overneming van een schuld van een derde door de Rabobank of een daarmee vergelijkbaar resultaat en evenmin van een wijziging van de ten tijde van het faillissement gevestigde rangorde bij verhaal. Er bestaat dan ook geen goede grond om – indien de Rabobank een betalingshandeling heeft verricht – voormelde jurisprudentie of artikel 54 Fw van toepassing te achten op het beroep op verrekening van de Rabobank.

De rechtbank kwam op grond van het vorenstaande tot de conclusie dat de Rabobank rechtsgeldig haar huurschuld van € 12.000 had verrekend met haar vordering uit hoofde van de rekening-courantverhouding. De rechtbank concludeerde vervolgens dat het daarom niet meer nodig was in te gaan op het (kennelijke) debat tussen partijen over de vraag of de huurvorderingen al dan niet rechtsgeldig aan de Rabobank waren verpand.

De Dordtse rechtbank gaf nog wel een obiter dictum, dat integraal wordt geciteerd:

Ten overvloede wordt overwogen dat de in het arrest van de Hoge Raad van 22 december 1989, NJ 1990/661 (Tiethoff q.q./NMB) aanvaarde uitzondering op de bevoegdheid tot verrekening krachtens artikel 53 Fw zich in het onderhavige geval niet voordoet. Die uitzondering doet zich blijkens genoemd arrest met name voor in het geval dat de curator ondanks het faillissement gehouden is een prestatie uit een doorlopende overeenkomst ten laste van de boedel te blijven verrichten en de wederpartij compensatie verlangt met een vordering die met deze overeenkomst geen verband houdt. In het onderhavige geval bestaat er echter een verband tussen de huurovereenkomst en de vordering van de Rabobank op Korevaar Keukens nu de huurovereenkomst is aangegaan teneinde aan de Rabobank verpande zaken, die dienen als zekerheid voor de betaling van onder meer uit de rekening-courant, in de macht van de Rabobank te brengen. Voorts volgt uit artikel 4 sub a. en b. van de huurovereenkomst dat evenmin sprake is van een prestatie die de curator ondanks het faillissement verplicht is te blijven voldoen.

Enige beschouwingen

Deze zullen worden beperkt tot de vraag of de bank de door haar verschuldigde huurpenningen terecht mocht verrekenen met de bestaande vordering in rekening-courant. Achtereenvolgens zal daarbij aandacht worden besteed aan (1) de situatie dat de huurpenningen, zoals in de berechte casus, ná faillietverklaring worden betaald, (2) de

situatie dat de huur al vóór faillissement is betaald en (3) de vraag of het al dan niet uitmaakt of op de huurvordering een pandrecht is gevestigd.

1. *Betaling huur ná faillissement.*

Het door de Dordtse rechtbank genomen *uitgangspunt*, te weten dat er sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 53 Fw, omdat zowel de huurschuld van de bank als de vordering van de bank uit hoofde van de rekening-courantverhouding zijn ontstaan vóór faillissement lijkt op het eerste gezicht juist. Immers, bij het aangaan van de huurovereenkomst op 7 februari 2009 heeft de Rabobank zich verplicht tot een huurovereenkomst van ten minste 3 maanden en een huursom van € 4.000 per maand. Tevens was in de huurovereenkomst bepaald dat de huur over 3 maanden bij het aangaan van de overeenkomst bij vooruitbetaling zou moeten worden betaald. Hoewel dat niet is geschied ontstond die huurvordering natuurlijk wel op dat moment.

De rechtbank onderzoekt dan eerst of artikel 54 Fw toepasselijk zou kunnen zijn en komt vervolgens met het obiter dictum dat de uitzondering van het arrest Tiethoff/NMB zich niet voordoet. Het ware logischer geweest als de rechtbank eerst had beoordeeld – en dat dan niet als een overweging “ten overvloede” – of de betreffende uitzondering op artikel 53 Fw wel of niet aan de orde was en pas daarna (zo nodig) zou hebben geoordeeld over de toepasselijkheid van artikel 54 Fw. Want artikel 54 Fw is slechts aan de orde als artikel 53 is “afgelopen” (*niettemin is degene niet bevoegd tot verrekening, indien hij bij de overneming niet te goeder trouw heeft gehandeld*).⁶

Immers, de Hoge Raad heeft in een aantal arresten de verrekeningsbevoegdheid van artikel 53 Fw beperkt.⁷ Een van die uitzonderingen is geformuleerd in het arrest Tiethoff/NMB.⁸ In die kwestie was de NMB-bank huurder van een aan de failliet toebehorend pand (anders dan middels de bodemverhuurconstructie) en wilde de NMB de door haar verschuldigde huur na faillissement verrekenen met haar vordering uit hoofde van geldlening van vóór het faillissement. In beginsel was artikel 53 Fw van toepassing, omdat de huurovereenkomst dateerde van vóór de faillietverklaring en er dus sprake was van een schuld van de NMB die rechtstreeks voortvloeide uit handelingen, die vóór de faillietverklaring met de gefailleerde waren verricht. In Tiethoff/NMB overwoog de HR⁹:

Een redelijke uitleg van dit artikel brengt echter mee dat een uitzondering moet worden aanvaard voor het geval van een ná de faillietverklaring ontstane schuld die voortvloeit uit een daarvoor met de gefailleerde gesloten, na de faillietverklaring nog voortdurende overeenkomst, krachtens welke die schuld de tegenprestatie betreft voor een prestatie die van de faillietverklaring af ten laste van de boedel moet worden verricht, zulks in dier voege dat deze uitzondering met name geldt wanneer de curator, zoals bij de onderhavige huurovereenkomst, ondanks het faillissement gehouden is die prestatie te blijven verrichten en de wederpartij compensatie verlangt met een vordering die met deze overeenkomst geen verband houdt. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat het aan de Faillissementswet mede ten grondslag liggende beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers op onaanvaardbare wijze zou worden doorbroken, doordat de

⁶ Zie ook Faber, *Verrekening*, diss. 2005, nr. 467.

⁷ Bijvoorbeeld HR 10 januari 1975, NJ 1976/249 (Giro/Standaardfilms), HR 27 januari 1989, NJ 1989/422 (Otex/Steenbergen q.q.), HR 15 april 1994, NJ 1994/607 (Verhagen q.q./INB I), HR 23 april 1999, JOR 1999/109 (Van Gorp q.q./Rabobank); zie voorts Faber, diss., nrs. 453 e.v. en Verdaas in SDU Commentaar Insolventierecht 2010/2011 bij artikel 53 sub C.5.

⁸ HR 22 december 1989, NJ 1990/661.

⁹ Zie aldaar overweging 3.2.

betreffende schuldeiser hier niet alleen ter verkrijging van voldoening van zijn vordering gebruik zou kunnen maken van de bijzondere, hem ten opzichte van het gemene recht begunstigende regel van art. 53, doch bovendien aldus veelal zonder reële tegenprestatie aanspraak zou kunnen blijven maken op hetgeen jegens hem door de curator ten laste van de boedel moet worden verricht. Aldus zou bovendien een goed beheer ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de tot de boedel behorende goederen ten aanzien waarvan lang lopende overeenkomsten als de onderhavige bestaan, in ernstige mate worden bemoeilijkt.'

De Hoge Raad baseert de uitzondering dus op een redelijke uitleg van artikel 53 Fw, de gelijkheid van schuldeisers en het goed beheer van de boedel. Meer in het algemeen geeft de Hoge Raad aan dat wanneer de boedel nog een prestatie moet verrichten – het verschaffen van huurgenot – er in ieder geval een breuk ligt, in die zin dat huurpenningen van na faillissement niet voor verrekening in aanmerking komen.¹⁰

Niet voor niets is hiervoor de gehele ter zake doende overweging van de Hoge Raad geciteerd. Immers, de rechtbank te Dordrecht leest het standpunt van de Hoge Raad aanzienlijk beperkter en legt de nadruk op slechts één van de elementen van die ruime overweging, te weten dat “de wederpartij compensatie verlangt met een vordering die met deze overeenkomst geen verband houdt”. Vervolgens “construeert” de rechtbank in de onderhavige casus wel een dergelijk verband en op basis daarvan wordt de conclusie getrokken dat de door de Hoge Raad bedoelde uitzondering zich niet voordoet. Minst genomen kunnen bij deze redenering van de rechtbank de nodige kanttekeningen worden geplaatst.

- a. De rechtbank doet alsof slechts het “verband” maatgevend is bij de overwegingen van de Hoge Raad. Dit lijkt een al te restrictieve interpretatie. Ligt het niet veel meer voor de hand dat de Hoge Raad een “knip” wenst aan te brengen tussen de rechtsverhouding van vóór en ná faillissement? Ligt het niet veel meer voor de hand dat, voor zover de boedel na faillissement nog een prestatie dient te verrichten (zoals in casu het verschaffen van huurgenot) deze de verrekening op basis van artikel 53 Fw in de weg staat? Als de Hoge Raad spreekt over een redelijke uitleg van dit artikel, vervolgens verwijst naar de gelijkheid van schuldeisers en naar een goed beheer van de boedel, heeft dan de Hoge Raad niet tevens het oog op de beginselen die ook ten grondslag liggen aan de artikelen 23 en 35 lid 2 Fw en moet daar dan ook niet worden gedacht aan de onderliggende gedachte aan deze beginselen, zoals door de Hoge Raad zelf bijvoorbeeld verwoord in het arrest WUH/Emmerig¹¹, dat weliswaar ging over het ontstaan van (toekomstige) vorderingen, maar waarbij ook maatgevend was dat de curator na faillissement nog daadwerkelijk huurgenot diende te verschaffen? Wordt niet ten onrechte door de rechtbank alleen maar de nadruk gelegd op “het verband”?
- b. Doch zelfs wanneer dat verband wel maatgevend zou zijn lijkt het door de rechtbank geconstrueerde verband wel erg “gezocht”. De rechtbank brengt een connexiteit aan tussen enerzijds de huurovereenkomst, die bedoeld is om de bodemgoederen in vuistpand te krijgen, en anderzijds de vordering uit hoofde van rekening-courant tot zekerheid waarvan er pandrecht op die roerende zaken bestaat. Maar is dit verband

¹⁰ Zie ook Verdaas in SDU Commentaar Insolventierecht 2010/2011 bij artikel 53 sub C.5.6.: *Wordt een duurovereenkomst, zoals een huurovereenkomst, na de faillietverklaring van rechtswege ten laste van de boedel voortgezet, dan vormen de vorderingen van de schuldeiser, bijvoorbeeld een huurder, die betrekking hebben op de periode vanaf de faillietverklaring geen vorderingen die rechtstreeks voortvloeien uit een vóór de faillietverklaring voortvloeiende rechtsverhouding.*

¹¹ HR 30 januari 1987, NJ 1987/530.

voldoende? Heeft de Hoge Raad dit wel bedoeld? In feite is er geen sprake van een andere situatie dan in Tiethoff/NMB. In dat geval had de bank een vordering (uit hoofde van geldlening) en die wenste men te compenseren met de schuld ter zake van huurpenningen. Ook in casu is er sprake van een vordering van de bank (uit hoofde van een rekening-courantverhouding) die men wenst te compenseren met de schuld ter zake van huurpenningen. Dat die huurovereenkomst is aangegaan juist vanwege de verstrekte zekerheden, lijkt een toch wel iets te ver verwijderd, althans onvoldoende verband.

- c. De rechtbank overwoog voorts¹² dat uit artikel 4 sub a. en b. van de huurovereenkomst zou volgen dat er geen sprake was van een prestatie die de curator, ondanks het faillissement verplicht is te blijven voldoen. Die gevolgtrekking is feitelijk onjuist. In het betreffende artikel 4 stond slechts dat de huurovereenkomst zou eindigen zodra de betreffende bodemzaken zouden zijn verkocht en afgevoerd. Tot dat moment was de curator dus gehouden huurgenot te verschaffen.

De rechtbank had dus heel wel tot de conclusie kunnen – en wellicht ook moeten – komen dat de uitzondering als door de Hoge Raad in Tiethoff/NMB in casu wel degelijk van toepassing was, in ieder geval voor wat betreft de huurpenningen van na faillissementsdatum.

Overigens rijst de vraag of in casu de rechtbank wel mocht toekomen aan de *uitzondering* op artikel 53 Fw en of niet veeleer de *beperking* van de toepasselijkheid van artikel 53 Fw als bedoeld in het arrest Giro/Standaardfilms¹³ aan de orde was. Immers, de Rabobank had de huurpenningen daadwerkelijk gestort op de rekening van gefailleerde bij de bank. De bank verrekende dus niet in haar hoedanigheid van *huurder-debiteur*, maar als debiteur *in rekening-courant*. Want de daadwerkelijke overboeking en creditering van de rekening van gefailleerde maakte de bank tot debiteur en vanuit die positie wilde zij vervolgens verrekenen. Dat deed zij dus niet (meer) als huurder. In het arrest Giro/Standaardfilms werd in feite uitgemaakt dat de rekening-courantverhouding tussen de bank en haar cliënt een “onvoldoende rechtsverhouding” in de zin van artikel 53 Fw was om daarmee een verrekening van een schuld van de bank als gevolg van een creditering op die bankrekening te rechtvaardigen. In de casus van het betreffende arrest ging het om een van een *derde* afkomstig bedrag. Faber trekt hieruit in zijn dissertatie¹⁴ de conclusie dat verrekening wel zou zijn toegestaan, indien het na de faillietverklaring in de rekening-courant geboekte bedrag niet het gevolg van een betalingsopdracht van een *derde*, maar (rechtstreeks) is verkregen uit een tussen de bank en de cliënt gesloten overeenkomst. Daarbij kan onder meer, zo stelt hij, worden gedacht aan een schuld van de bank aan haar cliënt ter zake van de vergoeding van rente over een creditsaldo. Inderdaad gaat het in het betreffende arrest om een betaling van een derde, doch daarmee is nog niet gezegd dat de betaling door de bank zelf niet onderhevig zou zijn aan de beperking als door de Hoge Raad in dat arrest aangegeven. Dat mag dan misschien niet het geval zijn in het door Faber gegeven voorbeeld van bijschrijving van rente over het creditsaldo - een dergelijke creditering hangt wel samen met de rekening-courantverhouding en dat lijkt dan voldoende “verband” - maar als de bank huur betaalt, zoals de Rabobank in de Dordtse zaak deed, dan heeft dat in het geheel niets te maken met die rekening-courantverhouding. Dan lijkt er sprake van eenzelfde onvoldoende verband als wanneer een derde een dergelijke betaling zou verrichten. De rechtbank had dus wellicht al op basis van het Giro/Standaardfilms-arrest kunnen beslissen dat artikel 53 Fw in casu toepasselijkheid mist.

¹² Zie het hierboven bedoelde citaat in de overweging van de rechtbank.

¹³ HR 10 januari 1975, NJ 1976/249.

¹⁴ Aldaar p. 540 onderaan en 541 bovenaan.

Eerst wanneer er wel een bevoegdheid zou zijn tot verrekening op basis van artikel 53 Fw komt de vraag aan de orde of een dergelijke verrekening desalniettemin in strijd is met artikel 54 Fw. Dan gaat het in casu om het tweede lid van dit artikel. Immers, het eerste lid van artikel 54 Fw. gaat om het overnemen van een vordering of een schuld *in het zicht van* een faillissement, terwijl het bij het tweede lid gaat om het overnemen van een vordering of schuld *na* de faillietverklaring. In casu is sprake van betaling van de huurpenningen op 4 maart 2009, dus na de faillietverklaring. Dat betekent dat in het licht van de ook door de rechtbank genoemde jurisprudentie van de Hoge Raad¹⁵ het “overnamemoment” wordt geacht te zijn de datum van betaling door de Rabobank op de rekening van Korevaar, derhalve 4 maart 2009.

De rechtbank acht artikel 54 Fw niet van toepassing. De rechtbank legt de betreffende jurisprudentie van de Hoge Raad zo uit dat er sprake zou moeten zijn van een “derde”, die op de bankrekening van de failliet bij de bank betaalt, waarna de bank zich niet meer op verrekening zou mogen beroepen voor hetgeen zij door die creditering aan de (latere) failliet verschuldigd zou zijn. De rechtbank lijkt te constateren dat omdat de Rabobank *zelf* de betalingshandeling heeft verricht er geen sprake is van een overneming van een schuld van een derde of een daarmee vergelijkbaar resultaat. Dat is wel een erg curieuze redenering ten aanzien van de ratio van artikel 54 Fw. Immers, zoals ook Abenroth en Wibier¹⁶ aangeven, heeft de Hoge Raad in de betreffende arresten bepaald dat banken aan hun spilfunctie in het betalingsverkeer geen verbetering van hun positie mogen ontlenen. In concreto wil dat zeggen dat de bank betalingen, die op de rekening vóór faillissement binnenkomen, niet langer met een negatief saldo mag verrekenen, vanaf het moment dat het faillissement van de rekeninghouder redelijkerwijs te verwachten is (lid 1 van art. 54 Fw) en betalingen die na faillissement op de betreffende rekening binnenkomen sowieso niet meer mag verrekenen (lid 2). De enige uitzondering op deze strenge verrekeningsregels vormen slechts de betalingen die ten tijde van het faillissement van de rekeninghouder binnenkomen op vorderingen die aan de bank stil verpand waren, welke unieke uitzondering is gegrond op het arrest Mulder/CLBN.¹⁷

Wat geldt voor betalingen op de bankrekening van gefailleerde door derden, op welke betalingen de bank geen enkele invloed heeft, geldt natuurlijk *a fortiori* voor de betalingen die de bank (als debiteur van de huurpenningen) zelf verricht, juist met het oogmerk om vervolgens te verrekenen. Dit vloeit ook zonder meer voort uit hetgeen de Hoge Raad in het arrest ING/Gunning heeft overwogen.¹⁸ Niet begrijpelijk is derhalve waarom de Dordtse rechtbank artikel 54 niet toepasselijk achtte. Voor de goede orde: omdat het om het tweede lid van dit artikel gaat, behoeft de curator niet te bewijzen dat de bank niet te goeder trouw was. Deze goeder trouw is niet van belang voor de toepasselijkheid van het tweede lid, dat verrekening zonder meer uitsluit.¹⁹

2. *Betaling van huur vóór faillissement.*

Stel dat de huurpenningen voor 3 maanden door de bank vooraf, bij het sluiten van de overeenkomst, derhalve op 7 februari 2009, zouden zijn voldaan: zou de bank zich dan wel op verrekening mogen beroepen?

¹⁵ Zie ook voetnoten 2-4.

¹⁶ R.J. Abenroth/R.M. Wibier, *Giraal betalingsverkeer en het faillissement van de rekeninghouder*, WPNR nr. 5752, 24 april 2008, sub 1.

¹⁷ HR 17 februari 1995, NJ 1996/471.

¹⁸ HR 19 november 2004, NJ 2005/199. Zie ter zake ook Faber diss. nr. 373.

¹⁹ Zie ook Faber, diss. nr. 475.

De verrekening door de bank zou dan hebben plaatsgevonden vóór faillietverklaring. Artikel 53 Fw is dan niet van toepassing, maar de normale verrekeningsregeling ex artikel 6:127 e.v. van het BW. Dat betekent evenzeer dat de mogelijke uitzondering op artikel 53 Fw (zoals geformuleerd in Tiethoff/NMB) ook niet aan de orde is.

Wat wel aan de orde is c.q. kan zijn is de toepasselijkheid van artikel 54 Fw. In dat geval gaat het om het eerste lid, te weten de verrekening van een overgenomen vordering *in het zicht van* het faillissement.

Nagenoeg al hetgeen hiervoor over dit artikel is gezegd geldt onverkort als betaling (en beoogde verrekening) vóór faillietverklaring heeft plaatsgevonden. Immers, ook dan is er sprake van een “schuldoverneming” in de zin van artikel 54 Fw indien de bankrekening van de later te failleren onderneming door betaling van de huurpenningen wordt gecrediteerd.²⁰ Ook dan maakt het niet uit of het gaat om een betaling in opdracht van een derde of van de Rabobank zelf. In dit verband wordt volledigheidshalve ook nog gewezen op hetgeen Faber daarover schrijft onder het kopje “Het creëren van een verrekeningsmogelijkheid”²¹:

Van de overneming van een schuld in de zin van art. 54 Fw kan mijns inziens ook sprake zijn, indien een schuldeiser door het verrichten van een rechtshandeling met een schuldenaar een schuld aan de schuldenaar verkrijgt, die hij met een tegenvordering op hem wil verrekenen. Een dergelijke rechtshandeling kan bijvoorbeeld een tussen de schuldenaar en de schuldeiser gesloten koopovereenkomst zijn. Koopt de schuldeiser een aan de schuldenaar toebehorend goed, dan wordt daardoor een verrekeningsmogelijkheid voor de schuldeiser in het leven geroepen. Gaat de schuldenaar failliet, en was de schuldeiser niet te goeder trouw, dan dient hem op grond van art. 54 Fw een beroep op verrekening te worden onthouden, indien de schuldeiser de betreffende schuld aan de schuldenaar heeft verkregen met het doel zichzelf de mogelijkheid van verrekening te verschaffen.

Er is slechts één verschil met de situatie dat er ná faillietverklaring is betaald. Na faillietverklaring geldt het tweede lid van artikel 54 en behoeft de curator *niet* te bewijzen dat de bank niet te goeder trouw was. Bij een beoogde verrekening vóór faillietverklaring geldt het eerste lid van artikel 54 Fw en rust de bewijslast van het niet te goeder trouw zijn van de bank bij de curator. De curator moet dan bewijzen dat de bank ten tijde van de schuldoverneming – dat wil zeggen het moment van creditering – wist *dat de schuldenaar in een zodanige toestand verkeerde dat zijn faillissement was te verwachten.*²² Doch in dat bewijs zal de curator wel heel makkelijk slagen. Want als een bank de bodemverhuurconstructie toepast (vaak gepaard gaande met de opzegging van het bankkrediet) en daarmee letterlijk en figuurlijk de stekker uit een bedrijf trekt, heeft dit tot onmiddellijk gevolg dat de activiteiten van een onderneming worden stilgelegd, en weet de bank als geen ander dat een faillissement niet alleen het redelijk te verwachten gevolg, doch onvermijdelijk is.²³

²⁰ Zie ook Faber, diss. nr. 369-370 en 374.

²¹ Faber, diss. nr. 376.

²² Zie HR 30 januari 1953, NJ 1953/578 (Doyer & Kalff/Bouman), HR 7 oktober 1988, NJ 1988/449 (Amro/curatoren THB). Zie ook Faber, diss. nr. 382, en Verdaas SDU, Commentaar Insolventierecht bij artikel 54 sub C.9.

²³ Dat dit overigens niet altijd lijkt op te gaan blijkt uit de uitspraak van de rechtbank Utrecht van 28 juli 2004, JOR 2004/288.

Kortom, ook bij een betaling van de huurpenningen vooraf en vóór het faillissement zal de bank zich niet op verrekening mogen beroepen.

3. *Verpanding huurvordering.*

Verandert de situatie indien de huurvordering, die de later gefailleerde door de bodemverhuurconstructie op de bank krijgt, aan de bank is of wordt verpand?

Verpanding van een dergelijke huurvordering van de verhuurder/later gefailleerde op de bank aan de bank pleegt in de praktijk, tegelijk met het sluiten van de (bodem)verhuurovereenkomst, plaats te vinden. Een dergelijke verpanding van de vordering die de pandgever op de pandhouder heeft ten gunste van die pandhouder is mogelijk.²⁴ Uiteraard bestaat een dergelijk pandrecht nog niet vóór het sluiten van de huurovereenkomst, omdat er dan noch een vordering is noch een bestaande rechtsverhouding. Het pandrecht dient bij of na het sluiten van de huurovereenkomst te worden gevestigd.

De eerste te beantwoorden vraag is of het op de huurvordering te vestigen pandrecht middels de pauliana kan worden vernietigd.²⁵ Een aantasting van het pandrecht op basis van artikel 42 Fw lijkt over het algemeen niet veel kans van slagen te hebben. Immers, er zal meestal – op basis van de eerder tussen bank en ondernemer gesloten overeenkomst, al dan niet met toepasselijkheid van de algemene bankvoorwaarden - voor die ondernemer een verplichting bestaan om al zijn vorderingen op eerste verzoek aan de bank te verpanden. Als hij dus bij of na het sluiten van de huurovereenkomst zijn huurvordering op de bank aan deze verpand, zal er niet snel sprake zijn van een onverplichte rechtshandeling als bedoeld in dit artikel 42 Fw.

Biedt artikel 47 Fw dan soelaas? Wellicht! Als op het moment dat de bodemverhuurconstructie wordt toegepast en de huurvordering wordt verpand het faillissement reeds is aangevraagd en de bank daarvan wetenschap heeft (en de curator deze wetenschap van de bank kan bewijzen) dan kan de toepasselijkheid van artikel 47 Fw worden ingeroepen. In de praktijk zal evenwel meestal eerst de bodemverhuurconstructie worden toegepast, waarna en waardoor de schuldenaar feitelijk wordt gedwongen het eigen faillissement aan te vragen.

De vraag is of het tweede element van artikel 47 Fw tot vernietiging kan leiden. In dat geval moet de betaling (dat wil dus zeggen: de vestiging van het pandrecht) het resultaat zijn van samenspanning tussen bank en onderneming, ten doel hebbend de bank boven andere schuldeisers te begunstigen. Als bekend rust er dan op de curator een zware bewijslast teneinde de samenspanning met het oogmerk om andere schuldeisers te benadelen, te bewijzen. Het tweede criterium van artikel 47 Fw lijkt ten aanzien van het vestigen van het pandrecht dus niet snel inroepbaar, al hoewel dat in de rechtspraak - uiteraard afhankelijk van de feitelijke omstandigheden - ook wel eens wordt gehonoreerd.²⁶

De voorlopige conclusie lijkt derhalve te zijn dat het pandrecht op de huurvordering niet aantastbaar is, *tenzij* ten tijde van de verpanding het faillissement reeds was aangevraagd en de bank daarvan wetenschap had of de curator de samenspanning met de bevoordeling c.q. benadeling voldoende kan aantonen.

²⁴ Zie HR 24 december 1931, NJ 1932/797 (Westerouwen Van Meeteren/Curatoren Beider Belang); zie ook Asser 3-III, Zekerheidsrechten, 13^e druk, nr. 118, p. 133.

²⁵ Hier wordt in het midden gelaten of en in hoeverre de bodemverhuurconstructie zelf middels de pauliana kan worden vernietigd.

²⁶ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Utrecht 6 juni 2007, JOR 2008/19 overwegingen 4.19-4.31

Daarmee is evenwel niet gezegd dat de bank wel recht heeft op de huurpenningen, indien artikel 47 Fw niet kan worden ingeroepen. Immers, voor zover het gaat om de huurpenningen van ná de faillietverklaring geldt ook ten aanzien van verpanding ten volle hetgeen de Hoge Raad in het arrest WUH/Emmerig²⁷ heeft bepaald. Immers, in dit arrest heeft de Hoge Raad gezegd dat weliswaar verpanding bij voorbaat van toekomstige huurtermijnen mogelijk is, doch dat huurtermijnen van ná faillietverklaring, ondanks die verpanding, in de boedel vallen, omdat het ontstaan van deze vorderingen afhankelijk is van *toekomstige vooralsnog onzekere omstandigheden waaronder in het bijzonder de daadwerkelijke verschaffing van het huurgent, onderscheidenlijk het na de faillietverklaring nog resterende deel van het huurgent, waarvoor de betreffende termijn de tegenprestatie vormt.*²⁸

Dat betekent dat een pandrecht op de huurvorderingen de bank niet vermag te baten. Voor zover het gaat om de huurtermijnen vanaf faillissementsdatum worden die geacht niet te zijn verpand.²⁹

De vraag rijst of dat uitsluitend geldt voor die huurpenningen van na de faillietverklaring, die *daarna* nog betaald moeten worden en of misschien anders moet worden geoordeeld indien de huurtermijnen van na faillissement (geheel of gedeeltelijk) al *vóór* het faillissement zijn betaald. Dat lijkt niet het geval.

Immers, bepalend lijkt de twee-eenheid tussen het verschaffen van het huurgent door de boedel enerzijds en het betalen van de huurpenningen anderzijds. Dat valt bijvoorbeeld op te maken uit de conclusie van de A-G Bloembergen bij het arrest WUH/Emmerig³⁰, waar hij stelt:

Een vordering onder opschortende voorwaarde wordt, zo zij vóór de vervulling der voorwaarden wordt voldaan, niet opeens een gewone vordering. Degene die betaald heeft, heeft in beginsel een vordering uit onverschuldigde betaling tenzij pp. anders hebben afgesproken. Bij vooruitbetaling van huurpenningen geldt iets dergelijks. In beginsel ontstaat er een vordering uit onverschuldigde betaling. Pp. kunnen hier van afwijken. Meestal zal dat wel de bedoeling zijn. Maar daarmee is de toekomstige vordering nog niet tot een gewone, reeds bestaande vordering gemaakt.

Het lijkt er dus op dat Bloembergen de huurpenningen over de periode ná faillietverklaring als een toekomstige vordering blijft zien, die niet voor cessie/pandrecht in aanmerking komen, ook al zijn die *vóór* faillietverklaring betaald. Immers, zo lang het huurgent niet daadwerkelijk wordt verschaft zijn huurpenningen niet verschuldigd. Op dezelfde lijn zit Van der Grinten in zijn noot in de NJ onder dit arrest.³¹ Hoewel Van der Grinten open houdt dat de Hoge Raad wellicht iets anders heeft overwogen, acht hij dit niet juist:

Het arrest van de HR moet m.i. aldus worden verstaan, dat een huurvordering een toekomstige vordering is, zolang het tijdstip waarop zij moet worden voldaan, nog niet is aangebroken. Indien een huurtermijn bij vooruitbetaling moet worden voldaan, is de vordering van deze termijn niet langer een toekomstige vordering, zodra betaling kan

²⁷ HR 30 januari 1987, NJ 1987/530.

²⁸ Aldaar r.o. 3.2.

²⁹ Zie hiervoor ook Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam*, dissertatie 2008, serie Onderneming & Recht deel 43, nrs. 188, 212, 215 en 219.

³⁰ Aldaar zijn conclusie sub 4.2.

³¹ Zie aldaar sub 1.

worden gevorderd. De motivering van de HR is bij deze lezing niet geheel consistent. Het kunnen vorderen van betaling sluit niet uit dat de gevorderde en de ontvangen huurtermijn achteraf onverschuldigd blijkt te zijn betaald, omdat over de termijn waarop de huurvordering betrekking heeft daadwerkelijke verschaffing van het huurgenot niet plaatsvindt.

Het valt overigens ook niet goed in te zien dat de Hoge Raad inderdaad zou hebben bedoeld dat vooruitbetaalde huurtermijnen niet aan de boedel zouden toekomen. De koppeling die de Hoge Raad met het fixatiebeginsel van art. 23 Fw aan de ene kant en de daadwerkelijke verschaffing van het huurgenot aan de andere kant legt is zo bepalend voor het oordeel van de Hoge Raad dat het voor de hand ligt om, anders dan Van der Grinten kennelijk doet, het oordeel van de Hoge Raad zodanig te interpreteren dat in alle gevallen, dus ook als de huurtermijnen vooruit zijn betaald, de huurpenningen van ná de faillietverklaring aan de boedel toekomen. Het zou in ieder geval in strijd zijn met de aan het oordeel van de Hoge Raad ten grondslag liggende uitgangspunten – t.w. het beroep art. 23 Fw, het betitelen van de huurpenningen na faillietverklaring als toekomstige vorderingen en de koppeling met de daadwerkelijke verschaffing van het huurgenot – als deze simpelweg door vooruitbetaling van de huur gefrustreerd zouden kunnen worden.

Het lijkt er dus op dat zelfs wanneer de huur vooruit is betaald, de huurpenningen van na de faillietverklaring niet worden geacht onder het pandrecht te vallen en deze dus alleen al om die reden aan de boedel zouden moeten worden afgedragen.

Tot slot

Er lijkt op het vonnis van de rechtbank te Dordrecht dus wel het nodige af te dingen. In ieder geval mag uit dit vonnis nog niet de conclusie worden getrokken dat de bank bij het toepassen van de bodemverhuurconstructie de huurpenningen zonder meer “in eigen zak kan steken”. Los van de juridisch-dogmatische bezwaren lijkt daar ook overigens geen rechtvaardiging voor aanwezig. De bank heeft bij een naderend faillissement het recht de bezitloos verpande zaken in vuistpand te nemen. De bank heeft daarbij de vrijheid om te kiezen voor hetzij het doen weghalen van deze goederen, met alle daarmee gepaard gaande kosten en de mogelijke mindere opbrengst bij verkoop, hetzij het toepassen van de (goedkopere) bodemverhuurconstructie. In het laatste geval moet en kan de bank zich realiseren dat de kosten dan bestaan uit het betalen van huurpenningen, die in ieder geval vanaf de dag van de faillietverklaring aan de boedel dienen toe te komen. De bank heeft de vrijheid om de voor haar meest voordelige weg te kiezen, doch moet dan ook de consequentie van die keuze dragen. Als de bank kiest voor de bodemverhuurconstructie en daarmee de boedel ten hare faveure “dwingt” haar het huurgenot te verschaffen, dient zij de boedel daarvoor te compenseren. Het aloude adagium *suum cuique tribuere* lijkt ook hier zo’n slecht beginsel niet.

Het is voor Jos Timmermans mooi om aan de vooravond van zijn vertrek een dergelijk afscheidscadeautje gepresenteerd te krijgen. Maar niet uit te sluiten valt dat het een fopsurprise zal blijken te zijn! De tijd zal het leren. Voor Jos Timmermans geldt: *We'll keep him posted !*