Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift Juridisch up to Date. Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. (Lees onze disclaimer).

Jutd 2018/0004 Verrekening in geval van bodemverhuurconstructie toegestaan

Jutd 2018/0004 d.d. 22-01-2018

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

Inleiding

Jarenlang was het instellen van een bodemverhuurconstructie een belangrijk middel dat door financiers (meestal banken) werd toegepast om hun eigen rechten veilig te stellen. Bodemverhuurconstructies worden de laatste jaren echter minder toegepast. Dat komt met name, omdat pandhouders van bodemzaken sinds 1 januari 2013 verplicht zijn om aan de Belastingdienst te melden dat zij hun rechten op deze bodemzaken op enigerlei wijze willen gaan uitoefenen. Vervolgens moeten zij vier weken wachten met de uitvoering van dat voornemen. Schadeplichtigheid kan het gevolg zijn, indien de pandhouder zich hier niet aan houdt. Sinds 1 januari 2018 geldt deze meldingsplicht overigens ook voor de belastingschuldige. Toch komen bodemverhuurconstructies nog wel voor, en zijn er procedures aanhangig die nog betrekking hebben op het recht dat vóór 1 januari 2013 gold. Dat laatste geldt ook voor de procedure die in dit artikel centraal staat.

Bodemverhuurconstructie in het kort

Het bodemvoorrecht is een fiscaal voorrecht dat rust op bodemzaken en dat op grond van artikel 21 lid 2 Invorderingswet (Iw) vóórgaat op een eventueel bezitloos pandrecht dat door de belastingschuldige aan een schuldeiser is verleend. Bodemzaken zijn (kort gezegd) zaken die bestemd zijn om duurzaam ter plaats te blijven, zoals kantoorinventaris en machines. Bovendien vallen (zoals de wet het noemt) *ingeoogste en nog niet ingeoogste vruchten* en landbouwwerktuigen onder het begrip bodemzaken. Bodemzaken zijn roerende zaken die zich op de bodem (dus in het pand of op het terrein) van de belastingschuldige bevinden. Het bodemvoorrecht geldt alleen, indien er sprake is van een of meerdere van de belastingschulden die in artikel 22 Iw worden genoemd (o.a. loonbelasting, omzetbelasting, accijnzen en verbruiksbelastingen).

Omdat de bezitloos pandhouder de Belastingdienst voor zich moet dulden bij de verdeling van de opbrengst van de bodemzaak, heeft de pandhouder er belang bij om zijn pandrecht van een *bezitloos pandrecht* om te zetten in een vuistpandrecht. Daarvoor is vereist dat de verpande zaak in de macht van de pandhouder wordt gebracht. De pandhouder is ook bevoegd om dat van de pandgever te eisen (artikel 3:237 lid 3 BW, pandhoudersbeslag). Een methode die (met name bij moeilijk weg te halen zaken, zoals machinelijnen) veel werd en soms nog wordt toegepast om te bereiken dat de macht over de zaak bij de pandhouder komt te berusten, is de bodemverhuurconstructie. De pandhouder huurt dan de "bodem" van de pandgever, waardoor de pandhouder de macht over de zaak verkrijgt, terwijl deze niet verplaatst hoeft te worden. De pandhouder is dan (meestal) wel huur verschuldigd aan de pandgever. Pandhouders hebben er belang bij om deze schuld aan de pandgever vervolgens te verrekenen met de vordering op deze pandgever, omdat zij anders immers daadwerkelijk zouden moeten betalen aan een partij (de pandgever) van wie zijn meestal juist nog aanzienlijke bedragen te vorderen hebben. Dit terwijl de

huurrelatie uitsluitend wordt aangegaan om het verhaal voor de aanzienlijke vordering veilig te stellen. De wens om tot verrekening te komen is dus begrijpelijk. Een dergelijke verrekening is echter in faillissement niet zonder meer toegestaan.

Verrekening in faillissement

Artikel 53 Fw formuleert de hoofdregel van verrekening van vorderingen van en op de schuldenaar in een faillissementssituatie. Het artikel bepaalt dat hij die zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is, zijn schuld met zijn vordering op de gefailleerde kan verrekenen, indien beide zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. Het betreft een ruime verrekeningsbevoegdheid, ruimer dan die in een situatie buiten faillissement, welke bevoegdheid slechts begrenst wordt door artikel 54 Fw (welk artikel hier niet verder wordt besproken[1]) en de rechtspraak.

Een van de uitzonderingen die in de jurisprudentie is geformuleerd, is opgenomen in het arrest *Tiethoff q.q./NMB* (HR 22 december 1989, NJ 1990/661). In dit arrest was NMB Bank huurder van een pand waarvan een van haar kredietnemers verhuurder was. De bank was dus zowel schuldenaar als schuldeiser van haar kredietnemer/verhuurder. De bank was periodiek huurpenningen aan deze BV verschuldigd en kon daarnaast (zodra het krediet zou zijn opgezegd) aanspraak maken op terugbetaling van de door de bank aan deze klant verstrekte kredieten. De BV ging op een gegeven moment failliet, het krediet werd uiteraard opgezegd (en dus opeisbaar) en de bank stelde zich op het standpunt dat zij de huurpenningen kon verrekenen met de (zeer aanzienlijke) schuld van de BV aan de bank. Alhoewel zowel de huurvordering als de vordering uit hoofde van de kredietovereenkomst voortvloeiden uit rechtshandelingen die voor de faillietverklaring waren verricht, en dus in beginsel aan de vereisten van artikel 53 Fw zou zijn voldaan, oordeelde de Hoge Raad dat dit een onaanvaardbare doorkruising van de paritas creditorum (gelijkheid van schuldeisers) zou betekenen. Verrekening was dus volgens de Hoge Raad in een geval als het onderhavige niet toegestaan. Dat is naar mijn mening ook een juiste uitkomst. Indien de Hoge Raad dit niet had gesanctioneerd, dan had NMB Bank net zo lang in het pand kunnen blijven zitten, totdat door verrekening het volledige krediet was terugbetaald. De huur kan door de curator namelijk niet (direct) worden opgezegd (artikel 37 Fw). Dat dat ten nadele van de gezamenlijke schuldeisers was geweest, is evident.

Rabobank/Houtman q.q.

In een recent arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (5 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10701) was een casus aan de orde die op het eerste gezicht erg op de casus in *Tiethoff q.q./NMB* lijkt. Ook hier was de bank (in dit geval Rabobank) kredietverschaffer van gefailleerde ondernemingen en ook hier wilde de bank de door haar aan gefailleerde verschuldigde huurpenningen met dat krediet verrekenen.

In deze zaak had Rabobank aan drie vennootschappen kredieten verschaft, tot zekerheid van terugbetaling waarvan zij pandrechten had verkregen op roerende zaken die aan twee van die BV's toebehoorden. Daarnaast had de derde BV een hypotheekrecht op een aan haar toebehorende onroerende zaak gevestigd.

Nadat Rabobank op 5 februari 2010 de financiering had opgezegd en het krediet had opgeëist, heeft zij op 9 februari door middel van een bodemverhuurconstructie de inventaris in vuistpand genomen. De huurprijs bedroeg in totaal circa € 68.000 en de huurovereenkomst werd aangegaan voor tenminste 3 maanden met een opzegtermijn van 1 maand. Op 10 februari gingen de twee

vennootschappen die roerende zaken in pand hadden gegeven failliet. De activiteiten (kwekerij van chrysanten) werden nog enige tijd voortgezet, namelijk tot de kwekerij was "leeggeteeld", waarbij de opbrengst van de voortzetting van de activiteiten waarschijnlijk naar de bank is gegaan. Uiteindelijk werden op 17 december 2010 alle activa verkocht aan een derde. De curator vordert van Rabobank de verschuldigde huurpenningen over de periode van 9 februari 2010 tot 17 december 2010. Rabobank stelde zich op het standpunt dat zij de verschuldigde huurpenningen mocht verrekenen met de vordering op gefailleerden.

De kantonrechter komt in eerste aanleg tot de conclusie dat verrekening niet mogelijk is. In het arrest wordt niet vermeld wat de exacte overwegingen van de kantonrechter waren, maar hoogstwaarschijnlijk heeft de rechter daar aangesloten bij het arrest Tiethoff q.q./NMB en de beoogde verrekening in strijd met de *paritas creditorum* geacht.

Het gerechtshof komt in het door Rabobank aangespannen hoger beroep tot een ander oordeel. Het hof overweegt dat de Hoge Raad de werking van artikel 53 lid 1 Fw in het genoemde arrest niet zo drastisch beperkt heeft als dat door de kantonrechter in deze zaak is gedaan. De Hoge Raad heeft (aldus het hof) geoordeeld dat een redelijke uitleg van artikel 53 Fw meebrengt dat een uitzondering moet worden aanvaard voor het geval van een na de faillietverklaring ontstane schuld die voortvloeit uit een daarvóór met de gefailleerde gesloten, na de faillietverklaring nog voortdurende overeenkomst, krachtens welke die schuld een tegenprestatie betreft voor een prestatie die van de faillietverklaring af ten laste van de boedel moet worden verricht. Deze uitzondering geldt met name wanneer de curator 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.* De Hoge Raad heeft daartoe overwogen dat een andere opvatting ertoe zou leiden dat het beginsel van gelijkheid van schuldeisers op onaanvaardbare wijze zou worden doorbroken. Bovendien zou de schuldeiser aldus veelal zonder reële tegenprestatie aanspraak kunnen blijven maken op hetgeen jegens hem door de curator ten laste van de boedel moet worden verricht.

Het hof oordeelt in dit geval dat niet van een soortgelijke situatie sprake is. Er is in dit geval *wel* verband tussen de huurovereenkomst die Rabobank met de gefailleerde heeft gesloten aan de ene zijde en de vorderingen van de bank uit hoofde van de beëindiging van de kredietrelatie aan de andere zijde. In de huurovereenkomst wordt, zo haalt het hof aan, ook expliciet verwezen naar het doel van de huurovereenkomsten: het veiligstellen van de bodemzaken door ze in de macht van de bank als pandhouder te brengen. Daarom is het verband tussen de vordering en de huurschuld van Rabobank naar het oordeel van het hof gegeven en kan wel worden verrekend.

Conclusie
De regel van Tiethoff q.q/NMB moet, zo blijkt uit dit arrest, niet te ruim worden uitgelegd. Indien er voldoende verband bestaat tussen de verplichtingen over en weer, kan er conform artikel 53 Fw worden verrekend.

NOOT 1 - Lid 1 van dit artikel bepaalt dat degene die een schuld aan de gefailleerde of een vordering op de gefailleerde vóór de faillietverklaring van een derde heeft overgenomen, niet bevoegd is tot verrekening, indien hij bij de overneming niet ter goeder trouw heeft gehandeld

© Euroforum Uitgeverij BV NL