

# De bodemverhuurconstructie is niet paulianeus

In de uitgave van de Update Banking & Finance van januari 2011 schreef ik over een aantal uitspraken van rechtbanken waaruit blijkt dat de bodemverhuurconstructie onder vuur was komen te liggen. Een aantal curatoren nam in procedures het standpunt in dat het verhuren van de bodem tot benadeling van schuldeisers leidt of dat het verrekenen van de in dit kader door de huurder verschuldigde huurpenningen tot benadeling leidt. De curatoren beroepen zich daarbij op de Actio Pauliana.

Het was wachten op een eerste uitspraak in hoger beroep om meer duidelijkheid te krijgen. Op 1 november jl. heeft het Gerechtshof Arnhem (LJN BU3293) een arrest gewezen waaruit volgt dat het toepassen van de bodemverhuurconstructie niet als paulianeus valt aan te merken. Het verrekenen door de bank van de in het kader van de bodemverhuurconstructie verschuldigde huurpenningen met haar tegenvordering op de failliet is niet toegestaan. Het risico van de bank beperkt zich derhalve tot deze huurpenningen.

## Geen Pauliana

Het hof overwoog onder andere dat niet gezegd kan worden dat de keuze van de bank voor de verhuurconstructie als alternatief voor het wegvoeren en elders opslaan van de verpande zaken, tot nadeel voor de schuldeisers heeft geleid. De mogelijke verslechtering van de positie van de Belastingdienst en de boedel is louter het gevolg van het tijdig omzetten door de bank van het bezitloos pandrecht in een vuistpand. De bank is daartoe bevoegd en de keuze voor de verhuurconstructie om de kosten te beperken en een optimale verkoopopbrengst te realiseren is een gerechtvaardigde keuze.

Het Hof merkt overigens ten overvloede op dat de door de curator voorgestane vernietiging van de huurovereenkomst geen verandering kan brengen aan het gegeven dat de verpande zaken zich feitelijk in de macht van de bank bevinden. Met andere woorden, de verpande zaken zullen bij een goed uitgevoerde bodemverhuurconstructie nimmer meer als bodemzaken kwalificeren.

## Verrekening niet toegestaan

Het hof oordeelt dat de bank de huurpenningen die verschuldigd zijn in het kader van de bodemverhuurconstructie aan de curator moet betalen. Door middel van de huurovereenkomst is een schuld ontstaan voor de bank die door de bank is verrekend met haar tegenvordering op haar kredietnemer. Deze schuld dient met een overgenomen schuld in de zin van artikel 54 Faillissementswet gelijk te worden gesteld. De bank had niet betwist dat zij bij het sluiten van de huurovereenkomst niet te goeder trouw was in de zin van dit artikel. Het stond dus vast dat de bank wist dat de schuldenaar in een zodanige toestand verkeerde dat zijn faillissement dan wel surséance van betaling was te verwachten.

Dat de huurvordering ook nog aan de bank was verpand, maakte niet dat de bank toch mocht verrekenen. Het hof overwoog dat de door de Hoge Raad in het arrest Mulder q.q./CLBN aanvaarde regel (namelijk dat verrekening door de bank is toegestaan in geval van voldoening aan de bank van een stil verpande vordering) niet opgaat in het geval het een verpande vordering betreft die gelijk gesteld moet worden met een overgenomen schuld in de zin van artikel 54 Faillissementswet en waarbij de pandhouder bij het aangaan van de schuld (en het in pand nemen van de vordering) niet te goeder trouw was.

Voor de praktijk betekent dit dat een bank rekening moet houden met het daadwerkelijk betalen van de huurpenningen. Vaak zal na het toepassen van de bodemverhuurconstructie het faillissement van de kredietnemer immers te verwachten zijn.



---

De verpande zaken zullen bij een goed uitgevoerde bodemverhuurconstructie nimmer meer als bodemzaken kwalificeren.

---

### Vervolg

Op basis van dit eerste arrest kan nog niet definitief worden gezegd dat het toepassen van een bodemverhuurconstructie nimmer als paulianeus aangemerkt kan worden. Het is nog niet bekend of cassatie wordt ingesteld tegen dit arrest. Gelet op het principiële karakter van de discussie over de bodemverhuurconstructie bestaat de verwachting dat deze of een vergelijkbare zaak binnen afzienbare tijd aan de Hoge Raad zal worden voorgelegd.

Tegen de achtergrond van de gevolgen van het bodemvoorschot van de fiscus is de vaststelling van het hof relevant dat de vernietiging van de huurovereenkomst geen verandering brengt aan het gegeven dat de verpande zaken zich feitelijk in de macht van de bank bevinden. Met andere woorden, ook indien sprake zou zijn van een vernietigbare rechtshandeling heeft dit niet tot gevolg dat de pandhouder zijn hogere rang ten opzichte van de fiscus verliest. Het toepassen van een bodemverhuurconstructie behoudt derhalve zijn waarde voor de pandhouder.



**DAVID BOS**

Advocaat

T +31 30 2121 590

E [david.bos@cms-dsb.com](mailto:david.bos@cms-dsb.com)