

Oneigenlijke toepassing van het recht van vruchtgebruik

Moet het debat niet gaan over art. 23 en 35 lid 2 Fw?

*Mr. J. L. Snijders en mr. Y. C. Tonino**

1 Inleiding

Ons rechtssysteem kent diverse beperkingen voor het bij voorbaat overdragen of verpanden van (toekomstige) vorderingen op naam.¹ Het onderscheid tussen een bestaande en toekomstige vordering is niet altijd duidelijk. Omdat de waarde van duurovereenkomsten juist vaak zit in de daaruit voortvloeiende toekomstige vorderingen, wordt in de praktijk gezocht naar alternatieve constructies of praktische oplossingen om die vorderingen toch zo veel mogelijk te kunnen benutten als onderpand voor financieringen of te kunnen overdragen. In wezen gaat het daarbij steeds erom ondanks die beperkingen en onduidelijkheid toch controle te krijgen over die toekomstige vordering. Immers, als er door die controle meer zekerheid kan worden gegeven dat de koper of financier ook daadwerkelijk rechthebbende c.q. pandhouder wordt van die vorderingen, dan zal dat worden meegenomen in de voorwaarden van de verkoop c.q. financiering (bijvoorbeeld de hoogte van de koopsom of rente).

Het recente Hoge Raad-arrest Telecom Vastgoed/KPN² is een mooi voorbeeld van een situatie waarin – weliswaar tevergeefs – is geprobeerd om door het gebruik van zo'n alternatieve rechtsfiguur (vruchtgebruik) een investeerder bij voorbaat rechthebbende te maken van toekomstige huurvorderingen. Dat dit resultaat niet werd bereikt, lag echter voornamelijk aan een ongelukkige keuze bij de vestiging van het vruchtgebruik. De Hoge Raad hoefde zich daardoor ook niet in bredere zin over de werking (en faillissementsbestendigheid) van deze constructie uit te laten.³

Ons artikel dient niet als annotatie bij dit arrest; wij willen een ander punt maken. Wij vragen ons namelijk af of een con-

structie die louter wordt gehanteerd om wettelijke beperkingen te omzeilen rechtsgeldig kan zijn, en of we – gelet op de hierboven genoemde zoektocht naar controle – niet veel beter een stap terug kunnen doen naar de rechtspolitieke discussie over de vraag of, en zo ja, tot welke grens, toekomstige vorderingen bij voorbaat (faillissementsbestendig) moeten kunnen worden overgedragen en verpand. Mede naar aanleiding van het Telecom Vastgoed/KPN-arrest zullen wij deze vraag, en de reden waarom wij die opbrengen, bespreken aan de hand van huurvorderingen,⁴ maar de vraag heeft in principe een breder bereik en ziet (bijvoorbeeld) ook op andere duurovereenkomsten.

Hierna gaan wij achtereenvolgens (kort) in op:

- de context waarin dit speelt en de gevolgen voor de praktijk (par. 2);
- de huidige beperkingen van verpanding of cessie van (toekomstige) vorderingen (par. 3);
- vruchtgebruik als alternatief (par. 4); en
- de rechtspolitieke discussie (par. 5).

2 De beperkingen in context

Tegen de hierboven genoemde achtergrond concentreren wij ons in deze bijdrage op de faillissementsbestendige overdraagbaarheid en verpandbaarheid van toekomstige huurvorderingen. Die overdraagbaarheid en verpandbaarheid zullen in zekere mate bepalend zijn voor de vraag in hoeverre huurobjecten gefinancierd of verkocht kunnen worden op basis van verwachte toekomstige kasstromen uit hoofde van verhuur. Als daarbij meer zekerheid kan worden gegeven dat de financier of koper ook daadwerkelijk pandhouder c.q. rechthebbende wordt van die huurvorderingen, dan kan dat als gezegd worden meegenomen in de voorwaarden van de financiering c.q. verkoop.

Om de onzekerheid en beperkingen met betrekking tot de overdraagbaarheid en verpandbaarheid van toekomstige huurvorderingen te voorkomen (naast eventuele fiscale voordelen), is het bij grotere commerciële vastgoedfinancieringen niet on-

* Mr. J.L. Snijders is werkzaam als advocaat bij FIZ advocaten te Rotterdam. Mr. Y.C. Tonino is werkzaam als advocaat bij FIZ advocaten te Rotterdam.

1 Omwille van de leesbaarheid zullen wij hierna alleen spreken over 'vorderingen', waarmee wij dan dus bedoelen: vorderingen op naam.

2 HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, JOR 2023/22 m.nt. T.H.D. Struycken, NJ 2023/78 m.nt. F.M.J. Verstijlen, AA 2023/0199 m.nt. R.M. Wibier (Telecom Vastgoed/KPN).

3 Voor uitgebreide annotaties verwijzen we naar de annotaties van Struycken (JOR), Verstijlen (NJ) en Wibier (AA) bij dit arrest. Zie noot 2 voor de vindplaatsen.

4 Wat voor huurvorderingen geldt, geldt grosso modo ook voor (operationeel) leasevorderingen.

gebruikelijk dat het huurobject eigendom wordt van een speciaal daarvoor opgerichte – *bankruptcy remote*⁵ – entiteit en dat die entiteit ook de huurovereenkomst(en) met de huurders aangaat. Die entiteit is dan gerechtigd tot de toekomstige huurinkomsten en zal de daarmee samenhangende huurvorderingen (openbaar) kunnen verpanden aan haar financiers.

Het is echter niet altijd commercieel of praktisch haalbaar om voor een of meer huurobjecten zo'n aparte doelentiteit op te richten, zeker niet wanneer het gaat om 'kleinere' huurobjecten of minder professionele verhuurders. Denk bijvoorbeeld aan de vele verhuur-/buy-to-let-hypotheekleningen die de afgelopen jaren zijn afgesloten met consumenten of (relatief) kleine ondernemers als leningnemer en verhuurder.⁶ Vergelijkbaar met 'reguliere' hypotheekleningverstrekkers financiert een aantal niet-bancaire aanbieders van verhuurhypotheekleningen de door hen te verstrekken hypotheekleningen door (de vorderingen uit hoofde van) die leningen, al dan niet bij voorbaat, te verkopen aan (een speciaal daarvoor opgerichte doelentiteit van) een of meer externe financiers.

Dit soort structuren kennen dus in feite verschillende lagen en verhoudingen:

- de bestaande en toekomstige huurovereenkomsten tussen de leningnemer/verhuurder en zijn huurder(s);
- de overeenkomst van (hypothecaire) geldlening tussen de leningnemer en geldverstrekker, met de bijbehorende hypotheek- en pandakte(s) voor het vestigen van zekerheid op het huurobject en de (toekomstige) huurvorderingen tot zekerheid van de terugbetaling van de geldlening; en
- de koop-/financieringsovereenkomst(en) tussen de geldverstrekker en een of meer doelentiteiten van zijn eigen financiers, met bijbehorende cessie- en/of pandaktes tot overdracht c.q. verpanding door de geldverstrekker van zijn vorderingen op de leningnemer.

5 Wat kort gezegd doorgaans inhoudt dat de aandelen van die entiteit worden gehouden door een speciaal daarvoor opgerichte stichting die wordt bestuurd door een corporate service provider, dat de doelomschrijving van die entiteit uitdrukkelijk is beperkt tot het financieren, verkrijgen, houden en verhuren van het huurobject, dat alle betrokken transactiepartijen uitdrukkelijk afspreken dat hun aanspraken (die onderling dan weer een bepaalde rangorde toebedeeld krijgen, met een voorziening voor bepaalde externe verplichtingen) op die entiteit beperkt zullen zijn tot de beschikbare afspraken, en dat zij het faillissement van die entiteit niet zullen aanvragen.

6 Een verhuurhypotheek is bedoeld voor de leningnemer die een woning koopt met de bedoeling deze te verhuren en zo inkomsten te genereren. Deze inkomsten kunnen in de toekomst ontstaan, bijv. in de vorm van huurinkomsten. Bij het verschaffen van financiering wenst de financier vaak dat een hypotheekrecht op de woning wordt gevestigd en dat de toekomstige huurvorderingen worden verpand.

Juist omdat de hoogte van dit soort hypotheekleningen (ter financiering van voor verhuur bestemde huurobjecten) vaak gekoppeld is aan de verwachte huuropbrengsten (en dus meer kan zijn dan de getaxeerde lege verkoopwaarde van het vastgoed), is het voor dat soort transacties relevant in hoeverre de leningnemer (die het huurobject aankoopt en wil verhuren) bij voorbaat ook alle *toekomstige* huurvorderingen met betrekking tot het gefinancierde onderpand kan verpanden aan de geldverstrekker en (als die verpanding succesvol is) de bij voorbaat gevestigde pandrechten als nevenrechten van de hypotheekleningvordering overgaan naar (de doelentiteit(en) van) de achterliggende financier(s) van de geldverstrekker.

De overdraagbaarheid en verpandbaarheid van toekomstige huurvorderingen spelen ook bij het opkomende fenomeen '*product-as-a-service*', of anders gezegd: de toenemende mate waarin consumenten en bedrijven kiezen voor huur in plaats van eigendom van (vooral) roerende zaken, zoals voertuigen en printers, maar ook warmtepompen en zonnepanelen. Naast de eventuele nadelige gevolgen van natrekking of bestanddeelvorming, zien wij in de praktijk dat de (rest)waarde van dit soort 'roerende' huurobjecten zodanig afneemt tijdens de huurperiode⁷ dat het belang van de eigenaar c.q. financier vooral is gelegen in de waarde van het contract (lees: de daaruit voortvloeiende toekomstige kasstromen), en dus om daarvan rechthebbende te worden c.q. daarop zekerheid te verkrijgen. Als we het voorbeeld van een fysiek huurobject loslaten en in plaats daarvan kijken naar bijvoorbeeld het gebruik van softwareoplossingen of clouddiensten, dan wordt het belang van het faillissementsbestendig kunnen overdragen of verpanden van toekomstige inkomsten nog duidelijker.

3 Beperkingen van verpanding of cessie van (toekomstige) vorderingen

Hieronder bespreken wij kort de belangrijkste beperkingen, namelijk:

- de mogelijkheid om de overdraagbaarheid en/of verpandbaarheid van een vordering uit te sluiten (art. 3:83 lid 2 BW);
- de voorwaarde voor stille cessie of verpanding bij voorbaat dat de toekomstige vordering voortvloeit uit een op dat moment al bestaande rechtsverhouding (art. 3:93 lid 3 respectievelijk art. 3:239 lid 1 BW);
- de voorwaarde dat de cedent c.q. pandgever bij een levering of vestiging bij voorbaat beschikkingsbevoegd is op het moment dat de vordering ontstaat (art. 3:84 BW en art. 23 Fw) én niet failliet is (art. 35 lid 2 Fw).

3.1 De mogelijkheid om overdraagbaarheid en/of verpandbaarheid van een vordering uit te sluiten (art. 3:83 lid 2 BW)

In de eerste plaats kan de overdraagbaarheid en/of verpandbaarheid van een vordering worden uitgesloten met goederenrechtelijke werking ten opzichte van derden, door een beding

⁷ Nog los van eventuele demontage-/verwijderings-/transportkosten.

tussen crediteur en debiteur.⁸ Een dergelijk onoverdraagbaarheidsbeding brengt in beginsel mee dat een vordering niet meer gecedeerd of verpand kan worden.⁹ Dit vormt een aanzienlijke belemmering voor veel financieringen.

Als de Wet opheffing verpandingsverboden¹⁰ zou worden ingevoerd, valt deze beperking echter grotendeels weg, althans voor zover het gaat om geldvorderingen die voortkomen uit de uitoefening van een beroep of bedrijf. Per geval zal moeten worden bekeken of aan die kwalificatie wordt voldaan. In het voorbeeld van de verhuurhypotheken zal het dus de vraag zijn of de leningnemer/verhuurder (met name ook als deze een particulier is) de huurovereenkomst aangaat in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Het uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat uitsluiting van de overdraagbaarheid of verpandbaarheid niet mogelijk is *als het gaat om een geldvordering die voortkomt uit de uitoefening van een beroep of bedrijf*. Het wetsvoorstel bepaalt verder dat een overeenkomst tussen schuldeiser en schuldenaar die tot doel heeft de overdraagbaarheid of de verpandbaarheid van een dergelijke vordering geheel of gedeeltelijk uit te sluiten of te beperken, nietig is.

3.2 De voorwaarde voor stille cessie of verpanding bij voorbaat dat de toekomstige vordering voortvloeit uit een op dat moment al bestaande rechtsverhouding (art. 3:94 lid 3 en 3:239 lid 1 BW)

Een andere belangrijke beperking is dat voor stille cessie of stille verpanding van toekomstige vorderingen vereist is dat de rechtsverhouding waaruit die vordering zal ontstaan, bestaat op het moment van de leveringshandeling (art. 3:94 lid 3 BW) c.q. vestigingshandeling (art. 3:239 lid 1 BW). Het bestaan van die rechtsverhouding is weliswaar niet vereist voor een openbare cessie of openbare verpanding bij voorbaat, maar dan geldt de basisvoorwaarde dat mededeling moet worden gedaan aan de debiteur van de vordering, en dat wordt vaak om commerciële redenen als niet wenselijk ervaren en is simpelweg niet mogelijk als de (toekomstig) debiteur nog niet bekend is, bijvoorbeeld omdat (het aangaan van) de overeenkomst nog niet is besproken.

8 Mits goed geformuleerd in de zin van het arrest van de Hoge Raad in de zaak Coface/Intergamma: HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, NJ 2015/167 m.nt. H.J. Snijders, JOR 2014/151 m.nt. B.A. Schuijling.

9 Vgl. HR 1 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:984, NJ 2022/291 m.nt. F.M.J. Verstijlen, JOR 2022/11 m.nt. A. Steneker (Rabobank/Ten Berge q.q.). In zijn noot beschrijft Steneker overigens, mede naar aanleiding van de andere noten onder dit arrest, hoe partijen in zijn ogen in de formulering van hun partijafpraak hierover binnen de kaders van dit arrest onderscheid kunnen maken tussen de overdraagbaarheid en onverpandbaarheid.

10 Wijziging van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het opheffen van bedingen in het handelsverkeer die ertoe strekken vervreemding dan wel verpanding van geldvorderingen tegen te gaan (Wet opheffing verpandingsverboden), Kamerstuk 35482. Het wetsvoorstel is op 7 september 2023 door de vaste commissie Justitie en Veiligheid van de Tweede Kamer niet-controversieel verklaard en gereed gemeld voor pleinaire behandeling in de Tweede Kamer.

Voor de onderhavige vraag met betrekking tot de overdraagbaarheid en/of verpandbaarheid van toekomstige huurvorderingen zal dus onderscheid moeten worden gemaakt tussen de op het moment van die overdracht c.q. verpanding al bestaande en nog niet bestaande huurovereenkomsten. De eigenaar van het huurobject (tevens verhuurder) kan dus – bijvoorbeeld in de hypotheekakte – bij voorbaat een stil pandrecht vestigen op de huurvorderingen die voortvloeien uit de op dat moment met betrekking tot het pand bestaande huurovereenkomst(en). Als de leningnemer nadien een nieuwe huurovereenkomst sluit, dan vallen de daaruit voortvloeiende vorderingen niet onder de overdracht of verpanding bij voorbaat en zal (bijvoorbeeld) gewerkt moeten worden met een vervolgcessie/-verpanding, al dan niet op basis van (aan de cessionaris/pandhouder) verstrekte volmacht. In het hierboven beschreven voorbeeld van de verhuurhypotheklening is bijvoorbeeld gebruikelijk dat de geldverstrekker op maandbasis, op basis van volmacht namens zijn leningnemers, in een verzamelpandakte al hun op dat moment bestaande huurvorderingen en toekomstige huurvorderingen, voor zover die voortvloeien uit op dat moment bestaande huurovereenkomsten (al dan niet bij voorbaat), aan zichzelf verpand.

3.3 De voorwaarde dat de cedent c.q. pandgever bij een levering of vestiging bij voorbaat beschikkingsbevoegd is op het moment dat de vordering ontstaat (art. 3:84 BW en art. 23 Fw) én niet failliet is (art. 35 lid 2 Fw)

Een andere beperking is dat, hoewel de leverings- c.q. vestigingshandeling bij voorbaat kan zijn verricht, de cedent/pandgever wel beschikkingsbevoegd dient te zijn op het moment dat de desbetreffende vordering ontstaat en dan (dus) niet failliet mag zijn. Een levering bij voorbaat van vorderingen kan op basis van art. 35 lid 2 Fw de boedel niet worden tegengeworpen, indien de vorderingen eerst ontstaan tijdens het faillissement of surseance van de cedent. Dat geldt ook onafhankelijk van art. 35 lid 2 Fw: de cedent die bij voorbaat toekomstige vorderingen heeft geleverd, moet voor een rechtsgeldige overdracht in de zin van art. 3:84 BW op het moment dat goederen hem gaan toebehoren beschikkingsbevoegd zijn, hetgeen hij in geval van faillissement ex art. 23 Fw niet is. Hetzelfde geldt voor een verpanding van toekomstige vorderingen. Op de vestiging van een pandrecht zijn ingevolge de schakelbepaling van art. 3:98 BW de vereisten voor overdracht van een goed van toepassing. Los van de hiervoor besproken vraag of een vordering voortvloeit uit een bestaande rechtsverhouding, is het ontstaansmoment van die vordering dus relevant voor de vraag of een vordering faillissementsbestendig kan worden gecedeerd of verpand in de zin van art. 23 en 35 lid 2 Fw.

De wet en de parlementaire geschiedenis geven geen criterium voor het bepalen van het moment waarop een vordering uit overeenkomst van een *toekomstige* vordering een *bestaande* vordering wordt. Het antwoord op de vraag wanneer een vordering ontstaat, is door de wetgever overgelaten aan het oordeel van de rechter. Het ontbreekt momenteel echter aan een

duidelijk en objectief criterium voor dit onderscheid.¹¹ De Hoge Raad heeft enkel voor een aantal specifieke gevallen een oordeel gegeven over of een vordering bestaand of toekomstig is.¹² Zo kwalificeerde de Hoge Raad in het WUH/Emmerig q.q.-arrest huurvorderingen – voor zover deze betrekking hebben op een nog niet verrichte tegenprestatie (het huurgenot) – als toekomstig, omdat het ontstaan van de vordering tot betaling van huur volgens de Hoge Raad afhankelijk is van toekomstige, vooralsnog onzekere omstandigheden, waaronder in het bijzonder het daadwerkelijke verschaffen van het huurgenot door de verhuurder.¹³ Cessie of verpanding van dergelijke huurvorderingen werkt dus over de periode vanaf datum faillissement niet meer tegen de boedel.

Tot het SOS/ABN Amro-arrest¹⁴ uit 1982 hield de Hoge Raad vast aan een bepaalde fictie: vorderingen die hun onmiddellijke grondslag vinden in een reeds bestaande rechtsverhouding werden als bestaand beschouwd. Dit bestaanscriterium werd in het Fijn van Draat q.q./Crediet-Maatschappij De Nederlanden-arrest geïntroduceerd en zorgde voor een relatief duidelijke en objectieve beoordeling.¹⁵ Vanaf het SOS/ABN Amro-arrest nam de Hoge Raad een andere richting. Uit de jurisprudentie sindsdien over cessie en verpanding van vorderingen valt af te leiden dat het enkele feit dat een vordering haar onmiddellijke grondslag vindt in een vóór de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding nog niet met zich brengt dat deze vordering op het moment van de faillietverklaring reeds bestaat. Sindsdien ontbreekt een duidelijk en objectief criterium voor het onderscheid tussen bestaande en toekomstige vorderingen. Zo roept het WUH/Emmerig q.q.-arrest¹⁶ vragen op zoals: is de uitspraak alleen van toepassing op huurovereenkomsten, aangezien de aard van de huurovereenkomst in het oordeel van de Hoge Raad werd benadrukt, of is de uitspraak ook van toepassing op andere soorten dienstenovereenkomsten?

Zo hechtte het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in het ‘zwemles’-arrest¹⁷ veel belang aan de verwijzing van de Hoge Raad naar de ‘aard van de huurovereenkomst’ in het WUH/Emmerig q.q.-arrest¹⁸ en naar de ‘aard van de geneeskundige behandelingsovereenkomst’ in het Famed/Kreikamp q.q.-arrest¹⁹ en concludeerde op basis daarvan dat de uit die arresten voortvloeiende rechtsregels niet zonder meer een-op-een op andere overeenkomsten, zoals een overeenkomst van opdracht, kunnen worden toegepast. De zaak van het ‘zwemles’-arrest betrof de verpanding bij voorbaat van lesgelden voor zwemlessen. De zwemlessen dienden te worden vooruitbetaald. Toen de zwemschool failliet ging, besloot de curator de activiteiten door te zetten en de zwemlessen te blijven geven. De Rabobank beweerde dat er al vóór faillissement een rechtsgeldig pandrecht was gevestigd op de lesgeldvorderingen. De curator weerlegde dit door een beroep te doen op het tegenprestatiebeginsel met verwijzing naar het WUH/Emmerig q.q.-arrest en door de vergelijking te maken met het Famed/Kreikamp q.q.-arrest, waarin de Hoge Raad concludeerde dat, gelet op de aard van een geneeskundige behandelingsovereenkomst, in beginsel na de verrichting van elke identificeerbare en op geld waardeerbare deelprestatie een daarmee corresponderende vordering tot betaling van loon ontstaat. De rechtbank ging daarin mee. Het hof echter niet. Bij de uitleg van de overeenkomst voor de beantwoording van de vraag of de zwemlesvorderingen bij aanvang van het faillissement reeds bestonden, hechtte het hof veel belang aan de verwijzing door de Hoge Raad naar ‘de aard van de huurovereenkomst/geneeskundige behandelingsovereenkomst’ en het feit dat de zwemlessen – in tegenstelling tot de huurvorderingen in het WUH/Emmerig q.q.-arrest en het loon voor de geneeskundige behandelingen – dienden te worden vooruitbetaald; mede daarom moesten de zwemlesvorderingen worden geacht reeds bij de faillietverklaring te bestaan (en te zijn verpand).

11 Zie o.a. B.C.M. van der Wiel, De temporele status van opschortend voorwaardelijke vorderingen: een kwestie van uitleg, in: W. van Boom e.a. (red.), Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat (Snijders-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

12 In gelijke zin: J.J. van Hees in zijn annotatie bij het ‘zwemles’-arrest, Hof Arnhem-Leeuwarden 2 mei 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:3702, JOR 2023/221.

13 HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5528, NJ 1987/530 m.nt. W.C.L. van der Grinten, JOR 2022/55 m.nt. B.A. Schuijling (WUH/Emmerig q.q.).

14 HR 26 maart 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4349, NJ 1982/615 m.nt. W.M. Kleijn (SOS/ABN Amro).

15 HR 29 december 1933, ECLI:NL:HR:1933:257, NJ 1934, p. 343 m.nt. P. Scholten (Fijn van Draat q.q./Crediet-Maatschappij De Nederlanden).

16 HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5528, NJ 1987/530 m.nt. W.C.L. van der Grinten, JOR 2022/55 m.nt. B.A. Schuijling (WUH/Emmerig q.q.).

Verder roept het WUH/Emmerig q.q.-arrest de vraag op of vorderingen gerelateerd aan toekomstige termijnen van operationele leaseovereenkomsten als toekomstig dienen te worden beschouwd. En hoe zit het met huurkoop of financiële lease? En is een vordering voor rente die nog niet opeisbaar is, toe-

17 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 mei 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:3702, JOR 2023/221 m.nt. J.J. van Hees.

18 HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5528, NJ 1987/530 m.nt. W.C.L. van der Grinten, JOR 2022/55 m.nt. B.A. Schuijling (WUH/Emmerig q.q.).

19 HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2901, NJ 2018/316 m.nt. F.M.J. Verstijlen, JOR 2018/78 m.nt. B.A. Schuijling (Famed/Kreikamp q.q.).

komstig?²⁰ Kan het ontstaansmoment van een vordering contractueel worden beïnvloed?²¹

Bovendien is de kwalificatie van een toekomstige huurvordering nogal arbitrair. De Hoge Raad had in de zaak WUH/Emmerig q.q. net zo goed kunnen oordelen dat een vordering met betrekking tot toekomstige huurtermijnen een bestaande vordering is onder een opschortende voorwaarde, gezien het feit dat het verstrekken van huurgenot een eenmalige feitelijke handeling is die plaatsvindt bij het aangaan van de huurovereenkomst.²²

Art. 23 en 35 lid 2 FW leggen dus beperkingen op aan de financieringspraktijk in relatie tot de cessie en verpanding van vorderingen zonder dat – althans op basis van de huidige stand van de jurisprudentie – volledig duidelijk is waar de grenzen precies liggen. Indien een vordering op het moment van faillietverklaring als toekomstig valt aan te merken, dan komt geen rechtsgeldige cessie of verpanding tot stand. Het ontstaansmoment van een vordering is afhankelijk van het oordeel van de rechter. Met betrekking tot het ontstaansmoment van huurvorderingen die zien op een nog niet verrichte tegenprestatie, geeft het oordeel van de Hoge Raad in het WUH/Emmerig q.q.-arrest²³ duidelijkheid, maar dit wordt als willekeurig en ongewenst gezien voor de financieringspraktijk. Voor andere typen vorderingen of huurvorderingen in gevallen waarover de rechter geen specifieke uitspraak heeft gedaan, is het criterium voor het onderscheid tussen bestaande en toekomstige vorderingen niet duidelijk en objectief. Dit brengt

rechtsonzekerheid met zich mee, wat eveneens een belemmering vormt voor de financieringspraktijk.

4 Vruchtgebruik als alternatief

4.1 De theorie

Vanwege de genoemde beperkingen wordt in de financieringspraktijk naar alternatieven gezocht om op een andere – en (wel) faillissementsbestendige – wijze dan cessie en verpanding vermogens-/zekerheidsverkrijging door de investeerder of financier te realiseren. Een van deze alternatieven betreft het recht van vruchtgebruik. Kleijn suggereerde al in zijn monografie over vruchtgebruik dat deze rechtsfiguur (ook) overwogen kon worden om aan bepaalde onzekerheden die samenhangen met cessie, zoals het faillissement van een cedent, te ontkomen.²⁴

Het recht van vruchtgebruik wordt doorgaans in het erfrecht toegepast, maar heeft een breder toepassingsbereik. Hoewel de wet geen exacte definitie geeft, volgt uit art. 3:201 BW de essentie van het recht van vruchtgebruik: het geeft het recht om (1) andermans goederen te gebruiken, en (2) daarvan de vruchten te genieten. Het recht van vruchtgebruik kan alleen op goederen worden gevestigd. De vruchtgebruiker heeft volgens art. 3:207 lid 1 BW de bevoegdheid om de vruchtgebruikgoederen te gebruiken of verbruiken overeenkomstig de bij vestiging van het recht gestelde regels en, als bij de vestiging hierover niets is afgesproken, met inachtneming van de aard van de goederen en de plaatselijke gewoonten. De vruchtgebruiker wordt tevens rechthebbende van de vruchten van de vruchtgebruikgoederen. Hem komen op grond van het bepaalde in art. 3:216 BW immers alle vruchten toe die tijdens het vruchtgebruik afgescheiden of opeisbaar worden. Hieronder vallen dus natuurlijke vruchten (zaken die volgens verkeersopvatting als vruchten van andere zaken worden aangemerkt²⁵) en burgerlijke vruchten (rechten die volgens verkeersopvatting als vruchten van goederen worden aangemerkt,²⁶ denk bijvoorbeeld aan rente, huur en canon).

Meestal ontstaat het recht van vruchtgebruik door vestiging. Op vestiging zijn ingevolge de schakelbepaling van art. 3:98 BW dezelfde vereisten van toepassing als voor overdracht van het goed waarop het vruchtgebruik dient te worden gevestigd (derhalve een geldige titel, beschikkingsbevoegdheid, een goederenrechtelijke overeenkomst en een vestigingsformaliteit).

20 De vraag of het recht op rente een bestaande of een toekomstige vordering is, wordt in de literatuur niet eenduidig beantwoord. Zie M.H.E. Rongen, *Cessie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, voetnoot 304 voor een overzicht.

21 Volgens o.a. Berkhout lijkt uit de arresten *De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.* (HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, NJ 2016/48 m.nt. F.M.J. Verstijlen, JOR 2016/20 m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt) en *Famed/Kreikamp q.q.* (HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2901, NJ 2018/316 m.nt. F.M.J. Verstijlen, JOR 2018/78 m.nt. B.A. Schuijling) inderdaad te volgen dat partijen het ontstaansmoment van een verbintenis kunnen bepalen, zie G.C. Berkhout, *Faillissementsbestendige verpanding van huurvorderingen*, WPNR 2018, afl. 7210, p. 751-758. Wij zijn hierin wat terughoudender. Een partijafspraken over het ontstaansmoment van een vordering met als enige doel een faillissementsbestendige cessie of verpanding te faciliteren, zou in onze ogen niet geldig mogen zijn. In dezelfde zin: B.A. Schuijling in zijn annotatie bij het WUH/Emmerig q.q.-arrest, HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5528, JOR 2022/55, T.H.D. Struycken, *Het ontstaansmoment van vorderingen in verband met artikel 35 lid 2 Fw – een pleidooi voor irrelevantie*, in: E.F. Verheul & T.T. van Zanten (red.), *Overeenkomst en zekerheid* (Recht en Praktijk nr. InsR20), Deventer: Wolters Kluwer 2023, en eerder J.L. Snijders, *Fixatiebeginsel en partijautonomie*, in: W. van Boom e.a. (red.), *Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat* (Snijders-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

22 Vgl. bijv. Rongen 2012, nr. 914 en Van der Wiel 2016. Van der Wiel stelt dat verbintenissen tot huurbetaling geen voorwaardelijke verbintenissen zijn, maar eerder verbintenissen onder tijdsbepaling.

23 HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5528, NJ 1987/530 m.nt. W.C.L. van der Grinten, JOR 2022/55 m.nt. B.A. Schuijling (WUH/Emmerig q.q.).

24 Vgl. W.M. Kleijn, *Vruchtgebruik* (Mon. Nieuw BW, deel B10), Deventer: Kluwer 1990. Recentelijk heeft Nieuwesteeg nog onderzocht of een vruchtgebruikconstructie een nuttige rol kan vervullen in de huidige financieringspraktijk, zie W.B.H.K. Nieuwesteeg, *Vruchtgebruik op verhuurde zaken: grof geschut voor de financieringspraktijk of een brug te ver?*, WPNR 2019, afl. 7258, p. 771-782). Ook T.H.D. Struycken bespreekt de vruchtgebruikconstructie in zijn noot bij HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, JOR 2023/22 (Telecom Vastgoed/KPN).

25 Art. 3:9 lid 1 BW.

26 Art. 3:9 lid 2 BW.

De vruchtgebruiker is bevoegd zijn recht van vruchtgebruik te vervreemden of te bezwaren.²⁷ Het recht van vruchtgebruik heeft echter ook beperkingen, waaronder verschillende verplichtingen voor de vruchtgebruiker, vermoedelijk meer dan partijen voor ogen staan als het vruchtgebruik is bedoeld als alternatief voor cessie/verpanding. Zo is de vruchtgebruiker verplicht om:²⁸

- a. een beschrijving van de vruchtgebruikgoederen te maken;
- b. voor de nakoming van zijn verplichtingen ten gunste van de hoofdgerechtigde zekerheid te stellen;
- c. jaarlijks opgave te doen van de stand van zaken met betrekking tot het vruchtgebruikvermogen;
- d. de zorg van een goed vruchtgebruiker in acht te nemen; en
- e. de gewone lasten en herstellingen te dragen en te verrichten.²⁹

4.2 De toepassing

Zoals hiervoor ook genoemd, suggereerde Kleijn, ondanks deze aan vruchtgebruik verbonden verplichtingen, in zijn monografie dat het wellicht nuttig zou kunnen zijn om vruchtgebruik te overwegen als alternatief voor cessie of verpanding. Hij gaf het voorbeeld van het vestigen van een vruchtgebruik op het pand (het onroerend goed) in het geval dat een hypotheekhouder, naast het hypotheekrecht op het pand, ook toekomstige huurinkomsten als zekerheid wenst. Als voordelen van een dergelijke vruchtgebruikconstructie worden wel genoemd:³⁰

- a. Omdat het recht van vruchtgebruik als goederenrechtelijk recht faillissementsbestendig is, zou deze constructie 'bestand' zijn tegen het faillissement van de hoofdgerechtigde, omdat de vrucht rechtstreeks in het vermogen van de vruchtgebruiker ontstaat zodra deze opeisbaar is (art. 3:216 BW). Hierdoor zouden de huurvorderingen het vermogen van de hoofdgerechtigde (verhuurder) niet passeren, waardoor de effecten van art. 23 en 35 lid 2 Fw vermeden kunnen worden.
- b. Een ander voordeel zou zijn dat 'dubbele toekomstige' huurvorderingen (dat wil zeggen: toekomstige huurvorderingen die niet hun onmiddellijke grondslag vinden in een ten tijde van de vestiging van het vruchtgebruik bestaande rechtsverhouding) als latere vruchten van het verhuurde object ook onder het recht van de vruchtgebruiker kunnen vallen. Hierdoor zouden de beperkende vestigingsvereisten van art. 3:94 BW voor (stille) cessie en art. 3:239 BW voor (stille) verpanding kunnen worden omzeild.
- c. Tot slot zou een eventueel onoverdraagbaarheidsbeding in de huurovereenkomst met deze constructie kunnen wor-

den omzeild. Op grond van art. 3:98 jo. art. 3:84 BW is voor vestiging van een beperkt recht de overdraagbaarheid van het bezwaarde goed vereist, maar niet van de vrucht. Die vrucht ontstaat immers rechtstreeks in het vermogen van de vruchtgebruiker (zie ook hierboven) en wordt zelf dus niet overgedragen.

4.3 Geldig?

Als het recht van vruchtgebruik wordt toegepast als vorm van zekerheid en niet voor het oorspronkelijke doel waarvoor het in de wet is opgenomen, dan rijst de vraag of die toepassing wel rechtsgeldig is. Op voorhand zijn wij daarvan niet overtuigd.

Telecom Vastgoed/KPN

De recente zaak Telecom Vastgoed/KPN³¹ had mogelijk een antwoord op deze vraag kunnen bieden, ware het niet dat de structurering van het vruchtgebruik niet optimaal was.³² Kort samengevat probeerden eigenaren van antennelocaties en Telecom Vastgoed (een investeerder) een constructie op te zetten waarbij Telecom Vastgoed gerechtigd zou zijn tot alle kasstromen gerelateerd aan antennelocaties (waaronder de kasstromen uit de bestaande huurovereenkomsten tussen die eigenaren en KPN) in ruil voor een vooraf betaalde afkoopsom. Juridisch probeerden zij dit vorm te geven door een recht van vruchtgebruik te vestigen op de (vorderingen met betrekking tot) huurpenningen en retributies die uit de overeenkomsten met KPN voortvloeiden, waarbij in de vestigingsaktes huurpenningen als vrucht in de zin van art. 3:9 BW waren aangemerkt.³³ Het geschil draaide uiteindelijk om de vraag of dit vruchtgebruik rechtsgeldig was gevestigd. Volgens KPN was dit niet het geval. Zij stelde onder meer dat met de toegepaste vruchtgebruikconstructie in wezen een faillissementsbestendige cessie van de huur- en retributievorderingen was beoogd, in het kader van een zogenaamde 'non-recourse loan', en dat deze constructie het recht van vruchtgebruik ontoelaatbaar denatureerde. Bovendien zou deze constructie niet aan de wettelijke eisen voldoen, omdat de vruchtgebruikgoederen en -vruchten goeddeels samenvallen. Daarnaast stelde KPN dat Telecom Vastgoed onrechtmatig handelde ten opzichte van KPN c.q. misbruik maakte van recht door de vruchtgebruikconstructie met dit oogmerk toe te passen.

Anders dan de rechtbank in eerste aanleg heeft het gerechtshof Den Haag de vorderingen van Telecom Vastgoed tegen KPN

²⁷ Art. 3:223 BW.

²⁸ En er zijn nog meer verplichtingen, zoals fiscale verplichtingen en verwikkelingen met het huurrecht. Zie bijv. art. 7:226 lid 1 BW, waaruit voortvloeit dat de verplichtingen uit hoofde van een bestaande huurovereenkomst op de vruchtgebruiker overgaan.

²⁹ Hierbij kan worden gedacht aan kosten van gewoon onderhoud, onroerendezaakbelasting en waterschapslasten. Zie H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, Goederenrecht (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 2), Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 618.

³⁰ Vgl. Nieuwesteeg 2019, p. 772 e.v.

³¹ HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, JOR 2023/22 m.nt. T.H.D. Struycken, NJ 2023/78 m.nt. F.M.J. Verstijlen, AA 2023/0199 m.nt. R.M. Wibier (Telecom Vastgoed/KPN).

³² In gelijk zin: T.H.D. Struycken in zijn noot bij HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, JOR 2023/22 (Telecom Vastgoed/KPN).

³³ In de lagere instanties is ook aandacht besteed aan hoe de vestigingsaktes op deze punten moesten worden uitgelegd; kort samengevat was de conclusie dat de huurvorderingen in vruchtgebruik zouden worden gegeven, waarbij dan de huurpenningen (die worden gegenereerd uit de vorderingen) zouden worden bestempeld als 'vrucht'.

afgewezen.³⁴ Hiertoe overwoog het hof onder meer het volgende:

- a. In principe staat de contractsvrijheid voorop. Het feit dat het recht van vruchtgebruik wordt gebruikt in financie-ringsconstructies voor fiscale motieven is op zichzelf onvoldoende om te oordelen dat het vruchtgebruik niet rechtsgeldig gevestigd is.
- b. Wanneer het vruchtgebruik rust op een vordering, strekt het vruchtgebruik zich uit over hetgeen door inning van die vordering wordt ontvangen (art. 3:213, tweede volzin, BW). In de onderhavige situatie betekent dit dat het vruchtgebruik ook op de betaalde huurpenningen rust. Deze bepaling sluit naar het oordeel van het hof uit dat huurpenningen tevens vruchten zijn, want het is moeilijk denkbaar dat een goed waarop het vruchtgebruik rust, tevens zelf de vrucht is; de huurpenningen kunnen niet gelden als vruchten van zichzelf.
- c. Volgens (eenduidige) verkeersopvatting worden huurpenningen en retributies geacht vruchten van de verhuurde onroerende zaak te zijn in de zin van art. 3:9 BW. Dit impliceert naar het oordeel van het hof dat huurpenningen niet (ook) kunnen worden aangemerkt als vruchten van het vorderingsrecht: ‘Het is immers niet goed denkbaar dat huurpenningen zowel de vrucht zijn van de onroerende zaak als van het vorderingsrecht. Het is het een of het ander.’ Volgens het hof staat het partijen daarom niet vrij – met een beroep op art. 3:216 BW – te bepalen dat de huurpenningen van een onroerende zaak zijn aan te merken als vruchten van een vorderingsrecht op die huurpenningen.

In cassatie is het bevestigende oordeel van de Hoge Raad kort en krachtig:

‘Artikel 3:201 bepaalt dat vruchtgebruik BW het recht geeft om goederen die aan een ander toebehoren, te gebruiken en daarvan de vruchten te genieten. Hetgeen door inning van aan vruchtgebruik onderworpen vorderingen wordt ontvangen, behoort aan de hoofdgerechtigde toe en is eveneens aan het vruchtgebruik onderworpen (artikel 3:213 lid 1 BW). Uit deze bepalingen vloeit voort dat het recht van vruchtgebruik op vorderingen niet kan dienen om zich hetgeen door inning van die vorderingen wordt ontvangen, toe te eigenen. Dat zou immers erop neerkomen dat het geïnde tegelijkertijd het goed is waarop het vruchtgebruik rust en de vrucht. Het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten brengt mee dat geen recht van vruchtgebruik kan worden gevestigd dat niet aan de wettelijke omschrijving voldoet.’

³⁴ Zie Hof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2274 m.nt. R. Bobbink.

De wijze waarop het vruchtgebruik in dit concrete geval is vormgegeven, past dus niet in het wettelijke stelsel.³⁵ Hoewel de Hoge Raad zich daar niet met zoveel woorden over uitlaat, zou dit bezwaar niet van toepassing zijn als het recht van vruchtgebruik zou worden gevestigd op de grond van de antennelocatie (in plaats van op de huurvorderingen). Mede gelet op de hierboven weergegeven overwegingen van het hof, is het verleidelijk om dan ook aan te nemen dat de vruchtgebruiker daarmee dus wél gerechtigd zou kunnen worden gemaakt tot de huurvorderingen (als vrucht van die grond).

Inhoudelijke bedenkingen bij vruchtgebruikconstructie

Omdat het de investeerder en eigenaar van het vruchtgebruikgoed eigenlijk (of vooral) te doen zal zijn om de investeerder praktisch rechthebbende of pandhouder van de toekomstige huurvorderingen te maken, zit de investeerder waarschijnlijk niet te wachten op de (hierboven genoemde) aan het vruchtgebruik verbonden verplichtingen en zal hij ook niet daadwerkelijk gebruik willen maken van het vruchtgebruikgoed (de grond). In de praktijk zullen de partijen daarom die verplichtingen en gebruiksbevoegdheid dan ook (contractueel) willen inperken en/of naar de eigenaar proberen te verleggen. Zij kunnen echter in beginsel alleen van de wettelijke bepalingen met betrekking tot beperkte rechten afwijken als de wet dit toestaat. Zoals de wetsgeschiedenis aangeeft, hebben partijen in dat geval, en ook als de wet zich van een regeling onthoudt, in beginsel ‘de vrijheid (...) om binnen de grenzen van de wettelijke definitie de inhoud van het recht zelf te bepalen’. Bepalingen die het beperkte recht in zijn essentie aantasten (‘denatureren’), leiden ertoe dat het beperkte recht niet tot stand komt.³⁶ Zoals hierboven is uiteengezet, is het gebruik maken van het vruchtgebruikgoed een kernbevoegdheid van het recht van vruchtgebruik. Wij denken dan ook dat als partijen afspreken dat (in plaats van de vruchtgebruiker) de hoofdgerechtigde nog altijd gebruik zal kunnen blijven maken van het vruchtgebruikgoed en/of de bovengenoemde wettelijke verplichtingen (materieel) worden ingeperkt, dan niet langer meer sprake kan zijn van vruchtgebruik in de zin van de wettelijke bepalingen, en dat dit ertoe leidt dat het recht van vruchtgebruik niet tot stand komt.

³⁵ Overigens, als de Hoge Raad in *Telecom Vastgoed/KPN* de constructie van vruchtgebruik op huurpenningen wel had goedgekeurd, zou art. 35 lid 2 Fw nog steeds een obstakel zijn geweest bij een eventueel faillissement van de grondeigenaar, omdat de grondeigenaar ten aanzien van de nog te verschijnen huurpenningen op grond van het bepaalde in WUH/Emmerig q.q. beschikkingsonbevoegd zou zijn en voor de vestiging van het vruchtgebruik op de huurpenningen op grond van het bepaalde in art. 3:98 BW dezelfde vereisten zouden gelden als voor de overdracht van huurpenningen. Vgl. F.M.J. Verstijlen in zijn noot bij HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, NJ 2023/78 (*Telecom Vastgoed/KPN*). Ook wanneer van een onoverdraagbaarheidsbeding sprake zou zijn geweest, zou het recht van vruchtgebruik op de huurpenningen om die reden eveneens ongeldig zijn geweest. Vgl. R.M. Wibier in zijn noot bij HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, AA 2023/0199 (*Telecom Vastgoed/KPN*).

³⁶ Vgl. T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 397 en concl. A-G Rank-Berenschot 18 maart 2022, ECLI:NL:PHR:2022:260 (*Telecom Vastgoed/KPN*).

Enigszins in het verlengde van het voorgaande ligt de vraag of deze toepassing van vruchtgebruik als alternatief voor cessie of verpanding mogelijk strijdig is met de strekking van art. 3:84 lid 3 BW (het fiduciaverbod).³⁷ Deze belemmering lijkt niet aan de orde te zijn wanneer partijen het volledige genot van de huurpenningen beogen, zoals in de zaak Telecom Vastgoed/KPN; in economisch opzicht komt de door partijen beoogde transactie feitelijk neer op een verkoop van het belang tegen betaling van een koopprijs.³⁸ Echter, wij zien art. 3:84 lid 3 BW als een mogelijk obstakel wanneer partijen slechts een verhaalspositie voor de vruchtgebruiker als quasi-zekerheidsnemer nastreven in het kader van een lening, zoals het geval zou zijn als van de vruchtgebruikconstructie gebruik wordt gemaakt om de financier ‘zekerheid’ te geven over toekomstige huurvorderingen, bijvoorbeeld bij verhuurhypotheekstructuren.³⁹

Daarnaast rijst de vraag of met het vestigen van een recht van vruchtgebruik op de grond de vruchtgebruiker rechthebbende kan worden gemaakt van de (toekomstige) huurpenningen als die vorderingen door middel van een onoverdraagbaarheidsbeding in de huurovereenkomst onoverdraagbaar zijn gemaakt en art. 3:83 lid 2 BW op deze manier kan worden omzeild. Het vestigen van een vruchtgebruik op de grond creëert immers de situatie dat de debiteur van de huurpenningen alsnog geconfronteerd wordt met een andere schuldeiser dan de oorspronkelijke schuldeiser. Dit is precies het scenario dat men vaak probeert te vermijden door in de huurovereenkomst een onoverdraagbaarheidsbeding ten aanzien van de huurpenningen op te nemen. Wij zijn van mening dat het omzeilen van een onoverdraagbaarheidsbeding door vestiging van een recht van vruchtgebruik op het huurobject niet toelaatbaar zou moeten zijn.⁴⁰ Ook deze problematiek zal niet langer meer relevant zijn als de Wet opheffing verpandingsgeboden wordt ingevoerd.

We hebben hoe dan ook onze bedenkingen bij een vruchtgebruikconstructie die in wezen alleen maar wordt toegepast om art. 23 en 35 lid 2 Fw en bijbehorende jurisprudentie te omzei-

len.⁴¹ Een dergelijke toepassing van het recht van vruchtgebruik zou ons inziens niet toelaatbaar moeten zijn, zoals ook ons inziens een (kunstmatige) partijafpraak over het ontstaansmoment van een vordering met als enige doel om een faillissementsbestendige cessie of verpanding te faciliteren niet toelaatbaar moet zijn.⁴² De wetgever heeft bewust beperkingen aangebracht aan de cessie c.q. verpanding van vorderingen bij voorbaat en gekozen om vorderingen die ontstaan na datum faillissement in de boedel te laten vallen (art. 23 en 35 lid 2 Fw). Daarnaast heeft de Hoge Raad in het SOS/ABN Amro-arrest⁴³ uit 1980 bewust gekozen voor een restrictiever criterium voor het ontstaan van vorderingen. De Hoge Raad benadrukte toen expliciet dat voor toepassing van art. 23 Fw een vordering niet geacht kan worden te bestaan op grond van het enkele feit dat zij haar onmiddellijke grondslag vindt in een bestaande rechtsverhouding, en nam daarmee nadrukkelijk afstand van het eerder door hem geformuleerde ‘Fijn van Draat-criterium’ (zie ook hierboven). Door aan te nemen dat vorderingsrechten op een later tijdstip ontstaan, zijn er in de praktijk méér vorderingen als toekomstig te beschouwen en is het logisch om aan te nemen dat méér bij voorbaat geleverde c.q. verpande vorderingen worden geraakt door art. 35 lid 2 Fw en dus vrij in de faillissementsboedel terechtkomen.

Vermoedelijk speelde de rechtspolitieke wens om tot een evenwichtigere verdeling te komen tussen niet-separatisten en separatisten ook een rol in het WUH/Emmerig q.q.-arrest,⁴⁴ waarin de Hoge Raad vorderingen voor niet-verschenen huurtermijnen als toekomstige vorderingen heeft gekwalificeerd.⁴⁵ De achterliggende gedachte van de Hoge Raad is mogelijk geweest dat vergoedingen voor prestaties die ná de faillietverklaring ten laste van de boedel worden verricht, in principe ten goede moeten komen aan diezelfde boedel.⁴⁶ Een vergelijkbare

37 Een rechtshandeling die ten doel heeft een goed tot zekerheid over te dragen, is ingevolge art. 3:84 lid 3 BW geen geldige titel voor de overdracht van dit goed.

38 Vgl. T.H.D. Struycken in zijn noot bij HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, JOR 2023/22 (Telecom Vastgoed/KPN). Overigens wordt – volgens ons ten onrechte – in r.o. 2.4 van het arrest van het gerechtshof Den Haag, waartegen het cassatieberoep zich richtte, de transactie (economisch) omschreven als een lening van Telecom Vastgoed waarbij de eigenaar aflossing vermeerderd met rente betaalt door de vorderingen aan Telecom Vastgoed te cederen. In dezelfde zin: R.M. Wibier in zijn noot bij HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331, AA 2023/0199 (Telecom Vastgoed/KPN).

39 Wellicht valt de rechtshandeling niet rechtstreeks onder het verbod van art. 3:84 lid 3 BW en leent zij zich mogelijk niet voor toepassing van de schakelbepaling van art. 3:98 BW, maar het lijkt wel in strijd met de geest van art. 3:84 lid 3 BW. Zie W.P.M. Nieskens-Isphording, Boekbespreking. Serie Monografieën NBW. Vruchtgebruik door prof. mr. W.M. Kleijn, WPNR 1993, afl. 6081, p. 732-734.

40 Zie voor een vergelijkbare opvatting Nieuwesteeg 2019, p. 773.

41 Wellicht is er zelfs sprake van *fraus legis*. Vgl. Nieskens-Isphording 1993. Anders: M.H.E. Rongen, *Securitisatie en vermogensafzondering van vorderingsrechten op naam*, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en effecten* (Onderneming en Recht nr. 13), Deventer: Kluwer 1998, p. 465. Rongen gelooft dat er geen sprake is van *fraus legis*, omdat de wetgever door de vruchtgebruiker het absolute recht van vruchtgebruik toe te kennen welbewust heeft aanvaard dat dit recht van vruchtgebruik ook betrekking heeft op burgerlijke vruchten, zoals huurtermijnen, die eerst na het faillissement van de verhuurder vervallen. Struycken is in zijn noot onder het KPN/Telecom Vastgoed-arrest daarentegen meer terughoudend. Hij ziet enige ruimte voor twijfel, vooral wanneer het vruchtgebruik betrekking heeft op huurtermijnen van een zaak die onder vruchtgebruik valt, zoals naar voren komt in HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5528, NJ 1987/530 m.nt. W.C.L. van der Grinten, JOR 2022/55 m.nt. B.A. Schuijling (WUH/Emmerig q.q.).

42 Vgl. B.A. Schuijling in zijn annotatie bij HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5528, JOR 2022/55.

43 HR 26 maart 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4349, NJ 1982/615 m.nt. W.M. Kleijn (SOS/ABN Amro).

44 HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5528, NJ 1987/530 m.nt. W.C.L. van der Grinten, JOR 2022/55 m.nt. B.A. Schuijling (WUH/Emmerig q.q.).

45 Vgl. concl. A-G Wuisman 3 december 2010, ECLI:NL:PHR:BN9463 (ING/Nederend q.q.).

46 Vgl. B.A. Schuijling in zijn annotatie bij HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5528, JOR 2022/55.

gedachte komt naar voren in het Tiethoff q.q./NMB-arrest,⁴⁷ waarin de Hoge Raad een uitzondering toestond op de verrekeningsbevoegdheid van art. 53 Fw. De Hoge Raad was hierin van oordeel dat, gebaseerd op de beginselen van gelijkheid van schuldeisers en goed boedelbeheer, het onaanvaardbaar is om van een curator te verlangen dat hij het huurgenot moet blijven verschaffen zonder daarvoor een vergoeding te ontvangen. Hoewel dit niet met zoveel woorden uit het arrest blijkt, wordt hieraan in de NJ-noot en latere jurisprudentie⁴⁸ de uitleg toegekend dat er geen reden is voor een uitzondering op de verrekeningsbevoegdheid van art. 53 Fw als de curator de mogelijkheid heeft om de huur (en daarmee het doorlopen van de verplichtingen) te beëindigen.

Het is goed denkbaar dat de Hoge Raad een opvatting zou kunnen hanteren die vergelijkbaar is met die in de Tiethoff q.q./NMB-zaak, als hem wordt gevraagd om een vruchtgebruikconstructie op een verhuurd onroerend goed te toetsen in het geval van een faillissement van de grondeigenaar. Het gevolg van de vruchtgebruikconstructie zou immers zijn dat de curator van de grondeigenaar in beginsel verplicht zou zijn om het gebruik van het onroerend goed te blijven toestaan, terwijl de vruchtgebruiker – en niet de boedel – de huurpenningen ontvangt. Dit zou door de Hoge Raad, gebaseerd op de beginselen van gelijkheid van schuldeisers en goed boedelbeheer, als onaanvaardbaar kunnen worden beschouwd, in lijn met zijn eerdere oordeel in de Tiethoff q.q./NMB-zaak.

5 De rechtspolitieke discussie

Ondanks de mogelijke voordelen van vruchtgebruik als financieringsinstrument zien wij dus de hiervoor genoemde aanzienlijke juridische obstakels. Deze obstakels creëren rechtsonzekerheid en kunnen de effectiviteit van vruchtgebruik als alternatief voor cessie of verpanding in de financieringspraktijk ondermijnen. Totdat er duidelijke precedents zijn, met name van de Hoge Raad, blijft het gebruik van vruchtgebruik in deze context riskant en onzeker. Het is echter de vraag of het nuttig is om een debat hierover te voeren, terwijl de centrale vraag zou moeten zijn of de huidige obstakels en belemmeringen voor de cessie en verpanding (zoals hierboven in par. 2 beschreven) wel aanwezig zouden moeten zijn. Gezien de waarschijnlijke implementatie van het wetsvoorstel tot opheffing van de verpandingsverboden, zullen we ons in het navolgende vooral richten op de obstakels die worden opgeworpen door art. 23 en 35 lid 2 Fw.

Art. 35 lid 2 Fw is gebaseerd op de gedachte dat de boedel niet mag worden benadeeld door levering (en verpanding) van toekomstige goederen die de schuldenaar op de dag van failliet-

verklaring nog niet heeft verkregen.⁴⁹ In de meeste geschillen over dit artikel draait het uiteindelijk om een kwestie van verdeling van het actief (of de opbrengst van de verkoop daarvan): komt dit toe aan één specifieke schuldeiser, meestal de financier (als pandhouder of cedent), of aan de boedel (de gezamenlijke schuldeisers)? Met betrekking tot de vraag of ten tijde van de faillietverklaring nog niet verschenen huurtermijnen toekomen aan de financier (al dan niet via verrekening), zagen we hierboven al dat de jurisprudentie van de Hoge Raad in de loop der jaren een ontwikkeling heeft doorgemaakt. De rechtspolitieke gedachte die waarschijnlijk ten grondslag lag aan het WUH/Emmerig q.q.-arrest,⁵⁰ waarin de Hoge Raad aannam dat huurvorderingen die tijdens het faillissement vervallen toekomstig zijn en daarom (als gevolg van art. 35 lid 2 Fw) in de boedel vallen, lijkt hierbij enigszins te zijn verschoven. Nog steeds is het uitgangspunt dat de vergoeding voor de huurprestaties van de curator (zoals het verstrekken van huurgenot en bijbehorende verplichtingen) in de boedel moet vloeien,⁵¹ maar hierop lijkt een uitzondering mogelijk indien de curator de verplichting tot het verrichten van die prestaties (feitelijk) kan beëindigen of die verplichtingen (om andere reden) maar van korte duur zijn. Uit het Tiethoff q.q./NMB-arrest⁵² kan immers (impliciet) worden afgeleid dat als de curator de macht heeft om het huurcontract te beëindigen, de verhuurder deze termijnen mag verrekenen met vorderingen die hij (in zijn hoedanigheid van financier) heeft. Dit wordt in onze ogen bevestigd in het recentere Houtman q.q./Rabobank-arrest.⁵³ Daarin overwoog de Hoge Raad dat de verrekeningsbevoegdheid op grond van art. 53 Fw niet geldt bij een kortstondige huurrelatie, zodat dan wél conform de hoofdregel van art. 53 Fw de door de bank verschuldigde huur kan worden verrekend met de vordering uit hoofde van het verleende krediet. De Hoge Raad achtte dus relevant dat het ging om verhuur voor een korte termijn, althans op korte termijn opzegbaar, die dus door de curator beëindigd kon worden. Er was in dat geval geen onaanvaardbare doorbreking van de gelijkheid van de schuldeisers als bedoeld in het Tiethoff q.q./NMB-arrest.⁵⁴ Wij zien hierin een uitbreiding van de aanspraken van de financier in verband met de vraag of nog niet verschenen huurtermijnen (via verrekening) aan de financier toekomen. De stand van de boedel en de aanspraken van de financier vanaf

⁴⁹ Vgl. Struycken 2023, par 12.7.1.

⁵⁰ HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5528, NJ 1987/530 m.nt. W.C.L. van der Grinten, JOR 2022/55 m.nt. B.A. Schuijling (WUH/Emmerig q.q.).

⁵¹ De Hoge Raad acht het moeten (blijven) leveren van prestaties door de curator (zoals het verstrekken van huurgenot en bijbehorende verplichtingen) zonder bijbehorende inkomsten onaanvaardbaar, omdat dit in strijd is met de beginselen van gelijkheid van schuldeisers en goed boedelbeheer, en mogelijk ook met het beginsel van fixatie, hoewel dit laatste niet expliciet uit de jurisprudentie blijkt.

⁵² HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0995, NJ 1990/661 m.nt. P. van Schilfgaarde (Tiethoff q.q./NMB).

⁵³ HR 21 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:995, NJ 2020/16 m.nt. F.M.J. Verstijlen, JOR 2019/262 m.nt. N.E.D. Faber (Houtman q.q./Rabobank).

⁵⁴ HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0995, NJ 1990/661 m.nt. P. van Schilfgaarde (Tiethoff q.q./NMB).

⁴⁷ HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0995, NJ 1990/661 m.nt. P. van Schilfgaarde (Tiethoff q.q./NMB).

⁴⁸ Zie P. van Schilfgaarde, annotatie bij HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0995, NJ 1990/661. Zie ook HR 21 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:995, NJ 2020/16 m.nt. F.M.J. Verstijlen, JOR 2019/262 m.nt. N.E.D. Faber (Houtman q.q./Rabobank).

faillissementsdatum zijn niet langer doorslaggevend, in die zin dat de Hoge Raad kennelijk een beperkte uitbreiding van die aanspraken ten laste van de boedel aanvaardbaar acht, als de curator het maar in zijn macht heeft om het huurcontract op te zeggen en de periode waarin hij een prestatie moet leveren zonder dat de boedel daarvoor de vergoeding ontvangt, kort is. Met een beëindigingsmogelijkheid heeft de curator die eventuele verruiming dus zelf in de hand.

Wij menen overigens dat de curator bij huurovereenkomsten altijd de mogelijkheid heeft om op korte termijn af te komen van de verplichting om huurgenot te verschaffen, nu de curator weliswaar gehouden is om die prestatie te blijven verschaffen (zoals uit het Nebula-arrest⁵⁵ volgt), maar wel te allen tijde de verhuurde zaak (weliswaar belast met huur) kan verkopen (waarbij de cessie of verpanding van de huurvordering ook tegen de koper/verkrijger kan worden ingeroepen) of de hypotheek-/pandhouder door het stellen van een termijn ex art. 58 Fw kan bewegen om tot executoriale verkoop over te gaan. In die zin hoeft de mogelijkheid om de huurovereenkomst te beëindigen niet doorslaggevend te zijn voor de vraag hoelang de boedel verplicht is tot het (blijven) verrichten van de prestaties onder de huurovereenkomst zonder dat de tegenprestaties in de boedel vloeien.

Als wij onze bovenstaande conclusies uit het Tiethoff q.q./NMB-arrest⁵⁶ en het Houtman q.q./Rabobank-arrest⁵⁷ (die beide betrekking hadden op verrekening) toepassen op de vraag of ná faillissementsdatum te verschijnen huurtermijnen faillissementsbestendig kunnen worden gecedeerd of verpand, dan durven wij de stelling aan dat die cessie of verpanding mogelijk zou moeten zijn. Omdat de curator het huurobject kan (doen) verkopen en daarmee zijn doorlopende huurverplichtingen kan wegnemen, hoeft wat ons betreft hierbij niet de eis te worden gesteld dat de doorlopende huurperiode kort of op korte termijn opzegbaar is.

Ongeacht of de verkoop van de verhuurde zaak is aan te merken als een executoriale verkoop, zullen de doorlopende rechten en verplichtingen uit hoofde van de huurovereenkomst in beginsel overgaan op de koper van die zaak (art. 7:226 BW: 'koop breekt geen huur').⁵⁸

Het voorgaande brengt mee dat de koper van de verhuurde zaak automatisch (als opvolgend verhuurder) rechthebbende wordt van de vorderingen voor nieuwe huurtermijnen. Ondanks dat die toekomstige vorderingen rechtstreeks in het vermogen van die koper ontstaan (en, voor zover het de cessie bij voorbaat betreft, de oorspronkelijk verhuurder op het moment van dat ontstaan dus niet beschikkingsbevoegd is ten aanzien van die vorderingen), heeft de Hoge Raad eerder geoordeeld dat een vóór de overdracht van de verhuurde zaak verrichte cessie van de toekomstige huurvorderingen bij voorbaat (het De Boer/Haskerveenpolder-arrest⁵⁹) c.q. een op die toekomstige huurvorderingen gelegd beslag niet door die overgang van de verhuurde zaak werd geraakt (het Van Berkel/Tribosa-arrest⁶⁰) en de koper van die zaak die cessie c.q. dat beslag dus tegen zich moest laten gelden.

De Hoge Raad heeft in het WUH/Emmerig q.q.-arrest⁶¹ specifiek voor toekomstige huurvorderingen bevestigd dat het faillissement (en daarmee het ontbreken van beschikkingsonbevoegdheid van de verhuurder) eraan in de weg staat dat een bij voorbaat verrichte leveringshandeling tijdens het faillissement effect sorteert. Voortbordurend op onze stelling hierboven, dat de tijdens het faillissement opkomende huurvorderingen ook (bij voorbaat) moeten kunnen worden gecedeerd of verpand,⁶² zou een vergelijkbare toepassing van de regels uit het De Boer/Haskerveenpolder-arrest en het Van Berkel/Tribosa-arrest ertoe leiden dat als de curator de verhuurde zaak verkoopt (of doet verkopen), de koper van die zaak de cessie c.q. verpanding van de toekomstige huurvorderingen tegen zich zal moeten laten gelden. In zoverre kan de curator dus niet meer overdragen dan de positie die hij zelf voor de verkoop had. Het spreekt vanzelf dat dit wel een zeker waardedrukkend effect zal hebben.

55 HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, NJ 2007/155 m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2007/76 m.nt. S.C.J.J. Kortmann en S.E. Bartels (Nebula).

56 HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0995, NJ 1990/661 m.nt. P. van Schilfgaarde (Tiethoff q.q./NMB).

57 HR 21 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:995, NJ 2020/16 m.nt. F.M.J. Verstijlen, JOR 2019/262 m.nt. N.E.D. Faber (Houtman q.q./Rabobank).

58 Tenzij de executerende hypotheekhouder voordien succesvol het huurbeding heeft ingeroepen en/of – als het huurobject geen gebouwde onroerende zaak betreft – partijen de werking van art. 7:226 BW bij het aangaan van de huurovereenkomst hebben uitgesloten.

59 HR 15 maart 1940, ECLI:NL:HR:1940:66, NJ 1940/848 (De Boer/Haskerveenpolder).

60 HR 25 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0122, NJ 1992/172 m.nt. H.J. Snijders, JOR 2021/23 m.nt. J.J. van Hees (Van Berkel/Tribosa).

61 HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5528, NJ 1987/530 m.nt. W.C.L. van der Grinten, JOR 2022/55 m.nt. B.A. Schuijling (WUH/Emmerig q.q.).

62 Waarvoor, zoals we hierna bespreken, wel een aanpassing van art. 23 en 35 lid 2 Fw zal zijn vereist.

Onze stelling hierboven dat de tijdens het faillissement opkomende huurvorderingen ook (bij voorbaat) moeten kunnen worden gecedeerd of verpand, omdat de curator zijn doorlopende huurverplichtingen kan wegnemen, lijkt enigszins in lijn met het oordeel van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in het eerdergenoemde ‘zwemles’-arrest, waarin het hof oordeelde dat de bank het pandrecht op de vorderingen uit hoofde van de zwemlesovereenkomst aan de boedel mocht tegenwerpen.⁶³ De aard en inhoud van die overeenkomst brachten het hof tot de conclusie dat die vorderingen reeds bij de faillietverklaring bestonden en waren verpand. Het tegenprestatiebeginsel uit het WUH/Emmerig q.q.-arrest leidde, aldus het hof, niet tot een andere uitleg. En bovendien

‘was de curator, anders dan de curator van de verhuurder in WUH/Emmerig q.q., niet verplicht om door de zwemlessen te continueren de boedel te belasten. De curator had er ook voor kunnen kiezen om de [onderneming] te staken en de zwemlessen stop te zetten. De curator heeft dat, welbewust, niet gedaan.’

Hoewel het hof dit in het ‘zwemles’-arrest dus niet doorslaggevend achtte, kan men zich bij een huurovereenkomst (waarop wij onze stelling hierboven baseren) wel afvragen of de curator in een dergelijk geval nog bereid is om medewerking te verlenen aan het voortzetten van de onderneming. Hij zal dat alleen doen indien hij een boedelbijdrage krijgt die ten minste gelijk is aan de kostprijs van zijn tegenprestatie. In de praktijk zullen daarvoor dan wel de nodige afspraken dienen te worden gemaakt.⁶⁴ Evenzo zou de boedel er niet op achteruit mogen gaan door de huurprestaties te (blijven) verrichten. We kunnen ons voorstellen dat de curator gecompenseerd wordt voor de kosten die hij moet maken voor het leveren van de tegenprestatie (zoals energiekosten, fiscale heffingen, onderhoudsverplichtingen etc.) en dit ook als voorwaarde stelt voor het langer voortzetten (lees: het later verkopen van het huurobject). Niettemin zou die vergoeding ook daarvoor al op zijn plaats zijn. Uiteindelijk komt het neer op een kwestie van verdeling: gaan de opbrengsten naar de financier (de cessionaris/pandhouder) of naar de gezamenlijke schuldeisers? In veel gevallen, met name wanneer de boedel leeg is, gaat het eigenlijk voornamelijk om het salaris van de curator, omdat dit in veel gevallen de hoogst gerangschikte boedelschuld is. In andere gevallen zal het met name gaan om het UWV dan wel de fiscus als boedelschuldeiser respectievelijk preferent schuldeiser.⁶⁵ Bij dit alles is het de vraag of het werkelijk zo onrechtvaardig is dat de huurinkom-

sten naar de cessionaris of pandhouder gaan. Die heeft immers op zijn beurt daarvoor reeds een koopsom of krediet aan de eigenaar van het huurobject verstrekt en, bijvoorbeeld als het gaat om aankoop-/project-financiering, de eigenaar in staat gesteld om het huurobject te kopen en te exploiteren, waarbij het gefinancierde bedrag bovendien vaak mede zal zijn gebaseerd op de cashflow die wordt gegenereerd door de verhuur van dat object. Hoewel dit de legeboedelproblematiek niet oplost, kunnen wij ons, als het puur gaat om de vraag wie de opbrengst van de huurobjectvorderingen toekomt, wel voorstellen dat de cessionaris/pandhouder en curator afspreken dat de boedel een boedelbijdrage krijgt die minstens gelijk is aan de kostprijs van het verschaffen van het huurgenot en mogelijke andere verplichtingen uit hoofde van de huurovereenkomst, zoals onderhoudsverplichtingen.⁶⁶

We onderkennen hierbij overigens wel dat de wetgever bij art. 53 Fw bewust de keuze heeft gemaakt om als hoofdregel te laten gelden dat vorderingen die ontstaan na datum faillissement maar voortvloeien uit een handeling verricht voor de datum waarop het faillissement is uitgesproken (lees: voortvloeien uit een reeds op die datum bestaande rechtsverhouding) verrekenbaar zijn, ongeacht of deze vorderingen bij het intreden van het faillissement bestaand of toekomstig zijn, terwijl voor art. 23 en 35 lid 2 Fw thans relevant is of een vordering op die datum bestaand is. Voor de (rechtspolitieke) keuzes die ten grondslag liggen aan de hierboven genoemde jurisprudentie van de Hoge Raad, en dan met name voor wat betreft de vraag welk actief in de boedel moet vallen en welk niet, zien wij echter geen goede reden om onderscheid te maken tussen art. 53 Fw enerzijds en art. 23 en 35 lid 2 Fw anderzijds. Het zou dan ook onze voorkeur hebben om dit onderscheid niet (langer) te maken. Wij kunnen ons goed voorstellen dat *voor de toepassing van art. 23 en 35 lid 2 Fw* huurvorderingen die na de faillietverklaring voortvloeien uit een reeds daarvoor bestaande rechtsverhouding (de huurovereenkomst) als bestaand worden aangemerkt, zij het dat dan dezelfde uitzonderingen zouden moeten gelden die (blijkens de hierboven genoemde jurisprudentie van de Hoge Raad) van toepassing zijn op verrekening van dergelijke vorderingen ex art. 53 Fw,⁶⁷ en dat

66 In gelijke zin: Rongen 2012, nr. 918.

67 In deze zin kunnen wij ons dus goed vinden in het door Rongen en Verhagen en later Struycken en Keukens gedane/onderschreven voorstel om een ‘contextuele’ interpretatie toe te passen op het begrip ‘toekomstig goed’ in art. 35 lid 2 Fw (hoewel ons voorstel dus iets ruimer is). Volgens de door hen voorgestelde interpretatie zouden vorderingen die rechtstreeks worden verkregen uit een ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding, *voor de toepassing van art. 35 lid 2 Fw*, kunnen worden aangemerkt als bestaande goederen. Vgl. H.L.E. Verhagen & M.H.E. Rongen, Cessie. De overdracht van vorderingen op naam (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2000, p. 53 e.v., T.H.D. Struycken & W.M.T. Keukens, Herstructureren in concernverhoudingen: vier stellingen over regres en subrogatie, in: De curator en het concern (Insolad Jaarboek 2017), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 6.4.2 en Struycken 2023, par. 12.8.

63 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 mei 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:3702, JOR 2023/221 m.nt. J.J. van Hees.

64 Vgl. M. Wilmer, Pandrecht op vorderingen uit hoofde van na faillissementsdatum gegeven zwemlessen, HERO 13 september 2023.

65 Vgl. Struycken 2023, par. 12.7.1.

hieraan zou moeten worden toegevoegd dat de cessionaris c.q. pandhouder een boedelbijdrage aan de boedel voldoet die minimaal gelijk is aan de met die prestaties voor de boedel samenhangende kosten of lasten. Dit zou echter betekenen dat de Hoge Raad voor dergelijke vorderingen zijn overwegingen in het SOS/ABN Amro-arrest⁶⁸ moet herzien en in feite het bestaanscriterium zoals dat volgde uit het Fijn van Draat q.q./Crediet-Maatschappij De Nederlanden-arrest opnieuw moet bevestigen.⁶⁹

Dat laatste lijkt niet ondenkbaar, nu de Hoge Raad in zijn recentere jurisprudentie heeft laten zien dat hij minder rigide met het fixatiebeginsel is omgegaan. Wij denken hierbij bijvoorbeeld aan zijn arrest inzake Rabobank/Reuser q.q., waarin de Hoge Raad een pandrecht op voorwaardelijk eigendomsrecht aanvaardde in het kader van een eigendomsvoorbehoud en in dat kader niet belemmerd werd door art. 35 lid 2 Fw.⁷⁰ Hoewel het hier dan gaat om een voorwaardelijk recht op een zaak, zien wij niet in waarom een vergelijkbare benadering niet mogelijk is bij een voorwaardelijk recht op een vordering (een vordering die rechtstreeks voortvloeit uit een bestaande rechtsverhouding, ongeacht of die op basis van de huidige jurisprudentie als bestaand of toekomstig moet worden gekwalificeerd).⁷¹ Net zoals bij een toekomstige huurvordering in de zin van het WUH/Emmerig q.q.-arrest diende bij het eigendomsvoorbehoud de tegenpresentatie nog te worden verricht. Wij zien niet goed in waarom deze situaties voor het doel van art. 35 lid 2 Fw anders zouden moeten worden behandeld.

Deze benadering zou in onze ogen ook goed aansluiten bij het criterium dat de Hoge Raad thans hanteert voor de vraag of een vordering ter verificatie kan worden ingediend.⁷² Een bijkomend voordeel is dat de reikwijdte van art. 23 en 35 lid 2 Fw met betrekking tot huurvorderingen op basis van deze benadering in onze ogen ook objectiever is vast te stellen.

68 HR 26 maart 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4349, NJ 1982/615 m.nt. W.M. Kleijn (SOS/ABN Amro).

69 Vgl. Rongen 2012, nr. 912.

70 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, JOR 2016/287 m.nt. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, NJ 2016/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Rabobank/Reuser).

71 Vgl. Snijders 2016.

72 Vgl. HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291 m.nt. F.M.J. Verstijlen, JOR 2013/224 m.nt. G.A.J. Boekraad (Koot Beheer/Tideman q.q.) en HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, NJ 2018/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen, JOR 2018/254 m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (Credit Suisse/Jongepier q.q.). Ook volgens Van Hees valt er veel voor te zeggen om voor de toepassing van art. 35 lid 2 Fw voor het ontstaansmoment van vorderingen hetzelfde criterium te hanteren als voor vorderingen die in het faillissement geldend kunnen worden gemaakt, zie J.J. van Hees in zijn annotatie bij het 'zwemles'-arrest, Hof Arnhem-Leeuwarden 2 mei 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:3702, JOR 2023/221.

Het voorgaande neemt niet weg dat het uiteindelijk zuiverder is als de wetgever op het (rechtspolitieke) verdelingsvraagstuk kleur bekent en helderheid schept. Om de door ons aangehangen benadering vast te leggen zouden bijvoorbeeld art. 23 en 35 lid 2 Fw kunnen worden uitgebreid met de verduidelijking dat *voor de toepassing van deze artikelen* huurvorderingen die na de faillietverklaring voortvloeien uit een reeds daarvoor bestaande rechtsverhouding als bestaand worden aangemerkt, en met de toevoeging dat de cessie c.q. verpanding bij voorbaat van dergelijke vorderingen die een vergoeding inhouden voor nog door de boedel te leveren huurprestaties (actief dan wel passief) alleen dan aan de boedel kunnen worden tegengeworpen als de cessionaris c.q. pandhouder een boedelbijdrage aan de boedel voldoet die minimaal gelijk is aan de met die prestaties voor de boedel samenhangende kosten of lasten. Omdat wij – zoals hierboven aangegeven – menen dat de curator het voortduren van de huurverplichtingen zelf kan stoppen door het huurobject te (doen) verkopen, hoeft bij de hiervoor genoemde aanpassing wat ons betreft niet als voorwaarde te worden toegevoegd dat de huurverplichtingen slechts voor korte duur doorlopen of op korte termijn opzegbaar zijn.

6 Afsluiting

Hierboven hebben wij de verschillende beperkingen beschreven die gelden voor de cessie c.q. verpanding bij voorbaat van toekomstige vorderingen. In de casus van Telecom Vastgoed/KPN is getracht die beperkingen te omzeilen door het vestigen van een recht van vruchtgebruik op (onder meer) huurpenningen. Hoewel dát niet mogelijk bleek, omdat de wijze waarop het vruchtgebruik was vormgegeven in strijd was met het wettelijke stelsel, is de vraag of die beperkingen door middel van vruchtgebruik kunnen worden omzeild, vooralsnog onbeantwoord. Zoals hierboven beschreven, zien wij aanzienlijke inhoudelijke bezwaren tegen de toepassing van vruchtgebruik louter als instrument om toekomstige huurstromen aan een financier of investeerder te doen toekomen en een groot risico dat een dergelijke constructie niet tot het beoogde resultaat leidt.

In plaats van de discussie of vruchtgebruik op deze wijze kan worden ingezet, voeren wij liever discussie over de genoemde beperkingen voor cessie c.q. verpanding bij voorbaat van toekomstige huurvorderingen en de reikwijdte van art. 23 en 35 lid 2 Fw. Voortbordurend op de lijn uit de hierboven genoemde arresten zouden we ons bijvoorbeeld kunnen voorstellen dat in de rechtspraak of door de wetgever art. 23 en 35 lid 2 Fw worden uitgebreid met de aanvulling dat een cessie/verpanding bij voorbaat van huurvorderingen die eerst ontstaan na de faillietverklaring maar rechtstreeks voortvloeien uit een bestaande huurovereenkomst, aan de boedel kan worden tegengeworpen, mits de cessionaris/pandhouder met de curator een redelijke boedelbijdrage overeenkomt, die minstens gelijk is aan de kostprijs van het verschaffen van het huurgenoet en mogelijke andere verplichtingen die er uit hoofde van de huurovereenkomst bij komen kijken.