

# Fixatiebeginsel en partijautonomie

*Jurian Snijders<sup>1</sup>*

## I. Inleiding

Toen ik bijna een kwart eeuw oud was schreef ik, in Leiden, mijn scriptie over het overwaarde-arrangement. Mijn vader mocht mijn scriptie absoluut niet lezen voordat mijn bul was uitgereikt, zo principieel was ik. Zo voelt het nu ook een beetje. Mijn vader mag deze bijdrage niet lezen, sterker hij mag zelfs niet weten dat ik eraan werk, voordat dit liber amicorum aan hem is uitgereikt. Ik onderzocht destijds of het overwaarde-arrangement faillissementsbestendig was, onder begeleiding van Margreet de Boer. Zij gaf mij twee opdrachten mee: (i) heb een andere mening dan jouw vader; en (ii) zorg dat de scriptie niet langer is dan 25 bladzijden. Alleen de laatste opdracht heb ik volbracht: de scriptie telde 24 bladzijden.

Het overwaarde-arrangement is een constructie waarbij de ene financier in geval van overwaarde meelift op de zekerheden van een andere financier en eventueel vice versa (in welk geval het ook wel een wederzijds zekerhedenarrangement wordt genoemd). Het overwaarde-arrangement werkt ongeveer als volgt. Een schuldenaar heeft twee financiers, financier A en financier B. Financier A heeft een pandrecht op alle handelsvorderingen van schuldenaar. Financier B heeft een pandrecht op alle voorraad. In geval van verzuim mogen financier A en financier B overgaan tot uitwinning van de zekerheden. Er kan zich een situatie voordoen dat de zekerheden van financier A ontoereikend zijn voor voldoening van zijn volledige vordering. In dat geval kan financier A geen gebruik maken van de zekerheden van B in geval van een overwaarde. Alleen de handelsdebiteuren strekken immers tot zekerheid voor financier A en een overwaarde op de zekerheden van financier B, alle voorraden, komt toe aan de schuldenaar (of de boedel) op grond van het bepaalde in art. 3:253 BW. Om toch te bereiken dat financier A niet met een onvoldane vordering blijft zitten, kunnen financier A en financier B een overwaarde-arrangement sluiten. Daarin stelt financier B zich borg voor de restvordering van A tot een bedrag maximaal de overwaarde van de zekerheden van B na uitwinning (en eventueel vice versa). Het overwaarde-arrangement tracht te bewerkstelligen dat de regresvordering die financier B als borg verkrijgt na betaling aan A na uitwinning van de zekerheden op de overwaarde kan worden verhaald. De rechtsvraag die centraal staat bij de vraag of een overwaarde-arrangement faillissementsbestendig is, is of een pand- of hypotheekhouder zich mag verhalen op de ten gunste van zijn

<sup>1</sup> Mr. J.L. Snijders is advocaat bij FIZ advocaten en PhD-kandidaat aan de Universiteit van Tilburg.

voor datum faillissement gevestigde zekerheden voor die regresvordering; meer in het bijzonder of het fixatiebeginsel aan verhaal voor een dergelijke vordering in de weg staat.

Nagenoeg een kwart eeuw geleden schreef mijn vader een annotatie onder het arrest *Nederlandse Antillen/Komdeur q.q.*<sup>2</sup> Uit dat arrest zou kunnen worden afgeleid dat de borg al voorafgaande aan zijn betaling aan de schuldeiser een vordering onder opschortende voorwaarde heeft op de hoofdschuldenaar. Mijn vader vond echter dat de constructie van een vordering onder de opschortende voorwaarde te gekunsteld was en deze diende volgens hem, zolang door de borg nog niet is betaald, als toekomstig te worden aangemerkt. Een dergelijke vordering zou volgens mijn vader echter wel met een soepele uitleg van art. 53 Fw in faillissement voor verrekening vatbaar zijn, indien zowel de tegenvordering als de regresvordering is ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeit uit handelingen vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht uit een bestaande rechtsverhouding. Aan te nemen valt dat de verhaalsvordering van de borg veelal indirect voortvloeit uit de oorspronkelijke toezegging van hem aan de hoofdschuldenaar om borg te staan. Indien de borgtocht anders dan op grondslag van zo'n toezegging wordt aangegaan of zelfs zonder medeweten van de hoofdschuldenaar, dan lijkt minder aanleiding voor het recht op verrekening te bestaan, aldus mijn vader toen.

In mijn scriptie concludeerde ik dat het overwaarde-arrangement faillissementsbestendig was. Ik kwalificeerde in navolging van mijn vader de regresvordering als toekomstig, maar ingeval de regresvordering uit een bestaande rechtsverhouding voortvloeide, kon de borg voor die vordering verhaal nemen op de zekerheden. De grondslag van deze redenering lag mijns inziens in art. 132 Fw lid 2 Fw jo. art. 483e Rv en in art. 53 Fw.

Nagenoeg een kwart eeuw na mijn vaders annotatie oordeelt de Hoge Raad kort gezegd dat het overwaarde-arrangement, ook zonder nadere afspraken, faillissementsbestendig is, mits de regresvordering voortvloeit uit een reeds bestaande rechtsverhouding.<sup>3</sup> De enkele in art. 7:865 BW bedoelde rechtsverhouding hoofdschuldenaar-borg kan naar het oordeel van de Hoge Raad niet worden aangemerkt als een rechtsverhouding in de hiervoor bedoelde zin waaruit het regresrecht van de borg voortvloeit. Een rechtsverhouding in de zojuist bedoelde zin ontstaat wel als de hoofdschuldenaar partij is bij – of als partij toetreedt tot – de overeenkomst van borgtocht (oftewel het overwaarde-arrangement). De Hoge Raad oordeelt voorts dat naast de mogelijkheid van verhaal voor een wettelijke regresvordering, het mogelijk is een contractuele regresvordering te creëren die niet pas ontstaat na betaling door de borg, maar al bij het aangaan van het overwaarde-arrangement onder de opschortende voorwaarde van betaling. Dat is een interessante overweging. Kennelijk staat het partijen vrij naast de wettelijke regresvordering een contractuele regresvordering in het leven te roepen en zodanig vorm te geven dat

<sup>2</sup> HR 3 juni 1994, NJ 1995/340, m.nt. H.J. Snijders (*Nederlandse Antillen/Komdeur q.q.*).

<sup>3</sup> HR 16 oktober 2015, NJ 2016/48, m.nt. F.M.J. Verstijlen; JOR 2016/20, m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (*De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.*).

een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde wordt gecreëerd.<sup>4</sup> De overweging roept de vraag op of het in de macht van partijen ligt om een vordering die zonder nadere partijafpraak als toekomstig wordt aangemerkt door partijafpraak als een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde kan worden aangemerkt. Staat het partijen vrij om in alle gevallen dergelijke afspraken te maken of wordt die contractsvrijheid tot op zekere hoogte beperkt? Dat is de vraag die centraal staat in deze bijdrage.

In deze bijdrage zal ik eerst ingaan op de betekenis en de reikwijdte van het fixatiebeginsel. Daarna zal ik ingaan op de vraag of het partijen in alle gevallen vrijstaat afspraken te maken over het ontstaansmoment van een vordering.

## 2. Het fixatiebeginsel

Een belangrijk beginsel in het faillissementsrecht is het fixatiebeginsel. Omdat er tussen het moment van de faillietverklaring en het moment van de tegeldemaking van het vermogen – uitdeling aan de boedelschuldeisers en aan de erkende geverifieerde schuldeisers – de nodige tijd verstrijkt, is de afwikkeling van het faillissement niet mogelijk zonder enige vorm van fixatie. Dit wordt gerealiseerd door toepassing van het fixatiebeginsel.<sup>5</sup>

Het fixatiebeginsel houdt – kort gezegd – in dat de schuldenaar door het faillissement zijn beheers- en beschikkingsbevoegdheid verliest (het eerste aspect), terwijl bovendien de positie van alle bij de boedel betrokkenen in beginsel geen verandering meer kan ondergaan (het tweede aspect).

## 3. Fixatie van het actief

Het eerste aspect van het fixatiebeginsel probeert te waarborgen dat het actieve vermogen van de schuldenaar intact blijft: *fixatie van het actief*. Dit volgt onder andere uit art. 23 Fw (de failliet verliest op het moment van faillietverklaring de beschikking en het beheer over zijn vermogen) en 35 Fw (leveringen kunnen niet meer worden voltooid na faillissement (lid 1); bij voorbaat geleverde toekomstige goederen vallen in de boedel (lid 2)).

4 In het arrest *Bannenbergh q.q./NMB Heller* (HR 9 juli 2004, NJ 2004/618, m.nt. P. van Schilfgaarde; JOR 2004/222, m.nt. J.J. van Hees) zijn overigens geen aanwijzingen van de Hoge Raad te vinden dat destijds sprake was van een contractuele regresvordering die door partijen als een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde was vormgegeven. Vgl. Faber en Vermunt in hun annotatie onder het arrest *De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.*, HR 16 oktober 2015, JOR 2016/20.

5 Vgl. C. Rijckenberg, 'Fixatie en schuldeisers', in: I. Spinath e.a., *Curator en Crediteuren* (Insolad Jaarboek 2009), Deventer: Kluwer 2009, p. 132.

Een overdracht respectievelijk verpanding bij voorbaat heeft niet tot gevolg dat op dat moment de overdracht respectievelijk verpanding reeds plaatsvindt. De overdracht respectievelijk verpanding geschiedt eerst op het ogenblik dat de vervreemder respectievelijk pandgever beschikkingsbevoegd wordt. Pas dan is immers aan alle vereisten voor overdracht respectievelijk verpanding voldaan. Het goed wordt derhalve pas overgedragen respectievelijk verpand op het moment dat de vervreemder respectievelijk pandgever rechthebbende wordt van het goed. Is deze intussen in staat van faillissement verklaard, dan kan de vervreemding respectievelijk de bezwaring, wegens het bepaalde in art. 23 en 35 lid 2 Fw, niet tegen de boedel worden ingeroepen. Ten aanzien van zaken betekent dit dat de vervreemder respectievelijk pandgever vóór het moment van faillietverklaring eigenaar van de te vervreemden respectievelijk verpanden zaak moet zijn. Ten aanzien van vorderingen bepaalt het ontstaansmoment van de vordering of een vervreemding respectievelijk bezwaring tegen de boedel kan worden ingeroepen.

In het arrest *Fijn van Draat q.q./Crediet-Maatschappij*<sup>6</sup> overweegt de Hoge Raad dat het overdragen van de 'eigendom' van de vordering slechts dan kan, wanneer de vordering al bestaat, met dien verstande dat een vordering 'bestaat' als deze een onmiddellijke grondslag vindt in een rechtsverhouding tussen crediteur en debiteur van de vordering. Vanaf het arrest *Curatoren Solleveld II*<sup>7</sup> vaart de Hoge Raad een andere koers. 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. Zo valt bijvoorbeeld uit het arrest *WUH/Emmerig q.q.*<sup>8</sup> af te leiden dat huurvorderingen – voor zover deze betrekking hebben op een nog niet verrichte tegenprestatie (huurgenot) – als toekomstig worden aangemerkt. Cessie of verpanding van dergelijke huurvorderingen werkt dus over de periode vanaf datum faillissement niet meer tegen de boedel. Volgens Wuisman was er in de jaren '80 van de vorige eeuw de rechtspolitieke wens om tot een evenwichtigere verdeling van de verhaalsmogelijkheden tussen separatisten en niet separatisten in een faillissementssituatie te komen.<sup>9</sup> Door voor het ontstaan van vorderingsrechten een later tijdstip aan te houden (vergelijk het *Curatoren Solleveld II*-arrest en het *SOS/ABN (Viskotter Leon)*-arrest<sup>10</sup>) en zo meer vorderingsrechten als toekomstig aan te merken, zou met behulp van de in art. 35 lid 2 Fw voorziene bepaling ten faveure van de niet separatisten (de gezamenlijke schuldeisers) kunnen worden bewerkstelligd dat meer actief in de faillissementsboedel terecht komt.

6 HR 29 december 1933, NJ 1934/343, m.nt. P. Scholten (*Fijn van Draat q.q./Crediet-Maatschappij*).

7 HR 24 oktober 1980, NJ 1981/265, m.nt. W.M. Kleijn (*Curatoren Solleveld II*).

8 HR 30 januari 1987, NJ 1987/530, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*WUH/Emmerig q.q.*).

9 A-G Wuisman in zijn conclusie voor HR 10 december 2010, NJ 2010/653; JOR 2011/63, m.nt. B. A. Schuijling (*ING/Nederend q.q.*).

10 HR 26 maart 1982, NJ 1982/615, m.nt. W.M. Kleijn (*SOS/ABN (Viskotter Leon)*).

#### 4. Fixatie van het passief

De fixatie van het passief, het tweede aspect van het fixatiebeginsel, beoogt te waarborgen dat in beginsel slechts diegenen in het faillissement kunnen opkomen, die op het moment van de faillietverklaring schuldeiser zijn en wel voor het bedrag dat zij op dat moment te vorderen hebben. Dit aspect van het fixatiebeginsel is onder meer neergelegd in art. 24 Fw (de boedel is niet gebonden aan verbintenissen ontstaan na datum faillissement, tenzij de boedel is gebaat) en art. 129-131 Fw (verificatiebepalingen). Uit dit aspect van het fixatiebeginsel vloeit het onderscheid tussen niet-verifieerbare schulden en faillissementsschulden voort.<sup>11</sup> Tot aan het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.*<sup>12</sup> leek als gevolg van het fixatiebeginsel de regel te zijn dat na faillietverklaring ontstane vorderingen – ongeacht of die voortvloeien uit een op het moment van faillietverklaring bestaande rechtsverhouding – zich niet voor verificatie lenen. Op die regel waren enige uitzonderingen mogelijk.<sup>13</sup>

De Hoge Raad overweegt echter in het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.*:

*'Vorderingen die een boedelschuld opleveren, moeten worden onderscheiden van vorderingen op de schuldenaar, met het oog op de voldoening waarvan de vereffening van de boedel plaatsvindt. Vorderingen die voortvloeien uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar en die geen boedelschuld opleveren op een van de hiervoor in 3.7.1 vermelde gronden, behoren tot bedoelde vorderingen op de schuldenaar, ook als ze pas tijdens het faillissement ontstaan, zoals onder meer blijkt uit art. 37 en 37a Fw en de op art. 37 Fw gegeven toelichting (Van der Feltz I, p. 409).'*

Uit deze overweging lijkt te volgen dat de Hoge Raad niet (langer) hetzelfde fixatiemoment aanhoudt voor de fixatie van het actief en voor de fixatie van het passief. De Hoge Raad lijkt een minder rigide uitleg te hanteren ter zake van de fixatie van het passief.<sup>14</sup> Vorderingen die op het moment van faillietverklaring nog niet bestonden maar gedurende het faillissement zijn ontstaan en voortvloeien uit een op het moment van faillietverklaring bestaande rechtsverhouding lenen zich kennelijk naar het oordeel van de Hoge Raad voor verificatie, terwijl cessie of verpanding van dergelijke vorderingen niet tegen de boedel kan werken.

<sup>11</sup> Zie G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, Deventer: Tjeenk-Willink 1997, p. 14.

<sup>12</sup> HR 19 april 2013, NJ 2013/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen; JOR 2013/224, m.nt. G.A.J. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).

<sup>13</sup> Zo volgt bijv. uit art. 136 lid 2 Fw dat een hoofdelijk verbonden schuldenaar ook ter zake van regresvordering die hij pas tijdens het faillissement van een mede-schuldenaar heeft verkregen in het faillissement kan worden toegelaten.

<sup>14</sup> Het valt niet geheel uit te sluiten dat de Hoge Raad in het onderhavige geval de schadevergoedingsplicht van de curator als faillissementsschuld aanmerkte als tegemoetkoming voor het feit dat de vordering niet als boedelschuld wordt aangemerkt, terwijl op basis van het daarvoor geldende 'toedoenscriterium' de vordering wel als boedelschuld zou worden aangemerkt.

Voor de vraag of een vordering zich voor verificatie leent, lijkt het onderscheid tussen bestaande vorderingen onder opschortende voorwaarde en toekomstige vorderingen die voortvloeien uit een voor de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding derhalve geen rol meer te spelen. De rechtvaardiging hiervan zou gelegen kunnen zijn in het feit dat een schuldvordering, ook al is deze in juridisch opzicht nog niet volwaardig, naar maatschappelijke maatstaven en meer in het bijzonder bedrijfseconomische maatstaven, op datum van faillietverklaring reeds een bepaalde waarde vertegenwoordigt. Wanneer dat het geval is, is een dergelijke schuldvordering op datum faillissement latent aanwezig. Het toelaten van dergelijke schuldvorderingen leidt zo gezien op zichzelf niet tot een (plotseling) verslechterde positie van de schuldeisers die ten tijde van het faillissement wel een volwaardige vordering hebben.<sup>15</sup>

Het fixatiebeginsel speelt mijns inziens ook na het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* nog steeds een rol voor de vraag voor welk bedrag een vordering kan worden geverifieerd. Voor bestaande vorderingen onder de opschortende voorwaarde is dit specifiek geregeld in art. 130 Fw. De vordering onder opschortende voorwaarde kan onvoorwaardelijk worden geverifieerd voor de geschatte waarde van de vordering op het moment van faillietverklaring (lid 1). Dit houdt in dat de vordering dient te worden teruggebracht tot haar contante waarde per faillissementsdatum. Het faillissement fixeert de vordering op die waarde. Wellicht moet een dergelijke regeling ook gelden voor toekomstige vorderingen die voortvloeien uit een op het moment van faillietverklaring bestaande rechtsverhouding. Ik zou menen dat bij de toepassing van dit artikel niet te veel belang moet worden gehecht aan het onderscheid tussen bestaande vorderingen onder opschortende voorwaarde en toekomstige vorderingen die voortvloeien uit een op het moment van faillietverklaring bestaande rechtsverhouding, temeer omdat de grens tussen bestaande en toekomstige vorderingen ten tijde van de totstandkoming van de Faillissementswet anders werd getrokken.<sup>16</sup> Voor de vraag of een vordering zich voor verificatie leent, zou dus uiteindelijk van belang moeten zijn of er op datum faillissement sprake is van een vordering die naar maatschappelijke maatstaven en meer in het bijzonder bedrijfseconomische maatstaven een bepaalde waarde heeft.<sup>17</sup> Voor zover een dergelijke vordering juridisch nog niet volwaardig is op het moment van faillietverklaring, dient de vordering vervolgens op de voet van art. 130 Fw te worden geverifieerd.

<sup>15</sup> Vgl. Boekraad 1997, p. 30 en 54.

<sup>16</sup> In onder andere het *Fijn van Draat q.q./Crediet-Maatschappij*-arrest (HR 29 december 1933, NJ 1934/343, m.nt. P. Scholten) overwoog de Hoge Raad nog dat een vordering reeds bestaat als deze een onmiddellijke grondslag vindt in een rechtsverhouding tussen crediteur en debiteur van de vordering. Het lijkt aannemelijk dat de wetgever bij de totstandkoming van de Faillissementswet van dezelfde gedachte is uitgegaan. Vgl. N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, nr. 450.

<sup>17</sup> Voor voorbeelden waaruit kan blijken dat een schuldvordering naar bedrijfseconomische maatstaven waarde heeft, verwijs ik naar de dissertatie van Boekraad 1997, vanaf p. 54.

Uit het vorenstaande kan de conclusie worden getrokken dat voor de vraag of een vordering zich voor verificatie leent het criterium van het ontstaansmoment van een vordering niet (meer) leidend is.

## 5. Verhaal door pand- of hypotheekhouder voor toekomstige vorderingen en het fixatiebeginsel

Met de vaststelling welke hoofdregels gelden voor de fixatie van het actief en de fixatie van het passief is men er nog niet.<sup>18</sup> Er zijn vele andere vermogensrechtelijke rechtsbetrekkingen tussen een schuldenaar en schuldeiser waarbij het fixatiebeginsel na faillietverklaring van de schuldenaar een rol speelt. Zo is het de vraag voor welke vorderingen een pand- of hypotheekhouder zich kan verhalen op door de failliet ten gunste van de pand- of hypotheekhouder gevestigde zekerheden. Of anders gesteld, staat het fixatiebeginsel eraan in de weg dat een pand- of hypotheekhouder voor vorderingen die na de faillietverklaring zijn ontstaan verhaal neemt onder de pand- of hypotheekrechten? De hier opgeworpen vraag is in de literatuur veel besproken.<sup>19</sup>

Tot aan het arrest *De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.* had de Hoge Raad zich nog niet expliciet over deze vraag uitgelaten.<sup>20</sup> Om voornoemd arrest beter te plaatsen, besteed ik eerst aandacht aan de arresten *Bannenberg q.q./NMB Heller*<sup>21</sup> en *ASR/Achmea*<sup>22</sup>, die de opmaat vormen naar *De Lage Landen/Van Lagtestijn q.q.*

De Hoge Raad heeft in het *Bannenberg q.q./NMB Heller*-arrest voor de eerste keer het overwaarde-arrangement getoetst. Het ging in dit geding in de kern om het volgende. NMB Heller, ING en ICT hebben vóór de faillietverklaring van ICT een meerpartijenovereenkomst gesloten. NMB heeft een voorwaardelijke betalingsverplichting jegens ING op zich genomen ten belope van – kort gezegd – het bedrag dat ING nog van ICT te vorderen heeft, met dien verstande dat deze verplichting is gemaximeerd tot het totaal van de door ICT aan NMB Heller verschafte, maar voor voldoening van de eigen vorderingen van NMB op ICT niet noodzakelijke, zekerheden. In samenhang daarmee heeft ICT zich jegens NMB Heller verbonden

18 Zie J.J. van Hees, 'Het fixatiebeginsel in faillissement', in: J.B. Huizink e.a. (red.), A-T-D, *Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. P. van Schilfgaarde* (Van Schilfgaarde-bundel), Deventer 2000, p. 131.

19 Zie onder meer: Van Hees, a.w., Faber, a.w., nr. 427 e.v.; M.H.E. Rongen, 'De trustee bij obligatieleningen, in het bijzonder de security trustee', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Vertegenwoordiging en tussenpersonen*, serie Onderneming en Recht, deel 17, Deventer 1999, p. 330-346 en M.H.E. Rongen, *Cessie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, nr. 1124.

20 Het arrest *ABN AMRO/Favini q.q.* (HR 14 juni 2013, NJ 2013/421, m.nt. F.M.J. Verstijlen; *JOR* 2013/264, m.nt. N.E.D. Faber, was de uitgelegene mogelijkheid om hierover te beslissen). De kwestie kwam echter niet aan de orde, omdat het cassatiemiddel zich hiertoe niet strekte.

21 HR 9 juli 2004, NJ 2004/618, m.nt. P. van Schilfgaarde; *JOR* 2004/222, m.nt. J.J. van Hees (*Bannenberg q.q./NMB Heller*).

22 HR 6 april 2012, *JOR* 2014/172, m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (*ASR/Achmea*).

om, indien en voor zover NMB Heller aan haar zojuist bedoelde voorwaardelijke betalingsverplichting jegens ING voldoet, deze bedragen aan NMB Heller terug te betalen. In de overeenkomst tussen partijen wordt in dit verband gesproken van een 'regresvordering' van NMB Heller op ICT. In cassatie ging het om de vraag of NMB Heller, naast haar 'eigen' vorderingen, ook haar regresvordering op ICT op de aan haar verstrekte zekerheden mag verhalen. Naar het oordeel van de Hoge Raad bestond de regresvordering (met verwijzing naar het arrest *Joral/Van de Stalt*<sup>23</sup> en *Nederlandse Antillen/Komdeur q.q.*<sup>24</sup>) ten tijde van het faillissement reeds voorwaardelijk en kwam de constructie van het overwaarde-arrangement noch naar de inhoud noch naar de strekking daarvan in strijd met enige beginsel van goederenrecht of faillissementsrecht en meer in het bijzonder het fixatiebeginsel. Uit het arrest werd door een aantal auteurs afgeleid dat de Hoge Raad de regresvordering als een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde kwalificeert. Reeds om die reden zou het fixatiebeginsel aan verhaal voor een dergelijke vordering niet in de weg staan.

Na het arrest *ASR/Achmea* was in de financieringspraktijk wederom onduidelijkheid ontstaan over de vraag of het overwaarde-arrangement wel faillissementsbestendig was. De Hoge Raad heeft in het *ASR/Achmea*-arrest namelijk geoordeeld: '*Daarom moet, anders dan wel is afgeleid uit een aantal eerdere uitspraken van de Hoge Raad (HR 3 juni 1994, LJN ZC1386, NJ 1995/340, HR 3 mei 2002, LJN AD9618, NJ 2002/393, en HR 9 juli 2004, LJN AO7575, NJ 2004/618), tot uitgangspunt dienen dat de regresvordering van een hoofdelijk verbonden schuldenaar pas ontstaat op het moment dat hij de schuld aan de schuldeiser voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat.*' Het was na dit arrest onduidelijk of de Hoge Raad was teruggekomen op het oordeel in het *Bannenberq q.q./NMB Heller*-arrest waarin het erop leek dat hij de regresvordering als een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde had aangemerkt. Indien de Hoge Raad inderdaad terugkwam op het oordeel dat de regresvordering als een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde moest worden aangemerkt en derhalve vanaf het arrest *ASR/Achmea* zou gelden dat een dergelijke regresvordering als een toekomstige vordering moet worden aangemerkt, kon het zo zijn dat het fixatiebeginsel met zich brengt dat de borg geen verhaal kan nemen onder zijn zekerheden voor de regresvordering die na het moment van faillietverklaring ontstaat.

De Hoge Raad heeft vervolgens eind 2015 weer twee uitspraken gedaan over de houdbaarheid van het overwaarde-arrangement. In *De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.*<sup>25</sup> stelde de rechtbank prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, in *Ingwersen q.q./ING*<sup>26</sup> besliste de rechtbank in het voordeel van de borg, waarna sprongcassatie werd ingesteld.

23 HR 3 mei 2002, NJ 2002/393, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Joral/Van der Stalt*).

24 HR 3 juni 1994, NJ 1995/340, m.nt. H.J. Snijders (*Nederlandse Antillen/Komdeur q.q.*).

25 HR 16 oktober 2015, NJ 2016/48, m.nt. F.M.J. Verstijlen; *JOR* 2016/20, m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (*De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.*).

26 HR 16 oktober 2015, NJ 2016/49, m.nt. F.M.J. Verstijlen; *JOR* 2016/21, m.nt. J.J. van Hees (*Ingwersen q.q./ING*).



In het arrest *De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.* overweegt de Hoge Raad:

*'Uit art. 132 lid 2 Fw in verbinding met art. 483e Rv volgt dat een pandhouder zich op de verpande goederen kan verhalen voor vorderingen op de schuldenaar-pandgever die ten tijde van diens faillietverklaring nog toekomstig waren, mits die vorderingen voortvloeiën uit een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding. Deze regel spooft met het wettelijk stelsel voor verrekening in faillissement. Volgens art. 53 Fw kan immers een vordering op de gefailleerde verrekend worden met een schuld aan hem, indien vordering en schuld zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeiën uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. Voor dit laatste volstaat dat de vordering of schuld voortvloeit uit een vóór de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde (vgl. onder meer HR 26 maart 1976, ECLI:NL:HR:1976:AD8095, NJ 1977/612).'*

Uit de overweging volgt dat een pandhouder tijdens het faillissement kan opkomen voor vorderingen die tijdens het faillissement zijn ontstaan, maar voortvloeiën uit een bestaande rechtsverhouding.<sup>27</sup> De grondslag van deze redenering ligt, aldus de Hoge Raad, in art. 132 lid 2 Fw jo. art. 483 e Rv en strookt met het wettelijke stelsel van verrekening in de Faillissementswet.<sup>28</sup>

De parallel die wordt getrokken met verrekening ligt voor de hand.<sup>29</sup> De positie van een schuldeiser die zich op verrekening kan beroepen, verschilt niet wezenlijk van

27 De vraag of de onderhavige vordering als bestaand of toekomstig moet worden aangemerkt is door de rechtbank niet aan de Hoge Raad voorgelegd. De prejudiciële vragen nemen als uitgangspunt dat sprake is van (eventueel) verhaal voor een bij aanvang van het faillissement toekomstige (en dus niet een reeds bestaande, doch voorwaardelijke) regresvordering van de borg tevens pandhouder. Dat een pandhouder staande het faillissement verhaal kan nemen op de opbrengst van de uitwinning voor een vordering die is ontstaan op of na de dag van de faillietverklaring van de pandgever, mits die vordering voortvloeit uit een op de dag van faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde is recent door de Hoge Raad bevestigd in HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:665. Uit dit arrest volgt dat deze regel ook geldt indien een verhuurder een pandrecht van zijn huurder heeft bedongen tot zekerheid van betaling van toekomstige huurpenningen. Dat de huurvordering na het faillissement een boedelvordering is, maakt het vorenstaande niet anders.

28 Art. 53 Fw spreekt over 'voortvloeiend uit handelingen voor de faillietverklaring met de gefailleerde verricht'. Overigens dient het onderscheid tussen 'voortvloeiën uit een bestaande rechtsverhouding' en 'voortvloeiend uit handelingen voor de faillietverklaring met de gefailleerde verricht' niet te worden overtrokken. Vgl. Faber en Vermunt in hun annotatie onder het arrest (*JOR* 2016/20).

29 Wat overigens opvalt is dat de Hoge Raad niet verwijst naar bovengenoemd arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* (HR 19 april 2013, NJ 2013/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen; *JOR* 2013/224, m.nt. G.A.J. Boekraad) waarin de Hoge Raad overweegt dat vorderingen die voortvloeiën uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding voor verificatie vatbaar zijn, temeer nu A-G Timmerman expliciet verwijst naar dit arrest en volgens hem het moeilijk voorstelbaar is dat voor vorderingen die voor verificatie vatbaar zijn geen verhaal zou kunnen worden genomen op grond van een daartoe gevestigd pandrecht of hypotheekrecht.

de positie van de pandhouder die verhaal wil nemen voor een vordering indien de schuldenaar in staat van faillissement verkeert. Ook een beroep op verrekening brengt met zich dat de schuldeiser zich kan onttrekken aan de afwikkeling van het faillissement, zich feitelijk met voorrang kan verhalen op actief, niet betrokken wordt in de omslag van de algemene faillissementskosten en hooguit de restantvordering moet indienen ter verificatie.<sup>30</sup>

De vraag voor welk bedrag verhaal voor desbetreffende vordering kan worden genomen, komt in dit arrest niet aan de orde.<sup>31</sup> Het valt niet uit te sluiten dat de Hoge Raad van oordeel is dat verhaal voor de volledige nominale waarde van de vordering op datum van uitwinning kan. In geval van verrekening wordt het bedrag waarvoor de vordering in verrekening kan worden gebracht bepaald met inachtneming van de regels die ook bij verificatie van de vordering zouden gelden.<sup>32</sup> Immers, art. 130 en 131 Fw zijn op grond van art. 53 lid 2 Fw van overeenkomstige toepassing op verrekening. Dit zou betekenen dat de vordering (ongeacht het ontstaansmoment van de vordering, zie hierboven) tot de waarde op datum faillissement zou moeten worden teruggebracht. Hetzelfde zou naar mijn mening moeten gelden voor uitwinning van zekerheden voor de voldoening van de desbetreffende vordering.

De toekomstige vordering, die voortvloeit uit een bestaande rechtsverhouding waarvoor verhaal wordt genomen, dient mijns inziens te worden gewaardeerd op grond van het bepaalde in art. 130 of art. 132 lid 2 jo. art. 483e Fw. Anders gezegd, de vordering dient tot de waarde op datum faillissement te worden teruggebracht. De interessante vraag die vervolgens rijst, is wat de waarde van de (wettelijke) regresvordering op datum faillissement is indien de pandhouder-borg nog niet heeft betaald. De beantwoording van die vraag gaat het bestek van deze bijdrage echter helaas te buiten.

## 6. Bepaling van ontstaansmoment van vorderingen door partijen en het fixatiebeginsel

De Hoge Raad oordeelt in hetzelfde arrest *De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.* dat naast de mogelijkheid van verhaal voor een wettelijke regresvordering, het mogelijk is een contractuele regresvordering te creëren die niet pas na betaling door de borg ontstaat, maar al bij het aangaan van het overwaarde-arrangement, onder de opschortende voorwaarde van betaling. Dit was volgens de Hoge Raad het geval in het *Bannenberg q.q./NMB Heller*-arrest. De Hoge Raad overweegt:

*'In HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7575, NJ 2004/618 (Bannenberg) is overwogen – mede op grond van argumenten ontleend aan het wettelijk stelsel voor*

<sup>30</sup> Vgl. Faber, a.w., nr. 427.

<sup>31</sup> Ook in het onder voetnoot 27 genoemde arrest (HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:665) komt dit niet aan de orde.

<sup>32</sup> Vgl. Faber, a.w., nr. 414.

*verrekening in faillissement – dat de in dat arrest onder 4.1 beschreven constructie van het overwaarde-arrangement noch naar inhoud, noch naar strekking in strijd komt met enige regel of beginsel van goederenrecht of faillissementsrecht. Voor zover in dit verband van belang, had die constructie tot doel dat een pandhouder ook de regresvordering op zijn pandgever uit hoofde van een jegens een andere schuldeiser aangegane borgtocht, kon verhalen op de verpande goederen. In de zaak Bannenberg had de pandgever zich vóór het intreden van het faillissement contractueel jegens de pandhouder verbonden zodanige regresvorderingen te zullen voldoen. Er was in dat arrest dus geen sprake van een regresvordering die ten tijde van de faillietverklaring nog toekomstig was, maar van een op dat tijdstip reeds bestaande contractuele regresvordering (onder opschortende voorwaarde). Zoals uit genoemd arrest al voortvloeit, verzet de wet zich niet ertegen dat bij overeenkomst een dergelijke regresvordering in het leven wordt geroepen, naast de regresvordering die op grond van de wet ontstaat op het moment dat de borg de schuld aan de schuldeiser voldoet (vgl. HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784 (ASR/Achmea), rov. 3.6).'*

Hieruit volgt dus dat de Hoge Raad van oordeel is dat partijen een regresvordering kunnen creëren en deze zodanig kunnen vormgeven dat deze een bestaande is, al dan niet voorwaardelijk. De vraag is of in deze overweging ook ligt besloten dat het partijen in het algemeen vrijstaat door partijafpraak een vordering bestaand te maken, terwijl zonder partijafpraak die vordering als toekomstig zou worden gekwalificeerd.<sup>33</sup> De financieringspraktijk zou dit toejuichen. Banken zitten immers – met het oog op de zekerhedenpositie – graag aan de knoppen.<sup>34</sup> Ter illustratie. Het is gebruikelijk bij het aangaan van een kredietovereenkomst bij een hoofdelijk aansprakelijkstelling de (wettelijke) regresvordering van de hoofdelijk kredietnemer te verpanden.<sup>35</sup> Uit het arrest ASR/Achmea blijkt dat de wettelijke

33 W.H. van Boom lijkt zulks in zijn blog op <https://willemvanboom.wordpress.com> aan te nemen. Met Wibier sluit ik niet uit dat de Hoge Raad zich de laatste tijd minder gelegen laat aan de juridische techniek en dogmatiek wanneer het gaat om de oplossingen die hij kiest in goederen- en insolventierechtelijke vraagstukken en zich meer vrijheid veroorlooft om tot de wenselijk geachte uitkomst uit te komen. Het arrest *De Lage Landen/Van Logtestijn* zou wellicht een voorbeeld hiervan kunnen zijn. In dat geval mag ook niet zoveel uit dit arrest worden afgeleid behoudens het feit dat een overwaarde-arrangement faillissementsbestendig is als de hoofdschuldenaar meetekent. Vgl. R.M. Wibier in zijn annotatie onder het arrest *De Lage Landen/Van Logtestijn* q.q., AA 2016/2.

34 Vgl. ook F.J.M. Verstijlen, 'De verpanding van onderhanden werk', *WPNR* 2013/6983, online geraadpleegd.

35 Ingeval een concern dusdanig in financiële problemen geraakt dat ontvlechting noodzakelijk is, hebben zowel de bank als de gezonde concernmaatschappijen er belang bij dat potentiële aanspraken uit hoofde van regres en subrogatie van in een sterfhuis achterblijvende concernmaatschappijen jegens de gezonde concernmaatschappijen worden voorkomen, teneinde de financiële positie van die gezonde concernmaatschappijen niet te verzwakken. Zie J.L. Sniijders, 'Regresvordering toekomstig volgens Hoge Raad in ASR/Achmea, wat betekent dit voor concernfinanciering?', *FIP* 2012, p. 156 e.v. en M.H.E. Rongen, 'Het arrest ASR Schadeverzekering/Achmea en de gevolgen voor de financieringspraktijk: de schade valt mee', *TFR* 2013/1, p. 10.

regresvordering pas ontstaat op het moment dat een hoofdelijk schuldenaar de schuld aan de schuldeiser voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat. Als de hoofdelijk kredietnemer na datum faillissement de schuld voldoet, werkt de verpanding van een dergelijke vordering niet tegen de boedel op grond van art. 23 en 35 Fw. Hoewel het ontstaansmoment van een vordering niet meer leidend is voor de fixatie van het passief (zie hierboven), lijkt de Hoge Raad voor de fixatie van het actief hier nog wel aan vast te houden. De Hoge Raad heeft vrij recent in het *ING/Nederend q.q.*-arrest nog overwogen dat vorderingen tot ongedaanmaking of restitutie als gevolg van ontbinding of opzegging van een overeenkomst voor de toepassing van art. 35 lid 2 Fw moeten worden aangemerkt als vorderingen die pas ontstaan door de betreffende beëindigingshandeling, zodat de schuldeiser pas op dat moment de betreffende vordering verkrijgt en zodoende cessie of verpanding van een dergelijke vordering niet tegen de boedel werkt.

Een aantal banken heeft naar aanleiding van het arrest *ASR/Achmea* de leningdocumentatie zodanig aangepast dat partijen bij het aangaan van de kredietovereenkomst vaststellen dat een eventuele regresvordering van de bank bestaat is, om zodoende rechtsgeldige verpanding ten gunste van de bank te bewerkstelligen (en het fixatiebeginsel zoals vastgelegd in art. 23 en 35 lid 2 Fw te omzeilen). De vraag is of aan een dergelijk partijbeding effect zou moeten worden toegekend. Zou beïnvloeding van het ontstaan van een vordering op deze manier mogelijk zijn, dan is het probleem van de toekomstige vorderingen eigenlijk geen probleem meer.<sup>36</sup> Vorderingen kunnen dan immers altijd faillissementsbestendig worden overgedragen of verpand. Dan zou ook het probleem van verpanding van toekomstige banksaldi meteen zijn opgelost.<sup>37</sup>

Het lijkt mij dat dergelijke partijbedingen die tot gevolg hebben dat wordt afgeweken van het fixatiebeginsel en de *paritas creditorum* in beginsel niet geoorloofd moeten zijn.<sup>38</sup> Het is onwenselijk en zou zekerheidsgerechtigden te veel macht geven. Zij kunnen immers in dat geval de verdeling van verhaalsmogelijkheden tussen zekerheidsgerechtigde en de boedel c.q. gezamenlijke schuldeisers altijd voorafgaand aan een faillissement sturen. Die verdeling zou aan de rechter moeten worden overgelaten. De parlementaire geschiedenis biedt steun voor deze opvatting. In het kader van de invoering van het nieuwe BW en meer in het bijzonder van art. 3:97 BW, heeft de commissie naar aanleiding van het arrest *WUH/Emmerig q.q.* de minister gevraagd of het toekomstige karakter van de

<sup>36</sup> Vgl. M.A. Blom, *Zekerheidscessie en stille verpanding van toekomstige vorderingen* (NIBE Bank-juridische reeks nr. 2), Amsterdam 1989, p. 23.

<sup>37</sup> Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat vorderingen die voortvloeien uit stortingen op een bankrekening waarop eerder een stil pandrecht is gevestigd onvoldoende *rechtstreeks* voortvloeien uit de rekening-courantverhouding om onder het bij voorbaat gevestigde stille pandrecht op de rekening te kunnen vallen (zie HR 17 december 2012, *NJ* 2012/605, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Kézér q.q.*)).

<sup>38</sup> Vgl. ook Wibier in het kader van vervalbedingen (R.M. Wibier, 'De geldigheid van vervalbedingen naar Nederlands recht, mede in het licht van HR 12 april 2013 (De Bruyn q.q. en Disberg q.q./ Laser Nederland)', *WPNR* 2013/6985).

vordering ter zake van de huurvorderingen en daarmee het resultaat van het arrest kan worden omzeild door 'overeen te komen dat de huur voor een periode van  $x$  jaren bij vooruitbetaling onmiddellijk verschuldigd is zij het dat de huurder zijn schuld mag aflossen in maandelijkse bedragen van  $y$  gulden en voorts met dien verstande dat wanneer achteraf blijkt dat een deel van de huur niet genoten is, de schuld evenredig zal zijn of worden verminderd'. De minister heeft hierop geantwoord dat voorop moeten worden gesteld dat wat nog als toekomstige vordering heeft te gelden, aan de rechter blijft overgelaten. Het lijkt hem echter niet onaannemelijk dat de rechter niet tot dezelfde slotsom komt als die van het arrest *WUH/Emmerig q.q.*<sup>39</sup> Het Hof 's-Hertogenbosch kwam recentelijk ook nog tot een dergelijke slotsom.<sup>40</sup> Volgens een aantal auteurs staat het ontstaansmoment van een (wettelijke regres) vordering ter vrije bepaling van partijen en moet de oplossing voor de bescherming van gezamenlijke schuldeisers eerder worden gevonden in het leerstuk van de pauliana.<sup>41</sup> Ook de Hoge Raad wijst in het arrest *De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.* op de mogelijkheid van de vernietiging van het overwaarde-arrangement wegens pauliana als mogelijke remedie.<sup>42</sup> Met Van Boom ben ik van mening dat dit meer een doekje voor het bloeden is dan een reëel tegenwicht, tenzij ervan uit kan worden gegaan dat het contractueel vervroegen van het ontstaansmoment van vorderingen per definitie wetenschap van benadeling van de verhaalsmogelijkheden van crediteuren oplevert, hetgeen niet waarschijnlijk lijkt.

De vraag rijst overigens wel of, nu blijkens het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.*, de Hoge Raad een minder rigide uitleg lijkt te hanteren ter zake de fixatie van het passief, zulks ook moet worden aangenomen ter zake de fixatie van het actief. Met andere woorden, dient het strikte criterium van het ontstaansmoment van een vordering voor de toepassing van art. 23 en 35 Fw te worden gehandhaafd of dient het fixatiemoment zich meer te richten op het ontstaansmoment van de rechtsverhouding waaruit de vordering voortvloeit? Voor het hiervoor besproken arrest *De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.* schrijft Advocaat-Generaal Timmerman in zijn conclusie dat – weliswaar in de context van de vraag of een vordering zich voor

39 Vgl. MvA I Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1253.

40 Hof 's-Hertogenbosch 17 september 2013, *JOR* 2013/326. Overigens lijkt H.J. Sniijders ten aanzien van huurvorderingen dezelfde mening te zijn toegedaan. De Hoge Raad heeft volgens hem elke huurvordering ter zake van een contra-prestatie in de toekomst ongeacht het tijdstip van opeisbaarheid toekomstig willen achten. Zo ook Rongen, a.w., nr. 894. Anders bijv. S.C.J.J. Kortmann in zijn AA-annotatie onder HR 25 maart 1988, *NJ* 1989/200, m.nt. W. Klein en Verstijlen, 'De verpanding van onderhanden werk', *WPNR* 2013/6983.

41 Vgl. onder andere A.J. Verdaas, 'Nadere beschouwingen over het ontstaan van regresvorderingen', *NTBR* 2014/3.

42 Overigens lijkt de Hoge Raad, naast de actio pauliana, een beroep op art. 54 Fw in het kader van een overwaarde-arrangement niet uit te sluiten. Geheel voor de hand ligt dit niet, gelet op de strikte koers die de Hoge Raad sinds het arrest HR 10 juli 2015, *JOR* 2015/282, m.nt. N.E.D. Faber (*Wemaro/De Bok q.q.*) bij de toepassing van art. 54 Fw is gaan varen. Vgl. J.J. van Hees in zijn *JOR*-annotatie onder HR 16 oktober 2015, *JOR* 2016/21 (*Ingwersen q.q./ING*).

verificatie leent – het onderscheid tussen een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde en een toekomstige vordering die voortvloeit uit een reeds bestaande rechtsverhouding niet altijd makkelijk te maken is. Dit is ook gebleken uit de uiteenlopende jurisprudentie hierover.<sup>43</sup>

Daarnaast kan men zich afvragen of het vanuit economisch perspectief juist is dat de crediteur van een toekomstige uit een bestaande rechtsverhouding voortvloeiende vordering, juridisch gezien nog helemaal geen recht heeft.

Illustratief in dit verband is de huurvordering ter zake van een tegenprestatie in de toekomst (huurgenot). De Hoge Raad heeft deze in het arrest *WUH/Emmerig q.q.* toekomstig geacht.<sup>44</sup> Vaststaat dat als de verhuurder presteert, de huurder verplicht is om de huurpenningen te voldoen. Mogelijk heeft de verhuurder nog geen vordering die aangeduid kan worden als een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde, maar hij heeft wel de toezegging dat de huurder de huur zal betalen. Een dergelijke vordering heeft mijns inziens naar maatschappelijke maatstaven en meer in het bijzonder bedrijfseconomische maatstaven op datum van faillietverklaring reeds een bepaalde waarde. Die status van die vordering vraagt in de financieringspraktijk om verhandelbaarheid. Een financier zal immers minder bereid zijn een verhuurd pand te financieren indien de financier onvoldoende dekking heeft.<sup>45</sup> Blom stelt de vraag wanneer zou worden aangenomen dat er een ander recht is dan het recht dat niet mag worden aangeduid als een (voorwaardelijke) vordering, of dit een recht is dat verpand kan worden met als gevolg dat de pandhouder van dat recht op het moment van het ontstaan van de vordering die vordering in pand krijgt.<sup>46</sup> De vordering passeert dan niet de boedel en faillissement van de pandgever hindert de pandhouder niet. In wezen speelt dezelfde problematiek bij de vraag of een pandhouder op aan de pandgever onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken een pandrecht verkrijgt als de koopprijs pas na het faillissement van de pandgever wordt betaald. Over deze vraag is in de literatuur veel gediscussieerd. Er zijn grofweg twee visies. Volgens de ene visie kan

43 In mijn dissertatie zal het ontstaansmoment van vorderingen in een aantal leerstukken afzonderlijk worden geanalyseerd en wordt gepoogd om een overkoepelende conclusie te trekken over het ontstaansmoment van vorderingen naar Nederlands recht. Daarmee wordt de mogelijkheid uitdrukkelijk opengelaten dat een dergelijke overkoepelende conclusie niet mogelijk is op basis van de relevante bronnen. Denkbaar is dat de vraag of een vordering bestaand of toekomstig is per leerstuk verschillend moet worden beantwoord.

44 De Hoge Raad doet voor zijn oordeel een beroep op de *aard van de overeenkomst*, zoals deze onder meer tot uiting komt in de huurrechtelijke bepalingen van (oud) BW, maar het valt niet uit te sluiten dat het arrest vooral ook een rechtspolitieke achtergrond heeft (vgl. de conclusie van Wuisman voor het arrest *ING/Nederend q.q.* (HR 10 december 2010, NJ 2010/653; JOR 2011/63, m.nt. B.A. Schuijling) en Rongen, a.w., nr. 872).

45 Vgl. ook Rongen, a.w., nr. 915.

46 Vgl. Blom, a.w., p. 28.

alleen over het volledige eigendomsrecht worden beschikt.<sup>47</sup> Het volledige eigendomsrecht wordt pas na intreden van de opschortende voorwaarde verkregen, derhalve na betaling van de koopprijs. De consequentie van dat standpunt is dat wanneer de verkrijger failliet is op het moment dat de koopprijs wordt betaald en de voorwaarde intreedt, het op dat moment verkregen eigendomsrecht in de boedel valt ten gevolge van het fixatiebeginsel (art. 35 lid 2 Fw) en de verkoopopbrengst van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken aan de gezamenlijke schuldeiser toekomt. De andere visie houdt in dat het voorwaardelijk eigendomsrecht wel degelijk een goed is<sup>48</sup> waarover direct kan worden beschikt en dat een eventueel faillissement van de verkrijger niet in de weg staat aan een geldige verpanding.<sup>49</sup> Consequentie van deze visie is dat het fixatiebeginsel buiten toepassing wordt gelaten en de verkoopopbrengst van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken aan de pandhouder toekomt, zelfs wanneer het de curator is die de leverancier na datum faillissement betaalt. Het antwoord op de vraag of over het voorwaardelijke eigendom kan worden beschikt, is mijns inziens dan ook van rechtspolitieke aard waarbij het neerkomt op een afweging ter zake de wenselijk geachte verdeling tussen zekerheidsgerechtigde enerzijds en gezamenlijke schuldeisers c.q. de boedel anderzijds. De kwestie is recentelijk aan de orde gekomen bij de Hoge Raad.<sup>50</sup> Volgens de Hoge Raad moet een door de schuldenaar voor zijn faillissement gevestigd pandrecht op een voorwaardelijk eigendomsrecht als een onvoorwaardelijk pandrecht op een bestaand goed worden aangemerkt waarvan de levering (vestiging) reeds is voltooid voordat het faillissement intreedt en zodoende voor de verpanding geen nadere beschikkingshandelingen van de schuldenaar nodig zijn. Dit brengt mee dat art. 35 lid 1 en 2 Fw in zodanig geval toepassing mist.

Nu de Hoge Raad heeft gesanctioneerd dat over voorwaardelijk eigendom kan worden beschikt en het fixatiebeginsel in die zin in feite oprekt, zou ik menen dat er nog weinig aan in de weg staat dat het fixatiebeginsel ook ter zake van toekomstige vorderingen die voortvloeien uit een reeds voor datum faillissement bestaande rechtsverhouding minder rigide wordt toegepast. Ongeacht het ontstaansmoment van de vordering zouden vorderingen *'waarvoor de kiem is gelegd in de voor faillietverklaring reeds tot stand gekomen rechtstoestand en die ten tijde van de faillietverklaring in een zekere sluimertoestand verkeren'* zoals Advocaat-Generaal

47 Deze visie wordt onder meer door Wibier verdedigd. Zie R.M. Wibier, 'Eigendomsvoorbehoud en de overdraagbaarheid en verpandbaarheid van "voorwaardelijke eigendom"', *MvV* 2013/10, p. 289.

48 Of zoals mijn vader het verwoordt: een bestaande aanspraak met forse goederenrechtelijke casus die om verhandelbaarheid vraagt. Zie H.J. Sniijders, 'Verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken', *NTBR* 2006, nr. 6.

49 Deze visie wordt onder meer door mijn vader en Faber verdedigd. Zie H.J. Sniijders, 'Verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken', *NTBR* 2006, nr. 6 resp. N.E.D. Faber, 'Overdracht van voorwaardelijke eigendom', in: N.E.D. Faber, C.H.J. Jansen & N.S.G.J. Vermunt, *Fiduciaire verhoudingen*, serie Onderneming en Recht, deel 41, Kluwer: Deventer 2007, p. 33-58.

50 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046.

Timmerman het fraai verwoordt, en naar maatschappelijke maatstaven en meer in het bijzonder economische maatstaven een bepaalde waarde hebben, verhandelbaar moeten zijn en zou het bepaalde in art. 23 en 35 lid 2 Fw aan overdracht respectievelijk verpanding van dergelijke vorderingen niet in de weg moeten staan. De door Blom aangedragen methode zou een oplossing kunnen zijn. Een alternatief dat vaker is bepleit in de literatuur is dat alle vorderingen die voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding weer als bestaand worden aangemerkt in de zin van art. 23 en 25 lid 2 Fw. Het fixatiebeginsel richt zich dan zowel met betrekking tot het passief als tot het actief niet meer op het ontstaansmoment van de desbetreffende vordering, maar op het ontstaansmoment van de rechtsverhouding waaruit de vordering (rechtstreeks) voortvloeit.<sup>51</sup>

## 7. Tot besluit

Het fixatiebeginsel is een belangrijk beginsel in het faillissementsrecht. Als het gaat om de vraag of een vordering zich voor verificatie leent (fixatie van het passief) lijkt sinds het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* het criterium van het ontstaansmoment van de vordering niet (meer) leidend te zijn. Het fixatiebeginsel – toegepast op verificatie, verrekening en uitwinning (zo weten wij nu zeker na het arrest *De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.*) – verzet zich slechts tegen verificatie, verrekening of uitwinning ter zake van vorderingen die voortvloeien uit een rechtsverhouding die per faillissementsdatum nog niet bestond. Voor al die gevallen is niet het ontstaansmoment van de vordering maar het ontstaansmoment van de rechtsverhouding bepalend. Deze ontwikkeling is toe te juichen, nu het onderscheid tussen bestaande vorderingen onder opschortende voorwaarde en toekomstige uit een reeds bestaande rechtsverhouding voortvloeiende vorderingen niet altijd makkelijk valt te maken. Wat betreft de fixatie van het actief lijkt echter het ontstaansmoment van de vordering nog wel bepalend. De vraag rijst of ook hier niet het fixatiebeginsel zou moeten worden opgerekt naar het ontstaansmoment van de rechtsverhouding. Mijns inziens is die vraag een vraag van rechtspolitieke aard en dient deze aan de wetgever en rechter te worden overgelaten. Partijafspraken die tot gevolg hebben dat wordt afgeweken van het fixatiebeginsel dienen mijns inziens in beginsel niet geoorloofd te zijn. Dit zou zekerheidsgerechtigden te veel macht geven, hetgeen mij onwenselijk lijkt.

<sup>51</sup> Voor zover de pandhouder resp. verkrijger zou profiteren van prestaties die na de faillietverklaring ten laste van de boedel wordt verricht (zoals het verstrekken van huurgenot) zou in de Faillissementswet wellicht een verplichting voor separatisten kunnen worden opgenomen een boedelbijdrage aan de boedel te betalen die recht doet aan de prestaties die na de faillietverklaring ten laste van de boedel worden verricht.