

# Vorderingsrechten en toekomstige subjectieve rechten mede in verband met faillissement en surséance van betaling\*

*H.J. Snijders\*\**

## 1. INLEIDING

Het arrest Van Berkel/Tribosa<sup>1</sup> (hierna te noemen: BT), dat naar zijn inhoud mede op het thans geldende recht is toegesneden, heeft menige pen in beweging gebracht.<sup>2</sup> Onder meer de navolgende passage (uit r.o. 3.3, 3e al. van dit arrest) ondervond kritiek:<sup>3</sup>

‘Wanneer de eigenaar-verhuurder het verhuurde goed aan een ander verkoopt en levert, doet hij daarmee ingevolge art. 1612 lid 1 BW het *vorderingsrecht* (curs. HJS) met betrekking tot de huurpenningen op de verkrijger overgaan. In de vervreemding van het verhuurde goed ligt dan de vervreemding van het bedoelde vorderingsrecht besloten. Ook deze vervreemding kan niet aan de beslaglegger (degene die derdenbeslag heeft gelegd onder de huurder voorafgaande aan de huurovergang ex art. 1612; HJS) worden tegengeworpen.’

Vrij zelden worden materieel en formeel recht zo indringend met elkaar geconfronteerd. De inpassing van deze opvatting uit BT in de (materieelrechtelijke en formeelrechtelijke) dogmatiek en de consequenties voor de rechtspraak vragen stellig nader aandacht. Tevens lijkt het interessant om te bezien, welke betekenis deze opvat-

\* Met dank aan Mw. S. van der Jagt voor haar documentatie en Mr. M. Ynzonides voor zijn commentaar bij een concept voor deze bijdrage.

\*\* Prof. mr. H.J. Snijders is als hoogleraar burgerlijk recht, handelsrecht en burgerlijk procesrecht verbonden aan de Vakgroep privaatrecht van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1. HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 (HJS).

2. Zie o.m. H.A.G. Fikkers en M. Ynzonides, Adv. bl. 1991, blz. 280 e.v.; J.B.M. Vranken, WPNR 5998, blz. 200; A.I.M. van Mierlo, WPNR 6014, blz. 509 e.v.; M.A. Blom, V&O mei 1991, blz. 4 e.v. en (zeer uitvoerig) Kwartaalbericht Nieuw BW 1991/3, blz. 69 e.v.; J.L.P. Cahen, noot AA 1991, blz. 498 e.v.

3. Zie m.n. Blom t.a.p., blz. 72 e.v. en 77 r.k. benevens J.L.P. Cahen t.a.p.

ting van de Hoge Raad zou kunnen hebben voor enige verwante casusposities. Ik maak dan ook dankbaar van de gelegenheid gebruik, mijn NJ-noot over BT uit te bouwen. Hier en daar zullen omwille van de leesbaarheid doublures niet uit de weg gegaan worden. Enige service aan de lezer kan bij deze weerbarstige materie geen kwaad.

## 2. VERWARRING ROND DE TERM 'VORDERINGSRECHT'

Juist de term 'vorderingsrecht' in de geciteerde passage van BT lijkt misverstanden te wekken en de kritiek aan te wakkeren. Zo schrijft Blom t.a.p., dat hij het met de hier verkondigde leer van de Hoge Raad maar slechts zeer ten dele eens kan zijn. Zijns inziens laat de overdrager niet de toekomstige huurvorderingen overgaan, doch slechts de huurovereenkomst als bron van verbintenissen. Laten wij echter het spoor niet bijster raken als de Hoge Raad het in deze kennelijk te weinigzeggende woord 'bron' omzeilt en de term 'vorderingsrecht' gebruikt. Die term kan — mits goed uitgelegd — juist verhelderend zijn. Het gaat hier dan om een vorderingsrecht in de zin van recht om te vorderen, niet een vorderingsrecht in de zin van het subjectieve recht waar het vorderingsrecht betrekking op heeft. Zo bezien oordeelt de Hoge Raad geenszins, dat de overgang van art. (7A:)1612 BW vervreemding van toekomstige subjectieve rechten meer in het bijzonder huurvorderingen zou impliceren. Deze uitleg veronderstelt echter wel een specifiek begrippenkader. Daarvoor thans nader aandacht.

## 3. TERMINOLOGIE VOLGENS HEEMSKERK

De geconstateerde verwarring is niet onbegrijpelijk. De terminologie van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, die nu juist in het algemeen goed doordacht en consistent is, vertoont op het raakvlak met het formele recht helaas zwakke plekken. Op zichzelf is dit al een stelling die uitwerking vraagt en daar wil ik mij dan ook niet aan onttrekken, dit met meer dan een sprankje hoop op een wetswijziging terzake. Uitgangspunt van deze analyse vormt het onderscheid dat W.H. Heemskerk in navolging van anderen maakt in zijn oratie 'Vorderingsrecht en rechtsvordering'<sup>4</sup>: de driedeling tussen

4. VU, Deventer 1974.

- a. subjectief recht:* de materiële aanspraak van de schuldeiser, naar gelang de aard ook wel — zoals in BT — aangeduid als vordering;
- b. vorderingsrecht:* het ius agendi, het actierecht, de ‘action’, het recht om eventueel in rechte aanspraak te maken op een subjectief recht; en
- c. rechtsvordering:* de actio, de actie, de ‘demande’ in de zin van de processuele handeling zelf.

Het zou aanbeveling kunnen verdienen in plaats van de termen ‘vorderingsrecht’ en ‘rechtsvordering’ primair de als genustermen te hanteren woorden ‘actierecht’ en ‘actie’ te kiezen, maar bij de thans besproken vermogensrechtelijke vragen zijn de gecursiveerde speciestermen dunkt mij stellig toereikend.

Wat maakt het NBW hiervan? Bij de beantwoording van deze vraag kan met een steekproefsgewijze analyse per begrip worden volstaan en daartoe beperk ik mij dan ook.

#### 4. TERMINOLOGIE NAAR NBW

Het begrip subjectief recht als materiële aanspraak (term a) wordt door het NBW niet alleen aangeduid als ‘recht’ (bijvoorbeeld in de art. 3:6 e.v., de art. 3:93-94 en 236-239 en 6:191 lid 2), maar ook als ‘vorderingsrecht’ (in tegenstelling tot een ander type subjectief recht, het beperkte recht; art. 3:83) en ‘vordering’ (bijvoorbeeld in art. 3:210, 227, 231, 276-277, 282 e.v. en 6:142 e.v.) of ‘schuld-vordering’ (bijvoorbeeld in art. 3:259).

Het begrip vorderingsrecht als recht om de materiële aanspraak eventueel in rechte te doen gelden (term b) wordt door het NBW zowel ‘rechtsvordering’ als ‘vordering’ genoemd. Zie bijvoorbeeld de verjaringsbepalingen art. 3:52, 306 e.v., 6:71, 6:191 lid 1 en 7:23 lid 2, 28 en 417 resp. art. 3:100 en 6:56.

Het begrip rechtsvordering als processuele handeling waarbij een vorderingsrecht in rechte wordt ingeroepen (term c) noemt het NBW zowel ‘vordering’, maar dan duidelijk in de zin van ‘op vordering van’ (bijvoorbeeld in art. 3:296, 299, 300 en 302), als ‘eis’ (bijvoorbeeld in art. 3:316) en ‘rechtsvordering’ (bijvoorbeeld in art. 3:17 lid 1 sub f, 103, 105 lid 2, 125, 218, 245 en 5:95 en 104 lid 1 jo. 95). Ik laat buiten beschouwing dat de processuele actie niet met ‘rechtsvordering’ maar als ‘verzoekschrift’ wordt aangeduid, indien het rekest als rechtsingang beoogd wordt (zie bijvoorbeeld eerdergenoemde art. 3:218, 5:95 en 5:104 lid 1 jo. 95).

## 5. TERMINOLOGIE VAN NBW IN RELATIE TOT BT

Voorwaar een analyse, die niet het mooiste van het NBW bloot legt. A fortiori is het NBW vooralsnog geen betrouwbare leidraad voor de vraag wat de Hoge Raad met het woord 'vorderingsrecht' bedoelt in BT. In het bijzonder kan de Hoge Raad hier niet het oog hebben op het vorderingsrecht in de zin van een subjectief recht, zoals art. 3:83, sprekende van overdraagbaarheid van vorderingsrechten, kennelijk op het oog heeft. Kenmerkend voor een overgang ex art. 1612 is immers nu juist, dat er geen subjectieve rechten (huurverdringen) overgaan van de oude op de nieuwe eigenaar: de huurpenningen verschuldigd over de periode tot de overgang komen aan de oude eigenaar toe, de huurpenningen verschuldigd over de periode vanaf de overgang aan de nieuwe eigenaar.<sup>5</sup>

## 6. TERMINOLOGIE VAN HEEMSKERK IN RELATIE TOT BT

Heemskerk, die BT zelf mede gewezen heeft, lijkt daarentegen wel een betrouwbare gids te zijn. Met Heemskerks onderscheid als leidraad is het duidelijk, dat de Hoge Raad in BT met de overgang van het vorderingsrecht niets meer of minder heeft bedoeld dan de overgang van het recht van de oude op de nieuwe eigenaar van het verhuurde goed om materiële aanspraken uit hoofde van de door de oorspronkelijke eigenaar gesloten huurovereenkomst eventueel in rechte te maken, dus van het vorderingsrecht als bedoeld in nr. 3 (term b).

## 7. EIGEN TERMINOLOGIE

Zelf zal ik dan ook Heemskerks terminologie blijven hanteren, overigens tevens in die zin dat ik evenmin als hij in puristerij zou willen vervallen.

Wel zou ik bij de betekenis van de term vorderingsrecht iets meer dan Heemskerk de nadruk willen leggen op de mogelijkheid dat het vorderingsrecht voor inroeping van subjectieve rechten buiten rechte wordt benut. De bevoegdheid tot het in rechte ageren blijft alsdan (vooralsnog) ongebruikt. Dit neemt niet weg dat ook die bevoegdheid tot inroeping van subjectieve rechten buiten rechte zich als een

5. Zie naast Blom, t.a.p., Asser-Abas (1990), nr. 88 e.v., i.h.b. nr. 92 en de daar aangehaalde rechtspraak.

component van het vorderingsrecht laat beschouwen. Aldus wordt de term vorderingsrecht rechtspraktisch verantwoord ingekleurd: de bevoegdheid tot optreden in rechte moge rechtens voorop staan, maar veelal zal juist met die stok achter de deur inning buiten rechte mogelijk blijken te zijn. Het vorderingsrecht manifesteert zich gelukkig nog steeds vele malen meer buiten dan in rechte.

Dat naast de term subjectief recht behoefte blijft bestaan aan het equivalente woord vordering, ontkent ook Heemskerk niet. Zo niet juridisch dan toch taalkundig klinkt ‘betalen van een vordering’ juist iets minder onprettig dan ‘betalen van een subjectief recht’.

#### 8. VORDERINGSRECHT OMVAT GEEN SUBJECTIEF RECHT

Hoe belangrijk het vorderingsrecht ook moge zijn, het omvat als zodanig geen materiële aanspraak. Het vorderingsrecht laat ‘slechts’ toe, eventuele subjectieve rechten die uit een bepaalde bron waar het vorderingsrecht betrekking op heeft voortvloeien — bij BT een huurovereenkomst — in te roepen. Aldus kan een vorderingsrecht dat ex art. 1612 dadelijk ten gunste van de nieuwe vorderingsgerechtigde bestaat, dus zeer wel betrekking hebben op toekomstige subjectieve rechten. Art. 3:304, dat een vorderingsrecht (‘rechtsvordering’) niet van het subjectieve recht tot welks bescherming het dient los te maken acht, doet hieraan niet af, integendeel, als men maar beseft dat het vorderingsrecht bij duurovereenkomsten ‘periodegebonden’ is. Het vorderingsrecht van de oude eigenaar beschermt diens subjectieve rechten op huurpenningen verschuldigd over de periode tot de huurovergang, het vorderingsrecht dat de nieuwe eigenaar van hem verkrijgt beschermt die nieuwe eigenaar ten aanzien van diens subjectieve rechten op huurpenningen verschuldigd over de periode vanaf de huurovergang. Art. 3:304 toegespitst op duurovereenkomsten eist slechts, dat vorderingsrecht en subjectief recht over een bepaalde periode in één hand zijn.<sup>6</sup>

#### 9. WEL ANNEXATIE VORDERINGSRECHT/SUBJECTIEF RECHT V.V.

De subjectieve rechten die door het vorderingsrecht beschermd worden, mag de vorderingsgerechtigde eventueel in rechte inroepen. Bij een huurovergang ex art. 1612 krijgt de nieuwe eigenaar dus het

6. Zie voor de ratio van art. 3:304 H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen* naar Boek 3 van het nieuwe B.W., Deventer 1986, blz. 421-422.

vorderingsrecht om eventueel in rechte de huurpenningen verschuldigd over de periode vanaf de huurovergang te incasseren. Aldus annexeert het vorderingsrecht de subjectieve rechten tot welker bescherming het is ingeroepen. De rechtsgrond daarvoor vormt de overgang van de bron — de huurovergang — waar vorderingsrecht en subjectief recht aan ontleend worden.

Ontbreekt daarentegen een dergelijke rechtsgrond zoals bij beslag, cessie en verpanding, dan werkt het annexatieproces in omgekeerde richting. Niet een mutatie met betrekking tot het vorderingsrecht maar een mutatie ten aanzien van een subjectief recht staat dan centraal. Degene die alsdan een subjectief recht verkrijgt op huurpenningen zal ook een vorderingsrecht moeten verkrijgen, wil hij voldoende in zijn subjectieve recht beschermd worden. De beslaglegger die zich mag verhalen op huurpenningen ter zake van subjectieve rechten van de verhuurder verkeert in een soortgelijke positie. Zijn verhaalsrecht mondt uit in verwezenlijking van subjectieve rechten van verhuurder waarvoor het vorderingsrecht onontbeerlijk is.

De richting van het annexatieproces blijkt dus essentieel te zijn.

Die richting wordt bepaald door de aard van de mutatie:

- staat het vorderingsrecht centraal, dan volgt het subjectieve recht dat vorderingsrecht; de nieuwe verhuurder ex art. 1612 heeft een vorderingsrecht verkregen, dat hem rechtigt, subjectieve rechten op huurpenningen verschuldigd vanaf de overgang van het vorderingsrecht in te roepen;
- staat het subjectieve recht centraal, dan volgt het vorderingsrecht dat subjectieve recht; zo heeft de cessionaris een subjectief recht verkregen, waaraan welhaast vanzelfsprekend ook een vorderingsrecht verbonden dient te zijn.

Welke de richting van het annexatieproces ook is, steeds wordt art. 3:304 gerespecteerd, dat een onverbrekelijk verband tussen vorderingsrecht ('rechtsovergang') en door het vorderingsrecht beschermd subjectief recht vraagt. Men kan het ook zo zeggen, dat de annexatie door art. 3:304 zelf vereist wordt, maar dat de richting van de annexatie — het subjectieve recht volgt het vorderingsrecht of het vorderingsrecht volgt het subjectieve recht — door de aard van de mutatie bepaald wordt.

## 10. VRAAG NAAR CONSEQUENTIES

Tot zover werden de rechtsfiguren contractovergang, beslag, cessie en pand op zichzelf beschouwd. Welke consequenties heeft de annexatieleer nu voor casusposities waarbij die rechtsfiguren cumuleerd en/of geconfronteerd worden met surséance of faillissement?

## 11. SURSÉANCE VS. FAILLISSEMENT

Vooropgesteld kan worden dat een surséance van betaling in deze geen principieel andere behandeling vraagt dan een faillissement. Ook door een surséance verliest de schuldenaar immers de bevoegdheid om zelfstandig over zijn vermogen te beschikken. Zie het arrest Veenendaal q.q./Hogeslag onder aanhaling van art. 228 Fw en referete aan de wetsgeschiedenis van art. 35 Fw.<sup>7</sup> De surséance blijft hieronder dan ook verder buiten beschouwing.

## 12. FAILLISSEMENT EN TOEKOMSTIGE SUBJECTIEVE RECHTEN

Voorts staat vast, dat een faillissement van degene die een toekomstig subjectief recht vervreemdt, als effect sorteert, dat dit recht in de boedel valt voor het geval het eerst ten tijde van het faillissement zou ontstaan. Ten tijde van het faillissement is vervreemder immers niet meer beschikkingsbevoegd. Zie thans art. 35 lid 2 Fw, dat rechtstreeks betrekking heeft op de levering (waaronder cessie) van toekomstige vorderingen bij voorbaat en zich van overeenkomstige toepassing laat verklaren op de vestiging van een pandrecht op een toekomstige vordering.<sup>8</sup> Zie voor het oude recht onder meer het Visserijfondsarrest en het arrest WUH/Onex.<sup>9</sup> De curator verkrijgt dan ook het vorderingsrecht met betrekking tot zo'n subjectief recht.

7. HR 15 maart 1991, RvdW 1991, 79, Kwartaalbericht Nieuw BW 1991/3, blz. 91 e.v. (H.A.W. Vermeulen).
8. Zie ook o.m.: MvT op de Invoeringswet boeken 3, 5 en 6 NBW (eerste gedeelte), K 16593, nr. 3, blz. 138, waarover M.M. Olthof, *Recht vooruit*, Deventer 1988, blz. 135 e.v.; F.H.J. Mijnsen, *Kredietverlening naar huidig en komend recht*, preadvies voor de Vereniging voor burgerlijk recht, Lelystad 1988, blz. 20; W.H.M. Reehuis, *Stille verpanding*, diss. Groningen, Arnhem 1987, blz. 297.
9. HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 (WMK) resp. HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530 (G), waarover o.m. Drion/Hijma/Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, achtste druk, Deventer 1991, nr. 129.

### 13. CONTRACTOVERGANG VS. BESLAG, CESSIE, PAND EN FAILLISSEMENT

Hoe nu te oordelen voor het geval een oud-verhuurder na contractovergang failliet gaat (afgezien van het dadelijk te beoordelen geval dat de na overgang verschuldigde huurtermijnen vòòr het faillissement door een derde beslagen dan wel aan een derde gecedeerd of verpand werden)? Ten tijde van het faillissement beschikt deze oud-verhuurder niet meer over het vorderingsrecht met betrekking tot de huurovereenkomst. Hij kan dus ook geen subjectieve rechten meer ten aanzien van de huurovereenkomst inroepen. Het vorderingsrecht is onvoorwaardelijk ex art. 1612 overgegaan op de nieuwe eigenaar. Voor crediteuren van de verhuurder is het dus zaak dat zij een overgang van het vorderingsrecht voorkomen door tijdig zijn faillissement of surséance aan te vragen. Zij kunnen echter ook de huurovergang voor hen zelf onschadelijk maken door voor de huurovergang beslag te leggen op de toekomstige subjectieve rechten — de in de toekomst verschuldigde huurtermijnen — dan wel zich deze te laten te cederen of verpanden:

- huurovergang na beslag regardeert de beslaglegger niet, aldus de relatieve-prioriteitsregel, die de Hoge Raad in BT afleidt uit art. 475b (inmiddels al weer 475h) lid 1 Rv (nieuw) en het stelsel van art. 3:97 lid 2; zie voor het oude recht het arrest Ede/Ontvanger,<sup>10</sup> waarin de Hoge Raad de regel van art. 475b reeds beslo ten acht, zoals hij uitdrukkelijk vermeldt in BT;
- huurovergang na cessie regardeert de cessionaris evenmin, aldus reeds de Hoge Raad in het arrest De Boer/Haskerveenpolder,<sup>11</sup> hegeen de Hoge Raad ook in BT en kennelijk tevens voor de toekomst uitdrukkelijk als geldend recht aanvaardt;<sup>12</sup>
- huurovergang na verpanding regardeert de pandhouder ook niet, zou ik daar aan willen toevoegen; pand vraagt in deze mede gelet op art. 3:98 geen andere behandeling dan cessie.

Deze regels mogen duidelijk zijn, maar zij roepen wel enige dogmatische vragen op waarvoor het antwoord nog slechts gedeeltelijk in het voorgaande besloten ligt.

10. HR 10 april 1953, NJ 1953, 587 (PhANH).

11. HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 (EMM).

12. Idem een belangrijk deel van de schrijvers. Zie de conclusie van A-G Hartkamp voor BT sub 8a. Zie ook Blom, t.a.p., noten 25-26.



#### 14. DOGMATIEK IN VERBAND MET FAILLISSEMENT

Een toekomstig subjectief recht van de verhuurder-eigenaar dat ontstaat tijdens faillissement valt in de faillissementsboedel als het beslagen, verpand of gecedeerd is voorafgaande aan het faillissement; het valt niet in de faillissementsboedel als het door een contractovergang ex art. 1612 door de wetgever aan de nieuwe verhuurder is toebedeeld voorafgaande aan het faillissement. Vanwaar dit verschil in behandeling?

Bij beslag ligt de situatie eenvoudig. Het toekomstig subjectief recht moge beslagen zijn, maar het beslag gaat op in het faillissement. Het subjectief recht valt dus in de boedel en de curator verkrijgt het daaraan verbonden vorderingsrecht.

Voor verpande of gecedeerde, toekomstige vorderingen, die bij verkrijging ook in het faillissement vallen (zie nr. 12), geldt in beginsel hetzelfde. Deze subjectieve rechten vereisen ook een vorderingsrecht ten gunste van de curator, dit ten behoeve van in beginsel alle crediteuren.

Dat het vorderingsrecht in deze de status van het subjectieve recht volgt en dus ook bij de curator gaat berusten, laat zich verklaren vanuit de reeds sub 9 behandelde annexatieleer.

Voor de contractovergang ex art. 1612 geldt iets anders. Deze impliceert anders dan beslag, pand en cessie primair een onmiddellijke overgang van het vorderingsrecht van de oude verhuurder op de nieuwe verhuurder. Dit vorderingsrecht impliceert de bevoegdheid om toekomstige subjectieve rechten jegens huurder uit hoofde van de huurovereenkomst in te roepen en annexeert dus die subjectieve rechten ten nadele van de faillissementsboedel. Sub 9 zagen wij ook reeds, dat die annexatie op grond van de huurovergang gerechtvaardigd wordt.

Aldus verklaart de annexatieleer het verschil in behandeling bij faillissement tussen beslag, pand en cessie enerzijds en contractovergang ex art. 1612 anderzijds.

#### 15. DOGMATIEK BUITEN FAILLISSEMENT

Degene die derdenbeslag legt op toekomstige subjectieve rechten van verhuurder dan wel zich toekomstige subjectieve rechten van verhuurder laat cederen of verpanden, behoeft een vorderingsrecht uit hoofde van een latere contractovergang ex art. 1612 niet tegen zich te laten gelden. Hoe laat zich dit dogmatisch bezien verklaren? Er is

toch geen beslag op dat vorderingsrecht gelegd resp. dat vorderingsrecht is toch niet gecedeerd of verpand?

Juist blijft, dat het vorderingsrecht niet rechtstreeks door beslag, cessie of verpanding getroffen wordt. Toch komt aan de verhuurder op het moment van de overgang geen vorderingsrecht meer toe (in geval van voorafgaande cessie) of is zijn vorderingsrecht althans aanzienlijk ingeperkt (zoals bij het beslag en de verpanding). Dat vorderingsrecht is immers reeds geannexeerd ten gunste van de beslaglegger, cessionaris, of pandhouder. Deze behoeft dan ook niet bevreesd te zijn voor een hem duperende overgang van het vorderingsrecht. Blom lijkt dit te miskennen.<sup>13</sup> Zo niet de Hoge Raad, die in BT overweegt, dat de in een contractovergang van art. 1612 besloten vervreemding van een vorderingsrecht niet kan worden tegengeworpen aan de beslaglegger die voorafgaande aan de overgang beslag had gelegd. Het vorderingsrecht van een beslaglegger, cessionaris, of pandhouder wordt dus niet aangetast, maar is ten gunste van hem geannexeerd in verband met de subjectieve rechten waartoe het bescherming biedt, dus de rechten op huurpenningen ook voor zover deze verschuldigd zijn over de periode na de huurovergang.

Dit veronderstelt wel toepassing van de relatieve-prioriteitsregel van de Hoge Raad: een oudere beschikkingshandeling dient boven een jongere te prevaleren. Zie hiervoor uitgebreid M.M. Olthof.<sup>14</sup> Toegespitst op de annexatieleer geldt dus, dat een oudere annexatie niets te dulden heeft van een jongere. Hanteert men niet die prioriteitsregel dan zou er even veel te zeggen zijn voor annexatie van de subjectieve rechten ten gunste van de vorderingsgerechtigde nieuwe verhuurder als voor annexatie van het vorderingsrecht ten gunste van de subjectief (verhaals)gerechtigde beslaglegger, cessionaris of pandhouder die voorafgaande aan de contractovergang zijn (verhaals)recht op de toekomstige huurpenningen heeft verkregen.

## 16. PRAKTIJK IN VERBAND MET FAILLISSEMENT

Ook voor de praktijk zijn deze verschillen tussen beslag, cessie en verpanding enerzijds en contractovergang anderzijds alleszins begrijpelijk. Wie een huurovereenkomst heeft overgenomen op grond van

13. T.a.p., blz. 72 r.k.

14. Recht vooruit, Deventer 1988, blz. 131 e.v.

art. 1612, zou toch terecht verontwaardigd zijn, indien op zeker moment een curator van de oud-verhuurder de huurpenningen zou opeisen. Crediteuren van een debiteur-verhuurder die zich door beslag, cessie of verpanding bij voorbaat proberen te prioriteren boven andere crediteuren van die debiteur zullen daarentegen begrip moeten kunnen opbrengen voor de omstandigheid dat een faillissement van die debiteur hun rechtspositie kan beïnvloeden.

## 17. PRAKTIJK BUITEN FAILLISEMENT

Voor het overige blijken contractovergang ex art. 1612, beslag, cessie en pand in zoverre met elkaar gelijkgesteld te kunnen worden dat na toepassing van een dezer rechtsfiguren op een toekomstig recht, een tweede toepassing van een van die rechtsfiguren op hetzelfde toekomstig recht geen blokkade opwerpt ten aanzien van de belanghebbende bij de eerst toegepaste rechtsfiguur (met dien verstande dat beslag op beslag in beginsel een verdeling pro rata bewerkstelligt). Dat een faillissement anders kan uitpakken dan zo'n tweede handeling van een der crediteuren ligt voor de hand. Een faillissement dient ter bescherming van in beginsel alle crediteuren — bepaald een fundamenteel, niet slechts een kwantitatief verschil met het beslag<sup>15</sup> — en behoort dus eerder overgang blokkerend effect te verkrijgen dan zo'n tweede contractovergang ex art. 1612, beslag, cessie of pand.<sup>16</sup> Dat beslag aldus ook prioriteit kan scheppen, is geenszins in strijd met de paritas creditorum maar veeleer een toepassing ervan. Anders Cahen,<sup>17</sup> die echter lijkt te miskennen, dat beslag opgaat in faillissement, waarna de curator ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren de oorspronkelijke positie van de beslaglegger inneemt. De crediteur die gedupeerd dreigt te worden door een beslag op toekomstige subjectieve rechten zoals huurpenningen, kan dus via een faillissementsaanvraag alsnog meedelen in de opbrengst van de beslagen goederen. Hij zou ook zelf beslag kunnen leggen en vervolgens de opbrengst met de eerste beslag-

15. Anders A.I.M. van Mierlo, t.a.p., blz. 514.

16. Zie ook PG Inv. Boek 3, blz. 1249; BT, A-G Hartkamp in zijn conclusie voor BT sub 8b en 17 en de daar aangehaalde literatuur, mijn NJ-noot bij BT sub 3c en 4c; HR 10 januari 1992 (Ontvanger Den Bosch/NMB-Postbank), RvdW 1992, 26.

17. T.a.p., blz. 501 e.v.

legger pro rata kunnen delen. Ook dan zou de paritas creditorum verzekerd zijn.

#### 18. ZORG OM DE HYPOTHEEKHOUDER?

Men hoeft ook niet bezorgd te zijn, dat in geval van faillissement zonder voorafgaande beslaglegging, cessie of verpanding de hypotheekhouder die tijdens faillissement ex art. 1612 executeert, niet het vorderingsrecht ten aanzien van de huurpenningen zou kunnen doen overgaan. Hij kan dat wel, zoals de curator dat ook zelf zou hebben gekund als er geen executie door de hypotheekhouder had plaatsgevonden. Hij is daartoe gelegitimeerd door zijn positie van separatist en executant. Een hypotheekhouder kan immers zijn recht uitoefenen alsof er geen faillissement ware (art. 57 Fw) resp. doet dat mede als wettelijk vertegenwoordiger van de schuldenaar (art. 3:268 BW).<sup>18</sup> Buiten faillissement is het duidelijk dat executie van een verhuurd goed door de hypotheekhouder overgang van de huurovereenkomst en (behoudens eerder beslag, eerdere cessie of verpanding) het daaraan te ontlenen vorderingsrecht op de nieuwe eigenaar bewerkstelligt, zulks ex art. 3:268 jo. 7A:1612. Gelet op art. 57 valt niet in te zien, dat tijdens faillissement anders geoordeeld zou moeten worden. Aangezien door de overgang van het vorderingsrecht ook de toekomstige huurpenningen ten gunste van de nieuwe eigenaar geannexeerd worden, heeft de hypotheekhouder hierom dus niet bezorgd te zijn voor een lagere opbrengst tijdens faillissement.<sup>19</sup>

De zorgen omtrent de positie van de hypotheekhouder zijn ook uit andere hoofde wat overdreven. Veelal zal hij een huurbeding kunnen inroepen, zodat er geen huurpenningen na de overdracht van het onroerend goed verschuldigd behoeven te zijn. In plaats daarvan had hij zich ook de toekomstige huurpenningen voorafgaande aan de contractovergang kunnen laten verpanden of cederen en had hij zijn aldus gerealiseerde rechten op huurpenningen kunnen laten overgaan op de nieuwe verhuurder. Toekomstige subjectieve rechten terzake zouden dan wel bij verkrijging in het faillissement vallen, maar daar heeft de hypotheekhouder die voor of snel tijdens faillissement executeert niet resp. nauwelijks last van.

Voorts valt te denken aan een vruchtgebruik voor de hypotheek-

18. Zie ook mijn annotatie onder BT sub 5a.

19. Een alternatieve oplossing voor het probleem van Blom, t.a.p., nr. 6.

houder op het verhuypotheceerde goed.<sup>20</sup> Ook rechtsgeldige beëindiging van het huurcontract maakt een einde aan het probleem.<sup>21</sup>

#### 19. PACHTOVERGANG IN PLAATS VAN HUUROVERGANG

Het ligt voor de hand dat dit alles niet slechts geldt voor een contractovergang ex art. 1612, maar eveneens voor de sterk verwante contractovergang van art. 34 Pw.

#### 20. CONTRACTOVERNAME IN PLAATS VAN HUUROVERGANG

Hoe ligt het echter bij een contractovername ex art. 6:159? Niet valt in te zien dat een contractovername — paulianeus en ander onrechtmatig gedrag daargelaten — anders zou moeten worden beoordeeld dan een overgang ex art. 1612. Wie denkt, dat een crediteur zo wel heel gemakkelijk een prioriteitspositie voor de mogelijkheden tot verhaal op toekomstige subjectieve rechten van zijn debiteur kan krijgen, omdat hij na de contractovername ook ten aanzien van toekomstige subjectieve rechten bestand is tegen een faillissement van de debiteur vergist zich. Anders dan bij het beslag, de cessie of de verpanding gaan bij een contractoverneming immers ex art 6:159 lid 2 ook de verplichtingen van de debiteur op de contract overnemende crediteur over.

#### 21. SUBROGATIE IN PLAATS VAN HUUROVERGANG

Voor de subrogatie van afdeling 6.2.2 geldt in wezen het zelfde. Subrogatie moge geen contractovergang zijn, het is wel een indeplaatsstelling van de crediteur, die een overgang van de bron van de subjectieve rechten en daarmee van het vorderingsrecht op de nieuwe crediteur impliceert. Ook bedenke men, dat aan die indeplaatsstelling een prijskaartje is verbonden: de betaling van de schuld van de oorspronkelijke debiteur aan de oorspronkelijke crediteur. Zie art. 6:150. Intussen bedenke men wel dat subrogatie door betaling van een nog niet bestaande vordering — en daar gaat het uiteraard om binnen de context van de toekomstige subjectieve rechten — niet voor de hand ligt.

20. Zie voor de vruchtgebruikconstructie W.M. Kleijn, *Recht vooruit*, Deventer 1988, blz. 108-109; zie voor het overige mijn BT-noot sub 5b-c.

21. Zie wel r.o. 3.4, laatste al. van BT, waarover mijn NJ-annotatie sub 5c jo. de conclusie van A-G Hartkamp voor BT sub 20.

## 22. CONCLUSIE

Daar waar beslaglegger, cessionaris, nieuwe contractpartij bij duurovereenkomst en pandhouder elkaar bevechten om hun rechtspositie ten aanzien van toekomstige vorderingen, laten zich minstens drie gezichtspunten aanwijzen die richting kunnen geven aan de oplossing van de conflicten. In de eerste plaats blijft de prioriteitsregel van belang, dit bij de waardering van opvolgende beschikkingshandelingen met betrekking tot een zelfde toekomstige vordering, zulks met inbegrip van beslagen behoudens in hun onderlinge verhouding. In de tweede plaats doet zich nog steeds het beginsel van de *paritas creditorum* gelden, dit bij faillissement en bij opvolgende beslagen met betrekking tot een zelfde toekomstige vordering. Aan die twee gezichtspunten valt dan een derde toe te voegen: de annexatieleer. Deze leer vindt een wettelijke basis in art. 3:304: vorderingsrecht en subjectief recht zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden, zodat een nieuwe vorderingsgerechtigde ook het toekomstige subjectieve recht verkrijgt dan wel — afhankelijk van de aard van de mutatie — aan de in de toekomst subjectief gerechtigde het vorderingsrecht toekomt. Zij verklaart waarom een toekomstige vordering die beslagen, geceedeerd of verpand is, wel in de faillissementsboedel valt en een toekomstige vordering uit hoofde van een duurovereenkomst die van crediteur is verwisseld, niet. Zij verklaart tevens waarom een verwisseling van de crediteur van een duurovereenkomst die voorziet in een overgang van het vorderingsrecht op de nieuwe schuldeiser toch niet aan de beslaglegger, cessionaris en pandhouder kan worden tegengeworpen, ook al heeft een beslag, een cessie resp. verpanding niet rechtstreeks betrekking op dat vorderingsrecht.

De praktische consequenties van deze gezichtspunten zijn alleszins aanvaardbaar, zowel in als buiten faillissement, ook voor de hypotheekhouder.