

# 60. Zijn vorderingen van leden van een coöperatie uit hoofde van ledenleningen en/of participatiereserves toekomstige vorderingen?

MR. R.M. VERMAIRE

In geval van een faillissement van een lid van een coöperatie komt regelmatig de vraag aan de orde of de vorderingen van het lid van een coöperatie uit hoofde van ledenleningen en/of participatiereserves al dan niet toekomstige vorderingen zijn. Zouden het immers toekomstige vorderingen betreffen, dan zou art. 35 lid 2 Faillissementswet ('Fw') eraan in de weg staan dat deze vorderingen onder het pandrecht van de bank zouden vallen. Een verpanding bij voorbaat van deze (toekomstige) vorderingen zal de bank in dat verband niet baten. Zijn de vorderingen echter te kwalificeren als bestaande vorderingen (al dan niet onder voorwaarde of tijdsbepaling) dan kunnen deze vorderingen wel voorafgaande aan het faillissement van het lid aan de bank verpand worden, en kan de bank deze verpanding met succes aan de boedel tegenwerpen.

Aan de hand van een tweetal recente uitspraken zal bezien worden hoe de vorderingen van leden van een coöperatie uit hoofde van ledenleningen en/of participatiereserves moeten worden gekwalificeerd. Daarbij zal tevens aandacht worden besteed aan het zogenaamde Kleijn-criterium en de daarmee samenhangende jurisprudentie. Vervolgens zal worden nagegaan hoe de twee recente uitspraken zich verhouden tot de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot toekomstige vorderingen, om tot slot te concluderen dat in beide uitspraken terecht is aangenomen dat de hiervoor bedoelde vorderingen bestaande vorderingen (al dan niet onder voorwaarde of tijdsbepaling) zijn. Een voor het faillissement van het lid op deze vorderingen gevestigd pandrecht kan dan ook aan de boedel worden tegengeworpen.

## Inleiding

Begin 2014 hebben de Rechtbank Amsterdam<sup>1</sup> en het Hof 's-Gravenhage<sup>2</sup> zich gebogen over de vraag of de uit de

lidmaatschapsrechten vloeiende vorderingen van de twee failliete leden van de Coöperatieve bloemenvailing Flora Holland U.A. ('Flora Holland') onder het pandrecht van de bank vielen dat het betreffende lid heeft gefinancierd. Om onder het pandrecht van de bank te vallen, diende vast te staan dat de vorderingen van het lid op Flora Holland uit hoofde van het lidmaatschap op het moment dat het lid in staat van faillissement kwam te verkeren reeds bestaande (en dus niet toekomstige) vorderingen betroffen. Immers, zouden het toekomstige vorderingen betreffen, dan zou art. 35 lid 2 Fw eraan in de weg staan dat deze vorderingen onder het pandrecht van de bank zouden vallen. Een verpanding bij voorbaat van deze (toekomstige) vorderingen zal de bank in dat verband niet baten.

In de procedure voorafgaande aan de hiervoor genoemde procedure bij het hof, oordeelde de Rechtbank 's-Gravenhage<sup>3</sup> dat de vorderingen uit hoofde van lidmaatschapsrechten ten tijde van de faillietverklaring van het betreffende lid toekomstig waren en dus

1 Rb. Amsterdam 16 april 2014, «JOR» 2014/220 m.nt. Tekstra.

2 Hof 's-Gravenhage 3 juni 2014, «JOR» 2014/221 m.nt. Tekstra.

3 Rb. 's-Gravenhage 16 mei 2012, «JOR» 2013/120.

niet onder het pandrecht van de bank vielen. Van deze uitspraak is de bank in hoger beroep gegaan. In hoger beroep komt het Hof 's-Gravenhage<sup>4</sup> tot het oordeel dat de vorderingen uit hoofde van de lidmaatschapsrechten ten tijde van de faillietverklaring van het betreffende lid geen toekomstige vorderingen, maar bestaande vorderingen onder voorwaarde of tijdsbepaling zijn. Ook de Rechtbank Amsterdam<sup>5</sup> komt in een soortgelijke zaak – zij het op iets andere gronden – tot eenzelfde oordeel. Deze bestaande vorderingen onder voorwaarde of tijdsbepaling

## Een pandrecht op een bestaande vordering onder voorwaarde of tijdsbepaling kan door de bank aan de boedel worden tegengeworpen

kon het betreffende lid dan ook (bij voorbaat) aan haar financierende bank verpanden en het pandrecht op deze vóór faillissement bestaande vordering kon door de bank aan de boedel worden tegengeworpen.

Hierna zal eerst kort de casus worden geschetst die ten grondslag lag aan uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 16 april 2014 en het Hof 's-Gravenhage van 3 juni 2014. In beide zaken betrof het lidmaatschapsrechten van een failliet lid van Flora Holland. In de kwestie die diende voor het Hof 's-Gravenhage speelde ook nog mee dat er, na het aangaan van het lidmaatschap door het betreffende lid, sprake is geweest van een fusie van Coöperatieve Bloemenveiling Flora Holland U.A. te Naaldwijk en Coöperatieve Bloemenveiling Aalsmeer U.A. te Aalsmeer per 1 januari 2008, waarbij uiteindelijk Flora Holland de enig overblijvende veiling was. Omwille van de leesbaarheid en gelet op het feit dat alle relevante statuten in belangrijke mate gelijklopend zijn, zal hiervan geabstraheerd worden. Zodoende zal worden uitgegaan van de voor de lidmaatschapsrechten relevante statuten van Flora Holland, zoals weergegeven in de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam.

Na een korte schets van de casus zal aan de hand van de literatuur en jurisprudentie nader worden ingegaan op het verschil tussen toekomstige vorderingen, die weliswaar bij voorbaat verpand kunnen worden, maar die ingevolge art. 35 lid 2 Fw niet aan de faillissementsboedel tegen te werpen zijn, en bestaande vorderingen onder voorwaarde of tijdsbepaling die wel aan de faillissementsboedel zijn tegen te werpen. Aansluitend zal bezien worden hoe het oordeel van het Hof 's-Gravenhage en de Rechtbank Amsterdam zich verhoudt tot de in de literatuur en jurisprudentie geformuleerde uitgangspunten, om vervolgens te komen tot een afronding.

## Gestileerde casus lidmaatschapsrechten Flora Holland

Een teler is lid van Flora Holland en neemt als lid deel in de lening van de gezamenlijke leden aan Flora Holland ('de Ledenlening'), zoals in art. 17 van de statuten van Flora Holland beschreven. Daarnaast neemt het lid deel in de zogenaamde participatiereserve van Flora Holland. Deze participatiereserve behoort blijkens de statuten van Flora Holland tot het eigen vermogen van de coöperatie.

De statuten van Flora Holland luiden – voor zover relevant – als volgt.

### 'Einde van het lidmaatschap

#### Artikel 8.

##### 1. Het lidmaatschap eindigt:

a. door het overlijden van het lid. Is het lid een rechtspersoon, dan eindigt zijn lidmaatschap wanneer hij ophoudt te bestaan;

(...)

### Ledenlening

#### Artikel 17.

1. Ieder lid neemt deel in de ledenlening aan de coöperatie door eventuele inhouding voor dit doel (...) van een (...) vast te stellen percentage van de koopprijzen van de door of via de coöperatie door de leden af te rekenen producten.

(...)

3. De bedragen die op grond van het bepaalde in lid 1 van dit artikel worden bijgeschreven op de ledenlening, zullen telkens in de eerste maand van het negende boekjaar, volgend op dat waarin de eerdergenoemde bijschrijving plaatsvond, worden afgelost. De algemene vergadering kan, op voorstel van het bestuur, besluiten alle in een of meer jaren bijgeschreven bedragen ('jaarlagen') op de ledenleningen van de leden eerder of later af te lossen.

4. Na het eindigen van het lidmaatschap wordt het tegoed op de ledenlening aan het oud-lid dan wel diens rechtverkrijgende(n) voldaan als volgt. Gedurende de drie kalenderjaren na het jaar waarin het lidmaatschap eindigde blijft het voorgaande lid van toepassing. Het alsdan nog niet terugbetaalde wordt voldaan binnen drie maanden na de vaststelling van de jaarrekening over het laatste boekjaar van de driejaarsperiode. (...)

(...)

### Participatiereserve

#### Artikel 34.

4 T.a.p. (2).

5 T.a.p. (1).

1. De participatiereserve is de som van de ten name van de afzonderlijke leden in de boeken van de coöperatie geadministreerde participatierekeningen. De participatiereserve behoort tot het eigen vermogen van de coöperatie.

(...)

3. Op voorstel van het bestuur kan de algemene vergadering besluiten, dat de in een boekjaar op de participatierekeningen bijgeschreven bedragen ('jaarlaag') – waaronder begrepen de in artikel 33 lid 2 bedoelde participatievergoedingen – aan de leden of hun rechtverkrijgenden betaalbaar worden gesteld uiterlijk in het eenentwintigste boekjaar na het boekjaar waarin de toevoeging geschiedde.

4. a. Na het eindigen van het lidmaatschap wordt het saldo van de participatierekening aan het oud-lid dan wel diens rechtverkrijgende(n) voldaan als volgt. (...)

b. Indien het lidmaatschap is geëindigd door overlijden van het lid, wordt het saldo van de participatierekening voldaan aan de rechtverkrijgende(n) (...).

5. a. Indien een tot een participatierekening gerechtigd lid dan wel oud-lid de leeftijd van vijftenzestig jaren bereikt, wordt hem het saldo daarvan voldaan (...). (...)

b. Voorts wordt de contante waarde van het saldo van de participatierekening van een lid of oud-lid dat onherroepelijk in staat van faillissement is verklaard uitgekeerd binnen drie maanden na de vaststelling van de jaarrekening van de coöperatie over het boekjaar waarin het vonnis tot faillietverklaring onherroepelijk is geworden. (...)'

Voorts blijkt uit de statuten dat er over het aandeel van het lid in de ledenlening rente wordt vergoed.

Tussen de bank en het betreffende lid is een kredietovereenkomst gesloten. Tot meerdere zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen van het betreffende lid onder de kredietovereenkomst is door het lid ten gunste van de bank een pandrecht verstrekt op haar bestaande en toekomstige vorderingen.

Art. 6 van de daarop betrekking hebbende pandakte bepaalt dat onder 'vorderingen' worden verstaan:

'Alle huidige en toekomstige vorderingen (...) die de Pandgever nu of te eniger tijd op enige natuurlijke persoon, rechtspersoon (waaronder mede te verstaan de Bank zelf), of andere juridische entiteit heeft en/of zal hebben, zowel geldvorderingen als niet-geldvorderingen daaronder begrepen, en al dan niet opeisbaar, onder voorwaarde of tijdsbepaling, alles in de ruimste zin.'

De bank had haar pandrecht op de vorderingen van het lid op Flora Holland reeds openbaar gemaakt en verzocht, na het faillissement van het betreffende lid, Flora Holland om tot uitbetaling van de ledenlening en participatiereserve aan de bank (als pandhouder) over te gaan. Flora Holland wilde

hieraan haar medewerking verlenen en vroeg vervolgens aan de curator van het lid of zij inderdaad kon overgaan tot het uitbetalen aan de bank als pandhouder van de op naam van dit lid staande bedragen ten titel van de ledenlening respectievelijk de participatiereserves. Hoewel dit niet uit beide uitspraken duidelijk blijkt, lijkt het erop dat ten tijde van de faillietverklaring van het lid de algemene ledenvergadering en het bestuur van Flora Holland geen van de hiervoor in de statuten omschreven besluiten tot aflossing van de ledenlening en/of betaalbaarstelling van de participatiereserve had genomen. De curator informeert Flora Holland dat Flora Holland deze bedragen niet aan de bank kan betalen en start daarop een procedure.

De curator van het lid vordert een verklaring voor recht dat zowel de ledenlening als de participatiereserve niet aan de bank verpand is. De curator legt hieraan ten grondslag dat de vorderingen uit hoofde van de ledenlening en participatiereserve toekomstige vorderingen zijn als bedoeld in art. 35 lid 2 Fw. Deze vorderingen zijn – aldus de curator – ontstaan na een ingrijpende verandering van de rechtsverhouding tussen het lid en Flora Holland, te weten door ontbinding van het lid en als gevolg daarvan het eindigen van het lidmaatschap van de Flora Holland.<sup>6</sup> Daarnaast zijn – zo stelt de curator – de vorderingen afhankelijk van een handeling van één van partijen, te weten van besluit van de algemene vergadering en/of het bestuur van de Flora Holland, zoals blijkt de statuten van Flora Holland (zie hiervoor). Feitelijk haakt de curator hier aan bij het zogenoemde Kleijn-criterium, waarop hierna nog nader zal worden ingegaan.<sup>7</sup>

De bank verweert zich tegen de vordering van de curator en voert daartoe het navolgende aan. De vorderingen zijn niet ontstaan na een (ingrijpende) verandering van de rechtsverhouding tussen het lid en Flora Holland, te

## De curator doet een impliciet beroep op het Kleijn-criterium

weten ontbinding van het lid en als gevolg daarvan het eindigen van het lidmaatschap van de veiling. Ook zijn de vorderingen niet ontstaan als gevolg van een besluit van het bestuur en/of de algemene vergadering van Flora Holland. Het lidmaatschap van het lid van Flora Holland is geëindigd zonder opzegging en zonder besluit van het bestuur en/of

6 Feitelijk doet de curator hier een beroep op de gevolgen van het arrest van de Hoge Raad van 3 december 2010, NJ 2010, 653 (ING/Nederend q.q.).

7 Overigens stelt de curator in de kwestie die heeft geleid tot het arrest van het Hof 's-Gravenhage – in lijn met het door de curator ingebrachte advies van R.D. Vriesendorp – dat de vorderingen van het lid naar hun aard niet overdraagbaar zijn. Het hof wijst deze redenering echter af (zie r.o. 2.16-2.18) en komt tot de conclusie dat de betreffende vorderingen wel overdraagbaar zijn. De problematiek van de (on)overdraagbaarheid van vorderingen gaat het bestek van dit artikel echter te buiten en zal verder onbesproken blijven.

de algemene vergadering ingevolge de statuten. Daarbij heeft ontbinding van het lid niet plaatsgevonden (zoals bedoeld in de statuten van Flora Holland). Zodoende is er dan ook geen sprake van vorderingen tot ongedaanmaking of restitutie als gevolg van ontbinding of opzegging van een overeenkomst, die voor de toepassing van art. 35 lid 2 Fw moeten worden aangemerkt als vorderingen die pas ontstaan door de genoemde beëindigingshandeling, zoals het geval was in het arrest ING/Nederend q.q.<sup>8</sup>

Anders dan de curator meent – zo stelt de bank – is niet het bestaan of ontstaan van de vordering uit hoofde van ledenlening en participatiereserve afhankelijk gemaakt van de omstandigheid dat een besluit wordt genomen,

### Voor de praktijk is de exacte afbakening van bestaande vorderingen onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling ten opzichte van toekomstige vorderingen van groot belang

maar enkel de opeisbaarheid van die vorderingen. Nu de vorderingen op grond van de ledenlening en de participatiereserve geen toekomstige vorderingen zijn als bedoeld in art. 35 lid 2 Fw, is de bank gerechtigd haar pandrecht jegens de curator in te roepen.

#### Het belang van het ontstaansmoment van een vordering

Zoals uit het voorgaande blijkt, is het van belang om na te gaan hoe de vorderingen uit hoofde van de ledenlening en participatiereserve gekwalificeerd dienen te worden. Betreffen het toekomstige vorderingen of reeds bestaande vorderingen onder voorwaarde of tijdsbepaling? Hoewel beide vorderingen (bij voorbaat) verpand kunnen worden, is in geval van faillissement het uiteindelijke juridische effect een ander.

Een beschikkingshandeling, zoals de verpanding, kan immers bij voorbaat worden verricht, maar het beoogde rechtsgevolg komt pas tot stand op het moment dat de pandgever daadwerkelijk beschikkingsbevoegd is. Dit laatste is pas het geval indien het object waarover beschikt wordt tot het vermogen van pandgever is gaan behoren (in dit geval de vorderingen uit hoofde van de ledenlening en de participatiereserve). Over een toekomstige vordering kan bij voorbaat worden verpand. Echter, deze verpanding sorteert pas effect op het moment dat de vordering ontstaat in het vermogen van de pandgever. Voor het faillissementsrecht is deze regel terug te vinden in art. 35 lid 2 Fw. Ingevolge art. 23 Fw verliest de schuldenaar van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorende vermogen. Beschikkingshandelin-

gen door de failliet na datum faillissement sorteren dan ook geen effect. Een vordering op derden die pas ontstaat na het uitspreken van het faillissement maar voordien (als toekomstig vordering) al was verpand, valt ex art. 35 lid 2 Fw zodoende in de failliete boedel zonder dat deze bezwaard is met een pandrecht. Indien het een bestaande vordering betreft die vóór datum faillissement reeds was verpand, dan was de pandgever op dat moment (al) beschikkingsbevoegd en is er een rechtsgeldig pandrecht tot stand gekomen.

De afbakening van bestaande vorderingen onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling ten opzichte van toekomstige vorderingen is zodoende van groot belang voor zowel de financiering- en zekerhedenpraktijk als de insolventiepraktijk. Een vordering die vóór faillissement is verpand en pas ná faillissement opeisbaar wordt, valt in het faillissement wanneer zij een toekomstige vordering was; maar zij valt buiten het faillissement wanneer het een vordering onder opschortende voorwaarde was. Cruciaal is dan ook het antwoord op de vraag op welk moment een vordering ontstaat. Zoals Verstijlen al eens opmerkte: het is een van de eenvoudigste vragen van ons privaatrecht met een van de ingewikkeldste antwoorden, gemeten naar de veelheid aan literatuur en de warboel van jurisprudentie over dit onderwerp.<sup>9</sup> Hoewel het onderscheid dus van groot belang is, is dit onderscheid niet zo gemakkelijk te maken. De wet definieert een verbintenis onder opschortende voorwaarde als een verbintenis waarvan de werking afhankelijk is gesteld van een ‘toekomstige onzekere gebeurtenis’ (art. 6:21 Burgerlijk Wetboek); hetzelfde geldt dan voor de met de verbintenis corresponderende vordering.<sup>10</sup>

#### De jurisprudentie en de leer-Kleijn

Een van de belangrijkste arresten van de Hoge Raad waarin het onderscheid tussen bestaande en toekomstige vorderingen aan de orde komt, dateert van begin jaren tachtig van de vorige eeuw. In het arrest SOS/ABN<sup>11</sup> besliste de Hoge Raad dat een vordering niet geacht kan worden haar bestaan reeds aan te vangen bij het ontstaan van de rechtsverhouding waarin de vordering haar onmiddellijke grondslag vindt. Een cessie van een toekomstige vordering kan dan ook niet aan de boedel worden tegengeworpen, als de cedent vóór het ontstaan van die vordering failliet is verklaard. De Hoge Raad merkt in het SOS/ABN-arrest voorts op dat een toekomstige vordering moet worden onderscheiden van een terstond krachtens overeenkomst ontstane vordering onder een opschortende tijdsbepaling of voorwaarde of tot periodieke betalingen. Met deze uitspraak heeft de Hoge Raad – aldus Rongen – de Fijn

8 T.a.p. (6).

9 F.M.J. Verstijlen, 'De verpanding van onderhanden werk', *WPNR* 2013 (6963), p. 122.

10 E. Koops, 'Het gat in de kaas: voorwaardelijke en toekomstige vorderingen in het licht van ING/Nederend q.q.', *MvV* 2011, p. 51-52.

11 HR 26 maart 1982, *NJ* 1982, 615, m.nt. WMK.

van Draat-leer definitief verlaten.<sup>12</sup>

De annotator Kleijn vat de beslissing van de Hoge Raad in zijn noot onder het SOS/ABN-arrest als volgt samen. Indien er sprake is van een intern element dat nog (door debiteur of crediteur) moet worden vervuld, dan is de vordering toekomstig. Een vordering is voorwaardelijk als er (enkel) nog een extern element vervuld moet worden. Toepast op de casus van SOS/ABN kwam Kleijn tot het oordeel dat er inderdaad sprake was van een toekomstige vordering, omdat het Visserijfonds (in casu de debiteur) nog diende te beslissen over de toekenning van een saneringsuitkering. Het ontstaan van deze vordering was dan ook afhankelijk van een intern element bij de debiteur.

Enkele jaren later herhaalt de Hoge Raad zijn omschrijving uit het SOS/ABN-arrest in het arrest WUH/Emmerig q.q.<sup>13</sup> in iets andere (duidelijkere) bewoordingen, door te bepalen dat: *‘vorderingen tot periodieke betaling bestaande vorderingen zijn, indien het gaat om “terstond vaststaande” periodieke betalingen.’* Met betrekking tot huurvorderingen oordeelt de Hoge Raad vervolgens dat deze niet als zodanig kunnen worden aangemerkt. Het ontstaan van een huurvordering is volgens de Hoge Raad immers: *‘afhankelijk van toekomstige, vooralsnog onzekere omstandigheden waaronder in het bijzonder de daadwerkelijke verschaffing van het huurgenot, onderscheidenlijk het na de faillietverklaring nog resterende deel van het huurgenot, waarvoor de betreffende termijn de tegenprestatie vormt’.*

De verschaffing van het huurgenot is een onzekere omstandigheid, welke onzekere omstandigheid in de enkele invloedssfeer van de crediteur ligt. Blijkt de crediteur uiteindelijk bereid het huurgenot te verschaffen, dan ontstaat er op dat moment pas een vordering van de crediteur (verhuurder) op zijn debiteur (huurder) tot betaling van de huur.

Hoewel de uitspraak in WUH/Emmerig q.q. past binnen het door Kleijn geïntroduceerde criterium, neemt de Hoge Raad dit criterium niet met zoveel woorden over. Ook in het arrest dat de Hoge Raad ruim een jaar nadien wijst (Staal Bankiers/Ambags q.q.<sup>14</sup>), lijkt het door Kleijn geïntroduceerde criterium (impliciet) te worden toegepast. Ook nu weer oordeelt de Hoge Raad dat een vordering die afhankelijk is van een wilsverklaring van de debiteur, pas ontstaat door aflegging van deze wilsverklaring.<sup>15</sup>

12 M.H.E. Rongen, *Cessie*, serie Onderneming en Recht, deel 70 (diss. 2012), p. 1108. In het Fijn van Draat-arrest besliste de Hoge Raad dat enkel ten tijde van het aangaan van de cessieakte al bestaande vorderingen konden worden overgedragen.

13 HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530, m.nt. G.

14 HR 25 maart 1988, NJ 1989 200 m.nt. WMK.

15 A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam*, serie Onderneming en Recht, deel 43 (diss. 2008), p. 180 waar Verdaas terecht opmerkt: ‘het “Kleijn-criterium” is derhalve een maatstaf die weliswaar voor veel, maar niet voor alle gevallen duidelijkheid biedt.’

Maar wat nu in het geval de crediteur géén handelingen meer hoeft te verrichten en de debiteur de vordering door een enkele wilsverklaring die vordering opeisbaar kan maken, is er dan toch sprake van een voorwaardelijke vordering? Zelfs indien de vervulling van de voorwaarde, bezien vanuit de debiteur, niet kan worden verhinderd? Deze kwestie kwam aan de orde in het arrest ING/Nederend q.q.<sup>16</sup>

ING Bank N.V. (‘ING’) had een kredietovereenkomst gesloten met Spaanderman B.V. (‘Spaanderman’). Tot meerdere zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen van Spaanderman onder de kredietovereenkomst is door Spaanderman aan ING een pandrecht verstrekt op haar bestaande en toekomstige vorderingen. Na het faillissement van Spaanderman heeft de curator alle arbeidsovereenkomsten opgezegd, alsmede overeenkomsten tot levering van gas en tot het gebruik van een frankeermachine. Uit dien hoofde ontstonden restitutieorders voor de te veel betaalde pensioenpremie, het gasvoorschot en het frankeertegoed (hierna tezamen: ‘de restitutieorders’). ING stelde zich op het standpunt dat de restitutieorders waren bezwaard met haar pandrecht. In de visie van ING moest worden aangenomen dat uit de opgezegde overeenkomsten reeds voortvloeide dat een te veel betaald voorschot, na beëindiging van de overeenkomst, als onverschuldigd moest worden terugbetaald. Kortom, er zou sprake zijn van voorwaardelijke restitutieorders die onder het pandrecht van ING vielen. De beëindiging van de overeenkomsten door de curator maakte enkel dat deze vorderingen opeisbaar werden, aldus ING. De curator stelde op zijn beurt dat de

**Hoewel de uitspraak in WUH/Emmerig q.q. past binnen het door Kleijn geïntroduceerde criterium, neemt de Hoge Raad dit criterium niet met zoveel woorden over**

restitutieorders pas waren ontstaan als gevolg van zijn beëindigingshandeling (en dat het dus niet enkel een kwestie van opeisbaar worden was), zodat de failliet pas na datum faillissement de restitutieorders verkrijgt. Op grond van art. 35 lid 2 Fw vallen de restitutieorders alsdan in de boedel zonder met een pandrecht van ING te zijn belast.

In sprongcassatie oordeelt de Hoge Raad dat dergelijke restitutieorders als gevolg van ontbinding of opzegging van een overeenkomst voor toepassing van art. 35 lid 2 Fw moeten worden aangemerkt als toekomstige vorderingen die eerst ontstaan door de ontbinding of opzegging. Door de ontbinding of opzegging wordt immers de rechtsverhouding tussen partijen ingrijpend gewijzigd, als gevolg

16 T.a.p. (6).

waarvan veelal bestaande verbintenissen eindigen en nieuwe verbintenissen (tot ongedaanmaking of restitutie) ontstaan. Er is bij ontbinding of opzegging van een overeenkomst zodoende geen sprake van een reeds voordien (bij het sluiten van de overeenkomst of het uit hoofde van de overeenkomst) ontstane vordering tot ongedaanmakings- of restitutievorderingen onder opschortende voorwaarde van ontbinding of opzegging, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.5 van het eerdergenoemde arrest.

Helaas komt het door Kleijn geformuleerde criterium in het arrest niet aan de orde, terwijl hiertoe wel een voorzet was gegeven in het cassatiemiddel onder sub B1.<sup>17</sup> De Hoge

## Het komt allereerst aan op hetgeen partijen met betrekking tot de vordering met elkaar hebben afgesproken. Kortom, wat is de inhoud van het vorderingsrecht?

Raad benadert de in ING/Nederend q.q. voorliggende vraag over het ontstaansmoment van de vordering langs een andere lijn, die van de ingrijpend gewijzigde rechtsverhouding en het daarmee op dat moment ontstaan van nieuwe verbintenissen. Ik deel de visie van Koops<sup>18</sup> dat dit nieuwe criterium vragen oproept. Deze vragen gaan echter het bestek van dit artikel te buiten en zal ik dan ook laten rusten.

### De status van de vorderingen uit hoofde van de ledenlening en de participatiereserve

Terug naar de (gestileerde) casus. Zijn de vorderingen uit hoofde van de ledenlening en de participatiereserve nu – ten tijde van de faillietverklaring – bestaande vorderingen onder voorwaarde of tijdbepaling of zijn het toekomstige vorderingen? Rechtbank 's-Gravenhage<sup>19</sup> kwam uiteindelijk tot het oordeel dat het ten tijde van de faillietverklaring toekomstige vorderingen betrof. In lijn met het SOS/ABN-arrest overweegt de Rechtbank in r.o. 4.2. dat:

'De aanspraken van Sub Rosa [het coöperatielid; toev. RMV] op aflossing van de ledenlening en op uitbetaling van het saldo van de participatiereserve vinden hun onmiddellijke grondslag in een rechtsverhouding die bestond toen het faillissement werd uitgesproken, te weten de statuten van de CBF en de CBA. Dat is op zichzelf onvoldoende om te concluderen dat sprake is van ten tijde van het faillissement bestaande – en dus geen toekomstige – vorderingen, bijvoorbeeld onder een opschortende voorwaarde.'

17 Dit deel van het cassatiemiddel betoogt immers: het feit dat de restitutievorderingen eerst opeisbaar konden worden door een rechtshandeling van crediteurszijde, dwingt [immers] niet tot de conclusie dat de restitutievorderingen voorafgaand aan deze rechtshandeling als nog niet bestaand en derhalve als toekomstig moeten worden gekwalificeerd.

18 T.a.p. (10), p. 54.

19 T.a.p. (3).

Vervolgens bekijkt de Rechtbank 's-Gravenhage wat partijen in de statuten van de coöperatie hebben bepaald ten aanzien van de aflossing en betaalbaarstelling van de betreffende vorderingen. Daarbij geldt – aldus de Rechtbank 's-Gravenhage – dat de vordering die ontstaat na verandering van de rechtsverhouding tussen partijen (bijvoorbeeld door ontbinding van een lid-rechtspersoon) een toekomstige vordering is (vgl. ING/Nederend q.q.). Ook vorderingen die afhankelijk zijn van een handeling van één van de partijen, zijn voor de toepassing van art. 35 lid 2 Fw toekomstige vorderingen (vgl. het Kleijn-criterium). Aansluitend komt de Rechtbank 's-Gravenhage tot het oordeel dat zowel de ledenlening als de participatiereserve ten tijde van de faillietverklaring van het lid toekomstige vorderingen waren. De aflossing van het gehele saldo van de ledenlening vergt een besluit van de algemene vergadering of het bestuur, al dan niet na beëindiging van het lidmaatschap. Aangezien de aflossing van het gehele saldo van de ledenlening afhankelijk is van de debiteur en/of crediteur, betreft het voor de toepassing van art. 35 lid 2 Fw een toekomstige vordering, aldus de Rechtbank 's-Gravenhage. De betaalbaarstelling van de participatiereserve ontstaat eerst na beëindiging van het lidmaatschapsrecht, hetgeen een ingrijpende wijziging in de rechtsverhouding oplevert – aldus nog steeds de Rechtbank 's-Gravenhage – zodat ook dit een ten tijde van de faillietverklaring een toekomstige vordering betreft.

Het Hof 's-Gravenhage<sup>20</sup> vernietigt dit vonnis en komt tot het oordeel dat zowel de ledenlening als de participatiereserve ten tijde van de faillietverklaring van het lid bestaande vorderingen onder voorwaarden/tijdsbepalingen zijn. Ook het Hof 's-Gravenhage haakt aan bij de wijze waarop partijen de vordering hebben vorm gegeven en zoals zij dit hebben vastgelegd in de statuten. Dit lijkt mij het juiste startpunt. Immers, het ontstaansmoment van een vordering betreft een kwestie van privaatrecht. Binnen het privaatrecht geldt partijautonomie en contractsvrijheid. Kortom, alles dat niet verboden is mag. Zo kunnen partijen overeenkomen dat de vordering ten tijde van het aangaan van de overeenkomst – al dan niet onder voorwaarden/tijdsbepalingen – bestaat, net zoals zij kunnen bepalen dat de vordering tot aan een bepaald moment een toekomstige vordering is.<sup>21</sup> Het komt dus allereerst aan op hetgeen partijen met betrekking tot de vordering met elkaar hebben afgesproken. Kortom, wat is de inhoud van het vorderingsrecht?

Het Hof 's-Gravenhage stelt vast dat blijkens de statuten de hoofdregel is dat de bedragen na verloop van tijd, respectievelijk na het einde van het lidmaatschap, opeisbaar zijn en dus altijd na verloop van tijd aan het lid zullen worden uitgekeerd (en deze vorderingen dus niet afhankelijk zijn van een wilslement). Dat de statuten ook bepalingen kennen die aan die hoofdregels – ten gunste

20 T.a.p. (2).

21 T.a.p. (9), p. 123.

of ten nadele van het lid – afbreuk kunnen doen, acht het Hof 's-Gravenhage onvoldoende om op grond daarvan de aanspraken van het betreffende lid niet als bestaande vorderingen te kwalificeren. Ook de omstandigheid dat aanspraken op betaling ten dele vervroegd opeisbaar zijn vanwege het faillissement van het lid maakt niet dat die kwalificatie onjuist is, aldus het Hof 's-Gravenhage. De door de curator aangevoerde omstandigheid dat een vordering wegens een opschortende voorwaarde of tijdbepaling nog niet opeisbaar is, legt in de visie van het Hof 's-Gravenhage onvoldoende gewicht in de schaal om te impliceren dat het om een toekomstige vordering gaat.

De Rechtbank Amsterdam<sup>22</sup> kwam twee maanden eerder tot eenzelfde oordeel als het Hof 's-Gravenhage. Ook de Rechtbank Amsterdam stelt voorop dat de aanspraken van het lid op aflossing van de ledenlening en uitbetaling van de participatiereserve hun grondslag vinden in een rechtsverhouding die bestond toen het faillissement werd uitgesproken, te weten de statuten van Flora Holland. In lijn met de Hoge Raad in het arrest SOS/ABN concludeert de Rechtbank Amsterdam dat die enkele omstandigheid op zichzelf nog niet voldoende is om te concluderen dat sprake is van ten tijde van het faillissement bestaande vorderingen.

Vervolgens stelt de Rechtbank Amsterdam dat voor de vraag of een vordering met onmiddellijke grondslag in een bestaande rechtsverhouding als een bestaande vordering onder voorwaarde of tijdsbepaling dan wel als een toekomstige vordering dient te worden beschouwd, bepalend is de aard van de toekomstige gebeurtenis waarvan de vordering afhankelijk is gesteld. Onttrekt die toekomstige gebeurtenis zich aan de invloed van partijen, dan zal de vordering in het algemeen zijn aan te merken als een reeds bestaande, voorwaardelijke vordering. Is de vordering daarentegen afhankelijk van een in de toekomst door de debiteur en/of crediteur nog te verrichten handeling, dan gaat het om een toekomstige vordering. De Rechtbank Amsterdam sluit hierbij aan bij het door Kleijn onder het arrest SOS/ABN geformuleerde criterium en komt tot de conclusie dat uit de statuten van Flora Holland volgt dat de aanspraak op aflossing van de ledenlening niet afhankelijk is van een handeling van Flora Holland of van het lid, en evenmin van het einde van het lidmaatschap – al dan niet door opzegging – maar dat deze aanspraak voortvloeit uit de statuten zelf. Voor de aanspraak op uitbetaling van de participatiereserve geldt eveneens dat deze aanspraak voortvloeit uit de statuten zelf, in geval van faillissement van een lid door uitkering van de contante waarde van het saldo op het in de statuten bepaalde moment. Voor beide aanspraken geldt dat het lid hoe dan ook op enig moment recht heeft op aflossing van de ledenlening respectievelijk uitbetaling van de participatiereserve en dat deze aanspraken niet afhankelijk zijn van enige handeling of gebeurtenis. Het betreft in de visie van de Rechtbank

Amsterdam dan ook een ten tijde van de faillietverklaring van het betreffende lid bestaande vordering.

In zijn gecombineerde noot onder de uitspraak van Rechtbank Amsterdam en Hof 's-Gravenhage merkt Tekstra<sup>23</sup> nog op dat op de ledenlening ook rente wordt vergoed. Hoewel de Rechtbank Amsterdam noch het Hof 's-Gravenhage dit punt mee laat wegen in hun oordeel, lijkt mij dit in casu wel een relevant punt. Dit lijkt immers een extra element om aan te nemen dat het hier gaat om een bestaande vordering. Een rentevergoeding bij een niet bestaande vordering is namelijk niet goed voorstelbaar.

## Conclusie

De discussie die de curator heeft willen voeren over de gevolgen van het failleren van het betreffende lid en de door hen in lijn met het arrest ING/Nederend q.q. aangevoerde ingrijpende wijziging van de rechtsverhouding, zien in feite niet op het moment wanneer de vorderingen ontstaan, maar wanneer deze vorderingen opeisbaar zijn/worden. De vraag naar de opeisbaarheid staat in mijn visie geheel los van de vraag naar het ontstaansmoment van de vordering. Voor het ontstaansmoment van een vordering moet gekeken worden naar hetgeen partijen daaromtrent zijn overeengekomen. Het feit dat de opeisbaarheid van die vordering beïnvloed kan worden door de debiteur of crediteur leidt mijns inziens niet tot de conclusie dat er sprake is van een toekomstige vordering. Ik zou menen dat pas als (i) het ontstaan van

## Ten tijde van de faillietverklaring van het betreffende lid betrof het een bestaande vordering

de vordering afhankelijk is van een in de toekomst door de debiteur en/of crediteur nog te verrichten handeling, het een toekomstige vordering betreft of (ii) er door de ontbinding of opzegging van de overeenkomst de rechtsverhouding tussen partijen zodanig ingrijpend wordt gewijzigd, dat als gevolg daarvan bestaande verbintenissen eindigen en nieuwe verbintenissen (tot ongedaanmaking of restitutie) ontstaan, er sprake kan zijn van een toekomstige vordering als bedoeld in art. 35 lid 2 Fw.

### Over de auteur

Mr. R.M. Vermaire is advocaat bij Wijn & Stael Advocaten N.V. te Utrecht.

<sup>22</sup> T.a.p. (1).

<sup>23</sup> T.a.p. (1) en (2).