

De vervoerder is tot een resultaatsverbintenis gehouden. De NV M. moet dan ook bewijzen dat de diefstal onafwendbaar was en een bijzonder gewetensvolle vervoerder die uiterst zorgvuldig tewerk is gegaan de diefstal – zoals die hier plaatsvond – evenmin had kunnen voorkomen.

De NV M. verstrekt weinig gegevens over de omstandigheden waarin de diefstal plaatsvond. Zij legt alleen de eigen verklaring van de chauffeur over, zodat de bijzondere omstandigheden waarin de diefstal zou hebben plaatsgevonden en die een ontheffingsgrond zouden kunnen opleveren, onbewezen blijven.

De NV M. beroept zich terecht op de beperking van de schadevergoedingsverplichting die art. 23 van het C.M.R.-Verdrag inhoudt.

De BVBA S. en haar verzekeraars bewijzen niet dat het verlies voortspuit uit opzet of dat de vervoerder hier een met opzet gelijkgestelde schuld treft die hem overeenkomstig art. 29 C.M.R.-Verdrag het beroep op de beperking van de schadevergoedingsverplichting zou uitsluiten.

...

Hof van Beroep te Gent

1e Kamer – 16 april 2009

Voorzitter: de h. Floren

Raadsheren: de hh. Jocqué en Wylleman

Advocaten: mrs. Coen, Sagaert en Wauman

1. Bevoegdheid en aanleg – Materiële bevoegdheid – Rechtbank van koophandel – Faillissement – Betwisting of een schuld een schuld van de boedel of een schuld in de boedel is – Toepasselijkheid van art. 46 Faillissementswet – 2. Faillissement – Lopende overeenkomsten – Verkoop onroerend goed door curator – Beëindigingsrecht curator – Goedkeuringsbeding – Beding omtrent de hoegrootheid van de prijs – (Niet-) tegenwerpelijheid aan de boedel

1. De vraag of een schuld een schuld van de boedel of een schuld in de boedel is en de vraag of art. 46 van de Faillissementswet al dan niet van toepassing is en welke de gevolgen zijn van de toepassing ervan, zijn geschillen waarvoor de oplossing ligt in het bijzonder recht dat het faillissement beheerst en waarvoor krachtens art. 574, 2^o, Ger. W. de rechtbank van koophandel bevoegd is.

2. Het beding in een koopovereenkomst dat het goed niet mag worden wederverkocht dan na de toestemming van de oorspronkelijke verkoper is te beschouwen als een vervreemdingsverbod. Een dergelijk verbod heeft geen externe werking en is niet tegenwerpeijk aan de samenlopende schuldeisers. Dit geldt niet voor het beding dat de

verkoopprijs niet hoger mag zijn dan de oorspronkelijke aankoopprijs. Art. 7 Hyp.W. verzet er zich niet tegen dat aan een dergelijke bepaling, die immers het goed niet aan het verhaal van de schuldeisers onttrekt, externe werking wordt toegekend. Het verhaal van de schuldeisers wordt weliswaar beperkt, maar dit belet de tegenwerpelijheid niet. De omstandigheid dat door de aanwezigheid van het beding een mindere opbrengst kon worden gerealiseerd voor de massa, volstaat niet om het beding met toepassing van art. 46 Faillissementswet te negeren.

Stad Antwerpen t/ Faillissement BVBA B.W.

Feiten en voorafgaande procedure

1. De feiten die aan de basis liggen van huidig geschil kunnen als volgt worden samengevat.

De stad Antwerpen verkocht in 1977 drie aaneengesloten loten bouwgrond (loten 252, 253, 254) gelegen aan de Schorenlei/Scheldedei aan de BVBA B.W. tegen een prijs van 57,92 euro per vierkante meter. De verkoopsvoorwaarden bepaalden dat binnen drie jaar na het verlijden van de akte een gebouw onder dak moest staan.

Art. 15 van dezelfde verkoopsvoorwaarden bepaalde: «Het is de koper verboden het goed voort te verkopen indien hij niet aan de verplichting tot bebouwing, integratie en/of renovatie/restauratie heeft voldaan.

«Ontheffing van deze voorwaarde kan slechts worden verkregen in geval van heirkraft en met de uitdrukkelijke en voorafgaande toestemming van het college van burgemeester en schepenen van de stad en onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat de herverkoopprijs niet hoger mag zijn dan de verkoopprijs, bedongen in de akte van verkoop, ongeacht de intussen gederfde rente van het geïnvesteerde kapitaal.

«In dat geval geldt, ongeacht een verleende toelating tot herverkoop, een recht van voorkoop van de stad-verkoopster».

Op lot 254 werd een appartementscomplex opgericht. Op lot 253 werd een aanvang genomen met de werken, maar deze dienden wegens financiële moeilijkheden van de BVBA C.A.B., ten gunste van wie afstand werd gedaan van het recht van natrekking en aan wie toelating tot bouwen werd verleend, te worden stopgezet. Lot 252 bleef onbebouwd.

De BVBA B.W. werd failliet verklaard bij vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Dendermonde van 29 oktober 2002.

De curatoren verkregen machtiging tot verkoop uit de hand van de loten 253 en 252 en notaris D.S. werd aangesteld om over te gaan tot de verkoop van deze loten.

Notaris S. heeft conform voormeld art. 15 toestemming gevraagd aan de stad Antwerpen om tot verkoop over te gaan. Het autonoom gemeentebedrijf AG V. heeft daarop, bij brief van 20 februari 2006, namens de stad Antwerpen aan de notaris meegegeeld dat werd ingestemd met de verkoop op voorwaarde dat de helft van de gerealiseerde meerwaarde aan de stad zou toekomen.

Na kennisname van dit standpunt hebben de curatoren betwist dat de stad Antwerpen haar toestemming afhankelijk kon maken van de betaling van de helft van de meerwaarde. Maar om de verkoop van de percelen niet in het gedrang te brengen, hebben zij aan notaris S. instructie gegeven om onder voorbehoud van alle rechten van de boedel, de helft van de meerwaarde, nl. een bedrag van 345.463,61 euro, aan de stad Antwerpen te betalen.

De curatoren hielden zich uitdrukkelijk het recht voor om het geschil ter betwisting aan de rechtbank voor te leggen en in de notariële koopakte werd de volgende verklaring ingelast: «Voornoemde curatoren zijn echter van mening dat voormelde verkoopsvoorwaarden van de stad Antwerpen niet tegenwerpelijk zijn aan het faillissement en dat zij niet gebonden zijn door deze voorwaarden bij de onderhavige verkoop van voormelde onroerende goederen. De curatoren geven opdracht aan ondergetekende notaris D.S. om een som ten belope van ... (345.463,61 euro) onder alle voorbehoud te storten op rekening van AG V., voornoemd.».

Nadien zijn de curatoren overgegaan tot de vordering van terugbetaling van voormeld bedrag.

2.1. Voor de Rechtbank van Koophandel te Dendermonde, die zij op basis van art. 574, 2^o, Ger. W. bevoegd achtten, vroegen de curatoren dat voor recht zou worden gezegd dat de door hen gevorderde vergoeding van 345.463,61 euro moet worden beschouwd als een schuldvordering in de boedel en niet als een schuldvordering van de boedel. Tevens vroegen zij voorbehoud om de door de stad Antwerpen aldus in te dienen vordering in de massa te betwisten. Ten slotte vroegen zij de veroordeling van de stad Antwerpen tot het terugbetalen aan de boedel van voormeld bedrag, vermeerderd met de gerechtelijke interest.

2.2. De stad Antwerpen besloot in hoofdorde tot de onbevoegdheid van de rechtbank van koophandel (de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen volgens haar bevoegd zijnde). Subsidiair vroeg zij de vordering af te wijzen als ongegrond.

3. Bij het bestreden vonnis heeft de eerste rechter, na zich bevoegd te hebben verklaard, in essentie geoordeeld dat de verbintenis om toestemming te vragen aan de stad Antwerpen voortvloeiend uit art. 15 van de algemene verkoopsvoorwaarden niet diende nageleefd te worden door de curatele, gelet op art. 46 van de Faillissementswet, aangezien de boedel er duidelijk

nadeel van ondervond doordat de toestemming werd gekoppeld aan de betaling van een vergoeding. Voorts oordeelde de eerste rechter dat de bepalingen waarop de stad Antwerpen zich beroept niet voortspruiten uit een door de curator met de stad Antwerpen gesloten overeenkomst, zodat de schuld niet als een schuld van de boedel kan worden beschouwd.

De vordering van curatele werd dan ook in al haar onderdelen ingewilligd.

4.1. Met haar hoger beroep beoogt de stad Antwerpen het tenietdoen van het bestreden vonnis en vraagt zij het hof, opnieuw wijzende:

- primair te oordelen dat de Rechtbank van Koophandel te Dendermonde niet bevoegd was en de zaak overeenkomstig art. 643 Ger. W. te verwijzen naar het Hof van Beroep te Antwerpen;
- subsidiair de initiële vordering ongegrond te verklaren bij gebrek aan onverschuldigde betaling;

...

4.2. De curatele vraagt het hoger beroep af te wijzen en het bestreden vonnis te bevestigen.

Beoordeling

1. De stad Antwerpen blijft de bevoegdheid van de eerste rechter betwisten. Zij voert aan dat de huidige betwisting geen geschil is dat rechtstreeks is ontstaan uit het faillissement en waarvan de gegevens voor de oplossing zich bevinden in het bijzonder recht dat van toepassing is op het stelsel van het faillissement in de zin van art. 574, 2^o, Ger. W. Derhalve zou de Rechtbank van Koophandel te Dendermonde, die het faillissement van de BVBA B.W. uitsprak, niet bevoegd zijn geweest, maar wel de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen. Bijgevolg zou dit hof de zaak, met toepassing van art. 643 Ger. W., moeten verwijzen naar het Hof van Beroep te Antwerpen.

Het hof kan dit standpunt niet bijvallen.

De volstreekte bevoegdheid wordt bepaald naar het onderwerp van de vorderingen bij de beoordeling van die bevoegdheid moet niet van het werkelijk, door de rechter op te sporen voorwerp van het geschil worden uitgegaan, maar van de vordering in de bewoordingen waarin ze door de eiser is gesteld.

In hun dagvaarding hebben de curatoren betoogd dat de stad Antwerpen ten onrechte haar toestemming tot wederverkoop afhankelijk meende te kunnen maken van de betaling van de helft van de meerwaarde. De curatoren voerden aan dat de stad Antwerpen dat niet kon, omdat de door de gefailleerde in de aankoopakte aangegane verbintenis om het goed, zolang het niet bebouwd was, niet te verkopen zonder de voorafgaande toestemming van de stad Antwerpen, geen zakenrechtelijk karakter had maar hoogstens een persoonlijke verbintenis van de gefailleerde inhield,

waarvan de curatoren aanvoerden dat zij die met toepassing van art. 46 van de Faillissementswet niet hadden verdergezet. De curatoren leidden daaruit af dat de door de stad Antwerpen gevorderde vergoeding wegens wederverkoop, voor zover gegrond, overeenkomstig het bepaalde van art. 46, tweede lid, van de Faillissementswet, moest worden beschouwd als een schuldvordering in de boedel en niet als een schuldvordering van de boedel. Daaruit volgde, steeds volgens de curatoren in hun dagvaarding, dat de betaling van 345.463,61 euro die onder alle voorbehoud werd gedaan, onverschuldigd was gebeurd en dat zij diende te worden terugbetaald. In het beschikkend gedeelte van de dagvaarding vroegen zij:

- voor recht te zeggen dat de door de stad Antwerpen gevorderde vergoeding een schuld in de boedel en niet van de boedel was;
- hen voorbehoud te verlenen om de aldus door de stad Antwerpen in de massa te dienen vordering te betwisten;
- de stad Antwerpen te horen veroordelen tot terugbetaling van de som van 345.463,61 euro, vermeerderd met de rente.

De aldus ingestelde vordering is wel degelijk een tot de uitsluitende bevoegdheid van de rechtbank van koophandel behorend faillissementsgeschil in de zin van art. 574, 2^o, Ger. W.

Aan de beide voorwaarden voor de toepassing van deze bepaling is immers voldaan.

Ten eerste gaat het hier om een geschil dat rechtstreeks is ontstaan uit het faillissement. Het geschil zoals aangebracht door de curatoren vindt zijn juridische oorzaak in het faillissement. De kern van de betwisting zoals de curatoren die hebben voorgedragen, is immers of de vergoeding die de stad Antwerpen meende te kunnen eisen (de helft van de meerwaarde), afgezien van de vraag of deze gegrond is, een schuld in de boedel of een schuld van de boedel is, gegeven het feit dat de curatoren aanvoerden dat zij de louter persoonlijke verbintenis van de gefailleerde om niet te verkopen zonder de toestemming van de stad Antwerpen, met toepassing van art. 46 van de Faillissementswet niet wensten verder te zetten.

Dat laatste toont meteen aan dat ook aan de tweede voorwaarde voor de toepassing van art. 574, 2^o, Ger. W. is voldaan, namelijk dat de gegevens voor de oplossing van het geschil zoals aangebracht door de curatoren zich bevinden in het bijzonder recht dat het stelsel van het faillissement beheerst. De vraag of een schuld een schuld van de boedel of een schuld in de boedel is en de vraag of art. 46 van de Faillissementswet al dan niet van toepassing is en welke de gevolgen zijn van de toepassing ervan, zijn geschillen waarvoor de oplossing ligt in het bijzonder recht dat het faillissement beheerst.

De argumentatie van de stad Antwerpen dat het *werkelijk* voorwerp van het geschil een loutere discussie over onverschuldigde betaling zou zijn, is niet dienend, omdat niet het werkelijk voorwerp, maar het voorwerp zoals door de curatoren in de dagvaarding aangevoerd, bepalend is voor de beoordeling van de bevoegdheid. Overigens belet het feit dat de vordering van de curatoren zou zijn gebaseerd op onverschuldigde betaling niet dat aan de toepassingsvoorwaarden van art. 574, 2^o, Ger. W. is voldaan, namelijk dat het geschil rechtstreeks voortspuit uit het faillissement en dat de gegevens voor de oplossing gelegen zijn in het recht dat het stelsel van het faillissement beheerst.

De Rechtbank van Koophandel te Dendermonde heeft zich dus terecht bevoegd verklaard om kennis te nemen van huidig geschil, en er is geen reden om de zaak te verwijzen naar het Hof van Beroep te Antwerpen.

2. De stad Antwerpen voert aan dat de vordering van de curatoren van meet af aan moet worden afgewezen, omdat deze vordering slechts kan zijn gebaseerd op onverschuldigde betaling en niet is voldaan aan de voorwaarden voor het wetslagen van een vordering op deze grond, omdat – zoals de curatoren volgens de stad Antwerpen zelf zouden toegeven – er wel degelijk een bestaande schuld werd betaald, zij het een schuld *van* of een schuld *in* de boedel.

Ook dit standpunt kan niet worden bijgevallen.

Ten eerste hebben de curatoren niet erkend dat de stad Antwerpen hoe dan ook over een schuldvordering beschikt, zij het dat het een schuldvordering tegen de gefailleerde zou zijn, in te dienen in het faillissement.

Vóór de dagvaarding hebben de curatoren het standpunt ingenomen dat het voormelde art. 15 van de verkoopsvoorwaarden aan het faillissement niet tegenwerpelijk is. Dit werd met zoveel woorden in de notariële akte genoteerd: «Voornoemde curatoren zijn echter van mening dat voormelde verkoopsvoorwaarden van de stad Antwerpen niet tegenwerpelijk zijn aan het faillissement en dat zij niet gebonden zijn door deze voorwaarden bij de onderhavige verkoop «(..)». Welnu, indien de curatoren de mening waren toegedaan dat het vervreemdingsverbod hen niet tegenwerpelijk was en zij het eigenlijk mochten negeren, dan houdt dit in dat zij van oordeel waren dat de stad Antwerpen geen enkele grond had om haar toestemming – die de curatoren, in hun visie, niet nodig hadden – afhankelijk te maken van de betaling van de helft van de meerwaarde en dat zij dus niet over een vordering ten belope van de helft van de meerwaarde beschikte.

Ook in de dagvaarding, waarin de curatoren het blijkbaar enigszins over een andere boeg hebben gegooid en hebben gearchumenteed dat de (eventuele) vordering van de stad Antwerpen hoe dan ook slechts

een schuld in de massa en niet van de massa is, hebben zij het nodige voorbehoud gemaakt ten aanzien van het bestaan van de vordering. Zij hebben geschreven dat de vordering, *indien gegrond*, slechts een schuld in de boedel was, en zij hebben zich tevens het recht voorbehouden om de eventueel in het faillissement in te dienen vordering te betwisten. Ook in conclusies hebben zij steeds dit standpunt aangehouden.

Ten tweede is het hof van oordeel dat, zelfs indien zou moeten worden vastgesteld dat de curatoren een bestaande vordering betaalden, dit de terugvordering niet belet indien de curatoren aantonen dat de schuld een schuld in de massa en niet van de massa is en zij om die reden niet gehouden waren tot betaling.

De curatoren hebben de helft van de meerwaarde door de notaris laten uitbetalen aan de stad Antwerpen onder het uitdrukkelijk voorbehoud van hun recht om nadien voor de rechtbank te betwisten dat zij deze helft van de meerwaarde aan de stad Antwerpen dienden te betalen. Dit voorbehoud was algemeen, zodat de curatoren zich het recht voorbehielden om *op welke grond ook* nadien te argumenteren dat zij dat bedrag niet aan de stad Antwerpen moesten betalen. De curatoren hebben zich met andere woorden het recht voorbehouden om nadien voor de rechtbank te argumenteren dat zij dat bedrag niet aan de stad Antwerpen moesten betalen (1) hetzij omdat de stad Antwerpen helemaal niet het recht had om dat bedrag te eisen en er dus geen vordering was; (2) hetzij omdat de vordering van de stad Antwerpen maar een schuld in de massa was en niet een schuld van de massa.

De door de stad Antwerpen aangehaalde rechtspraak waarin werd beslist dat in situaties waarin een bedrag wordt betaald aan een schuldeiser met miskenning van de voorrechten van andere schuldeisers of met miskenning van een gelegd beslag, deze betaling niet onverschuldigd is omdat dan een bestaande schuld wordt betaald en er dus geen sprake is van een onverschuldigde betaling, kan niet zomaar worden getransponeerd naar voorliggend geval. In deze gevallen ging het immers telkens om situaties waarin per vergissing werd betaald en waarin terecht – met toepassing van het principe dat een vergissing niet vereist is voor een vordering op grond van onverschuldigde betaling, maar het ook niet volstaat dat een betaling per vergissing gebeurt om deze te kunnen terugvorderen op grond van onverschuldigde betaling – terugvordering werd afgewezen omdat, ondanks de vergissing, een bestaande schuld werd betaald. De situatie die zich hier voordeed is totaal verschillend. Hier werd, om pragmatische redenen, namelijk om de verkoop niet in het gedrang te brengen, door de curatoren bewust een bedrag betaald waarvan uitdrukkelijk werd gesteld dat de stad Antwerpen daar eigenlijk geen recht op had. Een dergelijke situatie kan worden geanalyseerd als een

voorwaardelijke betaling, nl. een betaling onder de (ontbindende) voorwaarde dat nadien in rechte wordt vastgesteld dat het bedrag niet moest worden betaald. Daarbij dient te worden opgemerkt dat de betaling een (eenzijdige) rechtshandeling is waarvan de uitvoering perfect aan een voorwaarde kan worden gekoppeld. Indien de voorwaarde vervuld wordt – *in casu* wanneer in rechte wordt vastgesteld dat de curatoren niet dienden te betalen – wordt de betaling geacht nooit te zijn geschied en dient het bedrag te worden terugbetaald. In die zin kunnen de curatoren worden bijgevallen in zoverre zij aanvoeren dat hun vordering niet gebaseerd is op de figuur van de onverschuldigde betaling, maar op «het voorbehoud», wat er eigenlijk op neerkomt dat zij inroepen dat een voorwaardelijke betaling werd verricht en dat de voorwaarde vervuld is.

3.1. De hamvraag die in de eerste plaats moet worden beantwoord, is of de curatoren gebonden waren door art. 15 van de verkoopsvoorwaarden dan wel of zij deze bepaling gewoon konden negeren.

Partijen plaatsen deze discussie in de sleutel van art. 46, § 1, van de Faillissementswet.

Voorafgaandelijk aan de vraag of hier toepassing kon worden gemaakt van deze bepaling, dient echter de vraag te worden beantwoord of art. 15 van de verkoopsvoorwaarden tegenwerpelijk is aan de massa. Art. 46 van de Faillissementswet regelt slechts het lot van aan de massa tegenwerpelijke overeenkomsten/verbintenissen. Indien een overeenkomst of een eruit voortvloeiende verbintenis niet tegenwerpelijk is aan de massa, komt men niet toe aan de toepassing van art. 46 van de Faillissementswet.

3.2. Art. 15 van de verkoopsvoorwaarden houdt in dat zolang het goed onbebouwd is, het niet mag worden verkocht dan met de voorafgaande en schriftelijke toestemming van de stad Antwerpen en met dien verstande dat de herverkoopprijs niet hoger mag zijn dan de oorspronkelijke verkoopprijs.

Het beding dat het goed niet mag worden wederverkocht dan met de voorafgaande en schriftelijke toestemming van de stad Antwerpen is te beschouwen als of minstens gelijk te stellen met een vervreemdingsverbod. De koper is immers volledig afhankelijk van de toestemming van de verkoper, die naar goeddunken beslist of er kan worden verkocht of niet. Een dergelijk vervreemdingsverbod heeft geen externe werking en is met name niet tegenwerpelijk aan de samenlopende schuldeisers, zoals in geval van faillissement. Een vervreemdingsverbod is immers niet verenigbaar met het principe dat het gehele vermogen van de schuldenaar tot onderpand van de schuldeiser strekt (art. 7 Hyp.W.). De curatoren hoefden dan ook met dit aspect van art. 15 van de verkoopsvoorwaarden geen rekening te houden.

Dit geldt echter niet voor de bepaling dat de wederverkoopprijs niet hoger mag zijn dan de oor-

spronkelijke aankoopprijs, aangezien deze voorwaarde ertoe strekt speculatie te voorkomen en ook in verband moet worden gebracht met het voorkooprecht dat de stad Antwerpen zich voorbehield in art. 15 van de verkoopsvoorwaarden. Art. 7 Hyp. W. verzet er zich niet tegen dat aan een dergelijke bepaling, die immers het goed niet aan het verhaal van de schuldeisers onttrekt, externe werking wordt toegekend. Het verhaal van de schuldeisers wordt door deze bepaling weliswaar beperkt, omdat de waarde van het goed erdoor beperkt is tot de aankoopprijs, maar dit belet de tegenwerpelijheid van het beding niet, aangezien de schuldeisers het vermogen van de schuldenaar moeten nemen zoals zij het aantreffen, met de beperkingen die eraan vastkleven. Dat het beding geen zakenrechtelijk karakter heeft, doet aan deze principes geen afbreuk.

3.3. In de tweede plaats rijst dan de vraag of de curatoren met toepassing van art. 46 van de Faillissementswet konden beslissen om art. 15 van de verkoopsvoorwaarden, meer bepaald het aspect dat er niet mocht worden wederverkocht aan een hogere prijs dan de aankoopprijs, naast zich neer konden leggen.

3.3.1. Art. 46 van de Faillissementswet luidt als volgt: «Na hun ambtsaanvaarding beslissen de curators onverwijld of zij de overeenkomsten die gesloten zijn voor de datum van faillietverklaring en waaraan door dat vonnis geen einde wordt gemaakt, al dan niet verder uitvoeren. De partij die de overeenkomst met de gefailleerde heeft gesloten, kan de curators aanmanen om die beslissing binnen de vijftien dagen te nemen. Indien geen verlenging van termijn is overeengekomen of indien de curators geen beslissing nemen, wordt de overeenkomst geacht door toedoen van de curators te zijn verbroken vanaf het verstrijken van deze termijn; de schuldvordering van de schade die eventueel verschuldigd zou zijn aan de medecontractant wegens de niet-uitvoering, wordt opgenomen in de boedel. Indien de curators beslissen de overeenkomst uit te voeren, heeft de medecontractant recht, ten laste van de boedel, op de uitvoering van de verbintenis in zoverre zij betrekking heeft op prestaties geleverd na het faillissement».

3.3.2. In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de koopovereenkomst waarbij de stad Antwerpen de percelen verkocht aan de gefailleerde, een lopende overeenkomst is in de zin van art. 46 van de Faillissementswet. Hieronder dienen immers te worden verstaan contracten die dateren van vóór de faillietverklaring, waaraan door het faillissement geen einde wordt gemaakt en waarvan de uitvoering op het ogenblik van de faillietverklaring door de debiteur-gefaillieerde nog niet was voltooid. Omdat het verbod voor de BVBA B.W. om de loten 252 en 253 zonder voorafgaande en schriftelijke toestemming van de stad Antwerpen te vervreemden nog steeds gold op het

ogenblik van de faillietverklaring, is er hier sprake van een lopende overeenkomst.

3.3.3. Inzake lopende overeenkomsten geldt als uitgangspunt dat het faillissement geen einde maakt aan een bestaande overeenkomst, tenzij deze overeenkomst een uitdrukkelijk ontbindend beding inhoudt of *intuitu personae* met de gefailleerde gesloten is. Geen van deze gevallen doet zich hier voor.

Uit dit principe volgt dat een overeenkomst die aan de boedel kan worden tegengeworpen in beginsel door de curator moet worden uitgevoerd (vgl. Cass. 24 juni 2004, *T.B.H.* 2005, 241).

Art. 46 van de Faillissementswet, dat alle tegenwerpelijke overeenkomsten gesloten door de gefailleerde aangaat, bevat op dit beginsel een uitzondering. De bevoegdheid die de curator aan deze bepaling ontleent, blijft echter beperkt tot wat vereist wordt door het goed beheer van de boedel en de vrijwaring van het beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers. Dit houdt in dat de curator een einde kan maken aan een overeenkomst die de gefailleerde bindt indien de beëindiging van die overeenkomst noodzakelijk is voor het beheer van de boedel als een goed huisvader, onverminderd de rechten die dan voortvloeien voor de wederpartij van de failliet verklaarde contractant wegens niet-uitvoering van de overeenkomst (Cass. 24 juni 2004, voormeld).

Deze noodzakelijkheid voor het beheer van de boedel bestaat wanneer de voortzetting van de overeenkomst de vereffening van de boedel belet of de vereffening ervan abnormaal bezwaart. De loutere omstandigheid dat de goederen een mindere verkoopwaarde hebben, verhindert op zichzelf beschouwd de normale afwikkeling van het faillissement niet (Cass. 10 april 2008, *NjW* 2008, 494).

3.3.4. In dit geval belette de in art. 15 van de verkoopsvoorwaarden vervatte voorwaarde dat de wederverkoopprijs niet hoger mag zijn dan de aankoopprijs, de vereffening van het faillissement niet. Dit beding verhinderde de verkoop van het goed geenszins.

Evenmin bezwaarde deze voorwaarde de boedel op abnormale wijze. Ook buiten faillissement had het goed maar kunnen worden doorverkocht aan hoogstens de aankoopprijs. Het vermogen van de gefailleerde, onderpand van de schuldeisers die, zoals gezegd, dat vermogen moeten nemen met de beperkingen die eraan vastkleven, bestond met andere woorden maar uit een waarde gelijk aan de aankoopprijs van de percelen. De omstandigheid dat door het bestaan van het beding een mindere opbrengst kon worden gerealiseerd voor de massa, volstaat niet om het met toepassing van art. 46 Faillissementswet te kunnen negeren.

Door op basis van art. 15 van de verkoopsvoorwaarden betaling te eisen van de helft van de

meerwaarde werd ten slotte ook geen afbreuk gedaan aan het beginsel van de gelijkheid onder de schuldeisers. Door slechts de helft van de meerwaarde op te eisen toonde de stad Antwerpen zich inschikkelijk en kregen de schuldeisers meer dan wat de gefailleerde in normale omstandigheden, buiten faillissement, had kunnen verkrijgen van de verkoop. In die omstandigheden is de gelijkheid onder de schuldeisers niet verbroken.

4. Uit wat voorafgaat volgt dat art. 15 van de verkoopsvoorwaarden, in zoverre het bepaalde dat de wederverkoopprijs niet hoger mocht zijn dan de aankoopprijs, aan de curatoren tegenwerpelijk was en door hen moest worden nageleefd.

De stad Antwerpen kon dan ook als voorwaarde stellen dat de helft van de meerwaarde aan haar diende toe te komen, en zij beschikte dus wel degelijk over een vordering tegen de curatele ten belope van dit bedrag.

Deze vordering is wel degelijk een schuld van de boedel, omdat het hier gaat om een – weliswaar voorwaardelijke – verbintenis aangegaan door de curatoren in het raam van het beheer en de afwikkeling van het faillissement. Dat art. 15 van de verkoopsvoorwaarden (uiteraard) reeds bestond vóór het faillissement doet daaraan geen afbreuk.

Besloten moet dan ook worden dat de ontbindende voorwaarde waaronder de betaling door de curatoren gedaan werd (nl. dat in rechte wordt vastgesteld dat zij niet dienden te betalen), niet in vervulling is gegaan. De vordering van de curatoren tot terugbetaling dient dan ook als ongegrond te worden afgewezen.

5. Uit wat voorafgaat volgt tevens dat de curatoren de betaalde som niet kunnen terugvorderen op grond van vermogensverschuiving zonder oorzaak. De vermogensverschuiving heeft wel degelijk een oorzaak, nl. het recht dat de stad Antwerpen uit art. 15 van de verkoopsvoorwaarden putte om betaling van de helft van de meerwaarde te eisen. Bovendien heeft de boedel zich daardoor geenszins verarmd, omdat de stad Antwerpen in principe kon eisen dat slechts aan aankoopprijs werd wederverkocht.

6. Het hoger beroep is derhalve gegrond. De bestreden beslissing dient te worden tenietgedaan en de vordering van de curatoren dient te worden afgewezen.

...

NOOT – Tegenwerpelijke verbintenissen bij samenloop? Wat niet bezwaart, moet niet worden gelicht!

1. Het faillissement is een vorm van collectief en algemeen beslag ten bate van alle schuldeisers. Zoals elk beslag, strekt het ertoe de aanspraken van de opkomende schuldeisers te «realiseren». Uit het collectief karakter van het faillissementsbeslag (en in mindere mate van het gewone uitvoerend beslag) volgt dat alle

schuldeisers die hun rechten nog niet eerder hebben gerealiseerd – d.w.z. verzakelijkt hebben – dit als het ware tegelijkertijd doen. Daardoor komen ze in gelijke rang, behoudens wettige reden van voorrang. Daarbij maakt het in beginsel geen verschil uit welke de aard is van de schuldvordering: de regel geldt voor verbintenissen tot geven, tot doen en tot niet doen.

2. Art. 46 Faill. W. bevestigt aan de andere kant het beginsel dat het faillissement geen afbreuk doet aan de continuïteit van de lopende overeenkomsten. Het faillissement beëindigt dergelijke overeenkomsten niet; daarvoor gelden in beginsel de regels van het gemene recht. Aan de curator komt wel de keuze toe om al dan niet de overeenkomst verder uit te voeren. Zulks verbreekt echter in beginsel de overeenkomst niet, en aan de wederpartij staan dan de actiemogelijkheden open die voortvloeien uit het gemene verbintenissenrecht: *enac*, retentierecht, ontbinding, enz. Anders uitgedrukt: er bestaat geen faillissementscontractenrecht dat afwijkt van het gemene overeenkomstenrecht (S. Brijs, «Art. 46 Faillissementswet: is de curator van de failliete verhuurder een tovenaar?» (noot onder Cass. 24 juni 2004), *R.W.* 2005-06, (54), p. 56, nr. 6; E. Dirix, «Faillissement en lopende overeenkomsten», *R.W.* 2003-04, (201), p. 203, nr. 7). Of toch in beginsel, want was dit oorspronkelijk het heersende standpunt, dan is hieromtrent toch een evolutie waar te nemen.

3. Omtrent het zogenaamde keuzerecht van de curator en de precieze gevolgen daarvan is immers de laatste tijd wel wat te doen geweest. Meerdere verklaringen zijn daarvoor aan te geven. Enerzijds blinkt de tekst van art. 46, § 1, Faill. W. niet uit in duidelijkheid en anderzijds zijn de tendensen in de rechtspraak ook niet altijd goed te kaderen in het grotere geheel.

In de rechtsleer is intussen helder aangegeven dat er eigenlijk een tegenstrijdigheid schuilgaat in de formulering van art. 46, § 1, Faill. W. (zie helder: S. Brijs, *o.c.*, *R.W.* 2005-06, p. 55, nr. 5). In het eerste en het derde lid van deze bepaling is er sprake van dat de curator ervoor kiest de overeenkomst «al dan niet uit te voeren». In het tweede lid zegt de wet dat de overeenkomst «is verbroken» bij gebrek aan een tijdige uitoefening van het optierecht door de curator. Dergelijke bepalingen scheppen onzekerheid, temeer omdat voor beide opties – wel mogelijkheid om te verbreken of precies niet – rechtseconomisch en rechtsvergelijkend wel wat te zeggen valt (zie het uitgebreide overzicht bij E. Dirix, *o.c.*, *R.W.* 2003-04, p. 202-207, nrs. 4-15). Volgens een veeleer minimalistische interpretatie bevat art. 46, § 1, Faill. W. enkel de regel dat van de curator geen uitvoering *in natura* kan worden geëist. Volgens een meer extensieve lezing kan de curator veel meer dan louter niet-uitvoeren. Hij zou wel degelijk overeenkomsten kunnen beëindigen – «verbreken» – zodat

het hier een afwijking van het gemene recht is, opgedrongen vanuit het faillissementsrecht. Rechts-technisch zijn er voor beide opvattingen argumenten voorhanden (zie voor de uitwerking van de argumenten langs beide kanten: S. Brijs, *o.c.*, *R.W.* 2005-06, 55 e.v.).

4. In twee cassatiearresten (24 juni 2004, *R.W.* 2005-06, 53, noot S. Brijs en 10 april 2008, *DAOR* 2008, 242, noot J. Deryckere, *J.T.* 2008, 349, noot T. Hürner, *NjW* 2008, 494, noot P. Coussement) heeft het Hof de draagwijdte van het «beëindigingsrecht» dat aan de curator toekomt, enigszins verduidelijkt. In beide gevallen ging de verhuurder failliet en werd de curator van de verhuurder geconfronteerd met lopende huurovereenkomsten. Oorspronkelijk werd verdedigd dat art. 46 Faill. W. in die gevallen de curator niet het recht gaf om tegenwerpelijke huurovereenkomsten te verbreken en zo het goed te zuiveren van het huurrecht van de derde (E. Dirix, *o.c.*, *R.W.* 2003-04, p. 209, nr. 23). In het licht van bovenvermelde arresten is dit standpunt niet meer houdbaar. Uit de arresten lijkt te volgen dat de curator wel degelijk over een soort toverstok beschikt om niet alleen als verhuurder niet meer te presteren, maar ook om effectief de huur te verbreken. Aan deze mogelijkheid wordt echter een bijzondere strenge voorwaarde gekoppeld: het verbreken van deze huurrechten kan slechts als zulks noodzakelijk is voor de vereffening van de boedel. Deze noodzakelijkheid wordt streng beoordeeld: de loutere meerwaarde die kan worden gerealiseerd door het goed vrij van huurrecht te verkopen, geldt niet als voldoende aanwijzing van de noodzakelijkheid. In de praktijk zal het bewijs door de curator niet licht te geven zijn. Er kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het geval waarin de verkoop van het verhuurde goed geen enkele liefhebber opleverde.

Volgens het Hof van Cassatie kan de overeenkomst dus effectief worden beëindigd, maar door het vereiste van noodzakelijkheid zet het Hof de deur niet wijd open. Tot zover is er niets nieuws onder de zon.

5. In het geval dat aan het Hof van Beroep te Gent werd voorgelegd, ging het kort gezegd om het volgende. De stad Antwerpen verkoopt bouwgronden aan een BVBA met het oog op sociale woningbouw. In de oorspronkelijke verkoopovereenkomst wordt enerzijds ingeschreven dat de koper verplicht is op de gronden te bouwen binnen drie jaar en anderzijds dat het de koper wordt verboden om de gronden voort te verkopen indien niet aan deze bouwplicht is voldaan. Er wordt vervolgens in de koopovereenkomst opgenomen dat de koper in dat laatste geval uitzonderlijk toch mag verkopen mits de verkoper voorafgaandelijk toestemming verleent en op voorwaarde dat de herverkoopprijs niet hoger is dan de oorspronkelijke verkoopprijs, teneinde speculatie niet in de hand te werken.

De koper wordt failliet verklaard nog voordat de bouwwerken worden gerealiseerd. In het raam van de vereffening van de boedel rijst de vraag of in de op te stellen verkoopvoorwaarden rekening moet worden gehouden met het beding in de oorspronkelijke verkoopovereenkomst. In *casu* verkrijgt de curator toestemming van de stad Antwerpen om de gronden te verkopen op voorwaarde dat de helft van de meerwaarde aan haar wordt doorgestort. Zulks geschiedt ook, en de curatoren betalen de stad Antwerpen de helft van de gerealiseerde meerwaarde. In de verkoopvoorwaarden laten de curatoren echter inschrijven dat ze van mening zijn dat de oorspronkelijke bedingen hen niet kunnen binden en dat ze zich het recht voorbehouden om het geschil ter betwisting aan de rechtbank voor te leggen. Nadat de verkoop wordt afgehandeld, keren de curatoren zich tegen de stad Antwerpen en eisen ze de betaalde sommen terug, waarbij ze aanvoeren dat ze niet waren gebonden door de bedingen die in de oorspronkelijke koopovereenkomst tussen de stad Antwerpen en de gefailleerde koper waren opgenomen.

6. In het arrest van het Gentse Hof van Beroep krijgen de curatoren nul op het rekest. De appelrechter maakt in het arrest een onderscheid tussen enerzijds het goedkeuringsbeding en anderzijds het beding dat de prijs bepaalt in geval van herverkoop. Het goedkeuringsbeding wordt door het hof van beroep gekwalificeerd als een vervreemdingsverbod. Een dergelijk verbod om niet te vervreemden is volgens het hof van beroep niet tegenwerpelijk aan de boedel, zodat de curatoren de toestemming niet eens hoefden te verkrijgen. Het beding dat de prijs bepaalt bij doorverkoop, wordt echter anders beoordeeld. Dit beding onttrekt volgens het hof van beroep de goederen niet aan het verhaal van de schuldeisers. Weliswaar leidt de toepassing van het beding ertoe dat de verkoopprijs wordt beperkt, maar dit belet de tegenwerpelijke van het beding niet, aangezien de schuldeisers, zo luidt de redenering, het vermogen van de schuldenaar moeten nemen zoals ze het aantreffen, mét de beperkingen die eraan vastkleven. Dat het beding geen zakenrechtelijke werking heeft, doet volgens het hof geen afbreuk aan die principes. Was volgens die zienswijze het oorspronkelijke beding werkzaam dat de prijs beperkte tot die van de oorspronkelijke verkoop, dan moet *a fortiori* het beding geldig zijn dat de gefailleerde ertoe verplichtte de helft van de gerealiseerde meerwaarde af te staan en de andere helft te behouden.

Deze zienswijze wordt vervolgens in verband gebracht met het leerstuk van art. 46 Faill. W. In *casu* zijn immers de bedingen uit de oorspronkelijke koopovereenkomst lopende overeenkomsten. Het hof van beroep leidt uit deze bepaling af dat in beginsel de lopende overeenkomsten door de boedel verder moe-

ten worden nagekomen, tenzij de gelijkheid van schuldeisers en een goed beheer van de boedel hierdoor in het gedrang komen. De curator kan een einde maken aan een overeenkomst, zo oordeelt het hof van beroep, indien deze beëindiging noodzakelijk is voor het beheer als een goed huisvader. Het vereiste van noodzakelijkheid wordt daarna beoordeeld overeenkomstig de cassatierechtspraak uit 2008: de loutere omstandigheid dat de goederen daardoor een mindere verkoopwaarde hebben, verhindert de normale afwikkeling van het faillissement niet. Het beding verhindert de verkoop geenszins, waardoor de curator krachtens art. 46, § 1, Faill. W. deze lopende overeenkomst niet kon beëindigen. Het hof van beroep komt dan ook tot het besluit dat de vorderingen van de curatoren tot terugbetaling van de helft van de meerwaarde moeten worden afgewezen.

7. Deze uitspraak roept tal van vragen op. Het lijkt immers alsof het hof van beroep de verbintenisrechtelijke en de zakenrechtelijke aspecten van deze casus toch met elkaar vermengt, waarbij de toepassing van het leerstuk van art. 46 Faill. W. de zaken bijkomend nog heeft vertroebeld.

Uitgangspunt is het volgende bij faillissement. *Zakelijke rechten* doorstaan de samenloop. Ze kleven aan de goederen, ongeacht in wiens handen ze terechtkomen. *Persoonlijke rechten* doorstaan de samenloop niet. De houder van dergelijke rechten moet zich tevreden stellen met een (chirografaire) schuldvordering in de boedel. De houder van een persoonlijk recht heeft bovendien in beginsel geen recht op uitvoering *in natura* door de curator. Dat volgt uit het gelijkheidsbeginsel tussen schuldeisers. Aanvaardt dat de ene schuldeiser wel uitvoering *in natura* krijgt en de andere zich tevreden moet stellen met een vordering in de boedel, schendt de *paritas*-regel. Art. 46 Faill. W. is dus niet nodig als grondslag voor de regel dat van de curator geen uitvoering *in natura* kan worden geëist; dat volgt al uit de *paritas creditorum* bij samenloop (het gelijkheidsbeginsel) en wordt door deze bepaling simpelweg bevestigd.

8. Art. 46 Faill. W. geeft de curator de mogelijkheid om bepaalde overeenkomsten desondanks toch verder uit te voeren, ook al gaat die uitvoering strikt dogmatisch in tegen de gelijkheid van schuldeisers. Het gaat hier echter om gevallen waarin hij oordeelt dat die gestanddoening voordeliger is voor de boedel, zodat dit niet echt ingaat tegen de zopas genoemde beginselen. Twee voorbeelden om het wat aanschouwelijk te maken.

Een eerste voorbeeld: A geeft aan B een goed in bruikleen voor één jaar en er wordt bovendien overeengekomen dat A verder instaat voor het onderhoud. B heeft alvast betaald voor de volledige onderhoudsperiode. Lopende de termijn gaat A failliet. Strikte toepassing van het gelijkheidsbeginsel levert het volgende

op: de curator komt de onderhoudsverplichtingen niet meer na en eist het geleende goed terug, en B kan een vordering voor de niet-nakoming van de overeenkomst inbrengen in de boedel. Krachtens art. 46 Faill. W. kan de curator ook anders beslissen en de overeenkomst gestand doen voor de resterende termijn.

Een tweede voorbeeld, ontleend aan het Nederlandse Nebula-arrest (HR 3 november 2006, NJ 2007, nr. 155, noot PvS en daarover: F. Verstijlen, «Het eigendomsvoorbehoud in nevelen», *W.P.N.R.* 2007, 824-829). A heeft aan B een machine verkocht met een beding van eigendomsvoorbehoud, waarbij de laatste betalingstermijnen nog niet zijn betaald op het ogenblik dat de verkoper failliet wordt verklaard. De curator van A mag ervoor kiezen om de overeenkomst niet verder uit te voeren. Dit wil in deze context zeggen: hij mag de machine terugnemen, aangezien de verkoper nog steeds eigenaar is. De verkoopovereenkomst is echter niet beëindigd. Betaalt de koper de laatste termijn, dan treedt de overdracht met terugwerkende kracht in werking en wordt de koper eigenaar. Dit is een toepassing van de leer van het *Antwantschaftsrecht*. Niets belet de curator echter om het goed bij de koper te laten om op die manier een bijkomende vordering in het faillissement te vermijden.

9. *Huurrechten* vormen een buitenbeentje in dit verhaal. In bepaalde gevallen zijn de verplichtingen van de verhuurder namelijk kwalitatief (ze gaan mee met de eigendom van het goed), waardoor het recht van de huurder zakelijke trekjes verkrijgt. Dergelijke huurrechten kleven aan het gehuurde goed, ongeacht in wiens handen ze overgaan. De curator van de verhuurder kan dus niet-nakomen tegenover de huurder, maar wanneer hij het goed realiseert en verkoopt aan een derde, dan blijven de huurrechten daar in die gevallen aan kleven. Zolang het gehuurde goed nog niet is gerealiseerd door de curator van de gefailleerde verhuurder, geldt het regime van persoonlijke rechten (nl. geen verplichting tot nakoming door de curator); bij realisatie van het goed daarentegen toont het huurrecht zijn kwalitatief karakter, in die zin dat de verkrijger opnieuw gehouden is tot de verplichtingen uit de huurovereenkomst zolang deze niet rechtsgeldig is beëindigd. Bovendien heeft de huurder in de meeste gevallen ook een retentierecht op het goed zolang de huur niet rechtsgeldig is beëindigd.

In het beslagrecht is dit alles duidelijker geregeld dan in het faillissementsrecht. Krachtens art. 1575 Ger. W. worden huurovereenkomsten die vaste datum hebben verkregen niet geraakt door het uitvoerend beslag. De derde-verkrijger dient deze rechten te respecteren.

10. Deze principes worden correct toegepast door de appelrechters met betrekking tot de *goedkeuringsclausule*. Dit beding wordt terecht gekwalificeerd als een onoverdraagbaarheidsbeding. In overeenstemming

met de heersende leer komt aan een dergelijk beding geen zakelijke werking toe (R. Jansen, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, nr. 669). De koper gaat enkel de verbintenis aan om niet te verkopen dan na toestemming van de oorspronkelijke verkoper, maar zulks tast zijn beschikkingenbevoegdheid hoegenaamd niet aan. Verkoopt de eigenaar het goed met miskenning van het beding, dan komt er een zakenrechtelijk werkzame overdracht tot stand. De miskenning kan gebeurlijk wel aanleiding geven tot verbintenisrechtelijke sancties (een vordering tot schadevergoeding die geldt als vordering in de boedel). Meteen is ook duidelijk dat deze oplossing kan worden bereikt zonder dat art. 46 Faill. W. ook maar in het vizier hoeft te komen.

Het bewijs daarvan wordt bovendien opnieuw geleverd vanuit het beslagrecht. Wordt een onroerend goed uitgewonnen in het raam van een beslagprocedure, dan wordt algemeen aanvaard dat onoverdraagbaarheidsbedingen geen invloed hebben op de uitwinning (*A.P.R.*, v^o *Beslag*, Mechelen, Kluwer, 2001, nrs. 158 en 825). Het beding is een *res inter alios acta* waardoor de beslaglegger niet kan worden gebonden. Het faillissement is een collectief beslag, dus waarom zouden daar de regels anders zijn?

11. Het arrest besluit dat het goedkeuringsbeding niet tegenwerpelijk was aan de boedel. Daarmee is eigenlijk de kous nog niet volledig af. Een vraag die in het arrest niet ter sprake kwam, maar die de moeite waard is even van naderbij te bekijken is of de schending van het overdraagbaarheidsbeding aanleiding kan geven tot derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk. Het beding is immers een geldige verbintenis van de eigenaar van de grond om niet over te dragen. Het staat vast dat de curator die de verbintenis niet verder uitvoert (dus het goed overdraagt) contractbreuk pleegt. Is nu de verkrijger van dit goed een derde die medeplichtig kan worden verklaard aan deze contractbreuk? Kennis van de verkrijger is niet denkbeeldig als het beding in de oorspronkelijke notariële koopakte stond.

Zover moeten de verbintenisrechtelijke relaties niet worden doorgetrokken. Er anders over oordelen leidt er praktisch toe dat de vereffening onmogelijk wordt gemaakt en is indirect een schending van art. 7 en 8 Hyp. W. Ook uit art. 46 Faill. W. kan voor deze zienswijze een argument worden geput. Als deze bepaling aan de curator het recht geeft om niet verder te moeten presteren, dan kan derde-medeplichtigheid toch ook niet in het vizier komen.

12. Het is opmerkelijk dat het hof van beroep het *prijbsbeding* in deze zaak anders beoordeelt. Een dergelijk beding is evenmin een zakelijk recht en het was te verwachten dat eveneens zou worden geoordeeld dat een dergelijk beding de boedel niet bindt, maar dat de miskenning ervan aanleiding kan geven tot schade-

vergoeding bij bewijs van geleden schade. Het is immers wel juist dat de schuldeisers de boedel moeten nemen met alle beperkingen die daaraan kleven, maar zulks geldt enkel voor zakelijke rechten. Verbintenissen kleven niet aan goederen. Als het vervreemdingsverbod niet tegenwerpelijk is aan de curatoren, waarom dan wel het prijsbeding?

In de redenering van het hof van beroep moet de toepassing van art. 46, § 1, Faill. W. hiervoor de nodige grond bieden. Via deze bepaling wordt namelijk verklaard waarom de curatoren toch gebonden waren door het prijsbeding. Ze zijn gebonden omdat ze het niet konden beëindigen, aangezien de beëindiging ervan niet noodzakelijk was voor de vereffening van de boedel.

13. Deze redenering kan niet overtuigen. Ze leidt ertoe dat via de omweg van art. 46, § 1, Faill. W. verbintenissen zakelijke werking krijgen, doordat de curator eraan gebonden zou zijn. Daardoor wordt het fundamentele onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke rechten verbroken.

De appelrechters zetten de zaken wat op hun kop. Art. 46 Faill. W. maakt het mogelijk voor de curator om enerzijds ervoor te kiezen om niet verder meer uit te voeren en anderzijds om overeenkomsten te beëindigen, op voorwaarde dat zulks nodig is voor de vereffening. Waarom is die beëindiging eigenlijk nodig? In deze context is dit uitsluitend nodig om het goed van kwalitatieve persoonlijke rechten (huurrechten) te «zuiveren» (en een einde te maken aan het retentierecht van de huurder). Voor louter persoonlijke rechten kan de curator er immers voor opteren om niet verder uit te voeren om op die manier niet langer gebonden te zijn tot uitvoering *in natura*. De beëindiging is daarentegen wel nodig om het huurrecht van een derde teniet te doen, want het louter niet-nakomen van de verplichtingen als verhuurder heeft geen invloed op de tegenwerpelijkheid van dit huurrecht tegenover een derde-verkrijger. Art. 46 Faill. W. is dus een bijkomend actiemiddel dat openstaat voor de curator. Dit actiemiddel kan echter volgens het Hof van Cassatie enkel worden uitgeoefend in geval van noodzakelijkheid.

In deze zaak wordt de omgekeerde redenering gemaakt. Aangezien het prijsbeding de verkoop niet belemmert, is beëindiging niet noodzakelijk, waardoor de overeenkomst krachtens art. 46 Faill. W. blijft doorlopen, zodat het beding tegenwerpelijk is aan de curatoren. Zulks is natuurlijk bijzonder ongelukkig. In het licht van de cassatierechtspraak was de beëindiging van de overeenkomst inderdaad niet noodzakelijk, maar de vraag rees niet of een dergelijke overeenkomst al dan niet moest worden beëindigd. Aangezien het beding noch als een zakelijk recht noch als een kwalitatief persoonlijk recht kon worden aangemerkt, gold het regime van de louter persoonlijke rechten. Door de loutere keuze van de curator deze rechten niet na te

komen, vervalt het recht om uitvoering *in natura* te krijgen (*in casu* het prijsbeding naleven).

14. Het leerstuk van art. 46 Faill. W. heeft dus op totaal andere situaties betrekking dan die van de casus van het geannoteerde arrest. De verbintenis om niet te verkopen tegen een hogere prijs dan de oorspronkelijke koopprijs is geen andere dan de verbintenis om vooraf toestemming te verkrijgen van de oorspronkelijke koper. In beide gevallen zijn het louter verbintenissen om niet te doen die geen enkele invloed hebben op het recht van de eigenaar zijn goederen te verkopen, maar die, bij miskennis, beide verbintenisrechtelijk kunnen worden gesanctioneerd. Door het loutere feit dat de curator verkoopt met miskennis van deze bedingen opteert hij ervoor de verbintenis niet na te komen. Beëindiging is daarvoor niet nodig. Controle op de noodzakelijkheid dus evenmin.

15. Stel dat het hof van beroep deze regels had toegepast op de wijze die hier wordt verdedigd. Had de stad Antwerpen dan andere mogelijkheden om haar rechtspositie te versterken in geval van faillissement van de koper? Wellicht wel. De stad had ervoor kunnen kiezen om de ontbinding wegens wanprestatie te vorderen van de verkoopovereenkomst tussen haar en de gefailleerde. Zij had haar rechten nog kunnen versterken door in de verkoopovereenkomst een uitdrukkelijk ontbindend beding op te nemen of een ontbindende voorwaarde. Dat is blijkbaar niet gebeurd. Maar ook op basis van het zgn. stilzwijgend ontbindend beding van art. 1184 B.W. had de stad de ontbinding kunnen vorderen: de wanprestatie leek zwaarwegend genoeg om een ontbinding te rechtvaardigen. Uit het arrest blijkt niet of er redenen zijn waarom de stad Antwerpen zulks niet heeft gedaan. Mocht de ontbinding zijn toegekend, dan was de stad Antwerpen retroactief opnieuw eigenaar geworden van het onroerend goed; wel had ze de koopprijs moeten terugbetalen, evenwel onder aftrek van vergoeding van de schade die zij door de wanprestatie van de koper lijdt. Weliswaar zal de stad Antwerpen geen voorrecht van de verkoper hebben behouden, aangezien de koopprijs werd betaald, maar volgens de heersende leer geldt de bepaling van art. 28 Hyp. W., volgens welke de ontbinding niet tegenwerpelijk is aan derden (*in casu* de boedel) indien het voorrecht niet werd behouden, enkel voor de ontbinding wegens niet-betaling van de prijs.

16. Concluderend kunnen we een overzicht geven van de precieze functie van art. 46 Faill. W. Een aantal functies zijn al aan bod gekomen of werden uitdrukkelijk verworpen, maar het kan geen kwaad ze nog eens op een rijtje te zetten.

(a) Art. 46 Faill. W. bevestigt de mogelijkheid van de curator om zijn verbintenissen niet verder uit te voeren. Dit wil zeggen: de curator mag elk persoonlijk recht van de schuldeisers schenden (ook zogenaamde «verworven persoonlijke rechten»), die zich dan tevreden moeten

stellen met een vordering in de boedel. Dat geldt zowel voor verbintenissen tot geven, tot doen als tot niet doen. Het voorbeeld van daarnet kan worden hernomen: de curator van de onderhoudsfirma kan de overeenkomst niet nakomen en het gebruiksrecht ontnemen aan de houder. In het geval dat voor het hof van beroep ter sprake kwam: de curator voert de verbintenis om niet te verkopen dan na toestemming en dan tegen betaling van een welbepaalde prijs niet verder uit en verkoopt het goed aan een derde.

(b) Art. 46 Faill. W. maakt het echter voor de curator eveneens mogelijk om een lopende overeenkomst verder te zetten (type: arbeidsovereenkomsten, huurovereenkomsten, enz.), ook al zou vanuit een strikte toepassing van het gelijkheidsbeginsel uitvoering *in natura* niet meer mogelijk zijn (type: het gestand doen van een huurovereenkomst waarbij huurtermijnen al waren betaald en de failliete boedel dus geen huurvergoedingen meer verkrijgt).

(c) Art. 46 Faill. W. laat de curator toe om *ad nutum* arbeidsovereenkomsten te «verbreken». De reden daarvoor is heel specifiek en niet tot andere gevallen uit te breiden. Krachtens de arbeidsovereenkomstenwet moet immers de werkgever de overeenkomst beëindigen (en niet de werknemer) opdat de werknemer een vordering kan indienen in de boedel.

(d) Krachtens de cassatierechtspraak kan de curator ook huurrechten «verbreken», op voorwaarde dat zulks noodzakelijk is voor de vereffening van de boedel. De verbreking heeft ook hier opnieuw een heel bijzonder doel, namelijk ervoor zorgen dat de derde-verkrijger een goed krijgt dat «gezuiverd» is van de huurrechten. De huurder moet zich dan opnieuw tevreden stellen met een vordering tegen de boedel.

(e) Zakelijke rechten blijven steeds buiten het vizier van art. 46 Faill. W. Dat geldt ook voor overdrachten die temporeel gescheiden zijn. Te denken valt aan de verkoop van een roerend goed onder eigendomsvoorbehoud en de verkoper failliet gaat voordat de laatste termijnen zijn verstreken. De curator kan de verkoopovereenkomst niet nakomen, maar kan evenmin verhinderen dat de koper toch de laatste termijnen betaalt, zodat de overdracht met terugwerkende kracht tot stand komt. Theoretisch is het denkbaar dat het Hof van Cassatie ook voor deze overeenkomsten zou toestaan dat de curator ze zou mogen verbreken onder de gestelde voorwaarden. Tot hiertoe is daar echter nooit uitspraak over gedaan.

Ruud Jansen
Universiteit Antwerpen

Matthias Storme
K.U.Leuven en Universiteit Antwerpen
Advocaat