

ZAKELIJKE RECHTEN EN INSOLVENTIE

Ruud Jansen en Matthias E. Storme

I. ALGEMENE BEGINSELEN

A. Het vermogen als gemeenschappelijk onderpand

1. Krachtens artikelen 7 en 8 Hyp.W. vormt het volledige vermogen van de schuldenaar het onderpand voor de schuldeisers. Als uitgangspunt geldt dat een schuldeiser in beginsel het volledige vermogen van de schuldenaar kan uitwinnen: *“Ieder die persoonlijk verbonden is, is gehouden zijn verbintenissen na te komen, onder verband van al zijn goederen, hetzij roerende, hetzij onroerende, zo tegenwoordige als toekomstige”*.

2. Het uitgangspunt is inderdaad dat een schuldenaar “persoonlijk” gehouden is en met zijn hele vermogen instaat voor de betaling van de schuld. In uitzonderlijke gevallen komt het voor dat iemand niet met zijn gehele vermogen instaat voor een bepaalde schuld, maar slechts met een enkele zaak. Dan heet het dat hij niet “persoonlijk” verbonden is, maar slechts “zakelijk”. Indien dit zo is overeengekomen met de schuldeiser, is het inderdaad mogelijk dat men slechts gehouden is met één of meer bepaalde goederen, d.w.z. dat de schuldeiser slechts op dat ene goed of die goederen verhaal kan nemen, bv. het gehypothekeerde goed. In de Verenigde Staten is zo een zogenaamde *“non-recourse debt”* heel courant bij hypothecair krediet voor woningen (en in een deel van de staten ook de wettelijke regel). Dergelijke afspraken met de hoofdschuldenaar zijn bij ons veeleer zeldzaam, maar een gelijkaardig resultaat wordt bereikt door de schulden te laten aangaan door een aparte rechtspersoon (een zgn. *special purpose vehicle*). Wanneer iemand zich borg stelt voor de schuld van een derde, komen dergelijke afspraken vaker voor. De borg komt dan overeen met de schuldeiser dat hij enkel met een welbepaald goed instaat voor de terugbetaling van die schuld. Bij een dergelijke “zakelijke borg” (*caution réelle, dinglicher Schuldner*)¹ staat de borg niet met heel zijn vermogen in, maar slechts met één of meer bepaalde goederen, waarop hij in de meeste gevallen overigens een zekerheid vestigt ten gunste van die schuldeiser (bv. een derde-pandgever (Fr. *tiers-gagiste* of *tiers bailleur de gage*) of een derde-hypotheekgever).

Dit fenomeen (gehoudenheid met slechts één goed) doet zich ook voor wanneer iemand een goed verkrijgt en dat goed ondanks de overdracht tot het verhaalsonderpand aan een schuldeiser blijft behoren. Dat geldt meer be-

1 Zie hierover onder meer F. GRUA, *“Le cautionnement réel”*, *JCP* 1984, I, 3167 en uitvoerig R. VAN RANSBEECK, *De zakelijke borgtocht naar Belgisch recht*, Antwerpen, Maklu, 2005. De rechtsfiguur wordt uitdrukkelijk onder die benaming erkend in Cass. 22 december 2006, C.06.0089.N, jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=N-20061222-2 en Cass. 6 maart 2009, C.08.0138.N, *Codreca*, jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=N-20090306-4. De rechtsfiguur afwijzend: J. RICHELLE, *“Ceci n’est pas un cautionnement – Réflexions sur le cautionnement réel”* in *Liber amicorum Jean-Pierre de Bandt*, Brussel, Bruylant, 2003.



paald voor de derde-bezitter van een hypothecair goed² (waarvan de zakelijke borg bij onroerend goed een toepassingsgeval is)³ of van een na de overschrijving van een beslagexploot verkregen goed⁴ (althans wat de borg *c.q.* derde-bezitter betreft; t.a.v. de (hoofd)schuldenaar is de verbintenis wel verhaalbaar op heel diens vermogen). In die gevallen kan de zakelijke schuldenaar zich ontdoen van de schuld door afstand te doen van het goed.

3. De uitwinning gebeurt via de geëigende procedures. Normaal gebeurt de uitwinning via een gedwongen tegeldemaking van de goederen krachtens uitvoerend beslag, waarna de verkoopopbrengst wordt aangewend om de schuldeisers te betalen⁵. In uitzonderlijke gevallen is parate executie mogelijk en mag de schuldeiser zich rechtstreeks verhalen op het onderpand van de schuldenaar, zonder dat er een tegeldemaking aan voorafgaat. Deze bijzondere vorm van gedwongen inbetalinggeving is voorbehouden aan welbepaalde separatisten, zoals de pandhouder in de Wet Financiële Zekerheden (art. 8 WFZ)⁶. Goederen zonder vermogenswaarde vallen daarentegen buiten het vizier van het executierecht.

4. Beide vormen van realisatie van het onderpand vooronderstellen dat de goederen van de schuldenaar kunnen worden overgedragen. Is een bepaald goed (uit zijn aard) niet overdraagbaar, dan kan het immers evenmin worden uitgewonnen⁷. Het is een algemeen beginsel van ons zakenrecht dat eigendomsrechten en beperkte zakelijke rechten op goederen overdraagbaar zijn⁸. De overdraagbaarheid van de goederen steunt enerzijds op het principe van de vrije circulatie van de goederen waarop ons economisch bestel is gebaseerd en anderzijds op de schuldeisersbescherming⁹.

B. Kan de overdraagbaarheid en beslagbaarheid worden beperkt?

1. Overdraagbaarheid

5. Enkel de wet kan bepaalde goederen of rechten onoverdraagbaar verklaren.

6. Partijen kunnen conventioneel de overdraagbaarheid van een bepaald goed zakenrechtelijk niet uitsluiten. Ieder beding waardoor een eigenaar zich ertoe verbindt bepaalde daden van beschikking niet te stellen, werkt uitsluitend verbintenisrechtelijk. Dergelijk beding wijzigt niets aan de principiële

2 Te denken valt aan het geval waarin een goed bezwaard met hypotheek wordt verkocht aan een derde-koper of wordt gelegateerd aan een legataris ten bijzondere titel.

3 De regels inzake de derde-bezitter, zoals art. 96 e.v. Hyp.W., gelden ook voor de zakelijke borg: Cass. 6 maart 2009, C.08.0138.N, *Codreca*, jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=N-20090306-4.

4 Zie verder Cass. 7 november 2005, C.04.0230.N, *Imperium*, jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20051107-4, RW 2005-06, 1662, noot R. JANSEN, "Over volgrechten en niet-teenwerpelikheden".

5 E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag in APR*, Mechelen, Kluwer, 2010, 20-21, nr. 27.

6 E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, 342, nr. 507.

7 E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag in APR*, Mechelen, Kluwer, 2010, 117, nr. 149.

8 DEKKERS-DIRIX, *Handboek*, II, 5-6, nrs. 8-9; M.E. STORME, *Zekerheden- en insolventierecht*, Gent, 2016, (www.storme.be/insolventierecht.html), 36.

9 R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 592-593, nrs. 673 en 674.



overdraagbaarheid van het goed of het zakelijk recht¹⁰, en beïnvloedt evenmin de zakenrechtelijke beschikkingsbevoegdheid¹¹ van de eigenaar of de houder van het zakelijk recht. Miskenning van het beding wordt bijgevolg via zuiver verbintenisrechtelijke remedies afgewikkeld. De wanprestatie zal aanleiding geven tot schadevergoeding. Wanneer aan alle voorwaarden is voldaan, kan bovendien de derde-verkrijger desgevallend worden aangesproken wegens derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk. Volgens de heersende cassatierechtspraak wordt deze derde-medeplichtigheid beteugeld door de nietigheid uit te spreken van de rechtshandeling die in strijd met het vervreemdingsverbod was uitgesproken¹². De verbintenis om niet te vervreemden in hoofde van de eigenaar of de houder van een beperkt zakelijk recht heeft bijgevolg geen invloed op de rechten van zijn schuldeisers om het goed uit te winnen. De schuldeiser die uitwint, kan zich immers niet schuldig maken aan derde-medeplichtigheid omdat hij op eigen initiatief uitwint, zonder enige tussenkomst of goedkeuring van de eigenaar.

2. Beslagbaarheid

7. In een beperkt aantal gevallen verklaart de wet dat bepaalde goederen, ondanks hun overdraagbaarheid, toch onbeslagbaar zijn. Deze lijst is limitatief en moet in beginsel restrictief worden geïnterpreteerd, aangezien het een uitzondering vormt op het beginsel dat goederen vatbaar zijn voor uitwinning. Een belangrijke reeks goederen die onbeslagbaar zijn, staat opgesomd in de artikelen 1408 e.v. Ger.W.¹³. Daarnaast vormt de uitvoeringsimmunititeit van de overheid een gekend voorbeeld.

8. Partijen kunnen daarentegen in beginsel niet eenzijdig de beslagbaarheid van hun goederen uitsluiten. Dergelijke verklaring is niet tegenwerpelijk aan de schuldeiser en bindt hem bijgevolg niet.

Dit beginsel lag ten grondslag aan een arrest van het Hof van Cassatie uit 2011 waarin het Hof oordeelde dat een kwaliteitsrekening van een advocaat wel degelijk tot het onderpand van zijn schuldeisers behoorde¹⁴. Een betwistbaar

10 Cass. 25 oktober 1899, *Pas.* 1900, I, 18.

11 R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, 587, nr. 669; M.E. STORME, *Zekerheden- en insolventierecht*, 38.

12 Cass. 27 april 2006, *Arr.Cass.* 2006, nr. 246, *TBBR* 2008, 429, noot J. DEWEZ; Cass. 30 januari 1965, *Pas.* 1965, I, 538, *RCJB* 1966, 77, noot J. DABIN. Deze stelling is erg betwistbaar omdat de sanctie van een onrechtmatige daad enkel erin kan gelegen zijn dat de rechtsgevolgen van de geveiseerde rechtshandeling (door de partijen) ongedaan moeten worden gemaakt, maar niet dat deze rechtshandeling zelf nietig wordt verklaard. Zie voor de kritiek: R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, 612-618, nrs. 692-697; M.E. STORME, "De uitwendige rechtsgevolgen van verbintenissen uit overeenkomsten en andere persoonlijke rechten: zgn. derde-medeplichtigheid aan wanprestatie, pauliana en aanverwante leerstukken" in *Overeenkomsten en derden*, Brussel, Jeune Barreau, 1995, (111), nr. 16.

13 Zie voor een uitgebreide bespreking: E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag in APR*, 105 e.v., nrs. 156 e.v.

14 Cass. 27 januari 2011, F.07.0109.F, jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=N-20110127-9, *Arr.Cass.* 2011, nr. 79, *RW* 2010-11, 1775, afkeurende noot V. SAGAERT, "Beslag op een derdenrekening van een advocaat. De teloorgang van het vermogensbegrip", *TBH* 2011, 561, afkeurende noot R. HOUBEN, "De beslagbaarheid van de derdenrekening van de advocaat (zgn. Carparekening)", *T.Not.* 2011, 310, noot C. ENGELS, "Carparekening versus rubriekrekening", *JT* 2011, 162 met concl. Adv. Gen. HENKES, en noot G. DE LEVAL en F. GEORGES, "Le statut du compte de tiers de l'avocat: Dura lex ...", *RABG* 2011, 455, noot P. VANLERSBERGHE.

arrest overigens, omdat eerder het Hof de zakelijke werking van de delegatie-overeenkomst wel had aanvaard (*cf. infra*, nr. 12) en de derdenrekening, anders dan het Hof stelde, door de advocaat niét “op zijn eigen naam en voor eigen rekening” werd aangehouden. Intussen is de wetgever hierin tussengekomen en is de kwaliteitsrekening van de advocaat, de gerechtsdeurwaarder en de notaris wettelijk verankerd (zie art. 8/1 Hyp.W.)¹⁵. Voor andere beroepsgroepen, zoals vastgoedmakelaars, werd geen vergelijkbare kwaliteitsrekening wettelijk verankerd, zodat de (betwistbare) cassatierechtspraak hierop nog steeds van toepassing blijft.

Dat een subsidie, die voor een door de wet bepaald doel moet worden gebruikt, kan worden uitgewonnen door de schuldeiser van de genietter van de subsidie is een andere gekende illustratie van het beginsel dat conventioneel een goed niet onbeslagbaar kan worden gemaakt voor de schuldeiser¹⁶.

9. Wel is het toegestaan om met een schuldeiser afspraken te maken over de mogelijkheid tot uitwinning¹⁷. Zo is het mogelijk om met een schuldeiser af te spreken dat deze geen verhaal zal nemen op welbepaalde goederen (*cf. supra*, nr. 2).

II. UITZONDERINGEN EN NUANCERINGEN OP DE BESLAGBAARHEID

A. Wettelijke overdrachts- en beslagbeperkingen

10. Een eerste reeks uitzonderingen op de beslagbaarheid zijn de zakelijke rechten die uit hun aard niet overdraagbaar zijn. Zoals hoger vermeld, verhindert de onoverdraagbaarheid eveneens de beslagbaarheid (*cf. supra*, nr. 4). In ons recht zijn een beperkt aantal zakelijke rechten uit hun aard onoverdraagbaar.

Dit is met name zo voor het recht van gebruik en bewoning (art. 631 en 634 BW) enerzijds en het ouderlijk vruchtgenot (art. 384 BW) anderzijds. Deze rechten vertonen een *intuitu personae*-karakter. Het vruchtgenot op de goederen van de minderjarige is toegekend aan de ouder vanuit de afstammingsband, zodat het recht aan niemand anders kan toekomen.

Het recht van gebruik en bewoning heeft een alimentaire functie die verbonden is aan de persoon van de houder van het recht. De onoverdraagbaarheid van het recht wordt hier voorondersteld¹⁸. Dergelijke rechten kunnen niet worden uitgewonnen¹⁹.

15 Zie voor een bespreking over de nieuwe wet op de kwaliteitsrekeningen: V. SAGAERT en D. GRUYAERT, “Een wetgevend kader voor de kwaliteitsrekening”, *RW* 2014-15, 522-533.

16 Cass. 15 oktober 1999, *Arr.Cass.* 1999, nr. 537, *RW* 2000-01, 479, *TBH* 2000, 233, noot C.-A. LEUNEN, *RCJB* 2001, noot N. THIRION; Cass. 27 januari 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 307, *RW* 1983-84, 1637.

17 E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag* in *APR*, 125, nr. 158.

18 In de rechtsleer is er discussie of het recht van gebruik en bewoning conventioneel overdraagbaar kan worden gemaakt. Sommige auteurs verdedigen dat het recht intrinsiek onoverdraagbaar is en dat de partijwil hieraan niets kan veranderen: R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, II A, 566, nr. 912. Andere auteurs achten dit wel mogelijk: H. DE PAGE, *Traité*, VI, 390, nr. 481; F. LAURENT, *Principes*, VII, 134-135, nr. 115. Dit laatste standpunt sluit aan bij de Franse cassatierechtspraak. Zie voor een bespreking van deze discussie: R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, 688-689, nr. 779.

19 DEKKERS-DIRIX, *Handboek*, II, 249, nr. 628; E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag* in *APR*, 119, nr. 155.



Sommige wetten verbieden de eigenaar te vervreemden wanneer hij op grond van bepaalde voorkeurrechten eigendom heeft verkregen. Dergelijke vervreemdingsverboden zijn terug te vinden in artikel 54 van de Pachtwet, artikel 5 van de wet op de kleine nalatenschappen van 16 mei 1900 en artikel 6 van de wet op de vererving van landbouwondernemingen van 29 augustus 1988. In deze wetten wordt echter niet geraakt aan de principiële overdraagbaarheid van de goederen. Het verbod rust slechts op de eigenaar, maar houdt geen verband met de aard van de goederen. Om die reden verhindert dergelijk verbod de uitwinning van het goed niet²⁰.

B. Conventionele overdrachts- en beslagbeperkingen

11. Overeenkomsten om niet te vervreemden werken in ons recht in beginsel zuiver verbintenisrechtelijk (*cf. supra*, nr. 6). Zij verhinderen niet dat het goed kan worden overgedragen en bijgevolg evenmin de beslagbaarheid.

1. Nuancering bij onlichamelijke goederen: schuldvorderingen

12. Dit beginsel moet worden genuanceerd bij onlichamelijke goederen zoals schuldvorderingen. Een cessieverbod leidt bij schuldvorderingen ertoe dat op verbintenisrechtelijk vlak de schuldenaar het recht heeft enkel te betalen aan de oorspronkelijke schuldeiser. Betekent zulks dat de vordering dan zakenrechtelijk evenmin kan worden overgedragen? Hieromtrent zijn de meningen verdeeld²¹. Het meest nauwkeurige standpunt luidt dat het cessieverbod de zakenrechtelijke overdracht niet verhindert²². Verbintenisrechtelijk blijft het cessieverbod wel uitwerking krijgen. De cessionaris moet de vordering immers nemen met alle verweermiddelen die eraan verbonden zijn. Om die reden kan de schuldenaar tegen de cessionaris opwerpen dat enkel de cedent betaling kan eisen. Zodra de schuldenaar betaalt aan de cedent, behoort deze som zakenrechtelijk toe aan de cessionaris (op voorwaarde dat er geen vermenging intreedt in het vermogen van de cedent). De cedent heeft dus de plicht om de gelden door te storten aan de cessionaris. Dit is bovendien tegenwerpelijk aan de schuldeisers van de cedent.

Op die manier verhindert het cessieverbod evenmin de beslagbaarheid van de vordering²³. Enkel zal de betaling steeds dienen te gebeuren aan de oorspronkelijke contractuele wederpartij. De tegenwerpelijkheid van verweer-

20 M.E. STORME, *Zekerheden- en insolventierecht*, 37.

21 Volgens sommige auteurs werkt het cessieverbod ook door op zakenrechtelijk gebied. In die zienswijze wordt de schuldvordering als voorwerp van het goederenrecht “geboetseerd” door de afspraken die schuldeiser en schuldenaar maken. Daardoor ontstaat een vordering die ook zakenrechtelijk niet overdraagbaar is. In die zin vooral: C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, nr. 721.

22 R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, 638 e.v., nrs. 720 e.v. Vgl. M.E. STORME, *Zekerheden- en insolventierecht*, 511-513, volgens wie principieel het cessieverbod zakenrechtelijke werking heeft, maar die vervolgens deze stelling afzwakt en alsnog een overdracht mogelijk acht.

23 E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag in APR*, 452, nr. 714; R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, 641, nr. 725. Ook de auteurs die een volledige zakenrechtelijke werking toekennen aan het cessieverbod aanvaarden de mogelijkheid van realisatie door derdenbeslag, omdat het derdenbeslag geen overdracht inhoudt door de ‘cedent’, maar enkel tot een inning van de vordering aanleiding geeft, wat



middelen van de schuldenaar verklaart eveneens waarom een derdenbeslag niet werkzaam is bij een minnelijk kantonement of bij een delegatieovereenkomst. De afspraken in deze driepartijenovereenkomsten aan wie de houder van de gelden *c.q.* de gedelegeerde schuldenaar moet betalen, zijn immers ook te beschouwen als verweermiddelen die inherent zijn aan de schuld en om die reden tegenwerpelijk aan de schuldeiser van de partijen voor wiens rekening werd gekantonneerd *c.q.* de delegant. Het Hof van Cassatie kreeg de gelegenheid de faillissementsbestendigheid van het minnelijk kantonement uit te spreken in een arrest van 2 februari 2007²⁴.

13. Ditzelfde regime is *mutatis mutandis* van toepassing op aandelen op naam die krachtens de statuten van de vennootschap niet overdraagbaar zijn. Dergelijk verbod tot overdracht verhindert de zakenrechtelijke overdracht van de aandelen evenmin, maar kan er niet toe leiden dat de verkrijger de lidmaatschapsrechten verwerft in de vennootschap²⁵. Er ontstaat dan een croupierverhouding, waarbij de overdrager tegenover de vennootschap nog steeds geldt als de aandeelhouder. De overdrager heeft wel al zijn patrimoniale rechten die hij als aandeelhouder geniet als het ware gecedeerd aan de overnemer. De overdrager heeft met andere woorden alle toekomstige vorderingen²⁶ die hij verkrijgt tegenover de vennootschap bij voorbaat reeds overgedragen aan de overnemer²⁷. Op die manier is eveneens de uitwinning op dergelijke aandelen denkbaar. Nochtans zijn aan deze uitwinning vele nadelen verbonden. De overnemer zal geen lidmaatschapsrechten kunnen uitoefenen en de overdracht van de patrimoniale rechten geldt slechts als een verkrijging van de toekomstige afgeleide vermogensrechten uit de vennootschap. Deze verkrijging is bovendien niet faillissementsbestendig, aangezien de overdracht slechts louter toekomstige vorderingen omvat en de overdracht van toekomstige vorderingen niet tegenwerpelijk is in een faillissement van de overdrager.

2. Nuancering bij onlichamelijke goederen: zakelijke gebruiks- en genotsrechten

14. Ook bij zakelijke gebruiks- en genotsrechten kunnen de eigenaar en de titularis van het zakelijke recht overeenkomen dat de titularis zijn recht niet

door het cessieverbod niet zou worden tegengehouden: C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, nrs. 728-729; M.E. STORME, *Zekerheden- en insolventierecht*, 511.

24 Cass. 2 februari 2007, *Arr.Cass.* 2007, nr. 63, *JT* 2007, 527, noot C. ALTER, *RW* 2006-07, 1679, noot V. SAGAERT, *TBH* 2007, 341, noot I. PEETERS en A. ZENNER. Intussen gevolgd door Gent 23 november 2009, *TGR* 2010, 97, *TRV* 2011, 681. Toegepast op de delegatie: R. JANSEN, "Delegatie" in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, nrs. 48-55, met uitgebreide verwijzingen. Door de delegatieovereenkomst is de vordering van de delegant op de gedelegeerde immers uitgedoofd onder opschortende voorwaarde van de betaling door de gedelegeerde aan de delegataris. Hangende de voorwaarden is deze vordering bovendien conventioneel onbeschikbaar gemaakt en kan de delegant geen betaling meer vorderen van de gedelegeerde. Deze afspraken gelden als verweermiddel tegen de schuldeisers van de delegant.

25 Luik 27 juli 1887, *Pas.* 1888, II, 77; L. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial*, IV, 582, nr. 391; K. GEENS, "Veronderstelt een aanvaardingsclausule in een naamloze vennootschap dat de aandelen op naam zijn?", *TRV* 1989, (414) 416, nr. 9; C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, I, 442, nr. 702.

26 Elke uitkering van een vennootschap is een zuiver toekomstig goed, omdat ze afhankelijk is van de beslissing door de bevoegde organen: Cass. 28 maart 1957, *Pas.* 1957, I, 914, concl. W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

27 R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, 678, nr. 765.



mag overdragen aan een derde. Welke werking komt toe aan dergelijke afspraken?

Het meest aantrekkelijke standpunt plaatst dergelijke vervreemdingsverboden in de sleutel van het regime van de onlichamelijke goederen. Zakelijke rechten zijn immers eveneens te beschouwen als een bundel rechten en plichten die gelden tussen de eigenaar en de houder van het zakelijke recht. Het verschil met de persoonlijke rechten heeft vooral te maken met het verschil in tegenwerpelijkheid. De verbintenissen binnen een zakelijk recht zijn immers steeds kwalitatief van aard in tegenstelling tot de persoonlijke rechten. De voornaamste verbintenis van de eigenaar is een verbintenis tot dulden van het zakelijke recht. Welnu, wanneer partijen overeenkomen dat het zakelijke recht niet mag worden overgedragen, dan betekent zulks dat de eigenaar de verbintenis tot dulden enkel moet nakomen tegenover de oorspronkelijke houder. Tegenover een verkrijger van het zakelijke recht moet de eigenaar zich niet onthouden om het exclusief gebruik van het goed uit te oefenen²⁸. Op die manier werkt het beding dus door tegenover latere verkrijgers. Dit is ook het heersende standpunt in de doctrine²⁹. De overdraagbaarheid van het zakelijke recht wordt immers niet essentieel geacht en miskent op die manier dus evenmin het *numerus clausus*-beginsel.

15. Dergelijke vervreemdingsverboden werken door in geval van uitwinning op het goed. Doordat de eigenaar slechts de oorspronkelijke houder van het zakelijke recht moet dulden, kan aan een derde geen werkzaam zakelijk recht worden overgedragen. Bijgevolg kan bij gedwongen tegeldemaking zulks evenmin. Bij onroerende goederen is wel vereist dat deze modaliteit van het recht kenbaar werd gemaakt in de hypothecaire registers. Een toepassing van deze leer is terug te vinden in een vonnis van de rechtbank van Tongeren van 10 juli 2016³⁰. De rechtbank oordeelde dat een opstalrecht dat *intuitu personae* was gevestigd onmiddellijk komt te vervallen bij faillissement van de opstalhouder. Aangezien door het faillissement de opstalhouder zijn verplichtingen uit het contract niet meer kan nakomen en de overdracht ervan contractueel was uitgesloten, oordeelde de rechtbank dat het recht om die reden onmiddellijk eindigt.

C. Beperking beslagbaarheid woning zelfstandige

16. De wet van 25 april 2007 houdende diverse bepalingen (IV) heeft het mogelijk gemaakt voor de zelfstandige om zijn (zakelijke rechten op zijn) gezinswoning onbeslagbaar te verklaren. Deze verklaring moet worden gedaan in een notariële akte (art. 74). Voor de tegenwerpelijkheid aan de schuldeisers moet deze akte worden overgeschreven in het hypotheekregister (art. 76). Dit is een opmerkelijke regel omdat het uitgangspunt luidt dat een schuldenaar

28 R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, 685-690, nrs. 776-782.

29 Voor het vruchtgebruik: DEKKERS-DIRIX, *Handboek*, II, 189, nr. 473; H. DE PAGE, *Traité*, VI, 183, 230 en 258, nr. 327; R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, II A, 371, nr. 851 C. Voor de erfpacht: Gent 20 oktober 1900, *Pas.* 1901, II, 227; DEKKERS-DIRIX, *Handboek*, II, 294, nr. 742; H. DE PAGE, *Traité*, VI, 598-599, nr. 704; R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, II B, 870, nr. 1005.

30 Rb. Limburg (afd. Tongeren) 10 juli 2016, *TBO* 2016, 582.



eenzijdig zijn vermogen niet aan het onderpand kan onttrekken (*cf. supra*, nr. 8). Deze mogelijkheid werd ingevoerd om het risico van ondernemerschap van een zelfstandige te beperken. De wet is van toepassing op de zelfstandige³¹. Ook een bestuursfunctie in een vennootschap geldt als een zelfstandige beroepsactiviteit.

17. De zelfstandige heeft het recht zijn zakelijke rechten op de gezinswoning onbeslagbaar te verklaren.

Quid wanneer de zelfstandige niet de enige gerechtigde is op de gezinswoning? Behoort de woning tot het gemeenschappelijk vermogen, dan kan de woning reeds bij de aanvang voor de totaliteit niet vatbaar voor beslag worden verklaard. In geval van onverdeelde zakelijke rechten (bij samenwoners en echtgenoten gehuwd onder scheiding van goederen³²) is de uitwerking van de verklaring beperkt tot het onverdeeld aandeel waarover de zelfstandige beschikt op datum van de akte. Hetzelfde geldt bij opsplitsing in vruchtgebruik en blote eigendom. Bij latere uitbreiding van de zakelijke rechten op hetzelfde onroerend goed³³ worden de effecten van de verklaring van rechtswege en retroactief uitgebreid tot de nieuw verworven rechten, tenzij de schuldeiser aantoont dat de zelfstandige zijn solvabiliteit opzettelijk heeft verminderd.

Wanneer de woning ook voor beroepsdoeleinden wordt gebruikt, is de oppervlakte die beroepsmatig wordt gebruikt van belang. Beslaat de oppervlakte van het gedeelte dat beroepsmatig wordt gebruikt minder dan 30 % van de totale oppervlakte, dan kan de gehele woning onbeslagbaar worden verklaard³⁴. Betreft het een groter gedeelte, dan moet een opsplitsing worden gemaakt. Enkel het gedeelte dat als hoofdverblijfplaats wordt gebruikt, kan dan onbeslagbaar worden gemaakt. Er moet dan een soort basisakte worden gemaakt om de beroepsmatige delen en de delen bestemd voor de woonfunctie af te bakenen. Het beroepsmatig gedeelte blijft dan onderworpen aan het onderpand van de beroepsschuldeisers.

31 De wet definieert een 'zelfstandige' in artikel 72 als volgt: iedere natuurlijke persoon die in België, een beroepsbezigheid in hoofdberoep, in bijberoep, of een beroepsbezigheid na pensionering uitoefent uit hoofde waarvan hij niet door een arbeidsovereenkomst of door een statuut verbonden is.

32 Werd de gezinswoning opgenomen in een toegevoegde interne gemeenschap, dan blijft de onbeslagbaarheid alsnog beperkt tot het eigen aandeel. Het toegevoegde interne gemeenschappelijke vermogen is extern niets anders dan een onverdeelde, maar geldt extern niet als een huwgemeenschap.

33 De uitbreiding geldt bv. als de blote eigenaar later aangroeit tot volle eigendom, wanneer de vruchtgebruiker, de opstalhouder of de erfpachter de eigendom verwerft, wanneer een mede-eigenaar volle eigenaar wordt. De regeling geldt niet als de eigenaar een aanpalend goed verwerft en de woning uitbreidt. Zie M. DE CLERCQ, "De onbeslagbaarheid van de gezinswoning gewijzigd en verduidelijkt", *Not.Fisc.M.* 2014, (58) 59.

34 De wet regelt hoe de oppervlakte precies moet worden berekend. Art. 75, derde lid luidt: "De totale oppervlakte die in aanmerking moet worden genomen voor de berekening van de drempel, omvat zowel de oppervlakte van het gebouw, met inbegrip van alle verdiepingen, als het terrein. Oppervlakten die zowel privé als professioneel worden gebruikt, worden geacht geheel te worden gebruikt voor beroepsdoeleinden, met uitzondering van oppervlakten waarvan de beroepsaard beperkt is tot een doorgangsfunctie en die beschouwd mogen worden als zijnde gebruikt als hoofdverblijfplaats. In geval van onverdeelde zakelijke rechten wordt voor de berekening van deze drempel rekening gehouden met de totale oppervlakte van het onverdeelde goed."

18. De onbeslagbaarheid beschermt enkel tegen zuivere beroepsschulden³⁵ die zijn ontstaan nadat de daartoe strekkende verklaring van de zelfstandige is overgeschreven op het hypotheekkantoor (art. 77). De verklaring geeft geen bescherming tegen beroepsschulden die reeds voordien zijn ontstaan³⁶. Er is ook geen bescherming wanneer de bestuurder van de vennootschap krachtens de artikelen 265, § 2, 409, § 2 en 530, § 2 van het Wetboek van Vennootschappen aansprakelijkheid oploopt of omdat hij in de loop van de periode van vijf jaar voorafgaandelijk aan de faillietverklaring bepaalde overtredingen heeft begaan tegen de sociale wetgeving (vermeld in artikel 38, § 3octies, 8° van de wet van 29 juni 1981 houdende de algemene beginselen van de sociale zekerheid voor werknemers). Ook privéschulden en schulden met een gemengd karakter blijven buiten de bescherming. Dergelijke schuldeisers kunnen blijven uitwinnen.

De bescherming blijft haar uitwerking behouden ook na het verlies van het statuut als zelfstandige. Pas bij het overlijden van de zelfstandige eindigt *ex nunc* de bescherming (art. 80), tenzij de zelfstandige zelf voortijdig afstand doet van de bescherming.

19. Bij faillissement blijft de bescherming wel behouden (art. 77). De curator kan dus in beginsel de woning niet te gelde maken³⁷. De verklaring blijft ook uitwerking hebben na de ontbinding van het huwelijksvermogensstelsel³⁸ wanneer het goed vanuit de ontbonden gemeenschap wordt toebedeeld aan degene die de verklaring heeft gedaan. Zolang de gezinswoning nog niet is verdeeld na ontbinding van het huwvermogen, zullen de schuldeisers de verdeling moeten afwachten³⁹. De bescherming in geval van toedeling aan de beroepsactieve echtgenoot is echter niet volledig. Ten belope van de beroepsschulden waarvoor de andere echtgenoot ook kan worden aangesproken, is er geen bescherming (art. 79). Een dergelijke schuldeiser die ook de andere echtgenoot kan aanspreken voor beroepsschulden, kan ook onmiddellijk uitvoeren op de gezinswoning. Te denken valt bv. aan het geval waarin de andere echt-

35 Zijn bedoeld: de contractuele schulden ten aanzien van leveranciers, kredietinstellingen, ... De sociale en fiscale schulden zijn eveneens bedoeld in zoverre zij uitsluitend betrekking hebben op de zelfstandige beroepsbedrijvigheid: sociale bijdragen die verschuldigd zijn aan de sociale verzekeringsfondsen voor zelfstandigen of aan de nationale hulpkas voor sociale verzekeringen der zelfstandigen of aan de RSZ, btw, onroerende voorheffing op materieel en outillage, ... De gemengde fiscale schulden, dit wil zeggen de schulden die niet uitsluitend betrekking hebben op de zelfstandige beroepsbedrijvigheid, worden niet door de wet bedoeld. Het betreft bijvoorbeeld de personenbelasting die berekend wordt op de beroepsinkomsten, de roerende inkomsten, de onroerende inkomsten en de diverse inkomsten. (MvT, *Parl.St.* Kamer, Doc. 51, nr. 2873, 60).

36 Wanneer een zelfstandige voordien een beroepsmatige kredietopening heeft afgesloten bij een kredietmaatschappij en nadien een verklaring aflegt, dan beschermt deze verklaring niet tegen de schulden die ontstaan door een nieuwe aanwending van deze kredietopening na het afleggen van de verklaring.

37 De schuldeisers tegenover wie de verklaring van onbeslagbaarheid niet tegenwerpelijk is, behouden ook na faillissement het recht om uit te winnen op grond van een analoge toepassing van artikel 16, tweede lid Faill.W.: I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, 419-422.

38 Het gaat dus zowel om de beëindiging van het huwelijk als om de beëindiging van de huwgemeenschap ingevolge wijziging van het huwelijkscontract naar scheiding van goederen of ingevolge gerechtelijke scheiding van goederen of scheiding van tafel en bed.

39 M. DE CLERCQ, *Not.Fisc.M.* 2014, (58) 61.



genoot zich persoonlijk borg had gesteld of medeschuldenaar was. Maar de regel heeft een ruimer toepassingsgebied. Beroepsschulden kunnen immers op alle goederen van de huwgemeenschap worden verhaald (art. 1414, derde lid BW). Krachtens artikel 1440 BW blijft elk van de (ex-)echtgenoten met al zijn goederen instaan voor de gemeenschappelijke schulden die overblijven na de verdeling. Werd de beroepsschuld bij de ontbinding van het huwvermogen niet vereffend, dan blijft bijgevolg de andere echtgenoot hiervoor aansprakelijk. Zolang de andere echtgenoot gehouden blijft tot deze schulden, vervalt de bescherming. De wetgever wil immers vermijden dat de andere echtgenoot moet instaan voor deze schulden, terwijl de woning onbeslagbaar blijft.

20. Bij vervreemding van het onroerend goed kan de onbeslagbaarheid behouden blijven op de verkoopopbrengst en de nieuwe woning die met de verkoopopbrengst wordt aangeschaft. Daartoe is vereist dat de wederbelegging gebeurt binnen één jaar en de koopsom intussen op een kwaliteitsrekening bij de notaris geblokkeerd blijft (art. 81).

21. De bescherming vervalt indien de zelfstandige het onroerend goed niet meer als hoofdverblijfplaats gebruikt. Het Hof van Cassatie oordeelde recentelijk dat de onbeslagbaarheid van het onroerend goed van de zelfstandige dat tot zijn hoofdverblijfplaats dient, een uitzondering is op het principe van de ondeelbaarheid van het vermogen zoals bepaald in de artikelen 7 en 8 Hyp.W. Gelet op deze uitzonderlijke aard geldt de bescherming slechts zolang het onroerend goed door de zelfstandige als hoofdverblijfplaats wordt betrokken. Nadien vervalt de bescherming. De omstandigheid dat de zelfstandige zich later opnieuw op het vroegere adres vestigt, heeft niet tot gevolg dat de bescherming van deze woning zonder meer opnieuw geldt⁴⁰. Hiertoe is een nieuwe verklaring van onbeslagbaarheid vereist. Bij gebrek daaraan is de bescherming definitief vervallen.

22. Deze verklaring brengt geen vermogensplitsing met zich mee: de goederen blijven beslagbaar door de privéschuldeisers van de betrokkene, enkel de verhaalsrechten van zijn professionele schuldeisers worden beperkt. Bovendien kunnen anterieure schuldeisers eveneens hun verhaalsrechten blijven uitoefenen. Kunnen de beroepsschuldeisers hun vordering nog laten opnemen in een rangregeling die volgt op een gedwongen tegeldemaking op initiatief van een schuldeiser die zich de verklaring niet moest laten tegenwerpen? Het antwoord op deze vraag is betwist. Uit een passage uit de parlementaire voorbereidingsstukken lijkt te volgen dat alle schuldeisers hun rechten kunnen laten gelden bij de latere verdeling van de verkoopopbrengst⁴¹. Sommige auteurs verdedigen echter terecht dat ook bij de latere verdeling de beroepsschuldeisers uitgesloten zijn bij de verdeling⁴². De bedoeling van de wetgever is immers niet enkel te verhinderen dat beroepsschuldeisers de woning te gelde kunnen maken maar eveneens ervoor te zorgen dat de waarde van deze woning uit het onderpand van deze schuldeisers wordt gesloten. Op die manier wordt ook mogelijk gemaakt dat de schuldenaar het saldo van de verkoopprijs zou aanwenden als herbelegging in een nieuwe woning. Deze ziens-

40 Cass. 3 oktober 2014, *RW* 2015-16, 1002, noot, verwerping voorziening tegen Antwerpen 19 juni 2013, *RW* 2014-15, 185.

41 MvT, *Parl.St.* Kamer, Doc. 51, nr. 2873/001, 60.

42 S. ROELAND, "Onbeslagbaarheid", *Notamus* 2013/1, 22.



wijze is ook de enige die een volledige tegenwerpelijheid bij faillissement mogelijk maakt.

III. OMVANG VAN HET VERHAALSRECHT VAN DE SCHULDEISER BIJ VASTGOED EN LOT VAN ONROERENDE RECHTEN BIJ INSOLVENTIE VAN EEN WEDERPARTIJ

23. In onderdeel I hebben we het beginsel uitgewerkt dat alle overdraagbare goederen van de schuldenaar in beginsel uitwinbaar zijn door zijn schuldeisers en in onderdeel II hebben we de uitzonderingen en de nuanceringen op de beslagbaarheid van de goederen van de schuldenaar besproken. In dit derde onderdeel bespreken we de beperking van het verhaalsrecht van de schuldeiser op de goederen die aan de schuldenaar zelf toebehoren en de uitzonderingen en nuanceringen daarvan. Enkele bijzondere problemen komen dan ten slotte in onderdeel IV en V aan bod.

A. “In de schoenen van de schuldenaar”: gebondenheid aan zakelijke rechten en kwalitatieve verplichtingen

1. *Overzicht van de regel*

24. Behoudens de hierna besproken uitzonderingen geldt als regel in ons recht dat de schuldeisers het vermogen van hun schuldenaar moeten nemen in de staat waarin het zich bevindt op het ogenblik waarop ze verhaal nemen *c.q.* ze geacht worden verhaal te nemen doordat een samenloop ontstaat⁴³. Het recht dat de schuldeisers hebben op de activa van de schuldenaar is immers in beginsel afgeleid van (en dus beperkt tot) de rechten van de schuldenaar zelf.

25. Het gevolg hiervan is dat alle op het ogenblik van het beslag bestaande zakelijk werkende beperkingen aan de rechten (goederen) van de schuldenaar, in beginsel ook tegen de schuldeisers van die schuldenaar kunnen worden ingeroepen, ook wanneer zij hun rechten realiseren door middel van een beslag. Dit geldt dus in beginsel voor:

1° alle op dat ogenblik bestaande zakelijke rechten die op het goed rusten, inbegrepen de zakelijke zekerheidsrechten⁴⁴, behalve wanneer die niet tegenwerpelij zouden zijn. Bij onroerend goed gelden hierbij wel beperkingen voor niet-gepubliceerde rechten of beperkingen. Dit wordt besproken onder B.

2° de modaliteiten waarvan de verkrijging van dat goed door die schuldenaar afhankelijk is, voor zover zij zakelijke werking hebben; dit betreft de “titelgebreken en titelbeperkingen”, zoals daar zijn de nietigheid van de verkrijgingstitel, de ontbindende voorwaarde in de verkrijgingstitel, de ontbinding, her-

43 Ook uitgewerkt in o.m. E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, 22-24, nrs. 21-22.

44 Dat het goed bezwaard is met een zakelijke zekerheid, belet niet dat andere schuldeisers er beslag op kunnen leggen; de zakelijke zekerheid verschaft geen recht op het goed zelf, maar op de opbrengst ervan (zie verder). Wel zal de verzekerde schuldvordering dus eerst uitbetaald worden uit de opbrengst van het goed.



roeping of inkorting van de verkrijgingstitel, of de aanvechting van de verkrijgingstitel wegens schuldeisersbedrog; dit wordt besproken in Onderdeel IV.

3° alle interne (doch extern werkende) vormen van beschikkingsgebondenheid van goederen die een afzonderlijk vermogen vormen (zie de bespreking in onderdeel V; bv. maatschap, huwgemeenschap e.d.m.), en in beginsel ook van goederen onder een aanwasregeling; ook bepaalt het huwelijksvermogensrecht voor welke schuldvorderingen verhaal kan worden genomen op welk vermogen (huwgemeenschap c.q. eigen vermogen van de ene en van de andere echtgenoot) (zie onder C.5);

4° de reeds bestaande zgn. kwalitatieve verplichtingen (zie hieronder 2, nr. 27 e.v.).

26. Andere louter obligatoire beperkingen daarentegen gelden niet jegens de verhaalnemende schuldeisers. Wat dit betekent in de specifieke context van het faillissement bij de zogenaamde lopende overeenkomsten, wordt verder onder D uitgewerkt. Daar werken we ook de typische voorbeelden uit.

2. Kwalitatieve verbintenissen

a. Begrip kwalitatieve verbintenis en rechtsgevolgen

27. Bij verkrijging onder bijzondere titel verkrijgt men in beginsel geen verbintenissen, ook niet als die verband houden met het goed dat men verkrijgt. Bij verkrijging onder algemene titel daarentegen verkrijgt men in beginsel ook de schulden. Dit geldt bv. voor erfgenamen die de nalatenschap zuiver hebben aanvaard.

In de wettelijk bepaalde gevallen is de verkrijger van een goed onder bijzondere titel in afwijking van de algemene regel toch gehouden tot verplichtingen van zijn rechtsvoorganger die in verband staan met het goed. Men spreekt dan van een kwalitatieve verbintenis⁴⁵, d.i. een verbintenis gekoppeld aan een hoedanigheid (*qualité*) met betrekking tot een goed (in beginsel eigendom)⁴⁶, zodat de schuld ook overgaat op rechtsopvolgers onder bijzondere titel van een schuldenaar (en niet alleen op rechtsopvolgers onder algemene titel, zoals gewone schulden).

28. Kwalitatieve verbintenissen gelden vaak in hoofde van eigenaars waarvan de beschikkingsbevoegdheid beperkt is door zakelijk werkende rechten van derden: zij komen er echter bovenop, in de vorm van verbintenissen jegens die derde – bv. verbintenissen van de blote eigenaar jegens de vruchtgebruiker en omgekeerd. Sommigen spreken van “zakelijke verbintenissen”, maar het is beter de preciezere term “kwalitatieve verbintenissen” te gebrui-

45 Zie hierover o.m. V. SAGAERT, “Kwalitatieve verbintenissen in het Belgische en Nederlandse recht” in J. SMITS en S. STIJS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 341 e.v.

46 Wanneer het goed bewaard is met zakelijke rechten, zal het kwalitatief recht gekoppeld zijn aan de kwaliteit van eigenaar dan wel van beperkt gerechtigde (vruchtgebruiker, pandhouder, ...) naargelang de bevoegdheidsverdeling tussen eigenaar en beperkt gerechtigde.

ken, althans voor zover de verbintenissen inderdaad in de hoedanigheid van eigenaar gelden⁴⁷. Kwalitatieve verbintenissen mogen ook niet verward worden met verbintenissen die slechts op één goed (of enkele afzonderlijke goederen) verhaalbaar zijn, zoals bv. bij de zakelijke borg (*cf. supra*, nr. 2).

29. Men kan een onderscheid maken tussen volmaakt kwalitatieve, waarbij de oude schuldenaar bevrijd is, en onvolmaakt kwalitatieve, waar de oude schuldenaar nog gehouden blijft samen met de verkrijger van het goed. Het heersende standpunt luidt dat de kwalitatieve verbintenissen onvolmaakt kwalitatief zijn⁴⁸. Kwalitatieve verbintenissen betreffende voortdurende of opeenvolgende prestaties zijn normaal enkel voor de toekomst kwalitatief (d.i. voor zover ze de periode na de eigendomsovergang betreffen); in ieder geval moet worden bepaald of er ook “lasten uit het verleden” overgaan en zo ja welke.

30. In de mate waarin een rechtsopvolger gehouden is tot een kwalitatieve verbintenis, is hij in beginsel gehouden met heel zijn vermogen (en niet enkel met dat ene goed). Daardoor verschilt een kwalitatieve verbintenis wegens de eigendom van een zaak van een gehoudenheid met enkel die zaak (*cf. supra*, nr. 2). De schuldenaar van een kwalitatieve verbintenis is dus door het opgeven van de zaak niet bevrijd van zijn verbintenissen die de periode betreffen waarin hij eigenaar was van die zaak.

b. Basisregel

31. In ons recht kunnen verbintenissen in beginsel niet bij overeenkomst kwalitatief worden gemaakt (wel kan bij de overdracht bedongen worden dat de verkrijger zich (mede) verbindt tot nakoming ervan), maar enkel op grond van de wet⁴⁹. Men kan hier dus spreken van een soort *numerus clausus* zoals bij zakelijke rechten. In sommige andere rechtsstelsels kunnen verbintenissen bij overeenkomst kwalitatief worden gemaakt onder bepaalde voorwaarden, minstens bij onroerende goederen⁵⁰.

Een wettelijk aanknopingspunt is enkel vereist voor het beginsel zelf van de kwalitatieve werking. De inhoud van de verbintenissen kan namelijk meestal wél bij overeenkomst worden bepaald.

Vaak, maar bijlange niet altijd, zijn er voor (het de rechtsopvolger verbinden van) dergelijke verbintenissen publiciteitsvereisten. Ook worden de gemeenschappelijke vereisten inzake vaste datum in een aantal gevallen verstrengd.

47 Ook kwalitatieve aansprakelijkheden zijn verbonden aan de hoedanigheid van titularis van een goed (bv. art. 1386 BW, alsmede vergoedingsplicht wegens nabuurhinder). Doch de verplichting tot schadevergoeding die ontstaat uit zo'n aansprakelijkheid is zelf geen kwalitatieve verplichting; eenmaal deze verplichting is ontstaan, gaat ze niet meer over bij overdracht van het goed.

48 V. SAGAERT, *Goederenrecht*, 28, nr. 27.

49 Voor één van de eerste overzichten van door het BW geschapen kwalitatieve verbintenissen, zie MICHON, *Des obligations “propter rem” dans le code civil*, pr. Nancy, 1891.

50 Bv. art. 6:252 NBW. Pleidooien voor de aanvaarding van door overeenkomst kwalitatieve verbintenissen vinden we in Frankrijk bij M. DE JUGLART, *Obligation réelle et servitudes en droit français*, pr. Bordeaux, 1937, en ABERKANE, *Essai d'une théorie générale de l'obligation “propter rem” en droit positif*, pr. Parijs, 1955 (Paris: LGDJ 1957).



c. **Belangrijkste gevallen**

Huur

32. Een duidelijk voorbeeld zijn de verbintenissen van de verhuurder bij *huur*. Deze zijn in bepaalde gevallen kwalitatief⁵¹ (*emptio non tollit locatum*, d.i. koop breekt geen huur in het geval van artikel 1743 BW bij vaste datum en daarbuiten artikel 9 Woninghuurwet; een bijkomende vereiste bij langdurige huur is de overschrijving van de akte in de hypotheekregisters, zie artikel 1, eerste lid Hyp.W. (maar niet bij pacht)⁵²). De inhoud van die verbintenissen is bepaald bij overeenkomst. Is de huur tegenwerpelijk, dan geldt dat voor alle daarmee verbonden bedingen, dus bv. ook een voorkooprecht van de huurder⁵³. Ook de verplichting tot teruggave van een borgsom is o.i. kwalitatief⁵⁴.

Bij onroerend beslag gelden er echter wel enkele bijzondere regels, in het bijzonder betreffende huur. Naast de beperking van de bevoegdheid om nieuwe huurovereenkomsten te sluiten of om huurgelden te innen (art. 1575 en 1577, eerste lid Ger.W.), is er de niet-gebondenheid aan bestaande huurovereenkomsten die geen vaste datum hebben (art. 1575 Ger.W.; met afwijkingen ten gunste van de huurder zonder vaste datum in art. 12 Handelshuurwet, art. 55 Pachtwet en art. 9 Woninghuurwet) of die hadden moeten zijn overgeschreven (zie art. 1, tweede lid Hyp.W.) en van eerdere cessies of inpandgevingen van de na het beslag vervallen huurtermijnen (art. 1576 Ger.W.)⁵⁵.

Bij beperkte zakelijke rechten

33. Hoewel dit niet uitdrukkelijk door de wet is geregeld, kan impliciet uit meerdere regels worden afgeleid dat verbintenissen in het kader van een zakenrechtelijke verhouding (met name tussen eigenaar en beperkt gerechtigde zoals een vruchtgebruiker of opstalhouder of erfpachter) eveneens kwalitatief

51 Vgl. V. SAGAERT, "Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen", *TPR* 2005, randnr. 27. Voor meer traditionele verklaringen, zie bv. E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, nrs. 58 e.v.; A. VAN OEVELEN, "De tegenwerpbaarheid van de huurovereenkomst bij overdracht van het verhuurde goed", *Notarius* 1991. Artikel 9 Woninghuurwet spreekt van indeplaatsstelling (subrogatie), wat eigenlijk alleen maar correct is voor de rechten, maar niet de juiste term voor de verplichtingen. In de recente wordt terecht verdedigd dat het gaat om een wettelijk geval van contractoverdracht: V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, Brugge, die Keure, 2015, 224, nr. 170.

52 Cass. 12 oktober 1979, *RW* 1979-80, 2577, *RCJB* 1982, noot Y. MERCHIEERS; Cass. 28 november 2008, *RW* 2009-10, 446.

53 A. DE BOUNGNE, "Voorkeurrechten en verkoopbeloften (aankoopoptie)", *Not.Fisc.M.* 1991, (143) 153.

54 Al lijkt het Hof van Cassatie daar anders over te hebben geoordeeld in Cass. 27 juni 1946, *Arr.Cass.* 1946, 247, *Pas.* 1946, I, 267, volgens welk arrest de nieuwe eigenaar niet kan worden aangesproken tot terugbetaling van de waarborg die door de huurder aan de vroegere eigenaar was betaald en die deze niet heeft overgemaakt aan de koper. Het lijkt alsof het Hof hier het zuiver zakenrechtelijke aspect (de teruggave van de eigendom) verwart met het verbintenisrechtelijke aspect (de teruggave van de tegenwaarde).

55 Gent 5 november 1993, *RW* 1993-94, 1029, noot E. DIRIX, Maar zie anders: R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, 369 e.v., nrs. 433 e.v. waarin wordt verdedigd dat de vroegere cessie of verpanding wel primeert op het latere beslag.

zijn⁵⁶. De rechtspraak aanvaardt meer bepaald het kwalitatief karakter van verbintenissen die uit hun aard inherent worden geacht aan het zakelijk recht. Ook hier wordt de inhoud door partijen nader bepaald.

Een duidelijk voorbeeld is de verplichting van de erfpachter of opstalhouder om een vergoeding (*canon e.d.*) te betalen; deze verplichting wordt bij de vestiging van het recht bepaald en is vanaf dan kwalitatief, d.w.z. gaat over op de rechtsverkrijgers van de beperkte erfpachter of opstalhouder althans voor de periode vanaf de overgang van dat recht.

Ook de verplichtingen van de eigenaar van het lijdend erf (bij erfdienstbaarheden) op grond van artikelen 640 en 696-699 BW zijn kwalitatieve verbintenissen. De wet beperkt wel de mogelijke inhoud van kwalitatieve verbintenissen die partijen bijkomend zouden bedingen: de erfdienstbaarheid zelf kan slechts uit een dulden of een niet doen bestaan, kwalitatief zijn verder enkel de verbintenissen die de wet uitdrukkelijk toestaat dan wel strikt bijkomstig zijn aan de erfdienstbaarheid⁵⁷.

Bij appartementsmede-eigendom

34. Hetzelfde kan ook gelden voor de verhoudingen tussen mede-eigenaars. Duidelijk is dit in ieder geval voor de verplichtingen van mede-eigenaars van appartementen jegens elkaar⁵⁸ – zij het dat deze aan overschrijving in de hypotheekregisters onderworpen zijn.

Andere vormen van mede-eigendom?

35. Bij de (vrijwillige) onverdeeldheid van een afzonderlijk goed zijn de verbintenissen in beginsel niet kwalitatief; nochtans lijkt de wet sommige ervan bij onroerend goed toch kwalitatief te maken, met name een geldig beding om in onverdeeldheid te blijven; ten aanzien van derde-verkrijgers en beslagleggers is voor de tegenwerpelijke overschrijving in de hypotheekregisters vereist (zie art. 815 BW).

36. Betreft de mede-eigendom een geheel van goederen (boedel, afgescheiden vermogen), dan volgt het kwalitatief karakter van de verbintenissen in beginsel daaruit, dat het aandeel steeds een aandeel in het geheel van de activa én passiva omvat, zodat de verkrijger aan de verbintenissen die uit de mede-eigendom ontstaan, gebonden is (zie Deel V).

37. Kwalitatieve verbintenissen vinden we verder ook in gevallen zoals de gemene muur (zie art. 655 e.v. BW, verplichting tot herstel en wederopbouw).

56 Zie V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen”, *TPR* 2005, randnrs. 25 (vruchtgebruik) en 26 (erfpacht).

57 Zie o.m. H. DE PAGE, VI, nr. 499; J. HANSENNE, “La limitation du nombre des droits réels et le champ d’application du concept de service foncier”, *RCJB* 1968, 177; J. KOKELENBERG, “Privaatrechtelijke erfdienstbaarheden”, *TPR* 1983, 90, nr. 2.

58 Deze verbintenissen kunnen bovendien ook van derden, niet-mede-eigenaars, worden afgedwongen, en dit is de reden waarom er bv. overschrijving is vereist van het reglement van mede-eigendom.



Bosdecreet

38. Volgens artikel 91 Bosdecreet zijn de rechten en plichten die voortvloeien uit het bosdecreet eveneens kwalitatief.

Nutscontracten?

39. In bepaalde gevallen vloeit uit de wetgeving voort dat verbintenissen m.b.t. leveringen van nutsbedrijven (water, elektriciteit e.d.m.) ook kwalitatief zijn en dus overgaan met de eigendom; zo bv. bepaalde artikel 3 van de Brusselse ordonnantie tot regeling van de drinkwatervoorziening van 8 september 1993 dat wanneer de aanvrager van een wateraansluiting niet de zakelijk gerechtigde is, deze zijn akkoord moet geven en daardoor hoofdelijk en ondeelbaar verbonden is (deze bepaling geldt nu⁵⁹ nog steeds in een aantal gevallen, maar niet algemeen). Deze verbondenheid is kwalitatief en gaat over bij vervreemding van het goed; zij vervalt wel wanneer de titel van de eigenaar die zijn akkoord heeft gegeven retroactief wordt ontbonden (een kwalitatieve verbintenis gaat niet over op de vorige eigenaar, aangezien deze bij een retroactieve ontbinding, nietigverklaring e.d.m. niet de rechtsopvolger is⁶⁰).

B. Door de schuldenaar vervreemde goederen of toegekende zakelijke rechten

1. Algemeen

40. De schuldeiser dient zich er in beginsel dan ook bij neer te leggen wanneer zijn schuldenaar reeds voor het beslag goederen heeft vervreemd, zodat ze geen deel meer uitmaken van het vermogen, althans zolang dat niet bedrieglijk is gebeurd (voor de aanvechting van bedrieglijke en abnormale vervreemdingen, zie onder C) en onder voorbehoud van de regels inzake niet-tegenwerpelijkheid van niet-gepubliceerde vervreemdingen en vestigingen (zie onder 2).

Een schuldeiser kan zich in beginsel ook niet meer verhalen op activa die ingevolge verbeurdverklaring geen eigendom meer zijn van de schuldenaar⁶¹ (dit laatste veronderstelt dat er sprake is van objectconfiscatie, niet van loutere waardeconfiscatie waarbij de overheid voorsnog enkel schuldeiser is⁶²), behalve indien hij daarop reeds eerder een zakelijk recht had verkregen (inbegrepen beslag of samenloop).

⁵⁹ Sinds de wijziging bij Ordonnantie van 30 januari 2014.

⁶⁰ Cass. 6 december 2007, RW 2008-09, noot J. DE CONINCK, "Retroactieve toebedeling van het eigendomsrecht en gehoudenheid tot verbintenissen in verband met de eigendom". De andere stelling zou overigens wellicht strijdig zijn met de Grondwet, zie *a contrario* het arrest van het Arbitragehof over de genoemde wetsbepaling, nr. 9/96 van 8 februari 1996, grondwettelijkhof.be/public/n/1996/1996-009n.pdf.

⁶¹ Die eigendomsovergang vindt plaats op het tijdstip waarop de beslissing die ze uitspreekt, in kracht van gewijsde gaat: Cass. 10 november 1902, *Pas.* 1903, I, 31; R. JANSEN, "Strafrechtelijk beslag en verbeurdverklaring: een straf voor de notaris?", *Not.Fisc.M.* 2010, (220) 227, nr. 18. Dit is aan derden tegenwerpeijk ingevolge de kantmelding van het voorafgaand penaal beslag of van de eis tot verbeurdverklaring.

⁶² V. SAGAERT, "De verhouding tussen het beslagrecht en het strafrecht na tien jaar herbezocht" in ICGR en F. GEORGES (ed.), *Algemene en bijzondere aspecten van het uitvoeringsrecht*, (181) 198, nr. 32.



2. *Niet-gepubliceerde vervreemdingen of vestigingen*

41. Anders dan bij roerende goederen, waar de schuldeisers zich niet kunnen verhalen op goederen die slechts schijnbaar aan hun schuldenaar toebehoren (bij roerende zaken degene die deze in bezit of detentie heeft), worden bij onroerende goederen de schuldeisers wel beschermd op een gelijkaardige wijze als derde-verkrijgers te goeder trouw.

a. *De regels inzake derdenbescherming bij onroerend goed in het algemeen*

42. In ons zakenrecht worden immers verkrijgers onder bijzondere titel beschermd tegen oudere zakelijke rechten mits nadere vereisten zijn vervuld. Het gaat om gevallen waarin de vervreemder zijn beschikkingsbevoegdheid te buiten gaat, maar waarin de goederen wel vervreemd worden aan een wederpartij – in beginsel enkel diegene die te goeder trouw zijn – door middel van een ‘levering’ krachtens een (geldige) titel. Met andere woorden, aan alle vereisten voor een geldige overdracht (of vestiging van een zakelijk recht) is voldaan, behalve de beschikkingsbevoegdheid. Ondanks die beschikkingsonbevoegdheid wordt in sommige gevallen de verkrijger van het goed beschermd op grond van derdenbeschermingsregels. Bij onroerende goederen wordt in dergelijk geval de verkrijger beschermd die eerst zijn titel heeft bekendgemaakt in het hypotheekregister (art. 1 Hyp.W.), wanneer de eigenaar conflicterende rechten heeft gevestigd op zijn goed. Het jongere recht – dat onbevoegd werd gevestigd – kan ingevolge de beschermingsregel toch primeren op het oudere zakelijke recht.

43. Deze regels gelden niet enkel voor onroerende eigendom en onroerende gebruiks- en genotsrechten, maar ook voor het verkrijgen van zakelijke zekerheden op die goederen (hypotheekrecht). Ook deze kunnen, in beginsel met vervulling van dezelfde vereisten, verkregen worden van een beschikkingsonbevoegde (er zijn wel enkele verschillen; ook kan het rechtsmisbruik zijn om eerst verhaal te nemen op goederen die niet aan de schuldenaar toebehoren en waarover hij niet beschikkingsbevoegd was).

b. *Bescherming van schuldeisers (in samenloop) bij onroerend goed*

44. De vraag rijst of een schuldeiser die beslag legt, en bij uitbreiding, een schuldeiser die opkomt in een samenloop, als verkrijger van een ‘collectief pandrecht’ over dezelfde bescherming beschikt als een derde-verkrijger van eigendom of een individueel hypotheekrecht, en zich om die reden ook

Ook bij een schuldvordering op de Deposito- en Consignatiekas is objectconfiscatie mogelijk: Cass. 28 juni 2007, jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20070628-2, RW 2008-09, 1638.

Bij objectconfiscatie kunnen schuldeisers zonder zakelijk recht ook geen afbreuk meer doen aan de rechten van de overheid via de procedure van het KB van 1 augustus 1991 tot vaststelling van de termijn waarbinnen en de wijze waarop een rechtsmiddel kan worden aangewend door derden die beweren recht te hebben op een verbeurdverklarde zaak: V. SAGAERT, *Algemene en bijzondere aspecten van het uitvoeringsrecht*, (181) 203, nr. 39.

zou kunnen verhalen op onroerende goederen die slechts schijnbaar aan zijn schuldenaar toebehoren (*doctrine of reputed ownership*). Kan een schuldeiser verhaal nemen op onroerende goederen van een derde die in het hypotheekkantoor onaangetast⁶³ ingeschreven staan op naam van zijn schuldenaar?

Hoewel de positie van schuldeisers in samenloop en van derde-verkrijgers ook duidelijk verschilt, is vanuit het perspectief van de concurrente schuldeisers de vraag toch zeer gelijkaardig, namelijk de vraag of zij beschermd worden tegen oudere zakelijke rechten (overdracht e.d.) die ze niet behoorden te kennen. Zo bezien komt de vraag erop neer of overdrachten of vestigingen van zakelijke rechten of zekerheidsrechten moeten worden geëerbiedigd door de samenlopende schuldeisers, wanneer aan deze overdracht geen publiciteit is gegeven zoals hierboven beschreven, dan wel omgekeerd de schuldeisers in die gevallen verhaal kunnen uitoefenen op goederen die slechts schijnbaar tot het vermogen van hun schuldenaar behoren. Aangezien schuldeisers krachtens artikelen 7 en 8 Hyp.W. een virtueel pandrecht hebben op alle goederen van hun schuldenaar, zouden zij bij de “realisatie” (verzakelijking) daarvan – die geschiedt door het ontstaan van de samenloop – kunnen worden beschermd op een wijze die gelijkaardig is aan de bescherming van derde-verkrijgers te goeder trouw.

Zodra schuldeisers in samenloop zijn, hebben zij volgens de rechtspraak een ‘concurrerend recht’ met (andere) zakelijke rechthebbenden op dit goed en dus een recht met een zekere zakelijke werking. De formaliteit die zij moeten vervullen om voorrang te krijgen is niet de overschrijving van een titel van verkrijging, maar wel de formaliteiten van het onroerend beslag (met inbegrip van de overschrijving van het beslagexploot) of andere wettelijke formaliteiten voor het ontstaan van een samenloop (bv. faillissementsvonnis, invereffeningstelling, e.d.m.).

45. Voor oudere zakelijke zekerheidsrechten op onroerende goederen geldt er geen enkele bescherming wanneer ze niet correct werden bekendgemaakt. Het zekerheidsrecht kan in die gevallen niet worden ingeroepen tegen de schuldeiser die zijn vordering realiseert, en zulks geldt ongeacht de goede of kwade trouw van die laatste⁶⁴.

46. Voor oudere onroerende zakelijke rechten van derden die geen zekerheidsrechten zijn, worden bij onroerend goed de schuldeisers in samenloop in beginsel beschermd zoals een verkrijger te goeder trouw en kunnen ze dus verhaal nemen op goederen die in de hypotheekregisters onaangetast ingeschreven staan op naam van de schuldenaar.

Anders dan bij roerende zaken worden de samenlopende schuldeisers bij onroerend goed in beginsel dus wel behandeld zoals een derde-verkrijger, die krachtens artikel 1 Hyp.W. beschermd wordt tegen niet-overgeschreven on-

63 Daarmee bedoelen we dat die inschrijving op naam van de schuldenaar ook niet aangevochten is door middel van een eis die gekantmeld is (eis tot nietigverklaring of herroeping, *actio pauliana*, enz.), en niet onderworpen is aan een door middel van een voorrecht verzekerd ontbindingsrecht.

64 H. DE PAGE, *Traité*, VII, nr. 1128, 3; M.E. STORME, *Zekerheden- en insolventierecht*, 847.



roerende beschikkingen. Het is een aloude en vaste rechtspraak⁶⁵ dat onder ‘derden die te goeder trouw gecontracteerd hebben’, die door artikel 1 Hyp.W. worden beschermd bij niet-overschrijving van een titel (van overdracht, vestiging e.d.m.), ook de samenlopende schuldeisers worden begrepen. Na overschrijving kunnen de samenlopende schuldeisers er zich niet meer op beroepen dat het goed zich in het vermogen van hun schuldenaar zou bevinden. Maar zolang niet werd overgeschreven op het kantoor van de hypotheekbewaarder is de overdracht noch aan derden met een conflicterend recht, noch aan schuldeisers in samenloop tegenstelbaar. Wordt het beslag gelegd vooreer de beschikking van de beslagen schuldenaar ten gunste van een derde werd overgeschreven, dan heeft het beslag voorrang⁶⁶. Concreter: dan hebben de schuldeisers die reeds in die fase van het beslag beschermd zijn voorrang (art. 1577, tweede lid Ger.W.); wordt de eerdere beschikking gepubliceerd voor de gemeenmaking van het onroerend beslag, dan zijn dat de zgn. “beschermde schuldeisers” opgesomd in artikel 1577 *juncto* 1575 Ger.W.

47. De schuldeisers in samenloop worden op gelijkaardige wijze beschermd tegen de ontbinding of herroeping van de titel door een oudere vervreemder, wanneer de bevoegdheid daartoe niet is bewaard door de bewaring van het onroerend voorrecht (art. 28 Hyp.W.) (zie *infra*, IV). Volgens oudere rechtsleer zou die bescherming enkel gelden voor de schuldeisers wier zakelijk recht gepubliceerd werd – wat bij samenloop zou betekenen dat die bescherming slechts geldt indien er een wettelijke hypotheek van de boedel werd ingeschreven voor de eis tot ontbinding⁶⁷; deze opvatting wordt vandaag bij faillissement niet meer gevolgd (zie ook *infra*, nr. 113).

48. Bovendien worden samenlopende schuldeisers traditioneel steeds als te goeder trouw beschouwd in de zin van artikel 1 Hyp.W. Of liever: volgens de klassieke leer is de goede trouw niet vereist in hoofde van de in samenloop komende schuldeisers. De reden is dat men zou moeten aantonen dat alle schuldeisers te kwader trouw zijn, wat normaal gezien onmogelijk is⁶⁸. Nu zal het zelden voorkomen dat men de kwade trouw van alle schuldeisers kan aantonen, maar wat als dat toch gebeurt? Volgens de zeldzame rechtspraak die

65 Onder meer Cass. 8 mei 1856, *Pas.*, I, 260; Cass. 5 juli 1901, *Pas.*, I, 315; Cass. 21 januari 1932, *Pas.*, I, 42; Cass. 23 maart 1956, *Pas.*, 612, *Jacobs/van Caeckenberghe* (dat uitdrukkelijk van samenloop spreekt); Cass. 5 maart 1982, *Arr.Cass.*, 837, nr. 393, *Pas.* 1982, I, 803, *RGEN* 1986, 141; Kh. Brugge 24 oktober 1991, *T.Not.* 1992, 173; Kh. Gent 27 oktober 1994, *TGR* 1995, 21; Luik 17 maart 1995, *RGEN* 1998, nr. 24.772; Antwerpen 13 februari 1996, *RW* 1996-97, 1161, noot E. DIRIX; Brussel 15 juli 1998, *JT* 1999, 558; Kh. Hasselt 9 november 2000, *RW* 2002-03, 270 met verwijzing naar Cass. 26 januari 1989, *JLMB*, 574 (Kh. Hasselt besliste wel ten onrechte dat ook de koop zelf niet tegenwerpelijk is aan de boedel, terwijl dit enkel het eigendomsrecht betreft); Kh. Ieper 27 mei 2002, *RW* 2003-04, 271; Rb. Namen 10 februari 2003, *JLMB* 2003, 1230.

Zie ook E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, 111, nr. 135; A. VERBEKE en J. BYTTEBIER, “Onroerende en hypothecaire publiciteit”, *RW* 1997-98, 1122.

66 Dit geldt ook indien de verkrijgingstitel van de beslagene zelf nog niet is overgeschreven. Dat verhindert niet dat diens schuldeisers reeds beslag kunnen leggen; enkel zal de beslaglegger géén voorrang hebben op de vervreemder (verkoper) en diens schuldeisers. Zie Gent 21 december 1993, *RW* 1994-95, 824, noot M.E. STORME.

67 In die zin F. LAURENT, *Principes*, XXX, nrs. 138 e.v.; H. DE PAGE, *Traité*, VII, nr. 406, B.4.

68 Zie hierover A. VERBEKE en J. BYTTEBIER, *RW* 1997-98, (1099) 1123, nrs. 110 en 111.



zich hierover uitspreekt⁶⁹ kunnen die zich dan niet beroepen op het gebrek aan overschrijving van een verkoop (door de gefailleerde gedaan voor het faillissement). Anderen hebben gepleit voor een normatieve beoordeling van de goede trouw van schuldeisers, namelijk wat normale schuldeisers over het algemeen horen te weten⁷⁰.

49. Men kan dus beslag leggen op een goed van een derde nadat het verkocht is aan een derde:

1° indien men beschikt over een zekerheidsrecht (bv. hypotheek of onroerend voorrecht) dat met een volgrecht is uitgerust (art. 96 e.v. Hyp.W.), of

2° indien nog niet aan de voorwaarden voor de tegenwerpelijkheid van die overdracht is voldaan (overschrijving voor onroerende goederen (art. 1577 Ger.W.)).

c. Bescherming van de titularis van het niet-tegenwerpelijk recht

50. In principe kan de derde-bezitter uitgaven en verbeteringen terugvorderen ten belope van de meerwaarde die uit de verbetering is ontstaan, en is hij ook aansprakelijk voor de waardevermindering die door zijn fout is ontstaan.

Volgens het Hof van Cassatie is een opstalhouder evenwel niet te beschouwen als een derde-bezitter. Indien op een stuk grond een hypotheek toegestaan en ingeschreven is vooraleer een opstalrecht wordt overgeschreven, strekt de hypotheek zich van rechtswege uit tot de door de opstalhouder opgerichte gebouwen. De opstalhouder kan geen vergoeding vorderen voor de door hem aangebrachte verbeteringen, aangezien hij niet als derde-bezitter te beschouwen is⁷¹.

3. Bijzondere regels voor de aanvechting van een verdeling van een gemeenschappelijk vermogen (art. 882 BW)⁷²

51. De hierboven in A besproken basisregel, zoals genuanceerd in B, geldt ook wanneer goederen uit het vermogen van de schuldenaar zijn verdwenen doordat zij bij een verdeling aan een andere deelgenoot zijn toebedeeld. Evenwel gelden daarbij ook een aantal afwijkende en bijzondere regels, in het bijzonder voor de aanvechting van een vereffening of verdeling van een gemeenschappelijk vermogen⁷³.

69 Cass. 5 maart 1982, *Arr.Cass.*, 837, nr. 393, *Pas.* 1982, I, 803, *RGEN* 1986, 141; Brussel 10 november 1999, *RW* 2000-01, 243, *Fare Act.* 2001/1, 3, noot B. MAILLEUX.

70 E. DIRIX, "Actuele trends in de zakelijke zekerheidsrechten" in *Het zakenrecht, absoluut niet een rustig bezit*, Antwerpen, Kluwer, 1992, 7, nr. 7.

71 Cass. 15 juni 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1183, *RW* 2001-02, 308, noot V. SAGAERT. Zie over deze gevallen uitgebreid: R. JANSSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, 556-569, nrs. 638-651.

72 Voor een recente studie zie P.-J. DE DECKER, "Art. 882 BW: schuldeisers binnen de verdeling, zwak of machtig?", *RW* 2012-13, 82.

73 Zowel een nalatenschap als een andere gemeenschap waarop de regel van artikel 882 BW krachtens de schakelbepaling van toepassing is, d.w.z. elke boedelgemeenschap (zie bv. art. 1430, IV BW voor



Eenzijds geldt er een bijzondere vereiste om de verdeling te kunnen aanvechten, namelijk in beginsel voorafgaand verzet aantekenen, anderzijds kan bij miskenning van zo'n verzet de verdeling die een schuldeiser benadeelt ook aangevochten worden wanneer ze zonder bedrieglijk opzet gebeurde. Die regels gelden zowel bij een partiële als bij een volledige verdeling⁷⁴ en zowel bij de verdeling s.s. als bij met verdeling gelijkgestelde handelingen⁷⁵.

C. Uitbreiding verhaalsrecht schuldeiser

1. Algemeen

52. Op de grondregel in ons recht dat de schuldeisers het vermogen van hun schuldenaar moeten nemen in de staat waarin het zich bevindt op het ogenblik waarop ze verhaal nemen *c.q.* een samenloop ontstaat, zijn er nog verschillende soorten uitzonderingen, waarbij de schuldeisers toch in zekere mate als 'derden' beschermd worden (al leiden zij hun rechten zoals gezegd af van hun schuldenaar).

Het betreft ten eerste simulatie, besproken in 2. Verder kunnen eerdere handelingen van de schuldenaar waardoor de verhaalmogelijkheden van de schuldeisers zijn verminderd ('verhaalsbenadeling') – en in het bijzonder activa zijn vervreemd – door diens schuldeisers (of de bewindvoerder die voor hun rekening optreedt) in bepaalde gevallen (abnormale (4) dan wel bedrieglijke (3) handelingen) worden aangevochten (Fr. *attaqué*) en aldus niet tegenwerpelijk worden verklaard.

2. Geen gebondenheid aan geveinsde rechten

a. Gewone simulatie

53. Uit artikel 1321 BW volgt dat derden, waaronder ook schuldeisers, in geval van simulatie (d.i. bewuste veinzing van een rechtshandeling) kunnen kiezen of ze zich op de gesimuleerde (geveinsde) handeling beroepen, dan wel op de gedissimuleerde (werkelijke) handeling.

Geveinsde vervreemdingen of beperkingen verhinderen het verhaalsrecht van de schuldeisers niet, en zij kunnen steeds vorderen dat een gesimuleerde handeling geveinsd wordt verklaard en zich op de ontveinsde rechtstoestand beroepen (eis in geveinsdverklaring, Fr. *action en déclaration de simulation*) om aan te tonen dat bepaalde activa wel degelijk deel uitmaken van het vermogen van hun schuldenaar.

de huwgemeenschap, art. 55 W.Venn. voor de maatschap). Artikel 883 BW en dus ook artikel 882 BW gelden niet voor de zaakgemeenschap (zo ook o.m. P.-J. DE DECKER, *RW* 2012-13, (82) 86).

74 Gent 15 februari 2007, *T.Not.* 2009, 473, noot. J. VERSTRAETE; V. SAGAERT, "Art. 882" in *Erfenissen, schenkingen en testamenten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*; P.-J. DE DECKER, *RW* 2012-13, (82) 87.

75 Cass. 9 oktober 2009, *Pas.* 2009, 2208, *Rev.not.b.* 2010, 54, *Rev.trim.dr.fam.* 2010, 738, noot F. TAINMONT; P.-J. DE DECKER, *RW* 2012-13, (82) 88.



54. Omgekeerd kunnen schuldeisers verhaal nemen op goederen die volgens de geveinsde handeling aan hun schuldenaar toekomen, ook al behoren ze in werkelijkheid aan een derde⁷⁶.

Een voorbeeld vinden we in een arrest van het hof van beroep te Antwerpen⁷⁷ betreffende twee kredietnemers die een lening aangaan om een bungalow te kopen en vervolgens die bungalow op naam van hun minderjarige kinderen kopen. Het op naam van de kinderen stellen werd als simulatie gekwalificeerd, zodat de kredietverlener verhaal kon nemen op het onroerend goed als deel uitmakende van het vermogen van de ouders-kredietnemers. Aangezien het hier niet om een *actio pauliana* gaat, moet geen bedrog van de verkoper be-
wezen worden.

55. Wel wordt vaak geoordeeld dat derden zich niet op de geveinsde handeling kunnen beroepen indien zij niet te goeder trouw waren⁷⁸; in geval van samenloop zou dan evenwel moeten worden aangetoond dat alle schuldeisers de ontveinsde handeling kenden (vgl. hoger nr. 48).

b. Zakenrechtelijke simulatie (verborgen middellijke vertegenwoordiging)

56. Een daarvan te onderscheiden situatie vinden we wanneer een partij krachtens de hem door een principaal verleende bevoegdheid in eigen naam over diens goederen beschikt of ze voor zijn rekening verkrijgt, d.i. middellijke vertegenwoordiging. Zo zal een commissionair in eigen naam, maar voor rekening van een opdrachtgever, overeenkomsten sluiten tot verkoop of aankoop van goederen. De beherende vennoot van een stille maatschap zal in eigen naam handelen voor gemeenschappelijke rekening van de maten.

57. In ons recht ontstaat er bij middellijke vertegenwoordiging verbintenisrechtelijk een rechtsverhouding tussen de middellijke vertegenwoordiger en de wederpartij enerzijds en tussen de middellijke vertegenwoordiger en de opdrachtgever anderzijds. Op dit niveau is er daarbij helemaal geen sprake van simulatie⁷⁹: de vertegenwoordiger verbindt enkel zichzelf en pretendeert ook niets anders. De wederpartij heeft géén keuze zoals bij veinzing, aangezien er (althans verbintenisrechtelijk) helemaal geen daarvan afwijkende ontveinsde (gedissimuleerde) werkelijkheid is.

58. Zakenrechtelijk aanvaardt ons recht echter dat de eigendomsoverdracht en andere zakenrechtelijke rechtsgevolgen rechtstreeks plaatsvinden tussen de opdrachtgever (vertegenwoordigde) en de derde-wederpartij of omgekeerd, ook al ontstaat er in beginsel geen rechtstreekse verbintenisrechtelijke verhouding tussen hen. Wanneer de middellijke vertegenwoordiger goederen

76 Voor een toepassing: Antwerpen 20 oktober 2010, *RW* 2011-12, 1809 (geveinsde handgift door echtgenoot aan zijn zuster).

77 Antwerpen 26 mei 2008, *NJW* 2008, 928, noot M. DAMBRE.

78 Zie in dit verband Cass. 11 december 1987, *Pas.* 1988, I, 449, *RCJB* 1993, 49, noot D. PHILIPPE, "La simulation et la protection des tiers".

79 Zie de terechte argumentatie van o.m. P.A. FORIERS, "Observations sur le contrat de prête-nom et la théorie des extensions de faillite", *JT* 1980, 417 e.v., meer bepaald 419-420.



levert of ontvangt voor rekening van een opdrachtgever (of voor gemene rekening, bij de stille maatschap), gaat de eigendom in ons recht rechtstreeks over tussen wederpartij en opdrachtgever, althans voor zover aan de overige vereisten voor dergelijke eigendomsoverdracht is voldaan.

Op dit niveau nu kan er wel sprake zijn van simulatie, nl. wanneer de bijzondere aard van deze verkrijging of vervreemding (nl. voor andermans rekening) verborgen wordt gehouden. De middellijke vertegenwoordiging – dus het in eigen naam handelen voor andermans of gemene rekening – kan immers zowel openlijk als verborgen geschieden:

- in het eerste geval wordt misschien wel de naam van de opdrachtgever (of van de stille vennoten) verborgen gehouden, maar niet het feit dat voor andermans of gemene rekening wordt gehandeld; de derde kan niet op het tegendeel vertrouwen;
- in het tweede geval wordt ook het feit dat voor andermans of gemene rekening wordt gehandeld verborgen gehouden (zuivere naamlening). Verbintenisrechtelijk gaat het nog steeds niet om veinzing, maar zakenrechtelijk wél: de vertegenwoordiger wekt bewust de schijn dat hij ook (alleen) eigenaar is van de goederen die hij beheert of verkrijgt, zodat derden daar ook op mogen vertrouwen⁸⁰. Het resultaat hiervan moet zijn dat de eigen schuldeisers van de vertegenwoordiger verhaal kunnen nemen op die goederen, ook al behoren die toe aan diens opdrachtgever of maken ze deel uit van een stille maatschap tussen de vertegenwoordiger en één of meer andere maten.

59. De hier aangegeven regel werd toegepast bij het verhaal van een schuldeiser van een beherende vennoot van een stille maatschap op een schuldvordering van de maatschap in het arrest-*Van Laere*⁸¹. Het arrest besliste dat het gemeenschappelijk karakter van een schuldvordering die door de handelende vennoot in eigen naam voor gemene rekening was verkregen, en dus het vallen binnen het afgescheiden vermogen van de maatschap (en niet in het privévermogen van de handelende vennoot) (zie hierover verder hoofd-

80 Deze opvatting over de zakenrechtelijke veinzing werd eerder ontwikkeld in M.E. STORME, “De bescherming van de wederpartij en van het dwingend recht bij middellijke vertegenwoordiging, m.b. naamlening, in het burgerlijk procesrecht, en de betwistbare verwoording daarvan in de cassatiearresten van 25 november 1993”, *Proces & bewijs* 1994, 53 e.v., meer bepaald nr. 3. Zij werd gevolgd en verder uitgewerkt door J. VANANROYE, “Vermogensstructuur aansprakelijkheid en verhaalbaarheid in de maatschap” in *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, (205) 223 e.v., randnr. 23 en in *TPR* 1999, (1453) 1482 e.v. Zie voor aanzetten daartoe in Nederland PITLO-BOSKAMP-CAHEN, *Korte uitleg*, 56, en ook J.L.P. CAHEN, “Het omslagpunt bij de middellijke vertegenwoordiging” in *Op de grenzen van komend recht, Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Beekhuis* (Deventer, Kluwer – Zwolle, Tjeenk Willink, 1969), 67 e.v.

Vgl. ook F. LEDUC, *RTDCiv* 1999, (283) 311, nr. 32.

Waar DE PAGE zondigt door het ene uiterste, namelijk elke naamlening als simulatie te beschouwen, zondigen sommige andere schrijvers door het andere uiterste, nl. door te stellen dat veinzing gewoon niet mogelijk is in die gevallen (b.v. P.A. FORIERS, “Observations sur le contrat de prête-nom et la théorie des extensions de faillite”, *JT* 1980, 417 e.v.; L. SIMONT, “Exposé introductif” in *Les intermédiaires commerciaux*, (7) 14, nr. 11). Deze schrijvers verwarren de verbintenisrechtelijke gevolgen, waarvoor hun stelling juist is, en de zakenrechtelijke gevolgen, waarvoor ze onjuist is.

81 Cass. 30 maart 1962, *Pas.*, 842, *RPS* 1963, nr. 5108.86, *RW* 1962-63, 538, ook besproken door J. VANANROYE in *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, (205) 295 e.v., randnr. 111 en in *TPR* 1999, (1453) 1485 e.v.



stuk IV), niet tegenwerpbaar is aan de schuldeisers van eigen schulden van de handelende vennoot (*in casu* in samenloop ontstaan door het faillissement van de beherende vennoot). Gevolg daarvan is bv. dat wanneer een persoon voor gemene rekening handelt (stille maatschap) zonder dat dit blijkt, de door hem in eigen naam beheerde goederen vatbaar zijn voor verhaal door zijn persoonlijke schuldeisers, ook al gaat het eigenlijk om gemeenschappelijke goederen: de mede-eigendom wordt immers bewust verborgen gehouden, zodat dit aan derden de mogelijkheid geeft deze te negeren.

3. *Pauliaanse vordering*

a. *Begrip*

60. Dit aanvechtingsrecht (art. 1167 BW spreekt van ‘opkomen tegen’, de originele Franse tekst van *attaquer*) vinden we geregeld in artikelen 1167 BW en 20 Faill.W.⁸² (*actio pauliana*). Het gaat om een aanvechtingsrecht en niet om een aanspraak tot vergoeding van schade (weze het *in natura*) wegens onrechtmatige daad. Dit sluit niet uit dat de gedraging van de derde-partij tegelijk een onrechtmatige daad kan vormen, waarvoor deze schadevergoeding verschuldigd kan zijn⁸³.

Het gaat om een aanvechtingsmogelijkheid voor elke schuldeiser afzonderlijk en niet enkel voor de schuldeisers gezamenlijk. Ze is vooral nuttig voor schuldeisers van niet-handelaars (die in ons recht niet failliet kunnen worden verklaard) of voor schuldeisers van handelaars wier bedrog niet binnen de zes maanden heeft geleid tot een faillissement (en dus buiten de verdachte periode blijft vallen).

De precieze regels zijn grotendeels *niet* in de wet te vinden, maar door de rechtspraak uitgewerkt op basis van de traditie (die ouder is dan het BW)⁸⁴. Voor de aanvechting van bepaalde rechtshandelingen uit het erfrecht en huwelijksvermogensrecht gelden bijzondere regels, die krachtens artikel 1167, tweede lid BW voorrang hebben op de algemene regel.

b. *Vereisten*

61. Uit de rechtspraak volgt een reeks vereisten, die in zes punten kunnen worden geordend (behoudens negatieve vereisten zoals het niet verjaard zijn van de *actio*, geen rechtsmisbruik e.d.). Vereist is dat (a) hetgeen de schuldeiser wil aanvechten een rechtshandeling is van de schuldenaar, dat hij (b) een

82 Vgl. verder onder meer H. DE PAGE, *Traité*, III, nrs. 203-260; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 227 e.v.; DEKKERS-DIRIX, *Handboek*, II, nrs. 402-414; A. KLUYSKENS, *Verbintenissen*, 1948, nrs. 94-99; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht rechtspraak verbintenissenrecht (1981-1992)”, *TPR* 1994, 171 e.v.; D. DEVOS, “La réparation du préjudice du créancier demandeur à l’action paulienne”, *RCJB* 1995, 317.

83 Voor een voorbeeld waar de schuldeiser gekozen heeft voor een schuldvordering tot schadevergoeding en geen *pauliana*, zie Rb. Mechelen 5 februari 1997, *RW* 1997-98, 983, noot K. VAN RAEMDONCK, “Inbreng *in natura* in een vennootschap en (deel)ning aan) bedrieglijk onvermogen”.

84 Een uitdrukkelijk beroep op de traditie als rechtsbron vinden we in Cass. 9 januari 1890, *Pas.* 1890, I, 59; F. LAURENT, *Principes*, XVI, nr. 433.



schuldvordering heeft die in beginsel ouder is dan de aangevochten handeling en (c) opeisbaar ten tijde van de aanvechting een schuldvordering, waarvoor (d) de verhaalsmogelijkheden zijn verminderd door de aangevochten handeling en verbeterd kunnen worden door de aanvechting ervan; (e) de schuldenaar bedrieglijk handelde; en (f) indien er een wederpartij betrokken is en de aangevochten handeling in diens hoofde onder bezwarende titel is, ook de erbij betrokken wederpartij bedrieglijk handelde.

c. *Mogelijke werkwijze van de schuldeiser*

62. De *actio pauliana* is in wezen gericht tegen de derde-wederpartij (en niet tegen de eigen schuldenaar). Het zijn diens door de aangevochten rechtshandeling verkregen rechten waarvan men de niet-tegenwerpelijkheid wil verkrijgen.

De schuldeiser hoeft de *pauliana* niet vooraf in te stellen om verhaal te nemen op de betrokken goederen. Hij kan:

- indien hij een uitvoerbare titel heeft tegen de schuldenaar, verhaal nemen op de activa alsof ze zich nog in het vermogen van de schuldenaar bevinden;
- indien hij nog geen uitvoerbare titel tegen zijn schuldenaar heeft, bewarend beslag leggen op grond van artikel 1167 BW (pauliaans beslag)⁸⁵, met toestemming van de beslagrechter (bij onroerend goed is die omweg niet nodig omdat de kantmelding van de eis *de facto* hetzelfde effect heeft als een bewarend beslag (*cf. infra*, nr. 64), zodat het verzoek tot paulianabeslag om die reden kan worden geweigerd⁸⁶). Wanneer de wederpartij-eigenaar zich tegen dat verhaal (beslag) verweert (meer bepaald een revindicatie instelt), zal de schuldenaar vervolgens de *pauliana* door middel van een tusseneis uitoefenen⁸⁷.

Voor het uitoefenen van de *pauliana* is zelf geen uitvoerbare titel vereist, maar de executie van het goed vereist dat wel.

63. Wanneer de schuldeiser failliet is, kan de *pauliana* – enkel – door de curator van zijn faillissement worden uitgeoefend⁸⁸.

64. Indien de aanvechting betrekking heeft op een aan overschrijving (art. 1 Hyp.W.) onderworpen rechtshandeling, dan dient de schuldeiser zijn eis te kantmelden (zie art. 3, eerste lid Hyp.W.). Dit is vereist:

85 E. DIRIX, “De vergoedende functie van de *actio pauliana*”, *RW* 1992-93, 331; K. BROECKX, “Ter inleiding: enkele topics uit het beslag- en executierecht” in *Beslag en collectieve schuldenregeling*, (1) 12; C. VAN HEUVERSWYN, “Paulianabeslag op onroerend goed en pauliaanse vordering” (noot onder Gent 16 december 1995), *T.Not.* 1996, 229. Bv. Antwerpen 6 oktober 2004, *P&B* 2005, 85; Antwerpen 4 januari 1993, *RW* 1993-94, 199, noot; Gent 22 juni 1993, *RW* 1993-94, 204.

86 Gent 19 december 1995, *T.Not.* 1996, 230, noot C. VAN HEUVERSWYN.

87 Gent 21 juni 1994, *RW* 1994-95, 717; Beslagr. Gent 26 mei 2009, *TGR* 2010, 338; R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, VII, 474, nr. 1090; E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag* in *APR*, 19, nr. 26; E. DIRIX, *RW* 1992-93, 331.

88 Bv. Kh. Brugge 6 juni 2011, *RW* 2012-13, 671.



- om te vermijden dat een opvolgende verkrijger het goed te goeder trouw zou verkrijgen vooraleer de niet-tegenwerpelijkheid wordt uitgesproken;
- maar ook voor de tegenwerpelijkheid van de *actio pauliana* aan de wederpartij⁸⁹.

65. Bestaat het bedrog van de schuldenaar erin zich te laten veroordelen jegens een derde-wederpartij, dan zal de aanvechting moeten geschieden door een derdenverzet tegen dat veroordelend vonnis⁹⁰ (tenzij men reeds voordien in het geding is tussengekomen).

d. Gevolg: verhaalsrecht tegen de wederpartij

66. Op de eerste plaats kan de schuldeiser zich op het paulianeus vervreemde actief blijven verhalen: hij kan er beslag op leggen. Is er echter een algemeen beslag op de goederen van de schuldenaar, dan vallen ze in diens boedel⁹¹. Aangezien een gerechtelijke reorganisatie van de schuldenaar op zichzelf nog geen samenloop inhoudt, staat ze er niet aan in de weg dat de schuldeiser zich op dat goed verhaalt (dat in verhouding tot de schuldenaar en diens andere schuldeisers dan immers geen deel meer uitmaakt van zijn vermogen).

67. De tegenpartij kan zich niet verweren met een beroep op het opschortingsrecht (enac) dat zij zou hebben jegens haar contractspartij (schuldenaar van de actor), aangezien zij ofwel medeplichtig is aan het bedrog bij handelingen om baat, ofwel kosteloos heeft verkregen en dus ook geen tegenprestatie terug te krijgen heeft (dit kan anders zijn bij de aanvechttingsrechten uit de verdachte periode omdat daar geen medeplichtigheid van de derde is vereist bij handelingen onder bezwarende titel). De tegenpartij zal ook niet kunnen verrekenen met zijn schuldvordering op de gefailleerde.

De derde kan het verhaal wel tegenhouden door de schuldvordering van de agerende schuldeiser te betalen⁹² (waarbij hij in beginsel gesubrogeerd zal zijn in diens schuldvordering).

68. Dit verhaalsrecht is zelfs tegenwerpelijk aan de schuldeisers van de wederpartij van de schuldenaar⁹³. In die zin heeft de pauliaanse vordering zake-

89 Zie Cass. 25 oktober 2001, *RW* 2002-03, 940, *Pas.* 2001, I, 1706.

90 F. LAURENT, *Principes*, XVI, nr. 472; H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 215.

91 Vgl. voor het geval van faillissement van de schuldenaar zelf H. DE PAGE, *Traité*, III, nrs. 254-255; F. TOP, "De pauliaanse vordering kan in beginsel geen afbreuk doen aan de rechten van derden te goeder trouw verkregen op het door die vordering geviseerde onroerend goed" *T.Not.* 2006, (175) 177, noot 12.

92 H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 244.

93 H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, nr. 246, b); D. DEVOS, *RCJB* 1995, (317), nr. 23; F. TOP, "De pauliaanse vordering kan in beginsel geen afbreuk doen aan de rechten van derden te goeder trouw verkregen op het door die vordering geviseerde onroerend goed", *T.Not.* 2006, (175) 177; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, nr. 304; C. CAUFFMAN, "Pauliaanse vordering" in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, nrs. 79-81; TERRE en SIMLER, *Obligations* 2002, nr. 1184; E. DIRIX, "De vergoedende functie van de actio Pauliana", *RW* 1992-93, 331, nr. 3; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, III, 2133, nrs. 1544 e.v.; P. WÉRY, "L'action paulienne: sa nature juridique et ses rapports avec la réparation en nature en matière extracontractuelle", *RCJB* 2015, 66.

lijke werking⁹⁴. Reeds hieruit blijkt dat de *actio pauliana*, ook al veronderstelt zij in de meeste gevallen een onrechtmatige daad in hoofde van de wederpartij (maar niet altijd: met name niet in hoofde van een wederpartij die kosteloos verkrijgt), in zijn rechtsgevolg niet te herleiden is tot een schuldvordering uit onrechtmatige daad.

e. In de verhouding met een opvolgende verkrijger

69. Verder blijkt uit de rechtspraak ook dat een volgende verkrijger aan wie het goed door de wederpartij is doorverkocht en geleverd, dit in beginsel verkregen heeft van een beschikkingsonbevoegde. Die latere verkrijger kan, zo deze te goeder trouw is, zich wel beroepen op de regels inzake de bescherming van derde-verkrijgers te goeder trouw, die een uitzondering vormen op de regel dat men niet verkrijgt van een beschikkingsonbevoegde.

Voor onroerend goed zien we dat in het cassatiearrest van 25 oktober 2001: personen die van de medecontractant van de schuldeiser verkregen hebben – dus onderverkrijgers – zijn beschermd indien zij te goeder trouw waren en hun recht in de hypotheekregisters werd overgeschreven voor de publicatie (kantmelding) van de *actio pauliana*⁹⁵; zolang er geen kantmelding is, is er een weerlegbaar vermoeden van goede trouw.

De onderverkrijger van een roerende zaak kan zich beroepen op de bescherming uit artikel 2279 BW.

4. Aanvechttingsrechten betreffende rechtshandelingen uit de verdachte periode

a. Algemeen

70. Deze uitbreiding betreft (anders dan de *actio pauliana*, zie hierboven) enkel de verhaalsmogelijkheden van een schuldeiser van een persoon die failliet kan worden verklaard.

Artikel 17 Faill.W. bevat een ‘zwarte lijst’⁹⁶ en artikel 18 een ‘grijze lijst’ van aanvechtbare rechtshandelingen *c.q.* aanvechttingsmogelijkheden.

De aanvechting kan – zoals de *actio pauliana* na faillissement – enkel gebeuren door de curator, niet door een individuele schuldeiser.

Anders S. BAR en C. ALTER, “Les effets du contrat” in *Pratique du droit*, 2006, 158-159, nrs. 297-298; S. BAR, F. ROZENBERG en C. ALTER in *Traité théorique et pratique. Obligations*, II.1.7-156 (afl. september 2005).

94 Niet in de zin dat deze voorrang zou verschaffen in het faillissement van de eigen schuldenaar.

95 Zie Cass. 25 oktober 2001, *RW* 2002-03, 940, *Pas.* 2001, I, 1706. Zie verder F. TOP, *T.Not.* 2006, 183; C. VAN HEUVERSWYN, “Paulianabeslag op onroerend goed en pauliaanse vordering” (noot onder Gent 16 december 1995), *T.Not.* 1996, 230. De oplossing vinden we reeds t.g.v. een vierde partij die te goeder trouw een hypotheek heeft verkregen in Cass. 16 mei 1890, *Pas.*, I, 201 en Cass. 6 november 1902, *Pas.* 1903, I, 25 (zij het wel anders gemotiveerd dan hier).

96 Een lijst van handelingen die *per se* ongeldig zijn, dat wil zeggen zonder nadere voorwaarden, wordt vaak een zwarte lijst genoemd.



b. *Gevolg in de verhouding met de wederpartij*

71. Het recht op aanvechting is geen aanspraak op een prestatie jegens een bepaalde persoon (de medecontractant bv.), maar een *aanvechtingsrecht*⁹⁷, en meer bepaald een bevoegdheid ten aanzien van een bepaalde rechtshandeling (in beginsel van de schuldenaar)⁹⁸:

- ofwel treft de aanvechting een obligatoire handeling, maar bij niet-tegenwerpelijkheid daarvan vervalt ook de daarop gebaseerde eigendomsoverdracht of vestiging (dat laatste is wat men soms de werking *in rem* van de aanvechting noemt; deze term is evenwel ambigu en wordt om die reden hier niet verder gebruikt);
- ofwel – namelijk bij later gevestigde zekerheden (het geval van art. 17, 3^o Faill.W.) – treft het de constitutieve handeling waarmee de zekerheid wordt gevestigd.

Het gevolg is in beide gevallen dat de beschikking zelf (overdracht of vestiging) niet tegenwerpeijk is aan de boedel; de verkrijging door de medecontractant (Dui. *Anfechtungsgegner*) is, achteraf en retroactief gezien, niet geldig. Dit is, net zoals bij de gemeenrechtelijke *actio pauliana*, niet omdat de schuldenaar beschikkingsonbevoegd was in eigenlijke zin⁹⁹ (het gaat immers om handelingen van voor de faillietverklaring) maar omwille van een gebrek van de handeling zelf, die tussen schuldenaar (A) en medecontractant (B) plaatsvond. Aldus keert het goed terug naar de boedel. Is het goed vervangen door een surrogaat, dan geniet de boedel van zakelijke subrogatie¹⁰⁰.

c. *Gevolgen in verhouding tot derde-verkrijgers*

72. Het resultaat is wel dat de medecontractant-verkrijger (B), die geacht wordt nooit geldig te hebben verkregen, ook geacht wordt nooit bevoegd te zijn geworden om over het goed te beschikken¹⁰¹. Heeft hij het goed intussen al verder vervreemd aan C, dan schept de aanvechting van de handeling A-B in de verhouding B-C een probleem van beschikkingsbevoegdheid. Ten aanzien van verdere verkrijgers heeft dit immers tot gevolg dat deze van een beschikkingsonbevoegde hebben verkregen, en dus om die reden niet geldig verkregen hebben. Dit is anders indien ze voldoen aan de gemeenrechtelijke vereisten voor de bescherming van een derde-verkrijger: de onderverkrijger

97 Het recht om door middel van een rechtshandeling in te grijpen in andermans rechtssfeer, en dus een rechtsverhouding tot stand te brengen, te wijzigen of te beëindigen. Bv. het recht een overeenkomst te ontbinden of aan te vechten wegens wilsgebrek. Zie verder V. WITHOFS, "Bevoegdheden als categorie van subjectieve rechten: afbakening, kenmerken en juridisch regime", *TPR* 2016, 433.

98 Anders dan bij de gewone *actio pauliana* wordt dit bij deze herstelbevoegdheden algemeen aanvaard.

99 R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, 37-38, nr. 38.

100 L. en S. FRÉDERICQ, *Traité de droit commercial*, Gent, 1949, VII, nr. 147; J. MAHAUX, "L'action paulienne et les nullités de la période suspecte: conditions et effets respectifs" (noot onder Cass. 15 maart 1985), *RCJB* 1989, 334, nr. 37.

101 In sommige andere rechtsstelsels daarentegen wordt uit het feit dat de rechtshandeling enkel jegens de samenlopende schuldeisers ongeldig is, afgeleid dat zij wel de titel voor een geldige eigendomsoverdracht kan vormen, maar kan de aanvechting wel jegens een volgende verkrijger worden uitgeoefend, indien deze op zijn beurt te kwader trouw is dan wel onder kosteloze titel heeft verkregen (zo bv. het Oostenrijkse recht, zie § 38, II KO).



(C) van onroerend goed zal beschermd worden als hij te goeder trouw heeft verkregen en zijn titel heeft gepubliceerd voor de faillietverklaring¹⁰².

5. *Uitbreiding van het verhaalsrecht bij erfgenamen, gehuwden e.d.*

a. *Occulte hypotheek/algemeen voorrecht en borg voor successierechten op alle goederen van de nalatenschap*

73. Op grond van artikel 84, eerste lid W.Succ. en artikel 3.10.5.2.1, § 2 VCF (Vlaamse Codex Fiscaliteit) strekt het algemeen voorrecht voor de successierechten tot zekerheid van alle uitstaande successierechten zich uit over alle roerende goederen van de nalatenschap en niet enkel van deze die nog verschuldigd zijn door de eigenaar van het roerend goed. Aan dergelijk algemeen voorrecht kleeft echter geen volgrecht. Wordt een dergelijk roerend goed overgedragen aan een derde, dan kan de fiscus zich niet meer verhalen op dat goed.

Ook de occulte hypotheek van de fiscus op elk van de onroerende goederen van de nalatenschap geldt voor alle uitstaande successierechten en niet enkel voor deze die nog verschuldigd zijn door de eigenaar van het onroerend goed¹⁰³. Anders dan het algemene voorrecht, heeft de occulte hypotheek wel volgrecht.

Daarnaast staan de erfgenamen en algemene legatarissen ook borg voor de successierechten verschuldigd door de andere verkrijgers uit een nalatenschap (art. 70, tweede lid W.Succ. en art. 3.10.4.3.1, eerste lid VCF).

b. *Andere gevallen bij gemeenschappelijke vermogens*

74. Vervolgens kan het ook zijn dat de schuldvordering verhaalbaar is op een gemeenschappelijk vermogen waarvan niet alle mede-eigenaars persoonlijk verbonden zijn.

Buiten het geval van gehuwden vinden we dit

- bij een stille maatschap: voor schulden aangegaan voor gemene rekening door de actieve vennoot van een stille maatschap, die wel verhaalbaar zijn op het maatschapsvermogen, maar niet op de goederen van de stille vennoten;
- bij een nalatenschap: voor schulden van een overledene, die verhaalbaar zijn op de nalatenschap en op het vermogen van de zuiver aanvaardende erfgenamen, maar niet of slechts beperkt op dat van de beneficiair aanvaardende erfgenamen.

102 Zie ter vergelijking Cass. 25 oktober 2001, RW 2002-03, 940, Pas. 2001, I, 1706, zij het dat het hier om de Pauliana ging.

103 Het Arbitragehof oordeelde in arrest nr. 72/2007 van 26 april 2007 dat deze regel niet strijdig is met het grondwettelijk discriminatieverbod, zie www.grondwettelijkhof.be/public/n/2007/2007-072n.pdf.



c. Bij schulden van gehuwden of wettelijk samenwonenden

75. Bij schulden van gehuwden en soms ook wettelijk samenwonenden gelden bijkomend enkele afwijkende regels.

Buiten faillissement gelden de gewone regels inzake verhaal voor schulden van gehuwden, waardoor we – samengevat – een onderscheid kennen tussen:

- de gemeenschappelijke schulden;
- de zgn. onvolmaakt gemeenschappelijke schulden van een echtgenoot, die wel verhaalbaar zijn op de huwelijksgemeenschap, maar niet op de eigen goederen van de andere echtgenoot (zie onder meer art. 1413 e.v. BW)¹⁰⁴;
- de verhaalbaarheid van eigen schulden van een echtgenoot op zijn inkomsten, ook al vallen die in de gemeenschap (art. 1409 BW);
- de verhaalbaarheid op de huwelijksgemeenschap van eigen schulden van een echtgenoot, wanneer de gemeenschap verrijkt is door eigen goederen van de echtgenoot-schuldenaar (art. 1410 BW) of voordeel heeft getrokken uit de uitoefening van een verboden beroep of verboden handelingen (art. 1411 BW);
- de subsidiaire verhaalbaarheid van eigen schulden van een echtgenoot uit onrechtmatige daad (inb. strafrechtelijke veroordelingen) op de helft van de nettobaten van de huwgemeenschap (art. 1412 BW)¹⁰⁵.

Deze uitzonderingen zijn verklaarbaar omdat schuldeisers de ontbinding van de huwgemeenschap niet kunnen vorderen.

76. Bij faillissement van een echtgenoot kunnen de schuldeisers bovendien verhaal nemen op alle goederen van de huwgemeenschap van de gefailleerde (art. 96 Faill.W.), ook voor schulden van de gefailleerde die krachtens de gewone regels (art. 1409 e.v. BW) niet of slechts beperkt op de huwgemeenschap kunnen worden verhaald (de eigen schulden van de gefailleerde). Om die reden zullen handelaars normaal kiezen voor een huwelijksstelsel van scheiding van goederen. Dit wordt gecompenseerd door de uitbreiding van de verschoonbaarheid naar de echtgenoot of wettelijk samenwonende partner.

77. Nog verder reiken de specifieke uitzonderingen voor het verhaal van fiscale schuldvorderingen, waardoor de goederen van de ene mede-echtgenoot of wettelijk samenwonende partner slechts aan verhaal voor fiscale schulden van de andere, ontstaan tijdens het huwelijk of de wettelijke samenwoning, ontsnappen in bepaalde gevallen, nader omschreven in artikel 394, § 1 WIB 1992 c.q. artikel 3.10.4.1.2. VCF. De andere ontsnapt volgens die bepalingen slechts aan verhaal op zijn eigen goederen indien hij aantoonde ze op één van de volgende wijzen te hebben verkregen:

1° dat hij ze bezat vóór het huwelijk of de wettelijke samenwoning; of

104 In geval er overgegaan wordt naar scheiding van goederen, blijven de bestaande gemeenschappelijke schulden verhaalbaar op hetgeen de andere echtgenoot uit de verdeling ontvangen heeft, zie artikel 1440 BW.

105 Zie hierover uitgebreid: V. VANDERHULST, “Schulden van een echtgenoot uit een strafrechtelijke veroordeling of uit onrechtmatige daad: huwelijksvermogens- en executierechtelijke aspecten” in *Liber amicorum André Michielsens*, Antwerpen, Kluwer, 2015, 685-713.



2° dat zij voortkomen van een erfenis of van een schenking door een andere persoon dan zijn echtgenoot/partner; of

3° dat hij ze heeft verworven door middel van fondsen die voortkomen van de realisatie van dergelijke goederen; of

4° dat hij ze heeft verkregen met inkomsten die eigen zijn op grond van zijn huwelijksvermogensstelsel.

Andere eigen goederen blijven dus onderworpen aan het verhaal voor fiscale schulden van de mede-echtgenoot of partner¹⁰⁶. Het gaat wel enkel om een uitbreiding van het verhaalsrecht, niet om een hoofdelijke medeschuld¹⁰⁷.

D. Lopende overeenkomsten bij faillissement

1. Algemene beginselen

78. Het lot van de zogenaamde lopende overeenkomsten bij faillissement wordt geregeld door artikel 46 Faill.W., een valse heldere bepaling, die duidelijk lijkt, maar het helemaal niet is. We zetten hier eerst de regels in het algemeen uiteen zoals ze blijken uit de rechtspraak en geven toepassingen betreffende vastgoed. Een definitie van “lopende overeenkomst” geven we pas nadien, inductief afgeleid uit de concrete regeling.

a. Overeenkomsten beëindigd door het faillissement zelf

79. In de eerste plaats is het zo dat de faillietverklaring zelf een einde maakt aan welbepaalde soorten overeenkomsten, maar ook énkél aan die overeenkomsten:

1° Overeenkomsten uitdrukkelijk beëindigd door het faillissementsvonnis;

2° Overeenkomsten *intuitu personae* in geval van faillissement van de schuldenaar, waaronder bv.¹⁰⁸ een lastgeving bij faillissement van de lasthebber (art. 2003 BW).

80. Het faillissement van een lastgever beëindigt in beginsel ook een “onherroepelijke” volmacht (en dus de bevoegdheid van de lasthebber) betreffende handelingen waartoe de lastgever niet meer bevoegd is. De lasthebber kan namelijk geen handelingen meer stellen die de lastgever zelf niet meer kan stellen; kan de lastgever het niet meer door zijn beschikkingsonbevoegdheid, dan kan ook de lasthebber het dus niet meer¹⁰⁹.

106 Cass. 22 november 2007, *RW* 2008-09, 869.

107 Cass. 8 juni 2006, *RW* 2009-10, 405.

108 Vgl. F. GEORGE, “Faillite et (in)exécution du contrat: questions choisies” in P. WÉRY (ed.), *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, CUP nr. 129, Luik, Anthémis, 2011, (191) 198 e.v.

109 Vgl. § 117 Duitse Insolvenzordnung.



b. Overeenkomsten beëindigd door de wederpartij

81. Wanneer de wederpartij de overeenkomst krachtens daarvoor geldende regels geldig beëindigt, heeft de faillissementscurator of andere bewindvoerder niet het recht de voortzetting van de overeenkomst te eisen van de wederpartij. Dit geldt zo in de hiernavolgende gevallen.

Een beroep op een ontbindende voorwaarde

82. De overeenkomst is beëindigd wanneer het faillissement e.d. voor de andere partij krachtens de wet of een geldig contractueel beding¹¹⁰ een ontbindende voorwaarde vormt¹¹¹.

Buitenlandse rechtsstelsels zijn vaak restrictiever wat betreft ontbindingsbedingen die bij faillissement in werking treden, d.w.z. waar het faillissement op zichzelf voldoende is voor de beëindiging (zgn. *ipso facto* bedingen); in ons recht gelden daarop beperkingen bij gerechtelijke reorganisatie (art. 35 WCO), maar voornamelijk niet bij faillissement of andere vormen van vereffeningbewind.

Wel kan in ons recht het beroep op een ontbindende voorwaarde rechtsmisbruik vormen, in het bijzonder wanneer er geen wanprestatie is en de curator aanbiedt en in staat is de overeenkomst volledig uit te voeren¹¹². Dit geldt in het bijzonder voor diensten die wezenlijk zijn, zoals bepaalde nutsvoorzieningen of informaticadiensten (“wezenlijke diensten”).

Soms wordt bedongen dat de wederpartij het saldo in het voordeel van de gefailleerde niet moet teruggeven, een zogenaamde *walkaway clause*. In dezelfde sleutel staan bedingen waarbij zakelijke gebruiksrechten wegens faillissement worden beëindigd en aan de gefailleerde geen vergoeding moet worden betaald wegens door de gefailleerde uitgevoerde constructies. Dit betreft in ons recht een strafbeding dat aan de desbetreffende regels moet worden getoetst.

83. De vraag of de ontbindende voorwaarde van faillissement zakelijke werking heeft, wordt in Deel IV nader besproken. De realisatie van een ontbindende voorwaarde heeft in beginsel – dus met voorbehoud wanneer het loutere beslag of faillissement de voorwaarde is – wel zakelijke werking ten aanzien van de reeds geleverde prestaties die ingevolge de omvang van de ontbinding moeten worden teruggegeven (desgevallend na “netting”). Behalve wanneer door die zakelijke werking de wederpartij retroactief terug eigenaar wordt van

110 In verschillende soorten overeenkomsten gelden er beperkingen aan de geldigheid van ontbindende voorwaarden en/of van uitdrukkelijke ontbindende bedingen; die worden besproken in het verbintenissenrecht. Zie voor een overzicht ook F. GEORGE, “Faillite et (in)exécution du contrat: questions choisies” in P. WÉRY (ed.), *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, (191) 222 e.v.

111 Onbetwist; zie o.m. L. HERVÉ, “Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire” in *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, CDVA, 1998, 498; F. GEORGE, “Faillite et (in)exécution du contrat: questions choisies” in P. WÉRY (ed.), *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, (191) 208 e.v.; Voorz. Kh. Charleroi 16 februari 2001, *TBH* 2002, 69.

112 Kh. Ieper 29 juni 1998, *RW* 1999-2000, 21.

de geleverde goederen, zal de aanspraak van de wederpartij op teruggave in beginsel een chirografaire aanspraak zijn.

Ontbinding wegens wanprestatie

84. De wederpartij mag de overeenkomst ontbinden wegens wanprestatie (wat, indien er nog geen mogelijkheid tot ontbinding was op de dag van het faillissement, veronderstelt dat de bewindvoerder de nakoming niet aanbiedt; een aanbod gedaan door een derde aan wie de curator de handelszaak van de gefailleerde heeft overgedragen, is de wederpartij echter niet verplicht te aanvaarden¹¹³).

Het faillissement ontnemt aan de wederpartij van de gefailleerde immers noch de *exceptio non adimpleti contractus* bij wanprestatie, noch het recht op ontbinding wegens (ernstige) niet-nakoming¹¹⁴.

85. Indien het om een overeenkomst tot voortdurende prestaties gaat en de curator de nakoming van de overeenkomst voor de periode vanaf de samenloop aanbiedt, kan het echter een misbruik zijn desondanks te ontbinden¹¹⁵ of enkel tegen ongunstiger voorwaarden verder te willen leveren (bv. voor nutsbedrijven¹¹⁶ of informaticadienstverleners).

In andere gevallen kan de ontbinding met name rechtsmisbruik vormen indien de bewindvoerder aanbiedt ook de achterstallige schulden van voor de samenloop te betalen¹¹⁷. Het laatste kan men vergelijken met de regel van artikel 35, § 1, tweede lid WCO, volgens dewelke “*de contractuele wanprestatie van de schuldenaar voorafgaand aan de toekenning van de opschorting voor de schuldeiser geen grond uit(maakt) voor de beëindiging van de overeenkomst, in zoverre de schuldenaar deze wanprestatie ongedaan maakt binnen een termijn van vijftien dagen na hiervoor in gebreke te zijn gesteld door de schuldeiser in de opschorting*”.

86. Bij bepaalde huurovereenkomsten gelden er regels waarbij de verhuurder moet aanvaarden dat de huurder de overeenkomst overdraagt voor zover de oorspronkelijke huurder mee gehouden blijft (of toch voor de lopende huurtermijn mee gehouden blijft) (onvolkomen huuroverdracht). De wetge-

113 Bv. Bergen 10 september 2001, *TBH* 2003, 329.

114 Zie bv. Cass. 28 januari 2005, C.04.0035N, *VTB-VAB/ABB*, *RW* 2006-07, 476. Vgl. A. CLOQUET, *Novelles, Droit Commercial*, IV, 434, nr. 1478; VAN RYN en HEENEN, *Principes*, IV, 1965, 325, nr. 2783.

115 Naar Nederlands recht is er met name een bijzondere regeling in artikel 37b Faill.W. voor overeenkomsten tot het geregeld afleveren van gas, water, elektriciteit of verwarming, benodigd voor de eerste levensbehoeften of voor het voortzetten van de door de schuldenaar gedreven onderneming. Hier heeft de curator het recht de overeenkomst verder te zetten ondanks de wanprestatie van de afnemer (achterstal in betalingen) van voor de samenloop. Een softwareleverancier valt niet onder die bepaling, maar via een omweg komt de rechtspraak soms tot hetzelfde resultaat, zie met name HR 2 december 2016, *CTAC/Faill. Free Record Shop Holding*, uitspraken.rechtspraak.nl/inzien_document?id=ECLI:NL:HR:2016:2744.

116 In het Duitse arrest BGH 15 november 2012, IX ZR 169/11, ging het over een energieleverancier die zich op het ontbindend beding beriep en vervolgens wel verder wou leveren aan een hogere prijs.

117 Bv. inzake leasing Gent 8 februari 2002, gecit. door F. BRUYNS, “Chronique de jurisprudence. La location financement ou leasing mobiliers 1999-2003”, *JT* 2004, (605) 611, nr. 40; vgl. ook de bespreking van het “voortzettingsrecht” door een borg in het Deel Persoonlijke Zekerheden.



ver heeft daarvoor een evenwicht gekozen waarbij de verhuurder de nieuwe huurder niet kan weigeren mits de oude nog ‘borg’ staat. De vraag rijst of de verhuurder van een failliete huurder zich ook bij zo’n overdracht van de huur door de curator van de huurder aan een derde moet neerleggen wanneer de curator niet eveneens voor de uitvoering door die huurder gedurende de lopende huurtermijn ‘borg’ staat met de boedel¹¹⁸. Die vraag rijst met name bij overdracht van een handelshuur; de verhuurder die niet akkoord gaat met een overdracht waar de boedel niet mee gehouden blijft, moet alvast de procedure van verzet tegen huuroverdracht voeren; de rechter dient dan de solvabiliteit van de overnemer te beoordelen om het verzet al dan niet toe te kennen.

Andere gevallen van wettige beëindiging

87. Soms kan de overeenkomst ook krachtens een andere rechtsregel dan de hierboven genoemde geldig worden beëindigd, bv. door een opzegging van een herroepelijke lastgeving, een opzegging van een overeenkomst van onbepaalde duur, een beëindiging wegens ernstige reden van bepaalde overeenkomsten om niet, e.d.m.

c. De bewindvoerder heeft een “recht” om niet na te komen, in beginsel geen verbrekingsrecht

Beginsel

88. Anders dan men soms leest, heeft de curator in beginsel niet het recht de overeenkomst te beëindigen, behalve in de gevallen waarin en onder de voorwaarden waaronder de schuldenaar dit zelf naar gemeen recht had gekund (bv. opzegging van overeenkomst van onbepaalde duur, opzegging in overeenstemming met de overeenkomst, verbreking van de arbeidsovereenkomst in de zin van de Arbeidsovereenkomstenwet, verbreking van de aanneemingsovereenkomst als opdrachtgever (art. 1794 BW), e.d.). Een weigering uit te voeren is dus in beginsel “wanprestatie”.

89. Wel kan de curator niet verplicht worden de lopende overeenkomst met de gefailleerde in natura uit te voeren. Hij moet dus kiezen:

(1) wanneer dit in het belang is van de boedel, deze na te komen, en aldus ook de daaraan verbonden tegenprestaties te kunnen opvorderen. Bij deze voortzetting (in Nederland “gestanddoening” genoemd) zullen de uit de bestaande rechtsverhouding nieuw ontstane verbintenissen “boedelschulden” vormen.

(2) ofwel niet nakomen (niet gestand doen). Daardoor pleegt de gefailleerde/curator wanprestatie en heeft de wederpartij de rechten die hij bij wanprestatie heeft – zonder dat zijn rechten een bijzondere rang krijgen in de boedel (in beginsel dus een chirografaire schuldvordering). De overeenkomst zelf is niet beëindigd, maar de uitvoering in natura ervan is aan de zijde van de gefailleerde stopgezet¹¹⁹. De wederpartij heeft dan de rechten die zij bij wan-

118 Zie hierover T. TOREMANS, “Knelpunten huur- en faillissementsrecht” in A.-L. VERBEKE en P. BRULEZ (eds.), *Knelpunten huurrecht. Tien perspectieven*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (219) 244 e.v.

119 In dezelfde zin E. DIRIX, “Faillissement en lopende overeenkomsten”, *RW* 2003-04, (201) 204; I. VERGUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, 2003, 467, nr. 773; A. ZENNER, *Dépistage, faillites et concordats*, 1998, 479, nr. 679; W. VAN LEMBERGEN, *RW* 2005-06, 41-42.



prestatie heeft, en in beginsel de keuze tussen uitvoering dan wel ontbinding (met schadevergoeding). De curator kan dus ook niet, door de overeenkomst te verbreken, de reeds door de gefailleerde voor de faillietverklaring geleverde prestaties terugvorderen (behoudens de herstelbevoegdheden van artikel 17 e.v. Faill.W.¹²⁰ t.a.v. rechtshandelingen voor de faillietverklaring, en de niet-tegenwerpelijkheid aan de boedel van door de gefailleerde na het faillissement geleverde prestaties, art. 16 Faill.W.). Kiest de wederpartij voor ontbinding wegens wanprestatie van de schuldenaar, dan verliest de curator dus ook het voordeel van de overeenkomst, d.i. de rechten die de gefailleerde uit de overeenkomst haalde.

90. De curator is niet verplicht te kiezen zolang hij niet door de wederpartij daartoe wordt aangemaand; de curator moet immers niet met alle overeenkomsten bekend zijn. Uit het stilzitten van de curator wanneer hij niet is aangemaand, kan de schuldeiser dan ook in beginsel geen rechten putten en ontstaat er alvast geen boedelschuld¹²¹. Artikel 46, § 1, tweede lid Faill.W. bepaalt wel dat de curator geacht wordt de overeenkomst te “verbreken” (Fr. *résilier*) indien hij niet binnen 15 dagen na een aanmaning (door de schuldeiser) om te kiezen, te kennen geeft ze voort te zetten¹²² (een langere termijn kan tussen partijen overeengekomen worden). Een halfslachtig antwoord van de curator, zoals een melding dat er onderhandelingen over de overname lopen of een verzoek om over de voortzetting van de overeenkomst te onderhandelen, is geen voortzetting van de overeenkomst die de verbreking op de 15^e dag verhindert, en dat de verbreking niet nodig was in het belang van de boedel, maakt evenmin dat er geen verbreking zou tussenkomen¹²³.

Grens aan dit beginsel

91. De wederpartij behoudt in beginsel wel alle obligatoire (contractuele) rechten die uitwerking kunnen hebben onafhankelijk van enige (wan)prestatie van de curator. Wat dit precies betekent, werken we verder uit onder d, maar in functie van de dadelijk te bespreken rechtspraak geven we hier aan wat dit in beginsel betekent bij een verhuring door de gefailleerde.

Dit omvat in beginsel het recht om het van de gefailleerde gehuurde goed te blijven gebruiken, althans wanneer de huurovereenkomst in de eerste plaats tegenwerpelijk is aan de boedel (zie de regels daarover bij onroerend beslag). In dat geval kan de curator niet verplicht worden tot enig onderhoud, maar kan hij de huurder niet dwingen tot ontruiming (om het goed vrij van huur te kun-

120 Vgl. E. DIRIX, *RW* 2003-04, (201) 208, nr. 20.

121 Kh. Tongeren 20 december 2004, *RW* 2004-05, 1595, betreffende nutsvoorzieningen.

122 Een vergelijkbare regel vinden we in artikel 37 Nederlandse Faill.W.

Als *lex specialis* heeft artikel 87 Wb.Verz. voorrang op de regel van artikel 46, § 1, tweede lid Faill.W., die de schuldeiser de mogelijkheid geeft de curator aan te manen om binnen de 15 dagen na het faillissement te beslissen al dan niet uit te voeren. Artikel 32 houdt namelijk in dat de curator 3 maanden tijd heeft om te beslissen, zodat de verzekeraar hem niet kan verplichten om binnen de 15 dagen te kiezen. Vgl. A. VAN OEVELEN, “De eenzijdige wijziging en beëindiging van de verzekeringsovereenkomst door de verzekeraar”, *RW* 2003-04, (1081) 1088, voetnoot 56 met verw.

123 Cass. 21 maart 2014, C.13.0477.F, jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20140321-1, *RW* 2014-15, 1144, *TBO* 2015, 38.



nen verkopen in die gevallen waarin de curator meent daarmee een hogere prijs te kunnen bekomen).

Uitzondering op dit beginsel

92. In afwijking van de zopas genoemde regels kan de curator de overeenkomst beëindigen – dit wil zeggen bepaalde obligatoire rechten van de wederpartij beëindigen of modaliteiten ten gunste van de wederpartij beëindigen indien dit noodzakelijk is voor de vereffening van de boedel (*Batiloc*-arrest¹²⁴). Behalve het onder punt 4 te bespreken arrest in Handelsdrukkerij De Veirman ging het tot nu toe uitsluitend om de beëindiging van huurrechten om het gehuurde goed vrij te krijgen en onverhuurd te verkopen. De reden daarvoor is duidelijk: namelijk dat de verbintenissen van de verhuurder in vele gevallen kwalitatief zijn (zoals hoger besproken in A.2, nr. 32).

De noodzakelijkheidsvereiste werd gepreciseerd in het *Batiloc*-arrest van 10 april 2008. Daarin verbrak het Hof van Cassatie een arrest van het hof van beroep te Brussel d.d. 11 mei 2005 dat ten onrechte een zeer ruime draagwijdte had gegeven aan de beëindigingsmogelijkheid van de curator, door toe te staan een pacht effectief te verbreken en de pachter uit te zetten, om aldus een onroerend goed vrij te kunnen verkopen, omdat de waarde van het actief daardoor hoger zou liggen¹²⁵. Het Hof van Cassatie preciseerde dat het feit dat een goed een mindere verkoopwaarde heeft door het voortduren van de huur op zichzelf de normale afwikkeling van het faillissement niet verbiedt en beperkte de verbrekingsmogelijkheid tot de gevallen waarin het voortduren van de overeenkomst de vereffening van de boedel belet of abnormaal verzwaart.

93. Aan de vraag of de vergoeding die door die verbreking in het belang van de boedel verschuldigd wordt, dan een boedelschuld is, kwam dit cassatiearrest evenwel nog niet toe¹²⁶. O.i. moet het antwoord daarop positief luiden: vermits de verbreking geschiedt met het oog op de vereffening van de boedel, zijn de daaruit voortvloeiende schulden boedelschulden.

d. Rechten die de wederpartij al dan niet behoudt

94. De wederpartij behoudt verder natuurlijk alle zakelijke rechten (vruchtgebruik, opstal, erfpacht) waarvoor de vereisten voor tegenwerpelijkeit aan

124 Cass. 10 april 2008, *V.S/faill. Batiloc*, C.05.0527N, jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20080410-4, *TBH* 2008, 454, *JT* 2008, 349 en artikel Th. HÜRNER, *NJW* 2008, 494, noot P. COUSSEMENT, *JLMB* 2008, 1588, noot Fr. GEORGES, “Faillite et contrats en cours: la Cour de cassation précise sa jurisprudence”, *DAOR* 2008, 246, noot J. DERYCKERE, “Het recht van de curator om lopende overeenkomsten te beëindigen – Het Hof van Cassatie zet de deur die het zelf wijd had geopend terug op een kier”, *T.Not.* 2009, 201 met concl. Adv. Gen. C. VANDEWAL en noot F. BOUCKAERT, “Kan de curator van een gefailleerde een eind maken aan een lopende huurovereenkomst?”, *RW* 2008-09, 1729, *Jaarverslag cassatie* 2008, 49; ook besproken door A. MEULDER, “La continuité des contrats en cas de procédures collectives d’insolvabilité ou de liquidation: régime unique ou multiple? L’arrêt du 10 avril 2008: charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d’honneur?”, *TBH* 2008, 861 e.v. en T. TOREMANS in *Knelpunten huurrecht. Tien perspectieven*, 219 e.v.

125 Brussel 11 mei 2005, *NJW* 2006, 801, noot P. COUSSEMENT, *RAGB* 2006, 661, verbroken door Cass. 10 april 2008.

126 Het verbroken arrest *a quo* oordeelde van niet, maar werd verbroken door het principale middel, waardoor deze subsidiaire vraag niet werd behandeld in cassatie.



de boedel vervuld waren voor de faillietverklaring (d.w.z. die voordien waren overgeschreven of ingeschreven). Gepubliceerde onroerende zakelijke rechten van een derde, zoals bv. een opstalrecht, kunnen dus niet aangetast worden door een verbreking van de vestigingsovereenkomst door de bewindvoerder¹²⁷. Ten aanzien van dergelijke rechten is er geen sprake van een ‘lopende overeenkomst’: de verplichting tot tegenwerpelijke vestiging van dat recht was reeds uitgevoerd.

95. De curator blijft daarnaast gebonden aan forum- en arbitragebedingen die voor de faillietverklaring rechtsgeldig zijn bedongen¹²⁸. Het zgn. keuze-recht heeft daarop geen betrekking. Het moet natuurlijk wel om arbitragebedingen gaan betreffende geschillen die arbitabel zijn; de rangregeling in een faillissement is geen zaak die aan arbitrage kan worden onderworpen.

96. De curator moet zich ook neerleggen bij een recht of beding dat uitwerking heeft onafhankelijk van enige tussenkomst of prestatie van de curator¹²⁹. Dat is slechts anders wanneer de noodzakelijkheidsexceptie speelt (en met als gevolg dat de schulden boedelschulden zijn).

Maar dat houdt niet in dat de curator de verbintenissen om niet te doen van de gefailleerde moet respecteren. Als die geen zakelijke werking hebben, is hij daar in beginsel niet aan gebonden, ook zonder dat de noodzakelijkheidsexceptie speelt, en dus ook zonder de erkenning van vergoedingen als boedel-schuld.

97. Zo is een conventioneel vervreemdingsverbod of verbod om voor een hogere prijs te verkopen géén zakelijk recht en dus niet bindend voor de schuldeisers. Louter verbintenisrechtelijke beperkingen kunnen dus de realisatie van een actief dat zich in de boedel bevindt (of geacht wordt te bevinden, zie hoger deel II) niet hinderen. Wel kan er een probleem rijzen wanneer de verplichtingen kwalitatief zijn. Dat laatste is met name het geval bij huur en bij beperkte zakelijke rechten (vgl. hoger A.2, nr. 33). Het is precies voor dit probleem dat de *Batiloc*-rechtspraak is ontwikkeld.

127 Zie voor een opstalrecht bv. Gent 7 oktober 2013, *RW* 2014-15, 230.

128 Cass. 8 mei 1998, *Arr.Cass.* 1998, nr. 229, noot J.S.; Gent 21 februari 2006, *RW* 2009-10, 279, kritische noot E. DIRIX, “Arbitragebeding en ontoereikende faillissementsboedel” (arrest waartegen de voorziening werd verworpen door Cass. 29 mei 2009 op cassatietechnische gronden); V. THIELMAN, “Arbitrage en faillissement”, *RW* 1990-91, (875) 878-879, nr. 23; B. DEMEULENAERE, “Arbitrabiliteit in het Belgisch arbitragerecht”, *TPR* 1998, (645) 678, nr. 41; Ph. DE BOURNONVILLE, *Arbitrage*, Brussel, 2000, 110, nr. 96; F. T’KINT, “Convention d’arbitrage et faillite” in *Arbitrage en vennootschap*, Brussel, 1999, (218) 223, nr. 5; *RPDB, Compl. VII*, tw. *Arbitrage*, nr. 53. Kritisch ook J. DECOKER, “Blijft een onvermogen eiser gebonden door arbitrage?”, *TBH* 2003, (801) 810, nr. 24.

Zelfde oplossing in Engeland: High Court (Chancery) 6 maart 2015, *Philpott & Orton q.q./Lycée français Charles de Gaulle School*, www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2015/1065.html.

129 Zo reeds onder de oude wet P. VAN OMMESLAGHE, “Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté” in *Les sûretés, Colloque Feduci 1983*, Paris, 1984, 365-366; onder de nieuwe wet R. FRANIS, *Achterstelling van schuldvorderingen in het insolventierecht*, doct.pr. 2013, nr. 412. Vgl. Gent 7 oktober 2013, *RW* 2014-15, 230. In dezelfde zin voor het Nederlandse recht na het *Berzona*-arrest, T.T. VAN ZANTEN, “Geen Nebula, maar Berzona: de curator heeft toch geen recht op wanprestatie!”, noot onder HR 11 juli 2014, *Abn Amro/Berzona*, *TvInsolventierecht* 2014/36.



In een arrest van 16 april 2009 maakt het hof van beroep te Gent¹³⁰ evenwel een specieus onderscheid, dat niet overtuigt: volgens dat arrest is een vervreemdingsverbod in een aankoopakte (althans een verbod te vervreemden zonder toestemming van de eerdere verkoper) niet tegenwerpelijk aan de boedel omdat het het goed aan het verhaal van de schuldeisers onttrekt, maar een verbod om het goed te verkopen tegen een hogere prijs dan de aankoop-prijs wel tegenwerpelijk aan de boedel, ook al heeft het beding geen zakenrechtelijk karakter, omdat het de verkoop niet verhindert. (N.B. *In casu* was er noch wederinkoop bedongen, noch een uitdrukkelijk ontbindend beding of ontbindende voorwaarde, en had de verkoper blijkbaar ook geen ontbinding gevorderd van de oorspronkelijke verkoop. Ook is er geen reden waarom die verbintenis kwalitatief zou zijn en vloeide het verbod niet voort uit een wetsbepaling). Nochtans is ook het tweede beding niet tegenwerpelijk aan de boedel.

98. Ook een niet-concurrentiebeding is niet tegenwerpelijk aan de schuldeisers in samenloop. De curator die een handelszaak verkoopt waarbij een concurrentiebeding geldt, kan niet verplicht zijn deze verplichting ook aan de koper op te leggen. Indien dit wanprestatie uitmaakt (bv. als er een kettingbeding bedongen is door de schuldeiser), zal ook hier de schuldeiser enkel zijn aanspraak op schadevergoeding kunnen indienen in het faillissement of in de andere samenloop.

2. *Toepassing op een lopende verkoopovereenkomst*

99. We passen deze regels nu toe op een verkoopovereenkomst die reeds tot stand was gekomen en mogelijks vaste dagtekening had verkregen maar nog niet was overgeschreven voorafgaandelijk aan het faillissement. Hierna wordt eerst de situatie onderzocht waarin de verkoper failliet werd verklaard (zie hierna a). Nadien volgt de hypothese waarin de koper failliet werd verklaard (zie hierna b).

a. *De gefailleerde was verkoper*

100. Indien de verkoper failliet wordt verklaard, moet men het volgende onderscheid maken:

- het zakelijk recht van de koper is niet tegenwerpelijk aan de boedel¹³¹, d.w.z. dat de schuldeisers zich wel degelijk kunnen verhalen op het onroerend goed en het zich in de boedel bevindt. Door het faillissement hebben de schuldeisers hun rechten gerealiseerd, waardoor zij derden met een concurrent recht worden in de zin van artikel 1 Hyp.W.¹³². Er moet enkel een uitzondering gemaakt worden indien zij

130 Gent 16 april 2009, 2007/AR/1876, RW 2009-10, 1474, noot R. JANSEN en M.E. STORME, “Tegenwerpelijke verbintenissen bij samenloop? Wat niet bezwaart, moet niet worden gelicht”, storme.be/watnietbezwaart.pdf.

131 Zie o.m. Brussel 15 juli 1998, JT 1999, 558; Antwerpen 13 februari 1996, RW 1996-97, 1161, noot E. DIRIX; Luik 17 maart 1995, RGEN 1998, nr. 24.772; Kh. Ieper 27 mei 2002, RW 2003-04, 271; Kh. Hasselt 9 november 2000, RW 2002-03, 270.

132 A. VERBEKE en J. BYTTEBIER, “Onroerende en hypothecaire publiciteit”, RW 1997-98, 1122.



allen weet hebben van de onderhandse verkoop, waardoor zij als te kwader trouw zouden moeten worden beschouwd¹³³.

De positie van de failliete boedel spoort aldus met die van de beslagleggende schuldeiser. Ook daar is immers een niet-overgeschreven verkoop van onroerend goed niet tegenwerpeijk aan de beslagleggende schuldeiser van de verkoper (art. 1577 Ger.W.)¹³⁴. De koper komt aldus in een risicovolle positie terecht indien hij de prijs of een voorschot erop heeft betaald: hij kan het reeds betaalde slechts als onbeschermde (chirografaire) schuldeiser terugvorderen¹³⁵ (tenzij hij daarvoor een zakelijke zekerheid heeft verkregen).

- op verbintenisrechtelijk vlak geldt de regel van artikel 46 Faill.W., waaruit volgt dat de curator niet verplicht kan worden de overeenkomst uit te voeren (*in natura*); de koper heeft bij niet-uitvoering door de curator recht op schadevergoeding, maar dat is een schuldvordering in de boedel en geen boedelschuld.

101. Wel kan de curator ervoor kiezen om, wanneer de prijs nog niet betaald is, op grond van artikel 46 Faill.W. de verkoopovereenkomst uit te voeren. Dit wordt afgeraden, omdat een dergelijke verkoop, anders dan de verkoop krachtens de bijzondere procedureregels van het Gerechtelijk Wetboek, niet met overwijzing van de rechten op de prijs gebeurt (geen zuiverende werking heeft).

b. De gefailleerde was koper

102. In geval van faillissement van de koper van het onroerend goed alvorens de overeenkomst is overgeschreven, maakt het goed deel uit van de boedel. Ook dit spoort gelijk met het beslagrecht: de schuldeisers van de koper kunnen beslag leggen op het onroerend goed, ook al werd de akte nog niet overgeschreven.

De positie van de onbetaalde verkoper (zijn voorrecht) kan daardoor echter niet in het gedrang worden gebracht. Zolang de verkoop niet is overgeschreven, hoeft het voorrecht van de onbetaalde verkoper nog niet te zijn ingeschreven om de rechten van de verkoper te bewaren (dat wil zeggen: zakelijke werking te geven). Dit betreft zowel het voorrecht van de onbetaalde verkoper als het recht op ontbinding met zakelijke werking (indien aan de verbintenisrechtelijke vereisten daarvoor is voldaan of indien de verkoper een beroep kan doen op een ontbindende voorwaarde of uitdrukkelijk ontbindend beding in het geval van faillissement)¹³⁶.

133 Brussel 10 november 1999, *RW* 2000-01, 243, noot A. VERBEKE en J. BYTTEBIER, *RW* 1997-98, 1123, nr. 110.

134 Deze niet-tegenwerpeijkheid geldt niet bij de niet-gepubliceerde vervreemding van roerende goederen. Met name de cessie van een schuldvordering die vaste dagtekening heeft verkregen vóór de faillietverklaring van de cedent, is tegenwerpeijk aan de boedel, ook al heeft nog geen kennisgeving van de cessie aan de gecedeerde debiteur plaatsgevonden.

135 Cass. 9 maart 2000, jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=N-20000309-8, *Arr.Cass.*, 64, nr. 544, *Pas.*, I, 164, *RW* 2000-01, 480, noot A. DE WILDE, "De positie van de koper bij faillissement van de verkoper".

136 H. DE PAGE, *Traité*, VII, 751, nr. 840; E. DIRIX, "Faillissement en lopende overeenkomsten", *RW* 2003-04, (201) 207, nr. 17.



Indien de koper (de gefailleerde dus) de koopprijs nog niet of slechts gedeeltelijk heeft betaald, gaat het om een 'lopende' overeenkomst waarvan de curator kan beslissen dat zij al dan niet wordt gehonoreerd. De verkoper kan weliswaar geen nakoming in natura eisen, maar als de curator niet voortzet, beschikt de verkoper wel over de andere remedies uit het verbintenissenrecht. In de praktijk wil dat zeggen dat de verkoper de overeenkomst zal ontbinden en door de zakelijke werking van de ontbinding de eigendom retroactief terugkrijgt¹³⁷.

3. *Tegenwerpelijkheid van andere lopende overeenkomsten m.b.t. vastgoed*

103. De verbrekingsmogelijkheid bij noodzakelijkheid voor de vereffening geldt ook wanneer de gefailleerde de begunstigde (verkrijger) is van een zakelijk recht zoals een opstalrecht, zie het cassatiearrest van 3 december 2015¹³⁸. Dit speelt wanneer dat zakelijk recht niet verkoopbaar is en de waarde ervan dus slechts kan worden gerealiseerd door het te beëindigen.

In de zaak die tot het voormelde cassatiearrest aanleiding gaf, was de gefailleerde een vennootschap die een opstalrecht had op een grond die eigendom was van de aandeelhouders. Het gebouw was onverkoopbaar zonder de grond, zodat de enig mogelijke koper de grondeigenaar was, die niet bereid was de waarde te betalen. De gefailleerde had wel een recht op vergoeding van de waarde van het gebouw op termijn, d.i. opeisbaar bij het verstrijken van de termijn van het opstalrecht. Volgens het hof van beroep was de beëindiging van de opstalovereenkomst noodzakelijk voor de vereffening van de faillissementsboedel, omdat het opstalrecht zelf *in casu* onverkoopbaar was, en de curator de boedel dus niet kon vereffenen tenzij door de overeenkomst te beëindigen om aldus de eigenaar te verplichten de vergoeding te betalen die bij beëindiging verschuldigd is¹³⁹.

104. Dat cassatiearrest verwoordt deze mogelijkheid van verbreking wel in algemene bewoordingen, waardoor de vraag rijst of het omgekeerde ook geldt, nl. of de curator een door de gefailleerde verleend zakelijk recht uitzonderlijk kan verbreken in geval van noodzakelijkheid voor de vereffening van de boedel.

Dat is o.i. niet het geval. Er is een belangrijk verschil tussen beide situaties. In de situatie die leidde tot het arrest van 3 december 2015 maakte de curator geen einde aan het zakelijk recht van een derde en ging het er ook niet om een actiefbestanddeel uit te winnen dat géén deel uitmaakt van de boedel. De curator wou wel een actiefbestanddeel dat zich wél in de boedel bevond, nl. de aanspraak op vergoeding, realiseren. Indien het opstalrecht had kunnen worden gerealiseerd, was er geen noodzakelijkheid geweest, en zou de termijn waaronder die aanspraak gold, bindend zijn geweest; omwille van die noodzakelijkheid kon de curator de termijn naast zich neerleggen door afstand te doen van het opstalrecht.

137 V. SAGAERT, *Notarieel proces-, zekerheden- en executierecht*, 100.

138 Cass. 3 december 2015, C.15.0210.N, jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=N-20151203-12.

139 Gent 2 december 2010, 1^e kamer, 2009/AR/3130, *Van Malderen/curatoren faill. Handelsdrukkerij De Veirman*, voorziening in cassatie verworpen door het zopas genoemde Cass. 3 december 2015.

Weliswaar is er bij beperkte zakelijke rechten mogelijks sprake van kwalitatieve verbintenissen, maar in deze richting zijn die slechts relevant indien de opstalhouder aan de grondeigenaar een vervreemdingsverbod zou opleggen dat bovendien kwalitatief is. Het is dan ook hoogstens dat beding dat de curator in geval van noodzakelijkheid moet kunnen verbreken.

Overigens mag men niet vergeten dat zo de curator bevoegd zou zijn om een tegenwerpelijk zakelijk recht te beëindigen, de vergoeding van de volle waarde daarvan een boedelschuld vormt – wat overigens ook volgt uit artikel 16 Grondwet (eigendomsbescherming) – wat de appetijt om te beëindigen vanzelfsprekend bijna steeds zou doen wegvallen.

4. *Wat is een lopende overeenkomst?*

105. Het begrip lopende overeenkomst dient functioneel te worden begrepen. De regel van artikel 46 Faill.W. kan er niet toe leiden dat er activa worden uitgewonnen die géén deel uitmaken van de boedel noch in de boedel kunnen worden teruggebracht krachtens de hoger besproken regels (inzake niet-tegenwerpelijkheid, veinzing, of abnormale en bedrieglijke handelingen). Zij strekt er wel toe om enerzijds de activa die zich wel in de boedel bevinden of krachtens die regels kunnen worden teruggebracht, te realiseren, zonder daarbij rekening te moeten houden met louter verbintenisrechtelijke beperkingen, en anderzijds het passief te beperken.

Een overeenkomst tot vervreemding van een goed is dan ook een lopende overeenkomst zolang het verkochte goed zich nog in de boedel bevindt of althans de vervreemding niet tegenwerpelijk is; hetzelfde moet gelden voor een overeenkomst tot vestiging van een zakelijk recht. Omgekeerd is een overeenkomst tot verkrijging van een goed of zakelijk recht een lopende overeenkomst zolang de verbintenissen van de verkrijger niet zijn uitgevoerd; ze is echter ook een lopende overeenkomst zolang ze een verbintenisrechtelijke beperking inhoudt voor de uitoefening van een recht dat zich wel degelijk in de boedel bevindt – zo bv. in de zaak-*De Veirman* een termijn voor de opeisbaarheid van de vergoedingsaanspraak van de opstalhouder.

Dat het een lopende overeenkomst betreft, betekent nog niet noodzakelijk dat de curator deze mag verbreken: zolang de verbreking niet noodzakelijk is voor de vereffening beperkt de bevoegdheid van de curator zich tot de weigering na te komen; in geval van noodzakelijkheid reikt ze verder en houdt ze ook het recht op verbreking in.

E. *Enkele bijzondere problemen andere dan mede-eigendom*

1. *Enkel vruchtgebruik in boedel*

106. Indien enkel het vruchtgebruik van een goed in de boedel valt, gaat het niet om een onverdeeldheid en is er geen verdeling nodig. Aangezien de duur van het vruchtgebruik afhangt van de persoon op wiens hoofd het gevestigd is (veelal de oorspronkelijke vruchtgebruiker, *in casu* de gefailleerde), is de verkoop ervan zeer aleatoir.



De schuldeisers hebben niet het recht om de omzetting van vruchtgebruik te vragen (art. 745*quinquies*, § 1, tweede lid BW), zodat ook de curator dit niet kan.

Het kan zijn dat de blote eigenaar bereid wordt gevonden om het vruchtgebruik in te kopen of de blote eigendom mee te verkopen met het vruchtgebruik. Met name wanneer het vruchtgebruik op het hoofd van een gefailleerde rechtspersoon is gevestigd, is het apart niet verkoopbaar, omdat het vervalt doordat bij de sluiting van het faillissement de persoon uit wiens hoofde het gevestigd is, ophoudt te bestaan, en dan ook het vruchtgebruik vervalt.

Bij een gezamenlijke verkoop is het ook best om op voorhand te bepalen hoe de opbrengst zal worden verdeeld; als dit niet eerder gebeurd is, zal dit in de rangregeling moeten gebeuren.

2. *Onroerend goed belast met bodemvervuiling*

a. *Schets van de problematiek*

107. Er moet steeds rekening mee worden gehouden dat een verkoop van onroerende goederen uit een failliete boedel uitgesloten kan zijn omdat de kosten die de curator zou moeten maken voor de bodemsanering in aanzienlijke mate de waarde van de activa uit de failliete boedel overtreffen (goed met negatieve waarde). In dat geval dient men het faillissement te sluiten bij gebrek aan actief¹⁴⁰. Om procedures te vermijden en alsnog een realisatie van de goederen mogelijk te maken, werd een protocol uitgewerkt tussen OVAM en de Orde van Vlaamse Balies (OVV) omtrent de financiering van het oriënterend bodemonderzoek (herzien in 2016).

b. *Financiering van het oriënterend bodemonderzoek*

108. Onder het Bodemsaneringsdecreet moet de curator, indien de gefailleerde een risicoactiviteit exploiteerde, binnen de dertig dagen na de faillietverklaring OVAM op de hoogte brengen ('meldingsplicht'). Bovendien moet er een oriënterend bodemonderzoek worden uitgevoerd dat vervolgens bij OVAM moet worden ingediend en waarvan OVAM tevens de termijn bepaalt ('onderzoeksplicht'). Wegens de moeilijkheden die in de praktijk rezen werd tussen OVAM en de OVB (curatoren zijn immers advocaten) een protocol gesloten over het antwoord op de vraag wie dat onderzoek moet financieren.

Als de gefailleerde eigenaar van de risicogrond(en) is en er nog voldoende middelen beschikbaar zijn, zal de curator machtiging vragen aan de rechter-commissaris om het oriënterend onderzoek uit te voeren. Dat is een oplossing voor die gevallen waarin er een redelijke zekerheid bestaat dat de realisatie van het goed de kosten van het bodemonderzoek zal dekken. Is dit niet het geval, dan engageren de curatoren zich ertoe na te gaan of de hypothecaire of een andere schuldeiser bereid is om het bodemonderzoek te prefinancieren¹⁴¹.

¹⁴⁰ V. SAGAERT, *Notarieel proces-, zekerheden- en executierecht*, 106.

¹⁴¹ Artikelen 2.1.1. en 2.12. Protocol OVAM-OVB 2016.

Leidt geen van beide voorgaande acties tot resultaat, dan zal de curator aan de rechter-commissaris een machtiging vragen om OVAM te verzoeken het bodonderzoek te prefinancieren en om de kosten ervan te laten kwalificeren als boedelschulden op grond van artikel 1597 Ger.W.¹⁴² en die vraag melden aan de hypothecaire schuldeisers. Het protocol bevat dezelfde regels voor de financiering van het beschrijvend bodonderzoek waar dit vereist is (art. 2.2 Protocol) en voor de financiering van het opstellen van een saneringsproject waar dit vervolgens vereist is (art. 2.3 Protocol).

c. Financiering van de sanering

109. In beginsel komt de kost van de sanering eveneens ten laste van het faillissement. Kan de curator deze kost overhevelen aan de koper?

Wat de sanering zelf betreft, is een regeling van cofinanciering uitgewerkt: de-gene die de verplichting tot uitvoeren van een beschrijvend onderzoek en/of de saneringswerken overneemt, kan bij de Vlaamse Regering een aanvraag indienen voor een financiële tussenkomst voor een deel ervan.

Daarnaast is er de regeling uit artikel 148 VLAREBO¹⁴³. In die bepaling wordt namelijk voorgeschreven dat de overdracht van het onroerend goed kan plaatsvinden zonder voorafgaande financiële waarborg mits in de verkoopvoorwaarden wordt gestipuleerd dat de verkoop van rechtswege wordt ontbonden als de koper de financiële waarborg niet binnen 45 dagen na de overdracht heeft gesteld¹⁴⁴. Precies om dit ontbindingsrecht te ontkrachten, dient de koper een bankgarantie af te leveren met het oog op de uit te voeren saneringswerken¹⁴⁵. Dit is ook voor de notaris de enige manier om ervoor te zorgen (naar de schuldeisers toe) dat de overdracht achteraf niet ongedaan wordt gemaakt.

Beslist de curator finaal het goed niet te verkopen, omdat er geen zekerheid is dat de opbrengst de saneringskosten zal dekken of omdat niemand wil prefinancieren, dan kan hij een machtiging vragen aan de rechtbank van koop-handel om het onroerend goed uit de hand te verkopen aan OVAM voor een bedrag van 1 euro vooraleer het faillissement af te sluiten. De kosten van die overdracht vallen ten laste van OVAM, evenals de kosten van de procedure 1193ter Ger.W. (schattingsverslag, hypothecair getuigschrift, kadastraal uit-treksel, rolrecht uitgifterecht en een forfaitair ereloon curator) en van de rang-regeling (art. 2.4, derde lid Protocol 2016).

IV. INVLOED VAN DE MODALITEITEN VAN VERKRIJGING

110. De schuldeiser is in beginsel ook gebonden aan de modaliteiten waar-van de verkrijging van dat goed door de schuldenaar afhankelijk is, voor zover

142 V. SAGAERT, *Notarieel proces-, zekerheden- en executierecht*, 106.

143 Besluit van de Vlaamse Regering van 14 december 2007 houdende vaststelling van het Vlaams re-glement betreffende de bodemsanering en de bodembescherming, BS 22 april 2008 (VLAREBO).

144 M. VAN PASSEL, *In Foro* 2012, 25.

145 M. VAN PASSEL, "Practicum De curator en het Vlaamse Bodemdecreet, Unie der Rechters in Handels-zaken van België", *In Foro* 2012, 25.



zij zakelijke werking hebben. Dit betreft de ‘titelgebreken en titelbeperkingen’, zoals daar zijn:

- de nietigheid van de verkrijgingstitel, die in beginsel terugwerkt en zakelijke werking heeft;
- de ontbinding, herroeping of inkorting van de verkrijgingstitel, in beginsel retroactief en met zakelijke werking, evenwel met een belangrijke uitzondering jegens de schuldeisers (*infra*, A en B);
- de ontbindende voorwaarde in de verkrijgingstitel die eveneens terugwerkt en zakelijk werkt (*infra*, C); inbegrepen een ontbindende voorwaarde van vooroverlijden bij een gemeenschappelijke verkrijging, de zgn. *tontine*¹⁴⁶ (*infra*, D);
- de niet-tegenwerpelijkheid aan schuldeisers van de vervreemder van de verkrijgingstitel wegens schuldeisersbedrog, eveneens retroactief (*infra*, E).

A. Ontbinding of herroeping van de titel wegens wanprestatie

111. In ons recht werkt de ontbinding wegens wanprestatie in beginsel retroactief. Evenwel wordt deze terugwerking bij de vervreemding van onroerend goed (verkoop, ruil, schenking, inbreng, toebedeling uit verdeling) ingeperkt ten gunste van de schuldeisers van de verkrijger en hun verhaalsrecht.

Dat hangt samen met de regels inzake het onroerend voorrecht van de vervreemder.

1. Gevallen waarin het voorrecht geldt

112. Wanneer men een onroerend goed¹⁴⁷ vervreemdt *c.q.* er een zakelijk recht op uitgeeft, dan kan men zijn schuldvordering op de tegenprestatie (prijs) verzekeren door middel van een onroerend voorrecht. Dit voorrecht heeft de vervreemder in beginsel van rechtswege in de volgende gevallen:

- de onbetaalde verkoper onroerend goed, voor de schuldvordering op de koopprijs (art. 30 Hyp.W.);
- de ruiler, voor de aanspraak op opleg of vergoeding bij de ruil (art. 31 Hyp.W.);
- de schenker, voor de schuldvordering op uitvoering van de last (art. 32 Hyp.W.);
- de deelgenoot die bij verdeling (bv. van een nalatenschap) recht heeft op een opleg (bij wat hem toebedeeld wordt uit de gemeenschap), voor de schuldvordering op de betaling van de opleg (art. 34 Hyp.W.).

Volgens een recent arrest van het hof van beroep te Antwerpen¹⁴⁸ zou het voorrecht de verkoper niet beschermen tegen een hypothecaire inschrijving ten

146 Of de gebondenheid hieraan ook aan de schuldeisers kan worden tegengeworpen, is betwist; zie V. SAGAERT, “Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning. Knelpunten van tontine, vruchtgebruik, erfpacht en opstal” in *Levenslang en verder. Familiale vermogensplanning in de 21e eeuw*, Mechelen, Kluwer, 2004, (205) 214-217.

147 Het kan gaan om een onroerend goed door bestemming, doch enkel indien het samen met het erf wordt vervreemd.

148 Rb. Antwerpen (5^e k.) 11 februari 2016, AR 2016/1544, *D.B./ING België*.



gunste van een derde indien de verkoper de ontbinding van de verkoop bekomt, ook in het geval waarin die ontbinding per uitzondering niet met terugwerkende kracht gebeurt zodat de hypotheek niet retroactief vervalft. Het resultaat is vrij absurd: de verkoper krijgt weliswaar zijn goed terug, maar wordt uitgewonnen door de hypothecaire schuldeiser van de koper.

2. *Behoud door inschrijving*

113. Zolang de vervreemding niet wordt overgeschreven, geldt het voorrecht impliciet (*cf. supra*, nr. 102), maar vanaf de overschrijving van de vervreemding is publiciteit vereist voor het behoud ervan.

Het voorrecht vervalft namelijk bij de overschrijving van de vervreemding, indien ofwel:

- niet in de akte wordt aangegeven dat de verzekerde schuldvordering nog verschuldigd is (anders gezegd: indien in de akte kwijting wordt verleend over de verkoopprijs); of
- op dat ogenblik afstand wordt gedaan van het voorrecht door de hypotheekbewaarder ontslag van inschrijving te verlenen.

Zo niet vindt er een ambtshalve inschrijving door de hypotheekbewaarder plaats, met name indien de akte vermeldt dat de prijs, opleg, vergoeding of last nog verschuldigd is en aan de hypotheekbewaarder geen ontslag van inschrijving gegeven is (art. 35-36 Hyp.W.).

Het voorrecht kan dan ook behouden worden door de vermelding in de overdrachtsakte dat er nog een verbintenis of last is verschuldigd, in welk geval de hypotheekbewaarder het voorrecht ambtshalve moet inschrijven, tenzij hem daarvan ontslag wordt verleend.

Bij een zuiverende verkoop vindt ontslag van ambtshalve inschrijving plaats wanneer de instrumenterende notaris een notarieel getuigschrift in de zin van artikel 1653 Ger.W. opmaakt en laat overschrijven¹⁴⁹.

Zodra de vervreemding of bezwaring gepubliceerd is, of er een bevel of beslag is overgeschreven, gaat het voorrecht teniet indien het niet voordien gepubliceerd is. Het is dus noch aan derden te goeder trouw noch aan derden te kwader trouw tegenwerpelijk en evenmin aan de schuldeisers in samenloop (ook al is er nog geen boedelhypotheek ingeschreven, vgl. de discussie hoger nr. 47).

3. *Gevolgen van het verlies van het voorrecht voor de ontbinding of herroeping van de titel*

114. Bij onroerend goed vinden we dit in artikel 28 Hyp.W.:

- Zolang het onroerend voorrecht van de vervreemder behouden is, blijft ook het ontbindings- of herroepingsrecht bestaan én is het tegenwerpelijk aan derden. Dat is dus het geval zolang de overdracht

¹⁴⁹ Zie hierover D. MICHIELS, "Het notarieel getuigschrift" in *Notariële clausules, Liber amicorum Johan Verstraete*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 677.



nog niet is overgeschreven en wanneer bij de overschrijving het voorrecht behouden is (zie hierboven).

- Is het voorrecht tenietgegaan, dan is de ontbinding of herroeping niet meer tegenwerpelijk aan de samenlopende schuldeisers (art. 28 Hyp.W.¹⁵⁰). Het ontbindings- of herroepingsrecht moet dus in die gevallen voor het beslag of intreden van de samenloop worden uitgeoefend. Daartoe is in beginsel vereist dat er voor het tijdstip van beslag of samenloop een kantmelding wordt ingeschreven in de marge van de vervreemdingsakte (zie art. 4 Hyp.W.).

Ook ten aanzien van derde-verkrijgers is het ontbindings- of herroepingsrecht maar tegenwerpelijk indien het tijdig gepubliceerd is.

Bovendien strekt het ontbindings- of herroepingsrecht bij onroerend goed enkel tot zekerheid van de verzekerde schuldvordering: derden hebben een 'lossingsrecht' (art. 28, derde lid Hyp.W.).

115. Omgekeerd leidt men uit de tekst van artikelen 27 en 28 Hyp.W. af dat de inschrijving van een voorrecht niet mogelijk is voor andere voorwaarden dan de betaling van de prijs, ook zonder de inschrijving van een voorrecht. Vgl. ook de bespreking van de ontbindende voorwaarde onder C.

B. Gevolg van de herroeping of inkorting van de (kosteloze) verkrijgingstitel

116. De schenking als verkrijgingstitel is een bijzonder broze titel¹⁵¹. De titel kan om verschillende redenen verdwijnen. Gelet op het causaal stelsel van overdracht, wordt hierdoor ook de overdracht op grond van het beslag aangetaast.

1. Herroeping van de schenking

117. In de volgende situaties kan de schenking worden herroepen:

1° Artikel 1096 BW bepaalt dat schenkingen tussen echtgenoten steeds kunnen worden herroepen, tenzij ze bij huwelijkscontract werden gedaan.

2° Op grond van artikel 955 BW kan de schenking ook wegens ondankbaarheid worden herroepen. Deze herroeping werkt echter niet retroactief en doet dus geen afbreuk aan eerdere overdrachten zolang de eis tot herroeping niet wordt gekantmeld (art. 958 BW).

3° Op basis van artikel 954 BW kan de schenking ook herroepen worden wegens niet-ervulling van de voorwaarden¹⁵². Deze herroeping heeft wel retro-

150 Volgens de heersende leer zou dit slechts gelden wanneer er een wettelijke hypotheek is ingeschreven ten gunste van de boedel.

151 Soortgelijke problemen rijzen ook bij een gewone verkoop van een onroerend goed dat werd verkregen uit schenking. Zie hierover: H. CASMAN m.m.v. I. GERLO en B. VERMEERSCH, *De verkoopakte*, Mechelen, Kluwer, 2005, 12-17.

152 Mits het onroerend voorrecht werd ingeschreven (art. 27, 3° Hyp.W. *juncto* art. 28 Hyp.W.).



actief effect en doet afbreuk aan eerdere overdrachten. De notaris zal op grond van zijn adviesplicht partijen uitdrukkelijk op de hoogte stellen van de risico's. In de praktijk zal er worden getracht om de schenker te laten verzaken aan zijn recht tot herroeping¹⁵³.

Gaat het evenwel niet om een zuivere voorwaarde, maar om een tegenprestatie in de vorm van een last, dan werkt de herroeping niet tegen derde-verkrijgers, inbegrepen de schuldeisers van de begiftigde, indien de schenker zijn voorrecht niet bewaard heeft (zie hoger).

2. *Inbreng van de schenking*

118. Mede-erfgenamen kunnen inbreng vorderen. De inbreng kan slechts in een beperkt aantal situaties worden gevorderd:

1° Indien de schenker nog leeft op het moment van het beslag, rijst er geen probleem. De inbreng gebeurt bij mindere ontvangst, zodat er geen afbreuk wordt gedaan aan het recht van de koper (art. 860 BW oud recht; impliciet in art. 858 ontwerp nieuw erfrecht).

2° Onder het oude erfrecht kan tot 2017, indien de schenker reeds overleden is en de nalatenschap nog niet vereffend en verdeeld is op het ogenblik van beslag, wel nog inbreng in natura worden geëist (art. 859 BW). De vereffening en verdeling van de nalatenschap zal moeten worden afgewacht. Een andere mogelijkheid bestaat erin dat alle mede-erfgenamen afstand doen van hun recht op inbreng in natura en akkoord gaan met een inbreng in waarde¹⁵⁴. Volgens het ontwerp nieuw erfrecht gebeurt inbreng enkel nog in waarde of door mindere ontvangst (ontwerpartikel 858 BW).

3. *Inkorting*

119. De schenking kan worden aangetast door een eis tot inkorting ingesteld door de reservataire erfgenamen.

a. *Oud recht tot 2017*

120. Gelet op het verbod van erfovereenkomst en het gevaar tot aantasting van de reserve, kan dit probleem niet worden verholpen zolang de schenker leeft¹⁵⁵. Wel kan men betogen dat de derde-verkrijger die verkrijgt van iemand die zelf kosteloos heeft verkregen, dit risico moet kunnen inschatten. De enige bescherming die de derde-verkrijger daar heeft, is een voorrecht van uitwinning (art. 930 BW). Gezien het beginsel van de reserve in natura zou hij geen

153 R. JANSEN en A. MICHIELSENS, *Notarieel executierecht*, 24, nr. 30.

154 R. JANSEN en A. MICHIELSENS, *Notarieel executierecht*, 24; H. CASMAN m.m.v. I. GERLO en B. VERMEERSCH, *De verkoopakte*, 16-17.

155 R. JANSEN en A. MICHIELSENS, *Notarieel executierecht*, 24; H. CASMAN m.m.v. I. GERLO en B. VERMEERSCH, *De verkoopakte*, 16. Elke mogelijke conventionele oplossing riskeert ofwel een verboden *pactum* te zijn ofwel de reserve aan te tasten.



lossingsrecht hebben¹⁵⁶. Het kan natuurlijk wel zijn dat de erfgenamen afstand hebben gedaan van de inkorting (dit kan slechts na het overlijden dan wel in de vormen van artikel 918 BW).

Het is volgens ons ten onrechte dat deze bepaling enkel wordt toegepast bij vervreemding in volle eigendom, en niet bij vestiging van zakelijke rechten ten gunste van een derde (andere dan hypotheek, waarvoor artikel 930 BW in ieder geval niet geldt). Het is onlogisch om zowel de verkrijger in eigendom als de verkrijger van een schuldvordering op het goed (bv. de huurder) te beschermen, maar niet de verkrijger van een beperkt zakelijk recht erop.

b. Komend recht

121. Naar komend recht (ontwerp art. 924, leden 3 tot 5 BW) zal de schenking enkel nog kunnen worden aangetast door een eis tot inkorting door reservataire erfgenamen indien de schuldenaar van de vergoeding (d.i. de bevoordeelde mede-erfgenaam), die ze verder heeft geschonken, onvermogen is. Ook is de aanspraak op inkorting tegen de derde-begiftigde uitgesloten voor de reservataire erfgenamen die hebben toegestemd in de schenking of het legaat.

c. Werking van een ontbindende voorwaarde

1. In beginsel zakelijke werking

122. De ontbindende voorwaarde, andere dan wegens niet-betaling van de prijs door de verkrijger, heeft in beginsel evenzeer een zakelijke werking, en wel zonder de inschrijving van een voorrecht. De realisatie ervan doet de zakelijke rechten van derde-verkrijgers dus retroactief vervallen, bij onroerende goederen althans wanneer de overgeschreven titel duidelijk de ontbindende voorwaarde bevat¹⁵⁷.

In de mate waarin die ontbinding ook werkt jegens de schuldeisers, ondervindt de uitwinning van de schuldenaar natuurlijk hinder wanneer het uit te winnen goed door de eigenaar werd verkregen onder een ontbindende voorwaarde. Dergelijke ontbindende voorwaarden maken de tegeldemaking bij gevolg lastig.

123. Dit is met name zo als de ontbindende voorwaarde intreedt ingevolge de (gedwongen) vervreemding. Zulks is het geval bij het beding van wederinkoop dat krachtens de Vlaamse Wooncode wordt opgenomen bij de verkoop

156 Anders C. SLUYTS, "Inbreng en inkorting. De problematiek van de waardeschommelingen" in W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 17-76; T. DE LOOR, "Behoud van huur(pacht)overeenkomst bij inkorting van een schenking", *TPR* 1997, (50) 62, nr. 27.

157 Cass. 8 mei 2015, C.14.0248.N, *M.D./Faill. City Gardens*, jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20141208-5, *T.Not.* 2016, 439, noot C. ENGELS, *RW* 2016-17, 417, *in casu* de ontbindende voorwaarde van verkrijging van eigendom door een verkrijger namens een rechtspersoon in oprichting wanneer de rechtspersoon de rechtshandeling (retroactief) overneemt.



van een sociale woning (art. 84 Vlaamse Wooncode) en bij het recht van terugname uit de Expansiewet (art. 32) en het Decreet Ruimtelijke Economie (art. 25 e.v.). In deze gevallen leidt de overdracht aan een derde ingevolge de gedwongen verkoop ertoe dat de huisvestingsmaatschappij of de beheerder van het industrieterrein het wederinkooprecht *c.q.* terugnamerecht kan inroepen. Het recht van wederinkoop van de huisvestingsmaatschappij ontstaat immers doordat de eigenaar zijn bewoningsplicht niet meer nakomt; het terugnamerecht van de beheerder van het industrieterrein doordat de economische uitbating van het terrein niet meer wordt gegarandeerd. In de praktijk zal de uitwinning slechts kunnen geschieden na voorafgaande goedkeuring van de huisvestingsmaatschappij *c.q.* de beheerder van het industrieterrein¹⁵⁸. Bij gebrek daaraan dreigt de koper te worden geconfronteerd met de uitoefening van het recht van wederinkoop of het recht van terugname van de huisvestingsmaatschappij *c.q.* de beheerder van het industrieterrein.

124. Een ander voorbeeld vinden we wanneer een goed werd verkregen namens een vennootschap in oprichting, en deze voorwaarde ook mee is overgeschreven in de verkrijgingsakte. Dan heeft die overname het gevolg van een voorwaarde voor de rechten van de promotor van de vennootschap die het goed verkreeg namens die vennootschap. Door de zakelijke werking van de ontbindende voorwaarde heeft een beslag op dat goed tegen de promotor dan ook geen gevolg indien – binnen de 2 jaar – de vennootschap wordt opgericht en deze de aankoop bekrachtigt¹⁵⁹.

2. Werking jegens de schuldeisers

125. Zoals hoger uiteengezet, staat de beslaglegger in de zakenrechtelijke positie van zijn schuldenaar. Wanneer aan de verkrijgingstitel van de beslagene ontbindende voorwaarden kleven, gelden die eveneens tegenover de schuldeiser¹⁶⁰. Zo zal een goed uit het onderpand van de schuldeisers verdwijnen als tijdens de uitwinning de ontbindende voorwaarde intreedt¹⁶¹. Wordt dergelijk goed te gelde gemaakt, dan zal de verkrijger van het goed eveneens een goed verkrijgen waarvan de titel broos is doordat de ontbindende voorwaarde ook tegenover hem kan worden uitgeoefend.

126. Kan een zakelijk gebruiks- en genotsrecht worden gevestigd onder de ontbindende voorwaarde van faillissement of onder de ontbindende voor-

158 Een andere (maar minder goede) oplossing bestaat erin toe te wijzen onder de opschortende voorwaarde dat de huisvestingsmaatschappij *c.q.* de beheerder van het industrieterrein goedkeuring geeft. Wordt er geweigerd, dan kan de verkoping worden voortgezet of kan goedkeuring worden gevraagd voor de toewijzing die het op een na hoogste bod had uitgebracht. Nadeel aan deze werkwijze is dat er nooit zekerheid bestaat dat het verkoopproces tot een uiteindelijke verkoop zal leiden.

159 Cass. 8 mei 2015, C.14.0248.N, *M.D./Faill. City Gardens*, jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20141208-5, *T.Not.* 2016, 439, noot C. ENGELS.

160 E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, 23-24, nr. 22.

161 Zie voor een recente toepassing: Gent 10 maart 2016, *T.Not.* 2016, 663. In dit geval werd door een echtgenoot een onroerend goed ingebracht in de huwgemeenschap onder de ontbindende voorwaarde van echtscheiding. De niet-inbrengende echtgenoot wordt failliet verklaard en daarna wordt de echtscheiding uitgesproken. Daardoor treedt de ontbinding in werking, zodat het ingebrachte goed verdwijnt uit de ontbonden huwgemeenschap en verdwijnt uit de failliete boedel.



waarde dat er beslag wordt gelegd op het zakelijke recht? Meer en meer wordt zulks aangenomen. Uitdrukkelijke bevestiging is er gekomen met een arrest van het Hof van Cassatie uit 2006¹⁶². In dat arrest oordeelde het Hof dat een clause geldig was die de erfverpachter het recht gaf het erfpachtrecht te beëindigen in geval van faillissement van de erfpachter, zelfs als de minimumtermijn van 27 jaar nog niet zou zijn bereikt. Ook al zou het volgens bepaalde auteurs in dit geval eerder om een ontbindend beding gaan¹⁶³, die andere kwalificatie lijkt er niet aan in de weg te staan dat het Hof eenzelfde oordeel zou vellen bij een clause die als een echte ontbindende voorwaarde zou zijn geformuleerd. Deze rechtspraak kan worden getransponeerd naar de vestiging van andere zakelijke gebruiks- en genotsrechten en werd reeds toegepast bij opstalrechten¹⁶⁴.

Krachtens artikel 35 van de Wet Continuïteit Ondernemingen is dergelijk beding echter niet werkzaam wanneer de schuldenaar toegang krijgt tot één van de reorganisatiemogelijkheden uit de WCO (vgl. hoger nrs. 82 en 85). Een beding dat in dergelijk geval het zakelijke gebruiks- en genotsrecht ontbindt blijft zonder uitwerking.

127. De heersende leer is evenwel anders gevestigd wanneer de ontbindende voorwaarde van beslag of faillissement is opgenomen in de titel voor verkrijging van een goed in volle eigendom¹⁶⁵. Meer algemeen zelfs zouden bedingen van onvervreemdbaarheid die als ontbindende voorwaarden zijn geformuleerd volgens de heersende rechtsleer evenmin uitwerking hebben naar schuldeisers¹⁶⁶. Dat zou zelfs gelden voor een ontbindende voorwaarde in een schenking waardoor de schenking wordt ontbonden in geval van uitwinning op het geschonken goed. Deze ontbindende voorwaarde verhindert op die manier dat het goed nog kan worden uitgewonnen, aangezien de titel van de eigenaar wordt ontbonden door de gedwongen overdracht. Op die manier wordt als het ware een apart onbeslagbaar vermogen gecreëerd. Het goed kan namelijk niet bij de eigenaar worden uitgewonnen (want dan treedt de ontbinding in) en evenmin bij de bijzondere rechtsvoorganger (want zolang de ontbinding niet intreedt, is deze niet de eigenaar). Enkel de wet kan het vermogen compartimenteren. Zulks kan niet ingevolge partijafspraken. Een ontbindende voorwaarde die dergelijke onbeslagbaarheid creëert, schendt om die redenen

162 Cass. 30 maart 2006, *Arr.Cass.* 2006, nr. 183, *RW* 2006-07, 678, noot K. VANHOVE, *T.Not.* 2008, 97, noot V. SAGAERT en M. SOMERS.

163 V. SAGAERT, *Goederenrecht*, 585, nr. 731.

164 Antwerpen 16 juni 2014, 2012/AR/2172, *Belfius Bank/Lanaken e.a.* (in casu ontbinding van een opstalrecht, tegenwerpelijk aan de houder van een hypotheek op dat opstalrecht).

165 Al is de rechtspraak die ze wel uitwerking geeft bij beperkte rechten wel eens in meer algemene termen verwoord, zo bv. het aangehaalde Antwerpen 16 juni 2014, 2012/AR/2172, *Belfius Bank/Lanaken e.a.*

166 Antwerpen 26 maart 1984, *RW* 1985-86, 1769, instemmende noot M. PUELINCKX-COENE; Rb. Veurne 18 juni 1980, *Rec.gén.enr.not.* 1981, 201; R. BARBAIX, "Clausules in schenkingen of testamenten om de begiftigde te beschermen tegen schuldeisers", *TEP* 2005, (48) 51, nr. 62; H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, 482, nr. 1188; E. DIRIX en K. BROECKX, "Overzicht van rechtspraak – Beslagrecht (1970-1990)", *TPR* 1991, (79) 198, nr. 227; R. JANSSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, 624-625, nr. 704; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en A. MAELFAIT, "Art. 900" in *Erfenissen, schenkingen en testamenten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, nr. 26; M. PUELINCKX-COENE, "Maakt een clause van onvervreemdbaarheid de geschonken goederen ook onbeslagbaar?", *RW* 1985-86, (1772) 1778, nr. 8.

de artikelen 7 en 8 Hyp.W. Een ontbindende voorwaarde die intreedt in geval van uitwinning van het goed is om dezelfde reden onwerkzaam.

128. Waarom zijn dergelijke ontbindende bedingen wel geldig bij zakelijke gebruiks- en genotsrechten en zouden ze niet geldig zijn bij het eigendomsrecht? De redenering luidt als volgt. Aangezien bij zakelijke gebruiks- en genotsrechten het vervreemdingsverbod doorwerkt naar de schuldeiser (*cf. supra*, nr. 14), is er evenmin een bezwaar dat een soortgelijk resultaat wordt bereikt via een ontbindende voorwaarde. Een vervreemdingsverbod bij eigendomsrechten werkt daarentegen louter obligatoir, zodat evenmin via een ontbindende voorwaarde hieraan zakelijke werking kan worden verleend.

D. Een bijzonder geval van ontbindende voorwaarde in de verkrijgingstitel: tontine

129. Logischerwijze zou deze regeling ook van toepassing moeten zijn op tontinebedingen.

1. Begrip

130. Tontineovereenkomsten zijn overeenkomsten waarbij twee of meer personen bepaalde goederen verwerven in eigendom of in een beperkt zakelijk recht (vooral vruchtgebruik) en waarbij de langstlevende na het overlijden van de laatste andere verkrijger titularis wordt van de verkregen onverdeelde rechten op het geheel van deze goederen vanwege de overdrager¹⁶⁷. Er is discussie of hierdoor al dan niet een onverdeeldheid ontstaat tussen deze partijen¹⁶⁸. De auteurs die dit bestrijden gronden dit daarop aangezien de langstlevende de goederen verkrijgt onder de opschortende voorwaarde dat hij of zij de anderen overleeft en onder de ontbindende voorwaarde van hun vooroverlijden. Maar in vele tontine-overeenkomsten wordt bepaald dat elk van de deelgenoten van de verkoper het eigen aandeel heeft verkregen onder ontbindende voorwaarde van het vooroverlijden en het deel van de andere deelgenoot onder de opschortende voorwaarde van het overleven. Bij het overlijden van de ene deelgenoot verliest die wel zijn aandeel ingevolge de werking van de ontbindende voorwaarde en gaat dit deel naar de langstlevende deelgenoot krachtens de werking van de opschortende voorwaarde. Tijdens het leven van

167 V. SAGAERT, "De beëindiging van conventionele onverdeeldheden. Ja, maar of neen, tenzij?" in *Actuele reflecties over notariële materies*, Gent, Larcier, 2012, 83, nr. 30.

168 Zie hiervoor uitgebreider: V. SAGAERT, "Het tontinebeding door de bril van het goederenrecht" in *Actualia vermogensrecht: liber alumnorum KULAK: als hulde aan prof. dr. Georges Macours*, Brugge, die Keure, 2005, 145-167 en R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, 393-397, nrs. 459-463.

Ook over het statuut van een afzonderlijke zaak onder "aanwas" of onder "tontine" bestaat er twijfel. Het gaat in ieder geval niet om een eenvoudige onverdeeldheid. In het cassatiearrest van 6 maart 2014 (Cass. 6 maart 2014, C.13.0362.N, *Conings/Schoenmakers*, RW 2013-14, 1625, noot D. MICHIELS, *JLMB* 2014, 1230, noot P.L., *Not. Fisc. M.* 2014, 104, noot E. ADRIAENS, *Pas.* 2014, 612, *RABG* 2015, 283, noot V. VANDERHULST, *TBBR* 2014, 261, noot F. PEERAER, *TBBR* 2014, 487, noot L. SAVEUR, *T.Not.* 2014, 231, noot C. ENGELS) vindt men alvast steun voor de opvatting dat het om een soort bestemmingsvermogen gaat; die kwalificatie werd verder uitdrukkelijk gegeven in het beroepsarrest waartegen de voorziening werd verworpen (Antwerpen 11 maart 2013). Dit betekent nog niet dat dat karakter ook bindend is voor de schuldeisers van de mede-eigenaars.



de deelgenoten blijft het antwoord op de vraag wie uiteindelijk de eigenaar zal worden alvast “in suspense”.

Aldus onderscheidt men een tontine van een aanwasbeding (ook ‘verblijvensbeding’ genaamd)¹⁶⁹:

- Bij een tontine verkrijgt elk van de verkrijgers afzonderlijk een voorwaardelijk recht van de vervreemder; de verkrijging door de eerststervende valt met terugwerkende kracht (*ex tunc*) weg door de vervulling van een ontbindende voorwaarde¹⁷⁰.
- Bij een aanwasbeding daarentegen verkrijgen de verkrijgers gezamenlijk het mede-eigendom en bij het vervullen van de voorwaarde (van vooroverlijden) valt het mede-eigendomsrecht van de ene weg en wast zijn aandeel aan bij dat van de langstlevende door het eenvoudigweg wegvallen van de rechten van de vooroverledene (*ex nunc*)¹⁷¹. De rechten worden dus verkregen van de andere deelgenoot. Anders dan een tontine is een beding van aanwas dus een loutere tweepartijenovereenkomst.

De terminologie is evenwel niet constant, en zo vinden we bijvoorbeeld bij DE PAGE onder de naam ‘tontine’ een definitie van een aanwasovereenkomst¹⁷².

De tontine wordt in de praktijk steeds vaker vervangen door een aanwasregeling.

2. *Betwisting over de positie van de schuldeiser*

131. Gebeurt de uitwinning lastens ieder van de deelgenoten, dan rijzen er geen problemen.

Wanneer de uitwinning wordt vervolgd lastens één van de deelgenoten, liggen de zaken minder eenvoudig. Krachtens artikel 1561 Ger.W. kunnen schuldeisers de verdeling vorderen van de onverdeelde goederen, zodat het beslag tegen één van de deelgenoten voortgang kan vinden. Principieel zijn er geen redenen waarom de tontine de verdeling op eis van de schuldeisers zou tegenhouden, temeer omdat de tontinegenoten zelf ook deze mogelijkheid hebben, maar volgens de *klassieke* opvatting moet de mogelijkheid worden uitgesloten

169 Zie onder meer de grondige bijdrage van D. MICHIELS, “Bedingen van tontine en aanwas”, *RW* 1995-96, 969-983, met verdere literatuur in voetnoot 1; D. MICHIELS, *Tontine en aanwas*, Mechelen, Kluwer, 2008, 90 p.; S. MAES, “Bedingen van aanwas en tontine. Opnieuw rechtsfiguren uit grootvaders tijd?”, *NJW* 2008, 378. Wat doorgaans als een tontinebeding wordt beschreven heet bij anderen ‘quasi-tontine’ (H. DU FAUX, “Tontine, een onduidelijk begrip”, *T.Not.* 1994, (451) 452).

170 Zodat de langstlevende geacht wordt rechtstreeks het geheel van de vervreemder te hebben verkregen. Men spreekt ook van de *clausule-Defrénois* of *-Savatier*, of wanneer de tontine enkel het vruchtgebruik betreft, de *clausule-Raucent*.

171 Indien het goed geen deel uitmaakt van een gemeenschap tussen de verkrijgers, is de aanwas bij het overlijden van de eerststervende niet declaratief, zodat er voor het aandeel van de vooroverledene een dubbele overdracht plaatsvindt.

172 H. DE PAGE, *Traité*, V (1975), 351, nr. 54. Ook in de eerste bijdrage van F. BOUCKAERT, “Tontine: een rechtsfiguur uit grootvaders tijd”, *T.Not.* 1982, 241, worden beide termen als synoniem gebruikt.



dat schuldeisers de verdeling kunnen vorderen¹⁷³. Problematisch aan de uitwinning is namelijk dat de toebedeling voorwaardelijk is. De verdeling kan met andere woorden de werking van de anterieure voorwaarden niet tegenhouden¹⁷⁴. Om die reden kan volgens het Franse Hof van Cassatie de uitwinning geen voortgang vinden bij tontines, en zijn enkel bewarende maatregelen mogelijk¹⁷⁵.

De heersende rechtsleer en rechtspraak in België is echter van oordeel dat de tontine de uitwinning niet tegenhoudt¹⁷⁶. Men argumenteert dat de tontine een louter interne afspraak is tussen de deelgenoten en de positie van de schuldeisers niet mag aantasten. Het standpunt dat de tontine en het beding van aanwas de uitwinning door een schuldeiser van één van de deelgenoten niet verhindert, is vanuit het oogpunt van het executierecht erg goed te begrijpen. Anders zouden die goederen conventioneel onbeslagbaar worden gemaakt en zou de andere tontinegenoot over een 'supervoorrecht' beschikken. Dat zou betekenen dat het voor de schuldenaar zou volstaan om een goed in tontine aan te kopen teneinde het te onttrekken aan de verhaalsrechten van zijn schuldeiser. Bekeken vanuit het zakenrecht liggen de zaken minder voor de hand. Waarom mag de schuldeiser immers zomaar de overdracht onder opschortende voorwaarde naast zich neerleggen?

Een beslag door de schuldeisers zou bovendien – ook in de moderne leer – kunnen worden uitgesloten door het tontinebeding gepaard te laten gaan met een beding van onverdeeldheid. Deze onverdeeldheid zou dan wel tegenwerpelijk zijn aan de schuldeisers gedurende een periode van vijf jaar (art. 815, tweede lid BW)¹⁷⁷. Om de problemen te vermijden die uit een dergelijke executie maatregel kunnen voortvloeien, pleit Dirk MICHIELS er terecht voor om in het tontinecontract een beding op te nemen dat ervoor zorgt dat van rechts-

173 In die zin: o.a. C. DE WULF, "Erfenissen, schenkingen en testamenten, bedingen van aanwas en tontine" in *Familierecht en familiaal vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 1991, 114, nr. 187; J.-L. LEDOUX, "Saisie immobilière de biens appartenant à un couple", *Rev.not.b.* 1994, 116-117 (die wel pleit voor een wetgevend ingrijpen teneinde de schuldeisers te beschermen); W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers, 2002, 419, nr. 880; L. WEYTS, "Tontine bij vennootschappen", *TRV* 1991, 251.

174 H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, 185, nr. 524; R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, 400-402, nrs. 467-468; J.-L. LEDOUX, "Saisie immobilière de biens appartenant à un couple", *Rev.not.b.* 1994, (110) 116-117, nr. 10.

175 Cass. (fr.) 8 januari 2002, *JCP* 2002, éd. G., II, nr. 10036, noot Y. CHARTIER en besproken door F. THERY, *RTDCiv.* 2002, 542; Cass. (fr.) 18 november 1997, *Défr.* 1998, instemmende noot H. MAZARON, *JCP* 1998, éd. G., II, nr. 10051, noot E. DU RUSQUEC en besproken door F. ZENATI, *RTDCiv.* 1998, 946; Cass. (fr.) 27 november 1970, *D.* 1971, 81, concl. Adv. Gen. LINDON, *JCP* 1971, éd. G., 1971, II, nr. 16823, noot H. BLIN.

176 Gent 21 december 2010, *RW* 2011-12, 1908; Rb. Verviers 6 januari 2003, *Rev.not.b.* 2003, 179, *Rec. gén.enr.not.* 2003, 234; Rb. Luik 27 januari 1997, *JLMB* 1997, 727; E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag in APR*, 87, nr. 119; DE BACKER, "De tontine en het beding van aanwas en de mogelijkheid tot vereffening-verdeling", *Not.Fisc.M.* 1997, 205, nr. 15; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, 24, nr. 24; D. MICHIELS, *RW* 1995-96, 974, nr. 18; G. RASSON, "Tontine aspect civil et fiscal", *Rev.not.b.* 1990, 313; D. MICHIELS, "Actuele ontwikkelingen inzake bedingen van tontine en aanwas", *Not.Fisc.M.* 2001, (1) 8, nr. 18; F. BOUCKAERT, "Hoe kunnen partijen van een tontineovereenkomst afgeraken?" (noot onder Gent 3 september 1999), *T.Not.* 2001, 615, voetnoot 3; V. SAGAERT, "Tontine en aanwas door het oog van het goederenrecht" in *Actualia vermogensrecht: liber alumnorum KULAK*, (145), nr. 18.

177 Rb. Verviers 6 januari 2003, *RGEN* 2003, nr. 25.361, *Rev.not.b.* 2003 (overwegingen); G. RASSON, "Tontine aspect civil et fiscal", *Rev.not.b.* 1990, 312.



wege een einde komt aan de tontine in geval van beslag door een schuldeiser van één van de deelgenoten of bij faillissement van een deelgenoot¹⁷⁸.

E. Gevolg van de niet-tegenwerpelijkheid van een eerdere overdracht aan de schuldeisers van de vervreemder

132. Anders dan bij een ontbinding en ontbindende voorwaarde, heeft de nietigheid van de verkrijgingstitel in ons recht steeds een zakelijke werking.

Dat geldt in beginsel ook voor de niet-tegenwerpelijkheid van handelingen aan de boedel van de schuldeisers, zoals we die vinden bij de *actio pauliana*.

Die werd hoger besproken vanuit het omgekeerde perspectief van de schuldeiser die een vervreemding door zijn schuldenaar aanvecht. Als een dergelijke aanvechting slaagt en de vervreemding niet-tegenwerpelijk is aan de schuldeiser van de vervreemder, werkt dat evenwel ook tegen de schuldeisers van de verkrijger. Zij verkrijgen niet meer rechten dan de verkrijger die hun schuldenaar is.

133. Ook een beschikking door de gefailleerde na de faillietverklaring (art. 16 Faill.W.) is niet tegenwerpelijk aan zijn boedel, ongeacht de goede of kwade trouw van de verkrijger aan wie de gefailleerde heeft vervreemd¹⁷⁹. De verkrijger wordt dus niet beschikkingsbevoegd (althans niet in verhouding tot de boedel van de vervreemder). Het desbetreffende cassatiearrest heeft zich echter niet uitgesproken over de volgende vraag, namelijk of een volgende (onder)verkrijger te goeder trouw tegen die beschikkingsonbevoegdheid die voortvloeit uit de niet-tegenwerpelijkheid van de vorige titel beschermd wordt. Daarover zegt artikel 16 Faill.W. nog niets. Indien men de regel toepast die traditioneel wordt aanvaard bij nietigheid, wordt de derde-verkrijger niet beschermd, en dat is wat in die zaak uiteindelijk werd beslist¹⁸⁰. Maar men zou ook de regel kunnen toepassen die volgt uit de *actio pauliana* (hoger randnr. 69) en m.i. ook bij toepassing van artikel 17 Faill.W. (hoger randnr. 72), in welk geval de derde-verkrijger te goeder trouw wel voorgaat indien zijn titel is overgeschreven voor de kantmelding van een eis tot niet-tegenwerpelijke verklaring op grond van artikel 16 Faill.W. of minstens indien zijn titel is overgeschreven voor de inschrijving van de wettelijke hypotheek van de boedel door de curator¹⁸¹.

178 D. MICHIELS, *RW* 1995-96, 974, nr. 18.

179 Cass. 6 maart 2009, C.07.0373.N, *faill. Stuer/Krevobex e.a.*, verbreking van Gent 5 maart 2007, jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20090306-2 =, *RW* 2008-09, 934, *RW* 2009-10, 360, noot R. JANSEN, "Het complexe samenspel van samenloop, beschikkingsonbevoegdheid en derdenbescherming", *Jaarverslag cassatie* 2009, 29, *TGR-TWVR* 2009, 332.

180 Antwerpen 15 september 2011, 2010/AR/526, *mr. D'Hooge q.q. faill. Stuer/Krevobex e.a.* Het arrest gaat nogal kort door de bocht en verwacht nietigheid en beschikkingsonbevoegdheid: "de nietigheid van de inbreng van het onroerend goed in Krevobex heeft ook de nietigheid tot gevolg van de daarop volgende rechtshandelingen m.b.t. het goed"; terwijl het tweede natuurlijk geen nietigheid is maar een beschikkingsonbevoegdheid. Op de vraag of de derde-verkrijger te goeder trouw beschermd kan worden, gaat het arrest gewoon niet in.

181 In de zaak die tot het arrest van 2009 leidde, was op het ogenblik van die doorverkoop door de curator van het faillissement nog steeds géén inschrijving genomen op het onroerend goed, zoals voorgeschreven door artikel 57 Faill.W.



V. UITWINNING VAN ONVERDEELDE AANDELEN

A. Zaakgemeenschap

1. *Wijze van uitwinning van een onverdeeld aandeel*

134. Ook het aandeel van een deelgenoot in een onverdeeld goed behoort tot het onderpand van de schuldeiser. Bij onverdeelde goederen gebeurt de uitwinning echter niet rechtstreeks op het aandeel in onverdeeldheid. Het onverdeelde goed moet namelijk eerst worden verdeeld vooraleer de uitwinning kan worden voortgezet¹⁸². Deze regel is voor de onroerende goederen neergelegd in artikel 1561 Ger.W.¹⁸³, maar geldt als algemeen beginsel ook voor roerende goederen¹⁸⁴. Een voorafgaande verdeling is daarentegen niet nodig wanneer de schuldeiser iedere deelgenoot kan aanspreken¹⁸⁵. Bij een uitvoerend derdenbeslag rijzen er evenmin problemen omdat een vordering in beginsel deelbaar is.

Bij een uitwinning op een onverdeeld goed is er dus in beginsel een voorafgaandelijke verdeling nodig. Deze verdeling is wat de procedure betreft, onderworpen aan de regels uit het Gerechtelijk Wetboek over de verdeling van onverdeelde goederen (art. 1205 e.v. Ger.W.). De verkoop van het onverdeelde goed gebeurt bijgevolg niet via de specifieke regels uit het uitvoerend beslag op onroerende goederen, maar volgens de regels van de gerechtelijke vereffening-verdeling¹⁸⁶. Was één van de deelgenoten bovendien handelingsonbekwaam, dan zal de verdeling daarenboven gebeuren onder controle van de vrederechter (art. 1187 Ger.W.). Wanneer het goed vanuit de verdeling wordt toebedeeld aan de schuldenaar, kan het uitvoerend beslag hierop worden voortgezet. Wordt het goed toebedeeld aan een andere deelgenoot of wordt het verkocht aan een derde, dan verkrijgt de schuldenaar in beginsel een oplegsom *c.q.* een deel in de verkoopsom. Had de schuldeiser op het aandeel van de schuldenaar een zekerheidsrecht, dan zal ingevolge zakelijke subrogatie dit zekerheidsrecht overgaan op de oplegsom *c.q.* het aandeel in de verkoopsom. Het uitvoerend beslag zal zich in al deze gevallen kunnen enten op deze som. De schuldeiser heeft het recht om de werkzaamheden van de verdeling bij te wonen en te controleren op grond van artikel 882 BW¹⁸⁷. Actief participeren aan

182 E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag in APR*, 96, nr. 117; M.E STORME, *Zekerheden- en insolventierecht*, 144.

183 Artikel 1561 Ger.W. wekt de indruk dat de schuldeiser ofwel de verdeling, ofwel de (rechtstreekse) veiling kan vorderen van het onverdeelde goed. Volgens de heersende rechtsleer is slechts de vordering tot verdeling mogelijk, maar kan een schuldeiser niet onmiddellijk de veiling eisen. Zie en vgl. G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE, "Pourquoi pousser le piano vers le tabouret alors qu'il est si simple de pousser le tabouret vers le piano? Fusionner, en cas de saisie, la licitation et la réalisation de l'immeuble indivis", *Rev.not.b.* 2016, 722 e.v.

184 Gent 28 november 1989, *T.Not.* 1991, 228; G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Luik, 1988, 94-95, nr. 52; E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag in APR*, 97, nr. 117; R. JANSEN, "Art. 815 BW" in *Erfenissen, schenkingen en testamenten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, nr. 47; H. VANDENBERGHE en S. SNAET, *Zakenrecht*, III, 27, nr. 14.

185 Daarbij is vereist dat het zakenrechtelijke aandeel van iedere schuldenaar in het onverdeelde goed minstens even groot moet zijn als de verbintenisrechtelijke gehoudenheid tot de schuld.

186 M. DE COSTER, "Samenloop van procedures", *Not.Fisc.M.* 2012, (150) 150, nr. 1.1. Bijgevolg zal de procedure uit artikel 1326 Ger.W. moeten worden gevolgd opdat deze verkoop zuiverende werking heeft.

187 Zie hierover uitgebreid P.-J. DE DECKER, *RW* 2012-13, 81 e.v.



de verdeling mag de schuldeiser echter niet. Hoogstens mag de schuldeiser via de zijdelingse vordering de rechten uitoefenen van zijn schuldenaar als deze passief zou blijven in de vereffeningswerkzaamheden.

135. Recentelijk is deze regeling bekritiseerd door DE LEVAL en VAN COMPERNOLLE. Zij argumenteren dat de tussenkomende verdeling hinderlijk is voor de schuldeiser. De procedure van verdeling is tijdrovend, terwijl de deelgenoten hun rechten eveneens worden beschermd wanneer het onverdeelde goed rechtstreeks te gelde wordt gemaakt via de procedure van het beslag¹⁸⁸. Op die manier komt het uitwinningsrecht van de schuldeiser opnieuw meer op het voortouw en wordt inderdaad kostbare tijd vermeden. Een bijkomend voordeel is dat het goed wordt uitgewonnen, zonder dat er rekening moet worden gehouden met rechtshandelingen van de deelgenoten die niet tegenwerpelijk zijn aan de schuldeiser, zoals een overdracht die niet werd bekendgemaakt. Zulks is niet het geval bij een afwikkeling via de gerechtelijke vereffening-verdeling, aangezien daar de verdeling gebeurt tussen de deelgenoten zelf, en de rechtshandelingen die niet tegenwerpelijk zijn aan de beslaglegger wel geldig zijn tussen de partijen. Wel laat de tegeldemaking via de beslagprocedure geen ruimte om rekening te houden met (verbintenisrechtelijke) preferentierechten.

Ondanks de ontegensprekelijke voordelen om de uitwinning volledig te laten gebeuren via het beslagrecht, laat het huidige recht zulks niet toe. In het faillissementsrecht geldt er echter een opmerkelijke uitzondering op deze beginselen. Krachtens artikel 100, derde lid Faill.W. mag de rechtbank van koophandel namelijk de verkoop vorderen van de onroerende goederen die toebehoren in onverdeeldheid tussen de van goederen gescheiden gefailleerde en zijn echtgenote of echtgenoot. Er mag dus wel onmiddellijk worden verkocht, zonder dat er eerst een gemeenschappelijke verdeling moet worden doorgevoerd. Gezien de *ratio legis* van deze bepaling is ze ook van toepassing op gevallen waarin de gefailleerde gehuwd is onder een gemeenschapsstelsel en er onverdeelde onroerende goederen zijn die behoren tot het eigen vermogen van iedere echtgenoot¹⁸⁹.

In het wetsontwerp tot invoering van een boek XX in het Wetboek Economisch Recht over de insolventie van de onderneming wordt de regeling uit artikel 100, derde lid Faill.W. uitgebreid naar alle soorten onverdeeldheden en toegepast in alle soorten collectieve procedures (waaronder faillissement en uitwinning in de Wet Continuïteit Ondernemingen)¹⁹⁰.

188 G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE, *Rev.not.b.* 2016, (722) 724-726.

189 J. DE VROE, "Nieuwe faillissementswet. Gemeenschappelijke en onverdeelde onroerende goederen tussen de gefailleerde en zijn echtgenoot(ote) – Verkoop en rangregeling" in *Facetten van ondernemingsrecht. Liber Amicorum professor Frans Bouckaert*, Leuven, Universitaire Pers, 2000, 152, nr. 8; V. SAGAERT en R. JANSEN, "Vastgoed in een faillissementsprocedure: enkele aandachtspunten" in *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, III, Antwerpen, Intersentia, 2014, (189) 192, nr. 4.

Zie anders: A. MICHIELENS, "De verkoping na faillissement" in *Zekerheden, beslag- en faillissementsrecht in de notariële praktijk*, Brugge, die Keure, 1998, (19) 36, nr. 25.

190 Zie onder meer Art. XX – 92, § 3 en XX – 197, § 2 (ontwerp) nieuwe Insolventiewet.



2. *Bedingen om in onverdeelde te blijven*

136. Aangezien bij onverdeelde goederen er eerst een verdeling moet gebeuren vooraleer de uitwinning kan worden voortgezet, rijst de vraag of de schuldeiser zich overeenkomsten tussen de deelgenoten om niet te verdelen moet laten tegenwerpen. Als uitgangspunt geldt dat een schuldeiser zich dergelijke afspraken slechts voor een maximale periode van vijf jaar moet laten tegenwerpen (art. 815 BW). Bij onroerende goederen moet het beding om niet te verdelen bovendien worden overgeschreven op het hypotheekkantoor met het oog op de tegenwerpelijke (art. 815, derde lid BW *j*^o art. 1561 Ger.W.). Deze regels gelden ongeacht of de deelgenoten bij conventionele onverdelheden onderling hadden afgesproken voor een langere periode in onverdeelde te blijven¹⁹¹.

Een schuldeiser moet zich nooit afspraken die langer dan vijf jaar duren laten tegenwerpen. Wel hebben de deelgenoten het recht om hun afspraak te hernieuwen waardoor een nieuwe termijn van vijf jaar begint te lopen. Bij onroerende goederen moet die hernieuwing ook worden overgeschreven op het hypotheekkantoor met het oog op de tegenwerpelijke.

B. *Boedelgemeenschap*

1. *Enkel aandeel in de gehele boedel*

137. Bij boedelgemeenschappen liggen de zaken enigszins anders.

Boedelgemeenschappen zijn bijzondere vormen van mede-eigendom waarbij de onverdeelde goederen binnen de boedel in een bijzonder verband staan ten opzichte van elkaar. Het aantal boedelgemeenschappen is beperkt. Voorbeelden zijn de huwelijksgemeenschap¹⁹², de goederen van de nalatenschap en het vermogen van de burgerlijke maatschap en de vereniging.

Deze bijzondere band tussen de onverdeelde goederen leidt tot een aantal afwijkende rechtsgevolgen in vergelijking met zaakgemeenschappen. Zo heeft een deelgenoot in de aparte goederen van de boedel geen aandelen waarover hij kan beschikken¹⁹³. Evenmin kan een deelgenoot op zijn aandeel in een indi-

191 R. JANSEN, "Art. 815 BW" in *Erfenissen, schenkingen en testamenten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, nr. 51. Zie ook: *Rép.not.*, v^o *La saisie immobilière*, nrs. 86 en 89; V. SAGAERT, B. TILLEMANS en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, 75, nr. 146.

192 Wanneer echtgenoten gehuwd onder het stelsel van de scheiding van goederen of (wettelijke) samenwoners verschillende goederen in onverdeelde bezitten, is er geen sprake van een boedelgemeenschap: Cass. 13 juni 2005, *Arr.Cass.* 2005, nr. 335, *RW* 2005-06, 901, noot R. JANSEN.

193 Cass. 22 december 2006, *Arr.Cass.* 2006, nr. 673, *RW* 2006-07, 1411, noot S. MOSSELMANS, *TBBR* 2007, 365, noot R. JANSEN en M.E. STORME; R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, 257-258, nrs. 291-292; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, 279-280, nr. 325; M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, (703) 795-796; J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 178, nr. 264.

Sommige auteurs gaan nog verder en verdedigen dat een deelgenoot zelfs geen (onbeschikbare) aandelen heeft in de aparte goederen maar slechts een aandeel in de boedel zelf: M.E. STORME, "Noch terugwerking, noch overdracht: bij verdeling of aanwas verkrijgt men niets wat men al niet heeft. Tegelijk een bijdrage over de Gesamthand in ons recht", *TPR* 2004, (653), nrs. 13 en 21.

vidueel goed uit de boedel een zekerheidsrecht vestigen. Dit wordt verklaard door het recht van iedere deelgenoot om in natura te verdelen binnen de boedel. Hieruit volgt dat de verdeling van de boedel in beginsel moet slaan op de volledige boedel. Het verband tussen de goederen kan om die reden niet worden verbroken door een verdeling te eisen van een apart goed uit de boedel.

138. Dit beginsel werkt door naar de schuldeisers van een deelgenoot. Zij kunnen evenmin met een beroep op artikel 1561 Ger.W. de verdeling eisen van een apart goed uit de boedel¹⁹⁴. De verdeling zal noodzakelijkerwijze moeten slaan op de volledige boedel. Het beslag zal dan kunnen worden voortgezet op de goederen die de schuldenaar uit de verdeling van de boedel ontvangt, net zoals bij een gewone zaakgemeenschap (cf. *supra*, A). Aangezien de deelgenoot bovendien slechts recht heeft op zijn netto-aandeel in de boedel¹⁹⁵, impliceert zulks dat eerst de vergoedingsrekeningen¹⁹⁶ binnen de boedel moeten worden uitgerekend en uitgekeerd, vooraleer er tot uitkering aan de deelgenoot kan worden overgegaan¹⁹⁷.

2. *Recht van de schuldeisers op verdeling?*

139. Kan een persoonlijke schuldeiser van een deelgenoot van een boedelgemeenschap de verdeling van die boedel vorderen op grond van artikel 1561 Ger.W.? Het antwoord is genuanceerd. Er moet immers een onderscheid worden gemaakt tussen gebonden en ontbonden boedels.

Is de boedel ontbonden, dan heeft een persoonlijke schuldeiser inderdaad het recht om de verdeling te vorderen van de boedel. Dit is het geval bij de nalatenschap en de ontbonden huwgemeenschap en de ontbonden maatschap of vereniging.

140. Is de boedel daarentegen nog gebonden, dan kan een persoonlijke schuldeiser de verdeling van die boedel niet vorderen. Dit is met name zo voor de niet-ontbonden huwgemeenschap en de niet-ontbonden maatschap of ver-

194 Cass. 17 juni 2005, *Arr.Cass.* 2005, nr. 335, *RW* 2005-06, 901, noot R. JANSEN (*a contrario*); Rb. Antwerpen 23 mei 1997, *T.Not.* 1998, 128; E. DIRIX, "Overzicht van rechtspraak. Beslag en collectieve schuldenregeling (2002-2007)", *TPR* 2007, (2039) 2115, nr. 147; E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag in APR*, 98, nr. 119; R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, 282, nr. 325; M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, (703) 798-799; J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, 189, nr. 277.

195 M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, (703) 796.

196 Bij een ontbonden huwelijksgemeenschap wordt het nettoaandeel bepaald nadat eerst de vergoedingsrekeningen (art. 1432 BW) worden opgesteld; bij een nalatenschap zal het nettoaandeel worden bepaald nadat eerst inbreng en eventuele inkorting is toegepast.

197 Voor een maatschap werd dit principe vastgelegd in het *Socol*-arrest: Cass. 28 februari 1985, *Pas.* 1985, I, 795, *RW* 1985-86, 997, noot E. DIRIX, *JT* 1986, 578, noot F. T'KINT, *TBH* 1985, 377, en besproken door J.-M. NELISSEN GRADE, "Compensatie na faillissement en vereffening van tijdelijke vennootschappen" in *Liber amicorum Jan Ronse*, Gent, Story-Scientia, 1986, 287 e.v.

Zie voor een geval waarin het arbeidshof verkeerdelijk geen rekening hield met de vergoedingsrekeningen in geval na ontbinding van de huwgemeenschap één van de echtgenoten werd toegelaten tot de collectieve schuldenregeling: Antwerpen 27 april 2011, *Not.Fisc.M.* 2012, 157, afkeurende noot R. JANSEN en R. BARBAIX.



eniging. De mogelijkheden om dergelijke boedels te ontbinden, zijn immers limitatief door de wet bepaald. Zo kan de huwgemeenschap enkel worden ontbonden door het overlijden, de echtscheiding, de scheiding van tafel en bed, de gerechtelijke scheiding en de wijziging van het huwelijksvermogen. De maatschap kan enkel worden ontbonden op grond van de gevallen vermeld in artikel 39 W.Venn. Een gebonden boedel kan dus door persoonlijke schuldeisers niet worden ontbonden. Een persoonlijke schuldeiser kan dus in beginsel niet uitwinnen op de goederen van een gebonden gemeenschap.

Ter bescherming van de persoonlijke schuldeisers van een echtgenoot gehuwd onder een gemeenschapsstelsel zijn er echter in bijzondere uitwinningrechten voorzien op de goederen van de huwgemeenschap (art. 1410-1412 BW)¹⁹⁸. In die gevallen gelden de goederen van de huwgemeenschap als het onderpand van de schuldenaar voor een eigen schuld. Dit maakt het mogelijk dat een persoonlijke schuldeiser in deze gevallen toch rechtstreeks kan uitwinnen op de goederen van de huwgemeenschap, zonder dat er eerst een verdeling moet gebeuren.

Bij de burgerlijke maatschap en de vereniging zijn er echter geen gelijksoortige regels, zodat een persoonlijke schuldeiser niet kan uitvoeren op de goederen uit de maatschap of de vereniging.

3. *Uitwinning van het aandeel in de gehele boedel?*

141. Ook de uitwinning door een persoonlijke schuldeiser op het aandeel van de schuldenaar in de gehele boedel is problematisch. Zo is de overdracht van het aandeel in de boedel binnen een gebonden huwgemeenschap niet mogelijk. Bij een gebonden maatschap is de overdracht in beginsel eveneens onmogelijk, tenzij de maatschap *intuitu pecuniae*¹⁹⁹ was opgericht. Bij de ontbonden boedels is het mogelijk om het aandeel van de deelgenoot in de boedel over te dragen aan een derde, maar daaruit vloeit niet voort dat de schuldeiser onmiddellijk kan uitwinnen. De schuldeiser zal immers enkel de positie kunnen innemen van de schuldenaar in de verdere verdeling. Bovendien rijst de vraag op welke manier precies de uitwinning van dergelijk aandeel geschiedt.

4. *Boedelschuldeisers*

142. Bij boedelgemeenschappen zijn de uitwinningrechten van een persoonlijke schuldeiser dus erg beperkt. Anders is de situatie voor de zogenaamde boedelschuldeisers. De boedelschuldeiser hoeft de voorafgaande verdeling van de boedel niet af te wachten om uit te winnen op de goederen van de

198 Zie hierover uitgebreid: V. VANDERHULST, "Schulden van een echtgenoot uit een strafrechtelijke veroordeling of uit een onrechtmatige daad: huwelijksvermogens- en executierechtelijke aspecten" in *Liber Amicorum André Michielsens*, Mechelen, Kluwer, 2015, 685 e.v.

199 Te denken valt bv. aan het beleggingsfonds en de scheepsonverdeeldheid: M.E. STORME, *Zekerheden- en insolventierecht*, 145; J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, 267, nr. 360.



boedel. Hij kan daarentegen rechtstreeks een goed uitwinnen uit de boedel²⁰⁰. Bij de huwgemeenschap wordt dit beginsel bevestigd in artikelen 1413-1414 BW. Zo kan een schuldeiser van de erflater of van de maatschap eveneens rechtstreeks de goederen van de nalatenschap²⁰¹ c.q. de maatschap²⁰² uitwinnen.

Omtrent de oorzaak van dit feitelijke preferentierecht ten voordele van de boedelschuldeiser bestaat er evenwel discussie in de rechtsleer. Volgens bepaalde auteurs is de verklaring van het preferentierecht van de boedelschuldeisers te vinden in de figuur van het afgescheiden vermogen²⁰³. Volgens hen vormt de onverdeelde boedel een afgescheiden vermogen waarbinnen de boedelschuldeisers voorrang hebben. De deelgenoten zijn immers in dat afgescheiden vermogen slechts netto gerechtigd en zulks werkt door naar de persoonlijke schuldeisers. Anderen ontkennen dat de boedel een dergelijk afgescheiden vermogen vormt²⁰⁴. Zij argumenteren dat het preferentierecht ontstaat doordat de boedelschuldeiser iedere deelgenoot kan aanspreken zodat voorafgaande verdeling niet nodig is. Volgt men die laatste zienswijze, dan is het bijkomend vereist dat het verbintenisrechtelijke aandeel in de schuld minstens even groot is als het zakenrechtelijke aandeel in de onverdeelde goederen.

200 R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, 300-308, nrs. 346-356; M.E. STORME, "Van trust gespeend?", *TPR* 1998, (703) 796; J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, 142-154, nrs. 218-230.

201 DEKKERS-CASMAN, *Handboek*, IV, 485, nr. 721; H. DE PAGE, *Traité*, IX, 960, nr. 1347; R. JANSEN, "Art. 870-873" in *Erfenissen, schenkingen en testamenten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, nrs. 35-36.

202 J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, 264, nr. 356.

203 Zie vooral in die zin: M.E. STORME, "Van trust gespeend?", *TPR* 1998, (703) 796; J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, 148, nr. 223.

204 R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, 300 e.v., nrs. 347 e.v.

