

7 Faillissement en beslag

7.1 INLEIDING

Bijzondere aandacht bij het bestuderen van de figuur van de kwalitatieve verplichting verdienen de situaties van beslag en faillissement. Zowel in het geval dat de verplichting ten tijde van het intreden van het faillissement al was gecompleteerd, als in het geval dat dit nog niet zo was, zal het intreden van een faillissement grote invloed hebben.

Welke invloed heeft het intreden van een faillissement op het tot stand komen van een kwalitatieve verplichting precies? Wat is de situatie indien partijen de verplichting ten tijde van het beslag of faillissement al overeen gekomen waren, maar deze nog niet in de openbare registers hadden ingeschreven? Speelt de goede trouw van de wederpartij van de failliet in dat geval een rol? Kan of moet in een dergelijk geval de verplichting alsnog in de registers worden ingeschreven? Is de boedel gebonden aan een ná het uitspreken van het faillissement door de failliet aangevane verplichting? Anderzijds is de vraag of de beslaglegger of curator gebonden is aan een eerder aangevane kwalitatieve verplichting en in hoeverre in geval van faillissement parallellen kunnen worden getrokken met de beperkte zakelijke rechten. Dit laatste is zeer relevant nu de wederpartij van de failliet slechts een persoonlijke vordering ter verificatie in zal kunnen dienen terwijl de zakelijk gerechtigde in het faillissement een separatistenpositie inneemt.

In dit hoofdstuk zal ik een tweedeling maken in enerzijds de situatie dat de verplichting nog niet tot stand is gekomen, en anderzijds die waarin dat wel het geval is. Ik zal eerst kort ingaan op faillissement in het algemeen, het door faillissement bestreken vermogen, nagaan wat in het algemeen de regels zijn voor verbintenissen in faillissement, hoe het bijzondere karakter van een verbintenis om te dulden of niet te doen zich hiertoe verhoudt en wat het kwalitatieve karakter hier nog aan toevoegt. Hierna zal ik bekijken hoe de tweedeling van de kwalitatieve verplichting relevant is voor de vraag wat er in faillissement gebeurt, wat het belang is van inschrijving van de verplichting en wat de rol is van artikel 37 Fw. Tot slot bekijk ik hoe een beslag zich verhoudt tot een kwalitatieve verplichting. Door alle onderwerpen heen speelt ook de positie van de erfdiensbaerheid en het kettingbeding in faillissement.

7.2 FAILLISSEMENT ALGEMEEN

Faillissement vloeit voort uit een situatie waarin de schuldenaar heeft opgehouden te betalen, en is kort gezegd een gerechtelijk beslag op het gehele vermogen van

de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke crediteuren. Doel van het faillissement is verdeling door de curator van het vermogen van de schuldenaar onder zijn gezamenlijke schuldeisers.¹

Essentieel voor een goede afwikkeling van het faillissement is een goed overzicht van datgene wat onder het faillissementsbeslag valt, van de handelingen waarmee de failliet de boedel nog kan binden en daarmee van de positie van schuldeisers.

Indien een faillissement wordt uitgesproken omvat dit op grond van artikel 20 Fw. het gehele vermogen van de gefailleerde ten tijde van de faillietverklaring, evenals al wat gedurende het faillissement verworven wordt. Het begrip vermogen dient hier anders te worden geïnterpreteerd dan het gebruikelijke 'geheel van rechten en verplichtingen die aan iemand op een bepaald tijdstip toekomen'.² Onder 'vermogen' als bedoeld in artikel 20 Fw. dienen namelijk slechts te worden verstaan de activa; de goederen of baten als bedoeld in artikel 3:1 BW,³ en wel ongeacht de waarde van deze activa en slechts voor zover ze te gelde kunnen worden gemaakt. Het betreft het geheel van positieve vermogensbestanddelen, zonder dat de verplichtingen van de failliet hieronder worden gerekend. In faillissement wordt het geheel van activa en passiva de (failliete) boedel genoemd.⁴ Vorenstaand uitgangspunt – slechts de activa vallen onder het faillissementsvermogen – strookt met het beslagkarakter dat faillissement heeft. In ons rechtssysteem is beslag op schulden niet mogelijk.⁵

7.2.1 Niet door het faillissement bestreken vermogen; hoogst persoonlijke rechten

Net zoals op grond van het bepaalde in artikel 1:94 lid 3 BW de aan de persoon van een der echtgenoten verknochte goederen buiten de algehele gemeenschap van goederen vallen, blijven buiten het faillissement, naast enkele andere goederen, ook de hoogst persoonlijke rechten, zijnde;

'Rechten die een hoogst persoonlijk karakter hebben omdat zij zo nauw de persoon van de gerechtigde raken dat uitsluitend aan hem het oordeel behoort te verblijven of en in hoeverre hij daarvan gebruik zal maken en daarover zal beschikken.'⁶

Hoogst persoonlijke rechten zijn weliswaar zaken of vermogensrechten die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of door hem gedurende faillissement wor-

1 HR 22 juli 1988, NJ 1988, 912 (Offermans/Lucassen).

2 Zoals bijvoorbeeld in artikel 1:94 BW voor de wettelijke algehele gemeenschap van goederen.

3 Polak, Faillissementsrecht, p. 43.

4 Zie ook HR 8 juni 1973, NJ 1975, 76 m.nt. B.W.

5 Polak-Wessels, Insolventierecht II, p. 11.

6 HR 27 februari 1942, NJ 1942, 350. Zie ook in dit verband HR 22 juli 1991, NJ 1991, 749 (ADB/Planex) aangaande het recht op huurbescherming. Anders Polak, nr. 199, p. 56.

den verworven, maar zij kunnen niet te gelde worden gemaakt en vallen daarom in beginsel niet onder de omschrijving van vermogen als hiervoor bedoeld.⁷ Voorbeelden van deze hoogst persoonlijke rechten zijn de rechten van gebruik en bewoning (artikel 3:226 BW), pensioenrechten, persoonlijkheidsrechten als auteursrechten voor zover deze niet vatbaar zijn voor beslag (artikel 2 lid 3 Auteurswet) en het ouderlijk vruchtgenot (artikel 1:251 BW).

Heeft de failliet een vorderingsrecht uit een kwalitatieve verbintenis, dan rijst allereerst de vraag of er wellicht sprake is van een hoogst persoonlijk recht dat op grond van wat hierboven is vermeld, niet in het faillissement valt. Vast staat dat de inhoud van de verplichting kan variëren en dat het alleszins denkbaar is dat aan de verplichting een inhoud kan worden gegeven die slechts voor de oorspronkelijke gerechtigde relevant is. Mocht dit het geval zijn, dan is mijns inziens verdedigbaar dat er sprake is van een hoogst persoonlijk recht dat buiten het faillissement valt. Ten aanzien van deze hoogst persoonlijke rechten geldt in faillissement dat de failliet hierover nog steeds de beschikkingsmacht en het beheer heeft.⁸

Met betrekking tot de passieve zijde van de verbintenis zal deze problematiek niet spelen nu juist beoogd is de verplichting los te maken van de persoon van de schuldenaar en diens kwaliteit als uitgangspunt voor gebondenheid te nemen. Een eventuele vordering die de schuldenaar uit de verplichting als tegenprestatie bedongen heeft, zal dan ook uit de aard van de verplichting waar de tegenprestatie mee samenhangt niet hoogstpersoonlijk zijn.

7.3 VERBINTENISSEN OM TE DULDEN OF NIET TE DOEN IN FAILLISSEMENT ALGEMEEN

Zoals we al in §3.1 hebben gezien, is de kwalitatieve verplichting een verbintenis inhoudende een dulden of niet-doen, die een voortdurend karakter heeft.

Het is de moeite waard te kijken in hoeverre het bijzondere karakter van de te verrichten prestatie (het dulden of niet doen, een negatieve prestatie) in het faillissement van de debiteur een factor van betekenis is.

Nergens is uit de wet op te maken dat het verschil maakt of de prestatie waartoe de failliet verplicht is een positieve of negatieve inhoud heeft. Indien de failliet voorafgaand aan het faillissement verbintenissen is aangegaan, geldt de hoofdregel van artikel 26 Fw., namelijk dat de vorderingen die daaruit voortvloeien slechts ter verificatie kunnen worden ingediend. Deze categorie vorderingen (die voldoening

7 De woorden 'in beginsel' geven aan dat genoemde rechten onder omstandigheden wel in de failliete boedel vallen (bijvoorbeeld ex artikel 21 lid 4 BW de opbrengst van het ouderlijk vruchtgenot).

8 Schuldeisers wier vorderingen na de faillietverklaring zijn ontstaan en die niet in een faillissementsregeling zijn betrokken, kunnen hierop dus beslag leggen (Hof Amsterdam 29 juni 1950, NJ 1951, 28).

van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben) onderscheidt zich van die van artikel 25 Fw., welke omvat de vorderingen 'die rechten of verplichtingen tot de boedel behorende' ten onderwerp hebben. Tot de tweede categorie kunnen onder meer worden gerekend de vernietiging van een testament of het opvorderen van eigendom.⁹ Bij het begrip 'voldoening van een verbintenis uit de boedel' moet worden gedacht aan alle schulden die uit de failliete boedel moeten worden voldaan, en ten aanzien waarvan de failliet de verplichting tot nakoming heeft. Vorenstaande omschrijving impliceert dat alle vormen van nakoming hieronder kunnen worden begrepen, en dat ook de nakoming van persoonlijke verbintenissen bedoeld wordt.¹⁰ Omdat naar het systeem van de Faillissementswet de failliet de debiteur uit de verbintenis blijft, is de curator niet gehouden na te komen; de vordering tot nakoming van de wederpartij zal zich oplossen in een vordering in geld die ter verificatie kan worden ingediend. Overigens is van belang te weten dat in de navolgende paragrafen de vraag of de curator aan een verplichting 'gebonden' is, moet worden gelezen als de vraag of de curator gehouden is de verplichting na te komen en niet of de vordering uit de verplichting wel ter verificatie kan worden ingediend.

Omdat de verplichtingen die uit een kettingbeding voortvloeien van obligatoire aard zijn, is een curator niet gehouden de verplichtingen na te komen, noch om ze bij vervreemding van het goed waarop het kettingbeding ziet, op te leggen op de opvolgende verkrijgers.¹¹

Bij een verplichting tot dulden of niet doen zal nakoming door de curator regel zijn. Het vereist immers niets anders dan een stilzitten, een niet-handelen. Van niet-nakoming zal slechts sprake zijn indien de failliet of de curator de verplichting schendt, wat een doelbewust handelen impliceert. Moet nu een doelbewust handelen van failliet of curator, welk handelen de niet-nakoming (de schending) van een verplichting tot dulden of niet-doen tot gevolg heeft, op dezelfde manier worden behandeld als een niet-handelen door de curator welk niet-handelen de schending van een verplichting om te doen tot gevolg heeft?

In de wet of de jurisprudentie wordt geen duidelijk onderscheid gemaakt tussen positieve en negatieve verplichtingen.^{12,13} Bij de erfdiensbaarheid, die ook slechts

9 Polak, Faillissementsrecht, p. 62 e.v.

10 HR 23 oktober 1981, NJ 1982, 173 m.nt. B.W. (Gemeente Heiloo/De Ruuk en Herschdorfer q.q.).

11 F.J.H. Mijnsen et. al., KNB-advies 1983, p. 33, 74, 77.

12 Iets waarover Van Opstall al opmerkt dat het wellicht beter was verplichtingen om niet te doen niet als *verbintenissen* om niet te doen te beschouwen, maar als 'andere rechtsplichten', dit omdat de rechtsgevolgen van het niet-nakomen van verbintenissen daarbij niet passen, maar wel die van andere rechtsplichten waarvan de schending een onrechtmatige daad oplevert. Van Opstall, Wat is een verbintenis?, in: WPNR 5236 (1973), p. 467.

13 Wel kwam de verplichting tot dulden aan de orde in de casus die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 26 april 2002, NJ 2002, 180. De A-G Langemeijer is in r.o. 4.15 van mening, anders dan de annotator S.J.J.C. Kortmann, dat de curator niet gebonden is aan contractuele verplichtingen van de schuldenaar jegens een hypotheeknemer buiten de in het goederenrecht geregelde bedingen. Zie in

een dulden of niet-doen tot inhoud kan hebben,¹⁴ is duidelijk dat het faillissement geen invloed op het recht heeft. Door het zakelijke karakter blijft het recht ook in faillissement in stand,¹⁵ dient de curator het recht gedurende het faillissement te respecteren en kan hij het belaste goed slechts vervreemden bezwaard met het betreffende recht.

Nu nakoming van de verplichting tot dulden of niet doen in beginsel niet van de curator gevegd kan worden, afgezien van de situatie dat deze zich tot nakoming bereid heeft verklaard,¹⁶ zal de oplossing gevonden moeten worden in een ter verificatie in te dienen vordering. Wanneer de curator de verplichting schendt zal, hoewel het staken van de 'verboden' handeling gewenst is, de in te dienen schadevergoedingsvordering er een moeten zijn die te herleiden is naar een vordering in geld. De vordering wordt ter verificatie ingediend en neemt een concurrente positie in. De weg van reële executie om aan de tegenstrijdige toestand een einde te maken, staat slechts open indien de curator heeft aangegeven de verbintenis gestand te willen doen, en daarmee een boedelschuld heeft gecreëerd.

Alhoewel er wetsystematisch niets tegen lijkt een verplichting tot dulden of niet doen hetzelfde te behandelen als een verplichting om te doen, ligt dit naar mijn mening toch genuanceerder. Het doelbewuste handelen dat de schending oplevert, zal mijns inziens sneller als onrechtmatig kunnen worden beschouwd dan een stilzitten.

7.3.1 De 'complete' kwalitatieve verplichting in faillissement

Nu duidelijk is hoe in het algemeen een verplichting om te dulden of niet te doen in faillissement wordt behandeld (niet anders dan een verplichting tot een geven of een doen), is de vraag of het kwalitatieve karakter van de verplichting hier nog iets aan verandert. Maakt het voor de acties die de crediteur heeft verschil of hij ageert wegens schending van een 'gewone' verplichting tot dulden of niet doen of van een *kwalitatieve* verplichting tot dulden of niet doen? Het antwoord is niet eenduidig te geven. Het feit dat de verplichting een kwalitatief karakter heeft, zegt immers slechts iets over de overgang van de verplichting op anderen, wat pas aan de orde komt indien het goed wordt vervreemd of aan anderen in gebruik wordt gegeven. Zolang het goed zich in 'rusttoestand' in de boedel bevindt, is het kwali-

gelijke zin als Kortmann het preadvies van Verstijlen voor de Vereniging van Burgerlijk recht 2006, materieel faillissementsrecht: de betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement, p. 121.

14 Daargelaten de toegestane nevenverplichtingen tot een doen.

15 Onverminderd de mogelijke situatie dat een separatist, wiens recht anterior was aan dat van de beperkt gerechtigde, gebruik heeft gemaakt van zijn recht van parate executie en de erfdiensbaarheid door zuivering ex artikel 3:273 BW is vervallen. In dat geval heeft de voormalig gerechtigde tot de erfdiensbaarheid recht op een vergoeding ex artikel 3:282 BW. Overigens valt de (voormalig) beperkt gerechtigde buiten de omslag van de faillissementskosten ex artikel 182 lid 1 slot Fw.

16 Waarover meer in §7.5.

tatieve karakter irrelevant. Gaat echter de curator over tot verkoop uit de boedel van het registergoed dan zal hij – wat kan worden afgeleid uit artikel 35a Fw. – slechts kunnen verkopen mét de verplichting. Met deze veronderstelling wordt aansluiting gezocht bij het expliciet voor het beslag in artikel 6:252 lid 3 BW bepaalde. Hoewel ik hierboven aangaf dat het kwalitatieve karakter van de verplichting de verplichting ‘in de rusttoestand’ niet anders maakt dan een willekeurige verplichting tot een dulden of niet doen, valt hier toch wel iets op af te dingen. In de navolgende paragraaf zal blijken dat bij een handelen door de curator dat tegengesteld is aan de verplichting tot dulden of niet doen, er bij een kwalitatieve verplichting toch andere regels gehanteerd moeten worden dan bij een soortgelijk handelen bij een ‘reguliere’ verplichting tot dulden of niet doen.

7.3.2 Gebondenheid van de curator in de ‘rusttoestand’¹⁷

Gedurende de looptijd van het faillissement zou zich de situatie kunnen voordoen dat de curator in strijd met de verplichting het registergoed gaat bezwaren, verhuuren of verpachten, of het goed zelf gaat bewonen. De vordering die de crediteur in zal willen stellen, is er een tot staken van de schending. Zoals we in de vorige paragraaf zagen onderscheidt een verplichting tot dulden of niet doen zich in beginsel niet van een tot een geven of doen zodat de conclusie moet luiden dat de crediteur slechts een schadevergoedingsvordering ter verificatie in kan dienen. Deze constatering legt het accent duidelijk op het verbintenisrechtelijke karakter van de verplichting, omdat bij een zakelijk recht eenieder, dus ook de curator aan de verplichting gebonden is. Een argument om het zwaartepunt te leggen bij het verbintenisrechtelijke karakter kan worden gevonden in de Parlementaire Geschiedenis bij artikel 3:273 BW,¹⁸ op grond van welk artikel beperkte rechten en kwalitatieve verplichtingen zouden moeten vervallen ten gevolge van parate executie gevolgd door betaling en levering. Aan de orde was de vraag of de vergoeding die als gevolg van artikel 3:282 BW wordt toegekend aan voormalig beperkt gerechtigden wier recht is vervallen door zuivering, ook moest toekomen aan (voormalig) gerechtigden tot een kwalitatieve verplichting. De wetgever maakte een uitdrukkelijk verschil tussen de beide groepen gerechtigden met het argument dat de kwalitatieve verplichting primair een verbintenis was en bleef, en het niet aanging de gerechtigde uit de verplichting een sterker positie te verschaffen dan die van andere schuldeisers. Getransponeerd naar de situatie van faillissement ligt het in de lijn ook hier het verbintenisrechtelijke karakter voorop te stellen en de gerechtigde slechts recht te geven op een ter verificatie in te dienen concurrente vordering. Gaat de curator gedurende het faillissement echter over tot flagrante schending van de verplichting, bijvoorbeeld van een bouwverbod, dan zal een vordering in geld niet

17 Zoals gezegd moet onder gebondenheid worden verstaan of de curator gehouden is de verplichting na te komen, niet of de vordering ter verificatie kan worden ingediend.

18 Waarover uitgebreid § 6.4.2.3 en Parl. Gesch. Boek 6, p. 939.

zijn wat recht doet aan het bijzondere karakter van de verplichting. Zou de curator bijvoorbeeld het registergoed tegen de geest van de verplichting in onomkeerbaar verbouwen en vervolgens verhuren, dan is degene aan wie wordt verhuurd op grond van artikel 6:252 lid 1 BW wél aan de kwalitatieve verplichting gebonden,¹⁹ maar dat neemt niet weg dat het leed al is geschied: het registergoed is verbouwd. Een argument dat nu gebruikt zou kunnen worden om toch directe gebondenheid van de curator aan de verplichting aan te nemen in die zin dat hij gehouden is de verplichting te respecteren, is de ratio van artikel 35a Fw. Zoals we zagen is de curator bij verkoop van het registergoed niet gebonden aan verplichtingen ter zake van het goed, die ten tijde van het faillissement niet waren ingeschreven. A contrario is hij wel gebonden aan wél ingeschreven verplichtingen, die immers stand houden in faillissement. Ratio van deze regeling zal zijn geweest het bestendigen van de verplichting, iets wat zich niet verdraagt met de mogelijkheid dat de verplichting de facto al vóór verkoop door de curator blijvend gefrustreerd zou kunnen worden.

Uit het hierboven gegeven voorbeeld blijkt dat een onderscheid gemaakt moet worden tussen de situatie dat de verplichting op zich geschonden wordt, maar de schending niet leidt tot een definitief illusoir worden van de verplichting, en de situatie waarin dit wel zo is.

In het eerste geval – de curator verhuurt bijvoorbeeld een goed gedurende de periode dat dit zich in de boedel bevindt, een en ander in weerwil van een verbod tot verhuur –, zal de schadevergoedingsvordering ter verificatie moeten worden ingediend. In het tweede geval – de curator sloop bijvoorbeeld het goed, in weerwil van een verbod tot sloop, zodat de facto de verplichting is uitgewerkt – is mijns inziens wel sprake van directe binding van de curator en kan direct actie jegens de curator ondernomen worden. Immers, als hij het goed verkoopt en levert moet hij dit doen met oplegging van de kwalitatieve verplichting die dan inhoudsloos is geworden. Vorenstaande conclusie doet enerzijds recht aan het verbintenisrechtelijke karakter van de verplichting, dat de conclusie rechtvaardigt dat het indienen ter verificatie van een vordering de enige mogelijkheid is, terwijl anderzijds recht wordt gedaan aan het kwalitatieve karakter door in situaties van onherstelbare schending het accent naar het zakelijke karakter te verleggen.

Van een andere orde is de situatie dat de curator aan heeft gegeven de overeenkomst gestand te willen doen en aldus een boedelschuld heeft gecreëerd. Zou hij overgaan tot schending van de verplichting dan levert dit wanprestatie van de curator op (onder omstandigheden wellicht zelfs een onrechtmatige daad) en daarmee een boedelschuld.²⁰

19 Indien dit tenminste in de overeenkomst was bedongen, zie Hoofdstuk 5.

20 Zie hieromtrent §7.5 waar uitgebreid in wordt gegaan op artikel 37 Fw.

7.3.3 De opzeggingsbevoegdheid van de curator

Zoals in §6.3.2 aan de orde is geweest, is de kwalitatieve verbintenis een duurovereenkomst; een overeenkomst die voortdurende verbintenissen in het leven roept en die onder omstandigheden door partijen kan worden opgezegd.²¹ In het kader van de vraag naar gebondenheid van de curator, rijst de vraag of hem wellicht de bevoegdheid toekomt de verbintenis gedurende het faillissement, nog vóór verkoop van het betreffende registergoed, op te zeggen. Net als in de situatie buiten faillissement, zal naar mijn mening ook in faillissement terughoudend moeten worden omgegaan met het aannemen van een opzeggingsbevoegdheid. Toepassing van de artikelen 6:258 en 259 BW ligt eerder in de rede.

7.4 DE VERPLICHTING WAS NOG NIET 'COMPLEET'

De tweedeling van de kwalitatieve verplichting in een basisovereenkomst en een verplichting tot kwalitatief maken blijkt in vele opzichten relevant. Indien beide elementen ten tijde van het faillissement al waren gecompleteerd, geldt wat in de voorgaande paragrafen is uiteen gezet. Was de verplichting echter ten tijde van het intreden van het faillissement nog niet compleet, dan loont het de moeite onderscheid te maken in de navolgende situaties:

1. alleen de basisovereenkomst bestaat, er is nog geen overeenkomst tot kwalitatief maken;
2. beide elementen bestaan al, maar er is nog geen notariële akte opgemaakt;
3. er is al wel een akte opgemaakt, maar deze is nog niet ingeschreven.

In voorgaande paragrafen is steeds uitgegaan van de situatie dat de kwalitatieve verplichting al was aangegaan en ingeschreven ('compleet' was), vóór de dag van het uitspreken van het faillissement. Uitgangspunt in faillissement is het zogenaamde 'fixatiebeginsel'; het principe dat door het intreden van het faillissement de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk wordt.²² De failliet en zijn wederpartij blijven onverkort gebonden aan de door hen voordien gemaakte afspraken,²³ zij het dat het vermogen van de failliet niet meer te zijner beschikking staat.

De Memorie van Toelichting formuleert het als volgt:

21 Asser-Hartkamp 4-I, nr. 71.

22 HR 31 december 1909, W 8957 en in gelijke zin HR 5 januari 1923, NJ 1923, 359, W 11 022 waarin gesproken wordt van 'het systeem van fixatie van de rechten van crediteuren op het ogenblik van het faillissement'.

23 Polak/Wessels 2465, p. 253.

Het faillissement betreft uitsluitend de goederen van de schuldenaar, niet ook diens persoon. Het vonnis van faillietverklaring spreekt de gerechtelijke inbeslagneming van de boedel uit, laat daarentegen de persoon van den schuldenaar geheel ongemoeid. (...) Maar evenals deze [degene op wiens vermogen beslag is gelegd, NvO] het gelegde beslag moet eerbiedigen en zich dus heeft te onthouden van zoodanige beschikkingen over de in beslag genomen voorwerpen waardoor de in beslag nemende schuldeischers benadeeld of het doel der beslagneming verijdeld zou kunnen worden, zoo heeft ook de schuldenaar wiens gehele boedel gerechtelijk in beslag genomen, m.a.w. failliet verklaard is, dit gerechtelijke beslag te eerbiedigen en zich te onthouden van al wat het effect daarvan zou kunnen verijdelen of verminderen. De failliet staat niet, zoals wel beweerd is, onder curateele; integendeel, hij is bekwaam om te handelen speciaal om overeenkomsten te sluiten; hij kan zich verbinden gelijk voorheen; tot nakoming dier verbintenissen kan tegen hem in rechte geageerd worden; de vonnissen deswege tegen hem gewezen kunnen in het algemeen ten uitvoer gelegd worden; alleen niet op zijn in beslag genomen vermogen.

Uit vorenstaande vloeit in beginsel voort dat indien de failliet op of ná de dag van uitspreken van het faillissement een verplichting aangaat, hij evenzeer gebonden is als wanneer hij de verplichting vóór faillissement zou zijn aangegaan, maar dat bij diens niet-nakoming de wederpartij zich zal dienen te onthouden van verhaal op het door het faillissementsbeslag bestreken vermogen. Indien de kwalitatieve verplichting nog niet gecompleteerd is (er is nog geen inschrijving in de openbare registers) is de vraag of het completeren überhaupt nog wel mogelijk is.

7.4.1 Vóór faillissement was er slechts een basisovereenkomst

Een eerste mogelijkheid is dat de gefailleerde al ten aanzien van een hem toebehorend registergoed een verplichting tot dulden of niet-doen met een wederpartij was aangegaan. Hoewel deze verplichting beoogd wordt derdenwerking te hebben, is er nog geen notariële akte van opgemaakt en is er niets ingeschreven in de openbare registers. In dit geval geldt dat indien de failliet de crediteur is, de curator als vertegenwoordiger van de failliet²⁴ nakoming van de verplichting zal kunnen vorderen en hem alle rechten ten dienste zullen staan die een partij bij een overeenkomst heeft bij niet-nakoming door diens wederpartij. Hierbij kan worden gedacht aan ontbinding (artikel 6:265 BW), opschorting zijnerzijds van zijn verplichtingen (artikel 6:262 BW) of het vorderen van schadevergoeding bij wanprestatie (artikel 6:74 BW). Ook de reële executie kan hier soelaas bieden. De wederpartij kan wellicht op zijn beurt artikel 37 Fw. in stelling brengen, waarover meer in §7.5.

²⁴ MvT op Fw 25: De curator wordt daarom in 't Ontwerp beschouwd als de wettelijk vertegenwoordiger van de schuldeischers, en omdat hij dit is, tevens als de vertegenwoordiger van den schuldenaar.

Is daarentegen de failliet de debiteur, dan geldt wat hierboven al is uiteen gezet: uit de aard van de verplichting vloeit voort dat bij een gebleken schending door de debiteur-failliet of door de curator zelf de curator in principe niet tot nakoming kan worden gedwongen, wat de acties van de crediteur terugbrengt tot de ter verificatie in te dienen vordering tot schadevergoeding.

7.4.2 De overeenkomsten bestaan al, er is nog geen notariële akte

Bestaan de basisovereenkomst en de overeenkomst tot kwalitatief maken al, maar is van deze laatste overeenkomst nog geen akte opgesteld dan geldt hetzelfde als hierboven vermeld.

Bij beide overeenkomsten zal de wederpartij van de failliet slechts een concurrente vordering hebben, die hij ter verificatie moet indienen. Bij faillissement van de crediteur zou voor de curator van de crediteur-failliet een mogelijkheid kunnen zijn het vragen van een rechterlijke uitspraak als bedoeld in artikel 3:300 BW. Voor de wederpartij van de debiteur-failliet blijft echter de hoofdregel staan, dat de curator niet tot nakoming kan worden gedwongen en dat reële executie niet leiden kan tot een verplichting tot medewerking van de curator. Bovendien bestaat er nog de complicatie van het al eerder besproken artikel 35a Fw. welk artikel bepaalt:

‘Indien een beding als bedoeld in artikel 252 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek op de dag van faillietverklaring nog niet in de openbare registers was ingeschreven, kan de curator het registergoed ten aanzien waarvan het is gemaakt, vrij van het beding overeenkomstig de artikelen 101 of 176 verkopen.’

In deze tekst wordt benadrukt dat de wetgever de curator bij verkoop niet gebonden acht aan de eerder gesloten overeenkomst als bedoeld in artikel 6:252 BW. Vorenstaande strookt met wat in het algemeen geldt voor verbintenissen in faillissement, en lijkt in die zin dan ook een open deur. Ook ten aanzien van door de failliet aangegane (obligatoire) kettingbedingen geldt dat de curator bij verkoop niet aan deze bedingen gebonden geacht wordt, ook al is de failliet ze wel zelf aangegaan.²⁵

7.4.3 Alleen de inschrijving in de openbare registers ontbreekt

Kan ingeval de akte al door partijen was opgemaakt de curator van de crediteur-failliet eigenmachtig inschrijving in de openbare registers bewerkstelligen? In het algemeen wordt aangenomen dat inschrijving in de openbare registers kan geschieden door degene die bij die inschrijving belang heeft.²⁶ En is, indien de failliet de

25 HR 17 mei 1985, NJ 1986 (Curaçao/Boyé) en Van Huizen, Overgangsrecht NBW, WPNR 6007 (1991), p. 381.

26 Van Straaten, Kadaster, openbare registers en derdenbescherming, p. 55 die als voorbeeld aanhaalt artikel 3:89 lid 1 BW op basis waarvan vervreemder en verkrijger gelijkelijk tot inschrijving bevoegd zijn.

debiteur is, de wederpartij van de failliet hiertoe gerechtigd? Moet in casu een parallel getrokken worden met enerzijds het bepaalde in artikel 3:84 lid 1 BW – op basis waarvan ten tijde van de levering (i.e. de inschrijving in de openbare registers) sprake moet zijn van beschikkingsbevoegdheid van de ‘vestiger’ – en anderzijds met artikel 35 Fw.? In dit laatste artikel dat spreekt over levering, wordt bepaald dat indien op de dag van de faillietverklaring nog niet alle handelingen die voor een levering door de schuldenaar nodig zijn hebben plaatsgevonden, de levering niet meer rechtsgeldig kan geschieden. Inschrijving van de akte zal dan niet het gewenste resultaat hebben.

7.4.3.1 *Is beschikkingsbevoegdheid noodzakelijk?*

In §4.4.3.1 heb ik betoogd dat voor het verlenen van het gewenste effect aan een kwalitatieve verplichting, beschikkingsbevoegdheid aan de zijde van de debiteur vereist is. In faillissement geldt dan hetzelfde, wat betekent dat indien ten tijde van het intreden van het faillissement nog niet alle formaliteiten zijn verricht, door het verliezen van de beschikkingsonbevoegdheid rechtsgeldige voltooiing niet meer mogelijk is. Kan in dit licht bezien de curator die de kwalitatieve verplichting wél wil voltooien zich opwerpen als vertegenwoordiger van de failliet en alsnog inschrijving van de verplichting bewerkstelligen? Uit de redactie van artikel 35a Fw. blijkt dat de curator het registergoed *kan* verkopen vrij van het beding. Hij is hiertoe echter niet verplicht en heeft dus met het oog op slechts dat artikel de vrijheid wel mee te werken aan inschrijving van het beding in de openbare registers en verkoop van het goed mét het beding. Alhoewel ‘belasting’ van een tot het vermogen van de failliet behorend registergoed in strijd lijkt met de taak van de curator, zijnde het vertegenwoordigen van de belangen van de schuldeisers (en failliet), kan het belang van ‘bezwaar’ gelegen zijn in een eventueel verschuldigde tegenprestatie door de wederpartij, welke tegenprestatie ex artikel 6:252 lid 4 BW na inschrijving ervan mét de verplichting overgaat op verkrijgers van het goed. Door de verkregen tegenprestatie zou de waarde van het goed mét de verplichting hoger kunnen zijn dan zonder.

Zou de curator besluiten zijn medewerking te verlenen aan de inschrijving van het beding in de registers, dan is de vraag of deze inschrijving het gewenste gevolg heeft of dat artikel 35 Fw. roet in het eten gooit. In het arrest Van Mosselaar Vastgoed/Lagero²⁷ bepaalde de Hoge Raad over de reikwijdte van artikel 35 lid 1 Fw.:

‘Anders dan het onderdeel betoogt kan ook de curator in een geval als hier aan de orde is, de levering niet voltooien. Zou de curator een tot levering van een registergoed bestemde akte, die vóór de faillietverklaring van de vervreemder is verleden, na diens faillietverklaring kunnen doen inschrijven, dan zou uit de openbare registers blijken dat

27 HR 14 juli 2000, NJ 2001, 685 m.nt. SCJJK, zie ook Asser-Mijnssen-De Haan, nr. 210.

een voor de dag van de faillietverklaring verleden tot levering bestemde akte, na dat tijdstip is ingeschreven. Uit de registers blijkt niet dat degene die deze akte heeft doen inschrijven, daartoe bevoegd was. De mogelijkheid daartoe moet dan ook worden verworpen omdat aanvaarding daarvan de rechtszekerheid, die met het stelsel van openbare registers wordt beoogd, geweld zou aandoen. Nu art. 35 lid 1 voor alle groepen van goederen geldt, zal ook ten aanzien van een levering die is vereist voor de overdracht van een goed als bedoeld in art. 3:94 moeten worden aangenomen dat de curator deze levering niet kan voltooien. Het onderdeel faalt derhalve.'

Alhoewel Kortmann in zijn noot onder het arrest zijn vraagtekens zet bij de juistheid van deze uitspraak, merkt hij op:

'De beslissing is niet voor tweeërlei uitleg vatbaar: een levering die op het moment van het faillissement van de vervreemder nog niet volledig is verricht, kan nadien niet meer rechtsgeldig worden voltooid, noch door de vervreemder, noch door de verkrijger, en ook niet door de curator in het faillissement van de vervreemder.'

Gezien de achtergrond van de beslissing van de Hoge Raad (toelaten van inschrijving door de curator zou tot onduidelijkheid kunnen leiden bij inzage in de registers) en de parallel die ten aanzien van de beschikkingsbevoegdheid voor de verplichting al gemaakt is met een beperkt recht, neem ik aan dat ook voor de verplichting geldt dat een reeds verleden akte door de curator niet meer met het gewenste gevolg in de registers kan worden ingeschreven.

Wat nu als het aangaan van de verplichting bijzonder in het belang van de boedel zal zijn? Kan dan de curator een nieuwe overeenkomst tot kwalitatief maken met de crediteur aangaan, hiervan een notariële akte opstellen en deze laten inschrijven in de openbare registers of loopt deze weg reeds hierom dood omdat het goed niet aan de curator 'toebehoort'?

Indien het in artikel 6:252 lid 1 BW gebruikte begrip 'toebehoren' niet zou mogen worden gelezen als 'beschikkingsbevoegd', zou dit tot de conclusie leiden dat het de curator, aan wie immers de eigendom van het registergoed niet toekomt (deze berust immers nog steeds bij de failliet), niet is toegestaan een nieuwe overeenkomst aan te gaan. Hij zou wel beperkte rechten mogen vestigen, maar geen kwalitatieve verplichting, wat m.i. niet de bedoeling kan zijn. In mijn opvatting waarin het uiteindelijk gaat om beschikkingsbevoegdheid in die gevallen waarin die niet samenvalt met toebehoren, is de curator wel bevoegd een nieuwe overeenkomst tot kwalitatief maken aan te gaan en deze vast te leggen in een notariële akte, welke vervolgens door (of vanwege) zowel de crediteur als de curator in de openbare registers kan worden ingeschreven.

7.5 DE ROL VAN ARTIKEL 37 Fw. BIJ DE VERPLICHTING IN FAILLISSEMENT

Zowel ten aanzien van de basisovereenkomst als van de overeenkomst tot kwalitatief maken kan de vraag worden gesteld of hier sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 37 Fw.

Artikel 37 Fw. bepaalt in het algemeen voor wederkerige overeenkomsten dat indien geen van partijen geheel aan zijn verplichtingen heeft voldaan, de wederpartij van de gefailleerde de curator schriftelijk een redelijke termijn kan stellen waarbinnen deze de overeenkomst gestand kan doen, op straffe van verval van het recht zijnerzijds nakoming van de overeenkomst te vorderen.²⁸

Over de vraag of bij duurverbintenissen artikel 37 Fw. van toepassing is, zijn in de literatuur de meningen verdeeld. Kern van de discussie is of door het enkele aangaan van de verplichting door de debiteur deze aan zijn verplichting voldaan heeft, dan wel of er sprake is van een repeterende verplichting. In de discussie wordt als voorbeeld genomen de huurovereenkomst ten aanzien waarvan wel wordt betoogd dat door het enkele ter beschikking stellen van de te (ver-)huren ruimte, de verhuurder aan zijn verplichting heeft voldaan. Mijns inziens is deze opvatting onjuist. Zou in het geval van huur aangenomen worden dat de verhuurder met het enkele overhandigen van de sleutels aan zijn verplichting zou hebben voldaan, dan zou dit miskennen dat gedurende de gehele duur van de huurovereenkomst de verhuurder gehouden is die ruimte ter beschikking te blijven stellen, een voortdurende actieve prestatie derhalve. De stelling dat de verhuurder zich slechts gedurende de termijn van de huurovereenkomst dient te onthouden van het maken van inbreuk op het woongenot, miskent allereerst dat het verrichten van een prestatie ook een niet-doen of dulden kan omvatten, alsmede dat een dergelijke opvatting de deur open zou zetten voor misbruik. Het niet maken van inbreuk op woongenot is immers de negatieve kant van het actieve verschaffen van woongenot. Het kan niet zo zijn dat door het negatief formuleren van een verplichting regels buiten spel worden gezet.²⁹ Daarnaast zou het aannemen van een enkele verplichting tot de conclusie moeten leiden dat betaling van de huurtermijnen eigenlijk een uitgestelde betaling is. Al bij het ter beschikking stellen van de sleutels zou dan eigenlijk de gehele huursom voldaan moeten worden. Vorenstaande opvatting strookt niet met het gezonde verstand, noch met het gegeven dat de huurtermijnen eerst vervallen als ook daadwerkelijk het huurgenot wordt verschaft.

28 Op grond van artikel 68 Fw. zal de curator indien deze zich tot nakoming van de overeenkomst bereid wil verklaren, hiervoor machtiging van de rechter-commissaris behoeven.

29 Zoals bijvoorbeeld ook dikwijls wordt aangevoerd bij het negatief formuleren van de inhoud van een kwalitatieve verplichting, die uiteindelijk een doen beoogt, zoals de verplichting om geen ander bier te schenken dan merk X, wat de facto neerkomt op de verplichting om merk X te schenken.

In die zin bezien vormen de huurtermijnen toekomstige vorderingen en is er geen sprake van een vordering onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling.³⁰ Deze termijnen vervallen immers ook steeds na ommekomst van een periode van verschaffing van huurgenot.

Als er sprake is van een repeterende verplichting zal dus (vrijwel) steeds sprake zijn van een situatie waarin door één van de partijen, in casu de debiteur van de kwalitatieve verplichting, nog niet volledig aan de overeenkomst is voldaan. (Bij een periodieke tegenprestatie zal dit eveneens gelden voor de crediteur.) Artikel 37 Fw. is dan vanuit dit perspectief (vrijwel) altijd van toepassing. Dat zou alleen anders zijn als zou moeten worden aangenomen dat dit artikel niet van toepassing is op duurovereenkomsten. Anders dan de meeste auteurs meen ik met Polak dat dit wel het geval is.³¹ Ook voor de verplichting tot kwalitatief maken echter heeft artikel 37 Fw. betekenis, zij het dat deze overeenkomst natuurlijk niet als duurovereenkomst kwalificeert. Ik zal vorenstaande toelichten zowel voor de situatie dat de verplichting nog niet 'compleet is', als die waarin dat wel het geval is.

7.5.1 De verplichting is nog niet compleet

Ook bij de verplichting tot het opmaken van de akte en inschrijving daarvan in de openbare registers kan artikel 37 Fw. van toepassing zijn. Beide partijen zijn overeen gekomen dat de verplichting uit de basisovereenkomst kwalitatief wordt gemaakt, en beiden zijn gehouden hun afspraak na te komen. Vorenstaande moet zich uiten in het opmaken van een notariële akte en inschrijving ervan in de openbare registers. Moet de akte nog worden opgemaakt dan geldt voor beide partijen dat zij de overeenkomst nog niet geheel hebben uitgevoerd. Aan de wederpartij van de failliet komt de bevoegdheid toe de curator een termijn te stellen waarbinnen deze aan kan geven of hij de overeenkomst gestand doet. Geeft de curator aan de overeenkomst gestand te willen doen, dan transformeert de verplichting hiermee tot een boedelschuld die geen verificatie behoeft en een onmiddellijke aanspraak op de boedel geeft.³² Voor boedelschulden is ex artikel 24 Fw. de boedel aansprakelijk. De curator is dan bovendien gehouden zekerheid te stellen voor de nakoming van zijn verplichtingen.

Indien de curator ex artikel 37 Fw. zou aangeven mee te willen werken aan het opmaken van de akte en inschrijving van de verplichting in de openbare registers (er ontstaat een boedelschuld) om dit vervolgens feitelijk toch niet te doen, zou

30 Zie HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 m.nt. WMK (Stichting Ontwikkelingsfonds Visserij/ABN) waarin onderscheid werd gemaakt tussen toekomstige vorderingen en vorderingen onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling.

31 Zie voor de discussie hieromtrent Polak-Wessels I, par. 1321.

32 HR 27 mei 1988, NJ 1988, 964 m.nt. G (AMRO-bank/Den Hollander q.q.) en HR 28 november 1930, NJ 1931, p. 253 (Teixera de Mattos).

zich de vreemde situatie kunnen voordoen dat de curator met de wet in de hand over zou kunnen gaan tot verkoop ex artikel 35a Fw. zónder de verplichting. Kan in dat geval wel worden gezegd dat hij wanprestatie pleegt nu de wet hem expliciet de gelegenheid geeft zonder de verplichting te verkopen? Naar mijn mening wel. Heeft de curator expliciet te kennen gegeven zijnerzijds de overeenkomst gestand te willen doen, dan valt dit te beschouwen als het doen van 'afstand' van de hem op grond van artikel 35a Fw. toekomende bevoegdheid en pleegt hij wanprestatie jegens de crediteur, wat een boedelschuld oplevert. Bovendien zou betoogd kunnen worden dat de derde aan wie het registergoed zonder de verplichting wordt verkocht en geleverd, onrechtmatig handelt jegens de stipulator, dit afhankelijk van de vraag of de derde te goeder trouw was.³³

7.5.2 De verplichting was al wel compleet

De curator behoeft gedurende de 'rusttoestand' de verplichting in beginsel niet te respecteren zagen we in §7.3.2. Zou de curator ertoe neigen de verplichting te schenden of wil de crediteur gewoon duidelijkheid, dan geldt wat hiervoor in het algemeen voor duurovereenkomsten is opgemerkt namelijk dat artikel 37 Fw. van toepassing is en ook hier de curator gevraagd kan worden of hij de overeenkomst gestand wil doen. Geeft de curator te kennen de overeenkomst niet gestand te willen doen, dan heeft de wederpartij het recht om, naast bijvoorbeeld het invoeren van de exceptio non adimpleti contractus (hij behoeft een eventuele tegenprestatie niet te betalen),³⁴ gehele of gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst te bewerkstelligen met eventueel aanvullende schadevergoeding of vervangende schadevergoeding.³⁵ Nu ontbinding geen terugwerkende kracht heeft maar ongedaanmakingsverbintenissen dan wel waardevergoedingsaanspraken in het leven roept, zal in de praktijk ex artikel 37a Fw. de schuldeiser als concurrent crediteur opkomen en zullen de vorderingen ter verificatie moeten worden ingediend. Lastig zal in dat geval zijn het aantonen dan wel begroten van eventuele schade.

Het lijkt onlogisch dat een crediteur de overeenkomst ontbindt. Ook als de curator niet nakomt, geldt immers bij een 'complete verplichting' dat het goed slechts mét de verplichting kan worden verkocht. Op dat moment krijgt de verplichting weer inhoud. Gedurende de 'rusttoestand' waarin de curator de verplichting schendt zal de crediteur zijn eventuele tegenprestatie op kunnen schorten op grond van artikel 6:262 BW. Zou echter de crediteur al van de overeenkomst af gewild hebben, bijvoorbeeld omdat hij de tegenprestatie niet (meer) in verhouding vindt staan met zijn recht uit de kwalitatieve verplichting, dan heeft hij hier een mogelijkheid om te ontbinden en ook voor de toekomst van de verplichting af te zijn.

33 Zie ook de discussie hieromtrent bij kettingbedingen in §3.6.

34 Artikel 6:262 BW.

35 Respectievelijk artikel 6:265 BW, 6:277 BW en 6:87 BW.

Wil de curator de verplichting wél gestand doen, dan behoeft hij ex artikel 68 lid 2 Fw. de goedkeuring van de rechter-commissaris. Bij het gestand doen van een overeenkomst kan er immers een breuk ontstaan met de *paritas creditorum*.³⁶ De curator zal het belang van de overige schuldeisers moeten zetten tegenover het belang van de crediteur die zijnerzijds de nakoming van de tegenprestatie opschort.

7.6 HANDELEN VAN DE FAILLIET VLAK VÓÓR OF NA HET INTREDEN VAN HET FAILLISSEMENT

In de voorgaande paragrafen hebben we de situaties bekeken dat de (latere) failliet de verplichting (ruim) voor het intreden van het faillissement heeft gecompleteerd of dat de curator dit na het intreden van het faillissement doet.

Het is natuurlijk ook mogelijk dat de verplichting wordt aangegaan door de (aanstaand) failliet vlak voor het uitspreken van het faillissement (maar wel op dezelfde dag), dan wel vlak erna. Op grond van het bepaalde in artikel 23 Fw. verliest de failliet vanaf de dag van zijn faillietverklaring, die dag daaronder begrepen, de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorend vermogen. Het faillissement maakt de failliet niet handelingsonbekwaam, maar zijn handelingen kunnen in beginsel geen invloed hebben op het vermogen waarop het faillissementsbeslag rust.³⁷ De woorden in beginsel, hebben betrekking op het bepaalde in artikel 24 Fw., op grond waarvan de failliete boedel niet aansprakelijk is voor verbintenissen van de schuldenaar ná de faillietverklaring aangegaan, dan zover deze ten gevolge daarvan is gebaat.³⁸

De boedel kan gebaat zijn in twee situaties:

- a. de eerder genoemde situatie dat er een grote tegenprestatie wordt bedongen, en
- b. indien de failliet de crediteur uit de verbintenis is en aan het recht een bepaalde 'nuisance-value' kan worden toegekend.

Indien de verbintenis op de dag van het uitspreken werd aangegaan (gecompleteerd), nog voordat het faillissement werd ingeschreven, kan worden aangevoerd dat de wederpartij van de failliet niet op de hoogte kón zijn van het faillissement en daarom enige vorm van bescherming zou verdienen. Mag op de bepaling van artikel 24 Fw. een uitzondering worden gemaakt voor de situatie dat de failliet op de dag van faillissement, derhalve voorafgaand aan de inschrijving van het faillissement, heeft meegewerkt aan de inschrijving van een kwalitatieve verplichting in de openbare registers? Wordt de wederpartij die niet van het faillissement op de

36 HR 20 maart 1981, NJ 1981, 640 m.nt. CJHB (Veluwse Nutsbedrijven) en HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 896 (Van der Hel/Edon).

37 Polak, Faillissementsrecht, p. 58.

38 HR 11 januari 1980, NJ 1980, 563 m.nt. BW (ABC/Emmerig) en Polak, Faillissementsrecht, p. 60 en de verwijzingen aldaar.

hoogte kón zijn op enige wijze beschermd? De faillissementswet maakt geen melding van derdenbeschermende bepalingen. Het faillissement werkt jegens derden vanaf 0.00 uur van de dag waarop het faillissement werd uitgesproken, dit ongeacht het moment van publicatie. Of de derde die handelde met de (aankomend) failliet te goeder trouw is niet relevant.³⁹

Zou de derde als crediteur uit de kwalitatieve verplichting eventueel een beroep kunnen doen op het bepaalde in artikel 3:24 BW? Volgens dit al eerder besproken artikel⁴⁰ wordt de verkrijger van een recht op een registergoed onder bijzondere titel⁴¹ beschermd tegen voor inschrijving in de openbare registers vatbare feiten met betrekking tot dat registergoed, indien dat betreffende feit ten tijde van de verkrijging niet in de openbare registers ingeschreven was. Weliswaar wordt er voor het faillissement een uitzondering gemaakt in artikel 3:24 lid 2 sub c BW, maar slechts indien het betreffende feit (het faillissement) ten tijde van de verkrijging ook daadwerkelijk in het faillissementsregister was ingeschreven. Mag hieruit worden geconcludeerd dat indien de verplichting wordt ingeschreven in de openbare registers op een moment waarop het faillissement wel al is uitgesproken maar nog nergens is ingeschreven, dat wil zeggen noch in het faillissementsregister noch in de openbare registers, de derdeverkrijger toch bescherming kan ontleenen aan artikel 3:24 lid 1 BW? Hierover zijn de meningen verdeeld. Van Hees is van mening dat dit inderdaad het geval is, terwijl Kortmann een andere mening voorstaat.⁴² Naar mijn mening moet artikel 3:24 lid 2 sub c BW aldus worden gelezen dat er inderdaad slechts een uitzondering op de bescherming van lid 1 wordt aangenomen, indien het faillissement daadwerkelijk in het faillissementsregister is ingeschreven. Vorenstaande leid ik af uit het gegeven dat er niet – zoals in artikel 3:24 lid 1 sub a BW – wordt gesproken van feiten die ‘vatbaar zijn voor inschrijving’, maar om ‘ingeschreven rechterlijke uitspraken’. Hoewel nergens in de Parlementaire Geschiedenis expliciet op dit dilemma wordt ingegaan,⁴³ lijkt deze uitleg het meest te stroken met de bedoeling van de wetgever. Zou iets anders worden aangenomen dan mist lid 2 sub c in een faillissementssituatie iedere betekenis.

7.6.1 Schending van de verplichting tijdens faillissement door de failliet

Heeft de schending door de debiteur-failliet plaats tijdens faillissement, dan kan de crediteur de failliet zelf aanspreken. De failliet is immers gewoon handelingsbe-

39 HR 11 januari 1980, NJ 1980, 563 (ABC/Emmerig).

40 §4.6.1.

41 In §4.6.1 betoogde ik al dat het aangaan van een kwalitatieve verplichting voor de toepassing van dit artikel moet worden beschouwd als een recht op een registergoed.

42 Van Hees, notaris en faillissement, in: Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht, p. 97 en Kortmann, Derden in het faillissementsrecht, AAe 46 (1997), p. 320.

43 Parl. Gesch. Boek 3, p. 136.

kwaam,⁴⁴ maar kan niet de boedel binden. Een eventuele veroordeling tot schadevergoeding in geld kan dus de failliete boedel niet binden (behoudens indien de boedel bij de schending is gebaat) maar slechts het buiten faillissement blijvende vermogen kan de crediteur tot verhaal dienen. Meer baat zal de crediteur hebben bij directe reële executie (fysiek tegenhouden van de schending).

De vordering die de crediteur uit de verplichting jegens de failliet heeft kan niet ter verificatie worden ingediend nu zij na het intreden van het faillissement is ontstaan.

7.7 BESLAG

Is bij faillissement sprake van een gerechtelijk beslag op het gehele vermogen van de failliet, bij het zogeheten 'bijzondere beslag' is sprake van beslag op specifieke vermogensbestanddelen met ofwel als doel het behouden van verhaalsvermogen (conservatoir beslag), ofwel het te gelde maken van het beslagen goed teneinde een vordering op de opbrengst ervan te verhalen (executoriaal beslag).

Beslag wordt door een schuldenaar gelegd door tussenkomst van een deurwaarder. Deze schrijft een proces-verbaal van beslag in in de openbare registers. Eerst vanaf het moment van inschrijving heeft het beslag werking jegens derden. Bij een bijzonder beslag is geen sprake van beschikkingsonbevoegdheid van de beslagene, al wordt er soms wel van 'relatieve beschikkingsonbevoegdheid' gesproken. De beslagene kan het goed waarop beslag is gelegd gewoon vervreemden en bezwaren, maar jegens de beslaglegger kan geen beroep op de vervreemding of bezwaring worden gedaan.⁴⁵ Vorenstaande houdt in, dat indien een derde door vervreemding rechthebbende is geworden van een beslagen goed, de beslaglegger zijn verhaal op het betreffende goed gewoon voort kan zetten ook al is een derde eigenaar van het goed geworden. Dat geldt echter alleen indien het beslag al in de openbare registers was ingeschreven vóórdat de vervreemding was ingeschreven, en er geen sprake is van een leveringsakte die voor het moment van beslaglegging is verleden en uiterlijk een werkdag nadien wordt ingeschreven.^{46,47}

Ten aanzien van een kwalitatieve verplichting geldt ex artikel 6:252 lid 3 sub b BW dat het beding ook na inschrijving ervan geen werking heeft jegens een beslaglegger op het goed of een recht daarop indien de inschrijving van het beding op het tijdstip van inschrijving van het proces-verbaal van inbeslagneming nog niet had plaatsgevonden. Kort gezegd: was het beslag al ingeschreven toen het beding werd

44 Wat relevant is bij het aangaan van rechtshandelingen zoals bijvoorbeeld verhuur waarbij de boedel is gebaat.

45 Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, Deventer, 2001, p. 115.

46 Artikel 505 lid 3 Rv. na HR 30 januari 1981, NJ 1982, 56 m.nt. WMK (Krans/Tan).

47 Met dien verstande dat artikel 505 lid 3 Rv. niet geldt voor bijvoorbeeld het maritale beslag of het beslag tot levering, zie artikel 734 Rv.

ingeschreven, dan is de beslaglegger niet aan het beding gebonden. Geldt ten aanzien van het beslag daarnaast ook het bepaalde in artikel 505 lid 3 Rv.? Goed beschouwd immers heeft de beslaglegger als het een kwalitatieve verplichting betreft een rianter positie dan wanneer het een beperkt recht betreft. Bij de vestiging van een beperkt recht is van toepassing het bepaalde in artikel 505 lid 3 Rv., dat letterlijk luidt:

‘Indien de akte betreffende de vervreemding of bezwaring voor de inschrijving van het beslag reeds was verleden, kan de vervreemding of bezwaring nog tegen de beslaglegger worden ingeroepen, mits de inschrijving van deze akte uiterlijk geschiedt de eerste dag, waarop het kantoor van de Dienst voor het kadaster en de openbare registers na de dag van de inschrijving van het beslag voor het publiek opengesteld is’.

Niet valt in te zien waarom voor de kwalitatieve verplichting niet de extra bescherming van artikel 505 lid 3 Rv. zou gelden. Zowel bij de beperkte rechten als bij het aangaan van de verplichting betreft het het verkrijgen van zaaksgevolg, met dien verstande dat bij de kwalitatieve verplichting tussen partijen de verplichting al geldt. Naar mijn idee is dit des te meer reden om de partijen uit de overeenkomst ook de extra dag toe te kennen, mits natuurlijk aan de vereisten van lid 3 is voldaan. De wetgever heeft echter anders geoordeeld. Op een uitdrukkelijke vraag naar de toepasselijkheid van de leden 2 en 3 van artikel 505 Rv. heeft de Minister expliciet aangegeven:⁴⁸

‘De vraag in hoeverre een beding als bedoeld in artikel 6.5.3.4 lid 3 tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen, moet worden beantwoord aan de hand van de bijzondere regel van artikel 6.5.3.4 lid 3 aanhef en onder a en niet aan de hand van de regels van het tweede en derde lid van artikel 505. Het overeen komen van een beding als hier bedoeld kan ook niet gelden als ‘bezwaring’ in de zin van die leden, waarbij moet worden gedacht aan bezwaring met beperkte rechten als bedoeld in artikel 3.1.1.7. Wat het derde lid van artikel 505 betreft, verdient nog aantekening dat de daar opgenomen, in geval van vervreemding of bezwaring voor de verkrijger zeer gunstige regeling, niet ook behoort te gelden voor degene die zich een recht als bedoeld in artikel 6.5.3.4 bedong, maar niet terstond inschrijving heeft genomen. Er is geen reden hier af te wijken van de hoofdregel dat de volgorde van inschrijving in beginsel voor de rangorde beslissend is.’

De crediteur uit de verplichting krijgt dus niet de extra dag die aan beperkt gerechtigden wel toekomt. Uit de parlementaire geschiedenis valt niet expliciet af te leiden waarom de Minister geen aanleiding ziet aan te sluiten bij wat hieromtrent voor beperkte rechten is geregeld. Deze visie illustreert wederom de ambivalente houding van de wetgever jegens de verplichting. Enerzijds wordt de verplichting gekwalificeerd als een erfdienstbaarheid zonder heersend erf, die slechts in Boek 6

48 Parl. Gesch. Wetboek van Burg. Rv., p. 232 e.v.

is geplaatst om duidelijk de verbintenisrechtelijke acties van toepassing te laten zijn, terwijl anderzijds de plaatsing wordt gebruikt om de meeste bevoegdheden die aan beperkt gerechtigden toekomen buiten toepassing te verklaren. Naar mijn mening zou ook aan de crediteur uit de verplichting de extra dag moeten toekomen die als gevolg van artikel 505 lid 3 Rv. aan bijvoorbeeld beperkt gerechtigden toekomt. Op deze wijze wordt recht gedaan aan de 'plus' die het kwalitatief maken aan de verplichting geeft.

7.8 SAMENVATTING

In faillissement moet een onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat de verplichting al in de openbare registers was ingeschreven en die waarin dit nog niet was gebeurd. In het eerste geval zal de curator in de 'rusttoestand' in beginsel niet tot nakoming kunnen worden gedwongen en zal de vordering van de crediteur zich oplossen in een geldvordering die ter verificatie kan worden ingediend. Een uitzondering moet worden aangenomen voor het geval schending een onomkeerbare situatie in het leven roept waardoor de nakoming van de kwalitatieve verplichting definitief onmogelijk is geworden. Heeft echter de curator aangegeven de overeenkomst gestand te willen doen, of handelt de curator met de niet-nakoming onrechtmatig jegens de crediteur dan zal de schuld die hieruit voortvloeit een boedelschuld zijn en preferent boven de andere schulden.

Bij verkoop van het goed uit de boedel is de curator gehouden het goed met het beding te verkopen, dit als gevolg van het bepaalde in artikel 35a Fw.

Is de verplichting nog niet 'compleet' op het moment van het intreden van het faillissement, dan moet een onderscheid worden gemaakt in drie stadia van 'ontwikkeling'. Naargelang het stadium waarin de verplichting zich bevindt kan al dan niet tot gebondenheid van de boedel en/of de curator worden geconcludeerd. Omdat artikel 35 Fw. ook van toepassing moet worden geacht op de kwalitatieve verplichting, kan een eenmaal aangevangen transactie niet meer worden gecompleteerd. Vorenstaande houdt in dat de curator een nieuwe overeenkomst tot kwalitatief maken met de crediteur zal moeten aangaan en deze zal moeten inschrijven. Zowel op de basisovereenkomst als op de overeenkomst tot kwalitatief maken kan artikel 37 Fw. van toepassing zijn. Heeft de curator eenmaal aangegeven van de geboden mogelijkheid tot gestanddoening gebruik te willen maken, dan is daarmee de weg naar artikel 35a Fw. afgesloten.

De failliet zelf kan na het intreden van het faillissement slechts een kwalitatieve verplichting aangaan indien de boedel hierbij is gebaat. Vindt inschrijving van de kwalitatieve verplichting plaats op een moment waarop het faillissement wel is uitgesproken maar nog niet is ingeschreven in het faillissementsregister, noch in de openbare registers dan zal de crediteur worden beschermd door de bepaling van

artikel 3:24 lid 1 BW, en mist de uitzondering van artikel 3:24 lid 2 sub c BW toepassing.

Tegen een beslaglegger ten slotte kan het beding niet worden ingeroepen indien het beslag al was ingeschreven op het moment dat de verplichting in de openbare registers werd ingeschreven. Een uitzondering moet worden gemaakt voor de situatie als bedoeld in artikel 505 lid 3 Rv. Er is geen reden om de verplichting voor de toepasselijkheid van dit artikel anders te behandelen dan een beperkt recht zodat de conclusie – duidelijk in afwijking van hetgeen hieromtrent in de Parlementaire Geschiedenis is gezegd – moet luiden dat ook bij vestiging van de kwalitatieve verplichting, het beslag niet zal kleven indien de akte houdende het kwalitatief maken van de verplichting is ingeschreven uiterlijk de eerste werkdag volgend op die waarop de akte werd verleden, mits natuurlijk de akte eerder is gepasseerd dan het beslag werd gelegd.

