

Overeenkomst en Zekerheid

Mr. E.F. Verheul & prof. mr. T.T. van Zanten
(red.)

Woord vooraf

Al meer dan tien jaar biedt de serie Recht en Praktijk – Insolventierecht een breed palet van thema's en benaderingen om 'insolventie en recht' in perspectief te plaatsen, beter te kunnen doorgronden en om de praktijkbeoefening te ondersteunen en te verrijken. Meestal zijn de auteurs in de serie ervaren en gespecialiseerde juristen, maar soms ook juristen, economen en financiële adviseurs die het insolventierecht in de brede zin beoefenen. In dit deel *Overeenkomst en Zekerheid* onder redactie van Emil Verheul en Thijs van Zanten komt vooral de eerste groep aan bod. Dat ligt ook voor de hand omdat het onderwerp het hart van het vertrouwen van het handelsverkeer raakt: de voorspelbaarheid en zekerheid bij handelstransacties, die wordt gevonden in solide overeenkomsten en waarborg biedende zekerheden.

De auteurs in deze bundel gaan in op bekende zekerheidsrechten (pand en hypotheek), en indien vestiging daarvan niet mogelijk blijkt (vooral als de waarborg meer op de partijbehoefte moet worden toegesneden) op contractuele zekerheidsvormen, en lastige vragen daarbij (verrekening, derdenwerking van partijafspraken, contractuele bewaarnemingsconstructies en optierechten). Andere vermogensrechtelijke zekerheidsfiguren die uitvoerig aan bod komen zijn de abstracte bankgarantie, vooral in het licht van het faillissement van de contragarant en het eigendomsvoorbehoud en de vraag of de wettelijke regeling van die figuur ruimte biedt voor afwijkende contractuele afspraken.

Het hypotheek- en het pandrecht wordt door enkele auteurs van bijzonderheden voorzien, zoals het niet-veranderingsbeding en het beheersbeding bij hypotheek, en bij pandrecht een beschouwing over onder meer de bevoegdheden van de pandhouder ten aanzien van vorderingen en diens rechten ten opzichte van derden, de inperking van de bevoegdheden tot parate executie, het ontstaansmoment van die bevoegdheid, contractuele afspraken over die bevoegdheid en de mogelijkheid om de zekerheidspositie van een pandhouder te optimaliseren met behulp van een overeenkomst van rangwisseling of rangwijziging van pandrechten.

De soliditeit van een overeenkomst en van zekerheid wordt vooral in het insolventierecht op de proef gesteld. Kan over de faillissementsboedel worden beschikt door gebruikmaking van een machtiging tot doorverkoop of van een contractuele bevoegdheid tot verwerking of afscheiding? Wat is de invloed van een door de curator gesloten vaststellingsovereenkomst? Wat is de verhouding tussen de algemene beginselen van privaatrecht en een WHOA-akkoord? Bieden ver-

plichtingen voortvloeiend uit een goederenrechtelijke rechtsverhouding aan de gerechtigde zekerheid van nakoming in geval van faillissement? Of: in hoeverre biedt het insolventierecht ruimte voor het maken van afspraken over rechtsgevolgen van contracten indien een van de partijen in staat van faillissement geraakt?

Wij nemen dit deel met de bijdragen rond overeenkomst en zekerheid graag op in de serie. Zij bieden met de nodige diepgang en het vereiste detail een breed palet aan beschouwingen uit het verbintenissen- en overeenkomstenrecht, het zekerhedenrecht, het algemene goederenrecht en het executie- en beslagrecht. Al deze rechtsgebieden zijn relevant voor het insolventierecht. Zowel praktijkjuristen, financiële adviseurs als academici zullen met deze bijdragen hun voordeel doen.

Prof. mr. drs. C.M. Harmsen/Amsterdam
Prof. mr. R.J. de Weijs/Amsterdam
Em. Prof. mr. B. Wessels/Dordrecht

Januari 2023

Inhoudsopgave

| | | |
|-------------------------------|--|-----------|
| WOORD VOORAF | | V |
| TEN GELEIDE | | VII |
| 1 | DE ZEKERHEID VAN NAKOMING VAN GOEDERENRECHTELIJKE VERPLICHTINGEN IN FAILLISSEMENT | 1 |
| <i>Mr. drs. T.E. Booms</i> | | |
| 1.1 | Introductie | 1 |
| 1.2 | Goederenrechtelijke verplichtingen | 3 |
| 1.3 | Opvattingen in de literatuur | 4 |
| 1.3.1 | Het onderscheid tussen verbintenissen en andere rechtsplichten | 5 |
| 1.3.2 | Drie ‘kampen’ in de literatuur | 9 |
| 1.4 | Argumenten voor en tegen ‘faillissementsbestendigheid’ van aanspraken uit goederenrechtelijke verplichtingen | 10 |
| 1.4.1 | Argumenten vóór het aannemen van faillissementsbestendigheid | 11 |
| 1.4.2 | Argumenten tegen het aannemen van faillissementsbestendigheid | 11 |
| 1.4.3 | Wat houdt het ‘verzakelijken’ van verbintenissen in? | 12 |
| 1.4.4 | Conclusie: wel of niet faillissementsbestendig? | 15 |
| 1.5 | Het behandelen van aanspraken uit goederenrechtelijke verplichtingen als aanspraken uit wederkerige overeenkomsten | 16 |
| 1.5.1 | Toepasselijkheid van art. 37 e.v. Fw op aanspraken uit goederenrechtelijke verplichtingen | 17 |
| 1.5.2 | (Haken en ogen bij) toepassing van art. 37 e.v. Fw | 20 |
| 1.6 | Conclusie | 24 |
| 2 | CONTRACTUELE VERREKENING IN EN BUITEN FAILLISSEMENT | 27 |
| <i>Prof. mr. N.E.D. Faber</i> | | |
| 2.1 | De wettelijke bevoegdheid tot verrekening | 27 |
| 2.2 | Contractuele afwijkingen van de wettelijke regeling | 28 |
| 2.3 | Derdenwerking van contractuele verrekeningsbedingen | 29 |
| 2.4 | Derdenwerking van contractuele verrekeningsbedingen tijdens faillissement | 31 |

| | | |
|-----|---|----|
| 2.5 | Geen reden tot beperking van de derdenwerking van contractuele verrekeningsbedingen | 35 |
|-----|---|----|

| | | |
|----------|--|-----------|
| 3 | DE VASTSTELLINGSOVEREENKOMST IN FAILLISSEMENT | 37 |
|----------|--|-----------|

Prof. mr. drs. C.M. Harmsen

| | | |
|---------|---|----|
| 3.1 | Inleiding | 37 |
| 3.2 | De vaststellingsovereenkomst | 37 |
| 3.3 | De door de schuldenaar gesloten vaststellingsovereenkomst | 38 |
| 3.3.1 | Niet den minsten invloed | 38 |
| 3.3.2 | Vernietiging | 40 |
| 3.3.2.1 | Wilsgebreken | 40 |
| 3.3.2.2 | Actio Pauliana | 41 |
| 3.3.3 | Ontbinding | 42 |
| 3.4 | Door de curator gesloten vaststellingsovereenkomst | 43 |
| 3.4.1 | Inleiding | 43 |
| 3.4.2 | Bevoegdheid | 43 |
| 3.4.3 | Beroep op rechter-commissaris en rechtbank | 44 |
| 3.4.4 | Gebondenheid van schuldeisers | 46 |
| 3.4.5 | Vernietiging op grond van dwaling | 48 |
| 3.4.6 | Verificatie en renvooiprocedure | 48 |
| 3.5 | Afsluitende opmerkingen | 49 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 4 | VERHAAL UIT HOOFDE VAN CONTRAGARANTIES GEDURENDE HET FAILLISSEMENT VAN DE CONTRAGARANT | 51 |
|----------|---|-----------|

Mr. V.G. Koolen

| | | |
|-------|---|----|
| 4.1 | Inleiding | 51 |
| 4.2 | De rechtsverhouding tussen de bank en de contragarant | 51 |
| 4.2.1 | Overeenkomst tot lastgeving | 51 |
| 4.2.2 | De contragarantie | 52 |
| 4.2.3 | Zekerheid tot nakoming van de contragarantie | 54 |
| 4.3 | De contragarantie tijdens het faillissement van de contragarant | 55 |
| 4.3.1 | Verrekening en art. 53 Fw | 55 |
| 4.3.2 | Verrekening en art. 54 Fw | 56 |
| 4.3.3 | Verhaal krachtens pandrecht | 58 |
| 4.4 | Leegstandschade: verhaal beperkt | 59 |
| 4.5 | Slot | 60 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 5 | KAN EEN VORDERING DIE KRACHTENS PARTIJBEDING NIET-OVERDRAAGBAAR IS GEMAAKT WORDEN VERPAND? | 63 |
|----------|---|-----------|

Mr. dr. T. van der Linden

| | | |
|-------|--|----|
| 5.1 | Inleiding | 63 |
| 5.2 | Hoe is de vrijheid van de schuldeiser en de schuldenaar te verklaren om een vordering niet-overdraagbaar te maken? | 65 |
| 5.2.1 | Algemeen | 65 |
| 5.2.2 | De plaats van de vordering in de systematiek van het vermogensrecht | 65 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 5.2.3 | Hoe moet tegen de bevoegdheid van 3:83 lid 2 BW worden aangekeken? | 66 |
| 5.3 | Leidt niet-overdraagbaarheid tot niet-verpandbaarheid? | 68 |
| 5.3.1 | Inleiding | 68 |
| 5.3.2 | Leidt niet-overdraagbaarheid automatisch tot niet-verpandbaarheid? | 69 |
| 5.3.3 | Kunnen partijen een vordering niet-overdraagbaar, maar wel verpandbaar maken? | 71 |
| 5.4 | Het arrest Rabobank/Ten Berge q.q. c.s. | 71 |
| 5.5 | Wat zijn de consequenties van Rabobank/Ten Berge q.q. c.s.? | 73 |
| 5.5.1 | De vraag waarop de Hoge Raad niet ingaat | 73 |
| 5.5.2 | Een fundamentele keuze | 75 |
| 5.6 | Slotbeschouwing | 76 |
| 6 | PARTIAUTONOMIE MET BETREKKING TOT HET ONTSTAAN VAN DE EXECUTIEBEVOEGDHEDEN VAN DE PANDHOUDER | 79 |

Mr. F.F.L. van der Linden van Sprankhuizen

| | | |
|----------|--|-----------|
| 6.1 | Introductie | 79 |
| 6.2 | Wettelijk ontstaansmoment van de executiebevoegdheden | 80 |
| 6.2.1 | Het afgifterecht en de mededelingsbevoegdheid | 80 |
| 6.2.2 | De verkoopbevoegdheid | 84 |
| 6.3 | Goederenrechtelijke wijziging op grond van een expliciete wettelijke grondslag | 86 |
| 6.4 | Contractuele wijziging | 87 |
| 6.5 | Goederenrechtelijke wijziging zonder expliciete wettelijke grondslag | 89 |
| 6.5.1 | Wijziging van het ontstaansmoment van het afgifterecht zelf | 89 |
| 6.5.2 | Wijziging van het ontstaansmoment van de verkoopbevoegdheid zelf | 91 |
| 6.6 | Rechtsgevolgen van wijziging | 93 |
| 6.7 | Slot | 96 |
| 7 | HET GEMODIFICEERDE EIGENDOMSVOORBEHOUD | 97 |

Prof. mr. A.I.M. van Mierlo

| | | |
|-----|--|-----|
| 7.1 | Inleiding | 97 |
| 7.2 | Drie algemene inleidende opmerkingen | 99 |
| 7.3 | Vervreemding door de koper van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaak | 101 |
| 7.4 | Waarborg voldoening andere vorderingen | 104 |
| 7.5 | Eigendomsvoorbehoud en rekening-courant | 106 |
| 7.6 | Zekerheid bij contract? | 107 |

8 RANGWIJZIGING VAN PANDRECHTEN, DE PANDGEVER EN DE TUSSENLIIGEND PANDHOUDER 109

Mr. drs. N.B. Pannevis

| | | |
|-------|--|-----|
| 8.1 | Inleiding | 109 |
| 8.2 | Instemming en toestemming volgens het arrest <i>Bowie Recycling</i> | 110 |
| 8.3 | Medewerking van de pandgever | 111 |
| 8.3.1 | Inleiding | 111 |
| 8.3.2 | Parallellen met hypotheeken en herverpanding, of rangwijziging als afstand | 111 |
| 8.3.3 | Wijziging van het pandrecht | 112 |
| 8.3.4 | Instemmingsbenadering | 113 |
| 8.4 | Instemming van de tussenliggend pandhouder | 115 |
| 8.4.1 | Rangwijziging met en zonder instemming | 115 |
| 8.4.2 | Een parallel met herverpanding | 116 |
| 8.4.3 | Twee parallelle rangordes en/of cyclische rangorde | 117 |
| 8.4.4 | De verdeling van de executie-opbrengst | 118 |
| 8.4.5 | Executie en voorbereiding daarvan | 120 |
| 8.4.6 | Overdracht vrij van pandrecht en opkomen bij de verdeling van de opbrengst | 123 |
| 8.5 | Conclusie | 127 |

9 DE EXECUTIEOVEREENKOMST 129

Mr. dr. M.H.E. Rongen

| | | |
|-------|--|-----|
| 9.1 | Inleiding | 129 |
| 9.2 | Vrijwillige onderhandse niet-executoriale verkoop vs. Executoriale onderhandse verkoop krachtens executieovereenkomst | 132 |
| 9.2.1 | Vrijwillige onderhandse niet-executoriale verkoop | 132 |
| 9.2.2 | Executoriale onderhandse verkoop krachtens executieovereenkomst | 133 |
| 9.2.3 | Uitleg van de overeenkomst | 135 |
| 9.3 | Oneigenlijke lossing in faillissement | 137 |
| 9.3.1 | Van (oneigenlijke) lossing van de zekerheid ... | 137 |
| 9.3.2 | naar executie van de zekerheid | 138 |
| 9.3.3 | Curator gebonden aan een voorafgaand aan het faillissement gesloten executieovereenkomst? | 139 |
| 9.4 | Executieovereenkomst en hypotheek | 141 |
| 9.4.1 | Onderhandse executie zonder rechterlijke goedkeuring – een ‘slip of the pen’ van de Hoge Raad? | 141 |
| 9.4.2 | Alternatieve benadering – wijze van executie passend in het stelsel van de wet? | 142 |
| 9.5 | De aanspraken van de zekerheidsgerechtigde op de executieopbrengst: betekenis van het recht om ‘als separatist’ verhaal te nemen | 143 |
| 9.5.1 | Een ‘recht van separatisme’ m.b.t. de executieopbrengst | 143 |
| 9.5.2 | Verdere uitwerking van het ‘recht van separatisme’ | 147 |
| 9.6 | Executieovereenkomst en inning van stil verpande vorderingen door de pandgever | 149 |
| 9.6.1 | Executoriale inning door de pandgever ten behoeve van de stil pandhouder? - Uitgangspunten | 149 |

| | | |
|-----------|--|------------|
| 9.6.2 | Executieovereenkomst ook mogelijk met betrekking tot de inning van (stil) verpande vorderingen zonder dat mededeling van verpanding vereist is | 151 |
| 9.7 | Tot besluit | 154 |
| 10 | CONTINUÏTEIT VAN DE OVEREENKOMST ALS ZEKERHEID | 157 |

Mr. J.B. Spath

| | | |
|-----------|---|------------|
| 10.1 | Inleiding | 157 |
| 10.2 | PaaS | 158 |
| 10.3 | Continuïteit van de overeenkomst | 160 |
| 10.3.1 | Een PaaS-overeenkomst is een huurovereenkomst | 160 |
| 10.3.2 | Een groene PaaS-overeenkomst is meer dan huur | 163 |
| 10.4 | Continuïteit als basis voor zekerheid | 167 |
| 10.4.1 | Continuïteit van de rechtsverhouding | 168 |
| 10.4.1.1 | Gevolgen van niet betalen door de gebruiker | 168 |
| 10.4.1.2 | Gevolg van faillissement van aanbieder voor de zekerheidsrechten op de doorlopende overeenkomst | 169 |
| 10.4.2 | Continuïteit van de zaak | 172 |
| 10.5 | Slotsom | 175 |
| 11 | HET REALITEITSBEGINSEL EN DE TEGENWERPELIJKHEID VAN DE GEVOLGEN VAN PARTIJAFSPRAKEN AAN DERDEN | 177 |

Mr. drs. D.F.H. Stein

| | | |
|----------|---|-----|
| 11.1 | Inleiding | 177 |
| 11.2 | Partijafspraken over verbintenissen en daarmee corresponderende vorderingsrechten | 179 |
| 11.2.1 | De begrippen ‘verbintenis’ en ‘vorderingsrecht’ | 179 |
| 11.2.2 | Verschillende typen partijafspraken | 180 |
| 11.2.3 | Contractsvrijheid | 180 |
| 11.2.4 | De gevolgen van partijafspraken voor partijen zelf | 182 |
| 11.3 | De gevolgen van partijafspraken voor derden | 182 |
| 11.3.1 | Inleiding | 182 |
| 11.3.2 | Partijafspraken over het ontstaan of voortbestaan van verbintenissen | 183 |
| 11.3.3 | Partijafspraken over de verschuldigde prestatie | 184 |
| 11.3.4 | Partijafspraken over de afdwingbaarheid | 185 |
| 11.3.5 | Partijafspraken over de gevolgen van tekortschieten in de nakoming | 186 |
| 11.3.6 | Partijafspraken over het ontstaan en de omvang van het verhaalsrecht | 187 |
| 11.3.7 | Invloed van partijen op de aan het verhaalsrecht verbonden rang | 188 |
| 11.3.8 | Partijafspraken over overdraagbaarheid | 188 |
| 11.3.9 | Slotsom | 189 |
| 11.4 | Het onderscheid tussen de werking van goederenrechtelijke rechten en verbintenisrechtelijke (of ‘persoonlijke’) rechten | 190 |
| 11.4.1 | De ‘relatieve werking’ van overeenkomsten en verbintenissen | 190 |
| 11.4.1.1 | Overeenkomsten | 190 |
| 11.4.1.2 | Verbintenissen | 192 |

| | | |
|-----------|--|------------|
| 11.4.2 | De ‘absolute werking’ van goederenrechtelijke rechten | 193 |
| 11.4.3 | Een helder onderscheid? | 193 |
| 11.4.4 | Een weinig verklarend onderscheid | 198 |
| 11.5 | De ‘inhoud’ van een vorderingsrecht | 198 |
| 11.5.1 | Verschillende opvattingen over de ‘inhoud’ van de vordering | 198 |
| 11.5.2 | Verklarende kracht van de ‘inhoud’ van het vorderingsrecht | 201 |
| 11.6 | Het ‘realiteitsbeginsel’ als tegenhanger van het ‘relativiteitsbeginsel’ | 202 |
| 11.6.1 | Het realiteitsbeginsel | 202 |
| 11.6.2 | Verhouding tot het relativiteitsbeginsel | 204 |
| 11.6.3 | De verklarende kracht van het realiteitsbeginsel | 206 |
| 11.6.4 | Het belang van het realiteitsbeginsel voor de tegenwerpelijkheid van verbintenissen aan de curator | 206 |
| 11.7 | Conclusie | 208 |
| 12 | HET ONTSTAANSMOMENT VAN VORDERINGEN IN VERBAND MET ARTIKEL 35 LID 2 FW – EEN PLEIDOOI VOOR IRRELEVANTIE | 209 |

Prof. mr T.H.D. Struycken

| | | |
|-----------|--|------------|
| 12.1 | Een existentiële vraag | 209 |
| 12.2 | Relevantie van het ontstaansmoment | 210 |
| 12.3 | Irrelevantie van het ontstaansmoment | 212 |
| 12.4 | De vluchtigheid van het bestaan | 216 |
| 12.5 | Partijautonomie | 221 |
| 12.6 | Zin en onzin van art. 35 lid 2 Fw | 224 |
| 12.6.1 | De rechtvaardiging voor 35 lid 2 Fw | 224 |
| 12.7 | Mogelijke invalshoeken bij toepassing van artikel 35 lid 2 Fw | 227 |
| 12.7.1 | Het verhaalsperspectief (het verdelingsvraagstuk) | 227 |
| 12.7.2 | Het perspectief van boedelbeheer en de positie van de curator | 228 |
| 12.7.3 | Het financieringsperspectief | 231 |
| 12.8 | De-existentialisering en contextualisering | 231 |
| 13 | HET BEPERKEN OF UITSLUITEN VAN HET RECHT VAN (PARATE) EXECUTIE VAN DE HYPOTHEEKHOUDER | 235 |

Mr. drs. V. Tweehuysen

| | | |
|--------|---|-----|
| 13.1 | Inleiding | 235 |
| 13.2 | Varianten van uitsluitingsbedingen | 237 |
| 13.2.1 | Parate executie of alle executie? | 237 |
| 13.2.2 | Goederenrechtelijke of verbintenisrechtelijke werking? | 238 |
| 13.3 | Uitgangspunten van partijautonomie in het goederenrecht | 239 |
| 13.4 | Kunnen de uitsluitingsbedingen goederenrechtelijke werking hebben? | 240 |
| 13.5 | Kunnen de uitsluitingsbedingen verbintenisrechtelijke werking hebben? | 242 |
| 13.6 | Conclusie | 246 |

14 DE BEVOEGDHEDEN VAN DE PANDHOUDER 249*Mr. dr. ing. A.J. Verdaas*

| | | |
|--------|---|-----|
| 14.1 | Inleiding | 249 |
| 14.2 | De bevoegdheden die de pandhouder van rechtswege heeft | 249 |
| 14.2.1 | Om wat voor bevoegdheden gaat het? | 249 |
| 14.2.2 | Welke inningsbevoegdheden zijn er? | 250 |
| 14.2.3 | Welke andere bevoegdheden zijn er? | 251 |
| 14.2.4 | Van rechtswege heeft de pandhouder alle inningsbevoegdheden en de opzeggingsbevoegdheid van art. 3:246 lid 2 BW, geen andere bevoegdheden | 252 |
| 14.3 | Hoe kan de pandgever andere bevoegdheden, exclusief en met werking jegens derden, toekennen aan de pandhouder? | 255 |
| 14.4 | Welke bevoegdheden kan de pandgever, exclusief en met werking jegens derden, toekennen aan de pandhouder? | 256 |
| 14.5 | Conclusies | 258 |

15 OPTIERECHTEN IN FAILLISEMENT 259*Mr. E.F. Verheul*

| | | |
|------|---|-----|
| 15.1 | Inleiding | 259 |
| 15.2 | Het rechtskarakter van optierechten | 260 |
| 15.3 | Optierechten in het faillissement van de optienemer | 263 |
| 15.4 | Optierechten in het faillissement van de optiegever | 267 |
| 15.5 | Conclusie | 271 |

16 DE WHOA BINNEN HET PRIVAATRECHT 273*Prof. mr. F.M.J. Verstijlen*

| | | |
|--------|---|-----|
| 16.1 | Inleiding | 273 |
| 16.2 | Setting the stage | 273 |
| 16.3 | Contractsvrijheid | 274 |
| 16.4 | Paritas creditorum | 276 |
| 16.4.1 | De twintigprocentsregel | 277 |
| 16.4.2 | Andersoortige afwijkingen van de ‘absolute priority rule’ | 278 |
| 16.5 | Groepsbinding | 278 |
| 16.6 | Liberté, égalité, fraternité | 280 |
| 16.6.1 | De drie hoekpunten | 280 |
| 16.6.2 | De affaire-Mondia Investments/Curatoren V&D | 281 |
| 16.7 | Buiten de driehoek: third-party releases | 281 |
| 16.7.1 | Beperkte strekking van een Whoa-akkoord | 281 |
| 16.7.2 | Third-party releases | 282 |
| 16.7.3 | Het groepsakkoord | 284 |
| 16.8 | Uitsparingen binnen de driehoek: de ‘cash-exit’ | 285 |
| 16.9 | Tot slot | 287 |

| | | |
|-----------|--|------------|
| 17 | ZEKERHEID VOOR DE HYPOTHEEKHOUDER: HOEVEEL RUIMTE BIEDEN HET NIET-VERANDERINGSBEDING EN HET BEHEERBEDING? | 289 |
|-----------|--|------------|

Mr. I. Visser

| | | |
|--------|--|-----|
| 17.1 | Inleiding | 289 |
| 17.2 | Het beding van niet-verandering (art. 3:265 BW) | 290 |
| 17.2.1 | De inhoud van het niet-veranderingsbeding | 291 |
| 17.2.2 | Het doel van het beding en de verhouding tot het retentierecht | 293 |
| 17.3 | Beheerbeding (art. 3:267 lid 1 BW) | 296 |
| 17.3.1 | Wat is beheer? | 296 |
| 17.3.2 | Voorwaarden voor het invoeren van het beheerbeding | 299 |
| 17.4 | Conclusie | 301 |

| | | |
|-----------|---|------------|
| 18 | HET VERGETEN STRIJDWAPEN TEGEN INSOLVENTIECLAUSULES: ART. 35B FW EN HET <i>NEGOTIUM MIXTUM CUM DONATIONE</i> | 303 |
|-----------|---|------------|

Mr. B.F.M. Vulto

| | | |
|--------|--|-----|
| 18.1 | Inleiding | 303 |
| 18.2 | Afbakening | 304 |
| 18.3 | Bekende toetsingskaders: <i>Megapool</i> en de actio Pauliana | 306 |
| 18.4 | Een minder bekend toetsingskader: art. 35b Fw | 308 |
| 18.4.1 | Inleiding | 308 |
| 18.4.2 | Verrijking van de begiftigde ten koste van de schuldenaar | 309 |
| 18.4.3 | Bevoordelingsbedoeling | 310 |
| 18.4.4 | Afhankelijk van faillissement | 315 |
| 18.5 | Art. 35b Fw als strijdwapen tegen insolventieclausules | 315 |
| 18.5.1 | Praktische toepassing | 315 |
| 18.5.2 | Juridische gevolgen van toepassing | 317 |
| 18.6 | Art. 35b Fw als inspiratiebron voor een uniform toetsingskader | 318 |
| 18.7 | Conclusie | 320 |

| | | |
|-----------|--|------------|
| 19 | BEWAARNEMINGSCONSTRUCTIES: INSOLVENTIE VAN TUSSENPERSONEN | 321 |
|-----------|--|------------|

Prof. mr. R.M. Wibier

| | | |
|------|--|-----|
| 19.1 | Inleiding | 321 |
| 19.2 | Bewaarnemingsconstructies | 322 |
| 19.3 | Ziekenhuisfacturen | 324 |
| 19.4 | Het insolventierisico op de escrow-agent na het Beatrixziekenhuis-arrest | 325 |
| 19.5 | Wat rechtvaardigt vermogensafscheiding? | 332 |

20 **BESCHIKKEN OVER DE BOEDEL OP BASIS VAN EEN CONTRACT** 335

Prof. mr. T.T. van Zanten

| | | |
|------|---|-----|
| 20.1 | Inleiding | 335 |
| 20.2 | Doorverkoop op basis van een machtiging | 337 |
| 20.3 | Verwerking | 339 |
| 20.4 | Afscheiding | 341 |
| 20.5 | Tot besluit | 345 |

1 De zekerheid van nakoming van goederenrechtelijke verplichtingen in faillissement

Mr. drs. T.E. Booms¹

1.1 Introductie

Het onderscheid tussen goederenrechtelijke rechten en verbintenisrechtelijke aanspraken krijgt vooral in faillissement reliëf. Kortgezegd – té kort gezegd – worden goederenrechtelijke rechten in faillissement ontzien, terwijl verbintenisrechtelijke aanspraken vaak het onderspit delven. Zo heeft het faillissement geen gevolgen voor degene die een goederenrechtelijk recht van pand of hypotheek heeft² en kan de eigenaar van een zaak die zich onder de schuldenaar bevindt deze – door een revindicatievordering te richten tegen de curator – opeisen.³ Verbintenisrechtelijke aanspraken die vóór het faillissement reeds bestonden, zoals die tot betaling van een geldsom, worden juist ‘via’ het faillissement afgewikkeld; zij dienen ter verificatie te worden ingediend.⁴ Dit onderscheid is niet alleen didactisch, maar – zeker nu in faillissementen vaak maar weinig valt te verdienen – ook praktisch van aard. Het komt er immers vaak op neer dat de goederenrechtelijk gerechtigde weinig last van het faillissement ondervindt, terwijl degene met een verbintenisrechtelijke aanspraak genoeg moet nemen met een (tot aan de afwikkeling van het faillissement uitgestelde) betaling van enkele procenten van de waarde van zijn vordering.

Didactische onderscheiden zijn nuttig om concepten versimpeld weer te geven, maar in hun versimpeling ligt ook hun zwakte.⁵ In deze bijdrage bespreek ik de vraag of alle verplichtingen die uit een goederenrechtelijk recht voortvloeien zich aan de verificatie onttrekken. Ik beperk me daarbij tot verplichtingen die voortvloeien uit beperkte rechten: het recht van vruchtgebruik, het pandrecht, het hypotheekrecht, het recht van erfdiensbaarheid, het recht van erfpacht en het

1 Mr. drs. T.E. Booms is (cassatie)advocaat bij RESOR N.V. te Amsterdam en als fellow verbonden aan het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit te Nijmegen. Deze bijdrage vormt een uitwerking van een presentatie over hetzelfde onderwerp op het congres ‘Classificatie van verplichtingen in faillissement’, dat op 2 november 2021 werd gehouden te Groningen.

2 Zie art. 57 Fw. Dat het voorgaande te kort door de bocht is, blijkt bijvoorbeeld al uit het feit dat de Faillissementswet voorziet in een regeling om een ‘stilzittende’ pand- of hypotheekhouder tot actie te bewegen; zie art. 58 lid 1 Fw.

3 Art. 25 lid 1 Fw.

4 Art. 26 Fw. Hetzelfde geldt inmiddels voor vorderingen uit overeenkomst die na de faillissementsdatum zijn ontstaan, maar reeds besloten lagen in een tussen de schuldenaar en de wederpartij op die datum bestaande rechtsverhouding; zie HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).

5 Zie bijvoorbeeld *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/47* (oude druk) over het didactische onderscheid tussen het ‘afsplittingsmodel’ en het ‘bezwaringsmodel’ bij het verklaren van de werking van beperkte rechten.

recht van opstal.⁶ Uit een beperkt recht kunnen zowel voor de moedergerechtigde – de gerechtigde van het recht waarop het beperkte recht is gevestigd – als voor de beperkt gerechtigde zelf verplichtingen voortvloeien. Te denken valt bijvoorbeeld aan de verplichting van de moedergerechtigde van een dienend erf om onderhoud te verrichten aan de weg waarover een recht van overpad wordt uitgeoefend, of de verplichting van de erfpachter om canon te betalen. In de literatuur wordt verschillend gedacht over de vraag of de curator gehouden is dergelijke verplichtingen na te komen (op straffe van het ontstaan van een boedelschuld).⁷ Voor het gemak noem ik dit laatste in de rest van deze bijdrage de ‘faillissementsbestendigheid’ van de aanspraken die voortvloeien uit verplichtingen die op basis van beperkte rechten bestaan. Zulke verplichtingen zelf zal ik – zowel indien ze op de moedergerechtigde als indien ze op de beperkt gerechtigde rusten – kortweg aanduiden als ‘goederenrechtelijke verplichtingen’ en de daarmee corresponderende aanspraken van de wederpartij als ‘goederenrechtelijke aanspraken’.⁸

Hieronder geef ik eerst een korte opsomming van de typen verplichtingen (en de daarmee corresponderende aanspraken) die uit een beperkt recht kunnen voortvloeien (paragraaf 2). Uit de verschillende opvattingen die in de literatuur over het onderwerp zijn verschenen (paragraaf 3) bespreek ik vervolgens de argumenten die zijn aangevoerd om te betogen dat zulke goederenrechtelijke aanspraken al dan niet een aparte ‘status’ hebben in faillissement (paragraaf 4). Mijn eigen opvatting is dat het antwoord op de vraag of een goederenrechtelijke aanspraak ‘faillissementsbestendig’ is niet langs juridisch-dogmatische lijnen kan worden opgelost, maar een rechtspolitieke keuze behelst. Zou die keuze gemaakt worden in het nadeel van faillissementsbestendigheid, dan leidt dat tot nieuwe vragen en moeilijkheden (paragraaf 5). De conclusie (paragraaf 6) is dat het daar-

6 Ik laat de zogenaamde ‘oude’ zakelijke rechten, zoals het bekleemrecht, het recht van voorpoet, het recht van windvang, het recht van eendenkooi, etc. in deze bijdrage buiten beschouwing. Zie daarover in algemene zin *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/41*. Tot op zekere hoogte zullen de in deze bijdrage genoemde argumenten en bereikte conclusies daarvoor eveneens gelden. In mindere mate geldt dat voor andere goederenrechtelijke aanspraken dan die uit beperkte rechten. Te denken valt aan een aandeel in een appartementensplitsing, oftewel een appartementsrecht (art. 5:106 e.v. BW), dat wel een zakelijk, maar geen beperkt recht is. Ook andere vormen van gemeenschap kunnen met zich brengen dat de gerechtigden in een (deels) goederenrechtelijke verhouding tot elkaar komen te staan, zoals het geval is bij een aandeel in een mandelige zaak (art. 5:60 e.v. BW). In de literatuur veelvuldig genoemde voorbeelden van persoonlijke rechten met goederenrechtelijke kenmerken zijn de kwalitatieve verplichting (art. 6:252 BW) en het retentierecht (o.a. art. 3:290 e.v. BW); *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/51*, respectievelijk *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/46*. Andere voorbeelden zijn te vinden in *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/42-46*. Ten slotte hebben ook de bepalingen uit het burendrecht goederenrechtelijke trekken; *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/127a*. Nu daarbij doorgaans geen sprake is van een consensuele basis – de verplichtingen ontstaan uit de wet en niet uit overeenkomst – is hetgeen in deze bijdrage wordt betoogd daarop niet steeds van toepassing.

7 Ik beperk me in deze bijdrage tot auteurs die ná invoering van het huidige BW over het onderwerp hebben geschreven. In chronologische volgorde zijn dat: E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn van goederen- en verbintissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992 (hierna: Rank-Berenschot 1992); H.C.F. Schoordijk, ‘Recensie – Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintissenrecht’, *NJB* 1992, p. 1202-1206 (hierna: Schoordijk 1992); F.J. Vonck, ‘Goederenrechtelijke verplichtingen tot een doen in faillissement’, *TvI* 2010/8 (hierna: Vonck 2010); S.E. Bartels & V. Tweehuysen, ‘Betalingsverplichtingen uit het zakenrecht in faillissement’, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Deventer: Kluwer 2012, p. 63-85 (hierna: Bartels & Tweehuysen 2012); W.J.M. van Aniel & T.T. van Zanten, ‘Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden’, *TvI* 2013/26 (hierna: Van Aniel & Van Zanten 2013); T.T. van Zanten, *Classificatie van verplichtingen in faillissement* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 2022, p. 23-26 (hierna: Van Zanten 2022). Zelf schreef ik eerder al zijdelings over het onderwerp in T.E. Booms, ‘Het dynamisch geheel van eigendom en verbintenis’, in: T.E. Booms (red.) *Een man een man, een woord een woord* (Eggens-bundel), Overveen: Belvédère 2014, p. 514-539 (hierna: Booms 2014).

8 Met de kanttekening dat er uiteraard ook goederenrechtelijke verplichtingen en aanspraken zijn die niet voortvloeien uit een beperkt recht; zie ook voetnoot 6 hiervóór.

om zo gek nog niet is om alle goederenrechtelijke aanspraken gelijk te behandelen – faillissementsbestendig dus.

1.2 Goederenrechtelijke verplichtingen

De verplichtingen (en daarmee corresponderende aanspraken) die uit een beperkt recht kunnen voortvloeien zijn legio. Voor het gemak verdeel ik ze in vier verschillende categorieën.⁹

Ten eerste brengen beperkte rechten met zich dat voor anderen dan de gerechtigde de verplichting bestaat om geen inbreuk te maken op het beperkte recht. Dit is het duidelijkst te zien bij het (niet beperkte) eigendomsrecht; de eigenaar kan zijn zaak van iedere derde opvorderen door over te gaan tot revindicatie¹⁰ en kan derden die inbreuk maken op zijn zaak – bijvoorbeeld door er (vervuilende) spullen op te slaan – dwingen deze spullen te verwijderen (de *actio negatoria*).¹¹ Voor beperkt gerechtigden geldt dat zij op soortgelijke wijze inbreuk op hun beperkte recht (en soms ook op het hoofdrecht waarop het is gevestigd)¹² kunnen tegen gaan.¹³ Het gaat hier om het *respecteren* van het goederenrechtelijke recht.

Ten tweede vloeit uit sommige beperkte rechten voort dat partijen – meestal de moedergerechtigde bij het beperkte recht – zich bepaald handelen moeten laten welgevalen. Te denken valt aan het feit dat de zekerheidsgever eraan gebonden is dat de pand- of hypotheekhouder onder bepaalde omstandigheden het in zekerheid gegeven goed mag verkopen, of dat de eigenaar van een dienend erf zich (binnen de afgesproken kaders) bepaald gebruik van zijn erf door de eige-

9 Voor de fijnproever: de eerste drie navolgende categorieën laten zich in termen van het in de (Amerikaanse) rechtstheorie wel gebruikte onderscheid in verschillende soorten 'rights' definiëren als de keerzijden van 'multital claims' (te weten 'duties'), 'liberties' (te weten 'no-rights'), respectievelijk 'paucital claims' (te weten 'duties'). Zie voor deze definities en uitleg T.E. Booms, *Aanvullen van subjectieve rechten* (diss. Nijmegen), Deventer 2019 (hierna: Booms 2019), nrs. 65-105. De vierde categorie bevat óók de keerzijde van 'paucital claims' (te weten 'duties'); het onderscheid tussen de derde en vierde categorie wordt hier gemaakt omdat in de Nederlandse literatuur wel wordt onderscheiden tussen 'andersoortige' verplichtingen tot een doen en verplichtingen tot betaling van een geldsom. Ik laat in deze bijdrage de keerzijden van de zogenaamde 'powers' (te weten 'liabilities') achterwege; het betreft wat naar Nederlands recht zou worden aangemerkt als de met een goederenrechtelijk recht samenhangende (keerzijde van) wilsrechten, die ervoor zouden kunnen zorgen dat sommige van de hierna genoemde verplichtingen in het leven worden geroepen, wijzigen of tenietgaan.

10 Art. 5:2 BW.

11 Zie bijvoorbeeld HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9234, r.o. 3.5.2 (*Smit/Van Hees q.q.*).

12 Vergelijk art. 3:245 BW, dat de pandhouder de bevoegdheid geeft te ageren tegen derden die inbreuk maken op het verpande goed.

13 Zie daarover E.F. Verheul, 'De handhaving van goederenrechtelijke rechten', *WPNR* 2019/7238.

naar van het heersend erf moet laten welgevalen.¹⁴ Het gaat hier om het *dulden* van bepaald gedrag dat de goederenrechtelijk gerechtigde verricht.

Ten derde ligt in sommige beperkte rechten besloten dat ten gunste van de rechthebbende bepaalde prestaties dienen te worden verricht. Zo kunnen partijen afspreken dat de eigenaar van een dienend erf onderhoudswerkzaamheden verricht om de eigenaar van het heersend erf (beter) in staat te stellen zijn recht van erfdienstbaarheid uit te oefenen (art. 5:71 lid 2 BW) en volgt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad dat de rechthebbende van een verpande vordering aan de pandhouder informatie dient te verschaffen om de inning van die vordering door de pandhouder mogelijk te maken.¹⁵ Andersom kan ook de beperkt gerechtigde gehouden zijn om bepaalde handelingen te verrichten, zoals de verplichting van de eigenaar van het heersend erf om hetgeen op het dienend erf aangebracht is te onderhouden (art. 5:75 lid 3 BW) of de verplichting van een pandhouder om als een goed pandhouder voor het onder zich genomen pandobject zorg te dragen (art. 3:243 BW). Het gaat hier om verplichtingen tot een *doen*.

Ten vierde kunnen uit beperkte rechten betalingsverplichtingen ontstaan. Te denken valt aan de verplichting tot vergoeding die de beperkt gerechtigde moet betalen in de vorm van retributie bij een recht van erfdienstbaarheid (art. 5:70 lid 2 BW), canon bij een recht van erfpacht (art. 5:85 lid 2 BW), of retributie/solarium bij een recht van opstal (art. 5:101 lid 3 BW). Andersom kan de beperkt gerechtigde jegens de moedergerechtigde aanspraak maken op betaling bij beëindiging van zijn recht van erfpacht (art. 5:99 BW) of recht van opstal (art. 5:105 lid 3 BW). Ik onderscheid deze verplichtingen tot *betaling van een geldsom* van de eerdergenoemde verplichtingen tot een doen, omdat in de literatuur (soms) onderscheid wordt gemaakt tussen deze twee categorieën verplichtingen.

1.3 Opvattingen in de literatuur

Over de vraag of aanspraken die voortvloeien uit de hiervoor genoemde categorieën goederenrechtelijke verplichtingen allemaal ‘faillissementsbestendig’ zijn, bestaat in de literatuur geen overeenstemming. Waar men het wel over eens is, is dat de oplossing moet worden gevonden c.q. uitgewerkt aan de hand van (het

14 In de literatuur wordt het kunnen gebruikmaken van het dienende erf ook wel opgevat als uitdrukking van het feit dat eenieder een goederenrechtelijk recht dient te respecteren, dus óók de eigenaar die gebruik van het recht van erfdienstbaarheid hindert. Zie bijvoorbeeld L.M. de Hoog, *De prioriteitsregel in het vermogensrecht* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 193. Daarmee wordt bedoeld op het hierna nog te bespreken ‘externe karakter’ van het goederenrechtelijk recht, dat bescherming verleent aan het ‘interne karakter’ dat tussen – in dit geval – de eigenaar van het dienende erf en de eigenaar van het heersende erf is afgesproken. Handhaving van die afspraak vindt dan plaats door het instellen van een (goederenrechtelijke rechts)vordering tot herstel van de rechtmatige toestand, waarmee de inbreuk op het goederenrechtelijke recht wordt weggenomen. Dogmatisch is dat niet helemaal zuiver, omdat de ‘liberty’ die de eigenaar van het heersende erf heeft om van het dienende erf gebruik te maken niet correspondeert met de ‘duty’ die de eigenaar van het dienende erf heeft om de oude toestand te herstellen. Zie Booms 2019/72. Dat niet alle verplichtingen tot een dulden op deze wijze kunnen worden ‘omgekat’ naar een vordering jegens (onder meer) de moedergerechtigde om de rechtmatige toestand te herstellen blijkt ook uit het eerste voorbeeld, over de verplichting te dulden dat in pand of hypotheek gegeven goederen door de zekerheidsgerechtigde worden verkocht. Zie daarover Schoordijk 1992, p. 1205, die opmerkt dat deze verplichting zich niet in obligatoire termen laat beschrijven. Dat is in zoverre juist dat de zekerheidsgerechtigde geen ‘claim’ heeft en de moedergerechtigde geen ‘duty’; de zekerheidsgerechtigde heeft een ‘liberty’ en de moedergerechtigde heeft een ‘no-right’ om zich tegen uitoefening van die ‘liberty’ te verzetten; zie Booms 2019/392-393.

15 HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861 (*Hamm q.q./ABN AMRO*).

onderscheid tussen) art. 25 en 26 Fw. Ik bespreek deze artikelen en de moeilijkheden die ze met zich brengen eerst, alvorens kort weer te geven welke opvattingen over hun toepassing bestaan.

1.3.1 *Het onderscheid tussen verbintenissen en andere rechtsplichten*

In de literatuur over de werking van goederenrechtelijke verplichtingen in faillissement wordt steeds uitgegaan van het in art. 25 en 26 Fw gemaakte onderscheid in typen prestaties die door de schuldenaar dienen te worden verricht.¹⁶ Rechtsvorderingen die zien op ‘verplichtingen die tot de failliete boedel behoren’ kunnen tegen de curator geldend worden gemaakt en worden buiten de verificatie om afgewikkeld (art. 25 Fw); rechtsvorderingen die zien op ‘voldoening van een verbintenis uit de boedel’ lopen via de verificatie (art. 26 Fw). Is een goederenrechtelijke verplichting gelijk te stellen aan een verbintenis, dan zal de corresponderende vordering dus (na omzetting in een vordering tot betaling van een geldsom; art. 133 Fw) ter verificatie moeten worden ingediend (art. 26 Fw); is van een verbintenis geen sprake, dan kan de goederenrechtelijk gerechtigde de curator aanspreken om de goederenrechtelijke verplichting na te komen en levert niet-voldoen aan die verplichting een boedelschuld op (art. 25 Fw). Op het eerste oog is dit een overzichtelijk systeem, omdat het ervan uitgaat dat de werking van een goederenrechtelijke verplichting in faillissement direct volgt uit het antwoord op de vraag of de goederenrechtelijke verplichting gelijk te stellen is met een verbintenis, of niet.

De eenvoud van het genoemde systeem ten spijt, is de toepassing ervan toch beduidend ingewikkeld gebleken en heeft het erdoor gemaakte onderscheid niet tot veel verduidelijking geleid.¹⁷ Dat heeft er in de eerste plaats mee te maken dat het begrip ‘verbintenis’, dat juist zou moeten worden gebruikt als onderscheidend criterium, door de wetgever niet is gedefinieerd.¹⁸ Wel geeft de wetgever enkele wijzigingen. Zo geeft hij aan dat een definitie van het begrip is overgelaten aan de rechtswetenschap, waardoor men ervan kan uitgaan dat het begrip ongeveer zo veel betekent als ‘een vermogensrechtelijke betrekking tussen twee of meer personen, krachtens welke de een jegens de ander tot een prestatie gerechtigd is en deze jegens gene tot die prestatie verplicht is’.¹⁹ Daarnaast geeft de wetgever aan dat het bestaan van een (enkele) rechtsplicht voor de één niet automatisch een ‘verbintenis’ voor een ander (in de zin van art. 26 Fw) impliceert. Of een verplichting kan worden afgedwongen via art. 3:296 BW is niet van (door-slaggevend) belang om te bepalen of sprake is van een dergelijke verbintenis.²⁰ Van een verbintenis in de bedoelde zin is slechts sprake indien voor degene die de verplichting inroept een subjectief vermogensrecht bestaat dat met die ver-

16 Rank-Berenschot 1992, p. 141; Schoordijk 1992, p. 1205; Vonck 2010, p. 52; Bartels & Tweehuysen 2012, p. 78; Van Andel & Van Zanten 2013, p. 149-150; Booms 2014, p. 533; Van Zanten 2022, p. 23.

17 Wessels II 2019/2352 volstaat om die reden met enkele voorbeelden van verplichtingen die onder art. 25 Fw vallen (waarbij hij vermeldt dat over een aantal van de besproken voorbeelden verschillend kan worden gedacht en dat zij daarmee mogelijk juist onder art. 26 Fw vallen), zonder zich te wagen aan een onderscheidend criterium.

18 *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 37.

19 *Asser/Sieburgh 6-I 2020/6*.

20 *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 37.

plichting correspondeert (waarbij de wetgever vooral het oog lijkt te hebben op een vorderingsrecht). Rechtsplichten die zich (nog) niet hebben geconcretiseerd leveren dus (nog) geen verbintenissen op. Te denken valt aan rechtsplichten om niet te handelen in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt; zulke rechtsplichten leveren slechts een verbintenis op indien en zodra door schending van een dergelijke rechtsplicht een onrechtmatige daad wordt gepleegd, als gevolg waarvan een vordering uit onrechtmatige daad ontstaat.²¹ Anders gezegd: de schending van een rechtsplicht kan worden geredresseerd met een vordering uit onrechtmatige daad, de schending van een verbintenis (ook) met een vordering uit hoofde van wanprestatie.²² De term ‘rechtsplicht’ is dus een overkoepelend begrip, waaronder zowel verbintenissen als andere rechtsplichten (niet-verbintenissen) vallen. Zulke rechtsplichten zonder corresponderend subjectief recht van een ander worden ook wel ‘kale rechtsplichten’ of ‘objectieve rechtsplichten’ genoemd.²³ Ik heb het voor het gemak hierna eenvoudigweg over ‘andere rechtsplichten’.

Een tweede reden dat het onderscheid tussen verbintenissen en andere rechtsplichten niet eenvoudig te maken is, is dat de wetgever dit onderscheid niet (consequent) lijkt te hanteren, althans niet beslissend acht, bij de vraag of een verplichting via art. 25 Fw, dan wel via art. 26 Fw dient te worden afgewikkeld. In de Parlementaire Geschiedenis bij art. 25-30 Fw bespreekt de wetgever het onderscheid tussen beide artikelen. Omdat ik nog een aantal keer naar deze passage zal verwijzen, neem ik deze hier bijna in het geheel op:

“Ten slotte onderscheidt het ontwerp de vermogensvorderingen *tegen* den boedel weer in vorderingen, die de betaling of voldoening uit den boedel ten doel hebben, en andere. Sommige leden kunnen zich met deze onderscheiding niet vereenigen; zij zouden alle vermogensactiën op dezelfde wijze willen behandelen en aan het verificatieproces onderwerpen. Dit klinkt eenvoudig, maar zou toch onpraktisch zijn en verwarring stichten. Ongelijksoortige zaken laten zich niet als gelijksoortige behandelen. Zij, die iets anders vorderen, dan betaling, die bijv. eene revindicatie, eene negatoria, enz. hebben ingesteld, zouden zich dan moeten laten verifiëren! Zullen zij ook als geverifieerde schuldeisers medestemmen over een akkoord, zich daarbij en in geval van insolventie met percenten moeten vergenoegen? Waarschijnlijk zal dit niet de bedoeling zijn, maar

21 *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 38. Betoogd kan worden dat een verbintenis ook reeds eerder ontstaat, namelijk op het moment dat de rechtsplicht door de feitelijke situatie dusdanig wordt geconcretiseerd dat het gerechtvaardigd is dat nakoming gevorderd kan worden van de ontstane verbintenis; zie daarover *Asser/Sieburgh 6-1* 2020/8.

22 Van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht (Mon. BW nr. A11)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018/1.

23 Zie in de eerste zin bijvoorbeeld W.L. Valk, Inleidende opmerkingen bij *Tekst en Commentaar Boek 6 BW*, onder 2, alsook het commentaar op art. 6:1 BW (versie 1 juli 2022). Zie in de tweede zin bijvoorbeeld A.A.J. Smelt, *Goederen met negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 110. Beide termen zijn mijns inziens niet geheel gelukkig. De term ‘kale rechtsplicht’ zou kunnen impliceren dat er louter een rechtsplicht bestaat, zonder dat er een ‘begunstigde’ van die rechtsplicht zou zijn; die is er echter wel, maar wordt pas later concreet vastgesteld. Zie in vergelijkbare zin J. Hage, ‘Rechtsplichten, verbintenissen en schadevergoeding bij rechtmatige daad’, *NTBR* 2006/39. De term ‘objectieve rechtsplicht’ kan ook aanleiding geven tot misverstanden, omdat het ‘objectieve’ van de rechtsplicht zou kunnen worden gezocht in ‘het objectieve recht’. Zie in deze zin bijvoorbeeld B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004/9, die de rechtsplicht definieert als ‘een uit het objectieve recht volgend bevel aan een rechtssubject, zich (niet) op een bepaalde wijze te gedragen’. Bij ‘het objectieve recht’ wordt dan al snel gedacht aan het publiekrecht, waaronder het strafrecht. Zie bijvoorbeeld J.J. van der Helm, *Het rechterlijk bevel en verbod*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/4. Mijns inziens is niet de (wettelijke) oorsprong hetgeen dergelijke rechtsplichten onderscheidt van verbintenissen (ook verbintenissen kunnen immers hun oorsprong vormen in het objectieve recht, denk aan de verbintenis uit onrechtmatige daad vanwege een schending van hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt), maar het feit dat er (nog) geen subjectief recht van een ander is aan te wijzen waarmee de rechtsplicht correspondeert.

daarmede wordt dan ook *afdoende bewezen*, dat *de onderscheiding*, die het ontwerp maakt, *niet gemist kan worden*. Zij steunt trouwens ook op een natuurlijk onderscheid, dat zich niet laat wegredeeneren. Zelfs een leek zal een vordering tot revindicatie, tot demping van een sloot of openstelling van een voetpad op grond van eigendoms- of servituutrecht, niet in aard gelijkstellen met eene vordering tot betaling of voldoening van eene verbintenis. In *geen enkele* faillietenwet is dan ook het bedoelde eenvoudige stelsel aangenomen; overal worden aan het verificatieproces *alleen* onderworpen de vorderingen tot betaling uit den boedel. Verwaarlozing der onderscheiding, niet de onderscheiding zelve, zal in de praktijk tot moeilijkheden aanleiding geven.²⁴

Voor nu volsta ik met de opmerking dat de wetgever hier niet een onderscheid lijkt te maken tussen verbintenissen enerzijds en andere rechtsplichten anderzijds, maar tussen verbintenissen tot betaling tot een geldsom enerzijds en andere verbintenissen en rechtsplichten anderzijds.

Een derde reden voor het moeilijke onderscheid tussen verbintenissen en andere rechtsplichten is te vinden in het feit dat bij de andere rechtsplichten een tijdsaspect meespeelt: afhankelijk van wanneer een beroep op het bestaan van de rechtsplicht wordt gedaan kan deze minder of meer concreet zijn. Dat heeft ook gevolgen voor de wijze waarop in faillissement met de rechtsplicht moet worden omgegaan. Zo merkte de wetgever bij de invoering van het nieuw Burgerlijk Wetboek over het belang van het onderscheid tussen verbintenissen en rechtsplichten in geval van faillissement op: “Zo kan degene jegens wie de rechtsplicht bestaat, alleen in het geval van het bestaan van een verbintenis in het faillissement van de verplichte als crediteur opkomen.”²⁵ De wijze waarop de voorgaande zin geformuleerd is, suggereert dat het ‘voordeliger’ is dat de schuldenaar gehouden is een verbintenis na te komen, dan dat op de schuldenaar een andere rechtsplicht rust. Dat is echter niet zonder meer waar; de wetgever bespreekt in de passage het belang van het onderscheid tussen verbintenissen en andere rechtsplichten, waarbij die laatste nog in het geheel niet geconcretiseerd zijn. Op het moment dat iemand erover nadenkt zijn schuldenaar te manen tot nakoming van een andere rechtsplicht is dat niet meer het geval. De andere rechtsplicht concretiseert zich, waardoor schending ervan (mogelijk) leidt tot een onrechtmatige daad. Waar buiten faillissement een vordering uit wanprestatie in de nakoming van een verbintenis vaak eenvoudiger ‘hard te maken’ is jegens de schuldenaar en meer modaliteiten biedt dan een vordering uit onrechtmatige daad, zou het in faillissement vaak juist te verkiezen zijn voor de schuldeiser om de curator aan te spreken met een vordering uit onrechtmatige daad. Deze laatste levert een boedelschuld op die de curator dient te voldoen alvorens hij kan overgaan tot uitkering aan de concurrente schuldeisers, terwijl de curator een vordering uit wanprestatie naast zich neer kan leggen en de schuldeiser naar de verificatie kan verwijzen (ik kom direct hierna op het onderscheid tussen vorderingen jegens de schuldenaar en jegens de curator).²⁶

Een vierde reden dat het onderscheid tussen verbintenissen en andere rechtsplichten aanleiding geeft tot ingewikkelde beschouwingen is dat steeds

24 *Parlementaire Geschiedenis Faillissementswet (Van der Feltz I)*, p. 369-370.

25 *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 38.

26 Vergelijk Vonck 2010, p. 52. Dit geldt voor zogenaamd ‘passief’ wanpresteren. ‘Actief’ wanpresteren mag de curator niet; zie HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067 (*De Klerk q.q. c.s./Hautvast*).

voor ogen moet worden gehouden op wie de verbintenis c.q. rechtsplicht rust. In de voorgaande alinea vergeleek ik de verbintenis uit wanprestatie en een (uit een andere rechtsplicht voortvloeiende) vordering uit onrechtmatige daad met elkaar. Die vergelijking was echter niet helemaal zuiver, omdat het daar een vergelijking betrof tussen een vordering uit wanprestatie jegens de *schuldenaar* en een vordering uit onrechtmatige daad jegens de *curator*. Zou het gaan om een vordering uit wanprestatie en een vordering uit onrechtmatige daad jegens de schuldenaar, dan zouden beide worden afgewikkeld via art. 26 Fw; zou het gaan om een vordering uit wanprestatie en een vordering uit onrechtmatige daad jegens de curator, dan zouden beide worden afgewikkeld via art. 25 Fw. Voor de discussie over de kwalificatie van verplichtingen uit goederenrechtelijke rechten in faillissement is het van belang om voor ogen te houden dat de curator in beginsel niet de verplichtingen van de schuldenaar overneemt.²⁷ Een uit een beperkt recht voortvloeiende andere rechtsplicht dient daarom gericht te zijn tot de curator (en niet – louter – tot de schuldenaar), wil er mogelijk sprake zijn van een rechtsplicht die bij schending leidt tot een boedelschuld. Bij de verplichting om geen inbreuk te maken op een goederenrechtelijk recht is dat het geval; deze geldt voor eenieder, dus ook voor de curator. Bij – bijvoorbeeld – een uit een recht van erfdienstbaarheid voortvloeiende verplichting om een weg te onderhouden is dat minder evident, omdat deze verplichting (primaar) is gericht tot de schuldenaar die eigenaar is van het dienende erf.²⁸ Op de curator rust die specifieke verplichting niet; men komt dan in een – lastigere – discussie over de vraag of het nakomen van aan het dienend erf gekoppelde verplichtingen wél van de curator kan worden gevorderd uit hoofde van zijn taak om de boedel te beheren (art. 68 lid 1 Fw).

Een vijfde en laatste reden waarom het onderscheid tussen verbintenissen en andere rechtsplichten in de literatuur nog niet tot eenstemmigheid over de kwalificatie van goederenrechtelijke verplichtingen in faillissement heeft geleid, is dat er verschillende opvattingen bestaan over de aard van (beperkte) goederenrechtelijke rechten en – daarmee – goederenrechtelijke verplichtingen. De omvang van deze bijdrage staat niet toe om aan alle verschillende opvattingen volledig recht te doen. Voor deze bespreking is het voldoende om te weten dat de meeste auteurs ervan uitgaan dat een goederenrechtelijk recht bestaat uit een aantal verplichtingen (die gelijk te stellen zijn aan obligatoire verbintenissen), die vervolgens ‘in een goederenrechtelijk jasje worden gestoken’.²⁹ Wat dit laatste precies betekent c.q. voor gevolgen heeft verschilt per auteur. Ik bespreek dat hierna, waar ik de verschillende opvattingen in de literatuur op een rij zet.

27 Zie bijvoorbeeld HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9234 (*Smit/van Hees q.q.*), r.o. 3.5.2: “De verplichting van Smittrans Benelux BV als voormalig huurder om de bedrijfspanden te ontruimen was, anders dan het onderdeel klaarblijkelijk tot uitgangspunt neemt, geen verplichting van de curator, omdat een faillissementscurator niet buiten de in de wet aangewezen gevallen in de verplichtingen van de gefailleerde treedt.”

28 Vergelijk Vonck 2010, p. 50-51; Van Zanten 2022, p. 25. Zie eerder reeds in deze zin *Asser/Beekhuis 3-I* 1985/59.

29 Zie bijvoorbeeld Schoordijk 1992, p. 1205, die spreekt over het ‘verzakelijken’ van obligatoire verbintenissen; Vonck 2010, p. 50-51, die spreekt over de (obligatoire) ‘interne karakter’ van een goederenrechtelijk recht dat de rechtsverhouding tussen de moedergerechtigde en de beperkt gerechtigde duidt en het ‘externe karakter’ dat vereist dat derden het goederenrechtelijke recht respecteren. Vanuit rechtseconomisch oogpunt wordt tot een soortgelijke conclusie gekomen. Men heeft het daar over een ‘perimeter of protection’ die om de (obligatoire) kern van het recht wordt heen gelegd; zie daarover Booms 2019/88. Let wel dat niet alleen (beperkte) goederenrechtelijke rechten een dergelijk ‘extern karakter’ hebben, maar bijvoorbeeld ook vorderingen tot betaling van een geldsom (zij het dat de bescherming in geval van inbreuk daar vooral is gelegen in het kunnen ageren uit hoofde van onrechtmatige daad).

1.3.2 *Drie 'kampen' in de literatuur*

In de literatuur zijn drie 'kampen' te onderscheiden in het denken over de faillissementsbestendigheid van goederenrechtelijke verplichtingen, al naar gelang de mate waarin auteurs geneigd zijn om dergelijke verplichtingen onder het bereik van art. 25 Fw te scharen.

Het eerste kamp bestaat uit Rank-Berenschot en Schoordijk.³⁰ In hun opvatting dient iedere goederenrechtelijke verplichting door de curator te worden nagekomen (dan wel levert deze een boedelschuld op bij niet-nakoming).³¹ Het gaat daarbij dus om verplichtingen om te respecteren, te dulden, te doen én te betalen, mits deze goederenrechtelijk zijn. Of een verplichting 'goederenrechtelijk' is, hangt af van of deze verplichting 'onderdeel uitmaakt' van het goederenrechtelijk recht.³² Daartoe wordt aangeknoopt bij het criterium dat de verplichting niet in strijd moet zijn met de wet en 'voldoende verband' moet houden met de aard van het goederenrechtelijke recht in kwestie.³³ Wordt voldaan aan dit 'voldoende-verbandvereiste', dan is de aanspraak die voortvloeit uit deze verplichting 'verzakelelijk' en wordt deze gelijkkelijk behandeld als alle andere aanspraken die voortvloeien uit goederenrechtelijke verplichtingen. In deze opvatting is het onderscheidende criterium dus niet of sprake is van een verbintenis of van een andere rechtsplicht, maar of sprake is van een verplichting die voldoende verband houdt met de aard van het goederenrechtelijke recht.

In het tweede kamp bevinden zich Vonck, Van Anandel en Van Zanten.³⁴ In hun opvatting is de curator enkel gebonden aan de rechtsplichten die voor eenieder gelden ten aanzien van een goederenrechtelijk recht: het zich onthouden van inbreuk (door het goed niet zonder rechtsgrond onder zich te houden en door het gebruik ervan niet onheus te frustreren).³⁵ Daarmee lijken zij ook een gedeelte van de verplichtingen om gebruik te dulden (namelijk voor zover voor dat dulden geen actieve prestatie van de curator nodig is, maar enkel is vereist dat hij zich onthoudt van handelingen die het gebruik door de goederenrechtelijk gerechtigde onmogelijk maken) onder de werking van art. 25 Fw te brengen. Andere verplichtingen – tot een doen en tot betaling van een geldsom – scharen zij onder art. 26 Fw. In deze opvatting is het onderscheidende criterium dus niet of sprake is van een verbintenis of van een andere rechtsplicht, maar of sprake is van een rechtsplicht waaraan eenieder (en dus ook de curator) gebonden is.

Het derde kamp, ten slotte, wordt gevormd door Bartels en Tweehuysen.³⁶ Zij nemen een middenpositie in, door aan te sluiten bij het eerste kamp voor wat betreft verplichtingen om het goederenrechtelijke recht te respecteren, te dulden en te doen. Zij brengen echter niet alle verplichtingen tot betaling van een geldsom onder het bereik van art. 25 Fw; voor periodieke betalingsverplichtingen bij het recht van erfdiensbaarheid, erfpacht en opstal heeft de wetgever een hoofde-

30 Rank-Berenschot 1992; Schoordijk 1992.

31 Rank-Berenschot 1992, p. 141-143; Schoordijk 1992, p. 1205.

32 Rank-Berenschot 1992, p. 142.

33 Zie hierover *Asser/Bartels & Van Velten* 5 2017/217. Rank-Berenschot 1992, p. 110 e.v. en Schoordijk 1992, p. 1205 wijzen daar al naar vooruit.

34 Vonck 2010; Van Anandel & Van Zanten 2013; Van Zanten 2022.

35 Vonck 2010, p. 52-53; Van Anandel & Van Zanten 2013, p. 149; Van Zanten 2022, p. 25.

36 Bartels & Tweehuysen 2012. Ik heb mij in een eerdere publicatie bij hun standpunt aangesloten; zie Booms 2014. Inmiddels vraag ik mij af of het feit dat een hoofdelijkheidsregeling in het leven is geroepen *a priori* uitsluit dat dezelfde verplichtingen (ook) een boedelschuld opleveren.

lijkheidsregeling opgenomen die op andere wijze al tegemoetkomt aan het belang dat de moedergerechtigde heeft bij nakoming.³⁷ Daarvoor geldt in deze opvatting dus de route van art. 26 Fw. Betalingsverplichtingen waarvoor een dergelijke hoofdelijkheid niet geldt – zoals die ten gunste van de beperkt gerechtigde ontstaan bij de beëindiging van het beperkte recht – vallen in deze opvatting niet zonder meer onder het bereik van art. 26 Fw.³⁸ In deze opvatting is het onderscheidende criterium dus niet of sprake is van een verbintenis of van een andere rechtsplicht, maar of sprake is van een verbintenis tot betaling van een geldsom waarvoor de wetgever een aparte regeling heeft vastgesteld.

De gemene deler tussen alle drie de opvattingen is dat verplichtingen tot het respecteren van het goederenrechtelijke recht en verplichtingen tot een dulden steeds jegens de curator kunnen worden ingeroepen (en zich dus laten afwikkelen via art. 25 Fw). Het verschil van mening ziet op de vraag of voor verplichtingen tot een doen en verplichtingen tot het betalen van een geldsom hetzelfde geldt. Wat opvalt is dat alle drie de kampen een ander onderscheid aanhouden dan het door de wetgever gemaakte onderscheid tussen verbintenissen en andere rechtsplichten om die vraag te beantwoorden.³⁹ Zij komen daarmee steeds tot een andere beantwoording van de vraag welke aanspraken uit goederenrechtelijke verplichtingen faillissementsbestendig zijn.

1.4 Argumenten voor en tegen ‘faillissementsbestendigheid’ van aanspraken uit goederenrechtelijke verplichtingen

Laat ik vooropstellen dat ik de door ieder van de drie kampen aangebrachte onderscheiden verdedigbaar vind. Bij de navolgende bespreking van de dogmatische onderbouwing voor de standpunten van de drie kampen gaat het er mij dan ook niet om te laten zien welk kamp ‘gelijk’ heeft. Mijn doel is om te laten zien dat de oorzaak van het verschil in opvattingen wellicht dogmatisch van aard lijkt, maar niet (louter) vanuit de dogmatiek kan worden beantwoord. Ik bespreek daarvoor eerst de belangrijkste argumenten vóór en tegen de faillissementsbestendigheid van verplichtingen tot een doen en betaling van een geldsom. Daarna identificeer ik het onderliggende ‘twistpunt’ tussen de verschillende opvattingen. Ten slotte laat ik zien dat de beslechting van dat twistpunt niet (louter) op dogmatiek gebaseerd kan zijn, maar een rechtspolitieke keuze behelst.

37 Zie art. 5:77 lid 2 BW voor het recht van erfdienstbaarheid, art. 5:92 lid 2 BW voor het recht van erfpacht en art. 5:104 lid 1 BW voor het recht van opstal.

38 Bartels & Tweehuysen 2012, p. 79, 82 zijn daar stilliger over; Booms 2014, p. 536 laat het in het midden.

39 Men zou kunnen stellen dat het ‘tweede kamp’ het dichtst bij de bedoeling van de wetgever ligt, omdat het onderscheid dat door de representanten ervan wordt aangelegd eigenlijk een nadere precisering is van het onderscheid tussen verbintenissen en andere rechtsplichten, nu art. 25 Fw vereist dat de andere rechtsplichten ‘tot de failliete boedel’ moeten behoren. Dat is correct, indien men ervan uitgaat dat uit goederenrechtelijke rechten géén verplichtingen tot een doen of betaling tot een geldsom voortvloeien die moeten worden geëerbiedigd door de curator, hetgeen juist een twistpunt is in de literatuur. Het komt er immers op neer wat precies wordt bedoeld met het ‘verzakelijken’ van obligatoire verbintenissen. Ik kom daar nog op terug.