

Beginnelsen van insolventierecht

Beginnelsen van insolventierecht

vermogen ✂ verhaal ✂ zekerheden
vereffening ✂ reorganisatie

Joeri Vananroye (ed.)

Angelique Daponte
Marlies De Brabandere
Stijn De Dier
Frederik De Leo
Dioni Heymans
Gillis Lindemans

Karen Paridaen
Olivier Roodhooft
Jane Smolderen

Marc Van de Looverbosch
Caro Van den Broeck
Arie Van Hoe
Lene Verhaegen
Jari Vermeulen
Nathan Willems



Bron: Bourgeat, C. (1659). *Sub signo Mercurii Galli*. Lyon, Frankrijk.



Ten geleide

Dit studieboek is ontwikkeld voor onderwijs aan studenten in de masters Rechten in Leuven en Hasselt en Economie, Recht en Bedrijfskunde in Leuven. De focus ligt op het begrip van essentiële concepten en inzicht in de context waarin het insolventierecht functioneert, met aandacht voor de economische analyse van insolventie(recht). Als studieboek beoogt het niet alleen kennisoverdracht, maar ook het stimuleren van een kritische houding ten opzichte van het insolventierecht en de onderliggende beleidsmatige overwegingen.

Dit boek aspireert daarmee uitdrukkelijk geen exhaustief handboek voor de praktijk te zijn. Dat belet niet dat wij hopen dat dit ook een waardevolle bron kan zijn voor praktijkjuristen, net door een academische focus op het essentiële – minstens toch wat wij essentieel vonden – zonder uit te weiden over practica zoals kosten, termijnen of pleegvormen die elders beter behandeld worden.

Het uitgangspunt van het boek is de insolventie van rechtspersonen (*‘corporate insolvency’*), in een duidelijke breuk met traditionelere benaderingen waarbij de twee soorten investeerders – de schuldeiser (*‘debt’*) en de aandeelhouder (*‘equity’*) – niet met mekaar in verband gebracht werden. Er is hierdoor uitgebreide aandacht voor de interactie tussen vennootschapsrecht en insolventierecht, zoals de positie van aandeelhouders binnen procedures, de uitdagingen van groepsstructuren en de relevantie van verschillen in internationaal privaatrecht. Andere organisatievormen zoals maatschappen komen aan bod in specifieke excursies. Daarmee is niet gezegd dat de insolventie van natuurlijke personen geen aandacht krijgt. In een volgende editie worden de collectieve schuldenregeling (voor niet-ondernemingen) en de procedures van Boek XX WER (voor ondernemingen) naast mekaar geplaatst, met aandacht voor de bijzondere regels voor natuurlijke personen.

Referenties zijn tot een minimum beperkt om de leesbaarheid te verhogen (en om de auteurs tot discipline te dwingen). In plaats daarvan wordt aan het begin van elk hoofdstuk een gecureerde bibliografie aangeboden. Deze bevat een persoonlijke selectie van belangrijke en inspirerende bronnen.

Door het hele boek zijn ‘vignettes’ opgenomen die dienen om bepaalde onderwerpen te verdiepen of te illustreren. Dit kunnen casestudy’s zijn van rechtspraak die de regels tot leven brengen, maar ook historische toelichtingen, rechtsvergelijkende analyses of opiniërende beschouwingen.

Dit boek is een collectief werk. **Joeri Vananroye** zorgde voor het concept, enkele hoofdstukken en de integratie van de verschillende delen. Dr. **Marc Van de Looverbosch** (advocaat, DLA Piper) schreef over vermogenspubliciteit, een belangrijk thema in het proefschrift dat hij in 2024 verdedigde. **Karen Paridaen** (FSMA) behandelde executie en beslag. **Angélique Daponte** (NBB) nam de persoonlijke zekerheden voor haar rekening en, samen met **Lene Verhaegen** en **Jari Vermeulen** van het Instituut voor Insolventierecht, de zakelijke zekerheden. **Marlies De Brabandere** (advocaat, Crivits Legal) herwerkte de persoonlijke zekerheden n.a.v. de invoering van Boek 9.1 BW. Dr. **Olivier Roodhooft** (advocaat, Intui) en **Caro Van den Broeck** (advocaat, Loyens & Loeff) namen de impact op de verhaalsrechten en op hun rangschikking voor hun rekening, respectievelijk voor faillissement en gerechtelijke reorganisatie. **Dioni Heymans** schreef (tijdens het schrijven als student onderzoeksmaster, nu assistent aan het Instituut voor Fiscaal Recht) over boedelschulden. Gangmaker van het eerste uur **Arie Van Hoe** (advocaat, Cresco) schreef over de impact van insolventieprocedures op overeenkomsten. Dr. **Gillis Lindemans** (advocaat, Quinz) behandelde het thema van zijn proefschrift, de wedersamenstelling van de boedel door de pauliana en verwante actiemogelijkheden. Dit werd aangevuld door dr. **Stijn De Dier** (advocaat, Quinz) met specifieke vennootschapsrechtelijke remedies. Dr. **Frederik De Leo** (gastprofessor KU Leuven en advocaat, NautaDutilh) schreef over de overdracht van de onderneming in de context van faillissement. Zijn proefschrift over *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur* (Intersentia, 2021) inspireerde vele andere hoofdstukken. **Nathan Willems** (tijdens het schrijven als student onderzoeksmaster, nu assistent internationaal privaatrecht) schreef de rechtsvergelijkende vignettes. Lene Verhaegen en Jari Vermeulen, later aangevuld met **Jane Smolderen** – die als studente de eerste versie van *Beginselen* onderging – van het Instituut voor Insolventierecht waren verder onmisbaar bij de integratie van de stukken, het nazicht en als noodzakelijke zwervende krachten.

De titel van de emeritaatsrede van mijn leermeester in het insolventierecht, Professor Eric Dirix, die in 2024 veel te vroeg overleed, luidde: *Het insolventierecht permanent in de steigers* (*Acta Falconis*, Intersentia, 2019, 52 p.). Het werk dat voor u ligt staat ook in de steigers; het is een werf in opbouw, wellicht niet altijd met het laatste likje verf al aangebracht. We hopen dat het onvolmaakte en ongepolijste karakter zal worden vergeven omwille van de levendige passie van de auteurs voor het insolventierecht, die misschien de gebruiker zal inspireren.

Idealiter geldt, alle verhoudingen in acht genomen, wat een inleider bij *The Common Law* van O.W. Holmes schreef: “[it] is not the final word of a life of scholarship, it is a more interesting thing, the thought of a man who throws it down before you still wriggling with life.” (S. Novick, “Introduction to the Dover edition”, Dover, 1991, v). Hier is alvast een groep – meestal jonge – mannen en vrouwen die hun ideeën voor u werpen. De onvolkomenheden zijn de mijne.

Joeri Vananroye
mei 2026

Beknopte inhoud

Hoofdstuk 1. Vermogen en verhaal <i>Joeri Vananroye</i>	39
Hoofdstuk 2. Publiciteit in het vermogensrecht <i>Marc Van de Looverbosch en Joeri Vananroye</i>	95
Hoofdstuk 3. Beslag- en executierecht <i>Karen Paridaen en Joeri Vananroye</i>	135
Hoofdstuk 4. Zakelijke zekerheden <i>Joeri Vananroye, Angelique Daponte, Lene Verhaegen en Jari Vermeulen</i>	205
Hoofdstuk 5. Persoonlijke zekerheden <i>Marlies De Brabandere, Angélique Daponte en Joeri Vananroye</i>	283
Hoofdstuk 6. Lot van verhaalsmogelijkheden van schuldeisers tijdens insolventieprocedures <i>Caro Van den Broeck, Joeri Vananroye, Olivier Roodhooft en Gillis Lindemans</i>	343
Hoofdstuk 7. Verdeling van de ondernemingswaarde door insolventieprocedures <i>Caro Van den Broeck, Joeri Vananroye en Olivier Roodhooft</i>	391
Hoofdstuk 8. Boedelschulden en schulden buiten de opschorting <i>Dioni Heymans</i>	429
Hoofdstuk 9. Overeenkomsten en insolventieprocedures <i>Arie Van Hoe</i>	453
Hoofdstuk 10. Wedersamenstelling van de boedel <i>Gillis Lindemans, Stijn De Dier en Joeri Vananroye</i>	465
Hoofdstuk 11. Overdracht van onderneming en insolventie <i>Frederik De Leo</i>	515

Synopsis

‘Synopsis (grec *σύνοψις*, *vue d’ensemble*)

(i) Bref aperçu sur l’ensemble d’une science, d’un objet d’enseignement.

(ii) Tableau synoptique embrassant toutes les parties d’une science.’

Larousse

Insolventierecht is het recht van schaarste: waar aanspraken botsen en waarde moet worden verdeeld zonder dat elk kan krijgen wat hem krachtens het niet-insolventierecht toekomt. Deze schaarste dwingt het privaatrecht tot zijn scherpste keuzes. Insolventierecht is daardoor een zeer technisch en een zeer politiek rechtsdomein.

Het onderscheid tussen **zakelijke dan wel persoonlijke rechten** komt in alle scherpste naar voren in de insolventiehypothese. Waar het zakelijk recht aan de titularis ervan een reële aanspraak geeft op een goed (*un droit réel*), heeft een schuldeiser slechts een hoopvolle verwachting van een toekomstige realisatie (*une créance*).

De titularis van een zakelijk recht heeft *erga omnes* een rechtstreekse toebedeling van een goed. Het zakelijk recht van de een is de beschikkingsonbevoegdheid van anderen. Conflicten tussen zakelijke rechten op eenzelfde goed worden beslecht door het anterioriteitsbeginsel (*prior tempore potior iure*). De titularis kan in beginsel zijn recht tegenwerpen aan iedere jongere verkrijger van een zakelijk recht op het goed (art. 3.4, al. 2 BW). Eigendom, mede-eigendom en zakelijke gebruiksrechten blijven buiten de samenloop die ontstaat door de insolvabiliteit van derden (art. 3.5, al.1 BW). Zo kan de eigenaar zijn goed revindiceren als het zich bij een andere persoon bevindt (ook al is die persoon op dat ogenblik bv. failliet).

De titularis van een persoonlijk recht (of: schuldvordering) heeft recht op een prestatie (doen, nalaten of overdragen/vestigen van een zakelijk recht) van een of meer personen op grond van de verbintenisrechtelijke verhouding tussen hen. Een persoonlijk recht heeft daarmee een relatief karakter. Bij het uitoefenen van het verhaalsrecht (bv. bij beslag of door een faillissementsvonnis) ‘realiseert’ het persoonlijk recht zich: beslag creëert een ‘recht met zakelijke werking’. Conflicterende persoonlijke rechten treden met elkaar in concurrentie. Zie art. 3.36, al. 2

BW: in beginsel wordt in geval van samenloop tussen de schuldeisers de opbrengst ervan onder hen naar evenredigheid verdeeld (*pari passu*).

We spreken van een ‘recht met zakelijke werking’ omdat het niet alle kenmerken heeft van een zakelijk recht: (i) dit recht leidt slechts tot relatieve beschikkingsonbevoegdheid (enkel de beslagleggende schuldeiser wordt erdoor beschermd), (ii) dit recht heeft een beperkte bescherming tegen oudere beschikkingen waaraan geen publiciteit werd gegeven (wel bij beschikkingen over onroerende goederen die niet werden in- of overgeschreven, maar dat is eerder de uitzondering) en (iii) dit recht volgt niet volledig het anterioriteitsbeginsel (beslag schept immers geen voorrang op latere beslagleggers op hetzelfde goed).

Twee (niet zo erg bekende) regels uit het insolventierecht verzwakken de positie van houders van persoonlijke rechten.

Primo: Schuldeisers die (individueel of collectief) uitwinnen zijn niet derde-medeplichtig indien die uitwinning conflicteert met een persoonlijk recht van een derde, zelfs indien ze dit persoonlijk recht kenden of behoorden te kennen. Derde-medeplichtigheid als een belangrijke nuancering van het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten valt daarmee weg.

Secundo: een schuldeiser kan een contract met de gefailleerde niet gedwongen laten uitvoeren in natura tegen de boedel, in ieder geval waar het een verbintenis tot overdracht (*dare*) of tot doen (*facere*) zou betreffen. Indien de curator de overeenkomst niet verder wil uitvoeren, krijgt de schuldeiser een schadevergoedingsaanspraak die louter een schuld zonder voorrang (‘in de boedel’) is.



De titularis van een persoonlijk recht kan door het laten leggen van uitvoerend beslag uitwinnen, in beginsel op alle goederen in het vermogen van zijn schuldenaar. Beslag (of executie in het algemeen, bv. ook reële executie al dan niet gepaard met een veroordeling tot een dwangsom) is het ogenblik waarop (de dreiging met) overheidsgeweld wordt gebruikt voor de afdwinging van louter private aanspraken.

De overheid heeft een **monopolie op het geweld** (verbod op eigenrichting) en het is vereist dat deze aanspraak bepaalde ‘kwaliteiten’ heeft, met name: neergelegd in een uitvoerbare titel (bv. vonnis) waarin een zekere, vaststaande en opeisbare schuldvordering is vastgesteld (art. 1494 Ger.W.). Een schuldeiser die geen aanspraak heeft met deze kwaliteiten (of dat wel heeft, maar veiligheidshalve wil wachten op een finale rechterlijke uitspraak) kan bewarend beslag leggen, in de regel na machtiging door de beslagrechter. Zowel bewarend als uitvoerend beslag leiden tot de beschikkingsonbevoegdheid van de beslagene.

Executierecht is uit schroom voor het gebruik van overheidsgeweld ook ‘algoritmischer’ dan andere rechtstakken. De executiegerechtigheid beperkt zich tot wat noodzakelijk blijkt uit de titel en niet meer, en dit kan beperkter zijn dan waartoe de executant materieelrechtelijk is gerechtigd. De les hieruit is dat (advocaten van) eisers aandacht moeten schenken aan wat ze de rechter vragen (*petitum*) en rechters aan wat ze opleggen (*dictum*).



De schuldeiser riskeert omwille van de concurrentiële aard van zijn rechten dat zijn aanspraak verwatert doordat er later meer schuldeisers bijkomen (*claim dilution*), doordat de goederen waarop hij zich kan verhalen verminderen (*asset dilution*) of dat houders van zakelijke zekerheden voorrang krijgen en hijzelf dus naar achteren schuift (*claim subordination*).

Enkel uitzonderlijk kan deze aantasting van zijn aanspraak d.m.v. de **pauliana** worden aangevochten (art. 5.243 BW). Het uitgangspunt is dat de schuldeiser zich niet te moeien heeft met het bestuur van het vermogen van een schuldenaar en dat de belangen van die schuldeiser niet voorop moeten staan bij het bestuur ervan. De schuldeiser heeft immers een ‘vaste vordering’ (*fixed claim*) waarvan de inhoud niet afhankelijk is van de rentabiliteit van de onderneming. Daarin verschilt de schuldeiser van een aandeelhouder die is achtergesteld aan de schuldeisers (*subordinated claim*) maar die ook wel recht heeft op de waarde als alle schuldeisers zijn voldaan (*residual claim*). In de schemerzone voor insolventie heeft een schuldenaar, en zeker een schuldenaar-onderneming, echter steeds minder vrijheid bij het bestuur van zijn vermogen naarmate het

risico op zijn insolventie toeneemt. Dit idee krijgt bij faillissement vorm in een facultatieve ‘verdachte periode’ voorafgaand aan het faillissement waar ‘rare’ rechtshandelingen makkelijk kunnen worden aangevochten met de vereenvoudigde pauliana’s.

Technisch is de pauliana een mogelijkheid om een rechtshandeling t.a.v. de schuldeisers niet-tegenwerpelijk te laten verklaren en beslag te leggen bij een derde. Bij ondernemingen is het probleem dat wat doorgaans het meest waardevol is – de ondernemingswaarde *in going concern* – geen goed is en dus niet in beslag kan worden genomen. Vandaar dat aansprakelijkheid een belangrijk alternatief vormt bij ondernemingen om plaatsvervangende schadevergoeding te vragen waar beslag niet nuttig is. De schadevergoeding wordt uiteraard niet gevorderd van de debiteur zelf (want diens vel is per hypothese al afgestroopt), maar van derde-medeplichtigen en bestuurders (*sensu lato*) van het vermogen van de debiteur. De schuldeisers hebben daarmee soms een vordering op derden of bestuurders waar de schuldenaar dat zelf niet had (collectieve schade die enkel de boedel kan vorderen).



Zakelijke zekerheidsrechten zijn een mogelijkheid voor schuldeisers om aan de nadelen van hun concurrente aanspraak te ontsnappen. De schuldeiser kan hierdoor genieten van het zakenrechtelijk anterioriteitsbeginsel, waardoor latere handelingen hem minder kunnen deren.

Zakelijke zekerheden verlenen in ieder geval een *voorrangsrecht* (‘afzonderingsrecht’) op de verkoopopbrengst van hun onderpand (art. 3.5, al. 2 BW). De meeste types van zakelijke zekerheidsrechten verlenen ook een ‘afscheidingsrecht’ of separatistenpositie tijdens een algemene samenloop: de houder van het zakelijk zekerheidsrecht kan in beginsel, ondanks de fixatie van de rechten van de schuldeisers, zijn onderpand nog individueel executeren (soms zelfs volgens een vereenvoudigde procedure). ‘In beginsel’ is hier belangrijk: de uitzonderingen zullen belangrijker blijken dan de regel.

Voorbeelden van conventionele zakelijke zekerheidsrechten die bedongen zijn tussen schuldeiser en schuldenaar, zijn de hypotheek (op onroerende goederen, waarbij moet worden opgemerkt dat er ook wettelijke hypo-

theken zijn) en het pand (op roerende goederen). Een zakelijk zekerheidsrecht kan ook op grond van de wet (‘bijzonder voorrecht’). Rechtstreekse vorderingen kunnen gezien worden als een wettelijk pandrecht op schuldvorderingen, waarbij de bevoorrechte schuldeiser bevoegdheid heeft om de schuldvordering die het onderpand vormt zelf te innen. De voorwaarden en gevolgen verschillen sterk per rechtstreekse vordering. Voor bepaalde bijzondere voorrechten op onroerende goederen onderwerpt de wet de voorrang aan het eenzijdig inschrijven van een hypotheek. Dit zijn de wettelijke hypotheeken. Ook schuldvergelijking kan als een zakelijke zekerheid worden beschouwd: de actieve schuldvordering verhaalt zich immers volledig op de passieve schuldvordering waarmee wordt gecompenseerd, en dit met voorrang op de andere schuldeisers van de schuldeiser van de passieve schuldvordering. Het ontstaan van schuldvergelijking houdt meteen ook ‘executie’ in van het onderpand.

De rangorde tussen schuldeisers met een zakelijk zekerheidsrecht op eenzelfde goed wordt in de regel bepaald door het anterioriteitsbeginsel. Deze regel is minder eenvoudig dan het lijkt: sommige zakelijke zekerheden worden geacht ‘logisch ouder’ te zijn (bv. voorrecht verkoper, eigendomsvoorbehoud, voorrecht onderaannemer op bouwheer) en krijgen voorrang op bv. conventionele zekerheden met hetzelfde onderpand, ook al werd die laatste zekerheid eerder gevestigd en tegenwerpelijk gemaakt. Op grond van derdenbescherming kan een jonger recht bovendien vóór een ouder recht worden gerangschikt (bv. een jongere hypotheek komt voor een oudere hypotheek, als de jongere hypotheek eerder werd ingeschreven).

Het voorrecht tot behoud van de kosten van de zaak vormt een uitzondering op het anterioriteitsbeginsel: het gaat voor op oudere voorrechten (art. 22 Hyp.W.). Het idee hierachter is dat deze kosten ook de waarde van het onderpand voor de andere bevoorrechte schuldeisers vrijwaren en dat ze dus voordeel hebben bij een regime dat hen incentiveert om deze kosten te maken.



Een andere (verbintenisrechtelijke) strategie van schuldeisers om hun positie te versterken is het bedingen van **persoonlijke zekerheden** (bv. borg, autonome garantie, hoofdelijkheid tot zekerheid, sterkmaking

tot uitvoering). Dit verleent de schuldeiser de mogelijkheid om naast de schuldenaar een derde, persoonlijke zekerheidsverlener aan te spreken ter waarborg van de nakoming door de hoofdschuldenaar van diens verbintenis, de hoofdverbintenis (zie art. 9.1.2, 1°, 4° en 7° BW). Door het bekomen van een persoonlijke zekerheidsstelling verkrijgt de kredietverlener een bijkomend vermogen waarop hij desgevallend kan uitwinnen. Zo ontkomt de schuldeiser aan de samenloop met andere schuldeisers die ontstaat op het vermogen van de hoofdschuldenaar.

Doordat er niet meteen of met zekerheid een betalingsplicht is voor de zekerheidssteller, onderschat deze misschien het risico dat een persoonlijke zekerheid met zich meebrengt. De wettelijke regeling van zekerheden gaat daarom uit van een beschermingsidee, zeker (maar niet alleen) bij natuurlijke personen die zich buiten hun beroepsactiviteit zeker stellen (consumentenborg).

Dat beschermingsniveau ligt lager bij een persoonlijke zekerheid door de insider (ook natuurlijk persoon) voor zijn vennootschap. De zekerheidssteller zal doorgaans de controle hebben over de hoofdschuldenaar en heeft ook een direct belang bij diens financiële situatie. Men zou kunnen zeggen: bij een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid is het de niet-aansprakelijkheid van de controlerende aandeelhouder voor een activiteit die hij controleert en waarvan hij de vruchten plukt, die eigenaardig is. Een persoonlijke zekerheid van die aandeelhouder is slechts een terugkeer naar de normale aansprakelijkheid van een ondernemer die geen vennootschap gebruikt of een moedervenootschap die geen dochtervennootschap heeft.

Zekerheden, zakelijke en persoonlijke, bieden een aanzienlijke maar geen absolute zekerheid van betaling. De waarde van een persoonlijke zekerheid is afhankelijk van de solvabiliteit van de zekerheidssteller; die van een zakelijke zekerheid van de waarde van het onderpand op het ogenblik van uitwinning.



Indien meerdere of alle schuldeisers uitwinnen op een of meerdere goederen van een schuldenaar, is er sprake van **samenloop** (*concursum*). Beslag schept geen voorrang en er is dus ook bij uitwinning bij beslag sprake

van samenloop en een boedel. Deze boedel betreft één goed of één geheel van goederen (particuliere of bijzondere samenloop). De concursus roept dus een halt toe aan de vrije concurrentie tussen de schuldeisers: waar ze normaal kunnen proberen voor te steken, moeten ze nu ‘met gelijke stap uitwinnen’ (*pari passu*). De verhaalsrechten van de schuldeisers worden gebundeld in een boedel en de uitwinning wordt gecollectiviseerd.

Bij faillissement wordt de collectivisering van de uitwinning op een dubbele wijze verder doorgedreven.

Primo: het faillissement heeft betrekking op alle activa (algemene of universele samenloop) en geldt ten behoeve van alle schuldeisers.

Dit laat toe, indien de curator dit nuttig en mogelijk acht, om alle of een gedeelte van deze activa als een geheel te verkopen en op die manier de going concern-waarde van een (stuk) van de ‘handelszaak’ zo veel als mogelijk te bewaren. Ook biedt een collectieve realisatie meer waarborgen dat ondernemingspecifieke waarde (bv. bepaalde knowhow die enkel in een team binnen het bedrijf aanwezig is) niet verloren gaat. Hoewel het ‘behoud van de continuïteit’ meestal wordt geassocieerd met de gerechtelijke reorganisatie, is het dus ook een belangrijke doelstelling van de faillissementsprocedure. De discontinuïteit van de rechtspersoon bij vereffening kan gepaard gaan met de continuïteit van (een deel van) de activiteiten of het ‘handelsfonds’ die door die rechtspersoon werden gevoerd.

Secundo: Het faillissement is een procedure ten behoeve van alle schuldeisers. De realisatie hangt niet langer louter af van een individueel initiatief (bv. beslag) van de afzonderlijke schuldeisers. De gedwongen bundeling van verhaalsrechten in de persoon van de curator laat toe dat deze ‘dwangvertegenwoordiger’ zowel juridisch als feitelijk veel meer mogelijkheden heeft dan schuldeisers die dispaaroot optreden enkel voor hun eigen schuldvordering. Een vereffening die volledig afhankelijk is van de diligentie van individuele schuldeisers dreigt immers aan te slepen (bv. omdat sommige schuldvorderingen nog niet opeisbaar zijn) en kan leiden tot ongelijkheden tussen schuldeisers naargelang het ogenblik dat ze zich op de boedel willen verhalen (waarbij schuldeisers die ‘insider’ zijn, *de facto* bevoordeeld zullen worden). Wie laatst komt, riskeert

immers dat er niets meer overblijft om zich op te verhalen als er niet genoeg activa zijn om alle passiva te betalen.

Naast het faillissement zijn er overigens andere gevallen van algemene samenloop: collectieve schuldenregeling, vereffening rechtspersoon, vereffening maatschap (art. 4:21 WVV), openvallen beneficiaire of onbeheerde nalatenschap. Deze leiden allemaal tot een vereffening, behalve de collectieve schuldenregeling waar er een aanzuiveringsbewind is (historisch passief wordt zo veel mogelijk met nieuwe inkomsten afbetaald).



Samenloop garandeert niet de ‘gelijkheid’ van alle schuldeisers, maar wel de fixatie van de onderlinge rang zoals die op het ogenblik van het ontstaan van de samenloop ontstaat. Het is daarom beter te spreken van het ‘fixatiebeginsel’ dan van het ‘gelijkheidsbeginsel’. Nemen we als uitgangspunt het faillissement als universele samenloop, waarbij er een algemene boedel is waar in beginsel alle goederen deel van uitmaken.

De goederen (of de opbrengst ervan) waarop een zakelijk zekerheidsrecht rust, vallen buiten de algemene boedel. Deze worden afzonderlijk vereffend (bijzondere boedels) en bij voorrang bestemd voor de schuldeisers met de zakelijke zekerheid. Dit zijn de schuldeisers buiten de boedel.

De afzonderlijke vereffening kan soms letterlijk worden genomen als de gesecuriseerde schuldeiser gebruikmaakt van zijn separatistenpositie (waar die nog gebruikt kan worden); anders is het een afzonderlijke rekening en verdeling die de curator eerst maakt m.b.t. goederen die met een zakelijk zekerheidsrecht verzekerd zijn.

Indien de schuldvordering van de schuldeisers buiten de boedel de waarde van hun onderpand overtreft, zijn ze voor het overschot schuldeisers *in* de boedel. Het zakelijk zekerheidsrecht kan nooit meer waard zijn dan het onderpand ervan. Hetzelfde geldt als de schuldvordering hoger is dan de maximumgrens van de zekerheid (bv. een hypotheek wordt altijd ingeschreven voor een maximumbedrag). Indien er na bevrediging van de schuldeisers met een zakelijk zekerheidsrecht op een goed nog waarde van dat goed rest, gaat dit bij faillissement naar de algemene boedel.

De boedel gaat zelf kosten en aansprakelijkheden aan met het oog op de vereffening van de boedel. Dit geeft aanleiding tot schulden van de boedel, vaak ook ‘*boedelschulden*’ genoemd. Het bekendste voorbeeld is het ereloon van deurwaarder, notaris of curator voor de uitoefening van hun mandaat bij de vereffening van de boedel. Boedelschuldeisers zijn niet aan de samenloop onderworpen en hebben voorrang op de activa van de betrokken boedel.

Dit bevoorrecht statuut moet enerzijds vrijwillige schuldeisers verleiden om, ondanks de schaarste, toch nog met de boedel te contracteren en anderzijds verhinderen dat de schaarste wordt misbruikt om negatieve externaliteiten van de activiteiten op onvrijwillige schuldeisers af te wentelen.

Een bijzondere boedel heeft ook boedelschulden die voorrang hebben op alle andere schulden in die boedel.

De schuldeisers in de boedel zijn in de eerste plaats de schuldeisers zonder voorrang. Zij worden de *chirografaire schuldeisers* genoemd (ook wel: ‘concurrente schuldeisers’). Het uitgangspunt is dat een schuldeiser een chirografaire schuldeiser is, tenzij er een reden is om voorrang te krijgen of achtergesteld te worden. Ze worden pondspondsgewijs betaald (d.i. naar evenredigheid van hun vordering) uit de goederen in de boedel, nadat de boedelschuldeisers en de schuldeisers met een algemeen voorrecht zijn betaald (art. 3:36, al. 2 BW). Schuldeisers met een *algemeen voorrecht* hebben voorrang op het geheel van de goederen in de boedel of op een abstracte categorie daarin (bv. alle roerende goederen). De schuldeisers met een algemeen voorrecht hebben geen zakelijk zekerheidsrecht. Hun onderlinge rangorde wordt bepaald door de aard van hun schuldvordering waaraan de wetgever een rang toekent. Zij worden bij voorrang betaald uit het saldo van de boedelgoederen dat overblijft na vereffening van de schulden van de boedel. De bekendste schuldeisers met een algemeen voorrecht zijn de publieke schuldeisers zoals de fiscus of de RSZ.

Een schuldeiser, bv. een aandeelhouder die een lening geeft aan zijn vennootschap en toch het krediet wil verhogen, kan afstand doen van de *pari passu* en dus na de chirografaire schuldeisers komen (achtergestelde schuldeiser).

Indien er na uitdeling aan alle schuldeisers nog een nettoactief overblijft – wat erg uitzonderlijk zal zijn – gaat dit bij natuurlijke personen naar de schuldenaar-**natuurlijke persoon** en bij vennootschappen naar de **aandeelhouders** (achterstelling van de aandeelhouders t.a.v. vennootschapsschuldeisers).

Dit geeft in beginsel de volgende rangorde. Daarbij nemen we het geval van een faillissement van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid, waarbij in beginsel alle goederen in de samenloop zitten (algemene samenloop). We gaan ervan uit dat bepaalde goederen met zakelijke zekerheden zijn belast (bv. door een hypotheek of een bijzonder voorrecht), zodat er naast de algemene faillissementsboedel ook bijzondere boedels bestaan:



Figuur 1. Rangorde van schuldvorderingen binnen bijzondere en algemene boedels

Bij particuliere samenloop op één goed of een geheel van goederen, zoals bij beslag, is de ‘bijzondere boedel’ gewoon de boedel zonder meer. Stappen 4 en 8 zijn er niet bij een particuliere samenloop. Een residu gaat terug naar de uitgewonnen schuldenaar.

Bij het faillissement wordt zoals gezegd het verhaal gecollectiviseerd: de faillissementsboedel onder leiding van de curator bundelt de executie-rechten van de individuele schuldeisers. Individueel verhaal is daarom in de regel niet meer mogelijk (fixatiebeginsel), met als doel een **collectieve uitwinning** waarbij de goederen van de onderneming worden verkocht (of anderszins gerealiseerd) en de waarde onder de schuldeisers wordt verdeeld.

De activa van de schuldenaar worden effectief gerealiseerd. Meestal betekent dit dat de goederen door de curator worden verkocht (bij voorkeur *in going concern* om een hogere waarde te bekomen). Vorderingen kunnen ook worden gerealiseerd door ze in te stellen en het provenu te innen. Aldus wordt bij faillissement de waarde van de onderneming met zekerheid vastgesteld: het is de opbrengst die de curator effectief heeft verkregen (*value is what a damn fool will give for it*). Die waarde wordt door de curator vervolgens verdeeld volgens de rangschikking die reeds aan bod kwam.

Traditioneel ontsnappen de houders van een zakelijk zekerheidsrecht aan deze collectivisering (separatistenpositie of afscheidingsrecht). Doorgaans is een substantieel deel (indien niet het geheel) van de activa van een onderneming onderpand van zakelijke zekerheden. In het faillissement en de collectieve schuldenregeling worden deze separatistenposities dan ook sterk aan banden gelegd, omdat anders de doelstellingen van de collectieve procedures worden uitgehold.

Strikt genomen wijzigt er niets aan de lidmaatschapsrechten van aandeelhouders bij faillissement. De rechtspersoon wordt echter wel getroffen door buitenbezitstelling, waardoor de aandeelhouders voor alle praktische doeleinden direct en indirect niets meer hebben te zeggen, net zoals ze wegens hun achtergestelde positie financieel niets meer hebben te verwachten.

De waarde die een curator kan krijgen zal in de regel een stuk lager zijn dan wat de schuldenaar zelf, buiten de context van het faillissement, zou kunnen krijgen. Dit geldt ongeacht of de onderneming stukje bij beetje wordt verkocht (*piecemeal liquidation*) dan wel als een geheel (*liquidation in going concern*).

De reden voor de lagere realisatiewaarde bij faillissement is *niet* de schuldenlast van de vennootschap op zich. Als de activa van een onderneming verkocht worden (*asset deal*), gaan schulden in de regel niet mee (ook niet als het hele handelsfonds *in going concern* wordt verkocht). Als de curator verkoopt, heeft die verkoop bovendien een zuiverend effect: zakelijke zekerheidsrechten (zelfs die met volgrecht) volgen de verkochte

activa niet, maar gaan via zakelijke subrogatie over op de opbrengst van het bezwaarde goed.

De redenen voor de lagere realisatiewaarde liggen elders. De opening van een publieke faillissementsprocedure zorgt voor een disruptie, die net een overdracht in continuïteit onmogelijk maakt waardoor de realisatiewaarde daalt: leveranciers en werknemers worden onrustig en lopen weg; overeenkomsten worden ontbonden; de curator, die per hypothese de onderneming niet kent, zal terughoudend zijn om de activiteiten verder te zetten omdat dit tot boedelschulden leidt.

De debiteur aan de vooravond van een insolventieprocedure zou kunnen trachten zelf de onderneming te verkopen via een *asset deal*, hetzij om de insolventie af te wenden, hetzij om de procedure in te gaan met een zak geld die de ondernemingswaarde vertegenwoordigt ten gevolge van een verkoop die nog niet is aangetast door de negatieve publiciteit van het openen van de insolventieprocedure. Over zo'n pre-insolventie-overdracht zal echter altijd de schaduw van een mogelijke pauliaanse aanvechting hangen: zij gebeurt immers met het vooruitzicht van insolventie als realistische en nabije hypothese, sneller dan gebruikelijk, wellicht aan een lage prijs, en soms aan insiders. Om dit risico te vermijden zal een koper verkiezen te kopen van een curator of gerechtsmandataris in een insolventieprocedure.

Uiteraard is het ook niet mogelijk dat de debiteur een afspraak maakt met een potentiële koper op een wijze die bij een later faillissement de curator bindt. De curator kan immers lopende overeenkomsten met de gefailleerde weigeren na te komen, met als enige gevolg een schadevergoeding als schuld in de boedel, zonder dat een uitvoering in natura mogelijk is.

De besloten voorbereiding van een overdracht na faillissement ('pre-pack') probeert de voordelen van een verkoop pre-insolventie (nog geen disruptie door faillissement) met die van een verkoop in insolventie (zuiverende werking, geen pauliana-risico) te verzoenen.

Het idee dat een verkoop geregeld vóór de opening van een insolventieprocedure de ondernemingswaarde behoudt, moet wel worden relativerd. Ook voor een insolventieprocedure weet een koper wellicht

dat de verkoop 'van moetens' is ('*fire sale*') en heeft daarmee een goede onderhandelingspositie die wellicht in een lage prijs resulteert.

Soms gebeurt de realisatie door een verkoop door de curator aan (bepaalde) aandeelhouders of andere insiders (die daartoe meestal een nieuwe vennootschap zullen hebben opgericht). Een dergelijke 'autocessie' kan eventueel door die aandeelhouders zelf worden opgezet in het kader van een besloten voorbereiding van het faillissement. Het knellende schoentje hier is dat de koper geen *damn fool* is maar een insider van de vennootschap. Dat hoeft geen probleem te zijn als de koper een faire prijs betaalt. Anderzijds valt niet uit te sluiten dat ze misbruik maken van hun insider-kennis en hun controle over de voorbereiding van het verkoopproces om een te lage prijs te bieden. Aandeelhouders kunnen de onderneming ook zo structureren dat bepaalde activa die essentieel zijn voor de ondernemingswaarde (bv. IP-rechten) in een afzonderlijke rechtspersoon worden ondergebracht (*strategic asset partitioning*). Daardoor zijn ze misschien de enige potentiële koper, wat aanleiding geeft tot een kunstmatig lage prijs.



De verkoop van de (onderdelen) van de onderneming door het faillissement biedt dus niet de beste omstandigheden voor het behoud van de waarde van die onderneming. Dit is de bestaansreden van de **gerechtelijke reorganisatie**, waarbij er in de regel geen verkoop is.

De gerechtelijke reorganisatie is au fond een herschikking van de rechten van de schuldeisers en kapitaalhouders (rechterkant van de balans) om te verhinderen dat door een verkoop van de activa van de onderneming (linkerkant van de balans) de ondernemingswaarde voor een groot stuk wordt vernietigd. Deze herschikking gebeurt in een plan waarover wordt gestemd en dat de rechtbank moet homologeren. Bij homologatie bindt dit plan alle schuldeisers.

Een andere manier om dit te conceptualiseren is de reorganisatie als een *hypothetische* verkoop van de ondernemingswaarde aan schuldeisers en aandeelhouders zoals herschikt in het plan.

De aanvraag of toekenning van een gerechtelijke reorganisatie doet geen samenloop ontstaan. Er ontstaat geen boedel waarin de executierechten van de schuldeisers verplicht worden ingebracht. Op het eerste gezicht doet de opschorting bij de gerechtelijke reorganisatie denken aan de fixatie bij samenloop: de executierechten van schuldeisers worden immers buiten werking gesteld. Bij opschorting is dit echter niet om de vereffening te collectiviseren, maar om die te vermijden. Kenmerkend voor de gerechtelijke reorganisatie is dat er niet automatisch een curator of gelijkaardige bewindvoerder wordt aangesteld over het vermogen van de schuldenaar (*'debtor in possession'*). De reorganisatieprocedure gaat uit van het idee dat de schuldenaar de beste garanties biedt voor het verderzetten van de activiteiten en dat een neutrale bewindvoerder veel extra onkosten met zich meebrengt.

De aandeelhouder is de discrete begunstigde van de reorganisatie. Als schuldeisers een schuldreductie krijgen, zal de positie van de aandeelhouder (die is achtergesteld aan de schuldeisers) immers beter worden. Bovendien zorgt het principe van *'debtor in possession'* ervoor dat aandeelhouders, indirect via het door hen verkozen bestuursorgaan, een sterke invloed blijven hebben. Een verantwoording hiervoor heeft de wetgever nooit zeer duidelijk gearticuleerd. Wellicht heeft het ermee te maken dat in vele gevallen de blijvende inzet van de (controleerende) aandeelhouder essentieel is voor het behoud van de *going concern*-waarde van de vennootschap. Hij moet aldus door het behoud van politieke en economische rechten geprikkeld worden om aan boord te blijven.

Dat er geen realisatiewaarde effectief wordt uitgedeeld volgens de rangschikking, betekent zeker niet dat deze rangorde niet relevant zou zijn. Dat is het meest zuiver in het 'groot regime', waar de rangschikking belangrijk is voor de indeling van categorieën waarin schuldeisers stemmen en ook criteria die vereist zijn voor de homologatie van een plan (bv. *'absolute priority rule'* en *'best interest'*-test) verwijzen naar de rangschikking bij faillissement. Maar ook in het kmo-regime is de positie in de rangorde vaak relevant voor de rechten van een schuldeiser.

Doordat er niet wordt gerealiseerd, is er ook geen echte prijs die door een *damn fool* wordt betaald. Waardering is dan ook een centraal twistpunt bij gerechtelijke reorganisaties: waardering van de ondernemingswaarde

in het algemeen en van de onderdelen ervan belast met een zakelijk zekerheidsrecht.

Zo tekent zich het fundamentele dilemma van het insolventierecht af: enerzijds de faillissementsvereffening, die via verkoop en een onafhankelijke curatele zekerheid biedt over de waarde, maar waarbij datzelfde proces die waarde tegelijk dreigt te eroderen; anderzijds de reorganisatie, die die erosie tracht te vermijden, maar onvermijdelijk aanleiding geeft tot discussies over waardering en het risico vergroot op misbruik van de opschorting en de ruime autonomie – met soms alsnog een faillissement tot gevolg, maar dan met nog minder waarde dan wanneer men er meteen voor had gekozen.

Een keuze tussen pest en cholera – wie had wat anders verwacht van recht in tijden van schaarste.

Inhoudstafel

Ten geleide	7
Hoofdstuk 1. Vermogen en verhaal	39
§ 1 Het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten bij insolventie	41
§ 2 Vermogen als het verhaalsobject van schuldeisers	59
§ 3 Samenloop, gelijkheid en rang	74
§ 4 Verdere collectivisering van verhaalsrechten: faillissement	83
§ 5 Reorganisatie als alternatief voor samenloop	85
Hoofdstuk 2. Publiciteit in het vermogensrecht	95
§ 1 Overdracht, vestiging en derdenbescherming	97
§ 2 Publiciteit	104
§ 3 Conflicten door dubbele beschikking (uitgezonderd later beslag of faillissement)	116
§ 4 Conflicten door ‘dubbele beschikking’ door later beslag of faillissement	124
§ 5 Simulatie	130
Hoofdstuk 3. Beslag- en executierecht	135
A. Reële executie	137
§ 1. Begrip	137
§ 2. Procedure	140
B. De dwangsom	146
§ 1. Begrip en modaliteiten	146
§ 2. De dwangsomrechter	148
§ 3. De verbeurte van de dwangsom	149
C. Beslag	151
§ 1. Inleiding: algemene principes	151
§ 2. Voor beslag vatbare goederen	154
§ 3. Informatievergaring over het vermogen van de schuldenaar	158
§ 4. Publiciteit	159
§ 5. De beslagrechter	160
D. Uitvoerend beslag	166
§ 1. Begrip en voorwaarden	166
§ 2. Procedure: gemeenschappelijke principes	167

§ 3. Roerend uitvoerend beslag	169
§ 4. Onroerend uitvoerend beslag	172
E. Bewarend beslag	176
§ 1. Begrip en doel	176
§ 2. Basisvoorwaarden bewarend beslag	177
§ 3. Procedure: gemeenschappelijke principes	180
§ 4. Procedure: specifieke regels voor roerend en onroerend bewarend beslag	183
§ 5. Duurtijd en vernieuwing	184
§ 6. De omzetting van een bewarend beslag in een uitvoerend beslag	186
F. Beslag onder derden	187
§ 1. Algemeen	187
§ 2. Procedure	190
§ 3. Procedure: uitvoerend beslag onder derden	198
G. Kantonnement	200
Hoofdstuk 4. Zakelijke zekerheden	205
A. Zakelijke zekerheidsrechten als zakelijke rechten	207
B. De hypotheek	221
§ 1. Hypotheek in het algemeen	221
§ 2. Conventionele hypotheeken	224
§ 3. Rechtsgevolgen van de hypotheek	228
C. Het pandrecht	230
§ 1. Pand in het algemeen	230
§ 2. Pand op schuldvorderingen	240
§ 3. Pand op een geldsom	242
D. Pand op financiële instrumenten	243
E. Zekerheidseigendom	244
F. Bijzondere voorrechten, wettelijke pandrechten en ontbindingsrecht met zakelijke werking	245
§ 1. Basiskenmerken en types	245
§ 2. Enkele bijzondere voorrechten	249
G. Het eigendomsvoorbehoud	256
H. Het retentierecht	260
I. Rechtstreekse vorderingen	262
J. Schuldvergelijking	277

Hoofdstuk 5. Persoonlijke zekerheden	283
A. Persoonlijke zekerheden	285
B. De driepartijenverhouding nader geanalyseerd: abstractie, autonomie en subsidiariteit	296
C. Borgtocht (accessoire persoonlijke zekerheid)	300
§ 1. Enkele begrippen	300
§ 2. Aandachtspunten bij het sluiten van de borgtochtovereenkomst	307
§ 3. Gevolgen van de borgtocht tussen borg en schuldeiser (prestatieverhouding)	310
§ 4. Gevolgen van de borgtocht tussen borg en hoofdschuldenaar (dekkingsverhouding)	316
§ 5. Tenietgaan van de borgtocht	319
D. Autonome persoonlijke zekerheid (garantie)	321
E. Persoonlijke zekerheid gesteld door een consument (consumentenborg)	329
F. Patronaatsverklaring (letter of comfort)	334

Hoofdstuk 6. Lot van verhaalsmogelijkheden van schuldeisers tijdens insolventieprocedures	343
A. Verhaalsmogelijkheden bij faillissement	348
§ 1. Faillissement als collectief beslag	348
§ 2. Fixatiebeginsel en executie door de curator	359
§ 3. Bijzondere positie van schuldeisers met zakelijk zekerheidsrecht: afscheidingsrecht	364
B. Verhaalsmogelijkheden bij gerechtelijke reorganisatie en overdracht onder gerechtelijk gezag	369
§ 1. Tijdens de periode tussen het verzoek tot en met de (eventuele) opening van de gerechtelijke reorganisatie of overdracht onder gerechtelijk gezag	370
§ 2. Inperking van de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers in de opschorting vanaf de opening van de gerechtelijke reorganisatie of overdracht onder gerechtelijk gezag	374
§ 3. De verhaalsmogelijkheden voor schuldeisers buiten de opschorting: lopende overeenkomsten en nieuwe schulden	388
§ 4. Na beëindiging van een niet-geslaagde openbare gerechtelijke reorganisatie of overdracht onder gerechtelijk gezag of ad-hocopschorting bij besloten reorganisatie	389

Hoofdstuk 7. Verdeling van de ondernemingswaarde door insolventieprocedures	391
A. Het lot van de ondernemingswaarde bij insolventie in het algemeen	393
B. Herschikking van de rechten op de ondernemingswaarde in het plan bij gerechtelijke reorganisatie	399
§ 1. Minnelijk akkoord	399
§ 2. Collectief akkoord: algemeen	403
§ 3. Collectief akkoord: basisregime	405
§ 4. Collectief akkoord: uitzondering kmo-regime	419
§ 5. Besloten collectief akkoord: bijzonderheden	426
Hoofdstuk 8. Boedelschulden en schulden buiten de opschorting	429
A. Het begrip ‘boedelschulden’	431
B. Het faillissement	435
§ 1. Het wettelijk kader	435
§ 2. Toepassingen	436
§ 3. Onderlinge rangorde	443
§ 4. Intrekking van het faillissement	443
C. Gerechtelijke reorganisatie	445
§ 1. De wettelijke grondslag	445
§ 2. Toepassingen	446
D. Synthetische boedelschulden: faillissement volgend op eerdere insolventieprocedures	449
Hoofdstuk 9. Overeenkomsten en insolventieprocedures	453
A. Inleiding	455
B. Faillissement	456
C. Gerechtelijke reorganisatie en overdracht onder gerechtelijk gezag	461
Hoofdstuk 10. Wedersamenstelling van de boedel	465
A. Wedersamenstelling als remedie tegen verhaalsbenadeling	467
B. De gemeenrechtelijke pauliana	471
§ 1. De pauliana: eeuwenoude remedie tegen verhaalsbenadelende rechtshandelingen	471
§ 2. Voor welke schuldeisers?	473
§ 3. Verhaalsbenadeling	475
§ 4. Subjectief element: bedrog en wetenschap van benadeling	479
§ 5. Kwade trouw tenzij bij handeling om niet	482
§ 6. Niet-tegenwerpelijke als een afweging van belangen	483

C. De aanvechtingsgronden bij faillissement	487
D. Pauliana-aansprakelijkheid als vergoeding voor collectieve schade	492
E. Aansprakelijkheid van bestuurders	495
§ 1. Functie van bestuursaansprakelijkheid in het insolventierecht	495
§ 2. Gronden van bestuurdersaansprakelijkheid	497
§ 3. Welke bestuurders?	501
§ 4. Vorderingsgerechtigden	504
§ 5. (Tegenwerpelijke van) de kwijting	513
Hoofdstuk 11. Overdracht van onderneming en insolventie	515
A. Overdracht van onderneming buiten een formele insolventieprocedure	519
§ 1. Indirecte overdracht van onderneming door verkoop van aandelen in een rechtspersoon (<i>share deal</i>)	519
§ 2. Overdracht van activa van de onderneming (<i>asset deal</i>)	521
§ 3. Overdracht van onderneming door overdracht onder algemene titel	523
B. Overdracht van onderneming als onderdeel van een formele insolventieprocedure	527
§ 1. Overdracht als onderdeel van een minnelijk of collectief akkoord	527
§ 2. Overdracht onder gerechtelijk gezag	534
§ 3. Overdracht via de besloten voorbereiding van het faillissement	552
§ 4. Overdracht na faillissement	560



Algemene bibliografische vingerwijzingen

Voor persoonlijke en zakelijke zekerheden (telkens in de meest ruime zin) zijn onschatbaar: M.E. Storme, *Persoonlijke zekerheden en aanverwante rechtsfiguren*, 2024, (hierna: ‘Storme I’) en M.E. Storme, *Zekerheden- en Insolventierecht*, II, 2024 (hierna: ‘Storme II’). Beide zijn ook online te consulteren:

- www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/PersoonlijkeZekerheden.pdf
- www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/insolventierecht2024.pdf

Omvangrijke actuele – al is dat altijd een relatief concept in een snel wijzigende rechtstak – handboeken zijn er meer aan Franstalige zijde met I. Verougstraete e.a., *Manuel de l’insolvabilité de l’entreprise*, Kluwer, 2019, 1636 p. en A. Zenner, *Traité du droit de l’insolvabilité*, Anthemis, 2019, 1900 p. Aan Nederlandstalige zijde zijn er D. De Marez en C. Stragier, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, die Keure, 2018, 414 p.; B. Vander Meulen, *Praktische gids voor Faillissementscuratoren*, Kluwer, 2021, 979 p.; en de losbladige (begrijp: online) verzamelwerken *Faillissement & Reorganisatie* (FARE), *Artikelsgewijze commentaar Voorrechten & Hypotheken* en *Artikelsgewijze commentaar Handels- en Economisch Recht*.

Zie in de herwerking van H. De Page, *Traité de droit civil belge*, Tome V, *Les sûretés et privilèges*, in M. Grégoire en A. Boulvain (eds.), *Volume 1. Les garanties tangentielles*, Bruylant, 2020, 769p. (M. Grégoire en A. Boulvain, *Les sûretés et privilèges* 1); M. Grégoire en A. Boulvain (eds.), *Volume 2. Sûretés réelles mobilières et privilèges mobiliers*, Bruylant, 2023, 766 p. (M. Grégoire en A. Boulvain, *Les sûretés et privilèges* 2) en M. Grégoire en A. Boulvain (eds.), *Volume 3. Publicité foncière, hypothèques et privilèges immobiliers*, Bruylant, 2023, 709 p. (M. Grégoire en A. Boulvain, *Les sûretés et privilèges* 3).

Het proefschrift van F. De Leo, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Intersentia, 2021, xxii + 1140 p. analyseert heel wat vraagstukken vanuit de bril van ‘good bankruptcy governance’. De reeks *Curatoren en Vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, in de schoot van de curatorenopleiding van de KU Leuven en de UAntwerpen heeft zeven boeken (2006 tot 2024) met telkens diepgravende bijdragen over specifieke thema’s.

Oudere werken die voor fundamentele vraagstukken nog altijd hun nut bewijzen zijn: E. Dirix en R. De Corte, *Zekerheidsrechten*, Kluwer, 2006, 519 p., E. Dirix, *Beslag*, in *APR*, 2018, 642 p., M. Grégoire, *Procédures collectives d’insolvabilité*, Larcier, 2012, 408 p.

Insolventierecht krijgt aandacht in de algemene tijdschriften, maar toch in het bijzonder in het *Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht*, het *Tijdschrift voor Rechtspersoon en Vennootschap*, *DAOR*, de *Revue des Entreprises en Difficulté* en het *Tijdschrift voor Insolventie- en Beslagrecht*. CorporateFinanceLab.org biedt actuele ontwikkelingen en een forum voor debat.

Rechtseconomisch en rechtsvergelijkend onderzoek vindt een mooi startpunt in *The Anatomy of Corporate Insolvency Law*, R. Bork en R. Mangano (eds.), Oxford, 2024, 355 p. en R. de Weijs, J. de Vries en A. Jonkers, *Corporate Finance for Lawyers: Understanding the Power Balance Between Shareholders, Secured Lenders and Unsecured Creditors*, Edward Elgar, 2023, 308 p.

Boeiende reflecties over de evoluties van de laatste 50 jaar in hun maatschappelijke context zijn het afscheidscollege van E. Dirix, *Het insolventierecht permanent in de stijgers* (*Acta Falconis*, Intersentia, 2019, 52 p.) en het inaugurale college van M.E. Storme, ‘Dikè, Hydra, Zeno in het insolventierecht’, *TPR* 2014, 583-617.

Studie van Deurwaarder **CH. CLAEYS**, te Gent, Winkelstraat, 19.

DOOR REDEN VAN FAILLISSEMENT.

OPENBARE VERKOPING

op VRIJDAG 6 MEI en ZATERDAG 7 MEI 1949.



CH. CLAEYS

De Deurwaarder **CH. CLAEYS** te Gent, zal op aan-
zoek van Meester Albert HACHÉ, advocaat bij het Hof van Beroep
te Gent, optredende in zijn hoedanigheid van Curator over het
faillissement De Geyter André te Oostakker, schrijnwerker, Gent-
straat, openbaar verkopen :

1° Ter KOORNMARKT-Gent, op Vrijdag 6 Mei, om 9 1/2 voornoen :

Een aantal allerhande NIEUWE KEUKEN-BUFFETTEN, tafels, stoelen, radio.

Gewone voorwaarden en gereed geld.

2° Te Oostakker, Gentstraat, 172, op Zaterdag 7 Mei, om 1 u. namidd.

A) Mekaniek voor Schrijnwerkers, zoals : 1 lintzaag, 1 toupie, 1 combiné,
presmachien, 1 schuurmachien, 1 compresseur met toebehoorten.

B) Schaafbanken, partij planken en ongeveer 1200 m² placagehout.

C) 12 Nieuwe keukenbuffetten, 24 idem niet volledig afgewerkt (de ontbrekende
gedeelten zullen ter beschikking der liefhebbers zijn.)

D) Varia glas zoals spiegels voor kleerkassen, schuifglazen, boorden, enz.

E) Lot varia vernis : 1 bus patine, 1 doos bouché-pores, 1 grote en kleine doos
vernis - alles cellulose producten.

Verder : GROTE HOUTEN HANGAR (24 m. / 6 m.) met planken vloer.

Ook nog : rolwagen, ruiters voor vervoer van glas, kist voor glas, enz.

Gereed geld en gewone voorwaarden.

Drukk. VAN DEN HENDE, Gent.

Hoofdstuk 1

Vermogen en verhaal

Joeri Vananroye



Bibliografische schets. De stukken over het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten en het vermogen leunen sterk op Storme II, 18 e.v. en G. Lindemans, *Schuldeiser & Rechtspersoon*, Intersentia, 2019, 30-49. Zie ook het proefschrift van C. Lebon, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, Intersentia, 2010, 837 p. en M. Van de Looverbosch, *Publiciteit en derdenbescherming bij de overdracht van verhandelbare activa*, Kluwer, 2024, xxiii + 800 p.

De stukken over vermogensvereffening, -bestuur en -overgang komen uit J. Vananroye, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Biblo, 2014, xviii + 411 p. Zie over de gerechtelijke reorganisatie F. De Leo, 'Het Belgische insolventierecht na de omzetting van de Europese Herstructureringsrichtlijn: een eerste overzicht', *TRV/RPS* 2023/6, 391-448.

Zie over de voorrang door beslag verder: J. Risser, *La notion de gage général*, doctoraat Université de Lorraine, 2020, 507 p.; G. Tarzia, 'La Distribution des deniers dans l'exécution forcée en Europe', *RIDC* 1999, 331-346; Storme II, 83-89. Zie nader over de objectvoorwaarden en *numerus clausus* bij zakelijke rechten: Storme II, 22 e.v.

§ 1 Het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten bij insolventie

1. **Zakelijke en persoonlijke rechten.** De problemen van privaatrecht (en bij uitbreiding alle rechtstakken) stellen zich in volle scherppte als de prestatieplichtige insolvabel is en dit risico wegens schaarste van middelen noodzakelijkerwijs moet worden gespreid over een of meer 'onschuldige' partijen. De insolventiehypothese is de stresstest voor de aanspraken uit het verbintenissen- of goederenrecht (E. Dirix, 'Voorwoord', in A. De Wilde, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Intersentia, 2005, x). Het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten komt daarmee in alle scherppte naar voren in de insolventiehypothese.
2. **Zakelijk recht.** De titularis van een zakelijk recht heeft *erga omnes* een rechtstreekse toebedeling van een goed. Een zakelijk recht heeft daarmee een absoluut karakter. Conflicten tussen zakelijke rechten op eenzelfde goed worden beslecht door het **anterioriteitsbeginsel** (art. 3.4 BW – *prior tempore, potior iure*) dat een lexicale volgorde organiseert (d.w.z. zoals in het woordenboek: letter A komt voor B komt voor C). De houder van een zakelijk recht heeft daarmee een exclusieve aanspraak op een of meer goederen.

Het *erga omnes*-karakter van een zakelijk recht en de anterioriteitsregel impliceren dat de titularis ervan een **volgrecht** (*droit de suite*) heeft. De titularis kan in beginsel zijn recht tegenwerpen aan iedere jongere verkrijger van een zakelijk recht op het goed (art. 3.4, al. 2 BW). Zo kan de eigenaar zijn goed revindiceren indien het zich bij een andere persoon bevindt (ook al is die persoon op dat ogenblik bv. failliet). In sommige gevallen is de sanctie de niet-tegenwerpelijheid van de strijdige beschikking aan de titularis van het ouder zakelijk recht (bv. vestiging van een opstalrecht na een hypotheekvestiging – zie Storme II, 17).

Zowel volgrecht als niet-tegenwerpelijheid zorgen ervoor dat de titularis van een ouder recht zijn zakelijke aanspraak op het goed behoudt, maar de manier waarop ze dat doen verschilt (R. Jansen, 'Over volgrechten en niet-tegenwerpelijheden', *RW* 2006, 1663-1665).

Het **volgrecht** (*droit de suite*) zorgt ervoor dat de titularis van een zakelijk recht dat recht kan tegenwerpen aan iedere achtereenvolgende verkrijger van een recht op het goed (art. 3.4, al. 2 BW). De titularis van het oudere recht mag het goed volgen in de handen van een derde die onder bijzondere titel een jonger recht heeft verkregen. De begunstigde van het volgrecht oefent zijn recht uit tegenover de derde-verkrijger. Het volgrecht zorgt ervoor dat een onbevoegde overdracht als beschikkingsbevoegd kan worden gekwalificeerd, doordat de beschikking wordt beperkt tot de rechten waarover de beschikker wel bevoegd kon beschikken.

Op het onroerend goed van A rust een hypotheek ten gunste van B. A sluit met C een overeenkomst tot verkoop van het onroerend goed vrij van hypotheek. A was niet bevoegd om het goed vrij van hypotheek te verkopen. Het volgrecht van hypotheekhouder B zorgt ervoor dat er niettemin een bevoegde overdracht aan C voorligt, door de beschikking in te perken tot de verkoop van het goed bezwaard met de hypotheek. Na de beschikking moet hypotheekhouder B zijn hypotheekrecht uitoefenen tegen C. Zo wordt de werkzaamheid van de beschikking aan C gevrijwaard (R. Jansen, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Intersentia, 2009, nr. 558).

Bij **niet-tegenwerpelijke** daarentegen mag de titularis van een zakelijk recht doen alsof de onbevoegde beschikking nooit heeft plaatsgevonden en mag hij zijn zakelijke aanspraken blijven uitoefenen in het vermogen van de beschikker. Niet-tegenwerpelijke is aan de orde in gevallen die onmogelijk kunnen worden geherkwalificeerd als een bevoegde beschikking zonder afbreuk te doen aan het zakelijke recht van de begunstigde van de niet-tegenwerpelijke (*ibid*, nr. 557).

Een voorbeeld is de dubbele verkoop van eenzelfde goed. Het eigendomsrecht van de latere verkrijger kan onmogelijk gelijktijdig bestaan met het eigendomsrecht van de eerdere verkrijger, zodat de figuur van het volgrecht geen soelaas kan bieden.

3. **Persoonlijk recht.** De titularis van een persoonlijk recht (of: schuldvordering) heeft recht op een prestatie (doen, nalaten of overdragen/vestigen van een zakelijk recht) van een of meer personen op grond van de verbintenissenrechtelijke verhouding tussen hen. Een persoonlijk recht heeft daarmee een relatief karakter. De titularis van een persoonlijk recht kan, bv. door het laten leggen van beslag, wel uitwinnen, in beginsel op alle goederen in het vermogen van zijn schuldenaar (**executierecht**).

Zie het ‘algemeen verhaalsrecht’ (► nr. 13) in art. 3.36n al. 1 BW: ‘*Tenzij de wet of het contract anders bepaalt, kan een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar verhalen.*’ Een voorbeeld van een wettelijke beperking zijn de onbeslagbare goederen bij natuurlijke personen (► nr. 83). Een (minder courant) voorbeeld van contractuele afspraken zijn *non-recourse* afspraken, waarbij verhaal beperkt is tot bepaalde goederen (die typisch bezwaard zijn met een zakelijk zekerheidsrecht) (► nr. 55).

Bij het uitoefenen van het verhaalsrecht ‘realiseert’ het persoonlijk recht zich: beslag creëert een recht met zakelijke werking (E. Dirix, *Beslag*, 39, nr. 56). Conflicterende persoonlijke rechten komen in concurrentie (A en B en C kunnen samen aantreden op dezelfde goederen). Zie art. 3.36, al. 2 BW: in beginsel wordt in geval van samenloop tussen de schuldeisers de opbrengst ervan onder hen naar **evenredigheid** verdeeld (*pari passu*). De houder van een persoonlijk recht heeft daarmee een concurrentieel recht op het hele vermogen van zijn schuldenaar.

Zie G. Lindemans (*Schuldeiser & Rechtspersoon*, 33, nr. 32): in het Frans komt het onderscheid taalkundig beter tot zijn recht: ‘*un droit réel*’ is een reëel recht ‘hebben’, terwijl ‘*une créance*’ een hoopvolle verwachting is, een claim op toekomstige realisatie.

Hierna identificeren we drie redenen waarom het recht van de schuldeiser die uitwint een ‘recht met zakelijke werking’ wordt genoemd en geen zakelijk recht zonder meer:

- dit recht leidt slechts tot relatieve beschikkingsonbevoegdheid (► nr. 6),
- heeft een beperkte derdenbescherming (► nr. 7) en
- volgt niet volledig het anterioriteitsbeginsel (► nr. 8).

Het executierecht van de houder van een persoonlijk recht komt met accessoria, zoals de **zijdelingse vordering** (art. 5.242 BW; voorheen art. 1166 oud BW), de **pauliana** (art. 5.243 BW; voorheen art. 1167 oud BW) en de vordering wegens herstel van **collectieve schade** (► Hoofdstuk 10).

Een persoonlijk recht is zelf ook het voorwerp van zakelijke rechten. De schuldeiser zou gezien kunnen worden als de eigenaar van zijn schuldvordering (en de schuldeiser van de schuldeiser kan dit persoonlijk recht als vermogensbestanddeel uitwinnen ► Hoofdstuk 3 over derdenbeslag). Deze manier van kijken is vooral nuttig als het persoonlijk recht bezwaard

is met zakelijke gebruiks- of zekerheidsrechten of in mede-eigendom wordt gehouden.

4. **Onderscheid relevant in de hypothese van insolventie.** Buiten de hypothese van samenloop wordt het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten wel eens genuanceerd:

- Ondanks het absoluut karakter van een zakelijk recht, krijgen derden die te goeder trouw een conflicterend recht ontvingen van iemand die beschikkingsonbevoegd was, soms toch voorrang op het ouder zakelijk recht. Deze bescherming hangt doorgaans samen met het publiciteitsregime voor het betrokken goed (► Hoofdstuk 2).
- Ondanks het relatief karakter van een persoonlijk recht, kunnen onder bepaalde voorwaarden conflicterende persoonlijke rechten terzijde worden gesteld. Zie bv. art. 5.111 BW: *‘Een derde begaat een onrechtmatige daad wanneer hij heeft deelgenomen aan de niet-nakoming door een partij van haar contractuele verbintenissen terwijl hij het bestaan van deze verbintenissen kende of behoorde te kennen.’* Dit kan gezien worden als de uitdrukking van een meer algemene regel die ook bij niet-contractuele wanprestaties geldt (zie G. Lindemans, *Schuldeiser & Rechtspersoon*, 37, nr. 35).

Het *erga omnes*-karakter van zakelijke rechten krijgt echter opnieuw bijzondere scherpte als de uitoefening ervan geconfronteerd wordt met een insolvabele derde (bv. een goed wordt bewaard door een derde die failliet gaat). Eigendom, mede-eigendom en zakelijke gebruiksrechten blijven buiten de samenloop die ontstaat door de insolvabiliteit van derden (art. 3.5, al. 1 BW). Zakelijke zekerheden geven minstens een recht van voorrang op de verkoopopbrengst van het onderpand (*assiette*) van dat zakelijk zekerheidsrecht. De mate waarin ze ‘separatist’ zijn, d.w.z. zich door individuele uitwinning aan samenloop bij faillissement en opschorting bij reorganisatie kunnen onttrekken, komt later uitgebreid aan bod (► Hoofdstuk 7).

De houder van een persoonlijk recht zal daarentegen de concurrentie met andere schuldeisers moeten ondergaan. Schuldeisers die (individueel of collectief) uitwinnen zijn niet derde-medeplichtig indien die uitwinning conflicteert met een persoonlijk recht van een derde, zelfs indien ze dit persoonlijk recht kenden of behoorden te kennen. De nuancering van het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten valt daarmee weg bij insolventie.

Voorbeeld

(1) B heeft krachtens een aandeelhoudersovereenkomst een voorkooprecht op aandelen van A in een NV en dit voorkooprecht kan uitgeoefend worden tegen een prijs die beneden de marktprijs ligt. Dat geeft B een louter persoonlijk recht tegen A. C **koopt** de aandelen van A in de wetenschap dat A hiermee de overeenkomst met B schendt. B kan deze wetenschap overigens trachten te organiseren door het voorkooprecht te laten inschrijven in het aandelenregister (art. 7:29, 5° WVV). B kan C aanspreken uit onrechtmatige daad wegens derde-medeplichtigheid aan de schending van de aandeelhoudersovereenkomst. B kan desgevallend de afgifte van de aandelen van C verkrijgen als schadeherstel.

(2) B heeft krachtens een aandeelhoudersovereenkomst een voorkooprecht op aandelen van A in een NV en dit voorkooprecht kan tegen een voordelige prijs uitgeoefend worden. C is een schuldeiser van A en legt **uitvoerend beslag** op de aandelen van A. C is op de hoogte van B’s voorkooprecht (dat al dan niet werd ingeschreven in het aandelenregister). Dat is echter geen beletsel voor het beslag op de aandelen noch voor de executoriale verkoop van de aandelen op verzoek van C. De aandelen zijn immers goederen waarop C kan uitwinnen. De aandeelhoudersovereenkomst met het voorkooprecht is voor hem een *res inter alios acta* waartoe hij niet gebonden is.

(3) B heeft krachtens een aandeelhoudersovereenkomst een voorkooprecht op aandelen van A in een NV en dit voorkooprecht kan uitgeoefend worden tegen een voordelige prijs. A gaat **failliet**. De curator kan weigeren uitvoering te geven aan het voorkooprecht van A. Dit geeft aanleiding tot een contractuele vordering wegens wanprestatie, die echter een schuldvordering in de boedel zal zijn en die niet kan worden uitgevoerd door de afgifte van de aandelen lastens de boedel te vorderen (► Hoofdstuk 9). De curator kan de aandelen ‘onbelast’ verkopen aan een derde. B heeft een schuldvordering wegens wanprestatie op de boedel, maar die zal wellicht niet of slechts gedeeltelijk kunnen worden betaald.

Opgelet: later zal blijken dat de oplossing anders is voor hypothesen 2 en 3 bij een wettelijk of statutair voorkooprecht, dat immers zakelijke werking heeft (► nr. 18). Zie verder ook over het voorkooprecht bij onroerende goederen (► nr. 19).

Het is nu nodig de kenmerken van en vereisten voor zakelijke rechten nader te bekijken door de lens van het insolventierecht. Dat is uiteraard ook van belang omdat deze regels op de zakelijke zekerheidsrechten van toepassing zijn (► Hoofdstuk 5).

5. **Beschikkings(on)bevoegdheid.** Enkel de titularis van een zakelijk recht kan over dit recht beschikken (art. 3.6 BW). Dit maakt dat anderen beschikkingsonbevoegd zijn. Het zakelijk recht van de ene (en *enkel* een zakelijk recht) is de beschikkingsonbevoegdheid van de andere.

Een titularis van een zakelijk recht kan een derde wel de bevoegdheid geven om over zijn goed te beschikken, met name bij middellijke vertegenwoordiging (naamlening). Bij middellijke vertegenwoordiging geeft een opdrachtgever de bevoegdheid aan de naamlener om over het goed te beschikken in eigen naam maar voor rekening van de opdrachtgever (of soms in het gezamenlijk belang, dus voor rekening van de opdrachtgever en de naamlener). Als bv. de naamlener het goed van de opdrachtgever in eigen naam verkoopt, gaat de eigendom rechtstreeks over van de opdrachtgever naar de koper (en *vice versa* als de naamlener koopt).

Verbintenisrechtelijk daarentegen ontstaat er geen rechtstreekse band tussen opdrachtgever en derden met wie de naamlener handelt. Er ontstaan twee obligatoire verhoudingen, namelijk tussen (i) middellijke vertegenwoordiger en derde, en (ii) middellijke vertegenwoordiger en opdrachtgever.

Zie verder nr. 52 e.v. over mogelijke simulatie doordat de zakenrechtelijke en de verbintenisrechtelijke toestand uiteenlopen.

‘Beschikken’ is het wijzigen van de zakenrechtelijke toestand door overdracht, vestiging of afstand van zakelijke rechten (zie uitgebreider Storme II, 18 e.v.).

Het goederenrechtelijk begrip ‘beschikking’ moet onderscheiden worden van op het eerste gezicht gelijkaardige verbintenisrechtelijke (of: obligatoire) begrippen als titel en levering.

Een koopovereenkomst voor een wagen verplicht de verkoper tot de overdracht van de eigendom van die wagen aan de koper. De koopovereenkomst is de verbintenisrechtelijke **titel**. De overdracht van de eigendom is de **beschikking** waartoe de verkoper krachtens de titel gehouden is. Deze

beschikking wordt soms ook de **levering** krachtens de titel genoemd. Dit mag dan weer niet verward worden met de **levering als feitelijke terbeschikkingstelling**, die losstaat van de overgang van het zakelijk recht (bv. afgeven van de sleutels en documenten van de wagen).

Als in het privaatrecht ‘**daden van beschikking**’ aan bijzondere bestuursregels worden onderworpen ter onderscheiding van daden van beheer (bv. huwelijksvermogensrecht), verwijst dit niet naar beschikkingshandelingen in de goederenrechtelijke zin, maar naar belangrijke verbintenisrechtelijke handelingen (Storme II, 19). Dat is dus een andere betekenis dan die waarin wij hier ‘beschikking’ gebruiken.

In een overeenkomst kan een partij zich ook verbinden tot het niet beschikken over een goed (bv. aandelen niet verkopen tijdens een *standstill*-periode). Dat leidt echter niet tot beschikkingsonbevoegdheid van de schuldenaar van die verplichting. Verbintenisrechtelijk *mag* hij niet overdragen; goederenrechtelijk *kan* hij dat wel. Dit onderscheid heeft belangrijke gevolgen. De zakenrechtelijke beschikkingsonbevoegdheid geldt in beginsel *erga omnes*, terwijl de obligatoire verplichting in beginsel *inter partes* geldt. Dit betekent onder meer dat de louter obligatoire verplichting uitwinning niet kan frustreren (◀ voorbeeld in nr. 4).

6. **Beschikkingsonbevoegdheid bij beslag en buitenbezitstelling bij faillissement.** Ook beslag of faillissement leidt tot beschikkingsonbevoegdheid van de beslagen of gefailleerde houder van een zakelijk recht. Daarom is er sprake van een ‘**recht met zakelijke werking**’ indien een schuldeiser individueel of collectief uitwint. Het leggen van het beslag *c.q.* het faillissementsvonnis geldt als de vestiging van dit recht.

Dit klinkt op het eerste gezicht tegenintuïtief. Immers, ‘vestiging’ suggereert een vrijwillige handeling door de houder van het zakelijke recht, terwijl bij beslag of faillissement de beschikkingsonbevoegdheid *volens volens* wordt ondergaan.

Het is belangrijk dit voor ogen te houden als derdenbescherming wordt besproken (► nr. 7 en Hoofdstuk 2): een beslag of faillissement van A gevolgd door een overdracht of een vestiging van een zakelijk recht wordt hierdoor geconcipieerd als een ‘dubbele beschikking’: eerst de vestiging van een zakelijk recht door A ten voordele van B (waarbij B de beslaglegger of

de faillissementsboedel is), gevolgd door een vestiging of overdracht door A ten voordele van C.

Beslag leidt tot een **relatieve beschikkingsonbevoegdheid**: enkel de beslagleggende schuldeiser wordt erdoor beschermd (zie genuanceerder voor roerend beslag: E. Dirix, *Beslag*, 24, nr. 36 over schuldeisers die later verzet doen of beslag leggen). Dit is een van de redenen waarom we niet spreken van een ‘zakelijk recht’ maar van een ‘recht met zakelijke werking’ (*une sorte de droit réel*), H. De Page, *Traité*, VII, 960, nr. 1074).

Stel dat de beslagen schuldenaar na beslag het beslagen goed hypothekeert, dan kan de beslagleggende schuldeiser geen nadeel ondergaan van die hypotheekvestiging. Die vestiging is echter geldig en kan aan latere verkrijgers van een conflicterend zakelijk recht worden tegengeworpen.

Beschikkingsonbevoegdheid (of die nu ‘absoluut’ of ‘relatief’ is) botst op grenzen. Vaak worden derden (doorgaans op voorwaarde dat ze te goeder trouw zijn) beschermd bij verkrijging van een beschikkingsonbevoegde.

Bij faillissement gaat de bescherming verder dan beschikkingsonbevoegdheid: alle betalingen, verrichtingen en handelingen van de gefailleerde en alle betalingen aan de gefailleerde gedaan kunnen vanaf het ‘uur nul’ van de datum van het faillissementsvonnis ‘niet aan de boedel worden tegengeworpen’ (art. XX.110, § 2 WER). Deze **buitenbezitstelling**, die alle schuldeisers beschermt, treft de onderliggende obligatoire titel (‘betalingen, verrichtingen en handelingen’), niet rechtstreeks de goederenrechtelijke beschikking (Storme II, 21 en 296). Dit houdt onder meer in dat de goede of kwade trouw van bij deze handelingen betrokken derden irrelevant is (Cass. 6 maart 2009, RW 2009-10, 360, noot R. Jansen, ‘Het complexe samenspel van samenloop, beschikkingsonbevoegdheid en derdenbescherming’). Bij verkrijging van een (louter) beschikkingsonbevoegde zijn er daarentegen wel mechanismen om derden te goeder trouw te beschermen.

De buitenbezitstelling (*le dessaisissement*) als gevolg van de faillietverklaring mag niet verward worden met de buitenbezitstelling (*la dépossession*) als een tegenwerpelijksmechanisme (naast registratie) bij pand op roerende zaken (art. 39 Pandwet ► Hoofdstuk 5) door de zaak buiten de feitelijke macht van de pandgever te brengen.

Deze ‘zakelijke werking’ betekent omgekeerd ook dat een beslagleggende schuldeiser of de faillissementsboedel zelf getroffen wordt door de oudere beschikkingsonbevoegdheid van de beslagen of gefailleerde debiteur. Door het leggen van beslag of het faillissementsvonnis vestigen ze hun recht met zakelijke werking, dat oudere zakelijke rechten moet laten voorgaan. Indien een debiteur vooraf het goed bv. heeft verkocht of met een zakelijk recht heeft bezwaard, dienen de schuldeisers zich dit in de regel te laten tegenwerpen.

7. **Bescherming van derden (doorgaans te goeder trouw) tegen beschikkingsonbevoegdheid (vooruitblik naar Hoofdstuk 2).** De titularis van een zakelijk recht kan in beginsel zijn recht tegenwerpen aan iedere jongere verkrijger van een zakelijk recht op het goed (art. 3.4, al. 2 BW). Zoals reeds aangehaald, krijgen derden die te goeder trouw een conflicterend recht ontvingen van iemand die beschikkingsonbevoegd was, soms toch voorrang op het ouder zakelijk recht. Dit risico geldt met name als de titularis van het zakelijk recht verzuimt bepaalde publiciteitsmechanismen te gebruiken (bv. feitelijk bezit houden bij roerende zaken; in- of overschrijving bij onroerende goederen; kennisgeving aan de debiteur van de betrokken schuldvordering bij schuldvorderingen op naam). Dit wordt uitgebreid besproken in Hoofdstuk 2.

Bescherming van een derde tegen beschikkingsonbevoegdheid betekent natuurlijk dat het *erga omnes*-karakter van een zakelijk recht voor de titularis in bepalende mate wordt uitgehold. De titularis zal daarom willen dat zijn zakelijk recht **tegenwerpelijk** wordt, d.w.z. dat de bescherming van derden te goeder trouw wordt verhinderd.

Recapitulerend zal de verkrijger van een zakelijk recht in de regel wensen dat:

- hij zijn zakelijk recht verkrijgt op grond van een **geldige titel**;
- dat de overdracht of vestiging op grond van die titel **beschikkingsonbevoegd** gebeurt;
- dat het zakelijk recht ook **tegenwerpelijk** wordt.

Zo wil de koper van een onroerend goed een geldige koopovereenkomst die bv. niet vernietigbaar is op grond van wilsgebreken. Op het ogenblik van de eigendomsoverdracht – in beginsel het ogenblik van de koopovereenkomst, maar partijen kunnen dit in hun overeenkomst uitstellen – wil hij vervolgens dat het goed niet aan iemand anders werd overgedragen, of bezwaard werd met een zakelijk recht, of het voorwerp werd van beslag of faillissement.

Tot slot zal hij de overdracht willen laten overschrijven bij de Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie ('hypotheekbewaarder').

Een reden om deze begrippen te onderscheiden is dat ze in een transactie op verschillende tijdstippen kunnen plaatsvinden. Bij de toepassing van de anterioriteitsregel is het dan essentieel het relevante tijdstip te identificeren.

Deze regels gelden ook voor conflicten met **zakelijke zekerheden**. De houder van een zakelijke zekerheid moet in principe oudere conflicterende zakelijke rechten laten voorgaan, tenzij hij beschermd wordt als derde-verkrijger te goeder trouw.

A leent zijn vulpen uit aan B. B doet zich ten onrechte voor als eigenaar van die vulpen en geeft ze in pand aan C, waarbij de vulpen in de kluis van C wordt bewaard. C krijgt zijn pandrecht – een zakelijk zekerheidsrecht – van een beschikkingsonbevoegde en moet in principe het oudere eigendomsrecht van A laten voorgaan. Als verkrijger te goeder trouw van het pandrecht, krijgt C echter toch een pandrecht dat hij aan A kan tegenwerpen.

Bij conventionele zakelijke zekerheden die aan publiciteit zijn onderworpen voor tegenwerpelijkheid, zoals hypotheek en pand, kan er zelfs bescherming zijn tegen een ouder zakelijk zekerheidsrecht *zonder* goede trouw.

A vestigt een hypotheek in eerste rang ten gunste van B. Even later vestigt A een hypotheek in eerste rang ten gunste van C. Op grond van het anterioriteitsbeginsel zou B voorrang moeten hebben op C en verkrijgt C enkel een hypotheek in tweede rang. Indien de hypotheek van B echter niet werd ingeschreven in het hypotheekregister, krijgt C voorrang, *zelfs* indien C op de hoogte was van de oudere hypotheek en dus niet te goeder trouw was (► Hoofdstuk 5).

Complexer is de situatie in het geval chirografaire schuldeisers – die zonder een zakelijk zekerheidsrecht – tot uitwinning overgaan bij beslag of faillissement. We zagen hiervoor dat de schuldeisers in dat geval een 'recht met zakelijke werking' verkrijgen dat aanschurkt tegen een zakelijk recht (◄ nr. 6). Het is alsof de beslagen of gefailleerde schuldenaar een recht vestigt ten voordele van de beslaglegger of de boedel. We zagen ook net dat verkrijgers van een zakelijk recht beschermd kunnen worden in het geval van een verkrijging van een beschikkingsonbevoegde. Betekent dit dat die bescherming ook geldt voor chirografaire schuldeisers die beslag leggen of in geval van faillissement?

Concreet gaat het over situaties zoals de volgende. A verkoopt zijn vulpen aan B1. De eigendom gaat onmiddellijk over, maar de vulpen bevindt zich feitelijk nog bij A. Of: A verkoopt zijn lap grond aan B2. De eigendoms-overdracht heeft al plaatsgevonden, maar de overdracht werd nog niet overgeschreven. Of: A draagt een schuldvordering over aan B3. Van de overdracht gebeurde nog geen kennisgeving aan de debiteur van de gece-deerde schuldvordering. Kan in al deze gevallen C, die een schuldeiser is van A, de overgedragen roerende zaak, onroerend goed of schuldvorde-ring nog uitwinnen? De betrokken B heeft een ouder zakelijk recht dan C (wiens 'recht met zakelijke werking' slechts ontstaat op het ogenblik van het beslag of het faillissement), maar heeft verzuimd om zijn zakelijk recht tegenwerpelijk te maken.

Anders gezegd is de inzet van deze vraag in welke mate chirografaire schuldeisers bij de uitwinning beroep kunnen doen op de schijnbare vermogenstoestand van hun debiteur.

Het antwoord hierop behandelen we in Hoofdstuk 2 en verschilt sterk naarge-lang de aard van het betrokken goed. *Breviter*: chirografaire schuldeisers kunnen zich wél beroepen op het gebrek aan over- of inschrijving bij onroerende goede-ren, maar níét op de afwezigheid van buitenbezitstelling bij roerende zaken of van kennisgeving bij schuldvorderingen.

Daarmee hebben we een tweede reden waarom executie leidt tot een 'recht met zakelijke werking': dit recht geniet hier niet dezelfde bescherming als een zakelijk recht tegen oudere beschikkingshandelingen.

8. **Beslag schept geen voorrang (afwijking van anterioriteitsregel).** Net zoals een zakelijk recht moet de uitwinnende schuldeiser oudere zakelijke rechten ondergaan en krijgt hij voorrang op jongere zakelijke rechten. Dit is een toepassing van de anterioriteitsregel. Tussen verschillende schuldeisers die zich uitwinnen op hetzelfde goed geldt echter géén anterioriteitsregel: zij delen pondspondsgewijs (*pari passu*) in de opbrengst van de uitwinning. Beslag schept dus geen voorrang. (Een andere manier om dit voor te stellen is dat de uitwinnende schuldeisers een *collectief* recht met zakelijke werking krijgen, zie Storme II, 105).

De vraag of beslag voorrang moet verschaffen ten aanzien van de overige schuldeisers hangt af van de keuze om te stimuleren dat waakzame schuld-eisers actief stappen ondernemen (*ius est vigilantibus*), dan wel eerder de gelijke behandeling van schuldeisers (*paritas creditorium*) te garanderen.

In de woorden van Dirix: is beslag een uitvoeringsprocedure of eerder een quasi-insolventieprocedure? België kiest resoluut voor de tweede beleids-optie.

Beslag is naar Belgisch recht collectief en dus ten voordele van alle schuldeisers (die zich tijdig aanmelden) zonder dat de beslagleggende schuldeiser zelf een bijzondere voorrang verkrijgt ten aanzien van de andere schuldeisers. Beslag schept geen pandrecht of hypotheek op het goed, noch schept het een bijzonder voorrecht. Het evenwicht weegt door in het voordeel van de gelijke behandeling van de schuldeisers.

Maar dit is zeker niet overal het geval. In Duitsland bestaat het *Pfändungs-pfandrecht*. De schuldeiser die beslag legt op een goed, verkrijgt daardoor een pandrecht op dat goed (§ 804(1) van het Duitse Wetboek Burgerlijk Procesrecht). Ook in Frankrijk verschaffen bepaalde vormen van beslag voorrang, hoewel de gelijkheid van schuldeisers er als algemeen uitgangspunt geldt. De *saisie-attribution* laat toe om beslag te leggen op de schuld-vorderingen van de schuldenaar op derden. De uitvoering van deze vorm van beslag heeft tot gevolg dat de schuldvordering overgaat naar het vermogen van de beslagleggende schuldeiser, zodat deze bevoordeeld wordt ten aanzien van de overige schuldeisers.

Welke aanpak is gepaster? Het Duitse voorrangsprincipe of het Belgische gelijkheidsprincipe? De Duitse wetgever rechtvaardigde haar aanpak vanuit het idee dat het terecht is om de waakzame schuldeiser te bevoorstellen omdat hij door tijdig te handelen heel de boedel beschermt, terwijl het principe van gelijkheid zal leiden tot een te snelle liquidatie omdat de schuldeiser op voorhand niet kan inschatten in welke mate beslag hem een voordeel zal doen verwerven.

Rechtseconomisch kan men stellen dat een te grote focus op gelijkheid zal leiden tot freeridergedrag, doordat elke schuldeiser er een voordeel bij heeft dat niet hij, maar de andere schuldeiser de moeite en de kost op zich zal nemen om beslag te leggen. Bovendien kan het de schuldeiser die beslag heeft gelegd ook aanzetten om zo snel mogelijk het beslag uit te winnen (hoe langer hij wacht, hoe meer schuldeisers de schuldenaar kan hebben en hoe kleiner zijn aandeel in de opbrengst van het beslag is). De voortijdige uitwinning kan zo onnodig waardeverlies veroorzaken. Een te eenzijdige focus op voorrang daarentegen zou schuldeisers kunnen dwingen om zo

snel mogelijk beslag te leggen in plaats van de schuldenaar een redelijke termijn te gunnen.

Daarmee is een derde reden geïdentificeerd om te spreken van een ‘recht met zakelijke werking’ en niet van een volwaardig zakelijk recht: de anterioriteitsregel geldt slechts genuanceerd. Er ontstaat een zakelijk recht dat in de regel leidt tot voorrang t.a.v. jongere zakelijke rechten, maar tussen beslagleggende chirogra-faire schuldeisers onderling geldt het anterioriteitsprincipe niet.

9. **Vereisten gesteld aan het voorwerp van een zakelijk recht.** Er zijn juridische eisen gesteld aan het voorwerp van een zakelijk recht, die niet worden gesteld aan het voorwerp van persoonlijke rechten. Indien het voorwerp van een zakelijk recht niet (langer) voldoet aan deze vereisten, kan het zakelijk recht niet worden gevestigd of verdwijnt het en heeft de titularis hoogstens een persoonlijk recht. Dit maakt dat deze voorwaarden belangrijke verhaalsrechtelijke consequenties hebben en dus relevant zijn voor het insolventierecht. Deze voorwaarden gelden daarnaast uiteraard ook bij zakelijke zekerheidsrechten (► Hoofdstuk 5).

Op grond van het **specialiteitsbeginsel** gelden zakelijke rechten in beginsel enkel voor een zaak die individueel kan worden bepaald (art. 3.8, § 1 BW). Dit betekent dat zonder een individueel bepaalbaar voorwerp het zakelijk recht (*in rem*) op het goed in de feitelijke macht van iemand anders verdwijnt (of niet wordt gevestigd) en dat in de plaats een persoonlijk recht (*ad rem*) komt tot afgifte van een goed of van een vergoeding die de waarde van het goed compenseert. Tegenover het uitdoven van het zakelijk recht bij gebreke van individueel bepaalbare goederen, staat dat deze goederen eigendom worden van een feitelijke bezitter, ook al wordt aangetoond dat een andere persoon een abstract recht *ad rem* op deze goederen heeft. Men spreekt dan soms van de vermenging van deze goederen met de rest van het vermogen van de feitelijke bezitter.

Zo kan het eigendomsrecht dat betrekking heeft op **chartaal geld** moeilijk worden gehandhaafd indien de titularis het materiële bezit van het geld afstaat (J. Del Corral, *De leveringsplicht bij de overdracht van roerende lichamelijke goederen*, Intersentia, 2013, 401-406). Om de betalingsfunctie van geld niet te ondermijnen, wordt chartaal geld beschouwd als een niet-identificeerbaar goed (ook al zou een bankbiljet uitzonderlijk wel identificeerbaar kunnen zijn – *money has no earmark*). Lees art. 3.28, § 1, al. 2 BW: geen recht op terugvordering bij wettelijke betaalinstrumenten. Dit betekent dat de vordering tot teruggave van geld in de regel altijd een

persoonlijk recht zal zijn. Zie uitgebreider bij M. Van de Looverbosch, *Publiciteit en derdenbescherming*, 493-627. ‘De ontvanger [van chartaal geld] mag erop vertrouwen dat de persoon die cash geld overhandigt, de eigenaar is van het geld, zonder dat de ontvanger de oorsprong van het geld moet onderzoeken’ (*ibid.*, 584, nr. 487).

Ook **giraal geld** kan na een overschrijving naar de rekening van een andere tenaamgestelde niet het voorwerp uitmaken van een revindicatievordering (*ibid.*, 608, nr. 500). Dit hangt samen met het later (► nr. 39) besproken constitutief karakter van een overschrijving.

Het specialiteitsbeginsel impliceert dat bij soortgoederen de overdracht of vestiging pas plaats heeft wanneer zij gespecificeerd worden (art. 3.14, § 2, al. 3 BW).

Wie een soortgoed koopt dat enkel abstract wordt geïdentificeerd (‘een volwassen mannelijk schaap in goede gezondheid’) krijgt dus niet het eigendomsrecht tot het voorwerp individueel wordt gespecificeerd, ook als de koopovereenkomst een onmiddellijke eigendomsoverdracht zou impliceren. Indien de verkoper tussen verkoop en individualisatie failliet gaat, heeft de koper enkel een obligatoire aanspraak.

Soortgoederen die feitelijk een afgezonderd geheel vormen, kunnen wel als één goed worden beschouwd (‘een hoop’) waarop zakelijke rechten kunnen worden gevestigd.

Art. 3.12 BW nuanceert het specialiteitsbeginsel: bij vermenging van soortgoederen die volledig of gedeeltelijk het voorwerp uitmaken van verschillende vooraf bestaande zakelijke rechten, kunnen de titularissen van de betrokken zakelijke rechten hun recht op de vermengde goederen uitoefenen in verhouding tot hun rechten. Het zakelijk recht verdwijnt niet, maar wordt een mede-eigendomsrecht op een grotere hoop.

Op grond van het **eenheidsbeginsel** (art. 3.8, § 2 BW):

- kan een zakelijk recht niet afzonderlijk op een inherent bestanddeel van een goed worden gevestigd,
- strekt een zakelijk recht op een goed zich van rechtswege uit tot zijn inherente bestanddelen, en

- strekt elke beschikking met betrekking tot een goed zich van rechtswege uit tot zijn inherente bestanddelen.

Een inherent bestanddeel van een goed is een noodzakelijk element van dit goed dat er niet kan worden van afgescheiden zonder afbreuk te doen aan de fysieke of functionele substantie van dit goed. Hiermee wordt onder meer vermeden dat partijen de grenzen van een goed zodanig idiosyncratisch moduleren dat het goed *de facto* onuitwinbaar wordt.

De verkoop van de vierde poot van een stoel zou de uitwinning van die stoel frustreren. Wellicht zou er geen andere koper zijn dan de eigenaar van poot 4, die aldus aan een lage prijs de stoel zou kunnen verwerven. Dit lijkt overigens sterk op de strategische opsplitsing van ondernemingen in een vennootschapsgroep, waarbij een belangrijk ondernemingsbestanddeel (bv. IP-rechten) in een afzonderlijke rechtspersoon door aandeelhouders wordt gehouden. Bij insolventie van de rest van de groep zullen de rechthebbenden op het afgezonderde ondernemingsbestanddeel een geprivilegieerde positie hebben om de activa van de gefailleerde onderdelen te bieden.

Het voorwerp van een zakelijk recht moet ook **bestaan**. Bij een toekomstig goed vindt de overdracht of vestiging pas plaats wanneer het goed ontstaat (art. 3.14, § 2, al. 4 BW). Dit komt verder aan bod bij de bespreking van zakelijke zekerheidsrechten op toekomstige goederen.

Indien een goed reeds bestaat maar zich nog niet bevindt in het vermogen van degene die er een zakelijk recht op wil vestigen of overdragen, is er sprake van beschikkingsonbevoegdheid en niet van een toekomstig goed (Storme II, 27).

10. **Numerus clausus.** Partijen kunnen in volle creativiteit nieuwe persoonlijke rechten uitvinden en moduleren, enkel beperkt door de grenzen van het dwingend recht. Zakelijke rechten vormen daarentegen een gesloten systeem (art. 3.3 BW). Dat betekent ook dat beschikkingsonbevoegdheid buiten dit systeem om niet contractueel kan worden georganiseerd.

Een reden hiervoor is opnieuw verhaalsrechtelijk: doordat partijen zich moeten houden aan gestandaardiseerde bundels rechten en plichten, vermindert het risico dat goederen door idiosyncratische zakelijke lasten voor alle praktische doeleinden onuitwinbaar worden. Verbintenisrechtelijk is

grote creativiteit mogelijk, maar schuldeisers moeten zich deze creativiteit niet laten tegenwerpen en het kan hun verhaal dan ook niet frustreren.

11. **Zakelijke subrogatie (zaaksvervanging).** Zie art. 3.10 BW: ‘Een zakelijk recht strekt zich van rechtswege uit tot alle goederen die in de plaats komen van het oorspronkelijke voorwerp van het zakelijk recht, waaronder de schuldvorderingen die in de plaats van het goed zijn gekomen, zoals de vergoeding die door derden verschuldigd is wegens het tenietgaan, de beschadiging of het waardeverlies van het goed, voor zover het zakelijk recht nuttig op het nieuwe voorwerp kan worden uitgeoefend en er geen andere manier is om het recht te vrijwaren.’ Dit wordt verder besproken bij zakelijke zekerheidsrechten, waar zakelijke subrogatie ervoor kan zorgen dat surrogaatgoederen het oorspronkelijke onderpand vervangen (► nr. 169).

Voor zakelijke subrogatie is het vereist dat ook het surrogaatgoed aan de voorwaarden van een zakelijk recht voldoet (◀ nr. 9). Vooral het specialiteitsbeginsel zal daarbij vaak een probleem vormen. Indien het goed vervangen wordt door een geldsom die werd betaald, zal er in de regel sprake zijn van vermenging en is er geen onderpand meer dat juridisch als identificeerbaar wordt beschouwd (ook al is dat er in de praktijk misschien nog wel). Als men leest dat door zakelijke subrogatie een zakelijk recht is overgegaan op bv. een schadevergoeding wegens het vernietigen van het oorspronkelijke voorwerp, een prijs wegens de verkoop ervan of een verzekeringsuitkering, dient dit dan ook goed begrepen te worden. De houder van het zakelijk recht behoudt dat zakelijk recht op de schuldvordering op de schadeveroorzaker, de koper of de verzekeraar. Eens de som is betaald, zal er echter sprake zijn van vermenging en dooft het zakelijk recht uit.

Opgelet: zakelijke (zekerheids)rechten op een uitgewonnen goed (door bv. deurwaarder of curator) gaan wel over op de prijs van de uitwinningsverkoop. Het is immers net het doel van uitwinning bij samenloop om door ‘overwijzing op de prijs’ de opbrengst van het uitgewonnen goed te verdelen onder de gerechtigden met een zakelijk recht of een recht met zakelijke werking (Storme II, 299).

12. **Aandeelhouder: schuldeiser noch eigenaar van de vennootschap met rechtspersoonlijkheid.** De aandeelhouder in een vennootschap met rechtspersoonlijkheid wordt soms wel eens gekwalificeerd als een ‘post-concurrente schuldeiser’, omdat hij in de rangorde na de (zelfs achtergestelde) schuldeisers komt. Het is noch-

tans verkeerd de aandeelhouder (en bij uitbreiding andere kapitaalhouders en leden van verenigingen) als een schuldeiser te kwalificeren. De aandeelhouder ontbeert immers het executierecht van de schuldeiser en de accessoria daarvan (zijdelingse vordering, pauliana, vordering collectieve schade). Zijn actiemogelijkheden worden bepaald door het rechtspersonenrecht. Het gaat om een *sui generis*-recht dat niet in de twee voornoemde hokjes past.

Aandeelhouders zijn evenmin eigenaar van de goederen van de vennootschap. Zelfs in overdrachtelijke zin is dat een misleidende, hoewel gebruikelijke, manier van voorstellen. Een aandeelhouder heeft om te beginnen niet de vrije beschikking voor eigen rekening over de activa van de rechtspersoon. Voor de aandeelhouders in een vennootschap met rechtspersoonlijkheid zijn de goederen die eigendom zijn van de vennootschap *andermans* goederen. Aandeelhouders duiden in de regel wel direct of indirect de leden van het bestuursorgaan of andere vertegenwoordigers aan. Dit bestuur dient te gebeuren met respect voor het eigen belang van die (rechts)persoon (**vennootschapsbelang**). Indien dit bestuur niet in het belang van de rechtspersoon gebeurt, kan de bestuurder hiervoor aansprakelijkheid ten aanzien van de rechtspersoon oplopen. In bepaalde gevallen kan hier zelfs sprake zijn van een strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens ‘misbruik van vennootschapsgoederen’ (lees: art. 476; 492*bis* oud Sw.).

Het eigen belang van de vennootschap zal nooit volledig samenvallen met de persoonlijke belangen van de aandeelhouders. Minstens wordt dit vennootschapsbelang ook gekleurd door de belangen van de vennootschapsschuldeisers. Omdat de vennootschapsactiva afgeschermd zijn ten behoeve van de vennootschapsschuldeisers, worden deze benadeeld als een goed aan de vennootschap wordt onttrokken.

Het ‘vennootschapsbelang’ wordt in de doctrine vaak besproken als een ideologisch vraagstuk over de doelstelling van het vennootschapsrecht (nl. enkel het verhogen van aandeelhouderswaarde of is er nog wat meer?). Dat mag niet uit het oog doen verliezen dat de toets aan het vennootschapsbelang (*corporate interest-test*) in de juridische praktijk van vennootschapsrecht en financiering een groot praktisch belang heeft als regel van vermogensbescherming. Dit wordt vooral bij insolventie acuut. Handelingen strijdig met het vennootschapsbelang kunnen door een curator worden aangevochten als een bijkomende herstellvordering naast de pauliana’s. Ook persoonlijke en zakelijke zekerheden die gratis of goedkoop worden gesteld

ten voordele van verbonden entiteiten of personen, moeten altijd de vraag doen rijzen of ze wel in het vennootschapsbelang zijn.

Dat aandeelhouders (indirect via de door hen aangestelde bestuurders) niet zomaar activa aan het vermogen van de rechtspersoon kunnen onttrekken (of er schulden aan toevoegen), komt ook tot uitdrukking in de vermogens- en kapitaalbeschermingsregels die ter bescherming van vennootschapsschuldeisers grenzen en voorwaarden stellen aan uitkeringen uit het vennootschapsvermogen aan aandeelhouders. Deze regels staan uitkeringen door de rechtspersoon zonder tegenprestatie aan een aandeelhouder (bv. dividend in een vennootschap) enkel toe onder voorwaarden. Die voorwaarden trachten te bereiken dat de rechten van de vennootschapsschuldeisers door deze uitkering niet in het gedrang zullen komen. Ook de liquidatie-uitkering na ontbinding is aan regels onderworpen: in beginsel dienen eerst de schulden te worden voldaan alvorens het nettoactief aan de deelgenoten kan worden uitgekeerd (lees art. 2:97 WVV). De plicht om in het vennootschapsbelang te handelen, de uitkeringsbeperkingen en, meest helder, de voorrang van vennootschapsschuldeiser bij vereffening zijn symptomen van de **achterstelling** van de aandeelhouders. Ook bij het faillissement van de rechtspersoon komen de aandeelhouders op de laatste plaats en krijgen aldus bijna nooit iets.

Het voorgaande belet uiteraard niet dat de aandeelhouder eigenaar is van zijn aandelen zelf, net zoals de schuldeiser eigenaar is van zijn schuldvordering. Ook kan uit de rechtsverhouding tussen vennootschap en aandeelhouder volgen dat de aandeelhouder een schuldvordering krijgt, bv. als er geldig beslist werd tot de uitkering van een dividend.

§ 2 Vermogen als het verhaalsobject van schuldeisers

13. **Vermogen als onderpand van alle schuldeisers.** *Qui s'oblige, oblige le sien*: dat in beginsel alle goederen van een debiteur gelden als het onderpand van al zijn schuldeisers, geldt als een basisbeginsel van het privaatrecht (E. Dirix en R. De Corte, *Zekerheidsrechten*, 14, nr. 12). 'Onderpand' dient hier niet begrepen te worden in de gebruikelijke betekenis van het voorwerp van een zakelijk recht (zoals het pandrecht of andere zakelijke zekerheidsrechten). Een chirografaire schuldeiser heeft voorrang noch volgrecht. Wel kan de schuldeiser door het uitoefenen van zijn verhaalsrecht een 'recht met zakelijke werking' krijgen (◀ nr. 6).

Dit algemeen verhaalsonderpand vinden we sinds de inwerkingtreding van Boek 3 BW in 2021 in art. 3.36 BW, dat samengelezen moet worden met art. 3.35 BW:

Art. 3.35. Definitie

'Het vermogen van een persoon is de juridische algemeenheid die het geheel van de bestaande en toekomstige goederen en verbintenissen omvat.

Elke natuurlijke persoon of rechtspersoon heeft een vermogen en, behoudens indien de wet anders bepaalt, slechts één enkel vermogen.'

Art. 3.36. Algemeen verhaalsonderpand

'Tenzij de wet of het contract anders bepaalt, kan een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar verhalen.

In geval van samenloop tussen de schuldeisers, wordt de opbrengst ervan onder hen naar evenredigheid van hun vordering verdeeld, tenzij er tussen de schuldeisers wettige redenen van voorrang bestaan. Een schuldeiser kan met zijn schuldenaar overeenkomen dat hij tegenover bepaalde of alle schuldeisers een lagere rang neemt dan de wet hem toekent.'

Voorheen stond dit in art. 2092 Code civil en sinds 1851 in de Hypotheekwet:

Art. 7 Hyp. W. ‘Ieder die persoonlijk verbonden is, is gehouden zijn verbintenissen na te komen, onder verband van al zijn goederen, hetzij roerende, hetzij onroerende, zo tegenwoordige als toekomstige.’

Art. 8 Hyp. W. ‘De goederen van de schuldenaar strekken tot gemeenschappelijke waarborg voor zijn schuldeisers, en de prijs ervan wordt onder hen naar evenredigheid van hun vordering verdeeld, tenzij er tussen de schuldeisers wettige redenen van voorrang bestaan.’

In het ancien régime was dit veel minder een leidend principe. Tot aan de afschaffing van de feodaliteit in de nacht van 4 augustus 1789 kwam eigendom van onroerende goederen met belangrijke publiekrechtelijke prerogatieven. Daardoor waren deze goederen niet zomaar uitwinbaar. Zo had de eigenaar van een *seigneurie* doorgaans ook een rechtsprekende functie in eerste aanleg (R. Blaufarb, *The great demarcation: the French Revolution and the invention of modern property*, Oxford University Press, 2016, 3).

Als Napoleon enkele jaren later gunsten wil uitkeren zonder geld uit te geven, keert hij gedeeltelijk terug naar de bescherming tegen uitwinning met de instelling van het *majorat*. Daarbij wordt een vermogen afgeschermd ten behoeve van de houder van een titel, waar het vermogen enkel aan de oudste mannelijke erfgenaam vererft en ook wordt afgeschermd van schuldeisers. Zie J. Van De Voorde, ‘À la plus grande gloire (juridique) de Napoléon Ier, Empereur des Français, de la part de ses plus fidèles sujets, les Belges : les majorats napoléoniens analysés du point de vue du droit des biens en raison de leur survie continuée en Belgique’, *Revista internacional de derecho y ciencias sociales* 2017, 29 e.v., dat onder meer duidelijk maakt dat er nog één majoraat in België overblijft: dat van de Hertog van Wellington in de buurt van Waterloo.

Met dit basisprincipe articuleert de wetgever een principiële afkeuring van vermogensplitsing, waarbij bepaalde goederen van een persoon worden onttrokken aan (bepaalde) schuldeisers van een persoon (al dan niet om ze te bestemmen voor anderen). In het ondernemingsrecht kennen we deze vermogensplitsing onder de noemers ‘beperkte aansprakelijkheid’ (eigenlijk: niet-aansprakelijkheid) en ‘afgescheiden vermogen’.

Hoewel de moderne doctrine dit nog wel eens wil wegzetten als ouderwets, is deze negatieve houding t.a.v. vermogensplitsing terecht. Wiens aansprakelijkheid wordt beperkt doordat bepaalde goederen niet onderworpen zijn aan verhaal, wordt verleid tot roekeloos gedrag. Hoog rendement gaat vaak samen met een groot risico. Beperkte aansprakelijkheid laat toe om het rendement zelf ten volle te genieten en het risico grotendeels af te wentelen op derden. Als de vennootschap insolvent is, kan de aandeelhouder de sleutels afgeven aan de schuldeisers en zonder verdere aansprakelijkheid vertrekken. Beperkte aansprakelijkheid stimuleert een activiteit, heet het vaak. Dat is juist, maar het recht is er net vaak op ingesteld om activiteiten af te remmen, bv. als het negatieve effecten voor derden heeft. Aansprakelijkheid zorgt ervoor dat het rechtssubject deze externaliteiten internaliseert en er opnieuw rekening mee houdt in zijn gedrag. Beperkte aansprakelijkheid kan deze internalisering ongedaan maken.

Ook het afschermen van activa van schuldeisers laat toe om aan aansprakelijkheid te ontkomen. In dat opzicht zijn beperkte aansprakelijkheid en vermogensafschieding, hoewel juridisch verschillende technieken, economisch erg gelijkend. Het verschil zit in de klasse van schuldeisers die getroffen worden: de vennootschapsschuldeisers door beperkte aansprakelijkheid, de persoonlijke schuldeisers door vermogensafschieding.

Zich onttrekken aan aansprakelijkheid is problematisch, omdat aansprakelijkheid de belangrijkste remedie is die de jurist in zijn gereedschapskist heeft. De inhoud van een regel wordt bepaald door de remedie (*ubi remedium, ibi ius*): als de remedie onderuit wordt gehaald, heeft de regel nog maar weinig beet. Zie verder Hoofdstuk 10 over de pauliana als een regel die de onmacht van aansprakelijkheidsvorderingen wil ontwijken en Hoofdstuk 3 over hoe ook uitvoering in natura in de praktijk vaak afhankelijk is van de dwangsom als geldelijk drukkingsmiddel.

Vermogensplitsing laat ook andere vormen van opportunisme toe, doordat de eigenaar met activa en passiva kan schuiven. Indien één vermogen insolvent dreigt te worden, kan de eigenaar de activa onder of over de schutting naar een ander vermogen verschuiven.

Op het eerste gezicht is er een opvallende continuïteit tussen het 19de-eeuwse principe van het algemeen verhaalsonderpand en boek 3 BW: elke persoon heeft één en slechts één vermogen. Intussen zijn er meerdere figuren met afgescheiden

vermogen erkend (een maatschapsgemeenschap, een kwaliteitsrekening of een onverdeelde boedel), maar het principe en de dwingendrechtelijke aard ervan zijn niet betwist.

Achter deze oppervlakkige continuïteit verschuilt zich echter een langzame maar ingrijpende tectonische verschuiving. Als 19de-eeuwse auteurs over een ‘persoon’ spreken, spreken ze over een *natuurlijke persoon*. Een rechtspersoon met beperkte aansprakelijkheid voor alle vennoten was zeer uitzonderlijk. Voor de oprichting was vaak specifieke overheidsgoedkeuring nodig en golden zware voorwaarden op het vlak van het aantal oprichters, het kapitaal en de toegelaten activiteiten. Als we het oude adagium functioneel hertalen, geldt vandaag het volgende: een natuurlijke persoon kan gerust meerdere vermogens controleren, zolang die natuurlijke persoon maar gebruik maakt van de techniek van de rechtspersoon. Zowel beperkte aansprakelijkheid als vermogensafschieding zijn makkelijk en goedkoop te bereiken via het ondernemingsrecht. Daarbij moeten overigens geen ondernemingsactiviteiten in de gewone zin van dat woord worden gevoerd. Dat doet uiteraard de vraag rijzen waarom het recht minder argwanend staat tegenover vermogensplitsing als gebruik wordt gemaakt van de techniek van de rechtspersoon.

We zien enkele juridische technieken die bij rechtspersonen de nadelen van vermogensplitsing verzachten.

Bij rechtspersonen is vooreerst een **publiciteitssysteem** ontwikkeld, zodat derden zich ten minste op de hoogte kunnen stellen van de effecten die hen treffen.

Schuldeisers van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid hebben geen verhaal op de goederen van de vennootschap, maar kunnen wel de aandelen uitwinnen. Deze mogelijkheid van beslag op aandelen verzoent de bescherming van de *going concern*-waarde van het ‘handelsfonds’ van de vennootschap met de **liquiditeit** van de persoonlijke schuldeisers van de vennoten.

Wat de persoonlijke schuldeisers inleveren, komt bovendien de **vennootschapsschuldeisers** ten goede. Vermogensafschieding maakt de goederen niet onuitwinbaar, maar geeft aan de vennootschapsschuldeisers wat het aan de persoonlijke ontnemt.

De goederen die in een rechtspersoon worden ingebracht zijn niet langer de eigendom van de vennoten. De prijs van vermogensplitsing is dat er niet zomaar met activa en passiva kan worden geschoven: er is een **doelgebonden beheer** dat tot uiting komt in normen zoals het vennootschapsbelang en remedies zoals bestuursaansprakelijkheid. De rechtspersoon kan zich tegen de insiders keren.

Dat gebeurt in de praktijk vooral tijdens faillissement en andere **vereffeningsprocedures** waarbij een neutrale bewindvoerder aan het hoofd van de rechtspersoon komt. Een ordentelijke vereffening is ook essentieel om recht te doen aan de bijzondere positie van de vennootschapsschuldeisers. Een goede vereffeningprocedure laat toe een juridisch dispaaraat maar economisch samenhangend geheel als één goed in *going concern* te realiseren. Het beschermen van die *going concern*-waarde is ook het doel van vermogensafschieding.

14. **Onderpand: vermogen zoals het bestaat op het ogenblik van uitwinning.** Bij uitwinning is het uitgangspunt dat de schuldeisers (bij faillissement verenigd in de faillissementsboedel) ‘in de schoenen van hun schuldenaar stappen’: ze dienen het uitgewonnen vermogen te nemen in de goederenrechtelijke toestand waarin het zich bevindt.

Dit betekent dat de uitwinnende schuldeiser beschikkingshandelingen die dateren van vóór de uitwinning (bv. leggen beslag, datum faillissementsvonnis) in principe (en zie verder ► nr. 16 voor de uitzonderingen) moet ondergaan. Dit is een toepassing van het anterioriteitsprincipe.

Dit op zich eenvoudige principe wordt complex als we kijken welke afspraken in een overeenkomst (of meer algemeen in een andere bron van obligatoire verbintenissen zoals statuten) door de uitwinnende schuldeiser moeten worden ondergaan dan wel kunnen worden genegeerd (► nr. 15 t.e.m. 20). In de literatuur wordt deze vraag vaak gesteld als een vraag naar de ‘zakelijke werking’ van bepaalde afspraken of naar de ‘samenloopbestendigheid’ ervan.

15. **Tegenwerpelijheid en relativiteit van de overeenkomst: principe.** In het verbintenissenrecht geldt dat het bestaan van een rechtshandeling in principe tegenwerpelij is aan derden, in die zin dat derden het bestaan en de gevolgen die eruit voortvloeien voor de partijen moeten erkennen. De interne gevolgen van een rechtshandeling daarentegen zijn in principe niet tegenwerpelij aan derden, in

die zin dat deze gevolgen derden niet binden en dat derden er geen rechten aan ontleen. Hierop bestaan uiteraard vele uitzonderingen.

Het eerste principe heet de **tegenwerpelijkheden** van het bestaan van rechtshandelingen en wordt voor contracten bevestigd door art. 5.103, al. 2 BW: ‘*Derden dienen het bestaan van een contract als feit te erkennen en mogen het bestaan ervan in hun voordeel inroepen.*’ Het tweede principe heet de **relativiteit** van rechtshandelingen en wordt voor contracten bevestigd door art. 5.103, al. 1, eerste zin BW: ‘*Het contract doet enkel tussen partijen verbintenissen ontstaan.*’

De tegenwerpelijkheden van de overeenkomst moet in een verhaalsrechtelijke context aldus begrepen worden: schuldeisers moeten in principe de *goederenrechtelijke* toestand voortvloeiend uit de overeenkomst ondergaan. Verder kan een contractuele of andere obligatoire afspraak niet worden ingeroepen om hun verhaal te frustreren. Zoals hiervoor vermeld kan een schuldeiser omwille van zijn uitwinning evenmin gelden als derde-medeplichtige aan de wanprestatie van zijn debiteur.

Het louter contractueel ‘bestemmen’ van een goed voor een activiteit of doel brengt volgens dit principe ook geen vermogensafschieding of andere goederenrechtelijke gevolgen met zich mee. Dat is uiteraard anders indien de contractuele afspraak een zakelijk recht vestigt of overdraagt of een boedelgemeenschap (zoals een maatschapsonverdeeldheid) doet ontstaan.

De verhaalsrechtelijke gevolgen van de tegenwerpelijkheden van overeenkomsten worden vaak verkeerd begrepen. Een illustratie daarvan vormt de discussie over de inbreng in genot in een maatschap.

De maatschap heeft een eigen vermogen, afgescheiden van de vermogens van de maten. Dat wil zeggen dat de persoonlijke schuldeisers van de maten het maatschapsvermogen niet kunnen uitwinnen. Enkel de maatschaps-schuldeisers hebben hierop verhaal. De discussie betreft deze vraag: kan een persoonlijke schuldeiser van een maat die een goed enkel in genot inbrengt (zonder overdracht van eigendom of vestiging van een ander zakelijk recht) dat goed nog uitwinnen?

Ten onrechte houdt een deel van de (Franstalige) rechtsleer voor dat een dergelijk goed niet door de persoonlijke schuldeisers van de inbrengende maat kan worden uitgewonnen, of minstens dat die uitwinning geen afbreuk kan

doen aan de gebruiksrechten van de maatschap (T. Tilquin en V. Simonart, *Traité des sociétés*, Kluwer, 1997, II, voetnoot 342; P. Van Ommeslaghe, ‘Le droit commun de la société et la société de droit commun’, in *Aspects récents du droit des contrats*, Jeune Barreau de Bruxelles, 2001, 216; P. Bossard, ‘La société de droit commun face aux créanciers personnels des associés’, *RPS-TRV* 2016, 23, nr. 40). De reden hiervoor zoekt men vaak in de regel van de tegenwerpelijkheden van overeenkomsten, die uiteraard ook voor de maatschapsovereenkomst geldt.

Deze opvatting moet verworpen worden. Het leidt immers tot de creatie van een nieuw zakelijk recht. Het gebruiksrecht is per hypothese louter obligatoir (en dus geen zakelijk gebruiksrecht zoals vruchtgebruik). Het verplicht de inbrengende maat t.a.v. zijn medevennoten en de maatschap, maar leidt niet tot beschikkingsonbevoegdheid of een ander goederenrechtelijk gevolg. De persoonlijke schuldeiser zal het goed kunnen uitwinnen, omdat het zich goederenrechtelijk onbelast in het vermogen van zijn schuldenaar bevindt. Hij hoeft geen rekening te houden met de aanspraken van de andere maten die enkel *inter partes* gelden.

16. **Tegenwerpelijkheden van de overeenkomst: uitzonderingen (verwijzingen).** Schuldeisers moeten *in principe* de goederenrechtelijke toestand voortvloeiend uit de overeenkomst ondergaan. Dit brengt ons bij de uitzonderingen.

Zoals reeds aangehaald kan de overdracht of vestiging van zakelijke rechten onderworpen zijn aan bijkomende tegenwerpelijkhedenvoorwaarden. Deze voorwaarden betreffen niet de tegenwerpelijkheden van de overeenkomst zelf, maar wel van de beschikking in uitvoering van deze titel. De mate waarin ook schuldeisers zich hierop kunnen beroepen werd reeds geïdentificeerd als een verder te bespreken probleem (► Hoofdstuk 2).

Schuldeisers kunnen door de **pauliana** (art. 5.243 BW; voorheen art. 1167 oud BW) bij bedrieglijke miskennis van hun rechten een overeenkomst niet-tegenwerpelijk laten verklaren (► Hoofdstuk 10). Dit houdt in dat de overeenkomst als titel voor de beschikking t.a.v. de betrokken schuldeiser of boedel verdwijnt.

17. **Zakelijke werking van ontbindende voorwaarde.** Een ontbindende voorwaarde heeft in het Belgisch recht in de regel zakelijke werking (Storme II, 505 en 517). Dit betekent dat bij ontbinding van een verbintenis met terugwerkende kracht, ook elke eigendomsoverdracht krachtens die verbintenis met terugwerkende

kracht gebeurt, ook als intussen het betrokken goed het voorwerp uitmaakt van een samenloop. Bij onroerende goederen is wel vereist dat deze voorwaarde uit de overgeschreven akte blijkt.

Zie voor beslag Cass. 8 mei 2015 (*City Gardens-arrest*, RW 2016-17, 417, *T.Not.* 2016, 439, noot C. Engels). Dit arrest ging over de overname overeenkomstig art. 2:2 WVV (oud art. 60 W.Venn.) door een vennootschap van een koopovereenkomst namens de vennootschap in oprichting. Voorafgaand aan de (facultatieve) overname door de vennootschap na oprichting, geldt de promotor als eigenaar. *In casu* had een persoonlijke schuldeiser beslag gelegd, gevolgd door een overname van de koopovereenkomst door de vennootschap. Het Hof van Cassatie oordeelde dat het goed onbelast overging naar de vennootschap en het beslag verviel:

‘3. Artikel 60 Wetboek van Vennootschappen bepaalt dat, tenzij anders is overeengekomen, zij die in naam van een vennootschap in oprichting en vooraleer deze rechtspersoonlijkheid heeft verkregen, in enigerlei hoedanigheid een verbintenis hebben aangegaan, persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk zijn, behalve wanneer de vennootschap binnen twee jaar na het ontstaan van de verbintenis het in artikel 68 bedoelde uittreksel heeft neergelegd en zij bovendien die verbintenis binnen twee maanden na voormelde neerlegging heeft overgenomen. In dit laatste geval, wordt de verbintenis geacht van het begin af door de vennootschap te zijn aangegaan.

4. De overname van de verbintenis door de vennootschap geldt als bekrachtiging, waardoor de verbintenis evenals de nadien door de promotor in verband met die verbintenis gestelde rechtshandelingen worden geacht van het begin af door de vennootschap te zijn aangegaan en waardoor de goederen die door de promotor in naam van de vennootschap werden verworven worden geacht van het begin af eigendom te zijn geweest van de vennootschap. Ten aanzien van de promotor geldt de overname als een ontbindende voorwaarde waardoor hij wordt bevrijd van de in naam van de vennootschap aangegane verbintenissen en wordt geacht nooit eigenaar te zijn geweest van de in naam van de vennootschap in oprichting verworven goederen. De vervulling van de ontbindende voorwaarde heeft zakelijke werking.

5. Krachtens artikel 1, eerste lid, Hypotheekwet, in zijn hier toepasselijke versie, worden alle akten onder de levenden, om niet of onder bezwarende

titel, tot overdracht of aanwijzing van onroerende zakelijke rechten, andere dan voorrechten en hypotheken, met inbegrip van de authentieke akten bedoeld in de artikelen 577-4, § 1, en 577-13, § 4, Burgerlijk Wetboek, alsmede van de daarin aangebrachte wijzigingen, de dag van ontvangst in hun geheel overgeschreven in een daartoe bestemd register, op het kantoor van bewaring der hypotheken van het arrondissement waar de goederen zijn gelegen. Tot dan toe kan men zich op die akten niet beroepen tegen derden die zonder bedrog gecontracteerd hebben. Uit deze bepaling volgt dat de akten onder levenden tot overdracht of aanwijzing van onroerende zakelijke rechten, andere dan voorrechten en hypotheken, bij gebrek aan overschrijving in het daartoe bestemde register op het kantoor van bewaring der hypotheken, niet kunnen worden tegengeworpen aan derden die zonder bedrog hebben gecontracteerd in de mate dat zij kunnen schaden hetzij aan de zakelijke rechten welke die derden bezitten op de goederen waarop bedoelde akten betrekking hebben, hetzij aan de verhaalsrechten welke die derden op de goederen hebben vervolgd tegen hun schuldenaar.

6. Uit de samenhang van de voormelde wetsbepalingen volgt dat de overname door de vennootschap van een door de promotor in haar naam aangegane koopovereenkomst van een onroerend goed tot gevolg heeft dat de voordien door de promotor op het onroerend goed toegestane zakelijke rechten evenals de door schuldeisers van de promotor op het goed gelegde beslagen komen te vervallen, op voorwaarde dat in de op het hypotheekkantoor overgeschreven aankoopakte uitdrukkelijk is vermeld dat de aankoop werd verricht in naam van de vennootschap in oprichting.’

Bij de ontbinding wegens wanprestatie van de koper wordt door art. 20, 5°, al. 8 Hyp.W. de zakelijke werking van de ontbinding bij wijze van uitzondering aan banden gelegd. Dit wordt besproken in Hoofdstuk 4 (► nr. 199).

18. **Zakelijke werking van obligatoire afspraken: schuldvorderingen en andere onlichamelijke goederen.** Het voorgaande moet worden genuanceerd bij schuldvorderingen en andere onlichamelijke goederen (zoals aandelen). Daar kan een overeenkomst of andere obligatoire bron (zoals de statuten) immers de goederenrechtelijke inhoud van het betrokken goed bepalen. Dit is dan tegenwerpelijk aan derden die dit goed enkel kunnen uitwinnen zoals ze het aantreffen in het vermogen van hun debiteur (zie M.E. Storme, ‘Van trust gespeend?’, *TPR* 1998, 724 e.v. en C. Lebon, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, 682, nr. 712). Een onlichamelijk goed bestaat als goed enkel door de obligatoire

bron van dat goed. Zij heeft dan ook geen inhoud die los van de afspraken in die obligatoire bron staat.

Zo zal een wettelijke of statutaire overdrachtsbeperking op aandelen tegenwerpelijk zijn aan de persoonlijke schuldeisers van de aandeelhouder, op dezelfde manier als die schuldeiser getroffen wordt door de statutaire afspraken over bv. winstverdeling of stemrechten.

Een contractuele overdrachtsbeperking op aandelen (bv. in een aandeelhoudersovereenkomst) is dan weer wel een louter externe obligatoire afspraak die de interne goederenrechtelijke inhoud van het aandeel (zoals bepaald door de wet en de statuten) niet wijzigt.

Hierin verschilt een onlichamelijk goed van een zaak waarover partijen een afspraak maken. Dit lichamenlijk goed ‘bestaat’ goederenrechtelijk los van de afspraak van de partijen. Afspraken tussen partijen omtrent deze zaak (bv. een overdrachtsbeperking) veranderen de inhoud van het eigendomsrecht omtrent deze zaak niet (tenzij uiteraard het eigendomsrecht door de afspraak wordt opgesplitst in een van de beperkte zakelijke rechten).

Een andere manier om hiernaar te kijken zijn de onderzoekslasten die het recht aan derden oplegt. De keerzijde van elke juridische regel die middels publiciteit tot tegenwerpelijkheid leidt, is immers een onderzoekslast in hoofde van derden. Bij het verzuim om de publiciteit te checken, zal de derde immers geen onwetendheid van het tegenwerpelijke feit kunnen inroepen.

Bij een **roerende zaak** is het zeer moeilijk voor een derde om de juridische antecedenten te onderzoeken. Waar zou die derde overigens betrouwbare informatie over afspraken over die zaak kunnen inwinnen? (Alvast niet bij de overdrager, want de besproken problemen bestaan net omdat die de afspraken niet respecteert en wellicht insolabel is zodat zijn aansprakelijkheid weinig bijbrengt.) Wie een zakelijk recht vestigt op een roerende zaak, krijgt dan ook een standaardbundel rechten, die niet bepaald wordt door contractuele afspraken m.b.t. die zaak. Art. 3.28, § 1 BW (zie voorheen art. 2279 oud BW) erkent dit en laat toe dat de verkrijger te goeder trouw zonder risico een zakelijk recht kan verwerven zonder onderzoek van de voorafgaande keten. Verregaande onderzoekslast opleggen zou onredelijk zijn. Dit wordt nog verder doorgetrokken bij **geld** (◀ nr. 9).

Het is anders bij een derde die een zakelijk recht wil vestigen op een **schuld-vordering of een aandeel**. Die derde weet dat er geen standaardbundel is: de juridische inhoud van de schuldvordering of het aandeel is enkel wat bepaald is in de overeenkomst of statuten die de schuldvordering of aandelen doen ontstaan als goed. De derde moet aldus een onderzoek doen (tenzij hij een wilde sprong in het duister wil doen). Er is ook een nuttige informatiebron hiervoor: de debiteur van de gecedeerde schuldvordering *c.q.* de statuten. De onderzoekslast strekt zich niet uit tot andere contractuele afspraken.

19. **Verdere tegenwerpelijkheid van obligatoire afspraken bij onroerende goederen indien ze opgenomen zijn in het register.** Bij onroerende goederen is er een systeem van publiciteit dat onderzoekslasten oplegt aan derden die zakelijk rechten willen verkrijgen, met name de verificatie van het hypotheekregister (► Hoofdstuk 2). De wetgever maakt hiervan sinds de invoering van Boek 3 BW (in werking getreden in 2021) gebruik om bepaalde, in principe obligatoire, afspraken m.b.t. het onroerend goed toch tegenwerpelijk te maken aan derden. Wie toch het register moet onderzoeken, kan evengoed de last worden opgelegd bepaalde afspraken te checken, zo lijkt de redenering. Mede in het licht van de doorgaans grote geldelijke inzet van een onroerendgoedtransactie, is het redelijk de last op te leggen om de hele overschrijving goed te onderzoeken.

Met name akten die een voorkeur-, voorkoop- of optierecht verlenen op een onroerend zakelijk recht kunnen in het hypotheekkantoor worden overgeschreven (art. 3.30, § 1, 5° BW). Bij gebreke van overschrijving kan men zich op deze akten niet beroepen ten aanzien van derden te goeder trouw die een concurrent recht op het onroerend goed hebben (art. 3.30, § 2 BW). Hierdoor worden derden als te kwader trouw beschouwd indien zij handelen in strijd met een overgeschreven voorkeur-, voorkoop- of optierecht, zonder dat hun eigenlijke kennis moet worden aangetoond (V. Sagaert, ‘Onroerende voorkeurechten, voorkeurrechten en aankoopopties in het nieuwe BW’, RW 2022-23, 568, nr. 14).

Deze rechten blijven echter louter obligatoir en krijgen geen zakelijke werking. De sanctie voor de miskennis van deze akten is derden-medeplichtigheid (lees art. 5.26 BW voor de sancties). Dit leidt echter niet tot tegenwerpelijkheid aan beslagleggende schuldeisers of de faillissementsboedel (◀ nr. 4). Art. 3.30, § 1, 5° BW leidt dan ook niet tot zakelijke werking van voorkeur-, voorkoop- of optierechten, al is het effect voor *andere derden* dan uitwinnende schuldeisers identiek.

De vraag naar de faillissementsbestendigheid van deze rechten is in de rechtsleer omstreden. Zie V. Sagaert, ‘Onroerende voorkeuren, voorkeuren en aankoopopties in het nieuwe BW’, RW 2022-23, 569 e.v. en de verwijzingen daar. Een van de argumenten voor de faillissementsbestendigheid, met name van voorkeuren die kunnen worden uitgeoefend aan de prijs door een derde geboden, is dat er hier geen financieel nadeel is voor de boedel. Dit gaat eraan voorbij dat de verkoopswaarde wellicht gedrukt wordt als de potentiële koper de onzekerheid van een voorkeurenrecht moet ondergaan.

20. **Huurrechten op onroerende goederen.** Ook onroerende huurrechten illustreren dat persoonlijke rechten van een verhoogde tegenwerpelijheid kunnen genieten, zonder dat ze alle kenmerken van een zakelijk recht hebben.

Indien de huur is vastgelegd in een authentieke akte of een akte met **vaste datum** van de huurovereenkomst vóór de opening van de faillissementsprocedure vereist, kan de huurder niet uit het verhuurde goed worden gezet door de koper (art. 1743 oud BW). Dit geldt ook na een executoriale verkoop na faillissement of beslag. Hier is dan ook sprake van een zakelijke werking. Zie R. Jansen en M.E. Storme, ‘Tegenwerpelijke verbintenissen bij samenloop? Wat niet bezwaart, moet niet worden gelicht!’, RW 2009-10/35, 1481, nr. 9: *‘In bepaalde gevallen zijn de verplichtingen van de verhuurder namelijk kwalitatief (ze gaan mee met de eigendom van het goed), waardoor het recht van de huurder zakelijke trekjes verkrijgt.’*

Zie voor het verkrijgen van vaste dagtekening van een onderhandse akte art. 8.22 BW: ‘Een onderhandse akte verkrijgt, ten aanzien van derden, geen vaste dagtekening dan: 1° van de dag waarop zij is geregistreerd, ofwel 2° van de dag waarop de hoofdinhoud ervan is vastgesteld in een authentieke akte, ofwel 3° van de dag waarop minstens één van de partijen de akte of de datum ervan niet langer kan wijzigen, onder meer ten gevolge van het overlijden van een van hen.’ Registratie van een huurcontract bij de fiscus is een wettelijke verplichting.

Het vereiste van vaste dagtekening moet verkrijgers beschermen tegen huurcontracten die frauduleus worden geantedateerd om de uitwinning te frustreren.

Merk op dat het verkrijgen van vaste dagtekening geen publiciteit veronderstelt waar derden kennis van kunnen nemen. Publiciteit onder de vorm van overschrijving in het hypotheekkantoor is voor tegenwerpelijheid wel vereist voor akten die een huurrecht voor langer dan negen jaar verstrekken (art. 3.30, § 1, 6° BW).

Ten aanzien van huurrechten zonder vaste datum, geldt als uitgangspunt de gewone regel inzake obligatoire rechten: deze huurrechten zijn niet tegenwerpelijk aan de boedel of de koper bij een executoriale verkoop (zie art. 1575 Ger.W. voor onroerend beslag).

Voor **pacht** en **woninghuur** geldt zelfs dat een verkrijger in de rechten en plichten van de verhuurder treedt, ook als er geen vaste dagtekening is (art. 55 Pachtwet; art. 38 Vlaams Woninghuurdecreet). Ook in geval van executoriale verkoop na beslag of faillissement zal de huurovereenkomst zonder vaste dagtekening inroepbaar zijn ten aanzien van de koper (zie voor pacht: Cass. 12 oktober 1979, RW 1979-80/38, 2577, RCJB 1982, 160, noot Y. Merchiers).

In principe kan de curator dus een verhuurd onroerend goed van de gefailleerde niet zomaar onbezwaard realiseren bij woninghuur, pacht of bij vaste datum van het huurrecht. Uitzonderlijk kan de curator echter gebruikmaken van zijn **eenzijdig beëindigingsrecht** om de huurovereenkomst te beëindigen indien dat noodzakelijk is voor het beheer van de failliete boedel (art. XX.139, § 1 WER; ►Hoofdstuk 9). Dit beëindigingsrecht kan geen afbreuk doen aan zakelijke rechten, maar dus wel aan het (zelfs tegenwerpelijk) huurrecht.

Die noodzakelijkheid vereist een strenge beoordeling. Het feit dat de verkoop van het onroerend goed meer zou opbrengen vrij van de huurovereenkomst, mag daarbij niet doorslaggevend zijn. Indien de huurovereenkomst de verkoop van het onroerend goed onmogelijk maakt, kan de beëindiging van de huurovereenkomst daarentegen wel noodzakelijk zijn ten behoeve van de faillissementsboedel.

21. **Curator als janushoofd.** Deze principes gelden ook bij het ‘collectief beslag’ ten gevolge van een faillissementsvonnis. Er zijn twee op het eerste gezicht tegenstrijdige gevolgen (E. Dirix, ‘Faillissement en lopende overeenkomsten’, RW 2003-04, 203, nr. 8).

Enerzijds moeten de gezamenlijke schuldeisers (de faillissementsboedel vertegenwoordigd door de curator) het vermogen van de gefailleerde in beginsel nemen zoals ze het aantreffen, met de rechten en verplichtingen die eraan kleven. De schuldeisers kunnen in beginsel niet beter worden door het faillissement. In dit opzicht vertegenwoordigt de curator de gefailleerde: hij stapt principieel in de schoenen van de gefailleerde zelf en oefent zijn rechten uit.

Anderzijds hebben de gezamenlijke schuldeisers (vertegenwoordigd door de curator) ook rechten die de gefailleerde zelf vóór het faillissement niet zou kunnen invoeren. In deze gevallen vertegenwoordigt de curator enkel de gezamenlijke schuldeisers en niet de gefailleerde:

- De schuldeisers hebben een ‘recht met zakelijke werking’ gekregen op de activa van de gefailleerde. Dit betekent dat de gezamenlijke schuldeisers (of zo men wil: de boedel of de curator) *soms* gelijk worden gesteld met een derde-verkrijger te goeder trouw (► Hoofdstuk 2). Zo is een overdracht of vestiging van een zakelijk recht op een onroerend goed niet tegenwerpelijk aan de curator indien het niet werd over- of ingeschreven vóór het faillissement.
- De curator heeft bepaalde herstelbevoegdheden, zoals de pauliana en de vereenvoudigde pauliana voor handelingen tijdens de verdachte periode en daarmee verwante aansprakelijkheidsvorderingen die de gefailleerde zelf niet had (► Hoofdstuk 10). Met deze bevoegdheden kan de curator goederen die uit de boedel verdwenen zijn terughalen (of vervangen door middel van een schadevergoeding).
- Ook zijn er bij het faillissement van organisaties met of zonder rechtspersoonlijkheid aansprakelijkheidsvorderingen die enkel bij faillissement aan de orde zijn; zie bv. de oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend kapitaal, de aansprakelijkheid voor wrongful trading en de bijzondere faillissementsaansprakelijkheid voor kennelijk grove fout. De curator heeft daarmee vorderingen die de gefailleerde organisatie vóór het faillissement zelf niet had.

De curator bekleedt daarmee een uitzonderlijke positie in het privaatrecht: hij heeft in beginsel zowel de partijrechten van de debiteur zelf als de derdenrechten van zijn schuldeisers. Daarom wordt de curator wel eens een janushoofd of ‘twee petjes’ toegedicht.

Deze ‘twee petjes’-beeldspraak is niet altijd gelukkig. De curator vertegenwoordigt altijd de faillissementsboedel (ook ‘gezamenlijke schuldeisers’ of ‘massa der schuldeisers’). Die boedel bundelt de gezamenlijke executierechten van de schuldeisers. Deze executierechten laten toe om als dwangvertegenwoordiger van de gefailleerde zijn rechten uit te oefenen. En omdat de executie aanleiding geeft tot een ‘recht met zakelijke werking’, kan de boedel zich soms beroepen op de rechten van een derde, die de gefailleerde zelf niet heeft. Het is niet zo dat de curator naar believen kiest welk petje hij van de kapstok neemt of dat dit door een of andere sacramentele formule wordt bepaald, zodat courant in dagvaardingen de stijlformule wordt teruggevonden dat de curator optreedt ‘zowel in naam van de vennootschap zelf als in naam van de massa der schuldeisers’. Het uitgangspunt is dat de curator niet meer rechten heeft dan de gefailleerde zelf. Als de curator rechten wil uitoefenen die de gefailleerde zelf niet zou hebben, dient daarvoor een rechtsgrond te zijn (zoals het ‘recht met zakelijke werking’ t.g.v. het faillissementsbeslag, de pauliana of een bijzondere aansprakelijkheidsgrond).

De verbintenissen van de gefailleerde blijven in de regel bestaan na het faillissement. Waar een beslagleggende schuldeiser contractuele afspraken m.b.t. het uitgewonnen goed in de regel kan negeren, zet de faillissementsboedel doorgaans de overeenkomsten verder. Het ‘fixatiebeginsel’ verzet zich echter tegen een gedwongen uitvoering in natura tegen de boedel, in ieder geval waar het een verbintenis tot overdracht (*dare*) of tot doen (*facere*) zou betreffen (► Hoofdstuk 9). De curator heeft bovendien een keuzerecht om lopende overeenkomsten die gesloten zijn vóór de datum van het vonnis van faillietverklaring, al dan niet verder uit te voeren, dan wel eenzijdig te beëindigen (art. XX.139 WER). Indien de curator de overeenkomst niet verder uitvoert, is dit een gemeenschappelijke wanprestatie. De schuldeiser zal een schadevergoedingsaanspraak hebben die louter een schuld in de boedel is.

Ook bij faillissement komt het onderscheid tussen ‘absolute’ zakelijke en ‘relatieve’ persoonlijke rechten aldus scherp naar voren. Het ‘recht met zakelijke werking’ van de gezamenlijke schuldeiser moet in de regel oudere zakelijke rechten laten voorgaan, terwijl oudere persoonlijke rechten veel minder of zelfs niets waard zijn (◀ nr. 4).

§ 3 Samenloop, gelijkheid en rang

22. **Samenloop.** Indien meerdere of alle schuldeisers uitwinnen op een of meerdere goederen van een schuldenaar, is er sprake van samenloop (*concursum, concursus*). De concursus roept dus een halt toe aan de vrije concurrentie tussen de schuldeisers. Storme II, 105: ‘De tot dan toe vrij concurrerende schuldvorderingen worden nu “concurrente schuldvorderingen” (schuldvorderingen waarvan de realisatie “samenloopt”).’

Samenloop is de techniek om ervoor te zorgen dat schuldeisers ‘met gelijke stap’ (*pari passu*) aantreden door de uitwinning te collectiviseren. Bij samenloop spreekt men van een ‘boedel’ (zie ook ► nr. 164). Een boedel of ‘massa’ is in de eerste plaats een rekentechniek om orde te brengen in een *boel* goederen en schulden (J. Vananroye, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, 2, nr. 2). De boedel kan gezien worden als ‘dwangvennootschap’ waarin de verhaalsrechten van de schuldeisers worden gedwongen. Door het ontstaan van de samenloop worden de abstracte rechten van de schuldeisers als ‘aandeelhouder’ in die boedel gefixeerd. Hoeveel de schuldeisers concreet krijgen, hangt af van de opbrengst van de realisatie en de rang van hun ‘aandeel’.

Zoals gezegd schept naar Belgisch recht beslag geen voorrang en is er dus ook bij uitwinning bij beslag sprake van samenloop en een boedel (◀ nr. 8).

23. **Geen absolute gelijkheid.** Samenloop garandeert niet de ‘gelijkheid’ van alle schuldeisers, maar wel de fixatie van de onderlinge rang zoals die op het ogenblik van het ontstaan van de samenloop ontstaat. We vermijden daarom te spreken van het ‘gelijkheidsbeginsel’. In het faillissement is sprake van het ‘fixatiebeginsel’, dat de gevolgen weergeeft.

In de rangorde is er onderscheid tussen schuldeisers *in*, *buiten* en *van* de boedel.

Schuldeisers in de boedel

De schuldeisers in de boedel zijn in de eerste plaats de schuldeisers zonder voorrang. Zij worden de **chirografaire schuldeisers** genoemd (ook wel: ‘*concurrente schuldeisers*’). Het uitgangspunt is dat een schuldeiser een chirografaire schuldeiser is, tenzij er een reden is om voorrang te krijgen of achtergesteld te worden. Ze

worden pondspondsgewijs betaald (d.i.: naar evenredigheid van hun vordering) uit de goederen in de boedel, nadat de boedelschuldeisers en de schuldeisers met een algemeen voorrecht zijn betaald (art. 3.36, al. 2 BW; oud art. 8 Hyp.W.).

Een schuldeiser kan met zijn schuldenaar overeenkomen dat hij tegenover bepaalde of alle schuldeisers een lagere rang neemt dan de wet hem toekent (**achtergestelde schuldeiser**, zie art. 3.36, al. 2 BW).

Doorgaans wordt dit gedaan (al dan niet op vraag van externe kredietverstrekking) door schuldeisers van een vennootschap met een insiderspositie (bv. aandeelhouder of bestuurder die een lening geeft) om de kredietwaardigheid te vergroten.

Schuldeisers met een **algemeen voorrecht** hebben voorrang op het geheel van de goederen in de boedel of op een abstracte categorie daarin (bv. alle roerende goederen). De schuldeisers met een algemeen voorrecht hebben geen zakelijk zekerheidsrecht. Hun onderlinge rangorde wordt bepaald door de aard van hun schuldvordering waaraan de wetgever een rang toekent. Het anterioriteitsprincipe en derdenbescherming spelen hier geen rol. Schuldeisers met een algemeen voorrecht zijn dan ook schuldeisers *in* de boedel, zeg maar de ‘preferente aandeelhouders’. Zij worden bij voorrang betaald uit het saldo van de boedelgoederen dat overblijft na vereffening van de schulden *van* de boedel. De bekendste schuldeisers met een algemeen voorrecht zijn de publieke schuldeisers zoals de fiscus of de RSZ.

Schuldeisers van de boedel (‘boedelschuldeisers’)

De boedel als ‘dwangvennootschap’ gaat zelf kosten en aansprakelijkheden aan met het oog op de vereffening van de boedel. Deze schuldvorderingen zijn geen schuldvorderingen *in* de boedel maar schulden *van* de boedel, vaak ook ‘**boedelschuldeisers**’ genoemd. Als de chirografaire schuldeisers de ‘aandeelhouders’ in de boedel zijn, dan zijn de boedelschuldeisers de vennootschapsschuldeisers. Het bekendste voorbeeld is het ereloon van de deurwaarder, notaris of curator voor de uitoefening van zijn mandaat bij de vereffening van de boedel.

Boedelschuldeisers zijn niet aan de samenloop onderworpen en hebben voorrang op de activa van de betrokken boedel.

Schuldeisers buiten de boedel (zakelijke zekerheidsrechten)

Schuldeisers buiten de boedel zijn de schuldeisers die op het tijdstip van samenloop een *zakelijk zekerheidsrecht* hebben op een of meerdere goederen (ook wel: *gesecuriseerde schuldeisers*).

Zakelijke zekerheidsrechten hebben *minstens* een **voorrangsrecht** (‘afzonderingsrecht’) op de verkoopopbrengst van hun onderpand (art. 3.5, al. 2 BW). Ze strekken er dus toe de positie van de schuldeiser in de samenloop te versterken door hem op (een gedeelte van) het vermogen bepaalde preferente rechten te verlenen. De meeste types van zakelijke zekerheidsrechten verlenen ook een ‘afscheidingsrecht’ of **separatistenpositie** tijdens een algemene samenloop: de houder van het zakelijk zekerheidsrecht kan in beginsel, ondanks de fixatie van de rechten van de schuldeisers, zijn onderpand nog individueel executeren (soms zelfs volgens een vereenvoudigde procedure).

De separatistenpositie zal later sterk genuanceerd worden in Hoofdstuk 6. Bij het faillissement en de collectieve schuldenregeling zijn de separatistenposities immers sterk aan banden gelegd.

Bij de vereffening van een rechtspersoon overeenkomstig boek 2 van het WVV zijn er geen wettelijke bepalingen die de separatisten insnoeren. Zo moet de separatist de verzilvering van zijn onderpand bij een deficitaire vereffening van een vennootschap niet laten gebeuren door de vereffenaar.

Bij een universele samenloop als het faillissement zitten de goederen (of de opbrengst ervan) waarop een zakelijk zekerheidsrecht rust, buiten de faillissementsboedel (*algemene boedel*). Deze worden afzonderlijk vereffend (*bijzondere boedels*) en bij voorrang bestemd voor de schuldeisers met de zakelijke zekerheid.

Voorbeelden van conventionele zakelijke zekerheidsrechten die tussen schuldeiser en schuldenaar bedongen zijn, zijn de **hypotheek** (op onroerende goederen, waarbij moet worden opgemerkt dat er ook wettelijke hypotheeken zijn) en het **pand** (op roerende goederen).

Een zakelijk zekerheidsrecht kan ook op grond van de wet (‘**bijzonder voorrecht**’). Enkele voorbeelden:

- De verhuurder van een onroerend goed heeft een bijzonder voorrecht op al de roerende goederen die het verhuurde goed stofferen tot zekerheid van

onbetaalde huur en alles wat de uitvoering van de huur betreft (zie de voorwaarden in art. 20, 1° Hyp.W.).

- Wie kosten heeft gemaakt tot behoud van een roerende zaak heeft een voorrecht tot zekerheid daarvan op die zaak (art. 22 Hyp.W.).

Dat deze schuldeisers ten belope van hun onderpand ‘buiten de boedel’ zitten, betekent onder meer dat deze schuldeisers (bv. schuldeisers met een bijzonder voorrecht) *vóór* de schuldeisers met een algemeen voorrecht komen. Zie bijvoorbeeld art. 19, 2° en 3° Hyp.W. Schuldeisers met een algemeen voorrecht hebben immers enkel een voorrang op de goederen in de algemene boedel.

De rangorde tussen schuldeisers met een zakelijk zekerheidsrecht op eenzelfde goed wordt in de regel door het anterioriteitsbeginsel bepaald (*prior tempore potior iure*): het oudste recht gaat voor op een jonger recht. Op grond van derdenbescherming kan een jonger recht echter *vóór* een ouder recht worden gerangschikt (bv. een jongere hypotheek komt voor een oudere hypotheek als de jongere hypotheek eerder werd ingeschreven).

Het voorrecht tot behoud van de kosten van de zaak vormt een uitzondering op het anterioriteitsbeginsel: het gaat voor op oudere voorrechten (art. 22 Hyp.W.). Het idee hierachter is dat deze kosten ook de waarde van het onderpand voor de andere bevoorrechte schuldeisers vrijwaren en dat ze dus voordeel hebben bij een regime dat hen incentiveert om deze kosten te maken.

Indien de schuldvordering van de schuldeisers buiten de boedel de waarde van hun onderpand overtreft, zijn ze voor het overschot schuldeisers *in* de boedel. Het zakelijk zekerheidsrecht kan nooit meer waard zijn dan het onderpand ervan. Hetzelfde geldt als de schuldvordering hoger is dan de maximumgrens van de zekerheid (bv. een hypotheek wordt altijd ingeschreven voor een maximumbedrag).

Indien er na bevrediging van de schuldeisers met een zakelijk zekerheidsrecht op een goed nog waarde van dat goed rest, gaat dit bij faillissement naar de algemene boedel.

Residu: schuldenaar-natuurlijke persoon en aandeelhouders

Indien er na uitdeling aan alle schuldeisers nog een nettoactief overblijft – wat erg uitzonderlijk zal zijn – gaat dit bij natuurlijke personen naar de **schuldenaar-na-**

tuurlijke persoon en bij vennootschappen naar de **aandeelhouders** (achterstelling van de aandeelhouders t.a.v. vennootschapsschuldeisers ◀ nr. 12).

24. **Samenvatting rangorde.** Dit geeft in beginsel de volgende rangorde. We nemen daarbij het geval van een faillissement van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid, waarbij in beginsel alle goederen in de samenloop zitten (**algemene samenloop**). We gaan ervan uit dat bepaalde goederen met zakelijke zekerheden zijn belast (bv. door een hypotheek of een bijzonder voorrecht), zodat er naast de algemene faillissementsboedel ook bijzondere boedels bestaan:



Figuur 2. Rangorde van schuldvorderingen binnen bijzondere en algemene boedels

Bij **particuliere samenloop** op één goed of een geheel van goederen, zoals bij beslag, is de ‘bijzondere boedel’ gewoon de boedel zonder meer. Stappen 4 en 8 zijn er niet bij een particuliere samenloop. Een residu gaat terug naar de uitgewonnen schuldenaar.

Deze rangorde komt hierna nog uitgebreid aan bod, waarbij de regels verder zullen worden verfijnd.

Collectieve insolventieprocedures voor ondernemingen in vogelvucht

Het insolventierecht met betrekking tot ondernemingen kan gestructureerd worden in enkele ‘modules’ die in mekaar kunnen overlopen, al is het uiteraard de doelstelling van elke module om latere procedures onnodig te maken. Ook hoeven deze modules niet achtereenvolgens te worden doorlopen. Zo kan een gerechtelijke reorganisatie worden gestart zonder buitengerechtelijke opties te hebben geprobeerd. Of het faillissement kan worden aangevraagd zonder dat een gerechtelijke reorganisatie werd doorlopen.

Gegevensverzameling en waarschuwing. In een eerste beweging probeert men zo snel mogelijk de onderneming in moeilijkheden op te sporen en deze moeilijkheden te voorkomen. Die bevoegdheid wordt toevertrouwd aan zogenaamde kamers voor ondernemingen in moeilijkheden (KOIM).

Buitengerechtelijke opties. Het WER biedt, in (soms beperkte) aanvulling op de mogelijkheden van het gemeen verbintenissenrecht, buitengerechtelijke opties voor de schuldenaar om tot een akkoord te komen met (een deel van) de schuldeisers: de *schikking bij de KOIM* op verzoek van de schuldenaar; *ondernemingsbemiddeling* door een herstructureringsdeskundige aangesteld door de KOIM; en het *buitengerechtelijk minnelijk akkoord* (dat vaak ook de doelstelling zal zijn van de ondernemingsbemiddeling).

Gerechtelijke reorganisatie. De gerechtelijke reorganisatie is een procedure voor de rechtbank. Kenmerkend voor deze procedure is dat de schuldenaar-rechtspersoon na afloop blijft bestaan. Deze procedure kan zowel gericht zijn op een *minnelijk akkoord* (waarbij alle betrokken schuldeisers instemmen) als op een *collectief akkoord* (waarbij een meerderheidsbesluit van de schuldeisers andere akkoorden kan binden). De gerechtelijke reorganisatie door een minnelijk akkoord mag niet worden verward met een buitengerechtelijk minnelijk akkoord, dat geen procedure voor de rechtbank omvat.

Zowel de gerechtelijke reorganisatie door minnelijk akkoord als die door collectief akkoord hebben een *besloten* en een *openbare* variant.

De gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord (in haar besloten en openbare varianten) heeft een *regime voor grote ondernemingen* (‘groot stelsel’, waar andere ondernemingen ook vrijwillig voor kunnen kiezen) en een *regime voor kmo’s* (waarvan grote ondernemingen zijn uitgesloten). Het kmo-regime is door de Belgische wetgever geconcipieerd als een eigen stelsel in aanvulling op het stelsel van de Herstructureringsrichtlijn.

Deze richtlijn voorziet ook in de mogelijkheid van een kmo-regime en het Belgische kmo-regime is nagenoeg conform het kmo-regime van de richtlijn, maar formeel is het er geen omzetting van. Wellicht werd dit gedaan omdat bij sommige keuzes van de Belgische wetgever in het kmo-regime de richtlijnconformiteit betwist is.

Overdracht onder gerechtelijk gezag. Het Belgisch reorganisatierecht kende vóór 2023 drie luiken: (i) de gerechtelijke reorganisatie door minnelijk akkoord; (ii) de gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord; en (iii) de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag (GROG). In 2023 werd deze (openbare) procedure terminologisch losgemaakt van de reorganisatie, voornamelijk om tegemoet te komen aan bezorgdheden in het licht van de rechtspraak rond de overname van werknemers onder Richtlijn 2001/23/EG.

Vereffeningprocedures. De *faillissementsprocedure* is in de ogen van de moderne wetgever het *ultimum remedium*. Bij een rechtspersoon of een organisatie zonder rechtspersoonlijkheid leidt de sluiting van het faillissement tot het verdwijnen van de organisatie. Bij alle organisaties is tijdens de procedure de schuldenaar zelf buiten bezit gesteld en wordt het beheer overgenomen door een curator. Bij rechtspersonen betekent dit dat de gewone organen vanaf de opening van het faillissement buitenspel zijn. Op het einde van het faillissement zullen de aandeelhouders geen financiële waarde overhouden (tenzij in het zeer uitzonderlijke geval dat er een nettoactief is). Bij de gerechtelijke reorganisatie is het financieel lot van de aandeelhouders genuanceerder.

Nieuw sinds 2023 is de mogelijkheid van een *besloten voorbereiding van het faillissement* (niet geheel correct ook wel ‘stil faillissement’ genoemd) door de aanstelling van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris.

Als alternatief voor het faillissement kan een rechtspersoon of organisatie zonder rechtspersoonlijkheid ook kiezen voor een **vrijwillige ontbinding** gevolgd door een vereffening (voor rechtspersonen overeenkomstig Boek 2 WVV). Deze procedure is uiteraard niet beperkt tot de hypothese van financiële moeilijkheden en is daarvoor zelfs niet in de eerste plaats ontwikkeld. Nieuw sinds 2023 is dat de wetgever de **gerechtelijke ontbinding** (gevolgd door een onmiddellijke sluiting van de vereffening) naar voren schuift voor het faillissement van rechtspersonen (en, naar we kunnen aannemen, de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid, al blijkt dat niet duidelijk uit de wet).

Het is belangrijk van meet af aan in te zien dat de toepassingsvoorwaarden van de verschillende modules verschillend zijn, maar elkaar wel overlappen: dat maakt dat een schuldenaar (en soms ook schuldeisers) de keuze kunnen hebben tussen verschillende opties (bv. gerechtelijke reorganisatie of vrijwillige ontbinding is mogelijk als voldaan is aan de faillissementsvoorwaarden). Soms kunnen schuldeisers zich verzetten tegen de door de schuldenaar gemaakte keuze (bv. faillissement uitlokken indien er geopteerd werd voor een vrijwillige ontbinding). Sommige procedures hebben ook zeer sterk een overlappende doelstelling, denk bijvoorbeeld aan de besloten voorbereiding van het faillissement en de overdracht onder gerechtelijk gezag. De filosofie van de wetgever in 2023 was duidelijk: liever een middel te veel dan één te weinig.

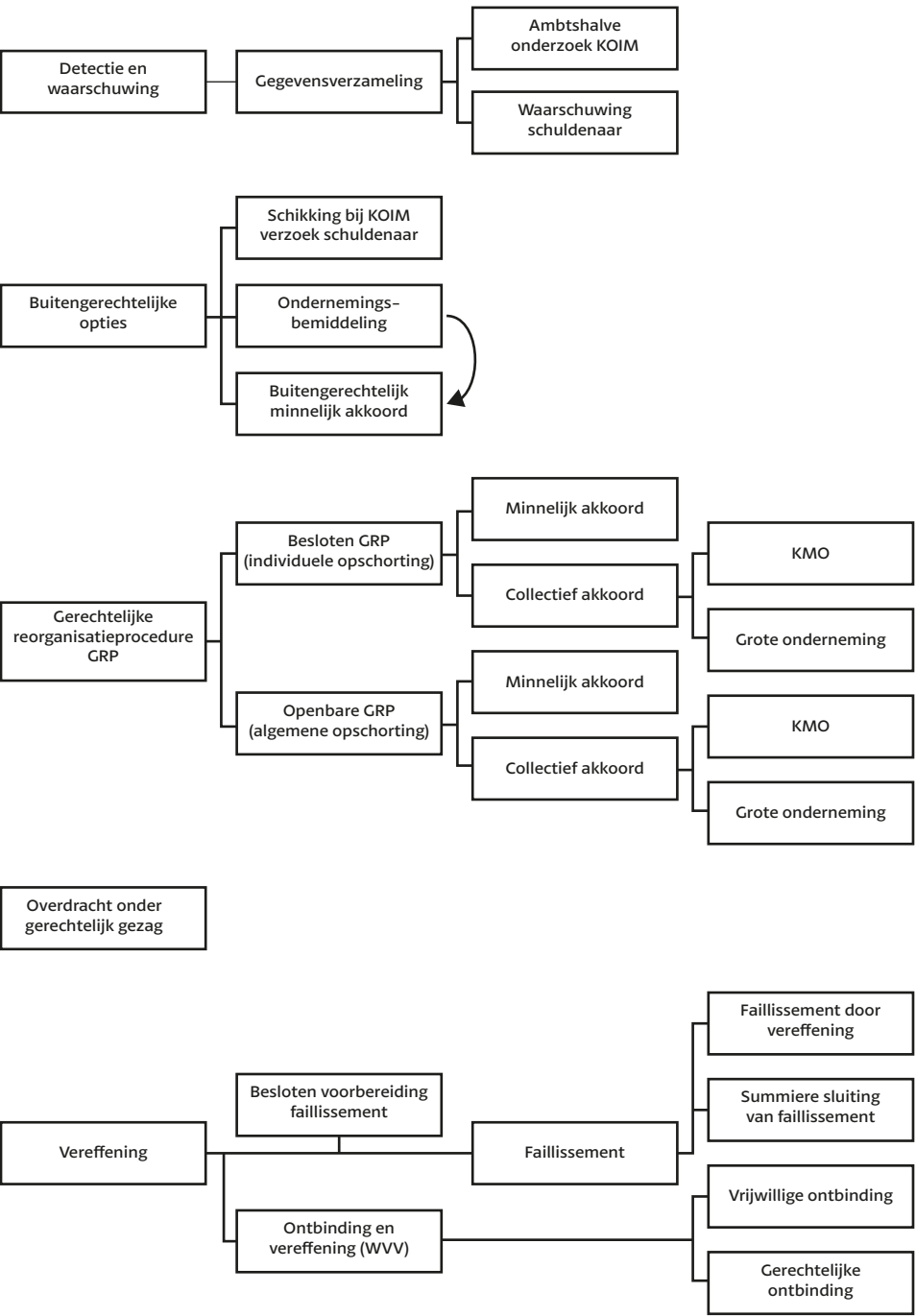
§ 4 Verdere collectivisering van verhaalsrechten: faillissement

25. **Samenloop op alle activa, ten behoeve van alle schuldeisers.** Bij faillissement wordt de collectivisering van de uitwinning op een dubbele wijze verder door-
gedreven: het heeft betrekking op alle activa (**algemene of universele samenloop**) en
geldt ten behoeve van alle schuldeisers.

Naast de faillietverklaring zijn andere gevallen van algemene samenloop: collectieve schuldenregeling, vereffening rechtspersoon, vereffening maat-
schap (art. 4:21 WVV), openvallen beneficiaire of onbeheerde nalatenschap. Deze leiden allemaal tot een vereffening, behalve de collectieve schuldenre-
geling waar er een aanzuiveringsbewind is. Zie Storme II, 1332: ‘Het doel van een aanzuiveringsbewind is niet de vereffening van het vermogen (of in beslag genomen deel ervan), maar de schuldenaar de mogelijkheid te geven om op gecontroleerde wijze met zijn vermogen nieuwe inkomsten te verwerven, zodat de schulden in de mate van het mogelijke aangezuiverd worden (schuldsanering); dit kan zonodig een minstens gedeeltelijke ver-
effening omvatten.’

26. **Collectief beslag.** Het faillissement is een procedure ten behoeve van alle schuld-
eisers. De realisatie hangt niet langer louter af van een individueel initiatief (bv. beslag) van de afzonderlijke schuldeisers. Een vereffening die volledig afhanke-
lijk is van de diligentie van individuele schuldeisers dreigt immers aan te slepen (bv. omdat sommige schuldvorderingen nog niet opeisbaar zijn) en kan leiden tot ongelijkheden tussen schuldeisers naargelang het ogenblik dat ze zich op de boedel willen verhalen (waarbij schuldeisers die ‘insider’ zijn, *de facto* bevoor-
deeld zullen worden). Wie het laatst komt, riskeert immers dat er niets meer overblijft om zich op te verhalen als er niet genoeg activa zijn om alle passiva te betalen.

Het faillissement is een ‘collectief beslag’ (gelegd door de opening van de pro-
cedure door het vonnis van faillietverklaring) ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers die vertegenwoordigd worden door een neutrale en gespecialiseerde



Figuur 3. Schematisch overzicht van de insolventieprocedures