

Noot

*Een extra puzzel in het spel van de curator en de lopende overeenkomsten*Jasmine Malekzadem¹

1. SITUERING – Het Hof van Cassatie bevestigt met dit arrest, in navolging van de arresten van 24 juni 2004 en van 10 april 2008 respectievelijk inzake huur en pacht, het recht van de curator om lopende overeenkomsten die aan de boedel tegenwerpelijk zijn te beëindigen voor zover dit noodzakelijk is voor het beheer van de boedel². Het arrest vult aan dat dit recht van de curator zich verder uitstrekt tot overeenkomsten: “*inzake het gebruik en het genot van onroerende goederen ook al beantwoorden de aldus verleende rechten aan een zakelijk recht*”. In casu ging het om de beëindiging van een zakelijk recht van opstal in hoofde van de gefailleerde vennootschap (randnr. 2). Doordat de curator de opstalovereenkomst heeft beëindigd, is de opstalgever-grondeigenaar als gevolg van natrekking een vergoeding aan de failliete boedel verschuldigd (art. 6 Opstalwet)³.

Dit arrest is om verschillende redenen voorspelbaar (randnrs. 6-12), wat overigens de summiere weergave verklaart. Zoals dit het geval is met de twee voormelde arresten, zal ook dit arrest niet in de doctrine onbesproken blijven. Kan de curator immers naast overeenkomsten waarin een persoonlijk recht is verleend, ook deze waarin een zakelijk recht is gevestigd, eenzijdig en vroegtijdig beëindigen voor zover dit noodzakelijk is voor het beheer van de boedel (randnrs. 13-14)?

2. DE FEITEN – In 1978 had eiseres samen met haar echtgenoot een gebouw overgedragen aan de BVBA Handeldrukkerij E. De Veirman waarin haar echtgenoot zijn beroepsactiviteiten uitoefende. Na het overlijden van haar echtgenoot in 1998 werd bij de vereffening-verdeling van de nalatenschap de grond, waarop het voormelde gebouw van de vennootschap stond, aan eiseres toebedeeld. Enkele jaren

later in 2001 werd de BVBA Handeldrukkerij E. De Veirman failliet verklaard. Eiseres kon geen akkoord bereiken met de curator over de vergoeding die zij voor het gebouw zou betalen. Eiseres hield voor dat in 1978 geen recht van opstal was gecreëerd, maar slechts een feitelijke toestand waarbij louter de eigenaar van de grond en van het gebouw verschillend waren. Zij wenste het gebouw te kopen tegen een koopprijs van 15.000 EUR. De curator verdedigt dat het om een opstalrecht ging dat minstens bij toepassing van artikel 46 faillissementswet, middels een brief van 13 oktober 2002, werd beëindigd. Eiseres zou dus de werkelijke waarde van het gebouw ten belope van 120.000 EUR verschuldigd zijn.

In eerste aanleg werd al geoordeeld dat de overdracht in 1978 als een recht van opstal moet worden gekwalificeerd. Het hof van beroep van Gent bouwt daarop voort en herleidt dit recht, in overeenstemming met artikel 4 Opstalwet, tot een maximumtermijn van 50 jaar. Zo restte enkel nog de vraag naar het rechtmatige karakter van de beëindiging van het opstalrecht in hoofde van de gefailleerde. Het hof van beroep oordeelde bij tussenarrest van 2 december 2010 dat het opstalrecht reeds was beëindigd. Dit weliswaar niet met wederzijdse toestemming, maar op grond van artikel 46 Faill.W. Volgens deze bepaling kan de curator een (lang)lopende overeenkomst eenzijdig beëindigen zodat dit de vereffening van de boedel niet sterk zou bemoeilijken of vertragen. Dat deze beëindiging onmiddellijk na het faillissement werd meegedeeld, bleek niet uit de stukken van het dossier. Het hof van beroep oordeelt dat de curator pas bij brief van 13 oktober 2002 op ondubbelzinnige wijze een einde aan het opstalrecht heeft gesteld. Tot slot, buigt het hof van beroep zich over de omvang van de verschuldigde ver-

¹ Assistent UGent, Instituut Financieel Recht.

² Cass. 24 juni 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1201, *Pas.* 2004, I, p. 1130, *RABG* 2004, 832, *RW* 2005-06, 53, noot S. BRIJS, *TBH* 2005, 245, noot A. ZENNER en C. ALTER, *TBH* 2005, 253, noot C. VAN BUGGENHOUT en I. VAN DE MIEROP: “*De curator kan wel een einde stellen aan een overeenkomst die de gefailleerde bindt, indien de beëindiging van de overeenkomst noodzakelijk is voor het beheer van de boedel als een goede huisvader, onverminderd de rechten die dan voortvloeien voor de medecontractant van de failliet wegens de niet-uitvoering van de overeenkomst. De appelrechter die oordeelt dat niets eraan in de weg staat dat de curator een door de failliet in huur gegeven pand zou realiseren ondanks het bestaan van de door de huurder ingeroepen overeenkomst van handelshuur zonder in concreto na te gaan welke de gevolgen waren voor de vereffening van het faillissement, verantwoordt zijn beslissing niet naar recht.*”; Cass. 10 april 2008, *Pas.* 2008, I, p. 860, *RW* 2008-09, 1729, *T.Agr.R.* 2008, 160, *TBH* 2008, 454, *Rev.not.b.* 2008, 512, *Juristenkrant* 2008, 8, *NJW* 2008, 494, noot P. COUSSEMENT, *Fare Act.* 2008, 4, noot P. COUSSEMENT, *DAOR* 2008, 242, noot J. DERYCKERE, *JT* 2008, 349, noot T. HÜRNER, *JLMB* 2008, 1588, noot F. GEORGES, *T.Not.* 2009, 201, noot F. BOUCKAERT, *Rev.prat.soc.* 2010, 261, noot A. DE CLERCQ en T. BOSLY: “*Wanneer het beheer van de massa noodzakelijk vereist, dit wil zeggen wanneer de voortzetting van het door de gefailleerde gesloten contract de vereffening van de massa in de weg staat of de vereffening normaal bemoeilijkt, kan de curator krachtens artikel 46 Faill.W. een einde stellen aan een lopend contract dat werd gesloten door de gefailleerde (in casu: een pachtovereenkomst), zelfs indien dit contract het recht toekent die kunnen worden tegengeworpen aan de massa. Het loutere feit dat de goederen door dit contract een mindere handelswaarde krijgen, verhindert op zich niet de normale afwikkeling van het faillissement. De curator moet bewijzen dat het beheer van de massa de beëindiging van het contract vereist.*”

³ Art. 6 Wet van 10 januari 1824 over het recht van opstal (*BS* 10 januari 1824), hierna “Opstalwet”: “*Bij het eindigen van het recht van opstal treedt de opstalgever of diens rechtsopvolger in den eigendom van de gebouwen, werken en beplantingen, onder gehoudenis om de waarde daarvan op dien tijd te betalen aan degenen die het recht van opstal had, welke laatste het recht van terughouding zal hebben, tot dat die betaling zal voldaan zijn.*”

goeding. Als gevolg van de beëindiging van het opstalrecht is eiseres een vergoeding verschuldigd voor de opstallen, die niet gelijk is aan de huurwaarde van het gebouw over de periode dat het opstalrecht nog zou gelopen hebben en evenmin gelijk is aan de actuele waarde van de grond en van het gebouw in vruchtgebruik. Volgens het hof van beroep bestaat deze vergoeding, overeenkomstig artikel 6 Opstalwet, uit de actuele verkoopwaarde van de opstallen op het ogenblik van de beëindiging van het opstalrecht. Bijgevolg werd in het tussenarrest van 2 december 2010 een deskundige aangesteld om de venale waarde van het gebouw op 13 oktober 2002 te bepalen. Bij een volgend tussenarrest van 5 mei 2011 werd een vervangende deskundige aangesteld met dezelfde opdracht. In het eindarrest van 9 oktober 2014 werd eiseres, in navolging van het advies van de deskundige, veroordeeld tot betaling van een venale waarde van 68.000 EUR, te vermeerderen met interesten.

Het Hof van Cassatie is het eens met de appelrechters en benadrukt dat “de curator krachtens artikel 46 Faill.W. afbreuk kan doen aan de duur van een overeenkomst tot het verlenen van een recht van opstal door deze overeenkomst in het belang van de boedel voortijdig te beëindigen”⁴.

3. ROL VAN ARTIKEL 46 FAILL.W. – Artikel 46 Faill.W. is van toepassing op de nog “lopende” overeenkomsten. Hieronder vallen alle overeenkomsten die dateren van vóór de faillietverklaring, waarvan de uitvoering op het tijdstip van faillietverklaring nog niet voltooid is en die evenmin door het faillissementsvonnis zelf worden beëindigd. Hieronder

vallen bijgevolg niet: (i) de overeenkomsten waarin de door de gefailleerde aangegane verbintenis een *intuitu personae*-karakter vertoont, alsook (ii) de overeenkomsten die een ontbindende voorwaarde bevatten waarbij de ontbinding optreedt zodra de medecontractant het voorwerp uitmaakt van een insolventieprocedure⁵.

4. Het leerstuk van artikel 46 Faill.W. is al vaak besproken⁶. Een overeenkomst die aan de boedel kan worden tegengeworpen is in principe door de curator verder uit te voeren. De curator kan aldus een rechtmatig gesloten overeenkomst niet verwerpen door de loutere omstandigheid van samenloop⁷. De curator heeft op grond van deze bepaling wel de mogelijkheid om een lopende overeenkomst verder te zetten, bijvoorbeeld een huurovereenkomst. Tegelijk geeft deze bepaling de curator tevens de mogelijkheid om lopende verbintenissen al dan niet uit te voeren⁸. Indien de curator opteert voor de niet-uitvoering, geeft dit de wederpartij de mogelijkheid om zich op de gemeenrechtelijke (beëindigings-)gronden te beroepen, zoals de *enac*, de ontbinding of het retentierecht⁹. Dit impliceert aldus dat er geen faillissementscontractenrecht bestaat dat afwijkt van het gemeen contractenrecht¹⁰. Deze stelling dient echter om een aantal redenen te worden genuanceerd (*cf. infra*).

Eén van die redenen is dat in de tekst van artikel 46, § 1 Faill.W. een tegenstrijdigheid schuilt. In het eerste en derde lid van deze bepaling is er sprake van een keuzerecht van de curator om de overeenkomst “al dan niet uit te voeren”. In het tweede lid staat dat de overeenkomst “is verbroken” bij

⁴ Zie overw. 6.

⁵ C. VAN BUGGENHOUT en I. VAN DE MIEROP, “Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil”, *TBH* 2005, 254; S. BRIJS, “Artikel 46 Faillissementswet: is de curator van de failliete verhuurder een tovenaar?”, *RW* 2005-06, 55; W. VAN LEMBERGEN, “Heeft pandvestiging op huurgelden nog zin?”, *RW* 2005-06, 41; A. ZENNER en C. ALTER, “Faillite et contrats en cours: faculté de ne pas poursuivre d’exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur?”, *TBH* 2005, 251; S. LOOSVELD, “Lopende overeenkomsten en insolventie (faillissement en gerechtelijke reorganisatie): een stand van zaken”, *RABG* 2009, 520; F. KORKMAZER, “Zijn er grenzen aan de bevoegdheid van de curator?”, *Juristenkrant* 2008, afl. 170, 8.

⁶ Zie E. DIRIX, “Faillissement en lopende overeenkomsten”, *RW* 2003-04, 201-211; A. ZENNER en I. VEROUGSTRÆTE, “Voortzetting van lopende overeenkomsten door de curators, verbrekingsvergoedingen en boedelschulden”, *TBH* 2004, 517-523; A. ZENNER en I. VEROUGSTRÆTE, “Poursuite des contrats en cours par les curateurs, indemnités de rupture et dettes de masse”, *TBH* 2004, 524-259; S. BRIJS, “Artikel 46 Faillissementswet: is de curator van de failliete verhuurder een tovenaar?”, *RW* 2005-06, 54-59; Ch. VAN BUGGENHOUT en I. VAN DE MIEROP, “Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil”, *TBH* 2005, 253-257; W. VAN LEMBERGEN, “Heeft pandvestiging op huurgelden nog zin?”, *RW* 2005-06, 41-48; A. ZENNER en C. ALTER, “Faillite et contrats en cours: faculté de ne pas poursuivre d’exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur?”, *TBH* 2005, 245-253; A. ZENNER en C. ALTER, “Faillites et contrats en cours: la portée de l’option du curateur (art. 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites)”, *JT* 2006, 573-577; C. ALTER, “Faillites et contrats en cours: état de la question après l’arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008”, *JT* 2008, 470-473; P. COUSSEMENT, “Beëindiging tegenwerpelijke huurovereenkomst door de curator”, *NJW* 2008, 496; J. DERYCKERE, “Het recht van de curator om lopende overeenkomsten te beëindigen – Het Hof van Cassatie zet de deur die het zelf wijd had geopend terug op een kier”, *DAOR* 2008, 246-249; F. GEORGES, “Faillite et contrats en cours: la Cour de cassation précise sa jurisprudence”, *JLMB* 2008, 1592-1595; T. HÜRNER, “La poursuite des contrats en cours en cas de faillite: essai de rationalisation”, *JT* 2008, 341-348; F. KORKMAZER, “Zijn er grenzen aan de bevoegdheid van de curator?”, *Juristenkrant* 2008, afl. 170, 8; F. BOUCKAERT, “Kan de curator van een gefailleerde eigenaar een eind maken aan een lopende huurovereenkomst”, *T.Not.* 2009, 217-221; S. LOOSVELD, “Lopende overeenkomsten en insolventie (faillissement en gerechtelijke reorganisatie): een stand van zaken”, *RABG* 2009, 520-258; T. BOSLY en A.-S. DE CLERCQ, “L’arrêt du 10 avril 2008 et le ‘sort’ des contrats en cours en cas de faillite: quand va-t-on réserver un ‘sort’ à cette question?”, *Rev.prat.soc.* 2010, 263-275; R. JANSEN en M.E. STORME, “Tegenwerpelijke verbintenissen bij samenloop? Wat niet bezwaart, moet niet worden gelicht!”, *RW* 2010, 1479-1483; X, “Faillissement en lopende overeenkomsten”, *Fare Act.* 2012, afl. 43, II.E.32, losbl., 35 p.

⁷ Cass. 18 februari 1985, *TBH* 1985, 377.

⁸ P. COUSSEMENT, “Beëindiging tegenwerpelijke huurovereenkomst door de curator”, *NJW* 2008, 496; J. DERYCKERE, “Het recht van de curator om lopende overeenkomsten te beëindigen – Het Hof van Cassatie zet de deur die het zelf wijd had geopend terug op een kier”, *DAOR* 2008, 246-249; R. JANSEN en M.E. STORME, “Tegenwerpelijke verbintenissen bij samenloop? Wat niet bezwaart, moet niet worden gelicht!”, *RW* 2010, 1483.

⁹ E. DIRIX, “Faillissement en lopende overeenkomsten”, *RW* 2003-04, 203; S. BRIJS, “Artikel 46 Faillissementswet: is de curator van de failliete verhuurder een tovenaar?”, *RW* 2005-06, 56; R. JANSEN en M.E. STORME, “Tegenwerpelijke verbintenissen bij samenloop? Wat niet bezwaart, moet niet worden gelicht!”, *RW* 2010, 1479.

¹⁰ E. DIRIX, “Faillissement en lopende overeenkomsten”, *RW* 2003-04, 203.

gebrek aan tijdige uitoefening van het optierecht door de curator. Dergelijke omschrijving schept onzekerheid omtrent de interpretatie van dit recht van de curator¹¹. Een strikte interpretatie leidt ertoe dat de curator enkel bevoegd is tot “geen uitvoering *in natura*”¹². Een ruimere interpretatie betekent dat de curator veel meer kan dan louter het niet uitvoeren van de overeenkomst, zodat hij wel degelijk deze kan verbreken als een afwijking op het gemeen recht¹³.

Een andere reden betreft de recente evolutie binnen de rechtspraak. In de bovenvermelde arresten van 24 juni 2004 en 10 april 2008 inzake respectievelijk huur en pacht, heeft het Hof van Cassatie de draagwijdte van het beëindigingsrecht van de curator enigszins verduidelijkt¹⁴. In beide gevallen ging het om het faillissement van een verhuurder/verpachter en werd de curator geconfronteerd met lopende overeenkomsten. In deze arresten werd bevestigd dat de curator niet enkel de uitvoering *in natura* kan weigeren door als verhuurder niet langer te presteren, maar wel degelijk over het recht beschikt om effectief de huurovereenkomst te verbreken. Weliswaar slechts onder de strenge voorwaarde van “noodzakelijk voor de vereffening van de boedel”, d.i. wanneer de voortzetting van de overeenkomst de vereffening van de boedel belet of de vereffening ervan abnormaal bezwaart¹⁵. De loutere meerwaarde die kan worden gerealiseerd door het goed vrij van huurrechten te verkopen, geldt niet als voldoende aanwijzing van noodzakelijkheid. Er moet immers een evenwicht worden gezocht tussen de belangen van diegene die recht heeft op een prestatie *in natura* jegens de

gefaillieerde, zoals de huurder of de pachter in de voormelde rechtspraak, en de belangen van diegene die recht heeft op een financiële prestatie van de gefaillieerde, zijnde de schuldeisers *sensu stricto*¹⁶. In de praktijk zal het bewijs voor de curator niet eenvoudig zijn.

5. Kortom, de curator mag persoonlijke rechten van de schuldeisers schenden en zij moeten zich tevreden stellen met een vordering in de boedel. Krachtens de aangehaalde cassatierechtspraak, kan de curator dus huur- en pachtrechten verbreken op voorwaarde dat het noodzakelijk is voor de vereffening van de boedel. De beëindiging van de lopende huur- of pachtovereenkomst heeft immers tot gevolg dat de derde-verkrijger een goed verkrijgt dat gezuiverd is van huur- of pachtrechten. Ook arbeidscontracten kunnen op die manier *ad nutum* worden verbroken. Of de curator ook lopende overeenkomsten met zakelijke rechten kan beëindigen, bleef tot voor kort nog onbeantwoord¹⁷. Het hier besproken cassatiearrest van 3 december 2015 gaat nu op deze problematiek in en zodoende wordt een extra stukje van de puzzel gelegd.

6. VERZAKEN AAN HET OPSTALRECHT DOOR DE OPSTALHOU- DER – Eén van de redenen waarom dit arrest m.i. weinig opzienbarend is (randnr. 1), is omdat het Hof van Cassatie eigenlijk niets anders doet dan de regels toepassen met betrekking tot het recht van opstal. Dit geldt zowel voor de overweging betreffende de duur van de overeenkomst, als ook voor de vroegtijdige beëindiging ervan¹⁸. Immers, (i)

11. Zie A. ZENNER en I. VEROUGSTRAETE, “Poursuite des contrats en cours par les curateurs, indemnités de rupture et dettes de masse”, *TBH* 2004, 259; A. ZENNER en I. VEROUGSTRAETE, “Voortzetting van lopende overeenkomsten door de curators, verbrekingsvergoedingen en boedelschulden”, *TBH* 2004, 522; S. BRIJS, “Artikel 46 Faillissementswet: is de curator van de failliete verhuurder een tovenaar?”, *RW* 2005-06, 55 en 58; F. KORKMAZER, “Zijn er grenzen aan de bevoegdheid van de curator?”, *Juristenkrant* 2008, afl. 170, 8; R. JANSEN en M.E. STORME, “Tegenwerpelijke verbintenissen bij samenloop? Wat niet bezwaart, moet niet worden gelicht!”, *RW* 2010, 1479.
12. Zie E. DIRIX, “Faillissement en lopende overeenkomsten”, *RW* 2003-04, 209; A. ZENNER en C. ALTER, “Faillite et contrats en cours: faculté de ne pas poursuivre d’exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur?”, *TBH* 2005, 252; S. BRIJS, “Artikel 46 Faillissementswet: is de curator van de failliete verhuurder een tovenaar?”, *RW* 2005-06, 57-59; W. VAN LEMBERGEN, “Heeft pandvestiging op huurgelden nog zin?”, *RW* 2005-06, 43; A. ZENNER en C. ALTER, “Faillites et contrats en cours: la portée de l’option du curateur (art. 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites)”, *JT* 2006, 577; C. ALTER, “Faillites et contrats en cours: état de la question après l’arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008”, *JT* 2008, nr. 14; F. GEORGES, “Faillite et contrats en cours: la Cour de cassation précise sa jurisprudence”, *JLMB* 2008, 1595; T. HÜRNER, “La poursuite des contrats en cours en cas de faillite: essai de rationalisation”, *JT* 2008, 348; F. BOUCKAERT, “Kan de curator van een gefaillieerde eigenaar een eind maken aan een lopende huurovereenkomst”, *T.Not.* 2009, 217.
13. Zie Ch. VAN BUGGENHOUT en I. VAN DE MIEROP, “Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil”, *TBH* 2005, 256; T. BOSLY en A.-S. DE CLERCQ, “L’arrêt du 10 avril 2008 et le ‘sort’ des contrats en cours en cas de faillite: quand va-t-on réserver un ‘sort’ à cette question?”, *Rev.prat.soc.* 2010, 275; J. DERYCKERE, “Het recht van de curator om lopende overeenkomsten te beëindigen – Het Hof van Cassatie zet de deur die het zelf wijd had geopend terug op een kier”, *DAOR* 2008, 249; R. JANSEN en M.E. STORME, “Tegenwerpelijke verbintenissen bij samenloop? Wat niet bezwaart, moet niet worden gelicht!”, *RW* 2010, 1483.
14. Cass. 24 juni 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1201, *Pas.* 2004, I, p. 1130, *RABG* 2004, 832, *RW* 2005-06, 53, noot S. BRIJS, *TBH* 2005, 245, noot A. ZENNER en C. ALTER, *TBH* 2005, 253, noot Ch. VAN BUGGENHOUT en I. VAN DE MIEROP; Cass. 10 april 2008, *Pas.* 2008, I, p. 860, *RW* 2008-09, 1729, *T.Agr.R.* 2008, 160, *TBH* 2008, 454, *Rev.not.b.* 2008, 512, *Juristenkrant* 2008, 8, *NJW* 2008, 494, noot P. COUSSEMENT, *Fare Act.* 2008, 4, noot P. COUSSEMENT, *DAOR* 2008, 242, noot J. DERYCKERE, *JT* 2008, 349, noot T. HÜRNER, *JLMB* 2008, 1588, noot F. GEORGES, *T.Not.* 2009, 201, noot F. BOUCKAERT, *Rev.prat.soc.* 2010, 261, noot A. DE CLERCQ en T. BOSLY.
15. J. DERYCKERE, “Het recht van de curator om lopende overeenkomsten te beëindigen – Het Hof van Cassatie zet de deur die het zelf wijd had geopend terug op een kier”, *DAOR* 2008, 248.
16. P. COUSSEMENT, “Beëindiging tegenwerpelijke huurovereenkomst door de curator”, *NJW* 2008, 496.
17. R. JANSEN en M.E. STORME, “Tegenwerpelijke verbintenissen bij samenloop? Wat niet bezwaart, moet niet worden gelicht!”, *RW* 2010, 1483. Deze auteurs stelden al in 2010 vast dat het theoretisch denkbaar is dat het Hof van Cassatie ook de curator zou toestaan om contracten met zakelijke rechten te verbreken. Ze haalden als voorbeeld de verkoop van een roerend goed onder eigendomsvoorbehoud aan waarbij de verkoper failliet gaat voordat de laatste termijn is verstreken. De curator kan in zo’n geval de koop-verkoopovereenkomst niet nakomen, doch kan evenmin verhinderen dat de koper toch de laatste termijn betaalt, zodat de overdracht met terugwerkende kracht tot stand komt. De auteurs pleiten dat in een dergelijke situatie de curator het contract zou kunnen verbreken.
18. Zie overw. 4 en 5.

een opstalrecht kan niet voor langer dan 50 jaar worden toegekend (randnr. 7) en (ii) dit beperkt zakelijk recht in hoofde van de opstalhouder kan, ook buiten het faillissementscontext, door de opstalhouder te allen tijde worden beëindigd (randnr. 8). De vraag is dus of de discussie over de toepassing van artikel 46 Faill.W. hier eigenlijk wel voorop staat. Het zou niet de eerste keer zijn dat in de rechtspraak de invalshoek van artikel 46 Faill.W. wordt gehanteerd, daar waar de oplossing voor de problematiek in het ruimere juridische kader vervat ligt¹⁹.

7. Het Hof van Cassatie bevestigt dat het betwiste recht een “opstalrecht” is. Dit klopt, aangezien het Belgisch recht enkel twee manieren kent om een horizontale eigendomssplitsing tussen de grond en het daarop gevestigde gebouw te creëren, nl.: (i) het zelfstandig zakelijk recht van opstal om gebouwen, werken of beplantingen voor het geheel of een deel, op, boven of onder andermans grond te hebben (art. 1 Opstalwet), alsook accessoire opstalrechten²⁰; of (ii) de gedwongen appartementsmede-eigendom (art. 577-2, § 9 BW en art. 577-3 t.e.m. 577-14 BW)²¹. Het laatste is hier evident niet aan de orde.

In eerste instantie reduceert het Hof van Cassatie de duur van het gekwalificeerde opstalrecht tot een maximum van 50

jaar. Een opstalrecht waarvan de duur niet nader in de overeenkomst is bepaald, is niet nietig, doch wordt herleid tot een termijn van maximum 50 jaar²². Dit is een eenvoudige toepassing van artikel 4 Opstalwet die een maximumtermijn van 50 jaar voorschrijft. Deze bepaling is in tegenstelling tot de rest van de bepalingen van de Opstalwet van dwingend recht, zodat een contractuele afwijking hiervan niet mogelijk is (art. 8 Opstalwet)²³. Een horizontale eigendom (splitsing) duurt bijgevolg maximaal 50 jaar en wijkt aldus af van de regel dat het eigendomsrecht een eeuwig recht is²⁴. Dat opstalrechten fundamenteel, en in tegenstelling tot eigendomsrechten, slechts tijdelijke rechten zijn, maakt de stap naar een vroegtijdige beëindiging van het opstalrecht minder moeilijk. Alleen het zelfstandig eigendomsrecht geniet eeuwige bescherming. Onteigening door een curator is uit den boze (randnr. 14).

8. Vervolgens bevestigt het Hof van Cassatie dat het opstalrecht in hoofde van de gefailleerde reeds eenzijdig en vroegtijdig door de curator werd beëindigd. Hierbij wordt verwezen naar het beëindigingsrecht van de curator uit artikel 46 Faill.W.²⁵. Nochtans is verzaking aan het opstalrecht een algemene beëindigingsgrond, die niet beperkt is tot een faillissementscontext.

¹⁹. Gent 16 april 2009, *NJW* 2009, 858-860; E. DIRIX, “Persoonlijke of zakelijke aard [van een bepaald recht in een faillissement], dat is de vraag”, *NJW* 2009, 860. In casu werd een projectontwikkelaar failliet verklaard. In de boedel bevond zich een onroerend goed dat destijds van de stad Antwerpen was aangekocht met het oog op het oprichten van appartementen. De stad had destijds bedongen dat een voortverkoop zonder zijn toestemming niet is toegestaan en dat, in ieder geval, de herverkoopprijs niet hoger mag zijn dan de aanschafprijs. De curatoren wensden de verschillende loten te verkopen. Zij stellen zich op het standpunt dat de restricties uit de koopakte (verkoopverbod, beperking verkoopprijs) hen niet tegenwerpelijk zijn. Volgens het hof is de clausule m.b.t. de wederverkoopprijs tegenwerpelijk aan de curatoren. De uitkomst staat volgens het hof in de sleutel van art. 46 Faill.W. Deze bepaling geeft aan de curator een optierecht om de lopende overeenkomst al dan niet verder te zetten. Maar, zoals DIRIX schrijft, is het “de vraag of art. 46 Faill.W. hier wel de juiste invalshoek is en of het antwoord niet meer stroomopwaarts moet worden gezocht, namelijk bij de vraag naar de aard en de tegenwerpelijkheid aan derden van het beding zelf. Net zoals het reeds genoemde vervreemdingsverbod zijn een beslagverbod of een beding dat de prijs bij voorrang aan een bepaalde schuldeiser moet worden uitbetaald niet tegenwerpelijk. Dit is ook het geval met een beding waarbij de koper een onroerend goed slechts mag verkopen aan een bepaalde prijs. Een dergelijk beding heeft geen externe werking en kan met succes uit de verkoopvoorwaarden worden geweerd”.

²⁰. Accessoire opstalrechten zijn verbonden aan een hoofdrecht, bv. een recht van erfpacht, een recht van vruchtgebruik, een erfdiensbaarheid of een huurrecht. De duur van zo’n accessoir opstalrecht is afhankelijk van de duur van het hoofdrecht. Zie Cass. 12 juni 2014, *RW* 2014-15, 905, noot V. SAGAERT; F. LENS en L. WYNANT, *Erfpacht, opstal en erfdiensbaarheden in Reeks notariële praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2006, 73; D. MICHELIS, “Het accessoir opstalrecht”, *T.Not.* 2007, 219; V. SAGAERT, *De vergeten dimensie van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 16.

²¹. Zie R. TIMMERMANS, “Is opstal een geldig surrogaat voor splitsing van etagegebouwen in appartements-eigendom?”, *T.App.* 2008, 6; V. SAGAERT, “Volume-eigendom. Een verkenning van de verticale begrenzing van onroerende goederen”, *TPR* 2009, 65; J. POETS, “Vastgoedtransacties. Vijftig jaar als maximumduur van zelfstandige opstalrechten: een te omzeilen probleem?”, *NJW* 2015, 671.

²². Zie overw. 3.

²³. Art. 4 Opstalwet is minstens van dwingend recht: J. HANSENNE, *Les biens: précis*, Luik, Faculté de droit de Liège, 1996, 1246; D. DELI, “Erfpacht en opstal: burgerrechtelijke aspecten” in D. MEULEMANS (ed.), *Vruchtgebruik, erfpacht en opstal*, Antwerpen, Maklu, 1998, 48; N. VERHEYDEN-JEANMART en P. P. RENSON, “La propriété et les enjeux urbanistiques du troisième millénaire. La propriété des volumes” in A. WIJFFELS (ed.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Brussel, Bruylant, 2005, 346; S. DE JONGHE, “Technieken waarbij een bouwpromotor rechten op een onroerend goed verwerft”, *TVV* 2006, 633; H. VANDENBERGHE en T. VIAENE, “Actuele ontwikkelingen inzake erfpacht en opstal”, *TBO* 2006, 35; A. VERBEKE en S. SNAET, “Meccanogoeierenrecht” in W. PINTENS, A. ALEN, E. DIRIX en P. SENAËVE (eds.), *Feestbundel voor Hugo Vandenberghe*, Brugge, die Keure, 2007, 390; V. SAGAERT, *De vergeten dimensie van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 11; S. MOSSELMANS, “Etagegebouwen: opstal versus gedwongen mede-eigendom”, *TBBR* 2010, 509; N. VROMMAN, “De derde dimensie van het eigendomsrecht in de notariële praktijk”, *Not.Fisc.M.* 2010, 35; S. SNAET en P. TRUYEN, *Erfpacht en opstal. Artikel & commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2011, 109). Sommige (vooral oude) doctrine verdedigt zelfs dat het van openbare orde is (A. KLUYSKENS, *Zakenrecht. Beginselen van burgerlijk recht*, deel 5, Antwerpen, Standaard, 1946, 244; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, Les biens*, Brussel, Bruylant, 1952, 578; R. CARTON DE TOURNAI en A. MERTENS DE WILMARS, *Emphytéose, superficie et leasing immobilier*, Brussel, Larquier, 1974, 83; P. DERINE, F. VANNESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Gent, E.Story-Scientia, 1984, 905; J. CHANDELLE, *Superficie in RPDB*, Brussel, Bruylant, 1990, 1128; R. DE CORTE en W. DELVA, *Overzicht privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 283).

²⁴. R. DEKKERS, *Zakenrecht in Handboek Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 288; H. VANDENBERGHE, *Goederenrecht*, Leuven, Acco, 2005, 225.

²⁵. Zie resp. overw. 4 en 5.

Traditioneel wordt aangenomen dat het recht van opstal tenietgaat door:

- (i) het verstrijken van de wettelijke maximumtermijn van 50 jaar, of zelfs eerder indien contractueel een kortere termijn is bedongen (art. 4 en 8 Opstalwet);
- (ii) de vermenging, d.i. door vereniging van de grondeigendom en de eigendom van de opstallen in dezelfde hand (art. 9 Opstalwet);
- (iii) het tenietgaan van de grond, bijvoorbeeld door inzinking, aardverschuiving of overstroming (art. 9 Opstalwet); en
- (iv) de bevrijdende verjaring na het verstrijken van 30 jaar (art. 9 Opstalwet).

Deze lijst is echter exemplatief, gezien het suppletieve karakter van artikel 9 Opstalwet. Het moet worden aangevuld met de gemeenrechtelijke wijzen van tenietgaan, waaronder: de vernietiging of de ontbinding van de titel (art. 1183 en 1184 BW), de vernietiging of de ontbinding van de rechten van de opstalgever, de vernietiging van het hoofdrecht (bv. het huurrecht of het recht van vruchtgebruik) waaraan het opstalrecht als *accessorium* is gekoppeld, de vrijwillige of de gedwongen terugkoop, of de verzaking vanwege de opstalhouder²⁶.

In casu heeft de curator, het opstalrecht dat aan de gefailleerde was toegekend, eenzijdig en vroegtijdig (d.i. vóór het verstrijken van de maximumtermijn van 50 jaar) beëindigd. De curator handelde hierbij ten gunste van de boedel (randnr. 2). De curator maakte gebruik van het recht van de opstalhouder om aan zijn opstalrecht te verzaken. Het betreft een “relatieve” beëindigingsgrond die bestaat in het voordeel van de opstalhouder²⁷, en uiteraard ook buiten een faillissementscontext toepassing vindt. De opstalhouder – en in dit geval de curator handelend voor de boedel – kan zich te allen tijde ontdoen van het opstalrecht, behoudens andersluidende contractuele afspraken. Daarenboven geldt voor het opstalrecht geen minimumtermijn – vergeleken met de 27-jarige minimumtermijn voor erfpacht – zodat een eenzijdige beëindiging door de opstalhouder niet aan bijkomende voorwaarden is verbonden.

De vraag is dus of de vroegtijdige beëindiging van het opstalrecht middels toepassing van artikel 46 Faill.W. een ander resultaat oplevert dan het recht van de opstalhouder om volgens het gemeen recht aan zijn opstalrecht te verzaken? Beiden hebben tot gevolg dat het opstalrecht een einde neemt wanneer de opstalhouder, of *in casu* de curator, zijn wil daartoe heeft geuit. Artikel 46 Faill.W. is bijgevolg overbodig als grondslag voor het principe dat van de curator geen

uitvoering *in natura* van de opstalovereenkomst kan worden geëist; dat volgt al uit het gemeenrechtelijke verzakingsrecht van de opstalhouder. In het voorliggende geval is de discussie over de toepassing van artikel 46 Faill.W. m.i. dan ook van louter theoretische waarde (randnr. 15).

9. De beëindiging van het opstalrecht – op welke grond ook, hetzij wegens verzaking door de opstalhouder, hetzij wegens toepassing van artikel 46 Faill.W. door de curator – heeft tot gevolg dat de eigendom van de gebouwen, werken of beplantingen overgaat op de grondeigenaar krachtens het recht van natrekking. Dit is niet anders bij een vroegtijdige beëindiging. De grondeigenaar is bijgevolg gehouden tot betaling aan de opstalhouder van de actuele waarde van de opstallen die de opstalhouder heeft opgericht of die de opstalhouder aan de grondeigenaar heeft betaald. Om dit recht te doen naleven, beschikt de opstalhouder over een retentierecht op de opstallen tot de volledige betaling van de vergoeding (art. 6 Opstalwet). De grondeigenaar mag niet op kosten van de opstalhouder de opstallen laten afbreken of wegnemen (in tegenstelling tot de regeling in art. 555 BW); hij moet ze afkopen, tenzij contractueel anders is overeengekomen. Indien het daarentegen om opstallen gaat die reeds vóór het vestigen van het opstalrecht bestonden – en die evenmin door de opstalhouder werden aangekocht of vergoed – dan neemt de grondeigenaar ze terug, zonder hiervoor enige schadevergoeding te moeten betalen (art. 7 Opstalwet)²⁸.

10. OVEREENKOMSTEN BINNEN EEN FAILLISSEMENT ZIJN HOE DAN OOK EINDIG, AL DAN NIET MET VERTRAGING – Nog een reden waarom dit arrest in de lijn van de verwachtingen ligt, is het gegeven dat elke lopende overeenkomst binnen een faillissement op een bepaald moment eindigt. Of dit nu kort na het vonnis tot faillietverklaring gebeurt, of enkele jaren later totdat de vereffening is voltooid, is slechts een kwestie van tijd. De tijd die de curator al dan niet aan de wederpartij gunt, in het belang van de boedel.

11. Het vroegtijdig beëindigen van het opstalrecht kadert binnen de beheersbevoegdheid van de curator bij de afwikkeling van het faillissement. Deze bevoegdheid van de curator is per definitie juridisch “eindig”. Een gedwongen liquidatie brengt onvermijdelijk de beëindiging van de lopende overeenkomsten met zich mee, hetzij onmiddellijk, hetzij binnen afzienbare termijn. Deze overeenkomsten zijn lopend, doch slechts ten voorlopige titel ten behoeve van het beheer van het faillissement en van de boedel²⁹.

²⁶ R. DEKKERS, *Zakenrecht in Handboek Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 289; H. VANDENBERGHE, *Goederenrecht*, Leuven, Acco, 2005, 228-229.

²⁷ Zie A. KLUYSKENS, *Beginselen van Burgerlijk Recht – Zakenrecht*, V, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1936, nr. 249; R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, IIB, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1974, nr. 1029.

²⁸ R. DEKKERS, *Zakenrecht in Handboek Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 289-290; H. VANDENBERGHE, *Goederenrecht*, Leuven, Acco, 2005, 228.

²⁹ Cass. 22 februari 1999, *Arr. Cass.* 1999, 103; Ch. VAN BUGGENHOUT en I. VAN DE MIEROP, “Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil”, *TBH* 2005, 254.

De curator heeft als opdracht een “goed beheer” van de boedel, d.i. waardevermindering voorkomen en uiteindelijk tot vereffening overgaan. De curator gaat in een eerste instantie over tot inventarisatie en tot behoud van de activa om vervolgens de activa te gelde te maken en finaal de opbrengst ervan te verdelen. Deze afwikkeling heeft eerst een conservatoir en nadien een executoir karakter. Dit laatste stemt overeen met het idee van “eindige” overeenkomsten binnen een faillissement. Het faillissement kan voornamelijk niet eindigen in een akkoord met de gefailleerde-schuldenaar om zodoende de failliete onderneming voort te zetten. Om die reden, moet elke medecontract van de insolvente schuldenaar vanaf het vonnis van faillietverklaring rekening houden met het eindige karakter van de lopende overeenkomst die hem met de gefailleerde verbindt. De curator heeft immers wettelijk de plicht om te vereffenen. Enkel het tijdstip waarop de vereffeningwerkzaamheden plaatsvinden, is op het ogenblik van de faillietverklaring niet gekend³⁰.

12. Artikel 46 Faill.W. voorziet dus niet dat de medecontractant opnieuw de draad met de failliete onderneming kan oppikken. Deze bepaling voorziet slechts in een uitstel van executie, dat de curator in overweging kan nemen als hij overtuigd is dat de tijdelijke voortzetting van de overeenkomst de boedel meer zal opbrengen of op een andere manier ten goede kan komen³¹. Toegepast op de voorliggende *casus* levert de toepassing van deze theorie van het “eindige karakter van lopende overeenkomsten” in een faillissementscontext hoogstens een verschil op (in meer- of minwaarde) op het vlak van de actuele verkoopprijs van de opstallen op het einde van het opstalrecht, d.i. nl.: ofwel (i) het moment van eenzijdige vroegtijdige beëindiging van de opstalovereenkomst door de curator, ofwel (ii) het moment van de beëindiging van de vereffeningsofdracht van de curator. In het besproken cassatiearrest kwam dit onderscheid niet aan bod, nu eiseres de uitvoering *in natura* beoogde.

13. SOMMIGE ZAKELIJKE RECHTEN EN NIET ALLE? – Een belangrijke vraag die na dit arrest nog open blijft, is: of (i) de curator naast overeenkomsten met persoonlijke rechten ook alle overeenkomsten met zakelijke rechten kan beëindigen, of (ii) kan de curator naast overeenkomsten met persoonlijke rechten slechts bepaalde overeenkomsten met zakelijke rechten beëindigen, bijvoorbeeld enkel deze in hoofde van de gefailleerde of louter een limitatief aantal zakelijke rechten? Het antwoord op deze vraag is niet eenduidig terug te vinden in het geannoteerde arrest.

Met dit cassatiearrest lijkt het alsof zakelijke rechten de samenloop toch niet doorstaan. Traditioneel kleven zakelijke rechten aan de goederen, ongeacht in wiens handen ze

terechtkomen. Dit is anders met persoonlijke rechten, die de samenloop niet doorstaan en waarvan makkelijker wordt aangenomen dat ze door de curator vroegtijdig kunnen worden beëindigd. De houder van een persoonlijk recht heeft in geval van samenloop geen recht op uitvoering *in natura*, en moet zich tevreden stellen met een vordering in de boedel. Met dit arrest zegt het Hof van Cassatie dat ook een wederpartij bij een overeenkomst met betrekking tot zakelijke rechten zich in eenzelfde situatie bevindt, en dus geen uitvoering *in natura* kan eisen. Echter met die nuance dat *in casu* het zakelijk recht toegekend was aan de gefailleerde, en niet omgekeerd, maar dat zegt het Hof niet met zoveel woorden.

Uit het arrest blijkt niet uitdrukkelijk of het geschil op eenzelfde manier wordt beslecht als het opstalrecht is toegekend aan de wederpartij van de gefailleerde, en niet aan de gefailleerde zelf. Waarom zou de curator van de opstalhouder dat alleen kunnen doen, en waarom zou dit beëindigingsrecht niet toekomen aan de curator van de opstalgever? Wanneer wordt aangenomen dat beide situaties niet noodzakelijk gelijk moeten worden behandeld en dit niettemin de toets door het Grondwettelijk Hof kan doorstaan, dan volstaat de leer van “verzaking aan het opstalrecht” en is artikel 46 Faill.W. m.i. niet zo bepalend. Indien komt vast te staan dat beide situaties toch gelijk moeten worden behandeld, dan is alvast één euvel hiermee verholpen, nl. dat de hoedanigheid van de gefailleerde geen rol speelt. Dit laatste stemt overigens overeen met de vroegere cassatierechtspraak waar het – in tegenstelling tot voorliggende *casus* – telkens de curator van de gefailleerde-verhuurder of van de gefailleerde-verpachter was, die de overeenkomst heeft beëindigd (randnr. 4).

14. Met wat in het vorige randnummer staat, is niet alles gezegd, want er rest nog de vraag of dit beëindigingsrecht van de curator betrekking heeft op alle zakelijke rechten of slechts op een bepaalde type van zakelijke rechten. Waar ligt de grens? Het cassatiearrest geeft hierover weinig duiding. Theoretisch is het niet ondenkbaar om voor een ruime invulling te opteren, en dus met inbegrip van alle zakelijke rechten. De volgende punten moeten daarbij m.i. in overweging worden genomen:

- (i) volgens de voorbereidende werken zou de wetgever aan de curator de bevoegdheid hebben willen verlenen om te beslissen of hij al dan niet de overeenkomst zou uitvoeren. Indien de curator dit niet kan doen, dan kunnen bepaalde schuldeisers meer rechten laten gelden tegenover de boedel dan andere en zou het gelijkheidsbeginsel in die zin aangetast zijn³². Door alle overeenkomsten te beogen, met inbegrip van de overeenkomsten

³⁰. Ch. VAN BUGGENHOUT en I. VAN DE MIEROP, “Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil”, *TBH* 2005, 254 en 255.

³¹. Sommige auteurs zien hierin een bijzondere toepassing van de *paritas creditorum*-regel. De curator (en samen met hem de boedel) worden in bescherming genomen door medecontractanten de mogelijkheid te ontnemen om de uitvoering van de overeenkomst te vorderen. Zie Ch. VAN BUGGENHOUT en I. VAN DE MIEROP, “Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil”, *TBH* 2005, 255 verwijzend naar o.a. Cass. 9 maart 2000, *RW* 2000-01, 480.

³². Faillissementswet van 8 augustus 1997, *Parl.St.* Kamer 1991-92, nr. 631/1, 23.

sten met betrekking tot zakelijke rechten, neemt de wetgever een maatregel die relevant is ten opzichte van de nagestreefde doelstelling. Een maatregel die erin bestaat om de gelijkheid van de schuldeisers te verzekeren en dus sommige schuldeisers (middels een verbreking) tegenover andere schuldeisers niet te bevoorstellen³³. Vanuit het oogpunt van het gelijkheidsbeginsel en de bestaanbaarheid van artikel 46 Faill.W. met artikel 10 en 11 Gw. is het verdedigbaar dat het “beëindigingsrecht” van de curator betrekking heeft op “alle” overeenkomsten, met inbegrip van deze die een zakelijk recht creëren;

- (ii) een veralgemeend beëindigingsrecht van de curator is ook vanuit economisch oogpunt verantwoord, minstens in die gevallen waar het ontnemen van dit recht anders betekent dat de curator slechts de keuze heeft om: ofwel (i) de afloop van de duur van de overeenkomst af te wachten en bijgevolg potentieel jarenlang te moeten wachten alvorens het faillissement te kunnen afsluiten, ofwel (ii) het betrokken zakelijk recht te verkopen, maar waarbij in de regel enkel de medecontractant (hier de grondeigenaar) de enige kandidaatkoper zal zijn om een bezwaard goed (hier met een opstalrecht voor maximaal 50 jaar) te kopen waardoor de curator noodgedwongen moet verkopen aan de prijs die de grondeigenaar bereid is te betalen;
- (iii) het gegeven dat het “beëindigingsrecht” van artikel 46 Faill.W. betrekking heeft op alle zakelijke rechten, is echter slechts houdbaar als er een minimum aan zorgvuldigheid aan de dag wordt gelegd. Het is ondenkbaar dat de curator, zelfs als hij van oordeel is dat de beëindiging noodzakelijk is voor het beheer van de boedel, een overeenkomst met een zakelijk recht kan beëindigen zonder de naleving van bepalingen van openbare orde of van dwingend recht. Dit gebeurt best in overeenstemming met de bepalingen in de bijzondere wetten die de bescherming van het desbetreffende zakelijk recht beogen;
- (iv) daar komt bij dat de wederpartij niet geheel aan de willekeur van de curator is onderworpen. Immers, op grond van artikel 46, tweede lid *in fine* Faill.W. heeft de wederpartij recht op een schadevergoeding wegens verbreking van de overeenkomst door de curator (art. 1184 BW). De curator moet dan ook het voordeel van de verbreking afwegen tegen de gevolgen van zo’n schadeclaim³⁴. Het uitgangspunt is steeds de maxima-

lisatie van de waarde van de boedel in het belang van de schuldeisers. Volgende elementen spelen daarbij een rol: de omstandigheid dat de vordering van de wederpartij zonder grote kosten voor de boedel kan worden gehonoreerd, dat de vordering van de wederpartij op grond van contractbreuk beduidend hoger is dan de kosten die de curator moet maken voor het voortzetten van de overeenkomst, of de omstandigheid dat de wederpartij over een zekerheidsrecht beschikt – bijvoorbeeld een hypotheekrecht gevestigd op een zelfstandig opstalrecht – die hem een preferente positie verschafft boven de andere schuldeisers³⁵;

- (v) tot slot, moet gezegd dat de curator uiteraard niet kan onteigenen. Het Hof van Cassatie geeft dit ook aan, door de voorzichtig gekozen bewoordingen van “*gebruik en genot*” te hanteren³⁶. Er is veel mogelijk, maar zeker niet het ontnemen van een “zelfstandig eigendomsrecht” van de wederpartij.

15. BESLUIT – Is het moeilijk om te aanvaarden dat het beëindigingsrecht van de curator een middel is om de boedel optimaal te kunnen beheren? Ik denk het niet (randnrs. 4-5). Op het einde van de rit moeten alle lopende overeenkomsten toch tot een einde komen. In dat opzicht zijn zij hoe dan ook “eindig” (randnrs. 10-12). De moeilijkheid zit evenwel bij een bepaalde type van overeenkomsten waaraan traditioneel een “preferente positie” wordt toegekend. Dit geldt in het bijzonder voor overeenkomsten met betrekking tot een zakelijk recht, zoals het opstalrecht uit het geannoteerde arrest (randnr. 2). Nochtans zijn ook dit soort beperkte zakelijke rechten niet eeuwig. Ze kunnen veelal zelfs buiten de toepassing van artikel 46 Faill.W. vroegtijdig worden beëindigd; zoals door middel van het gemeenrechtelijke “verzakingsrecht” van de opstalhouder (randnrs. 6-8). Indien de curator niet anders kan dan zich toch op artikel 46 Faill.W. te beroepen, dan is het de vraag of hij naast overeenkomsten met persoonlijke rechten ook “alle” overeenkomsten met betrekking tot zakelijke rechten kan beëindigen, of slechts enkele van deze overeenkomsten (randnr. 13). Het antwoord op deze vraag is niet eenduidig terug te vinden in het geannoteerde arrest. Het is niet ondenkbaar om ook van de overeenkomsten met zakelijke rechten een ruim beëindigingsrecht van de curator toe te staan. Dit is echter geen vrijgeleide voor onteigening. Het ontnemen van een zelfstandig eigendomsrecht is uitgesloten (randnr. 14).

³³ Zie ook GwH 10 december 2003, nr. 161/2003, *RW* 2005-06, 52: “Art. 46 Faill.W. dat aan de curator het recht verleent om de overeenkomsten met de gefailleerde niet verder te zetten en meer bepaald om aan een handelshuurovereenkomst een einde te maken zonder naleving van de bij de huurwet vastgestelde voorwaarden, schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet.”

³⁴ Zie F. BOUCKAERT, “Kan de curator van een gefailleerde eigenaar een eind maken aan een lopende huurovereenkomst?”, *T.Not.* 2009, 220.

³⁵ E. DIRIX, “Faillissement en lopende overeenkomsten”, *RW* 2003-04, 206.

³⁶ Zie overw. 5.