

Hoe komt een installatie voor warmte-/koudeopslag in de macht van de eigenaar van het gebouw waarop de warmte-/koudeopslag is aangesloten als de exploitant tevens opstaller van de warmte-/koudeopslag failliet gaat?



Mw. mr. B.C. Mouthaan*

1. Inleiding

Sinds de afgelopen tien jaar wordt er voor het verwarmen en koelen van gebouwen steeds meer gebruik gemaakt van installaties waarmee warmte en koude wordt opgeslagen in de bodem. Met behulp van die installatie kan 's winters de opgeslagen warmte worden onttrokken aan de bodem en 's zomers de opgeslagen koude. Het gebruik van de installatie voor warmte-/koudeopslag (hierna: WKO) is in opmars geraakt, omdat daarmee energie bespaard kan worden.¹

De aanschaf van een WKO is wel een kostbare investering. Vaak zal de eigenaar van het gebouw (meestal een belegger of appartementseigenaars) daarom niet zelf de WKO aanschaffen, maar een derde; de exploitant. Ontwikkelaars van gebouwen zullen daarom vaak de WKO door middel van een opstalrecht in eigendom overdragen aan de exploitant en het gebouw waarop de WKO zal worden aangesloten met de bijbehorende grond afzonderlijk overdragen aan de belegger dan wel de appartementseigenaars.

Bij de toepassing van een WKO moet met een scala aan belangen van alle betrokkenen rekening gehouden worden. Een van de meest essentiële belangen is dat de continuïteit van de levering van warmte en koude juridisch gewaarborgd is en wel tegen marktconforme tarieven, zodat er geen monopolie-positie ontstaat voor een (opvolgende) exploitant. Die waarborg moet onder andere bestaan in het geval de exploitant van de WKO failliet gaat. De gebouw eigenaar zal dan invloed willen kunnen uitoefenen op de nieuwe exploitant van de WKO. De vraag is hoe dit kan worden geregeld. Hoe komt de WKO in de macht van de eigenaar van het gebouw waarop de WKO is aangesloten als de exploitant tevens opstaller van de WKO failliet gaat? Vaak wordt dan gedacht aan de levering van een opstalrecht aan de exploitant onder de ontbindende voorwaarde van zijn faillissement (hierna: de faillissementsvoorwaarde). In hoeverre een dergelijke regeling tot het gewenste resultaat leidt, zal ik in dit artikel uiteenzetten aan de hand van de volgende onderwerpen in de volgende paragrafen: 2. levering onder een ontbindende voorwaarde en faillissement, 3. levering onder de faillissementsvoorwaarde en het fiducia-verbod, 4. levering onder de faillissementsvoorwaarde en de faillissementspauliana, 5. ondervangen benadeling van schuldeisers.

2. Levering onder een ontbindende voorwaarde en faillissement

Voordat op de specifieke levering onder de faillissementsvoorwaarde wordt ingegaan, moet eerst worden stilgestaan bij de levering onder de ontbindende voorwaarde in het algemeen en bij de levering onder een ontbindende voorwaarde en het faillissement van degene aan wie geleverd is. Daardoor wordt duidelijk wat de uitwerking van de vervulling van de ontbindende voorwaarde is en of het faillissement van de verkrijger van invloed is op de levering onder de ontbindende voorwaarde.

2.1. Levering onder de ontbindende voorwaarde in het algemeen

Niet alleen een rechtshandeling, maar ook de overdracht van goederen kan tot stand komen onder een voorwaarde.² De levering vindt dan plaats op grond van een voorwaardelijke verbintenis oftewel een verbintenis die is gekoppeld aan een in de toekomst gelegen onzekere gebeurtenis. De overdracht zelf komt onvoorwaardelijk tot stand, maar het effect van de overdracht is afhankelijk van de voorwaarde die daaraan gekoppeld is; de verkrijger verkrijgt het recht, maar of hij het recht ook nog eens onvoorwaardelijk verkrijgt, is ervan afhankelijk of de voorwaarde in vervulling gaat. Het overgedragen recht is dus een voorwaardelijk recht.³

* Advocaat te Amsterdam en onderzoeker aan de TU Delft. (bertine.mouthaan@cms-dsb.com)

1. Zie de brochure Energiezuinig koelen met warmte- en koudeopslag van het Agentschap NL van het Ministerie van Economische Zaken.
2. Art. 3:38 BW respectievelijk art. 3:84 lid 4 BW; Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 3-I 2006, nr. 218 e.v.
3. Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, nr. 121.

De voorwaarde waaraan de overdracht gekoppeld kan worden, kan een ontbindende werking of een opschortende werking hebben, al naar gelang wat partijen wensen of beogen.

Voor dit artikel is alleen de ontbindende voorwaarde van belang. Partijen kunnen bijvoorbeeld in de koopovereenkomst van een onroerende zaak de ontbindende voorwaarde opnemen dat de verkrijger geen financiering of geen vergunning heeft verkregen binnen een bepaalde termijn.⁴ Wanneer krachtens die koopovereenkomst is geleverd en na ommekeer van de gestelde termijn blijkt dat de verkrijger geen financiering of geen vergunning heeft gekregen, is de ontbindende voorwaarde vervuld en valt de onroerende zaak van rechtswege terug aan de vervreemder. De vervulling van de ontbindende voorwaarde heeft dus goederenrechtelijke werking; de vervreemder wordt opnieuw eigenaar. De vervulling van de voorwaarde werkt *ex nunc*. Daardoor komt aan de overdracht niet de koopovereenkomst oftewel de titel te ontvallen, zoals dat wel het geval is bij de vernietiging van een titel en is het ook niet nodig de onroerende zaak terug over te dragen aan de vervreemder.

2.2. Levering onder een ontbindende voorwaarde en het faillissement van de verkrijger

Wanneer in het hiervoor gegeven voorbeeld de verkrijger failliet gaat na de overdracht, maar voordat de ontbindende voorwaarde in vervulling gaat, krijgt de vervreemder opnieuw de eigendom van de onroerende zaak op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat. In de boedel van de failliete verkrijger bevindt zich slechts een eigendomsrecht op een onroerende zaak dat bij de vervulling van de voorwaarde van rechtswege eindigt. Omdat het terug leveren van de onroerende zaak niet nodig is bij de vervulling van de ontbindende voorwaarde levert de beschikkingsonbevoegdheid van de failliete verkrijger daarbij geen problemen op.⁵ Volgens art. 35 Fw zou er namelijk alleen een probleem zijn voor de overdracht als op de dag van de faillietverklaring nog niet alle handelingen die voor een levering door een schuldenaar nodig zijn, hebben plaatsgevonden. Nu echter op het moment van de overdracht er een geldige titel was, de schuldenaar c.q. verkrijger beschikkingsbevoegd was en de levering, ook al is die voorwaardelijk, heeft plaatsgevonden, deert het faillissement van de schuldenaar de overdracht onder de ontbindende voorwaarde niet.

Terzijde merk ik op dat recentelijk in dit tijdschrift door M.M.G.B. van Drunen en R.J. Abendroth nog discussie werd gevoerd over de uitleg van het leveringsvereiste in het geval - onder andere - een registergoed onder een opschortende voorwaarde wordt overgedragen en de vervreemder failliet gaat voordat de opschortende voorwaarde in vervulling is

gegaan.⁶ Is dan aan alle leveringshandelingen voldaan om van een geldige levering te kunnen spreken als bedoeld in art. 35 Fw? Volgens Van Drunen komt de overdracht ondanks het faillissement van de vervreemder tot stand bij het in vervulling gaan van de voorwaarde, omdat op dat moment al aan alle vereisten die art. 3:84 lid 1 BW aan een overdracht stelt, is voldaan. Volgens Abendroth zou Van Drunen evenwel alleen oog hebben voor de wettelijke formaliteiten en geen oog voor de uitvoeringshandelingen van de levering; de levering van het registergoed zou pas zijn voltooid op het moment dat de voorwaarde waaronder is geleverd in vervulling is gegaan. Echter, met Van Drunen kan ik instemmen dat juist in art. 3:89 lid 1 BW specifiek is bepaald hoe aan de levering van een registergoed uitvoering moet worden gegeven, namelijk door de inschrijving van de overdrachtsakte in de openbare registers. Met die inschrijving is op dat moment aan het leveringsvereiste voldaan; de inschrijving van de overdrachtsakte is namelijk de uitvoeringshandeling van de levering. Er is dan ook geen extra leveringshandeling meer nodig als de opschortende voorwaarde waaronder het registergoed is geleverd later in vervulling gaat. Er is dus sprake van een geldige levering als bedoeld in art. 35 Fw.

3. Levering onder de faillissementsvoorwaarde en het fiducia-verbod

In het hiervoor gegeven voorbeeld levert een faillissement van de verkrijger geen problemen op voor het opnieuw verkrijgen van de onroerende zaak door de vervreemder als de ontbindende voorwaarde in vervulling gaat. Maar aan de invulling van de voorwaarde zijn beperkingen verbonden. Zo bepaalt art. 3:84 lid 3 BW dat een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, geen geldige titel van overdracht is van dat goed. Dit is het fiducia-verbod. Op grond daarvan is dus een zekerheidsoverdracht verboden.⁷

4. Mon Privaatrecht 9 (Huijgen), nr. 11.

5. Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, nr. 122.

6. M.M.G.B. van Drunen, Faillissement bij levering onder opschortende voorwaarde, *WPNR* 2013, 6959; R.J. Abendroth, Reactie, *WPNR* 2013, 6972; M.M.G.B. van Drunen, Naschrift, *WPNR* 2013, 6972.

7. Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, nr. 123.

Als nu geleverd wordt onder de ontbindende voorwaarde dat de verkrijger failliet gaat, zou die overdracht gekwalificeerd kunnen worden als een zekerheidsoverdracht en zou men het fiducia-verbod kunnen overtreden.⁸ Of dit ook het geval is bij de vestiging van een opstalrecht voor een WKO aan een exploitant onder de ontbindende voorwaarde van diens faillissement, moet worden getoetst aan het Sogelease-arrest.⁹ Het gaat dan om de verkrijging van de WKO door de gebouweigenaar doordat de ontbindende voorwaarde door het faillissement van de exploitant in vervulling is gegaan.

Volgens het Sogelease-arrest staat art. 3:84 lid 3 BW niet in de weg aan een door partijen beoogde werkelijke eigendomsoverdracht oftewel een overdracht waarbij het goed zonder beperkingen op de verkrijger overgaat. Dat is een geoorloofde overdracht. Wat niet is geoorloofd, is dat een verkrijger slechts een recht op een goed verkrijgt om daarmee het goed te gelde te maken en zich uit de opbrengst te voldoen.

Hoe verhoudt zich dit nu tot de faillissementsvoorwaarde van de exploitant van de WKO en de verkrijging van de WKO door de gebouweigenaar als gevolg van het faillissement van de exploitant? De ontbindende voorwaarde van het faillissement van de exploitant heeft niet ten doel de verkrijger, zijnde de gebouweigenaar, een zekerheidsrecht op de WKO te verstrekken waarmee het goed te gelde gemaakt kan worden zodat de gebouweigenaar zich uit de opbrengst daarvan kan voldoen. Het is juist de bedoeling dat de WKO werkelijk in het vermogen van de gebouweigenaar terecht komt op het moment dat de exploitant failliet gaat. Daardoor kan de gebouweigenaar zelf op zoek gaan naar een geschikte opvolger van de exploitant en ervoor zorgen dat zijn gebouw voorzien blijft van warmte en koude tegen marktconforme tarieven. Geconcludeerd kan worden dat de levering van het opstalrecht aan de exploitant onder de ontbindende voorwaarde van zijn faillissement niet valt onder het fiducia-verbod.

4. Levering onder de faillissementsvoorwaarde en de faillissementspauliana

Wat mogelijk wel tot problemen kan leiden voor de verkrijging van de WKO door de gebouweigenaar, is dat de levering onder de faillissementsvoorwaarde wordt gekwalificeerd als een paulianeuse rechtshandeling in de zin van art. 42 Fw. Als daarvan sprake is, kan de curator de rechtshandeling vernietigen. In dit geval zal het mijns inziens dan een partiële vernietiging moeten zijn die de rechtshandeling bedreigt, namelijk voor zover het de ontbindende voorwaarde betreft. Anders zou de levering van het opstalrecht geacht worden nooit te hebben plaatsgevonden, omdat de titel door de vernietiging aan de overdracht is ontvallen.¹⁰

De vernietiging van de rechtshandeling is uiteraard onwenselijk, omdat de WKO in de boedel van de failliete exploitant zal vallen en de gebouweigenaar geen invloed meer kan uitoefenen op de keuze van een nieuwe exploitant van de WKO. Er zal dus moeten worden nagegaan of de levering van het opstalrecht onder de faillissementsvoorwaarde kwalificeert als een paulianeuse rechtshandeling.

4.1. Onverplichte rechtshandeling

De eerste vraag die beantwoord moet worden is of de koopovereenkomst met de daarin opgenomen faillissementsvoorwaarde onverplicht is aangegaan. Dit is nog niet zo'n eenvoudig te beantwoorden vraag.¹¹ Volgens jurisprudentie is sprake van een onverplichte rechtshandeling als er niet een op de wet of overeenkomst berustende verplichting bestaat.¹² Wanneer we dit toepassen op de koopovereenkomst voor de WKO, zou gezegd kunnen worden dat de koopovereenkomst onverplicht is aangegaan, want de exploitant was tot het aangaan van die overeenkomst niet verplicht op grond van de wet of een voorgaande overeenkomst. Maar uit de literatuur blijkt dat de uit de koopovereenkomst voortvloeiende verplichtingen en rechtshandelingen een verplichtend karakter kunnen hebben. De levering van een goed bijvoorbeeld, kan als een verplichting worden gezien die voortvloeit uit de koopovereenkomst. Samenvattend wordt gesteld dat het samenstel van de rechtshandelingen vaak onverplicht is, maar de individuele rechtshandelingen verplicht zijn. Daarnaast wordt ook aangevoerd dat door ontwikkelingen in het privaatrecht het onderscheid tussen verplichte en onverplichte rechtshandelingen minder strikt zal worden behandeld en meer als een gezichtspunt. Daardoor zullen de omstandigheden van het desbetreffende geval een grotere rol gaan spelen voor de vraag of de gewraakte rechtshandeling vernietigd kan worden op grond van art. 42 Fw.¹³

8. Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, nr. 123.

9. HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119; zie ook W.M.T. Keukens en R.M. Wibier, Overdracht onder voorwaarde van faillissement: voorwaardelijke wetenschap van benadeling, WPNR 2011, 6884, p. 380.

10. De Weijs wijst er in noot 190 van zijn dissertatie op dat de pauliana in beginsel slechts tegen een rechtshandeling als geheel kan worden ingeroepen en het onder Nederlands recht nog geen uitgemaakte zaak is of de pauliana ook in onderdelen ingeroepen kan worden. Zie De Weijs, Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolvensies (diss. UvA), Deventer: Kluwer, p. 276.

11. Zie ook: De Weijs, Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolvensies (diss. UvA), Deventer: Kluwer, p. 238.

12. HR 8 januari 1937, NJ 1937, 431 (Mr Van der Feltz q.q./N.V. Hoornsche Crediet- en Effectenbank).

13. Mon. BW B4 (Van Dijk), nr. 18.

Het bovenstaande neemt overigens niet weg dat soms ook verplichte rechtshandelingen vernietigd kunnen worden in faillissement. Dat is nog niet zo makkelijk, omdat degene die zich beroept op de faillissementspauliana op grond van het bepaalde in art. 47 Fw moet bewijzen dat er overleg is geweest tussen de failliet en de begunstigde met als doel de begunstigde te bevoordelen boven de andere schuldeisers dan wel wetenschap heeft van het bestaan van de faillissementsaanvraag.

Duidelijk is in ieder geval wel dat er op zijn minst rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat de levering van een WKO onder de ontbindende voorwaarde van het faillissement van de exploitant wordt gekwalificeerd als een rechtshandeling die aan vernietiging op grond van de Faillissementswet bloot staat. Dat maakt ook dat de volgende vragen niet onbeantwoord kunnen blijven.¹⁴

4.2. Benadeling van schuldeisers

De tweede te beantwoorden vraag is of er sprake is van benadeling van schuldeisers door de koopovereenkomst onder de faillissementsvoorwaarde aan te gaan. Dit moet worden beoordeeld naar het moment waarop de curator op de pauliana een beroep doet.¹⁵ De beoordeling zelf moet gebeuren aan de hand van de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd zonder de gewraakte rechtshandeling te vergelijken met de situatie waarin zij feitelijk verkeren als die rechtshandeling onaangetast blijft.¹⁶

Wanneer de vestiging van het opstalrecht voor de WKO onder de faillissementsvoorwaarde wordt vergeleken met de vestiging van een opstalrecht voor de WKO zonder die faillissementsvoorwaarde op het moment dat de faillissementsvoorwaarde is vervuld, dan is wel duidelijk dat door het faillissement van de exploitant er een verhaalsobject aan de boedel wordt onttrokken. De benadeling van schuldeisers is hier dus reëel.¹⁷

4.3. Wetenschap van benadeling

De derde en laatste vraag is of er wetenschap van benadeling is bij de levering onder de faillissementsvoorwaarde. Die wetenschap moet in ieder geval bij de schuldenaar aanwezig zijn. Of wetenschap van benadeling ook bij de wederpartij aanwezig moet zijn, is ervan afhankelijk of het een rechtshandeling om niet betreft. Betreft het een rechtshandeling anders dan om niet, dan moet ook bij de wederpartij wetenschap van benadeling bestaan.

Deze wetenschap wordt geobjectiveerd getoetst; bij het verrichten van de rechtshandeling had men moeten weten of behoren te weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn. Niet voldoende is dat men wist of behoorde te weten dat de handeling de kans op benadeling van één of meer schuldeisers in het leven riep of dat er een verwachting is

van een eventuele benadeling.¹⁸ Het faillissement en een tekort daarin moet namelijk met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien zijn geweest.¹⁹ De curator kan zich hierbij bedienen van de bewijsvermoedens van art. 43 en 45 Fw.

In de literatuur wordt bovenstaande nader ingevuld door te betogen dat er sprake moet zijn van een oogmerk of opzet tot benadeling.²⁰ Echter, ook wordt door anderen betoogd dat een voorwaardelijke wetenschap van benadeling al voldoende zou moeten zijn.²¹

“Daarmee bedoelen wij dat partijen bij het verrichten van een rechtshandeling (overdracht, maar ook zekerheidsstelling) weliswaar strikt genomen nog niet weten dat het faillissement van de schuldenaar en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid zijn te voorzien. Maar door bewust de werking van de rechtshandeling uit te stellen tot het faillissement moeten partijen toch geacht worden die wetenschap reeds te hebben gehad bij het verrichten van de rechtshandeling. In die zin wisten partijen dus al bij het verrichten van de rechtshandeling dat daarvan (zeker) benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn. De rechtshandeling krijgt immers alleen effect wanneer de vervreemder failliet is en in dat geval zal de rechtshandeling noodzakelijkerwijs ook in benadeling van de overige schuldeisers resulteren.”

14. N.B. W.M.T. Keukens en R.M. Wibier hebben zich er in hun artikel “Overdracht onder voorwaarde van faillissement: voorwaardelijke wetenschap van benadeling” in *WPNR* 2011, 6884, op p. 380 beperkt tot een bespreking van onverplichte rechtshandelingen.

15. HR 24 april 2009, *NJ* 2009, 416 (Mr Dekker q.q./Lutèce).

16. HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 654 (D./Mr Gilhuis q.q.).

17. Vergelijk ook W.M.T. Keukens en R.M. Wibier, Overdracht onder voorwaarde van faillissement: voorwaardelijke wetenschap van benadeling, *WPNR* 2011, 6884, p. 381.

18. HR 1 oktober 1993, *NJ* 1994, 257 (Ontvanger/Pellicaan) respectievelijk HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 272 (Bakker q.q./Katko).

19. HR 22 december 2009, *NJ* 2010, 273 (ABN AMRO Bank/Mr Van Dooren q.q.).

20. De Weijis, Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolvensies (diss. UvA), Deventer: Kluwer, p. 27-276; Verstijlen, Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement, Deventer: Kluwer 2006, p. 140-142.

21. W.M.T. Keukens en R.M. Wibier, Overdracht onder voorwaarde van faillissement: voorwaardelijke wetenschap van benadeling, *WPNR* 2011, 6884, p. 381-382.

Met een dergelijke zienswijze zal de kans dat de vestiging van het opstalrecht voor de WKO onder de faillissementsvoorwaarde als een paulianeuse rechtshandeling zal worden gekwalificeerd dus vergroot worden. Dat is zeer onwenselijk, juist omdat de faillissementsvoorwaarde bedoeld is om de continuïteit van de levering van warmte en koude aan de gebouweigenaar of in ieder geval aan degenen die het gebouw in gebruik hebben te waarborgen. Die continuïteit komt ernstig in gevaar als de levering van het opstalrecht voor de WKO onder de faillissementsvoorwaarde als een paulianeuse rechtshandeling wordt aangemerkt. Het zou er toe kunnen leiden dat de levering van warmte en koude wordt gestopt totdat er door de curator een nieuwe exploitant is gevonden. Daarbij is het zelfs nog maar de vraag of die exploitant vervolgens ook warmte en koude zal leveren tegen marktconforme tarieven. Een curator beschermt immers primair de belangen van de schuldeisers van de gefailleerde en zal dus primair geïnteresseerd zijn in een zo groot mogelijke opbrengst van het opstalrecht voor de WKO.

Het voorgaande maakt wel zoveel duidelijk dat er bij het treffen van een regeling om de continuïteit van warmte en koude te waarborgen ook rekening gehouden moet worden met de belangen van de schuldeisers van de exploitant van de WKO. Dat kan men doen door de benadeling van de schuldeisers te ondervangen.

5. Ondervangen benadeling van schuldeisers

De vraag die dus zekerheidshalve gesteld moet worden, is of de (eventuele) benadeling van de schuldeisers kan worden weggenomen. De eerste vraag die gesteld moet worden is wie de schuldeisers van de exploitant kunnen zijn. In onze casus is dat in de eerste plaats de ontwikkelaar. Die heeft de exploitant het opstalrecht verleend. In de tweede plaats is het de aannemer die de WKO heeft gebouwd. Zodra deze schuldeisers voor het opstalrecht respectievelijk voor de WKO betaald hebben gekregen, zijn zij schuldeiser af. Veelal zal de betaling van het opstalrecht en de WKO gefinancierd zijn, bijvoorbeeld door een bank. Zoals eerder aangeven is de aanschaf van een WKO erg kostbaar, dus het is zeer waarschijnlijk dat de exploitant voor de investering zal moeten aankloppen bij een bank. De bank zal zekerheid wensen voor het uitgeleende bedrag. De exploitant kan daarvoor zijn opstalrecht verhypothekeren. Nu zal de bank in eerste instantie niet gelukkig zijn met een voorwaardelijk opstalrecht, juist omdat bij het in vervulling gaan van de faillissementsvoorwaarde het opstalrecht wegvalt als verhaalsobject. De bank oftewel de hypotheekhouder moet dus een verhaalsmogelijkheid worden gelaten.

Er moet iets tegenover het opstalrecht of de waarde daarvan, inclusief de waarde van de WKO, gesteld

kunnen worden. Een oplossing zou kunnen worden gevonden in art. 5:105 lid 3 jo. art. 5:99 BW. Volgens deze bepalingen heeft de voormalige opstaller na het einde van het opstalrecht recht op vergoeding van de waarde van nog aanwezige gebouwen, werken en beplantingen, die door hemzelf of een rechtsvoorganger zijn aangebracht of van de eigenaar tegen vergoeding der waarde zijn overgenomen. Op het moment dat de faillissementsvoorwaarde in vervulling gaat, komt het opstalrecht in handen van de gebouweigenaar als rechtsopvolger van de ontwikkelaar die het opstalrecht aan de exploitant heeft verleend. Het opstalrecht zal tenietgaan, waardoor de WKO wordt nagetrokken.²² Wanneer nu in de opstalakte wordt opgenomen dat de exploitant de waarde van de WKO vergoed krijgt bij het einde van het opstalrecht, heeft de exploitant daarmee een vordering die verpand kan worden aan de bank. Zo behoudt de bank haar zekerheid als de faillissementsvoorwaarde in vervulling gaat en zal zij dus niet benadeeld worden door die voorwaarde.

6. Samenvatting en conclusie

Wanneer een WKO is aangesloten op een gebouw en wordt geëxploiteerd door een derde - de exploitant - die tevens opstaller is van die WKO, is het van belang dat de WKO in de macht komt van de eigenaar van het gebouw op het moment dat de exploitant van de WKO failliet gaat. De grondeigenaar moet invloed uit kunnen oefenen op de nieuwe exploitant, opdat de continuïteit van het gebruik van de WKO tegen marktconforme tarieven niet in gevaar komt. De regelingen die daarvoor moeten worden getroffen zijn als de volgende. De vestiging van het opstalrecht voor de WKO moet in de eerste plaats geschieden onder de ontbindende voorwaarde van het faillissement van de exploitant; de faillissementsvoorwaarde. Daardoor valt de WKO van rechtswege terug aan de grondeigenaar op het moment dat de faillissementsvoorwaarde in vervulling gaat. Op dat moment is immers aan alle leveringsvereisten voldaan, aangezien de overdracht onder de ontbindende voorwaarde heeft plaatsgevonden.

De vestiging onder de faillissementsvoorwaarde valt niet onder het fiducia-verbod, omdat deze voorwaarde niet ten doel heeft de gebouweigenaar een zekerheidsrecht op de WKO te verstrekken voor verhaal om zich uit de opbrengst van de verkoop van de WKO te voldoen. De voorwaarde heeft daarentegen ten doel de WKO werkelijk in het vermogen van de gebouweigenaar terecht te laten komen op het moment dat de exploitant failliet gaat.

22. Art. 5:20 lid 1 sub e BW.

Om te voorkomen dat de vestiging onder de faillissementsvoorwaarde als een paulianeuse rechtshandeling in de zin van art. 42 FW wordt aangemerkt, moet rekening worden gehouden met de volgende aspecten. De vestiging van het opstalrecht onder de faillissementsvoorwaarde zou kunnen worden aangemerkt als een onverplichte rechtshandeling, omdat de exploitant niet op grond van de wet of een voorgaande overeenkomst verplicht was tot het aangaan van de overeenkomst onder de faillissementsvoorwaarde. Daarnaast kan worden betoogd dat de faillissementsvoorwaarde leidt tot benadeling van de schuldeisers, want wanneer de vestiging van het opstalrecht voor de WKO onder de faillissementsvoorwaarde wordt vergeleken met de vestiging van het opstalrecht voor de WKO zonder de faillissementsvoorwaarde, is de benadeling van schuldeisers reëel wegens het ontvallen van een verhaalsobject aan de boedel van de failliete exploitant. Daarbij kan mogelijk ook voorwaardelijke wetenschap van benadeling leiden tot een geslaagd beroep op de faillissementspauliana.

Met bovengenoemde aspecten kan rekening worden gehouden door ervoor te zorgen dat de benadeling van de schuldeisers van de exploitant van de WKO wordt ondervangen. De schuldeiser die daarbij belang heeft, zal de hypotheekhouder en financier van de WKO zijn. Tegenover het opstalrecht als verhaalsobject voor de hypotheekhouder kan voor deze hypotheekhouder de verpanding van de vergoeding bij het einde van het opstalrecht gesteld worden, op welke vergoeding een opstaller aanspraak kan maken op grond van art. 5:105 lid 3 jo. art. 5:99 BW. Door deze verpanding te koppelen aan de faillissementsvoorwaarde, kan worden voorkomen dat de voorwaardelijke vestiging van het opstalrecht wordt vernietigd op grond van de faillissementspauliana, kan worden bewerkstelligd dat de grondeigenaar invloed kan uitoefenen op de nieuwe exploitant van de WKO en kan worden gewaarborgd dat de continuïteit van het gebruik van de WKO tegen marktconforme tarieven plaatsvindt.

Tot slot nog een woord van dank aan mijn kantoor-genoot mr. M.R. van Zanten voor de faillissementsrechtelijke blik die hij op het concept van dit artikel heeft willen werpen.