

Het recht op wanprestatie van de faillissementscurator Naar aanleiding van het Nebula-arrest (HR 3 november 2006, RvdW 2006, 1033)

Inleiding

In ons recht geldt als uitgangspunt dat een faillissement geen afbreuk doet aan de inhoud en de geldigheid van ten tijde van de faillietverklaring bestaande overeenkomsten. Toch kan een faillissement wel degelijk belangrijke gevolgen voor dergelijke overeenkomsten hebben. Zo is duidelijk dat de faillissementscurator niet kan worden gedwongen tot nakoming van contractuele verplichtingen van de gefailleerde die bestaan uit een *doen*, zoals bijvoorbeeld de betaling van een koopsom of de levering van een goed. De curator kan ervoor kiezen onder deze verplichtingen te wanpresteren. Voor de contractuele wederpartij resteert doorgaans slechts een vordering tot schadevergoeding die hij in het faillissement ter verificatie kan indienen en waarmee hij in beginsel op gelijke voet concurreert met alle andere crediteuren.

Minder evident is of de curator ook 'het recht' heeft te wanpresteren onder contractuele verplichtingen van de gefailleerde om iets *niet te doen*, zoals in geval van een concurrentiebeding of een geheimhoudingsverplichting. En wat te denken van een verplichting om *iets te dulden*? Het meest sprekende voorbeeld daarvan vormt het gebruiksrecht dat de gefailleerde ten aanzien van een hem toebehorend goed aan een derde heeft toegekend. Men denke aan de huurovereenkomst waaronder de gefailleerde verhuurder is of de licentieovereenkomst waaronder de gefailleerde licentiegever is. Strekt het recht op wanprestatie van de curator zich ook uit tot dergelijke gevallen? Mag de curator dergelijke gebruiksrechten op tot de boedel behorende goederen behandelen als alle andere verbintenismatige aanspraken en derhalve nakoming weigeren? Of moet hij deze gebruiksrechten respecteren?

Dit zijn basale en voor de praktijk uiterst belangrijke vragen. Des te opmerkelijker is het dat op deze vragen tot voor kort geen eenduidig antwoord was te geven. De literatuur over dit onderwerp was schaars en ook richtinggevend rechtspraak ontbrak. Daar is met het verschijnen van een preadvies van Verstijlen¹ en met het wijzen door de Hoge Raad van het Nebula-arrest² verandering in gekomen.

Alvorens daar nader op in te gaan, is het nuttig aandacht te besteden aan twee grondbeginselen van het fail-

lissementsrecht die in het kader van de gestelde vragen om voorrang strijden.

Het beginsel dat een faillissement geen afbreuk doet aan bestaande overeenkomsten

Het eerste relevante grondbeginsel betreft het al genoemde uitgangspunt dat een faillissement geen afbreuk doet aan bestaande overeenkomsten. In de memorie van toelichting op het (toenmalige) art. 37 Fw merkte de regering in dit verband op:³

'Uit haren aard oefent de faillietverklaring op bestaande wederkerige overeenkomsten niet den minsten invloed uit; de verbintenissen van den gefailleerde en diens mede-contractant worden er niet door gewijzigd.'

De krachtige woorden die de wetgever hier gebruikt, wekken de indruk dat een contractant van het faillissement van zijn wederpartij niets te vrezen heeft en dat de curator geen andere keuze heeft dan de overeenkomst volledig na te komen. De praktijk is echter anders. Reeds uit de regeling van art. 37 en 37a Fw, die van toepassing is op wederkerige overeenkomsten waaronder zowel de gefailleerde als de contractuele wederpartij nog moet presteren, volgt dat de curator een keuzerecht heeft met betrekking tot de vraag of hij die overeenkomsten gestand zal doen.

De achtergrond bij deze regeling is dat de contractuele wederpartij van de gefailleerde zich in een onzekere positie bevindt. Hij wil op zich wel nakomen, maar alleen als de curator dat op zijn beurt ook doet. Art. 37 Fw geeft hem daarom de bevoegdheid de curator een redelijke termijn te stellen waarbinnen deze zich erover uit moet laten of hij de overeenkomst gestand zal doen. De curator zal die vraag bevestigend beantwoorden wanneer de uitvoering van de overeenkomst in het belang van de boedel is. Dat zal slechts bij uitzondering het geval zijn. Bijvoorbeeld wanneer de curator de onderneming van de gefailleerde (tijdelijk) voortzet en daarbij behoefte heeft aan continuering van contracten met leveranciers en dergelijke. Indien de curator zich bereid verklaart de overeenkomst gestand te doen, promoveren de verplichtingen van

1. F.M.J. Verstijlen, De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement, in: W.J.M. van Andel en F.M.J. Verstijlen, Materieel faillissementsrecht, preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2006.
2. HR 3 november 2006, RvdW 2006, 1033.

3. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, (heruitgave van de) Geschiedenis van de Faillissementswet (Van der Feltz I), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1994, p. 409.

de gefailleerde uit de overeenkomst tot boedelschulden en moet de curator voor de nakoming daarvan zekerheid stellen (art. 37 lid 2 Fw). Verklaart de curator zich binnen de gestelde redelijke termijn niet bereid de overeenkomst gestand te doen, dan heeft dat als rechtsgevolg dat hij zijnerzijds geen nakoming van de overeenkomst meer kan vorderen. De wederpartij kan wegens wanprestatie schadevergoeding vorderen, voor welke vordering hij op de voet van art. 37a Fw als concurrent schuldeiser in het faillissement kan opkomen.

Dit systeem geldt sinds art. 37 Fw ter gelegenheid van de invoering van het huidige BW in 1992 is gewijzigd. Daarvoor had de verklaring van de curator dat hij de overeenkomst niet gestand zou doen tot gevolg dat de overeenkomst van rechtswege was ontbonden.⁴ Met deze wetswijziging leek het uitgangspunt dat een faillissement geen afbreuk doet aan een bestaande overeenkomst aan kracht te hebben gewonnen.⁵

Art. 37 Fw maakt, ook in de huidige redactie, geen onderscheid naar de aard van de verplichtingen uit de wederkerige overeenkomsten. De bepaling is in beginsel ook van toepassing op duurovereenkomsten waaronder de gefailleerde tegen periodieke betaling aan een derde een gebruiksrecht heeft toegekend. Daaruit zou men kunnen afleiden dat het in dat artikel veronderstelde keuze-recht van de curator (doe ik de overeenkomst gestand of niet?) ook op dergelijke contractuele verplichtingen van toepassing is. Verder is er geen reden waarom dit keuze-recht niet evenzeer zou gelden voor verplichtingen uit overeenkomsten waarop art. 37 Fw niet van toepassing is; bijvoorbeeld een wederkerige overeenkomst waaronder de wederpartij van de gefailleerde al volledig heeft gepresteerd.

Zo beschouwd heeft het uitgangspunt dat een faillissement een overeenkomst onverlet laat, minder grote betekenis dan op het eerste gezicht wellicht het geval lijkt:⁶ het betekent niet meer dan dat de overeenkomst door het faillissement niet van rechtswege wordt ontbonden en ook anderzijds haar inhoud en geldigheid niet verliest. Daarmee is nog niets gezegd over de vraag of de curator gedwongen kan worden tot nakoming van de in stand gebleven contractuele verplichtingen.⁷

Het beginsel van *paritas creditorum*

Een ander leidend beginsel in ons faillissementsrecht is dat alle schuldeisers in beginsel op gelijke voet worden

behandeld; de *paritas creditorum*. Dit uitgangspunt komt onder meer tot uitdrukking in art. 26 Fw, dat bepaalt dat rechtsvorderingen die de voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben, op geen andere wijze geldend kunnen worden gemaakt dan door deze ter verificatie aan te melden. Hoofddregel is dus: netjes aansluiten in de rij en wachten, of liever gezegd hopen, op een uitkering onder een gerechtelijk akkoord of via een (slot)uitdelingslijst. Dit raakt aan de kern van het instituut faillissement, dat zijn bestaansrecht ontleent aan de gedachte dat voorkomen moet worden dat, in een situatie waarin een schuldenaar niet al zijn verplichtingen meer kan nakomen, de ene crediteur zijn aanspraken volledig voldaan ziet, terwijl de andere crediteur geheel of gedeeltelijk achter het net vist.

Aan dat uitgangspunt wordt afbreuk gedaan wanneer de curator bepaalde contractuele rechten, bijvoorbeeld gebruiksrechten, volledig zou moeten respecteren. Dat zou immers betekenen dat de ene crediteur zijn aanspraak volledig gehonoreerd ziet, terwijl een andere crediteur met minder genoegen moet nemen.

Opvattingen in de literatuur

In zijn preadvies betoogt Verstijlen mede op die grond dat de curator in beginsel het recht heeft op – en in de regel zelfs de plicht heeft tot – wanprestatie onder de door de gefailleerde gesloten overeenkomsten.⁸ Hij maakt daarbij in beginsel geen onderscheid naar de aard van de contractuele rechten van derden. De regel geldt zijns inziens bijvoorbeeld ook ten aanzien van gebruiksrechten op goederen van de boedel. Als hoofddregel verdedigt hij dat de contractuele wederpartij van de gefailleerde geen beroep toekomt op de overeenkomst voor zover dit beroep ertoe strekt zijn obligatoire vordering tot gebruik ten laste van de boedel te incasseren.

Daarmee verwierpt Verstijlen de opvatting van de Belgische hoogleraar Dirix, die in een rechtsvergelijkende studie tot de conclusie komt dat de curator gebruiksrechten van derden op goederen van de gefailleerde moet eerbiedigen en ook gehouden is verplichtingen van de gefailleerde tot een niet-doen na te komen.⁹ Doorslaggevend in de analyse van Dirix is de overweging dat het passief van de boedel door de eerbiediging van dergelijke contractuele plichten niet toeneemt.

Verstijlen wijst er echter – terecht – op dat de boedel ook nadeel kan ondervinden zonder dat sprake is van toename van het passief. Bijvoorbeeld wanneer tegenover een gebruiksrecht op een goed van de gefailleerde geen marktconforme tegenprestatie (meer) staat en/of het desbetreffende goed bij verkoop minder oplevert omdat het te eerbiedigen gebruiksrecht een waardedrukkend effect heeft.¹⁰

4. Zie daarover mijn dissertatie, *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 65-66.

5. Zo concludeerde ook Snijders in zijn bijdrage getiteld 'Het nieuwe artikel 37 F, een belangrijke verandering', in: T. Hartlief (red.), *CJHB* (Brunner-bundel), Deventer: Kluwer 1994, p. 357-360.

6. Verstijlen 2006, p. 95, noemt de waarde van deze regel zelfs 'in hoge mate symbolisch'.

7. Aldus ook S.C.J.J. Kortmann in zijn noot onder HR 26 april 2002, NJ 2005, 180 (Deutsche Hypothekenbank/De Liagre Böhl q.q.).

8. Verstijlen 2006, p. 113-114 en 116-118.

9. E. Dirix, *Faillissement en lopende overeenkomsten*, *Rechtskundig Weekblad*, 2003-2004, p. 201-211, in het bijzonder p. 211.

10. Verstijlen 2006, p. 116.

Het Nebula-arrest

Verstijlen heeft niet lang op zijn gelijk hoeven wachten. Een halfjaar na de verdediging van zijn preadvies koos de Hoge Raad in het Nebula-arrest voor zijn benadering. De casus die aan het arrest ten grondslag lag, was als volgt.

Nebula B.V. was eigenares van een pand bestaande uit een bedrijfsruimte en twee bovenwoningen. In 1991 droeg zij de economische eigendom van het pand over aan Donkelaar Supermarkt B.V. Kort gezegd hield dit in dat Donkelaar het pand vanaf dat moment voor haar rekening en risico, met alle lusten en lasten en onder gestanddoening van de toen lopende huurovereenkomsten, mocht gebruiken en exploiteren. Op haar beurt droeg Donkelaar de economische eigendom, onder dezelfde voorwaarden en met instemming van Nebula, over aan Walton B.V. In 1999 ging Nebula failliet. In 2000 zegde de huurder van de bovenwoning de huurovereenkomst op, waarna Walton die bovenwoning buiten medeweten van de curator van Nebula aan Mulders en Welleman verhuurde. In 2001 kwam de curator erachter dat Nebula nog altijd juridisch eigenaar was van het pand. Hij vorderde ontruiming van de bovenwoning. Daarbij beriep hij zich op het in de boedel vallende eigendomsrecht en op het feit dat Mulders en Welleman zonder ten opzichte van de boedel geldend recht of titel in die woning verbleven.

In eerste aanleg werd de vordering van de curator toegewezen, maar in hoger beroep kwam het Hof Amsterdam tot een tegengesteld oordeel.¹¹ Het hof baseerde zich in belangrijke mate op het hiervoor genoemde beginsel dat een faillissement de inhoud en de geldigheid van een overeenkomst onverlet laat. Het hof overwoog dat het faillissement van Nebula de overeenkomst van economische eigendomsoverdracht – en daarmee het recht van Walton tot het gebruik van het pand – niet had doen eindigen. Daaruit leidde het hof af dat Walton altijd nog gerechtigd was tot het gebruik van het pand en dat zij dat recht aan Mulders en Welleman kon geven. Aldus gebruikten Mulders en Welleman de bovenwoning niet zonder recht of titel, zodat de vordering van de curator volgens het hof moest worden afgewezen.

De Hoge Raad verwerpt dit oordeel van het hof op grond van de volgende overwegingen:

‘Zoals onder meer is gesteld in de memorie van toelichting op artikel 37 F. “oefent de faillietverklaring op bestaande wederkerige overeenkomsten niet de minste invloed uit; de verbintenissen van de gefailleerde en diens mede-contractant worden er niet door gewijzigd” (Van der Feltz I, p. 409). Het feit dat het (voort)bestaan van een wederkerige overeenkomst niet wordt beïnvloed door het faillissement van een van de contractanten, betekent echter niet dat de schuldeiser van een duurovereenkomst wiens wederpartij failliet wordt verklaard, de rechten uit die over-

eenkomst kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement ware. Een andere opvatting zou immers ertoe leiden dat het aan de Faillissementswet mede ten grondslag liggende, onder meer in de artikelen 26 en 108 F. tot uiting komende, beginsel van gelijkheid van schuldeisers op onaanvaardbare wijze wordt doorbroken. Dit geldt ook voor gevallen waarin de gefailleerde krachtens de tussen partijen gesloten overeenkomst niet is gehouden een bepaalde prestatie te verrichten, maar het gebruik van een hem in eigendom toebehorende zaak te dulden. Indien de wederpartij van de gefailleerde van de curator zou kunnen verlangen dat deze het voortgezet gebruik van de desbetreffende zaak duldt, zou deze wederpartij immers in feite bevoegd zijn het faillissement in zoverre te negeren. Voor dat laatste is slechts plaats in uitzonderlijke, in de wet uitdrukkelijk geregelde, gevallen. Bovendien zou door aanvaarding van zodanige regel een goed beheer ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de tot de boedel behorende zaken ten aanzien waarvan langlopende overeenkomsten bestaan, in ernstige mate worden bemoeilijkt (vgl. HR 22 december 1989, nr. 13721, NJ 1990, 661).’

De Hoge Raad casseert op deze gronden het hof-arrest en verwijst de zaak terug naar het Hof Den Haag voor de verdere behandeling van vragen waarop het Hof Amsterdam nog niet had beslist.

Baanbrekend arrest?

De verwijzing door de Hoge Raad naar het NMB/Tiethoff q.q.-arrest uit 1989 doet allereerst de vraag rijzen in hoeverre de beslissing in het Nebula-arrest nieuw is, of dat er sprake is van de bevestiging van bestaande jurisprudentie.

Om die vraag te kunnen beantwoorden, is het nuttig in herinnering te roepen wat aan de orde was in het NMB/Tiethoff q.q.-arrest.

NMB huurde een pand van het Residentieslachthuis (RSH), dat in staat van faillissement was verklaard. NMB bleef in het pand, maar betaalde vanaf een zeker moment geen huurpenningen meer. Zij meende die te mogen verrekenen met een vordering op RSH uit hoofde van een verleend krediet. Op grond van de letterlijke tekst van art. 53 Fw leek die verrekening mogelijk. De Hoge Raad oordeelde echter dat verrekening in deze omstandigheden niet kon worden toegestaan. Hij overwoog:

‘Voorop moet worden gesteld dat art. 53 mede betrekking heeft op na de faillietverklaring ontstane schulden en vorderingen, die – kort gezegd – rechtstreeks voortvloeien uit handelingen die voor de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht. Een redelijke uitleg van dit artikel brengt echter mee dat een uitzondering moet worden aanvaard voor het geval van een na de faillietverklaring ontstane schuld die voortvloeit uit een daarvoor met de gefailleerde gesloten,

11. Het hof-arrest is gepubliceerd in JOR 2005/161 m.nt. W.J.M. van Andel.

na de faillietverklaring nog voortdurende overeenkomst, krachtens welke die schuld de tegenprestatie betreft voor een prestatie die van de faillietverklaring af ten laste van de boedel moet worden verricht, zulks in hier voege dat deze uitzondering met name geldt *wanneer de curator, zoals bij de onderhavige overeenkomst, ondanks het faillissement gehouden is die prestatie te blijven verrichten* [curs. GAJB] en de wederpartij compensatie verlangt met een vordering die met deze overeenkomst geen verband houdt. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat het aan de Faillissementswet mede ten grondslag liggende beginsel van de gelijkheid van schuldeisers op onaanvaardbare wijze zou worden doorbroken, doordat de betreffende schuldeiser hier niet alleen ter verkrijging van voldoening van zijn vordering gebruik zou kunnen maken van de bijzondere, hem ten opzichte van het gemene recht begunstigende regel van art. 53, doch bovendien aldus veelal zonder reële tegenprestatie aanspraak zou kunnen blijven maken op hetgeen jegens hem door de curator ten laste van de boedel moet worden verricht. Aldus zou bovendien een goed beheer ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de tot de boedel behorende goederen ten aanzien waarvan lang lopende overeenkomsten als de onderhavige bestaan, in ernstige mate worden bemoeilijkt.¹²

In het Nebula-arrest verwijst Hoge Raad naar deze laatste regel. Het is echter duidelijk dat de Hoge Raad in het Nebula-arrest veel verder gaat. Uit de door mij gecursiveerde passage in het citaat uit het NMB/Tiethoff q.q.-arrest lijkt te mogen worden afgeleid dat de Hoge Raad er in dat arrest nog van uitging dat de curator op zichzelf gehouden was het huurgenot te blijven verschaffen. Zo lijkt ook Van Schilfgaarde aan te nemen in zijn noot onder dit arrest in NJ:

‘(...) blijft de huurder gewoon zitten, zonder iets verkeerd te doen, dan kan de curator misschien verhuurd verkopen maar lukt dat niet, dan moet hij lijdzaam het einde van de huurtermijn afwachten en zolang, ten laste van de boedel, het huurgenot verschaffen.’

Na het Nebula-arrest is duidelijk dat deze stelling niet (meer) op gaat, althans geen algemene regel weergeeft die opgaat voor alle overeenkomsten waaronder de gefailleerde gehouden is het gebruik van een hem in eigendom toebehorend goed te dulden.¹² Uitgangspunt is

12. Ik formuleer het bewust voorzichtig, omdat denkbaar is dat de Hoge Raad en Van Schilfgaarde bedoelden dat de curator de facto aan de huurovereenkomst was gebonden vanwege de bescherming die specifiek een huurder ontleent aan de regel koop-breekt-geen-huur. Op de betekenis van deze regel in de casus van het Nebula-arrest en meer in het algemeen voor de vraag naar de reikwijdte van het recht van de curator op wanprestatie onder een huurovereenkomst, kom ik hierna nog terug.

nu dat de curator onder dergelijke verplichtingen in het belang van de boedel mag wanpresteren. Hij mag een dergelijk goed in beginsel vrij van het gebruiksrecht verkopen en de gebruiksgerechtigde met een concurrente vordering wegens wanprestatie achterlaten. Dat kon uit het NMB/Tiethoff q.q.-arrest zeker nog niet worden afgeleid, zo in dat arrest niet zelfs een aanwijzing voor een tegengesteld oordeel kon worden gevonden. Het Nebula-arrest kan dus inderdaad baanbrekend worden genoemd.

Reikwijdte van het arrest

Het gebruiksrecht dat de curator van Nebula mocht negeren vloeide voort uit een overeenkomst tot overdracht van economische eigendom van een onroerende zaak. De overwegingen van de Hoge Raad zijn echter evenzeer van toepassing op gebruiksrechten op andere goederen van een gefailleerde die voortvloeien uit andere overeenkomsten.

Hierbij moet ik wel opmerken dat de Hoge Raad in de hiervoor geciteerde overwegingen in het Nebula-arrest spreekt van ‘het gebruik van een hem [de gefailleerde] in eigendom toebehorende *zaak*’ dat de curator niet hoeft te dulden. In de laatste zin van het citaat refereert de Hoge Raad aan ‘een goed beheer (...) van tot de boedel behorende *zaken*’.¹³ Ik neem echter aan dat dit heeft te maken met het feit dat het in het Nebula-arrest om een onroerende zaak ging.¹⁴ Ik zie in ieder geval geen geldige reden waarom de regel dat de curator contractuele gebruiksrechten kan negeren, niet evenzeer van toepassing zou zijn in gevallen waarin het gaat om gebruiksrechten op tot de boedel behorende vermogensbestanddelen die geen zaken zijn. De door de Hoge Raad genoemde argumenten voor aanvaarding van deze regel gaan ook dan op. Het meest in het oog springende voorbeeld van een gebruiksrecht op een vermogensbestanddeel dat geen zaak is, is wellicht de softwarelicentie waaronder de gefailleerde licentiegever en tevens auteursrechthebber is. Daarover zal ik verderop in dit artikel enkele opmerkingen maken.

Mede gelet op de verwijzing door de Hoge Raad naar de *paritas creditorum* lijkt mij aannemelijk dat hij van oordeel is dat de curator in beginsel ook mag wanpresteren onder een verplichting tot nalaten. Ook de nakoming van een dergelijke verplichting kan immers in het nadeel van de boedel zijn. Men denke bijvoorbeeld aan een concurrentiebeding waaronder de gefailleerde zich jegens een derde heeft verbonden af te zien van bepaalde commerciële activiteiten. Wanneer de curator de onderneming van de gefailleerde (tijdelijk) wil voortzetten, zal de nale-

13. Deze zin is vrijwel letterlijk ontleend aan de eveneens hiervoor geciteerde passage uit het NMB/Tiethoff-arrest, met dien verstande dat daarin werd gesproken van ‘tot de boedel behorende goederen’. Het NMB/Tiethoff-arrest is echter gewezen onder het oude recht, waaronder de term ‘goed’ nog gebruikt werd voor een stoffelijk voorwerp dat we onder het huidige recht een ‘zaak’ noemen.

14. In het NMB/Tiethoff-arrest ging het ook om een onroerende zaak.

ving van een dergelijk concurrentiebeding de resultaten van de bedrijfsvoortzetting nadelig beïnvloeden, hetgeen ten koste gaat van de andere crediteuren. Het komt mij, in het licht van de overwegingen van de Hoge Raad in het Nebula-arrest, voor dat de curator daarom in het belang van de boedel het concurrentiebeding mag (wellicht zelfs: moet) negeren.¹⁵

Begrenzings van het recht van de curator tot wanprestatie

Hoewel het Nebula-arrest dus een ruim potentieel bereik heeft, mag er niet uit worden afgeleid dat het recht van de curator tot wanprestatie ongelimiteerd is. Ik noem hierna, niet uitputtend, een aantal mogelijke begrenzingen van dat recht.

Met de wanprestatie moet een reëel belang van de boedel zijn gemoeid

Gelet op de uitdrukkelijke verwijzing door de Hoge Raad naar de *paritas creditorum* moet met de wanprestatie van de curator een reëel belang van de boedel zijn gemoeid. Waar het in de kern om gaat, is dat de curator niet gedwongen kan worden contractuele verplichtingen van de failliet na te komen ten nadele van de boedel (lees: de (andere) gezamenlijke crediteuren). Dat betreft dus de situatie waarin de ene crediteur zijn aanspraak volledig voldaan zou zien, ten detrimente van de andere crediteuren. Er zijn ook situaties denkbaar waarin de curator een contractuele verplichting van de gefailleerde kan nakomen, zonder dat dit ten koste gaat van de andere crediteuren en zonder dat het beheer van de boedel of de afwikkeling van het faillissement bemoeilijkt wordt.

Als advocaat heb ik eens een situatie bij de hand gehad waarin dat aan de orde was. Het betrof het faillissement van een bouwbedrijf dat in opdracht een industriële installatie bouwde. Toen het bouwbedrijf failliet ging, was de bouw van de installatie nog niet voltooid. Nadat de curator op de voet van art. 37 Fw had verklaard de bouwovereenkomst niet gestand te zullen doen, ontbond de opdrachtgever deze overeenkomst. De opdrachtgever wilde de bouw vervolgens laten voltooien door een ander bouwbedrijf. Daarvoor diende de opdrachtgever te kunnen beschikken over de bouwtekeningen van de installatie. Zij deed daartoe een beroep op een bepaling in de overeenkomst die inhield dat de gefailleerde deze bouwtekeningen aan de opdrachtgever zou afstaan in geval van beëindiging van de overeenkomst. Toen de curator kosteloze afgifte van de documenten weigerde, vorderde de opdrachtgever nakoming van deze verplichting in kort geding. De president van de Rechtbank Den Haag wees de vordering toe.¹⁶ Een doorslaggevend element in de overwegingen van de president was dat de desbetreffende bouwtekeningen (waarop, zo nam de president aan, de gefailleerde mogelijk auteurs-

rechten zou kunnen doen gelden) zo specifiek op de situatie bij de opdrachtgever waren toegespitst, dat niet aannemelijk was dat de documenten een substantiële handelswaarde hadden. De curator had volgens de president dan ook niet aannemelijk gemaakt dat zijn weigering de documenten kosteloos af te geven in het belang van de boedel was, terwijl de president wel aannemelijk achtte dat de opdrachtgever door de vertraging in de bouw van de installatie aanmerkelijk schade leed. Tegen die achtergrond stond het de curator volgens de president redelijkerwijs niet vrij aan de afspraak, dat de documenten na beëindiging van de overeenkomst aan de opdrachtgever zouden worden overgedragen, de voorwaarde te verbinden dat een bijdrage aan de boedel wordt geleverd.

Waarin verschilt deze situatie nu met de situatie die aan de orde was in het Nebula-arrest? De curator van Nebula wil een pand verkopen vrij van een recht van gebruik van dat pand, omdat dat gebruiksrecht de waarde van het pand drukt. Zou de curator dat gebruiksrecht moeten respecteren, dan zou de boedel dus een *nadeel* lijden; een tot de boedel behorend vermogensbestanddeel heeft minder handelswaarde wanneer het gebruiksrecht daarop moet worden geëerbiedigd. In de hiervoor bedoelde zaak in het faillissement van het bouwbedrijf, hadden de bouwtekeningen waarover de opdrachtgever wilde kunnen beschikken geen objectieve handelswaarde. De curator kon ze niet verkopen aan een derde. In zoverre werd de boedel door het honoreren van het contractuele recht van de opdrachtgever op afgifte van de bouwtekeningen geen nadeel toegebracht. Hooguit kan men stellen dat de boedel een *voordeel* is ontnomen, omdat de bouwtekeningen voor de opdrachtgever van de bouw van de installatie wel een waarde vertegenwoordigden en de curator erop anticipeerde dat de opdrachtgever daarom wel een boedelbijdrage zou willen betalen.

Wettelijk beschermde contractanten

Het recht op wanpresteren van de curator kan ook begrenzing vinden in het feit dat sommige contractspartijen in ons rechtstelsel wettelijk worden beschermd. Het bekendste voorbeeld is de huurder. Die kan onder omstandigheden aanspraak maken op de regel 'koop breekt geen huur' (art. 7:226 BW). Op grond daarvan kan een huurder zijn recht tegenwerpen aan een rechtsverkrijger van een verhuurder. De vraag is of het Nebula-arrest dit anders maakt ingeval de verhuurder failliet is en zijn curator het verhuurde pand wil verkopen. Verstijlen meent van niet. Hij neemt aan dat, nu de wetgever de huurder een beschermwaardige positie heeft toebedacht en daarbij geen uitzonderingen heeft aanvaard in geval van een faillissement, het belang van de huurder prevaleert boven dat van de gezamenlijke schuldeisers.¹⁷ Ik ben het daarmee eens.¹⁸

17. Verstijlen 2006, p. 119.

18. Zo wordt bijvoorbeeld ook aangenomen dat de curator gebonden zou zijn geweest aan de reguliere wettelijke ontslagbescherming van werknemers wanneer art. 40 Fw daaraan niet had gederogerd.

15. Aldus ook Verstijlen 2006, p. 121.

16. President Rb. Den Haag 3 juli 2001, JOR 2001, 194.

In het Nebula-arrest kwam deze vraag overigens niet aan de orde, omdat de Hoge Raad al eerder heeft beslist dat art. 7:226 BW alleen van toepassing is als een verhuurd goed wordt verkocht door de verhuurder. Indien de verhuurder niet de juridisch eigenaar is, maar slechts economisch eigenaar, zoals in de casus van het Nebula-arrest, mist het artikel derhalve toepassing.^{19,20}

Andere beperkingen

Verstijlen noemt in zijn preadvies diverse andere beperkingen op de hoofdregel dat de curator mag wanpresteren indien dat in het belang is van de boedel. De curator kan uiteraard wel worden verboden – zo nodig in kort geding – gedragingen te verrichten die behalve in strijd met een contractuele verplichting, ook onrechtmatig zijn.²¹ Voorts neemt Verstijlen aan dat het recht op wanprestatie van de curator niet geldt voor andere dan verbintenis-scheppende overeenkomsten, zoals procesrechtelijke overeenkomsten (denk aan bewijsovereenkomsten, arbitragebedingen enz.).²² Ten slotte wijst hij erop dat wanneer een gebruiksgerechtigde het goed waarop het gebruiksrecht rust onder zich heeft (zoals het geval was in de Nebula-zaak), hij onder omstandigheden een retentierecht kan uitoefenen ter zake van de schade die hij lijdt wanneer de curator het desbetreffende goed opeist. Afgifte van het goed aan de curator kan de gebruiksgerechtigde daarmee niet voorkomen, omdat de curator op de voet van art. 60 lid 2 Fw het retentierecht kan doorbreken. Maar op grond van het bepaalde in art. 3:292 BW is de vordering tot schadevergoeding van de gebruiksgerechtigde dan wel hoog bevoorrecht bij de verdeling van de netto-opbrengst (de opbrengst minus de omslag voor de algemene faillissementskosten) van het goed.²³

Relevantie voor softwarelicenties

Hiervoor refereerde ik al even aan de situatie waarin een gefailleerde auteursrechthebbende is op een softwareprogramma en door middel van een licentieovereenkomst aan een derde het gebruiksrecht met betrekking tot dat softwareprogramma heeft verstrekt. Het Nebula-arrest

lijkt in die situatie (en in variaties daarop, zoals de situatie waarin softwareprogramma's van de gefailleerde via dealers aan gebruikers ter beschikking worden gesteld) belangrijke consequenties te kunnen hebben. Een uitputtende analyse daarvan gaat het bestek van deze bijdrage te buiten. Ik volsta daarom met het opwerpen van enkele vragen die men zich kan stellen en het poneren van enkele gedachten in dat verband.

De eerste vraag die rijst, is of de curator in het faillissement van de licentiegever die tevens auteursrechthebbende is, met het Nebula-arrest in de hand de licentienemer kan verplichten het gebruik van het softwareprogramma te staken. Zulks omdat de curator het auteursrecht op het programma te gelde wil maken²⁴ en het gebruik door de licentienemer doorgaans een waardedrukkend effect heeft. Ik denk dat deze vraag in beginsel ontkennend moet worden beantwoord vanwege het bepaalde in art. 45j Auteurswet. Dit artikel luidt – voor zover relevant – als volgt:

'Tenzij anders is overeengekomen, wordt niet als een inbreuk op het auteursrecht op een werk als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onder 12 [kortweg: een softwareprogramma, GAJB], beschouwd de verveelvoudiging vervaardigd door de rechtmatige verkrijger van een exemplaar van eerder genoemd werk die noodzakelijk is voor een met dat werk beoogde gebruik.'

De wetgever spreekt in dit verband van een 'wettelijke beperking op het uitsluitend recht'²⁵ en van een 'wettelijke licentie'.²⁶ Zie ik het juist,²⁷ dan kan een curator van

19. HR 5 maart 2004, NJ 2004, 316.

20. Een andere vraag die opkomt bij de bestudering van de casus in het Nebula-arrest, is of Mulders en Welleman zich als huurders niet kunnen beroepen op de bescherming van art. 7:269 BW: de regel die de onderhuurder van zelfstandige woonruimte aanspraken toekent jegens de hoofdverhuurder in die gevallen waarin de hoofdhuurovereenkomst eindigt. Ook deze vraag was in cassatie niet aan de Hoge Raad voorgelegd en zal mogelijk nog aan de orde komen bij de behandeling bij het hof na verwijzing. A-G Huydecoper neemt daar een voorschot op door in nr. 29 (zie ook nr. 39) van zijn conclusie voor het Nebula-arrest erop te wijzen dat in de rechtspraak van de Hoge Raad art. 7:269 BW restrictief wordt uitgelegd, onder andere in die zin dat de bepaling alleen toepasselijk is als er inderdaad zowel een hoofdhuurovereenkomst van woonruimte is als een onderhuurovereenkomst.

21. Verstijlen 2006, p. 122.

22. Verstijlen 2006, p. 122.

23. Verstijlen 2006, p. 121-122.

24. Ik ga er hier vanuit dat het auteursrecht in de failliete boedel van de auteursrechthebbende valt. Dat is niet altijd het geval. Art. 21 lid 1 Fw bepaalt namelijk dat een auteursrecht buiten het faillissement blijft wanneer het niet vatbaar is voor beslag. Dat is volgens art. 2 lid 3 Aw het geval wanneer de auteursrechthebbende tevens de maker is van het werk. Over de reikwijdte van dit artikel bestaat discussie. Zo bestaat – wonderlijk genoeg – geen overeenstemming over de vraag of het artikel ook van toepassing is op zogenoemde 'fictieve makers' (rechtspersonen). Ook menen sommigen dat het artikel niet van toepassing is op het auteursrecht op bepaalde type werken, waaronder software. Voor een overzicht van de verschillende opvattingen verwijs ik naar de Losbladige editie *Intellectuele Eigendom* (Lenselink), aant. 7 bij art. 2 Aw.

25. Hiermee wordt bedoeld: het recht van de auteursrechthebbende; vgl. Losbladige editie *Intellectuele Eigendom* (Lenselink), aant. 4.1 bij art. 45j Aw.

26. MvT bij art. 45j Aw, wetsvoorstel 22 531, Kamerstuk nr. 3, p. 12.

27. Ik verwijs in dit verband ook naar de uitspraak van de Rb. Den Haag van 23 april 2003, BIE 2004/6. Dat betrof een geval waarin de maker van een softwareprogramma licenties had verstrekt aan klanten en vervolgens het auteursrecht had overgedragen aan een derde. De rechtbank oordeelde dat het desbetreffende licentienemers ook na de overdracht van het auteursrecht door de licentiegever vrij stond onderhouden te doen plegen aan de aan hen geleverde exemplaren van het softwareprogramma. Dat onderhoudswerk kwalificeerde als noodzakelijk voor het 'beoogde gebruik' en leverde daarom volgens de rechtbank op grond van art. 45j Aw geen inbreuk op op het auteursrecht van de verkrijger van het auteursrecht, met wie die klanten geen contractuele relatie hadden.

een licentiegever tevens auteursrechthebbende zich tegenover een licentienemer²⁸ dus niet op het standpunt stellen dat zijn gebruik van het softwareprogramma inbreuk maakt op het auteursrecht van de gefailleerde, zolang dat gebruik althans in lijn is met het beoogde gebruik.²⁹ De positie van de licentienemer met betrekking tot software is dan dus een andere dan die van de economisch gerechtigde tot het pand in de casus van het Nebula-arrest, tegenover wie de curator in ieder geval wel het standpunt kon innemen dat diens gebruik van het pand – weliswaar conform de gemaakte afspraken – inbreuk maakte op het eigendomsrecht van de gefailleerde.

Een licentie op softwareprogrammatuur kan exclusief zijn. Dat komt onder meer voor wanneer een softwareprogramma speciaal is ontwikkeld voor een bepaalde onderneming (maatwerksoftware). Ook dan blijven de auteursrechten op het programma doorgaans bij de leverancier achter en wordt er gewerkt met een licentieovereenkomst. De ontwikkelingskosten zullen dan verdisconteerd zijn in de prijs die de licentienemer aan de licentiegever (de leverancier) betaalt. De licentienemer hoopt met de software haar bedrijfsvoering te verbeteren en daarmee een voorsprong te verkrijgen op haar concurrenten. Dan wil zij natuurlijk niet dat de licentiegever dezelfde software aan een van haar concurrenten aanbiedt. Vandaar dat de licentienemer in dergelijke gevallen veelal exclusiviteit bedingt. De waarde van een dergelijk exclusiviteitsbeding is in geval van faillissement van de licentiegever gering. Uit het Nebula-arrest volgt mijns inziens dat de curator onder dit beding zal kunnen wanpresteren en de auteursrechten op het softwareprogramma in het belang van de boedel zal kunnen exploiteren en te gelde maken.

Dan is daar nog de problematiek van de broncode. De broncode is het softwareprogramma geschreven in een hogere, voor deskundige mensen begrijpelijke programmeertaal. Met behulp van de broncode kan inzicht worden verkregen in de werking van het programma. De broncode wordt onderscheiden van de objectcode. Dat is een in binaire taal (eenen en nullen) geschreven versie van het programma dat wel door de computer kan worden gelezen, maar door de mens niet kan worden begrepen. Wie alleen beschikt over de objectcode kan het programma dus wel gebruiken, maar niet begrijpen.³⁰ De broncode is van groot belang voor zowel de licentiegever tevens auteursrechthebbende als de licentienemer.

28. Een licentienemer kwalificeert als een 'rechtmatige verkrijger' als bedoeld in art. 45j Aw. Zie o.m. M. de Cock Buning en E.M.L. Moerel, Auteursrecht en Y2K, AMI 1999, p. 33.

29. Zie voor de betekenis van het begrip 'beoogd gebruik' in art. 45j Aw de Losbladige editie Intellectuele Eigendom (Lenselink), aant. 4.4 bij art. 45j Aw (met verdere verwijzingen).

30. Ontleend aan A. Neyaert, Het lot van de broncode ingeval van faillissement van de softwareleverancier, Computerrecht 1996, p. 95.

De licentiegever wil vermijden dat zijn programma wordt gekopieerd, hetgeen een eenvoudige klus is voor degene die over de broncode beschikt. Voor de licentienemer is de broncode van belang, omdat het programma zonder die broncode niet kan worden onderhouden, verbeterd en geactualiseerd.

Er zijn verschillende manieren waarop in de praktijk wordt getracht de rechten en belangen van beide partijen veilig te stellen. Een van de mogelijkheden is dat de broncode bij de licentiegever blijft, maar dat contractueel wordt geregeld dat de licentiegever deze in concreet omschreven gevallen aan de licentienemer ter beschikking zal stellen. In die gevallen heeft de licentienemer doorgaans een probleem wanneer de licentiegever failliet gaat. De curator zal het auteursrecht op het softwareprogramma willen exploiteren of te gelde maken. Hij heeft er dan belang bij om te wanpresteren onder de contractuele verplichting tot afgifte van de broncode aan de licentienemer, omdat die afgifte de waarde van dat auteursrecht substantieel zal aantasten. De vraag is of dit anders is wanneer het niet gaat om standaardsoftware, maar om maatwerksoftware. Beslissend zou ik daarbij weer achten of de broncode, althans het auteursrecht daarop, potentieel waardevol is voor derden en derhalve handelswaarde heeft.³¹ Naar ik onder meer van Neyaert³² begrijp, zal dit doorgaans wel het geval zal zijn, omdat ook in een programma vaak oplossingen, studies en ideeën zijn verwerkt op basis waarvan in de toekomst nog andere programma's kunnen worden ontworpen.

In de praktijk wordt ook vaak gewerkt met een *source code escrow*-overeenkomst. De broncode wordt dan gedeponereerd bij een derde partij, de *escrow agent*, die zich ertoe verbindt de broncode onder bepaalde specifiek omschreven gevallen aan de licentienemer ter beschikking te stellen. De constructie komt in verschillende vormen voor. Of zij bestand is tegen het faillissement van de licentiegever zou – mede gelet op het Nebula-arrest – wel eens kunnen afhangen van de titel waarop de *escrow agent* de broncode onder zich krijgt. Een goederenrechtelijke constructie is in dat opzicht te prefereren. Kiest men voor een constructie waarbij de *escrow agent* de broncode op louter verbintenisrechtelijke basis onder zich krijgt, bijvoorbeeld op grond van een overeenkomst van bewaargeving, dan zou dat wel eens ontoereikend kunnen zijn. Het risico bestaat dan dat een curator van de licentiegever de *escrow agent* in kort geding betreft met een vordering hem te verbieden de broncode aan de licentienemer ter beschikking te stellen, omdat dat een inbreuk zou zijn op het auteursrecht van de gefailleerde. Mogelijk betreft de curator ook de licentienemer in het kort geding met de vordering dat deze wordt verboden de broncode te gebruiken, mocht hij die toch van de *escrow*

31. Vgl. Hof Den Bosch 7 februari 1994, BIE 1994, 116.

32. Neyaert 1996, p. 96.

agent verkrijgen.³³ Met het oog op het Nebula-arrest is het de vraag of het enkele feit dat de curator met een kort geding actie als hier bedoeld zou wanpresteren onder de *escrow agreement*, hem van zo'n actie kan weerhouden.

Snijders meende van wel in een opstel dat hij in 1994 schreef naar aanleiding van de hiervoor bedoelde wijziging van art. 37 Fw in 1992.³⁴ Uit het feit dat een verklaring van niet-gestanddoening door de curator niet langer meer tot gevolg heeft dat de overeenkomst wordt geacht te zijn ontbonden, concludeerde Snijders dat het niet meer nodig was om de broncode van softwareprogramma's door middel van goederenrechtelijke constructies veilig te stellen voor de licentienemer voor het geval de licentiegever failliet zou gaan. Een verbintenisrechtelijke constructie zou volstaan, omdat de curator daaraan gehouden zou kunnen worden.³⁵ Ik betwijfel of die conclusie na het Nebula-arrest nog overeind blijft. Verstijlen merkt in zijn preadvies op dat het door Snijders bedoelde geval van de *source code escrow* een situatie betreft waarin de curator het feitelijk niet in zijn macht heeft te wanpresteren. Hij schrijft:³⁶

'De wederpartij heeft nakoming zelf in de hand (of krijgt anderszins wat hij nodig heeft), zonder dat de curator dat kan verhinderen.'

Kennelijk meent Verstijlen dat het recht van de curator om te wanpresteren niet zo ver gaat dat hij een kort geding tegen een *escrow agent* (en zonodig ook tegen de licentienemer) zou kunnen starten als hiervoor bedoeld. Ik zie echter geen wezenlijk verschil tussen een dergelijke actie en de – door de Hoge Raad toelaatbaar geachte – actie die de curator ondernam in de Nebula-zaak.

Afsluiting

Ik kom tot een afronding. Het recht van de curator om te wanpresteren onder bestaande overeenkomsten gaat ver, zo mag uit het Nebula-arrest worden geconcludeerd. Het geldt niet alleen voor verplichtingen van de gefailleerde tot een doen, maar ook voor verplichtingen om het gebruik van tot de boedel behorende goederen te dulden en, naar ik aanneem, ook voor andere verplichtingen om te dulden, alsmede voor verplichtingen tot nalaten. Dui-

delijk is verder dat het recht op wanprestatie van de curator ook weer niet onbegrensd is, doch over de vraag waar de grenzen precies lopen is discussie mogelijk. Ook is het niet gewaagd om te voorspellen dat in de wetenschap en de praktijk regelmatig de vraag zal opduiken wat in een specifieke contractuele verhouding precies de betekenis van het Nebula-arrest kan zijn. Ik heb deze vraag in deze bijdrage specifiek gesteld met betrekking tot een aantal aspecten van het in licentie geven van softwareprogramma's. Voor andersoortige contracten in andere onderdelen van de praktijk zal het arrest ongetwijfeld eigenaardige vragen oproepen.

Mr. G.A.J. Boekraad

33. Men kan zich nog afvragen of relevant is of de afgifte van de broncode door de *escrow agent* kwalificeert als het 'beoogde gebruik' van (het exemplaar van) de broncode door de *escrow agent* als bedoeld in art. 45j Aw. Dezelfde vraag kan men zich stellen ten aanzien van het gebruik van de broncode door de licentienemer in het geval hij deze toch van de *escrow agent* verkrijgt, waarbij dan nog als aanvullende vraag rijst of de licentienemer in dat geval kwalificeert als 'rechtmatig verkrijger' in de zin van genoemd artikel.

34. Zie voetnoot 5.

35. E.P.M. Thole kwam in haar dissertatie (Software, een 'novum' in het vermogensrecht, Antwerpen/Deventer: Kluwer Rechtswetenschappen 1991, p. 209-213) tot dezelfde conclusie, zelfs al onder de redactie van art. 37 Fw onder het oude recht.

36. Verstijlen 2006, p. 115.