

# Insolventie van een licentiegever in het zicht van het Nebula-arrest en het Berzona-arrest

*Citeersuggestie: G.S.C.M. van Roeyen, Insolventie van een licentiegever in het zicht van het Nebula-arrest en het Berzona-arrest, schipperen tussen scylla en charybdis? Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak, nummer 1, januari 2015, SDu.*

Het op 11 juli 2014 gewezen Berzona-arrest van de Hoge Raad,<sup>1</sup> waarin expliciet wordt verwezen naar het op 3 november 2006 gewezen Nebula-arrest,<sup>2</sup> heeft – evenals het Nebula-arrest<sup>3</sup> – reeds het nodige stof doen opwaaien, met name in de wereld van de intellectuele eigendom.<sup>4</sup> Dit is op zich zelf genomen opmerkelijk. De arresten hebben namelijk géén betrekking op geschillen over enig intellectueel eigendomsrecht of enige te dier zake gesloten licentieovereenkomst. De arresten betreffen namelijk – kort gezegd – rechtsvragen op het gebied van onroerend goed, (economische) eigendom, huur en faillissement.

In onderhavig artikel wordt geanalyseerd welke gevolgen het Nebula-arrest en het Berzona-arrest kunnen hebben voor een licentieovereenkomst en de licentiegever en licentienemer, indien de licentiegever failliet is en het object van de licentie (een intellectueel eigendomsrecht) zich in de boedel bevindt (de licentiegever is rechthebbende).<sup>5</sup>

## Nebula en Berzona in de wereld van de intellectuele eigendom

Met wat ‘hindsight’ en zeker ook met de nodige voorzichtigheid lijkt gesteld te kunnen worden dat A-G Huydecoper in zijn conclusie bij de Nebula-zaak de wereld van de intellectuele eigendom (weer),<sup>6</sup> op het spoor heeft gezet van de in die zaak aan de orde zijnde faillissementsproblematiek en de daaraan gekoppelde rechtsvragen. In zijn conclusie vermeldt Huydecoper op

tal van plaatsen casuïstiek op het gebied van intellectuele eigendom en licenties in relatie tot faillissement van licentiegever of licentienemer.

Zo noemt Huydecoper onder andere het geval dat de gefailleerde licentiegever is onder een recht van intellectuele eigendom als een voorbeeld waarin de overeenkomst ziet op een prestatie die wel ten laste van de boedel komt, maar die geen geven of anderszins (actief) handelen aan de kant van de boedel (meer) vergt. Huydecoper constateert dat in zo’n geval een conflict kan ontstaan tussen enerzijds de voor rechthebbenden op prestaties die verschuldigd zijn krachtens ‘persoonlijke verbintenissen’<sup>8</sup> geldende ‘paritas creditorum’ én anderzijds ‘de regel’ dat – behoudens afwijkende regels – het faillissement geen effect heeft op de inhoud en geldigheid van door de inmiddels gefailleerde vóór diens faillissement aangegane overeenkomsten.

Als de laatste regel voorrang zou krijgen, zo parafraseer ik Huydecoper, zou het effect daarvan kunnen zijn dat de betrokken licentieovereenkomst voort blijft bestaan, waardoor de licentienemer – die geen nakoming behoeft te vorderen – in diens hoedanigheid van crediteur ten volle van de prestatie van de failliete licentiegever kan blijven genieten: de curator in het faillissement van de licentiegever behoeft daarvoor niets te doen. Huydecoper constateert dat alsdan de ‘paritas creditorum’ geweld wordt aangedaan: andere crediteuren (die niet aangewezen zijn op ‘inactiviteit’ van de curator, maar op actief presteren, GvR) krijgen ‘het

<sup>1</sup> HR 11 juli 2014, NJ 2014, 407, m.nt. F.M.J. Verstijlen, ECLI:NL:HR:2014:1681; T.T. van Zanten, ‘Geen Nebula, maar Berzona: de curator heeft toch geen recht op wanprestatie!’, *Tvl* 2014, 36; zie voorts ook de talloze publicaties die op het internet (Googlen op ‘Nebula arrest’ volstaat) te vinden zijn van onder andere advocatenkantoren die Berzona in het licht van intellectuele eigendom en licenties in de steigers zetten.  
<sup>2</sup> HR 3 november 2006, NJ 2007, 155, m.nt. P. Van Schilfgaarde, AA 56 (2007), 3, m.nt. R.D. Vriesendorp, p. 233-240, «JOR» 2007/76, m.nt. S.C.J.J. Kortmann en S.E. Bartels, ECLI:NL:HR:2006:AX8838.

<sup>3</sup> Vergelijk J. Becker, ‘Merk en faillissement’, *BMM Bulletin*, 2012, p. 66-73.

<sup>4</sup> Vergelijk onder andere M. Kingma, ‘ABN/Berzona: einde aan de Nebulaleer voor licenties in faillissement’, [IEF 14080](#); D. van Engelen, ‘De Hoge Raad keert op zijn Nebula-schreden terug in ABN AMRO v Berzona’, B9 13118; M. Rijdsijk, ‘The

Licensee’s Position during Bankruptcy’, *WIPR*, September/October 2014.

<sup>5</sup> De feiten die ten grondslag liggen aan het Nebula-arrest en het Berzonaarrest komen slechts aan de orde voor zover relevant voor de strekking van onderhavig artikel.

<sup>6</sup> Zie namelijk reeds uitvoerig in het ‘pre-Nebula-tijdperk’ onder andere: W.A. Hoyng, ‘De octrooilicentie in faillissement’, in: *Recht vooruit*, Opstellen ter gelegenheid van 150 jaar BW, 1988, p. 73-96; A.A. Quaedvlieg, ‘Intellectuele-eigendomslicenties in “Boek 9 Fw”’, *NTBR* 1995, p. 226-235.

<sup>7</sup> Vergelijk ook J.L.R.A. Huydecoper, ‘Insolventie en rechten van intellectuele eigendom’, in: *De bewindvoerder, een octopus, Serie Onderneming en recht*, deel 44, 2008, p. 653-664.

<sup>8</sup> De A-G doelt daarmee op verbintenissen die niet uit een goederenrechtelijke titel voortvloeien.

hunne niet, of in zeer verminderde mate (...)' . Volgens Huydecoper kan men niet dadelijk begrijpen waarom in het door hem besproken geval de 'paritas creditorum' niet gerespecteerd zou moeten worden.

Interessant in dit verband is de verwijzing van Huydecoper in noot 8 van zijn conclusie naar een aantal bronnen (Van Andel, Lenselink, Van Schilfgaarde) die aanvaarden – hetgeen enigszins verbazend is, aldus Huydecoper – dat de curator wél vrij is om het goed ten laste waarvan de desbetreffende prestatie wordt genoten te vervreemden, en dat de verkrijger dan (...) niet gehouden is de aan een crediteur (...) verleende (gebruiks)rechten te respecteren. Waarom Huydecoper dat verbaast, maakt hij duidelijk aan de hand van een voorbeeld: 'de curator zou het octrooi waaronder (een niet op de voet van art. 56 lid 2 ROW ingeschreven) licentie werd verleend kunnen vervreemden; en hoewel de curator wél gehouden was de licentie te respecteren, zou dat dan voor de verkrijger niet gelden. Ik zou menen dat wanneer men deze royale "loophole" in de op de curator rustende nakomingsverplichting aanvaardbaar acht, dat een nadere reden vormt om kritisch te kijken naar het uitgangspunt waarbij die nakomingsverplichting werd aangenomen. Als een recht zo gemakkelijk kan worden ontgaan is dat, zou men denken, misschien geen goed recht.'

### **Nebula: het 'onrecht' op wanprestatie van de curator in het zicht van licenties**

Met voornoemde wijsheden van zijn A-G 'in pacht', zet de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.5 van het Nebula-arrest conform de memorie van toelichting op artikel 37 Fw voorop dat '(...) de faillietverklaring op bestaande overeenkomsten niet de minste invloed uit(oefent); de verbintenissen van de gefailleerde en diens mede-contractant worden er niet door gewijzigd'. Het feit dat het (voort)bestaan van een wederkerige overeenkomst niet wordt beïnvloed door het faillissement van een van de contractanten, betekent echter niet, zo vervolgt de Hoge Raad, dat de schuldeiser van een duurovereenkomst wiens wederpartij failliet wordt verklaard, de rechten uit die overeenkomst kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement ware. Een andere opvatting zou de 'paritas creditorum' op onaanvaardbare wijze doorbreken.

De Hoge Raad beslist aansluitend dat dit<sup>9</sup> ook geldt voor gevallen waarin de gefailleerde krachtens de tussen partijen gesloten overeenkomst niet is gehouden een

bepaalde prestatie te verrichten, maar het gebruik van een aan hem 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 het negeren van het faillissement is echter, zo oordeelt de Hoge Raad, slechts plaats in uitzonderlijke, in de wet uitdrukkelijk geregelde gevallen. De Hoge Raad voert voor zijn beslissing ook nog een andere grond aan: een goed beheer ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van tot de boedel behorende zaken ten aanzien waarvan langlopende overeenkomsten bestaan, zou in ernstige mate worden bemoeilijkt, indien als regel zou worden aanvaard dat de schuldeiser van een duurovereenkomst wiens wederpartij failliet wordt verklaard, de rechten uit die overeenkomst kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement ware.

Met deze argumentatie oordeelde de Hoge Raad in het Nebula-arrest dat het faillissement van de juridische eigenaar Nebula van het pand tot gevolg had dat de economisch eigenaar van dat pand (Walton) niet langer meer haar gebruiksrecht met betrekking tot het pand, dat berust op de economische eigendom daarvan, kon tegenwerpen aan de curator van Nebula. Voorts dat Walton ook niet door een overeenkomst met derden (verweerders in cassatie) aan deze een huurrecht kon verschaffen dat aan de curator van Nebula kan worden tegengeworpen. De omstandigheid dat het gebruiksrecht van Walton met betrekking tot het pand op zichzelf niet werd geraakt door het faillissement van Nebula, brengt daarin volgens de Hoge Raad geen wijziging, omdat dat niet betekent – zo begrijp ik de Hoge Raad – dat de schuldeiser van een duurovereenkomst wiens wederpartij failliet wordt verklaard, de rechten uit die overeenkomst kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement ware.

Tot mijn verbazing en mijns inziens volstrekt ten onrechte is het Nebula-arrest de opmaat geweest voor de propaganda dat de curator het recht heeft om te wanpresteren. De Hoge Raad heeft deze contradictio in terminis echter in het arrest in het geheel niet gepostuleerd. Het begrip 'wanprestatie' – naar hedendaagse maatstaven te verstaan als een 'toerekenbare niet-nakoming' – ontbreekt in het arrest. In het arrest wordt zelfs met geen woord gerept over 'nakoming van verbintenissen', laat staan over 'niet-nakoming'. Nauwgezette lezing van het arrest leert dat de

---

<sup>9</sup> Het op onaanvaardbare wijze doorbreken van de 'paritas creditorum' door te sauveren dat de schuldeiser van een duurovereenkomst wiens wederpartij failliet wordt verklaard,

de rechten uit die overeenkomst kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement ware.

Hoge Raad de curator gebonden acht aan het bij overeenkomst met betrekking tot het zich in de boedel bevindende pand verschaft gebruikrecht, maar dat dat gebruikrecht niet meer kan worden ingeroepen tegen de curator. Een tot nakoming strekkende vordering van de gebruiker, gebaseerd op een – de curator bindende – overeenkomst, vermag – kortom en bij wijze van uitgangspunt – de ‘paritas creditorum’ niet doorbreken. Dát is wat de curator de gebruiker in dat geval mag voorhouden op de voet van het Nebula-arrest. De gebruiker die de vordering tot nakoming wenst te effectueren, dient de vordering ter verificatie in te dienen. Daarmee heeft de Hoge Raad echter niet hét recht op wanprestatie van de curator aanvaard, onder welke noemer het Nebula-arrest ten onrechte op het netvlies van de praktijk is gebrand.<sup>10</sup>

Met dat ‘(on)recht’ op het netvlies, heeft de praktijk gezocht naar wegen om licenties ‘faillissementsbestendig’ te maken. Daarbij speelt op de achtergrond kennelijk de gedachte<sup>11</sup> dat wanneer licenties in het faillissement van een licentiegever niet in dier voege kunnen worden geëffectueerd dat de licentienemer van de curator met succes kan vorderen het aan de licentienemer toegestane gebruik te dulden, de waarde en exploitatiemogelijkheden van intellectuele eigendomsrechten negatief kan beïnvloeden. Vanuit het perspectief van de licentienemer speelt in dit verband ook het belang dat licenties voor tal van licentienemers van levensbelang kunnen zijn.<sup>12</sup> Van Zanten<sup>13</sup> geeft een fraai ‘doorkijkje’ op wegen die de praktijk zoal heeft bewandeld om binnen voormeld spanningsveld van belangen ‘het recht van de curator op wanprestatie’ te beteugelen:

*“Zo werd bijvoorbeeld geëxperimenteerd met c.q. gefilosofeerd over de (werking van) de vestiging van een recht van vruchtgebruik op IE-rechten, overdrachten van het onderliggende IE-recht onder opschortende voorwaarde van faillissement en onvoorwaardelijke overdrachten aan een beheersstichting. Ook werden allerlei - minder vergaande, maar daardoor ook minder zekere - contractuele constructies gesuggereerd, die niet zozeer verhinderden dat het recht van de licentiehouder zou worden doorkruist, maar het voor de curator*

*aantrekkelijk moesten maken om dat niet te doen, zoals oplopende royaltyverplichtingen of bonussen aan het einde van de looptijd van het contract.”*

Alhoewel ik persoonlijk kan genieten van creatief (door) denken van de hier aan de orde zijnde problematiek (daar is niets mis mee), heb ik van één mijn leermeesters (J.E.J. Th. Deelen) reeds in de propedeuse (dat was in 1983-1984) geleerd het begrip ‘constructie’ te vermijden in het privaatrecht, omdat het uitsluitend behoort tot de grammatica van de fiscalist. Een denken in termen van ‘constructies’ leidt niet zelden tot het op kunstmatige, gekunstelde wijze creëren van de wenselijk geachte oplossing (in casu het ‘faillissementsbestendig’ maken van licenties). Genoemd rechtmatig doel heiligt dan wellicht de middelen, het resultaat ervan is dat het rechtsverkeer wordt opgezadeld met een papieren santenkraam waar alleen nog specialisten wegwijs in weten, of wellicht – wie weet – daarin zelf ook het spoor bijster raken

### **Berzona gelezen op Nebula met het oog op licenties**

Naar mijn overtuiging dient het Berzona-arrest in het hiervoor geschetste perspectief te worden gelezen. De Hoge Raad reflecteert in het Berzona-arrest – in r.o. 3.6.5 – uitdrukkelijk op de reikwijdte van het Nebula-arrest:

*“Dat arrest heeft slechts betrekking op de vraag of de curator gebonden is aan een huurovereenkomst die na het faillissement van de juridische eigenaar van de verhuurde zaak is aangegaan door de economisch eigenaar daarvan op grond van een hem daartoe door de juridische eigenaar verleende contractuele bevoegdheid. Die vraag is in dat arrest ontkennend beantwoord op de grond dat de mogelijkheid om door het aangaan van een huurovereenkomst te beschikken over zaken die behoren tot de boedel, een te vergaande inbreuk vormt op de gelijkheid van schuldeisers. Deze beslissing betreft een andere kwestie dan hier aan de orde.”*

De Hoge Raad beperkt daarmee de reikwijdte van het Nebula-arrest tot het daarin voorliggende specifieke geval. Wat betreft licentieverhoudingen kan daaruit – met de nodige voorzichtigheid, omdat Nebula immers niet direct zo’n verhouding betreft<sup>14</sup> – worden afgeleid

<sup>10</sup> Vergelijk T. van Zanten, ‘Het recht van de curator op wanprestatie’, Tvl 2007, 2, p. 40-51; G.A.J. Boekraad, ‘Het recht op wanprestatie van de faillissementscurator – Naar aanleiding van het Nebula-arrest (HR 3 november 2006, RvdW 2006, 1033)’, MvV 2007, p. 46-53.

<sup>11</sup> Vergelijk Th. van Engelen, ‘Licenties in faillissement na het Nebula-arrest: schuifelen tussen de scherven’, IER 2009, 75, p. 299.

<sup>12</sup> Vergelijk T. van Zanten, ‘Geen Nebula, maar Berzona: de curator heeft toch geen recht op wanprestatie!’, t.a.p., p. 193.

<sup>13</sup> Vergelijk T. van Zanten, ‘Geen Nebula, maar Berzona: de curator heeft toch geen recht op wanprestatie!’, t.a.p., p. 193.

<sup>14</sup> Een licentieovereenkomst is natuurlijk géén overeenkomst van economische eigendomsoverdracht als in Nebula aan de orde, maar deze overeenkomsten hebben zeker gemeenschappelijke kenmerken, waaronder het dulden door de rechthebbende van het gebruik van een hem toebehorend

dat na faillissement van de licentiegever de licentienemer niet de rechten uit een vóór faillissement gesloten licentieovereenkomst kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement ware. De licentienemer kan het aan de licentieovereenkomst ontleende gebruiksrecht niet tegenwerpen aan de curator. De licentienemer kan diens gevolge ook niet door een na faillissement gesloten overeenkomst met derden aan die derden een gebruiksrecht met werking tegenover de curator verschaffen.<sup>15</sup> Daarin wordt geen wijziging gebracht doordat het faillissement het gebruiksrecht van de licentienemer op zichzelf niet raakt.

Daarbij laat de Hoge Raad het echter niet in Berzona. De Hoge Raad stelt in Berzona voorop dat het faillissement géén invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten en dan ook niet tot wijzingen leidt van de daaruit voortvloeiende verbintenissen. In beginsel heeft de curator echter de mogelijkheid – zo stelt de Hoge Raad op de voet van artikel 37 lid 1 Fw vast – om overeenkomsten niet gestand te doen. Dat betekent – aldus de Hoge Raad – ‘en dus de daaruit voortvloeiende verbintenissen niet na te komen’, voor welke conclusie de Hoge Raad uitdrukkelijk verwijst naar het Nebula-arrest.

Het is goed te zien dat de Hoge Raad daarmee – mijns inziens – niet het recht op wanprestatie van de curator erkent. De uitdrukkelijke verwijzing van de Hoge Raad in dit verband naar artikel 37 lid 1 Fw<sup>16</sup> is daarvoor een duidelijke indicatie. Op grond van deze bepaling kan de curator het recht verliezen zijnerzijds nakoming van een wederkerige overeenkomst te vorderen, indien deze ten tijde van de faillietverklaring zowel door de schuldenaar als door zijn wederpartij in het geheel niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen en de curator zich niet binnen een hem daartoe schriftelijk door de wederpartij gestelde termijn bereid verklaart de overeenkomst gestand te doen. De wederpartij van de curator is niet verplicht de curator in staat te stellen zich op de voet van artikel 37 lid 1 Fw uit te spreken over gestanddoening van de

---

goed (pand, intellectueel eigendomsrecht) door een contractuele wederpartij (licentienemer respectievelijk economisch eigenaar).

<sup>15</sup> Denk bijvoorbeeld aan contractsoverneming of verlening van sublicenties.

<sup>16</sup> En niet enkel naar de memorie van toelichting op artikel 37 Fw, waarmee de Hoge Raad volstond in het Nebula-arrest.

<sup>17</sup> In dit verband verdient vermelding wat A-G Huydecoper in noot 13 in zijn conclusie voor het Nebula-arrest schrijft: ‘Men moet zich er niet op verkijken dat de gecontinueerde “nakoming” van, bijvoorbeeld, een huur- of licentieovereenkomst voor de boedel niet altijd nadelig hoeft te zijn. Als tegenover het huurgenot of “licentiegenot” baten in de vorm van reële huuropbrengsten of royalties staan, kan het laten doorlopen van de overeenkomst voor alle

overeenkomst. Ziet de wederpartij daarvan af, dan krijgt de curator niet op de voet van artikel 37 lid 1 Fw de mogelijkheid om de overeenkomst niet gestand te doen en – in de woorden van de Hoge Raad in Berzona – dus de daaruit voortvloeiende verbintenissen niet na te komen. De curator heeft in dat geval géén recht op niet-nakoming. Het komt mij voor dat de Hoge Raad hiermee op dat punt buiten kijf heeft gesteld dat hij in het Nebula-arrest niet een recht op niet-nakoming van de curator buiten het wettelijk verband van artikel 37 Fw heeft aanvaard.<sup>17</sup>

De Hoge Raad heeft echter in het Berzona-arrest nog een paar extra stappen gezet. Zo heeft hij ook aangegeven op welke verbintenissen de niet-nakoming door de curator op de voet van artikel 37 Fw betrekking heeft: verbintenissen die uit of ten laste van de boedel moeten worden voldaan. Volgens de Hoge Raad zijn dat onder andere verbintenissen tot een betaling, tot de afgifte van een zaak of tot de vestiging van een recht. Belangrijk daarbij is dat de Hoge Raad voorts oordeelt dat vorderingen van crediteuren van de failliet die tot dergelijke prestaties gerechtigd zijn, in het faillissement geldend worden gemaakt door indiening ter verificatie, indien de curator het niet in het belang van de boedel oordeelt om deze te voldoen.

Opmerkelijk is dat de Hoge Raad in relatie tot genoemde verbintenissen zich bedient van het tussen haken en aanhalingstekens geplaatste woord ‘passief’. Het lijkt er op dat de Hoge Raad daarmee het oog heeft op niet-nakoming van de desbetreffende verbintenissen in passieve zin: de curator moet uit of ten laste van de boedel een betaling verrichten, een zaak afgeven of een recht vestigen, maar laat dat (op de voet van artikel 37 Fw) na.

De Hoge Raad heeft daarnaast ook oog voor een ander soort ‘niet-nakoming’ door de curator die door de Hoge Raad in r.o. 3.6.4 met het tussen haken en

betrokkenen verkieslijk zijn, en wordt het door mij ten tonele gevoerde dilemma dus niet als probleem ervaren. Dat is – bijvoorbeeld – anders in gevallen waarin tegenover de prestatieplicht van de kant van de boedel geen adequate tegenprestatie van de kant van de andere partij (meer) staat. Het meest sprekend is misschien het voorbeeld van de (vóór het faillissement) geheel vooruitbetaalde huur of de als “lump-sum” ineens betaalde royalty (een geval dat in materieel opzicht trouwens veel gelijkenis vertoont met dat van de “economische” eigendomsoverdracht: ook dan is de prijs voor de bedongen rechten meestal ineens “vooruitbetaald”). Dan kost het geen moeite om in te zien dat het daadwerkelijk effectueren van de prestatieplicht ten laste van de boedel de ene crediteur die de prestatie geniet, bevoordeelt boven de overige crediteuren.’

aanhalingstekens geplaatste woord 'actief' in beeld wordt gebracht: het gebruikmaken van een bevoegdheid of geldend maken van een vordering die de wet of overeenkomst niet toekent aan de curator. Volgens de Hoge Raad heeft het uitspreken van het faillissement niet tot gevolg dat de curator ook een bevoegdheid toekomt die de wet of de overeenkomst niet toekent. Als voorbeelden daarvan noemt de Hoge Raad ontruiming of opeising van het gehuurde als de huurovereenkomst nog loopt. Volgens de Hoge Raad zou dit immers in strijd komen met het beginsel dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten. Dit voert de Hoge Raad tot de conclusie (in het ter beslissing voorliggende geval) dat indien de huurder ten tijde van de faillissementsaanvraag in het genot is van het gehuurde, de curator niet bevoegd is dat genot te beëindigen als de huurovereenkomst nog loopt: 'De vordering tot het verschaffen van huurgenot levert in dat geval geen vordering op die in het faillissement ter verificatie kan worden ingediend.'

Deze laatste zinsnede is mogelijk verwarringwekkend, omdat de Hoge Raad in de daaraan voorafgaande rechtsoverwegingen de voorliggende rechtsvraag ('is de vordering tot het verschaffen van huurgenot wel een steunvordering?') aansnijdt vanuit het perspectief van de curator van de verhuurder. Centraal in die rechtsoverwegingen staat dan niet tot wat de huurder vorderingsgerechtigd is ten opzichte van de boedel, maar wat de curator van de verhuurder zich mag veroorloven tegenover de huurder.

Het oogt wat vreemd om vanuit dat perspectief in rechtsoverweging 3.6.6 (plots) over te stappen op de vorderingsgerechtigdheid van de huurder. Wat daarvan ook verder zij: de Hoge Raad overweegt uitdrukkelijk dat de curator niet bevoegd is het genot van het gehuurde te eindigen als de huurovereenkomst loopt ten tijde van de faillissementsaanvraag. 18 De curator kan in dat geval de huurovereenkomst niet beëindigen en de vordering (van de huurder) tot het verschaffen van huurgenot levert in dat geval dientengevolge geen vordering op die in het faillissement ter verificatie kan worden ingediend.

### **Synthese tussen Berzona en Nebula met het oog op licenties**

Wat betekent dit (Berzona) nu concreet voor de positie van licentienemer in geval van faillissement van de licentiegever? Indien sprake is van een ten tijde van de faillissementsaanvraag bestaande wederkerige licentieovereenkomst, heeft het faillissement daarop geen invloed. Het faillissement leidt niet tot wijziging van de daaruit voor licentienemer en licentiegever

voortvloeiende verbintenissen. De curator in het faillissement van de licentiegever heeft echter in beginsel het recht binnen het kader van artikel 37 Fw de licentieovereenkomst niet gestand te doen en dus de daaruit voortvloeiende verbintenissen niet na te komen. Het gaat dan om verbintenissen die uit of ten laste van de boedel moeten worden voldaan. Uit de door de Hoge Raad daarvan in Berzona gegeven voorbeelden, gelezen in combinatie met r.o. 3.5 van het Nebula-arrest, vloeit mijns inziens voort dat de Hoge Raad niet alleen het oog heeft op verbintenissen die strekken tot het verrichten van een bepaalde prestatie. Tot die verbintenissen behoren ook die op grond waarvan de licentiegever tegenover de licentienemer gehouden is het gelicentieerde gebruik te dulden, mits het recht van intellectuele eigendom dat het voorwerp is van de licentieovereenkomst, eigendom is van de failliete boedel.

De curator kan zo bezien, zij het binnen het verband van artikel 37 lid 1 Fw, de licentienemer te kennen geven de licentieovereenkomst niet gestand te doen en dus de verbintenis om het aan de licentienemer toegestane gebruik te dulden, niet na te komen. Op vergelijkbare wijze kan een curator een op de licentiegever rustende verbintenis om de in de licentie gegeven intellectuele eigendomsrechten in stand te houden (bijvoorbeeld door tijdige voldoening van de daarvoor verschuldigde taxes), niet nakomen. Ook hoeft de curator op de voet van artikel 37 lid 1 Fw niet na te komen een verbintenis om de in de licentieovereenkomst betrokken intellectuele eigendomsrechten niet over te dragen aan een derde of deze in geval van een voornemen tot overdracht eerst aan te bieden aan de licentienemer. De licentienemer die de weg volgt van artikel 37 lid 1 Fw loopt het risico er bekaaid van af te komen: doet de curator de overeenkomst niet gestand, dan resteert voor de (op nakoming gerichte) vordering van de licentienemer slechts de indiening ter verificatie. De reddingsboeien die de licentienemer in het zicht van Nebula en Berzona lijkt te hebben, zijn de regel dat het faillissement geen invloed heeft op een bestaande licentieovereenkomst en dat daaruit voortvloeiende verbintenissen door het faillissement niet worden gewijzigd én de regel dat het uitspreken van het faillissement van de licentiegever niet tot gevolg heeft dat de curator ook een bevoegdheid of vordering toekomt die de wet of de overeenkomst niet toekent.

Deze laatste regel lijkt te indiceren dat als de licentienemer niet in gebreke is in de nakoming van de verbintenissen voortvloeiend uit de licentieovereenkomst, de curator slechts een bevoegdheid of vordering tot beëindiging van de

licentieovereenkomst toekomt, indien dat in de overeenkomst is bepaald of als de wet de curator die bevoegdheid of vordering toekent. Bij gebreke daarvan geldt mijns inziens dat de curator die toch tot beëindiging overgaat dat zonder recht en titel doet. In dat geval, zou ik menen, gaat de curator diens boekje te buiten en kan dat tot aansprakelijkheid leiden. De curator handelt dan immers in strijd met het door de Hoge Raad en de faillissementswetgever erkende beginsel dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten. Naar mijn mening zijn het Nebula-arrest en het Berzona-arrest allerminst strijdig met elkaar en zeer wel met elkaar te verenigen.<sup>19</sup> Met beide arresten dwingt de Hoge Raad de praktijk tot het minutieus inventariseren van bij faillissementen betrokken rechten, verbintenissen en vorderingen en daarop aansluitend het bepalen van de plaats die zij faillissementsrechtelijk verdienen in het rechtsverkeer tussen met name failliet, curator en contractuele wederpartijen van de failliet. Dat dat vaak voor betrokkenen een schipperen tussen Scylla en Charybdis (boedel versus contractuele wederpartij van de failliet) is, is welhaast onvermijdelijk, zeker gezien de vaak op het spel staande tegenstrijdige en niet zelden grote financiële belangen. Voor de wereld van de intellectuele eigendom bevatten het Nebula-arrest en het Berzona-arrest belangrijke aanwijzingen hoe moet worden omgegaan met licenties in faillissementen en dat is veel waard.

Gino van Roeyen