

Tilburg University

Nebula (Van den Bos q.q./Mulders & Welleman)

Vriesendorp, R.D.

Publication date:
2007

Document Version
Early version, also known as pre-print

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Vriesendorp, R. D., (2007). *Nebula (Van den Bos q.q./Mulders & Welleman)*, No. 2007-07, Nov 03, 2006. (Ars Aequi; Vol. 56-3, No. p. 233-240).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Nebula (Van den Bos q.q./Mulders & Welleman)

Hoge Raad 3 november 2006, C05/165HR, *LJN* AX8838, *RvdW* 2006, 1033
Mrs. Beukenhorst, Van Buchem-Spapens, Kop, Numann, Bakels, A-G mr. Huydecoper

Prof. mr. R.D. Vriesendorp

Ovreeenkomst van economische eigendomsoverdracht; invloed van faillissement op passieve verplichtingen (dulden of niet-doen) van schuldenaar duurovereenkomst; economische eigendom; recht op wanprestatie door de curator

Inleiding

Zoals ik in mijn noot onder Curatoren BabyXL/Amstel Lease opmerkte, is de faillietverklaring – als zodanig – niet van invloed op wederkerige overeenkomsten waarbij de schuldenaar partij is, maar bleek in dat arrest dat een insolventie dergelijke overeenkomsten toch niet onberoerd laat: een (aanvraag tot) surseance van betaling en/of faillissement heeft wel degelijk gevolgen.¹ De onderhavige casus illustreert de invloed van een faillissement op de gevolgen van een wederkerige overeenkomst opnieuw. Hierin heeft de Hoge Raad een ander facet van dit lastige leerstuk belicht en duidelijkheid geschapen omtrent de autonome positie die een curator in de afwikkeling van het faillissement inneemt tegenover schuldeisers. Het staat hem vrij om met een beroep op artikel 26 Fw. in het belang van de boedel te wanpresteren,² ongeacht of de door de gefailleerde schuldenaar toegezegde prestatie een actief handelen vereist (bijv. de verplichting om de verkochte zaak te leveren) dan wel een dulden (zoals het gebruik toestaan van een tot de boedel behorende zaak) of een niet-doen (bijv. het niet ontnemen van het uitzicht over het erf van de gefailleerde). Hierover werd tot nog toe verschillend gedacht³ en met dit arrest heeft de Hoge Raad op basis van het systeem van ons faillissementsrecht een heldere keuze gemaakt. In deze noot bespreek ik het probleem waarover de Hoge Raad zich moest uitlaten en de verschillende stappen die hiervoor moeten worden genomen. Ik sluit af met een korte observatie over de reikwijdte van de uitspraak. Allereerst volgt een korte weergave van de casus en het procesverloop.

Casus en procesverloop

Het geschil heeft zijn grondslag in een overeenkomst van economische eigendomsoverdracht van een bedrijfsruimte met twee bovenwoningen d.d. 24 december 1991 tussen de later gefailleerde eigenaar Nebula B.V. (hierna: “Nebula”) enerzijds en –

¹ HR 13 mei 2005, *Ars Aequi* 2005/11, p. 938-945 (Curatoren BabyXL/Amstel Lease)., waarin ik verwees naar G.W. Van der Feltz, *Geschiedenis van de Faillissementswet I* (Haarlem, 1896), p. 409; Polak-Wessels, *Insolventierecht II*, nrs. 2465 e.v.

² Vgl. hieromtrent F.M.J. Verstijnen, *preadvies VBR* 2006, p. 113 e.v., 121 e.v.

³ Zie bijv. W.J.M. van Andel in zijn noot onder het arrest a quo van het hof Amsterdam d.d. 17 maart 2005, *JOR* 2005/161, § 7.

uiteindelijk⁴ – Walton B.V. (hierna: “Walton”). Deze overeenkomst hield in dat het economisch belang en het risico vanaf 1 januari 1992 voor rekening van Walton kwamen en dat Walton gerechtigd was om het tijdstip van juridische overdracht van het pand te bepalen. Hiertoe waren in de overeenkomst onder meer de volgende bepalingen opgenomen, waarmee de koper (Walton) een vergaande beheers- en beschikkingsmacht verkreeg:⁵

“Artikel 1: Het onroerend goed behoort met ingang van heden in economische zin in eigendom aan de koper doch zal tot een nader door de koper te bepalen tijdstip geheel of gedeeltelijk ten name van verkoper blijven staan.

Artikel 2: Alle kosten, belastingen en andere lasten op deze overeenkomst van koop en verkoop en op de economische, de juridische en de feitelijke leveringen van het onroerend goed vallende, zijn voor rekening van de verkoper (...).

Artikel 3: Het onroerend goed wordt aan de koper in bezit en genot geleverd op heden, onder gestanddoening der lopende huurovereenkomsten; vanaf 1 januari 1992 zijn alle baten, lasten en het risico voor rekening van de koper, die met ingang van heden bevoegd is tot het verrichten van alle (rechts)handelingen met betrekking tot het onroerend goed, van welke (rechts)handelingen verkoper zich zal onthouden tenzij koper het tegendeel verzoekt.

Artikel 4: Het onroerend goed wordt heden in economische eigendom overgedragen in de staat waarin het zich op heden bevindt met alle daaraan verbonden lusten en lasten, rechten en verplichtingen

(...)

Artikel 7: De juridische levering van het onroerend goed zal geschieden op een nader door de koper te bepalen tijdstip, onder de bepalingen vast te stellen door de koper mits met inachtneming van het bij deze akte overeengekomene.

Artikel 8: Als integrerend deel bij deze akte door de verkoper en de koper overeengekomene verleent de verkoper bij deze een onherroepelijke volmacht met de macht van substitutie aan de koper om voor en namens de verkoper:

- a. het onroerend goed geheel of in gedeelten in juridische eigendom over te dragen;
- b. in het algemeen de verplichtingen door de verkoper jegens de koper op zich genomen, na te komen;
- c. in het algemeen tot het verrichten van alle rechtshandelingen, waartoe een juridische eigenaar bevoegd is, daaronder uitdrukkelijk begrepen de splitsing van het onroerend goed in appartementen.”

Op 24 maart 1999 is Nebula failliet verklaard met aanstelling van – onder meer – mr. Van den Bos tot curator. Van de in artikel 8 bedoelde volmacht om voor en namens de verkoper die levering uit te voeren was toen nog geen gebruik gemaakt, zodat Nebula juridisch eigenaar van het pand is gebleven. Nadien is per 1 juli 2000 door Walton een van de bovenwoningen op eigen naam verhuurd aan Mulders⁶ en Welleman. Toen de curator erachter kwam dat een deel van het aan Nebula toebehorende pand in gebruik was door Mulders & Welleman heeft hij ontruiming gevorderd; eerst in kort geding, maar na afwijzing wegens gebrek aan spoedeisend belang later in een bodemprocedure bij de rechtbank Amsterdam. Deze heeft de vordering toegewezen op grond van de stelling van

⁴ Oorspronkelijk was het pand verkocht aan Donkelaar Supermarkt B.V., die het echter al na drie dagen – met instemming van Nebula – op gelijke condities aan haar bestuurder (Walton) had doorverkocht; zie r.o. 3.1(ii) van het arrest.

⁵ Zie r.o. 3.1(i).

⁶ Een kind van de bestuurder van Walton

de curator dat Mulders & Welleman de bovenwoning zonder recht of titel in gebruik hadden. Na de faillietverklaring was Walton niet meer bevoegd om over het pand te beschikken in de zin dat zij met betrekking tot het tot de boedel van Nebula behorende pand geen de curator bindende huurovereenkomsten kon sluiten. Op basis van het vonnis van de rechtbank hebben Mulders & Welleman de woning ontruimd.

In hoger beroep heeft het hof echter het vonnis van de rechtbank vernietigd en de curator alsnog in het ongelijk gesteld. Kort gezegd kwam de redenering van het hof erop neer dat Walton gerechtigd was om het gehele pand te gebruiken en dus ook delen daarvan te verhuren. De bevoegdheid om dergelijke overeenkomsten te sluiten vloeide voort uit de overeenkomst tot economische eigendomsoverdracht en deze was door de faillietverklaring niet komen te vervallen. Voor een geldige huurovereenkomst was slechts wilsovereenstemming tussen Walton en Mulders & Welleman vereist, hetgeen niet in geschil was. Dientengevolge bewoonden Mulders & Welleman het pand niet zonder recht of titel en moest de curator Mulders & Welleman weer toelaten tot de bovenwoning.

De curator is in cassatie gegaan waarin hij A-G Huydecoper aan zijn zijde heeft gevonden. Vervolgens heeft ook de Hoge Raad het standpunt van de curator onderschreven: hij vernietigde het arrest van het Amsterdamse hof met verwijzing naar het hof Den Haag voor de verdere afdoening.

Noot

De (aanstaande) jurist die zich voor het insolventierecht interesseert heeft met dit belangwekkende arrest enige duidelijkheid gekregen op het lastige terrein van de wederkerige overeenkomsten en de gevolgen van een faillietverklaring. Hierbij spelen de beginselen dat een faillietverklaring geen invloed heeft op bestaande overeenkomsten⁷ enerzijds en dat van de gelijkheid van schuldeisers (*paritas creditorum*)⁸ anderzijds een centrale rol. Voor de vraag of Mulders & Welleman na de faillietverklaring van Nebula de woning van Walton met werking tegen de curator mochten en konden huren is allereerst van belang of de economische eigendom van Walton – die als zodanig het verhuren door Walton toestond – na de faillietverklaring was blijven voortduren. Waar dit het geval blijkt te zijn, komt vervolgens de vraag aan de orde in hoeverre Mulders & Welleman hun gebruiksrecht ook tegen de curator kunnen inroepen. Voor de beantwoording van deze vraag is allereerst van belang iets op te merken over de figuur van de ‘economische eigendom’.

1. *Economische eigendom is geen eigendom*

De casus is opgebouwd met de constructie van een economische eigendomsoverdracht. Hiertoe waren in de rechtsverhouding tussen Nebula en Walton de hierboven aangehaalde bepalingen uit de oorspronkelijke overeenkomst (tussen Nebula en Donkelaar Supermarkt) van toepassing, doordat die in de tweede overeenkomst (tussen

⁷ Het faillissement betreft immers uitsluitend de goederen van de schuldenaar waarop verhaal kan worden genomen (art. 20 Fw.; vgl. Van der Feltz, I, p. 7) en niet ook de rechtsverhoudingen waarin hij participeert.

⁸ Het uitgangspunt van het verhaalsrecht op het vermogen van de schuldenaar ex art. 3:276 BW vormt de verdeling naar evenredigheid van de vorderingen (art. 3:277 BW).

Donkelaar Supermarkt en Walton) met instemming van Nebula waren overgenomen. Door de onherroepelijke volmacht van artikel 8 verkreeg Walton een vergaande beheers- en beschikkingsmacht en had zij het in haar macht om naar eigen believen het tijdstip van de juridische levering te bepalen en – uitgaande van beschikkingsbevoegdheid van Nebula – de eigendomsoverdracht te bewerkstelligen, onafhankelijk van Nebula. Vandaar de aanduiding ‘economische eigendomsoverdracht’: de koper is ‘op een haar na’ juridisch eigenaar. Alsof hij de juridische eigendom al heeft verworven draagt hij – economisch gezien – de lusten en lasten van de zaak.⁹

Door het gebruik van de term ‘economische eigendom(overdracht)’ ontstaat mogelijk toch verwarring: in hoeverre is dit vergelijkbaar aan (juridische) eigendom, waaraan in faillissement bepaalde rechtsgevolgen zijn verbonden? Blijkbaar heeft de Hoge Raad die mogelijke verwarring willen wegnemen met een tamelijk uitvoerige plaatsbepaling van deze rechtsfiguur in r.o. 3.4. Hierin overweegt hij dat

“bij de totstandkoming van Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek uitdrukkelijk de vraag onder ogen is gezien of het aanbeveling verdient in de wet onderscheid te maken tussen juridische en economische eigendom. In antwoord op een door de bijzondere commissie voor de herziening van het Burgerlijk Wetboek uit de Eerste Kamer gestelde vraag antwoordde de regering onder meer:

‘Het verdient geen aanbeveling de figuur van economische eigenaar in het Burgerlijk Wetboek in te voeren. De positie van degene die houder van een zaak is op grond van een obligatoire overeenkomst of een beperkt zakelijk recht, dient te worden bepaald door de regels betreffende die overeenkomst of dat zakelijk recht en niet door andere regels die aan de economische eigendom - wat men daar ook onder mag verstaan - zouden moeten zijn verbonden. (...) Men kan het begrip 'economisch eigenaar' ook in verband brengen met de in het huidige recht bekende fiduciaire eigendom, waarvan in de praktijk vooral de eigendomsoverdracht tot zekerheid van belang is en waarbij men verder pleegt te denken aan figuren als de Engelse trust. In het nieuwe BW zullen deze echter niet zijn toegelaten (...). Ook in dit opzicht verdient het derhalve geen aanbeveling het begrip 'economische eigendom' in het nieuwe wetboek te introduceren.’ (EV I, Parl. gesch. Boek 5, blz. 17-18).

Het begrip economische eigendom heeft op grond van deze overwegingen geen regeling gevonden in het Burgerlijk Wetboek. Dit begrip moet in het burgerlijk recht daarom worden opgevat als een samenvattende benaming zonder zelfstandige betekenis van de rechtsverhouding tussen partijen die de ‘economische eigendom’ in het leven hebben geroepen.”

Met deze laatste zinsnede sloot de Hoge Raad aan bij – en werd met zoveel woorden verwezen naar – een recente eerdere uitspraak over economische eigendom.¹⁰ In r.o. 3.3.1 van deze uitspraak overwoog hij in 2004 al dat

“economische eigendom geen eigendom is en met dit begrip slechts wordt bedoeld op het bestaan van een aantal verbintenisrechtelijke rechten en verplichtingen met betrekking tot een zaak, die niet in alle gevallen dezelfde inhoud behoeven te hebben.”

Hoewel de koper het door de onherroepelijke volmacht zelf in de hand heeft om ook de juridische eigendom op zich te laten overgaan, is de juridische positie van de verkoper

⁹ De reden voor deze constructie was veelal gelegen in de fiscaliteit; vroeger kon men hiermee onder meer bij elkaar opvolgende (door)verkoop van onroerende zaken de overdrachtsbelasting voorkomen.

¹⁰ HR 5 maart 2004 (Vagobel/Geldnet), NJ 2004, 316 m.nt. PAS.

niet geheel zonder betekenis. Zo leidt economische eigendom niet tot juridische eigendom in het geval de verkoper voorafgaand aan de juridische levering beschikkingsonbevoegd wordt, bijvoorbeeld door een faillissement, zoals in deze casus. Dan blijkt economische eigendom juridisch dus geen eigendom te zijn en heeft de economisch eigenaar geen sterke positie. De onherroepelijke volmacht biedt hem evenmin steun, nu deze door de faillietverklaring is komen te vervallen (art. 3:72 sub a BW; vgl. art. 7:422 lid 1 BW) en een levering ook niet meer zou kunnen plaatsvinden (art. 35 Fw.). Slechts door zijn verbintenisrechtelijke aanspraken te versterken met een boetebeding, verzekerd door een pand- of hypotheekrecht op het relevante goed, kan de economische eigenaar zich nog een plaatsje aan de onderhandelingstafel met de curator verwerven.

Dit alles zegt evenwel nog niets over het voortduren van de overeenkomst van economische eigendomsoverdracht en de daaruit voortvloeiende rechten van Walton en daarvan afgeleide rechten van derden als zodanig. Het verweer van Mulders & Welleman tegen de ontruimingsvordering van de curator is immers dat zij het pand niet zonder recht of titel bewonen: zij ontlenen hun bevoegdheid aan de huurovereenkomst die zij na de faillietverklaring met Walton hebben gesloten, terwijl Walton op grond van haar rechtsverhouding met Nebula bevoegd was om dergelijke huurovereenkomsten aan te gaan. In hoeverre zijn die rechten door de faillietverklaring van Nebula geraakt?

2. De faillietverklaring van Nebula en de gevolgen voor de rechtsverhouding met Walton en Mulders & Welleman

Voor een succesvol verweer van Mulders & Welleman tegen de curator is om te beginnen vereist dat Walton na de faillietverklaring van Nebula nog wel bevoegd was tot het aangaan van huurovereenkomsten met betrekking tot het pand. Dit roept de vraag op in hoeverre de rechtsverhouding tussen Nebula en Walton – die een dergelijke bevoegdheid impliceerde – ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst tussen Walton en Mulders & Welleman nog in tact was. Wat zijn, met andere woorden, de gevolgen van de faillietverklaring van Nebula voor het bestaan en voortduren van de overeenkomst tot economische eigendomsoverdracht (a) en wat betekent dit in de verhouding tussen de curator en de economische eigenaar (b) en tussen de curator en derden die hun rechten afleiden van de economische eigenaar (c)?

a. De gevolgen van de faillietverklaring voor de overeenkomst tot economische eigendomsoverdracht

De gevolgen van een faillissement op wederkerige duurovereenkomsten, zoals huur-, lease- of andersoortige gebruiksovereenkomsten als de onderhavige, kunnen zich op verschillende manieren laten zien. Zo is denkbaar dat de (aanvraag tot) faillissement op zichzelf al in de overeenkomst is opgenomen als een beëindigingsgrond. De (aanvraag tot de) faillietverklaring vormt dan de gebeurtenis waarmee de overeenkomst automatisch eindigt. Soms ook wordt in de overeenkomst opgenomen dat een dergelijke gebeurtenis niet tot een automatische beëindiging leidt, maar de wederpartij de bevoegdheid geeft om

de overeenkomst op te zeggen of te ontbinden.¹¹ In de onderhavige casus heeft dit zich niet voorgedaan.

Bij ontbreken van een beëindigingsbepaling leidt de faillietverklaring op zichzelf niet tot het einde van de overeenkomst. Hier komt duidelijk het reeds genoemde beginsel tot uiting dat de faillietverklaring “[u]it haren aard [...] op bestaande wederkerige overeenkomsten niet den minsten invloed uit[oefent]”.¹² Wel is denkbaar dat de faillietverklaring van de ene partij ertoe leidt dat deze tekortschiet in de nakoming van haar verplichtingen jegens de andere partij, waardoor deze bevoegd is om de overeenkomst te ontbinden op grond van artikel 6:265 e.v. BW. Een tweede mogelijkheid is dat de wederpartij gebruik maakt van de bevoegdheid van artikel 37 Fw. ingeval over en weer nog gepresteerd moet worden: zij kan dan de curator een redelijke termijn stellen om zich uit te laten of hij de overeenkomst gestand wil doen. Bij een bevestigend antwoord dient de curator zekerheid te stellen (art. 37 lid 2 Fw.) en vormen de verplichtingen een boedelschuld. Wil hij dit echter niet of laat hij na binnen de termijn te reageren, dan blijft de overeenkomst in stand, maar verliest de curator zijnerzijds de bevoegdheid om nakoming te vorderen.¹³ De vordering van de wederpartij vormt dan echter geen boedelschuld. Een derde mogelijkheid doet zich voor als de overeenkomst kan worden getypeerd als een termijnkoop, huur(koop)- of pachtovereenkomst of een arbeids- of agentuurovereenkomst. In deze gevallen bevat de Faillissementswet bijzondere regelingen in artikel 38-40 Fw. waarmee de overeenkomst kan worden beëindigd.

Terugkerend naar de casus is er weliswaar sprake van een huurovereenkomst tussen Mulders & Welleman en Walton, maar geen van beide partijen is failliet, zodat artikel 39 Fw. toepassing mist. Bij de rechtsverhouding tussen Nebula en Walton is wel een failliete partij (Nebula) betrokken, maar deze rechtsverhouding valt niet als huur(koop) te typeren. Het hof heeft daarom in r.ov. 4.3.3 met betrekking tot de overeenkomst van economische eigendomsoverdracht – terecht en in cassatie onbestreden – overwogen:¹⁴

“4.3.3 Het faillissement van Nebula heeft de overeenkomst tot economische eigendomsoverdracht - en daarmee het recht van Walton tot gebruik van het pand - niet van rechtswege doen eindigen. Feiten of omstandigheden waaruit volgt dat die overeenkomst nadien wel is geëindigd, zijn niet of niet voldoende gesteld of gebleken.”

Om direct aansluitend te concluderen:

“Dat betekent dat het ervoor moet worden gehouden dat Walton nog altijd is gerechtigd tot het gebruik van het pand en dat zij dat recht nog altijd aan Mulders en Welleman kan geven. Dat leidt

¹¹ Vgl. de casus die ten grondslag lag aan HR 13 mei 2005, *Ars Aequi* 2005/11, p. 938-945 (Curatoren BabyXL/Amstel Lease).

¹² Van der Feltz I, p. 409.

¹³ Hiermee wijkt het huidige recht af van de regeling onder oud BW (tot 1 januari 1992): toen had het stilzwijgen of afwijzen door de curator een automatische ontbinding tot gevolg.. Dit had o.m. te maken met de afschaffing van de terugwerkende kracht aan de ontbinding in het huidige BW (zie Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet* (2-III; Zwolle 1995), p. 94-99). Dat de huidige regeling niet zonder problemen is blijkt bijv. uit Hof Amsterdam 15 januari 2004, *JOR* 2004/89 nt. J.J. van Hees (Reuzenrad) en daarover F.M.J. Verstijlen, *preadvies VBR* 2006, p. 113.

¹⁴ Vgl. r.o. 3.2 van het arrest van de Hoge Raad.

tot de conclusie dat niet kan worden gezegd dat Mulders en Welleman thans zonder recht of titel de bovenwoning gebruiken. De vordering van de curator(en) is daarom niet toewijsbaar.”

Het is echter de vraag of deze conclusie dwingend voortvloeit uit de vaststelling dat de rechtsverhouding tussen Nebula en Walton niet voor, door of na de faillietverklaring was geëindigd. De curator meende in iedere geval van niet en bestreed het oordeel van het hof in cassatie met – voorzover hier van belang en door de Hoge Raad in r.o. 3.3 geparafraseerd – een op het stelsel van de Faillissementswet gebaseerde klacht dat

“de omstandigheid dat het faillissement van Nebula de overeenkomst van economische eigendom niet van rechtswege deed eindigen, niet meebrengt dat Walton haar gebruiksrecht met betrekking tot de bovenwoning na het faillissement van Nebula nog kon uitoefenen. Daarom kon Walton ook niet een tegenover de boedel afdwingbare huurovereenkomst met betrekking tot de bovenwoning aangaan met Mulders en Welleman.”

Hiermee stelde de curator de vraag aan de orde naar de gevolgen van de faillietverklaring voor het gebruiksrecht van Walton en daarvan afgeleide rechten van derden.

b. De gevolgen van de faillietverklaring voor het gebruiksrecht van de economische eigenaar

Het feit dat de rechtsverhouding tussen Nebula en Walton terzake de economische eigendomsoverdracht en bijbehorende bevoegdheden door de faillietverklaring en daarna niet was geëindigd, brengt mee dat Nebula de uitoefening van de door haar aan Walton toegekende bevoegdheden moet blijven dulden. Dit vloeit voort uit het beginsel dat de faillietverklaring de wederkerige overeenkomst niet beïnvloedt, zodat het gebruiksrecht van Walton als zodanig niet wordt geraakt.¹⁵ Dit geldt ook voor Waltons uit de economische eigendomsoverdracht voortvloeiende bevoegdheid om met derden te contracteren (bijvoorbeeld tot het aangaan van een huurovereenkomst of een reparatieopdracht); deze vloeit voort uit het hem toekomende – als economische eigendom aangeduide – gebruiksrecht. Met betrekking tot die bevoegdheid geldt dat deze evenmin door de enkele faillietverklaring wordt aangetast, zolang de overeenkomst waarop die bevoegdheid is gebaseerd niet is beëindigd. Walton bleef dus – ten opzichte van Nebula – ook na de faillietverklaring bevoegd om met derden, zoals Mulders & Welleman, (huur)overeenkomsten te sluiten. Het hof heeft op dit punt terecht het andersluidende oordeel van de rechtbank¹⁶ vernietigd.

Ten opzichte van de curator verandert er echter wel wat, zowel met betrekking tot het gebruiksrecht van Walton van het hem in economische eigendom ter beschikking staande pand als zijn uit de economische eigendomsoverdracht voortvloeiende bevoegdheid om met derden te contracteren.

De vraag naar de uitoefening van het gebruiksrecht door Walton zelf is in cassatie overigens niet rechtstreeks aan de orde geweest: Walton is in deze procedure geen partij, terwijl in cassatie geen klacht was opgeworpen tegen 's hofs hierboven aangehaalde

¹⁵ Vgl. de slotzin van r.o. 3.6.

¹⁶ De rechtbank oordeelde dat Walton slechts op basis van de onherroepelijke volmacht met derden kon contracteren, welke volmacht op grond van art. 3:72 BW door de faillietverklaring van Nebula was geëindigd, zodat de huurovereenkomst nietig was (zie noot W.J.M. van Andel, JOR 2005/161, § 2).

vaststelling dat het faillissement van Nebula de overeenkomst tot economische eigendomsoverdracht – en daarmee het recht van Walton tot gebruik van het pand – niet van rechtswege heeft doen eindigen. Indirect kwam deze vraag wel aan bod, waar Mulders & Welleman zich beriepen op een van Waltons gebruiksrecht afgeleid huurrecht. Voor de beantwoording hiervan is het van belang vast te stellen wat de status van het gebruiksrecht van Walton ten opzichte van de curator is.

Zoals uit de aangehaalde overweging 3.4 van de Hoge Raad over de betekenis van de economische eigendomsoverdracht blijkt, acht deze de aanspraak van Walton tot gebruik van zijn economische eigendom niets anders dan een obligatoire aanspraak jegens Nebula om Walton daar te gedogen. Het bijzondere aan de onderhavige casus is echter dat hier van de gefailleerde schuldenaar/curator geen actieve prestatie (een ‘geven’ of een ‘doen’) werd verlangd, maar slechts een passieve prestatie: ter nakoming zou de curator slechts hoeven dulden dat Walton en – in het verlengde hiervan – Mulders & Welleman de bovenwoning gebruikten. In hoeverre zou Walton deze aanspraak nu aan de curator kunnen tegenwerpen? Ter beantwoording van deze vraag formuleerde A-G Huydecoper aan het einde van zijn conclusie de ‘invloed’ van de faillietverklaring op wederkerige overeenkomsten als volgt:

“32. Over de vraag óf de curator gehouden is gebruiksrechten zoals die ingevolge een overeenkomst van economische eigendomsoverdracht (plegen te) worden verleend, effectief te respecteren, heb ik intussen hiervóór al het nodige geschreven; en daar zal zijn gebleken hoe ik over die vraag denk: ik meen dat de regels van ‘paritas creditorum’ hier de weg moeten wijzen; en dat het op een verkeerd begrip van de maxime ‘faillissement laat overeenkomsten onaangetast’ berust, wanneer men denkt dat degenen die prestaties ten laste van de boedel genieten waar geen ‘actief’ geven of doen van de kant van de boedel (meer) bij te pas komt, er aanspraak op kunnen maken die prestaties ten laste van de boedel te blijven genieten, ook als daar slechts ‘persoonlijke’ verbintenissen aan ten grondslag liggen. Het verkeerde begrip dat ik hier op het oog heb bestaat er dan vooral in dat faillissement in werkelijkheid wel degelijk belangrijke inbreuken maakt, niet op de inhoud en verbindendheid van tevoren gesloten overeenkomsten, maar wel op de mate waarin men zijn rechten daaruit tegen de boedel geldend kan maken. De zojuist hiervóór bedoelde situatie is aan te merken als, of is op één lijn te stellen met, het verkrijgen van nakoming ten laste van de boedel, en dat gaat - althans in de nodige gevallen - ten nadele van de overige crediteuren. De enigszins uitzonderlijke feitelijke situaties waarin zich dat kan voordoen, leveren geen rechtvaardiging op voor de uitzondering op het paritas-beginsel die men op deze manier teweeg zou brengen.”

De Hoge Raad volgt hem op dit punt:

“3.5 [...] 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 overeenkomst 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 e.v. F. tot uiting komende, beginsel van gelijkheid van schuldeisers op onaanvaardbare wijze zou worden 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 aan 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 echter slechts plaats in uitzonderlijke, in de wet uitdrukkelijk geregelde, gevallen. Bovendien zou door aanvaarding van een 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).”

Het oordeel van de Hoge Raad acht ik juist. Weliswaar formuleert hij zijn argumenten enigszins defensief (“Een andere opvatting zou ertoe leiden ...”, “slechts plaats in uitzonderlijke, in de wet uitdrukkelijk geregelde, gevallen” en “Bovendien zou door aanvaarding [van die andere opvatting; RDV] een goed beheer ... worden bemoeilijkt”), dit neemt niet weg dat hierdoor recht wordt gedaan aan de gelijkheid van schuldeisers. De drie gehanteerde argumenten voor het recht van de curator op wanprestatie – ook bij een verplichting tot een dulden of een niet-doen – spreken mij dan ook aan.

Het eerste bezwaar tegen een verschil in behandeling, afhankelijk van het actieve dan wel passieve karakter van de prestatie, is inderdaad gelegen in het stelsel van de Faillissementswet: een schuldeiser met een obligatoire aanspraak kan deze op grond van artikel 26 Fw. slechts geldend maken door indiening ter verificatie en niet anders. Hier komt het beginsel van de *paritas creditorum* ten volle tot uiting. Het maakt niet uit of een schuldenaar zich verbonden had tot een doen of een niet-doen. Aldus uitgelegd wordt ook geen geweld gedaan aan het uitgangspunt dat een wederkerige overeenkomst als zodanig niet door de faillietverklaring wordt beïnvloed. Het tweede bezwaar is dat een inbreuk op het stelsel van de Faillissementswet slechts gerechtvaardigd wordt in uitzonderlijke, in de wet uitdrukkelijk geregelde, gevallen, hetgeen bij passieve verplichtingen als zodanig niet het geval is. Ten slotte wijst de Hoge Raad op een praktisch element wanneer de curator gehouden zou zijn om passieve verplichtingen na te komen. Bij langlopende overeenkomsten zou de curator in de afwikkeling van de boedel gehinderd kunnen worden. Hierbij verwijst de Hoge Raad naar het arrest Tiethoff q.q./NMB uit 1989, waarbij hetzelfde argument werd gehanteerd (ook al had de casus daar op een ongeoorloofde verrekening betrekking). In hoeverre gelden deze argumenten nu ook ten opzichte van derden met een van Walton afgeleid recht, zoals Mulders & Welleman?.

c. De gevolgen van de faillietverklaring voor derden die hun rechten afleiden van de economische eigenaar

Om te beginnen moet de voorvraag beantwoord worden of Walton na de faillietverklaring van Nebula op grond van haar economische eigendom nog gerechtigd was om de bovenwoning met werking tegen de curator te verhuren? Het hof had hierover in r.o. 4.3.2 als volgt overwogen:¹⁷

“4.3.2. Walton had krachtens de overeenkomst tot economische eigendomsoverdracht het recht om het pand te gebruiken. Partijen gaan daar kennelijk van uit, zodat ook het hof aanneemt dat dit recht niet is aangetast doordat de oorspronkelijke economisch eigenaar Donkelaar Supermarkt B.V. - na naamswijziging in Nimbach B.V. - op 6 juni 1999 is ontbonden. In de overeenkomst tot economische eigendomsoverdracht noch anderszins lag een beletsel om dat recht vervolgens - voorzover betrekking hebbend op de bovenwoning - krachtens huurovereenkomst aan Mulders en Welleman te geven, zoals Walton heeft gedaan. Het hof overweegt daarbij dat Walton voor het in

¹⁷ Aangehaald in r.o. 3.2 van het arrest van de Hoge Raad; zie ook JOR 2005/161.

eigen naam aangaan van die huurovereenkomst overigens geen bijzondere bevoegdheid of positie nodig had, doch slechts wilsovereenstemming met Mulders en Welleman. Ingevolge die huurovereenkomst had Walton recht op de met Mulders en Welleman overeengekomen huurprijs en hadden Mulders en Welleman jegens Walton recht op het genot van de bovenwoning. Dat genot kon Walton aan Mulders en Welleman geven, zolang zij krachtens de overeenkomst tot economische eigendomsoverdracht het recht op het gebruik van het pand had.”

Vervolgens concludeerde het hof in de eerder aangehaalde r.o. 4.3.3 dat Mulders & Welleman wegens het voortduren van de huurovereenkomst de woning niet zonder recht of titel gebruikten, waardoor ontruiming achterwege moest blijven. Naar het oordeel van de Hoge Raad had het hof zo echter miskend dat Mulders & Welleman zich jegens de curator niet op hun – afgeleide – gebruiksrecht kunnen beroepen:

“3.6 Uit het hiervoor in 3.4 en 3.5 overwogene, in samenhang bezien, volgt dat de onderdelen 1(a) en 1(c) doel treffen. Anders dan het hof heeft overwogen, bracht het faillissement van de juridische eigenaar Nebula van het pand mee dat de economische eigenaar 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. Hieruit volgt dat Walton ook niet door een overeenkomst met derden, Mulders & Welleman, aan dezen 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 hierin geen wijziging, om de hiervoor in 3.5 uiteengezette reden.”

Derhalve hoefde de curator de bewoning door Mulders & Welleman niet te dulden en kon hij ontruiming vorderen.¹⁸ Hierin verschilt hun positie niet wezenlijk van die van Walton. Voor vergoeding van de schade zullen zij zich moeten wenden tot hun wederpartij (Walton), die dat wellicht met een beroep op waardevermindering van zijn gebruiksrecht op zijn beurt weer bij de curator ter verificatie zou kunnen indienen. Denkbaar is overigens dat de curator die indiening zal negeren, omdat het schadetoebrenghend feit heeft plaatsgevonden ná de faillietverklaring. Hiermee is de vordering pas na de fixatie van het passief ontstaan, zodat zij in het geheel niet voor verificatie vatbaar zou zijn.

3. *Tot besluit: reikwijdte van de uitspraak*

De betekenis van het arrest moet niet onderschat worden. Zolang de curator zich laat leiden door het streven naar een goed boedelbeheer met in beginsel maximalisatie van de opbrengst, staat het hem vrij om al dan niet verplichtingen van de schuldenaar na te komen. In de praktijk betekent dit dat hij doorgaans zal besluiten om niet na te komen, tenzij dat voor de boedel per saldo voordeliger is. De keerzijde hiervan is dat de curator in alle overige gevallen gehouden is om ook negatieve¹⁹ verplichtingen, dat wil zeggen de verplichtingen van de schuldenaar om iets niet te doen of iets te dulden, naast zich neer

¹⁸ De vraag in hoeverre zij zich wellicht op huur- en/of ontruimingsbescherming zouden kunnen beroepen laat ik omwille van de omvang van deze noot buiten beschouwing; vgl. conclusie A-G Huydecoper, nr. 29.

¹⁹ A fortiori geldt dit voor positieve verplichtingen die van de curator een actief handelen vereisen. Ik zie al helemaal geen reden voor de door een enkeling (N.S.G.J. Vermunt, 10 jaar «JOR» Alsnog geannoteerd (Den Haag 2006), p. 174-181 en G.J.P. Molkenboer/A.J. Verdaas, TvI 2002, p. 205-211) bepleite (boedel)verplichting voor de curator om aan stille pandhouders de namen en adressen van de debiteuren van stil verpande vorderingen af te geven.

moet leggen, indien dit voor de boedel voordeliger is. Voor zover de wederpartij hiertegen bezwaar zou willen maken, kan deze ingevolge artikel 26 Fw. zijn (schadevergoedings)vordering uitsluitend ter verificatie indienen.

Ter illustratie valt hier te denken aan verplichtingen uit een exclusieve licentieovereenkomst waarbij de schuldenaar/licentiegever aan de licentienemer de exclusieve bevoegdheid heeft verleend om een bepaald auteursrechtelijk werk te exploiteren. Dan zal de curator gerechtigd zijn om – niettegenstaande die exclusiviteit – dat werk ook vanuit de boedel te exploiteren. De schade door deze inbreuk op de exclusiviteit kan de licentienemer slechts langs de weg van de verificatie proberen vergoed te krijgen: een verbod in de richting van de curator acht ik op basis van de Nebula-uitspraak niet mogelijk. De curator kan mijns inziens zelfs het gebruik door de licentienemer verhinderen, omdat deze anders naar analogie met de Nebula-uitspraak het faillissement in feite zou negeren.²⁰

De begrenzing voor het handelen van de curator ligt slechts daar, waar zijn optreden op zichzelf beschouwd als een onrechtmatig handelen moet worden aangemerkt. Het overtreden van contractuele verplichtingen die de gefailleerde schuldenaar op zich had genomen, behoort hier niet toe. Naar analogie met het leerstuk van het profiteren van andermans wanprestatie, zal een wederpartij bijkomende omstandigheden moeten aandragen wil hij met succes de curator in hoedanigheid kunnen aanspreken.²¹ Hoe dit in de praktijk gaat uitwerken, zal moeten blijken. Hetzelfde geldt voor de vraag in hoeverre deze uitspraak ook zal kunnen worden doorgetrokken naar geheimhoudings- en non-concurrentieverplichtingen van de schuldenaar.

Neem bijvoorbeeld een know-howlicentienemer met geheimhoudingsbeding. Als hierbij de kennis is gedocumenteerd in uitgebreide ‘handboeken’ of ‘manuals’ die eigendom zijn van de gefailleerde licentienemer, is de curator bevoegd die handboeken als boedelbestanddelen te gelde te maken, zelfs al zou de licentie een vervreemdingsverbod inhouden. Wanneer hij daarmee een geheimhoudingsbeding uit de licentieovereenkomst overtreedt, zal de wederpartij de daarbij behorende schadevergoedingsvordering enkel ter verificatie kunnen indienen, mits die vordering kan worden getypeerd als zijnde ontstaan vóór de faillietverklaring. Zijn die handboeken daarentegen eigendom van de licentiegever, dan dient de curator die te retourneren, omdat die niet tot de boedel behoren. Indien hij in een dergelijk geval de daarin neergelegde kennis voorafgaand aan de teruggave nog even snel zou kopiëren om vervolgens te gelde te kunnen maken, handelt de curator wat mij betreft in strijd met hetgeen maatschappelijk zorgvuldig is en loopt hij het risico om op grond van onrechtmatige daad schadevergoeding te moeten betalen. De insolventierechtwetenschap en -praktijk wachten kortom boeiende tijden.

Tilburg, 29 januari 2007

²⁰ Zie r.o. 3.5 en vervang ‘hem in eigendom toebehorende zaak’ door ‘hem toebehorend auteursrecht’.

²¹ Voor aansprakelijkheid van de curator in privé geldt de Maclou-norm uit HR 19 mei 1996, NJ 1996, 727.