

Hoge Raad, 3 november 2006, Nebula**FAILLISSEMENTSRECHT****Gevolgen faillissement voor wederkerige overeenkomst**

- Feit dat het (voort)bestaan van een wederkerige overeenkomst niet wordt beïnvloed door faillissement betekent niet dat de schuldeiser van een duurovereenkomst de rechten uit die overeenkomst kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement ware

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, blz. 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 overeenkomst kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement ware.

- Andere opvatting zou het beginsel van gelijkheid van schuldeisers op onaanvaardbare wijze doorbreken

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.

- Geldt ook indien gefailleerde enkel gehouden is het gebruik van een aan hem toebehorende zaak te dulden, mede vanwege belang van een goed beheer van de tot de boedel behorende zaken

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).

Gevolg faillissement voor economisch eigenaar

- Na faillissement kan de economisch eigenaar niet langer zijn gebruiksrecht tegenwerpen aan curator

Anders dan het hof heeft overwogen, bracht het faillissement van de juridische eigenaar Nebula van het pand mee dat de economische eigenaar [B] niet langer meer haar gebruiksrecht met betrekking tot het pand, dat berust op de economische eigendom daarvan, kon tegenwerpen aan de curator van Nebula.

- Dat betekent ook dat economisch eigenaar geen huurrecht aan derden kon verschaffen dat aan curator kan worden tegengeworpen

Hieruit volgt dat [B] ook niet door een overeenkomst met derden, [verweerders], aan dezen een huurrecht kon verschaffen dat aan de curator van Nebula kan worden tegengeworpen. De omstandigheid dat het gebruiksrecht van [B] met betrekking tot het pand op zichzelf niet werd geraakt door het faillissement van Nebula, brengt hierin geen wijziging, om de hiervoor (...) uiteengezette reden.

Vindplaatsen: LJN: [AX8838](#); AA 2007, p. 233. m.nt. Vriesendorp; NJ 2007, 155, m.nt. Van Schilfgaarde

Hoge Raad, 3 november 2006

(D.H. Beukenhorst, A.M.J. van Buchem-Spapens, P.C. Kop, E.J. Numann en F.B. Bakels).

Arrest

in de zaak van:

Mr. Ronald VAN DEN BOS, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van NEBULA B.V.,
wonende te Zeist,

EISER tot cassatie,

advocaat: mr. H.J.A. Knijff,

t e g e n

1. [Verweerder 1],

2. [Verweester 2],

beiden wonende te [woonplaats],

VERWEERDERS in cassatie,

advocaat: mr. D. Stoutjesdijk.

1. Het geding in feitelijke instanties

Eiser tot cassatie - verder te noemen: de curator - heeft, toen nog samen met een mede-curator, bij exploit van 3 oktober 2002 verweerders in cassatie - verder te noemen: [verweerders] - gedagvaard voor de rechtbank te Amsterdam en gevorderd bij vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, [verweerders] ieder en gezamenlijk te veroordelen de woonruimte van het pand aan de [a-straat 1], staande en gelegen te [woonplaats], met alle daarin aanwezige personen en goederen binnen vijf dagen na betekening van het door de rechtbank te wijzen vonnis te verlaten en te ontruimen zonder daarin terug te keren en met afgifte van de sleutels ter vrije beschikking van de curatoren te stel-

len, zulks op straffe van een dwangsom, met machtiging van de curatoren om, indien zij met die ontruiming in gebreke blijven, deze zelf te doen uitvoeren, desnoods met behulp van de sterke arm van justitie en politie, met hoofdelijke veroordeling van [verweerders] in de kosten van deze procedure.

[Verweerders] hebben de vordering bestreden.

De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 22 januari 2003 een comparitie van partijen gelast en bij eindvonnis van 25 juni 2003 de vordering toegewezen, zij het met matiging van de dwangsom tot een bedrag van € 250,- per dag.

Tegen het eindvonnis hebben [verweerders] hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam. Bij memorie van grieven hebben [verweerders] gevorderd voormeld eindvonnis te vernietigen en, opnieuw rechtdoende:

- de curatoren te veroordelen tot ongedaanmaking van het vonnis door levering van het woongenot van voormelde woning binnen twee dagen na betekening van het in deze te wijzen arrest op straffe van een dwangsom van € 1.000,- per dag of dagdeel dat de curatoren daarmee in gebreke blijven;

- de curatoren te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 15.074,54, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 9 juli 2003, alsmede met een bedrag van € 370,26 per maand vanaf 14 juli tot aan de dag van ongedaanmaking van het vonnis.

De curator heeft de vorderingen van [verweerders] bestreden.

Bij arrest van 17 maart 2005 heeft het hof het bestreden vonnis vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vordering van de curator alsnog afgewezen, de curator veroordeeld om [verweerders] binnen twee weken na betekening van dit arrest weer toe te laten tot de bovenwoning van voormeld pand op straffe van verbeurte aan [verweerders] van een dwangsom van € 100,- per dag dat de curator daarmee in gebreke blijft, met een maximum van € 10.000,-, [verweerders] nietontvankelijk verklaard in hun (reconventionele) vordering tot schadevergoeding, de curator verwezen in de kosten van beide instanties, het arrest tot hiertoe uitvoerbaar bij voorraad verklaard, en het meer of anders gevorderde afgewezen.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft de curator beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

[Verweerders] hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor de curator namens zijn advocaat toegelicht door mrs B. Winters en K.A.J. de Vries, beiden advocaat te Amsterdam, en voor [verweerders] door hun advocaat.

De [conclusie van de Advocaat-Generaal J.L.R.A. Huydecoper](#) strekt tot vernietiging van het bestreden arrest, met verwijzing naar een ander hof.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Nebula B.V. (hierna: Nebula) was in 1991 eigenares van een pand aan de [a-straat 1] in [woonplaats], bestaande uit een bedrijfsruimte en twee bovenwoningen (hierna: het pand). Op 24 december 1991 heeft Nebula de economische eigendom van het pand overgedragen aan [A] B.V. (hierna: [A]). In de van deze transactie opgemaakte onderhandse akte zijn de volgende bedingen opgenomen:

"BEDINGEN

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 (...)"

Voorts zijn de volgende bijzondere bepalingen opgenomen:

"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 rechts-handelingen, waartoe een juridische eigenaar bevoegd is, daaronder uitdrukkelijk begrepen de splitsing van het onroerend goed in appartementen."

(ii) Op 27 december 1991 heeft [A] bij onderhandse akte de economische eigendom van het pand overgedragen aan [B] B.V. (hierna: [B]). Nebula is met deze overdracht akkoord gegaan. In deze akte is - voor zover van belang - bepaald:

"Voorts verklaren de partijen dat op deze verkoop en koop met economische eigendomsoverdracht van toepassing zijn de bedingen en bijzondere bepalingen als genoemd in de artikelen 1 tot en met 10 van de akte van

economische eigendomsoverdracht van onroerend goed de dato 24 december 1991 gesloten tussen Nebula B.V. en [A] B.V., waarbij uitdrukkelijk wordt verwezen naar de artikelen 7 en 8 van de bijzondere bepalingen."

(iii) De juridische eigendom van het pand is bij Nebula gebleven. Nebula is op 24 maart 1999 failliet verklaard. (iv) Een bovenwoning die tot het pand behoort (hierna: de bovenwoning) is per 1 juli 2000 door [B] op eigen naam verhuurd aan [verweerders].

3.2 In dit geding heeft de curator, kort gezegd, ontruiming gevorderd van de bovenwoning. De curator beriep zich erop dat Nebula in juridische zin eigenares is gebleven van de bovenwoning en stelde voorts dat [verweerders] de bovenwoning in relatie tot Nebula zonder recht of titel bewonen. [Verweerders] hebben verweer gevoerd. De rechtbank heeft de vordering van de curator toegewezen, maar het hof heeft het eindvonnis van de rechtbank vernietigd en de vordering van de curator alsnog afgewezen. Het hof overwoog daartoe met name als volgt:

"4.3.2 [B] 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 [A] 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 [verweerders] te geven, zoals [B] heeft gedaan. Het hof overweegt daarbij dat [B] voor het in eigen naam aangaan van die huurovereenkomst overigens geen bijzondere bevoegdheid of positie nodig had, doch slechts wilsovereenstemming met [verweerders]. Ingevolge die huurovereenkomst had [B] recht op de met [verweerders] overeengekomen huurprijs en hadden [verweerders] jegens [B] recht op het genot van de bovenwoning. Dat genot kon [B] aan [verweerders] geven, zolang zij krachtens de overeenkomst tot economische eigendomsoverdracht het recht op het gebruik van het pand had.

4.3.3 Het faillissement van Nebula heeft de overeenkomst tot economische eigendomsoverdracht - en daarmee het recht van [B] 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. Dat betekent dat het ervoor moet worden gehouden dat [B] nog altijd is gerechtigd tot het gebruik van het pand en dat zij dat recht nog altijd aan [verweerders] kan geven. Dat leidt tot de conclusie dat niet kan worden gezegd dat [verweerders] thans zonder recht of titel de bovenwoning gebruiken. De vordering van de curator(en) is daarom niet toewijsbaar."

3.3 De onderdelen 1(a) en 1(c) bevatten de klacht dat de omstandigheid dat het faillissement van Nebula de overeenkomst van economische eigendom niet van rechtswege deed eindigen, niet meebrengt dat [B] haar gebruiksrecht met betrekking tot de bovenwoning na het faillissement van Nebula nog kon uitoefenen. Daar-

om kon [B] ook niet een tegenover de boedel afdwingbare huurovereenkomst met betrekking tot de bovenwoning aangaan met [verweerders]. De curator beroept zich op - kort gezegd - het stelsel van de Faillissementswet.

3.4 In de onderhavige zaak is de vraag aan de orde of een economische eigenaar van een onroerende zaak deze zaak na het faillissement van de juridische eigenaar daarvan, met werking tegen de boedel kan verhuren aan een derde. Dienaangaande wordt in de eerste plaats overwogen 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 (vgl. HR 5 maart 2004, nr. C02/303, NJ 2004, 316).

3.5 In de tweede plaats verdient het volgende opmerking. 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, blz. 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 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).

3.6 Uit het hiervoor in 3.4 en 3.5 overwogene, in samenhang gezien, 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 [B] 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 [B] ook niet door een overeenkomst met derden, [verweerders], aan dezen een huurrecht kon verschaffen dat aan de curator van Nebula kan worden tegengeworpen. De omstandigheid dat het gebruiksrecht van [B] 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 redenen.

3.7 Nu de onderdelen 1(a) en 1(c) doel treffen, behoeven de overige onderdelen geen beoordeling meer.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 17 maart 2005;

verwijst het geding naar het gerechtshof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing; veroordeelt [verweerders] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de curator begroot op € 603,11 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris.

Conclusie Advocaat-Generaal Huydecoper

Feiten(1)en procesverloop

1) De (veel) later gefailleerde Nebula B.V., waarover inmiddels de eiser tot cassatie als faillissementscurator is benoemd, was in 1991 eigenares van een pand in Amsterdam, bestaand uit een bedrijfsruimte en twee bovenwoningen. Op 24 december 1991 heeft Nebula B.V. de "economische eigendom" van dit pand overgedragen aan [A] B.V. [B] B.V. was directrice van [A];

en [B] werd bij de transactie weer vertegenwoordigd door haar directeur, [betrokkene 1].

In de voor deze transactie opgemaakte (onderhandse) akte, zijn de volgende bedingen opgenomen:

"BEDINGEN

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 (...)"

Voorts zijn de volgende bijzondere bepalingen opgenomen:

"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 rechts-handelingen, waartoe een juridische eigenaar bevoegd is, daaronder uitdrukkelijk begrepen de splitsing van het onroerend goed in appartementen."

2) Op 27 december 1991 heeft [A] bij (opnieuw: onderhandse) akte de economische eigendom van het pand overgedragen aan [B]. [Betrokkene 1] vertegenwoordigde daarbij zowel [B] als Nebula. Nebula is met deze nadere overdracht akkoord gegaan. In deze akte is - voor zover van belang - bepaald:

"Voorts verklaren de partijen dat op deze verkoop en koop met economische eigendomsoverdracht van toepassing zijn de bedingen en bijzondere bepalingen als genoemd in de artikelen 1 tot en met 10 van de akte van economische eigendomsoverdracht van onroerend goed de dato 24 december 1991 gesloten tussen Nebula B.V.

en [A] B.V., waarbij uitdrukkelijk wordt verwezen naar de artikelen 7 en 8 van de bijzondere bepalingen."

3) De juridische eigendom van het pand is bij Nebula gebleven. Nebula is op 24 maart 1999 failliet verklaard.

4) Een van de tot het pand behorende (boven)woningen, plaatselijk bekend als [a-straat 1], is per 1 juli 2000 door [B] (dus: de "economische eigenares"), verhuurd aan de verweerders in cassatie (waarbij ik aantekenen dat de verweerder [verweerder 1] een zoon is van [betrokkene 1], de directeur van [B]). [Verweerder] c.s. hebben de huur steeds aan [B] betaald.

5) Op 1 oktober 2001 hebben de curatoren van Nebula - voor zover van belang - als volgt aan [verweerder] c.s. bericht:

"Nebula B.V. is eigenaar van het pand aan de [a-straat 1], waarin de door u gehuurde ruimte zich bevindt. Om deze reden bent u in ieder geval met ingang van 24 maart 1999 gehouden de huurpenningen over te maken op de faillissementsrekening (...) Voorts verzoek ik u mij een kopie van de huurovereenkomst op te sturen en mij daarbij te informeren omtrent de datum van ingang van deze huurovereenkomst en de hoogte van de door u te betalen huurpenningen."

Daarna is tussen partijen gecorrespondeerd, zonder voor de beoordeling in cassatie relevante ontwikkelingen.

6) In deze zaak vordert de curator(2) ontruiming van de door [verweerder] c.s. gehuurde woning, met nevenvorderingen als gebruikelijk. Hij beroept zich, zeer kort gezegd, op het in de boedel vallende eigendomsrecht dat mede de gehuurde woning omvat, en op het feit dat [verweerder] c.s. zonder ten opzichte van de boedel geldend recht dan wel titel, in die woning zouden verblijven.

7) In de eerste aanleg werd de vordering van de curator toegewezen, maar in appel kwam het hof tot het tegengestelde oordeel; waarbij het hof zich vooral heeft laten leiden door zijn bevinding dat - nogmaals: kort gezegd - er geen sprake van is dat [verweerder] c.s. zonder ten opzichte van de boedel geldig recht of titel in de woning verbleven(3).

8) Namens de curator is tijdig en regelmatig cassatieberoep ingesteld(4). [Verweerder] c.s. hebben tot verwerping laten concluderen. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten en schriftelijk gerepliceerd resp. gedupliceerd.

Bespreking van de cassatiemiddelen

9) Ik vat de vraag die in cassatie moet worden beantwoord als volgt samen: kan de "economische eigenaar" van een onroerende zaak, die in het kader van de "economische eigendomsoverdracht" in het feitelijke genot van de zaak gesteld was, na een (lang) daarna uitgesproken faillissement van de juridische eigenaar, nog een huurovereenkomst met betrekking tot de zaak aangaan, die de betrokkenen kunnen tegenwerpen aan de curator/boedel?

10) Het hof heeft met betrekking tot het antwoord op die vraag als volgt overwogen:

"4.3.2 [B] 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 [A] 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 [verweerders] te geven, zoals [B] heeft gedaan. Het hof overweegt daarbij dat [B] voor het in eigen naam aangaan van die huurovereenkomst overigens geen bijzondere bevoegdheid of positie nodig had, doch slechts wilsovereenstemming met [verweerders]. Ingevolge die huurovereenkomst had [B] recht op de met [verweerders] overeengekomen huurprijs en hadden [verweerders] jegens [B] recht op het genot van de bovenwoning. Dat genot kon [B] aan [verweerders] geven, zolang zij krachtens de overeenkomst tot economische eigendomsoverdracht het recht op het gebruik van het pand had.

4.3.3 Het faillissement van Nebula heeft de overeenkomst tot economische eigendomsoverdracht - en daarmee het recht van [B] 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. Dat betekent dat het ervoor moet worden gehouden dat [B] nog altijd is gerechtigd tot het gebruik van het pand en dat zij dat recht nog altijd aan [verweerders] kan geven. Dat leidt tot de conclusie dat niet kan worden gezegd dat [verweerders] thans zonder recht of titel de bovenwoning gebruiken. De vordering van de curator(en) is daarom niet toewijsbaar."

11) Ik denk dat deze overwegingen van het hof duidelijk in het licht stellen wat ik in alinea 9 al aangaf: waar het in deze zaak in essentie om gaat is: in hoeverre kan, na faillissement van de eigenaar van een zaak, nog een beroep worden gedaan op gebruiksrechten die die eigenaar van die zaak vóór het faillissement, onder een andere titel dan een goederenrechtelijke gebruikstitel, met betrekking tot die zaak heeft verleend; of, omgekeerd, in hoeverre kan de curator in het inmiddels ingetreden faillissement zulke gebruiksrechten bejegenen als alle andere rechten van crediteuren - met als uitvloeisel dat hij er niet toe kan worden verplicht, zulke rechten ten nadele van de boedel te respecteren in de vorm van daadwerkelijke nakoming?

Enigszins tot mijn verbazing moet ik vaststellen dat het antwoord op die vraag zich niet meteen aan de hand van de beschikbare bronnen van faillissementsrecht aandient. Er kunnen hier de nodige regels worden aangewezen die op het probleem van toepassing (kunnen) zijn - en die tot andere uitkomsten leiden. Ik bespreek de regels die volgens mij in aanmerking kunnen komen, achtereenvolgens.

De "paritas creditorum"; niet-afdwingbaarheid van "persoonlijke" verplichtingen in faillissement

12) De eerste regel die zich aandient - en waar namens de curator ook beroep op wordt gedaan - is de regel, dat de rechthebbenden op prestaties die krachtens "persoonlijke" verbintenissen (ik bedoel dan: verbintenissen die niet uit een goederenrechtelijke titel voortvloeien)

verschuldigd zijn, tegen een gefailleerde boedel geen aanspraak kunnen maken op nakoming, maar hun vordering alleen door indiening ter verificatie geldend kunnen maken - de regel die vooral in art. 26 F. tot uitdrukking komt.

Het is deze regel, die de kern vormt van het leerstuk van de "paritas creditorum" - het uitgangspunt dat crediteuren op volstrekt gelijke voet worden behandeld, en dat geen crediteur aanspraak kan maken op een "voorkeursbehandeling" (doordat zijn vordering wél wordt gehonoreerd, terwijl andere crediteuren het hun verschuldigde niet, of maar zeer ten dele krijgen).

13) Daarbij valt meteen te wijzen op het gegeven dat een "economische eigendomsoverdracht" zoals die in deze zaak is vastgesteld, inderdaad de verkrijger slechts "persoonlijke" verbintenissen jegens de "echte" eigenaar geeft(5). Heel in het kort kan men die verbintenissen zo omschrijven dat de "echte" eigenaar datgene moet doen wat de verkrijger in staat stelt om het genot van de zaak te hebben, en ook daarover te kunnen beschikken, als ware hij eigenaar - maar nu juist zonder dat ook werkelijk eigendom wordt verschaft. De "economische eigenaar" kan dus van de "echte" eigenaar verlangen dat deze hem, in de termen van het oude art. 625 BW, het "vrij genot" van de zaak verschaft en hem daarover "op de volstrektste wijze" laat beschikken - maar alleen ten titel van "persoonlijke" verplichting; en dus zonder het goederenrechtelijke effect dat "echte" eigendom verschaft.

Faillissement laat overeenkomsten onverlet

14) Als tweede dient zich dan aan de regel die het hof vooral voor zijn oriëntatie lijkt te hebben gebruikt, namelijk de regel dat faillissement op de inhoud en geldigheid van door de inmiddels gefailleerde vóór diens faillissement aangegane overeenkomsten geen effect heeft. De verbintenissen daaruit blijven dus onverkort van kracht, voorzover de (Faillissements)wet niet anders bepaalt. Voor sommige contractuele situaties geeft de Faillissementwet inderdaad afwijkende regels - dat is. o.a. het geval in art. 35b F. (aan giften ten laste van de gefailleerde kunnen geen rechten tegen de boedel worden ontleend), art. 38 F. (ontbinding van zgn. "termijntransacties"), art. 38a F. (buitencontractuele mogelijkheden om een huurkoop waarin de gefailleerde de huurkoper is, te ontbinden); en natuurlijk de voor de praktijk zo belangrijke art. 39 en 40 F. die beëindigingsmogelijkheden bieden voor de overeenkomsten van de gefailleerde als huurder of als werkgever. Tenslotte is er nog de algemene regeling voor van weerszijden nog niet geheel uitgevoerde wederkerige overeenkomsten (art. 37 F.), waar echter het initiatief wordt gelaten aan de wederpartij van de gefailleerde, en de curator dus geen manoeuvreerruimte krijgt (ik kom daar in alinea 16 hierna op terug).

In de vele contractuele situaties die niet door een van de bij de wet voorziene uitzonderingen worden geregeld, geldt dus de "hoofdregel": faillissement laat een overeenkomst onverlet(6).

Conflict tussen beide regels

15) De beide genoemde regels botsen onder meer in die gevallen, 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. Uit de praktijk zijn vooral bekend de gevallen waarin de gefailleerde als verhuurder partij bij een huurovereenkomst was, of als licentiegever onder een recht van intellectuele eigendom(7). Uit de in de vorige alinea aangegeven regel volgt voor dat geval dat de wederpartij van de gefailleerde het genot dat hem krachtens de overeenkomst toekomt, gewoon kan blijven "genieten": de overeenkomst wordt door het faillissement niet aangetast, en er wordt geen "nakoming" ten laste van de boedel gevorderd - er wordt alleen genot voortgezet dat, zonder dat de curator daar iets voor hoeft te doen, kan voortduren(8).

Toch wordt in zo'n geval aan de andere "hoofdregel", door mij omschreven in alinea's 12 en 13 hiervóór, natuurlijk wel geweld aangedaan: de crediteur die aanspraak heeft op prestaties van de hier bedoelde soort, krijgt, als men aan de andere regel voorrang geeft, gewoon de hele prestatie die hem krachtens de desbetreffende "persoonlijke" verbintenis toekwam, terwijl andere crediteuren het hunne niet, of in zeer verminderde mate krijgen. De "paritas creditorum" wordt dus niet gerespecteerd; en zonder dat men dadelijk vermag te begrijpen waarom die in het hier te beoordelen geval niet gerespecteerd zou moeten worden.

De regel van art. 37 F.

16) Ik ben tot dusver voorbij gegaan aan (en heb dus niet als derde in aanmerking komende regel genoemd) de regel van art. 37 F. die, zoals al aangestipt, een bijzondere voorziening voor ten tijde van een faillissement nog "lopende" contractuele relaties geeft. Ik denk (namelijk) dat die regel voor het thans te beoordelen geval geen noemenswaardige houvast biedt. Art. 37 F. verleent de wederpartij van de gefailleerde die uit hoofde van een overeenkomst nog wat te vorderen heeft en ook nog wat verschuldigd is, de optionele bevoegdheid om van de curator zekerheid te verlangen - hetzij in die vorm dat de curator aangeeft dat van de kant van de boedel niet zal worden nagekomen, hetzij in de vorm van zekerheid voor de richtige nakoming. De bepaling houdt niets in voor het geval dat de wederpartij van de gefailleerde (in de onderhavige zaak moeten wij de partij die de economische eigendom van Nebula verkreeg als zodanig aanmerken(9)), geen gebruik maakt van deze optionele mogelijkheid. Dan speelt art. 37 F. geen rol, en geldt "gewoon" dat het faillissement geen gevolgen heeft voor de inhoud en de verbindendheid van de geldende overeenkomst.

De regel van art. 35 F.

17) Een volgende regel uit de Faillissementswet die men bij de beoordeling van deze zaak te hulp zou kunnen roepen is die van art. 35 F.

Uit die bepaling blijkt, kort gezegd, dat na faillissement een nog niet geheel voltooide levering van een goed ten laste van de boedel niet - althans: niet zonder goedvinden van de curator(10) - kan worden bewerkstelligd of voltooid (zelfs al zouden alle relevante instemmingen van betrokkenen al vóór het faillissement zijn verkregen). De regel vormt, aldus gezien, het logische

sluitstuk van het uitgangspunt dat de boedel op de faillissementsdatum "gefixeerd" wordt: er kunnen geen voor de boedel nadelige handelingen(11) meer zonder medewerking van de curator plaatsvinden, en dat geldt ook voor goederenrechtelijke leveringshandelingen die "op een haar na" voltooid waren.

18) Deze regel maakt, voorzover nog nodig, duidelijk dat faillissement een beletsel vormt voor de "echte" eigendomsoverdracht waar een overeenkomst van economische eigendomsoverdracht meestal recht op pleegt te geven (en die met zo'n overeenkomst ook meestal, al is het dan op langere termijn, beoogd wordt). In zoverre geldt (ook(12)) hier, dat het faillissement de rechten uit een overeenkomst wél beïnvloedt - immers, er aan in de weg staat dat die rechten nog effectief worden uitgeoefend.

Over de vraag wat dat betekent voor de verdere ("persoonlijke") rechten die de verkrijger onder een overeenkomst van economische eigendomsoverdracht worden toebedeeld - en dan gaat het vooral om het recht om van het verkregen object als (quasi-)eigenaar te genieten en om daarover op dezelfde manier te beschikken - zegt art. 35 F. volgens mij echter niet zo veel. Duidelijk is wel, dat de bepaling belet dat de economische eigenaar "zijn" goed aan een ander levert - levering ten nadele van de boedel is immers uitgesloten. Maar over vormen van beschikking die overigens vallen binnen de kring van de verleende gebruiks- en beschikkingsbevoegdheden spreekt het artikel zich niet uit - volgens mij ook niet in die zin, dat á contrario zou mogen worden aangenomen dat alle niet onder de bepaling begrepen beschikkingshandelingen "dus" wél tegen de curator kunnen worden ingeroepen.

19) En dan nu terug naar het in alinea 15 hiervóór aangegeven dilemma: als men aanneemt dat de wederpartij van een gefailleerde die in de gelegenheid is om de voordelen van een "duurverbintenis" ten laste van de boedel te blijven genieten zonder dat nog iets van de kant van de boedel ("actief") hoeft te worden gegeven of gedaan, zich mag beroepen op het feit dat de desbetreffende overeenkomst ongewijzigd voortduurt en dat hem daarom het genot van de desbetreffende prestatie niet mag worden ontnomen, kan het zo zijn dat deze crediteur, in afwijking van het beginsel van de "paritas", het hem toekomende ten volle krijgt, terwijl andere crediteuren met niets, of met minder dan het hun toekomende, genoegen moeten nemen(13). Men vraagt zich allicht af of de eigenaardigheden van het hier te onderzoeken geval die discrepantie rechtvaardigen.

20) Per saldo denk ik dat dat niet het geval is, en dat men ook niet "feitelijk" genoodzaakt is om die uitkomst te aanvaarden. Men kan, bijvoorbeeld, langs de navolgende weg tot de andere uitkomst komen:

- De gevallen die ons in deze zaak bezig houden kenmerken zich erdoor dat de curator beschikt over een absoluut recht (omdat de boedel eigenaar is van het verhuurde object dan wel houder van het gelicentieerde recht van intellectuele eigendom(14)). Dat recht kan, naar zijn aard, tegen iedere derde geldend worden gemaakt; het kan daarom ook tegen een huurder of licentienemer worden ingeroepen.

- De huurder of licentienemer tegen wie de curator het eigendomsrecht of recht van intellectuele eigendom in stelling brengt, zal zich er natuurlijk op beroepen dat de huur- of licentieovereenkomst hem - huurder dan wel licentienemer - het recht verleent, van het huurobject of het voorwerp van het recht van intellectuele eigendom het bij de huur- of licentieovereenkomst bedongen gebruik te maken. Men kan het echter zo zien, dat een dergelijk verweer moet gelden als, dan wel op één lijn gesteld moet worden met, het verlangen van reële nakoming ten laste van de boedel; en dát mag een crediteur in faillissement nu juist niet doen. Hij is, daarentegen, aangewezen op de weg van aanmelding ter verificatie. Dit verweer tegen de vordering van de curator behoort dus niet te worden aanvaard.

Ik merk, daarmee hopelijk mijn betoog verduidelijkend, op dat het in deze gedachtegang niet terzake doet dat de overeenkomst waar de huurder of licentienemer zich op beroept, door de curator niet is beëindigd (en misschien wel door de curator niet kan worden beëindigd). Bij deze gedachtegang is juist het uitgangspunt dat de rechten uit de overeenkomst na faillissement voortduren; met alleen deze verbijzondering, dat uitoefening van die rechten (althans: afdwingen van nakoming ten laste van de boedel) niet wordt toegelaten, en dat aan de goederenrechtelijke rechten die in de boedel vallen daarom voorrang moet worden gegeven.

21) Daarmee is, zou ik denken, de weg aangegeven die kan voorkomen dat de eerder gesignaleerde niet-paritaire behandeling van crediteuren zou moeten worden aanvaard. Mij lijkt die weg ook niet onverenigbaar met het uitgangspunt, dat het faillissement overeenkomsten onaangetast laat. Bij dat uitgangspunt past immers de - bepaald niet onwezenlijke - relativering, dat crediteuren van "persoonlijke" vorderingen in het faillissement geen nakoming ten laste van de boedel kunnen verlangen (maar aangewezen zijn op aanmelding ter verificatie). Ik zou zelf geneigd zijn te denken dat er in zoverre wél gewoon sprake is van een "aantasting" van de overeenkomst door het intreden van de faillissementstoestand, en dat men de formule dat faillissement overeenkomsten onaangetast laat moet beschouwen als een beeldspraak die niet "at face value" mag worden genomen. Die beeldspraak geeft dan aan dat de inhoud en verbindendheid van overeenkomsten door faillissement niet worden beïnvloed (maar onverminderd het feit dat de middelen die de crediteur ten dienste staan om nakoming te verkrijgen, door een faillissement juist wel, en alleszins ingrijpend, worden beïnvloed).

Intussen: dit terminologische probleem - ik bedoel dan de vraag, of het verantwoord is om te spreken van "on-aangetast" blijven van overeenkomsten na het intreden van de faillissementstoestand - behoeft in deze zaak niet te worden onderzocht; het gaat erom, hoe de onderzochte regels moeten worden uitgelegd en toegepast, niet hoe wij de beoogde verschijnselen precies benoemen.

22) Voorzover ik heb kunnen nagaan, is er geen cassatierechtspraak die rechtstreeks licht op het onderhavige probleem werpt.

Wel werd een probleem van enigszins vergelijkbare orde voorgelegd in de zaak uit HR 22 december 1989, NJ 1990, 661 m.nt. PvS (rov. 3.2).

In die zaak vorderde een faillissementscurator huurpenningen uit hoofde van een (lang) vóór het faillissement aangegane huurovereenkomst (uiteraard: uit hoofde van het feit dat de gefailleerde daarbij als de verhuurder was opgetreden); maar wierp de huurster tegen dat zij over een aanzienlijke voor verrekening vatbare tegenvordering beschikte (en dus niet hoefde te betalen - maar wel het genot van het gehuurde mocht blijven hebben).

Uit de kernoverweging van het arrest, waarin de Hoge Raad het verweer van de huurster verwierp, haal ik aan: "Een redelijke uitleg van (art. 53 F.) 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, 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 dier 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 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 de 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."

23) Ik erken dat uit deze overwegingen argumenten ten gunste van meer dan een van de in deze zaak tegenover elkaar staande standpunten kunnen worden geput.

Men kan in die overwegingen immers (in)lezen, dat de curator gehouden is de prestatie uit een overeenkomst als de onderhavige te (blijven) voldoen - wat als een aanwijzing zou kunnen worden opgevat voor onjuistheid van de opvatting die ik in alinea's 20 en 21 hiervóór heb verdedigd. Aan het gewicht van dit aspect van deze overwegingen doet overigens (enigszins) af, dat deze vraag - dus de vraag óf een curator altijd gehouden is, overeenkomsten waarbij de gefailleerde als verhuurder betrokken is, gestand te (blijven) doen zo lang de overeenkomst voortduurt - in cassatie (en voorzover blijkt: ook in de feitelijke instanties) niet was opgeworpen. Het gaat hier dus om iets dat in cassatie al als uitgangspunt was vooropgesteld.

24) Voor het overige geeft deze overweging, zou ik menen, blijk van gedachten die vóór het door mij eerder verdedigde standpunt pleiten. Dat standpunt berust er immers (vooral) op dat niet aanvaard kan worden dat

de paritas creditorum wordt doorkruist doordat niet specifiek door de Faillissementswet "voorgetrokken" rechten - zoals bijvoorbeeld rechten die op goederenrechtelijke titels berusten - worden gehonoreerd doordat de curator tot nakoming wordt genoodzaakt, ook waar dat gaat ten koste van de boedel, en dus van de (overige) crediteuren. De aangehaalde beslissing gaat in zoverre in dezelfde richting - en gaat zelfs wat verder -, dat een recht op verrekening dat de Faillissementswet wél expliciet als uitzondering aanwijst (en dat in zoverre dus wel degelijk wordt "voorgetrokken"), toch niet wordt gehonoreerd, omdat de nakoming van de tegenover de voor verrekening voorgedragen vordering staande verplichting ten laste van de boedel zou komen en tevens (doordat geen adequate tegenprestatie werd gegeven) tot nadeel van boedel en crediteuren zou strekken, met een onaanvaardbare verstoring van de "paritas" als gevolg(15).

25) In de door mij voorgestane opvatting is het zo, dat een curator niet verplicht kan worden om op "persoonlijke" verbintenissen berustende verplichtingen na te komen als dat ten koste van de boedel gaat(16) (vooral omdat daarvan "ongelijkheid" van crediteuren het (noodzakelijke) gevolg zou zijn); en dat dat even goed behoort te gelden voor verplichtingen die (kunnen) worden nagekomen zonder dat daar een actief geven of doen van de kant van de boedel voor vereist is. De gedachte dat de curator wel gehouden zou zijn om zulke verplichtingen te honoreren berust dus wat mij betreft op een verkeerd uitgangspunt; en sterker nog: ook wanneer daar anders over te denken zou zijn, is er aanleiding om, op dezelfde voet als in het arrest van 22 december 1989 werd gedaan, een uitzondering aan te nemen voor gevallen waarin de nakoming van de desbetreffende verplichting ten koste van de boedel gaat, daar geen adequate honorering tegenover staat, én (wezenlijke) verstoring van de "paritas creditorum" daarvan het gevolg is.

Faillissement en retentierecht

26) Hoewel dat in de onderhavige zaak niet aan de orde is, meen ik er goed aan te doen om kort aandacht te besteden aan (weer) een andere regel, die kan meebrengen dat de eerder besproken uitkomsten toch weer in hun tegendeel verkeren (of: belangrijke beperkingen ondervinden). Het gaat dan om de regel - of beter: het leerstuk - van het opschortings- en retentierecht.

Retentierecht (andere varianten van opschortingsrechten laat ik, hopen daarmee mijn beschouwingen wat te kunnen bekorten, even onbesproken) kan soms worden ingeroepen tegen derden, en kan blijkens art. 60 F. worden ingeroepen tegen de faillissementscurator(17). In zoverre vertoont het gelijkenis met de goederenrechtelijke absolute rechten.

27) Wanneer, bijvoorbeeld, een huurder een beroep kan doen op retentierecht(18); en wanneer het retentierecht ook zou kunnen worden ingeroepen voor de schadevordering van de huurder wegens ontijdige beëindiging van zijn huurgenot die, bij de hiervóór door mij aanbevolen uitkomst, bij beëindiging van het huurgenot door de curator ter verificatie zou kunnen worden ingediend,

zou dat een verweer tegen de revindicatie van de kant van de curator kunnen opleveren dat qua "ernst" niet zou hoeven onder te doen voor het eerder besproken verweer op basis van de huurovereenkomst zelf (dat in de door mij hiervóór verdedigde gedachtegang echter als ondeugdelijk zou moeten worden aangemerkt - terwijl dat voor het verweer op basis van het retentierecht niet zou gelden).

28) Ik hoop met deze korte uitstap naar het retentierecht tot een wat duidelijker beeld te hebben bijgedragen; maar meen dat ik niet verder op dit thema hoef in te gaan, nu dat niet behoort tot de in cassatie aan de orde gestelde materie.

Het zal overigens duidelijk zijn dat binnen dit thema nog legio lastige vragen (kunnen) rijzen - om slechts enkele voorbeelden te noemen, de vraag of misschien (ook) aan de licentienemer een zeker "retentierecht" kan toekomen; of de vraag, voor welke vordering(en) de huurder van een woning die die van de "economische eigenaar" huurde, een beroep zou kunnen doen op retentierecht ten opzichte van de curator in het faillissement van de "echte" eigenaar, aangenomen dat die curator er aanspraak op zou kunnen maken dat de huurder het gehuurde ten behoeve van de boedel ontrent en dat - zoals nogal voor de hand ligt - de huurder in verband daarmee schade lijdt.

Huurrechtelijke bescherming van onderhuurders

29) Als laatste regel die in dit verband voor vermelding in aanmerking komt, noem ik de regel 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 (en de onderhuurder dus, behoudens deze regel, ten opzichte van de hoofdverhuurder als gebruiker-zonder-recht-of-titel zou hebben te gelden).

Ook hier gaat het om een regel die niet behoort tot de in cassatie te beoordelen materie(19), en die ik daarom niet bespreek, maar slechts vermeld. Bij dat vermelden lijkt het mij intussen, om het gepresenteerde beeld niet al te onvolledig te maken, relevant om erop te wijzen dat in de rechtspraak van de Hoge Raad art. 7:269 BW (althans het inhoudelijk overeenkomstige art. 7A:1623k BW (oud)) enigszins restrictief is uitgelegd, o.a. in die zin dat de bepaling alleen voor toepassing in aanmerking komt als er inderdaad zowel een hoofdhuurovereenkomst van woonruimte als een onderhuurovereenkomst betreffende dezelfde woonruimte aan de orde is(20).

(Daarnaast wijs ik er op dat voor toepassing van art. 7:269 BW vereist is dat er sprake is van beëindiging van de (hoofd)huur; terwijl in deze zaak door het hof is vastgesteld dat er geen beëindiging van de overeenkomst(en) die strekten tot economische eigendomsoverdracht heeft plaatsgehad.)

30) Na deze tamelijk uitvoerige bespiegelingen over (vooral) faillissementsrechtelijke algemeenheden, is het tijd om het concrete probleem uit de onderhavige zaak weer in ogenschouw te nemen.

Zoals ik in alinea 11 hiervóór al aangaf, lijkt mij voor deze zaak beslissend of de curator rechtens gehouden

was, de aan de "economische eigenares" vóór het faillissement verleende (gebruiks)rechten te respecteren (zodat de betrokkene die rechten kon blijven uitoefenen) - zoals dat bijvoorbeeld ten aanzien van degenen die van de gefailleerde gehurd hebben of die van de gefailleerde licenties onder rechten van intellectuele eigendom hadden verkregen, wel pleegt te worden aangenomen.

31) Is dat inderdaad het geval, dan kon de "economische eigenares" haar rechten volgens mij ook zo uitoefenen, dat zij het verkregene geheel of gedeeltelijk verhuurde(21), en diende de curator (ook) dat te respecteren.

Is dat daarentegen niet het geval, dan geldt (conform de door mij hoger verdedigde opvatting) dat de curator het in economische eigendom "overgedragene" als eigenaar kon opvorderen, en dat de aanspraken uit de overeenkomst van economische eigendomsoverdracht niet met vrucht aan die vordering konden worden tegengeworpen.

Dat zou dan in gelijke mate gelden voor de huurder die zijn rechten aan de economische eigenares ontleende: ook die zou zich niet kunnen beroepen op rechten die aan de revindicatie van de curator konden worden tegengeworpen. De huurder bezit - even afgezien van het mogelijke effect van art. 7:269 BW, waarover ik in alinea 29 hiervóór iets heb gezegd - immers geen betere rechten ten opzichte van de "echte" eigenaar dan degenen aan wie hij (de huurder) zijn rechten ontleent - in dit geval: de economische eigenares; of in een andere benadering: de huurder beroept zich ten opzichte van de curator in wezen op genotsrechten die hij, huurder, van de economische eigenaar heeft bedongen, en die de curator zou moeten respecteren omdat die - ik bedoel: de curator - ten opzichte van de economische eigenaar gehouden zou zijn, het gebruiksrecht van die laatste te respecteren (althans: daaraan niet te tornen). De positie van de huurder wordt dus onhoudbaar, als dat uitgangspunt niet houdbaar blijkt.

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 onaangestast" 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 zjuist

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.

34) Daarmee ben ik - eindelijk - gekomen aan bespreking van de verschillende onderdelen van het cassatiemiddel.

Zoals hiervoor zal zijn gebleken, ben ik van mening dat de curator niet kan worden verplicht, uit "persoonlijke" verbintenissen voortvloeiende gebruiksrechten van een crediteur van de gefailleerde in diër voege te respecteren, dat er daadwerkelijke nakoming van die rechten wordt bewerkstelligd; en dat de curator ook niet gehouden is te gedogen dat in materieel opzicht hetzelfde gebeurt, doordat de crediteur het hem ingevolge die rechten ten laste van de boedel toekomende blijft genieten, terwijl de curator zich daar niet tegen zou kunnen verzetten.

Ofschoon de onderdelen 1 onder a resp. c en onderdeel 3 van het middel dit gegeven niet op geheel dezelfde wijze benaderen als ik dat in het voorafgaande heb gedaan, bevatten zij klachten die inhoudelijk voldoende daarmee overeenstemmen om, wat mij betreft, als grond te worden aangemerkt(22).

35) Onderdeel 2 van het middel vat ik aldus samen, dat art. 7:424 en 7:422 lid 1 sub a BW aan honorering van de verweren van [verweerder] c.s. in de weg zouden staan (kort gezegd: omdat de bevoegdheid om voor rekening van Nebula komende verbintenissen aan te gaan door het faillissement zou zijn geëindigd).

Die klacht lijkt mij niet gegrond. Het gaat er in deze zaak namelijk niet om, dat de economische eigenares rechtshandelingen zou hebben verricht die voor rekening van Nebula kwamen (en het doet daarom niet terzake, in hoeverre een bevoegdheid om dat wel te doen, het faillissement al dan niet zou hebben "overleefd"). Volgens mij heeft het hof de overeenkomst van economische eigendomsoverdracht zo opgevat, dat die de economische eigenares het recht gaf om op eigen naam en voor eigen rekening overeenkomsten met betrekking tot het verkregene - en dus ook huurovereenkomsten - aan te gaan. Die bevoegdheid maakte onderdeel uit van de verschafte gebruiks- c.q. genotsrechten (en die bevoegdheid strookt ook met de strekking, de verkrijger in een positie te brengen die zo veel mogelijk overeenkomt met die van een eigenaar).

36) De rechtshandelingen die in het kader van een dergelijke overeenkomst worden verricht, kunnen niet worden aangemerkt als gedaan "namens" of "voor rekening van" de werkelijke eigenaar, de gefailleerde; en zij binden de boedel al daarom niet. Zij zijn gedaan door de nieuwe "economische" eigenaar op persoonlijke titel, waartoe de overeenkomst deze ook het recht verschafte. De vraag is daarom niet, of die rechtshandelingen voor rekening van de boedel komen - dat doen zij niet. De vraag is alleen, of de curator uit hoofde van de door Nebula ten titel van economische eigendom

verstrekte gebruiksrechten kan worden verplicht, die rechten effectief te respecteren. Als dat niet het geval is - die vraag is hiervóór uitvoerig onder ogen gezien - kan de curator de door de "economische eigenares" gedane zaken negeren als ten opzichte van hem, curator, een "res inter alios acta".

37) Onderdeel 4 beoordeel ik eveneens als ongegrond. In de vaststellingen van het hof - in het bijzonder de vaststelling in rov. 4.1.4, overeenkomend met wat ik in alinea 2 hiervóór weergaf - ligt besloten dat Nebula ermee heeft ingestemd dat [B] op dezelfde voet als eerder met [A] was overeengekomen, de rechten van de economische eigenaar zou uitoefenen. Het is van weinig belang hoe men deze rechtshandeling precies wil kwalificeren ("contractsovername" dan wel instemming met rechtsuitoefening door een ander dan de oorspronkelijke contractuele wederpartij, maar zonder effectieve "partijwisseling"). In beide gevallen kon het hof aannemen wat het klaarblijkelijk heeft aangenomen: dat [B] met de instemming van Nebula de rechten van de economische eigenares mocht gaan uitoefenen, en dat Nebula uit dien hoofde tegen zich moest laten gelden wat [B] in haar hoedanigheid van economisch eigenares deed en naliet. Anders dan het onderdeel betoogt, is bepaald niet onbegrijpelijk dat het hof in die zin heeft geoordeeld.

Volledigheidshalve vermeld ik nog dat de onderdelen 1 sub b en 2 sub b en c geen materie te berde brengen die niet in het voorafgaande is besproken; zodat bespreking van deze onderdelen apart niet nodig is.

38) De door mij hiervóór voor juist gehouden opvatting brengt mee dat het hof op rechtens onjuiste gronden tot het oordeel is gekomen dat, kort gezegd, de curator gehouden was de rechtsuitoefening door [B] (en in het verlengde daarvan de voortgezette rechtsuitoefening door [verweerder] c.s.) te respecteren. Volgens mij geldt juist dat [B] resp. [verweerder] c.s. van de op "persoonlijke" verbintenissen berustende aanspraken die zij (wat betreft [verweerder] c.s.: indirect) ten opzichte van de boedel van Nebula hebben, niet kunnen verlangen dat de curator die respecteert - lees: nakomt -; en geldt in het verlengde daarvan dat die aanspraken slechts door aanmelding ter verificatie ten laste van de boedel mogen worden gebracht.

Dat leidt ertoe dat het bestreden arrest voor vernietiging in aanmerking komt.

39) Wat de verdere afdoening betreft nog dit:

Ik denk dat, als vernietiging op de gronden die ik hiervóór voor juist heb gehouden zou volgen, als vaststaand heeft te gelden dat [verweerder] c.s. niet beschikken over een rechtstitel die hun verblijf in de gehuurde woning ten opzichte van de curator kan rechtvaardigen; en dat het standpunt dat de curator heeft verdedigd dus in zoverre juist is.

Namens [verweerder] c.s. was er echter nog beroep op gedaan dat de curator het recht om ontruiming te vorderen zou hebben verwerkt (zie bijvoorbeeld appelgrief 5), en was aangevoerd dat [verweerder] c.s. aan art. 3:76 BW aanspraken tegen de curator konden ontlennen (Memorie van Grieven, alinea 3.28, uitgewerkt bij pleitnota in appel, alinea's 1.11 en 3.1). Het is ook mo-

gelijk de gedingstukken zo te lezen, dat [verweerder] c.s. zich hebben beroepen op bescherming uit hoofde van art. 7:269 BW (zie voetnoot 19 hiervóór).

Op deze verweren is nog niet beslist. Verwijzing lijkt mij dus nodig, opdat dat alsnog kan gebeuren.

Conclusie

Ik concludeer tot vernietiging van het bestreden arrest, met verwijzing naar een ander hof op de gebruikelijke voet.

Noten bij conclusie A.-G.

1 In belangrijke mate ontleend aan rov. 1 onder a. tot en met l. (opmerking: een sublinea f ontbreekt hier) van het in de eerste aanleg gewezen vonnis van 25 juni 2003. Het hof is van de daar vastgestelde feiten uitgegaan (rov. 3 en 4.1.1 tot en met 4.1.9).

2 Aanvankelijk waren er twee faillissementscuratoren, maar inmiddels is alleen de huidige eiser tot cassatie als zodanig aangesteld.

3 Het arrest van het hof is gepubliceerd in JOR 2005, 161, m.nt. Van Anandel.

4 Het arrest is van 17 maart 2005, de cassatiedagvaarding van 17 juni 2005.

5 Hierover bijvoorbeeld: HR 5 maart 2004, NJ 2004, 316 m.nt. PAS, rov. 3.3.1 en de noot bij dit arrest; HR 13 september 2002, NJ 2003, 400 m.nt. WMK, rov. 3.6; Asser - Mijnsen - De Haan, 2001, nr. 483; Snijders - Rank-Berenschot, Goederenrecht, 2001, nr. 204; Polak - Wessels, Insolventierecht Deel II, 2000, nr. 2035; Huijgen, Economische Eigendom, 1995, p. 8 - 9 en p. 39 - 40; Van Zeben c.s., Parlementaire Geschiedenis Boek 5, 1981, p. 17 - 18.

Voor zover mij bekend is een louter obligatoire economische eigendomsoverdracht overigens vrij uitzonderlijk. In de praktijk worden overeenkomsten tot economische eigendomsoverdracht vaak "versterkt" met goederenrechtelijke zekerheidsrechten - als het om onroerende zaken gaat dus: hypotheken; zie ook alinea 2.7 van de conclusie van A - G Langemeijer voor HR 18 februari 2000, NJ 2000, 278 en Huijgen, Economische Eigendom, 1995, p. 21 - 27. Maar hier is dat dus niet gebeurd.

6 Over deze regel bijvoorbeeld: HR 13 mei 2005, NJ 2005, 406 m.nt. PvS, rov. 3.4.1 en alinea 3 van de noot bij dit arrest; Lenselink, De verlening van exploitatiebevoegdheden in het auteursrecht, diss. 2005, p. 183; T&C Faillissementswet, 2004, Wissink, art. 37, aant. 1; Polak - Wessels, Insolventierecht Deel II, 2000, nr. 2465; Van Hees, A - T - D (Van Schilfgaarde-bundel), 2000, p. 131; W. Snijders, CJHB (Brunner-bundel), 1994, p. 357; Polak, preadvies Ver. voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1964, p. 164 - 171; Kortmann - Faber, (heruitgave van de) Geschiedenis van de Faillissementswet, deel 2-I, 1994, p. 410. Zie voor een genuanceerde benadering (die, denk ik, aansluit bij mijn hierna te verdedigen opvatting): Kortmann, alinea 5 van diens noot onder HR 26 april 2002, NJ 2005, 180.

7 Het probleem van "werking" van niet-goederenrechtelijke verbintenissen tegen de faillissementsboedel kan zich echter ook in heel ander verband voordoen, zie bijvoorbeeld HR 16 april 1999, RvdW 1999, 66, rov. 3.3.3 ("doorwerking" van een in een overeenkomst vastgelegd forumkeuzebeding).

Bij (andere) contractuele relaties die langdurige prestatieplichten met zich meebrengen zonder dat van "geven" of (anderszins) "doen" aan de kant van de boedel sprake is, zijn de problemen (zeer) vergelijkbaar met die, die zich bij huur- of licentieovereenkomsten voordoen. Huurkoop (waarbij de gefailleerde als verkoper optrad), distributiecontracten (die de distributeur ondanks faillissement van de principaal wil voortzetten) - en ook de overeenkomst waarbij de gefailleerde als "echte" eigenaar economische eigendom heeft "overgedragen" - kunnen alle aanleiding geven tot de vraag in hoeverre de "persoonlijke" verbintenissen die uit zulke overeenkomsten voortvloeien in weerwil van het faillissement, ten laste van de boedel geldend kunnen worden gemaakt.

8 Dat de curator zich dit (dus) moet laten welgevalen wordt aangenomen, o.a. door Van Anandel, annotatie bij het thans in cassatie bestreden arrest (JOR 2005, 161); Polak c.s., Faillissementsrecht, 2005, p. 93; Lenselink, De verlening van exploitatiebevoegdheden in het auteursrecht, diss. 2005, p. 183 - 186, met veel verdere verwijzingen; Van Schilfgaarde, alinea 1 van de noot bij HR 22 december 1989, NJ 1990, 661.

Enigszins verbazend is, dat verschillende van deze bronnen (Van Anandel, Lenselink, Van Schilfgaarde t.a.p.) aanvaarden dat de curator wél vrij is om het goed ten laste waarvan de desbetreffende prestatie wordt genoten te vervreemden, en dat de verkrijger dan (een uitzondering als die van art. 7:226 BW daargelaten) niet gehouden is de aan een crediteur als de onderhavige verleende (gebruiks)rechten te respecteren. Bij wege van voorbeeld: de curator zou het octrooi waaronder (een niet op de voet van art. 56 lid 2 ROW 1995 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.

9 Op de vraag welke partij in deze zaak zo moet worden aangemerkt, kom ik in alinea 37 hierna terug.

10 Zelfs als er wel goedvinden van de curator is, kan een gedeeltelijk voltooide levering in faillissement niet meer worden voltooid (maar kan wel geheel overnieuw worden geleverd), HR 14 juli 2000, NJ 2001, 685 m.nt. Kortmann, rov. 3.4.1.

11 Voor handelingen waar de boedel door gebaat wordt biedt art. 24 F. een uitzondering van beperkte strekking.

12 Ik kom hierover nader te spreken in alinea 21.

13 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 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 creditoren.

14 Er zijn ook gevallen waarin de gefaillieerde verhuurde of licentieerde zonder zelf eigenaar van het verhuurde of houder van het gelicentieerde recht zijn (bijvoorbeeld: als onderverhuurder of sublicentiegever). Dan doet zich niet het geval voor dat een persoonlijk recht van de huurder of licentienemer staat tegenover een absoluut recht dat in de boedel valt, en ten laste waarvan een prestatie geldend wordt gemaakt. Ik sluit niet uit dat dat geval anders moet worden beoordeeld; maar veroorloof mij om deze vraag, nu die in dit cassatiegeding niet aan de orde is, verder te laten rusten.

15 Misschien valt ook nog enige steun voor deze opvatting te ontnemen aan HR 12 mei 1989, NJ 1989, 613, rov. 3.2 en 3.3. In die rov. wordt als niet blijk gevend van een onjuiste rechtsopvatting beoordeeld de beslissing van het hof dat een curator een na faillissement doorlopend gebruiksrecht (i.c. ten aanzien van bouw-materieel) dat tot verstoring van de "paritas" zou leiden, niet hoeft te respecteren.

16 (Mede) daarom kan over een verplichting uit een forumkeuzebeding zoals aan de orde was in de in voetnoot 7 aangehaalde beslissing, anders worden geoordeeld: het gaat dan niet om een verplichting waarvan de nakoming ten koste van de boedel gaat, en er is geen relevant probleem van verstoring van de "paritas".

17 HR 28 juni 1996, NJ 1997, 397 m.nt. PvS, rov. 3.5.1 - 3.5.3; Faillissementswet (losbl.), Van Galen en Van Hees, art. 60, i.h.b. aant. 1 en 2; T&C Burgerlijk Wetboek, Boeken 1 t/m 4, 2005, Oosterveen, art. 3:291, aant. 1 en art. 3:292, aant. 4; Polak - Wessels, Insolventierecht Deel III, 2003, nrs. 3490 e.v.; T&C Faillissementswet, 2004, Van Sint Truiden, commentaar bij art. 60.

18 Dat dat in bepaalde omstandigheden inderdaad kan blijkt, behalve uit HR 28 juni 1996, NJ 1997, 397 m.nt. PvS, rov. 3.5.1 - 3.5.3 (zie de vorige voetnoot), bij-

voorbeeld uit HR 8 november 2002, NJ 2002, 623, rov. 3.5 en 3.6 en HR 4 april 1997, NJ 1997, 608 m.nt. PAS, rov. 4.3.

19 In alinea 3.26 van de memorie van Grieven wordt er wel op gezinspeeld dat [B] als huurster van het haar ter beschikking gestelde object zou kunnen worden aangemerkt; en bij pleitnota in appel wordt ook de mogelijkheid van toepassing van art. 7:269 BW geopperd (alinea 2.15 van de pleitnota namens [verweerder] c.s.). In cassatie wordt echter geen oordeel hierover verlangd.

20 En dus bijvoorbeeld niet, als er sprake is van een huurkoop (van de woning) en de huurkoper die woning aan een derde heeft verhuurd, HR 4 december 1981, NJ 1982, 401 m.nt. PAS, rov. 2; zie ook HR 28 januari 1994, NJ 1994, 421 m.nt. PAS, rov. 3.4 en HR 29 oktober 1982, NJ 1983, 213 m.nt. PAS, rov. 3; Huurrecht (losbl.), Van der Hoek, art. 269, aant. 22; Asser - Abas (Huur) 5 IIA, nr. 165; Rueb - Vrolijk - De Wijkerslooth-Vinke, Het Nieuwe Huurrecht, 2003, p. 130.

21 Hoe ver de bij een overdracht in "economische eigendom" verleende (gebruiks)rechten zich uitstrekken is een vraag die door uitleg van de desbetreffende overeenkomst moet worden beantwoord. Met de aanduiding "economische eigendom" worden intussen meestal rechten beoogd die, zoals ik al even aangaf, in materieel opzicht de rechten van een eigenaar zo veel mogelijk benaderen. Een uitleg waardoor de "economische eigenaar" ook tot exploitatie in de vorm van verhuur gerechtigd is, ligt daarom enigszins voor de hand, en het verbaast niet dat het hof die uitleg heeft aanvaard. Die uitleg is ook goed verenigbaar met de in alinea's 1 en 2 hiervóór weergegeven artikelen uit de overeenkomsten waarop de rechten van [B] berusten.

22 Bij schriftelijke toelichting in dupliek, alinea 2, wordt aan de cassatieklachten een beperktere uitleg gegeven; maar ik zou menen dat een ruimere lezing hier aangewezen is.