

Analogische rechtsvorming: *Nebula*, *Berzona* en het lot van een licentie van een failliete licentiegever

Dick van Engelen*

De vraag of een curator van een failliete licentiegever (op bijvoorbeeld een octrooi, merk of auteursrecht) de licentienemer het verdere gebruik van de licentie kan verbieden en het gelicentieerde vrij van licenties kan verkopen heeft de laatste jaren veel stof doen opwaaien. Vreemd genoeg naar aanleiding van twee arresten die daar niet direct over gaan. Dat onderstreept allereerst het grote praktische belang van het antwoord op die vraag. Het leert echter ook dat het van groot belang is dat de Hoge Raad bij zijn arresten ook oog heeft en houdt voor het zaak-overstijgende belang van een uitspraak.



1 Inleiding

De rechtsvormende taak van de Hoge Raad staat dit jaar centraal in *Ars Aequi* en dan kunnen de *Nebula*¹- en *Berzona*²-arresten en

hun invloed op de faillissementsbestendigheid van licenties van intellectuele eigendomsrechten ('IE') niet onbesproken blijven.

Een les van die arresten is onder meer dat uitspraken van de Hoge Raad niet alleen maar gaan waar ze over gaan. Dat is voor de gemiddelde rechtenstudent geen vernieuwend inzicht, omdat die student vanaf de eerste colleges geleerd wordt (i) om veel 'in' arresten van de Hoge Raad te lezen, (ii) om daar algemene regels uit te distilleren en (iii) om daar vervolgens voorspellende waarde aan toe te kennen. Dat alles vereist dan wel dat de Hoge Raad enigszins rolvast zijn rechtsvormende taak vervult binnen dit 'spel van vraag en antwoord', in de terminologie van Steneker in zijn Amuse van het maartnummer van *Ars Aequi*.³

Kennisneming van *Berzona* leidt tot de waarneming dat de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak soms lijkt te verzaken door wel op een eerder arrest terug te komen, maar dat ondertussen simpelweg te ontkennen, en zo menig jurist in verwarring achter te laten

Kennisneming van het arrest van 11 juli 2014 in de zaak *ABN AMRO/Berzona* leidt echter tot de waarneming dat de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak soms lijkt te verzaken door wel op een eerder arrest terug te komen, maar dat ondertussen simpelweg te ontkennen, en zo menig jurist in verwarring achter te laten. Illustratief hiervoor is de verzuchting van Verstijlen in zijn *NJ*-noot⁴ bij *Berzona* dat men soms bij het lezen van een recensie bevangen wordt door de gedachte dat de

* Prof. mr. Th.C.J.A. van Engelen is hoogleraar Industriële Eigendom bij het Centrum voor Intellectuele Eigendomsrecht (CIER)/ Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht en advocaat te Utrecht.

1 HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, *NJ* 2007/155 m.nt. P. van Schilf-gaarde, *AA* 2007, p. 233 m.nt. R.D. Vriesendorp (AA20070233).

2 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, *NJ* 2014/407 m.nt. F.M.J. Verstijlen.

3 A. Steneker, 'Een spel van vraag en antwoord', *AA* 2015, p. 174-176 (AA20150174).

4 *NJ* 2014/407.

recensent een heel ander stuk heeft gezien dan men zelf heeft bezocht, en dat men die ervaring ook kan hebben bij het lezen van het *Berzona*-arrest.

Vanwaar nu deze consternatie naar aanleiding van dit arrest *ABN AMRO/Berzona*? Daarvoor dienen we slechts kort terug te gaan in de tijd tot het eerdere *Nebula*-arrest van 3 november 2006. Dat is het goede nieuws. Het uitdagende nieuws is dat we vervolgens kunnen constateren dat beide arresten niet gingen over licenties of faillissementen van licentiegevers, maar desondanks daarover in 'licentieland' veel pennen in beweging hebben gebracht en duidelijk als rechtsvormend worden gelezen.⁵ Om dat te kunnen volgen is het goed om eerst maar eens te kijken waar het *Nebula*-arrest over ging.

Beide arresten gingen niet over licenties of faillissementen van licentiegevers, maar hebben desondanks daarover in 'licentieland' veel pennen in beweging gebracht en worden duidelijk als rechtsvormend gelezen

2 *Nebula*: economische eigendom van onroerend goed

In het *Nebula*-arrest van 2006 ging het over vraag of de curator van een failliete juridisch eigenaar van een pand (*Nebula*) ontruiming kon vorderen van huurders (Mulders c.s.) van woonruimte in dat pand, die hun huurrecht ontleenden aan een huurovereenkomst met de economische eigenaar (Walton) van dat pand. Omdat de curator van de failliete juridisch eigenaar tegenover de economisch eigenaar en diens huurder niets hoefde te doen, anders dan 'op zijn handen blijven zitten' (of juridisch geformuleerd: te dulden), werd er veelal van uitgegaan dat de economische eigenaar en diens huurder geen last van het faillissement hoefden te hebben.⁶

In die lijn oordeelde het Hof Amsterdam dat de overeenkomst van economische-eigendoms-overdracht door het faillissement van *Nebula* niet werd geraakt, zodat Walton op basis daarvan nog altijd een huurrecht aan Mulders c.s. kon verschaffen.⁷ De Hoge Raad oordeelde echter anders. Hij stelde enerzijds voorop dat het (voort)bestaan van een wederkerige overeenkomst niet wordt beïnvloed door het

faillissement van een van de contractanten (art. 37 Fw), maar gaf, anderzijds, aan dat het beginsel van de *paritas creditorum* – de gelijkheid van schuldeisers – ook een van de pijlers van het faillissement is. Aan die *paritas creditorum* kende de Hoge Raad vervolgens doorslaggevende betekenis toe.⁸

Een schuldeiser die € 1.000 van de failliet te vorderen heeft zal in de regel niets of slechts een gering percentage van zijn vordering voldaan krijgen. Een schuldeiser die daarentegen alleen maar een dulden van de failliet te vorderen heeft zou – indien die vordering niet door het faillissement geraakt wordt – steeds voor de volle 100% voldaan worden. Daarmee wordt het beginsel van de *paritas creditorum* geweld aangedaan, en afhankelijk gemaakt van de aard van de van de failliet te vorderen prestatie. De Hoge Raad oordeelde dat dit onwenselijk was en dat de curator het contractuele gebruiksrecht van de economische eigenaar om die reden niet hoefde te honoreren, waarna vervolgens de conclusie was dat dit ook het einde betekende voor het uit dit gebruiksrecht van de economisch eigenaar afgeleide huurrecht van Mulders c.s., die dus door de curator ontruimd kon worden.

Nebula ging niet over licenties, maar de reden dat daar na dit arrest wel veel over te doen is geweest is te danken – of zo men wil: te wijten – aan de lezenswaardige conclusie van A-G Huydecoper

3 Licenties

Nebula ging niet over licenties, maar de reden dat daar na dit arrest wel veel over te doen is geweest is te danken – of zo men wil: te wijten – aan de lezenswaardige conclusie van A-G Huydecoper. Die kwam tot dezelfde conclusie als na hem de Hoge Raad voor wat betreft het lot van de economisch eigenaar van de onroerende zaak en diens huurder. Huydecoper nam zich de rechtsvormende rol van de Hoge Raad ter harte en vroeg zich vervolgens af waar een vergelijkbare rechtsverhouding zich ook voordeed en of de door hem bepleite uitkomst daar ook op zijn plaats zou zijn. Omdat Huydecoper een erkend specialist in het IE-recht is, verbaast het niet dat hij een parallel zag met de licentie.

- 5 Zie bijvoorbeeld: C.J. Jager & R.E. Weening, 'Licentie in faillissement', *VrA* 2008/2, p. 49-68; Th.C.J.A. van Engelen, 'Licenties in faillissement na het *Nebula*-arrest: schuifelen tussen de scherven', *IER* 2009/75; P.R.W. Schaink, 'Enkele bespiegelingen door de bril van een faillissementscurator', *IER* 2009/74; E.D.C. Neppelenbroek, 'De softwaregebruikslicentie bij de overdracht van het auteursrecht en in het faillissement van de licentiegever', *TvI* 2011/25; G.A.J. Boekraad, 'Het recht op wanprestatie van de faillissementscurator. Naar aanleiding van het *Nebula*-arrest', *MvV* 2007, p. 46-53; J. Becker, 'Merk en faillissement', *BMM Bulletin*, 2012, p. 66-73; B. Wessels, *Insolventierecht. Deel II. Gevolgen van faillietverklaring (1)*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 2586, met verdere literatuurverwijzingen. H. Struik, 'Nebula in het licht van Oracle vs. UsedSoft, Softwarelicenties in faillissement nader beschouwd', *NJB* 2013, p. 2994-3000; E.J. Louwers & P.M. de Laat, 'Continuïteit in de cloud', *Computerrecht* 2014, p. 216-221.
- 6 Zie daarover T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, p. 231-235.
- 7 Hof Amsterdam 17 maart 2005, *JOR* 2005/161 m.nt. W.J.M. van Anel.
- 8 HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, *NJ* 2007/155, r.o. 3.5.

Bij de niet IE-onderlegden rijst nu waarschijnlijk de vraag wat een licentie is, waarbij de IE-specialisten vervolgens weer moeten erkennen dat het antwoord op die simpele vraag lastig is, omdat een wettelijke definitie van de licentie ontbreekt. Dat lot deelt de licentie ook met de economische eigendom, wat immers geen eigendom is maar de resultante van een contractuele economische risico-verdeling tussen een juridisch eigenaar en de 'economisch eigenaar'. In de praktijk spreken we van een licentie wanneer een IE-rechthebbende aan een derde toestemming geeft om het object van het IE-recht – zoals een geöctrooieerde uitvinding, een merk of een auteursrechtelijk beschermd werk – te gebruiken of te exploiteren. Zonder die toestemming zou die derde inbreuk plegen op het exclusieve en absolute IE-recht, maar door die toestemming kan de licentienemer niet geconfronteerd worden met een verbod of een schadeclaim van de IE-rechthebbende. In veel gevallen gaat een licentie vervolgens veel verder dan alleen maar een simpele toestemming voor wat anders verboden zou zijn. Met name een exclusieve licentienemer fungeert vaak in economisch opzicht als de plaatsvervanger van de IE-rechthebbende (en lijkt dan in veel opzichten op een economisch eigenaar).

Voorafgaand aan het *Nebula*-arrest werd er door velen in 'licentieland' van uitgegaan dat een faillissement van de licentiegever de positie van de licentienemer niet raakte

Voor de IE-rechthebbende/licentiegever geldt evenals voor de juridisch eigenaar van het pand in *Nebula* dat hij in beginsel alleen maar hoeft te dulden. Voorafgaand aan het *Nebula*-arrest werd er dan ook door velen in 'licentieland' van uitgegaan dat een faillissement van de licentiegever de positie van de licentienemer niet raakte.⁹ Huydecoper ging in zijn conclusie uitdrukkelijk op de gevolgen van de door hem bepleite uitkomst voor licentieverhoudingen in en concludeerde dat daar hetzelfde diende te gelden. Dat zou dan inhouden dat de curator van een licentiegever nog lopende licenties niet langer hoeft na te komen en de bestaande licentienemers de verdere exploitatie van het gelicentieerde zou kunnen verbieden. Tevens zou die curator de betreffende IE-rechten mogelijk vrij van licenties aan een derde kunnen verkopen,

waaronder wellicht een concurrent van de voormalig licentienemer. Dat alles was 'even schrikken' voor menig IE-jurist, zodat ook in die kringen werd uitgekeken naar het arrest van de Hoge Raad dat op die conclusie zou volgen.

4 De *Nebula*-dreiging voor licenties

De Hoge Raad hulde zich vervolgens in stilzwijgen voor wat betreft de vraag of wat hij voor de verhouding 'juridisch eigenaar – economisch eigenaar – verhuurder' verordonneerde al dan niet ook voor de licentie zou gelden.

Dat valt de Hoge Raad op zich niet aan te rekenen, eenvoudigweg omdat die vraag in de *Nebula*-procedure niet aan de orde was. Het feit dat die vraag in die procedure niet speelde brengt heel praktisch bezien ook mee dat het partijdebat en de eerdere rechterlijke uitspraken in twee instanties daar dus ook niet over gingen. Daarmee is dat onderwerp in die procedure dus ook niet vanuit allerlei perspectieven en invalshoeken tegen het licht gehouden, zodat de voorlichting van de Hoge Raad in alleen maar een conclusie van de A-G wellicht toch – met alle respect voor Huydecoper – wat magertjes was. Het getuigt vaak van grote wijsheid om niets te zeggen als je niet zeker weet of wat je wilt gaan zeggen wel verstandig is. De eerlijkheid gebied mij om direct toe te geven dat die wijsheid mij niet vaak gegeven is.

De Hoge Raad hulde zich in stilzwijgen over de gevolgen van zijn uitspraak voor licenties na een faillissement van de licentiegever, zodat de rechtspraktijk zich daar vervolgens zelf het hoofd over moest gaan breken

Wat daar verder van zij, de Hoge Raad hulde zich in stilzwijgen over de gevolgen van zijn uitspraak voor licenties na een faillissement van de licentiegever, zodat de rechtspraktijk zich daar vervolgens zelf het hoofd over moest gaan breken. Omdat de Hoge Raad niets had gezegd over die licenties, terwijl de A-G uitdrukkelijk had aangegeven dat die naar zijn oordeel hetzelfde lot als dat van de economisch eigenaar deelden, moest die praktijk er rekening mee houden dit inderdaad het geval

⁹ Zie echter ook: W.A. Hoyng, 'De octrooiligentie in faillissement', in: M.S. Bijleveld e.a. (red.), *Recht vooruit, Opstellen ter gelegenheid van 150 jaar BW*, Deventer: Kluwer 1988, p. 73-96; A.A. Quaadvlieg, 'Intellectuele eigendomslicenties in "Boek 9 Fw"', *NTBR* 1995, p. 226-235.

zou kunnen blijken te zijn, ook omdat diezelfde Huydecoper dat vervolgens nadien nog eens luid en duidelijk verkondigde.¹⁰

Daarmee hing dus een donkere wolk boven menig licentie, omdat de licentienemer moest vrezen dat hij het bij een faillissement van zijn licentiegever niet 'droog zou houden' en met lege handen zou achterblijven, terwijl de curator het IE-recht wellicht licentievrij aan een derde zou kunnen overdragen. Het praktisch belang daarvan is niet te onderschatten, omdat tegenwoordig veel sprake is van wat men 'open innovatie' en een 'netwerk-economie' noemt. Dat betekent praktisch gesproken dat een innoverende onderneming niet meer zelf over alle voor de exploitatie van zijn innovatieve product of dienst vereiste IE-rechten beschikt, maar technologie van derden gebruikt en daarvoor afhankelijk is van het voortbestaan van die licentie(s). Het feit dat in een Apple iPhone en iPad veel technologie van Samsung en andere ondernemingen zit is hiervoor illustratief, en betekent dus ook dat Apple kwetsbaar is bij een faillissement van Samsung of een andere leverancier.

Dat die *Nebula*-wolk na 2006 als dreigend werd ervaren, laat zich vervolgens ook verklaren door het feit dat sinds de financiële crisis van 2008 duidelijk is dat ook de grootste ondernemingen niet gevrijwaard zijn van een faillissement. Een faillissementsrisico is dus altijd een reële optie indien men met derden zaken doet en contracteert. De licentienemer die ervan uitgaat dat zijn licentiegevers niet failliet gaan, neemt dus een onverantwoord risico.

Volgend op het *Nebula*-arrest ontstond er in de IE-licentiepraktijk de nodige activiteit om licenties zo te structureren dat het faillissementsrisico van de licentiegever ingedamd kon worden

5 *Nebula*-impact

Volgend op het *Nebula*-arrest ontstond er in de IE-licentiepraktijk de nodige activiteit om licenties zo te structureren dat het faillissementsrisico van de licentiegever ingedamd kon worden. Zo werd gekeken naar rechten van vruchtgebruik, het gebruik van 'special purpose companies', eigendomsrechtover-

drachten van IE-rechten onder opschortende voorwaarden en allerlei andere juridisch vernuftige constructies om een resultaat te bereiken dat recht deed aan de (gerechtvaardigde) behoeften van licentienemers om het voortbestaan van hun ondernemingen en activiteiten te kunnen veilig stellen voor het geval de licentiegever failliet zou gaan. Een probleem is dat die constructies allemaal zo hun voors en tegens hebben en het probleem ook vaak niet volledig oplossen. Ook hier wreekt zich dat Boek 9 BW nooit verder is gekomen dan de tekentafel, zodat de aansluiting tussen het IE-recht en het algemene vermogensrecht suboptimaal is.

Een probleem is dat die licentienemers (en hun adviseurs) zich in de praktijk allereerst dienen te realiseren dat die constructies nodig zijn. Vervolgens dienen partijen zich te laten adviseren en substantiële transactiekosten te maken. Daarmee dreigt een adequate rechtsbescherming niet aan te sluiten bij wat de gangbare praktijk is, zodat een goede rechtsbescherming iets dreigt te worden voor de 'happy few' die zich kunnen laten omringen met duurbetaalde adviseurs, terwijl vele ondernemingen geconfronteerd worden met onverwachte en onvoorziene gevolgen in geval van een faillissement van hun licentiegever.

Kortom, er ontstond een 'mismatch' tussen datgene wat deelnemers aan het rechtsverkeer als rechtens juist ervaren en verwachten en datgene wat rechtens waarschijnlijk de uitkomst is. Dat is ook nadelig voor het innovatieklimaat in Nederland. Indien een innovatieve *biotech* start-up zijn nieuwe technologie voor een medicijn naar de markt wil laten brengen is samenwerking noodzakelijk met een grote farmaceutische onderneming, die de miljoenen kan investeringen die gemoeid zijn met het onderzoek dat nodig is om het product te testen op veiligheid en (bij)werkingen. De start-up kan dan al gauw feitelijk gedwongen zijn om zijn IE-rechten te verkopen in plaats van te licentiëren, omdat een faillissementsrisico voor de farmaceutische licentienemer die het meeste geld in de ontwikkeling van het product stopt onaanvaardbaar is, maar bij een start-up ook verre van denkbeeldig is.

In de rechtspraktijk lijkt sprake van een breed gedragen gevoel dat de consequenties van het *Nebula*-arrest voor andere juridische rechtsverhoudingen dan economische eigendom misschien minder wenselijk waren en ook moeilijk 'uit te leggen'. Maar diezelfde rechtspraktijk zit ook met het probleem dat het allemaal nog maar de vraag is of wat

10 J.L.R.A. Huydecoper, 'Insolventie en rechten van intellectuele eigendom', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus* (Serie Onderneming en Recht, deel 44), Deventer: Kluwer 2008, p. 657.

iedereen na *Nebula* vermoedde en vreesde zich ook daadwerkelijk zou voltrekken in de rechtspraak, aangezien het zeer wel mogelijk is dat de Hoge Raad voor andere gevallen dan economische eigendom van onroerend goed anders zou beslissen. Het wachten was dus op verdere rechtsvorming door de Hoge Raad, waarbij het voor de hand lag te verwachten dat licht in deze duisternis zou moeten komen van beslissingen in procedures (i) tussen curatoren en licentienemers of (ii) tussen kopers van IE-rechten van curatoren en eerdere licentienemers. Groot was dan ook de verbazing dat helderheid geboden leek te worden door een arrest in een procedure die zag op een mislukte aanvraag van een faillissement van vastgoedonderneming Berzona B.V. door ABN AMRO.

In de rechtspraak lijkt sprake van een breed gedragen gevoel dat de consequenties van het *Nebula*-arrest voor andere juridische rechtsverhoudingen dan economische eigendom misschien minder wenselijk waren en ook moeilijk ‘uit te leggen’

6 Berzona

ABN AMRO verzocht faillietverklaring van Berzona B.V. vanwege een opeisbare vordering van € 11,8 miljoen. Voor steunvorderingen werd verwezen naar vorderingen van huurders van door Berzona verhuurde flats om het huurgenot daarvan te blijven verschaffen en om onderhoud aan die flats te blijven verrichten. Rechtbank en hof wezen het verzoek af omdat niet was gebleken dat Berzona ter zake van deze huurgenots- en onderhoudsverplichtingen in gebreke was. Daarmee stonden deze mogelijke toekomstige vorderingen onvoldoende vast om als steunvordering te kunnen fungeren.

In zijn conclusie gaf A-G Wuisman aan dat een faillissement strekt tot verdeling van het vermogen van de gefailleerde over diens gezamenlijke schuldeisers, zodat sprake moet zijn van vorderingen die ertoe strekken ‘iets’ – c.q. een vermogensbestanddeel – uit het vermogen van de schuldenaar te krijgen. Daartoe kwalificeren vorderingsrechten ter verkrijging van

een goed of geld, maar niet vorderingsrechten strekkende tot een doen of nalaten, aldus de A-G. Om die reden konden naar het oordeel van de A-G vorderingsrechten op huurgenot of onderhoud niet als steunvordering fungeren, aangezien zij er niet toe strekken om ‘iets’ uit het vermogen van de schuldenaar te verkrijgen en dus geen basis kunnen vormen om te participeren in de verdeling van het vermogen van de schuldenaar. Geconstateerd kan worden dat in de conclusie van de A-G of uitspraken van rechtbank en hof met geen woord over *Nebula*-perikelen gesproken wordt.

Geconstateerd kan worden dat in de conclusie van de A-G of uitspraken van rechtbank en hof met geen woord over *Nebula*-perikelen gesproken wordt

In zijn arrest volgde de Hoge Raad de analyse van de A-G van de vraag welke vorderingen als steunvordering kunnen fungeren niet. De Hoge Raad oordeelde (onder 3.4.2) dat vorderingen tot het verrichten van onderhoud en vorderingen tot het verschaffen van het genot van een zaak die voortvloeien uit een duurovereenkomst wel een steunvordering opleveren, maar dat een onzekere toekomstige vordering geen steunvordering kan zijn. Om die reden sneuvelden de toekomstige onderhoudsverplichtingen als mogelijke steunvordering (onder 3.5).

Voor wat betreft de vorderingen tot het verschaffen van huurgenot stelde de Hoge Raad vast (onder 3.6.1) dat de huurders nog in het genot waren van het verhuurde. Daarvan uitgaande stelde de Hoge Raad voorop (onder 3.6.2) dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande overeenkomsten, maar dat de curator, zoals volgt uit artikel 37 Fw, de mogelijkheid heeft om een overeenkomst niet gestand te doen en de betreffende verbintenissen niet na te komen, waarna de daarmee corresponderende schadevorderingen voor indiening in het faillissement in aanmerking komen. Vervolgens overwoog de Hoge Raad (onder 3.6.3) dat deze bevoegdheid van de curator ‘om uit overeenkomst voortvloeiende verbintenissen (“passief”) niet na te komen’, betrekking heeft op verbintenissen ‘die uit of ten laste van de boedel moeten worden voldaan, zoals een betaling, de afgifte van een zaak of de vestiging van een recht.’ De ‘op deze prestaties gerichte vorderingen’ dienen

– indien de curator het niet in het belang van de boedel oordeelt om deze te voldoen – in het faillissement geldend te worden gemaakt door indiening ter verificatie, aldus de Hoge Raad. Daarna overwoog de Hoge Raad (onder 3.6.4) dat het faillissement niet tot gevolg heeft dat ‘de curator ook (“actief”) een bevoegdheid of vordering toekomt die de wet of de overeenkomst niet toekent, zoals tot ontruiming of opeising van het gehuurde als de huurovereenkomst nog loopt’, omdat dit in strijd zou komen met het beginsel dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten. De Hoge Raad concludeerde vervolgens (onder 3.6.6) dat hieruit volgt dat, ingeval de huurder ten tijde van de faillissementsaanvraag in het genot van het gehuurde is, de curator niet bevoegd is dat genot te beëindigen als de huurovereenkomst nog loopt.

De Hoge Raad komt terug op *Nebula* zonder dat met zoveel woorden aan te geven en zonder uit te leggen wat daarvan de reden is en waarom de *paritas creditorum* in *Nebula* wel en nu niet meer van belang is

Met deze analyse komt de Hoge Raad overduidelijk terug op wat hij in *Nebula* overwoog over het niet kunnen verlangen dat de curator ‘het voortgezet gebruik van de desbetreffende zaak duldt.’ Dat de Hoge Raad daarop terugkomt wordt in het arrest echter niet gemeld. Opvallend is vervolgens dat de Hoge Raad in het geheel geen woord vuil maakt aan de *paritas creditorum*, terwijl dat beginsel nu juist redengevend was voor het andersluidende oordeel in *Nebula*. Kortom, de Hoge Raad komt terug op *Nebula* zonder dat met zoveel woorden aan te geven en zonder uit te leggen wat daarvan de reden is en waarom de *paritas creditorum* in *Nebula* wel en nu niet meer van belang is. Men kan dus constateren dat het *Berzona*-arrest van de Hoge Raad op dit punt lijdt aan een motiveringsgebrek, maar met die klacht kan men nergens terecht. Belangrijker is echter de waarneming dat de overtuigingskracht van een arrest er niet op vooruitgaat indien het meer wegheeft van het uitspreken van een machtswoord dan van een duidelijk beargumenteerd antwoord op een deugdelijk geanalyseerde rechtsvraag. Wat dat betreft steekt *Berzona* schrill af bij *Nebula*.

Die overtuigingskracht gaat er niet op vooruit wanneer we vervolgens in *Berzona* lezen (onder 3.6.5) dat in het *Nebula*-arrest ‘geen ander oordeel besloten’ zou liggen omdat het *Nebula*-arrest slechts betrekking zou hebben ‘op de vraag of de curator gebonden is aan een huurovereenkomst die na het faillissement van de juridische eigenaar van de verhuurde zaak is aangegaan door de economisch eigenaar daarvan op grond van een hem daartoe door de juridische eigenaar verleende contractuele bevoegdheid.’ De Hoge Raad overweegt dat die vraag in dat arrest ontkennend is beantwoord op de grond dat de mogelijkheid om door het aangaan van een huurovereenkomst te beschikken over zaken die behoren tot de boedel, een te vergaande inbreuk vormt op de gelijkheid van schuldeisers.

Ik moet toegeven dat de schrik me om het hart sloeg. Zou ik dan – maar gelukkig velen met mij – al die jaren *Nebula* verkeerd gelezen hebben?

Ik moet toegeven dat de schrik me om het hart sloeg bij het lezen van deze passage. Zou ik dan – maar gelukkig velen met mij – al die jaren *Nebula* verkeerd gelezen hebben? Nalezing van *Nebula* leert echter dat het lot van de huurder daar toch uitdrukkelijk verbonden werd aan de positie van de economische eigenaar c.q. verhuurder. De Hoge Raad stelde in *Nebula* voorop (onder 3.6) dat het faillissement van de juridische eigenaar met zich bracht dat de economische eigenaar niet langer meer diens gebruiksrecht met betrekking tot het pand kon tegenwerpen aan de curator en dat bracht met zich dat diezelfde economisch eigenaar ook niet een huurrecht kon verschaffen dat aan de curator kon worden tegengeworpen. De huurder spoelde in *Nebula* dus met het badwater van de economisch eigenaar weg. In *Nebula* stond de Hoge Raad ook geen moment stil bij het feit dat die huurovereenkomst pas na het faillissement van de juridisch eigenaar door de economisch eigenaar was aangegaan (wat inderdaad wel feitelijk in die zaak aan de hand was). Ook deze uitleg van het *Nebula*-arrest in het *Berzona*-arrest overtuigt dus niet. Hij lijkt feitelijk onjuist en lijdt evenzeer aan een motiveringsgebrek, maar dat zet allemaal geen zoden aan de dijk want ons procesrecht voorziet niet in cassatieklachten tegen een cassatiearrest.

7 *Berzona*-impact

De niet-overtuigende motivering van het *Berzona*-arrest doet er ondertussen niet aan af dat de impact van *Berzona* voor IE-licenties lijkt te zijn dat de donkere *Nebula*-wolken zijn verdwenen. Omdat die uitkomst mij prima bevalt – in tegenstelling tot *Nebula* conform de uitleg van Huydecoper – zou ik dus eigenlijk niet moeten zeuren en ‘genieten van het moment’. Dat gaat echter toch niet helemaal van harte, juist omdat de motiveringsgebreken van *Berzona* ook met zich brengen dat de reikwijdte niet goed te overzien is. Het is om die reden dat de eerste zin van deze paragraaf luidt ‘dat de impact van *Berzona* lijkt te zijn dat [...]’. Het gebruik van de weinig overtuigende term ‘lijkt’ is hier niet ingegeven door juristen vaak eigen angst-hazerij, maar eenvoudigweg door het feit dat bij gebreke van een duidelijke en overtuigende motivering van de *Berzona*-beslissing niet veel valt te zeggen over de vraag of en in welke mate een analoge toepassing daarvan op IE-licenties überhaupt wel tot de mogelijkheden behoort.

De niet-overtuigende motivering van het *Berzona*-arrest doet er niet aan af dat de impact van *Berzona* voor IE-licenties lijkt te zijn dat de donkere *Nebula*-wolken zijn verdwenen

Kennisneming van de *NJ*-noot van Verstijlen¹¹ leert dat er in faillissementsrechtelijke kringen ook aan getwijfeld wordt of wat de Hoge Raad over het lot van duurovereenkomsten in faillissement overweegt, inderdaad betekent dat *Nebula* op dat punt daadwerkelijk ten grave is gedragen. Hij vraagt zich uitdrukkelijk af of de Hoge Raad ‘echt om is, of zich slechts heeft vergist’. Ook Van Zanten is weinig subtiel als hij opmerkt dat de koers die de Hoge Raad thans kiest ‘vanuit dogmatisch oogpunt moeilijk is te rechtvaardigen’ en voorts dat hij dat doet ‘op een wijze die niet de schoonheidsprijs verdient’.¹² Als al niet helemaal duidelijk is wat *Berzona* betekent voor het onderwerp waar het arrest wel over gaat dan is duidelijk dat het helemaal een heikel avontuur kan worden om te voorspellen wat het arrest betekent voor onderwerpen waar het arrest duidelijk niet over gaat.

Een ander doet er voorlopig niet aan af dat er van uitgegaan ‘lijkt’ te mogen worden dat de *Nebula*-wolken inderdaad richting de horizon zijn vertrokken, maar daarmee is nog niet helemaal zeker wat het lot van een IE-licentie in een faillissement van de licentiegever dan is. Voor nadere overpeiningen daarover, verwijs ik naar de recent verschenen literatuur over *Berzona* vanuit een IE-perspectief.¹³

8 Rechtsvorming naar analogie

Analoge toepassing van een leerstuk is naar zijn aard een hachelijk avontuur, omdat analoge interpretatie betekent dat ongelijke monniken gelijke kappen krijgen opgezet. Daardoor past een stichtelijke vermaning tot terughoudendheid in geval van analoge interpretatie. Die vermaning krijgt echter meer gewicht indien vervolgens ook onduidelijk is wat men nu naar analogie dient toe te passen.

De eerste vermaning gold vooral voor *Nebula*, omdat de Hoge Raad in dat arrest met geen woord over iets anders dan het gebruik van ‘zaken’ sprak. Dat brengt met zich dat het überhaupt de vraag is of de *Nebula*-leer wel naar IE-licenties geëxtrapoleerd kan of dient te worden. De nuchtere constatering dat de Hoge Raad in *Nebula* steeds over ‘zaken’ sprak omdat die procedure daar nu eenmaal overging, doet die vermaning tot terughoudendheid echter al aan belang inboeten. Wanneer men volgens de motivering van *Nebula* leest dan dringt zich met name vraag op waar de (relevante) verschillen zouden zitten als men de motivering van *Nebula* inzake economische eigendom en faillissementsrechtelijke beginselen loslaat op licenties inzake immateriële voorwerpen in plaats van gebruiksrechten van onroerende zaken.

De tweede vermaning – dat analogie met name gevaarlijk is als onduidelijk is wat men dan zou moeten toepassen – geldt met name voor *Berzona*. Daar wreekt zich dat *Berzona* – in tegenstelling tot *Nebula* – eigenlijk niet gemotiveerd is. Daarmee is onduidelijk waar de beslissing vandaan komt en dat maakt het voorspellen van waar het vervolgens naar toe zal gaan ‘er niet makkelijker op’.

De constatering dat de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak in *Berzona* verzaakt heeft, is niet te vermijden

11 *NJ* 2014/407.

12 T.T. Van Zanten, ‘Geen *Nebula*, maar *Berzona*: de curator heeft toch geen recht op wanprestatiel’, *TvI* 2014/36.

13 Zie bijvoorbeeld: M. Kingma, ‘ABN/*Berzona*: einde aan de *Nebula*-leer voor licenties in faillissement?’, *IEF* 14080, *IE-Forum.nl*; R. Chavannes & N. van der Laan, ‘Kroniek technologie en recht’, *NJB* 2014/1836; Th.C.J.A. van Engelen & J.P. Hustinx, ‘De licentienemer en de failliete IE-licentiegever’, *TvI* 2015, p. 62-66; G.S.C.M. van Roeyen, ‘Insolventie van een licentiegever in het zicht van het *Nebula*-arrest en het *Berzona*-arrest, schipperen tussen scylla en charybdis?’, *ORP* 2015, nr. 1.

Daargelaten dat de uitkomst van *Berzona* in mijn persoonlijke kraam prima te pas komt – en ik dus geen kwaad woord over de Hoge Raad wil horen – is de constatering dat de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak in *Berzona* verzaakt heeft niet te vermijden. Daarbij past tegelijkertijd ook de constatering dat de beste stuurder altijd aan wal staan. Voor rechtsvorming is vereist dat alle deelnemers aan het rechtsvormingsspel – Hoge Raad, annotatoren en juridische auteurs – een beetje rolvast zijn. Dan blijft het altijd nog een proces van vallen en opstaan, maar kunnen we ‘stappen maken’.

Wat we niet kunnen gebruiken is dat de Hoge Raad daadwerkelijk orakeltaal gaat gebruiken. Dat lijkt me een duidelijke rechtsvormingsles van het *Berzona*-arrest

Wat we echter niet kunnen gebruiken is dat de door de wetgever als orakel aangewezen vrijwilliger – de Hoge Raad, dus – daadwerkelijk orakeltaal gaat gebruiken. Dat lijkt me een duidelijke rechtsvormingsles van het *Berzona*-arrest.
