

Actief en passief wanpresteren van de faillissementscurator – *Credit Suisse* in het licht van *Blaauboer/Berlips*

W.H. van Boom, hoogleraar civiel recht te Leiden.¹

Gepubliceerd in:

WPNR 2019, nr. 7232, p. 248-255

(originele paginanummers staan hierna in de tekst tussen [haken])

In het arrest Credit Suisse/Jongepier q.q. maakt de Hoge Raad onderscheid tussen ‘actief’ en ‘passief’ wanpresteren van de faillissementscurator in overeenkomsten van de gefailleerde. Daarmee poogt hij twee botsende uitgangspunten te verenigen, te weten dat het faillissement niet van rechtswege leidt tot het einde van de overeenkomst, maar dat anderzijds de uitgangspunten van concursus niet moeten worden gefrustreerd. In deze bijdrage wordt beargumenteerd dat niet de aard van de prestatie beslissend is voor de vraag of de curator mag wanpresteren, maar de vraag of het draait om een goed dat ten behoeve van de gezamenlijkheid van crediteuren te gelde dient te worden gemaakt en of de rechtsopvolger de overeenkomst zou moeten respecteren.

1. Faillietverklaring en bestaande overeenkomsten

[248] Een overeenkomst die is gesloten met iemand die vervolgens failliet gaat, eindigt niet van rechtswege. Tegelijk is duidelijk dat als de overeenkomst helemaal geen gevolgen ondervindt van de faillietverklaring, er een spanning kan ontstaan met doel en strekking van het faillissement als geheel, te weten de ordentelijke afwikkeling van de boedel ten behoeve van de gezamenlijkheid van crediteuren. De Hoge Raad verwoordt in het arrest *Credit Suisse* (2018) die spanning tussen voortzetting van de overeenkomst enerzijds en doel en strekking van het faillissement anderzijds als volgt:

“Het faillissement heeft geen invloed op bestaande wederkerige overeenkomsten en leidt dan ook niet tot wijziging van de daaruit voortvloeiende verbintenissen (Van der Feltz I, p. 409). Dit uitgangspunt is bij de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 BW bevestigd (Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 387-390). Het ligt mede ten grondslag aan de regeling van de art. 37-40 Fw. Met dit uitgangspunt is echter nog niet beslist hoe deze verbintenissen in faillissement moeten worden behandeld. Het antwoord op die vraag hangt mede af van het fixatiebeginsel, dat inhoudt dat door de intrede van het faillissement de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk wordt (o.m. HR 18 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0106, NJ 1988/340 en Van der Feltz II, p. 126).”²

Een voorbeeld. Zou iemand zich voor zijn faillietverklaring bij wijze van schenking (art. 7:175 BW) hebben verbonden om een zaak (om niet) over te dragen aan de begiftigde, maar gaat hij failliet voordat hij de overdracht heeft weten te realiseren, dan is er nog steeds een overeenkomst en dus nog steeds een verbintenis tot overdracht. De curator ziet zich echter geconfronteerd met een obligatoire aanspraak van de begiftigde die, als hij die inwilligt, ertoe leidt dat een goed uit de boedel verdwijnt. Als dat goed een waarde vertegenwoordigt, is het de taak van de curator om juist *niet* mee te werken aan die overdracht en om integendeel de boedel te fixeren en die waarde te gelde te maken ten gunste van de gezamenlijkheid van crediteuren. De curator zal dus terecht weigeren om mee te werken aan de overdracht. Men noemt dit wel het (recht op) ‘*passief niet-nakomen*’. De curator zal niet overdragen en hij zal de begiftigde op grond van art. 26 Fw verwijzen naar de verificatieprocedure, waar de begiftigde zijn concurrente aanspraak op overdracht zal moeten aanmelden.³

[249] De curator kan niet gedwongen worden om deze verbintenis uit de eenzijdige overeenkomst na te komen, zo volgt uit art. 26 Fw.

Dus in die zin is de stelling dat het faillissement geen wijziging van de verbintenissen uit overeenkomst teweegbrengt, onjuist. Een weigerachtige debiteur die zich tot overdracht heeft verplicht kan *buiten* faillissement wel degelijk worden gedwongen om de zaak af te geven (vgl. art. 3:296 e.v. BW). Binnen

¹ Deze bijdrage is een geactualiseerde uitwerking van een eerdere blogpost (‘Nebula beter dat Credit Suisse’ d.d. 26 juli 2018) op www.willemvanboom.blog. Deze bijdrage werd afgegrond op 8 februari 2019.

² HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, NJ 2018/290 (*Credit Suisse/Jongepier qq*), r.o. 3.5.1. Bemerkt dat de nadruk ligt op het fixatiebeginsel. In HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, NJ 2007/155 (*Nebula*), r.o. 3.5. werd vooral de paritas creditorum aangeroepen als het hier toepasselijke beginsel. Vgl. T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht (diss. Groningen)*, Deventer: Kluwer 2012, p. 236; M.P. Verdonk, ‘Over de herijking van het fixatiebeginsel voor faillissementsschulden’, *NTHR* 2018, p. 200.

³ De vordering tot overdracht van een goed is niet in geld gesteld en zal dus op geld moeten worden gewaardeerd; zie art. 133 Fw.

faillissement moet wel anders worden beslist omdat anders de uitgangspunten van concursus, verificatie en verdeling zouden worden gefrustreerd en de boedel zou kunnen 'leeglopen' door nakoming van obligatoire aanspraken tot overdracht van een goed uit de boedel. Die overdracht vindt dus niet plaats (art. 35 Fw). De curator zal gewoon achteroverleunen, wanpresteren en de concurrente aanspraak verwijzen naar de verificatieprocedure.⁴ In zekere zin zien we bevestiging van de juistheid van deze redenering in art. 37a Fw, bij welwillende lezing daarvan, dat bepaalt dat de wederpartij voor vorderingen die strekken tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten in de nakoming van een vóór de faillietverklaring op deze verkregen vordering, als concurrent schuldeiser in het faillissement kan opkomen.⁵ De teleurgestelde begiftigde uit het gegeven voorbeeld zal dus niet het goed zélf verkrijgen maar zal zijn vordering (op geld gewaardeerd) ter verificatie moeten indienen. De curator komt 'passief' niet na en dat mag dus.

2. Wederkerige overeenkomsten

Ik koos hiervoor met opzet het voorbeeld van een overeenkomst van schenking: een eenzijdige overeenkomst die verplicht tot een 'geven'. Voor die gevallen is het 'recht van passief niet-nakomen' nauwelijks betwist. Minder eenvoudig is het gesteld met *wederkerige* overeenkomsten en overeenkomsten die verplichten tot een 'nalaten' of 'dulden'. Om die complexiteit hanteerbaar te maken, kijken we eerst naar de gevolgen van faillietverklaring voor wederkerige overeenkomsten.

Allereerst is er art. 37 Fw, dat regelt dat de curator desgevraagd duidelijkheid moet geven aan de wederpartij over de vraag of het contract uitgevoerd zal gaan worden of niet. Daarmee wordt bewerkstelligd dat de wederpartij zekerheid krijgt of hij op zijn beurt moet gaan presteren, voor zover hij dat nog niet heeft gedaan.⁶ In de tweede plaats geeft de wet voor een klein aantal specifieke contracten bijzondere regels. Zie art. 37b voor levering van gas, water, elektriciteit of verwarming aan de gefailleerde, art. 38 Fw voor beurshandel, art. 38a Fw voor huurkoop door de gefailleerde, art. 39 Fw voor huur en pacht door de gefailleerde en art. 40 Fw voor arbeidsovereenkomsten waarbij de gefailleerde de werkgever is. Uit art. 39 en art. 40 Fw volgt dat de huur en arbeid eerst moeten worden opgezegd voordat de overeenkomst eindigt. De wet bepaalt bovendien dat de bedragen die de huurder en werkgever vanaf het moment van faillietverklaring verschuldigd wordt, boedelschulden zijn.

Voor andere gevallen dan geregeld in art. 38-40 Fw moeten we twee botsende uitgangspunten zien te verenigen, te weten dat enerzijds het faillissement niet van rechtswege leidt tot het einde van de wederkerige overeenkomst, maar dat anderzijds de uitgangspunten van fixatie, vereffening en verdeling niet worden gefrustreerd. Het eerste uitgangspunt brengt met zich dat de 'gewone' regels van overeenkomstenrecht toegepast moeten worden. Zo zullen de regels van ontbinding wegens tekortkoming, opzegging bij duurovereenkomsten en vernietiging wegens wilsgebrek toepassing vinden. Het tweede uitgangspunt geeft aanleiding tot bijzondere wettelijke regels zoals die welke in art. 37a Fw besloten ligt. Ook geeft het aanleiding tot het uitgangspunt dat overeenkomsten die goederen op paulianeuze wijze onttrekken aan de boedel en dus de concursus benadelen, geen stand houden,⁷ en tot het uitgangspunt dat overeenkomsten die bepalen dat een crediteur ingeval van zijn faillissement alle bestaande aanspraken op de debiteur verliest, nietig zijn.⁸ Het tweede uitgangspunt mondt ook uit in de regel dat de **[250]** curator de *goederen* van de gefailleerde te gelde moet kunnen maken.⁹ Als een zuiver obligatoire rechtsverhouding tussen gefailleerde en een wederpartij

⁴ Vgl. daarover reeds F.M.J. Verstijlen, 'De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement', in: W.J.M.v. Andel en F.M.J. Verstijlen (red.), *Materieel Faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement (preadviezen VBR)*, Deventer Kluwer 2006, p. 93 e.v., en dezelfde, in zijn noot onder HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067, NJ 2018/464 (*verboden ingebruikgeving door curator*), nr. 8.

⁵ Dat is overigens anders als die wederpartij een zekerheidsrecht heeft bedongen dat mede strekt tot zekerheid van betaling van schadevergoedingsvorderingen door de latere gefailleerde.

⁶ Vgl. F.M.J. Verstijlen, 'De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement', in: W.J.M.v. Andel en F.M.J. Verstijlen (red.), *Materieel Faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement (preadviezen VBR)*, Deventer Kluwer 2006, p. 96 e.v.; B. Keizers, 'Niet-nakoming van negatieve verplichtingen in faillissement: mission impossible van de curator?', *Ars Aequi* 2015, p. 664-665.

⁷ Zie art. 42 Fw e.v.

⁸ Zie HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, NJ 2013/224 (*Megapool*), waarin werd overwogen dat een dergelijk vervalbeding wegens strijd met art. 20 Fw nietig kan zijn.

⁹ Art. 68 Fw bepaalt dat de curator belast is met beheer en vereffening van de failliete boedel. Hij neemt de goederen daartoe in bewaring (art. 92 Fw, 102 Fw), gaat over tot boedelbeschrijving (art. 94 Fw), tot verkoop (art. 101 Fw) en als het tot vereffening komt, 'tot vereffening en tegedemaking van alle baten des boedels' en vervolgens uitdeling (art. 175 e.v. Fw).

daaraan in de weg staat, dan moet die rechtsverhouding wijken, tenzij de wet uitdrukkelijk anders bepaalt.¹⁰ Om deze reden is het onderscheid van belang tussen zuiver obligatoire rechtsverhoudingen aan de ene kant en goederenrechtelijke aanspraken aan de andere kant.

Stel bijvoorbeeld dat A eigenaar is van een stuk land en hij aan B mondeling toestemming geeft om elke dag over zijn stuk land te lopen tegen betaling door B van een jaarlijkse som geld. Dan heeft A te dulden dat B over zijn land loopt.¹¹ Het faillissement van A leidt niet tot wijziging van de daaruit voortvloeiende verbintenissen, maar die verbintenissen botsen wel met de mogelijkheid om het land te gelde te maken. De curator heeft het recht om het land te gelde te maken en dus te verkopen en over te dragen aan een opvolger onder bijzondere titel. Zou de curator dat doen, dan is de opvolger niet gehouden om het contract van rechtsvoorganger A na te komen, zo volgt uit het arrest *Blaauboer/Berlips* (1905).¹² B zal zijn vordering uit de overeenkomst met A ter verificatie moeten indienen.¹³

Een ander voorbeeld. Stel dat A een grote som geld heeft uitgeleend aan B. B heeft zich verplicht om het bedrag in 24 maandelijkse termijnen terug te betalen aan A. Na betaling van 3 termijnen gaat A failliet. Het faillissement van A leidt niet tot wijziging van de daaruit voortvloeiende verbintenissen. Een geruststellende gedachte voor B: hij hoeft niet opeens de gehele restschuld in één keer te betalen aan de curator van A.¹⁴ B kan rustig de terugbetalingsvoorwaarden uit het contract blijven volgen. Tegelijk is sprake van een goed in de boedel dat de curator kan vervreemden en aldus te gelde maken, te weten de geldvordering (of de bundel van 21 termijnvorderingen) van A op B zoals die op grond van de overeenkomst luidt.¹⁵

Het onderscheid tussen zuiver obligatoire rechtsverhoudingen aan de ene kant en goederenrechtelijke aanspraken aan de andere kant wordt minder scherp in die gevallen waarin de wet bepaalt dat een rechtsoptvolger onder bijzondere titel gehouden is de contractuele rechtsverhouding van zijn voorganger voort te zetten. Hét voorbeeld daarvan is art. 7:226 BW ('koop breekt geen huur').¹⁶ De verbintenissen uit de huurovereenkomst worden gezien als kwalitatieve verplichtingen van de verhuurder: als hij of zijn schuldeiser de zaak verkoopt en overdraagt of als er een beperkt recht op de zaak wordt gevestigd of overgedragen, dan zal de nieuwe eigenaar of de beperkt gerechtigde de overeenkomst moeten respecteren. Daar staat tegenover dat bij overdracht de nieuwe eigenaar ook de rechten uit de overeenkomst verkrijgt, zoals de vorderingen tot betaling van de huur.¹⁷ De curator van de gefailleerde verhuurder die een goed aantreft in de boedel dat is verhuurd, zal de kwalitatieve verplichtingen van de gefailleerde moeten respecteren. Dus, hoewel obligatoir van aard, zal hij slechts een goed kunnen overdragen waaraan een lopend huurcontract verbonden is en blijft, ook als dat betekent dat hij het goed niet tegen de hoogst denkbare prijs te gelde kan maken. Wat de huurovereenkomst dus bijzonder maakt, is dat daarbij wordt *afgeweken* van de hoofdregel uit *Blaauboer/Berlips*.

Dit alles betekent dus dat als A zijn auto aan B verhuurt voor de duur van twee jaar en A vervolgens failliet, de curator van A gebonden blijft aan de overeenkomst en dus moet dulden dat B de auto mag blijven gebruiken. B zal de huurtermijnen voortaan aan de curator moeten voldoen. Logischerwijze geldt dan ook dat als de verhuurder failliet gaat, de curator niet zomaar het verhuurde object kan terugvorderen: ingeval de huurder ten tijde van de faillissementsaanvraag **[251]** in het genot is van het gehuurde, is de curator niet bevoegd om dat genot te beëindigen als de huurovereenkomst nog loopt.¹⁸ Dat zou immers haaks staan op art. 7:226 BW. Gaat de curator over tot verkoop en overdracht van de auto die zich onder de huurder bevindt, wat in theorie denkbaar is (vgl. art. 3:115 aanhef en onder c BW), dan kan dat alleen onder voortzetting van de

¹⁰ Zo in essentie reeds F.M.J. Verstijlen, 'De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement', in: W.J.M.v. Andel en F.M.J. Verstijlen (red.), *Materieel Faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement (preadviezen VBR)*, Deventer: Kluwer 2006, p. 117; T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht (diss. Groningen)*, Deventer: Kluwer 2012, p. 234 e.v. en dezelfde, 'Negatieve verplichtingen in het faillissement', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2019/1 (te verschijnen).

¹¹ Als dit contract niet in de vorm van een zakelijk recht van erfdiensbaarheid of kwalitatieve verplichting van A wordt gegoten, is dit een zuiver obligatoire constructie.

¹² HR 3 maart 1905, W. 8191 (*Blaauboer/Berlips*).

¹³ Vgl. HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291 (*Koot/Tideman q.q.*), r.o. 3.6.1.

¹⁴ Dit is anders als in de overeenkomst is overeengekomen dat het faillissement van de schuldeiser tot onmiddellijke opeisbaarheid van alle verschuldigde termijnen leidt.

¹⁵ Die derde krijgt niet meer of anders dan A had, te weten een of meer geldvorderingen op B die worden beheerst door de kredietovereenkomst tussen A en B. Zie art. 6:145 BW.

¹⁶ Het beginsel 'koop breekt geen huur' (art. 7:226 BW) geldt ook bij huurkoop, zo volgt uit art. 7:88 BW (vgl. art. 7a:1576l BW oud) en art. 7:104 BW, zij het dat de rechten van de gefailleerde huurkoper op grond van art. 38a Fw beëindigd kunnen worden.

¹⁷ Zie voor dit alles art. 7:226 en 227 BW ('koop breekt geen huur'). Deze bepalingen zijn van regelen recht voor huur in het algemeen en van dwingendrechtelijke aard bij onder meer de huur van gebouwde onroerende zaken zoals woningen.

¹⁸ HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, NJ 2014/407 (*Berzona*).

huurovereenkomst. Wijkt de huurovereenkomst geldig af van art. 7:226 BW of bepaalt de huurovereenkomst dat deze ingeval van faillietverklaring van een van beide partijen van rechtswege eindigt, dan ligt de zaak anders. Het contract eindigt dan omdat partijen het zo hebben afgesproken en de curator kan de zaak vervolgens opvorderen vrij van huur.

3. Verplichtingen om te dulden of na te laten; 'actief' niet-nakomen?

3.1. Inleiding

Dan komen we nu toe aan de situatie waarin de curator met een overeenkomst wordt geconfronteerd waarbij de gefailleerde zich had verplicht om iets te dulden of na te laten. Dat kan maar hoeft niet een wederkerige overeenkomst te zijn. Denk aan de overeenkomst van bruikleen waarbij de uitlener met de bruikleener afspreekt dat deze zijn auto voor de duur van twee jaar mag gebruiken. Kort na het sluiten gaat de uitlener failliet. Als de curator hier zou willen kiezen voor 'niet nakomen', dan vordert hij teruggave. Dat is zogezegd 'actief niet-nakomen'. Daarvoor zal normaal gesproken nodig zijn dat de bruikleengever de overeenkomst mag beëindigen, en dat zal bij een bruikleen voor bepaalde tijd niet snel het geval zijn. Dus waarop zou de curator het recht om terug te vorderen kunnen baseren? Dat recht is niet eenvoudig te construeren.

Nu zou men uit art. 37 Fw wellicht kunnen afleiden dat de curator 'het recht heeft om wanprestatie te plegen' zodat de wederpartij geen andere optie heeft dan haar vordering uit overeenkomst (inclusief eventuele schadevergoedingsvorderingen) ter verificatie in te dienen, maar dan moeten we wel veel lezen in art. 37 Fw wat er niet letterlijk staat. Het komt naar mijn mening veeleer aan op doel en strekking van de faillissementsprocedure, in samenhang met het beginsel uit *Blaauboer/Berlips*.

Laten we met dat laatste aspect beginnen. Stel: A geeft zijn zaak in bruikleen aan B voor de duur van twee jaar. Vervolgens verkoopt en draagt A zijn eigendom over aan C. C is opvolger onder bijzondere titel, hij is niet gebonden aan de overeenkomst van bruikleen en kan de zaak dus opvorderen van B. B moet de schade die hij daardoor lijdt, maar op A zien te verhalen.¹⁹ Dat zou betekenen dat als de curator in het faillissement van A ervoor kiest om de zaak te verkopen en over te dragen aan C, hetzelfde geldt. C kan de bruikleen negeren en de zaak als eigenaar opvorderen (art. 5:2 BW). Wat de curator hooguit riskeert, is dat er een schadevergoedingsvordering van B in de zin van art. 37a Fw ontstaat die ter verificatie kan worden aangemeld. Tenzij men wil aannemen dat het beginsel uit *Blaauboer/Berlips* hier niet zou gelden en de curator dus minder speelruimte zou toekomen, maar ik zie geen reden waarom dat zo zou zijn.²⁰

3.2. Van Nebula via Berzona....

Dan de vraag of doel en strekking van de faillissementsprocedure aan de curator het recht geeft om 'actief' niet na te komen en dus de zaak op te vorderen. Die vraag was aan de orde in de arresten *Nebula* (2006) en *Berzona* (2014). Deze twee arresten leverden veel voer voor discussie op.

Het arrest *Nebula* heeft betrekking op de vraag of de curator gebonden is aan een huurovereenkomst die *na* het faillissement van de juridische eigenaar Nebula BV van de verhuurde zaak is aangegaan door de 'economisch eigenaar' B (op eigen naam). B was op grond van zijn 'economische eigendom' vóór het faillissement van Nebula op zich verbintenisrechtelijk gezien wel gerechtigd om die verhuurovereenkomst aan te gaan, maar omdat hij die bevoegdheid ontleende aan een zuiver obligatoire constructie met Nebula, oordeelt de Hoge Raad dat deze bevoegdheid geen stand houdt in het faillissement van de juridische eigenaar Nebula. De verhuur is een te vergaande inbreuk op de gelijkheid van schuldeisers.²¹ De vordering van de curator van Nebula gericht tot de huurder om de zaak te ontruimen, wordt daarom toegewezen. De Hoge Raad overweegt:

[252]

¹⁹ Asser/Van Schaick 7-VIII, nr. 184.

²⁰ Anders: E.W.J.H. de Liagre Böhl, *Sanering en Faillissement*, Deventer: Kluwer 1991, p. 78, zoals weergegeven bij T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht (diss. Groningen)*, Deventer: Kluwer 2012, p. 232.

²¹ Samenvatting ontleend aan HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, NJ 2014/407 (*Berzona*).

"3.5 (...) 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 huurovereenkomst 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 (...) 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 reden. (...)"²²

De vraag die naar aanleiding van *Nebula* rees, is: wat staat er nu eigenlijk in het arrest? Van belang is dat 'economische eigendom' van B geen huurovereenkomst is tussen B en Nebula, maar een onbenoemde overeenkomst. Economische eigendom is immers geen eigendom maar een contractuele aanspraak. De Hoge Raad overweegt enerzijds dat die overeenkomst op zich niet wordt gewijzigd door het faillissement van Nebula, maar ook dat B zijn gebruiksrecht niet langer kon tegenwerpen aan Nebula en (aan het eind) dat het gebruiksrecht 'op zichzelf' niet werd geraakt door het faillissement. Dat klinkt niet erg consistent: als de curator de huurder mag ontruimen en dus het recht om 'actief' te wanpresteren heeft, dan houdt economisch eigenaar B hooguit een verifieerbare vordering wegens wanprestatie over (waaronder mogelijk een vordering tot vergoeding van de schade die hij lijdt doordat hij aansprakelijk is voor de schade van zijn huurders). Dat lijkt mij een juiste uitkomst, maar het arrest is weinig scherp geformuleerd.

De twijfel over de juistheid van *Nebula* groeide toen de Hoge Raad arrest wees in de zaak *Berzona* (2014).²³ In die zaak was het faillissement van *Berzona* aangevraagd door een bank. Als steunvordering bij de faillissementsaanvraag waren de vorderingen van huurders van appartementen van *Berzona* toegevoegd. Die vorderingen betroffen de verplichting tot het verschaffen van toekomstig huurgenot en het plegen van toekomstig onderhoud. De vraag was of die vorderingen wel als steunvordering bij de faillissementsaanvraag kunnen worden ingediend. Hof en Hoge Raad oordelen dat de vordering tot het plegen van onderhoud niet als steunvordering kon gelden, omdat die vorderingen nog helemaal niet bestonden; een eventuele toekomstige onderhoudsverplichting kan niet nu al een reden zijn om het faillissement van de verhuurder aan te vragen. Bleef over de vordering tot het verschaffen van huurgenot. Ook dat is een wat vreemde vordering om een faillissementsaanvraag op te steunen, want de huurders hadden het genot al en het faillissement van de verhuurder zou daar geen verandering in kunnen brengen. De Hoge [253] Raad wijst dan ook de gedachte van de hand dat die vorderingen als steunvorderingen konden gelden:

"(...) De aan de curator ten dienste staande mogelijkheid om uit overeenkomst voortvloeiende verbintenissen ('passief') niet na te komen, betreft 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.

3.6.4 Het uitspreken van het faillissement heeft echter niet tot gevolg 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. Dit zou immers in strijd komen met het beginsel dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten, dat bij de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 BW is bevestigd (Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 387-390).

3.6.5 In het arrest van 3 november 2006 (*Nebula*) ligt geen ander oordeel besloten. Dat arrest heeft slechts betrekking op de vraag of de curator gebonden is aan een huurovereenkomst die na het faillissement van de juridische eigenaar van de verhuurde zaak is aangegaan door de economisch eigenaar daarvan op grond van een hem daartoe door de juridische eigenaar verleende contractuele bevoegdheid. Die vraag is in dat arrest ontkennend beantwoord op de grond dat de mogelijkheid om door het aangaan van een huurovereenkomst te beschikken over zaken die behoren tot de boedel, een te vergaande inbreuk vormt op de gelijkheid van schuldeisers. Deze beslissing betreft een andere kwestie dan hier aan de orde.

²² HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, NJ 2007/ 155 (*Nebula*).

²³ HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, NJ 2014/407 (*Berzona*). Zie over de verhouding tussen *Berzona* en eerdere rechtspraak zoals *Nebula* en HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291 (*Koot/Tideman q.q.*) bijv. ook F. Damsteegt-Molier, 'Overeenkomst en faillissement - Rien ne va plus?', *Onderneming en Financiering* 2018, p. 76 e.v.

3.6.6 Uit het vorenstaande volgt dat, ingeval de huurder ten tijde van de faillissementsaanvraag in het genot is van het gehuurde, de curator niet bevoegd is dat genot te beëindigen als de huurovereenkomst nog loopt. De vordering tot het verschaffen van huurgenot levert in dat geval geen vordering op die in het faillissement ter verificatie kan worden ingediend. Die vordering kan daarom niet dienen als steunvordering, gelet op de hiervoor in 3.4.1 vermelde strekking van het pluraliteitsvereiste. (...)"

De meest rake overweging uit *Berzona* is: de beslissing in *Nebula* betreft een andere kwestie dan hier aan de orde is. Het gaat in *Berzona* om de vraag of een vordering tot het verschaffen van huurgenot als steunvordering kan dienen bij een faillissementsaanvraag. Als een huurder de beschikking over het verhuurde heeft, dan heeft hij al huurgenot. En als dat huurgenot verder niet wordt belemmerd door achterstallig onderhoud of overmatige overlast of iets dergelijks, dan valt er toch niets te klagen? Zou men die vordering als grondslag voor een faillissementsaanvraag aanvaarden, dan laat men een crediteur tot de faillissementsaanvraag toe ten aanzien van een debiteur die zijn verbintenis gewoon nakomt. Dat in *Berzona* wordt beslist zoals wordt beslist, is dan ook volledig begrijpelijk. Echter, de begrijpelijkheid van de *motivering* is zagezegd 'een andere kwestie'. De weergave van *Nebula* als zijnde een arrest dat gaat over het opvorderen van een goed van de gefailleerde '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' lijkt me adequaat. De gelijkheid van schuldeisers vergt dat obligatoire aanspraken met betrekking tot een goed uitgevochten wordt op het niveau van de verificatievergadering.²⁴ De curator moet in de tussentijd het goed gewoon te gelde kunnen maken.

3.3. Naar... Credit Suisse

In het recente arrest *Credit Suisse/Jongepier qq* (2018) wordt de Hoge Raad bevestigd over de omstandigheden waaronder vorderingen op de gefailleerde die ontstaan zijn *na* faillietverklaring toch ter verificatie kunnen worden ingediend binnen de grenzen van art. 24 Fw.²⁵ De Hoge Raad wijst een zeer uitgebreid arrest waar het laatste woord nog lang niet over is gezegd,²⁶ maar waar het mij hier om gaat, is de algemene uiteenzetting waar het arrest mee begint:

[254]

3.5.2 De curator heeft, zoals blijkt uit art. 37 lid 1 Fw, in beginsel de mogelijkheid om wederkerige overeenkomsten niet gestand te doen en dus de daaruit voortvloeiende verbintenissen ('passief') niet na te komen. Indien een verbintenis uit de boedel moet worden voldaan, dient de daarop betrekking hebbende vordering in dat geval op grond van art. 26 Fw ter verificatie in het faillissement te worden ingediend, waarbij in voorkomend geval art. 133 Fw moet worden toegepast. Indien de curator de overeenkomst niet gestand doet, kan de wederpartij deze ook ontbinden, na de weg van art. 37 lid 1 Fw te hebben gevolgd, en heeft zij daarnaast een vordering wegens het tekortschieten in de nakoming van de overeenkomst, die zij op grond van art. 37a Fw ter verificatie in het faillissement kan indienen.

3.5.3 De faillissementstoestand geeft de curator niet de bevoegdheid om een door de schuldenaar voor het faillissement verrichte prestatie ('actief') ongedaan te maken of een voortdurende prestatie voor zover deze bestaat uit een dulden of nalaten, te beëindigen, zoals door intrekking van een verleende licentie of opeising van een verhuurde zaak. Dit zou immers in strijd komen met het hiervoor (...) vermelde uitgangspunt [dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten en dan ook niet leidt tot wijziging van de daaruit voortvloeiende verbintenissen] (vgl. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, NJ 2014/407 (*Berzona*), rov. 3.6.4)."

De verwijzing naar *Berzona* ('vgl.') is voor de goede verstaander veelzeggend.²⁷ In r.o. 3.6.4 van *Berzona*, waar het ging om de vraag of een vordering tot het verstrekken van huurgenot van zittende huurders als steunvordering kon gelden, overwoog de Hoge Raad dat het uitspreken van 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". In de context van *Berzona* was dat een voor de hand liggende overweging, maar in *Suisse Credit* maakt de Hoge Raad daar

²⁴ In *Nebula* zou dat overigens vermoedelijk tot weinig leiden omdat de huurders alleen aanspraken hadden op de economische eigenaar.

²⁵ HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, NJ 2018/290 (*Credit Suisse/Jongepier qq*).

²⁶ Zie bijv. de annotaties van Verstijnen (NJ 2018/290) en Wibier (AAe 2015, p. 720 e.v.), F. Damsteegt-Molier, 'Overeenkomst en faillissement - Rien ne va plus?', *Onderneming en Financiering* 2018, p. 76 e.v., en mijn blog bijdrage 'Acrobatische oefening ECLI:NL:HR:2018:424' (<https://willemvanboom.blog/2018/07/11/credit-suisse-jongepier-qq/>, d.d. 11 juli 2018). Anders dan M.P. Verdonk, 'Over de herijking van het fixatiebeginsel voor faillissementsschulden', *NTHR* 2018, p. 197 stelt, denk ik dat *Credit Suisse* helaas niet de afsluiting van een rechtsonwikkeling is, maar hooguit een volgende stap in een steeds ingewikkelder wordend jurisprudentieel stelsel.

²⁷ Misschien is veelzeggender dat in *Credit Suisse* geen enkele verwijzing voorkomt naar *Nebula*.

bijna terloops van: het beëindigen van ‘een voortdurende prestatie voor zover deze bestaat uit een dulden of nalaten, (...) zoals door intrekking van een verleende licentie of opeising van een verhuurde zaak’. Daarmee verbreedt de Hoge Raad de reikwijdte van *Berzona* buiten het eigenlijke gebied van huurovereenkomsten en de vraag is of dat verstandig is.²⁸ Dat de curator van een verhuurder de zaak niet zomaar kan opeisen als de huurovereenkomst nog loopt, is begrijpelijk. Er zijn wettelijke regels die moeten worden gevolgd en de curator dient de ‘koop breekt geen huur’ regel te respecteren. Maar wat een ‘verleende licentie’ is, blijft onduidelijk.

Voor zover de Hoge Raad het oog heeft op licentievormen die een status hebben die lijkt op een beperkt recht of die een kwalitatieve last van de rechthebbende in het leven roept vergelijkbaar met de last van de verhuurder, kan ik mij de verbreding van de reikwijdte alleszins voorstellen. De reden waarom de curator de licentie dan moet respecteren, is m.i. omdat de licentie in voorkomende gevallen een aanspraak voor de wederpartij oplevert die niet zuiver obligatoir is maar juist ook – in afwijking van *Blaauboer/Berlips* – verkrijgers onder bijzondere titel bindt.²⁹ Mocht de Hoge Raad echter een ruimere definitie van het begrip ‘licentie’ hebben willen hanteren, dan lijkt me dat onjuist. Als A eigenaar is van een stuk land en hij aan B mondeling ‘licentie’ geeft om elke dag over zijn stuk land te lopen, dan heeft A te dulden dat B over zijn land loopt. Als A halverwege het jaar zijn land verkoopt en overdraagt aan C, dan kan B zijn ‘licentie’ niet tegen C uitoefenen. Een beslaglegger die het land van A executoriaal verkoopt aan C, levert een stuk land zonder enige last van een ‘licentie’ van B. In beide gevallen kan C de aanspraken uit de ‘licentie’ negeren en aan B de toegang tot zijn land weigeren. Een eventuele verbintenisrechtelijke aanspraak uit wanprestatie mag B bij A indienen. Dit is de simpele [255] gevolgtrekking uit *Blaauboer/Berlips* en ik zie geen reden waarom dit anders is als niet A maar zijn curator aan B overdraagt.³⁰ Als mijn redenering juist is, dan moet de curator dus ook het recht hebben om actief over te gaan tot het beëindigen van het dulden van B’s dagelijkse wandeling.

Ik meen dan ook dat het niet de aard van de prestatie van de gefailleerde (een doen, dulden of nalaten) beslissend is voor de vraag of de curator ‘actief’ mag wanpresteren; beslissend is of het gaat om een rechtsbetrekking tussen de gefailleerde en de wederpartij op grond waarvan de gefailleerde iets moest doen, geven, dulden of nalaten met betrekking tot dat goed én of die rechtsbetrekking ook tegengeworpen zou kunnen worden aan rechtsopvolgers van het goed die onder bijzondere titel zouden verkrijgen. Als dat laatste niet het geval is, moet de curator in staat worden gesteld om het betreffende goed te executeren en dus zonodig op te eisen van die wederpartij.³¹

4. Conclusie en een nabrander

Uit het voorgaande volgt dat ik bedenkingen heb bij het gebruik van het concept van ‘actieve beëindiging van een voortdurende prestatie die bestaat uit een dulden of nalaten’. Obligatoire aanspraken op een debiteur op een doen, geven of nalaten met betrekking tot een goed die men vóór faillissement zou kunnen verwezenlijken door te vorderen dat het goed wordt afgegeven of een handeling met betrekking tot het goed wordt geduld,

²⁸ Ik zie in elk geval al een uitwerking van deze ‘verbreding’ in de literatuur. M.P. Verdonk, ‘Over de herijking van het fixatiebeginsel voor faillissementsschulden’, *NTHR* 2018, p. 200-201, stelt dat op grond van *Credit Suisse* het verbod van actieve beëindiging nu werkt bij ‘ten laste van de boedel verleende gebruiksrechten uit duurovereenkomsten, zoals de overeenkomst van huur(koop), licentieverlening, aanneming van werk, bruikleen, bewaarneming, timesharing en kwalitatieve verplichtingen’. Hier worden kennelijk contracten waar voor het kwalitatieve karakter een expliciete wettelijke basis bestaat, gelijkgesteld aan contracten waar dat nu juist niet het geval is. Bovendien worden contractsvormen genoemd waar ik niet direct de relevantie van zie; zou een curator een goed niet kunnen opeisen van een bewaarnemer (nog daargelaten of een bewaarnemer een gebruiksrecht heeft)?

²⁹ Zie over de verschillende vormen van licentie in het IE-recht en de relatieve of absolute werking ervan in het faillissement van de licentiegever m.n. T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht (diss. Groningen)*, Deventer: Kluwer 2012, p. 260 e.v. Vgl. ook de beschrijving van licenties bij T.C.J.A. Van Engelen, ‘Analogische rechtsvorming: Nebula, Berzona en het lot van een licentie van een failliete licentiegever’, *Ars Aequi* 2015, p. 407.

³⁰ B. Keizers, ‘Niet-nakoming van negatieve verplichtingen in faillissement: mission impossible van de curator?’, *Ars Aequi* 2015, p. 666 (bijv. nt. 37) ziet dit anders. Als ik het goed begrijp redeneert hij als volgt: de gefailleerde had vóór faillissement de plicht om te dulden en omdat die plicht er al was, werd de waarde van het goed al gedrukt voor faillissement en dus blijft het boedelactief per saldo gelijk als de curator moet doorgaan met dulden. Die ‘per saldo’-redenering miskent volgens mij dat dat de crux nu juist is dat de opbrengsten van ‘onbezwaarde’ verkoop ten goede komen aan de gezamenlijkheid van crediteuren en niet aan één crediteur.

³¹ Of de schade die de wederpartij daardoor lijdt, vergoed moet worden als boedelschuld of als verifieerbare faillissementsschuld, is een vervolgvraag. Ik zou menen dat daar waar de curator een goed opeist om te gelde te maken, de schadevergoeding een faillissementsschuld behoort te zijn en niet een boedelschuld. In dit opzicht is er m.i. geen kenmerkend verschil, tenzij de wet anders bepaalt, tussen bijv. de situatie waarin de curator weigert een goed te leveren waar de schuldenaar vóór faillissement de levering van had beloofd en de situatie waarin de curator een goed opeist dat de schuldenaar vóór faillissement in bruikleen had gegeven. Het gaat in beide gevallen om een goed dat in de boedel valt en waarover alleen obligatoire aanspraken bestaan.

worden in faillissement in het beste geval omgezet in een verifieerbare vordering tot betaling van een geldsom. Het goed zelf wordt ten behoeve van de gezamenlijkheid van schuldeisers door de curator achtergehouden of zo nodig opgevorderd om in geld te worden omgezet, vrij van zuiver obligatoire aanspraken ten aanzien van het goed. Dat heeft niet zozeer te maken met het al dan niet actief beëindigen, maar met de verbintenisrechtelijke aard van de aanspraak. Mocht de Hoge Raad anders hebben beslist in r.o. 3.5.2 van *Credit Suisse*, dan is hij volgens mij op een dwaalspoor geraakt.

Ten slotte nog dit. Er is nog een andere reden waarom het concept van 'actieve beëindiging' niet gelukkig vind, die ik hier bij wijze van 'nabrand' kort aanstip. In een recent arrest moest de Hoge Raad oordelen over de status van een contractsbepaling in een huurovereenkomst waarbij het de huurder werd verboden om de gehuurde winkelruimte in onderhuur te verhuren.³² Na faillietverklaring van de huurder had de verhuurder de huur opgezegd aan de curator; deze ging in de tussengelegen tijd willens en wetens over tot ingebruikgeving van de winkelruimte aan een derde, en wel in strijd met het contract.³³ De Hoge Raad spreekt inmiddels van een actieve *schending* door de curator van een voortdurende verplichting van de schuldenaar tot nalaten. Nog daargelaten dat een verplichting tot nalaten alleen maar door activiteit kan worden geschonden, ben ik bang dat het onderscheid tussen doen en nalaten tot onzalige semantische discussies zal leiden en misschien ook wel tot onvoorspelbare uitkomsten. Denk aan: 'de gebruiker verplicht zich om het ter beschikking gestelde goed uitsluitend ten behoeve van zichzelf te gebruiken voor doelen a, b en c'. Is dat een verbintenis om te doen of om na te laten?

³² HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067, NJ 2018/464 (*verboden ingebruikgeving door curator*).

³³ Overigens was de inzet van de procedure op dit punt vooral of de curator door het bewust schenden van de contractvoorwaarden een boedelschuld (en persoonlijke aansprakelijkheid voor o.a. misgelopen huuropbrengsten) had doen ontstaan. Beide vragen werden door Hof en Hoge Raad bevestigend beantwoord. Met Verstijlen (NJ 2018/464, noot onder 12) kan men zich afvragen of de kwestie zich niet eenvoudiger had laten beantwoorden door het eigendomsrecht van de wederpartij centraal te stellen.