

# Nebula & Berzona

Scriptie

S. Delen

ANR: 849958

Master Rechtsgeleerdheid

25 juni 2017

Mr. W.H.B.K. Nieuwesteeg

Prof. Mr. R.M. Wibier



# Inhoud

Lijst met gebruikte afkortingen .....	3
Inleiding .....	4
Inleiding faillissementsprocedure .....	4
Hoofdvraag .....	7
Opbouw scriptie .....	8
1    Nebula & Berzona.....	9
1.1    Nebula .....	9
1.2    Berzona.....	12
2    Verdieping leerstukken .....	17
2.1    Prestatie .....	17
2.2    Continuïteit overeenkomst .....	17
2.3    Gelijkheid van schuldeisers .....	18
3    Overeenkomsten en verschillen.....	19
3.1    Aard recht.....	19
3.2    Reikwijdte Nebula ingeperkt .....	22
3.3    Fixatiebeginsel.....	25
4    Mening.....	28
Conclusie .....	32
Literatuurlijst .....	35
Jurisprudentielijst .....	37

## Lijst met gebruikte afkortingen

A-G	advocaat-generaal
art.	artikel
artt.	artikelen
BW	Burgerlijk Wetboek
concl.	conclusie
Fw	Faillissementswet
HR	Hoge Raad
par.	paragraaf
r.o.	rechtsoverweging

## Inleiding

In 2014 heeft de Hoge Raad, de hoogste rechterlijke instantie in Nederland, juristen verrast met het arrest *Berzona*.<sup>1</sup> In dat arrest heeft de Hoge Raad de bevoegdheid van de curator om overeenkomsten niet na te komen anders benaderd dan in het eerdere arrest *Nebula*.<sup>2</sup> Omdat de Hoge Raad een andere koers lijkt te zijn ingeslagen, ziet het ernaar uit dat de Hoge Raad is 'omgegaan'.

In deze scriptie staat het eventuele omgaan van de Hoge Raad in het arrest *Berzona* uit 2014 centraal. De Hoge Raad heeft 8 jaar voor *Berzona* het arrest *Nebula* gewezen. In beide arresten heeft de Hoge Raad geoordeeld over de vraag of de schuldeisers hun vordering tot dulden konden tegenwerpen aan de curator. Waar dit ogenschijnlijk in *Nebula* kon, bleek dat in *Berzona* niet langer te kunnen.

De Hoge Raad zegt dat in *Nebula* hetzelfde oordeel ligt besloten als in *Berzona*.<sup>3</sup> Die visie van de Hoge Raad wordt echter niet gedeeld door vooraanstaande juridische auteurs. De vraag is dan ook of de Hoge Raad is omgegaan in *Berzona*. Voordat ik hier verder op in kan gaan, zal ik eerst de faillissementsprocedure nader toelichten.

### Inleiding faillissementsprocedure

In elke contractuele relatie staan twee personen centraal: de schuldeiser en de schuldenaar. Een schuldenaar is degene die de vordering van een schuldeiser moet voldoen. Een voorbeeld hiervan is een schuldeiser die de factuur nog moet voldoen. De schuldeiser is degene die de prestatie nog tegoed heeft van de schuldenaar. Een vordering kan bestaan uit iets wat de schuldenaar moet geven, doen, dulden of niet-doen. Een voorbeeld van een vordering tot niet-doen is het niet geven van gevoelige bedrijfsinformatie aan anderen.

In Nederland kan een persoon failliet verklaard worden als hij in de toestand verkeert dat hij opgehouden is te betalen, art. 1 Fw (Faillissementswet). De persoon kan een natuurlijk persoon zijn, dus een mens. De persoon kan ook een rechtspersoon zijn, bijvoorbeeld een BV of een NV. Kortom, zowel mensen als ondernemingen kunnen failliet verklaard worden.

Het is de rechter die de schuldenaar failliet kan verklaren. Dat doet de rechter door een uitspraak, namelijk een vonnis. De rechtbank kan dat vonnis wijzen naar aanleiding van:

- Een eigen aangifte van de schuldenaar;
- Een ingediend verzoek van een of meerdere schuldeisers; of
- Een vordering tot faillietverklaring van het Openbaar Ministerie.<sup>4</sup>

Met de toestand 'opgehouden zijn te betalen', wordt bedoeld dat de schuldenaar:

- Meerdere schuldeisers heeft; en

---

<sup>1</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, NJ 2014/407 (*Berzona*).

<sup>2</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, NJ 2007/155 (*Nebula*).

<sup>3</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, r.o. 3.6.4, NJ 2007/155 (*Nebula*).

<sup>4</sup> Polak/Pannevis 2014, p. 15.

- Is opgehouden te betalen.<sup>5</sup>

Wanneer een schuldeiser een verzoek tot faillietverklaring van de schuldenaar indient, moet blijken dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij is opgehouden te betalen. De schuldeiser heeft zijn eigen vordering die de schuldenaar onbetaald laat. Echter, om de toestand aan te tonen dat de schuldenaar is opgehouden te betalen, moet blijken dat de schuldenaar nog een vordering van een andere schuldeiser onbetaald laat.<sup>6</sup> Deze tweede vordering van een andere schuldenaar heet de steunvordering.<sup>7</sup>

Wordt de schuldenaar door de rechter failliet verklaard, dan werkt het vonnis terug tot 0.00 uur van de dag van de faillietverklaring, ex art. 23 Fw.<sup>8</sup> Hoe laat de schuldenaar failliet verklaard wordt, maakt niet uit. De schuldenaar is door het vonnis al vanaf 0.00 uur van die dag failliet.

Het faillissement is een toestand waarin de failliet zich bevindt. Er wordt een curator aangewezen. De kerntaak van de curator is het beheren en vereffenen van de boedel, ex art. 68 lid 1 Fw. De boedel is de combinatie van activa en passiva van de schuldenaar.<sup>9</sup>

Het beheren van de boedel kan heel praktisch zijn. Water geven aan waardevolle planten is een voorbeeld van het beheren van de boedel. Het beheer van de boedel houdt ook in dat de curator kan weigeren om vorderingen van schuldeisers te voldoen. Uit art. 26 Fw volgt dat de schuldeiser zijn vordering ter verificatie moet indienen. De schuldeiser kan de curator niet dwingen om de vordering na te komen.

Wanneer de wederkerige overeenkomst zowel door de failliet als door de schuldeiser geheel of gedeeltelijk niet is nagekomen, kan de schuldeiser de curator om gestanddoening vragen, ex art. 37 Fw. De schuldeiser vraagt in dat geval of de curator de overeenkomst zal nakomen. Wanneer de curator de verbintenis niet nakomt, wordt dat aangeduid als het 'niet gestand van de overeenkomst'.<sup>10</sup> Uiteraard kan de curator ook kiezen om de verbintenis wél na te komen als dit in het voordeel van de boedel is. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer door de nakoming van een verbintenis het actief veel meer stijgt dan het passief van de boedel.

Vervolgens is het de taak van de curator om de boedel te vereffenen. De curator zet de activa dan om in geld.<sup>11</sup> Het doel van de faillissementsprocedure is namelijk om de netto-opbrengst van de boedel te verdelen onder de gezamenlijke schuldeisers.<sup>12</sup>

---

<sup>5</sup> Polak/Pannevis 2014, p. 16.

<sup>6</sup> Polak/Pannevis 2014, p. 16.

<sup>7</sup> Van Koppen, in: *GS Faillissementswet*, art. 1 Fw, aant. 8 (online, bijgewerkt 1 oktober 2009).

<sup>8</sup> Polak/Pannevis 2014, p. 50.

<sup>9</sup> Polak/Pannevis 2014, p. 61.

<sup>10</sup> Polak/Pannevis 2014, p. 110.

<sup>11</sup> Polak/Pannevis 2014, p. 250.

<sup>12</sup> Vriesendorp 2013, p. 136.

Uiteraard moet de curator ook alle kosten voldoen die zijn gemaakt door de afwikkeling van het faillissement. Dit zijn de zogenaamde faillissementskosten.<sup>13</sup> Het salaris van de curator behoort tot de faillissementskosten, maar ook de kosten voor de door hem ingeschakelde personen (bijvoorbeeld een taxateur) zijn boedelschulden.<sup>14</sup> De faillissementskosten zijn boedelschulden. De zogenaamde boedelschuldeisers worden eerst betaald voordat het boedelactief uitgekeerd kan worden aan de overige schuldeisers.<sup>15</sup> De opbrengst die na voldoening van de faillissementskosten overblijft, de netto-opbrengst, verdeelt de curator over de gezamenlijke schuldeisers.

Voordat de curator de opbrengst kan uitdelen, moet hij vaststellen wie wat te vorderen heeft van de failliet. Met andere woorden, de curator moet eerst vaststellen hoe groot het passief van de boedel is. Een schuldeiser met een vordering op de failliet moet zijn vordering aan de curator kenbaar maken. Dat kan een schuldeiser (uitsluitend) doen door zijn vordering ter verificatie in te dienen, art. 26 Fw. Vervolgens vindt een onderzoek naar de deugdelijkheid van de vordering plaats.<sup>16</sup> Alleen vorderingen die vóór faillietverklaring zijn ontstaan, kunnen ingediend worden ter verificatie.<sup>17</sup>

De netto-opbrengst na vereffening wordt tot slot evenredig verdeeld over de vorderingen van de schuldeisers van gelijke rang. Dit leidt tot uitdeling van een bepaald percentage van de vordering.<sup>18</sup> De rang van de vorderingen van de schuldeisers bepaalt welke vorderingen als eerst voldaan worden. Als een schuldeiser een voorrecht heeft, is hij een preferente schuldeiser. Wanneer een schuldeiser een 'gewone' vordering heeft, is hij een concurrente schuldeiser.<sup>19</sup> Ook kan de vordering van de schuldeiser achtergesteld zijn.<sup>20</sup> De curator deelt het boedelactief als volgt uit:

1. Boedelschuldeisers (aan de boedelschuldeisers wordt uitgekeerd voordat de curator de netto-opbrengst uitkeert aan de overige schuldeisers);
2. Preferente schuldeisers;
3. Concurrente schuldeisers;
4. Achtergestelde schuldeisers.

De separatisten vormen een speciale groep schuldeisers. Dit zijn schuldeisers die een pand- of hypotheekrecht hebben op de goederen van de gefailleerde. Zij kunnen hun pand- of hypotheekrecht uitoefenen alsof er geen faillissement is (art. 57 lid 1 Fw). Een pand- of hypotheekrecht geeft de schuldeiser de bevoegdheid om het goed te executeren op een in de wet aangegeven wijze. Vervolgens kan de schuldeiser zijn vordering verhalen op de opbrengst van de verkoop van het goed. Een separatist mag zich dus verhalen op een goed waar hij een pand- of hypotheekrecht heeft, ondanks het faillissement van de schuldenaar.<sup>21</sup>

---

<sup>13</sup> Polak/Pannevis 2014, p. 343.

<sup>14</sup> Vriesendorp 2013, p. 297.

<sup>15</sup> Vriesendorp 2013, p. 296.

<sup>16</sup> Polak/Pannevis 2014, p. 293.

<sup>17</sup> Smelt, in: *GS Faillissementswet*, art. 26 Fw, aant. 5 (online, bijgewerkt 1 januari 2013).

<sup>18</sup> Van Galen, in: *GS Faillissementswet*, art. 180 Fw, aant. 2 (online, bijgewerkt 1 juli 2007).

<sup>19</sup> Polak/Pannevis 2014, p. 356-357.

<sup>20</sup> Heemrood-van Dijk, in: *GS Faillissementswet*, art. 113 Fw, aant. 5 (online, bijgewerkt 1 maart 2017).

<sup>21</sup> Polak/Pannevis 2014, p. 210.

Het faillissement komt tot een einde als alle schuldeisers volledig zijn betaald, art. 193 lid 1 Fw. Dat komt zelden voor. Het faillissement eindigt ook als de slotuitdelingslijst verbindend is geworden, art. 193 lid 1 Fw. In de slotuitdelingslijst staat hoeveel de schuldeisers zullen ontvangen. Als deze definitief is geworden, eindigt het faillissement. De curator moet dan nog wel uitkeren, terwijl het faillissement al geëindigd is.<sup>22</sup>

## Hoofdvraag

In *Nebula* en *Berzona* oordeelde de Hoge Raad over een vordering tot dulden.

In *Nebula* ging het om een gebruiksrecht van de economisch eigenaar. De juridisch eigenaar van het pand had het economisch eigendom namelijk voor zijn faillissement overgedragen.<sup>23</sup> Het economisch eigendom is een constructie waarbij aan alle wettelijke formaliteiten voor eigendomsoverdracht<sup>24</sup> wordt voldaan, behalve aan de levering.<sup>25</sup> Daardoor blijft het pand eigendom van de juridisch eigenaar. De economisch eigenaar mag op basis van zijn contractuele recht het pand gebruiken als ware hij eigenaar. De economisch eigenaar had het pand verhuurd aan derden na het faillissement van *Nebula*.<sup>26</sup> De vraag in *Nebula* was of de economisch eigenaar zijn gebruiksrecht aan de curator kon tegenwerpen. Met andere woorden: de vraag was of de curator het gebruik van het pand moest dulden.<sup>27</sup> Het pand zat namelijk in de boedel. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag ontkennend, de curator hoefde het gebruik van het pand niet te dulden.<sup>28</sup>

In *Berzona* werd de Hoge Raad een andere vraag voorgelegd. Een bank had bij de rechtbank het verzoek om faillietverklaring van *Berzona* ingediend.<sup>29</sup> De vraag voor de Hoge Raad was (onder andere) of de vordering tot het verschaffen van huurgenot kon dienen als steunvordering.<sup>30</sup> *Berzona* was namelijk verhuurder. De Hoge Raad heeft deze vraag aangegrepen om in te gaan op de bevoegdheid van de curator om zogenaamd actief te wanpresteren.<sup>31</sup> Dat houdt in dat de curator wanprestatie pleegt ten aanzien van een verbintenis tot niet-doen of dulden. Dit wordt actief wanpresteren genoemd, aangezien met 'niets doen' de verbintenis wordt nagekomen.

De Hoge Raad oordeelde in *Berzona* dat de curator normaliter geen bevoegdheid toekomt om actief te wanpresteren.<sup>32</sup> De curator mocht niet actief wanpresteren ten aanzien van de huurders. De curator

---

<sup>22</sup> Van Galen, in: *GS Faillissementswet*, art. 193 Fw, aant. 1 (online, bijgewerkt 1 juli 2007).

<sup>23</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, r.o. 3.1, *NJ* 2007/155 (*Nebula*).

<sup>24</sup> De vereisten voor eigendomsoverdracht zijn vastgelegd in art. 3:84 BW. De vereisten voor een eigendomsoverdracht zijn: een geldige titel (dat is de overeenkomst waarop de eigendomsoverdracht is gebaseerd), de levering van het goed en de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder.

<sup>25</sup> De Groot, in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:1 BW, aant. 13 (online, bijgewerkt 1 oktober 2013).

<sup>26</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, r.o. 3.1, *NJ* 2007/155 (*Nebula*).

<sup>27</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, r.o. 3.3, *NJ* 2007/155 (*Nebula*).

<sup>28</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, r.o. 3.6, *NJ* 2007/155 (*Nebula*).

<sup>29</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.1, *NJ* 2014/407 (*Berzona*).

<sup>30</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.3, *NJ* 2014/407 (*Berzona*).

<sup>31</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.4, *NJ* 2014/407 (*Berzona*).

<sup>32</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.4, *NJ* 2014/407 (*Berzona*).

moest het gebruik van het pand dulden. De huurders hadden een recht dat ze de curator konden tegenwerpen.<sup>33</sup>

Uiteraard hebben *Nebula* en *Berzona* de pennen van juridisch wetenschappelijke auteurs in beweging gebracht. Sommige auteurs zeggen dat de Hoge Raad is omgegaan in *Berzona*, terwijl anderen menen dat er een hoofdregel-uitzonderingsconstructie is ontstaan. In deze scriptie onderzoek ik de volgende hoofdvraag: “Is de Hoge Raad in *Berzona* omgegaan ten opzichte van *Nebula*?”.

Het vinden van een antwoord op deze vraag draagt bij aan de juridische wetenschap. Op dit moment waaiert de literatuur omtrent de ingeslagen koers van de Hoge Raad ten aanzien van overeenkomsten tot dulden uiteen. Wanneer de betekenis van *Nebula* in het licht van *Berzona* duidelijker is, zouden de juridische auteurs zich kunnen concentreren op de betekenis van de twee arresten voor overeenkomsten tot dulden in het faillissement.

Ook maatschappelijk gezien zou een antwoord op de hoofdvraag relevant zijn. Op dit moment heerst nog onduidelijkheid of de curator huurders zou mogen ontruimen. Dit is vervelend voor de curator en huurders die betrokken zijn bij een faillissement. Zij weten immers niet precies waar ze aan toe zijn. De onduidelijkheid die *Nebula* en *Berzona* gecreëerd hebben, werkt ook door in andere juridische gebieden, bijvoorbeeld op het gebied van licenties. Kort samengevat is een licentie een toestemming van de eigenaar om gebruik te maken van het intellectueel eigendom. Voorbeelden van intellectueel eigendom zijn een merknaam, een ontwerp of bepaalde software. Een licentie houdt dus in dat de juridisch eigenaar van het intellectuele eigendomsrecht toestaat dat een ander zijn goed gebruikt. Dat is vergelijkbaar met de toestemming van de eigenaar van een pand om het pand te gebruiken. Daardoor werkt ook de onzekerheid van *Nebula* en *Berzona* door op het gebied van licenties.

### Opbouw scriptie

Voordat ik de hoofdvraag kan beantwoorden, zal ik eerst de arresten samenvatten en analyseren. In hoofdstuk 1 zullen *Nebula* en *Berzona* nader beschouwd worden. In hoofdstuk 2 diep ik enkele juridische leerstukken verder uit. Die leerstukken zijn van belang om de arresten beter te begrijpen. Vervolgens zal ik in hoofdstuk 3 een overzicht geven van de analyses van vooraanstaande juridische auteurs. Aan de hand van die analyses licht ik de overeenkomsten en verschillen tussen de twee arresten toe. Daarna zal ik in hoofdstuk 4 aangeven in hoeverre ik het eens ben met de verschillende auteurs. Daaruit zal ook mijn mening volgen ten aanzien van een eventuele omgaan van de Hoge Raad. Tot slot zal ik de hoofdvraag, of de Hoge Raad in *Berzona* is omgegaan ten aanzien van *Nebula* beantwoorden.

---

<sup>33</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.6, NJ 2014/407 (*Berzona*).



# 1 Nebula & Berzona

## 1.1 Nebula

De Hoge Raad heeft in 2006 het arrest *Nebula* gewezen. Nebula BV (hierna: Nebula) was de juridisch eigenaar van een pand in Amsterdam. Op 24 maart 1999 is de rechtspersoon failliet verklaard.<sup>34</sup> Het geschil waarover de Hoge Raad moest oordelen, ging over de huurders in het pand. De curator van Nebula had gevorderd dat de huurders het pand zouden verlaten.<sup>35</sup>

Echter, de huurders huurden het pand niet van Nebula zelf. De huurders huurden het pand van de economisch eigenaar Walton BV (hierna: Walton). Nebula had namelijk jaren vóór zijn faillietverklaring het economisch eigendom van het pand overgedragen aan Donkelaar Supermarkt BV (hierna: Donkelaar Supermarkt). Donkelaar Supermarkt heeft vervolgens het economisch eigendom overgedragen aan Walton.<sup>36</sup> Het overdragen van het economisch eigendom gaat als volgt. De verkrijger van het economisch eigendom betaalt de koopsom voor het pand. De vervreemder en de verkrijger maken alles voor de eigendomsoverdracht van het pand in orde. Dat doen ze door aan alle vereisten van overdracht te voldoen. Het enige wat de vervreemder en verkrijger nog niet doen, is het passeren van de notariële akte. Doordat de notariële akte niet wordt gepasseerd, wordt het pand niet geleverd. Het eigendom wordt niet overgedragen. Het economisch eigendom is daarom niet hetzelfde als het juridisch eigendom. In de tijd van *Nebula* was het belastingtechnisch nog voordelig om de notariële akte niet te passeren en het eigendom niet te leveren.<sup>37</sup>

Op 24 december 1991 heeft Nebula het economisch eigendom overgedragen aan Donkelaar Supermarkt. Walton was de enig bestuurder van Donkelaar Supermarkt.<sup>38</sup> Drie dagen later heeft Donkelaar Supermarkt de eigendom overgedragen aan haar directrice, Walton. Nebula is met deze overdracht akkoord gegaan.<sup>39</sup> Walton was ten tijde van de faillietverklaring in een rechtsbetrekking betrokken met Nebula. Na faillietverklaring van Nebula heeft de economisch eigenaar Walton het pand verhuurd.

De rechtsvraag waarover de Hoge Raad zich buigt, is 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.”<sup>40</sup>*

Voordat de Hoge Raad deze vraag beantwoordt, gaat hij dieper in op de constructie van het ‘economisch eigendom’. Zijn conclusie is dat de figuur van het economisch eigendom bewust is weggelaten uit het Burgerlijk Wetboek. Het economisch eigendom heeft daarom geen

---

<sup>34</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, r.o. 3.1, *NJ* 2007/155 (*Nebula*).

<sup>35</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, r.o. 1, *NJ* 2007/155 (*Nebula*).

<sup>36</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, r.o. 3.2, *NJ* 2007/155 (*Nebula*).

<sup>37</sup> De Groot, in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:1 BW, aant. 13 (online, bijgewerkt 1 oktober 2013).

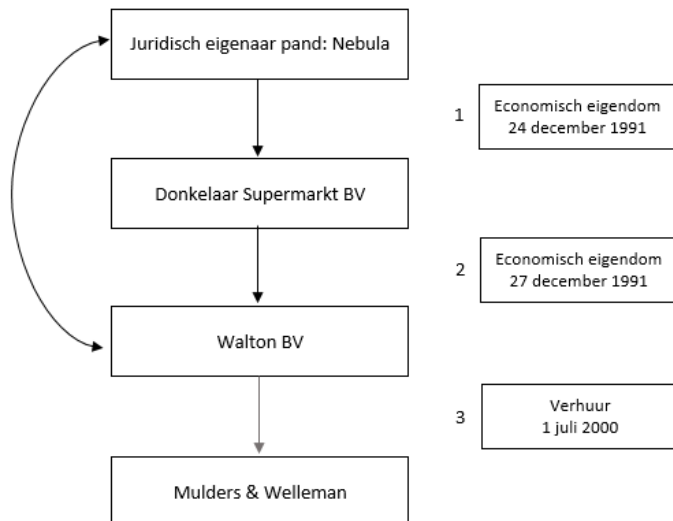
<sup>38</sup> Concl. A-G J.L.R.A. Huydecoper, ECLI:NL:PHR:2006:AX8838, punt 1, bij HR 3 november 2006, *NJ* 2007/155 (*Nebula*).

<sup>39</sup> Concl. A-G J.L.R.A. Huydecoper, ECLI:NL:PHR:2006:AX8838, punt 2, bij HR 3 november 2006, *NJ* 2007/155 (*Nebula*).

<sup>40</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, r.o. 3.4, *NJ* 2007/155 (*Nebula*).

goederenrechtelijke werking. Het kan niet tegen iedereen worden ingeroepen. Het economisch eigendom is een benaming voor de rechtsverhouding tussen partijen.<sup>41</sup> De economisch eigenaar kan zijn rechten (van het economisch eigendom) alleen jegens de juridisch eigenaar inroepen.

De rechtsverhoudingen in *Nebula* kunnen als volgt worden weergegeven:



Nadat de Hoge Raad is ingegaan op het economisch eigendom, komt hij toe aan het beantwoorden van de rechtsvraag. Allereerst komt de continuïteit van wederkerige overeenkomsten aan bod.<sup>42</sup> In de memorie van toelichting van art. 37 Fw staat dat een faillissement de verbintenissen uit een wederkerige overeenkomst niet wijzigt. Bij een wederkerige overeenkomst (art. 6:261 BW) ontstaat voor iedere partij een verplichting. Zogezegd bevat een wederkerige overeenkomst dus een element van ruil.<sup>43</sup> Het feit dat het faillissement geen invloed uitoefent op een wederkerige overeenkomst, betekent dat de rechten en plichten van beide partijen blijven bestaan.<sup>44</sup>

Vervolgens wijst de Hoge Raad erop dat de continuïteit van de wederkerige overeenkomsten niet betekent dat de schuldeisers zijn rechten kan blijven uitoefenen tijdens het faillissement van de schuldenaar:

*“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*

<sup>41</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, r.o. 3.4, NJ 2007/155 (*Nebula*).

<sup>42</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, r.o. 3.5, NJ 2007/155 (*Nebula*).

<sup>43</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/81 (online, bijgewerkt 1 februari 2014).

<sup>44</sup> Polak/Pannevis 2014, p. 105.

*artikelen 26 en 108 e.v. Fw tot uiting komende, beginsel van gelijkheid van schuldeisers op onaanvaardbare wijze zou worden doorbroken.*<sup>45</sup>

De gelijkheid van schuldeisers, ook wel het *paritas creditorum*, is een faillissementsrechtelijk beginsel. Het ziet op de gelijke behandeling van schuldeisers bij de voldoening van vorderingen uit de netto-opbrengst van de vereffening van de boedel.<sup>46</sup> Zoals uit het citaat blijkt, houdt de Hoge Raad in het midden wie precies de *paritas creditorum* zou schenden. Het zou de wederpartij kunnen zijn die de rechten uit de overeenkomst blijft uitoefenen. Aan de andere kant is het de kerntaak van de curator om de boedel te beheren, ex art. 68 Fw. Het is daarom ook denkbaar dat de curator in strijd met de gelijkheid van schuldeisers zou handelen als hij het verhaal op de boedel niet eindigt.

De Hoge Raad licht ook toe waarom er in strijd met de *paritas creditorum* gehandeld zou worden:

*“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.”*<sup>47</sup>

Zoals uit het citaat blijkt, krijgt de schuldeiser zijn vordering volledig voldaan. Dat terwijl andere schuldeisers waarschijnlijk slechts een deel van hun vordering voldaan zouden krijgen. Het beginsel van gelijkheid van schuldeisers ziet juist op de gelijkheid van schuldeisers bij de voldoening van de vorderingen. Doordat de schuldeiser zijn vordering volledig voldaan krijgt uit de boedel, blijft voor de andere schuldeisers minder activa over om hun vorderingen te voldoen. De uitkeringen aan de gezamenlijke schuldeisers zijn in dat geval lager dan wanneer de vordering van de schuldeiser niet voldaan wordt. Om die reden mag de schuldeiser zijn rechten uit de overeenkomst niet verhalen op de boedel alsof er geen faillissement was.

Daarnaast benadrukt de Hoge Raad in *Nebula* dat het bovenstaande ook geldt voor overeenkomsten waarin de gefailleerde “het gebruik van een aan hem in eigendom toebehorende zaak [moet] dulden”.<sup>48</sup> Uit het economisch eigendom van Walton vloeide namelijk een gebruiksrecht voort.<sup>49</sup> Dat houdt in dat de juridisch eigenaar, Nebula, het gebruik van haar pand door Walton moest dulden. De Hoge Raad heeft dus expliciet genoemd dat ook het gebruiksrecht niet geldend gemaakt mag worden als de schuldenaar failliet verklaard is. Zou het gebruik wel voortgezet kunnen worden, dan is dat in strijd met de gelijkheid van schuldeisers.

---

<sup>45</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, r.o. 3.5, NJ 2007/155 (*Nebula*).

<sup>46</sup> Verstijlen, in: *T&C BW*, art. 3:277 BW, aant. 1 (online, bijgewerkt 15 februari 2017).

<sup>47</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, r.o. 3.5, NJ 2007/155 (*Nebula*).

<sup>48</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, r.o. 3.5, NJ 2007/155 (*Nebula*).

<sup>49</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, r.o. 3.6, NJ 2007/155 (*Nebula*).

Tot slot voegt de Hoge Raad aan deze overweging toe:

*“Bovendien zou door aanvaarding van een zodanige regel een goed beheer ten behoeve van de gezamenlijke schuldeiser van de tot de boedel behorende zaken ten aanzien waarvan langlopende overeenkomsten bestaan, in ernstige mate worden bemoeilijkt.”<sup>50</sup>*

Deze toevoeging van de Hoge Raad ziet onder meer op het gebruiksrecht van de economisch eigenaar. Het pand is een zaak dat tot de boedel behoort. Ten aanzien van het pand bestaat een langlopende overeenkomst, namelijk de overeenkomst van economisch eigendom. Daaruit vloeit het gebruiksrecht voort. Als de economisch eigenaar de rechten uit zijn gebruiksrecht geldend kan maken, dan kan het beheren van de boedel bemoeilijkt worden. De curator zou dan in het geval van *Nebula* namelijk rekening moeten houden met de gebruiker bij het beheren van het pand.

De Hoge Raad verbindt vervolgens deze overwegingen met elkaar:

*“Anders dan het hof heeft overwogen, bracht het faillissement van de juridisch eigenaar Nebula van het pand mee dat de economisch eigenaar Walton niet langer meer haar gebruiksrecht met betrekking tot het pand, dat berust op de economisch eigendom daarvan, kon tegenwerpen aan de curator van Nebula. Hieruit volgt dat Walton ook niet door een overeenkomst met derden, Mulders en Welleman, aan dezen een huurrecht kon verschaffen dat aan de curator kon worden tegengeworpen.”<sup>51</sup>*

De Hoge Raad overweegt allereerst dat de economisch eigenaar zijn gebruiksrecht niet kon tegenwerpen aan de curator van Nebula. De huurovereenkomst tussen de economisch eigenaar en de huurders is gebaseerd op het gebruiksrecht van de economisch eigenaar. Doordat het gebruiksrecht niet aan de curator kan worden tegengeworpen, kon de economisch eigenaar ook geen huurrecht aan de huurders verschaffen. De huurders kunnen hun huurrecht dus niet tegenwerpen aan de curator. Het gevolg hiervan is dat de huurders het pand zonder recht of titel bewonen. De curator mag de huurders in *Nebula* ontruimen.

## 1.2 Berzona

Acht jaar na het wijzen van *Nebula*, heeft de Hoge Raad *Berzona* gewezen. De aanleiding voor het arrest verschilt van die van *Nebula*. In *Berzona* ging het om het verzoek van de Bank om Berzona failliet te verklaren. De Bank had zelf opeisbare vorderingen van in totaal bijna € 12 miljoen, die Berzona onbetaald liet.<sup>52</sup> Het geschil ging over de steunvordering van de Bank.<sup>53</sup> De steunvordering die de Bank aandroeg is de vordering van de huurders tot het verschaffen van huurgenot en de vordering tot het

---

<sup>50</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, r.o. 3.5, NJ 2007/155 (*Nebula*).

<sup>51</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, r.o. 3.6, NJ 2007/155 (*Nebula*).

<sup>52</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.1, NJ 2014/407 (*Berzona*).

<sup>53</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.3, NJ 2014/407 (*Berzona*).

verrichten van onderhoud.<sup>54</sup> Berzona verhuurde namelijk flats.<sup>55</sup> De vraag was of de vorderingen van de huurders die de Bank aandraagt kunnen dienen als steunvorderingen.<sup>56</sup>

De Hoge Raad zet eerst uiteen dat voor het aantonen van de toestand ‘opgehouden zijn te betalen’ naast de vordering van de schuldeiser die het faillissement aanvraagt een steunvordering is vereist. Daarnaast is het bestaan van de vorderingen niet genoeg. Ook moet de rechter onderzoeken of de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij is opgehouden te betalen.<sup>57</sup> De rechter dient daarvoor te onderzoeken of beide vorderingen ter verificatie kunnen worden ingediend. Een vordering tot het verschaffen van huurgenot of het verrichten van onderhoud kan op zichzelf een steunvordering zijn.<sup>58</sup>

De Hoge Raad maakt vervolgens een belangrijke kanttekening. Een toekomstige vordering kan niet als steunvordering dienen. Het is namelijk nog niet zeker of de toekomstige vordering daadwerkelijk zal ontstaan.<sup>59</sup>

De vordering van de huurders tot het verrichten van onderhoud zou een steunvordering kunnen zijn. De Bank heeft echter niet aangetoond dat er sprake was van achterstallig onderhoud of dat Berzona op dat moment onderhoud moest plegen. De vordering tot het verrichten van onderhoud is dus nog toekomstig. De vordering kan daarom niet als steunvordering dienen.<sup>60</sup>

Daarna komt de Hoge Raad toe aan het oordeel over de vordering tot het verschaffen van huurgenot. Berzona verschaftte op het moment van de faillissementsaanvraag huurgenot aan de huurders.<sup>61</sup> De Hoge Raad overweegt dan:

*“In beginsel heeft de curator echter, zoals blijkt uit art. 37 lid 1 Fw, de mogelijkheid om overeenkomsten niet gestand te doen en dus de daaruit voortvloeiende verbintenissen niet na te komen (vgl. HR 3 november 2006, ECLI:HR:2006:AX8838, NJ 2007/155, Nebula). De uit die verbintenissen voortvloeiende vorderingen zijn in dat geval vorderingen die voor indiening in het faillissement in aanmerking komen”<sup>62</sup>*

De Hoge Raad verbindt het recht van de curator om verbintenissen niet na te komen met art. 37 lid 1 Fw. Wanneer de curator de overeenkomst niet gestand doet, kan de vordering die uit de overeenkomst voortvloeit ter verificatie worden ingediend. De Hoge Raad heeft de bovenstaande passage ingeleid met “in beginsel”. Daaruit kan afgeleid worden dat niet in alle gevallen de curator het recht heeft om verbintenissen niet na te komen.

---

<sup>54</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.3, NJ 2014/407 (Berzona).

<sup>55</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.1, NJ 2014/407 (Berzona).

<sup>56</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.3, NJ 2014/407 (Berzona).

<sup>57</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.4.1, NJ 2014/407 (Berzona).

<sup>58</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.4.2, NJ 2014/407 (Berzona).

<sup>59</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.4.3, NJ 2014/407 (Berzona).

<sup>60</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.5, NJ 2014/407 (Berzona).

<sup>61</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.1, NJ 2014/407 (Berzona).

<sup>62</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.2, NJ 2014/407 (Berzona).

De Hoge Raad maakt daarna een onderscheid tussen passief en actief wanpresteren. De curator heeft namelijk het recht om verbintenissen passief niet na te komen.

*“De aan de curator ten dienste staande mogelijkheid om uit de 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.”<sup>63</sup>*

In de woorden van de Hoge Raad mag de curator wanprestatie plegen ten aanzien van verbintenissen die uit of ten laste van de boedel moeten worden voldaan. Dat zijn bijvoorbeeld verbintenissen tot het doen van een betaling of het afgeven van een zaak,<sup>64</sup> dus actieve verbintenissen (dat zijn verbintenis met een actieve prestatie). De vorderingen dienen ter verificatie worden ingediend als de curator ze niet voldoet.

Vervolgens komt de Hoge Raad ook toe aan het zogenaamde actief wanpresteren:

*“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.”<sup>65</sup>*

De Hoge Raad zet in de bovenstaande passage uiteen dat de curator geen bevoegdheid toekomt om het gehuurde op te eisen als de huurovereenkomst nog loopt. Het algemene woordgebruik in de eerste zin van het citaat duidt erop dat het geval van een lopende huurovereenkomst slechts een voorbeeld is. Bovendien blijkt ook uit het woord “zoals” dat het hier om een voorbeeld gaat. De Hoge Raad koppelt het gebrek aan de bevoegdheid om actief te wanpresteren aan het beginsel dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten.

De Hoge Raad benoemt niet specifiek in welke gevallen de curator geen recht heeft om te wanpresteren. De Hoge Raad oordeelt enkel dat de curator het recht heeft verbintenissen niet na te komen ‘die uit of ten laste van de boedel moeten worden voldaan’. Daaruit valt te herleiden dat de curator bij alle overige verbintenissen geen recht heeft om te wanpresteren. Bovendien vloeit uit

---

<sup>63</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.3, NJ 2014/407 (Berzona).

<sup>64</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.3, NJ 2014/407 (Berzona).

<sup>65</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.4, NJ 2014/407 (Berzona).

*Berzona* voort dat de Hoge Raad van mening is dat de huurovereenkomst tussen *Berzona* en de huurders niet uit of ten laste van de boedel moet worden voldaan.<sup>66</sup>

De Hoge Raad gebruikt ook de termen ‘passief’ en ‘actief’ niet nakomen. Dat duidt erop dat de wijze waarop de curator een verbintenis niet nakomt ertoe doet. Bij een overeenkomst tot dulden hoeft de curator in principe niets te doen om de verbintenis na te komen. Om te wanpresteren bij een overeenkomst tot dulden moet de curator actie ondernemen. Dat in tegenstelling tot verbintenissen tot de afgifte van een zaak of het vestigen van een recht. Deze voorbeelden van verbintenissen met een actieve prestatie noemde de Hoge Raad in verband met het passief niet nakomen van de verbintenis. Als de curator geen actie onderneemt, komt de curator deze verbintenissen niet na. Pas als de curator actie onderneemt, zou hij de verbintenissen nakomen.<sup>67</sup>

Bij een huurovereenkomst is de kernverbintenis dat de schuldenaar het gebruik van het pand door de huurder duldt. Uit een huurovereenkomst kunnen ook andere verbintenissen voortvloeien met een actieve prestatie, zoals het plegen van onderhoud. Het gaat in *Berzona* echter om de kernverbintenis, aangezien de Hoge Raad eerder in het arrest al heeft geconstateerd dat niet vaststaat dat *Berzona* onderhoud zou moeten plegen.<sup>68</sup>

Kortom, de curator mag volgens Hoge Raad wanprestatie plegen als:

- De verbintenis uit of ten laste van de boedel moet worden voldaan
- De curator automatisch wanprestatie pleegt als hij niets doet.<sup>69</sup>

Dit oordeel van de Hoge Raad lijkt strijdig te zijn met *Nebula*. In *Nebula* heeft de Hoge Raad juist uitdrukkelijk benoemd dat het beginsel van de continuïteit van de wederkerige overeenkomst niet betekent dat de rechten uit de overeenkomst kunnen worden uitgeoefend alsof er geen faillissement was.<sup>70</sup> Dat lijkt in *Berzona* niet langer het geval te zijn. De Hoge Raad heeft *Nebula* daarom toegelicht in *Berzona*:

*“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 juridisch eigenaar van de verhuurde zaak is aangegaan door de economisch eigenaar daarvan op grond van een hem daartoe door de juridisch eigenaar verleende contractuele bevoegdheid.”<sup>71</sup>*

---

<sup>66</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.3, NJ 2014/407 (*Berzona*).

<sup>67</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.4, NJ 2014/407 (*Berzona*).

<sup>68</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.2, NJ 2014/407 (*Berzona*).

<sup>69</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.3 en 3.6.4, NJ 2014/407 (*Berzona*).

<sup>70</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, r.o. 3.5, NJ 2007/155 (*Nebula*).

<sup>71</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.5, NJ 2014/407 (*Berzona*).

De Hoge Raad benoemt hier vooral de verschillen tussen *Nebula* en *Berzona*. De verschillen die de Hoge Raad in het citaat benoemd kunnen als volgt worden samengevat:

Onderwerp	Nebula	Berzona
Moment huurovereenkomst aangegaan	Na faillissement	Voor faillissement
Door wie is de huurovereenkomst aangegaan	Economisch eigenaar	Juridisch eigenaar
Op grond van welke bevoegdheid is de huurovereenkomst aangegaan	Contractuele bevoegdheid van de economisch eigenaar	Juridisch eigendom

Vervolgens overweegt de Hoge Raad:

*“Die vraag is in dat arrest [Nebula, SD] 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 [in Berzona, SD] aan de orde.”<sup>72</sup>*

De Hoge Raad wijdt niet uit over wat het doorslaggevende verschil tussen *Nebula* en *Berzona* is. De Hoge Raad concludeert dat de vordering tot het verschaffen van huurgenot, terwijl de schuldenaar de huurders ten tijde van de faillissementsaanvraag huurgenot verschaft, niet ingediend kan worden ter verificatie. De vordering kan derhalve ook niet als steunvordering dienen.<sup>73</sup>

<sup>72</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.5, NJ 2014/407 (*Berzona*).

<sup>73</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.6, NJ 2014/407 (*Berzona*).



## 2 Verdieping leerstukken

Voordat ik nader zal ingaan op de zienswijzen van de juridische auteurs, diep ik eerst een aantal juridische leerstukken uit.

### 2.1 Prestatie

Een prestatie is het voorwerp van een verbintenis. Het is waartoe de schuldenaar verplicht is en waarop de schuldeiser recht heeft.<sup>74</sup> Een prestatie bestaat altijd uit een positieve of negatieve handeling: een geven, een doen of een niet-doen. Niet vergeten mag worden dat bij een verbintenis om iets te geven, het 'iets' niet het voorwerp is van de verbintenis. Het geven zelf is namelijk het voorwerp van de verbintenis.<sup>75</sup>

Een actieve prestatie<sup>76</sup> is een verbintenis om iets te doen of te geven. Een passieve prestatie<sup>77</sup> daarentegen is een verbintenis om iets niet te doen. Het niet-doen kan betekenen dat de schuldenaar iets niet doet wat hij zonder die verbintenis wel gewoon had mogen doen. Ook kan het niet-doen betekenen dat de schuldenaar iets duldt wat hij normaal zou mogen verhinderen. Uiteraard kan een verbintenis ook een combinatie van bijvoorbeeld een geven en een onthouding zijn. Zo geeft een ontwerper een licentie, maar zal hij tegelijkertijd de licentie niet ook aan een ander verlenen (dus een exclusieve licentie).<sup>78</sup>

### 2.2 Continuïteit overeenkomst

In de Memorie van Toelichting staat: "Uit haren aard oefent de faillietverklaring op bestaande wederkerige overeenkomsten niet den minsten invloed uit; de verbintenissen van den gefailleerde en diens mede-contractant worden er niet door gewijzigd."<sup>79</sup> Hiermee wordt bedoeld dat de afspraken tussen de schuldeiser en schuldenaar ook na faillissementsverklaring van kracht blijven.<sup>80</sup>

De afwikkeling van overeenkomsten tijdens het faillissement wordt beheerst door het 'gewone' recht, aangezien er geen faillissementsrechtelijk verbintenissenrecht bestaat.<sup>81</sup> Verstijlen merkt op dat, omdat het faillissement slechts ziet op het verhaal van vorderingen, het faillissementsrecht slechts het verhaal van de vorderingen regelt.<sup>82</sup> In die zin tast een faillissement een wederkerige overeenkomst zelf dus niet aan.

Van Zanten vindt dat art. 26 Fw een belangrijke beperking vormt op het uitgangspunt dat het faillissement een wederkerige overeenkomst niet raakt. In art. 26 Fw is namelijk vastgelegd dat alle

---

<sup>74</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2016/20.

<sup>75</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2016/21.

<sup>76</sup> Door Hartkamp en Sieburgh wordt dit een "positieve prestatie" genoemd.

<sup>77</sup> Door Hartkamp en Sieburgh wordt dit een "negatieve prestatie" genoemd.

<sup>78</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2016/22.

<sup>79</sup> Van der Feltz 1896, p. 409.

<sup>80</sup> Van Zanten, in: *GS Faillissementswet*, art. 37 Fw, aant. 1 (online, bijgewerkt 1 september 2013).

<sup>81</sup> Van Zanten, in: *GS Faillissementswet*, art. 37 Fw, aant. 1 (online, bijgewerkt 1 september 2013).

<sup>82</sup> Verstijlen 2006, p. 94.

rechtvorderingen die op voldoening van de verbintenis uit de boedel gericht zijn, enkel kunnen worden ingesteld door aanmelding ter verificatie. Want hoewel de overeenkomsten intact blijven, moet de schuldeiser meedoen aan het proces van verificatie en uitdeling voor de voldoening van een contractuele aanspraak.<sup>83</sup>

### 2.3 Gelijkheid van schuldeisers

De *paritas creditorum*, de gelijkheid van schuldeisers, is vastgelegd in art. 3:277 BW. De gelijkheid ziet slechts op de gelijke behandeling bij de voldoening van vorderingen uit (de opbrengst van) de goederen van de schuldenaar.<sup>84</sup> Zolang er geen sprake is van een executie of faillissement, kunnen schuldeisers in principe verhaal nemen zonder daarbij rekening te houden met andere schuldeisers. Pas bij het *concursum creditorum*, “een gezamenlijk optreden ten behoeve van alle schuldeisers”,<sup>85</sup> gaat de gelijkheid van schuldeisers een rol spelen. Dan biedt de schuldenaar namelijk niet genoeg verhaal.<sup>86</sup>

De vorderingen van de schuldeisers worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering.<sup>87</sup> Alle schuldeisers met dezelfde rang ontvangen hetzelfde percentage als voldoening van hun vordering. Dat betekent dat de datum van ontstaan van de vordering en een eventuele beslaglegging door de schuldeiser geen verschil maken in de voldoening van de vordering. Uiteraard maakt de rang van de schuldeiser wel een verschil; in de wet zijn enkele voorrangsposities vastgelegd. Een schuldeiser met een voorrecht staat bijvoorbeeld boven de normale, ‘concurrente’ schuldeisers.<sup>88</sup> Voordat de curator toekomt om aan de concurrente schuldeisers uit te delen, deelt de curator eerst uit aan de preferente schuldeisers. Als na uitkering aan de preferente schuldeisers nog activa overblijven, dan keert de curator uit aan de schuldeisers lager in rang.

De *paritas creditorum* geeft dus een zekerheid aan de schuldeisers: de gewaarborgde verdeling onder schuldeisers in ruil voor de individuele verhaalsrechten.<sup>89</sup>

---

<sup>83</sup> Van Zanten, in: *GS Faillissementswet*, art. 37 Fw, aant. 1 (online, bijgewerkt 1 september 2013).

<sup>84</sup> Verstijlen, in: *T&C BW*, art. 3:227 BW, aant. 1 (online, bijgewerkt 15 februari 2017).

<sup>85</sup> Polak/Pannevis 2014, p. 2.

<sup>86</sup> Wessels, *NJB* 2010/271, par. 2.

<sup>87</sup> Asser/Van Mierlo 3-IV 2016/6.

<sup>88</sup> Wessels, *NJB* 2010/271, inleiding.

<sup>89</sup> Polak/Pannevis 2014, p. 2.

### 3 Overeenkomsten en verschillen

#### 3.1 Aard recht

Verstijlen schrijft in zijn noot: “Soms wordt men bij het lezen van een recensie bevangen door de idee dat de recensent een heel ander stuk heeft gezien dan men zelf heeft bezocht”.<sup>90</sup> Verstijlen is van mening dat de (her)interpretatie van *Nebula* in *Berzona* geen goede weergave is van *Nebula*. De Hoge Raad zet in beide arresten uiteen dat het faillissement de wederkerige overeenkomst niet beïnvloedt. Toch komt de Hoge Raad op basis van dat beginsel in *Berzona* tot een andere conclusie dan in *Nebula*.

Verstijlen is van mening dat Hoge Raad zijn redenering uit *Nebula* anders heeft uitgelegd in *Berzona*. In *Nebula* heeft de Hoge Raad volgens Verstijlen als volgt geredeneerd:

- Het beginsel dat het faillissement een wederkerige overeenkomst niet aantast, brengt niet met zich mee dat een schuldeiser zijn rechten uit een overeenkomst kan uitoefenen alsof er geen faillissement zou zijn;
- Het bovenstaande geldt ook voor overeenkomsten waarin de gefailleerde het gebruik van een aan hem in eigendom toebehorende zaak moet dulden;
- Daarom kon de wederpartij niet langer haar gebruiksrecht tegenwerpen aan de curator;
- Doordat de wederpartij haar gebruiksrecht niet langer kon tegenwerpen, kon de wederpartij ook geen huurrecht aan derden verschaffen dat aan de curator kon worden tegengeworpen;
- Daardoor kon de curator vorderen dat de huurders het pand moesten ontruimen.<sup>91</sup>

De conclusie die Verstijlen uit *Nebula* trekt is dat de curator het voortgezet gebruik van een tot de boedel behorende zaak door een wederpartij op basis van een obligatoir recht niet hoeft te dulden.<sup>92</sup> De Hoge Raad interpreteert *Nebula* in *Berzona* anders. In *Berzona* zegt de Hoge Raad namelijk over *Nebula* dat de economisch eigenaar heeft beschikt over tot de boedel behorende zaken door het aangaan van een huurovereenkomst op grond van zijn contractuele bevoegdheid.<sup>93</sup>

De analyse van Verstijlen van de implicatie van *Berzona* komt op het volgende neer. In *Nebula* kon de economisch eigenaar zijn gebruiksrecht niet tegenwerpen aan de curator. Doordat het gebruiksrecht zelf niet tegenwerpbaar was, kon de economisch eigenaar ook geen tegenwerpbaar huurrecht aan anderen verschaffen. Volgens *Berzona* zou de economisch eigenaar zelf wel een tegenwerpbaar gebruiksrecht hebben. De economisch eigenaar zou alleen een derde geen huurrecht kunnen verschaffen. Volgens *Berzona* is het van belang of de economisch eigenaar de zaak zelf gebruikt of dat hij een derde de zaak laat gebruiken.<sup>94</sup>

Verstijlen vindt de redenering van de Hoge Raad in *Berzona* niet overtuigend. Hij is namelijk van mening dat de curator wel het recht heeft om het gehuurde te ontruimen. Dat recht van de curator

---

<sup>90</sup> Verstijlen, *NJ* 2014/407, punt 1.

<sup>91</sup> Verstijlen, *NJ* 2014/407, punt 8.

<sup>92</sup> Verstijlen, *NJ* 2014/407, punt 9.

<sup>93</sup> Verstijlen, *NJ* 2014/407, punt 9.

<sup>94</sup> Verstijlen, *NJ* 2014/407, punt 9.

vloeit voort uit de wet, namelijk de bevoegdheid tot opeising van het eigendom, ex art. 5:2 BW. Dat recht ontstaat niet door de faillietverklaring, maar ligt besloten in het eigendomsrecht.<sup>95</sup>

Verstijlen refereert terug naar zijn preadvies. Hij is van mening dat een schuldenaar een wederpartij geen contractueel recht kan verschaffen dat de wederpartij kan blijven uitoefenen tijdens het faillissement. Verstijlen duidt een recht dat een wederpartij wel zou kunnen blijven uitoefenen aan als 'faillissementsbestendig'.<sup>96</sup> Het is volgens Verstijlen dus niet mogelijk om als schuldenaar een schuldeiser een contractueel faillissementsbestendig recht te verschaffen.

Het feit dat het faillissement een wederkerige overeenkomst niet raakt, verandert niets aan feit dat vorderingen voldaan moeten worden op een manier die strookt met de tussen de schuldeisers geldende rangorde.<sup>97</sup> De curator moet volgens Verstijlen de voldoening van vorderingen volgens het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers zelfs waarborgen. Om de voldoening van een vordering volgens de *paritas creditorum* te kunnen waarborgen, heeft de curator het recht op wanprestatie. Verstijlen ziet dat als de plicht van de curator tot wanprestatie.<sup>98</sup> Zou de curator geen recht hebben tot wanprestatie, dan kan de wederpartij vorderingen voldaan krijgen ten laste van de boedel. De voldoening van een vordering zonder de medewerking van de curator zou betekenen dat de voldoening lijkt op de voldoening van een boedelschuld.<sup>99</sup> Dat zou weer indruisen tegen de gelijkheid van schuldeisers, aangezien de voldoening van de vorderingen verschilt voor schuldeisers met dezelfde rang. Een vordering tot dulden heeft in beginsel namelijk dezelfde rang als een schuldeiser met een vordering tot een geven of een doen.

Bovendien zou nog een andere doelstelling van het faillissement zich verzetten tegen een gebruiksrecht op goederen dat kan worden voortgezet na faillietverklaring. Die doelstelling is namelijk het niet laten toenemen van het passief van de boedel. Verstijlen vindt namelijk dat ook bij overeenkomsten die een dulden of een niet-doen van de schuldenaar vereisen, de boedel geschaad kan worden. Dat illustreert Verstijlen met een huurovereenkomst die niet marktconform is. De schuldeiser zou dan waarde aan de boedel onttrekken, terwijl de boedel daar niet voor gecompenseerd wordt. De waarde die aan de boedel onttrokken wordt, kan bijvoorbeeld bestaan uit de waardedrukkende werking op een goed. In het geval van een huurovereenkomst, kan de curator het goed dan niet vrij van huur overdragen.<sup>100</sup> In feite zou de curator, indien hij een overeenkomst tot niet-doen zou nakomen, de vordering van de schuldeiser voldoen ten koste van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>101</sup>

---

<sup>95</sup> Verstijlen, *NJ* 2014/407, punt 10.

<sup>96</sup> Verstijlen, *NJ* 2014/407, punt 11.

<sup>97</sup> Verstijlen 2006, p. 117.

<sup>98</sup> Verstijlen 2006, p. 114.

<sup>99</sup> Verstijlen 2006, p. 113.

<sup>100</sup> Verstijlen 2006, p. 116.

<sup>101</sup> Verstijlen 2006, p. 121.

Naast de gelijkheid van schuldeisers speelt het belang van de gezamenlijke schuldeisers een aanzienlijke rol in de opvatting van Verstijlen. Verstijlen kan zich vinden in de uitkomst van het arrest *Berzona* door te wijzen op de maatschappelijke positie van huurders. Huurders genieten een sterkere bescherming dan andere schuldeisers. Verstijlen vindt het ook verdedigbaar dat het belang van de huurder prevaleert boven dat van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>102</sup> Daardoor is het terecht dat de Hoge Raad de huurders beschermt, maar hij vindt het 'te ver gaan' om andere partijen een soortgelijke bescherming te geven.<sup>103</sup>

Hoewel Verstijlen begrip kan opbrengen voor de uitkomst in *Berzona*, meent hij dat maar een van de twee arresten juist kan zijn. Volgens Verstijlen is *Nebula* juist, aangezien de motivering van *Nebula* overtuigend is. De bevoegdheid om tot ontruiming over te gaan ligt besloten in het eigendomsrecht en niet in de faillietverklaring. De curator heeft dus volgens Verstijlen wel de bevoegdheid tot ontruiming en dat vloeit voort uit de wet. Het *paritas creditorum* brengt met zich mee dat de schuldeiser de curator geen contractueel gebruiksrecht kan tegenwerpen. Het contractuele gebruiksrecht geeft de schuldeiser geen recht dat prevaleert over de gezamenlijke schuldeisers.<sup>104</sup>

Hoewel Verstijlen *Nebula* het juiste arrest vindt, sluit hij de mogelijkheid niet uit dat de Hoge Raad is omgegaan in *Berzona*.<sup>105</sup>

Wibier is het met Verstijlen eens. Ook hij vindt dat contractuele rechten slechts via de weg van verificatie ex art. 26 Fw geldend gemaakt kunnen worden. Daarbij doet het er niet toe of het gaat om een actieve of een passieve verbintenis (dat is een verbintenis met een passieve prestatie). Het proces van verificatie waarborgt dat de schuldeisers naar evenredigheid van hun vordering voldaan worden. Volgens Wibier heeft de Hoge Raad deze redenering bevestigd in *Nebula*. Daarbij wijst Wibier er al in 2008 op – dus voordat de Hoge Raad *Berzona* heeft gewezen – dat ook huurders die direct van de gefailleerde juridisch eigenaar huren het risico lopen dat de curator kan weigeren hun vordering te voldoen. Huurders beroepen zich immers slechts op een contractueel recht jegens de curator.<sup>106</sup>

Wibier betoogt dat het onderscheid tussen een actieve en een passieve prestatie gekunsteld is. Het is moeilijk om het begin van de actieve prestatie vast te stellen en te bepalen waar de passieve prestatie ophoudt. Het verschaffen van huurgenot is volgens Wibier wel degelijk een actieve prestatie. Het verrichten van de prestatie zit hem in het toestaan dat de huurder gebruik maakt van het gehuurde. Zonder de huurovereenkomst zou de verhuurder dat niet verplicht zijn aan de wederpartij. Het onderscheid tussen een passieve en een actieve prestatie doet er voor de toepassing van art. 26 Fw niet toe volgens de Hoge Raad in *Nebula*.<sup>107</sup>

---

<sup>102</sup> Verstijlen 2006, p. 119.

<sup>103</sup> Verstijlen, *NJ* 2014/407, punt 11.

<sup>104</sup> Verstijlen, *NJ* 2014/407, punt 10.

<sup>105</sup> Verstijlen, *NJ* 2014/407, punt 12.

<sup>106</sup> Wibier, *NTBR* 2008/56, par. 3.1.

<sup>107</sup> Wibier, *NTBR* 2008/56, par. 4.

In *Berzona* maakt de Hoge Raad dat onderscheid tussen een actieve en een passieve prestatie wel. Dat vindt Wibier onjuist. Hij illustreert dat met een voorbeeld van een krantenabonnement. Een verbintenis tot dulden is in dat geval elke maand € 25 geïncasseerd laten worden voor het abonnement op de krant. Een verbintenis tot doen zou bijvoorbeeld het maandelijks overmaken van € 25 zijn. Materieel bestaat er geen verschil tussen die overeenkomsten. De herformulering zorgt er echter voor dat een verbintenis tot doen een verbintenis tot dulden wordt.<sup>108</sup>

Net zoals Verstijlen, gaat Wibier ook in op de positie van de huurder. Een huurder wordt namelijk bij de verkoop van het gehuurde beschermd door art. 7:226 BW. In dat artikel is het adagium ‘koop breekt geen huur’ neergelegd. Dat wil zeggen dat de verplichtingen uit de huurovereenkomst overgaan op de koper van het gehuurde. De huurder geniet dus in zekere zin een andere status dan andere schuldeisers. Dat betekent echter niet dat de huurder het adagium ‘koop breekt geen huur’ kan tegenwerpen aan de curator. De curator verkrijgt het gehuurde immers niet. De curator beheert slechts de boedel. De curator kan zich beroepen op art. 26 Fw, namelijk dat de huurder zijn vordering ter verificatie moet indienen.<sup>109</sup>

De Hoge Raad is in de ogen van Wibier bewust omgegaan, omdat de Hoge Raad ook op een eenvoudigere manier had kunnen betogen dat de steunvordering tot het verschaffen van huurgenot onvoldoende was. *Berzona* kwam de vordering tot het verschaffen van huurgenot immers voortdurend na.<sup>110</sup> Wibier sluit niet uit dat *Nebula* nog steeds de leidende regel is; alle vorderingen dienen in eerste instantie ter verificatie te worden ingediend. Huurders zouden dan door *Berzona* hun recht wel kunnen tegenwerpen aan de curator, omdat huurders beter beschermd worden door de Nederlandse wetgeving.<sup>111</sup>

### 3.2 Reikwijdte *Nebula* ingeperkt

Van Zanten is van mening dat de Hoge Raad is omgegaan. Hij omschrijft dat als volgt: “Maar het recht van de curator op wanprestatie is niet meer. Op 11 juli jl. is de Hoge Raad op zijn schreden teruggekeerd.”<sup>112</sup> Van Zanten vindt, net zoals Verstijlen, dat *Berzona* niet overtuigend is. Met name de redenering waardoor de Hoge Raad tot de conclusie komt dat de curator geen bevoegdheid heeft om de huurders te ontruimen, overtuigt Van Zanten niet.<sup>113</sup>

Ook Van Zanten heeft moeite met de interpretatie van *Nebula* van de Hoge Raad in *Berzona*. Van Zanten vindt dat de Hoge Raad in *Berzona* de strekking van het arrest *Nebula* onterecht inperkt.<sup>114</sup> Verstijlen had problemen met het feit dat de Hoge Raad in *Nebula* de tegenwerpbaarheid van vordering als kapstok had gebruikt, terwijl de Hoge Raad later *Nebula* anders interpreteerde doordat

---

<sup>108</sup> Wibier, *WPNR* 2015/7046, par. 3.2.

<sup>109</sup> Wibier, *NTBR* 2008/56, par. 3.1.

<sup>110</sup> Wibier, *WPNR* 2015/7046, par. 3.2.

<sup>111</sup> Wibier, *WPNR* 2015/7046, par. 3.3.

<sup>112</sup> Van Zanten, *Tvl* 2014/36, par. 1.

<sup>113</sup> Van Zanten, *Tvl* 2014/36, par. 3.

<sup>114</sup> Van Zanten, *Tvl* 2014/36, par. 3.

de economisch eigenaar had beschikt over zaken van de boedel op grond van zijn contractuele bevoegdheid.<sup>115</sup> Van Zanten vindt het problematisch dat de Hoge Raad in *Berzona* doet lijken of *Nebula* ging over of de curator gebonden is aan de huurovereenkomst gesloten door de economisch eigenaar, in plaats van over de vraag of de economisch eigenaar haar gebruiksrecht kon tegenwerpen aan de curator.<sup>116</sup>

Volgens Van Zanten heeft de Hoge Raad in *Nebula* in het algemeen geoordeeld dat de continuïteit van de overeenkomst niet door het faillissement wordt beïnvloed, niet betekent dat de schuldeiser de rechten uit de overeenkomst kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement was. Daaraan heeft de Hoge Raad expliciet toegevoegd dat die regel ook geldt in de gevallen waarin de gefailleerde door een overeenkomst gehouden was het gebruik van een zaak te dulden. Van Zanten maakt hieruit op dat de Hoge Raad het gebruik van de economisch eigenaar bedoelde en niet het gebruik van de huurders. Dat blijkt ook uit de bewoording van de Hoge Raad in *Nebula*:

*“Dit geldt ook voor gevallen waarin de gefailleerde krachtens de tussen partijen gesloten overeenkomst niet is gehouden een bepaalde prestatie te verrichten [...]. Indien de wederpartij van de gefailleerde van de curator zou kunnen verlangen dat deze het voortgezet gebruik van de desbetreffende zaak duldt [...]”*<sup>117</sup>

De wederpartij van de gefailleerde was de economisch eigenaar en waren niet de huurders. Ook duidt het “voortgezet gebruik” volgens Van Zanten erop dat de Hoge Raad in *Nebula* de economisch eigenaar voor ogen had. De verhuur vond pas plaats na faillietverklaring, terwijl de economisch eigenaar een gebruiksrecht had dat hij kon voortzetten.<sup>118</sup>

De herinterpretatie van *Nebula* in *Berzona* noopt Van Zanten ertoe om te concluderen dat de Hoge Raad is omgegaan. Van Zanten kan zich niet vinden in de dogmatiek die de Hoge Raad in *Berzona* heeft neergelegd. Zijns inziens moeten alle verbintenisrechtelijke aanspraken ter verificatie worden ingediend; ongeacht of het een verbintenis tot geven of doen is, of een verbintenis tot dulden of niet-doen. Het feit dat een schuldeiser met een verbintenis tot dulden of niet-doen zijn verbintenis wel voldaan zou krijgen, zou een inbreuk zijn op de gelijkheid van schuldeisers.<sup>119</sup>

Van Zanten sluit niet uit dat de Hoge Raad ook vindt dat alle verbintenisrechtelijke aanspraken ter verificatie dienen te worden ingediend, maar dat de Hoge Raad zich genoodzaakt ziet om *Berzona* te wijzen door de beperkingen van de wet. De Hoge Raad is gebonden aan het feit dat het faillissement geen invloed uitoefent op overeenkomsten. De curator komt geen opeisingsbevoegdheid toe uit de wet of de overeenkomst. Van Zanten ziet zelf wel een basis voor de bevoegdheid van de curator om actief te wanpresteren. Het recht van de curator om te wanpresteren vloeit volgens hem voort uit het

---

<sup>115</sup> Verstijlen, *NJ* 2014/407, punt 9.

<sup>116</sup> Van Zanten, *Tvl* 2014/36, par. 3.

<sup>117</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, r.o. 3.5, *NJ* 2007/155 (*Nebula*).

<sup>118</sup> Van Zanten, *Tvl* 2014/36, par. 3.

<sup>119</sup> Van Zanten, *Tvl* 2014/36, par. 3.

systeem van de faillissementswet en het daarin besloten keuzerecht van de curator (art. 26 en 37 Fw).<sup>120</sup>

Van Zanten vindt net zoals Verstijlen en Wibier dat *Nebula* dogmatisch gezien het juiste arrest is. Van Zanten kan zich wel voorstellen dat *Berzona* de pragmatische oplossing belichaamt. De discussie voortvloeiende uit *Nebula* over welke uitzonderlijke, uitdrukkelijk in de wet geregelde, gevallen het faillissement mochten negeren, is met *Berzona* in ieder geval tot een einde gebracht.<sup>121</sup>

Van Zanten is van mening dat (zelfs) na *Berzona* de curator niet alle verbintenissen tot een niet-doen hoeft te respecteren. Hij maakt een onderscheid tussen verbintenissen waarbij de curator het gebruik van een tot de boedel behorend goed dient te dulden en verbintenissen tot niet-doen waarbij de curator het feitelijk in zijn macht heeft om wanprestatie te plegen.<sup>122</sup>

Bij de eerste categorie overeenkomsten, waarbij de curator het niet feitelijk in zijn macht heeft om te wanpresteren, gaat het over het algemeen over overeenkomsten met een gebruiks- of genotsrecht ten aanzien van een goed dat tot de boedel behoort. De curator moet dus de prestatie 'dulden' verrichten. Het wanpresteren bij een dergelijke verbintenis hangt dan niet alleen van de curator af, want de schuldeiser moet medewerking verlenen om het gebruik van het goed te staken. Een ander type overeenkomst waarbij de curator het niet in zijn feitelijke macht heeft om wanprestatie te plegen, is bij overeenkomsten waarbij goederen van de schuldenaar aan een derde in bewaring zijn gegeven (ook wel bekend als escrow overeenkomsten).<sup>123</sup> In een escrow overeenkomst wordt overeengekomen dat bijvoorbeeld de broncode van software in bewaring gegeven wordt bij een escrowdienstverlener. Die dienstverlener zal de code vrijgeven in een aantal vooraf overeengekomen situaties. Faillissement is de meest voor de hand liggende situatie waarin vrijgave van de code van belang is.<sup>124</sup> De curator heeft het niet in zijn macht om te wanpresteren bij een escrow overeenkomst.

De tweede categorie overeenkomsten zijn de overeenkomsten tot niet-doen. Daarbij moet gedacht worden aan verbintenissen om een ander niet voor de rechter te dagen of een verbintenis tot geheimhouding. Niet bij alle overeenkomsten tot niet-doen heeft de curator het feitelijk in zijn macht om te wanpresteren. Sommige overeenkomsten tot niet-doen zijn namelijk geheel of gedeeltelijk afhankelijk van de wil van de gefailleerde. Bijvoorbeeld in het geval van een gefailleerde werknemer. Het is van de wil van de werknemer afhankelijk of hij het concurrentiebeding in zijn arbeidsovereenkomst nakomt. Er is ook een categorie van overeenkomsten tot niet-doen die uitsluitend afhankelijk zijn van de curator. Deze overeenkomsten raken steeds aan de beheers- of beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar. Bijvoorbeeld de overeenkomst een bepaald goed niet

---

<sup>120</sup> Van Zanten, *Tvl* 2014/36, par. 3.

<sup>121</sup> Van Zanten, *Tvl* 2014/36, par. 4.

<sup>122</sup> Van Zanten, *Tvl* 2014/36, par. 4.

<sup>123</sup> Van Zanten 2012, p. 230.

<sup>124</sup> Truyens & Aerts, *Computerrecht* 2017/3, par. 6.



te vervreemden.<sup>125</sup> Enkel de curator kan een goed vervreemden tijdens het faillissement, de gefailleerde is namelijk niet beschikkingsbevoegd op grond van art. 23 Fw.

Van Zanten is (zelfs) na *Berzona* van mening dat de curator niet alle overeenkomsten tot niet-doen hoeft te respecteren. Zolang de curator feitelijke wanprestatie in de hand heeft, hoeft de curator de overeenkomst niet te respecteren. Dat is niet het geval bij een verbintenis tot het dulden van het gebruik van een goed. De curator heeft in dat geval geen feitelijke macht om te wanpresteren. Wanneer de curator het gebruik van een goed moet dulden, kan hij niet zonder medewerking van de schuldeiser of met dwang het gebruik van het goed staken. Als de curator wil wanpresteren bij een verbintenis tot geheimhouding, kan hij dat doen zonder medewerking van de schuldeiser of zonder dwang op de schuldeiser uit te moeten oefenen.<sup>126</sup>

Faber en Vermunt zijn ook niet enthousiast over *Berzona*. Zij schrijven: “*De nieuwe lijn die de Hoge Raad met het onderhavige arrest [Berzona] lijkt in te zetten, vormt beslist geen verbetering ten opzichte van de bestaande rechtspraak, en de motivering die de Hoge Raad aan zijn arrest ten grondslag legt, kan niet overtuigen.*”<sup>127</sup>

Het oordeel van de Hoge Raad in *Nebula* is begrijpelijk volgens Faber & Vermunt. In *Nebula* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de curator ook verbintenissen tot een dulden of niet-doen niet gestand hoeft te doen. Faber & Vermunt vinden dat er geen reden bestaat om onderscheid te maken tussen actieve en passieve verbintenissen bij de toepassing van art. 37 Fw. De Hoge Raad komt daarop terug in *Berzona*. Het onderscheid tussen actieve en passieve verbintenissen doet er toch toe. Zij zien in *Berzona* een beperking op de regel van *Nebula*: wanprestatie van de curator mag alleen bij actieve verbintenissen. De redenering dat het faillissement geen bevoegdheid toekent tot actief wanpresteren, noemen ze een “grote stappen - snel thuis” redering. Faber & Vermunt vinden namelijk dat de vraag omgedraaid moet worden, namelijk of het toegekende gebruiksrecht aan de failliete boedel kan worden tegengeworpen. Als dat niet het geval is, mag de curator de zaak opeisen.<sup>128</sup>

De consequentie van *Berzona* is dat de wederpartij met een passieve verbintenis zich kan onttrekken aan het faillissement en zijn vordering volledig voldaan wordt. Van *Nebula* blijft volgens Faber en Vermunt weinig over. Het keuzerecht van de curator beperkt zich enkel tot actieve verbintenissen. *Berzona* weergeeft de nieuwe algemene regel. Voor het neerleggen van deze nieuwe regel zien Faber en Vermunt geen enkele rechtvaardiging. Ze vinden dat de Hoge Raad weinig heeft overgelaten van de gelijke behandeling van schuldeisers.<sup>129</sup>

### 3.3 Fixatiebeginsel

Volgens Van Zanten was in *Nebula* ook het fixatiebeginsel in het geding. Hij schrijft:

---

<sup>125</sup> Van Zanten 2012, p. 274.

<sup>126</sup> Van Zanten, *Tvl* 2014/36, par. 4.

<sup>127</sup> Faber & Vermunt, *JOR* 2015/175, punt 1.

<sup>128</sup> Faber & Vermunt, *JOR* 2015/175, punt 8.

<sup>129</sup> Faber & Vermunt, *JOR* 2015/175, punt 9.

*“Het fixatiebeginsel verzet zich ertegen dat obligatoire rechten worden uitgeoefend ten aanzien van boedelbestanddelen indien daardoor het verhaal van de gezamenlijke schuldeisers wordt geschaad. Dát is naar mijn mening de essentie van het Nebula-arrest.”<sup>130</sup>*

Het fixatiebeginsel wil zeggen dat door de faillietverklaring van de gefailleerde de rechtsposities van allen die bij de boedel betrokken zijn onveranderlijk worden. De fixatie is geen doel van het faillissement, maar het is een instrument om het hoofddoel van het faillissement te dienen. Het hoofddoel van het faillissementsrecht is het voldoen van de schuldeisers conform hun rang.<sup>131</sup>

In zijn opvatting van het fixatiebeginsel, wijst Van Zanten op het tweezijdige karakter van het fixatiebeginsel. Naast het passief van de boedel, wordt ook het actief van de boedel gefixeerd. Door het intreden van het faillissement wordt de schuldenaar zijn beheers- en beschikkingsbevoegdheid ontnomen door art. 23 Fw. Art. 23 Fw wordt aangevuld door art. 35 lid 1 Fw. In art. 35 lid 1 Fw is bepaald dat een ‘onvoltooide’ levering ten tijde van het faillissement niet meer tot een ‘voltooide’ levering kan leiden. Bovendien wordt het actief van de boedel gefixeerd door art. 26 Fw en art. 33 Fw. Art. 26 heeft als gevolg dat een schuldeiser zijn vordering enkel kan indienen ter verificatie. In art. 33 Fw is vastgelegd dat door het faillissement alle individuele executiemaatregelen (lid 1) en alle beslagen (lid 2) op het vermogen van de failliet ten einde komen. Het fixatiebeginsel dat uit deze artikelen voortvloeit, zorgt ervoor dat er geen (rechts)handelingen met de activa van de boedel kunnen worden verricht die het verhaal van de schuldeisers schaden.<sup>132</sup>

Uit Van Zantens redenering volgt dat het fixatiebeginsel een instrument is om te voorkomen dat het verhaal van de schuldeisers geschaad kan worden. Van Zanten geeft aan dat de implicatie van deze redenering is dat het mogelijk is dat het fixatiebeginsel niet in de weg staat aan het uitoefenen van een obligatoir recht ten aanzien van een goed in de boedel. Dat is het geval wanneer het verhaal van de schuldeisers niet geschaad wordt. In het geval van *Nebula* zou het verhaal van de schuldeisers niet geschaad worden als tegenover het gebruiksrecht een marktconforme tegenprestatie had gestaan.<sup>133</sup>

De consequentie van *Berzona* is echter ook dat wanneer er geen marktconforme tegenprestatie tegenover het gebruik van een goed staat, de curator dit heeft te accepteren.<sup>134</sup> Dat zou dus betekenen dat de curator moet toezien hoe het fixatiebeginsel (volgens Van Zanten) wordt geschonden.

Van Schilfgaarde komt in zijn annotatie bij *Nebula* echter tot een andere conclusie ten aanzien van het fixatiebeginsel gezien in relatie met *Nebula*. Met de uitkomst van *Nebula* kan Van Schilfgaarde zich goed verenigen. Van Schilfgaarde wijdt dat aan het fixatiebeginsel. Van Schilfgaarde interpreteert het fixatiebeginsel als volgt:

---

<sup>130</sup> Van Zanten 2012, p. 236.

<sup>131</sup> Van Zanten 2012, p. 19.

<sup>132</sup> Van Zanten 2012, p. 20.

<sup>133</sup> Van Zanten 2012, p. 236.

<sup>134</sup> Van Zanten, *Tvl* 2014/36, par. 4.

*“het fixatiebeginsel: vanaf de dag van de faillietverklaring (die dag daaronder begrepen) verliest de gefailleerde de beheers- en beschikkingsbevoegdheid over het tot het faillissement behorende vermogen (artikel 23 Fw). Vanaf die dag is ook de positie van schuldeisers gefixeerd.”<sup>135</sup>*

De reden waarom de economisch eigenaar bijkomende rechten uit de overeenkomst niet alsnog geldend mocht maken, is dat de economisch eigenaar dit na faillietverklaring van de juridisch eigenaar heeft gedaan.<sup>136</sup> Het fixatiebeginsel verzet zich hiertegen, aangezien de positie van de schuldeiser op de dag van de faillietverklaring zijn gefixeerd.

Het verschil tussen Van Zantens interpretatie van het fixatiebeginsel en de interpretatie die Van Schilfgaarde aan het beginsel geeft, zit hem in de interpretatie van het doel van het fixatiebeginsel. Van Zanten interpreteert het fixatiebeginsel zo, dat het doel is om de activa in de boedel te beschermen. Het fixeren van rechtsposities moet ook in dat licht gezien worden.

Het lijkt erop dat Van Schilfgaarde een wat striktere visie van het fixatiebeginsel aanhangt. Door het fixeren van de rechtsposities op het moment van faillietverklaring, kunnen rechten die uit de overeenkomst van economisch eigendom niet alsnog geldend gemaakt worden.

---

<sup>135</sup> Van Schilfgaarde, *NJ* 2006/503, punt 1.

<sup>136</sup> Van Schilfgaarde, *NJ* 2007/155, punt 5.

## 4 Mening

Faber en Vermunt, Verstijlen, Wibier en Van Zanten delen met elkaar de mening dat *Nebula* dogmatisch gezien het juiste arrest is. Alleen Van Schilfgaarde heeft zich bij mijn weten niet over *Berzona* uitgelaten.

Verstijlen, Wibier en Van Zanten zijn van mening dat een contractuele aanspraak slechts geldend gemaakt kan worden via indiening ter verificatie, artt. 26 en 110 Fw. In *Berzona* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een obligatoir recht, het huurrecht, kan worden tegengeworpen aan de curator.<sup>137</sup> Verstijlen vergelijkt deze situatie met een schuldeiser die een 'faillissementsbestendig' obligatoir recht heeft.<sup>138</sup> De vordering tot het verschaffen van huurgenot hoeft niet te worden ingediend ter verificatie.<sup>139</sup> Alle auteurs, op van Schilfgaarde na, vinden dat incorrect met het oog op de gelijkheid van schuldeisers.

Het hoofddoel van het faillissement is gericht op de vereffening van het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de schuldeisers. De belangen van de schuldeiser staan centraal. De curator verdeelt het vermogen onder de schuldeisers conform hun wettelijke rangorde.<sup>140</sup> De gelijkheid van schuldeisers staat centraal in het faillissement.

In *Berzona* maakt de Hoge Raad een onderscheid tussen wanprestatie bij actieve en passieve verbintenissen. Bij een passieve verbintenis mag de curator alleen wanpresteren als de wet of overeenkomst hem die bevoegdheid toekent. De bevoegdheid van de curator om te wanpresteren is dus afhankelijk van het type verbintenis dat de schuldeiser en de schuldenaar met elkaar overeenkomen. Met het kiezen voor het type verbintenis kunnen schuldeisers beïnvloeden of hun vordering tijdens een faillissement volledig wordt voldaan.

Volgens art. 3:277 BW hebben schuldeisers onderling een gelijk recht om uit de netto-opbrengst van de goederen van de schuldenaar te worden voldaan. In beginsel hebben de schuldeisers een gelijke rang.<sup>141</sup> Vervolgens staat in art. 3:277 BW dat de wet kan voorzien in redenen voor voorrang. Zo vloeit volgens art. 3:278 BW voorrang voort uit het pand- en hypotheekrecht en uit het voorrecht. Art. 3:277 lid 2 BW bepaalt dat de schuldenaar en schuldeiser overeen kunnen komen dat de schuldeiser een lagere rang heeft dan hem volgens de wet toekomt. Een achterstelling kan dus contractueel overeengekomen worden. Preferente schuldeiser hebben een voorrecht.<sup>142</sup> Voorrechten ontstaan alleen uit de wet, art. 3:278 lid 2 BW. Voorrechten kunnen dus niet contractueel overeengekomen worden. Ook bestaan zogenaamde feitelijk preferente schuldeisers. Dit zijn schuldeiser die zich

---

<sup>137</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.6, *NJ* 2014/407 (*Berzona*).

<sup>138</sup> Verstijlen, *NJ* 2014/407, punt 6.

<sup>139</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.6, *NJ* 2014/407 (*Berzona*).

<sup>140</sup> Polak/Pannevis 2014, p. 2.

<sup>141</sup> Verstijlen, in: *T&C BW*, art. 3:277 BW (online, bijgewerkt 15 februari 2017).

<sup>142</sup> Polak/Pannevis 2014, p. 5.

bijvoorbeeld op verrekening kunnen beroepen of een eigendomsvoorbehoud hebben bedongen.<sup>143</sup> Feitelijk gezien hebben deze schuldeisers voorrang op andere schuldeisers.

De wet kent geen voorrecht toe aan het huurrecht van de huurder. De Hoge Raad geeft in *Berzona* niet aan waarom de schuldeiser van een verbintenis die niet ten laste van de boedel zou gaan, voorrang geniet ten opzichte van andere schuldeisers met verbintenisrechtelijke aanspraken. De Hoge Raad benadert het vraagstuk namelijk vanuit de invalshoek van de curator. De curator had geen recht op wanprestatie bij de huurovereenkomst tussen *Berzona* en zijn huurders.

Uit *Berzona* vloeien mijns inziens twee vereisten voort wanneer de curator mag wanpresteren:

- De verbintenis moet uit of ten laste van de boedel worden voldaan;
- De curator automatisch wanprestatie pleegt als hij niets doet.<sup>144</sup>

Van Zanten heeft terecht opgemerkt dat het dulden van het gebruik van een goed dat tot de boedel behoort ten laste van de boedel kan gaan. Doordat de curator het gebruik van het goed moet dulden, kan de curator het goed niet winstgeverder exploiteren.<sup>145</sup> Het is opmerkelijk dat de Hoge Raad desondanks het 'uit of ten laste van de boedel' en het passief wanpresteren aan elkaar koppelt. Ofwel de Hoge Raad is van mening dat overeenkomsten tot dulden of niet-doen per definitie niet ten koste van de boedel gaat. Anderzijds is het mogelijk de Hoge Raad op de koop toe neemt dat een overeenkomst tot dulden of niet-doen soms een negatief effect heeft op de boedel.

De consequentie van *Berzona* is dat het onderscheid tussen actieve en passieve verbintenissen van belang is voor de schuldeisers in het faillissement. Wibier heeft opgemerkt dat het onderscheid tussen actieve en passieve verbintenissen gekunsteld is.<sup>146</sup> Hij geeft als voorbeeld het krantenabonnement. Het is mogelijk om elke maand het geld voor het abonnement over te maken, maar het is ook een optie om de schuldeiser het recht op een automatische incasso te geven. De verbintenissen zijn materieel gezien gelijk, maar ze zijn zowel te formuleren als een verbintenis tot doen als een verbintenis tot dulden.<sup>147</sup>

Zelfs als een verbintenis zo is geformuleerd dat de curator in principe enkel hoeft te dulden om te wanpresteren, kan de verbintenis nog altijd uit of ten laste van de boedel worden voldaan. Neem Wibiers voorbeeld van een krantenabonnement die betaald wordt met een automatische incasso. In dat geval zou de curator nakomen wanneer hij geen actie onderneemt. Het geld voor het krantenabonnement wordt immers automatisch door de schuldeiser geïncasseerd. Echter, de verbintenis wordt wel voldaan uit de boedel: elke maand worden activa uit de boedel gehaald.

---

<sup>143</sup> Verschoof, in: *T&C Insolventierecht*, art. 257 Fw (online, bijgewerkt 1 september 2016).

<sup>144</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.3 en 3.6.4, *NJ* 2014/407 (*Berzona*).

<sup>145</sup> Van Zanten, *Tvl* 2014/36, par. 4.

<sup>146</sup> Wibier, *NTBR* 2008/56, par. 4.

<sup>147</sup> Wibier, *WPNR* 2015/7046, par. 3.2.

De bovenstaande redenering kan niet de bedoeling van *Berzona* zijn. Dan zou de implicatie van *Berzona* zijn dat aan de hand van *Berzona* de schuldeiser zelf een ‘faillissementsbestendig’ obligatoire vordering kan creëren door de verbintenis als een dulden te formuleren.

Wellicht heeft de Hoge Raad actieve en passieve verbintenissen op een andere manier bedoeld. Om te bepalen of het om een actieve of een passieve verbintenis gaat, moet gekeken worden naar de wijze waarop het doel van de verbintenis bewerkstelligd wordt. Het toestaan dat iemand gebruik maakt van de schuldenaars woning is vervat in de handeling van het sluiten van de overeenkomst. Daarmee geeft de schuldenaar aan dat hij de huurder toestaat om de woning te gebruiken. Echter, om het doel van de overeenkomst te bereiken, is een passieve prestatie nodig. De schuldenaar mag nu immers de woning zelf niet meer gebruiken.

Wanneer deze andere invalshoek op het voorbeeld van het krantenabonnement weerspiegeld wordt, verandert de classificatie van de verbintenis. De wijze waarop het abonneegeld wordt voldaan is de automatische incasso. De schuldenaar hoeft daar niets voor te doen. Echter, het doel van de verbintenis is het geven van geld. De wijze waarop dit gebeurt is een dulden, maar de uiteindelijke prestatie is een geven. Het is dus een actieve verbintenis.

Wanneer de Hoge Raad deze invalshoek van een verbintenis tot dulden of niet-doen voor ogen had bij het wijzen van *Berzona*, zouden schuldeisers niet louter door de herformulering van hun verbintenissen zichzelf een ‘faillissementsbestendig recht’ kunnen verschaffen. Desalniettemin zouden schuldeisers met een verbintenis tot dulden of niet-doen op basis van *Berzona* een sterker recht hebben dan schuldeisers met een verbintenis tot een geven of doen.

Daarmee zouden de schuldeisers met een vordering tot dulden of niet-doen een voorrangspositie hebben waarvoor geen wettelijke basis bestaat. De vraag is of schuldeisers met een passieve verbintenis dan feitelijke preferente schuldeisers zijn of dat ze feitelijke boedelschuldeisers zijn,<sup>148</sup> zoals Verstijlen lijkt te suggereren.<sup>149</sup>

Boedelschulden zijn schulden die in het kader van de afwikkeling van het faillissement gemaakt zijn of door de wet als boedelschuld zijn bestempeld. Boedelschulden worden zo spoedig mogelijk uit de boedel betaald, voordat de netto-opbrengst van de vereffening van boedel kan worden uitgedeeld aan de schuldeisers. Boedelschulden kunnen niet geverifieerd worden.<sup>150</sup>

Net als een boedelschuld, kon de vordering tot het verschaffen van huurgenot in *Berzona* niet ingediend worden ter verificatie.<sup>151</sup> Bovendien wordt de vordering van de schuldeiser in *Berzona* voldaan voordat de netto-opbrengst wordt uitgedeeld aan de schuldeisers. Daardoor lijkt een

---

<sup>148</sup> De schuldeiser kan geen separatist zijn, aangezien enkel pand- en hypotheekhouders separatisten zijn ingevolge art. 57 Fw.

<sup>149</sup> Verstijlen 2006, p. 113.

<sup>150</sup> Polak/Pannevis 2014, p. 345.

<sup>151</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.6, NJ 2014/407 (*Berzona*).

vordering tot het verschaffen van huurgenot een boedelschuld op te leveren. De implicatie van *Berzona* zou zijn dat de soorten vorderingen uit passieve verbintenissen feitelijke boedelschulden zijn.

De Hoge Raad heeft geen rechtvaardiging in *Berzona* gegeven voor het feit dat overeenkomsten tot dulden een feitelijke voorrangpositie hebben. De Hoge Raad refereert enkel aan de continuïteit van de wederkerige overeenkomst in het faillissement en het feit dat de wet de curator geen bevoegdheid toekent om actief te wanpresteren.<sup>152</sup> Mijns inziens strookt het oordeel dat de schuldeiser met een vordering tot dulden of niet-doen zijn vordering volledig voldaan krijgt, niet met het *paritas creditorum*.

Van Schilfgaarde en Van Zanten wijzen in verband met *Nebula* op het fixatiebeginsel.<sup>153</sup> Het feit dat de economisch eigenaar in *Nebula* de huurovereenkomst na faillissement van *Nebula* is aangegaan, is volgens Van Schilfgaarde in strijd met het fixatiebeginsel.<sup>154</sup> Voor Van Zanten is dit vooral problematisch omdat met het aangaan van die huurovereenkomst het verhaal van de gezamenlijke schuldeisers wordt geschaad.<sup>155</sup> De economisch eigenaar hoefde namelijk geen marktconforme vergoeding voor het gebruik te betalen.

De Hoge Raad noemt zelf het fixatiebeginsel niet in *Nebula* of *Berzona*. De Hoge Raad heeft in *Berzona* het volgende geoordeeld over *Nebula*:

*“Die vraag is in dat arrest [Nebula, SD] 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.”<sup>156</sup>*

Het is plausibeler dat de Hoge Raad meer waarde hecht aan het feit dat een schuldeiser niet mag beschikken over zaken die behoren tot de boedel dan aan het fixatiebeginsel. Met andere woorden, de schuldeiser had zijn vordering in moeten dienen ter verificatie, ex art. 26 Fw.

Het fixatiebeginsel kan naar mijn mening buiten beschouwing gelaten worden. De Hoge Raad heeft zijn oordeel hier niet op gebaseerd. Echter, het feit dat de Hoge Raad niet rechtvaardigt waarom een schuldeiser met een vordering tot dulden of niet-doen voorrang heeft op schuldeisers met een vordering tot een geven of een doen, noopt mij te concluderen dat *Berzona* dogmatisch gezien niet juist is. Daarmee sluit ik me aan bij Faber en Vermunt, Verstijlen, Wibier en Van Zanten. *Nebula* is dogmatisch gezien het juiste arrest. De Hoge Raad is in *Berzona* van koers veranderd. De Hoge Raad is in *Berzona* omgegaan.

---

<sup>152</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.2 en 3.6.4, *NJ* 2014/407 (*Berzona*).

<sup>153</sup> Van Schilfgaarde, *NJ* 2007/155, punt 5; Van Zanten 2012, p. 236.

<sup>154</sup> Van Schilfgaarde, *NJ* 2007/155, punt 5.

<sup>155</sup> Van Zanten 2012, p. 236.

<sup>156</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.5, *NJ* 2014/407 (*Berzona*).

## Conclusie

In deze scriptie staat de vraag centraal of de Hoge Raad is omgegaan in *Berzona* ten opzichte van *Nebula*.

In *Nebula* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de economisch eigenaar zijn gebruiksrecht niet kon tegenwerpen aan de curator.<sup>157</sup> Daartoe overwoog de Hoge Raad dat het beginsel dat het faillissement een overeenkomst niet beïnvloedt, niet betekent dat de schuldeiser zijn rechten uit de overeenkomst kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement is. Zou de schuldeiser dat wel doen, dan zou het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers worden doorbroken.<sup>158</sup> Andere schuldeisers van dezelfde rang krijgen hun vorderingen namelijk niet volledig voldaan. De huurders hadden geen recht om in het gehuurde te verblijven, aangezien hun huurrecht op het gebruiksrecht van de economisch eigenaar was gebaseerd.<sup>159</sup>

In *Berzona* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de huurders hun contractuele huurrecht konden tegenwerpen aan de curator.<sup>160</sup> De Hoge Raad overwoog dat de curator de mogelijkheid heeft om verbintenissen uit overeenkomsten niet na te komen, als het verbintenissen zijn die ten laste van de boedel voldaan moeten worden en de curator bij niets doen automatisch wanpresteert.<sup>161</sup> Echter, de curator heeft geen bevoegdheid om een overeenkomst actief niet na te komen. De curator zou enkel de bevoegdheid hebben om een verbintenis actief niet na te komen, als de overeenkomst waaruit de verbintenis voortvloeit of de wet hem die bevoegdheid zou toekennen. Zou de curator zonder dat de bevoegdheid hem expliciet door de overeenkomst of wet is toegekend actief wanpresteren, dan zou dit in strijd komen met het beginsel dat het faillissement geen invloed heeft op wederkerige overeenkomsten.<sup>162</sup>

De Hoge Raad heeft in *Nebula* het beginsel dat het faillissement een wederkerige overeenkomst niet beïnvloedt ten grondslag gelegd aan het feit dat het gebruiksrecht van de economisch eigenaar niet tegengeworpen kon worden aan de curator. In *Berzona* heeft de Hoge Raad hetzelfde beginsel ten grondslag gelegd aan het feit dat de huurders hun huurrecht wel konden tegenwerpen aan de curator.

De Hoge Raad is echter van mening dat in *Nebula* geen ander oordeel ligt besloten als in *Berzona*. De Hoge Raad zegt in *Berzona* dat de vraag in *Nebula* was of de curator gebonden was aan de huurovereenkomst die na het faillissement was aangegaan door de economisch eigenaar.<sup>163</sup> Dat terwijl het in *Nebula* ging om de vraag of het gebruiksrecht van de economisch eigenaar kon worden tegengeworpen aan de curator. Juist omdat het gebruiksrecht in *Nebula* niet aan de curator kon

---

<sup>157</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, r.o. 3.6, NJ 2007/155 (*Nebula*).

<sup>158</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, r.o. 3.5, NJ 2007/155 (*Nebula*).

<sup>159</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, r.o. 3.6, NJ 2007/155 (*Nebula*).

<sup>160</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.6, NJ 2014/407 (*Berzona*).

<sup>161</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.3, NJ 2014/407 (*Berzona*).

<sup>162</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.4, NJ 2014/407 (*Berzona*).

<sup>163</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.5, NJ 2014/407 (*Berzona*).



worden tegengeworpen, kon het daarop gebaseerde gebruiksrecht ook niet aan de curator worden tegengeworpen.

Verstijlen is van mening dat *Nebula* het juiste arrest is.<sup>164</sup> Het voortbestaan van de overeenkomst scheidt het gevaar dat de schuldeiser zijn vordering voldaan kan krijgen zonder medewerking van de curator. De schuldeiser zou de voldoening van zijn vordering innen als ware het een boedelschuld.<sup>165</sup> Het *paritas creditorum* heeft als gevolg dat een schuldeiser zijn vordering niet voldaan zou mogen krijgen zonder medewerking van de curator.<sup>166</sup> Het is voor een schuldenaar niet mogelijk om de wederpartij een ‘faillissementsbestendig’ obligatoir recht te verschaffen.<sup>167</sup> Een schuldenaar dient zijn verbintenisrechtelijke vordering in te dienen ter verificatie.<sup>168</sup>

Wibier is het grotendeels eens met Verstijlens gedachtegang, maar voegt hieraan zijn overwegingen over actieve en passieve verbintenissen toe. Het onderscheid tussen een verbintenis met een actieve of passieve prestatie is gekunsteld. Volgens Wibier is ook een vordering tot het gebruiksrecht aan te merken als een actieve prestatie, aangezien de schuldenaar *toestaat* dat de schuldeiser gebruik maakt van zijn goederen.<sup>169</sup>

Van Zanten is in tegenstelling tot Verstijlen wel overtuigd dat de Hoge Raad in *Berzona* is omgegaan.<sup>170</sup> Dat leidt van Zanten af uit de herinterpretatie van *Nebula* in *Berzona*.<sup>171</sup> Ondanks *Berzona* kan de curator volgens Van Zanten nog steeds bij bepaalde verbintenissen tot niet-doen wanpresteren. De curator mag volgens Van Zanten wanpresteren wanneer de curator het in zijn feitelijke macht heeft om te wanpresteren.<sup>172</sup> Dat is het geval wanneer het nakomen van de verbintenis volledig van de wil van de curator afhankelijk is en niet van de wil van de gefailleerde.<sup>173</sup>

Ik sluit met aan bij Van Zanten wat betreft de herinterpretatie van de Hoge Raad van *Nebula* in *Berzona*. In *Nebula* ging het om het gebruiksrecht van de economisch eigenaar en niet om de huurovereenkomst zoals de Hoge Raad in *Berzona* probeert te verdedigen.

Het uitgangspunt van een faillissement is dat de schuldeisers evenredig naar hun vordering worden voldaan uit de netto-opbrengst van de vereffening van de boedel.<sup>174</sup> De rangorde van schuldeisers is wettelijk vastgelegd, enkel achterstelling kan door de schuldenaar en schuldeiser contractueel overeengekomen worden, art. 3:277 lid 2 BW. Wanneer een schuldeiser een vordering op basis van een contractueel recht kan tegenwerpen aan de curator, heeft dat veel weg van een boedelschuld. De

---

<sup>164</sup> Verstijlen, *NJ* 2014/407, punt 6.

<sup>165</sup> Verstijlen 2006, p. 113.

<sup>166</sup> Verstijlen 2006, p. 114.

<sup>167</sup> Verstijlen 2006, p. 117.

<sup>168</sup> Verstijlen 2006, p. 129.

<sup>169</sup> Wibier, *NTBR* 2008/56, par. 4.

<sup>170</sup> Van Zanten, *Tvl* 2014/36, par. 4.

<sup>171</sup> Van Zanten, *Tvl* 2014/36, par. 3.

<sup>172</sup> Van Zanten, *Tvl* 2014/36, par. 4.

<sup>173</sup> Van Zanten 2012, p. 236.

<sup>174</sup> Polak/Pannevis 2014, p. 2.

schuldeiser hoeft ingevolge *Berzona* zijn vordering tot dulden of niet-doen niet in te dienen ter verificatie. De schuldeiser kan zich verhalen op de boedel voordat uitdeling van de netto-opbrengst heeft plaatsgevonden.

De Hoge Raad is in *Berzona* niet ingegaan op de grondslag voor de feitelijke voorrang die de schuldeiser met een vordering tot dulden of niet-doen heeft. Mijns inziens is er geen rechtvaardiging voor de feitelijke voorrang die de schuldeiser heeft met een vordering tot dulden of niet-doen. Dat de schuldeiser met een vordering uit een passieve verbintenis zijn vordering volledig voldaan krijgt, is in strijd met de gelijkheid van schuldeisers. *Nebula* is daarom het dogmatisch correcte arrest.

Hoewel de Hoge Raad heeft geprobeerd *Nebula* door middel van een herinterpretatie op *Berzona* aan te laten sluiten, vind ik dat niet gelukt. Derhalve ben ik van mening dat de Hoge Raad in *Berzona* is omgegaan.

## Literatuurlijst

### **Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2016**

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

### **Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014**

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer (online).

### **Asser/Van Mierlo 3-IV 2016**

A.I.M. van Mierlo (m.m.v. K.J. Krzemiński), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel VI. Zekerheidsrechten*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

### **Faber & Vermunt, JOR 2015/175**

N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, annotatie bij HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, JOR 2015/175.

### **Feltz, Van der, 1896**

G.W. Van der Feltz, *Geschiedenis van de wet op het faillissement en de surséance van betaling*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1896.

### **Galen, van, in: GS Faillissementswet**

R.J. van Galen, commentaar op art. 180 Fw, in: A.J. Verdaas (red.), *Groene Serie Faillissementswet*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

### **Galen, van, in: GS Faillissementswet**

R.J. van Galen, commentaar op art. 193 Fw, in: A.J. Verdaas (red.), *Groene Serie Faillissementswet*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

### **Groot, de, in: GS Zakelijke rechten**

S. de Groot, commentaar op art. 5:1 BW, in: A.A. van Velten & F.J. Vonck (red.), *Groene Serie Zakelijke Rechten*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

### **Heemrood-van Dijk, in: GS Faillissementswet**

K. Heemrood-van Dijk, commentaar op art. 113 Fw, in: A.J. Verdaas (red.), *Groene Serie Faillissementswet*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

### **Koppen, van, in: GS Faillissementswet**

F.P. van Koppen, commentaar op art. 1 Fw, in: A.J. Verdaas (red.), *Groene Serie Faillissementswet*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

### **Polak/Pannevis 2014**

M. Pannevis, *Polak Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2014.

### **Schilfgaarde, van, NJ 2007/155**

P. van Schilfgaarde, annotatie bij HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, NJ 2007/155.

**Schilfgaarde, van, NJ 2006/503**

P. van Schilfgaarde, annotatie bij HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0653, *NJ* 2006/503.

**Smelt, in: GS Faillissementswet**

A.A.J. Smelt, commentaar op art. 26 Fw, in: A.J. Verdaas (red.), *Groene Serie Faillissementswet*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

**Truyens & Aerts, Computerrecht 2017/3**

M. Tuyens & S. Aerts, 'Informaticacontracten in het faillissementsrecht', *Computerrecht* 2017/3, afl. 1.

**Verschoof, in: T&C Insolventierecht**

R.J. Verschoof, commentaar op art. 257 Fw, in: M.Ph. van Sint Truiden & F.M.J. Verstijlen (red.), *Tekst & Commentaar Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

**Verstijlen, in: T&C BW**

F.M.J. Verstijlen, commentaar op art. 3:227 BW, in: C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk & H.B. Krans (red.), *Tekst & Commentaar BW*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

**Verstijlen, NJ 2014/407**

F.M.J. Verstijlen, annotatie bij HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, *NJ* 2014/407.

**Verstijlen 2006**

F.M.J. Verstijlen, 'De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen het faillissement', in: *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement* (Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Wolters Kluwer 2006 (online publiek).

**Vriesendorp 2013**

R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2013.

**Wessels, NJB 2010/271**

B. Wessels, 'Moeten schuldeiser altijd gelijk behandeld worden?', *NJB* 2010/271, afl. 6.

**Wibier, NTBR 2008/56**

R.M. Wibier, annotatie bij HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, *NTBR* 2008/56.

**Wibier, WPNR 2015/7046**

R.M. Wibier, 'De Hoge Raad op drift?', *WPNR* 2015/7046, afl. 146.

**Zanten, van, TvI 2014/36**

T.T. van Zanten, 'Geen Nebula, maar Berzona: de curator heeft toch geen recht op wanprestatie!', *TvI* 2014/36, afl. 5.

**Zanten, van 2012**

T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2012.

**Zanten, van, in: GS Faillissementswet**

T.T. van Zanten, commentaar op art. 37 Fw, in: A.J. Verdaas (red.), *Groene Serie Faillissementswet*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

## Jurisprudentielijst

HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, *NJ* 2014/407 (concl. A-G J.B.M.M. Wuisman), m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Berzona*).

HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, *NJ* 2007/155 (concl. A-G J.L.R.A. Huydecoper), m.nt. P. van Schilfgaarde (*Nebula*).