

# Licenties in faillissement na het Nebula-arrest: schuifelen tussen de scherven

Dick van Engelen<sup>1</sup>

Het Nebula-arrest<sup>2</sup> van de Hoge Raad doet vrezen dat een licentie naar Nederlands recht mogelijk voor een licentienemer geen stevig fundament oplevert waarmee hij een faillissement van zijn licentiegever zonder kleerscheuren kan doorstaan. Dat risico heeft uiteraard zijn weerslag op de waarde en exploitatiemogelijkheden van IE-rechten. Een kaartenhuis oogt fraai, maar zal op de markt minder waard zijn dan een uit stevige balken opgetrokken constructie. In dit artikel wordt stilgestaan bij de vraag wat de impact van het Nebula-arrest is en tot welke alternatieven de rechtspraak zijn toevlucht kan nemen om de – naar mijn oordeel ongewenste – gevolgen van dit arrest zo goed mogelijk te ondervangen.

## 1. Inleiding

De tijd dat de gemiddelde onderneming 'eigenaar' (of beter gezegd: rechthebbende<sup>3</sup>) is van alle IE-rechten die nodig zijn om een product of dienst op de markt te brengen ligt inmiddels ver achter ons 'vanwege de toenemende complexiteit van technologieën. Daarmee is het belang van licenties de afgelopen jaren sterk toegenomen. Wanneer men van een licentie afhankelijk is om andermans IE-recht te kunnen gebruiken, dan fungeert een licentie als een fundament voor de bedrijfsvoering, waardoor het mogelijk wordt (i) een product te kunnen aanbieden zonder inbreuk te maken op rechten van derden ('freedom to operate'), en om (ii) bescherming te genieten tegen concurrenten die inbreuk maken op de onderliggende IE-rechten.

Een uit licenties bestaand fundament kan ogen als een fraai bouwwerk, mede omdat de contractsvrijheid partijen in staat stelt de – al dan niet exclusieve – licentienemer een positie te verschaffen, die in veel opzichten weinig voor die van een IE-rechthebbende hoeft onder te doen. Maar 'the proof of the pudding is in the eating' en bij vermogensrechtelijke constructies komt dat neer op de vraag of het contractuele bouwsel een faillissement weet te doorstaan. Blijft het – al dan niet in zijn voegen krakend – overeind of zakt het als een kaartenhuis in elkaar bij de eerste aanblik van de slopershamer van de curator? Het Nebula-arrest van de Hoge Raad lijkt te impliceren dat licenties dit laatste lot te wachten staat. Alle reden dus om eerst stil te staan bij dat arrest.

## 2. Nebula-arrest

Nebula B.V. was in 1991 eigenares van een pand, bestaande uit een bedrijfsruimte en twee bovenwoningen. Op 24 december 1991 heeft Nebula de economische eigendom van het pand overgedragen aan een andere vennootschap [A], welke die economische eigendom

vervolgens drie dagen later overdroeg aan een tweede B.V. [B]. Deze B.V. verhuurde sinds 1 juli 2000 de tot het pand behorende bovenwoning aan een derde. Nebula B.V. – de juridische eigenaar van het pand – gaat in maart 1999 failliet en de curator vordert vervolgens de ontruiming van de bovenwoning. De curator stelde dat de bewoners de bovenwoning tegenover Nebula zonder recht of titel bewonen. De rechtbank stelde de curator in het gelijk, maar het hof vernietigde het vonnis en wees de vorderingen van de curator af. Het hof oordeelde dat door het faillissement van Nebula de overeenkomst van economische eigendom niet van rechtswege was beëindigd, en dat het gebruiksrecht van de economisch eigenaar dus ook na het faillissement van Nebula nog kon worden uitgeoefend.

De Hoge Raad casseerde en overwoog dat het feit dat het beginsel dat het (voort)bestaan van een wederkerige overeenkomst door het faillissement niet wordt beïnvloed, niet betekent dat de schuldeiser van een duurovereenkomst wiens wederpartij failliet wordt verklaard, de rechten uit die overeenkomst kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement is. De Hoge Raad was van oordeel dat daardoor het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers (de 'paritas creditorum') op onaanvaardbare wijze zou worden doorbroken. De omstandigheid dat de schuldenaar geen actieve prestatie hoefde te verrichten, maar alleen maar passief het gebruik van zijn eigendom diende te dulden, maakte dit niet anders. De Hoge Raad overwoog:

*Indien de wederpartij van de gefailleerde van de curator zou kunnen verlangen dat deze het voortgezet gebruik van de desbetreffende zaak, duldte, zou deze wederpartij immers in feite bevoegd zijn het faillissement in zoverre te negeren. Voor dat laatste is echter slechts plaats in uitzonderlijke, in de wet uitdrukkelijk geregelde, gevallen. Bovendien zou door aanvaarding van een zodanige regel een goed beheer ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de tot de boedel behorende zaken ten aanzien waarvan langlopende overeenkomsten bestaan, in ernstige mate worden bemoeilijkt.'*

De conclusie was dat het faillissement van de juridische

1. Prof. mr. Th.C.J.A. van Engelen is hoogleraar Technologie Overdracht bij het Centrum voor Intellectueel Eigendomsrecht van de Universiteit Utrecht en advocaat bij Ventoux Advocaten te Utrecht.
2. HR 3 november 2006 (Nebula), IEPT20061103, AA 2007, p. 233, m.nt. Vriesendorp, NJ 2007, 155, m.nt. Van Schilfgaarde.
3. Art. 5:1 BW reserveert het begrip 'eigendom voor rechten op zaken' – oftewel stoffelijke objecten (art. 3:2 BW) – waardoor het aanbeveling verdient om bij IE-rechten te spreken over 'rechthebbende' in plaats van 'eigenaar'.

eigenaar Nebula met zich bracht dat de economische eigenaar niet langer meer het gebruiksrecht kon tegenwerpen aan de curator van Nebula, en dat dit ook gold voor de huurder die zijn rechten aan de economisch eigenaar ontleende.

De Hoge Raad schenkt hier 'klare wijn' en laat er geen misverstand over bestaan dat een crediteur wiens vordering enkel inhoudt dat de curator 'op zijn handen moet blijven zitten' in beginsel hetzelfde lot deelt als dat van zijn medecrediteuren die wel een actieve prestatie nodig hebben. De curator is niet gehouden die verplichting te honoreren en in geval van niet-nakoming heeft deze crediteur slechts een concurrente vordering die hij ter verificatie kan indienen.

### 3. Reikwijdte Nebula?

De prangende vraag die zich opdringt is of dit alles ook geldt wanneer het gaat om het al dan niet moeten honoreren van verplichtingen uit licentieovereenkomsten ter zake van IE-rechten die in de boedel vallen?<sup>4</sup>

Het belang van die vraag is evident omdat bij een bevestigend antwoord een licentienemer bij een faillissement van de IE-rechthebbende *de facto* niet meer over het gelicentieerde zal kunnen beschikken en bovendien moet vrezen dat een derde het IE-recht – vrij van licentie – uit de boedel kan verwerven. Dan is een IE-licentie dus verre van een rustig bezit en worden de wezenlijke verschillen tussen de positie van een licentienemer en degene aan wie een IE-recht wordt overgedragen pijnlijk duidelijk. Het faillissement van de rechthebbende zou dan steeds als een zwaard van Damocles boven het hoofd van de licentienemer hangen en dat is uiteraard niet een benijdenswaardige positie. Ik vrees dat op dit moment in ieder geval geconstateerd dient te worden dat het antwoord op deze vraag inderdaad bevestigend *kan* luiden. Die vrees is allereerst ingegeven door de omstandigheid dat de tekst van het arrest geen evidente openingen lijkt te bevatten, waardoor duidelijk is dat het door de Hoge Raad overwogene beperkt uitgelegd moet worden. Aan het ontbreken van een dergelijk handvat kan misschien te meer gewicht worden toegekend, omdat advocaat-generaal Huydecoper in zijn conclusie voorafgaand aan dit arrest juist uitvoerig heeft stilgestaan bij met name de gevolgen van

het te beslissen punt voor licenties en daarbij uitdrukkelijk één lijn voorstond. Ook in zijn latere beschouwing over dit onderwerp in de Nijmeegse bundel *De bewindvoerder, een octopus* gaat Huydecoper ervan uit dat Nebula een-op-een op licentieverhoudingen van toepassing is.<sup>5</sup> In het Amsterdamse kort geding van 16 augustus 2007 over de status van de licentienemer op muzik auteursrechten ten opzichte van de failliete rechthebbende van de film *Flodder 3*, werd er door de betrokken partijen ook van uitgegaan dat de *Nebula*-leer onverkort op licenties van toepassing is.<sup>6</sup> Tegen de achtergrond van het *Nebula*-arrest had licentienemer CNR Music toegezegd om tijdens de duur van het faillissement de exploitatie van de licentie te staken. CNR wilde echter geen verdergaande toezeggingen doen voor de situatie na afloop van het faillissement. Daarin kreeg zij van de voorzieningenrechter gelijk, omdat CNR's positie dan mede afhangt van de vraag of de rechten inmiddels door de curator zouden zijn verkocht. Wanneer dat niet het geval mocht zijn, zouden de licentierechten van CNR Music tegenover de oorspronkelijke failliet weer uitgeoefend kunnen worden, zodat CNR Music om die reden geen verdere afstand van haar rechten behoefde te doen. Partijen leken het er verder over eens dat wanneer de curator de auteursrechten wel zou verkopen, de nieuwe rechthebbende niet aan de licentie gebonden zou zijn.

### 4. Nebula en IE: verschillen met 'economische eigendom' en zaken

Voor ogen houdend dat *Nebula* niet specifiek gaat over licenties op IE-rechten en dat het voor menig licentienemer ronduit desastreus zal zijn wanneer een licentie door een faillissement van de licentiegever eenvoudigweg opzijgeschoven kan worden<sup>7</sup> – en daardoor het faillissement van die licentienemer mogelijk ook in beeld komt – rijst de vraag of inderdaad klakkeloos moet worden aangenomen dat met *Nebula* het laatste woord over de status van een IE-licentie gesproken is. Mij bezondigend aan onvervalst '*wishful thinking*' – of beter gezegd 'teleologisch redeneren' – plaats ik de volgende kanttekeningen.

In rechtsoverweging 3.4 staat de Hoge Raad uitvoerig stil bij het ontbreken van een duidelijk juridische kwalificatie voor het fenomeen 'economische eigendom'. Gememoreerd wordt dat de Nieuw BW-wetgever uitdrukkelijk de vraag onder ogen heeft gezien of het aanbeveling verdient een wettelijk kader voor de economische eigendom te bieden. Die vraag is door die wetgever met een duidelijk 'NEEN' beantwoord, omdat de wetgever buiten de kaders van de juridische eigendom en de beperkte rechten – zoals een pandrecht – niet nog een separaat regime wilde creëren. Die wetgever wilde bijvoorbeeld ook eigendomsoverdrachten die enkel tot zekerheid dienen niet meer toelaten (conform art. 3:84 lid 3 BW). De Hoge Raad benadrukt dat om die reden de economische eigendom geen regeling in het Burgerlijk Wetboek heeft gekregen. Het begrip dient daarom te worden '*opgevat als een samen-vallende benaming zonder zelfstandige betekenis van de rechts-verbinding tussen partijen die de 'economische eigendom' in het leven hebben geroepen.*'

4. Dat is in het verleden al bepleit door Quaedyk, *NTBR* 1995, p. 233. In andere zin bijvoorbeeld: Hoyng, 'De octrooiligentie in een faillissement', in: *Recht vooruit*, Deventer 1988, p. 84-87; Thole, *Software, een novum in het vermogensrecht*, Antwerpen-Deventer, 1992, p. 211-213, p. 223 en p. 239-241; H.J. Bodifée, 'Licentie en faillissement', *Tijl* 1997, p. 170; Domingus, 'Enkele rechtsgevolgen van het faillissement van octrooi- of merkhouders als licentiegever', *Tijl* 2002, p. 301.
5. Huydecoper, 'Insolventie en rechten van intellectuele eigendom', in: *De bewindvoerder, een octopus*, Serie Onderneming en Recht, deel 44, Deventer: Kluwer 2008, p. 657. Zie: G.A.J. Boekraad, 'Het recht op wanprestatie van de faillissementscurator naar aanleiding van het *Nebula*-arrest (HR 3 november 2006, *RvdW* 2006, 1033)', *MvV* 2007, p. 46-53.
6. V.zr. Rb. Amsterdam 16 augustus 2007 (*Flodder 3*), IEPT200708016.
7. Zie ook: C.J. Jager & R.F. Weening, 'Licentie in faillissement', *VrA* 2008, p. 51.

Voor de licentie geldt dit niet. De Nieuw BW-wetgever heeft het door Meijers voorgenomen Boek 9 BW tot nu toe links laten liggen. Mede om die reden kan niet gezegd worden dat de wetgever een negatief oordeel over de wenselijkheid van de licentie – c.q. het verlenen van een bepaalde vermogensrechtelijke of goederenrechtelijke status daaraan – zou hebben gegeven. Dat is al een duidelijk verschil met de ‘economische eigendom’. Bovendien kan men een stap verder gaan en constateren dat de wetgever juist wel zelfstandige betekenis aan het begrip ‘licentie’ heeft toegekend. In de verschillende IF-wetten worden aan licentienemers allereerste (deel) rechten tegenover derden toegekend (zie hierna).<sup>8</sup> De wetgever heeft derhalve ‘bij gelegenheid’ aan de licentie wel degelijk zelfstandige betekenis toegekend. Ook een duidelijk verschil met de economische eigendom.

Een opening kan mogelijk ook nog gevonden worden bij wat de Hoge Raad vervolgens in rechtsoverweging 3.5 overweegt over de door hem verworpen regel dat de gefailleerde van de curator zou kunnen verlangen dat deze het voortgezet gebruik van de desbetreffende zaak (onderstreping, ThvE) duldt, waardoor deze wederpartij in feite bevoegd zou zijn het faillissement te negeren. De Hoge Raad stelt voorop dat hiervoor slechts plaats is in uitzonderlijke, in de wet geregelde gevallen. Daarnaast wordt als argument voor de verwerping van die regel het argument aangevoerd dat daardoor *een goed beheer ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de tot de boedel behorende zaken* (onderstreping, ThvE) *ten aanzien waarvan langlopende overeenkomsten bestaan, in ernstige mate worden bemoeilijkt*. De Hoge Raad spreekt hier steeds over ‘zaken’ – stoffelijke voorwerpen, derhalve conform art. 3:2 BW – en gebruikt niet het ruimere begrip ‘goederen’ ofwel ‘vermogensrechten’. Verder stelt de Hoge Raad het beheer van die zaken voorop en merkt op dat dit beheer ten behoeve van de gemeenschappelijke schuldeisers niet in *ernstige mate bemoeilijkt* dient te worden.

Kenmerkend voor een *zaak* – een stoffelijk object – is zijn uniciteit: het gaat steeds om één specifiek exemplaar. Dat betekent dat het gebruik van een zaak in beginsel ook tot een persoon beperkt is. Althans dat gebruik wordt meteen problematisch indien meerdere personen tegelijkertijd één zaak – zoals een fiets of een woning – willen gebruiken. Die schaarste, die eigen is aan het zijn van een zaak, is tegelijkertijd wezensvreemd aan onstoffelijke voorwerpen: de immateriële objecten waarop intellectuele eigendomsrechten en licenties betrekking hebben. Gelijktijdig gebruik door meerdere personen – waar ook ter wereld – levert feitelijk geen problemen op. De waarde van een IF-recht of een licentie zal in beginsel wel toenemen naarmate het gebruik exclusiever is, maar in praktische zin sluit het gebruik door de één het gelijktijdig gebruik door één of meerdere anderen in beginsel niet uit. Een goed beheer van (het immateriële voorwerp van) een IF-recht ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren wordt dus niet in dezelfde mate feitelijk bemoeilijkt wanneer het voortgezet gebruik door een licentienemer geduld dient te worden in geval van een faillissement. Met name wanneer geen sprake is van een exclusieve licentie lijkt misschien gesteld te kunnen worden dat dit beheer niet in *ernstige mate* bemoeilijkt wordt. Dat zou ook kunnen betekenen dat

aan een exclusieve licentie door het faillissement enkel die exclusiviteit ontnomen hoeft te worden om het gewenste doel – een niet in ernstige mate bemoeilijken van een goed beheer van de boedel – te kunnen faciliteren. Wanneer men zich dan ook nog realiseert (i) dat een licentienemer die door de curator in zijn genot gestoord wordt, als concurrente schuldeiser met een schadevordering uit wanprestatie voor de curator in beeld blijft,<sup>9</sup> en (ii) dat bij een voortgezet gebruik de licentienemer in veel gevallen nog betalingsplichtig aan de boedel zal zijn, dan rijst in de praktijk waarschijnlijk al gauw de vraag of een kosten-batenanalyse wel de conclusie rechtvaardigt dat de curator er verstandig aan doet de licentie te negeren. Ook hier is naar het mij voorkomt sprake van duidelijke verschillen met *Nebula*.

## 5. Gebruik en genot bij zaken en immateriële voorwerpen

Inherent aan de aard van een stoffelijke zaak en aan de omstandigheid dat het gebruik daarvan door de één het gelijktijdig gebruik door een ander als regel uitsluit, is ook dat degene die van de eigenaar een gebruiksrecht heeft verkregen, dat gebruiksrecht tegenover die eigenaar zal moeten invoeren wanneer hij door die eigenaar in zijn gebruik gestoord wordt. Als ik een woning als huurder in gebruik heb en de eigenaar wenst ook gebruik te maken van de woning, dan wordt ik per definitie in het genot van mijn gebruiksrecht gefrustreerd en is de gang naar de rechter onvermijdelijk. Het is tegen deze achtergrond dat naar mijn oordeel rechtsoverweging 3.6 gelezen dient te worden. Daarin overweegt de Hoge Raad dat uit het eerder overwogene volgt dat het faillissement van de juridische eigenaar van het pand met zich bracht dat de economische eigenaar niet langer meer ‘het gebruiksrecht met betrekking tot dat pand, dat berust op de economische eigendom daarvan, kon tegenwerpen aan de curator van *Nebula*’. Indien de economisch eigenaar zijn gebruiksrecht wil uitoefenen terwijl de curator zijn juridische eigendom evenzeer geldend wil maken, dan botsen beide rechten per definitie en dient het gebruiksrecht aan de curator te worden tegengeworpen. Indien die *uitoefening* van dat gebruiksrecht – dat het genot van de juridische eigendom frustreert – niet door het faillissement beperkt zou worden, zou dat afbreuk doen aan de gelijkheid van de schuldeisers en om die reden prevaleert de uitoefening van het eigendomsrecht door de curator. Dat leidt tot de praktische consequentie dat de curator kan vorderen dat het pand door de economische eigenaar – of een bewoner die zijn gebruiksrecht aan die economische eigenaar ontleend – wordt ontruimd, zodat de curator het tot de boedel behorende eigendomsrecht op het pand goed kan behouden ten behoeve van de boedel.

8. Zie ook: F.C. Folmer, T.J. de Graaf & A.M.E. Verschuur, ‘Overdracht, licenties en derdenwerking in het intellectuele eigendomsrecht’, *MvV* 2008, p. 168-178.

9. Zie ook: A.A. Quaadvlieg, ‘Intellectuele-eigendomslicenties in “Boek 9 Fw”’, *NTBR* 1995, p. 233; Polak-Wessels, *Insolventierecht, Gevolgen van faillietverklaring*, deel II, Deventer: Kluwer 2000, par. 2467; B.J. Lenselink, ‘Autorechtlicentie en faillissement van de licentiegever’, *AMI* 2008, p. 32.

Ontruiming is ook inderdaad wat de curator in *Nebula* vorderde. Nadat die ontruiming heeft plaatsgevonden, resteert de ontruimde economische eigenaar weinig anders dan zijn schadevordering uit wanprestatie als concurrent schuldeiser ter verificatie in te dienen bij de curator. Zijn gebruiksrecht, althans het feitelijk genot daarvan, is hij echter kwijt.

Doordat bij immateriële goederen het gebruik door de één niet noodzakelijkerwijs het gelijktijdig gebruik door de ander onmogelijk maakt is het voor de licentienemer echter niet direct nodig om zijn licentierechten aan de curator tegen te werpen, wanneer die curator zelf ook het IE-recht wil gebruiken. De directe noodzaak voor een 'ontruiming' van – oftewel een verbodsactie tegen – die licentienemer ontbreekt dan ook wanneer het de curator er om te doen is zelf ook het IE-recht te kunnen gebruiken. Ook hier een verschil met *Nebula*, lijkt me. Van belang is naar mijn oordeel ook om voor ogen te houden dat de Hoge Raad in *Nebula* alleen maar met zoveel woorden stelt dat (a) het 'tegenwerpen' van (b) het op economische eigendom gebaseerde (c) gebruiksrecht (d) aan de curator niet langer kan. Daarbij is van belang dat de Hoge Raad in *Nebula* óók vooropstelt – in r.o. 3.5 onder verwijzing naar de memorie van toelichting bij art. 37 F – dat een faillissement het voortbestaan van een wederkerige overeenkomst niet beïnvloedt en de verbintenissen van de gefailleerde en diens medecontractanten niet worden gewijzigd.<sup>10</sup> Daarop komt de Hoge Raad aan het slot van r.o. 3.6 nog terug door te overwegen dat de omstandigheid dat het gebruiksrecht met betrekking tot het pand op zichzelf niet wordt geraakt door het faillissement van *Nebula*, geen wijziging brengt in de gevonden uitkomst. Die uitkomst is dat de *paritas creditorum* met zich brengt dat de uitoefening van het gebruiksrecht door de economisch eigenaar door de curator niet geduld hoeft te worden en deze het pand kan laten ontruimen. Het gebruiksrecht blijft weliswaar bestaan, maar kan niet meer aan de curator worden tegengeworpen als verweer in diens ontruimingsactie. Uiteindelijk heeft de Hoge Raad zich dus alleen maar uitgelaten over de positie van een economisch eigenaar die zijn gebruiksrecht van een zaak wil tegenwerpen aan de curator.

Juist omdat advocaat-generaal Huydecoper in zijn conclusie vrij stellig van oordeel was dat dezelfde uitkomst ook dient te gelden voor bijvoorbeeld licenties, mag aan deze strikte bewoordingen van de Hoge Raad wellicht betekenis worden toegekend. Dat daarmee dan vervolgens niet duidelijk is hoe het antwoord moet luiden wanneer een licentienemer zijn rechten wil tegenwerpen aan een curator, betekent uiteraard niet dat dan maar moet worden aangenomen dat dit met het *Nebula*-arrest ook een uitgemaakte zaak is. Rechtsvinding en rechtsonzekerheid gaan – helaas – wel vaker hand in hand.

10. Zie daarover nader: F.M.J. Verstijlen, *De overeenkomst binnen faillissement*, Praadviezen 2006, Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2006.

11. HR 22 december 1989, NJ 1990, 661.

12. Vreemd genoeg kent de Verordening inzake het Gemeenschapskwekerrecht een dergelijke bepaling niet.

## 6. Nebula: wettelijk geregelde gevallen en het beheer van de boedel

Bij een licentie die aan een curator wordt tegengeworpen kan het 'eindspel' dus mogelijk toch anders verlopen dan bij economisch eigendom van een zaak. Doordat bij een immaterieel voorwerp – anders dan bij stoffelijke objecten – niet speelt dat uitoefening van een gebruiksrecht door de één 'per definitie' botst met de gelijktijdige uitoefening van datzelfde gebruiksrecht door een ander, lijkt er niet direct een noodzaak om de licentienemer de uitoefening van zijn gebruiksrecht volledig te ontzeggen. Het lijkt ook van belang stil te staan bij wat de Hoge Raad overweegt wanneer hij in rechtsoverweging 3.5 oordeelt dat de economisch eigenaar niet kan vorderen dat de curator het voortgezet gebruik van de zaak duldt, en deze schuldeiser daardoor *in feite bevoegd zou zijn het faillissement in zoverre te negeren*. De eerste overweging van de Hoge Raad is dat voor dit laatste slechts plaats is *in uitzonderlijke, in de wet uitdrukkelijk geregelde gevallen*. De tweede overweging is dat aldus *een goed beheer ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de tot de boedel behorende zaken ten aanzien waarvan langlopende overeenkomsten bestaan, in ernstige mate [zou] worden bemoeilijkt*. Daarbij verwijst de Hoge Raad naar zijn *Tiethoff* q.q./NMB-arrest van 1990,<sup>11</sup> waarin deze laatste overweging ook al te vinden is.

Vreemd genoeg verduidelijkt de Hoge Raad niet op welke specifieke rechten hij het oog heeft wanneer hij in de eerste overweging aangeeft dat voor het kunnen negeren van een faillissement *slechts plaats is in uitzonderlijke, in de wet uitdrukkelijk geregelde gevallen*. Aangenomen mag worden dat de Hoge Raad in ieder geval doelt op beperkte rechten. Kenmerk van een beperkt recht is immers dat de houder daarvan separatist is in het faillissement en dat hij zijn recht ook kan uitoefenen in geval van een faillissement van de eigenaar van het met een beperkt recht bezwaarde moederrecht. Dat in zijn algemeenheid een rechthebbende op een beperkt recht een faillissement kan negeren, staat echter – anders dan de Hoge Raad suggereert – niet uitdrukkelijk in de wet. Wel bepaalt art. 57 F dat specifiek voor de pand- en hypotheekhouder, maar voor bijvoorbeeld vruchtgebruik, opstal en erfdienstbaarheden lijkt geen specifieke wettelijke bepaling voorhanden. Daarvoor lijkt de omstandigheid dat art. 26 F – dat ziet op de ter verificatie in te dienen vorderingen – alleen spreekt over *'rechtvorderingen, die voldoening eener verbintenis uit de boedel ten doel hebben'* te moeten volstaan als wettelijke basis.

Als het gaat om 'in de wet geregelde gevallen', kan geconstateerd worden dat we bij die IF-rechten die met registers werken steeds wettelijke bepalingen tegenkomen die aangeven dat licenties aan derden kunnen worden tegengeworpen – c.q. gelding hebben – na inschrijving in het register. Dat geldt bijvoorbeeld voor Nederlandse octrooien (art. 56 lid 2 ROW 1995), Benelux merkenrechten (art. 2.33 BVIE), Gemeenschapsmerkenrechten (art. 23 GMeV), Benelux modelrechten (art. 3.27 BVIE), Gemeenschapsmodelrechten (art. 33 lid 2 GMoV), rechten op topografieën van halfgeleiders (art. 14 lid 3 Halfgeleiderwet) en Nederlandse kwekersrechten (art. 63 lid 2 ZPW).<sup>12</sup> Ter zake van deze IE-rechten kan men dus het standpunt

innemen dat voldaan wordt aan de door de Hoge Raad genoemde eis dat het zou moeten gaan om *in de wet uitdrukkelijk geregelde gevallen*. De vraag die dan nog zou kunnen resteren is of onder de in die bepalingen bedoelde 'derden' ook de curator van de gefailleerde IE-rechthebbende begrepen mag worden.

De curator is een gerechtelijke bewindvoerder die ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers belast is met het beheer en de vereffening van de failliete boedel.<sup>13</sup> Daarmee is de curator dus niet te vereenzelvigen met de gefailleerde zelf en komt het mij voor dat hij als een derde in de zin van deze bepalingen mag worden aangemerkt.<sup>14</sup> Dit brengt dan met zich dat voor een ingeschreven IE-licentie gesteld lijkt te kunnen worden dat sprake is van een in de wet uitdrukkelijk geregeld geval, waarvan de Hoge Raad in *Nebula* aangeeft dat daarvoor mogelijk wel de regel kan gelden dat de licentienemer als schuldeiser van de gefailleerde het voortgezette gebruik van zijn recht tijdens faillissement kan afdwingen en in zoverre het faillissement kan negeren.

De tweede overweging van de Hoge Raad kent nog belang toe aan het feit dat wanneer een schuldeiser het faillissement zou kunnen negeren, een goed beheer van de boedel voor de gezamenlijke schuldeisers in ernstige mate zou kunnen worden bemoeilijkt. Dat het voor de curator eenvoudiger is wanneer hij vorderingen van licentienemers simpelweg kan negeren en het onderliggende IE-recht vrij van licenties kan verkopen spreekt uiteraard voor zich. Maar daarmee is nog niet gegeven dat het moeten respecteren van de rechten van een licentienemer het beheer van de boedel c.q. het onderliggende recht dus *in ernstige mate bemoeilijkt*. Relevant lijkt ook te zijn dat wanneer sprake is van een licentie van enige importantie, als regel ook sprake zal zijn van doorlopende betalingsverplichtingen van de licentienemer, waarmee de boedel gebaat is. Boekraad<sup>15</sup> wijst er ook op dat met de wanprestatie door de curator een reëel belang van de boedel gemoeid dient te zijn. Ter zake van de IE-rechten waarvoor een licentie in het betreffende register is ingeschreven, geldt bovendien dat de degene die het betreffende IE-recht van de curator koopt – naar het zich laat aanzien – niet zomaar zal mogen verwachten dat de curator het IE-recht vrij van licenties kan verkopen, aangezien die ingeschreven licenties immers aan derden kunnen worden tegenovergeworpen. Daarmee lijkt aan die licenties ook derdenwerking tegen rechtsopvolgers toe te komen. Dat lijkt ook alleszins redelijk, al was het maar omdat zo voorkomen kan worden dat een faillissement eenvoudig misbruikt kan worden om van onwelgevallige licentieovereenkomsten af te komen.

Tegen deze achtergrond lijkt het mij goed verdedigbaar dat in het bijzonder ter zake van ingeschreven IE-licenties de *Nebula*-leer niet van toepassing is. Ik ben bovendien van mening dat die opening ook zou moeten gelden voor andere IE-licenties waarvoor geen registers voorhanden zijn – althans voor wat ik aanmerk als 'licenties in enge zin' (zie hierna). Het verschil in rechtspositie dat anders zou optreden tussen een ingeschreven octrooilicentie en een auteursrechtlicentie

– enkel vanwege de omstandigheid dat het auteursrecht geen registers kent – lijkt mij daarvoor te arbitrair.

## 7. Licenties als beperkt recht?

Deze bespiegelingen over de mogelijk beperkte reikwijdte van het *Nebula*-arrest ten spijt, mag men er in de praktijk niet gerust op zijn dat licenties – en met name de niet in een register ingeschreven licenties – de dans zullen ontspringen bij een faillissement van de licentiegever.

Tegen die achtergrond neemt het actuele belang van de vraag of een licentie als een beperkt recht kan worden aangemerkt drastisch toe. Naar mijn oordeel kan een licentie – en dan wat ik als een 'licentie in enge zin' kwalificeer – als een beperkt recht worden erkend.<sup>16</sup> Ter toelichting merk ik, verwijzend naar eerdere publicaties,<sup>17</sup> het volgende op.

Hoewel de verschillende IE-wetten rechtsgevolg aan licenties toekennen, wordt de licentie vreemd genoeg in die wetten niet duidelijk gedefinieerd. In de praktijk en in het taalgebruik kan een licentie variëren van een eenvoudige toestemming aan de lokale korfbalvereniging om een logo in een advertentie te gebruiken of een schikking waarbij partijen afspreken hun IE-rechten niet tegenover elkaar te handhaven, tot de licentie om – mogelijk zelfs exclusief, onder uitsluiting van de rechthebbende zelf – een IE-object, zoals een octrooi, merk of werk te exploiteren. In dat laatste geval is de licentienemer in wezen een – gehele of gedeeltelijke – plaatsvervanger van de rechthebbende en is die rechthebbende voor de exploitatie van zijn IE-recht ook geheel of gedeeltelijk afhankelijk van de licentienemer. Deze categorie van licenties duid ik aan met het begrip 'licenties in enge zin'<sup>18</sup> en het is voor die categorie dat ik het ook op zijn plaats acht dat die licentienemers rechten tegenover derden kunnen doen gelden. Ter zake van de eerste categorie – 'licenties in ruime zin' – waarbij eigenlijk alleen maar sprake is van een eenvoudige toestemming – ontgaat mij waarom daaraan, anders dan bij een regulier vorderingsrecht, ook derdenwerking zou behoren te worden toegekend.

Vooropgesteld zij dat het economisch belang van deze 'licenties in enge zin' ter zake van IE-rechten niet onderdoet voor het economisch belang dat gemoeid is met de 'klassieke' beperkte rechten, zoals pand, hypotheek of vruchtgebruik, dan wel een recht van opstal of een erfdiensbaarheid. Het is vanwege dat economische

13. Vgl. art. 69 F en HR 4 december 1963, NJ 1964, 144; HR 25 februari 1995, NJ 1996, 472.

14. De aarzeling van Jager en Weenink (a.w., p. 63) deel ik niet.

15. Boekraad, a.w., p. 50.

16. Anders: Quaedvlieg, a.w., 1995, p. 227; B.C. Weenink, *De licentie in het vermogensrecht*, Studiepockets Privaatrecht 51, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 22-23; B.J. Lenselink, *De verlening van exploitatiebevoegdheden in het auteursrecht* (diss.), ITER-Rocks 75, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 206 e.v.; Jager en Weening, a.w., p. 52; Folmer, De Graaf en Verschuur, a.w., p. 168-178.

17. Zie: Van Engelen, *Prestatiebescherming en ongeschreven intellectuele eigendomsrecht* (diss.), Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 359-361.

18. Van Engelen, a.w.

belang en de wensen van de rechtspraak, dat het 'klassieke' burgerlijke recht aan deze beperkte rechten absolute werking toekent, waardoor de houders van die beperkte rechten door een faillissement van de rechtshabende op het met dat beperkte recht belaste moederrecht niet in de uitoefening van hun recht gefrustreerd worden. Volstrekt vergelijkbare belangen spelen bij licenties op IE-rechten en om die reden valt het naar mijn oordeel dan ook niet in te zien waarom aan 'licenties in enge zin' de status van beperkt recht zou dienen te worden onthouden. De enkele omstandigheid dat het 'klassieke' burgerlijk recht zich daar tot nu toe nog niet over heeft bekommerd en dat de plannen voor een mogelijk Boek 9 BW maar in de ministeriële ijskast blijven rondlopen, mag toch niet tot gevolg hebben dat een belangrijk deel van het economisch verkeer niet naar behoren door het vermogensrecht bediend kan worden? Naast deze onderbouwing zij nog eens benadrukt dat de erkenning van licenties als beperkt recht ook gewoon binnen de huidige wettelijke kaders kan plaatsvinden, zodat dogma's als het bestaan van een 'gesloten systeem' van beperkte rechten ook gerespecteerd kunnen worden. Voor zover sprake is van een 'gesloten systeem' van beperkte rechten is dat alleen terug te vinden in de wettelijke eis van art. 3:81 lid 1 BW dat alleen 'in de wet genoemde beperkte rechten' gevestigd kunnen worden. Het recht dient dus in de wet genoemd te worden. Niet nodig is echter dat de wet dat recht expliciet als een beperkt recht kwalificeert. Art. 3:227 lid 1 BW bestempelt pand en van hypotheek expliciet tot beperkt recht, maar eenzelfde bepaling ontbreekt in titel 8 van Boek 3 BW voor het vruchtgebruik, evenals in Boek 5 BW voor de erfdienstbaarheden (titel 6). Nu de licentie in de verschillende IE-wetten genoemd wordt en daarbij ook specifieke rechtsgevolgen ten opzichte van derden worden toegekend, lijkt mij dat aan de eis van art. 3:81 lid 1 BW is voldaan. De erkenning van licenties als beperkte rechten tast het 'gesloten systeem' dus niet aan.<sup>19</sup>

Een tweede kenmerk is dat een beperkt recht derdenwerking heeft, inhoudende dat derden de houder van het recht niet in het genot daarvan mogen frustreren en anders met een verbodsactie geconfronteerd kunnen worden. De verschillende IE-wetten kennen niet expliciet een verbodsactie aan de licentienemer toe, maar geven licentienemers wel mogelijkheden tot het

19. Van een 'gesloten systeem' behoort naar mijn oordeel overigens realiter alleen gesproken te worden voor het 'klassieke' vermogensrecht, zoals dat in het Burgerlijk Wetboek onderdak heeft gevonden. Daarbuiten, en met name op het terrein dat bestreken zou moeten worden door Boek 9 BW, getuigt deze dogmatiek alleen maar van een misplaatst en verkrampd legisme.

20. Zie daarover o.m.: Quaadvlieg, a.w., 1995, p. 229; Domingus, a.w., p. 301.

21. Hof Arnhem 24 februari 2009 (*Style & Concepts/Bébé-Jon*), IEPT20090224.

22. Thole, a.w., 1991, p. 165; Quaadvlieg, a.w., 1995, p. 233; Domingus, a.w., p. 301; Lenselink, a.w., 2005, p. 208; Folmer, De Graaf en Verschuur, a.w., p. 172.

23. Anders werd bepleit door Domingus, *Tijl* 2002, p. 301. Zie ook: Boekraad, a.w., p. 49.

24. Zie ook: Huydecoper, *AMI* 1992, p. 66; Lenselink, a.w., 2005, p. 198.

vorderen van schadevergoeding van inbreukmakers.<sup>20</sup> Wanneer een licentie alleen maar een persoonlijk vorderingsrecht zonder goederenrechtelijke werking zou zijn, zou er echter geen grond voor een schadelictheidsvergoeding van een inbreukmaker op het IE-recht tegenover een licentienemer zijn aan te wijzen. De licentie is in de optiek van de wetgever dus kennelijk meer dan alleen maar een vorderingsrecht. De rechtspraak is bovendien een stap verder gegaan doordat de Hoge Raad in zowel het *Elvis Presley*-arrest als in *NVPI/Snelleman* heeft geoordeeld dat een licentienemer – degene die met toestemming van de rechthabende handelt – zich tegen een inbreuk kan verzetten en een verbodsactie toekomt.

De derdenwerking van een beperkt recht houdt ook in dat rechtsopvolgers van de rechthabende op het moederrecht het beperkte recht evenzeer tegen zich moeten laten gelden. De verschillende IE-wetten die registers kennen lijken daarin te voorzien ter zake de ingeschreven licentie. Voor wat betreft IE-rechten die geen registers kennen, zwijgt de wet. Rechtspraak leek afwezig, totdat het Hof Arnhem in een arrest van 24 februari 2009<sup>21</sup> – in navolging van de Rechtbank Arnhem – oordeelde dat bij overdracht van een auteursrecht de contractuele verplichtingen zoals die krachtens de licentieovereenkomst voor de oorspronkelijke rechthabende golden niet meegaan op de nieuwe rechthabende en dat deze nieuwe rechthabende het auteursrecht tegen de licentienemer kan invoeren. Deze uitspraak lijkt 'een kink in de kabel' te vormen wanneer men licenties als beperkte rechten wil zien. Dat de licentie geen werking heeft tegenover rechtsopvolgers van de rechthabende lijkt mij met dit arrest van het Hof Arnhem echter nog geen uitgemaakte zaak en het wachten lijkt op een nader oordeel van de Hoge Raad, dan wel uitspraken van andere hoven.

Het bovenstaande leert dat – alle argumenten voor het kwalificeren van licenties als beperkte rechten ten spijt – het in ieder geval nog onduidelijk is of de licentie als beperkt recht zal hebben te gelden en aldus een faillissement van de licentiegever zal kunnen trotseren. Alle redenen dus om ook nog stil te staan bij het 'wapenarsenaal' waarover de licentienemer misschien nog meer kan beschikken.

## 8. Licenties als huurovereenkomst?

Door sommigen is wel verdedigd dat een licentie ook is aan te merken als een huurovereenkomst.<sup>22</sup> Verwijzend naar de conclusie van Huydecoper bij het *Nebula*-arrest, lijkt deze benadering echter geen oplossing voor ons probleem op te leveren aangezien na *Nebula* eveneens gevreesd moet worden dat een curator van een verhuurder evenmin verplichtingen uit een huurovereenkomst hoeft na te komen.<sup>23</sup> Om die reden sta ik daar hier nu niet nader bij stil.

## 9. Licenties als vruchtgebruik?

De licentienemer die het faillissementsrisico zoveel mogelijk wil uitbannen doet er waarschijnlijk het verstandigst aan om de licentie tevens als een recht van vruchtgebruik te kwalificeren.<sup>24</sup> Dat is tot op heden geen gangbare praktijk, maar diezelfde praktijk ging er

tot op heden van uit dat een licentie een faillissement van de IE-rechthebbende zou kunnen trotseren. Alle reden dus voor die praktijk om na *Nebula* nog eens stil te staan bij de vraag wat wijsheid is. De gedachte dat in de praktijk weinig behoefte aan vruchtgebruik op IE-rechten zal bestaan omdat het mogelijk is licenties te verlenen,<sup>25</sup> lijkt door het *Nebula*-arrest in ieder geval achterhaald.

Vruchtgebruik is een erkend beperkt recht dat niet alleen op zaken, maar in beginsel op alle goederen c.q. vermogensrechten gevestigd kan worden. Om die reden heeft het vruchtgebruik onderdak gevonden in Boek 3 BW en niet in Boek 5 BW. Wanneer de licentienemer zich op een recht van vruchtgebruik kan beroepen, dan staat hij solide tegenover de curator en rechtsopvolgers van de oorspronkelijke rechthebbende doordat hij in ieder geval over een beperkt recht – een *ius in rem* – beschikt en niet alleen maar over een vorderingsrecht op de IE-rechthebbende – een *ius in personam* – beschikt dat conform art. 26 F ter verificatie bij de curator moet worden ingediend.

Art. 3:201 BW leert dat vruchtgebruik het recht geeft om goederen die aan een ander toebehoren te gebruiken en daarvan de vruchten te genieten. Het recht geeft dus twee bevoegdheden: (a) het gebruik van het met vruchtgebruik belaste goed en (b) het genot van de vruchten daarvan. Dat IE-rechten vermogensrechten, en daarmee goederen zijn, is evident. Wat onder 'vruchten' verstaan kan worden leert art. 3:9 BW, waar natuurlijke en burgerlijke vruchten gedefinieerd worden. Burgerlijke vruchten zijn rechten die volgens verkeersopvatting als vruchten van goederen worden aangemerkt. Daaronder vallen bijvoorbeeld rente van geldsommen, huuropbrengsten, en dividenden op aandelen. Het lijkt dat royaltypobrengsten uit licenties c.q. sublicenties daar ook onder geschaard kunnen worden. Art. 3:207 BW geeft partijen een grote mate van vrijheid voor de invulling van het vruchtgebruik: de vruchtgebruiker mag de goederen gebruiken overeenkomstig de bij de vestiging van het vruchtgebruik gestelde regels of, bij gebreke daarvan, met inachtneming van de aard van de goederen en de ten aanzien van het gebruik bestaande plaatselijke gewoonten.<sup>26</sup> Daarmee geeft het vruchtgebruik per saldo ruim baan aan de contractsvrijheid en biedt partijen de mogelijkheid het recht van vruchtgebruik in beginsel naar eigen inzichten in te kleden, alle dogma's over (de noodzaak van) een gesloten systeem van beperkte rechten ten spijt. De inhoud van een licentieovereenkomst kan zodoende in beginsel één-op-één als inhoud van een recht van vruchtgebruik fungeren.<sup>27</sup>

Uiteraard doen partijen er ook verstandig aan om nog stil te staan bij de eigenaardigheden die het recht van vruchtgebruik kent. Zo koppelt art. 3:203 lid 2 BW de maximale duur van het recht van vruchtgebruik aan het leven van de vruchtgebruiker en leert lid 3 van dat artikel dat die duur bij rechtspersonen maximaal 30 jaar is. Art. 3:206 BW spreekt over het stellen van zekerheden voor nakoming door de vruchtgebruiker en art. 3:209 BW stelt dat de vruchtgebruiker een verzekeringsplicht heeft 'tegen die gevaren waartegen het gebruikelijk is een verzekering te sluiten.' Het komt mij voor dat verzekeringen bij IE-

rechten niet gebruikelijk zijn, maar om discussies over dergelijke kwesties te vermijden doet men er verstandig aan deze onderwerpen in de vestigingsakte nader te regelen.

Het venijn zit echter veelal in de staart, en bij het vruchtgebruik lijkt dat venijn in de overdraagbaarheidsperikelen te zitten. Zo bepaalt art. 3:223 BW dat de vruchtgebruiker zijn recht kan overdragen of bezwaren zonder dat daardoor de duur van het recht gewijzigd wordt. Letterlijk staat hier alleen maar dat wanneer een vruchtgebruik wordt overgedragen die overdracht geen gevolgen voor de duur van het vruchtgebruik heeft. Gelet op de omstandigheid dat het maximum van die duur gekoppeld is aan het leven van de eerste vruchtgebruiker c.q. 30 jaar bij een rechtspersoon, wordt aldus ondervangen dat door overdracht van een vruchtgebruik de oorspronkelijke duur daarvan niet kan worden gewijzigd.<sup>28</sup> Dat de overdraagbaarheid van een vruchtgebruik niet zou kunnen worden uitgesloten is hierin niet te lezen. In art. 3:226 lid 4 BW wordt ter zake van een vruchtgebruik dat betrekking heeft op een recht van gebruik en bewoning van een zaak wel uitdrukkelijk bepaald dat dit niet vervreemdbaar is. In het voetspoor van de Toelichting Meijers wordt in de literatuur echter gesteld dat in art. 3:223 BW gelezen dient te worden dat de overdraagbaarheid van het vruchtgebruik, buiten het geval van art. 3:226 BW, niet uitgesloten kan worden en dat dit een bepaling van dwingend recht zou zijn.<sup>29</sup> Het komt mij voor dat zowel op deze interpretatie van art. 3:223 BW als op het dwingendrechtelijk karakter het nodige valt af te dingen.<sup>30</sup> Zo ontgaat mij – evenals Kleijn<sup>31</sup> – welk probleem met een verplicht overdraag-

25. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels, deel 5\*, 2008, nr. 265, p. 325.

26. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels, deel 5\*, 2008, nr. 282; Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 604.

27. Lenslink, a.w., diss. 2005, p. 198-205, is van oordeel dat een vruchtgebruik steeds een exclusief recht verschaft, zodat het vruchtgebruik enkel een optie is in geval van een exclusieve licentie. Ik constateer dat art. 3:201 BW die exclusiviteit niet noemt en art. 3:203 lid 1 BW de vestiging van een vruchtgebruik ten behoeve van meerdere personen mogelijk maakt. Het komt mij dan ook voor dat ook voor niet-exclusieve licenties vruchtgebruik in beginsel een optie kan zijn.

28. Zie: Kleijn, *Vruchtgebruik*, Monografieën Nicuw BW, deel B10, 1990, 32; Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels, deel 5\*, 2008, nr. 293.

29. Toelichting Meijers bij art. 3:223 BW (3.8.20a): 'Bij de instelling van het vruchtgebruik kan de vervreemdbaarheid niet op andere wijze worden uitgesloten dan artikel 24 aangeeft, dat wil zeggen doordat men een recht van gebruik of bewoning verleent.' (Van Zeben-Du Pon, p. 678). Kleijn (a.w., p. 32) legt zich daarbij neer, maar geeft wel aan dat hij weinig redenen ziet om de overdraagbaarheid uit te sluiten. Hij geeft ook aan dat naar oud BW deze vraag betwist was, maar dat hij – in navolging van Nouwen (WPNR 1949/4076) en Lubbers (preadvis, p. 40) – van oordeel was dat de overdraagbaarheid van een vruchtgebruik kon worden uitgesloten. Zie ook: Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 622; Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels, deel 5\*, 2008, nr. 293 en Mellma-Kranenburg, 2009, T&C Vermogensrecht, art. 3:223 BW, aant. 1.

30. Zie echter ook: Snijders/Rank-Berenschot, a.w., nr. 457.

31. Kleijn, a.w., p. 32.

baar zijn van een recht van vruchtgebruik opgelost wordt, zeker wanneer een koper in de praktijk toch bij de vestigingsakte te rade zal moeten gaan om te kunnen overzien wat het betreffende recht van vruchtgebruik inhoudt. De inhoud van een recht van vruchtgebruik is immers primair een contractuele kwestie, en niet eenduidig en dwingendrechtelijk geregeld, zoals bijvoorbeeld het eigendomsrecht op een zaak.

De overdraagbaarheid van beperkte rechten wordt echter wel als uitgangspunt genomen in art. 3:83 lid 1 BW waarin bepaald wordt dat beperkte rechten overdraagbaar zijn, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet. Of dat ruimte biedt voor het standpunt dat wanneer een recht van vruchtgebruik wordt verleend met het oog op de persoon van de vruchtgebruiker – en dat bij de vestiging daarvan ook uitdrukkelijk wordt aangegeven – de aard van dat vruchtgebruiksrecht zich vervolgens tegen overdracht verzet, lijkt dan de vraag. Het antwoord daarop lijkt nog in nevelen gehuld en het risico dat de rechter de heersende leer volgt en oordeelt dat een recht van vruchtgebruik op een IE-recht per definitie overdraagbaar zou dienen te zijn, lijkt me in de praktijk in veel gevallen een te groot risico op te leveren. Menig IE-rechtshabende geeft een licentie aan een bepaalde licentienemer en zal mogelijkheden willen hebben om de overdraagbaarheid te kunnen controleren om niet met een hem of haar onwélgevallige licentienemer te worden opgescheept.

Minder problematisch lijkt het regime van art. 3:212 lid 1 BW. Daar wordt bepaald dat de vruchtgebruiker bevoegd is het aan het vruchtgebruik onderworpen goed te vervreemden, wanneer dat goed voor vervreemding bestemd is. Lid 3 voegt daar aan toe dat in andere gevallen een vruchtgebruiker slechts mag vervreemden met toestemming van de hoofdgerechtigde of een machtiging van de kantonrechter, welke machtiging alleen gegeven wordt wanneer het belang van de vruchtgebruiker daardoor wordt gediend en het belang van de ander daardoor niet wordt geschaad. Ter zake van deze bepaling lijkt niet worden gesteld dat sprake zou zijn van dwingend recht<sup>32</sup> en het lijkt er ook op dat op goede gronden gesteld kan worden dat IE-rechten niet voor vervreemding bestemd zijn c.q. de rechtshabende daardoor als regel geschaad zal worden.

Het vruchtgebruik wordt gevestigd conform de regels die voor overdracht van het moederrecht gelden, zodat een akte vereist is en bij de hiervoor bedoelde IE-rechten die registers kennen inschrijving van de akte nodig is om het vruchtgebruik aan derden te kunnen tegenwerpen. Wanneer partijen in de toekomst expliciet

in de licentieovereenkomst gaan stipuleren dat zij tevens een recht van vruchtgebruik vestigen, lijkt daar weinig op af te dingen. Voor bestaande licentieovereenkomsten rijst echter de vraag of bij een stilzwijgen van de overeenkomst ook gesteld kan worden dat de licentie als een recht van vruchtgebruik moet worden gekwalificeerd. Op zich hoeven partijen dat label er in de overeenkomst niet op te plakken, maar wanneer hetgeen zij zijn overeengekomen niet duidelijk aansluit bij wat voor vruchtgebruik heeft te gelden, zal dit naar ik aanneem problematisch zijn.

Dit alles overziende lijkt het duidelijk dat vruchtgebruik een duidelijke bescherming aan een licentienemer bij een faillissement van de IE-rechtshabende zal bieden, maar dat de vestiging van een vruchtgebruik ook niet geheel zonder mogelijk onvermoede rechtsgevolgen kan zijn. Dat betreft met name de vermeende dwingendrechtelijke overdraagbaarheid van het vruchtgebruik, zodat het uiteindelijk nog maar de vraag is of vruchtgebruik in de praktijk een adequate oplossing kan bieden.

## 10. Licenties met overdrachten en zekerheidsrechten

Om de positie van de licentienemer in geval van een faillissement te versterken kan men de licentie ook inkluden als een deelloverdracht van het betreffende IE-recht, waardoor de licentienemer tevens mede-rechtshabende wordt. De inhoud van de licentieovereenkomst kan dan worden omgebouwd tot een beheersovereenkomst voor de tussen de mede-rechtshabende bestaande gemeenschap (art. 3:168 BW). Ook het hanteren van voorwaardelijke overdrachten van het IE-recht aan de licentienemers met als voorwaarde bijvoorbeeld een faillissementsaanvraag voor de IE-rechtshabende is denkbaar,<sup>33</sup> maar de praktische haalbaarheid van dergelijke goederenrechtelijke hoogstandjes zal in de praktijk waarschijnlijk zeer beperkt zijn. De IE-rechtshabende wordt aldus met allerhande (faillissements)risico's op zijn licentienemer geconfronteerd en bovendien zal sprake zijn van substantieel hogere transactiekosten. Dit alles is waarschijnlijk dan ook slechts weggelegd voor de *happy few* c.q. die situaties waarin de licentienemer de partij is die de eisen kan stellen.

Dat geldt ook voor het geval waarin de licentienemer niet – al dan niet voorwaardelijk – (mede-)rechtshabende wordt, maar een zekerheidsrecht als pand op het IE-recht wordt gevestigd, welk zekerheidsrecht dan strekt tot voldoening van de schadevorderingen van de licentienemer in geval van wanprestatie onder de licentieovereenkomst. Hoewel de licentienemer/pandhouder daarmee, wanneer de licentie door de curator terzijde wordt geschoven, niet direct rechtshabende van het IE-recht wordt, biedt dit de licentienemer wel grip op het IE-recht en kan hij executie daarvan zo nodig forceren. In de praktijk zal hij dan mogelijk voldoende onderhandelingspositie kunnen opbouwen om een voor hem gunstig arrangement met de curator overeen te kunnen komen. Voor de licentiegever betekent dit echter ook 'veel gedoe' en komt dit de waarde van zijn IE-portefeuille niet ten goede. In de praktijk zal een

32. Vgl. Kleijn, a.w., p. 29 (die er overigens op wijst dat een handelszaak in de parlementaire geschiedenis werd genoemd als een voor vervreemding bestemde zaak); Snijders/Rank-Berenschot, a.w., nr. 607 Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels, a.w., nr. 287 en Mellema-Kranenburg, a.w., art. 3:212 BW, aant. 1.

33. De voorwaarde die vervuld moet worden voor de overdracht dient dan niet het faillissement te zijn, aangezien de overdracht dan niet gerealiseerd wordt vanwege de door het faillissement ontstane beschikkingsonbevoegdheid van de IE-rechtshabende op het moment van de levering.



dergelijk voorstel dan ook waarschijnlijk vaak vallen in de categorie 'leuk verzonnen, maar gaan we niet doen'.

## 11. Faillissement en de auteursrechtelijke beslagexceptie

Een belangrijke observatie is vervolgens nog dat auteursrechten in belangrijke mate buiten een faillissement kunnen vallen. Art. 2 lid 3 Aw bepaalt onder meer dat 'het auteursrecht, hetwelk toekomt aan den maker van het werk' niet vatbaar is voor beslag. Dan hebben we het dus in de praktijk over auteursrechten die nog niet op basis van een overdracht of vererving tot het vermogen van een ander dan de oorspronkelijke rechthebbende zijn gaan behoren. Art. 21 lid 1 F bepaalt vervolgens dat het auteursrecht in deze gevallen waarin het niet vatbaar is voor beslag buiten het faillissement blijft. Die auteursrechten blijven derhalve buiten de boedel en de curator heeft daarover geen zeggenschap. De gefailleerde blijft ter zake van die auteursrechten gewoon beschikkingsbevoegd.

Daargelaten dat de historische ratio voor deze 'status aparte' voor dergelijke auteursrechten mij achterhaald en arbitrair lijkt, valt er op zich weinig af te dingen op het feit dat deze auteursrechten buiten het faillissement blijven.<sup>34</sup> Dat is slecht nieuws voor de gezamenlijke schuldeisers en de curator van de gefailleerde auteursrechthebbende, maar goed nieuws voor diens licentienemers. Zij hebben met *Nebula*-achtige perikelen naar het zich laat aanzien niets te maken. Zij dienen overigens niet te vroeg te juichen, want voor zover de licentie ook ziet op andere rechten dan deze niet-overgedragen auteursrechten – zoals geacquireerde auteursrechten, naburige rechten of merkrechten – zullen zij zich voor dat deel van hun licentie wel bij de curator moeten melden.

De reikwijdte van deze auteursrechtelijke beslagexceptie lijkt nogal draconisch te kunnen uitpakken. De wet spreekt immers over het auteursrecht dat aan de maker toekomt. In art. 6, 7 en 8 worden respectievelijk (i) degenen onder wiens leiding en toezicht een werk gemaakt wordt, (ii) werkgevers en (iii) rechtspersonen in de daar aangegeven omstandigheden, door de Auteurswet 'als maker aangemerkt'. Daarmee lijken dus ook in die gevallen de auteursrechten die tot het vermogen van de betreffende makers behoren onder de beslagexceptie van art. 2 lid 3 Aw te vallen en daarmee ook buiten de faillissementsboedel te blijven. Ook dat is slecht nieuws voor hun gezamenlijke creditoren en de curator, maar goed nieuws voor licentienemers. Bijvoorbeeld bij computerprogramma's kan dit tot gevolg hebben dat belangrijke activa van de failliet buiten beeld blijven. Dat dit moeilijk valt uit te leggen en een bizarre situatie oplevert, is wat mij betreft evident, maar het lijkt vooralsnog weinig aannemelijk dat de rechter deze consequentie van dit wettelijk regime eenvoudig opzij kan zetten.<sup>35</sup>

## 12. De verveelvoudigingsexceptie voor computerprogramma's van artikel 45j Aw?

Door Boekraad<sup>36</sup> is nog aangegeven dat art. 45j Aw met zich zou kunnen brengen dat de curator het gebruik van

software door een licentienemer niet zou kunnen verbieden. Art. 45j luidt:

*Tenzij anders is overeengekomen, wordt niet als inbreuk op het auteursrecht [op een computerprogramma] beschouwd de verveelvoudiging, vervaardigd door de rechtmatige verkrijger van een exemplaar van eerder genoemd werk, die noodzakelijk is voor het met dat werk beoogde gebruik.'*

Opgemerkt dient te worden dat art. 45j Aw niet bepaalt dat het gebruik van een computerprogramma rechtmatig is. Het bepaalt alleen maar dat voor zover voor het beoogde gebruik van het programma het maken van een verveelvoudiging noodzakelijk is, dat verveelvoudigen geen inbreuk op het auteursrecht oplevert. Daarmee is sprake van een wettelijke beperking van het auteursrecht op een computerprogramma, zodat voor het maken van die kopie geen licentie van de rechthebbende vereist is. Deze bepaling redt dus de eindgebruiker doordat hij voor die handelingen überhaupt geen licentie nodig heeft.<sup>37</sup> Voor zover die eindgebruiker bij dat gebruik echter meer doet dan het maken van de wettelijk toegestane kopie – door openbaar maken van (delen van) het programma of door andere vormen van verveelvoudigen daarvan – wordt hij door art. 45j Aw niet gered. De licentienemer die meer is dan alleen maar een eindgebruiker en bijvoorbeeld de software wil exploiteren door het verkopen van exemplaren of het verstrekken van licenties, is hiermee in ieder geval niet gebaat. De toegevoegde waarde van art. 45j Aw in geval van een faillissement lijkt me voor de praktijk dan ook beperkt.

34. Zie ook Lenselink, a.w., diss., p. 181 en *AMI* 2008, p. 29.

35. De stelling van Spoor/Verkade/Visser (*Auteursrecht* 2005, p. 365) en Lenselink (*AMI* 2008, p. 30) dat art. 2 lid 3 Aw zo zou kunnen worden uitgelegd dat het niet van toepassing zou zijn wanneer geen persoonlijkheidsrechtelijke overwegingen – zoals het recht om eerste openbaarmaking te kunnen controleren – aan de orde zijn, acht ik niet overtuigend. Evenzo: Jager en Weening (*VrA* 2008, p. 63). Zie over deze problematiek ook: Thole, *Computerrecht* 1988, p. 69; De Savornin Lohman, *NJB* 1988, 897; Kemna, *Source Code depot, Softwaregeheimen en faillissement*, Zwolle, 1988; Spoor, *BIE* 1990, p. 358; Macijer, *BIE* 1990, p. 352; Thole, *Software, een naam in het vermogensrecht*, Antwerpen-Deventer 1992; Quaedvlieg, rede, 1992, p. 29; Van Nispen, *Tvl* 2002, p. 272.

36. Boekraad, a.w., p. 46-53.

37. Zie daarover: Spoor/Verkade/Visser, a.w., p. 596. Zie ook: Hof Amsterdam 5 juli 2007 (*LVDH/UWV*), IEPT20070705. In die zaak stelde LVDH als rechtsopvolger van de rechthebbende op een computerprogramma dat het niet gebonden was aan de eerder aan UWV verleende licentie en UWV derhalve opnieuw een licentie zou moeten verkrijgen van de opvolgende auteursrechthebbende. Het hof oordeelde dat het bij overeenkomst beoogde gebruik van de programmatuur, voor zover dat als verveelvoudiging zou zijn aan te merken, ingevolge art. 45j Aw niet beschouwd wordt als inbreuk op het auteursrecht en dat UWV de programmatuur op geen andere wijze gebruikt dan overeengekomen. Daaraan verbond het hof de conclusie dat UWV om die reden ook in relatie tot de opvolgend auteursrechthebbende gerechtigd is om het overeengekomen gebruik voort te zetten.

### 13. Conclusie

Het mag duidelijk zijn dat de situatie er voor de gemiddelde licentienemer sinds het *Nebula*-arrest van 2006 niet eenvoudiger op is geworden.

Waar hij daarvoor wellicht nog kon menen dat zijn licentie niet in gevaar zou komen bij een faillissement van zijn licentiegever, heeft dit arrest die illusie in scherven uiteen doen spatten. Weliswaar is goed denkbaar dat de Hoge Raad het spookbeeld dat na *Nebula* voor IE-licenties is opgedoemd alsnog zal weten te bezweren, maar daar is de licentienemer voorlopig nog niet mee geholpen. De rechtspraak zal 'voetje voor voetje' zijn weg moeten zien te vinden tussen de door *Nebula* blootgelegde voetangels en klemmen en een licentienemer en zijn adviseurs doen er verstandig aan de verschillende mogelijkheden om de rechtspositie zo veel mogelijk 'faillissementsbestendig' te kunnen maken goed door te lopen.