

# Naar een circulaire economie op basis van verbintenisrechtelijke aanspraken?

## Bedenkingen bij het gebruik van obligatoire verhoudingen voor het vormgeven van juridische duurzaamheidsconstructies

*Mr. R. Mulder\**

### 1 Inleiding

Met de opmars van de circulaire economie dienen zich steeds vaker vraagstukken rondom het vormgeven van juridische duurzaamheidsconstructies aan. Het uitgangspunt van deze juridische concepten is dat een leverancier of exploitant een dienst of eindresultaat aanbiedt in plaats van een fysiek product. Neem bijvoorbeeld een exploitant van zonnepanelen die het recht tot gebruik van zijn zonnepanelen op het gebouw van een gebouweigenaar aanbiedt, zonder dat de eigendom van deze zonnepanelen wordt overgedragen aan de gebouweigenaar.<sup>1</sup> Bij dergelijke constructies behoudt de exploitant dus de eigendom van zowel het product als de gebruikte materialen; om dat te bewerkstelligen worden veelal goederenrechtelijke rechtsfiguren, zoals een recht van opstal, gebruikt.<sup>2</sup> Vanwege hun flexibele aard en met het oog op kostenbesparingen zouden obligatoire verhoudingen in de toekomst een mogelijk en wenselijk alternatief kunnen zijn voor het gebruik van goederenrechtelijke rechtsfiguren bij het vormgeven van dergelijke constructies.<sup>3</sup> De goederenrechtelijke figuren vervat in ons BW laten zich namelijk niet altijd goed verenigen met moderne ontwikkelingen als circulair bouwen en zijn daarnaast veelal kostenintensief.<sup>4</sup> Het idee obligatoire verhoudingen ook voor situaties van een toekomstig faillissement te gebruiken is door verscheidene arresten van de Hoge Raad in een stroom-

versnelling geraakt.<sup>5</sup> Toch is een matiging van optimisme hier op zijn plaats: obligatoire verhoudingen bieden niet in iedere situatie een alternatief voor goederenrechtelijke rechtsverhoudingen. Ik heb enkele bedenkingen bij de verschuiving van goederenrechtelijke figuren naar obligatoire verhoudingen bij het vormgeven van juridische duurzaamheidsconstructies, die ik in dit artikel nader toelicht. In dit kader zijn er twee obstakels, te weten (1) de mate waarin wederkerige overeenkomsten faillissementsbestendig zijn, en (2) de (on)mogelijkheid om een contractueel gesloten wegneemrecht uit te oefenen ten tijde van faillissement van de gebouweigenaar. Wat betreft het eerste obstakel heeft de curator in bijna alle gevallen het keuzerecht om een overeenkomst al dan niet na te komen. Indien de curator kiest voor niet-nakoming, dan staat de wederpartij van de failliet slechts het indienen van haar vordering ter verificatie ter beschikking – de verbintenisrechtelijke aanspraak is dan niet faillissementsbestendig. Bij contractueel geformuleerde wegneemrechten, het tweede obstakel, speelt het hiervoor genoemde insolventierisico (mogelijk) een rol en zijn er verschillende andere problemen die het gebruik van deze figuur beperken.

In deze bijdrage behandel ik de vraag in hoeverre wederkerige overeenkomsten faillissementsbestendig zijn, en de mogelijkheid om een contractueel gesloten wegneemrecht ten aanzien van bouwelementen uit te oefenen. In paragraaf 2 belicht ik het insolventierisico van wederkerige overeenkomsten aan de hand van de hiervoor genoemde jurisprudentie van de Hoge Raad. In paragraaf 3 bespreek ik de problematiek omtrent het contractueel gesloten wegneemrecht. De betekenis van de bevindingen uit paragraaf 2 en 3 voor de praktijk zal worden verduidelijkt aan de hand van drie praktijkcasussen in paragraaf 4. Ik sluit in paragraaf 5 af met een conclusie.

\* Mr. R. Mulder is als kandidaat-notaris verbonden aan de praktijkgroep Real Estate van Houthoff.

1 De duurzaamheid van deze constructie zit hem erin dat (1) gebruik wordt gemaakt van een niet-fossiele manier van energieopwekking in een gebouw en (2) de levensduur van het product (de zonnepanelen) wordt verlengd door de eigendom van het product bij de exploitant van de zonnepanelen *zelf* te houden. De exploitant van zonnepanelen blijft op deze manier namelijk verantwoordelijk voor het onderhoud en wordt geprikkeld om kwalitatief goede materialen te gebruiken en tijdig onderhoud te verrichten.

2 R.M. Wibier, Servitization en goederen- en insolventierecht, WPNR 2021, afl. 7326, p. 416-418.

3 B.J. van de Bunt & P.L. Visser, Huur als alternatief voor opstal en een concrete casus voor zonnepanelen, TvZ 2019, afl. 1/2, p. 10; Wibier 2021, p. 416-417.

4 C.H.A. van Oostrum, (On)zekerheden bij het financieren van het product-als-dienstmodel, O&F 2020, afl. 1, p. 40.

5 HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838 (Nebula); HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681 (ABN AMRO/Berzonia); HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (Credit Suisse/Jongepier q.q.); zie ook Wibier 2021, p. 416-423.

## 2 Insolventierisico bij het gebruik van obligatoire verhoudingen

### 2.1 Jurisprudentie over het keuzerecht van de curator bij wederkerige overeenkomsten

Ten eerste stuit men op het insolventierisico bij het gebruik van obligatoire verhoudingen voor het vormgeven van juridische constructies binnen de circulaire economie. Het insolventierisico ziet op de vraag of een verbintenisrechtelijke aanspraak standhoudt ten tijde van faillissement van een van de contractspartijen. Een goederenrechtelijk recht kan ten tijde van een faillissement worden uitgeoefend alsof er geen faillissement is (vgl. art. 57 lid 1 Fw), en kan zelfs aan de faillissementscurator worden tegengeworpen. Dit in tegenstelling tot verbintenisrechtelijke aanspraken, waarvan onzeker is in hoeverre zij faillissementsbestendig zijn.<sup>6</sup>

De algemeen heersende leer was voor lange tijd dat de curator een absoluut keuzerecht toekomt ten aanzien van gestanddoening van wederkerige overeenkomsten. Dat betekent dat de curator kan kiezen of hij overeenkomsten gesloten tussen de wederpartij en de failliet wel of niet nakomt, ongeacht de aard van de verbintenis. Dit uitgangspunt is onder meer terug te vinden in het in 2006 gewezen Nebula-arrest.<sup>7</sup> De Hoge Raad oordeelde in het Nebula-arrest dat verbintenisrechtelijke aanspraken in beginsel niet aan de curator kunnen worden tegengeworpen en niet faillissementsbestendig zijn, omdat het aan de curator is of een overeenkomst wordt nagekomen of niet.<sup>8</sup> De Hoge Raad verwijst hierbij naar art. 37 Fw en de bijbehorende memorie van toelichting, waaruit volgt dat faillietverklaring een overeenkomst als zodanig niet aantast.<sup>9</sup> Dat faillietverklaring een overeenkomst als zodanig niet aantast, betekent volgens de Hoge Raad echter *niet* dat de schuldeiser van een duurovereenkomst (bijvoorbeeld een huurovereenkomst) het faillissement van de wederpartij zomaar kan negeren. Behalve dat dit in strijd komt met het stelsel van de Fw – het is ten tijde van faillissement aan de curator of een overeenkomst wordt nagekomen of niet –, is dit ook niet in lijn met de *paritas creditorum*; de schuldeiser van de duurovereenkomst kan zijn rechten gewoon blijven uitoefenen, terwijl de andere schuldeisers achter het net vissen.<sup>10</sup>

In 2014 is het Berzona-arrest gewezen, waarin de Hoge Raad een niet eerder gemaakt onderscheid heeft aangebracht tussen actief en passief wanpresteren door de curator.<sup>11</sup> Passief wanpresteren ziet op verbintenissen die 'uit of ten laste van de boedel moeten worden voldaan, zoals een betaling, de afgifte van

een zaak of de vestiging van een recht'.<sup>12</sup> Bij dergelijke verbintenissen heeft de curator volgens de Hoge Raad het keuzerecht om de overeenkomst niet na te komen door stil te blijven zitten.<sup>13</sup> Dat is volgens de Hoge Raad anders als het gaat om passieve overeenkomsten – zoals bijvoorbeeld huurovereenkomsten –, waarbij actief handelen door de curator benodigd is voor beëindiging. De curator mag een dergelijke overeenkomst volgens de Hoge Raad niet zomaar beëindigen, tenzij deze bevoegdheid aan hem wordt toegekend krachtens wet of overeenkomst.<sup>14</sup> Beëindigt een curator een passieve overeenkomst wel, dan komt dit naar het oordeel van de Hoge Raad in strijd met het beginsel van art. 37 Fw, waarin staat dat het faillissement geen invloed heeft op reeds bestaande wederkerige overeenkomsten.<sup>15</sup> Volgens sommige auteurs vormt het Berzona-arrest dan ook het aanvangspunt van de veronderstelde koerswijziging, inhoudende dat verbintenisrechtelijke aanspraken faillissementsbestendig(er) zijn (geworden).<sup>16</sup> Volgens deze benaderingswijze heeft de curator niet langer het recht iedere verbintenis te doorkruisen, maar moeten verbintenissen die zien op een dulden of niet-doen – en dus actieve wanprestatie voor beëindiging vergen – worden gerespecteerd.

Dit verbod op actieve wanprestatie door de curator lijkt de Hoge Raad vervolgens door te trekken in het laatste arrest van de reeks: het in 2018 gewezen arrest Credit Suisse/Jongepier.<sup>17</sup> In dit arrest overweegt de Hoge Raad dat de curator niet bevoegd is een voortdurende prestatie bestaande uit een dulden of nalaten te beëindigen (ook wel: actief wanpresteren), en als voorbeelden worden het intrekken van een verleende licentie en opeising van een verhuurde zaak genoemd.<sup>18</sup>

### 2.2 Onduidelijkheden ten aanzien van de reikwijdte van het keuzerecht van de curator

Zoals in de vorige paragraaf is besproken, houdt de vermeende koerswijziging van de Hoge Raad in dat de curator niet langer een absoluut keuzerecht heeft ten aanzien van het al dan niet nakomen van wederkerige overeenkomsten. Met het in het Berzona-arrest gemaakte onderscheid tussen actief en passief wanpresteren zouden passieve overeenkomsten die verplichten tot een dulden of niet-doen – met als voorbeeld de huur- en licentieovereenkomst – volgens sommige auteurs faillisse-

6 T.T. van Zanten, *Classificatie van verplichtingen in faillissement*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, par. 2.5.

7 HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838 (Nebula).

8 HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838 (Nebula), r.o. 3.3.

9 HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838 (Nebula), r.o. 3.4-3.5.

10 HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838 (Nebula), r.o. 3.5.

11 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681 (ABN AMRO/Berzona).

12 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681 (ABN AMRO/Berzona), r.o. 3.6.3.

13 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681 (ABN AMRO/Berzona), r.o. 3.6.3.

14 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681 (ABN AMRO/Berzona), r.o. 3.6.4.

15 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681 (ABN AMRO/Berzona), r.o. 3.6.4.

16 Vgl. A.W. Jongbloed, *Berzona en Nebula: een storm in een glas water?*, TvCu 2014, afl. 1, p. 23-25 en Th.C.J.A. van Engelen, *Analogische rechtsvorming: Nebula, Berzona en het lot van een licentie van een failliete licentiegever*, AA 2015, afl. 5, p. 405-412.

17 HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (Credit Suisse/Jongepier q.q.).

18 HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (Credit Suisse/Jongepier q.q.), r.o. 3.5.3.

mentsbestendig zijn (geworden).<sup>19</sup> Als wordt uitgegaan van deze koerswijziging, dan is de deur voor het gebruik van verbintenrechtelijke aanspraken bij het vormgeven van faillissementsbestendige, duurzame constructies opengezet. Goederrechtelijke figuren zoals het opstalrecht zijn dan niet langer de enige manier om een fabrikant of leverancier het gebruiksrecht te laten verschaffen van zijn zonnepanelen op of in het gebouw van een ander; een passief geformuleerde overeenkomst zou dezelfde mate van zekerheid kunnen bieden. Naar mijn mening moet hier echter een pas op de plaats worden gemaakt. Momenteel valt niet met zekerheid te zeggen of we de ingezette lijn van de Hoge Raad uit het Berzona-arrest *altijd* kunnen en/of moeten volgen in de praktijk en óf het de curator inderdaad verboden is in *alle* situaties actief te wanpresteren. De Hoge Raad heeft zich verder niet over deze kwestie uitgelaten en ook in de literatuur heerst er verdeeldheid op dit vlak.<sup>20</sup> In de volgende paragrafen ga ik in op de vraag hoever de reikwijdte van het hiervoor genoemde keuzerecht van de curator strekt en, in het verlengde daarvan, in hoeverre wederkerige overeenkomsten daadwerkelijk faillissementsbestendig zijn.

*Verskil in casuspositie tussen Nebula en Berzona betekent nog geen uitzonderingssituatie*

In het Nebula-arrest (2006) werd uitgegaan van een absoluut keuzerecht voor de curator om een overeenkomst al dan niet na te komen. Met het Berzona-arrest (2014) daarentegen lijkt de Hoge Raad een andere koers te varen. In dit arrest beperkt de Hoge Raad het absolute keuzerecht van de curator tot de gevallen waarin de curator passieve wanprestatie pleegt. Sommige auteurs bepleiten dat een verschil in casuspositie heeft geleid tot het verschil in uitkomst tussen beide arresten.<sup>21</sup> De uitzonderlijke casus in Nebula zou ertoe hebben geleid dat de Hoge Raad een andere afweging heeft gemaakt tussen enerzijds de *paritas creditorum* (Nebula) en anderzijds het beginsel dat wederkerige overeenkomsten gedurende faillissement in stand blijven (Berzona).<sup>22</sup> Het klopt inderdaad dat het Nebula-arrest een bijzondere casus betrof: een *economische eigenaar* sloot een huurovereenkomst *na* faillietverklaring van de juridische eigenaar. Uit het Nebula-arrest zelf blijkt echter op geen enkele wijze dat het juist *deze* omstandigheden zijn geweest die aanleiding hebben gegeven tot het aldaar gegeven oordeel. Sterker nog, het Nebula-arrest sluit naadloos aan op de destijds geldende algemene leer – inhoudende dat alle verbintenrechtelijke aanspraken ter verificatie moeten worden ingediend – en is stellig en algemeen geformuleerd.<sup>23</sup> Behalve dat de leer die volgt uit het Nebula-arrest goed aansluit bij de algemeen heersende leer in die tijd, werd het arrest ook goed ont-

vangen in de praktijk.<sup>24</sup> Bovendien zijn de regels die volgen uit Nebula in de lagere rechtspraak frequent toegepast. Deze uitspraken omvatten onder meer ook casusposities van (huur)overeenkomsten die *na* aanvang van het faillissement zijn gesloten.<sup>25</sup> De casuspositie van het Nebula-arrest heeft dus niet geleid tot een uitzonderingssituatie, die de curator alleen in het specifieke geval van het Nebula-arrest een algemeen recht op wanprestatie geeft.

*Interpretatie wetsgeschiedenis van art. 37 Fw*

Bezien vanuit de wetsgeschiedenis is er wat mij betreft ook geen rechtvaardiging te vinden voor het verbod op actieve wanprestatie voor de curator. Uit art. 37 Fw vloeit het uitgangspunt voort dat faillissement niet van invloed is op bestaande wederkerige overeenkomsten. De vraag is hoe dit artikel moet worden geïnterpreteerd. Brengt art. 37 Fw enkel mee dat een overeenkomst niet van rechtswege wordt aangetast door aanvang van het faillissement, zoals volgt uit het Nebula-arrest? Of betekent dit dat aan de curator geen recht toekomt de wederkerige overeenkomst te beëindigen, zoals de Hoge Raad oordeelt in het Berzona- en Credit Suisse-arrest? Naar mijn mening moet aan art. 37 Fw een minder ruime betekenis worden toegekend dan de Hoge Raad in het Berzona- en Credit Suisse-arrest doet. Dit blijkt met name uit de verhouding tussen art. 37 Fw (oud) en opeenvolgende bepalingen die zien op bijzondere overeenkomsten. De wetgever heeft voor deze bijzondere overeenkomsten specifieke additionele regels opgenomen die het mogelijk maken voor de curator om dergelijke overeenkomsten te beëindigen. Daaruit valt af te leiden dat aan de keuze voor niet-nakoming door de curator op grond van art. 37 Fw (oud) geen bijzondere rechtsgevolgen verbonden waren. Art. 37 Fw zorgt ervoor dat overeenkomsten niet van rechtswege worden ontbonden, maar het artikel zegt verder niets over de wijze van behandeling en afdwingbaarheid van verbintenissen voortvloeiende uit deze overeenkomsten.<sup>26</sup> De gevolgtrekking die in het Berzona- en Credit Suisse-arrest aan art. 37 Fw wordt ontleend, valt aldus niet terug te vinden in de wetsgeschiedenis.<sup>27</sup> Zodoende betwijfel ik of het uitgangspunt waarop de Hoge Raad in het Berzona- en Credit Suisse-arrest het verbod op actief wanpresteren door de curator stoelt, wel terecht is en of – mede gezien vanuit de wetsgeschiedenis – het Nebula-arrest niet toch de juiste lijn weergeeft. Wederkerige overeenkomsten zouden in dat geval in beginsel niet faillissementsbestendig zijn.

19 Vgl. Jongbloed 2014 en Van Engelen 2015.

20 Vgl. Wibier 2021, p. 421-423; E.F. Verheul, De beperkte reikwijdte van het keuzerecht van de curator, TvI 2019, afl. 3, p. 115-120.

21 Zie Jongbloed 2014; anders: F.M.J. Verstijlen, annotatie bij HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, NJ 2014/407 (ABN AMRO/Berzona), par. 10.

22 Zie bijv. Jongbloed 2014, p. 23.

23 R.M. Wibier, Berzona is geen vergissing, wat nu?, MvV 2018, afl. 12, p. 379-382.

24 Vgl. T.T. van Zanten, Geen Nebula, maar Berzona: de curator heeft toch geen recht op wanprestatie!, TvI 2014/36, p. 192-195; anders: Th.C.J.A. van Engelen, Licenties in faillissement na het Nebula-arrest: schuifelen tussen de scherven, IER 2009, afl. 6, p. 299-301.

25 Zie bijv. Rb. Dordrecht 21 december 2006, ECLI:NL:RBDOR:2006:AZ6190; Rb. Amsterdam 16 augustus 2007, JOR 2007/258; Rb. Amsterdam 11 juni 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BD6619.

26 M.J.M. Franken, Het insolventiepassief (Recht en Praktijk nr. InsR13), Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 3.5.

27 Verheul 2019, p. 117-123.

*De paritas creditorum en rechtszekerheid als  
uitgangspunt in faillissement*

Zoals gezegd, heeft de Hoge Raad zich verder nog niet uitgelaten over de daadwerkelijke reikwijdte van het keuzerecht van de curator en de positie van wederkerige overeenkomsten in faillissement. Van belang is dat met het keuzerecht van de curator de *paritas creditorum* en de rechtszekerheid zijn gemeoid. Het toekennen van een keuzerecht aan de curator draagt naar mijn idee bij aan een beter beheer van de boedel en het realiseren van een geoptimaliseerde opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers.<sup>28</sup> Ook is op voorhand duidelijk wat de aangewezen route is voor de wederpartij van een failliet: als de curator ervoor kiest de overeenkomst niet na te komen, moet de wederpartij haar vordering ter verificatie indienen als zij iets van haar schade vergoed wil zien. Het gelijk behandelen van schuldeisers van de failliet – wettelijke uitzonderingen daargelaten – en het aangewezen verificatieproces dragen bij aan de rechtszekerheid, nu partijen bij een overeenkomst op voorhand weten wat ze kunnen verwachten bij het intreden van faillissement van een van hen.

Dat ligt anders op het moment dat het de curator verboden is om actieve wanprestatie te plegen; de schuldeiser ten behoeve van wie de passieve overeenkomst strekt, wordt dan bevoordeeld ten opzichte van de andere schuldeisers en dat enkel omdat zijn overeenkomst is geformuleerd als een ‘dulden’ of ‘niet-doen’. Bovendien kan de realisatie van een geoptimaliseerde opbrengst uit de boedel in gevaar komen, als de curator een overeenkomst die belastend is voor de boedel niet kan opzeggen. In beide gevallen wordt afbreuk gedaan aan het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers. Het passief formuleren van overeenkomsten zorgt er daarnaast voor dat de praktijk wordt geconfronteerd met kwesties van semantische aard: een duidelijke definitie van passieve overeenkomsten ontbreekt en onduidelijk is hoever men kan gaan in het passief formuleren van overeenkomsten, om zo een overeenkomst faillissementsbestendig te maken.<sup>29</sup> Dat doet afbreuk aan de rechtszekerheid.

In het Nebula-arrest zien we dat de *paritas creditorum* en de rechtszekerheid het uitgangspunt vormden op basis waarvan de Hoge Raad oordeelde dat de curator in beginsel kan wanpresteren bij wederkerige overeenkomsten in faillissement. In het slot van het Berzona-arrest stelt de Hoge Raad vervolgens dat in het Nebula-arrest geen ander oordeel besloten ligt.<sup>30</sup> Wat de Hoge Raad hier precies mee bedoelt, is vooralsnog on-

duidelijk. Wel is het opmerkelijk dat in het Credit Suisse-arrest, dat voortbouwt op en een algemene toepassing is van het Berzona-arrest, zonder nadere onderbouwing het principe van de *paritas creditorum* door de Hoge Raad wordt verlaten en enkel wordt verwezen naar het fixatiebeginsel. Nu het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers in het Credit Suisse-arrest niet eens meer wordt aangehaald, lijkt het er sterk op dat in het Nebula-arrest wel degelijk een ander oordeel besloten ligt. Het valt namelijk niet met elkaar te rijmen dat de *paritas creditorum* in opvolgende arresten geen enkele rol speelt bij de behandeling van verbintenisrechtelijke aanspraken in faillissement. Het Credit Suisse-arrest is een vreemde eend in de bijt, nu in dit arrest een ander uitgangspunt wordt gehanteerd in vergelijking met het Nebula- en Berzona-arrest, zonder dat hiervoor een rechtvaardiging wordt gegeven. Totdat de Hoge Raad zich hierover uitlaat zou men kunnen stellen dat, als het Berzona-arrest inderdaad in lijn ligt met het Nebula-arrest, de Hoge Raad op een later moment alsnog op een dwaalspoor kan zijn geraakt in Credit Suisse.<sup>31</sup> Ik acht het daarom niet onwaarschijnlijk dat de Hoge Raad op een later moment terugkomt op de veralgemenisering van het verbod op actieve wanprestatie door de curator, zoals volgt uit het Credit Suisse-arrest.

*2.3 De faillissementsonbestendigheid van wederkerige  
overeenkomsten*

Uit voorgaande paragrafen is gebleken dat er momenteel veel onduidelijkheid heerst over de reikwijdte van het keuzerecht van de curator in de praktijk. Totdat zekerheid wordt verschaft door de Hoge Raad valt niet met zekerheid te zeggen of, en zo ja, welke verbintenissen door de curator mogen worden geschonden. Mijns inziens kan het niet de bedoeling zijn geweest van de Hoge Raad de faillissementsprocedure volledig te door kruisen door bepaalde typen verbintenisrechtelijke aanspraken op hetzelfde niveau te tillen als een uit de wet voortvloeiend goederenrechtelijk recht van pand of hypotheek. Bovendien wordt op deze wijze afbreuk gedaan aan het elementaire onderscheid tussen goederenrechtelijke en verbintenisrechtelijke rechten, zonder dat hiervoor een rechtvaardiging wordt gegeven. De lijn die volgt uit het Berzona-arrest kan naar mijn mening daarom het beste op een beperkte wijze worden uitgelegd. Dit betekent dat de curator in beginsel het recht heeft overeenkomsten te beëindigen, indien dit nodig is voor het goede beheer van de boedel en de daaruit vloeiende *paritas creditorum*. Vanuit het beginsel van de *paritas creditorum*, en dus niet afhankelijk van de aard van de verbintenis, zou een curator al dan niet het keuzerecht hebben om wanprestatie te plegen.

Op basis van de rechtspraak van de Hoge Raad bestaan er vermoedelijk slechts twee uitzonderingen op deze regel. Voorbeelden die de Hoge Raad zelf noemt van verbintenissen die de curator moet blijven nakomen, zien op de intrekking van

28 Verheul 2019, p. 124-125.

29 Stel bijv. dat een betalingsverplichting wordt ‘herdoopt’ tot een verplichting voor de schuldenaar om te gedogen dat zijn wederpartij een automatisch incasso gebruikt. De overeenkomst is dan wel passief geformuleerd, maar de aard lijkt mij nog steeds actief – te weten het verrichten van een betaling. De curator kan een dergelijke overeenkomst niet nakomen door stil te blijven zitten. Voor overeenkomsten die naar hun aard ook passieve elementen bevatten – zoals bijv. contractuele rechten van overpad –, is dit echter minder duidelijk te bepalen. Het schenden van dergelijke verplichtingen vergt immers deels actieve wanprestatie door de curator. Dit zal ongetwijfeld tot de nodige discussie leiden.

30 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681 (ABN AMRO/Berzona), r.o. 3.6.5.

31 W.H. van Boom, Nebula beter dan Credit Suisse, willemvanboom.blog, 26 juli 2018.



een licentie en het actief beëindigen van huur.<sup>32</sup> Het zou mijns inziens een goede zaak zijn deze voorbeelden als *enige* voorbeelden van ongeoorloofde actieve wanprestatie door de curator te laten gelden. Behalve dat dit duidelijk is, komt dit de rechtvaardigheid ten goede. Huurders genieten nu eenmaal een sterkere bescherming in het maatschappelijk verkeer dan andere schuldeisers. Een huurovereenkomst kan zodoende worden gezien als een bijzondere kwalitatieve verplichting: als de eigenaar of zijn schuldeiser (lees: faillissementscurator) de zaak overdraagt, zal de nieuwe eigenaar de huurovereenkomst moeten respecteren. Ook voor de licentienemer valt te rechtvaardigen dat de Hoge Raad zijn positie beter wil beschermen dan die van andere schuldeisers. Licentievormen die een kwalitatieve last voor de rechthebbende in het leven roepen, zijn vergelijkbaar met de last van de verhuurder.<sup>33</sup> Bovendien heeft de Hoge Raad de figuren van huur- en licentieovereenkomst reeds aanvaard in zijn rechtspraak. Vanuit deze benadering zijn wederkerige overeenkomsten in de meeste gevallen niet faillissementsbestendig – obligatoire verhoudingen vormen dan slechts in beperkte mate een alternatief voor goederenrechtelijke rechten bij het vormgeven van juridische constructies binnen de circulaire economie.

### 3 De problematiek van het contractuele wegneemrecht bij bouwelementen

#### 3.1 Contractueel geformuleerde wegneemrechten

Naast het insolventierisico van wederkerige overeenkomsten stuit men ook op obstakels bij het gebruik van contractueel gesloten wegneemrechten voor het vormgeven van duurzame juridische constructies. Het contractueel geformuleerde wegneemrecht ziet in dit kader op een passief geformuleerd wegneemrecht, waarbij de failliet moet dulden dat een leverancier het door hem geleverde product afscheidt van de (hoofd)zaak. Het BW kent een aantal wegneemrechten op grond waarvan aan iemand de bevoegdheid toekomt de door hem aangebrachte (veelal nagetrokken) zaak af te scheiden.<sup>34</sup> Te denken valt bijvoorbeeld aan het wettelijke wegneemrecht van de huurder (vgl. art. 7:216 BW), waarop in paragraaf 4.3 nader wordt ingegaan bij de behandeling van praktijkcasus 3. Momenteel bestaat er nog geen wettelijk wegneemrecht ten behoeve van een leverancier dat afscheiding van het door hem geleverde product mogelijk maakt. Het wegneemrecht zal dus op contractuele basis moeten worden gevormd. Ik betwijfel om verschillende redenen of een contractueel geformuleerd wegneemrecht effectief is bij een duurzame financieringsstructuur. Dit licht ik nader toe in de volgende paragrafen.

#### 3.2 Het wegneemrecht van de leverancier versus de rechten van de curator en de failliet

Evenals in de vorige paragraaf speelt het insolventierisico hier (mogelijk) een rol. Of het wegneemrecht van de leverancier standhoudt in faillissement van een gebouweigenaar, hangt af van het rechtskarakter hiervan.<sup>35</sup> Momenteel is nog niet uitgekristalliseerd of het wegneemrecht van een leverancier een rechtskarakter heeft dat meer verbintenisrechtelijk of goederenrechtelijk van aard is; de Hoge Raad heeft zich over deze vraag nog niet uitgelaten.<sup>36</sup> Indien het wegneemrecht verbintenisrechtelijk van aard is, brengt het feit dat deze aanspraak is geformuleerd als een dulden en/of niet-doen naar de huidige rechtspraak nog niet mee dat iemand anders dan de faillissementscurator in feite over de boedel kan beschikken.<sup>37</sup> Uitoefening van het wegneemrecht zou dan tot een ongerechtvaardigde schending van het fixatiebeginsel en de *paritas creditorum* leiden en het goede beheer van de boedel door de curator op ernstige wijze bemoeilijken.<sup>38</sup> Om die reden wordt in de literatuur grotendeels onderschreven dat een obligatoir wegneemrecht niet faillissementsbestendig is.<sup>39</sup>

Is het wegneemrecht daarentegen aan te merken als een goederenrechtelijk concept, dan kan het tegen eenieder (en dus ook tegen de faillissementscurator) worden ingeroepen. Het valt naar mijn mening goed te beargumenteren dat het wegneemrecht niet puur contractueel van aard is: het wegneemrecht wordt gebruikt om een zaak terug in eigendom te krijgen en daarmee doet het denken aan het recht van revindicatie.<sup>40</sup> Het wegneemrecht zou in dat geval een goederenrechtelijke dimensie verwerven, waardoor kan worden verdedigd dat het wegneemrecht van de leverancier kan worden ingeroepen tegen de curator en standhoudt in faillissement.<sup>41</sup> De opvatting dat het wegneemrecht (gedeeltelijk) goederenrechtelijk van aard is, is daarentegen veelal gebaseerd op beperkt onderzoek.<sup>42</sup> Het onduidelijke rechtskarakter van het wegneemrecht van de leverancier maakt het in ieder geval onzeker in hoeverre een passief geformuleerd wegneemrecht van de leverancier daadwerkelijk kan worden ingeroepen tegenover de curator ten tijde van faillissement.

Een andere onzekere factor vormt het eigendomsrecht van de failliet. Momenteel is het onduidelijk of door middel van een

32 HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (Credit Suisse/Jongepier q.q.), r.o. 3.6.4.

33 Zie tevens F.M.J. Verstijlen, annotatie bij HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, NJ 2014/407 (ABN AMRO/Berzona), par. 11; Van Boom 2018.

34 P.J. van der Planck, Het bevorderen van circulair bouwen – een alternatief voorstel, TBR 2019, afl. 7, p. 8.

35 F.M.J. Verstijlen, E.F. Verheul & M.T.P. van Dijken, Duurzame financieringsstructuur: obligatoire zekerheid?, Rijksuniversiteit Groningen 2021, p. 21.

36 Verstijlen, Verheul & Van Dijken 2021, p. 12.

37 Het verbintenisrechtelijke wegneemrecht is dan op zo'n wijze geformuleerd, dat een gebouweigenaar moet *dulden* dat de leverancier of producent zijn product in de toekomst door middel van een wegneemrecht uit het gebouw van de gebouweigenaar verwijdert.

38 Van Zanten 2014, p. 194.

39 HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838 (Nebula), r.o. 3.6; Verstijlen, Verheul & Van Dijken 2021, p. 21-22.

40 Asser/Bartels, Van Mierlo & Ploeger 3-IV 2021/27.

41 Vgl. J.H. Beekhuis, Zaaksbestanddelen naar bestaand en wordend recht, in: J.G. Sauveplanne (red.), Van Opstall-bundel, Deventer: Kluwer 1972, p. 13.

42 Verstijlen, Verheul & Van Dijken 2021, p. 22.

passief geformuleerd wegneemrecht een goed kan worden onttrokken aan de failliete boedel; het eigendomsrecht van de failliet zou hieraan weleens in de weg kunnen staan.<sup>43</sup> In het contract gesloten tussen de failliet en de leverancier staat dikwijls dat de leverancier zijn product mag ‘ophalen’, maar het eigendomsrecht van de failliet belemmert dit. Welk van de beide rechten prevaleert dan? Dat is naar de huidige stand van de rechtspraak (nog) onduidelijk. Daar komt bij dat er mogelijk sprake is van actieve wanprestatie als de curator tegenhoudt dat de leverancier zijn zaak weghaalt. Ook in dat geval is het onduidelijk hoe de Hoge Raad hiertegen aankijkt.

### 3.3 Natrekking en bestanddeelvorming bij bouwelementen

Naast de obstakels geschetst in de vorige paragraaf zijn er bij de uitoefening van het wegneemrecht van een leverancier ook problemen op het gebied van natrekking en bestanddeelvorming. De producten geleverd door de leverancier, bijvoorbeeld een gevel of WKO-installatie, vormen bestanddelen van het gebouw op grond van de verkeersopvatting in de zin van art. 3:4 lid 1 en (mogelijk) lid 2 BW.<sup>44</sup> Indien de leverancier zijn product onderdeel laat uitmaken van het gebouw van de gebouweigenaar, verliest de leverancier zijn eigendom door bestanddeelvorming en/of verticale natrekking. Een wegneemrecht kan mijns inziens niet worden uitgeoefend bij bouwelementen die (mede) bestanddeel zijn geworden op grond van de verkeersopvatting overeenkomstig art. 3:4 lid 1 BW.<sup>45</sup> Ook al zou het wegneemrecht faillissementsbestendig zijn, dan nog biedt dit in deze situatie geen soelaas. Wegneming van bouwelementen, zoals bijvoorbeeld een gevel, leidt namelijk tot kapitaalvernietiging en onfinancierbaarheid van het overgebleven gedeelte van het gebouw. Het gebouw is dan incompleet en kan om deze reden niet zijn functie als gebouw vervullen; dit is in strijd met het goederenrechtelijke eenheidsbeginsel.<sup>46</sup>

### 3.4 De onmogelijkheid om een contractueel gesloten wegneemrecht uit te oefenen

Gezien het betwistbare rechtskarakter van het wegneemrecht en de daarmee samenhangende onzekerheid op het gebied van actief en passief wanpresteren door de curator, de problematiek omtrent natrekking en bestanddeelvorming en de verhouding ten opzichte van het eigendomsrecht van de failliet, be-

twijfel ik of het obligatoire wegneemrecht van een leverancier uitkomst kan bieden ten tijde van een faillissement van de gebouweigenaar. Daarmee is mijn tweede bedenking geuit over de verschuiving van goederenrechtelijke rechtsfiguren naar obligatoire verhoudingen bij het vormgeven van juridische constructies binnen de circulaire economie. In de volgende paragraaf behandel ik drie praktijkcasussen die de tot dusver besproken bevindingen weergeven en uitdiepen.

## 4 Een drietal praktijkcasussen

### 4.1 Praktijkcasus 1: het passief geformuleerde lig- en toegangsrecht

De eerste praktijkcasus sluit aan bij het insolventierisico van wederkerige overeenkomsten. In deze praktijkcasus hebben we te maken met een gebouweigenaar die met een exploitant van zonnepanelen obligatoir overeenkomt dat de gebouweigenaar moet *dulden* dat de zonnepanelen van deze exploitant op het dak van de gebouweigenaar blijven liggen. Bovendien moet de gebouweigenaar *dulden* dat de exploitant toegang heeft tot het dak voor het uitvoeren van herstel- en onderhoudswerkzaamheden aan de zonnepanelen. Na het sluiten van deze overeenkomsten gaat de gebouweigenaar failliet. De curator wil acties ondernemen die het lig- en toegangsrecht van de exploitant schaden. Zo wil de curator overgaan tot verwijdering van de zonnepanelen, omdat de panelen zijn verouderd en een waardedrukkend effect hebben op de verkoopprijs van het gebouw. Ook wil de curator in het kader van goed beheer en bescherming van de boedel het pand extra beveiligen door de sleutels te vervangen. Hij weigert deze nieuwe sleutels aan de exploitant van de zonnepanelen te geven.<sup>47</sup>

De vraag is nu of de curator de overeenkomsten gesloten tussen de gebouweigenaar en de exploitant voorafgaande aan het faillissement moet respecteren. Het ligrecht van de zonnepanelen en het toegangsrecht van de exploitant zijn op een passieve wijze geformuleerd, nu het een ‘dulden’ van de gebouweigenaar betreft. Betekent het enkel passief formuleren van het lig- en toegangsrecht in dit geval dat de curator deze verbintenissenrechtelijke aanspraken moet respecteren? Dat valt sterk te betwijfelen. Zou de curator ten tijde van faillissement een einde willen maken aan het lig- en toegangsrecht, dan is een ‘actieve’ handeling nodig om dat te bewerkstelligen: het lig- en toegangsrecht moeten worden ontzegd. Zoals ik heb argumenteerd in paragraaf 2, heeft de curator in beginsel het recht overeenkomsten te beëindigen, indien dit nodig is voor het goede beheer van de boedel en de daaruit vloeiende *paritas creditorum*. Het intrekken van licenties en het actief beëindigen van huur lijken mij thans de enige voorbeelden van verboden actieve wanprestatie door de curator. Het passief geformuleerde lig- en toegangsrecht vallen beide niet onder een van deze uitzonderingen en er is ook geen grond om aan de exploitant van de zonnepanelen in onderhavige casus speciale bescherming toe te kennen, zoals bij een huur- of licentieover-

43 Vgl. Wibier 2021, p. 421.

44 Binnen de circulaire economie staan het hergebruik en het zo lang mogelijk (onbeschadigd) meegaan van materialen centraal. Bij verwijdering zal het doel doorgaans zijn de producten zonder beschadiging van betekenis te verwijderen. Mogelijk vindt daarom niet in iedere situatie bestanddeelvorming plaats op grond van art. 3:4 lid 2 BW.

45 In de onderhavige casus gaat het om een bouwelement – een gevel – en de verwijdering van een dergelijk elementair gedeelte uit een gebouw is naar mijn mening in strijd met het goederenrechtelijke eenheidsbeginsel. Hetzelfde geldt bijv. voor een groen dak en zou wellicht ook kunnen gelden voor WKO-installaties en liften. Vermoedelijk gaat deze redenering niet op bij zaken van minder elementaire aard van het gebouw, zoals bijv. een geïnstalleerde keuken. Zie tevens H.W. Heyman & S.E. Bartels, Vastgoedtransacties: koop, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 89.

46 Zie ook Heyman & Bartels 2021, p. 89-92; anders: T. Hartlief, Het Huis van de toekomst, NJB 2019, afl. 25, p. 1785.

47 Verstijlen, Verheul & Van Dijken 2021, p. 21.

eenkomst wel het geval is. De curator hoeft de passief geformuleerde verbintenissen die volgen uit deze praktijkcasus vermoedelijk niet na te komen. Indien de curator kiest voor niet-nakoming van de overeenkomsten tussen de exploitant en de failliete gebouweigenaar, staat de exploitant slechts het indienen van zijn vordering ter verificatie ter beschikking. Het enkel passief formuleren van het lig- en toegangsrecht draagt aldus niet bij aan de faillissementsbestendigheid ervan.

#### 4.2 *Praktijkcasus 2: het contractuele wegneemrecht bij bouwelementen*

De tweede praktijkcasus heeft betrekking op de obstakels van het contractueel geformuleerde wegneemrecht van een leverancier van bouwelementen. In deze casus is een gebouweigenaar met een leverancier van een gevel obligatoir overeengekomen dat de gebouweigenaar moet *dulden* dat de leverancier deze gevel na natrekking en bestanddeelvorming in de toekomst door middel van een wegneemrecht uit het gebouw van de gebouweigenaar kan verwijderen. Nadien gaat de gebouweigenaar failliet. Aangezien het gebouw van de failliete gebouweigenaar incompleet wordt en mogelijk kan beschadigen bij verwijdering van de gevel, wil de curator in beginsel niet dat de leverancier een wegneemrecht van een bestanddeel uitoefent. Het pand levert dan minder op bij vervreemding of kan zelfs onverkoopbaar worden, en dat schaadt de failliete boedel. De leverancier daarentegen is obligatoir met de gebouweigenaar overeengekomen dat hij de gevel van het gebouw kan halen en hij zal deze overeenkomst desgewenst willen uitvoeren, bijvoorbeeld om het materiaal uit de gevel te hergebruiken. Het product – de gevel – is immers slechts als *service* verleend en het was hierbij niet de bedoeling om de eigendom definitief over te laten gaan op de gebouweigenaar.<sup>48</sup>

Het valt te betwijfelen of het contractueel geformuleerde wegneemrecht in dit kader effectief is voor de leverancier. Dat hangt met het volgende samen. Evenals in praktijkcasus 1 speelt de reikwijdte van het verbod op actieve wanprestatie door de curator ook hier een rol. Zoals ik heb besproken in paragraaf 3, is het onduidelijk of het wegneemrecht van de leverancier standhoudt in faillissement vanwege het betwistbare rechtskarakter ervan. Als men aanneemt dat het wegneemrecht verbintenisrechtelijk van aard is, dan is het voor de curator naar alle waarschijnlijkheid mogelijk om actieve wanprestatie te plegen en het ‘dulden’ van het wegneemrecht te beëindigen. Ongeacht de insolventieproblematiek kan het mogelijk sterkere eigendomsrecht van de failliet wellicht ook verhinderen dat de leverancier een gedeelte van het pand uit de failliete boedel haalt. Bovendien spelen er obstakels op het gebied van bestanddeelvorming en natrekking: de gevel van de leverancier wordt bevestigd in het pand van de gebouweigenaar en wordt aldus aangemerkt als bestanddeel van de hoofdzaak (het gebouw). Bestanddeelvorming vindt plaats op basis van de verkeersopvatting, want zonder gevel wordt het gebouw als in-

compleet beschouwd.<sup>49</sup> De gebouweigenaar is dan eigenaar geworden van de gevel. Zoals beargumenteerd in paragraaf 3, kan een wegneemrecht vanuit het oogpunt van het goederenrechtelijke eenheidsbeginsel niet worden uitgeoefend bij bouwelementen die (mede) bestanddeel zijn geworden op grond van art. 3:4 lid 1 BW. De leverancier van de gevel uit de onderhavige casus krijgt na faillissement van de gebouweigenaar de gevel hoogstwaarschijnlijk niet terug op basis van een contractueel gesloten wegneemrecht en moet zijn vordering tot schadevergoeding indienen ter verificatie bij de curator.

#### 4.3 *Praktijkcasus 3: het passief geformuleerde gebruiksrecht in de vorm van een huurovereenkomst*

De derde praktijkcasus gaat over de situatie waarin obligatoire verhoudingen vermoedelijk wél een uitkomst kunnen bieden bij het vormgeven van juridische duurzaamheidsconstructies. In deze casus worden zonnepanelen van een exploitant op het dak van een gebouweigenaar aangebracht, met als doel energie op te wekken voor het gebouw van de gebouweigenaar. Tussen de exploitant en de gebouweigenaar zijn twee overeenkomsten gemaakt. De eerste overeenkomst ziet op de verhuur van het dak van de gebouweigenaar aan de exploitant voor het exploiteren van de zonnepanelen: de gebouweigenaar moet *dulden* dat de exploitant een gebruiksrecht heeft ten aanzien van het dak in de vorm van een huurovereenkomst. De tweede overeenkomst ziet op de lease van de zonnepanelen van de exploitant aan de gebouweigenaar. De exploitant treedt op als huurder van het dak (overeenkomst 1) en als verhuurder bij de leaseovereenkomst van de zonnepanelen (overeenkomst 2). De gebouweigenaar vervult de rol van verhuurder van het dak (overeenkomst 1) en is op zijn beurt als huurder betrokken bij de leaseovereenkomst van de zonnepanelen (overeenkomst 2). Kan de curator na het faillissement van de gebouweigenaar de voornoemde overeenkomsten aantasten?

Voor wat betreft de eerste overeenkomst is het de curator verboden om de huurovereenkomst op te zeggen; dit wordt immers aangemerkt als actief wanpresteren. Zoals ik heb besproken in paragraaf 2, rechtvaardigt de bijzondere positie van de huurder dat de Hoge Raad deze partij een faillissementsbestendige verbintenisrechtelijke aanspraak geeft. Huurders genieten nu eenmaal een sterkere bescherming in het maatschappelijk verkeer dan andere schuldeisers. Wettelijke regels, zoals de regel ‘koop breekt geen huur’, gelden ook voor de curator.<sup>50</sup> Het faillissement van de gebouweigenaar tast daarom het voortbestaan van de huurovereenkomst ten aanzien van het dak, waarbij de gebouweigenaar als *verhuurder* optreedt, niet aan. Dit is anders bij de tweede overeenkomst – de lease-

<sup>48</sup> M.A.B. Chao-Duivis, *Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen* (deel II), TRB 2017, afl. 10, p. 1032-1041.

<sup>49</sup> Zie art. 3:4 lid 1 BW. NB Aangezien het een slimme gevel betreft – waarvan het idee juist is dat deze zonder beschadiging kan worden vervangen –, zal afscheiding van de hoofdzaak doorgaans niet leiden tot beschadiging van betekenis aan één van die zaken. Van bestanddeelvorming op grond van art. 3:4 lid 2 BW zal in de meeste gevallen aldus geen sprake zijn.

<sup>50</sup> G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Faillissementswet*. Heruitgave Van der Feltz I 1896 (Onderneming en Recht nr. 2-I), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 409.

overeenkomst van de zonnepanelen –, waarbij de failliete gebouweigenaar optreedt als *huurder*. Op grond van art. 39 Fw is de curator wel bevoegd om deze overeenkomst op te zeggen. Aangezien de huurprijs die verschuldigd is op basis van de leaseovereenkomst wordt aangemerkt als een boedelschuld, wil de curator de leaseovereenkomst hoogstwaarschijnlijk opzeggen.<sup>51</sup> Om ervoor te zorgen dat de exploitant zijn zonnepanelen na opzegging van de leaseovereenkomst niet verliest door natrekking in het gebouw van de failliete gebouweigenaar, kan het wettelijke wegneemrecht van de huurder, zoals bedoeld in art. 7:216 lid 1 BW, uitkomst bieden.<sup>52</sup> De obstakels ten aanzien van het wegneemrecht van de leverancier, zoals genoemd in paragraaf 3, spelen hier geen rol, aangezien we hier met een wettelijk wegneemrecht te maken hebben.

Als de exploitant zijn aanspraken in de vorm van een huurovereenkomst giet, heeft hij hoogstwaarschijnlijk een faillissementsbestendig gebruiksrecht én een wettelijk wegneemrecht om op terug te vallen. Een passief geformuleerd gebruiksrecht in de vorm van een huurovereenkomst lijkt aldus een werkend alternatief te zijn voor het vestigen van een goederenrechtelijk recht.

### 5 Conclusie

In deze bijdrage heb ik bedenkingen geuit over de verschuiving van goederenrechtelijke rechtsfiguren naar obligatoire verhoudingen bij het vormgeven van juridische constructies binnen de circulaire economie. Twee belangrijke knelpunten hierbij zijn dat wederkerige overeenkomsten vaak niet faillissementsbestendig zijn en dat uitoefening van een contractueel overeengekomen wegneemrecht ten tijde van faillissement hoogstwaarschijnlijk niet is gewaarborgd.

Ik ben ingegaan op de faillissementsbestendigheid van wederkerige overeenkomsten, waaruit volgt dat de reikwijdte van het keuzerecht van de curator op het gebied van actief en passief wanpresteren niet zo sterk aan banden is gelegd als in de literatuur wel eens wordt aangenomen. Het Nebula-arrest vormt hoogstwaarschijnlijk nog steeds de uitgangssituatie, hetgeen betekent dat de curator vanuit het oogpunt van de *paritas creditorum* in beginsel overeenkomsten kan aantasten. Met het Berzona-arrest lijkt de Hoge Raad echter een lichte koerswijziging te hebben geïntroduceerd: de gebruiksrechten die zijn

vastgelegd in huur- en licentieovereenkomsten moeten door de curator worden gerespecteerd, aangezien de beëindiging van dergelijke overeenkomsten onder het verbod op actieve wanprestatie valt.

Daarnaast heb ik in deze bijdrage aangekaart dat contractueel geformuleerde wegneemrechten ten aanzien van bouwelementen hoogstwaarschijnlijk geen waarborg bieden voor een leverancier om zijn geleverde product uit het gebouw van een failliete gebouweigenaar te kunnen verwijderen. Het gebruik van een contractueel wegneemrecht levert vanwege zijn onzekere rechtskarakter, het eigendomsrecht van de failliet, de natrekking en de bestanddeelvorming een geheel nieuw scala aan problemen op, dat het gebruik van verbintenisrechtelijke rechten in dit kader aanzienlijk beperkt.

De verwachting is dat de exploitant en de leverancier in de door mij als voorbeeld genoemde praktijkcasussen 1 en 2 na het faillissement van de gebouweigenaar met lege handen staan. Zij moeten hun vordering indienen ter verificatie bij de curator voor het verkrijgen van een vaak geringe (of soms zelfs geen) schadevergoeding. De exploitant in praktijkcasus 3 kan wel aan de gevolgen van het faillissement ontsnappen, aangezien een huurovereenkomst vermoedelijk valt onder het verbod op actieve wanprestatie door de curator en de huurder gebruik kan maken van een wettelijk wegneemrecht op grond van art. 7:216 lid 1 BW.

Kortom, obligatoire concepten bieden momenteel nauwelijks een alternatief voor goederenrechtelijke rechtsfiguren op het gebied van faillissementsbestendigheid en de effectiviteit van het wegneemrecht. Totdat de Hoge Raad duidelijkheid verschaft, kunnen verbintenisrechtelijke aanspraken daarom slechts in een enkel geval worden ingezet bij juridische duurzaamheidsconstructies. Enige voorzichtigheid is dus geboden bij de toepassing van obligatoire verhoudingen voor de transitie naar een meer circulaire economie.

51 HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:42 (Doka/mr. Kalmijn q.q.).

52 Zoals benoemd in par. 3.1 kent het BW een aantal wegneemrechten op grond waarvan aan iemand de bevoegdheid toekomt de door hem aangebrachte (veelal nagetrokken) zaak af te scheiden. Het wettelijke wegneemrecht van de huurder ex art. 7:216 lid 1 BW is hier een voorbeeld van. Voor het uitoefenen van dit wettelijke wegneemrecht is onder meer vereist dat het gaat om een door de huurder aangebrachte zaak – de zonnepanelen – en dat het gehuurde – het dak – bij wegneming in een toestand wordt gebracht die redelijkerwijs in overeenstemming is met de oorspronkelijke staat. Zie voor meer informatie over de faillissementsbestendigheid van een gebruiksrecht in de vorm van een huurovereenkomst en het wettelijke wegneemrecht van de huurder bijv. W. Nooteboom, Natrekkingsperikelen in de circulaire bouwpraktijk: het huurrechtelijke wegneemrecht als verbintenisrechtelijke oplossing?, HIP 2023, afl. 6, p. 20-26.