

## Licentie & faillissement<sup>(1)</sup>

### Inhoud

1. Inleiding
  2. Algemeen vermogensrechtelijke noties
    - 2.a. karakteristiek van de licentie
    - 2.b. overdraagbaarheid
    - 2.c. overgang
    - 2.d. gevolgen ontbinding/beëindiging na overdracht
  3. Faillissementsrechtelijke noties
    - 3.a. werking faillissement
    - 3.b. toepassing art. 37 Fw
    - 3.c. de afkoelingsperiode
    - 3.d. failleren licentienemer
    - 3.e. failleren licentiegever
  4. Ontsnappingsconstructies
    - 4.a. beperkt recht
    - 4.b. afgesplitst en geleverd recht van gebruik
    - 4.c. huur
  5. Slot
- Eindnoten

### 1. Inleiding

Failleert de licentienemer en komt diens curator niet na, dan reikt de curator de licentiegever de ontbinding aan, met het gevolg dat curator de licentie niet meer kan gebruiken of overdragen. De curator van de licentiegever daarentegen is het zelfs niet echt gegeven te wanpresteren. In beide faillissementssituaties roept hetgeen feitelijk in het kader van de licentie ter beschikking gesteld is – hier afgemeten aan de knowhow-licentie – extra verwikkeling op.

Deze studie is uitgelokt door mijn vriendschappelijke, inspirerende discussies met Quaedvlieg, die zich in de effecten van faillissement op intellectuele eigendomslicenties verdiepte.<sup>(2)</sup> In zijn observaties kan ik mij – een op een enkel punt afwijkende opinie komt hieronder aan de orde – vinden. Wel vul ik aan, omdat in faillissement immers niet alleen licenties op intellectuele eigendom voorkomen, welke beperking boek 9 NBW voor Quaedvlieg nu eenmaal meebracht. Bewust neem ik dan ook niet de intellectuele eigendomslicentie, maar een ‘algemener type’ licentie als onderwerp, geabstraheerd van de vraag wat precies het voorwerp van de licentie is.

Is een recht van intellectuele eigendom voorwerp van een licentie, dan krijgt de behandeling van de licentie – ook in faillissement – zijn weerslag van de bij het desbetreffende recht behorende wettelijke bepalingen, die soms zelfs de licentie uitdrukkelijk regelen.<sup>(3)</sup> Voor licenties op niet afzonderlijk geregelde rechten geldt het algemene vermogensrecht. Het doordenken van de gevolgen daarvan is niet alleen van belang voor deze laatste licenties, maar ook verhelderend voor de intellectuele eigendomslicenties: heeft de bijzondere wet voor een bepaald facet geen voorziening, dan is daarvoor immers – ook bij intellectuele eigendomslicenties – het algemene vermogensrecht bepalend. Analogie komt pas aan de orde als de

toepasselijke rechtsregels niet naar een rechtens aanvaardbare oplossing voeren.

Eerst ga ik in op het karakteristieke, het basis-type dat in iedere licentie aan te wijzen valt, en de vermogensrechtelijke noties, die – ook in faillissement – het speelveld afperken: overdracht/overgang en ontbinding/beëindiging. In hoofdstuk 3 zet ik de werking van het faillissement uiteen, om daarna na te gaan wat rond het basis-type van de licentie de faillissementsrechtelijke effecten zijn, uitgesplitst naar failleren van de licentienemer (onder 3.d) en de licentiegever (onder 3.e).

Voor licenties is nogal eens gezocht naar bijzondere juridische typeringen. Daarvoor ga ik in hoofdstuk 4 na in hoeverre die tot afwijkende consequenties leiden.

## **2. Algemeen vermogensrechtelijke noties**

### ***2.a. Karakteristiek van de licentie***

Vermogensrechtelijk is de licentie niet gedefinieerd. De praktijk laat het volgende zien. In de regel wordt de licentie gecreëerd door middel van een wederkerige overeenkomst.<sup>(4)</sup>

De verschijningsvorm loopt uiteen per overeenkomst, de achtergrond waarin die is ingebed en het voorwerp van de licentie. Het voorwerp van licentie (hierna: het moederrecht) behoeft niet een recht van intellectuele eigendom te zijn, ook geen absoluut recht, en zelfs niet een recht dat al bestond voor het aangaan van de licentie-overeenkomst.

Zo is nog steeds niet volledig buiten kijf of de Handelsnaamwet een recht op de gevoerde naam geeft, dan wel slechts acties tegen gebruik van namen door anderen verschaft.<sup>(5)</sup> In de laatste visie heeft de handelsnaamlicentie – vaak een essentiale van een franchiseformule – geen al voor de licentie bestaand moederrecht, al had de licentiegever zich wel tegen ongeoorloofd, verwarringwekkend voeren van de naam kunnen verzetten.

Nog meer springt dat in het oog bij knowhow-licentie, reden waarom ik die hierna nogal eens als meetlat gebruik. Naar Nederlands recht bestaat het (vermogens)recht op knowhow als zodanig (nog) niet.<sup>(6)</sup> Ook buiten het risico van acties uit onbehoorlijke mededinging e.d.,<sup>(7)</sup> kan men bepaalde knowhow onder een licentie aan willen trekken, omdat zulks efficiënter is dan deze zelf te ontwikkelen of bijvoorbeeld omdat deze in een totaalpakket met iets anders wordt aangeboden – bepaalde machinerieën – waar de behoefte op gericht is, maar die de producent niet levert zonder het aangaan van een overeenkomst met betrekking tot de knowhow. De licentienemer krijgt in de regel de verplichting de knowhow geheim te houden, die slechts overeenkomstig de afspraken te gebruiken en na afloop van de licentie niet meer te gebruiken, en dergelijke. De stok waarmee de licentiegever kan slaan wordt dan door partijen bij het aangaan van de licentie in het leven geroepen op puur obligatoire basis en met als enige beweegreden de overweging dat de één iets te bieden heeft waar de ander behoefte aan heeft. Moederrecht en licentie vallen dan niet te (onder)scheiden. Om praktische redenen heb ik het ook dan over een moederrecht, hoewel daarbij genoteerd moet worden, dat in die gevallen niet werkelijk iets van een eerder bestaand recht afgeleid is. In essentie is de licentie daarmee de toezegging van de licentiegever – onder de condities en voor het tijdsbestek als verder in de overeenkomst bepaald – af te zien van zijn bevoegdheid om tegen de gedraging van de licentienemer op te treden,<sup>(8)</sup> welke bevoegdheid niet al behoeft te bestaan voor het aangaan van de licentieovereenkomst.<sup>(9)</sup> Voor deze essentie is slechts relatieve werking – tussen licentiegever en licentienemer – vereist. Derdenwerking, noch overdraagbaarheid zijn daarvoor noodzakelijk. De essentie<sup>(10)</sup> van een licentie is dus een vorderingsrecht, gelegen in een door de licentiegever op zich genomen onthoudingsverplichting en de daaraan ontleende aanspraak van de licentienemer. Dit vorderingsrecht beschouw ik daarom als het basis-type en met de term licentie duid ik hierna telkens op dit

vorderingsrecht. Per saldo heeft in dit basistype de licentienemer toestemming van de licentiegever voor zijn gedraging. Het gegeven, dat die toestemming belichaamd is in een verplichting tot en een aanspraak op onthouding,<sup>(11)</sup> is bepalend voor een aantal consequenties in faillissement.<sup>(12)</sup>

Aan deze essentie worden naar de behoeften van partijen paraferalia toegevoegd, vaak ook geïndiceerd doordat de licentieverhouding meer moederrechten omvat.<sup>(13)</sup> Soms krijgt de licentieverhouding daardoor karaktertrekken van benoemde overeenkomsten<sup>(14)</sup>, van een exploitatieovereenkomst of sluit zij aan bij de wettelijke bepalingen omtrent enig recht van intellectuele eigendom, waaraan uiteenlopende vormen van derden- of goederenrechtelijke werking ontleend kunnen worden.<sup>(15)</sup> Te onderscheiden is dan ook tussen enerzijds de licentie, het vorderingsrecht gebaseerd op de toezegging van de licentiegever af te zien van zijn bevoegdheid tot optreden, en anderzijds de licentieovereenkomst, waarin de eerste vervat is en die de voorwaarden vastlegt en paraferalia toevoegt. Dat onderscheid is onder meer van belang voor de overdraagbaarheid: cessie tegenover contractsovername.<sup>(16)</sup>

## **2.b. Overdraagbaarheid**

Juist ook voor de faillissementssituatie is het van belang voor ogen te hebben of en wanneer een licentie overdraagbaar is; dat raakt immers direct aan de – later te bespreken – vragen of de licentiegever het recht aan de boedel kan onttrekken en of de curator het effectief te gelde kan maken.

Zoals volgt uit 6:159 BW kan een contractspartij zijn hoedanigheid niet overdragen, tenzij met medewerking van zijn contractpartner. In tegenstelling tot de verplichtingen<sup>(17)</sup> zijn de rechten uit een overeenkomst in beginsel wel overdraagbaar.<sup>(18)</sup> In het basis-type, immers een vorderingsrecht, is de licentie dus in principe<sup>(19)</sup> voor de licentienemer – ook tegen de wil van de licentiegever – overdraagbaar.<sup>(20)</sup>

In de praktijk ligt dat echter anders: in dit soort contracten wordt vrijwel altijd<sup>(21)</sup> bepaald dat de rechten uit het contract niet overdraagbaar zijn. Die uitsluiting heeft werking tegenover derden: een vordering wordt 'voor wat betreft de vraag of zij vatbaar is voor overdracht, ook tegenover derden-verkrijgers, bepaald door de rechtsverhouding waaruit zij voortvloeit'.<sup>(22)</sup> De uitsluiting van de overdraagbaarheid beperkt daarmee het recht zelf en een derde verkrijgt daarom niets bij overdracht.

Bij deze derdenwerking wijst Meijers<sup>(23)</sup> op 3:36 BW: de bescherming van onwetende derden die te goeder trouw op de verklaring van partijen zijn afgegaan. In de praktijk bij licenties is te goeder trouw onwetend zijn van een overdraagbaarheidsuitsluiting slecht voorstelbaar: een overdracht zal vrijwel altijd gebeuren onder overlegging van de overeenkomsten waar het recht op stoelt, zodat de verkrijger ten aanzien van het onoverdraagbaarheidsbeding vrijwel nooit te goeder trouw in onwetendheid kan verkeren. Zelfs zou ik nog wel durven verdedigen, dat een partij die zich een – naar algemeen bekend is – complex en in de regel minutieus geregeld recht als een licentie laat overdragen zonder van de overeenkomsten kennis te nemen, alleen al om die reden niet te goeder trouw onwetend is, immers aan de eigen als minimum te vergen onderzoeksverplichting niet voldaan heeft.<sup>(24)</sup>

## **2.c. Overgang**

Attentie verdient de mogelijkheid van overgang van rechtswege ex 6:251 BW als kwalitatief recht behorend bij een overgedragen goed: met overtuigende argumenten uit de wetsgeschiedenis is aangetekend,<sup>(25)</sup> dat licenties op deze wijze als verknocht onderdeel van de onderneming mee over kunnen gaan, bijvoorbeeld ook wanneer de curator uit de faillissementsboedel een onderneming overdraagt. In principe geldt hetzelfde voor licenties, welke verstrekt zijn op knowhow om geleverde machines te kunnen gebruiken, ingeval de curator die laatsten van de hand doet. Gevolg van deze overgang is ook dat de overnemer uit kracht van de wet gebonden wordt terzake van eventuele royalty-verplichtingen na de overgang.<sup>(26)</sup>

Natuurlijk laat niet iedere binding aan een goed een recht met dat goed overgaan als kwalitatief recht.<sup>(27)</sup> Vooropgesteld zij, dat 6:251 BW slechts betekenis heeft voor de overgang. De vatbaarheid voor deze overgang betekent dus niet dat aan de betrokken licentie een bijzonder juridisch karakter toegeschreven kan worden.<sup>(28)</sup> Vereist is wel dat het recht algemeen voor overgang vatbaar is. De vraag is natuurlijk of de overgang als kwalitatief recht ook plaatsvindt indien de overdracht door de licentiegever was uitgesloten. Weliswaar is overgang naar mijn mening niet gelijk te stellen aan een overdracht door partijen, zodat de werking, die 3:83 lid 2 aan een onoverdraagbaarheidsbeding geeft, geen sluitend beletsel behoeft te zijn. De MvA<sup>(29)</sup> neemt dat echter wel aan: " Ook zullen dergelijke rechten vaak niet voor overdracht en dus ook niet voor de onderhavige overgang vatbaar zijn;" In dat voetspoor gaat de literatuur er vanuit,<sup>(30)</sup> dat de overgang van 6:251 niet plaats vindt indien overdraagbaarheid in de zin van 3:83 lid 2 uitgesloten is. Die uitsluiting komt algemeen voor<sup>(31)</sup> en de overgang als kwalitatief recht liet in de praktijk bij licenties dan ook nog geen zichtbare sporen na.

Een nieuwe vorm van overgang treedt in werking wanneer de regeling op splitsing van rechtspersonen van kracht wordt.<sup>(32)</sup> Met de (af)splitsing van een onderneming(sdeel) kan dan ook een licentie-verhouding overgaan. Dat is krachtens de wet een overgang onder algemene titel.<sup>(33)</sup> Ook zonder medewerking van de contractpartner gaat de hele contractuele verhouding dus over.<sup>(34)</sup> Van de juridische splitsing is het juist ook de bedoeling,<sup>(35)</sup> dat die een instrument voor het beheer en de executie bij faillissement gaat opleveren, doordat de curator hiermee gezonde bedrijfsonderdelen kan afzonderen en te gelde maken. De consequentie van de hiervoor besproken opvatting in de MvA<sup>(36)</sup> bij de overgang als kwalitatief recht is, dat een onoverdraagbaarheidsbeding meebrengt dat de licentie ook voor overgang niet vatbaar is, zodat dit beding de overgang bij (af)splitsing tegen zou houden. Het gevolg zou zijn, dat buiten medewerking van de licentiegever nooit gekozen moet worden voor de 'zuivere splitsing', maar altijd voor de 'afsplitsing', waarbij het ondernemingsdeel met de licentie achterblijft bij de splitsende rechtspersoon en zodoende een overgang vermeden wordt. Daarmee wordt de splitsing in faillissement echter vrijwel nutteloos, doordat de licentie dan in het sterfhuis achterblijft. Wordt deze leer uit de MvA doorgetrokken, dan lijkt het er daarom op, dat voor licenties overgang door splitsing zomin als de overgang als kwalitatief recht veel betekenis zal krijgen.

Op het eerste gezicht zou ik deze consequentie in strijd met de ratio van de splitsingsregeling achten. Hij wordt echter meteen redelijk aanvaardbaar indien in de overweging betrokken wordt, dat partijen het ook in hun macht hebben de licentie na de overgang te laten eindigen op de wijzen als in de volgende paragraaf aan de orde komt.

Op dit moment kan al met al in het basistype de licentie dus slechts met medewerking van licentienemer en licentiegever overgedragen worden, tenzij verzuimd zou zijn de onoverdraagbaarheid te bedingen.

#### **2.d. Gevolgen ontbinding/beëindiging na overdracht**

Evenzeer is het voor de faillissementssituatie van belang voor ogen te hebben in hoeverre de licentieverhouding vermogensrechtelijk aan ontbinding of beëindiging onderhevig is. Juist in die situatie zullen partijen naar deze middelen grijpen om hun schade te beperken.

Is de overdraagbaarheid van de licentie niet (met effect) uitgesloten, dan kan overdracht of -gang van de licentie plaats vinden, zij het natuurlijk niet verder reikende<sup>(37)</sup> dan het recht zoals de licentienemer dat aan het contract kon ontlenen.<sup>(38)</sup> Zodra uit de verhouding tussen de licentiegever en de oorspronkelijke licentienemer voortvloeit dat de licentie eindigt<sup>(39)</sup> of de overeenkomst ontbindt, is daarmee ook het recht zoals aan de derde overgedragen afgelopen.<sup>(40)</sup> Reden waarom 6:149 BW de schuldenaar die de ontbinding inroept, verplicht de nieuwe schuldeiser zo spoedig mogelijk daarvan mededeling te doen.<sup>(41)</sup>

Voorts kunnen partijen bepalen wat tussen hen als toerekenbare tekortkoming te gelden heeft.<sup>(42)</sup>

Daarmee wordt de ontbinding, desgewenst geëffectueerd bij eenvoudig bericht buiten rechte,<sup>(43)</sup> tot het instrument van partijen gemaakt. De tekortkoming kan ook bij partijbeding tot ontbindende voorwaarde gestempeld worden.<sup>(44)</sup> Het is gebruikelijk zulke betekenis te geven aan faillissement of de surseance van een contractspartij, aan wijziging van de rechtsvorm en aan verschuiving van zeggenschap over (een deel van) haar onderneming.<sup>(45)</sup>

Mij dunkt dan ook dat – gezien de gebruikelijke bedingen – een licentiegever in de praktijk zelden of nooit lange tijd tegen zijn wil gebonden zal zijn aan een rechtsopvolger van zijn licentienemer.

### **3. Faillissementsrechtelijke noties**

#### ***3.a. Werking faillissement***

Voorzover de Faillissementswet (of een enkele verspreide wetsbepaling<sup>(46)</sup> c.q. jurisprudentie) geen uitzondering maakt, verandert door het faillissement niets aan de rechten (obligatoire of goederenrechtelijke) en plichten aan deze of gene zijde. Tot de faillissementsboedel behoren, en de curator heeft dus, niet meer rechten noch minder verplichtingen dan de failliet voor het faillissement had.<sup>(47)</sup> Dat vloeit voort uit de strekking van het faillissement: een beslag op het vermogen van de schuldenaar met het uitsluitende doel dat vermogen ten bate van de crediteuren te executeren.<sup>(48)</sup> Het uitgangspunt van de wet is dus dat aan vermogen, verbintenissen en verhoudingen en daarmee derhalve ook aan de bevoegdheid op te zeggen te beëindigen of te ontbinden niets verandert.<sup>(49)</sup> In hoofdzaak wordt slechts het voldoen aan de verplichtingen aan de zijde van de failliet over de uitdelingslijst geleid om de verdeling van het actief volgens de wet over alle crediteuren te doen plaatsvinden.<sup>(50)</sup> Ten aanzien van wederkerige overeenkomsten zegt de Toelichting ten overvloede nog eens dat de faillietverklaring uit de aard der zaak niet de minste invloed uitoefent.<sup>(51)</sup>

Een onoverdraagbaar recht wordt door het faillissement dus niet alsnog overdraagbaar.<sup>(52)</sup> Een overeenkomst, die wegens tekortkoming ontbonden kan worden, wordt niet onontbindbaar.<sup>(53)</sup> Het tenietgaan van een beperkt recht door de ontbinding, het aflopen of het opzeggen als bij de vestiging van het recht voorzien, wordt door het faillissement niet tegengehouden.<sup>(54)</sup> Wie een prestatie van de boedel nodig heeft, moet in principe laten verifiëren voor de uitdeling. Wie geen uitdeling of medewerking van de curator daarbij nodig heeft, kan in beginsel zijn rechten, die het faillissement immers niet bekort, uitoefenen.

#### ***3.b. Toepassing art. 37 Fw***

Met terzijde laten van enkele zeer specifieke bepalingen<sup>(55)</sup> geeft art. 37 Fw de belangrijkste afwijking van dat uitgangspunt, en wel voor de situatie waarin beide contractspartijen bij de wederkerige overeenkomst nog niet geheel hebben gepresteerd. Verklaart de curator zich niet binnen de daartoe door de wederpartij gestelde termijn bereid de overeenkomst na te komen dan behoeft de wederpartij geen vordering tot nakoming meer te vreezen. Zij kan naar eigen wens besluiten tot verificatie wegens niet nakomen of tot (partiële) ontbinding.<sup>(56)</sup> Aangezien tegenwoordig buitengerechtelijke ontbinding mogelijk is,<sup>(57)</sup> is het in dat opzicht niet van belang, dat ontbinding niet meer het gevolg is van vorenbedoeld “niet verklaren” door de curator. De gevolgen van niet-nakoming treden ingevolge 6:40 sub a of 6:80 BW in.<sup>(58)</sup> Zowel de vorderingen tot vergoeding van schade als tot ongedaanmaking na ontbinding worden als concurrente schulden aangemeld ter verificatie.<sup>(59)</sup> Verklaart de curator na te willen komen, dan wordt de volledige verdere verplichting boedelschuld en heeft hij zekerheid voor de nakoming te stellen.<sup>(60)</sup> Indien de wederpartij toch al vermogensrechtelijk grond heeft om te ontbinden, kan zij in plaats van 37 Fw

te volgen<sup>(61)</sup> ook zonder meer ontbinden.<sup>(62)</sup> Is vermogensrechtelijk echter ingebrekestelling vereist, dan is toepassen van 37 Fw voor de hand liggend: gewone ingebrekestelling verplicht de curator immers niet tot zekerheidsstelling.

Art 37 Fw kan uitsluitend toegepast worden ingeval geen van beide contractspartijen volledig gepresteerd heeft. Aan de zijde van de licentienemer zal dat meestal goed bepaalbaar zijn. Aan de zijde van de licentiegever echter hangt dat samen met het karakter, dat wordt toegedicht aan de licentie in het algemeen en aan de in concreto door de licentiegever op zich genomen verplichting. Ik meen dat als hoofdregel genomen kan worden, dat de licentiegever nog niet volledig nagekomen heeft. De hoofdverplichting van de licentiegever is immers, dat hij zich voor de duur van de licentie onthoudt van optreden tegen het gedrag van de licentienemer.<sup>(63)</sup> In de regel zal daarom zijn prestatie niet voor het einde van de licentie als voltooid beschouwd kunnen worden. Van dat uitgangspunt is pas af te wijken in het geval de concrete rechtsverhouding de aanwijzingen levert, waaruit moet volgen, dat de prestatie van de licentiegever reeds voltooid was. Ik vraag mij zelfs af of dat wel ooit uit de aanwijzingen kan volgen. Daarbij moet wel in het oog worden gehouden, dat in het bepalen van de verplichte prestatie partijen het primaat hebben gehad,<sup>(64)</sup> naast de aard van de overeenkomst, de wet, de gewoonte en de eisen van redelijkheid en billijkheid.<sup>(65)</sup> In hoofdstuk 4 komen wat constructies aan de orde, waarin het op zijn minst genomen de bedoeling van partijen is de hoofdprestatie van de licentiegever tot een enkelmalige te maken.

### **3.c. De afkoelingsperiode**

Een tijdelijke uitzondering op het uitgangspunt dat het faillissement geen wijziging betekent in de vermogensrechtelijke betrekkingen, treedt op door het gelasten van een afkoelingsperiode:<sup>(66)</sup> wie verhaal op goederen in de boedel kan nemen of goederen uit het faillissement kan halen, bijvoorbeeld na ontbinding van de overeenkomst krachtens welke zij zich onder de failliet bevonden, wordt daar gedurende de afkoelingsperiode vanaf gehouden. Aangezien de bepaling ziet op goederen en dus ook op vermogensrechten, is er potentieel effect bij licenties. In werkelijkheid is dat effect er echter niet. Dat komt doordat de opzegging, beëindiging of ontbinding van licenties, zoals hiervoor besproken,<sup>(67)</sup> partijen bevrijdt van de verbintenissen, dan wel de van het moederrecht afgesplitste bevoegdheden vrij laat vallen, zonder dat daar iets voor opgeëist behoeft te worden of enige medewerking van de curator bij vereist is.<sup>(68)</sup> Ook kan het gelasten van zo'n periode – op zichzelf – niet verplichten tot voortzetting van de verhouding.<sup>(69)</sup>

Zijdelings kan er effect zijn, doordat in dezelfde verhouding vaak ook goederen geleverd zijn, die zich wel in de macht van de curator bevinden. Voor de vraag hoe deze bijvoorbeeld een bedrijf voorlopig voort moet zetten met gebruikmaking van de geleaste machines, hoewel hij niet meer over de knowhow mag beschikken, heeft de wetgever geen oplossing aangeleverd.<sup>(70)</sup>

### **3.d. Failleren licentienemer**

Failleert de licentienemer, dan vallen in de boedel de rechten, zoals hij die aan de licentieovereenkomst kon ontlenuen.<sup>(71)</sup> De boedel heeft belang bij de licentieverhouding, zolang het bedrijf wordt voortgezet, maar daarnaast heeft de curator te bezien of de licentie een vermogensbestanddeel in de boedel vormt, dat hij kan vervreemden. Dat kan natuurlijk alleen aan de orde komen, indien de licentie bij faillissement in tact blijft. Dat zal vaak niet het geval zijn, doordat de curator stuit op het gebruikelijke beding dat faillissement tot een toerekenbare tekortkoming of een ontbindende voorwaarde bestempelt. De licentiegever is – in het eerste geval na een ontbindingsverklaring – voor de toekomst van de verplichtingen onder de licentie ontslagen en hij kan weer over het moederrecht beschikken,<sup>(72)</sup> zoals hem goed dunkt. Partijen worden eenvoudig van hun verbintenissen bevrijd.<sup>(73)</sup>

Is een dergelijk beding er niet, dan heeft de licentiegever te bezien of art 37 Fw toepasselijk is. Is dat niet het geval, doordat uitsluitend hijzelf nog te presteren heeft, dan kan hij de aanspraak van de curator op volledige nakoming tegemoet zien. Is het de licentiegever zelf, die volledig<sup>(74)</sup> gepresteerd heeft, dan zijn de vorderingen op de failliet voorzover onder tijdsbepaling meteen opeisbaar,<sup>(75)</sup> zodat de curator volledig zal moeten voldoen om over de licentie te blijven beschikken. Doet deze dat niet, dan staat de licentiegever de ontbinding ter beschikking. Aandacht moet daarbij wel besteed worden aan de vraag of het gaat om vorderingen onder tijdsbepaling en niet om vorderingen, die inhoudelijk tijdgebonden zijn.<sup>(76)</sup> Die laatste zijn niet meteen opeisbaar.<sup>(77)</sup>

Heeft ieder van partijen nog te presteren, dan stelt de licentiegever de curator de termijn van 37 Fw. Wil deze over de licentie beschikken, dan zal hij zich niet alleen tot nakoming bereid moeten verklaren, maar voorts ook zekerheid daarvoor moeten kunnen stellen.

Wordt de licentiegever te eniger tijd niet volledig voldaan, dan zal hij tot ontbinding voor de toekomst overgaan om zich verder te laten verifiëren voor de reeds vervallen royalties en de schade/waardevergoeding.<sup>(78)</sup> Volledige ontbinding is in de regel niet zinvol bij licenties en gezien de mogelijke risico's af te raden.<sup>(79)</sup>

Quaedvlieg<sup>(80)</sup> heeft behartenswaardige opmerkingen gemaakt over de vraag of de curator de licentiegever van ontbinding kan afhouden met beroep op 'misbruik van recht'. Met hem ben ik van mening, dat het zelden zo zal zijn, dat de licentiegever bij de ontbinding geen rechtens respectabel belang zal hebben en dat bij een weging van belangen het niet makkelijk voorstelbaar is, dat de licentiegever zijn op zichzelf respectabele belangen niet mag laten voorgaan door zijn rechten uit te oefenen; misbruik van recht blijft een typische uitzonderlijke omstandigheden-remedie. Ik teken hier volledigheidshalve bij aan, dat dezelfde vragen opgeworpen kunnen worden door de licentiegever voor het inverse geval: maakt de curator misbruik van recht door de licentie over te dragen onder de omstandigheden van het geval?

Komt er om een van de hiervoor besproken redenen een einde aan de licentieverhouding, dan beschikt de boedel dus niet meer over de licentie. Er is geen toestemming meer voor de met de licentie gemoeide gedragingen en de licentiegever is van zijn onthoudingsverplichting ontslagen. Zou de curator de gedraging toch laten voortzetten, dan kan de licentiegever zich daartegen weer met de normale middelen verzetten.<sup>(81)</sup> Dat vereist uiteraard wel, dat de rechtsgronden daarvoor los van de licentieovereenkomst bestaan.<sup>(82)</sup> De aanspraken tot nakoming van de verbintenissen vóór het faillissement aangegaan,<sup>(83)</sup> zoals de verplichting in de licentieovereenkomst om de knowhow na afloop niet meer te gebruiken, heeft de curator immers in beginsel naar verificatie te verwijzen.<sup>(84)</sup> Voortzetten van het gebruik van de knowhow, waarover de boedel na afloop van de licentie feitelijk nu eenmaal beschikt en die de curator dus in het belang van de gezamenlijke crediteuren aan te wenden heeft, moet al – in weerwil van de wettelijke taak van de curator – kwalificeren als onrechtmatig handelen jegens de licentiegever, wil deze er direct iets aan kunnen doen.

De vraag is, hoeveel anders de gevolgen zijn in het geval de licentie uitsluitend betrekking had op een niet buiten de licentieverhouding om bestaand moederrecht?<sup>(85)</sup> Anders dan bij een intellectuele eigendomslicentie is er dan geen absoluut recht toebehorend aan de licentiegever, waar de licentienemer door voortzetten van zijn gedraging een inbreuk op maakt.

Bij de handelsnaamlicentie kon de licentiegever zich in ieder geval op basis van de Handelsnaamwet tegen verwarrend gebruik van de naam verzetten. Ik ga ervan uit dat die bevoegdheid na afloop van de licentie weer bestaat.

Gecomplceerder ziet dat er uit bij de knowhow-licentie: vóór de licentieverhouding had de licentiegever – behoudens bijzondere omstandigheden – geen mogelijkheid een ander van gebruik van de knowhow te weerhouden. In de licentieovereenkomst zal de licentienemer zich normaal gesproken verplicht hebben de

hem verschaft knowhow geheim te houden en na afloop van de licentie niet meer te gebruiken. Daar kan de licentiegever nakoming van afdwingen in het normale geval. Is de licentienemer echter gefailleerd, dan beroept de licentiegever zich tegenover de boedel erop, dat hij nakoming van een verbintenis verlangt. (Anders dan bij intellectuele eigendomslicenties beschikt hij niet over een recht, buiten dit obligatoire, waarop door de gedraging inbreuk wordt gemaakt.) De curator zal hem daarvoor naar de verificatie kunnen/moeten verwijzen. De vraag is dan nog of – ook buiten een dergelijk beding – het voortzetten van het gebruik van de knowhow een onrechtmatig handelen van de boedel/curator is tegenover de licentiegever, die daar dan – zonedig bij wege van voorlopige voorziening in kort geding een verbod op kan vragen. Onrechtmatigheid is natuurlijk bij uitstek een kwalificatie, die slechts uit alle feiten en omstandigheden van het geval tezamen kan volgen. Er moet natuurlijk heel wat aan de hand zijn alvorens geconcludeerd kan worden, dat het handelen van de curator overeenkomstig zijn wettelijke taakstelling, die inderdaad nogal eens meebrengt, dat hij geldende aanspraken niet behoeft te honoreren en dus legitieme belangen mag schenden, onrechtmatig is.

Zeker de in kort geding aan de curator opgelegde en verbeurde dwangsommen, maar mijns inziens ook de vergoeding van de schade veroorzaakt door het onrechtmatig gedrag zijn dan boedelschulden, die derhalve niet op de verificatie behoeven te wachten.<sup>(86)</sup>

Geeft de curator geen gelegenheid tot ontbinding door de verplichtingen van de licentienemer na te blijven komen<sup>(87)</sup> en bij toepassing van 37 Fw zekerheid te stellen, dan blijft de licentie in tact, waarbij de licentiegever hem in beginsel niets in de weg kan leggen. Desgewenst kan de curator nakomen c.q. zekerheid verschaffen met de financiële hulp van een derde, bijvoorbeeld ook de beoogde verkrijger. Deze kan in beginsel zelfs de royalties direct betalen: hij mag immers de schulden van de licentienemer voldoen<sup>(88)</sup> en kan het voortduren van de hem overgedragen licentie daarmee in eigen hand nemen.<sup>(89)</sup> Tenzij de licentiegever op voorhand in de contractsclausules barrières opgeworpen heeft, kan hij daar niet direct iets tegen ondernemen.

Bij overdracht echter zal de curator in de regel aanlopen tegen een beding dat de overdraagbaarheid van de licentie heeft uitgesloten. De crediteuren kunnen nooit op meer aanspraak maken dan de failliet zelf kon en derhalve kan de curator dat ook niet.<sup>(90)</sup> De curator heeft bij het basistype dus uitsluitend een licentie behept met een onoverdraagbaarheidsbeding. De mogelijkheid de licentie met doorbreking van dit beding over te dragen, die Quaadvlieg<sup>(91)</sup> de curator onder boek 9 NBW graag wil laten, laat het geldende recht hem in ieder geval niet;<sup>(92)</sup> het beding heeft derdenwerking.<sup>(93)</sup> De verkrijger heeft ab initio een lege dop. Rest deze te onderzoeken of hij zich op derdenbescherming kan beroepen en/of uit toerekenbare tekortkoming tot de curator kan wenden. Dat laatste verschaft hem een boedelvordering; hij behoeft dus niet op verificatie te wachten.

Ook overigens leidt overdracht door de curator naar mijn mening niet tot eeuwigheidswaarde voor de verkrijger. Hier wrekt zich het verschil tussen overdracht van de licentie – het vorderingsrecht – en de licentieverhouding – de overeenkomst – : buiten medewerking van de licentiegever, heeft de curator immers slechts het vorderingsrecht en niet de licentieverhouding over kunnen dragen.<sup>(94)</sup> In de regel zijn licentienemers rechtspersonen, hetgeen in het merendeel der gevallen betekent dat de failliet bij het eindigen van het faillissement ophoudt te bestaan.<sup>(95)</sup> Daarmee komt dus een einde aan de rechtsverhouding waar de licentie in wortelt, zodat de aanspraak van de verkrijger tot een einde komt.<sup>(96)</sup> Wie een uit een overeenkomst stammend vorderingsrecht overgedragen krijgt zonder inacht nemen van de medewerking vereist in 6:159 BW is immers niet in plaats van de overdragende partij contractspartij geworden,<sup>(97)</sup> zodat de bron van zijn recht ophoudt te bestaan waar de overeenkomst eindigt, doordat de werkelijke contractspartij ophoudt te bestaan zonder rechtsopvolger onder algemene titel. Houdt de licentienemer op te bestaan, dan houdt voor de licentiegever zijn – immers relatieve – verplichting op te



bestaan, ook als de aanspraak inmiddels bij een derde-verkrijger is komen te berusten. Ongetwijfeld zal mij tegengeworpen worden, dat deze redenering strijdt met het bepaalde in 3:83 BW, waar de overdraagbaarheid nu juist het uitgangspunt van de wet is. Dat overtuigt mij niet. De overdracht zelf wordt zo immers niet tegengegaan; de gevolgen van de rechtsfeiten in de oorspronkelijke rechtsverhouding hebben slechts na de overdracht, die immers in het overgedragene geen wijziging aanbrengt, ook tegenover de verkrijger hun effect.

### **3.e. Failleren licentiegever**

Voor de licentienemer zal het belang bij de voortzetting van de verhouding niet direct veranderen door het faillissement van de licentiegever. De curator zal nogal eens het moederrecht samen met de licenties van de hand willen doen, maar zal zich soms hebben af te vragen of de belangen van de faillissementscrediteuren niet vergen, dat hij het moederrecht zonder belasting met licenties te gelde probeert te maken.

Ook hier geldt uiteraard dat – voorzover de wet geen uitzondering maakt – het faillissement geen wijziging in de rechten en verplichtingen brengt. Is er geen andere reden, die de curator beëindiging van de licentieverhouding toestaat, dan blijft die dus in principe in tact.

Het uitgangspunt dat de onthoudingsverplichting van de licentiegever een voortdurende is,<sup>(98)</sup> brengt – aangenomen dat nog royalties betaald moeten worden – mee dat 37 Fw van toepassing is. Dat levert echter geen oplossing op. De curator, van wie immers gevergd wordt dat hij de onthouding voortzet, kan niet met feitelijk effect verkiezen te wanpresteren.<sup>(99)</sup> In de literatuur is daaromtrent wel aangevoerd, dat van de curator van een licentiegever geen presteren gevergd wordt, maar een dulden.<sup>(100)</sup> In het verlengde van de redenering bij huur<sup>(101)</sup> meen ik, dat de curator daarvoor niet effectief naar de verificatie op voet van 133 Fw kan verwijzen.<sup>(102)</sup>

Laat ik dit verduidelijken. Een huurder, die reeds 'in het bezit is' van het gehuurde, ondervindt van het faillissement van zijn verhuurder geen directe gevolgen. De boedel heeft uiteraard dezelfde verplichting als voor het faillissement, waaraan de curator – in beginsel – niet behoeft te voldoen anders dan na verificatie via de uitdelingslijst.<sup>(103)</sup> Aangezien de huurder echter al in het genot van het gehuurde is, vergt hij van de boedel ook geen direct voldoen. Hij zet het genot gewoon eigenmachtig voort. Aan de andere kant kan de curator niet, op grond van het feit dat hij niet tot onmiddellijk positief presteren gehouden is en dus ook de aanspraak van de huurder op het toekomstig huurgent gaarne naar de verificatie wil verwijzen, tot ontruiming/ontneming overgaan. De verplichting het huurgent te verschaffen bestaat voor de boedel op zichzelf immers wel. De huurder 'bezit' dus niet zonder recht of titel. De curator zal slechts om de huurpenningen kunnen vragen.

Dit nu is typisch de situatie, die zich ook bij een licentie voordoet ingeval de licentiegever faillieert.<sup>(104)</sup> Al wil de curator niet nakomen,<sup>(105)</sup> maar naar verificatie verwijzen, er gebeurt niets: zolang de licentienemer niets 'nodig' heeft van de curator, kan hij de bestaande praktijk eigenmachtig voortzetten. Dat betekent wel dat hij de royalties daadwerkelijk aan de curator zal hebben te voldoen en niet mag verrekenen met een eventuele andere vordering.<sup>(106)</sup> De curator kan niet met rechtsmaatregelen aan de licentienemer op enigerlei wijze de licentie ontnemen. Die is de boedel aan de licentienemer immers wel verschuldigd. Zodra echter van de curator bij voortzetting nog een positieve prestatie gevergd zou worden, kan hij de licentienemer daarvoor naar de verificatie verwijzen. In die zin zal het dilemma normaal gesproken wel oplossen doordat de licentienemer een positieve prestatie uit een der nevenverplichtingen nodig zal hebben. Denk bijvoorbeeld aan de bij knowhow veel voorkomende verplichting technologische ontwikkeling na te 'leveren'.

Wat nu indien de licentieverhouding niet eindigt doordat de curator geen grond voor ontbinding of

opzegging heeft? Betekent dit dat hij het moederrecht slechts in gelicentieerde staat van de hand kan doen? Ik denk het niet: in het basistype, een vorderingsrecht, heeft de licentie geen goederenrechtelijke werking<sup>(107)</sup> en ook geen afzonderlijke derdenwerking; de regel dat koop geen huur breekt staat immers niet – zonder meer<sup>(108)</sup> – voor licenties geschreven. De licentienemer kan dus in beginsel geen aanspraak jegens de nieuwe rechthebbende doen gelden en hij zal voor de eventuele derving moeten verifiëren. De vraag is – in het licht van het bovenstaande – of derving optreedt. Ingeval de licentienemer van de nieuwe rechthebbende niets ‘nodig’ heeft, zal hij zijn aan de licentie ontleende praktijk eenvoudig voortzetten. Kan de nieuwe rechthebbende hem daarvan afhouden? Ik vraag me het af. De licentienemer heeft immers wel van zijn rechtsvoorganger, die toen ook bevoegd was, toestemming gekregen.<sup>(109)</sup> Die is uiteraard beperkt tot de duur van de licentie, maar eindigt daarom nog niet doordat de licentiegever niet meer over het moederrecht beschikt. Had de curator geen mogelijkheid de licentie te beëindigen, dan is dus ook de daarin belichaamde toestemming nog niet geëindigd. Te denken valt aan het eerder gehanteerde voorbeeld, waarin machines zijn geleverd tezamen met een pakket knowhow onder licentie, die betrekking heeft op het gebruik van de apparatuur en het te fabriceren product. Faillieert de licentiegever, dan beschikt de licentienemer nog steeds over apparatuur en knowhow, die de curator niet zonder meer terug kan halen of het gebruik ervan ontzeggen, tenzij de licentieovereenkomst daar grond voor verschaft.<sup>(110)</sup> Verschaft de curator de knowhow tegen betaling aan derden,<sup>(111)</sup> dan belet dat de licentienemer op zichzelf niet de productie voort te zetten. Rust de licentie niet op een absoluut recht, zoals het knowhow-voorbeeld, dan zal de verkrijger op basis van het verbintenissenrecht – veelal uit onrechtmatige daad – tegen de praktijken van de licentienemer moeten ageren. Dan zal hem de verleende toestemming in de regel opbreken. Bij een intellectuele eigendomslicentie is het moederrecht een absoluut recht en dus in beginsel<sup>(112)</sup> tegenstelbaar aan de licentienemer.

#### **4. Ontsnappingsconstructies**

##### ***4.a. Beperkt recht***

De licentie is niet als zodanig als een beperkt recht te beschouwen. Zie 3:81 lid 1 BW: hoe ver het moederrecht eventueel ook reikt, de licentiegever kan daarvan afgeleid slechts het beperkte recht vestigen, voorzover de wet daarin voorziet.<sup>(113)</sup> Alle overigens gevestigde rechten hebben slechts een obligatoir karakter.<sup>(114)</sup>

Ook zonder het etiket te gebruiken, kan de wet inhoudelijk werking als een beperkt recht voorzien. Dat de Rijksoctrooiwet<sup>(115)</sup> dat voor de ingeschreven octrooilicentie doet, vind ik pleitbaar. De Benelux Merkenwet gaat op zijn minst een stuk die kant uit. Dat Meijers<sup>(116)</sup> de octrooilicentie als voorbeeld van een beperkt recht in de zin van 3:8 BW noemt, behoeft dan ook geen vergissing te zijn.<sup>(117)</sup> Meer kan daaruit in ieder geval niet worden afgeleid, aangezien Meijers in het algemeen licenties noemt als rechten, die onder 3:94 BW overgedragen moeten worden,<sup>(118)</sup> terwijl de licenties met het karakter van beperkt recht overgedragen zouden moeten worden op gelijke wijze als het moederrecht.<sup>(119)</sup>

Naar mijn mening gaat niet veel effect uit van de duiding van de licentie als een beperkt recht. Wel kan van een beperkt recht niet, zoals bij een vorderingsrecht,<sup>(120)</sup> bij partijbeding de overdraagbaarheid met derdenwerking uitgesloten worden. Dat brengt verder geen verandering in de werking van de rechtsverhouding, die aan het overgedragen beperkte recht ten grondslag ligt. Bij het eindigen van de licentie, het in vervulling gaan van de ontbindende voorwaarden en de opzegging, alles als bij het aangaan van de licentie voorzien gaat ook een beperkt recht teniet.<sup>(121)</sup> Dat mag volgens de wetsgeschiedenis<sup>(122)</sup>

alleen niet zover gaan, dat daarmee alsnog derdenwerking aan een onoverdraagbaarheidsbeding gegeven wordt. Voor alle overige bij de vestiging voorziene ontbinding- en beëindigingsgronden gelden derhalve de hiervoor bij het basistype<sup>(123)</sup> gemaakte opmerkingen, met de gevolgen die daaraan bij faillissement<sup>(124)</sup> gekoppeld zijn.

Wel zou ik denken, dat bij duiding als beperkt recht de licentiegever, aan zijn hoofdverplichting onder het licentiecontract heeft voldaan door de vestiging van het beperkte recht. Gaat het om de hoofdverplichting, dan kan 37 Fw dus niet toegepast worden.

Per saldo is het enige verschil: de derdenwerking van het recht van de licentienemer bij overdracht.<sup>(125)</sup> Het praktisch belang hiervan lijkt mij echter beperkt; hoe vaak zal het nu voorkomen, dat bij het aangaan van de licentie niet de voorwaarden zijn voorzien, die de curator de beëindiging of het beroep op ontbinding van de licentie toch al mogelijk maakten?

#### **4.b. Afgesplitst en geleverd recht van gebruik**

Het recht van gebruik is in het BW als een beperkt recht geïnstitutionaliseerd. De bijzonderheden, die de wet aan dat recht koppelt, maken het voor licenties in de regel niet hanteerbaar.

Zou men deze nadelen willen ontgaan door een eigen onbenoemd recht voor de gebruiker te creëren – hetgeen op obligatoire basis zeer wel mogelijk is – dan komt men niet verder dan dat obligatoire kader.

Men kan bij overeenkomst het recht naar eigen wens inrichten en men kan dat rechtscomplex vervolgens (als vorderingsrechten) leveren met inachtnemen van de vereisten uit de wet. Dat neemt echter niet weg dat het overgedragene dan nog steeds niets anders is dan een vorderingsrecht uit een overeenkomst.<sup>(126)</sup>

Het recht dat in de boedel valt, dan wel tegen de curator of diens verkrijger in stelling moet worden gebracht, is dan net zozeer een vorderingsrecht als in het basis-type met de daaromtrent gemaakte opmerkingen bij faillissement.

In tegenstelling tot partijen kan de wet aan afgesplitste rechten zeker goederenrechtelijk effect geven. De wetgeving op intellectuele eigendom, waar Quaedvlieg<sup>(127)</sup> zijn verhandeling op toespitste, doet dat soms.<sup>(128)</sup> De op die plaatsen gegeven werking kan men echter niet veralgemenen; indien de wet aan het geleverde recht geen goederenrechtelijke status geeft, kunnen partijen dat niet zelf bewerkstelligen door een goederenrechtelijke levering, die immers aan de aard van het geleverde niets verandert. In dat opzicht maakt het ook volstrekt geen verschil op grond van welke titel de levering plaats vindt.<sup>(129)</sup>

De gevolgen bij faillissement zijn daarom die verbonden aan het basistype. Wel geldt bij deze constructies weer, dat zij er sterk op wijzen, dat partijen de prestatie van de licentiegever zo hebben bepaald, die bij de afsplitsing en levering voltooid is, zodat dan 37 Fw op deze hoofdverplichting niet toepasselijk is.

#### **4.c. Huur**

Voor de vraag in hoeverre licenties met goederen als moederrecht bij huur onder te brengen zijn, verwijs ik naar Quaedvlieg.<sup>(130)</sup> Zoals ik onder 2.a aantekende, is er bij de nodige licenties geen goed als moederrecht; er is immers niet noodzakelijk een recht alvorens de licentie in het leven is geroepen. Zolang bijvoorbeeld knowhow in ons rechtsstelsel geen goed is, is een licentie erop slechts met omwegen het karakter van huur te geven.<sup>(131)</sup>

Bij de kwalificatie als huur in de zin van ons BW<sup>(132)</sup> is de licentie niet overdraagbaar. Dat leid ik af uit het verbod op 'afstaan van de huur',<sup>(133)</sup> uit het feit dat voor indeplaatsstelling een wettelijke bepaling<sup>(134)</sup> noodzakelijk is geacht, die alleen met tussenkomst van de rechter wordt toegepast en uit de opvatting, welke in de wetsgeschiedenis van het kwalitatieve recht voorkomt, waar het recht van de huurder op gebruik van het gehuurde als voorbeeld van een niet voor overgang vatbaar recht wordt genoemd.<sup>(135)</sup> Faillieert de huurder, in onze kwalificatie de licentienemer, dan kan de verhouding van beide zijden worden

opgezegd/ontbonden als in 39 Fw c.q. 38a Fw voorzien. De vorderingen worden verder aangemeld ter verificatie zoals bij het basistype besproken. Aangezien bij huur overdracht niet aan de orde is, kan de curator het licentierecht toch al niet van de hand doen. Wil hij het gebruik voortzetten, dan leidt dat voor de royalties tot boedelvorderingen.<sup>(136)</sup>

Failleert de verhuurder (de licentiegever), dan deert overdracht van het moederrecht de licentienemer niet: koop breekt immers de huur niet.<sup>(137)</sup> Eventuele royalties zullen aan de verkrijger van het moederrecht betaald moeten worden, die nu in de plaats van de oude licentiegever is getreden. Aangezien de huur door deze overdracht niet eindigt, is ontbinding en wat dies meer zij niet aan de orde. Wil de curator niet nakomen, dan speelt hetzelfde dilemma als bij het basistype van de licentie.<sup>(138)</sup>

De mogelijkheid bestaat, dat niet alle huurbepalingen bij de huur van een vermogensrecht worden toegepast.<sup>(139)</sup> Zo dat niet het geval is zullen de gewone bij het desbetreffende recht passende vermogensrechtelijke bepalingen toegepast moeten worden, met de daaruit voortvloeiende gevolgen, die hiervoor bij het basistype besproken zijn.

De kwalificatie als huur levert slechts graduele verschillen op, behalve ten aanzien van de derdenwerking, die het recht van de licentienemer erdoor heeft tegenover de verkrijger van het moederrecht.

## **5. Slot**

Voor de rechtsgevolgen rond een licentie is uiteraard eerst te bezien, waarin de bij de desbetreffende licentie behorende bijzondere wettelijke bepalingen – zo die er zijn – voorzien. Overigens is, en voor de ongeregelde licenties is volledig, bepalend het algemene vermogensrecht. Mijn beschouwingen daarover vullen het nodige in omtrent de contractsclausules, die gewenst zijn om de afhandeling van een licentie zonder strubbelingen te laten verlopen. Met het oog op faillissement blijkt vooral van belang, dat de overdraagbaarheid van de licentie uitgesloten wordt en dat een goed doordacht pakket clausules opgesteld wordt, waarin bepaald is wat tussen partijen als toerekenbare tekortkoming en/of als ontbindende voorwaarde te gelden heeft, waarbij die voorwaarden bij voorkeur ook ontbindende werking moeten hebben ten aanzien van de leveringshandelingen. Zulks gedaan zijnde hoeft een faillissement slechts zelden andere gevolgen te hebben, dan dat partijen maar weer huns weegs moeten gaan, tenzij ze beide anders willen.

Veel licentie-verhoudingen zijn niet tot de Nederlandse rechtssfeer beperkt. Toegevoegd zou dus moeten worden een beschouwing over de toepasselijke regels van internationaal privaatrecht en – zeker met het oog op de intellectuele eigendomslicenties – een beschouwing over de wettelijke licenties en het verdragsrecht, wil een volledig overzicht bestaan voor de onderwerpen, die bij faillissementen hier te lande aan de orde kunnen komen.

H.J. Bodifée

### ***Eindnoten:***

1. Een verkorte versie is gepubliceerd in het Tijdschrift voor Insolventierecht, November/december 1997, jaargang 3 nr 6.
2. A.A. Quaedvlieg, Intellectuele-eigendomslicenties in 'boek 9 Fw', NTBR 1995, 9-10, pg. 226 e.v.
3. Een systematisch overzicht van vermogensrechtelijke vraagstukken bij de gangbare licenties geeft B.C. Wentink, De licentie in het vermogensrecht, Zwolle 1995.
4. Andere vormen – de eenzijdige overeenkomst, de dwanglicentie – zijn mogelijk, maar om hun praktisch beperkte belang bij faillissementen, ga ik hier slechts op de wederkerige overeenkomst in. J.L.R.A. Huydecoper, De overgang van ondernemingen en de overgang van rechten uit licentieovereenkomsten, Informatierecht/AMI 1992, nr 4, pg. 66 geeft kort een aantal andere middelen.
5. Zie daarover bijv. E.J. Arkenbout, Handelsnamen en dienstmerken, nr 43 in de serie studiepoetsen privaatrecht, Tjeenk Willink

1987, pg. 19 e.v.

6. Er is slechts een feitelijke beschikking over niet algemeen beschikbare kennis of vaardigheden. Zie ook Huydecoper, a.w. pg. 69 en Wentink, a.w. pg. 125 en 127. Anders dan T.C.J.A. van Engelen, Vermogensrechten op onstoffelijke Goederen, NJB 1991, nr 11, pg. 434, lijkt aan te nemen, is voor het verkrijgen van een recht, zolang de wet(suitleg) er niet aan te pas is gekomen, interactie met een wederpartij nodig. Vreemd genoeg gaat Wentink er, a.w. pg. 128 e.v., alsnog vanuit dat know how een recht is en als zodanig vermogensrechtelijk overgedragen kan worden. Hij brengt onvoldoende het onderscheid aan tussen de know how zelf – ook in zijn visie slechts een feitelijke beschikbaarheid – en de rechten, die een partij aan een ander kan geven, waarin deze laatste bijv. aanspraak krijgt op het verschaffen van de bij de eerste beschikbare kennis. Dat ziet wel op een (mede)delen van kennis, maar stempelt het daarmee niet tot een vermogensrecht. Wentinks argumenten stoelen dan ook zonder uitzondering op de overdracht van andere rechten, die rond de beschikbare kennis worden opgetuigd. De know how is niet, de opgetuigde rechten zijn wel, als goed in de zin van 3:1 j 6 BW aan te merken. Anders dan Wentink aanneemt, is de know how zelf niet voor beslag, executie of verpanding vatbaar, zomin als de goodwill van een onderneming in het algemeen (waarover Asser-Mijnssen-de Haan, 13e druk, pg. 7/8, nr 8 en pg. 62/63). Wie de hiervoor bedoelde aanspraak op verschaffing van know how heeft, kan dus geen beslag tot afgifte (levering van rechten) leggen, maar zal een voorziening moeten vragen, waarin aan de wederpartij bepaalde handelingen geboden worden, waarmee hem de know how verschaft wordt. Vergelijk omtrent de vatbaarheid van zgn. economische eigendom voor beslag Pres. Rb. Amsterdam, 3 oktober 1996, KG 1996, 344.

7. Niet onder een i.e.-recht beschermde kennis mag vrij worden gebruikt, zij het dat onder bepaalde omstandigheden de verstrekking, de verwerving of het gebruik onrechtmatig kan zijn, ook als het gebruik in principe vrij is.

8. Een vergelijkbare visie hebben J.H. Spoor/D.W.F. Verkade, Auteursrecht, 2e druk, pg. 363 en sommige literatoren aangehaald door Ch. Gielen/L. Wichers Hoeth, Merkenrecht, nr 784. Quaedvlieg, a.w. pg. 227/228, heeft het over afstand van recht, maar spreekt dan ook uitsluitend over i.e.-licenties, waar het moederrecht al voor de licentieverhouding bestaat.

9. Huydecoper, a.w. pg. 69, wekt zelfs de indruk te zeggen, dat bij know how ook geen verplichtingen/verboden aan de licentienemer bij licentiecontract kunnen worden opgelegd. Ik ga er echter vanuit, dat hij meent, dat de licentiegever geen verbod aan de licentienemer kan opleggen indien dat niet in de overeenkomst voorzien is, m.a.w. dat een dergelijke bevoegdheid bij know how niet volgt uit het 'recht' van de licentiegever, juist omdat een dergelijk recht op know how in het Nederlands rechtstelsel niet bestaat.

10. Aangezien ik slechts de kleinste gemene deler op wil sporen, ga ik niet over tot het bespreken van allerlei in de literatuur voor handen definities, waar men uiteraard juist poogt de volledige verzameling te dekken, dan wel de licentie zoals die gekenmerkt wordt door het i.e.-recht, dat het onderwerp van de betrokken auteur is.

11. Zo las ook W.A. Hoyn, De Octrooilicentie in een Faillissement, in Recht Vooruit, Opstellen verzameld ter gelegenheid van 150 jaar BW, Deventer 1988, pg. 75, al de (nota bene als een bevoegdheidsverlening geformuleerde) octrooilicentie in 33 lid 1 ROW.

12. Zie met name hierna onder 3.e.

13. Niet voor niets heeft de Europese Unie de groepsvrijstellingen voor licenties op octrooi en know how op elkaar afgestemd in de huidige verordening op Technologielicenties, Vo 240/96, Pb 1996, L 31/2.

14. Zie bijv. hierna onder 4.c.

15. Die kunnen partijen niet buiten de wet om in het leven roepen. Zie hierna onder 4.a en 4.b. Daarbij moet vaak aan bepaalde vereisten in de wetgeving voldaan worden. Wie een octrooilicentie krijgt, die niet ingeschreven wordt, heeft wel een licentie, maar de rechtsgevolgen, die de ROW aan de ingeschreven licentie verbindt zijn uiteraard niet in het leven geroepen. Dat geldt m.m. voor andere i.e.-licenties. Zie bijv. Gielen/Wichers Hoeth, a.w. nrs 788 en 799 en Pres. Rb. Breda, 3 januari 1996, KG 1996, 64, r.o. 3.5.

16. Zie hierna onder 2.b, maar ook onder 3.d.

17. 6:155 BW

18. 3:83 BW. Zie Asser-Mijnssen-de Haan (13e druk) pg. 165.

19. Voor de nuances zie Quaedvlieg, a.w. pg. 228 en Huydecoper, a.w. pg. 67.

20. Overdracht moet dan geschieden als in 3:94 BW bepaald, Toelichting Meijers, in Van Zeven c.s., Parlementaire Geschiedenis Nieuw Burgerlijk Wetboek, boek 3, pg. 393.

21. Uitzondering vormt bijv. de auteursrechtslicentie, die vaak niet op schrift staat.

22. Zo r.o. 3.4 van HR 29 januari 1993, NJ 1994, 171. Zie verder de aangehaalde literatuur bij Quaedvlieg, a.w. pg. 228.

23. T-M, Parl. Gesch. 3, pg. 314.

24. Dat sluit zijn vergoedingsvordering tegenover zijn contractspartij niet uit, maar bestempelt hem tegenover de licentiegever als een niet te beschermen derde. Een dergelijke notie bij verpanding van een licentie geeft ook Gielen/Wichers Hoeth, a.w. nr. 824. Hoyn, a.w. pg. 87, nam op vergelijkbare gronden een onderzoeksplicht aan voor de curator van de gefailleerde licentienemer, maar kwam aan eenzelfde plicht voor diens verkrijger niet toe. Over de onderzoeksplicht, zie met aanhalen van literatuur C.J.H. Brunner, in zijn annotatie sub 4 onder HR 2 april 1993, NJ 1995, 94.

25. Huydecoper, a.w. pg. 68; Quaedvlieg, a.w. pg. 232.

26. 6:251 lid 2 BW

27. Ik verwijst naar Parl. Gesch. 6, pg. 927 e.v. en Asser-Hartkamp II (9e druk), pg. 377 e.v. Zie voorts de invloed van de handelende

partijen vlg. de leden 3 en 4 van 6:251 BW.

28. Slechts het recht zoals door partijen in het leven geroepen gaat over, bepaald als het is door de rechtsverhouding waaruit zij voortvloeit. Zie de vindplaatsen in mijn noot 2

29. Zie MvA II, Parl. Gesch. 6, pg. 933.

30. Asser-Hartkamp II (9e druk), pg. 380; A.S. Hartkamp, Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe burgerlijk wetboek, 4e druk, nr 371; Jac. Hijma en M.M. Olthof, Compendium van het Nederlands vermogensrecht, 4e druk, nrs 496 en 108.

31. Zie hiervoor onder 2.b.

32. Wetsvoorstel, Tweede kamer, vergaderjaar 1995-1996, nr 24 702.

33. WOW art. 2:334a leden 2 en 3.

34. Deze heeft wel verweer tegen benadeling: WOW artt. 2:334k, 334l en 334r.

35. WOW art. 2:334b lid 7

36. Zie hiervoor, m.n. voetnoot 29.

37. Behoudens bescherming van 3:36 BW, zie echter mijn opmerkingen onder 2.b.

38. Zie hierover Asser-Mijnssen-de Haan, 13e druk, pg. 247/248.

39. Opzegging behoeft niet op een contractsclausule, maar kan ook op een ongeschreven regel van burgerlijk recht berusten. Zie Spoor/Verkade, a.w. pg. 366. Anderzijds is ook op basis van een geschreven regel beëindiging niet onder alle omstandigheden rechtsgeldig, zie Pres. Rb. Arnhem, 21 januari 1987, KG 1987, 95, Hof Amsterdam, 15 juli 1993, KG 1993, 311 en Pres. Rb Almelo, 27 november 1996, JOR 1997, 11, m.n. Kortmann.

40. Hetgeen immers partijen van de verbintenis bevrijdt, zie 6:271 BW, zonodig met beroep op 6:145 BW, zie T-M, Parl. Gesch. 6, pg. 537.

41. Zie MvA II, Parl. Gesch. 6, pg. 551

42. 6:75 en 248 lid 1 BW; T-M, Parl. Gesch. 6, pg. 264/265

43. 6:267 BW

44. De zakelijke werking, die aan de onder die voorwaarden gedane leveringen gegeven kan worden (zie Asser-Mijnssen-de Haan, 13e druk, pg. 170; Asser-Hartkamp II, 9e druk, pg. 503), heeft voor de licentie, zoals uit het voorgaande volgt, geen betekenis. Ten aanzien van het eromheen geleverde – documenten, apparaten, modellen e.d. – is dat wel aan te bevelen.

45. Zeker aan te bevelen voor de licentiegever, die liever niet afwacht of uitsluiting van overdraagbaarheid ook de overgang als hiervoor onder 2.c uitsluit.

46. Bijv. einde statutaire beperking op de stortingsverplichting (2:84/193 BW), einde volmacht (3:72 BW), opeisbaarheid van schulden onder tijdsbepaling (6:40 BW), overgang aanspraken bij last (7:420 en 421 BW), einde maatschap/vennootschap (7A:1683 BW).

47. MvT bij art 25 Fw, Van der Feltz 1, Geschiedenis van de Faillissementswet, heruitgave Kortmann/Faber, Serie Onderneming & Recht, deel 2, pg. 371.

48. Zie hierover de MvT bij het ontwerp van wet, Van der Feltz 1, pg. 7 en 27; Advies RvST, Van der Feltz 1, pg. 29; de MvT bij art 20 Fw, Van der Feltz 1, pg. 339; Regeringsantwoord bij art 25 Fw, Van der Feltz 1, pg. 374.

49. Zie hiervoor onder 2.d. Ik merk dit zo nadrukkelijk op, omdat dit aspect in de literatuur over intellectuele eigendom niet aan de orde komt. Quaadvlieg is zich hiervan blijken zijn opmerkingen, a.w. pg. 229/230, wel bewust, maar betreft het niet (opnieuw) bij zijn beschouwingen en conclusies op de pgs. 230, 233 en 234.

50. artt 26, 29, 33, 35, 37a, 179 e.v. Fw

51. MvT bij art. 37 Fw, Van der Feltz 1, pg. 409

52. Zie hiervoor onder 2.b.

53. Zie hiervoor onder 2.d.

54. Zie hierna onder 4.a.

55. Zie voor een overzicht G.J. Knijp, De curator en wederkerige overeenkomsten, katern B.9 in Kluwers Praktijkboek Curatoren.

56. MvT bij art 37 Fw, Van der Feltz 1, pg. 409; Regeringsantwoord in de 2e Kamer, Van der Feltz 1, pg 412; Van Buchem-Spapens, Faillissement en surséance, 5e druk, pg. 45.

57. 6:267 lid 1 BW

58. Deze artikelen zijn in verband met 37 Fw naast elkaar te hanteren. Volgens de T-M, Parl. Gesch. 6, pg. 173, geeft 6:40 sub a de regel, dat het failleren van de schuldenaar de vordering, die aan een tijdsbepaling onderhevig is, opeisbaar maakt. Gevolg moet zijn, dat 6:80 (geschreven voor on-opeisbare vorderingen) bij faillissement van de schuldenaar dan toepassing mist. Ook overigens lijkt mij niet volledig, dat T&C (Olthof), aant. 2 bij 6:80, zo goed als Asser-Hartkamp 4-I (10e druk), pg. 292, bij niet verklaren in de zin van 37 Fw alleen verwijzen naar het geval van 6:80 lid 1 onder a; zolang de vordering nog niet opeisbaar en de overeenkomst nog niet ontbonden is, kan de curator immers nog zonder tekortkomen nakomen. Wel is dan sprake van het geval van lid 1 onder c. Dat is ook wat ik lees in MvT, Inv.W. boeken 3-6 1e gedeelte, PG Wijz. Rv. e.a.w., pg. 387/388, geciteerd in Van Zeben c.s., (losbladige) Faillissementswet, art 37, aant. 1 en 4.

59. art. 37a Fw

60. Dit, alsmede het intreden van de gevolgen van niet nakomen bij uitblijven van de zekerheid, is m.i. de enige afwijking die 37 Fw t.o.v. het vermogensrecht, m.n. 6:80 sub c BW, nog geeft.
61. v. Buchem-Spapens, a.w. pg. 45; Losbl. Fw art. 37, aant. 7 met aanhaling van jurisprudentie en andere literatuur. Zie voorts mijn voetnoot 49.
62. Voor de gevolgen zie R.J. Verschoof, Het nieuwe faillissementsrecht, serie praktijkhandleidingen Tjeenk Willink, Zwolle, pg. 52 e.v.
63. Zie hiervoor onder 2.a. In vergelijkbare zin Hoyng, a.w. pg. 76 en 82. Ook Quaedvlieg, a.w. pg. 230, en – impliciet – Spoor/Verkade, a.w. pg. 366/367, nemen een duurverplichting aan.
64. Zoals de MvT, van der Feltz II, pg. 130, dat t.a.v. het bedingen van volledige opeisbaarheid van een vordering bij faillissement uitdrukt: " de overeenkomst van partijen blijft altijd de hoogste wet. "
65. Overeenkomstig 6:248 BW.
66. art. 63a Fw
67. Zie onder 2.d.
68. Vergelijk Ktr. Gouda, 22 december 1994, NJkort 1995, 22. 'Veronderstellenderwijs' anders Hof 's-Gravenhage, 22 november 1995, NJ 1997, 238, waarin een huuropzegging geconverteerd wordt naar één tegen het einde van de afkoelingsperiode.
69. Vergelijk Pres.Rb. Almelo, 27 november 1996, JOR 1997, 11, m.n. Kortmann.
70. De voorstellen van Van der Aa, Tvl 1995, 4, onder 8, lijken zo goed inzetbaar voor het gebruik van de apparatuur als de licenties. De vraag zal zich in de praktijk overigens alleen voordoen bij het failleren van de licentienemer. Door zijn feitelijk beschikken over de know how, kan de curator aan de slag, al zal hij de tegenmaatregelen van de licentiegever dan moeten verwachten. Zie hierna onder 3.d.
71. art 20 Fw
72. Voorzover een moederrecht los van de licentie-verhouding bestaat. Zie hiervoor onder 2.a.
73. Zie hiervoor onder 2.d.
74. Volledigheid van de licentiegevers prestatie vóór het einde van de licentieverhouding is slechts denkbaar waar een uitzondering aangenomen moet worden op de hoofdregel, dat zijn prestatie een duurverplichting is. (zie onder 3.b) Mijn mening is dat niet, maar men kan zo'n uitzondering bepleiten bij de bijzondere typen besproken in hoofdstuk 4 en bijvoorbeeld bij een ingeschreven octrooilicentie. De licentienemer ontleent na inschrijving alle rechten en benodigde bevoegdheden aan de wet. Er zou dan een recht(scomplex) gevestigd zijn, waarmee de hoofdprestatie van de licentiegever afgewikkeld zou zijn.
75. 6:40 sub a BW; T-M, Parl. Gesch. 6, pg. 173
76. Zie over dit onderscheid T-M, Parl. Gesch. 6, pg. 173
77. Veelal zullen partijen een beding hebben opgenomen, waardoor bij faillissement een bepaald bedrag wel meteen opeisbaar is. Dat bindt uiteraard de boedel. Zie ook de MvT bij 131 Fw, van der Feltz II, a.w. pg. 130.
78. art. 37a Fw
79. zie Verschoof, a.w. pg. 57
80. Quaedvlieg, a.w. pg. 230/231.
81. Zoals de verhuurder in kort geding tegen de boedel ontruiming vraagt, Pres. Rb. Amsterdam, 8 juli 1993, KG 1993, 275 en Pres. Rb. Breda, 31 mei 1996, KG 1996, 237, of zoals de octrooihouder een 69 Fw-bevel bij de R-C uitlokt, Rb. Alkmaar, 2 december 1991, NJ 1992, 331.
82. Zie par. 2.a. Bij i.e.-licenties verzet de licentiegever zich eenvoudig tegen gebruik van het aan de boedel ter beschikking staande op basis van zijn intellectuele eigendom. Zie bijv. Rb. Alkmaar, 2 december 1991, NJ 1992, 331.
83. Een doorwrochte analyse geeft R.J. van Galen, Drie typen schuld bij faillissement, WPNR 1996, nr 6225 en 6226, pg. 414 e.v.
84. 26 en 37a Fw
85. Zie hiervoor onder 2.a.
86. Zie MvT bij de artt 25-30 Fw, Van der Feltz 1, pg. 384.
87. Houdt de betaling even op, dan kan de licentiegever zijn 'gewone' recht te ontbinden gebruiken. Zie hiervoor onder 3, m.n. mijn voetnoot 49.
88. art. 6:30 en 35 BW, waarover Asser-Hartkamp 4-I (10e druk), pg. 141 e.v.
89. Wil de derde over de licentie beschikken, dan heeft hij de betaling zeker te stellen op straffe van het risico van ontbinding door de licentiegever. De royalties als kwalitatieve verplichtingen te construeren – Quaedvlieg a.w. pg. 232 – is dus niet nodig. Vrees dat de derde de licentie kan gebruiken zonder royalties te betalen – Quaedvlieg, a.w. pg. 231/232 bestrijdt het gevaar van een 'onbezwaarde' licentie – is n.m.m. bij i.e.-licenties daarom niet gegrond, maar bij know how-licenties bestaat een aanzet voor dat gevaar, zoals uit het voorgaande blijkt.
90. Zie de vindplaatsen in mijn noten 47 en 48.
91. Quaedvlieg, a.w. pg. 229.
92. Zoals hiervoor onder 2.b en 3 uiteengezet.
93. Hoyng, a.w. pg. 86/87, zocht – voor de invoering van 3:83 BW – nog naar andere middelen om de uitsluiting van de

overdraagbaarheid in faillissement te handhaven op basis van de tekst in 33 ROW. Met zijn visie, dat de licentie een persoonlijk recht is, kan ik dat moeilijk verenigen. Mijzelf komt het voor de octrooilicentie – waar Hoyng nu eenmaal over schreef – echter wel juist voor, omdat ik verdedigbaar vind, dat de ROW de ingeschreven octrooilicentie tot beperkt recht bestempelt, zodat 3:83 lid 2 BW dan niet toepasselijk is. Zie hierna onder 4.a.

94. Zie hiervoor onder 2.a en 2.b.

95. Zie hierover Asser-Maeijer 2, III, pg. 797 e.v., met aanhaling van wetsgeschiedenis, jurisprudentie en literatuur. Nadien is verschenen C.M. van der Heijden, Insolventie en rechtspersoon, nr 96 in de serie recht en praktijk, Kluwer, zie m.n. pg. 61.

96. Dit is gebaseerd op hetzelfde beginsel als voorkomt in de vindplaatsen in mijn noot 22 en de vindplaatsen in de voetnoten hiervoor onder 2.d. Art. 6:229 ziet BW op een andere dan deze verhouding, nl. die waarbij de overeenkomst, krachtens welke de curator de licentie overdraagt voortbouwt op een rechtsverhouding eveneens tussen de licentienemer en de verkrijger.

97. Dat geldt ook indien het als kwalitatief recht, maar niet indien het door splitsing is overgegaan. Zie hiervoor onder 2.c.

98. Zie hiervoor onder 3.b.

99. Dat geldt natuurlijk net zo zeer ingeval 37 Fw toepassing mist doordat de licentienemer reeds volledig gepresteerd heeft. Met name bij softwarelicenties op standaardpakketjes wordt de vergoeding meestal bij aanvang volledig voldaan.

100. Zo Hoyng, a.w. pg. 75 en andere literatuur aangehaald door Quaedvlieg, a.w. pg. 227/228. Deze visie past ook logisch bij de karakteristiek, die ik in de licentie lees. Zie hiervoor onder 2.a en de vindplaatsen in mijn voetnoot 8.

101. Zie HR 22 december 1989, NJ 1990, 661, m.n. Van Schilfgaarde.

102. Anders Quaedvlieg, a.w. pg. 233, die – bij i.e.-rechten – de licentiegever gehouden acht de licentienemer doorlopend het recht van gebruik te verschaffen. Dat zou een aantrekkelijke oplossing voor het dilemma zijn, maar – juist als bij huur – zie ik het doorlopende in de verplichting wel, maar in de verschaffing niet. Eenmaal de licentienemer in de juiste positie gebracht hebbend, rest de licentiegever qua hoofdvlichting m.i. niets anders dan – verplicht – stilzitten.

103. In het belang van de boedel mag hij uiteraard wel voordien voldoen.

104. In die zin al Hoyng, a.w. pg. 84, voordat deze redenering bij huur in de jurisprudentie van de Hoge Raad traceerbaar was.

105. De curator haalt voorts de verplichte zekerheidsverschaffing over de boedel heen indien hij wel voor nakomen kiest. Alleen ingeval de boedel belang heeft bij nakoming en de curator ervoor moet vrezen, dat de licentienemer er belang bij heeft te ontbinden, heeft hij dus reden de nakoming ook werkelijk toe te zeggen.

106. Zie ten aanzien van huur HR 22 december 1989, NJ 1990, 661.

107. Anders wordt dat indien de betrokken licentie een dergelijke werking aan de wettelijke bepalingen omtrent intellectuele eigendom ontleent.

108. Zie echter hierna onder 4.c

109. Zie hiervoor onder 2.a.

110. Dat doet de overeenkomst in de regel, zie hiervoor onder 2.d, zodat in de praktijk ook dit niet tot opmerkelijke problemen leidt.

111. Is de licentie exclusief, dan komt de curator hiermee een préfaillissementsverplichting niet na. De vordering tot nakoming en schade/waardevergoeding gaat dus naar de verificatie; 26 en 37a Fw. Vergelijk Van Galen, a.w., pg. 416. Onafhankelijk daarvan zou het handelen van de curator en/of diens verkrijger dus als strijdig met de tegenover de licentienemer betamende zorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer moeten kwalificeren, om de verschaffing c.q. het gebruik van de know how tegen te houden.

112. Daar geeft de betrokken i.e.-wetgeving de licentienemer soms weer bescherming tegen. Zie Quaedvlieg, a.w. pg. 234 en Huydecoper, a.w. pg. 69. Voor een volledig overzicht, zie Wentink, verspreid in a.w.

113. Zo ook Spoor/Verkade, a.w. pg. 362 en Quaedvlieg, a.w. pg. 227.

114. In het stelsel van ons vermogensrecht kunnen partijen niet zelf zakelijke rechten creëren, zie T-M, Parl. Gesch. 3, pg. 314.

115. Zie ook Quaedvlieg, a.w. zijn noot 4.

116. T-M, Parl. Gesch. 3, pg. 93

117. Wentink, a.w. pg. 12, tekent aan dat Meijers het plan had de octrooilicentie – naar ik begrijp als beperkt recht – in boek 9 BW op te nemen.

118. T-M, Parl. Gesch. 3, pg. 393

119. 3:98 BW

120. Attractief vind ik de gedachtegang van Gielen/Wichers Hoeth, a.w. nr 822, die de overdraagbaarheidsuitsluiting derdenwerking geeft bij licenties, die als beperkte rechten worden aangemerkt. Licenties ziet hij echter als 'beperkte' persoonlijke rechten, vorderingsrechten derhalve. Terecht tekent Quaedvlieg, a.w. zijn noot 12, aan dat daarmee ook de goederenrechtelijke werking voor de licentie zelf buiten de deur wordt gehouden.

121. Aldus: 3:81 lid 2 BW

122. MvA II, Parl. Gesch. Inv.W. 3, pg. 1202, geciteerd bij T&C aant. 7 bij 3:84.

123. onder 2.d

124. onder 3.d en 3.e

125. In geval van derdenbescherming van 3:36 BW ligt het nu niet al in de rede dat de verkrijger van het moederrecht, zoals de



H.J. Bodifée heeft ook deze tekst kort na de verkorte publicatie in Tijdschrift voor Insolventierecht afgesloten.  
De veelvuldige rechtsontwikkelingen na mei 1998 geven op belangrijke punten nieuwe resultaten.

verkrijger van de licentie (zie onder 2.b), de licentie-overeenkomst heeft gezien of erop bedacht had moeten zijn.

126. Anders dan Quaadvlieg, a.w. pg. 231, open laat, denk ik dat het stelsel van ons vermogensrecht eraan in de weg staat, dat partijen zelf goederenrechtelijke werking creëren. Zie T-M, Parl. Gesch. 3, pg. 314.

127. Quaadvlieg, a.w. pg. 231

128. Zie bijv. art 2 Aw, waarover Spoor/Verkade, a.w. pg. 353 e.v.

129. Lezing van Quaadvlieg, a.w. pg. 232, zou licht de indruk kunnen wekken, dat verkoop van een vorderingsrecht ertoe zou leiden dat het recht bij levering goederenrechtelijke werking krijgt.

130. Quaadvlieg, a.w. pg. 229, met aanhaling van diverse opinies in de literatuur.

131. Bijvoorbeeld zou eerst een obligatoir recht op het gebruik van de know how gegeven moeten worden om een vermogensrecht te creëren, dat de rechthebbende in licentie kan geven. Per saldo is er dan een sublicentie, waarbij alleen in de laatste verhouding huur aangenomen zou kunnen worden. Gezien de tussenliggende constructie, lijken de voordelen van de kwalificatie als huur beperkt aangezien de problemen, die met de huur omzeild zouden moeten worden zich in de tussenliggende constructie wel voor kunnen doen.

132. 7a:1584 j 1585

133. zie 7a: 1585 j 1595 BW

134. 7a:1635 BW

135. Zie MvA II, Parl. Gesch. 6, pg. 933.

136. art. 39 Fw

137. 7a:1612 BW

138. zie onder 3.e.

139. 7a:1585 BW, waarover Quaadvlieg, a.w. pg. 229