

Continuïteitsoplossingen voor de cloud: faillissement-proof?

M. Kool, datum 04-07-2018

Datum

04-07-2018

Auteur

M. Kool^[1]

Auteursprofiel

M. Kool

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS172513:1

Vakgebied(en)

Informatierecht / Algemeen

Informatierecht / ICT

Het gebruik van software via de cloud brengt bepaalde risico's met zich mee. Eén van die risico's is het faillissement van de cloudleverancier. Gaat de cloudleverancier failliet, dan is onzeker of de toegang tot de software en de in de cloud opgeslagen data gewaarborgd blijft. In de praktijk zijn inmiddels diverse continuïteitsoplossingen bedacht, die de zorgen van licentienemers draaglijker moeten maken. De vraag is of – en onder welke voorwaarden – die oplossingen juridisch houdbaar zijn.

1. Continuïteit in de cloud

Het onderwerp 'continuïteit in de cloud' is onverminderd actueel (en interessant). Het aantal ondernemingen dat bedrijfsapplicaties in de cloud laat draaien groeit immers nog altijd. Door het gebruik van cloud software wordt een onderneming echter veel meer afhankelijk van de continuïteit van de onderneming van de leverancier van de cloud software dan het geval is bij *on premise* software. De leverancier van de cloud software (de cloudleverancier of SaaS-dienstverlener) kan failliet gaan, en wat dan? Door de mogelijkheden die het faillissementsrecht de curator van een failliete cloudleverancier biedt, kan de continuïteit van de dienstverlening in de cloud immers worden bedreigd.

Daarnaast bestaat zowel binnen als buiten faillissement het risico dat de cloudleverancier (of curator van die leverancier) de auteursrechten op de cloudsoftware aan een derde verkoopt zonder rekening te houden met de gebruikers van die software. Afnemers van cloud software proberen zich tegen deze risico's – in feite tegen de afhankelijkheid van de cloudleverancier – sinds jaar en dag zo goed mogelijk te wapenen en zoeken naar oplossingen voor dit aspect van cloud computing.^[2]

In 2014 verscheen er over dit onderwerp een artikel van de hand van Louwers en De Laat getiteld *Continuïteit in de cloud*.^[3] De auteurs dragen in het artikel enkele oplossingen aan voor het hiervoor geschetste risico van faillissement van de cloudleverancier. Eén van die voorstellen betreft een variant met een 'stichting waarborg'. Op dit type oplossing (het inschakelen van een onafhankelijke derde, of dat nu een stichting is of een andere rechtsvorm) zal ik in dit artikel ingaan. Op dit type oplossing is de markt nu namelijk ook – met variërende constructies – enthousiast ingesprongen. Er zijn diverse partijen actief die zich opwerpen als *trusted third party* en als zodanig 'dé' oplossing bieden voor continuïteitsrisico's in geval van faillissement van de cloudleverancier. Dat rechtvaardigt om eens kritisch naar dit soort oplossingen te kijken: zijn deze oplossingen inderdaad (altijd) 'faillissement-proof'? Zijn ze bijvoorbeeld gewapend tegen de *actio pauliana* door de curator en doorkruisen ze niet de *paritas creditorum*?

De hiervoor beschreven continuïteitsoplossingen worden vaak aan de man gebracht als 'antwoord op' of 'oplossing voor' het *Nebula*-arrest^[4] en (in iets mindere mate) het *ABN AMRO/Berzona*-arrest^[5] (over beide hierna meer). Er is echter nog helemaal geen richtinggevende jurisprudentie geweest die bevestigt dat die continuïteitsoplossingen inderdaad 'faillissement-proof' zijn.

2. Nebula

Een bespreking van de voorgeschiedenis komt de leesbaarheid van dit artikel vast ten goede. Te beginnen in november

2006 met het *Nebula*-arrest van de Hoge Raad. De Hoge Raad oordeelde:

“Het feit dat het (voort)bestaan van een wederkerige duurovereenkomst niet wordt beïnvloed door het faillissement van een van de contractanten, betekent (...) niet dat de schuldeiser van een duurovereenkomst wiens wederpartij failliet wordt verklaard, de rechten uit die overeenkomst kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement ware.”^[10]

Een andere opvatting zou volgens de Hoge Raad namelijk in strijd kunnen komen met het beginsel van gelijkheid van schuldeisers. Daarbij verwijst de Hoge Raad naar de artikelen 26 en 108 e.v. van de Faillissementswet waarin – kort samengevat – het beginsel en de procedure zijn opgenomen dat schuldeisers van de failliet hun vordering(en) ter verificatie kunnen indienen.

De Hoge Raad vervolgde met:

“Indien de wederpartij van de gefailleerde van de curator zou kunnen verlangen dat deze het voortgezet gebruik van de desbetreffende zaak duldt, zou deze wederpartij immers in feite bevoegd zijn het faillissement in zoverre te negeren. Voor dat laatste is echter slechts plaats in uitzonderlijke, in de wet geregelde, gevallen.”^[11]

Bij wijze van achtergrond: Nebula B.V. ('Nebula') was de eigenares van een pand (bedrijfsruimte en twee bovenwoningen) en had als fiscale constructie de economische eigendom van dat pand overgedragen aan een andere BV. De BV moest de lopende huurovereenkomsten met betrekking tot het pand respecteren maar kreeg bij overeenkomst het volledige genot, bezit, alle baten, lasten en het risico over het pand.

Nebula heeft steeds de juridische eigendom van het pand gehouden, terwijl een andere BV het gebruiksrecht (economisch eigendom) had. In het civiele recht bestaat de figuur van de 'economische eigendom' evenwel niet. De Hoge Raad overwoog in het *Nebula*-arrest dan ook dat de constructie van Nebula en de BV louter verbintenisrechtelijke gevolgen had. De overeenkomst van economische eigendom was – met andere woorden – een *duurovereenkomst* tussen Nebula en de BV.

Op enig moment (in 1999) ging Nebula failliet. Ruim een jaar later – het faillissement was nog niet afgewikkeld – ging de BV met het economisch eigendom een huurovereenkomst aan met twee natuurlijke personen voor één van de bovenwoningen van het pand.^[12] De BV had op basis van de overeenkomst waarbij zij de economische eigendom had verkregen op zich het recht om als verhuurder van de bovenwoning op te treden. De overeenkomst tussen Nebula en de BV was ook niet beëindigd tijdens of als gevolg van het faillissement. De curator vorderde echter ontruiming van de huurders en ontlokte uiteindelijk de Hoge Raad de hiervoor geciteerde rechtsoverwegingen. De BV had de haar toekomende rechten uit hoofde van haar overeenkomst met Nebula dus niet meer mogen uitoefenen tijdens het faillissement. Cruciaal voor die overwegingen is zonder twijfel dat de BV de verhuurovereenkomst ná het faillissement van Nebula aanging en zich dus (ogenschijnlijk) niets aantrok van dat faillissement. De BV had geen nieuwe huurovereenkomst mogen aangaan en had een eventueel verlies daardoor als vordering ter verificatie moeten indienen.

Na het *Nebula*-arrest ontstond er discussie in de literatuur over de vraag in hoeverre het *Nebula*-arrest toepasbaar was op andere duurovereenkomsten waaronder (software) licentieovereenkomsten. De Hoge Raad heeft het in de hiervoor geciteerde overwegingen namelijk consequent over de '(wederkerige) duurovereenkomst' ^[13] Uit het *Nebula*-arrest volgt dat (verbintenisrechtelijke) gebruiksrechten kennelijk niet onverminderd kunnen worden uitgeoefend tijdens het faillissement van de partij die de gebruiksrechten heeft verleend. Softwaregebruikers zouden door een faillissement van hun contractuele wederpartij dus evengoed beperkt kunnen worden in hun rechten.

3. ABN AMRO/Berzona

In juli 2014 kwam er een vervolg op het *Nebula*-arrest: het *ABN AMRO/Berzona*-arrest. In dit arrest speelde (heel kort gezegd) de vraag of toekomstige vorderingen van bestaande huurders (op huurgenot en bijvoorbeeld onderhoud) kunnen dienen als steunvorderingen voor een faillissementsaanvraag. De Hoge Raad oordeelde van niet; dat die vorderingen in de toekomst zouden ontstaan was nog geen vaststaand gegeven. De Hoge Raad overwoog daarbij “(...) dat, ingeval de huurder ten tijde van de faillissementsaanvraag in het genot is van het gehuurde, de curator niet bevoegd is dat genot te beëindigen als de huurovereenkomst nog loopt.”^[14]

In het arrest benadrukt de Hoge Raad dus (overigens evenals in *Nebula*) het beginsel dat een faillissement geen invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten. De curator krijgt door het uitspreken van het faillissement niet *actief* een bevoegdheid of vordering die de overeenkomst of de wet hem niet toekent.^[15]

Wel overwoog de Hoge Raad nog dat de curator de mogelijkheid heeft om uit een overeenkomst voortvloeiende verbintenissen (passief) niet na te komen. Deze mogelijkheid betreft verbintenissen die uit of ten laste van de boedel moeten worden voldaan, zoals een betaling, de afgifte van een zaak of de vestiging van een recht.^[16]

4. Toegepast op software licenties

Al deze overwegingen in beschouwing nemende: hoe heet wordt de soep nu eigenlijk gegeten door de

softwarelicentienemer? Bij een eenvoudige licentieovereenkomst waarbij de licentienemer het recht verkrijgt om software te gebruiken geldt dat de curator de licentieovereenkomst in ieder geval niet zomaar mag beëindigen. Een partij die gebruikmaakt van een SaaS- of clouddienst doet dat meestal op basis van een licentieovereenkomst.^[13] Een dergelijke licentienemer zal door de curator (dus) ook niet zomaar mogen worden 'ontruimd' uit de cloud. Daar heeft de curator (lees: de boedel) overigens ook lang niet altijd belang bij. Zolang de software wordt gebruikt, zal de failliete licentiegever recht hebben op een licentievergoeding. Een lopende onderneming met betalende klanten kan wellicht worden doorgestart, als de licentievergoedingen maar voldoende opleveren om de kosten van de onderneming te dekken.

Voor wat betreft het onderhoud van de software en het verrichten van inspanningen om de overeengekomen uptime te behalen en bijvoorbeeld onverwachte downtime te herstellen, zou de lijn van de Hoge Raad echter wel eens problematisch kunnen zijn. De curator heeft immers de mogelijkheid om die verplichtingen passief niet na te komen als die ten laste van de boedel komen (wat aannemelijk is, want het herstel van de software kost ten minste arbeidsloon). En wat te denken van de kosten die de curator eventueel zou moeten maken voor de hosting partij waarvan de cloudleverancier gebruik maakt om zijn SaaS-diensten te verrichten? De continuïteit van het gebruik van de software zal dan mede afhangen van de kosten-batenanalyse die de curator maakt.

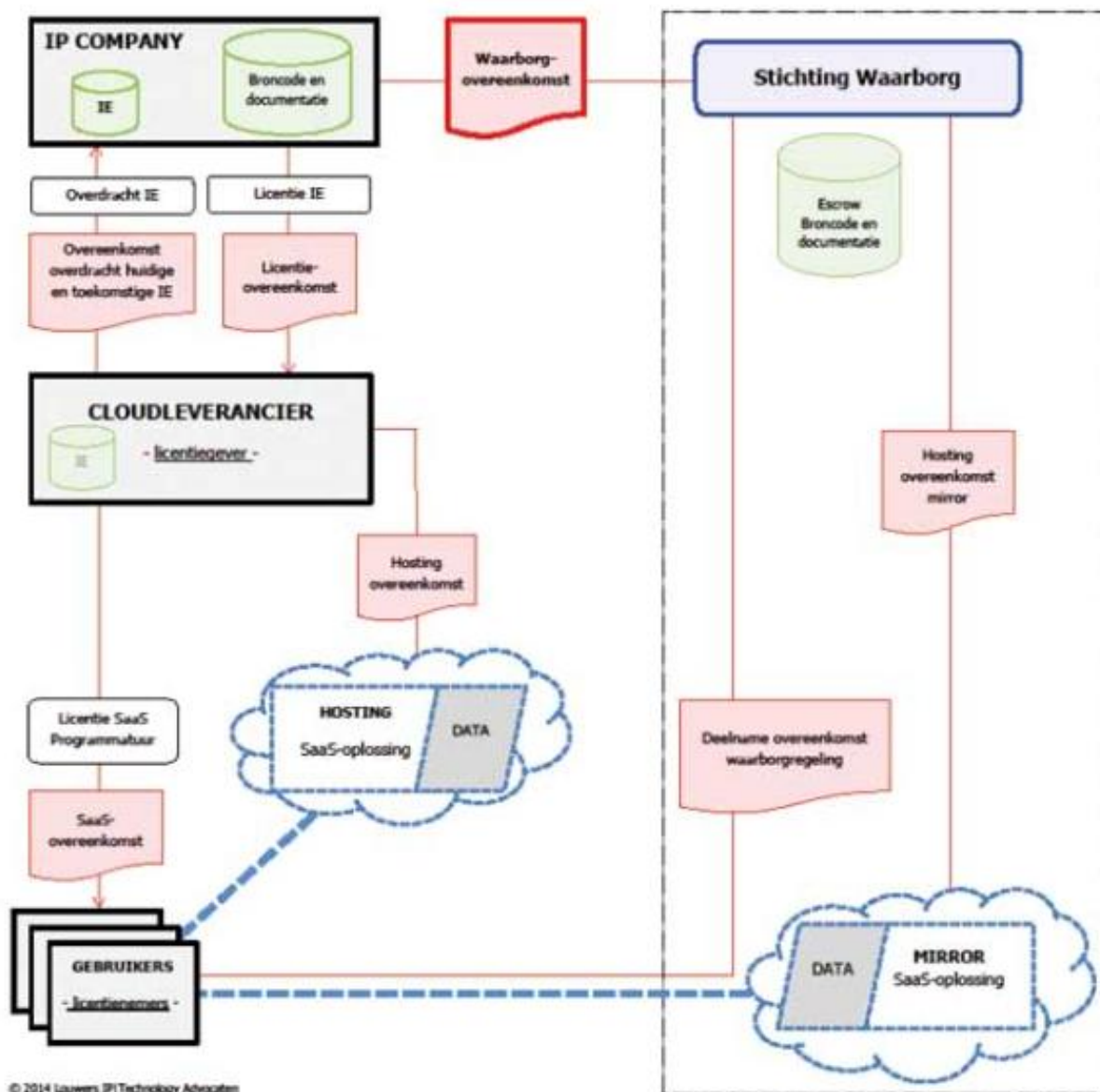
Heeft de cloudgebruiker in de licentieovereenkomst het recht verkregen om sub-licenties te verstrekken, dan dient zich wel een met Nebula vergelijkbare situatie aan wanneer de gebruiker ná faillissement een nieuwe sub-licentie verleent. Het is waarschijnlijk dat de curator zich hiertegen zal kunnen verzetten, hoewel ik meen dat een rol kan spelen aan wie de sub-licentie wordt verstrekt. Wanneer het recht op het verlenen van sub-licenties alleen omvat dat de licentienemer binnen het eigen bedrijf of concern (beperkt) andere gebruikers mag aanwijzen, lijkt het uitoefenen van dat recht tijdens het faillissement niet direct bezwaarlijk voor de boedel of andere schuldeisers. Een reseller-variant, waarbij de licentienemer de vrijheid heeft om sub-licenties te verlenen aan derden, lijkt bezwaarlijker. Daarvoor is niet direct een wettelijke reden te geven, maar het blijven verstrekken van sublicenties aan derden (vanwege het eigen winsttoegmerk als reseller) ondanks het faillissement (omdat de licentieovereenkomst dat nu eenmaal toestaat) en zonder rekening te houden met de eventuele extra belasting van de boedel,^[14] is naar mijn mening meer vergelijkbaar met de situatie in Nebula.

Naast de lessen die de ICT praktijk uit het *Nebula*-arrest heeft getrokken, is er nog een ander continuïteitsrisico bij cloudcomputing dat ik wil noemen. Binnen én buiten het faillissement bestaat immers ook het risico dat de licentiegever (of curator) de auteursrechten op de betreffende software aan een derde vervaemt. Het risico bestaat dat die derde vervolgens met een beroep op het auteursrecht het gebruik van de software en broncode aan de licentienemer(s) kan verbieden.^[15] De vraag is of derde zich iets van de bestaande licentieovereenkomst hoeft aan te trekken; hij is immers geen partij bij die overeenkomst. Dit risico is wellicht nog meer dan het *Nebula*-arrest een reden om niet blind te varen op alleen een eenvoudige licentieovereenkomst met de cloudleverancier.

5. Continuïteitsoplossingen voor de cloud

Dat brengt mij tot de kern van dit artikel. Er zijn diverse oplossingen uitgedacht om de continuïteit in de cloud (zoveel mogelijk) te waarborgen. De markt is daarop ingesprongen en biedt dergelijke oplossingen commercieel aan. Dat rechtvaardigt de vraag of en met inachtneming van welke voorwaarden die oplossingen dan waterdicht (zouden kunnen) zijn.

Louwers en De Laat gaven de door hen uitgedachte continuïteitsoplossing in hun eerder genoemde artikel als volgt schematisch weer:



Kern van de praktische oplossing bij faillissement van de cloudleverancier is in deze oplossing dat er een *realtimemirror*-omgeving draait (rechts in het schema) waarnaar kan worden overgeschakeld in geval van een faillissement van de cloudleverancier. Die *mirror*-omgeving wordt in het voorbeeld van Louwers en De Laat door een stichting draaiende gehouden. Die stichting kan tot de groep behoren van de cloudleverancier, maar kan evengoed een onafhankelijke derde zijn.

Om de stichting niet in dezelfde (in geval van een faillissement van de cloudleverancier) risicovolle positie te brengen als een 'gewone' licentienemer te brengen, moeten er goederenrechtelijke – in plaats van louter verbintenisrechtelijke – rechten aan de stichting worden toegekend. In ieder geval mag de cloudleverancier niet de enige auteursrechtelijke met betrekking tot de software zijn om de constructie te laten slagen.

Louwers en De Laat hebben alle auteursrechten op de in de cloud draaiende software in hun voorbeeld eerst ondergebracht in de *IP Company* linksboven in het schema. Dat is op zich een goede optie bij continuïteitsoplossingen, maar niet altijd mogelijk. Als de cloudleverancier namelijk geldschieters heeft, dan zullen zij niet altijd gelukkig zijn met de verplaatsing van de (volledige) auteursrechten naar een andere entiteit.^[16]

Dat gezegd hebbende is in elke continuïteitsoplossing toch van belang dat een andere partij dan de risicodragende cloudleverancier een goederenrechtelijk recht verkrijgt op de software. Omwille van eenvoud, ga ik er in het vervolg van dit artikel vanuit dat de stichting zo'n recht krijgt.^[17] Het geeft licentienemers doorgaans ook meer comfort dat er een onafhankelijke partij (buiten de groep van de cloudleverancier) wordt ingeschakeld.

Aan de stichting kan een goederenrechtelijk recht worden toegekend door middel van afsplitsing van een deel van het (eigendom van het) auteursrecht op de software of bijvoorbeeld door het vestigen van een vruchtgebruik^[18] op het aan de

software ten grondslag liggende auteursrecht.^[19] Dat recht blijft intact op het moment dat de cloudleverancier of curator de auteursrechten zelf zou overdragen aan een derde. De derde heeft het vruchtgebruik of afgesplitste deel te dulden. Ook een faillissement heeft geen invloed op het door de stichting verkregen recht.

Daarnaast zij nog opgemerkt, dat de stichting ook de broncode van de software moet kunnen gebruiken in geval van faillissement. Het ter beschikking stellen van de broncode aan de stichting ten behoeve van de gezamenlijke licentienemers is bij cloudoplossingen een aantrekkelijker model dan alle licentienemers afzonderlijk een recht tot de broncode (via een escrow-constructie) te verlenen.^[20] Het uit handen geven van de broncode brengt voor de rechthebbende op de software bijvoorbeeld het bezwaar mee dat zijn betrokkenheid bij het onderhoud en de ondersteuning van de software niet meer noodzakelijk is (de partij die de broncode in handen heeft kan dit zelf doen). Dit heeft een waarde drukkend effect op de auteursrechten op de software. Natuurlijk bestaat ook het risico dat de broncode verder verspreid raakt en kan worden ingezien door concurrenten die vervolgens een soortgelijk product zouden kunnen ontwikkelen.

Behalve het feitelijk kunnen beschikken over de broncode moet de stichting voor het gebruik daarvan expertise (kunnen) inschakelen en heeft de stichting bijvoorbeeld gebruikersdocumentatie en technische documentatie nodig. Het is noodzakelijk dat zowel de broncode waarover de stichting beschikt, als de documentatie up to date is en beantwoordt aan de versie van de software die op het moment van faillissement wordt gebruikt.^[21]

6. De positie van de licentienemer in de continuïteitsoplossing

Dan de situatie vanuit het perspectief van de licentienemers (links onderin het schema). In geval van faillissement van de cloudleverancier, kunnen de licentienemers overschakelen naar de *mirror*-omgeving. Dat moeten zij in ieder geval kunnen doen als de oorspronkelijke cloudomgeving niet meer toegankelijk of onvoldoende veilig is. Als de licentienemers inderdaad 'overstappen' dan is de vraag aan wie de licentienemers in zo'n geval de licentievergoeding verschuldigd zijn.

Vanuit het perspectief van de licentienemer is het niet erg aantrekkelijk om de licentievergoeding aan de failliete licentiegever te blijven voldoen. De curator mag zich immers passief opstellen; hij hoeft geen verbintenissen ten laste van de boedel te voldoen. Het is aannemelijk dat dat inhoudt, dat de curator geen onderhoud aan de software hoeft te verrichten. Er bestaat dus een reëel risico dat er weinig tegenover het betalen van licentievergoedingen staat, hoewel de licentienemer betalingen uiteraard mag opschorten op het moment dat de cloudleverancier/curator in verzuim is.

Het is doorgaans een onderdeel van de hiervoor beschreven constructie dat de stichting een budget heeft gekregen om de *mirror*-omgeving enkele maanden zelfstandig in de lucht te houden. Dit zet alleen zoden aan de dijk als het voor de licentienemer mogelijk is om binnen die tijd naar een andere oplossing over te schakelen. Of indien er een doorstart kan plaatsvinden binnen die maanden, maar daarop heeft een licentienemer geen invloed. Het is voor de licentienemer daarnaast hoe dan ook van belang om te bedingen dat de stichting actief zal meewerken aan de overdracht van de data van de licentienemer vanuit de cloud: ofwel naar de licentienemer zelf, ofwel naar de nieuwe oplossing.^[22]

Bij een langdurigere afwikkeling van het faillissement zal er uiteindelijk wel geld naar de stichting moeten als er nog gebruikgemaakt moet worden van de *mirror*-omgeving. Het ligt in de rede dat de licentienemers in dat geval (iets) aan de stichting (gaan) betalen. Als dat betekent dat de licentienemers niet (meer) aan de boedel betalen, wordt de boedel echter een belangrijke (zo niet: de belangrijkste) bron van inkomsten ontnomen. Het is wat mij betreft onzeker of dit de toets van *Nebula* zal kunnen doorstaan. Dat arrest benadrukt immers juist het belang van de *paritas creditorum*. Door over te schakelen naar de *mirror*-omgeving zónder nog licentievergoedingen aan de failliete cloudleverancier te blijven voldoen, dringt zich wel heel nadrukkelijk het beeld op van licentienemers die zich buiten de werking van het faillissementsrecht plaatsen. De *mirror*-omgeving is een manier om van de software gebruik te blijven maken 'alsof er geen faillissement ware' en zonder zich te bekommeren om de rechten van de (andere) schuldeisers van het faillissement.

Er zijn (in ieder geval) wel twee belangrijke verschillen met *Nebula*. Ten eerste kan beargumenteerd worden dat het niet meer om gebruik van dezelfde 'zaak' gaat: het gaat niet om dezelfde huurwoning die verhuurd wordt na faillissement. Het gaat om een andere omgeving die niet op basis van het oorspronkelijk auteursrecht draait, maar op basis van het afgesplitste deel of het vruchtgebruik. Ten tweede bevatten duurovereenkomsten (dus ook licentieovereenkomsten) vaak een bepaling dat de overeenkomst door de ene partij kan worden ontbonden in het geval dat de andere partij failliet gaat. Als de licentienemers van de cloudleverancier dit recht inderdaad hebben en hiervan gebruikmaken, dan hebben zij een wezenlijk andere positie ten opzichte van de curator dan de BV in *Nebula*. Het gaat dan niet meer om gebruik maken van rechten uit de oorspronkelijke licentieovereenkomst in weerwil van de *paritas creditorum*: tussen de stichting en de licentienemers is een afzonderlijke licentieovereenkomst gesloten om gebruik te kunnen maken van de *mirror*-omgeving. Omdat de failliete cloudleverancier – als het goed is – geen partij is bij die laatste overeenkomst, is het *Nebula*-arrest voor de curator waarschijnlijk geen voldoende basis om deze licentieovereenkomst op enigerlei wijze aan te tasten of gebruik van de *mirror*-omgeving te verhinderen.

Heeft de licentienemer géén ontbindingsrecht bedongen bij faillissement van de cloudleverancier, dan zal een licentienemer de betaling van de licentievergoeding aan de failliet niet zomaar mogen opschorten. De failliet/curator moet dan eerst in verzuim zijn. Blijft de curator de licentieovereenkomst nakomen, dan kan de licentienemer gewoon gebruik blijven maken van de oorspronkelijke cloudomgeving en is er in feite niet zoveel 'aan de hand'. De licentieovereenkomst met de stichting

kan de licentienemer dan ‘op afroep’^[23] achter de hand houden, voor het geval de failliet/curator alsnog in verzuim raakt. Vanwege deze twee verschillen met Nebula, zou de constructie de toets van Nebula wel eens kunnen doorstaan. Een gelopen race is dat echter nog niet, zolang de constructie nog niet is getoetst door een rechter. De faillissementswet kent echter nog een instrument dat de curator zou kunnen inzetten.

7. Continuïteitsoplossingen in het licht van de actio pauliana

De curator kan een continuïteitsoplossing zoals de oplossing die in dit artikel centraal staat, onder omstandigheden vernietigen met een beroep op de actio pauliana. Dit is overigens evengoed een instrument om de gelijkheid van schuldeisers te waarborgen.

Voor een geslaagd beroep op de actio pauliana moet aan een aantal vereisten zijn voldaan: er moet sprake zijn van (i) een rechtshandeling; die (ii) onverplicht is verricht; met (iii) benadeling tot gevolg; en (iv) wetenschap van die benadeling bij de betrokken partijen. De in dit artikel besproken continuïteitsoplossingen bestaan uit een samenstel van rechtshandelingen (overeenkomsten) waarbij verschillende partijen zijn betrokken. Volgens de Hoge Raad kan echter ook een samenstel van rechtshandelingen onderwerp van de actio pauliana zijn en in zijn geheel worden vernietigd.^[24]

Er bestaat geen wettelijke verplichting om een continuïteitsoplossing aan te gaan. Over de vraag of er wel een contractuele verplichting bestaat kan bestaan om een continuïteitsoplossing op te tuigen valt te twisten. Als de licentieovereenkomst tussen de cloudleverancier en de gebruiker bepaalt dat partijen een continuïteitsoplossing zullen inrichten, dan ontstaat een contractuele verplichting om daaraan gevolg te geven. Maar daaraan gaat vooraf dat de licentiegever op zichzelf niet verplicht was om in de licentieovereenkomst een continuïteitsoplossing op te nemen. De curator draagt de stelplicht en bewijslast met betrekking tot de (on)verplichtheid van de rechtshandeling, maar dit lijkt een nogal theoretische discussie met een onzekere uitkomst (voor zowel curator als licentienemer).

Daarnaast is goed denkbaar dat de constructie benadeling van schuldeisers tot gevolg kan hebben; de boedel zal een belangrijke bron van inkomsten verliezen als de constructie inhoudt dat licentienemers vanaf het faillissement (nog zonder dat de failliet/curator in verzuim is) geen licentievergoedingen meer aan de boedel voldoen. Daaraan gaat nog vooraf dat het verstrekken van een vruchtgebruik op of het overdragen van een afgesplitst deel van het auteursrecht op de software al een waardedrukkend effect op het auteursrecht heeft. Toch is dit element door de curator nog niet zo eenvoudig te onderbouwen. Om vast te stellen of sprake is van benadeling, moet een vergelijk worden gemaakt tussen de hypothetische situatie waarin schuldeisers zouden hebben verkeerd zonder de continuïteitsoplossing en de situatie waarin de schuldeisers feitelijk verkeren als de continuïteitsoplossing in stand blijft.

Stel dat er géén continuïteitsoplossing overeengekomen is tussen de gebruikers van de cloudoplossing. In dat geval kunnen de licentienemers de curator – als deze de licentieovereenkomst niet uit zichzelf blijft nakomen – een termijn stellen (ex artikel 37 Fw) om aan te geven of de curator de licentieovereenkomst zal nakomen. Wenst de curator dat niet, dan staat het de licentienemers ook vrij om de licentieovereenkomst niet langer na te komen (en dus geen licentievergoedingen meer te betalen). Gevolg voor de gebruikers is wel, dat zij zonder continuïteitsoplossing en zonder licentieovereenkomst met de failliet, geen gebruik meer kunnen maken van de cloudoplossing. Verklaart de curator dat hij wél zal gaan nakomen, dan is hij ook verplicht om zekerheid te stellen voor die nakoming (artikel 37 lid 2 Fw). In de situatie zonder continuïteitsoplossing, heeft de curator dus het heft in handen voor wat betreft de licentievergoedingen als bron van inkomsten voor de boedel. Komt hij na, dan blijven de licentievergoedingen verschuldigd. Komt hij niet (meer) na, dan zal geen licentienemer er nog over piekeren om de boedel te spekken. Bij die laatste stand van zaken worden schuldeisers niet meer maar ook niet minder benadeeld dan in de situatie mét continuïteitsoplossing. Van benadeling zou echter wel sprake kunnen zijn in de situatie dat de curator had willen nakomen, maar de licentienemers als gevolg van de gekozen continuïteitsoplossing de licentievergoedingen voortaan aan een derde (zoals de hiervoor beschreven stichting) kunnen voldoen. Het is daarom aan te bevelen om in de licentieovereenkomst met de stichting (voor het gebruik van de *mirror-omgeving*) een opschortende voorwaarde op te nemen. Deze voorwaarde zou (kort samengevat) in moeten houden dat de overeenkomst pas in werking treedt op het moment dat de failliet/curator in verzuim raakt.^[25]

De in artikel 37 Fw neergelegde keuzevrijheid van de curator om de licentieovereenkomst na te komen, is naar mijn idee een belangrijke factor in het vergelijken van de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd in de situatie zonder continuïteitsoplossing met de situatie mét continuïteitsoplossing. Het kan raadzaam zijn om de curator – wanneer licentienemer en licentiegever wél hebben gekozen voor een continuïteitsoplossing – ook die keuze te laten maken. Daarmee kan discussie over het element van ‘benadeling van schuldeisers’ vermeden worden. Voor de gebruiker van de cloudoplossing maakt het uiteindelijk niet uit of het de curator is die de dienst in de lucht houdt gedurende de afhandeling van het faillissement of de stichting. Zeker niet als de curator ook nog zekerheid heeft moeten stellen voor de nakoming.

Het vierde en laatste vereiste voor een geslaagd beroep op de actio pauliana, de wetenschap van de benadeling bij de betrokken partijen, is doorgaans de lastigste kluit voor de curator. Dit vereiste maakt daarmee ook dat de curator een continuïteitsoplossing zoals beschreven in dit artikel niet snel zal kunnen vernietigen. Het is namelijk aan de curator om aan te tonen dat de wetenschap van benadeling er was.^[26] De Hoge Raad overwoog hierover:

“Van wetenschap van benadeling is sprake indien ten tijde van de rechtshandeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid voor beide partijen waren te voorzien.”^[27]

Dit betekent dat niet alleen de benadeling van schuldeisers, maar ook het faillissement zelf ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling (in dit geval het optuigen van de continuïteitsoplossing) te voorzien moet zijn geweest. Dat laatste is natuurlijk zeker niet altijd het geval. Hoewel continuïteitsoplossingen worden opgetuigd met het oogmerk om de gevolgen van een faillissement van de licentiegever te beperken of te omzeilen, gebeurt dat doorgaans op een moment dat er geen vuiltje aan de lucht is. Continuïteitsoplossingen worden meestal al bij het aangaan van een licentieovereenkomst besproken en overeengekomen. In de praktijk komt het echter tamelijk vaak voor dat tijdens de onderhandelingen over een licentieovereenkomst alleen nog een intentie wordt vastgelegd om een continuïteitsoplossing in te richten – bijvoorbeeld op het eerste verzoek van de licentienemer.^[28] Voor die licentienemer is het goed om in het achterhoofd te houden dat het nog snel optuigen van een continuïteitsoplossing in het zicht van een onvermijdelijk faillissement,^[29] het risico op een geslaagde actio pauliana groter maakt.

Als licentienemer en licentiegever echter een continuïteitsoplossing opzetten als onderdeel van een reddingsoperatie of reorganisatie^[30] – om een faillissement te vermijden – zal oplossing ook niet zonder meer vernietigd kunnen worden door de curator.^[31]

De vier vereisten voor een geslaagd beroep op de actio pauliana zijn cumulatief en de bewijslast voor de curator is dus flink. Het zal dan ook niet vaak nodig zijn om een geslaagd beroep op de pauliana te voorkomen, maar er lijkt weinig op tegen om de curator (zekerheidshalve) een rol te laten spelen in de continuïteitsoplossing. Een rol in die zin, dat de curator kan kiezen (ex artikel 37 Fw) of hij de licentieovereenkomst met de gebruiker(s) van de cloudoplossing gestand wil doen of niet. Zo niet, dan zal het de schuldeisers niet meer benadelen indien de gebruikers massaal overstappen naar de *mirror*-omgeving en hun licentievergoedingen voortaan aan de stichting voldoen (in vergelijking met de situatie dat er geen continuïteitsoplossing zou zijn geweest). Hoe de keuzemogelijkheid van de curator wordt ingebouwd in de continuïteitsoplossing – contractueel in de licentieovereenkomst en continuïteitsovereenkomst^[32] of praktisch, door als licentienemer in geval van faillissement de curator die keuze te geven – is om het even.

Zoals hiervoor aangegeven vereist artikel 37 lid 2 Fw dat de curator zekerheid stelt voor de nakoming van de licentieovereenkomst, als hij desgevraagd te kennen geeft dat hij de licentieovereenkomst wil nakomen. De vraag is aan wat voor soort zekerheid de licentienemers (theoretisch, maar vooral praktisch) iets hebben, ook gezien bijvoorbeeld de mogelijkheid dat de curator de auteursrechten zou kunnen vervreemden zonder zich om de licentienemers te bekommeren.^[33] Artikel 6:51 lid 1 BW stelt dat wie wettelijk verplicht is tot het stellen van zekerheid (in dit geval de curator) de keuze heeft om een persoonlijke of zakelijke zekerheid te stellen. Nu zal de curator niet genegen zijn zich persoonlijk borg te stellen, zodat het vestigen van een hypotheek- of pandrecht ten gunste van de licentienemers het enige reële alternatief lijkt. Het goed waarop de hypotheek of het pand wordt gevestigd moet dan wel voldoende waarde hebben om de schade van de licentienemers in geval van wanprestatie te dekken. De schade van alle licentienemers tezamen kan echter flink de pan uitrijzen en de vraag is of de boedel wel een goed heeft dat daar tegenop kan.^[34] Praktisch gezien hebben de licentienemers ook niet zoveel aan zekerheid alleen: de financiële schade wordt dan misschien voor een deel gedekt maar het kunnen gebruiken van de cloudoplossing is nog altijd niet gegarandeerd. Dat is echter wel hoe de kaarten doorgaans voor alle concurrente schuldeisers liggen. Er valt op zich niet in te zien waarom gebruikers van cloudsoftware een andere positie zouden hebben.

8. Conclusie

Door het gebruik van software waarover de gebruiker geen feitelijke macht kan uitoefenen – zoals bij de cloudoplossing – ontstaat hoe dan ook afhankelijkheid van de cloudleverancier en de financiële stabiliteit van diens onderneming. Het is een goede ontwikkeling dat ondernemingen zich dat steeds meer realiseren en nadenken over continuïteitsoplossingen. Een continuïteitsoplossing met een goederenrechtelijke component is vanuit het perspectief van de licentienemer bij de huidige stand van de jurisprudentie een verstandige keuze. Als de licentienemer niet zélf een vruchtgebruik weet te bedingen, dan is het inschakelen van een onafhankelijke derde een goed alternatief. De financiers van de cloudleverancier moeten daar dan wel mee kunnen leven. Opgemerkt zij dat de continuïteitsoplossing voor de licentienemer vooral voldoende comfort biedt, als de oplossing tijdens het faillissement van de cloudleverancier of tot aan het moment dat de licentienemer een andere oplossing heeft geïmplementeerd, géén extra financiële injectie nodig heeft.

Het voert echter te ver om te stellen dat de heden ten dage gebruikte continuïteitsoplossingen volkomen faillissement-proof zijn. Zolang de Hoge Raad een dergelijke continuïteitsoplossing nog niet tegen het beginsel van gelijkheid van schuldeisers heeft getoetst, blijft onduidelijk of achter de cloud wel of niet de zon schijnt. Er is bij continuïteitsoplossingen totaal geen aandacht voor de overige schuldeisers in het faillissement. En dat terwijl het beginsel van gelijkheid van schuldeisers volgens het *Nebula*-arrest cruciaal was voor het nog mogen uitoefenen van rechten uit hoofde van een duurovereenkomst. Ook de actio pauliana is een instrument om rekening mee te houden. Een curator zal een continuïteitsoplossing zoals de oplossing beschreven in dit artikel niet snel kunnen vernietigen met een beroep op de actio pauliana. De timing van het

inrichten van de continuïteitsoplossing en de mogelijke benadeling van de andere schuldeisers zijn echter wel aandachtspunten die de licentienemer maar beter kan afwegen.

Voetnoten

[1]

Mr. drs. M. Kool is advocaat bij Loyens & Loeff N.V. in Rotterdam. Met dank aan mr. S.P.J.F. Zwanen (Loyens & Loeff N.V.) voor zijn kritische doch inspirerende (!) bijdrage.

[2]

De problematiek van softwarecontracten in een situatie van faillissement is naar Belgisch recht beschreven door M. Truyens & S. Aerts, 'Informaticacontracten in het faillissementsrecht', in *Computerrecht* 2017/3.

[3]

E.J. Louwers & P.M. de Laat, 'Continuïteit in de cloud', in *Computerrecht* 2014/113.

[4]

HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838.

[5]

HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681.

[6]

R.o. 3.5 uit HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838.

[7]

Idem.

[8]

Saillant detail is dat één van die natuurlijke personen een familielid was van de bestuurder van de BV met het economische eigendom. Het is niet ondenkbaar dat dit gegeven een rol heeft gespeeld in de uitkomst van de procedure.

[9]

Zie de noot van P. van Schilfgaarde bij het *Nebula*-arrest in *NJ* 2007/155.

[10]

R.o. 3.6.6.

[11]

R.o. 3.6.4.

[12]

R.o. 3.6.3 uit HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681.

[13]

In dit volledige artikel ga ik uit van een licentieovereenkomst, te weten een wederkerige, onbenoemde duurovereenkomst (waarop het verbintenisrecht van boek 6 BW van toepassing is). Ik laat discussies over of een dergelijke overeenkomst bijvoorbeeld al dan niet ten dele kan kwalificeren als een huurovereenkomst verder onbelicht.

[14]

Meer gebruikers zou kunnen leiden tot de noodzaak tot meer servercapaciteit om een voorbeeld te geven.

[15]

Dit risico bestaat kort gezegd vanwege het uitgangspunt dat een overeenkomst in beginsel alleen geldt tussen de partijen bij die overeenkomst (in dit geval de oorspronkelijke licentiegever en licentienemer). In de literatuur wordt echter wel betoogd dat aan licentieovereenkomsten met als voorwerp intellectuele eigendomsrechten, op de één of andere manier derdenwerking toekomt (verbintenisrechtelijk, dan wel door de licentie te beschouwen als een beperkt recht). Voor een overzicht, zie F.C. Folmer, T.J. de Graaf & A.M.E. Verschuur, 'Overdracht, licenties en derdenwerking in het intellectuele eigendomsrecht. Een verkenning van de grondslag en reikwijdte van de derdenwerking van intellectueel eigendomslicenties in het goederen-, verbintenis- en intellectueel-eigendomsrecht', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2008-7/8, p. 168-178.

[16]

Er wordt dan namelijk een waardevolle asset verplaatst waardoor de verhaalsmogelijkheden op de cloudleverancier worden beperkt. Afstemming met geldschieters is dus in ieder geval aan te raden.

[17]

Ook hier speelt wel degelijk de relatie met eventuele geldschieters een rol, hoewel, zoals ik later zal toelichten, aan de stichting niet de *volledige* auteursrechten (dus niet de volledige *asset*) worden overgedragen.

[18]

Louwers en De Laat lijken in hun artikel niet gecharmeerd van het vruchtgebruik voor deze doeleinden. De argumenten die zij daarvoor aanvoeren zijn echter niet direct overtuigend, los van het feit dat het vruchtgebruik op een auteursrecht niet bij notariële akte hoeft te worden gevestigd zoals zij stellen.

[19]

Het auteursrecht is een vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 BW en daarop kan een recht van vruchtgebruik worden gevestigd (artikel 3:202 BW) conform de regels die voor overdracht van het auteursrecht gelden (artikel 3:98 BW).

[20]

Dat zelfde geldt voor het toekennen van een goederenrechtelijk recht op de auteursrechten op de software: hoe meer partijen een vruchtgebruik (of afgesplitst deel) moeten krijgen, hoe ingewikkelder het in feite wordt. Bij maatwerksoftware met een enkele licentienemer kan het rechtstreeks toekennen van een recht van vruchtgebruik aan die licentienemer nu juist wel soelaas bieden, mits die licentienemer in staat is om met de broncode te werken zodra die vrijgegeven wordt uit de escrow.

[21]

En dan nog mag de licentienemer zich niet veilig wanen, zie onder meer de paragraaf 'Het lot van de broncode' in M. Truyens & S. Aerts, 'Informaticacontracten in het faillissementsrecht', *Computerrecht* 2017/3.

[22]

Zie ook de paragraaf 'Het lot van bewaarde gegevens' in M. Truyens & S. Aerts, 'Informaticacontracten in het faillissementsrecht', *Computerrecht* 2017/3.

[23]

De overeenkomst met de stichting kan bijvoorbeeld onder opschortende voorwaarde worden aangegaan.

[24]

HR 9 juni 2006, *NJ* 2007/21 en HR 19 december 2008, *NJ* 2009/220.

[25]

Er kunnen ook andere zgn. "trigger-events" worden opgenomen. Het (eventueel) bijdragen aan de "buffer" die de stichting nodig heeft om de *mirror*-omgeving draaiende te houden tot aan een trigger-event, kan in een separate overeenkomst worden neergelegd.

[26]

Zolang aan de continuïteitsconstructie zakelijke overwegingen ten grondslag liggen en de afspraken in financieel opzicht niet onevenredig zwaar rusten op de (failliete) leverancier zal de curator er niet snel een beroep op kunnen doen, maar het is goed om te weten dat artikel 43 Fw nog enkele situaties opsomt waarin het vermoeden van wetenschap wordt aangenomen (behoudens tegenbewijs).

[27]

HR 22 december 2009, *NJ* 2010/273 (*ABN AMRO/Van Dooren q.q.*).

[28]

Men vindt het vaak een ingewikkeld en onsympathiek onderwerp voor de onderhandelingen. Het onderwerp is bijna net zo populair als nadenken over een pensioen voor het veertigste levensjaar.

[29]

Of, wellicht realistischer: het zich nog snel aansluiten bij een oplossing die de cloudleverancier al heeft opgetuigd voor oudere licentienemers. De *mirror*-omgeving bestaat dan al.

[30]

Het in het kader van een reorganisatie optuigen van een continuïteitsoplossing is bijvoorbeeld denkbaar als de licentienemer de licentieovereenkomst wil opzeggen vanwege de vrees voor discontinuïteit en de licentienemer contractueel een opzeggingsmogelijkheid heeft (al dan niet *for convenience*), met de continuïteitsoplossing kan de licentiegever de licentienemer mogelijk overtuigen om de overeenkomst voort te zetten.

[31]

HR 12 november 1999, *JOR* 2000/86 en HR 17 april 2017, *NJ* 2017/177.

[32]

De overeenkomst of set van overeenkomsten die gesloten wordt met de partij die de *mirror*-omgeving laat draaien.

[33]

De curator zou dan wel wanpresteren onder de licentieovereenkomst, maar de koop kan in beginsel niet worden aangetast.

[34]

Aansprakelijkheid beperkende bepalingen in de licentieovereenkomst even daargelaten. Daarbij komt het nadeel dat een pand- of hypotheekrecht een ongewenste rangorde in de gebruikers/licentienemers in het leven kan roepen.