

Insolventierecht in de notariële praktijk, preadvies KNB 2011

S. Perrick, Insolventie en erfrecht (preadvies p. 265-335)

Prof. mr. A.J.M. Nuytinck, hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen-, familie- en erfrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam en hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder personen- en familierecht, Centrum voor Notarieel Recht, Radboud Universiteit Nijmegen (nuytinck@kabelfoon.nl)

Inleiding

28. Preadviseur Perrick, advocaat en oud-notaris te Amsterdam, behandelt het insolventierecht in combinatie met een belangrijk onderdeel van het familievermogensrecht, te weten het erfrecht. Het is een uitvoerig, degelijk en gedetailleerd preadvies geworden op een terrein waarmee Perrick als geen ander bekend is, niet alleen vanuit de rechtspraktijk, maar ook vanuit de wetenschap. Hij is immers de bewerker van twee belangrijke Asser-delen, het ene deel over gemeenschap (titel 3.7 BW)¹ en het andere deel over erfrecht en schenking (Boek 4 en titel 7.3 BW).² Om de lezer een indruk te geven van de inhoud van het preadvies volsta ik hier met de weergave van de hoofdingeling zonder alle onderverdelingen te vermelden (binnen de gelaagde structuur van het preadvies zijn soms vier lagen te onderscheiden).

1. Inleiding
2. De insolvente testateur/erflater
3. De insolvente nalatenschap en haar vereffening
4. De insolvente erfgenaam
5. Faillissement van executeur, testamentair bewindvoerder, vereffenaar en beheerder van gemeenschap van nalatenschap

Aandachtsgebieden

29. Perrick geeft in de inleiding aan dat hij hoofdzakelijk aandacht zal besteden aan twee situaties. De eerste situatie betreft de insolvente nalatenschap. Dit is de kern van het preadvies en beslaat het grootste gedeelte hiervan (zie hoofdstuk 3³). De tweede situatie betreft het geval dat een erfgenaam of de enige erfgenaam insolvent is. Dit is het op één na grootste gedeelte van het preadvies (zie hoofdstuk 4⁴). Uiteraard bestaat de mogelijkheid dat de testateur/erflater al tijdens zijn leven insolvent was, bijvoorbeeld dat hij vóór zijn overlijden failliet is verklaard of dat ten aanzien van hem vóór zijn overlijden de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard. Terecht behandelt Perrick ook deze gevallen (zie hoofdstuk 2⁵). Als de erflater tijdens zijn leven failliet is verklaard en in de wettelijke (of een beperkte) gemeenschap van goederen is gehuwd (of in een dergelijke gemeenschap een geregistreerd partnerschap is aangegaan), krijgen wij ook te maken met het

¹ Asser-Perrick 3-IV, *Gemeenschap*, Deventer: Kluwer 2007. Zie ook S. Perrick, *Gemeenschap, schuldeisers en verdeling. Beschouwingen over titel 3.7 van het nieuw Burgerlijk Wetboek* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986.

² Asser-Perrick 4*, *Erfrecht en schenking*, Deventer: Kluwer 2009.

³ Preadvies, p. 269-315.

⁴ Preadvies, p. 315-333.

⁵ Preadvies, p. 265-269.

huwelijksvermogensrechtelijke art. 63 lid 1, eerste volzin, Fw, op grond waarvan het faillissement van de erflater als faillissement van die gemeenschap wordt behandeld.⁶ Ook de goederen die de echtgenoot van de erflater in privé toebehoren op grond van art. 1:94 leden 1, 3 en 4 BW, vallen in beginsel in de failliete boedel van de erflater, tenzij diens echtgenoot met inachtneming van de verscherpte bewijsregels van art. 61 Fw kan aantonen dat deze goederen hem in privé toebehoren, zodat hij vervolgens gebruik kan maken van zijn terugnemingsbevoegdheid in de zin van laatstgenoemd artikel.⁷

De insolvente nalatenschap

30. Zoals gezegd, besteedt Perrick de meeste aandacht aan de insolvente nalatenschap en haar vereffening. Anders dan onder het oude erfrecht, dat heeft gegolden tot 1 januari 2003, kan een nalatenschap als zodanig niet meer failliet worden verklaard. Op grond van de toen vervallen negende afdeling van de eerste titel van de Faillissementswet (art. 198-202 Fw oud) kon een nalatenschap failliet worden verklaard. Art. 198 Fw (oud) bepaalde dat de boedel van een overledene in staat van faillissement wordt verklaard, indien een of meer der schuldeisers daartoe verzoek doen en summier aantonen dat de overledene in de toestand verkeerde dat hij had opgehouden te betalen of dat de nalatenschap ten dage van het overlijden niet toereikend was ter betaling van de schulden van de overledene. Ondanks het feit dat deze bepalingen zijn vervallen, kan uiteraard – indien de erflater ten tijde van zijn overlijden failliet was – de facto nog steeds worden gezegd dat zijn nalatenschap failliet is. Naar geldend erfrecht bestaat aan een speciale voorziening in de Faillissementswet voor het geval waarin de passiva van de nalatenschap haar activa overtreffen, geen enkele behoefte meer. Afdeling 4.6.3 BW (art. 4:202-226 BW) betreffende vereffening van de nalatenschap regelt immers mede de situatie waarin de rechtbank een vereffenaar kan benoemen – indien de nalatenschap niet beneficiair is aanvaard – op verzoek van een schuldeiser van de nalatenschap. Deze mogelijkheid is blijkens art. 4:204 lid 1, aanhef en onder b, BW aanwezig (1) wanneer tot een verdeling van de nalatenschap wordt overgegaan voordat de opeisbare schulden daarvan zijn voldaan, of (2) wanneer voor deze schuldeiser van de nalatenschap het gevaar bestaat dat hij niet ten volle of niet binnen redelijke tijd zal worden voldaan, hetzij (a) omdat de nalatenschap niet toereikend is of niet behoorlijk wordt beheerd en afgewikkeld, hetzij (b) omdat een schuldeiser zich op de goederen van de nalatenschap gaat verhalen.

31. Het zal duidelijk zijn dat afdeling 4.6.3 BW een prominente plaats inneemt bij de behandeling van de insolvente nalatenschap en haar vereffening. Deze afdeling vormt dan ook de rode draad binnen dit onderdeel van het preadvies. Het is echter belangrijk te benadrukken dat deze afdeling ook van toepassing kan zijn zonder dat er sprake hoeft te zijn van een insolvente nalatenschap, al zal laatstgenoemde situatie in de praktijk toch wel de belangrijkste reden zijn voor een vereffening volgens de wet. Art. 4:202 lid 1 BW bepaalt dat een nalatenschap in twee gevallen volgens de wet wordt vereffend, te weten: (a) wanneer zij door

⁶ Art. 63 Fw geldt alleen voor de huwelijks- en partnerschapsgemeenschap en niet voor een eenvoudige gemeenschap in de zin van afdeling 3.7.1 BW (art. 3:166-188 BW), zoals deze bijvoorbeeld tussen ongetrouwd en ongeregistreerd samenwonenden kan bestaan.

⁷ Meer hierover F.R. Salomons, *Insolventie en huwelijksvermogensrecht*, een van de andere vier preadviezen.

een of meer erfgenamen beneficiair is aanvaard⁸ en (b) wanneer de rechtbank een vereffenaar heeft benoemd. De mogelijkheid voor de rechtbank om een vereffenaar te benoemen werkt de wetgever uit in art. 4:203 BW na een beneficiaire aanvaarding en in art. 4:204 BW zonder een beneficiaire aanvaarding.

32. Uiteraard draait in geval van een insolvente nalatenschap alles om de problematiek van de rangorde van de schulden van de nalatenschap.⁹ De goederen van de nalatenschap (het verhaalsaansprakelijke of uitwinbare vermogen) zijn nu eenmaal niet genoeg om alle schuldeisers van de nalatenschap volledig te voldoen. Voor de onderlinge rangorde van de schulden van de nalatenschap zijn de art. 4:7 lid 2, 120 lid 1 en 126 BW van belang. De rangorde van (quasi-)legaten (art. 4:7 lid 1, onder h en i, BW) treft men dus niet aan in art. 4:7 lid 2 BW bij de overige schulden van de nalatenschap (art. 4:7 lid 1, onder – achtereenvolgens – a tot en met e, f en g, BW), maar apart in art. 4:120 lid 1 BW, waaruit blijkt dat legaten postconcurrent zijn, dus slechts ten laste van de nalatenschap worden voldaan, indien alle andere schulden van de nalatenschap daaruit ten volle kunnen worden voldaan, en in art. 4:126 lid 1, tweede volzin, BW, waaruit blijkt dat quasi-legaten in beginsel als laatste worden ingekort en verminderd. Perrick noemt deze erfrechtelijke bepalingen ‘andere in de wet aangegeven gronden’ (van voorrang) in de zin van art. 3:278 lid 1, slot, BW.

33. Omdat men zich bij bestudering van afdeling 4.6.3 BW in de Faillissementswet waant, hetgeen op zichzelf natuurlijk niet verwonderlijk is, is met name interessant de vraag welke bepalingen van deze wet al dan niet van overeenkomstige toepassing zijn verklaard in geval van vereffening. Minutieus bespreekt Perrick niet alleen de bepalingen van de Faillissementswet die wél van overeenkomstige toepassing zijn verklaard (te weten in de art. 4:210 lid 2, 215 lid 5, 217 leden 1 en 2, 218 lid 5 en 223 lid 1 BW), maar ook enkele bepalingen van de Faillissementswet die juist niet van overeenkomstige toepassing zijn verklaard, met de bijbehorende motivering (te weten de art. 33, 35b, 37 e.v., 47, 60a, 60b en 63 Fw). De lezer wordt ook los hiervan toch al verrast door de veelheid van onderwerpen die Perrick in dit onderdeel van zijn preadvies aan de orde stelt, waarbij hij lastige onderwerpen als verrekening, vermenging en aspecten van internationaal privaatrecht niet schuwt.

De insolvente erfgenaam

34. Wat de insolvente erfgenaam betreft, behandelt Perrick uiteraard ook art. 41 lid 1 Fw, op grond waarvan gedurende het faillissement aan de gefailleerde opkomende erfenissen¹⁰ door de curator niet anders dan beneficiair worden aanvaard, terwijl hij op grond van art. 41 lid 2 Fw voor verwerping van een nalatenschap machtiging van de rechter-commissaris behoeft. In dit onderdeel van het preadvies komt ook de verdeling van de nalatenschap aan de orde, die

⁸ Tenzij er een tot voldoening van de opeisbare schulden en legaten bevoegde executeur is en deze kan aantonen dat de goederen der nalatenschap ruimschoots toereikend zijn om alle schulden der nalatenschap te voldoen (art. 4:202 lid 1, onder a, BW). In geval van een wettelijke verdeling van de nalatenschap (art. 4:13 BW) wordt slechts vereffend volgens de wet wanneer de echtgenoot van de erflater haar beneficiair heeft aanvaard (art. 4:202 lid 3 BW).

⁹ Zie hierover ook uitvoerig W.D. Kolkman, *Schulden der nalatenschap* (diss. Groningen), serie Ars Notariatus, deel 132, Deventer: Kluwer 2006.

¹⁰ Dit is een van de weinige bepalingen waarin de wetgever ‘erfenis(sen)’ in 2003 bij de invoering van het thans geldende erfrecht heeft laten staan, terwijl hij in de meeste andere bepalingen ‘nalatenschap(pen)’ gebruikt.

logischerwijs volgt op de vereffening daarvan. In geval van insolventie van een erfgenaam is dan uiteraard vooral de gedwongen schuldtoerekening van belang. Afdeling 4.6.4 BW (art. 4:227-233 BW) bevat bijzondere verdelingsbepalingen naast de algemene verdelingsbepalingen van de art. 3:182 e.v. BW. Perrick wijst er echter terecht op dat art. 4:228 BW, de erfrechtelijke bepaling betreffende toerekening van schulden, overbodig is naast art. 3:184 BW, de bepaling betreffende toerekening van schulden die voor alle gemeenschappen geldt, zowel eenvoudige als bijzondere. Via de schakelbepaling van art. 3:189 lid 2 BW geldt art. 3:184 BW immers ook voor de nalatenschap, nu daarvan in afdeling 3.7.2 BW (art. 3:189-194 BW) niet wordt afgeweken.

35. Veel vragen betreffende insolventie en erfrecht zijn door de wetgever niet beantwoord. In dergelijke gevallen gaat Perrick meestal op zoek naar een oplossing die past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wél in de wet geregelde gevallen, de zogenaamde Quint-Te Poel-formule.¹¹ Heel duidelijk zien wij dit in het laatste onderdeel van het preadvies, waarin Perrick het faillissement van een executeur, een testamentair bewindvoerder, een vereffenaar en een beheerder van een nalatenschap behandelt (zie hoofdstuk 5¹²). Het gaat dan in het bijzonder om het faillissement van een beheerder van een nalatenschap. De wet bepaalt niet dat een failliet niet tot beheerder van een gemeenschap kan worden benoemd en dat een beheerder ten gevolge van zijn faillissement ophoudt beheerder te zijn. Volgens Perrick is deze beheerder een vertegenwoordiger uit anderen hoofde dan volmacht in de zin van art. 3:78 BW. Als art. 3:72 BW (een volmacht eindigt o.a. door het faillissement van de gevolmachtigde) nu van overeenkomstige toepassing zou zijn verklaard in art. 3:78 BW, zou het probleem zijn opgelost. Dit is echter niet gebeurd, maar daaraan kent Perrick terecht geen beslissende betekenis toe. Hieruit blijkt ook meteen dat de waarde van schakelbepalingen moet worden gerelativeerd in die zin, dat het feit dat een concrete bepaling niet van overeenkomstige toepassing is verklaard in een schakelbepaling, niet zonder meer betekent dat deze bepaling niet toch van overeenkomstige toepassing kan zijn. Met behulp van de reeds genoemde Quint-Te Poel-formule is dit laatste juist wél mogelijk. Ik onderschrijf dan ook de opvatting van Perrick dat niet alleen de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de beheerder, maar ook zijn positie als beheerder ten gevolge van zijn faillissement vervalt.

Besluit

36. Een korte, globale bespreking als deze doet geen recht aan de vele belangwekkende beschouwingen van de preadviseur. Mijn conclusie is dat er niet veel problemen inzake insolventie en erfrecht in de notariële praktijk zijn die in het preadvies van Perrick niet aan de orde komen.

PS: de voetnoten 1 tot en met 12 zijn in de WPNR-publicatie genummerd als 53 tot en met 64.

¹¹ Zie HR 30 januari 1959, LJN: AI1600, NJ 1959, 548 (*Quint-Te Poel*; concl. A-G Loeff; m.nt. D.J. Veegens; AA 1958-1959, p. 171-176, m.nt. J.H. Beekhuis).

¹² Preadvies, p. 334-335.