

Boom Juridische uitgevers
Postbus 85576
2508 CG Den Haag
T (070) 330 70 33
F (070) 330 70 30
E info@bju.nl
I www.bju.nl

EstateTip Review

Afl. 2009-43

9 december 2009

De val van 'Lex Quintus Mucius' (IV)

Art. 63 Faillissementswet en het lot van de niet-verrekenende inkomsten

Onlangs is in *EstateTip Review* (2009-41) ingegaan op een uitspraak van Rechtbank Rotterdam (Rb. Rotterdam 19 augustus 2009, *LJN BJ8456*, *Notamail* 2009-227). In de casus waren M en V gehuwd op huwelijkse voorwaarden inhoudend uitsluiting van iedere huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap in combinatie met een (nooit nagekomen) periodiek verrekenbeding. De op naam van V aangekochte woning werd gefinancierd door middel van een lening die zowel door M als V werd aangegaan. Na faillietverklaring van M bestond er een verschil van mening tussen de curator en V over de vraag of de woning deel uitmaakt van de failliete boedel. De rechtbank meende dat het feit dat de rentebetalingen ter zake van de hypothecaire geldlening uit de loonbestanddelen van V waren voldaan en V het voordeel van de renteaftrek had genoten, onvoldoende waren om tot de conclusie te komen dat de echtelijke woning door V met eigen middelen was gefinancierd en derhalve buiten het faillissement van M diende te blijven. Dat er gedurende het huwelijk geen aflossingen op de hypothecaire geldlening hadden plaatsgevonden, deed ook niet ter zake. De curator kon de woning derhalve tot de faillissementsboedel rekenen.

Daarmee was de kous nog niet af. De curator had nog meer pijlen op zijn boog. In zijn streven om zo veel mogelijk goederen in de faillissementsboedel te doen laten vallen, ging zijn aandacht uit naar de niet-verrekenende inkomsten van V. Teneinde deze niet-verrekenende inkomsten *volledig* tot de failliete boedel te kunnen rekenen, nam hij – kennelijk gebaseerd op de omstandigheid dat ook in deze casus niet behoorlijk was boekgehouden en de overgespaarde inkomsten nimmer waren verrekend – de volgende stelling in:

‘Op grond van vaste jurisprudentie dient daaraan het gevolg te worden verbonden de vermogenbestanddelen, die zij tijdens het huwelijk hebben verworven, alsnog te beschouwen alsof deze vermogensbestanddelen aan hen gemeenschappelijk toebehoren en op grond van artikel 63 Fw, in de boedel van het faillissement vallen.’

Art. 63 lid 1 Fw bepaalt dat het faillissement van de persoon die in *enige* gemeenschap van goederen gehuwd is als het faillissement van die gemeenschap wordt behandeld. Het faillissement omvat, met een enkele uitzondering (zie bijvoorbeeld *EstateTip Review* 2006-46), alle goederen die in de gemeenschap vallen en strekt ten behoeve van alle schuldeisers die op de goederen der gemeenschap verhaal hebben. In de onderhavige casus was echter geen sprake van ‘enige’ tussen de failliet en diens echtgenote bestaande huwelijksgemeenschap. Toch brengt de curator art. 63 Fw in stelling. Hij

meent dat op grond van jurisprudentie de niet-verrekenende inkomsten van V *aan beide echtgenoten toebehoren*.

De vraag is wat de curator precies bedoelt met ‘toebehoren’. Het ligt niet voor de hand dat hij vindt dat sprake is van een *goederenrechtelijk toebehoren*. Dat de Hoge Raad (in beginsel) de beleggingsvisie hanteert in geval van een niet-nagekomen periodiek verrekenbeding, is genoegzaam bekend en inmiddels wettelijk verankerd (art. 1:141 BW jo. art. 1:136 BW). Dit wil echter niet zeggen dat de nog niet-verrekenende inkomsten daarmee in goederenrechtelijke mede-eigendom aan beide echtgenoten toebehoren. Niet-verrekenen is toch geen wijze van (goederenrechtelijke) eigendomsverkrijging? De woorden ‘te beschouwen alsof’ geven aan dat de curator (waarschijnlijk) een *verbintenisrechtelijk toebehoren* voor ogen heeft. Althans dat door de niet-verrekening een ‘verbintenisrechtelijke gemeenschap’ tussen de echtgenoten ontstaan is. Voor een omschrijving van een dergelijke gemeenschap raadplegen we Van Mourik. Hij omschrijft, na te hebben opgemerkt niet enthousiast te worden van de term ‘verbintenisrechtelijke gemeenschap’ maar wel het grote beeldend vermogen ervan te onderkennen, de verbintenisrechtelijke gemeenschap als volgt (M.J.A. Van Mourik, *Gemeenschap*, Monografieën BW B9, nr. 1.3, Deventer: Kluwer 2006):

‘Aan de orde is het verschijnsel dat in goederenrechtelijke zin weliswaar een gemeenschap ontbreekt maar dat tot de waarde van een of meer goederen, of van een algemeenheid van goederen (...), meer personen zijn gerechtigd, als ware van gemeenschap sprake. Het economisch belang raakt de betrokken personen, de goederen komen voor hun rekening. Uiteindelijk wordt deze economische deelgerechtigdheid in verbintenisrechtelijke zin afgerekend met de gerechtigde tot de betrokken goederen.’

Dat het niet-nakomen van een periodiek verrekenbeding tot het ontstaan van zo’n verbintenisrechtelijke gemeenschap kan leiden, zal niet meer verbazen. Zo ook Van Mourik (2006, nr.1.3) en bijvoorbeeld HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 584 m.nt. S. Wortmann (Visserijbedrijf) waarover in zijn proefschrift Burgerhart (W. Burgerhart, *Waarde en Erfrecht, Beschouwingen over de waarde van een onderneming in het erfrecht en enige aanverwante wetten* (diss. Nijmegen), Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht (deel 7), nr. VI.3.4 e.v., Deventer: Kluwer 2008).

Als de verbintenisrechtelijke gemeenschap onder het bereik van art. 63 Fw valt, zou dat een flinke afstraffing inhouden van het niet daadwerkelijk verrekenen van inkomsten.

Alvorens toe te komen aan de opvatting van Rechtbank Rotterdam, eerst een korte bloemlezing van enige literatuur over de reikwijdte van art. 63 Fw. Bij Van Galen lezen we (R.J. van Galen, *Groene Serie Faillissementswet*, art. 63 Fw, aant. 2, Deventer: Kluwer (losbl.)):

‘Enige gemeenschap kan zijn:

a gemeenschap van goederen (art. 1:93 e.v. BW).

b een door middel van huwelijksvoorwaarden tot stand gebrachte beperkte gemeenschap (art. 1:121 e.v. BW),

(...)

Art. 63 lid 1 spreekt over verschillende vormen van huwelijksgoederengemeenschap en gemeenschap van goederen waaronder een geregistreerd partnerschap is aangegaan. Het kan dientengevolge niet worden toegepast op:

- het wettelijk deelgenootschap, zie art. 1:132 lid 2 BW.
- de mede-eigendom (anders dan door gemeenschap van goederen), (...).’

En bij Wessels (B. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (1)*, Reeks Insolventierecht (deel II), nr. 2189, Deventer: Kluwer 2009):

'Eenvoudige gemeenschap. Uit de tekst van art. 63 volgt dat de bepaling niet van toepassing is op een (eenvoudige) gemeenschap zoals deze tussen echtgenoten ten aanzien van een of meer goederen kan bestaan en welke niet haar grondslag vindt in het huwelijksvermogensrecht.'

De literatuur lijkt aan te nemen dat met 'enige gemeenschap' in art. 63 Fw een *bijzondere* gemeenschap wordt bedoeld. Hoe kijkt Rechtbank Rotterdam hier tegen aan: werkt art. 63 Fw alleen in geval van een bijzondere of ook bij een 'verbintenisrechtelijke' en/of eenvoudige gemeenschap?

De rechtbank:

'De vraag die de rechtbank moet beantwoorden is of de niet verrekenende overgespaarde inkomsten vallen onder het bereik van artikel 63 Fw. Artikel 63 Fw stelt als vereiste dat er een bepaalde vorm van huwelijksgemeenschap dient te bestaan. [gedaagde] en [persoon 2] hebben bij huwelijksvoorwaarden elke vorm van gemeenschap uitgesloten. Uit de door partijen in het geding gebrachte stukken blijkt dat anders dan de hypothecaire rente, welke valt onder de kosten van de huishouding en derhalve buiten het verrekenbeding, er geen aflossingen of andere beleggingen en wederbeleggingen hebben plaatsgevonden welke betaald zijn met onverdeeld overgespaarde inkomsten. De rechtbank is van oordeel dat overgespaarde onverdeelde inkomsten, gelet op de huwelijksvoorwaarden, niet in de gemeenschap vallen en daarom niet onder de reikwijdte van artikel 63 Fw. De rechtbank wijst de vordering af.'

Duidelijk is dat het economische en verbintenisrechtelijke denken van de curator niet wordt gevolgd. Overgespaarde en onverdeelde inkomsten 'vallen niet in de gemeenschap'. In de opvatting van Rechtbank Rotterdam speelt art. 63 Fw dan ook niet.

De curator restte slechts de niet-nagekomen verrekenvordering. Voor het lot van die vordering raadplegen we Van Mourik en Verstappen (M.J.A. Van Mourik en L.C.A. Verstappen, *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding*, Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht (deel 1), nr. 10.2, Deventer: Kluwer 2006):

'Aangenomen moet worden, dat wanneer de huwelijkse voorwaarden dienaangaande niets bijzonders bepalen, de curator bevoegd is een dergelijke vordering tegen de andere echtgenoot geldend te maken, evenals de andere echtgenoot op dezelfde wijze als (concurrente) schuldeiser in het faillissement van de ene echtgenoot kan opkomen.'

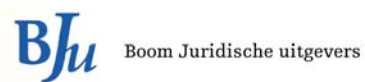
De curator staat dus niet volledig met lege handen.

Mr. F.M.H. Hoens

Tot volgende week!



www.scholsburgerhartschols.nl



www.bju.nl

© 2009 Boom Juridische uitgevers / ScholsBurgerhartSchols

Hoewel de uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *EstateTip Review* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid.