

Grensoverschrijdende insolvente nalatenschappen in het licht van de Erfrecht- en Insolventieverordening

1. Inleiding

In deze bijdrage¹ wordt ingegaan op de vereffening van grensoverschrijdende insolvente nalatenschappen binnen de Europese Unie, en in het bijzonder op de samenloop van twee toepasselijke Europese verordeningen. Dat zijn de herziene Insolventieverordening 2015/848 (of 'IVO')² en de Erfrechtverordening 650/2012 ('ErfVo')³. De verhouding tussen beide verordeningen wordt geregeld door art. 76 ErfVo, dat bepaalt dat de ErfVo de toepassing van de IVO onverlet laat.⁴ Aan de samenloop tussen beide verordeningen is in de literatuur tot voor kort relatief weinig aandacht besteed.⁵ Naar Nederlands recht wordt een nalatenschap sinds de invoering van Boek 4 BW niet (meer) failliet verklaard zoals bedoeld in de Faillissementswet ('Fw'). In plaats daarvan wordt een insolvente nalatenschap vereffend overeenkomstig de regels van afd. 4.6.3 BW (art. 4:202 t/m 4:226 BW) inzake de 'Vereffening van de nalatenschap'.

De verhouding tussen de ErfVo en de IVO verdient om twee redenen aandacht. Ten eerste wordt de afwikkeling van een grensoverschrijdende insolvente nalatenschap in de meeste Europese lidstaten beheerst door beide verordeningen.⁶ Het is daarom voor degenen die met de afwikkeling van dergelijke nalatenschappen te maken krijgen, relevant om te weten hoe beide verordeningen zich onderling verhouden. Het is van belang om te weten waar, bij overlap tussen de beide verordeningen, de toepasselijkheid van de IVO tot andere uitkomsten kan leiden dan de ErfVo (denk met name de bevoegde rechter en het toepasselijk recht) en welke onderwerpen (materieel gezien) door beide verordeningen worden bestreken, en welke onderwerpen exclusief door de ErfVo.

Ten tweede verdient de verhouding tussen de ErfVo en de IVO aandacht, omdat Nederland wat betreft de toepasselijkheid van de IVO op grensoverschrijdende insolvente nalatenschappen een afwijkende positie binnen de Europese Unie inneemt. Bijlage A van de IVO bevat een limitatieve opsomming van de procedures van de lidstaten waarop de IVO van toepassing is. Sinds 1 januari 2003 is de vereffening van (insolvente) nalatenschappen van art. 198 t/m 202 Fw ondergebracht in Boek 4 BW. Omdat Bijlage A wel de faillissementsprocedure vermeldt, maar niet de vereffeningprocedure, is de IVO niet van toe-



Prof. mr. drs.
J.W.A. Biemans*



M.R. Schreurs**

* Hoogleraar Burgerlijk recht, i.h.b. Goederenrecht en Notarieel recht, Universiteit Utrecht en raadsheer-plaatsvervanger, Hof Arnhem-Leeuwarden en medewerker van dit blad.
(J.W.A.Biemans@uu.nl)

** Student van de Legal Research Master aan de Universiteit van Utrecht.

1. Een uitgebreidere versie van met name par. 2 en 3 is verschenen als: J.W.A. Biemans & M.R. Schreurs, 'Insolvent cross-border estates of deceased person: concurrence of Succession and Recast Insolvency Regulations', *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2019/3, afl. 83, p. 612-646 (hierna: Biemans & Schreurs 2019).
2. Verordening (EU) 2015/848 van het Europese Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (herschikking).
3. Verordening (EU) 650/2012 van het Europese Parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen en de aanvaarding en de tenuitvoerlegging van authentieke akten op het gebied van erfopvolging, alsmede betreffende de instelling van een Europese erfrechtverklaring.
4. Art. 76 ErfVo verwijst nog naar de oude IVO; deze verwijzing heeft thans (ook) betrekking heeft op de herschikte IVO, zie art. 91 IVO, dat bepaalt dat verwijzingen naar de ingetrokken IVO gelden als verwijzingen naar de huidige IVO. Zie ook Biemans & Schreurs 2019, p. 614, voetnoot 7.
5. Zie Biemans & Schreurs 2019, en voorts de literatuurverwijzingen in voetnoot 9, p. 615.
6. Zo is in Duitsland bijvoorbeeld de Duitse insolventiewet (*Insolvenzordnung*) van toepassing op de afwikkeling van een insolvente nalatenschap, en daarmee ook de IVO. Zie voor (meer) rechtsvergelijking met Engeland en Wales, Spanje, Duitsland, Frankrijk en Italië, Biemans & Schreurs 2019, par. III.2, p. 618-621, en tevens par. 4.1.

passing op de Nederlandse vereffeningprocedure. Op een in Nederland opengevallen insolvente grensoverschrijdende nalatenschap is daarom nu alleen de ErfVo van toepassing.⁷ Vanaf de inwerkingtreding van de IVO per 29 mei 2000 tot de invoering van Boek 4 BW per 1 januari 2003 was de IVO nog van toepassing op het faillissement van de nalatenschap. Reeds daarom dient de vereffening van een grensoverschrijdende insolvente nalatenschap onder het bereik van de IVO te worden gebracht. Ook andere argumenten pleiten daarvoor. In deze bijdrage betogen wij dat de (zware) vereffeningprocedure in Bijlage A van de IVO dient te worden opgenomen. In dat geval worden alleen de typisch erfrechtelijke kwesties door de ErfVo beheerst.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. Eerst wordt ingegaan op insolvente nalatenschappen en de vereffening van zulke nalatenschappen volgens Nederlands recht (par. 2). Daarna volgt een vergelijking tussen de IVO en de ErfVo ten aanzien van het toepassingsbereik, de bevoegde rechter, het toepasselijk recht en de erkenning, uitvoerbaarheid en tenuitvoerlegging van beslissingen, waarbij nader wordt ingegaan op de precieze betekenis van art. 76 ErfVo en de verschillende afwikkelingsinstrumenten van Europees recht die de verordeningen bevatten (par. 3). Vervolgens betogen wij dat de vereffeningprocedure in Bijlage A van de IVO dient te worden opgenomen (par. 4) en werken wij uit op welke wijze, gelet op het bereik van de IVO, dit dient te gebeuren (par. 5). Afgesloten wordt met een conclusie (par. 6).

2. Vereffening van insolvente nalatenschappen en de Nederlandse vereffeningprocedure

Bij grensoverschrijdende nalatenschappen wordt vaak gedacht aan positieve nalatenschappen, waarbij de erflater vermogen achterlaat aan (bijvoorbeeld) zijn echtgenoot en kinderen.⁸ Deze nalatenschappen kunnen echter ook insolvent zijn. Om te bepalen hoe een insolvente nalatenschap volgens Nederlands recht wordt afgewikkeld, dienen twee situaties te worden onderscheiden. Het is ten eerste mogelijk dat de erflater reeds voor zijn overlijden failliet is verklaard. De nalatenschap wordt in dat geval – opmerkelijk genoeg – ook ná het overlijden van de erflater overeenkomstig de Faillissementswet afgewikkeld door de faillissementscurator.⁹ De IVO is in dit (uitzonderlijke) geval wél van toepassing.¹⁰ De faillissementsprocedure is immers in Bijlage A opgenomen.

Het is ook mogelijk dat pas ná het overlijden van de insolventie van de erflater blijkt. Die gebleken insolventie ná overlijden kent verschillende mogelijke oorzaken. De nalatenschap kan ondanks vermogen insolvent zijn omdat vorderingen uit hoofde van de wettelijke verdeling of een ouderlijke boedelverdeling (OBV) van de eerst-gestorven echtgenoot pas opeisbaar worden door het overlijden van de langstlevende echtgenoot; omdat de waarde van een woning in de nalatenschap minder is dan de hoogte van de hypothecaire geldlening; omdat de Belastingdienst belastingvorderingen en het Openbaar Ministerie ontnemingsvorderingen op een criminele nalatenschap heeft;¹¹ of omdat de erflater ondernemerschulden uit een eenmanszaak of uit hoofde van borgstelling en andere persoonlijke aansprakelijkheid heeft die pas na overlijden aan het licht komen. Zoals hiervoor genoemd wordt een nalatenschap sinds de invoering van Boek 4 BW niet meer failliet verklaard zoals bedoeld in art. 198 Fw (oud).¹² In plaats daarvan wordt de insolvente nalatenschap afgewikkeld overeenkomstig de procedure in afd. 4.6.3 BW (art. 4:202 t/m 4:226 BW), de Vereffening van de nalatenschap. De IVO is niet van toepassing, omdat deze procedure niet in de limitatieve opsomming van Bijlage A van de IVO staat vermeld.¹³

7. Zie over de Erfrechtverordening o.a. Asser/Vonken 10-II 2016/617 e.v.; A.L.G.A. Stille, *Praktijkreeks IPR - Erfrecht in het IPR*, Den Haag: Boom juridisch 2019 (hierna: Stille 2019); het themanummer IPR Erfrecht, WPNR 2014/7024; en P.A.M. Lokin, Grensoverschrijdende erfopvolging (diss. Utrecht; Ars Notariatus, nr. 115), Deventer: Kluwer 2012; alsmede J.G. Knot, 'De Erfrechtverordening in een notendop: toepassingsgebied, toepasselijk recht en de Europese verklaring van erfrecht', *TE* 2015/04; J.G. Knot, 'De Europese Erfrechtverordening: nieuwste loot aan de stam van het Europese IPR', WPNR 2012/8-9.
8. Zie bijvoorbeeld P. de Beer, J. Plantenga, W. Salverda & J. van der Meer, *Voor wie is de erfenis?*, Amsterdam: Van Gennep 2018; en A. Braun & A. Röthel, *Passing Wealth on Death. Will-Substitutes in Comparative Perspective*, Oxford: Hart Publishing 2016.
9. Zie Parl. Gesch. Boek 4, p. 981; S. Perrick, 'Insolventie en het erfrecht' in: G.H. Lankhorst e.a., *Insolventierecht in de notariële praktijk (Preadviezen KNB 2011)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, par. 2.2 (p. 267); Asser/Perrick 4 2017/607; M.M. Hoving, 'Insolventie en erfrecht, een (her)verkenning', *TvI* 2005/27.
10. Zie Asser/Vonken 10-II 2016/629; en MvT, *Kamerstukken II* 2013/14, 33851, nr. 3, p. 9.
11. Zie bijvoorbeeld Rb. Oost-Brabant 20 juni 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:CA3940; Hof Amsterdam 23 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5509.
12. Zie o.a. Asser/Perrick 4 2017/600; Stille 2019, nr. 470 en 660; M.M. Hoving, 'Insolventie en erfrecht, een (her)verkenning', *TvI* 2005/27. Zie in andere zin, R. van Dijken, 'Kan een nalatenschap failliet worden verklaard?', WPNR 2020/7266, met Reactie E.A. de Jong, en Naschrift R. van Dijken, WPNR 2020/7283.
13. Zie nader Biemans & Schreurs 2019, par. III.1, p. 616-618; en voorts o.a. Stille 2019, nr. 470 en 660, mede onder verwijzing naar A-G Bot in noot 21 in zijn conclusie van 28 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:166, bij het arrest HvJ EU 23 mei 2019, C658/17, ECLI:EU:C:2019:444, NIPR 2019/328 (WB).

De vereffeningprocedure van afd. 4.6.3 BW sluit niet één-op-één aan op de Faillissementswet. De vereffeningprocedure kan op verschillende manieren worden geopend en afhankelijk van de wijze van opening kan de zwaarte van de procedure verschillen. De vereffening van de nalatenschap wordt geopend indien een schuldeiser van de nalatenschap (of een andere belanghebbende) aan de rechtbank verzoekt om de benoeming van een vereffenaar. Dat kan op verschillende gronden (art. 4:203 t/m 4:205 BW). Sommige van die gronden laten zich uitstekend vergelijken met de gronden voor de opening van een faillissementsprocedure, zoals ‘wanneer de schulden der nalatenschap de baten blijken te overtreffen’.¹⁴ De daaropvolgende ‘zware’ vereffeningprocedure is vergelijkbaar met de procedure in de Faillissementswet.¹⁵

De vereffeningprocedure is echter ook van rechtswege van toepassing, indien een of meer erfgenamen de nalatenschap beneficiair aanvaardden (art. 4:202 BW).¹⁶ In dat geval zijn de erfgenamen gezamenlijk vereffenaars (art. 4:195 jo 4:198 BW) en is de ‘lichte’ vereffeningprocedure van toepassing (art. 4:221 BW). Ook na deze opening is het mogelijk om alsnog door de benoeming van een vereffenaar in de zware vereffeningprocedure te komen (art. 4:203 BW).

3. IVO en ErfVo: een vergelijking

3.1. Inleiding

Uit het toepassingsbereik van de IVO en de ErfVo blijkt dat beide verordeningen van toepassing kunnen zijn op de afwikkeling van een grensoverschrijdende insolvente nalatenschap. Volgens art. 1 lid 1 ErfVo is de ErfVo van toepassing op ‘de erfopvolging in de nalatenschappen van overleden personen’, waaronder wordt begrepen ‘elke vorm van overgang of overdracht van goederen, rechten en verplichtingen naar aanleiding van een overlijden, ongeacht of het gaat om een vrijwillige overgang of overdracht krachtens een uiterste wilsbeschikking, dan wel om een overgang middels erfopvolging bij versterf’¹⁷ Daaronder wordt ook de afwikkeling van de nalatenschap verstaan.¹⁸

De IVO is van toepassing op insolventieprocedures die zijn aan te merken als openbare, collectieve procedures, die gebaseerd zijn op ‘het recht inzake insolventie’ en zien op ‘herstel, schuld-aanpassing, reorganisatie of liquidatie’. De procedure kan zowel betrekking hebben op natuurlijke personen als rechtspersonen.¹⁹ De IVO bevat geen beperking tot het faillissement van natuurlijke personen bij leven. Alléén procedures die zijn opgenomen in Bijlage A vallen onder de werking van de IVO.²⁰ De Nederlandse procedure voor de afwikkeling van (grensoverschrijdende)

insolvente nalatenschappen, de (zware) vereffening, is niet in Bijlage A opgenomen.

Art. 76 ErfVo bepaalt dat de ErfVo de toepassing van de IVO onverlet laat. Daaruit volgt dat de IVO voorrang heeft boven de ErfVo voor zover het toepassingsgebied van de IVO dat van de ErfVo overlapt. Gaat het om typische erfrechtelijke aangelegenheden waar een curator geen bemoeienis mee zal hebben en is van overlap geen sprake, dan is de ErfVo daarop van toepassing, en (uiteraard) niet de IVO.²¹

3.2. Bevoegde rechter

Beide verordeningen bepalen in welke lidstaat een rechtbank bevoegd is om een insolventie- of erfrechtelijke procedure te openen. In de IVO wordt de rechtsmacht bepaald aan de hand van de ligging van het ‘centrum van de voornaamste belangen’ (COMI) van de schuldenaar,²² terwijl de ErfVo uitgaat van de ‘gewone verblijfplaats’ van de erflater.²³

De COMI is de plaats ‘waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert en die als zodanig voor derden herkenbaar is.’ Bij een natuurlijk persoon, die als zelfstandige een bedrijfs- of beroepsactiviteit uitoefent, wordt de plaats van diens hoofdvestiging vermoed de

14. Zie ook art. 4:204 lid 1 onder b BW. De zware vereffeningprocedure kan ook op andere gronden worden geopend, zoals het ‘onbeheerd’ zijn van de nalatenschap. Wat de gronden gemeenschappelijk hebben, is dat over het algemeen het onbetaald blijven van de schuldeisers van de nalatenschap direct of indirect aan de orde is. Uit de rechtspraak blijkt dat rechtbanken in beginsel geen vereffenaar zullen benoemen als de nalatenschap niet negatief is.

15. Zie nader over de lichte en de zware vereffeningprocedure, o.a. Asser/Perrick 4 2017/603 e.v.

16. Behoudens een aantal in die bepaling genoemde enkele uitzonderingen.

17. Art. 3 lid 1 ErfVo en considerans 9 ErfVo.

18. Zie Asser/Vonken 10-II 2016/621 e.v.; vergelijk ook art. 23 lid 2, sub f en 29 ErfVo.

19. Considerans 9 IVO.

20. Art. 1 lid 1 IVO en considerans 7 en 9 IVO.

21. In deze zin begrijpen wij ook Stille 2019, nr. 470.

22. COMI verwijst naar de Engelse term ‘Centre of main interests’. Zie voor uitgebreide besprekingen van COMI: M. Weiss, ‘Bridge over Troubled Water: the Revised Insolvency Regulation’, *IER* 2015/214, p. 199-202; R. van Galen, ‘De Herzienne Insolventieverordening’, *Ondernehmensrecht* 2017/3, p. 15-16; S. van Dongen, ‘De Herzienne Insolventieverordening’, *FIP* 2016/215; B. Wessels, *International insolvency law. Part II, European insolvency law*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, Art. 3, par. 10541-10570j.

23. Art. 4 ErfVo. Zie hierover, naast de handboeken, o.a. A.L.G.A. Stille, ‘Het procesrecht bij internationale nalatenschappen – de Europese Erfrechtverordening’, *FJR* 2015/61, par. 2; I. Curry-Summer, ‘Gewone verblijfplaats in de Erfrechtverordening’, *TE* 2015/0; Knot (2015).

COMI te zijn.²⁴ Bij een natuurlijk persoon, die géén bedrijf of beroep uitoefent, wordt vermoed dat de ‘gebruikelijke verblijfplaats’ diens COMI is. Het is mogelijk dit vermoeden te weerleggen, bijvoorbeeld indien de goederen van de schuldenaar zich grotendeels bevinden buiten de lidstaat waar deze zijn gebruikelijke verblijfplaats heeft, of indien kan worden aangetoond dat sprake is van *forum shopping*.²⁵

Om te bepalen waar de ‘gewone verblijfplaats’ gelegen is, moeten volgens de ErfVo alle kenmerkende aspecten van het leven van de erflater in aanmerking genomen worden, in het bijzonder de duur en de regelmatigheid van zijn aanwezigheid en de redenen voor het verblijf. De gewone verblijfplaats moet duiden op een nauwe en duurzame band met de betrokken staat.²⁶ Uitzonderingen zijn echter denkbaar. De erflater kan bijvoorbeeld een rechtskeuzebeding in zijn testament opnemen, in welk geval de betrokken partijen (na overlijden van de erflater) vervolgens kunnen overeenkomen dat een gerecht van die lidstaat bij uitsluiting bevoegd is om uitspraak te doen over elke aangelegenheid die de erfopvolging betreft (art. 5 lid 1 ErfVo).

Hoewel in veel gevallen de COMI (IVO) en de gewone verblijfplaats (ErfVo) dezelfde rechter als bevoegd zullen aanwijzen,²⁷ leidt een vergelijking van beide verordeningen tot de volgende drie verschillen.²⁸ Ten eerste, indien de schuldenaar / erflater zijn woonplaats in één lidstaat heeft (bijvoorbeeld Duitsland), maar de plaats van zijn ondernemingsactiviteiten in een andere lidstaat gelegen zijn (bijvoorbeeld Nederland), zal de IVO die laatste lidstaat (Nederland) en de ErfVo vermoedelijk die eerste lidstaat (Duitsland) aanwijzen. Ten tweede, indien de COMI en de gewone verblijfplaats in één lidstaat zijn gelegen (bijvoorbeeld Nederland), maar de schuldenaar / erflater op grond van de ErfVo het recht van een andere lidstaat (bijvoorbeeld Duitsland) als toepasselijk recht heeft gekozen, zal op grond van de IVO de Nederlandse rechter bevoegd zijn, terwijl de rechtskeuze voor het Duitse recht (in het testament) op grond van art. 5 ErfVo kan leiden tot de bevoegdheid van de Duitse rechter, indien de erfgenen een forumkeuze ten gunste van die rechter overeenkomen. Ten derde, indien de COMI en de gewone verblijfplaats buiten de Europese Unie zijn gelegen, komt waarschijnlijk aan geen enkele rechter van een lidstaat rechtsmacht toe op grond van de IVO.²⁹ Op grond van art. 10 lid 1 onder a ErfVo daarentegen is de rechter van de lidstaat bevoegd waar zich goederen van de erflater bevinden en waarvan de erflater de nationaliteit heeft.³⁰ Bovendien kan een rechter bevoegd zijn op grond van de *forum necessitatis*-regel (art. 11 ErfVo).

3.3. Toepasselijk recht

Beide verordeningen bevatten bepalingen over het toepasselijke recht. Zowel de IVO als de ErfVo maken daarbij gebruik van het concept ‘Gleichlauf’, dat inhoudt dat rechtsmacht en toepasselijk recht in beginsel samenvallen: het toepasselijk recht is dat van de lidstaat van de rechter die bevoegd is om de procedure te openen.³¹ Het toepasselijke recht beheerst in beginsel de gehele procedure en alle gevolgen van deze procedure.³²

Op deze hoofdregel bestaan op grond van de ErfVo verschillende uitzonderingen. Een uitzondering is dat de erflater op grond van art. 22 ErfVo kan kiezen voor het recht van de lidstaat waarvan hij op het tijdstip van de rechtskeuze of op het tijdstip van overlijden de nationaliteit bezit.³³ Een andere uitzondering is dat ook het recht van toepassing kan zijn van de lidstaat waarmee de erflater op het tijdstip van overlijden een kennelijk nauwere band had met de lidstaat van zijn gewone verblijfplaats.³⁴ De IVO kent dergelijke uitzonderingen niet.

24. We gaan ervan uit dat indien een natuurlijk persoon, die als zelfstandige een bedrijfs- of beroepsactiviteit uitoefende tot het moment dat hij kwam te overleden, voor deze grond in aanmerking komt.
25. Art. 3 jo. considerans 30 IVO. Zie hierover nader Biemans & Schreurs 2019, par. IV 3.
26. Considerans 23 en 24 ErfVo. Zie uitgebreid Biemans & Schreurs 2019, par. IV 2.
27. Zie H. Pamboukis, *EU Succession Regulation No 650/2012. A Commentary*, Munich: C.H. Beck 2017, Article 76, par. 6.
28. Zie hiervoor uitgebreid Biemans & Schreurs 2019, par. IV 4.
29. Dan geldt het commune IPR-bevoegdheidsrecht, dat hier verder buiten beschouwing blijft.
30. Zie tevens art. 10 lid 1 onder b en lid 2 ErfVo, waarin de nationaliteitseis niet wordt gesteld.
31. Voor de ErfVo, zie: considerans 27 ErfVo en tevens A. Fuchs, ‘The new EU Succession Regulation in a nutshell’, online raadpleegbaar: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs12027-015-0391-2.pdf>, p. 120. Voor de IVO, zie: HvJ EU 10 december 2015, C-594/14, ECLI:EU:C:2015:806, *JOR* 2016/104, m.n.t. Veder (*Kornhaas/Dithmar*); G. van Calster, ‘COMIng, and here to stay. The Review of the European Insolvency Regulation’, *EBOR* 2015/27, afl. 6, para. 2 en 7.
32. Art. 7 IVO en art. 23 ErfVo.
33. Zie hierover nader o.a. F.W.J.M. Schols, ‘De Europese erfrechtelijke rechtskeuze’, *WPNR* 2014/7024; Asser/Vonken 10-II 2016/674 e.v.; Stille 2019, hoofdstuk 6; en H. Pamboukis, *EU Succession Regulation No 650/2012. A Commentary*, Munich: C.H. Beck 2017, Article 22, par. 3.
34. Art. 21 ErfVo jo. considerans 25 ErfVo. Het is op grond van deze uitzonderingen dus mogelijk dat onder de ErfVo een rechter van een lidstaat het recht van een andere lidstaat toepast.

Zowel de IVO en de ErfVo bevatten voorts een aantal bijzondere verwijzingsregels ten aanzien van bepaalde goederen of rechtshandelingen, zoals ‘zakelijke rechten’ van derden.³⁵ De IVO bevat ten aanzien van de afwikkeling van het vermogen en de rechten van derden daarbij (waaronder schuldeisers en wederpartijen) veel specifiekere verwijzingsregels dan de ErfVo,³⁶ welke regels bijvoorbeeld zien op het recht dat van toepassing is op verrekening, eigendomsvoorbehoud, registergoederen (waaronder teboekgestelde schepen en luchtvaartuigen), actio Pauliana, wederkerige overeenkomsten, derdenbescherming en lopende procedures.³⁷ De EVO kent daarentegen bijzondere verwijzingsregels voor typisch erfrechtelijke onderwerpen, zoals aanvaarding en verwerping, de commoriëntenregel (gelijktijdig overlijden) en erfovereenkomsten. Art. 76 EVO ziet niet op dergelijke onderwerpen, zodat deze bijzondere verwijzingsregels van toepassing blijven bij samenloop tussen de IVO en de ErfVo.³⁸

3.4. Erkenning, uitvoerbaarheid en tenuitvoerlegging van beslissingen

Beide verordeningen bevatten bepalingen over de erkenning, uitvoerbaarheid en tenuitvoerlegging van beslissingen, op grond waarvan (kort samengevat) het nationale recht van de ene lidstaat doorwerkt in de andere lidstaat (art. 19-33 IVO respectievelijk art. 39-58 ErfVo).³⁹ De hiervoor aangegeven verschillen ten aanzien van het toepasselijke recht en de rechtsmacht werken door in deze bepalingen. Valt een kwestie onder het toepassingsbereik van zowel de IVO als de ErfVo (en gaat de IVO dus voor, art. 76 IVO) of alleen de IVO, zijn art. 19-33 IVO van toepassing; wordt een (typisch erfrechtelijke) kwestie alleen beheerst door de ErfVo, dan zijn art. 39-58 ErfVo van toepassing.

3.5. De betekenis van art. 76 ErfVo nader bezien

Zoals opgemerkt volgt uit art. 76 ErfVo dat de IVO van toepassing is in plaats van de ErfVo, indien en voor zover tussen beide verordeningen overlap bestaat. Gaat het om typische erfrechtelijke aangelegenheden (en is van overlap geen sprake), dan blijven de regels van de ErfVo daarop van toepassing, óók als op de andere onderwerpen de IVO van toepassing is. De vraag is dan vervolgens van belang welke specifieke onderwerpen door beide verordeningen worden bestreken en welke onderwerpen slechts door de ErfVo.⁴⁰

Uit een nadere analyse van beide verordeningen,⁴¹ waarbij mede de aard van een insolventieprocedure en een (zwarte) vereffeningprocedure in aanmerking zijn genomen, volgt dat de volgende onderwerpen zonder meer onder het toe-

passingsgebied van beide verordeningen vallen: (i) de omvang van de nalatenschap en aanverwante goederenrechtelijke vragen (zoals omtrent eigendomsvoorbehoud en derdenbescherming); (ii) het beheer over en de vereffening van de nalatenschap; en (iii) de positie van schuldeisers (onder meer in verband met verrekening, nakoming, lopende overeenkomsten, lopende procedures, rangorde van vorderingen, verificatie en uitdeling). Ook het herstel van de boedel (benadeling van schuldeisers, door de erfflater of door de erfgenamen voordat de vereffeningprocedure werd geopend) valt hieronder.⁴² Ten aanzien van deze onderwerpen laat de ErfVo de toepassing van de IVO onverlet.

Typisch erfrechtelijke onderwerpen daarentegen zijn met name: de gronden voor, het tijdstip en de plaats van het openvallen van de nalatenschap (waaronder de geldigheid van de wilsbeschikking); de erfgenamen en hun erfdelen (waaronder de commoriëntenregel, aanvaarding en verwerping, onterving en onwaardigheid); en de verdeling van de nalatenschap, indien een overschot resteert na de uitkering aan de schuldeisers.⁴³ Deze onderwerpen worden alleen door de ErfVo beheerst, en niet door de IVO; art. 76 ErfVo heeft hierop geen betrekking. Daarbij past de kanttekening dat bepaalde onderwerpen die op het eerste gezicht typisch erfrechtelijk kunnen lijken, zoals aansprakelijkheid van erfgenamen (na zuivere aanvaarding), erfovereenkom-

35. Art. 8 IVO en art. 31 ErfVo. Zie in dit verband, o.a. P.A.M. Lokin, ‘De verwijzingsregels van de Erfrechtverordening’, *SEW* 2015/4 en J.G. Knot, ‘Internationale boedelafwikkeling volgens de regels van de Erfrechtverordening: vereffening, verdeling en Näherberechtigung vanaf 17/8/2015’, *WPNR* 2014/7024.

36. Zie Biemans & Schreurs 2019, par. VI, p. 634.

37. Zie art. 8-18 IVO. Cf G. McGormack, ‘Something Old, Something New: Recasting the European Insolvency Regulation’, *MLR* 2016/79, afl. 1, p. 137-139. Eenzelfde contrast is overigens zichtbaar tussen de Faillissementswet enerzijds en de regeling inzake de vereffening van nalatenschappen opgenomen in Boek 4 BW anderzijds.

38. Biemans & Schreurs 2019, par. VI, p. 634.

39. Biemans & Schreurs 2019, par. VI, p. 634.

40. Zie nader, zeer gedetailleerd: Biemans & Schreurs 2019, par. VIII.3, 4 en 5, p. 637-640.

41. Waarbij mede is gekeken naar de opsomming van onderwerpen in bepalingen zoals art. 23 lid 1 Erfvo en art. 7 lid 1 IVO. Hoewel deze bepalingen op het toepasselijk recht zien, wordt daaruit mede duidelijk op welke onderwerpen de desbetreffende verordening (kennelijk) betrekking heeft.

42. Zie nader Biemans & Schreurs 2019, par. VIII.4, p. 638-639.

43. Zie nader Biemans & Schreurs 2019, par. VIII.3, p. 637.

sten en schenkingen door de erflater gedaan vóór zijn overlijden, bij nadere beschouwing van invloed kunnen zijn op de insolventierechtelijke afwikkeling en om die reden tóch door art. 76 ErfVo zullen worden bestreken.⁴⁴

3.6. Afwikkelingsinstrumenten van Europees recht

Tot slot bevatten de verordeningen verschillende afwikkelingsinstrumenten van Europese recht. Zo voorziet de IVO in de mogelijkheid om secundaire insolventieprocedures te openen en ‘toezeggingen’ (ook wel ‘synthetische’ secundaire insolventieprocedures) toe te passen, waardoor de verificatie van vorderingen van schuldeisers uit een andere lidstaat soepeler kan verlopen.⁴⁵ De IVO legt samenwerkingsovereenkomsten op aan insolventiefunctionarissen en rechters in de verschillende lidstaten⁴⁶ en voorziet in een regeling voor het indienen van vorderingen.⁴⁷ Deze bepalingen kunnen ook van nut zijn bij het afwickelen van een omvangrijke grensoverschrijdende insolvente nalatenschap.

Onder de ErfVo kan gebruik worden gemaakt van de Europese Erfrechtverklaring. Daarmee kunnen degenen die bevoegd zijn om de nalatenschap af te wikkelen zich als zodanig legitimeren, bijvoorbeeld bij de inschrijving van de goederen van de nalatenschap in het register van een (andere) lidstaat.⁴⁸ Afgezien van de vraag of een faillissementscurator een dergelijke Europese Erfrechtverklaring nodig heeft, kan van dit instrument onzes inziens ook gebruik worden gemaakt indien de afwikkeling van de nalatenschap onder het bereik van de IVO valt, zo volgt uit art. 76 ErfVo.

4. De vereffeningprocedure dient te worden opgenomen in Bijlage A IVO

4.1. Inleiding

Het is naar onze mening evident dat op de vereffening van een grensoverschrijdende insolvente nalatenschap naar Nederlands recht de IVO van toepassing moet zijn, zoals dat ook in andere lidstaten het geval is. Mede gelet op de verschillen die tussen beide verordeningen bestaan, welke in par. 3 aan de orde zijn gekomen, geven wij hierna vier argumenten voor het opnemen van de vereffeningprocedure in Bijlage A van de IVO.

4.2. Totstandkomingsgeschiedenis: geen bewuste keuze van de wetgever

Het belangrijkste argument om de vereffening van nalatenschappen onder het toepassingsbereik van de IVO te brengen is dat vanaf de inwerkingtreding van de IVO per 29 mei 2000 de IVO van toepassing was op het faillissement van de nalatenschap, zoals dat destijds nog in art. 198

t/m 202 Fw (oud) geregeld was. Bij de invoering van Boek 4 BW per 1 januari 2003 zijn art. 198 t/m 202 Fw (oud) vervallen, en is verzuimd om de vereffening van nalatenschappen, die voor de genoemde regeling van de Faillissementswet in de plaats kwam, op te nemen in Bijlage A van de IVO. De afwikkeling van een insolvente nalatenschap heeft dus gedurende een periode van ruim tweeënhalf jaar onder de IVO gevallen, om vervolgens met de inwerkingtreding van de vereffeningprocedure in art. 4:202 e.v. BW alsnog de reikwijdte van de IVO te vallen. Het is aldus waarschijnlijk geen bewuste keuze van de wetgever geweest om de vereffeningprocedure buiten het toepassingsbereik van de IVO te houden.

4.3. Harmonisatie

Naast wetshistorisch argumenten bestaan ook andere goede argumenten om de vereffening van nalatenschappen onder het bereik van de IVO te brengen. *Eén* argument is de harmonisatie die de Europese wetgever op het oog heeft gehad met art. 76 ErfVo. Daarin ligt de voorkeur van de Europese wetgever besloten dat alle procedures die de afwikkeling van een insolvente nalatenschap beheersen onder het bereik van de IVO vallen, en niet de ErfVo (behoudens de typisch erfrechtelijke aspecten daarvan).

Uit rechtsvergelijkend onderzoek blijkt voorts dat in de door ons onderzochte lidstaten (en/of hun verschillende rechtssystemen) op de afwikkeling van een grensoverschrijdende insolvente nalatenschap in beginsel een insolventieprocedure van toepassing is die is opgenomen in Bijlage A van de IVO, zulks in overeenstemming met de ratio van art. 76 ErfVo. In Schotland is *sequestration* de toepasselijke procedure.⁴⁹

44. Zie nader Biemans & Schreurs 2019, par. VIII.5, p. 639-640.

45. Art. 34-52 IVO. Zie hierover: R. Arts, ‘Main and Secondary Proceedings in the recast of the European Insolvency Regulation: The only good secondary insolvency proceeding is a synthetic secondary proceeding’, *Norton Journal of Bankruptcy Law and Practice* 2015/24; K. van Zwieten, ‘An introduction to the European Insolvency Regulation, as made and as recast’, in: R. Bork & K. van Zwieten, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, Oxford University Press 2016.

46. Art. 41-44 IVO.

47. Art. 53-55 IVO.

48. Art. 62-73 Erfvo. Zie ook Biemans & Schreurs 2019, par. VII, p. 635.

49. Bankruptcy (Scotland) Act 2016, Part 1, s. 5 (Sequestration of estate of deceased debtor); Cf. G. Gretton/A. Steven, *Property Trusts and Succession*, Londen: Bloomsbury Professional 2017, par. 26.49.

In Engeland en Wales is de standaard *bankruptcy* procedure van toepassing,⁵⁰ terwijl Spanje de *concurso de acreedores* van toepassing heeft verklaard.⁵¹ In Duitsland wordt de *Insolvenzverfahren* gebruikt. In aanvulling op de algemene faillissementsbepalingen bevat de Duitse *Insolvenzordnung* bovendien speciale bepalingen die betrekking hebben op insolvente nalatenschappen.⁵² Deze procedures staan vermeld in Bijlage A IVO.

Onder het Franse recht wordt een insolvente nalatenschap alleen door middel van een insolventieprocedure afgewikkeld indien de overleden persoon economische activiteiten verrichtte en na overlijden betalingen in verband met deze activiteiten nog openstonden.⁵³ In het Italiaanse recht kan iemand alleen failliet worden verklaard indien dat binnen één jaar na het stopzetten van zijn of haar economische activiteiten gebeurt of binnen een jaar nadat een persoon komt te overlijden.⁵⁴ In beide rechtssystemen wordt in andere gevallen een erfrechtelijke procedure geopend. Desalniettemin is het uitgangspunt dat insolventieprocedures worden geopend. Beide toepasselijke insolventieprocedures zijn opgenomen in Bijlage A.

Nederland neemt binnen de Europese Unie aldus een afwijkende positie in, omdat de vereffening van de nalatenschap als zodanig onvermeld is gebleven in Bijlage A IVO, en daarmee de afwikkeling van een grensoverschrijdende insolvente nalatenschap niet onder het toepassingsbereik van de IVO valt. Dat is alleen anders in het uitzonderlijke geval dat een natuurlijk persoon éérst failliet wordt verklaard en vervolgens overlijdt, in welke geval de nalatenschap overeenkomstig de Faillissementswet wordt afgewikkeld en om die reden onder de IVO valt.

4.4. De IVO is geschikter voor de afwikkeling van een insolvente grensoverschrijdende nalatenschap dan de ErfVo

Ook op inhoudelijke gronden spreekt het voor zich dat de IVO van toepassing dient te zijn op de afwikkeling van een insolvente nalatenschap. Net als voor een 'gewone' faillissementsprocedure geldt voor de vereffeningprocedure dat deze in feite een insolventieprocedure is ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de nalatenschap. In vergelijking met de ErfVo bevat de IVO een regeling die daarop is toegesneden, en daarom (mede) van toepassing dient te zijn.

Dat blijkt onder meer uit het gebruik van het meer economische concept 'COMI' voor het bepalen van rechtsmacht en daarmee in beginsel tevens het toepasselijke recht. De COMI heeft, anders dan de 'gewone verblijfplaats' in de ErfVo

en alle bijbehorende uitzonderingen, tot doel om *forum shopping* te voorkomen en de afwikkeling in het belang van de gezamenlijke schuldeisers te bevorderen.⁵⁵ Zoals treffend verwoord door het Max Planck Institute:

"The concept of COMI achieves the protection of the creditors much more adequately: It creates a foreseeable and objective forum which is more closely connected with the relations between the deceased and his creditors."⁵⁶

De IVO biedt ook andere voordelen. Het bevat veel specifiekere verwijzingsregels voor bepaalde goederen of rechten, hetgeen bij de afwikkeling van een grensoverschrijdende insolvente nalatenschap zeer welkom is. Verder worden 'regels betreffende nietigheid, vernietigbaarheid of niet-tegenwerpbaarheid van de voor de gezamenlijke schuldeisers nadelige rechtshandelingen' door de IVO automatisch erkend.⁵⁷ Gelet op het toepassingsbereik van de ErfVo ('burgerrechtelijke aspecten van erfopvolging in de nalatenschap van een overleden persoon') is maar de vraag of dergelijke herstellende acties, uitgevoerd door een vereffenaar, op de automatische erkenning van de ErfVo kunnen rekenen.⁵⁸

50. Art. 421 lid 1 Insolvency Act 1986 (on insolvent estates of deceased persons). Cf. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, 'Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession', *RabelsZ* 2010/74, afl. 3, p. 712-713.

51. Art. 1 Ley Concursal 22/2003.

52. Art. 11, par. 2, sub. 2 en art. 315-331 Insolvenzordnung.

53. Art. L 631-3 en L 640-3 Code de commerce. Zie ook: Max Planck Institute, *RabelsZ* 2010/74, afl. 3, p. 712-713.

54. Art. 10 en 11 Legge Fallimentare.

55. Zie considerans 5, 29 en 31 IVO. Zie ook: G. McGormack, 'Something Old, Something New: Recasting the European Insolvency Regulation', *MLR* 2016/79, afl. 1, p. 130; F. Mucciarelli, 'Private International Law Rules in the Insolvency Regulation Recast: A Reform or a Restatement of the Status Quo?', online beschikbaar op SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2650414>, p. 11.

56. Max Planck Institute, *RabelsZ* 2010/74, afl. 3, p. 711.

57. Art. 7 lid 2, sub m IVO.

58. Uit de ErfVo volgt niet expliciet dat 'regels betreffende nietigheid, vernietigbaarheid of niet-tegenwerpbaarheid van de voor de gezamenlijke schuldeisers nadelige rechtshandelingen' onder het toepassingsgebied van het toepasselijke recht vallen. Mogelijk zou een dergelijke actie onder art. 23 lid 2, sub g ErfVo gebracht kunnen worden. Dat artikel bepaalt dat 'de aansprakelijkheid voor de schulden van de nalatenschap' beheerst wordt door het recht dat van toepassing is op de vererving van de gehele nalatenschap.

Ook heeft een insolventiefunctionaris op grond van art. 21 IVO de bevoegdheid in een andere lidstaat alle bevoegdheden uit te oefenen die het toepasselijke (insolventie)recht hem verleent, waaronder de revindicatie van goederen.⁵⁹ Tot op zekere hoogte bevat de ErfVo vergelijkbare regels: de beheerder van de nalatenschap kan zijn bevoegdheden in een andere lidstaat uitvoeren krachtens het op de erfopvolging toepasselijke recht.⁶⁰ Wanneer het op de erfopvolging toepasselijke recht niet in voldoende beheersbevoegdheden voorziet, bijvoorbeeld voor de bescherming van de goederen van de nalatenschap, kan de rechtbank beslissen dat de beheerders aanvullend bevoegdheden uitoefenen waarin het nationale recht te dien einde voorziet.⁶¹ Maar de beheerder is beperkt tot het op de erfopvolging toepasselijke recht, wat doorgaans logischerwijs sterk erfrechtelijk van aard zal zijn, en de uitdrukkelijke bevoegdheid om goederen van het grondgebied van een andere lidstaat te verwijderen en/of daarover procedures te starten, bevat de ErfVo niet.

Op grond van de IVO beschikt de insolventiefunctionaris ook over de mogelijkheid om een ‘toezegging’ te doen en secundaire insolventieprocedures te openen en kan hij een beroep doen op samenwerkingsverplichtingen van curatoren in andere lidstaten.⁶² De IVO bevat daarnaast een uitgebreide regeling ten aanzien van het indienen van vorderingen en de informatieverplichtingen die op de insolventiefunctionaris ten aanzien van de schuldeisers rusten.⁶³ Dit alles heeft het faciliteren van een effectieve, grensoverschrijdende afwikkeling tot doel. In de ErfVo ontbreken deze mogelijkheden.

Tot slot kan ten nadele van gezamenlijke schuldeisers binnen het regime van de ErfVo gemakkelijker voor een voor de erfgenamen zo gunstig mogelijk regime worden gekozen, al dan niet door de erfgenamen via een forumkeuzeovereenkomst (art. 5 ErfVo) of door de erflater op grond van een rechtskeuze in zijn testament (art. 22 ErfVo).⁶⁴ De IVO kent die mogelijkheden niet.

4.5. Rechtszekerheid en vermijden van procedurele complicaties

Een laatste argument om de vereffening van grensoverschrijdende insolvente nalatenschap onder de IVO te brengen bestaat uit overwegingen van praktische aard. De gelijktijdige toepassing van de ErfVo en IVO in andere lidstaten en de toepasselijkheid van slechts de ErfVo in Nederland anderzijds leidt tot onnodige procedurele complicaties die rechtsonzekerheid in de hand werken. Dit wordt hieronder nader verduidelijkt aan de hand van drie voorbeelden aan de hand van Nederland en Duitsland.⁶⁵

Eerste voorbeeld: Stel dat de COMI en de gewone verblijfplaats beide in Nederland zijn, en dat de nalatenschap ook goederen in Duitsland omvat, dan is in dat geval alleen de ErfVo van toepassing. Dat betekent dat de beheerder van een insolvente nalatenschap geen beroep kan doen op verschillende instrumenten uit het insolventierecht, terwijl typisch erfrechtelijke aspecten, zoals keuze voor rechtsmacht en/of toepasselijk recht dat wel zijn.

Tweede voorbeeld: Als de COMI van de insolvente nalatenschap in Duitsland ligt maar de gewone verblijfplaats van de overledene in Nederland was,⁶⁶ is naar Duits recht de IVO van toepassing. Op grond van de Duitse faillissementswet kan een insolventieprocedure (‘Insolvenzverfahren’) worden geopend voor de afwikkeling van een insolvente nalatenschap.⁶⁷ In dit geval kan een Duitse curator wél een beroep doen op insolventierechtelijk instrumentarium en zijn afwijkende erfrechtelijke bepalingen niet van toepassing. In Nederland moet de Duitse insolventierechtelijke procedure worden erkend, en moet de vereffening van de nalatenschap in Nederland daarvoor wijken.

Derde voorbeeld: Is de COMI van de insolvente nalatenschap in Nederland, maar de gewone verblijfplaats in Duitsland, dan is de ErfVo van toepassing. De Nederlandse vereffening is immers niet in Bijlage A opgenomen. Bepalingen van het (Duitse) nationale recht die ‘de vererving van de gehele nalatenschap’ beheersen, vormen tezamen het toepasselijke kader. Dat betekent vermoedelijk dat de bepalingen van de Duitse *insolventie*procedure van toepassing zijn,

59. Op voorwaarde dat in die andere lidstaat geen andere insolventieprocedure is geopend, of geen tegenstrijdige conservatoire maatregel na een verzoek tot opening van een insolventieprocedure in die lidstaat is getroffen. Onder voorbehoud van de art. 8 en 10 IVO, die onverminderd van toepassing zijn. Zie ook: D. Beunk, in: *GS Faillissementswet, commentaar op art. 21 Insolventieverordening (herschikking)*.

60. Art. 23 lid 2, sub f, en 29 ErfVo.

61. Art. 29 ErfVo.

62. Art. 34-52 IVO.

63. Art. 53-55 IVO.

64. Overigens moet de rechtskeuzemogelijkheid van art. 22 ErfVo niet overschat worden. Het betreft uitsluitend de keuze voor het nationale recht ten tijde van het uitbrengen van de rechtskeuze of ten tijde van het overlijden.

65. Zie nader Biemans & Schreurs 2019, par. IX.

66. Ook al zal in de meerderheid van de gevallen de gewone verblijfplaats van de erflater tevens het centrum van zijn voornaamste belangen zijn.

67. Art. 11 lid 2 Insolvenzordnung.

dus dezelfde procedure die van toepassing is bij de afwikkeling van een grensoverschrijdende insolvente nalatenschap als de IVO van toepassing zou zijn. Vanwege de toepasselijkheid van de ErfVo is overigens echter niet uitgesloten dat de overleden erflater een ander recht heeft aangewezen dat diens erfgenamen bevoordeelt ten opzichte van zijn schuldeisers.⁶⁸ Bovendien is de vraag of alle instrumenten die de Duitse curator op grond van het Duitse recht tot zijn beschikking heeft, ook kunnen rekenen op de automatische erkenning van de ErfVo, die zich immers alleen uitstrekt tot onderwerpen die samenhangen met ‘de erfopvolging in de nalatenschappen van overleden personen’.

5. Het opnemen van vereffeningprocedure en vereffenaar in bijlagen A en B IVO

5.1. Inleiding

De vraag die overblijft is of de vereffening van nalatenschappen in Bijlage A IVO kan worden opgenomen, gelet op art. 1 lid 1 IVO, dat bepaalt welke procedures onder het bereik van de IVO vallen. Zoals besproken in par. 2 maakt afdeling 4.6.3 BW een onderscheid tussen de ‘lichte’ en de ‘zware’ vereffeningprocedure. Uit de vereisten van art. 1 lid 1 IVO volgt dat de zware vereffeningprocedure aan de vereisten van art. 1 lid 1 IVO voldoet, terwijl dat bij de lichte vereffeningprocedure onzeker is. Wij lichten dat hieronder toe. Dezelfde vraag kan worden gesteld ten aanzien van de vereffenaar en Bijlage B IVO.

Onder de IVO dient voor de aanpassing van de procedures en functionarissen in de Bijlage A respectievelijk Bijlage B IVO de ‘gewone’ wetwijzigingsprocedure te worden gevolgd. De Europese Commissie (EC) dient een voorstel te doen tot wijziging van de bijlagen, waarna zowel de Raad als het Europees Parlement daarover een beslissende stem moet uitbrengen. Hoewel het initiatief bij de lidstaten zelf ligt, volgt uit recente aanpassingen aan de bijlagen van de IVO dat de EC zorgvuldig onderzoekt of de voorgestelde toevoeging in overeenstemming is met het toepassingsbereik van de IVO.⁶⁹ Een voorstel tot wijzigingen van Bijlagen A en B IVO dient goed voorbereid te worden.

5.2. Zware vereffeningprocedure in Bijlage A IVO

Eerst wordt ingegaan op het opnemen van de vereffening van nalatenschappen in Bijlage A IVO. Art. 1 lid 1 IVO stelt vier vereisten. Ten eerste dient sprake te zijn van een ‘openbare procedure’. De opening van de procedure dient openbaar te worden gemaakt, zodat schuldeisers kennis kunnen nemen van de procedure en hun vorderingen kunnen indienen.⁷⁰ De ‘zware’ vereffeningprocedure voldoet zonder meer aan dit

vereiste. Art. 4:206 lid 6 BW bepaalt dat de griffier van de rechtbank die de vereffenaar heeft benoemd deze benoeming onverwijld in het boedelregister inschrijft, en dat de vereffenaar dit tevens bekend maakt in de Staatscourant. Beschikkingen van de rechtbank worden regelmatig gepubliceerd. De ‘lichte’ vereffeningprocedure voldoet ook aan dit ‘publiciteitsvereiste’, in zoverre dat de erfgenamen die beneficiair aanvaarden dit moeten doen door het afleggen van een verklaring bij de griffie van de rechtbank van het sterfhuis (art. 4:191 lid 1 BW), en de toepasselijkheid van de vereffeningprocedure daarmee in beginsel zichtbaar wordt voor schuldeisers van de nalatenschap. De kantonrechter kan, op verzoek van een belanghebbende of ambtshalve, de erfgenamen bovendien gelasten de beneficiaire aanvaarding (en daarmee de ‘lichte’ vereffening) bekend te maken in de Staatscourant (art. 4:196 BW).

In de tweede plaats moet het gaan om een collectieve procedure. Dat houdt in dat de procedure betrekking heeft op ‘alle of een aanzienlijk deel’ van de schuldeisers, waaraan de schuldenaar bovendien ‘het geheel of een belangrijk deel’ van zijn uitstaande schulden verschuldigd is.⁷¹ De vereffeningprocedure is bij uitstek een dergelijke procedure, omdat de vereffening plaatsvindt in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. De erfgenamen mogen om die reden bijvoorbeeld niet overgaan tot de verdeling van de nalatenschap voordat de vereffening is geëindigd. Dat geldt zowel voor de ‘lichte’ vereffeningprocedure, als voor de ‘zware’ vereffeningprocedure.⁷²

68. De reikwijdte daarvoor is wel beperkt. Zie art. 22 ErfVo.
69. Zie hierover uitgebreid: D. Beunk, in: *GS Faillissementswet, commentaar op artikel 88 Insolventieverordening* (herschikking), aant. 1; M. Veder & S. van den Berg, in: *T&C Insolventierecht, commentaar op artikel 1 Insolventieverordening* (herschikking).

70. Considerans 12 IVO.

71. Considerans 14 IVO.

72. Zie HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:939, NJ 2017/408, m.nt. S. Perrick, en vergelijk art. 4:226 BW.

Ten derde moet de procedure ‘gebaseerd zijn op het recht inzake insolventie’.⁷³ De procedure dient te zien op ‘herstel, schuldaanpassing, reorganisatie of liquidatie’, waarmee is getracht andersoortige procedures uit te sluiten.⁷⁴ Omdat verschillende gronden voor de opening van de zware vereffeningprocedure berusten op de insolventie van de nalatenschap, is sprake van een procedure die gebaseerd is op het recht inzake insolventie.⁷⁵ In het rapport van Virgos en Schmit bij het (nooit in werking getreden) EG-insolventieverdrag – dat ten aanzien van de interpretatie van de IVO nog steeds als een belangrijke bron wordt gezien – wordt aangenomen dat een dergelijke procedure niet uitsluitend gericht behoort te zijn op de afwikkeling van faillissementen,⁷⁶ zoals de *winding-up procedures* uit het Verenigd Koninkrijk en Ierland.⁷⁷ Dit strookt met het karakter van de zware vereffeningprocedure. Het spreekt voorts voor zich dat de procedure ziet op de liquidatie van de goederen van de erflater in het belang van de gezamenlijke schuldeisers van de nalatenschap. De ‘zware’ vereffeningprocedure is opgezet overeenkomstig de faillissementsprocedure⁷⁸ en afdeling 4.6.3 BW verklaart verschillende bepalingen van de Faillissementswet van overeenkomstige toepassing.⁷⁹ De vereffening van nalatenschap wordt door de Hoge Raad en de rechtspraak overeenkomstig de faillissementsprocedure behandeld.⁸⁰ Het ligt daarom voor de hand om de ‘zware’ vereffeningprocedure onder de reikwijdte van de IVO te brengen. Om dezelfde redenen ligt het echter minder voor de hand om de ‘lichte’ vereffeningprocedure, die in beginsel steeds van toepassing is na beneficiaire aanvaarding, onder de IVO te brengen.

Ten vierde is vereist dat de schuldenaar als onderdeel van de procedure zijn beheer- en beschikkingsbevoegdheid verliest aan een insolventiefunctaris *of* dat zijn goederen of onderneming onder toezicht van een rechter te komen te staan *of* dat een tijdelijke schorsing van een afzonderlijke executieprocedure, ten behoeve van onderhandelingen tussen de schuldenaar en zijn schuldeisers, door een rechter wordt verleend of van rechtswege tot stand komt. Bij de zware vereffening van de nalatenschap is hiervan zonder meer sprake.⁸¹ De benoemde vereffenaar is met uitsluiting van de erfgenamen bevoegd tot het beheer en de vereffening van de nalatenschap (art. 4:211 BW). Hij staat onder toezicht van de kantonrechter (o.a. art. 4:210 BW). Bij de ‘lichte’ vereffeningprocedure is dit minder evident. Hoewel de erfgenamen gezamenlijk vereffenaar (art. 4:195 jo 4:198 BW) zijn, en uit dien hoofde belast zijn met het beheer en de vereffening en uit dien hoofde onder toezicht van de kantonrechter staan, is geen

sprake van een benoeming door de rechtbank. Hoewel dat niet vereist is op grond van art. 1 lid 1 IVO, kan het meewegen bij de beslissing om de lichte vereffeningprocedure niet in Bijlage A op te nemen.

5.3. Door de rechtbank benoemde vereffenaar in Bijlage B IVO

In het verlengde van de vereffeningprocedure is eveneens een belangrijke vraag of de *persoon* van de vereffenaar als een ‘insolventiefunctaris’ in de zin van de IVO is aan te merken. Anders kan hij op grond van de IVO niet op automatische erkenning rekenen wanneer hij optreedt in een andere lidstaat. Een insolventiefunctaris is elke persoon of instantie waarvan de taak, ook op tijdelijke basis, erin bestaat i) de in het kader van een insolventieprocedure ingediende vorde-

73. Procedures die gebaseerd zijn op het algemene vennootschapsrecht dat niet uitsluitend voor insolventiesituaties is opgezet, niet als een insolventieprocedure in de zin van de IVO worden aangemerkt, aldus considerans 16 IVO. Als voorbeeld hiervan wordt meestal de Engelse ‘scheme of arrangement’ genoemd. De *scheme of arrangement* kent ook geen insolventiege-relateerde grond voor opening van de procedure. Wel is het mogelijk dat een ‘liquidator’ of een ‘administrator’ om de opening van de procedure verzoekt (zie art. 896 Companies Act 2006).

74. Art. 1 lid 1 IVO.

75. Onder de (oude) IVO werd gesproken van een procedure die diende te berusten op de insolventie van de schuldenaar’. Zie Art. 1 lid 1 IVO.

76. Zie art. 1 IVO en M. Virgos & E. Schmit, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings* (1996), p. 33-34. Zie verder: F. Garcimartin, ‘The EU Insolvency Regulation Recast: Scope and Rules on Jurisdiction’, online beschikbaar via: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2752412, par. II. 1; D. Beunk, in: *GS Faillissementswet, commentaar op art. 1 Insolventieverordening*, par. 5; K. van Zwieten, in: R. Bork & K. van Zwieten, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, Oxford: OUP 2016, par. 1.21-1.24.

77. Deze kunnen bijvoorbeeld ingezet worden bij de liquidatie van een solvente onderneming. Zie art. 562 (Irish) Companies Act.

78. Zie bijvoorbeeld art. 4:211, 4:214, 4:218 en 4:220 BW.

79. Zie art. 4:210 lid 2, 4:215 lid 5, 4:217 en 4:218 lid 5 BW.

80. Zie HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2393, NJ 2019/39; HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:681, NJ 2018/366, m.nt. S. Perrick; en de Handleiding Erfrecht-procedures Kantonrechter en de Richtlijnen Vereffening van nalatenschappen die naar de RECOFA-richtlijnen verwijzen.

81. Al is feitelijk geen sprake van het ‘verliezen’ van deze bevoegdheid, aangezien de erflater overleden is.

ringen te verifiëren en te aanvaarden; ii) het collectieve belang van de schuldeisers te behartigen; iii) het geheel of een deel van de goederen waarover de schuldenaar het beheer en de beschikking heeft verloren, te beheren; iv) de onder iii) bedoelde goederen te liquideren, of v) toe te zien op het beheer van de onderneming van de schuldenaar.⁸² Op de door de rechtbank benoemde vereffenaar in de ‘zware’ vereffeningprocedure zijn punten i, ii, iii en iv zonder meer van toepassing. Aan het laatste punt v zal niet altijd kunnen worden voldaan, aangezien niet altijd alle erflaters een onderneming voerden. Dat maakt echter niet uit: gelet op het woordje ‘of’ hoeft aan slechts één van voornoemde taken te zijn voldaan. Bovendien zal een vereffenaar toezien op het beheer van de onderneming van de erfflater (bijvoorbeeld een eenmanszaak), indien daarvan sprake is. De conclusie is dan ook dat de door de rechtbank benoemde vereffenaar als insolventiefunctionaris kan worden aangemerkt. Om onder het bereik van de IVO te vallen zal de door de rechtbank benoemde vereffenaar in Bijlage B moeten worden opgenomen. Indien het gaat om de ‘lichte’ vereffeningprocedure (na beneficiaire aanvaarding) zouden de erfgenamen in theorie als de insolventiefunctionaris kunnen worden aangemerkt, maar een dergelijke keuze ligt onzes inziens minder voor de hand. Niet alleen is het de vraag of door het (in beginsel) buiten toepassing verklaren van een aantal verificatie- en uitdelingsbepalingen (art. 4:221 jo 4:214 leden 1 en 5 en 4:218 BW) sprake is van een taak tot het verifiëren en aanvaarden van vorderingen op dezelfde wijze als een curator dat normaliter doet, maar ook is het de vraag of dergelijke erfgenamen (particulieren) als een ‘insolventiefunctionaris’ in de zin van IVO kunnen worden beschouwd. Ook om deze redenen ligt het voor de hand om de ‘lichte’ vereffeningprocedure niet (en de ‘zware’ vereffeningprocedure wél) onder de reikwijdte van de IVO te brengen.

6. Conclusie

Uit deze bijdrage blijkt dat op de afwikkeling van grensoverschrijdende insolvente nalatenschappen in beginsel zowel de IVO als de ErfVo van toepassing zijn, met dien verstande dat art. 76 ErfVo bepaalt dat de ErfVo de toepassing van de IVO onverlet laat. Daaruit blijkt dat het de bedoeling is dat op de afwikkeling van dergelijke nalatenschappen de IVO van toepassing is (en de ErfVo alleen voor zover het gaat om typische erfrechtelijke aspecten). Hoewel in de periode tussen 29 mei 2000 en 1 januari 2003 de IVO van toepassing was op de afwikkeling van grensoverschrijdende insolvente nalatenschappen, is dat thans niet meer het geval. Omdat een nalatenschap sinds 1 januari 2003 niet failliet wordt verklaard, maar wordt vereffend overeenkomstig de

regeling van afdeling 4.6.3 BW én de vereffening van nalatenschappen – anders dan de faillissementsprocedure – niet is opgenomen in Bijlage A IVO, is de IVO niet van toepassing op de vereffening van nalatenschappen. Uit een vergelijking tussen de IVO en de ErfVo blijkt dat tussen beide verordeningen enkele belangrijke verschillen bestaan, niet alleen wat betreft toepasselijk recht en bevoegde rechter, maar ook wat betreft het voorhanden zijnde instrumentarium. Gelet op de verschillen die tussen beide verordeningen bestaan, hebben wij in deze bijdrage betoogd dat de zware vereffeningprocedure in Bijlage A van de IVO dient te worden opgenomen. Niet alleen wordt hierdoor een omissie hersteld die ten tijde van de invoering van Boek 4 BW is ontstaan, maar ook eindigt hierdoor de situatie dat Nederland uit de pas loopt met andere lidstaten en wordt recht gedaan aan de door de Europese wetgever met de IVO en de ErfVo beoogde harmonisatie. Op inhoudelijke en praktische gronden wordt hierdoor een beter resultaat bereikt: aan de vereffenaar staat een beter instrumentarium ten dienste. *Forum shopping* en onnodige procedurele complicaties worden voorkomen. Gelet op de vereisten die de IVO stelt aan insolventieprocedures komt de zware vereffeningprocedure met een benoemde vereffenaar in aanmerking voor opname in Bijlage A van de IVO en dient de lichte vereffeningprocedure (na beneficiaire aanvaarding) daarbuiten te worden gehouden.

82. Art. 2 lid 5 IVO.