

Oratie Jan Biemans

‘Notaris, zorg dat je goed in je insolventierecht zit’

Het notariaat moet de kennis van het insolventierecht gebruiken om de kwaliteit van de dienstverlening te verbeteren, stelt hoogleraar Jan Biemans in zijn oratie. Die expertise kan de notaris ook behoeden voor aansprakelijkheid.

TEKST Peter Louwerse | BEELD Truus van Gog

‘Notarieel insolventierecht’ is (nog) geen bestaande juridische discipline, maar als het ooit zo ver komt, mag Jan Biemans zich als een van de grondleggers beschouwen. In zijn oratie ‘Insolventierecht en het notariaat; een tweeluik’ brengt Biemans dit rechtsgebied in kaart. Hij gaat in op drie domeinen waarin de notaris te maken kan krijgen met faillissementen: als deze zelf failliet gaat, als zijn cliënt met insolventie te maken krijgt en bij de vereffening van nalatenschappen.

EXTREEM VOORBEELD

Biemans, hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder goederenrecht (inclusief insolventierecht) en notarieel recht aan de Universiteit Utrecht, koos dit onderwerp voor zijn inaugurele rede, omdat het de twee elementen van zijn leerstoel met elkaar verbindt. Als onderwerp lijkt ‘de failliete notaris’ misschien slechts voor een kleine groep interessant, maar dat is schijn. ‘Want een extreem voorbeeld binnen faillissement maakt duidelijk wat de situatie is buiten faillissement’, betoogt Biemans. Bij zijn onderzoek naar faillissementen binnen het Nederlandse notariaat ontdekte hij dat de regelgeving onduidelijk en tegenstrijdig is.



Twee oorzaken. De Faillissementswet en de notariswet zijn onvoldoende op elkaar afgestemd. En de rechtspersoon van de notaris is niet geregeld in de notariswet.

TWEE KAPITEINS

Bij een regulier faillissement heeft de curator de touwtjes in handen, maar als een notaris failliet gaat, zijn er twee kapiteins (de curator en de waarnemend notaris) op drie schepen (de onderneming van de notaris, zijn protocol en de kwaliteitsrekening). ‘Dat is vragen om problemen’, vindt Biemans. ‘Als de curator de onderneming wil voortzetten, heeft hij het probleem dat hij niet beschikt over het protocol en de kwaliteitsrekening. Omgekeerd is de waarnemer afhankelijk van de curator. Hij zal de notarispraktijk immers willen voortzetten op dezelfde plek en onder dezelfde

naam als die van de gefailleerde notaris. Daarvoor moet hij bij de curator zijn.’ De kapiteins zijn van elkaar afhankelijk, en dat is geen comfortabele positie.

JURIDISCHE MIST

De notarispraktijk brengt het meest op als deze als geheel kan worden verkocht. Daarbij hebben de curator en de waarnemer de steun nodig van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) en het fiat van het ministerie van Veiligheid en Justitie. Volgens Biemans gaat de Verordening overdracht protocol (VOP) te veel uit van de ambtelijke werkelijkheid. ‘Als de notaris met pensioen gaat, zoekt de KNB of het ministerie een opvolger. Dat kleurt de onderhandelingspositie van de verkoper. Dat thema zou wel explicieter in de notariswet mogen komen.’

‘Bij een beroepsfout moet alleen de rechtspersoon aansprakelijk zijn en niet (ook) de notaris’

Een ander aandachtspunt is de onduidelijke rolverdeling tussen de notaris en diens rechtspersoon. ‘De notariswet maakt geen onderscheid tussen de notaris en zijn rechtspersoon. Als de notaris een rechtspersoon heeft, is dus onduidelijk welke bepalingen van de wet op hem van toepassing zijn en welke op de praktijkvennootschap.’

Die juridische mist leidt ertoe dat rechters met twee maten meten, in het nadeel van de notaris. De rechtbank in Den Haag oordeelde in 2008 dat twee notarissen na het faillissement van Steins Bisschop geen recht hadden op bijgeschreven honoraria, omdat dit geld aan de nv toekwam. Maar toen in een andere zaak een cliënt de notaris aanklaagde voor een beroepsfout, werd die wel aan de notaris aangerekend, omdat hij (en niet de nv) de overeenkomst was aangegaan. ‘Die redenering

klopt niet’, meent Biemans. ‘Als een notaris een beroepsfout maakt, dient alleen de rechtspersoon aansprakelijk te zijn en niet (ook) de notaris. Iedere ondernemer mag zich privé indekken tegen de gevolgen van een zakelijk faillissement, behalve kennelijk de notaris.’

RECHTSONZEKERHEID

De onduidelijkheid leidt tot rechtsonzekerheid. Wat is bijvoorbeeld de consequentie als de notaris failliet is, en de rechtspersoon niet? Kan de curator dan de vorderingen incasseren uit het vermogen van de rechtspersoon? Een eenduidig antwoord is er niet. ‘Daar is een fundamentele herbezinning nodig, want de notaris lijdt hier onder.’

De notaris kan uit de bovengenoemde gevallen nuttige lessen trekken. ‘Notarissen kunnen nader bekijken in welke gevallen ze privé aansprakelijk zijn en wanneer de rechtspersoon aangesproken kan worden. Kijk ook wie verzekerd moeten zijn: jij of de rechtspersoon, of beide?’

KWALITEIT

Biemans vindt dat het notariaat zijn kennis van insolventierecht moet gebruiken om de kwaliteit te verbeteren. ‘Zorg dat je goed in het insolventierecht zit’, is zijn boodschap voor het Nederlandse notariaat. Concrete voorbeelden: ‘Een notaris moet kunnen uitleggen wat de gevolgen van een faillissement van de directeur-groootaandeelhouder zijn voor zijn partner. Hij dient ook bedacht te zijn op een mogelijk faillissement van een opdrachtgever of een partij bij een transactie.’ Hij moet soms alert zijn op paulianeuze handelingen bij de overdracht van vastgoed en aandelen, of bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden. Hij heeft de plicht de bestuurder van een vennootschap te informeren over de bestuurdersaansprakelijkheid. De notaris verbetert zo de dienstverlening en kan ook voorkomen dat hij eventueel aansprakelijk wordt gesteld.

PROFESSIONALISERING

In Biemans’ oratie is een belangrijke plaats ingeruimd voor de vereffening van de nalatenschap, een regeling die bestaat sinds 2002:

‘Als érgens in het notarieel recht duidelijk is dat je veel van het faillissementsrecht moet afweten, is het wel bij de vereffening. Het is echter nog lang niet duidelijk hoe insolventierecht daarin doorwerkt. Er is bij vereffenaars veel kennis over erfrecht, maar minder over insolventierecht en de precieze doorwerking daarvan in de vereffening.’

De vereffenaar, een soort curator in de nalatenschap, komt in actie bij beneficiair aanvaarde, insolvente en/of onbeheerde nalatenschappen. Door de crisis op de huizenmarkt (meer huizen staan onder water) komt vereffening vaker voor, maar de positie van de vereffenaar is op een aantal punten nog steeds vaag. Biemans pleit voor versterking en professionalisering van diens positie. Een professionele vereffenaar krijgt lang niet altijd loon naar werken. Dat komt doordat zijn loon deel uitmaakt van de vereffeningkosten, die in rang gelijk staan met andere schulden. Als de nalatenschap onder water staat, krijgt de vereffenaar geen loon of slechts een deel. ‘Dat is slecht’, vindt Biemans. ‘Wie heeft er nog zin om dat werk te doen?’ Biemans vindt daarom dat het vereffenaarsloon eerst moet worden uitbetaald, voordat de andere schuldeisers aan de beurt zijn. ‘Een zaak hierover is aanhangig bij de Hoge Raad. Als die niet in het voordeel van de vereffenaar beslist, moet naar mijn mening de wet worden aangepast.’

DUIDELIJKHEID

Biemans wil kortom de vereffenaar meer speelruimte geven. Hij moet paulianeuze handelingen van de erflater of erfgenamen kunnen vernietigen, maar zich ook meer bewust zijn van zijn mogelijkheden, bijvoorbeeld om een onbevoegde verrekening van schulden door een schuldeiser ongedaan te maken. De komende jaren zal de nieuwe hoogleraar zich volop in deze onderwerpen verdiepen, met als belangrijkste uitgangspunten: ‘Uitkomsten die eerlijk zijn voor de notaris en andere betrokkenen. Maar vooral ook: duidelijkheid scheppen.’ ■