

Het onterfde kind

Jan Biemans*

Inleiding

In deze bijdrage staat de vermogensrechtelijke positie van het minderjarige kind in het erfrecht centraal, en in het bijzonder de vermogensrechtelijke positie van het *onterfde* minderjarige kind.¹ Minderjarige kinderen hebben in de regel geen vermogensrechtelijke aanspraken van belang. Een uitzondering op deze regel is een (eventuele) erfrechtelijke aanspraak van het kind. Als de aanspraak van het minderjarige kind een geldvordering is, hetgeen in de regel het geval is, dan blijkt dat de daadwerkelijke tegeldemaking van deze vordering om verschillende redenen problematisch is. Het minderjarige kind kan daardoor eindigen met een geldvordering met een lagere waarde of het kan zelfs eindigen zonder enige aanspraak. Hieronder wordt eerst ingegaan op de verschillende soorten erfrechtelijke geldvorderingen die een minderjarig kind op grond van de wet kan hebben. Vervolgens wordt aangegeven welke factoren een bedreiging vormen voor de vermogensrechtelijke positie van het minderjarige kind, en in het bijzonder het *onterfde* minderjarige kind. Bijzondere aandacht wordt besteed aan de rol van de notaris daarbij.

* Jan Biemans is hoogleraar Burgerlijk recht, in het bijzonder Goederenrecht en Notarieel recht, Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Utrecht.

1 Over de vermogensrechtelijke positie van het minderjarige kind in het erfrecht zijn recentelijk diverse publicaties verschenen van de hand van J.H.M. ter Haar, waaronder zijn proefschrift. Zie J.H.M. ter Haar, *Minderjarigen en (de zorg voor hun) vermogen* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, in het bijzonder hoofdstuk 7. Van verschillende hoofdstukken van het proefschrift is de kern eerder gepubliceerd als artikelen. Zie o.a. *ibidem*, diss. 2013, p. 1; en voorts *ibidem*, 'De som ineens als versterkte legitieme portie', *WPNR* 2009/6788 (vgl. Ter Haar, diss. 2013, p. 157, nt. 1 en hoofdstuk 5); *ibidem*, 'De (on)redelijkheid van verjaringstermijnen voor minderjarigen in het kader van vermogensbeheer', *WPNR* 2010/6853 (vgl. *ibidem*, diss. 2013, p. 185, nt. 1 en hoofdstuk 6); en *ibidem*, 'De belangen van de minderjarige in het erfrecht gewaarborgd? (I)', *WPNR* 2012/6927; *ibidem*, 'De belangen van de minderjarige in het erfrecht gewaarborgd? (II)', *WPNR* 2012/6928; *ibidem*, 'De belangen van de minderjarige in het erfrecht gewaarborgd? (III)', *WPNR* 2012/6929 (vgl. *ibidem*, diss. 2013, p. 205, nt. 1 en hoofdstuk 7). Zie voorts *ibidem*, 'Betere waarborgen van de belangen van de minderjarige in het erfrecht', *WPNR* 2013/6984; *ibidem*, 'Toezicht op bewind over erfrechtelijke aanspraken van minderjarigen schiet tekort', *FJR* 2013/92; *ibidem*, '10 jaar nieuw erfrecht en de positie van het kind', *TE* 2013/6; en *ibidem*, 'Drie stellingen over de positie van het kind in het erfrecht', *WPNR* 2013/7000. Zie over het onderwerp reeds, G. van der Burght, 'Theoretisch beschermd, praktisch misdeeld; de minderjarige in het erfrecht', *FTV* 2005/2; en recentelijk ook R. van der Vaart, 'De inschakeling van de bijzondere curator bij de afwikkeling van nalatenschappen', *WPNR* 2014/7005.

Drie soorten geldvorderingen

In het erfrecht zijn sinds de invoering van het huidige erfrecht per 1 januari 2003 verschillende aanspraken niet langer goederenrechtelijk, maar verbintenisrechtelijk van aard. Het minderjarige kind kan in de kern drie soorten geldvorderingen hebben jegens de erfgenaam of de gezamenlijke erfgenamen: een geldvordering in het kader van de wettelijke verdeling (art. 4:13 e.v. BW), een geldvordering uit hoofde van de legitieme portie (art. 4:63 e.v. BW) en een geldvordering uit hoofde van de ‘som in-eens’ (art. 4:35 BW).

Ten eerste, is sprake van een nalatenschap van een erflater die een echtgenoot en een of meer kinderen als erfgenamen achterlaat, dan is op de nalatenschap in beginsel de wettelijke verdeling van afd. 4.3.1 BW van toepassing (art. 4:13 lid 1 BW).² Op grond van deze wettelijke verdeling verkrijgt de langstlevende echtgenoot alle goederen van de nalatenschap (art. 4:13 lid 2 BW) en verkrijgt het kind jegens de langstlevende echtgenoot een *geldvordering* overeenkomend met de waarde van zijn erfdeel (art. 4:13 lid 3 BW). De geldvordering is pas opeisbaar in het geval dat (a) de langstlevende echtgenoot in staat van faillissement is verklaard of ten aanzien van hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard³ of (b) wanneer de langstlevende echtgenoot is overleden (art. 4:13 lid 3 BW).⁴ Aan de vordering is geen vervaltermijn verbonden. Is de vordering eenmaal opeisbaar, dan is de verjaringstermijn 20 jaar (art. 3:306 BW).⁵ Omdat de vordering niet-opeisbaar is, is van belang dat de waarde daarvan kort na het overlijden van de erflater wordt vastgesteld. De omvang van de geldvordering dient overeenkomstig het erfdeel van het kind te worden berekend aan de hand van de waarde van de goederen en de schulden van de nalatenschap (vgl. artikel 4:16 BW).

Hertrouwt na een wettelijke verdeling de langstlevende echtgenoot, dan bestaat het gevaar dat bij het overlijden van deze langstlevende ouder zijn goederen op grond van de wettelijke verdeling aan de stiefouder (of stiefpartner) toevallen. Om dit zogenaamde ‘stiefoudergevaar’ te voorkomen, heeft de wetgever aan het kind in bepaalde gevallen ‘*wilsrechten*’ toegekend (art. 4:19 t/m 4:22 BW).⁶ Door de uitoefening van

2 Zie hierover o.a. Asser/Perrick 4 2013/69 e.v. en M.J.A. van Mourik (red.), *Handboek Erfrecht* (Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel recht), Deventer: Kluwer 2011, p. 53 e.v.

3 Wordt de langstlevende echtgenoot failliet verklaard, dan zal de vordering van het kind in de regel zonder waarde zijn. Aan de vordering is geen voorrang verbonden en in de meeste faillissement ontvangen concurrente schuldeisers niets. Ik laat dit verder buiten beschouwing.

4 Het is mogelijk om in de uiterste wilsbeschikking deze gronden voor opeisbaarheid uit te breiden (art. 4:13 lid 3 BW).

5 Zie Asser/Perrick 4 2013/73, met verdere verwijzingen.

6 Zie hierover o.a. Asser/Perrick 4 2013/104 e.v. en M.J.A. van Mourik (red.), *Handboek Erfrecht* (Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel recht), Deventer: Kluwer 2011, p. 87 e.v.

een wilsrecht verkrijgt het kind een goederenrechtelijke aanspraak op de goederen van de nalatenschap van de erflater dan wel, bij het overlijden van de langstlevende ouder, op de goederen van de nalatenschap van de langstlevende ouder. Door de uitoefening van de wilsrechten kan het kind aldus uiteindelijk de rechthebbende worden van de goederen van de nalatenschap van zijn ouders.

Ten tweede, wordt een kind onterfd, hetgeen mogelijk is, dan heeft het kind recht op een bepaald deel van de waarde van de nalatenschap van zijn ouder, de zogenaamde 'legitieme portie'.⁷ De omvang van de legitieme portie is kort gezegd de helft van het erfdeel dat het minderjarige kind volgens de wet zou hebben gekregen: de omvang is de waarde van de helft van de nalatenschap gedeeld door het getal van het aantal kinderen en de echtgenoot, verminderd met eventuele giften en makingen aan het desbetreffende kind (art. 4:63 lid 1 jo 64 lid 1 BW).⁸ Voor de berekening van de omvang van de legitieme portie en het vervolgens geldend maken van de legitieme portie bevatten artikel 4:65 t/m 4:92 BW verschillende, gecompliceerde regels. De legitimaris heeft een *geldvordering* op de gezamenlijke erfgenamen, dan wel op de langstlevende echtgenoot in het geval van de wettelijke verdeling (art. 4:80 BW). De vordering van de legitimaris is in beginsel opeisbaar nadat zes maanden verstreken na het overlijden van de erflater (art. 4:81 lid 1 BW). Is echter op de nalatenschap de wettelijke verdeling van toepassing, dan is de vordering pas opeisbaar in geval van het faillissement of het overlijden van de langstlevende echtgenoot (art. 4:81 lid 2 BW, vgl. artikel 4:13 lid 3 BW). Hetzelfde is mogelijk als de erflater met een andere levensgezel dan een echtgenoot een gemeenschappelijke huishouding voerde en de erflater en de levensgezel een notarieel verleden samenlevingscontract waren aangegaan. In dat geval kan de erflater in zijn uiterste wilsbeschikking ook ten behoeve van deze levensgezel de voorwaarde verbinden dat de vordering van een legitimaris, voor zover deze ten laste van deze levensgezel zou komen, eerst opeisbaar is na diens overlijden (art. 4:82 BW).⁹ Niet alleen de veel jongere echtgenoot, maar ook de veel jongere vriendin van vader kan na zijn overlijden worden beschermd tegen de (door vader) onterfde kinderen.¹⁰ De mogelijkheid om aanspraak te maken op de legitieme portie vervalt, indien de legitimaris niet binnen een hem door een belanghebbende

7 Zie hierover o.a. Asser/Perrick 4 2013/296 e.v. en M.J.A. van Mourik (red.), *Handboek Erfrecht* (Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel recht), Deventer: Kluwer 2011, p. 309 e.v.

8 Bijvoorbeeld, is de waarde van de nalatenschap 120.000 euro, en laat de erflater een echtgenoot en twee kinderen achter, dan is de legitieme portie 20.000 euro. De waarde van de nalatenschap is de waarde van alle goederen en giften gedaan voor overlijden minus de waarde van bepaalde schulden van de nalatenschap (art. 4:65 e.v. BW).

9 Het is mogelijk om in de uiterste wilsbeschikking deze gronden voor opeisbaarheid in art. 4:81 lid 2 en 4:82 BW uit te breiden (art. 4:83 BW). Vgl. voorts art. 4:81 lid 3 t/m 5 BW.

10 Zie in kritische zin over art. 4:82 BW, J.H.M. ter Haar, 'Drie stellingen over de positie van het kind in het erfrecht', *WPNR* 2013/7000, Stelling 2.

gestelde redelijke termijn, en uiterlijk vijf jaren na het overlijden van de erflater, heeft verklaard dat hij zijn legitieme portie wenst te ontvangen (art. 4:85 lid 1 BW). Is een legitimaris niet op de hoogte van het overlijden van de erflater of van het gegeven dat hij is onterfd, dan hebben de erfgenamen na vijf jaar derhalve absolute zekerheid dat de legitimaris geen aanspraak meer kan maken op zijn legitieme portie.¹¹

Ten derde, het minderjarige kind van de erflater kan in beide gevallen aanspraak maken op een som ineens, voor zover deze nodig is voor zijn verzorging en opvoeding (art. 4:35 lid 1 onder a BW).¹² Deze som komt het kind niet toe, voor zover de echtgenoot of een erfgenaam van de erflater krachtens wet of overeenkomst is gehouden in de kosten daarvan te voorzien (art. 4:35 lid 2 BW). De som ineens komt in mindering op hetgeen het kind had kunnen verkrijgen krachtens erfrecht of een levensverzekering van de erflater. De *geldvordering* uit hoofde van de som ineens is opeisbaar zes maanden na het overlijden van de erflater (art. 4:37 lid 2 BW) en verjaart in beginsel een jaar na het overlijden van de erflater (art. 4:37 lid 3 BW).¹³ De mogelijkheid om aanspraak te maken op de som ineens vervalt als het kind niet binnen een redelijke, hem door een belanghebbende gestelde termijn, en uiterlijk negen maanden na het overlijden van de erflater, heeft verklaard dat hij de som ineens wenst te ontvangen (art. 4:37 lid 1 BW).

Hoe vaak komen de geldvorderingen voor?

In de praktijk zal het geregeld voorkomen dat minderjarige kinderen een geldvordering uit hoofde van de wettelijke verdeling op de langstlevende ouder hebben. Overlijdt de erflater met achterlating van een langstlevende ouder en een minderjarig kind, en heeft de erflater geen uiterste wilsbeschikking gemaakt waarin hij afd. 4.3.1 niet buiten toepassing heeft verklaard (art. 4:13 lid 1 BW), dan is de wettelijke verdeling van toepassing en heeft het minderjarige kind een geldvordering op de langstlevende ouder. Het is evenmin ondenkbaar dat in een dergelijk geval het minderjarige kind een of meer wilsrechten kan uitoefenen. Immers, overlijdt de erflater terwijl zijn kind nog minderjarig is, dan is de erflater waarschijnlijk relatief jong overleden en wordt de kans op hertrouwen door de langstlevende ouder (en dus ook het stiefoudergevaar) daardoor groter.

- 11 Zie voor een vergelijkbare termijn voor de inkorting van een gift, art. 4:90 lid 3 BW. Art. 4:85 lid 2 BW bevat een kortere termijn. Hetzelfde geldt voor de verwerping van inferieure making, op grond van art. 4:73 en 4:74 BW, welke termijn drie maanden is.
- 12 Zie hierover o.a. Asser/Perrick 4 2013/363 e.v. en M.J.A. van Mourik (red.), *Handboek Erfrecht* (Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel recht), Deventer: Kluwer 2011, p. 407 e.v. Aan de som ineens is een maximum gesteld; de sommen ineens bedragen gezamenlijk ten hoogste de helft van de waarde van de nalatenschap (art. 4:37 lid 4 BW).
- 13 Over de omvang van de som ineens kunnen veel vragen bestaan. Vgl. G. van der Burgh, 'Theoretisch beschermd, praktisch misdeeld; de minderjarige in het erfrecht', *FTV* 2005/2, par. 2.

Het komt ook voor dat minderjarige kinderen een geldvordering uit hoofde van de legitieme portie hebben. Uit onderzoek blijkt dat onterving van kinderen, geweld of ongewild, (nog steeds) voorkomt. Kinderen worden onbedoeld onterfd als de ouders elkaar, vóór de geboorte van het kind, als enig erfgenaam hebben aangewezen. Passen zij na de geboorte van het kind hun uiterste wilsbeschikkingen niet aan, dan is het kind daardoor onbedoeld onterfd; de andere ouder is immers enig erfgenaam.¹⁴ Uit onderzoek blijkt ook dat kinderen om verschillende redenen bewust worden onterfd.¹⁵ Genoemd worden verstoorde verhoudingen, een gehandicapt kind, een aan drank en/of drugs verslaafd kind, bedrijfsopvolging, een kind dat steelt van zijn ouders, uithuisplaatsing van een kind, mishandeling van de ouder door een kind en een kind dat al voldoende heeft gekregen of zelf al voldoende middelen heeft.¹⁶

In de praktijk wordt zelden of nooit een beroep gedaan op de som ineens.¹⁷ Overlijdt de erflater met achterlating van een langstlevende ouder en een minderjarig kind, dan zal de langstlevende ouder gehouden zijn om in de kosten van de verzorging en opvoeding van het minderjarige kind te voorzien, en komt reeds om deze reden de som ineens niet in beeld. Ik laat de som ineens daarom omwille van de lengte van de bijdrage verder buiten beschouwing en ga hieronder alleen in op de vorderingen uit hoofde van de wettelijke verdeling en de legitieme portie.

Juridische en praktische knelpunten bij tegeldemaking van de vorderingen

Hieronder ga ik nader in op de juridische en praktische knelpunten die spelen bij de tegeldemaking van de vorderingen, onverdeeld in (i) het vaststellen van de waarde van de vordering, (ii) het uitoefenen van de rechten en (iii) de rol van de wettelijke vertegenwoordiger daarbij.

Het vaststellen van de waarde van de vordering

Uit de beschrijving van de wettelijke verdeling en de legitieme portie hiervoor (p. 46-47) blijkt dat indien een langstlevende echtgenoot bestaat, het kind een geld-

14 Zie J.H.M. ter Haar, 'Toezicht op bewind over erfrechtelijke aanspraken van minderjarigen schiet tekort', *FJR* 2013/92, par. 2.2.3.

15 'Onzuivere' ontervingen in het kader van een tweetrapsmaking zijn hierbij buiten beschouwing gelaten. Een tweetrapsmaking is een making onder ontbindende voorwaarde ten behoeve van bijvoorbeeld de kinderen van de erflater (de 'bezwaarden' genaamd), met daarbij een aansluitende making onder opschortende voorwaarde ten behoeve van bijvoorbeeld diens kleinkinderen (de 'verwachters' genaamd). Op grond daarvan valt het vermaakte of onverteerde deel op het tijdstip van overlijden van de bezwaarden (of op een eerder tijdstip) ten deel aan de verwachters, indien deze het aangewezen tijdstip overleven.

16 Zie J.H.M. ter Haar, 'De belangen van de minderjarige in het erfrecht gewaarborgd? (II)', *WPNR* 2012/6928, par. 2.1.3.

17 Zie voor een uitzondering, Rb. Amsterdam sector kanton 30 september 2010, LJN BO8410.

vordering jegens de langstlevende echtgenoot heeft die (pas) opeisbaar is bij diens overlijden.

Omdat de geldvordering pas opeisbaar is bij het overlijden van de langstlevende echtgenoot, is het van belang dat de waarde van zijn geldvordering, of ten minste de waarde van de goederen en de schulden van de nalatenschap, *tijdig* wordt vastgesteld. Gebeurt dat niet, dan bestaat het risico dat bij het overlijden van de langstlevende echtgenoot de waarde van zijn vordering niet meer kan worden vastgesteld, met alle gevolgen van dien.

Boek 4 BW biedt aanknopingspunten om de waarde van de vordering vast te stellen. In de praktijk kan het tijdig vaststellen van de vordering tot problemen leiden, met name indien het kind minderjarig is. Op grond van artikel 4:16 lid 2 BW dient in het kader van de wettelijke verdeling de *wettelijk vertegenwoordiger* van het minderjarige kind binnen een jaar na het overlijden van de erflater een door hem ondertekende boedelbeschrijving in te leveren bij de griffie van de rechtbank van de woonplaats van het minderjarige kind, met daarin een waardering van de goederen en de schulden van de nalatenschap. Voor zover de erfgenamen over de vaststelling van de omvang van de geldvordering ex artikel 4:13 lid 3 BW niet tot overeenstemming kunnen komen, kan deze vordering op verzoek van de meest gereede partij door de kantonrechter worden vastgesteld, aldus artikel 4:15 BW. Op grond van artikel 4:78 BW kan in het kader van de legitieme portie een legitimaris tegenover de erfgenamen aanspraak maken op onder meer inzage van alle bescheiden die hij voor de berekening van zijn legitieme portie behoeft en zo nodig op zijn verzoek bij de kantonrechter de erfgenamen onder ede de deugdelijkheid van de boedelbeschrijving laten bevestigen. Is de legitimaris minderjarig, dan is zijn wettelijke vertegenwoordiger hiertoe bevoegd.

Het uitoefenen van de rechten

Kan het minderjarige kind bepaalde wilsrechten uitoefenen of kan hij aanspraak maken op een legitieme portie, dan is het in zijn belang dat deze rechten worden uitgeoefend. Gebeurt dat niet, dan wordt het kind een goederenrechtelijke aanspraak op de goederen van de nalatenschap onthouden of vervalt zijn erfrechtelijke aanspraak uit hoofde van zijn legitieme portie.

Hier biedt Boek 4 BW slechts één aanknopingspunt. Als een minderjarig kind in het kader van de wettelijke verdeling een of meer wilsrechten kan uitoefenen, dient de wettelijke vertegenwoordiger op grond van artikel 4:26 lid 1 BW binnen drie maanden na het verkrijgen van het wilsrecht aan de kantonrechter zijn voornemen met betrekking tot de uitoefening van het wilsrecht mede te delen, die daaraan vervolgens zijn goedkeuring daaraan verleent of daaraan onthoudt. Met betrekking tot het aanspraak maken op de legitieme portie ontbreekt een bepaling in Boek 4 BW. Wil

de wettelijke vertegenwoordiger namens het minderjarige kind afstand doen van de legitieme portie, dan behoeft hij daarvoor op grond van artikel 1:345 lid 1 onder a jo artikel 1:253k BW, op straffe van vernietiging van de rechtshandeling ex artikel 1:347 lid 1 BW, de machtiging van de kantonrechter.¹⁸ Deze machtiging heeft hij echter alleen nodig als hij namens het minderjarige kind *actief* afstand doet van de legitieme portie. Doet hij helemaal niets, dan vervalt de aanspraak uit hoofde van de legitieme portie op grond van de wet (art. 4:85 lid 1 BW), hetgeen tot hetzelfde resultaat leidt. Uit de tekst van de wet volgt niet eens dat de wettelijke vertegenwoordiger binnen een bepaalde tijd¹⁹ zijn voornemen aan de kantonrechter dient mede te delen. Van het doen van afstand van recht, een rechtshandeling (art. 6:160 BW), is geen sprake, zodat daarvan ook geen vernietiging kan plaatsvinden.

De rol van de wettelijke vertegenwoordiger

Zoals uit het voorgaande blijkt, dienen belangen van het kind te worden behartigd door zijn wettelijke vertegenwoordiger. Blijft de wettelijke vertegenwoordiger stilzitten, dan worden de belangen van het minderjarige kind daardoor onmiskenbaar geschaad. De vrees dat een wettelijke vertegenwoordiger blijft stilzitten, is niet ongegrond.²⁰ Ten eerste bestaat het risico dat de wettelijke vertegenwoordiger niet op de hoogte is van zijn wettelijke verplichtingen. Ten tweede heeft de wettelijke vertegenwoordiger van het minderjarige kind een tegenstrijdig belang bij actief handelen, indien hij dezelfde persoon is als de langstlevende echtgenoot, hetgeen zich vaak zal voordoen. Als de schuldenaar van de geldvordering is het niet in zijn belang dat de waarde daarvan wordt vastgesteld of dat daarop aanspraak wordt gemaakt. Bijvoorbeeld, is een minderjarig kind om wat voor reden dan ook onterfd, dan zal de langstlevende ouder die met de onterving heeft ingestemd en tevens de wettelijke vertegenwoordiger van het minderjarige kind is, waarschijnlijk geen actie ondernemen om ten koste van de nalatenschap (en zijn erfdeel daarin) namens het minderjarige kind aanspraak te maken op diens legitieme portie. Hetzelfde geldt voor de wettelijke verdeling en de som ineens.

Ten derde verbindt de wet aan het stilzitten geen sancties. Verschijnt een wettelijke vertegenwoordiger niet bij de rechter met een door hem ondertekende boe-

18 Zie o.a. Asser/Perrick 4 2013/362; Asser/De Boer 1* 2010/945. Vgl. J.H.M. ter Haar, 'De belangen van de minderjarige in het erfrecht gewaarborgd? (I)', *WPNR* 2012/6927, par. 5.2.3.

19 Bijvoorbeeld, binnen drie maanden (vgl. art. 4:26 lid 1 BW), binnen een gestelde redelijke termijn of binnen vijf jaar na het overlijden van de erfflater (vgl. art. 4:85 lid 1 BW).

20 Vgl. o.a. G. van der Burght, 'Theoretisch beschermd, praktisch misdeeld; de minderjarige in het erfrecht', *FTV* 2005/2, par. 11-13; J.H.M. ter Haar, 'Betere waarborgen van de belangen van de minderjarige in het erfrecht', *WPNR* 2013/6984, par. 2, 5.4; *ibidem*, 'De belangen van de minderjarige in het erfrecht gewaarborgd? (I)', *WPNR* 2012/6927, par. 5.2.3.

delbeschrijving, dan gebeurt er niets. Een aansprakelijkheidstelling is in theorie denkbaar,²¹ maar lijkt in de praktijk uitgesloten. Laat de wettelijke vertegenwoordiger het erbij zitten, dan zal een minderjarig kind om verschillende redenen niet snel zelf actie ondernemen. Als zijn belangen onvoldoende worden waargenomen door zijn wettelijke vertegenwoordiger, zal een kind zich dat vaak niet eens realiseren. Een kind zal daar bovendien ook niet tegen optreden. Niet alleen is een kind daartoe vaak niet in staat (incompetent), maar ook zal het kind dat veelal niet willen. Een kind zal bijvoorbeeld om emotionele redenen zijn ouder niet aansprakelijk willen stellen als het van mening is dat de ouder zijn belangen niet goed waarneemt of niet goed heeft waargenomen.

Toezicht door de kantonrechter

Mogelijk belangrijker dan dat de *wet* aan het stilzitten van de wettelijke vertegenwoordiger geen sanctie verbindt, is dat de (kanton)*rechter* – die op de wettelijke vertegenwoordiger *toezicht* moet houden – in het merendeel van de gevallen daarvan niet op de hoogte is. De kantonrechter kan in theorie over het overlijden van de ouder worden geïnformeerd door de inspecteur van de erf- en schenkingsbelasting (art. 1:342 lid 2 BW) en/of de ambtenaar van de burgerlijke stand (art. 1:301 en 1:48 BW), die daarvan beiden op de hoogte zijn. Uit onderzoek blijkt echter dat de kantonrechter niet alleen weinig wordt geïnformeerd,²² maar ook dat als de kantonrechter al wordt geïnformeerd, hij zich in voorkomende gevallen soms passief en terughoudend opstelt. Ik verwijs korthedshalve naar het onderzoek van Ter Haar.²³

Een mogelijke rol voor de notaris?

De vraag rijst in welke situaties een notaris betrokken is bij de afwikkeling van de nalatenschap en welke rol van hem verwacht mag worden. Is de wettelijke verdeling van toepassing en heeft de erflater geen uiterste wilsbeschikking gemaakt, dan zal de notaris om die reden niet met de erfgenamen, waaronder het minderjarige kind, in aanraking komen. De wettelijke verdeling is in beginsel óók van toepassing in het geval dat de erflater een langstlevende echtgenoot en een kind achterlaat en een uiterste wilsbeschikking heeft gemaakt, waarin hij niet heeft bepaald dat afd. 4.3.1 BW inzake de wettelijke verdeling geheel buiten toepassing blijft. In dergelijke gevallen

21 Zie voor een opgave van de mogelijke schade, J.H.M. ter Haar, 'Betere waarborgen van de belangen van de minderjarige in het erfrecht', *WPNR* 2013/6984, par. 5.

22 Zie J.H.M. ter Haar, 'Betere waarborgen van de belangen van de minderjarige in het erfrecht', *WPNR* 2013/6984, par. 4.

23 Zie o.a. J.H.M. ter Haar, 'De belangen van de minderjarige in het erfrecht gewaarborgd? (II)', *WPNR* 2012/6928, par. 2.2 t/m 2.4.1; *ibidem*, 'De belangen van de minderjarige in het erfrecht gewaarborgd? (III)', *WPNR* 2012/6929, par. 2.4.2, 2.6 en 2.7; en *ibidem*, 'Toezicht op bewind over erfrechtelijke aanspraken van minderjarigen schiet tekort', *FJR* 2013/92, par. 2.

is de notaris wel op de hoogte. Uit onderzoek blijkt dat de notaris nog wel eens de kantonrechter informeert. Dat is dan op informele basis, als een notaris onraad ruikt. De notaris zal namelijk op grond van de wettelijke regeling in Boek 4 BW niet met de kantonrechter in contact komen. In afdeling 4.3.1. BW inzake de wettelijke verdeling wordt de notaris niet of nauwelijks genoemd.²⁴ Uit het onderzoek van Ter Haar blijkt dat de notaris zich niet als hoeder van de belangen van minderjarigen ziet, en dat als de notaris dan toch een keer contact opneemt met de kantonrechter, de meningen over de opstelling van de kantonrechter wisselend zijn.²⁵

Bij een onterving is in het voortraject steeds een notaris betrokken. Onterving kan immers alleen plaatsvinden bij uiterste wilsbeschikking, en daarvoor is een notariële akte vereist. Is de erfflater overleden, dan kunnen naast de bewarende notaris ook andere notarissen in beeld komen, zoals de notaris die optreedt als executeur²⁶ of boedelnotaris en de notaris die gevraagd wordt om een verklaring van erfrecht af te geven. In de wettelijke regeling van de legitieme portie ontbreekt echter ook een bepaling over de rol van de notaris. In de notariële literatuur bestaat bovendien discussie over de vraag of de notaris het onterfde kind van de erfflater in de eerste plaats *mag* informeren dat hij legitimaris is.²⁷ Een meerderheid van de schrijvers is

24 Hetzelfde geldt voor afdeling 4.3.2 BW inzake de andere wettelijke rechten, waaronder de som ineens. Zie voor de twee uitzonderingen, art. 4:16 lid 2 en 4:18 lid 1 BW.

25 Zie J.H.M. ter Haar, 'De belangen van de minderjarige in het erfrecht gewaarborgd? (III)', *WPNR* 2012/6929, par. 2.6 en 2.7; en *ibidem*, 'Toezicht op bewind over erfrechtelijke aanspraken van minderjarigen schiet tekort', *FJR* 2013/92, par. 2.2.5.

26 Dat kan ook de notaris zijn die de uiterste wilsbeschikking heeft opgesteld (vgl. art. 20 lid 1 Wna).

27 Vgl. o.a. R.L. Albers-Dingemans, 'Enige beschouwingen over de notariële deontologie bij een nalatenschap', *WPNR* 2004/6585; P.C. van Es, in: Meer spreken, minder zwijgen: over geheimhouding, informatieplicht en verschoningsrecht van de notaris (preadvies KNB 2007), Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 61 e.v.; J.H.M. ter Haar, 'Betere waarborgen van de belangen van de minderjarige in het erfrecht', *WPNR* 2013/6984, par. 6; R.J. Holtman, *WPNR* 2005/6607 en 2005/6627; W.M. Kleijn & J.I. Driessen-Kleijn, 'De positie van de boedelnotaris in een boedel met legitimarissen', *FTV* 2005/7-8; W.D. Kolkman, *Deontologisch dilemma's in het erfrecht* (preadvies KNB 2010), Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, par. 3.3.4; K.D. de Lange, 'De plicht van de notaris om, na overlijden van de testateur, belanghebbenden, te informeren over de inhoud van het testament', *WPNR* 2001/6453; K.D. de Lange, *WPNR* 2005/6624; B.M.E.M. Schols & F.W.J.M. Schols, 'Krijgt de legitimaris bericht?', *WPNR* 2002/6513; B.M.E.M. Schols, *WPNR* 2005/6643; B.M.E.M. Schols, *Van executeur testamentaire tot Testamentsvollstrecker tot afwikkelingsbewindvoerder* (diss. Nijmegen), 2007, p. 224 e.v.; B.M.E.M. Schols, in: *Nieuw erfrecht in de praktijk: een evaluatie* (preadvies KNB 2006), Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 124-127; B.M.E.M. Schols, 'De legitimarisvriendelijke notaris', *WPNR* 2013/6988; L.C.A. Verstappen, P.F. Veltman & A.H.C. Drooge, Themanummer Boedelafwikkeling in het nieuwe erfrecht, *Nieuw Erfrecht* 2003/3; B.C.M. Waaijer, 'Informatieverschaffing door de notaris aan legitimarissen die door de erfflater hun legitieme portie is ontzegd?', *WPNR* 2013/6988; Werkgroep deontologie nieuw erfrecht, zie R.L. Albers-Dingemans, *WPNR* 2004/6585; Commissie Erfrecht KNB, *WPNR* 2010/6624; *Eindverslag Commissie Erfrecht KNB inzake Boek 4* (Ars Notariatus 150), 2012, p. 20.

van mening dat als de notaris daartoe niet de opdracht heeft gekregen, hij de legitimaris ook niet mag informeren dat de legitimaris aanspraak kan maken op een legitieme portie, laat staan dat op de notaris een *verplichting* zou rusten om dat te doen. De Werkgroep deontologie nieuw erfrecht van de KNB heeft dat standpunt ingenomen, zelfs als dat met betrekking tot een minderjarige legitimaris zou leiden tot ‘schrijnende situaties’.²⁸ Aan de vraag of de notaris vervolgens ook toezicht zou dienen te houden op de behartiging van de belangen van een *minderjarige* legitimaris door diens wettelijke vertegenwoordiger, komt de discussie begrijpelijkerwijs niet toe. De hoogste tuchtrechter heeft onlangs besloten dat de notaris onder wiens verantwoordelijkheid een oud-notaris die als executeur optrad, en die eigenmachtig en tegen de wens van de erfgenaam in alle legitimarissen heeft geïnformeerd over hun rechten, niet tuchtrechtelijk laakbaar heeft gehandeld.²⁹ De tuchtrechter oordeelde echter niet dat de notaris daartoe ook *gehouden* is. Het is de verwachting dat erfgenamen die niet willen dat een legitimaris wordt geïnformeerd, op zoek zullen gaan naar een notaris die geen ‘legitimarisvriendelijke’ notaris is.³⁰ In het geval van een minderjarige legitimaris zou het informeren van diens wettelijke vertegenwoordiger het onterfde kind overigens ook niet helpen als de wettelijke vertegenwoordiger een strijdig belang bij actief handelen heeft.

Tot slot: De bijzondere curator

Uit het voorgaande blijkt dat de vermogensrechtelijke belangen van het minderjarige kind in het erfrecht niet optimaal zijn gewaarborgd. De kern van het probleem is een gebrek aan informatie bij de wettelijke vertegenwoordiger dan wel diens tegenstrijdig belang bij actief handelen. Het is de vraag of het minderjarige kind geholpen is met meer toezicht door de kantonrechter en de notaris. Het ligt eerder voor de hand om een onafhankelijke persoon aan te wijzen die zijn belangen kan behartigen.³¹ In dit verband kan het recentelijk door Van der Vaart gedane voorstel voor een wettelijk verplichte benoeming van de bijzondere curator bij nalatenschappen waarin minderja-

28 Zie R.L. Albers-Dingemans, ‘Enige beschouwingen over de notariële deontologie bij een nalatenschap’, *WPNR* 2004/6585, par. 3.

29 Zie Hof Amsterdam 7 januari 2013, ECLI:NL:GHAM:2013:1895.

30 Zie B.M.E.M. Schols, ‘De legitimarisvriendelijke notaris’, *WPNR* 2013/6988, par. 4; en J.H.M. ter Haar, ‘Toezicht op bewind over erfrechtelijke aanspraken van minderjarigen schiet tekort’, *FJR* 2013/92, par. 2.2.4.

31 Bij tegenstrijdig belang in het vennootschapsrecht is dit ook het uitgangspunt: als de vennootschap een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders, wordt zij vertegenwoordigd door commissarissen (zie art. 2:146 BW, voor de NV; en art. 2:256 BW, voor de BV).

ringen een belang hebben worden toegejuicht.³² Welke oplossing ook wordt gekozen, wil de wetgever de rechten die het minderjarige kind in theorie heeft, ook waarmaken in de praktijk, dan is een aanpassing van de wettelijke regeling noodzakelijk.

32 Zie in deze zin, R. van der Vaart, 'De inschakeling van de bijzondere curator bij de afwikkeling van nalatenschappen', *WPNR* 2014/7005, par. 6; en nader R. van der Vaart, *De bescherming van minderjarige erfgenamen. De bijzondere curator bij de bescherming van de vermogensrechtelijke belangen van de minderjarige erfrechtelijke verkrijger*, Amersfoort: Celsus Juridische Uitgeverij 2013. De publicaties komen voort uit haar aan de Universiteit Utrecht geschreven masterscriptie (2013). Vgl. over de huidige regeling inzake de bijzondere curator, J.H.M. ter Haar, 'De belangen van de minderjarige in het erfrecht gewaarborgd? (I)', *WPNR* 2012/6927, par. 5.2.5; en *ibidem*, 'De belangen van de minderjarige in het erfrecht gewaarborgd? (III)', *WPNR* 2012/6929, par. 2.5.