23. Erfrecht

PROF. MR. J.W.A. BIEMANS

Aan de hand van diverse erfrechtelijke uitspraken die vorig jaar zijn verschenen, schetst de auteur de gevolgen ervan voor de notariële praktijk.

1. Inleiding

De rechtspraak die in de Notamail voorbij kwam, geeft weer een beeld waarover zoal geprocedeerd wordt en dat is altijd bijzonder leerzaam voor het notariaat. Ten eerste worden nieuwe rechtsregels zichtbaar. Een voorbeeld daarvan is de beantwoording van de prejudiciële vragen door de Hoge Raad over het indienen van rentevorderingen tijdens de vereffening van nalatenschappen. Zie voor meer Hoge Raad-rechtspraak overigens *Notamail* 2021/104,[1] met daarin de uitspraak dat een beroep op verjaring van legaten niet in strijd was met de redelijkheid en billijkheid. Ten tweede wordt daardoor zichtbaar welke problemen zich kennelijk kunnen voordoen in de notariële praktijk bij – bijvoorbeeld – het opstellen van uiterste wilsbeschikkingen. De uitspraken, die een resultante zijn van de procedures over uiterste wilsbeschikkingen, vormen daarmee feitelijk een voor de notaris waardevolle terugkoppeling (feedback) van zijn werk. Hierna wordt achtereenvolgens ingegaan op de prejudiciële vragen inzake rentevorderingen (par. 2), diverse vereffeningsperikelen (par. 3), feedback-loop van procedures voor het notariaat over uiterste wilsbeschikkingen (par. 4), partners en de soms onverbiddelijke uitleg van testamenten (par. 5) en nog meer feedback-loops aan de hand van uitleg van testamenten (par. 6).

2. Rentevorderingen

2.1 Prejudiciële vragen

In *Notamail* 2021/11 kwam allereerst de uitspraak aan bod van de rechtbank die de vragen stelde.[2] De rechtbank had de vraag gesteld of art. 4:218 lid 5 BW aldus moet worden uitgelegd dat het in art. 128 Fw neergelegde fixatiebeginsel van overeenkomstige toepassing is op de vereffening van een nalatenschap (de eerste vraag). Indien bevestigend beantwoord, dient daarbij onderscheid gemaakt te worden tussen de zogenaamde 'zware' en de 'lichte' vereffening (de tweede vraag)? Met andere woorden, is het fixatiebeginsel ook van toepassing op erfgenaam-vereffenaars op wie de verplichtingen omschreven in art. 4:218 BW niet rusten? Zo ja, met ingang van welke datum moeten de rentevorderingen in dat geval worden gefixeerd? Indien de vraag ontkennend wordt beantwoord: dienen de rentevorderingen dan zowel bij een positief als bij een negatief saldo van de nalatenschap op de uitdelingslijst te worden opgenomen (de derde vraag)? Indien deze alleen bij voldoende baten op de uitdelingslijst moeten worden geplaatst, zijn er algemene richtlijnen te geven wanneer sprake is van voldoende baten (rekening houdend met bijvoorbeeld oplopende rente en vereffeningskosten)?

2.2 Advocaat-generaal

A-G Wesseling-van Gent had in haar conclusie vóór de uitspraak van de Hoge Raad[3] de eerste vraag positief beantwoord: art. 128 Fw is langs de weg van art. 4:218 lid 5 BW ook van toepassing op de vereffening van nalatenschappen. Art. 128 Fw bepaalt dat de rente in faillissement weliswaar doorloopt, maar vanaf de dag van de faillietverklaring, vanwege het fixatiebeginsel, niet ter verificatie kan worden ingediend. Volgens art. 4:218 lid 5 BW vinden bij de berekening van ieders vordering, het opmaken van de uitdelingslijst en het verzet daartegen de dienaangaande in de Faillissementswet voorkomende voorschriften zoveel mogelijk overeenkomstige toepassing op de vereffening van de nalatenschap. De beantwoording van de eerste vraag door de advocaat-generaal was een voor de hand liggende. Immers, de Hoge Raad had zelf drie jaar geleden nog in een arrest[4] geoordeeld dat wat betreft het verzet tegen de uitdelingslijst de bewoordingen 'zoveel mogelijk' in art. 4:218 lid 5 BW erop wijzen dat overeenkomstige toepassing van de voorschriften van de Faillissementswet op de verzetsprocedure uitgangspunt en geen uitzondering is, en hetzelfde dus ook geldt voor de in art. 4:218 lid 5 BW genoemde berekening van ieders vordering en het opmaken van de uitdelingslijst. Een probleem bij de overeenkomstige toepassing van art. 128 Fw was wél dat in de

1 Zie HR 23 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:649.
2 Zie Rb. Noord-Holland 11 januari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:205.
3 Zie PHG 4 juni 2021, ECLI:NL:PHR:2021:556.
4 Zie HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2393.

faillissementsrechtelijke literatuur inmiddels discussie was ontstaan over de betekenis van art. 128 Fw in het licht van twee uitspraken van de Hoge Raad daarover.[5]

De beantwoording van de tweede vraag lag minder voor de hand. Volgens de advocaat-generaal diende bij de verificatie van rentevorderingen een onderscheid te worden gemaakt tussen de lichte en zware vereffening, of meer in het bijzonder tussen vereffeningen waarbij de verplichting bestaat om rekening en verantwoording en een uitdelingslijst neer te leggen zoals bedoeld in art. 4:218 BW en de vereffeningen waarbij die verplicht niet bestaat. Dat onderscheid komt er ruwweg op neer dat bij de vereffeningen waarbij een vereffenaar is benoemd door de rechtbank die verplichting wél geldt (art. 4:218 lid 1 BW), tenzij hij voor de afloop van de in art. 4:218 lid 1 BW alle hem bekend geworden schulden ten volle heeft voldaan, of de kantonrechter hem van deze neerlegging heeft vrijgesteld (art. 4:221 lid 2 BW). Bij vereffeningen op grond van beneficiaire aanvaarding geldt deze verplichting in beginsel niet, tenzij de kantonrechter anders bepaalt (art. 4:221 lid 1 BW). Volgens A-G Wesseling-van Gent zou art. 128 Fw wél van overeenkomstige toepassing moeten zijn indien de bedoelde verplichting op grond van art. 4:218 lid 1 BW wél bestaat, en in de andere gevallen niet. De ingangsdatum van de fixatie van de rentevorderingen – vergelijkbaar met de faillietverklaring – zou dan de datum van de benoeming van de vereffenaar door de rechtbank zijn, respectievelijk de datum van de beschikking van de kantonrechter waarin de kantonrechter heeft bepaald dat de verplichtingen van art. 4:218 BW op de erfgenamen/vereffenaars rusten. De derde vraag behoefde geen beantwoording.

2.3 De Hoge Raad – eerste vraag

Uit de afwijkende ('contraire') wijze van beantwoording van de prejudiciële vragen door de Hoge Raad blijkt dat de notaris hiervan kennis moet nemen om van de ontwikkeling van het recht op de hoogte te blijven. Deze beantwoording komt aan bod in *Notamail* 2021/228.[6]

Volgens de Hoge Raad behoort art. 128 Fw niet tot de voorschriften die op grond van art. 4:218 lid 5 BW bij de vereffening van overeenkomstige toepassing zijn. De Hoge Raad komt tot die conclusie omdat noch uit de tekst van art. 4:218 lid 4 en 5 BW, noch uit de parlementaire geschiedenis daarbij een aanwijzing valt te putten dat de wetgever met de verwijzing naar de Faillissementswet mede het oog heeft gehad op de in art. 128 Fw geregelde uitsluiting van na de faillietverklaring lopende rente of dat de wetgever de rechten van schuldeisers heeft willen fixeren op een eerder tijdstip dan dat van het opmaken van de uitdelingslijst. Dat argument overtuigt niet echt, omdat de parlementaire geschiedenis bij de vereffening van nalatenschap heel summier is, terwijl art. 4:218 lid 5 BW ruim geformuleerd is. Hoe dan ook: in plaats daarvan sluit de Hoge Raad aan bij de rangregeling van art. 480 Rv, zoals die ook gold onder het oude recht na de beneficiaire aanvaarding van een nalatenschap. De Hoge Raad licht die rangregeling, inclusief enkele wetswijzigingen (namelijk de toevoeging van de op art. 129 t/m 134 Fw geïnspireerde art. 483a t/m 483e Rv), toe en concludeert dat op grond van art. 490 Rv nog met rentevorderingen rekening dient te worden gehouden tot het moment van sluiten van het proces-verbaal van verdeling. De Hoge Raad licht helaas niet toe wat het equivalent is van het sluiten van het proces-verbaal van verdeling voor de vereffening van nalatenschappen. Dat zou bijvoorbeeld het definitief worden van de uitdelingslijst kunnen zijn, zoals bedoeld in art. 4:218 lid 3 BW.

De redenen dat de Hoge Raad niet art. 128 Fw, maar art. 490 Rv van (overeenkomstige) toepassing verklaart op de vereffening, heeft met drie aspecten van de vereffening te maken die verschillen van het faillissement. Ten eerste is bij het faillissement het saldo vrijwel nooit positief, terwijl bij de vereffening van nalatenschappen vaker ruimte zal bestaan om de boedel mede aan te wenden voor uitkeringen aan schuldeisers, waaronder rente, en (dan) dus ook in hun belang de schuldeisers zoveel als mogelijk worden voldaan uit de nalatenschap. Dit argument is niet zonder meer nuttig voor de praktijk, omdat de lastigste vereffeningen nu juist die zullen zijn waarin wél een tekort optreedt. Ten tweede kan volgens de Hoge Raad in het bijzondere geval dat een faillissement eindigt met een positief saldo, de rente die tijdens het faillissement ingevolge art. 128 Fw niet is geverifieerd alsnog aan schuldeisers ten goede komen in een vereffening op de voet van art. 2:23 e.v. BW of in een tweede faillissement, hetgeen, kort gezegd, minder goed voorstelbaar is dan wel minder praktisch is bij een vereffening van een nalatenschap. Ten derde kunnen na afloop van de vereffening de rentevorderingen ook worden verhaald op het overschot, en wil de Hoge Raad de erfgenamen die beneficiair hebben aanvaard, alsmede de legatarissen, daarmee niet lastig vallen. De Hoge Raad verwijst in dit verband alléén naar art. 4:184 lid 3 BW en art. 4:220 lid 3 BW, en niet naar art. 4:220 lid 2 BW. Volgens dat laatste artikel hebben schuldeisers van de nalatenschap die pas na het verbindend worden van een uitdelingslijst opkomen (onverminderd hun verhaal op de goederen van erfgenamen die met hun gehele vermogen aansprakelijk zijn, derhalve met name de erfgenamen die zuiver hebben aanvaard, art. 4:184 lid 2 onder a BW), alleen recht van verhaal op de alsdan nog onverkochte goederen en op het saldo der nalatenschap en worden zij daaruit voldaan naar gelang zij zich aanmelden. Ook dit argument overtuigt minder, omdat de vereffenaar dergelijke vorderingen ook zou kunnen afhandelen ná de vereffening.

Hoe dan ook, uit de beantwoording blijkt dat de rentevorderingen volgens de Hoge Raad vóórgaan op de legaten en quasi-legaten. Volgens de Hoge Raad mag de vereffenaar in dat kader – onder verwijzing naar art. 4:120 lid 1 BW, art. 4:211 BW en art. 4:220 lid 3 BW – de legaten vermin-

5 Zie nader J.W.A. Biemans, 'Overeenkomst, overlijden en vereffening van nalatenschappen', *TvI* 2020/41, par. 6.1 e.v.

6 Zie HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1272.

deren *'met het oog op de voorrang die bij de voldoening aan de andere schulden van de nalatenschap toekomt, ook geldt als het gaat om schulden uit rente.'* De Hoge Raad lijkt hiermee ook andere schulden van de nalatenschap die niet genoemd worden in art. 4:7 lid 1 BW op het oog te hebben, maar zeker is dat niet. Daaraan doet mijns inziens niet af dat volgens de Hoge Raad de tijdens de vereffening over een schuld van de erflater verschuldigd geworden rente eveneens is aan te merken als een schuld als bedoeld in art. 4:7 lid 1 onder a BW. Omdat rentevorderingen pas ontstaan op het moment van opeisbaar worden (vergelijk art. 3:9 lid 4 BW), kan strikt genomen niet gesproken worden van reeds bestaande vorderingen van de erflater die niet met zijn dood tenietgaan, indien die rentevorderingen nog moeten ontstaan tijdens de vereffening. De keuze van de Hoge Raad dat de vereffenaar legaten mag verminderen om de rentevorderingen te kunnen betalen, is logisch als eenmaal wordt aangenomen dat de vereffenaar die rentevorderingen anders ook zou kunnen betalen door na afloop van de vereffening de reeds betaalde legaten alsnog te verminderen.

2.4 De Hoge Raad – derde vraag

Omdat de Hoge Raad de eerste vraag negatief beantwoordt, komt de Hoge Raad niet toe aan de beantwoording van de tweede vraag, maar wel aan die van de derde vraag. De derde prejudiciële vraag luidt of de rentevorderingen zowel bij een positief als bij een negatief saldo van de nalatenschap op de uitdelingslijst dienen te worden opgenomen en of, indien deze alleen bij voldoende baten op de uitdelingslijst moeten worden geplaatst, algemene richtlijnen zijn te geven wanneer sprake is van voldoende baten (rekening houdend met bijvoorbeeld oplopende rente en vereffeningskosten).

Volgens de Hoge Raad behoeven vorderingen ter zake van na het openvallen van de nalatenschap lopende rente, evenals geldt voor andere vorderingen, slechts batig gerangschikt op de uitdelingslijst te worden opgenomen voor zover zij kunnen worden voldaan uit het na de vereffening resterende, uit de rekening en verantwoording blijkende, saldo van de nalatenschap. Deze rentevorderingen komen in aanmerking voor opneming op de uitdelingslijst, maar pas na de als boedelkosten aan te merken vereffeningskosten. Tot deze vereffeningskosten behoort het loon dat op de voet van art. 4:206 lid 3 BW vóór het opmaken van de uitdelingslijst door de kantonrechter wordt vastgesteld.

Deze beantwoording van de derde vraag heeft niet of nauwelijks een basis in de rechtsoverwegingen die aan de antwoorden vooraf gaan, en heeft daarom iets raadselachtigs. Uit het oordeel dat de rentevorderingen slechts 'batig gerangschikt' op de uitdelingslijst behoren te worden opgenomen voor zover zij kunnen worden voldaan uit het na de vereffening resterende, uit de rekening en verantwoording blijkende, saldo van de nalatenschap lijkt te volgen dat de rentevorderingen slechts worden betaald, indien de nalatenschap nog een positief saldo heeft, dus nadat de schulden van de nalatenschap zijn voldaan, met uitzondering van de legaten en quasi-legaten (zoals uit het voorgaande reeds bleek).

Zeker is dat echter niet. Het is ook denkbaar dat de Hoge Raad bedoelt dat de rentevorderingen worden betaald nadat de kosten van de vereffening zijn voldaan (zoals bedoeld in art. 4:7 lid 1 onder c BW; de als boedelkosten aan te merken vereffeningskosten) en dat de rentevorderingen dezelfde rangorde hebben als de vorderingen zoals bedoeld in art. 4:7 lid 1 onder a BW, waaruit zij ontstaan. In dat laatste geval bestaat het risico van misbruik. Het zal dan namelijk lonen voor erfgenamen die nog een vordering op de nalatenschap hebben, en die tevens vereffenaar zijn, om de vereffening zo lang mogelijk te rekken.[7] De rentevorderingen zullen namelijk oplopen en de nalatenschap (verder) uithollen. Pas nadat de rentevorderingen zijn voldaan, zal bijvoorbeeld vanwege de voorrang van art. 4:7 lid 2 BW de legitimaris worden betaald. Mede gelet hierop zou het aannemelijker zijn dat de rentevorderingen uit het overschot van de nalatenschap worden betaald, weliswaar vóór de legaten en quasi-legaten, maar ná de andere schulden van de nalatenschap. Die uitkomst roept echter de vraag op waarom de Hoge Raad de rentevorderingen schaart onder de vorderingen genoemd onder art. 4:7 lid 1 onder a BW. Dat is niet nodig, omdat de opsomming in art. 4:7 lid 1 BW niet limitatief is. Het is derhalve ook denkbaar dat niet in die lijst genoemde schulden behoren tot de schulden van de nalatenschap. Het is dan alleen nog de vraag wat de rangorde daarvan is. Het antwoord zou op zich dan simpel zijn: de legaten en quasi-legaten zijn wettelijk achtergesteld op grond van art. 4:7 lid 2 BW, en deze schulden worden derhalve daarvóór betaald, maar de niet in art. 4:7 lid 1 BW genoemde schulden nemen ten opzichte van de overige in art. 4:7 lid 1 BW genoemde schulden de laatste rang in.

Het oordeel van de Hoge Raad dat het loon van de vereffenaar dat op de voet van art. 4:206 lid 3 BW vóór het opmaken van de uitdelingslijst door de kantonrechter wordt vastgesteld, tot deze vereffeningskosten, is een welkome aanvulling op het oude art. 81 RO-arrest,[8] waarin deze vraag onbeantwoord bleef. Daarbij kan worden aangetekend dat het oordeel ook kon worden afgeleid uit het reeds genoemde arrest uit 2018.[9]

2.5 Afsluiting

De beantwoording van de prejudiciële vragen door de Hoge Raad, alsmede de onderbouwing van die beantwoording is voor velen als een verrassing gekomen. Mede daardoor zal de uitspraak ongetwijfeld nog meer vragen oproepen in de praktijk, en uiteindelijk tot nieuwe procedures leiden. Dat is

7 Dat is uiteraard niet de bedoeling, en misbruik van bevoegdheid kan onrechtmatig zijn. Indien een vereffening dat echter nodig heeft, zal deze vanzelfsprekend langer duren, hetgeen het oplopen van de rente tot gevolg zal hebben. Dat gevolg als zodanig is niet onrechtmatig, en dus mijns inziens ook geen reden om de vereffening gehaast af te ronden.

8 Zie HR 11 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:392 (art. 81 RO), in vervolg op: Hof 's-Hertogenbosch 17 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1803.

9 Zie HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2393.

te betreuren, omdat juist de beantwoording van prejudiciele vragen helderheid zou moeten bieden, en die helderheid nu maar ten dele is gegeven. Ook zet de beantwoording van de prejudiciële vragen de vergelijking met de faillissementsprocedure deels op losse schroeven, hetgeen op zichzelf ook tot meer onzekerheid zal leiden. De stevige verankering van de vereffeningsprocedure in de Faillissementswet in diverse bepalingen zoals art. 4:218 lid 5 BW en zoals gesanctioneerd in het arrest van 2018, bood namelijk houvast, en dat houvast is nu voor een deel verdwenen.

3. Diverse vereffeningsperikelen

Opvallend zijn twee uitspraken, in *Notamail* 2021/110 [10] en *Notamail* 2021/200,[11] waarin de Rechtbank Rotterdam heeft geoordeeld dat de kosten voor benoeming van een vereffenaar ten laste van de nalatenschap mogen komen.

In het eerste geval is de erflaatster, kort samengevat, overleden zonder achterlating van bekende erfgenamen. De rechtbank had de verzoekster al eerder tot bewindvoerder benoemd over de goederen van de erflaatster. Deze bewindvoerder verzoekt zichzelf tot vereffenaar te laten benoemen. Volgens de rechtbank zijn de kosten die een vereffenaar maakt voorafgaand aan de formele benoeming tot vereffenaar – in beginsel – geen vereffeningskosten en kunnen die (daarom) niet worden verhaald op de nalatenschap. Omdat geen erfgenamen bekend zijn, de nalatenschap onbeheerd is en verzoekster zich als enige over de nalatenschap heeft ontfermd, veroordeelt de rechtbank de nalatenschap in de kosten van deze procedure, zodat verzoekster langs die weg de kosten van het vereffeningsverzoek ten laste van de nalatenschap kan brengen. Volgens de rechtbank is het niet redelijk als verzoekster zelf deze kosten moet dragen. De rechtbank had deze kosten mijns inziens ook als 'pre-vereffeningskosten' kunnen aanmerken en op die grond ten laste van de nalatenschap kunnen brengen, zoals bepaald in de toelichting bij art. 4:209 BW in de *Handleiding erfrechtprocedures kantonrechter*.

De tweede uitspraak gaat om een vrijwel identiek geval. De rechtbank overweegt daar dat bij de beslissing nog meeweegt dat de nalatenschap voldoende toereikend is om deze kosten te dragen. De kosten van het verzoek omvatten het griffierecht en de 'daadwerkelijke advocaatkosten' van verzoeker ten behoeve van dit verzoek. De vereffenaar dient een en ander nog inzichtelijk te maken in de door de hem of haar af te leggen rekening en verantwoording. Uit de uitspraak lijkt te volgen dat de te vergoeden kosten hoger kunnen uitvallen dan de vijf pre-vereffeningskosten zoals bedoeld in de genoemde Handleiding.

Gelet op de privatieve bevoegdheid van een vereffenaar lag de uitkomst voor de hand in de uitspraken in *Notamail* 2021/122[12] en *Notamail* 2021/187[13] dat de benoemde vereffenaar de nalatenschap mag vereffenen zonder (medewerking van) een weigerachtige erfgenaam respectievelijk onbekende erfgenamen.

Ook interessant zijn de uitspraken waarin de werking van de vereffening naar voren komt, bijvoorbeeld in *Notamail* 2021/190[14]: de erfgenaam die langstlevende is en zuiver had aanvaard, wordt pas beschikkingsbevoegd na ontheffing van de vereffening (art. 4:202 lid 2 BW) vanwege de beneficiaire aanvaarding vanwege de twee minderjarige kinderen. De wettelijke verdeling is in een dergelijk geval niet van toepassing, omdat de langstlevende in dat geval buiten de vereffening was gebleven (art. 4:202 lid 3 BW). Bijzonder is dat de OBV van toepassing is en de kinderen nog minderjarig zijn; dat zal in de nabije toekomst zich niet meer voordoen. Voor mij blijft een vraag waarom de langstlevende met twee minderjarige kinderen graag beschikkingsbevoegd wil zijn. Immers, indien de vereffening van toepassing is, zijn de erfgenamen als vereffenaars gezamenlijk bevoegd, maar in een geval met een ouder zal die de rol van de kinderen als vereffenaars waarnemen en uit dien hoofde ook beschikkingsbevoegd zijn.

Bijzonder, en voor publicatie vatbaar op www.rechtspraak.nl, is *Notamail* 2021/205.[15] Daarin oordeelt de kantonrechter dat de erfgenamen-vereffenaars zijn machtiging (art. 4:211 lid 2 BW) niet nodig hebben om een onroerende zaak te verdelen die tot de beneficiair aanvaarde nalatenschap behoort. Volgens de erfgenamen-vereffenaars is de nalatenschap ruimschoots voldoende om alle schulden van de nalatenschap te voldoen en zijn zij de grootste (en vrijwel enige) schuldeisers van de nalatenschap. Gelet op de feiten is die uitkomst goed verdedigbaar, maar het principiële oordeel dat daaraan ten grondslag ligt, is dat mijns inziens niet.

In lijn met het standpunt van de commissie Erfrecht[16] – maar in mijn ogen onjuist – is de uitspraak in *Notamail* 2021/231[17] dat de executeur bevoegd bleef na beneficiaire aanvaarding ondanks overlegatering. De gedachte is dat de executeur niet verhinderd moet worden om zijn taak uit te voeren indien het slechts om legaten zou gaan, die verminderd kunnen worden. Hoewel legaten kunnen worden verminderd, blijven zij daardoor wel als schulden bestaan en kan de nalatenschap in ieder geval niet langer meer 'ruimschoots toereikend' zijn om de schulden van de nalatenschap te voldoen, zoals bedoeld in art. 4:202 lid 1 BW.

10 Zie Rb. Rotterdam 22 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:3534.
11 Zie Rb. Rotterdam 2 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7547.
12 Zie Rb. Gelderland 1 april 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:1688.
13 Zie Rb. Noord-Holland 17 mei 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:5585.
14 Zie Rb. Gelderland 28 juli 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:4074.
15 Zie Rb. Den Haag 12 mei 2021, nr. 9130508 EJ VERZ 21-82879.
16 Zie *Eindverslag commissie Erfrecht KNB inzake Boek 4 BW* (Serie Ars notariatus 150), Deventer: Kluwer 2012.
17 Zie Rb. Rotterdam 4 december 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:11129.

4. Feedback-loop van procedures voor het notariaat over uiterste wilsbeschikkingen

Hiervoor schreef ik dat door procedures zichtbaar kan worden welke problemen zich kennelijk kunnen voordoen in de notariële praktijk bij – bijvoorbeeld – het opstellen van uiterste wilsbeschikkingen alsmede huwelijkse voorwaarden. Die uitspraken geven aldus de notaris feedback op zijn werk. Hieronder behandel ik een aantal voorbeelden daarvan die in de Notamail 2021 naar voren kwamen.

Ten eerste volgt uit *Notamail* 2021/60[18] en *Notamail* 2021/271[19] dat de schulden die ontstaan uit hoofde van huwelijkse voorwaarden bij het overlijden van een van de echtgenoten quasi-legaten kunnen zijn. Dat geldt niet alleen voor een 'gewone' verplichte uitkering (mede ter nakoming van een natuurlijke verbintenis tot verzorging!), maar ook voor de schuld uit hoofde van een finaal verrekenbeding. Het alternatief zou zijn dat dergelijke schulden onder art. 4:7 lid 1 onder a BW vallen. Gelet op het grote verschil in rangorde, dient de notaris daarover voor te lichten.

Uit *Notamail* 2021/127[20] leren wij dat alleen een ouder een testamentaire voogdijbenoeming kan doen.

Uit twee uitspraken blijkt dat de zogenaamde 'rechtersclausules' vooralsnog omstreden zijn en dat rechters daar verschillend mee omgaan. Ik noem de uitspraken in *Notamail* 2021/82[21] en *Notamail* 2021/91.[22] Volgens het Hof Amsterdam in de eerste uitspraak was de volgende clausule in strijd met het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen: *'Aan de executeur komt een beloning toe gelijk aan één procent (1%) van de waarde van mijn vermogen per de sterfdag. […] Op grond van bijzondere omstandigheden kan op verzoek van de executeur of een of meer van mijn erfgenamen voor bepaalde of onbepaalde tijd de hiervoor vermelde beloning anders worden geregeld. Ik bepaal dat dit verzoek aan de kantonrechter te Amsterdam zal moeten worden gericht, die zal beslissen in hoogste ressort.'* Volgens het Hof Den Haag was het volgende beding in het testament daarmee niet in strijd: *'Als mijn echtgenote onder curatele wordt gesteld of haar vermogen onder bewind wordt gesteld verzoek ik aan de (kanton)rechter naar aanleiding van een daartoe strekkend gezamenlijk verzoek van de gerechtigden tot de geldvorderingen, te bepalen dat deze geldvorderingen [inclusief rente] opeisbaar worden, voor zover door bedoelde uitkering de verzorging van mijn echtgenote niet in gevaar komt.'* Ik heb deze uitspraken besproken in *ftV*. Kort samengevat komt het erop neer dat een uiterste wilsbeschikking met een *testamentaire last* (art. 4:130 BW) in bepaalde mate het gedrag van erfgenamen moet kunnen sturen, waaronder (tot op zekere hoogte) in procesrechtelijk opzicht, en dat zulks niet in strijd zou moeten zijn met het gesloten stelsel van art. 4:42 lid 1 BW. Om niet in strijd te zijn met het gesloten stelsel van verzoekschriftprocedures, kan een rol zijn weggelegd voor het *gezamenlijk* verzoek van de erfgenamen tot het verkrijgen van een zogenaamde *welwillendheidbeslissing*.[23] Dat is een beslissing van de rechter die niet is gebaseerd op een wettelijke regeling, maar waarvan de grond wordt gevonden in de wilsovereenstemming tussen partijen (bijvoorbeeld neergelegd in overeenkomst of statuten). Het antwoord op de vraag of een dergelijk testamentair beding[24] inderdaad rechtsgeldig is, kan uiteraard alleen door de rechtspraak worden gegeven. De notaris zou aan de testateur de vraag moeten voorleggen wat de testamentaire bepaling daadwerkelijk toevoegt ten opzichte van de bestaande mogelijkheden voor personen om te procederen, en – nog belangrijker – of het inderdaad de wens van de testateur is om zijn erfgenamen op het pad naar de rechter te sturen.

5. Partners en de soms onverbiddelijke uitleg van testamenten

De uitleg van testamenten is soms onverbiddelijk. Zo valt in *Notamail* 2021/62[25] te lezen over de man (M) die vóór 2018 een geregistreerd partnerschap was aangegaan met zijn nieuwe partner (V) zonder partnerschapsvoorwaarden, waardoor een algehele gemeenschap van goederen bestond. Na zijn overlijden bleek dat hij eerder, kort na zijn echtscheiding, een testament had opgesteld waarin hij zijn kinderen uit zijn eerste huwelijk had benoemd tot enige erfgenamen. Volgens V heeft zij recht op de gehele nalatenschap, omdat M dat altijd zo wilde. De rechtbank gaat daar niet in mee en legt het testament uit. Volgens de rechtbank wilde M niet dat zijn ex-echtgenote de zeggenschap over zijn vermogen zou krijgen, maar was daarvoor niet nodig dat hij (na de echtscheiding) zijn kinderen als erfgenamen zou aanwijzen. Het is daarom niet uitgesloten dat M met zijn testament ook in de toekomst een wettelijke verdeling ten gunste van een eventuele toekomstige partner en ten nadele van zijn kinderen wilde voorkomen. Omdat de bedoeling op het moment van het maken van het testament doorslaggevend is, kan geen andere uitleg aan het testament worden gegeven dan deze. V verliest hierdoor een van de nalatenschappen van haar ouders die in de algehele gemeenschap van goederen is gevallen en moet die afstaan aan haar stiefkinderen. Een uitsluitingsclausule, een ander testament of partnerschapsvoorwaarden hadden dit kunnen voorkomen.

Andere gevallen waarin partners van de erflater het ondersplit delfden zijn de uitspraken genoemd in *Notamail*

18 Zie Hof Den Haag 2 maart 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:553.
19 Zie Rb. Gelderland 3 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5835.
20 Zie Rb. Noord-Nederland 26 mei 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:1972.
21 Zie Hof Amsterdam 9 maart 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:696.
22 Zie Hof Den Haag 20 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:549.
23 Vgl. ook de mogelijkheid voor partijen om zich in dagvaardingsprocedures (in zaken die slechts rechtsgevolgen betreffen die ter vrije bepaling van partijen staan) gezamenlijk tot een kantonrechter van hun keuze te wenden en zijn beslissing in te roepen (art. 96 lid 1 Rv).
24 Namelijk, een last opgelegd aan de betrokken partijen (erfgenamen, legatarissen en/of executeurs) tot het indienen van een gezamenlijke verzoek om een welwillendheidsbeslissing aan de rechter te ontlokken.
25 Zie Rb. Den Haag 17 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1204.

2021/169[26] en *Notamail* 2021/212[27]: een mantelzorgende echtgenote (vgl. ook art. 4:60 onder b BW) kan op grond van art. 4:59 BW geen rechten ontlenen aan een langstlevende-testament en een samenwonende partner kan geen rechten ontlenen aan een concepttestament. Uit die laatste uitspraak blijkt hoe formalistisch het erfrecht kan zijn, ook al was de uitkomst in dat geval niet onbegrijpelijk. In *Notamail* 2021/251[28] liep het beter af voor de partner. Het hof 's-Hertogenbosch diende te oordelen over een clausule waarin de erflater zijn vriendin *'met wie ik vanaf heden een gemeenschappelijke huishouding voer en met wie ik […] een notarieel samenlevingscontract ben aangegaan'* had benoemd tot zijn enige erfgenaam. *'Alle beschikkingen ten behoeve van mijn partner […] zijn gemaakt onder de voorwaarde dat onze samenwoning door mijn of zijn overlijden is geëindigd […] terwijl de samenwoning met mijn partner als beëindigd geldt indien: – mijn partner en ik in de gemeentelijke basisadministratie niet langer op hetzelfde adres staan ingeschreven […].'* Omdat de erflater en zijn vriendin niet hadden samengewoond, vond het hof de clausule over inschrijving op hetzelfde woonadres niet relevant.

6. Feedback-loops aan de hand van uitleg van testamenten

Andere bijzondere gevallen van uitleg zijn te vinden in diverse Notamails. In *Notamail* 2021/67[29] kwam een gift niet in mindering op het legaat ter grootte van de legitieme, waarbij het onder andere gaat om de uitleg van het begrip 'legitieme portie' ('wettelijk minimumerfdeel') in het testament (volgens de rechtbank is kennelijk bedoeld het breukdeel van de legitimaire massa waarop zij als kind aanspraak kan maken (art. 4:64 lid 1 BW) zonder dat hierop eventuele giften in mindering worden gebracht). In *Notamail* 2021/134[30] gaat het om een vergelijkbaar begrip dat moeilijkheden geeft: een geschil over de omvang van het erfdeel door het begrip 'wettelijk erfdeel' in het testament, waarmee volgens de rechtbank de legitieme portie is bedoeld (en niet een echt erfdeel). In *Notamail* 2021/154[31] gaat het over een legaat van een woning tegen inbreng van de WOZ-waarde dat tot uitleg van testament leidt. De erflater had gemeend dat de WOZ-waarde aanzienlijk lager zou uitvallen dan de waarde in het economische verkeer, hetgeen niet het geval blijkt te zijn. Het leidt tot bijstelling van de erfdelen door de rechtbank. In *Notamail* 2021/258[32] vallen volgens het hof de onroerende zaken die deels gebruikt werden in een onderneming (eenmanszaak) niet onder het legaat op grond van uitleg. In *Notamail* 2021/266[33] waren volgens het hof opeisbaarheidsclausules in een testament inzake curatele en beschermingsbewind materieel van toepassing in een geval waarin een levenstestament in werking treedt. Dat levenstestament had tot doel curatele en bewind te voorkomen, en zag op dezelfde situatie, namelijk dat de stiefmoeder tijdelijk of duurzaam niet in staat is ten volle haar vermogensrechtelijke belangen behoorlijk waar te nemen vanwege haar lichamelijke of geestelijke toestand. De rechters gaan in deze gevallen steeds welwillend om met de uiterste wilsbeschikkingen, maar het is natuurlijk beter om uitlegperikelen zoveel mogelijk te voorkomen. Met name het begrip 'wettelijk erfdeel' (of 'legitieme portie') behoeft kennelijk duiding, hetgeen niet mag verbazen.

Over de auteur

Prof. mr. J.W.A. Biemans

Hoogleraar Burgelrijk recht, i.h.b. Goederenrecht en Notarieel recht, en raadsheerplaatsvervanger Hof Arnhem-Leeuwarden.

26 Zie Rb. Gelderland 30 juni 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3269.
27 Zie Rb. Amsterdam 11 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4140.
28 Zie Hof Den Bosch 13 juli 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2186.
29 Zie Rb. Gelderland 24 februari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:916.
30 Zie Rb. Amsterdam 21 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2313.
31 Zie Rb. Den Haag 10 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:4915.
32 Zie Hof Amsterdam 14 september 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2944.
33 Zie Hof Amsterdam 26 oktober 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3313.