

Onder redactie van:

Prof. mr. dr. B.M.E.M. Schols
Prof. mr. dr. F.W.J.M. Schols
Mr. drs. R. van Dijken
Mr. J.Th.M. Diks
Mr. dr. G.T.J. Hoff
Prof. mr. dr. J.W.A. Rheinfeld
Mr. M.J.P. Schipper
Mr. E.C.E. Schnackers
Mr. B.W.J. Theunissen

AdvoTip

Erfrecht voor de advocaat

Afl. 2024-5

13 maart 2024

***Außer Betracht*-denken:**

een soort van MINDF*CK in het erfrecht?

Soms glipt er wel eens een exotisch visje door de sleepnetten van de selecteurs van de uitsprakendatabank van rechtspraak.nl, een onuitputtelijke bron van erfrechtelijke verhalen van bijzondere snit. Dat was bijna gebeurd met het vonnis van de rechtbank Noord-Holland van 5 april 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:3629, dat pas op 22 november 2023 is gepubliceerd. Het is mijns inziens een opmerkelijk vonnis, omdat als verklaring voor de uitkomst van het geding op een voor de buitenwereld onzichtbare wijze bepaalde modaliteiten van een erfrechtelijke verkrijging – oneerbiedig gezegd – weggemoffeld of genegeerd zijn. Iets wat er onmiskenbaar is, is er in de visie van de rechtbank kennelijk toch niet. Oftewel, een soort van MINDF*CK of wegdenk-techniek is gehanteerd en kennis van die techniek is nodig om dit vonnis überhaupt te kunnen begrijpen en in het systeem van Boek 4 BW te kunnen plaatsen. Wat was er aan de hand?

Een in 2022 overleden erflater laat zijn partner en minderjarige zoon achter. De erflater heeft met een tweetrapsmaking zijn partner (een ander dan de moeder van zijn zoon) benoemd tot erfgenaam onder ontbindende voorwaarde (de bezwaarde) en zijn zoon en de zus van erflater tot erfgenamen onder opschortende voorwaarde (de verwachters), en wel met een erfdeel ter grootte van respectievelijk drie vierde en een vierde (van het overschot welteverstaan). Voor de verhouding tussen de bezwaarde en de verwachters gelden blijkens het vonnis onder meer de volgende testamentaire bepalingen. De bezwaarde is onvoorwaardelijk bevoegd om het tweetrapsvermogen te vervreemden en te verteren en mag daaruit ook schenkingen doen. Aan die bevoegdheden van de bezwaarde is in het testament op geen enkele wijze paal en perk gesteld. Uit het vonnis blijkt niet dat de niet-opeisbaarheidsclausule van artikel 4:82 BW in het testament is opgenomen. Op grond van deze clausule kan aan een uiterste wilsbeschikking de voorwaarde worden verbonden dat de geldvordering van een legitimaris uit hoofde van de legitieme portie eerst opeisbaar is na het overlijden van de partner (waarmee de erflater een gemeenschappelijke huishouding voert en een notarieel verleden samenlevingscontract is aangegaan). Die niet-opeisbaarheidsclausule werd in dit geval kennelijk niet nodig geacht, of is over het hoofd gezien.

De partner van erflater heeft de nalatenschap zuiver aanvaard. De wettelijk vertegenwoordiger van de minderjarige heeft geen keuze uitgebracht voor verwerping van de nalatenschap (waarvoor de voorafgaande machtiging van de kantonrechter nodig zou zijn geweest) dan wel beneficiaire aanvaarding, maar door tijdsverloop wordt de minderjarige geacht de nalatenschap beneficiair aanvaard te hebben (art. 4:193 BW). De wettelijk vertegenwoordiger van de minderjarige heeft evenwel te kennen gegeven niet in

‘de onterving’ te berusten en heeft namens de minderjarige een beroep gedaan op zijn legitieme portie.

Onterving van de minderjarige zoon?

Een centrale stelling van de minderjarige in de procedure is dat hij zou zijn onterfd. Dat de minderjarige het gevoel heeft onterfd te zijn door zijn vader, valt goed te begrijpen. Het vonnis vermeldt weliswaar geen bijzonderheden over de omvang en samenstelling van de nalatenschap en de leeftijd van de partner, maar het zou zomaar kunnen dat de minderjarige mettertijd achter het net vist als de partner daadwerkelijk als God in Frankrijk van het tweetrapsvermogen leeft en aan het einde van haar levensrit niets resteert. Juridisch-technisch bezien liggen de zaken er echter wezenlijk anders voor. De minderjarige is niet onterfd in het testament. Hij is meteen erfgenaam, zij het onder een opschortende voorwaarde dat de minderjarige het moment waarop het recht van de bezwaarde eindigt – in dit geval het overlijden van de partner – overleeft. Zie hiervoor het sjabloon van de tweetrapsmaking van artikel 4:141 BW en Hoge Raad 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046 (*Rabobank/Reuser*), in welk arrest ten aanzien van het in artikel 3:92 BW geregelde eigendomsvoorbehoud is uitgemaakt dat:

‘de uitgroei tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht uitsluitend nog afhankelijk is van de vervulling van de opschortende voorwaarde (...). Zolang de voorwaarde niet is vervuld, zijn zowel de vervreemder als de verkrijger voorwaardelijk eigenaar, de vervreemder onder ontbindende voorwaarde en de verkrijger onder opschortende voorwaarde, en is hun beider beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van de desbetreffende zaken dienovereenkomstig beperkt.’

Op gelijke wijze zou mijns inziens naar de tweetrapsmaking gekeken moeten worden. De rechtbank wijst dan ook de stelling af dat de zoon in het testament onterfd zou zijn:

‘Een erflater bepaalt in zijn testament wie de erfgenamen zijn. Iemand die is onterfd, is geen erfgenaam en deelt niet mee in de erfenis, ook niet op een later moment. Wel heeft een onterfd kind recht op een legitieme portie, zijnde het wettelijk recht op een deel van de erfenis dat een kind minimaal heeft. In dit geval heeft erflater in zijn testament bepaald – door hierin een tweetrapsmaking op te nemen – dat zijn erfgenamen de nalatenschap verkrijgen onder bepaalde voorwaarden. Daarbij is in eerste instantie [de partner] als partner van erflater erfgenaam geworden onder ontbindende voorwaarde (hier: haar overlijden). Door de vervulling van die ontbindende voorwaarde worden [de minderjarige] en de zus van erflater als verwachters erfgenaam van erflater en wel voor de erfdelen zoals in het testament onder de tweetrapsmaking partner genoemd: drie/vierde gedeelte voor [de minderjarige] en een/vierde gedeelte voor de zus van erflater. [de minderjarige] en de zus van erflater zijn de “opvolgende erfgenamen” die na het overlijden van [de partner] alsnog erven van erflater. [de minderjarige] was al die tijd dus al erfgenaam, echter onder opschortende voorwaarde van het overlijden van de “eerste” erfgenaam. Uit het feit dat [de minderjarige] op dit moment geen erfbelasting is verschuldigd kan op zichzelf niet worden afgeleid dat hij geen erfgenaam is. Het verweer van [de partner] slaagt op dit punt.’

Misschien ben ik iets te veel een punaisepoetser, maar het taalgebruik van de rechtbank is niet helemaal zuiver. De legitieme portie ziet niet op een deel van de erfenis, maar geeft aanspraak op een deel van de waarde van het vermogen van de erflater (vgl. art. 4:63 lid 1 BW). De legitimaris is juist ‘uitgeboedeld’. Ook is niet juist dat de verwachter na de vervulling van de voorwaarde ‘alsnog’ erft van de erflater. De verwachter is van

aanvang af erfgenaam, zij het onder een opschortende voorwaarde. De rechtbank onderkent dat intussen wel met de woorden 'was al die tijd (...) al erfgenaam'.

Aanvullend beroep op de legitieme portie?

Het voorgaande betekent dat de minderjarige in het testament niet onterfd is. De minderjarige heeft de nalatenschap ook niet verworpen wegens de inferioriteit van het erfgenaamschap onder een voorwaarde (vgl. art. 4:72 onder a BW) met een gelijktijdig beroep op de legitieme portie (vgl. art. 4:63 lid 3 BW), oftewel de verwerpingslegitieme. De minderjarige zou in dit geval slechts een beroep kunnen toekomen op de aanvullende legitieme. Hij meent in het testament van zijn vader minder te hebben gekregen dan zijn legitieme portie. Het beroep daarop wordt door de rechtbank afgewezen met een motivering die niet door eenieder aanstonds te begrijpen valt.

'Naast het erfgenaamschap resteert een aanvullend beroep op de legitieme portie. Op de legitieme portie van [de minderjarige] komt echter op grond van artikel 4:71 BW in aftrek de waarde van al hetgeen [de minderjarige] krachtens erfrecht verkrijgt (imputatie). Het breukdeel van [de minderjarige] als erfgenaam is drie/vierde gedeelte. Dat is groter dan zijn legitieme portie, die de helft van de legitimaire massa bedraagt. In deze situatie leidt de imputatieregeling van artikel 4:71 BW ertoe, zoals [de partner] terecht aanvoert, dat niets resteert zodat de legitieme portie helemaal niet meer aan de orde komt. Daarbij merkt de rechtbank op dat onweersproken is dat door erflater geen giften zijn gedaan die hebben geleid tot een vermeerdering van de legitimaire massa waarover de legitieme portie wordt berekend. Ook overigens heeft de rechtbank in de stellingen van partijen geen concrete aanknopingspunten gevonden om aan te nemen dat legitieme portie een hogere waarde vertegenwoordigt dan wat [de minderjarige] als erfgenaam uit de nalatenschap verkrijgt.'

Ik meen dat de rechtbank hier appels met peren aan het vergelijken is. De legitieme portie van de minderjarige is gelijk aan de helft van de zichtbare nalatenschap (bij gebreke van giften die door de erflater zijn gedaan), waarbij de nalatenschapsgoederen waarin de legitieme portie wordt berekend per overlijdensdatum moeten worden gewaardeerd (art. 4:65 jo. art. 4:6 BW). In dit geval heeft de minderjarige niet niets verkregen maar een zekere erfrechtelijke verkrijging (te weten het erfgenaamschap voor drie vierde deel, evenwel onder een opschortende voorwaarde en met ruime bevoegdheden voor de bezwaarde) is hem ten deel gevallen, waarvan de waarde op de legitieme portie in aftrek moet worden gebracht (de imputatieregeling van art. 4:71 BW). De rechtbank gaat er blijkens de hierboven aangehaalde passage van uit dat de waarde van die bijzondere, voorwaardelijke verkrijging gelijk is aan drie vierde deel van de zichtbare nalatenschap. De rechtbank redeneert *tout court*: aangezien de legitieme portie van de minderjarige – de helft – niet 'een hogere waarde vertegenwoordigt' dan drie vierde deel van de nalatenschap komt de legitimaris volgens de rechtbank niets tekort. Dat drie vierde meer is dan de helft klopt volgens Bartjens.

De rechtbank sluit – zonder dat dit op enigerlei wijze gemotiveerd of toegelicht wordt – de ogen voor het gegeven dat aan het voorwaardelijk erfgenaamschap van de minderjarige allerlei serieus te nemen waardedrukkende effecten zijn verbonden. Wat is de waarde in het economische verkeer van een erfgenaamschap als die waarde afhankelijk is van een mogelijk onbelemmerde spendeerdrijf van een jonge en levenslustige bezwaarde? Ik zou er als potentiële gegadigde niet veel voor over hebben. De rekenkundige vergelijking die de rechtbank maakt ter rechtvaardiging van de uitkomst van het geding is alleen maar kloppend te maken en te begrijpen als je van oordeel bent dat die waardedrukkende effecten weggedacht moeten worden. Maar de rechtbank zegt

niet dat zij *dat* doet en *waarom* zij dat doet. De rechtbank laat in het vonnis niet eens zien dat zij zich überhaupt bewust is van die waardedruk. Dat is een groot verschil met Victor Mids die op TV nog wel eens wil uitleggen hoe zijn willige slachtoffers met een MINDF*CK in het ootje zijn genomen en dan zit ik thuis voor de buis op het puntje van mijn stoel.

Bestaat er een grond in Boek 4 BW om die waardedrukkende effecten in dit geval weg te mogen denken? In dit verband wordt wel gesproken van *außer Betracht*-denken, een verschijnsel dat afkomstig is uit het Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). Bij het waarden van erfrechtelijke verkrijgingen worden volgens § 2307 BGB '*Beschränkungen und Beschwerden*' buiten beschouwing gelaten. (Terzijde: hierbij geldt overigens dat het BGB niet onze imputatieregeling van art. 4:71 BW kent en dat de erfrechtelijke verkrijging met beperkingen en bezwaren volgens Duits erfrecht straffeloos ingeruild kan worden voor het *Pflichtteil*, oftewel een volkomen andere regeling van de legitieme.) Of dient bij ons te gelden dat zonder een specifieke wettelijke grondslag de hoofdregel van artikel 4:63 lid 1 BW fier overeind blijft staan? Die hoofdregel houdt in dat de legitimaris zonder meer aanspraak kan maken op een deel van de waarde van de nalatenschap 'in weerswil van giften en uiterste wilsbeschikkingen van de erflater'. Op dat deel van de waarde kan een legitimaris dwingendrechtelijk aanspraak maken, zodat met het waardedrukkende effect van het voorwaardelijk erfgenaamschap van de verwachter met ruime bevoegdheden voor de bezwaarde – en dat is een niet weg te denken economische realiteit! – rekening moet worden gehouden. In deze zin Wouter Burgerhart in zijn proefschrift 'Waarde en Erfrecht' (diss. Radboud 2008, p. 200-202).

Sporen van außer Betracht-denken in Boek 4 BW

Het fenomeen van *außer Betracht*-denken is niet onbekend in Boek 4 BW. Te wijzen valt bijvoorbeeld op artikel 4:6 BW. De goederen van de nalatenschap worden gewaardeerd op het tijdstip onmiddellijk na het overlijden van de erflater, maar bij de waardering daarvan wordt geen rekening gehouden met het vruchtgebruik dat daarop krachtens afdeling 4.3.1 BW (in verband met de wilsrechten van de kinderen) of afdeling 4.3.2 BW (het verzorgingsvruchtgebruik ten behoeve van de langstlevende) kan komen te rusten. Deze bepaling lijkt mij overigens overbodig: als de peildatum voor de waardering van de goederen van de nalatenschap het overlijden is, dan behoeft uiteraard geen rekening gehouden te worden met vruchtgebruiken die eerst later worden gevestigd. Een duidelijker spoor van *außer Betracht*-denken is te vinden in artikel 4:76 BW. Bij de vaststelling van de waarde van hetgeen op de legitieme portie moet worden toegerekend, wordt met deze specifieke vruchtgebruiken van titel 3 van Boek 4 BW geen rekening gehouden. Een laatste spoor van *außer Betracht*-denken treffen we aan in artikel 4:75 lid 5 BW. Testamentair bewind heeft een waardedrukkend effect. Met dat effect wordt voor de toerekening op de legitieme portie alleen rekening gehouden bij een succesvolle betwisting van de in het testament voor het bewind opgegeven grond als vermeld in artikel 4:75 lid 2 BW, terwijl de legitimaris desalniettemin het bewind in stand laat.

Wie al deze sporen aanschouwt, zou daarin evenzovele uitingen kunnen lezen van een breder gedragen visie op *außer Betracht*-denken in Boek 4 BW. In deze zin ook Bernard Schols in zijn KNB-preadvies 'De legitieme portie driedimensionaal: abstract, concreet en fiscaal', p. 110-112. De rechtbank Noord-Holland is klaarblijkelijk – als gezegd: zonder dat men zich daar misschien van bewust is geweest – een vertolker van deze visie.

Tot besluit vermeld ik dat de Commissie Erfrecht van de KNB in haar evaluatie van Boek 4 BW reeds in 2010 heeft aangeraden voor deze bijzondere gevallen van toerekening een wettelijke regeling te treffen (*WPNR* 6866 (deel I), p. 889):

‘De commissie is van mening dat de ausser Betracht-benadering in bepaalde verhoudingen het meest recht doet aan de systematiek van de legitieme en daarenboven maatschappelijk het meest wenselijk is (een legitimarist krijgt anders gevoelsmatig dubbelop) en bepleit in art. 4:6 BW dan wel in art. 4:76 BW een regeling te formuleren die ertoe strekt dat een ten laste van de verkrijging van de legitimarist komend vruchtgebruikgeleed of een opschortende voorwaarde in de zin van art. 4:141 BW voor de waardering in het kader van de toerekening van art. 4:71 BW buiten beschouwing blijft. Wat de verhoudingen betreft waarbinnen dit plaats moet vinden doelt de commissie op het volgende. Indien een kind een niet opeisbare vordering heeft op basis van de wettelijke verdeling (4:13 BW) of een kind een niet opeisbare legitieme heeft op basis van art. 4:82 BW waarvan de nominale waarde even groot is of groter dan de legitieme doch de waarde in het economische verkeer (“contant waarde”) als gevolg van de uitgestelde opeisbaarheid lager is, dan is aanvullende inkorting niet mogelijk. Er zijn dan ook termen aanwezig om de ausser Betracht benadering toe te passen in de verhoudingen waarin art. 4:13 BW en art. 4:82 BW toegepast kan worden.’

Politiek Den Haag heeft het nog steeds te druk met zichzelf en met *unfinished business* van (dreigende) calamiteiten. Boek 4 BW heeft mijns inziens na ruim twintig jaar dringend een APK-beurt(je) nodig, zoals de commissie met betrekking tot een reeks van punten overtuigend heeft aangetoond (zie daarvoor ook *WPNR* 6867 (deel II)), maar dat heeft kennelijk geen prioriteit. Een gewijzigde wettelijke regeling voor de toerekening van verkrijgingen op de legitieme portie en de waardering daarvan kennen we intussen niet. Van een setting waarin – zoals bedoeld door de commissie – een kind een niet-opeisbare legitieme op de partner heeft op basis van artikel 4:82 BW, was in de aan de rechtbank Noord-Holland voorgelegde zaak kennelijk ook geen sprake. Aan de minderjarige zoon zal de uitkomst van het geding dan ook moeilijk uit te leggen zijn. Het erfrecht is al moeilijk genoeg. Het is daarom van belang dat rechterlijke uitspraken (goed) gemotiveerd worden en dat naar de denkrichting niet met bovennatuurlijke denkkraft gegist behoeft te worden. Dat discussieert in elk geval zoveel makkelijker.

Tot de volgende keer!

Mr. dr. G.T.J. Hoff
Hoff Advocaten



ScholsBurgerhartSchols

www.scholsburgerhartschols.nl

Boomjuridisch

Postbus 85576
2508 CG Den Haag

T (070) 330 70 33
E info@boomjuridisch.nl
I www.boomjuridisch.nl