

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

# AdvoTip

## Erfrecht voor de advocaat

Afl. 2022-19

23 november 2022

### Blunderende erfrechtbeoefenaren?

Beoefening van het erfrecht is een vak op zich. Dat vak verstaat men volledig of in het geheel niet. Tussenvormen zijn mijns inziens niet mogelijk. Men kan de beoefening van het erfrecht niet een beetje 'erbij' doen als advocaat of notaris. Niet voor niets vereist de VEAN (Vereniging Erfrecht Advocaten Nederland) dat men in het jaar voorafgaand aan de aanvraag van het aspirant-lidmaatschap minimaal 350 uur als advocaat werkzaam was op het gebied van het erfrecht. Wie kennisneemt van het programma van de leergang erfrecht van de AVDR of – recent aangekondigd! – van de Grotius specialisatieopleiding Erfrecht die in het voorjaar van 2023 van start gaat, kan alleen maar beamen dat het erfrecht een veelomvattend en gecompliceerd rechtsgebied is. Als *New Kid on the Block* op het terrein van het erfrecht spreek ik ook uit eigen ervaring. Het heeft mij zozegzegd 'bloed, zweet en tranen' gekost om (vrij naar Van Kooten en De Bie) als oudere jongere het erfrecht onder de knie te krijgen.

De titel van deze *AdvoTip* klinkt sommigen misschien (te) negatief in de oren. Zo is het in elk geval niet bedoeld. Ik ga ervan uit dat ware professionals beschikken over een *growth mindset* (in tegenstelling tot een *fixed mindset*). Professionals met een groeimentaliteit zien falen veeleer als een leerervaring en zij realiseren zich dat ze hun prestaties door studie en oefening (ofwel vallen en weer opstaan) kunnen verbeteren. Fouten maken overkomt ons allemaal weleens. Wie zonder zonden is, mag de eerste steen werpen. Tegen die achtergrond dient onderstaande weergave van twee uit het leven gegrepen kapitale fouten van onze vakbroeders en -zusters begrepen te worden.

#### *(i) Er is niet tijdig aanspraak gemaakt op de legitieme portie*

Aan het gerechtshof 's-Hertogenbosch is onlangs in hoger beroep het volgende geval voorgelegd. Vader overlijdt op 28 juni 2019 en laat twee kinderen achter. Bij testament heeft hij zijn dochter benoemd tot enig erfgenaam en executeur, zijn zoon heeft hij onterfd. Op 24 augustus 2019 stuurt de advocaat van de dochter een brief naar de advocaat van de onterfde zoon met de volgende inhoud:

#### *'Termijn uitlaten legitieme portie*

Als afstammeling van erflater heeft u op grond van de wet de mogelijkheid om aanspraak te maken op uw legitieme portie in de nalatenschap van erflater. U bent dit niet verplicht. De wettelijke vervaltermijn hiervan is 5 jaar na overlijden van erflater.

Cliënte wenst echter niet zo lang in onzekerheid te blijven. Artikel 4:85 van het Burgerlijk Wetboek biedt cliënte de mogelijkheid om u een redelijke termijn te stellen waarbinnen u zich dient uit te laten of u al dan niet aanspraak wenst te maken op uw legitieme portie.

Cliënte verzoekt u in dit kader *binnen 3 maanden na heden, aldus uiterlijk op 14 november 2019* te laten weten of u aanspraak maakt op uw legitieme portie, bij gebreke waarvan uw recht om aanspraak te maken op uw legitieme portie komt te vervallen.’

*Chapeau bas!* voor deze advocaat die op transparante wijze de kaarten op tafel heeft gelegd. Per e-mail van 10 september 2019 heeft de advocaat van de zoon als volgt daarop gereageerd:

*‘legitieme portie*

Alvorens cliënt hierover kan beslissen, dient uw cliënte in kaart te brengen wat de legitimaire massa is. Ik verzoek uw cliënte dan ook vriendelijk uiterlijk 1 oktober a.s. inzichtelijk te maken wat de legitimaire massa betreft.’

Op die e-mail wordt in eerste instantie niet gereageerd. Later meldt de advocaat van de dochter per e-mail van 2 januari 2020:

‘In mijn brief van 14 augustus 2019 heb ik uw cliënt overeenkomstig artikel 4:85 BW een redelijke termijn geboden waarbinnen hij aanspraak kon maken op zijn legitieme portie, bij gebreke waarvan zijn recht om aanspraak te maken op zijn legitieme portie is komen te vervallen. Per e-mail van 30 augustus 2019 heeft u de ontvangst van deze brief aan uw cliënt bevestigd.’

Daarop reageerde de advocaat van de onterfde zoon per kerende e-mail als volgt:

‘Hoe dan ook: er zijn nog heel wat onduidelijkheden waardoor cliënt niet direct een keus kon maken of hij wel of geen beroep wilde doen op de legitieme portie. Aangezien uw cliënte er blijkbaar op staat dat cliënt nu direct een keus maakt, bericht ik u bij deze dat cliënt aanspraak maakt op de legitieme portie.’

In geschil is vervolgens of met de driemaandstermijn *een ‘redelijke termijn’* door een belanghebbende is gesteld, als bedoeld in artikel 4:85 lid 1 BW. Het hof oordeelt bij arrest van 27 september 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:3275, dat de aan de onterfde zoon gestelde termijn van drie maanden om al dan niet aanspraak te maken op zijn legitieme portie een redelijke is, met alle daaraan verbonden gevolgen van het laten verlopen van een vervaltermijn:

‘In artikel 3:85 lid 1 BW is niet aangegeven wat een redelijke termijn is. Ook zijn in de wetsgeschiedenis bij dit artikel geen aanknopingspunten te vinden die kunnen worden gehanteerd bij het bepalen van de duur van de termijn. Dat betekent dat het hof met inachtneming van de specifieke feiten en omstandigheden van dit geval zal dienen te beoordelen of de gegeven termijn van drie maanden een redelijke is. Daarbij wordt voorop gesteld dat een termijn van drie maanden in het erfrecht een gebruikelijke termijn is, waarbij met name wordt gewezen op de artikelen 4:72 BW tot en met 4:75 BW waarin aan verschillende door de legitimaris te ondernemen acties een termijn van drie maanden wordt verbonden. Het hof onderschrijft ook het oordeel van de rechtbank dat een termijn van drie maanden in het algemeen ruim voldoende is om een keuze te maken omtrent het al dan niet aanspraak maken op de legitieme portie, met name ook omdat [appellant, de zoon] dit op een eenvoudige wijze en zonder enig (financieel of ander) risico had kunnen doen. [de zoon] heeft weliswaar aangevoerd dat dit oordeel van de rechtbank onjuist is, doch heeft in het geheel niet toegelicht welke negatieve gevolgen voor hem zouden kunnen intreden indien de legitieme – nadat [de zoon] daarop aanspraak zou hebben gemaakt – uiteindelijk nihil of negatief zou zijn.

Dat [de zoon] nog geen zicht had op de precieze omvang van de legitimaire massa is zonder nadere toelichting, die ontbreekt, op zichzelf geen reden om aan te nemen dat de gestelde termijn in dit geval te kort was. Dit geldt temeer nu [de zoon] werd bijgestaan door een advocaat en deze dus moet worden geacht op de hoogte te zijn geweest van de aard en strekking van de termijn en van de rechtsgevolgen die zijn verbonden aan het laten verstrijken daarvan. Daarover was [de zoon] in de brief van 14 augustus 2019 door de advocaat van [geïntimeerde, de dochter] overigens uitvoerig en correct geïnformeerd (...). Uit de stukken blijkt voorts dat [de zoon] niet geheel onwetend was ten aanzien van de vermogensbestanddelen van de nalatenschap en dat partijen daarover ook hebben gesproken. Andere omstandigheden die maken dat in dit geval een langere termijn zou moeten gelden, zijn niet gesteld. Het hof betreft bij dit oordeel dat [de dochter] al bij de termijnstelling heeft aangegeven wat haar belang is, te weten het beëindigen van de onzekerheid. Het met de vervaltermijn gediende belang om binnen een redelijke termijn tot afwikkeling van de nalatenschap te kunnen overgaan, vloeit overigens ook rechtstreeks voort uit de wet.'

Dat het laten verlopen van een vervaltermijn in de regel fataal is, is een les die bij eenieder ingeprent zou moeten zijn. Artikel 4:85 lid 1 BW knoopt voor een beroep op de legitieme portie onder meer aan bij een door een belanghebbende aan de legitimaris gestelde '*redelijke termijn*'. Dat het hof voor de invulling daarvan – in dit geval – aansluiting zoekt bij de termijn van drie maanden als vermeld in andere bepalingen over de legitieme is niet onbegrijpelijk (zie daarvoor art. 4:72 t/m 4:75 BW). Die termijn van drie maanden zal naar mijn oordeel niet onder alle omstandigheden redelijk zijn. Als dat zo is, dan zou de wetgever dat wel met zoveel woorden bepaald hebben en voor een vaste termijn gekozen hebben. In een situatie dat er geen *downside* is voor een onterfde legitimaris bij een beroep op de legitieme, en de erfgenaam ten laste van wie de legitieme komt kenbaar heeft gemaakt verlost te willen worden van onzekerheid over een beroep op de legitieme (en dus van een schuld) is een dergelijke termijn van drie maanden niet onredelijk. Dat kan anders liggen bij een tekortkomende legitimaris of een ontevreden legitimaris met een inferieure verkrijging.

Van opschorting van deze termijn van drie maanden, en wel omdat de advocaat van de onterfde zoon om informatie aan de erfgenaam heeft gevraagd, wil het hof niet weten:

'Tussen partijen is niet in geschil dat [de zoon] niet eerder dan op 2 januari 2020 expliciet aanspraak heeft gemaakt op zijn legitieme portie, terwijl de door [de dochter] gegeven termijn verstreek op 14 november 2019. Het verzoek om informatie zoals dat is geformuleerd in de e-mail van 10 september 2019 betreft geen "kennelijke" opschorting van deze termijn en evenmin kan daarin een bezwaar tegen de gestelde termijn worden gelezen, zo een opschorting of bezwaar al enig effect zou kunnen hebben. De termijn van artikel 4:85 lid 1 BW is immers een vervaltermijn, hetgeen betekent dat die, in tegenstelling tot verjaringstermijnen, in beginsel niet door schorsing of stuiting kan worden onderbroken. Dit geldt niet als bij wet anders is bepaald, hetgeen hier niet aan de orde is. Het voorgaande geldt ook voor een door een belanghebbende gegeven redelijke vervaltermijn, zoals hier aan de orde, met dien verstande dat verlenging van de termijn door de partij die hem heeft gesteld wel mogelijk is. Dat is echter niet gebeurd en overigens is een verzoek om verlenging van de termijn in de correspondentie niet te lezen. Het hof betreft bij dat oordeel dat de advocaat van [de zoon] heeft verzocht om de gegevens uiterlijk 1 oktober 2019 aan te leveren, waaruit het hof afleidt dat deze zich bewust was van – het doorlopen van – de termijn.'

Advocaten willen natuurlijk altijd meer weten, het liefst ook het naadje van de kous. Een vervaltermijn kan niet – zoals dat bij verjaring wel kan (art. 3:316 BW) – gestuit worden. Denkbaar is dat in reactie op een termijnstelling gevraagd wordt om een langere termijn als een gestelde termijn te kort en niet redelijk is. Daarvoor geldt wel: *it takes two to tango*. Komt men daar niet uit, dan is voorstelbaar dat op goede grond kan worden aangevoerd dat een gestelde termijn om al dan niet een beroep te doen op de legitieme portie onredelijk was. Zo heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch in een arrest van 20 juni 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1937, geoordeeld dat een termijn van dertig dagen om aan te geven of de onterfde legitimaris een beroep wil doen op de legitieme niet redelijk is:

‘Uit het voorgaande volgt dat [appellant, de erfgenaam] al kort na het overlijden van erflaatster op de hoogte was van het beroep van [geïntimeerde, onterfde kind] op haar legitieme portie. De omvang daarvan stond op dat moment voor [geïntimeerde] nog niet vast. [appellant] wist ook dat [geïntimeerde] verzocht om het doen van rekening en verantwoording. Het hof is van oordeel dat het op de weg van [appellant] had gelegen om [geïntimeerde] vervolgens van voldoende informatie te voorzien op basis waarvan zij kon beoordelen wat de omvang van haar legitieme portie was. Niet gebleken is dat [appellant] [geïntimeerde] toen van dergelijke informatie, bijvoorbeeld een boedelbeschrijving met onderliggende stukken, heeft voorzien. In plaats daarvan heeft [appellant] in zijn brief van 3 april 2012 aan [geïntimeerde] haar slechts een kopie toegezonden van het testament van erflaatster en een termijn van 30 dagen gesteld om kenbaar te maken of zij een beroep op haar legitieme portie wilde doen. Het hof is van oordeel dat deze door [appellant] gehanteerde termijn van 30 dagen in de gegeven omstandigheden niet redelijk is. Het had op de weg van [appellant] gelegen om [geïntimeerde] na haar verzoeken op 22 en 27 maart 2012 in elk geval te voorzien van een (deugdelijke) boedelbeschrijving, met name nu hij al voor het overlijden van erflaatster haar financiën deed en daarvan dus op de hoogte was. Hierbij is ook van belang dat de band tussen [geïntimeerde] en erflaatster niet hecht meer was en zij na haar overlijden afhankelijk was van de informatie waarover haar broer [appellant] beschikte.’

Omdat in dat geval geen nadere termijn aan het onterfde kind was gesteld om zich uit te laten over een beroep op de legitieme, heeft het onterfde kind uiteindelijk de maximale termijn van vijf jaar daarvoor kunnen benutten (art. 4:85 lid 1 BW).

Ook het beroep van de zoon op het noodventiel van de redelijkheid en billijkheid wordt door het hof van de hand gewezen.

‘Ten aanzien van het beroep op de redelijkheid en billijkheid overweegt het hof dat, nog daargelaten of artikel 6:2 BW van toepassing is nu [de zoon] pas schuldeiser wordt nádat hij de legitieme portie heeft opgeëist, [de zoon] niet met voldoende concrete feiten en omstandigheden heeft onderbouwd dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat aan hem de vervaltermijn wordt tegengeworpen. Het enkele feit dat een reactie van [de dochter] op zijn verzoek om informatie is uitgebleven, is daartoe onvoldoende. [de zoon] had op ieder moment van de gestelde drie maanden op eenvoudige wijze zijn aanspraak geldend kunnen maken.’

Een beroep op het verstreken zijn van een ‘redelijke’ vervaltermijn zal mijns inziens niet snel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Het ligt dan veeleer voor de hand dat de rechter aan de hand van de aangevoerde feiten en

omstandigheden tot de slotsom komt dat een gestelde termijn om een beroep te kunnen doen op de legitieme onredelijk was.

*(ii) Het vruchtgebruik op de te legateren certificaten van aandelen is niet rechtsgeldig tot stand gekomen*

Van een andere orde is het 'falen' van een advocaat die een enquêteverzoek bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam heeft ingediend ten behoeve van een vruchtgebruiker van certificaten van aandelen en van een notaris die de akte voor de vestiging van het vruchtgebruik had gepasseerd. Wat was het geval? Verzoekster in de enquêteprocedure is de weduwe (tweede echtgenote) van erflater. Erflater heeft bij testament uitsluitend zijn twee kinderen uit een eerder huwelijk tot erfgenamen benoemd. Aan de weduwe is in het testament het vruchtgebruik gelegateerd van de tot de nalatenschap behorende certificaten van aandelen in een houdstermaatschappij van een staalverwerkingsbedrijf in Moerdijk. Het gaat daarbij om 51,08% van de certificaten. De hoofdgerechtigdheid tot deze certificaten is in het testament gelegateerd aan twee kleinkinderen. Erflater heeft de weduwe benoemd tot executeur van zijn nalatenschap. De overige certificaten van aandelen (48,92%) werden reeds gehouden door de twee kinderen van erflater.

Relevant is verder ten eerste dat de erfgenamen de nalatenschap beneficiair hebben aanvaard. De schriftelijke verklaringen dateren van 8 en 11 juli 2016. Bij akte van 15 juli 2016 is bij de rechtbank van het sterfhuis de verklaring van beneficiaire aanvaarding afgelegd. Deze akte is nadien op 1 augustus 2016 in het boedelregister ingeschreven. Ten tweede: bij notariële akte van 28 juli 2016 is het vruchtgebruik gevestigd op de certificaten van aandelen. De executeur heeft de certificaten van aandelen geleverd aan de kleinkinderen en het recht van vruchtgebruik op deze certificaten van aandelen gevestigd ten behoeve van zichzelf.

De zaak gaat over een conflict tussen enerzijds de weduwe van de oprichter van het concern en anderzijds diens kinderen (de certificaathouders, het 48,02% kapitaalbelang). Over en weer worden verwijten gemaakt van onregelmatigheden, malversaties en belangenvermenging. De kinderen betwisten in de enquêteprocedure dat de weduwe ontvankelijk is in haar enquêteverzoek. De Ondernemingskamer gaat daarin mee en verklaart de weduwe in een beschikking van 7 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4282, niet-ontvankelijk in haar verzoek. De Ondernemingskamer geeft in haar beschikking een doorwrochte erfrechtelijke onderbouwing van haar oordeel waarvoor diepgaande kennis van Boek 4 BW vereist is. Ook de rechter wordt geacht de wet te kennen, maar die fictie is daarmee nog geen realiteit. De toonaangevende handboeken erfrecht zullen daarvoor ongetwijfeld geraadpleegd zijn aan het IJDock.

De Ondernemingskamer vangt de uitspraak aan met het oordeel dat indien certificaten van aandelen in vruchtgebruik zijn gegeven, de vruchtgebruiker een eigen economisch belang in de vennootschap heeft dat op één lijn gesteld kan worden met het belang van een certificaathouder. Deze vruchtgebruiker kan dan, als economisch rechthebbende op de certificaten, in beginsel de bescherming van het enquêterecht invoeren. Hoewel de vruchtgebruiker van (certificaten van) aandelen niet behoort tot de in artikel 2:346 lid 1 BW limitatief opgesomde (rechts)personen kan deze onder omstandigheden gelijk worden gesteld met de in die bepaling wel genoemde certificaathouders. Daarvoor is vereist dat de vruchtgebruiker een '*eigen economisch belang*' heeft én dat de drempelwaarden van artikel 2:346 lid 1 onder b BW worden gehaald. Zie ook *AdvoTip* 2020-12 ('Ondernemingskamer en geschillen over de erfenis (deel I)'). Om toegang te hebben tot het enquêterecht van Boek 2 BW worden aan het recht van vruchtgebruik op (certificaten van) aandelen geen verdere eisen gesteld (zoals het hebben van stem- of

vergaderrecht (art. 2:197 BW) of de bevoegdheid tot vervreemding of vertering (art. 3:215 BW)).

In dit geval – zo oordeelt de Ondernemingskamer vervolgens – is van vruchtgebruik van de certificaten van aandelen (nog) geen sprake. Volgens de Ondernemingskamer was de weduwe bij de notariële akte van 28 juli 2016 namelijk niet beschikkingsbevoegd om de vestigingshandeling van het recht van vruchtgebruik te verrichten. Ik laat de Ondernemingskamer aan het woord:

‘[C] en [D] hebben de nalatenschap op 15 juli 2016, en dus vóór de betwiste vestigingshandeling, beneficiair aanvaard. Dat de akte beneficiaire aanvaarding eerst op 1 augustus 2016 (dus na eerdergenoemde notariële akte van 28 juli 2016) in het boedelregister is ingeschreven doet daar, anders dan door [de weduwe] is betoogd, niet aan af. De inschrijving is geen constitutief vereiste voor beneficiaire aanvaarding. Uit de in de periode van 19 tot en met 21 juli 2016 gevoerde (...) e-mailcorrespondentie tussen [de notaris] en de partij-notaris van [C] en [D] blijkt bovendien dat de betrokken partijen al vóór 28 juli 2016 ook met de beneficiaire aanvaarding bekend waren. De ondertekende verklaring van [C] en [D] zijn ook op 25 juli 2016 aan [de notaris] toegestuurd. Ingevolge artikel 4:149 lid 1 onder d van het Burgerlijk Wetboek (BW) in verbinding met artikel 4:202 lid 1 onder a BW eindigt de taak van een executeur wanneer de nalatenschap moet worden vereffend omdat zij door één of meer erfgenamen onder voorrecht van boedelbeschrijving (beneficiair) is aanvaard. Dat is hier het geval. Dit brengt mee dat de taak van [de weduwe] als executeur is geëindigd en dat zij op 28 juli 2016 niet bevoegd was in rechte op te treden als executeur en de nalatenschap af te wikkelen.’

Opvallend is dat de Ondernemingskamer de nadruk legt op de sequentie van de gebeurtenissen: eerst nadát de nalatenschap op 15 juli 2016 beneficiair was aanvaard (en dat gebeurt door en met het afleggen van een daartoe strekkende verklaring ter griffie van de rechtbank van het sterfhuis (art. 4:191 lid 1 BW)) is het recht van vruchtgebruik pas bij akte van 28 juli 2016 gevestigd. Ook als die volgorde omgekeerd was, was mijns inziens het gevolg hetzelfde geweest. Artikel 4:190 lid 4 BW bepaalt immers dat een eenmaal gemaakte keuze – in dit geval beneficiaire aanvaarding (en de daaraan verbonden gevolgen) – terugwerkt tot het ogenblik van het opvallen der nalatenschap.

Wanneer zou de executeur – ondanks de beneficiaire aanvaarding van de nalatenschap door één of meer van de erfgenamen – dan wél beschikkingsbevoegd zijn geweest om het recht van vruchtgebruik te vestigen en wanneer is de executeur dat niet (meer)? Ook die vraag beantwoordt de Ondernemingskamer zoals echte kenners van het erfrecht dat ook zouden doen:

‘Alleen als er een tot voldoening van de opeisbare schulden en legaten bevoegde executeur is en deze kan aantonen dat de nalatenschap ruimschoots toereikend is om alle schulden van de nalatenschap te voldoen, blijft de executeur bevoegd en wordt de nalatenschap niet vereffend volgens het bepaalde in afdeling 4.6.3 BW (vgl. ECLI:NL:GHAMS:2018:1645). [de weduwe] heeft gesteld dat zij met het ondertekenen van de notariële akte op 28 juli 2016 impliciet een ruimschootsverklaring heeft afgelegd. Deze stelling faalt. Een ruimschootsverklaring is vormvrij en zou onder omstandigheden mogelijk impliciet kunnen worden gedaan, maar in dit geval is niet komen vast te staan dat [de weduwe] met het tekenen van de notariële akte op 28 juli 2016 heeft beoogd een dergelijke verklaring af te leggen. In de korte periode voorafgaand aan 28 juli 2016

is, blijkens de eerdergenoemde overgelegde e-mails, de vraag naar de gevolgen van de beneficiaire aanvaarding en de vraag of [de weduwe] een ruimschootsverklaring zou afgeven (en zo niet, dat dan [D] en [C] als vereffenaars de legaten zouden moeten afgeven) nadrukkelijk aan de orde geweest. Waarom [de weduwe] die verklaring, als zij die werkelijk had willen afgeven, niet expliciet heeft gegeven, is door haar onvoldoende toegelicht. Zoals [de weduwe] tijdens de mondelinge behandeling zelf heeft verklaard, was reeds vanaf het opstellen van de voorlopige boedelbeschrijving niet lang na het overlijden van [erflater] onduidelijk of de nalatenschap over voldoende baten beschikte om de schulden te kunnen voldoen en is deze situatie nadien niet gewijzigd; ook ter zitting was zij niet bereid om alsnog die verklaring af te leggen. [de weduwe] wist derhalve op 28 juli 2016 dat zij een dergelijke verklaring niet af zou kunnen leggen. (...) De stelling dat de ruimschootsverklaring op het moment van het vestigen van het vruchtgebruik stilzwijgend is afgelegd, kan ten slotte te minder slagen vanwege het (...) e-mailbericht van 1 november 2018 van [de notaris]. In deze e-mail schrijft [de notaris] dat tijdens een laatste bespreking is aangegeven dat [de weduwe] geen ruimschootsverklaring zal afgeven. Deze mededeling verdraagt zich niet met het standpunt dat een dergelijke verklaring op een eerder moment al (stilzwijgend) is afgelegd.'

Het is misschien een lang uitgevallen citaat, maar daaruit wordt duidelijk wanneer de executeur in het zadel (en dus beschikkingsbevoegd) blijft en wanneer deze door de vereffenaar uit het zadel wordt gestoten. De executeur kan legaten afgeven (art. 4:144 lid 1 BW), ook aan zichzelf. Het gaat hier om de voldoening van een schuld van de nalatenschap (art. 4:7 lid 1 onder h BW). De executeur vertegenwoordigt daarbij de erfgenamen (art. 4:145 lid 2 BW). Beneficiaire aanvaarding leidt in beginsel tot vereffening van de nalatenschap en tot vervanging van de executeur door de erfgenamen als vereffenaar. Dat lijkt evenwel uitzondering als er een tot voldoening van de opeisbare schulden en legaten bevoegde executeur is en deze kan aantonen dat de goederen van de nalatenschap ruimschoots toereikend zijn om alle schulden van de nalatenschap te voldoen (art. 4:202 lid 1 onder a BW). In dit geval was de executeur daartoe niet in staat. Het gevolg daarvan is dat het recht van vruchtgebruik niet door een beschikkingsbevoegde was gevestigd en dus niet rechtsgeldig tot stand was gekomen. Dat kan de notaris zich aanrekenen. De weduwe was daarmee geen vruchtgebruiker van certificaten van aandelen en niet-ontvankelijk in haar enquêteverzoek. Dat laatste had de betrokken advocaat kunnen en moeten signaleren.

Dat alsnog uitvoering aan het legaat kan worden gegeven – maar dan door de beschikkingsbevoegde erfgenamen als vereffenaar – brengt daarin volgens de Ondernemingskamer geen verandering. De Ondernemingskamer overweegt:

'De enkele aanspraak op het vruchtgebruik van de te legateren certificaten leidt niet tot een zodanige mate van zekerheid over [de weduwes] economische gerechtigdheid ten tijde van het indienen van het enquêteverzoek dat ervan uit moet worden gegaan dat haar positie op één lijn moet worden gesteld met die van een aandeelhouder of certificaathouder, omdat de legaten – en daarmee ook de reikwijdte van het vruchtgebruik – verminderd zullen worden bij een ontoereikende boedel. In hoeverre de legaten zullen worden verminderd, is nog onvoldoende duidelijk. Daarmee staat evenmin vast dat [de weduwe] te zijner tijd, na levering van het vruchtgebruik, als aan een aandeel- of certificaathouder gelijk te stellen kapitaalverschaffer aan de kapitaalseis zal voldoen.'

Is vermindering van een legaat van vruchtgebruik daadwerkelijk een sta-in-de weg voor de ontvankelijkheid van de vruchtgebruiker van certificaten van aandelen in een

enquêteprocedure? Vermindering van legaten is in elk geval een ingewikkeld erfrechtelijk leerstuk. De legataris is een postconcurrente schuldeiser en deze zal bij een ontoereikende nalatenschap in de rangorde van schuldeisers achteraan staan. Omdat het niet mogelijk is alle schulden van de nalatenschap volledig te voldoen, krijgt de legataris zagezegd een *haircut* (art. 4:120 lid 3 BW). Een legataris kan vermindering van het legaat voorkomen door het bedrag van de vermindering op te leggen (art. 4:122 lid 1 BW). Maakt de legataris van opleg geen gebruik, dan kan de waarde van het verminderde legaat uitgekeerd worden (art. 4:122 lid 2 BW). Om twee redenen zie ik mogelijk nog wel enige ruimte voor de weduwe om na rechtsgeldige vestiging van het recht van vruchtgebruik op de certificaten van aandelen alsnog ontvankelijk verklaard te worden in een nieuw enquêteverzoek. In de eerste plaats geldt dat vermindering van een legaat dat te beschouwen is als voldoening aan een natuurlijke verbintenis van de erflater pas ná de andere legaten voor vermindering in aanmerking komt (art. 4:120 lid 3 BW). Bij een echtgenoot mag men mijns inziens aannemen dat deze wilsbeschikking is gemaakt ter voldoening aan een natuurlijke verbintenis. In de tweede plaats geldt dat vanwege de vermindering van het legaat een hap(je) uit de waarde van het vruchtgebruik wordt genomen (denk daarbij aan de onverzadigbare pacman), maar dat bij een gezonde onderneming residuele waarde van het vruchtgebruik van certificaten van aandelen zal resteren. De kapitaalseis van artikel 2:346 lid 1 onder b BW (en dan doel ik op de eis van 10% van het geplaatste kapitaal bij niet-beursvennootschappen) ziet wel op de omvang van het kapitaalbelang, maar niet op de waarde daarvan. Begrijpelijk is dat de Ondernemingskamer bij gebrek aan nadere gegevens zich niet gewaagd heeft aan verdere bespiegelingen hierover.

Boek 4 BW is waarlijk een majestueus bouwwerk waaraan gedurende enkele decennia ongemeen knappe architecten hebben gewerkt. Het bouwwerk is veeleer te vergelijken met de *Sagrada Família* (en wel in meerdere opzichten, zoals de positie van de langstlevende en de legitieme portie voor de afstammelingen) dan met een gebouw dat in minimalistische bouwstijl is opgetrokken. Wie zonder voorbereiding of voorzien van een goede plattegrond of gids dit bouwwerk betreedt, doet dat op eigen risico. Hij of zij zal hopeloos verdwalen of in een van de vertrekken over de eigen benen struikelen en lelijk terecht komen. Wees daarom gewaarschuwd en bereid u zich goed voor als u zich professioneel met het erfrecht inlaat.

*Tot de volgende keer!*

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



ScholsBurgerhartSchols

[www.scholsburgerhartschols.nl](http://www.scholsburgerhartschols.nl)

**Boom**juridisch

Postbus 85576  
2508 CG Den Haag

T (070) 330 70 33  
E [info@boomjuridisch.nl](mailto:info@boomjuridisch.nl)  
I [www.boomjuridisch.nl](http://www.boomjuridisch.nl)