

ARTIKELEN VOOR JURIDISCH EN NOTARIEEL MEDEWERKERS



ARTIKELEN
FAMILIEVERMOGENSRECHT
ONDERNEMINGSRECHT
ONROEREND GOEDRECHT

VOORWOORD

In dit boekje leest u tien interessante artikelen over uitspraken van de afgelopen jaren. De onderwerpen lopen sterk uiteen en gaan dieper in op zowel het ondernemingsrecht, het onroerend goedrecht en het familievermogensrecht. Alle artikelen zijn geschreven door Frank Hoens.

Al vanaf 2000 biedt het Instituut na- en bijscholing van Notariële en Juridische Medewerkers (INM) op een praktische, efficiënte én vrolijke wijze modulair onderwijs. U kunt bij ons terecht voor zowel de opleiding tot INM-notarieel medewerker of Register Notarisklerk als relevante cursussen op het gebied van het familievermogensrecht, onroerend goedrecht en ondernemingsrecht. We leiden niet alleen op voor het notariaat. U bent ook bij ons op het juiste adres indien u op genoemde terreinen werkzaam bent bij de overheid, het bankbedrijf of de accountancy dan wel de fiscale wereld en u een goede basis wil leggen voor uw dagelijkse werkzaamheden waarop u terug kunt vallen en nieuwe stappen kunt zetten.

Topsport met een glimlach, dat is ons motto. Wij vinden namelijk dat leren leuk moet zijn! Daarom staat bij ons plezier centraal en dat merkt u terug in onze cursussen en modules. Én in deze artikelen. Soms geschreven met een knipoog, maar altijd bedoeld om u te inspireren.

INHOUD

1.	ERFSTELLING EN BEGUNSTIGING LEVENSVERZEKERING	07
2.	DE MUURSCHILDERING IN HET BURENRECHT. KENNELIJK GEEN BANKSY?	13
3.	OVERNAME VAN EEN ONDERNEMING, EN DE VERPLICHTINGEN UIT HOOFDE 'VAN' EEN V.O.F.	19
4.	HUWELIJK EN GEREgistREERD PARTNERSCHAP: AANTALLEN EN VERSCHILLEN IN THEORIE EN PRAKTIJK	25
5.	TESTAMENTAIR GENIETEN DOOR DE DOKTERSASSISTENTE	33
6.	EEN RECHT VAN EERSTE KOOP BIJ HET VOORNEMEN TOT VERVREEMDING	41
7.	ART. 1:88 BW EN DE Vernietiging DOOR DE EXECUTEUR	47
8.	EEN SAMENLEVINGSCONTRACT ALS (NIETIGE) GEVANGENISKETEN?	53
9.	DE WETTELIJKE VERDELING EN HET VERZWIJGEN VAN GOEDEREN	59
10.	AFSTAND VAN HET RECHT OP BIJZONDER PARTNERPENSIOEN	65



1. ERFSTELLING EN BEGUNSTIGING LEVENSVZERZEKERING

U weet als geen ander dat als niet bij uiterste wilsbeschikking is afgeweken, de volgorde in het versterferrecht wordt bepaald conform artikel 4:10 e.v. BW. Vertrekpunt is dan de familierechtelijke betrekking, oftewel een juridische afstammingsrelatie tussen de overledene en diens erfgenamen, artikel 4:10 lid 3 i.v.m. artikel 1:197 en artikel 1:3 lid 1 BW. Uitzondering op dit uitgangspunt is de langstlevende echtgenoot of geregistreerd partner. De ongehuwde en niet als partner geregistreerde (levens)partner ontbreekt in artikel 4:10 BW zodat voor de eventueel gewenste bescherming/bevoordeling dus een uiterste wilsbeschikking – al dan niet in combinatie met een samenlevingsovereenkomst – noodzakelijk is. Maar als ongehuwden elkaar daadwerkelijk erfrechtelijk (willen) bevoordelen, heeft de wetgever toch oog voor hen. Immers, dankzij artikel 4:82 BW kan een uiterste wilsbeschikking ten gunste van de ‘andere levensgezel’ worden ‘dichtgetimmerd’ tegen onwelgevallige aanspraken van legitimarissen.

Dit was ook gedaan in de casus die in dit artikel aan bod komt. De heer Y was twee keer gehuwd geweest, en die beide huwelijken zijn door echtscheiding geëindigd. Vervolgens ging hij in 2006 samenwonen met mevrouw X. Op dat tijdstip maakte hij een testament waarin hij haar, onder meer, tot enig erfgenaam benoemt. Bij vooroverlijden van mevrouw X erft het KWF. Aangezien Y ook kinderen had, was ook bepaald dat hun eventuele legitimaire vorderingen op mevrouw X niet-opeisbaar zijn zolang mevrouw X leeft. Ten overvloede maakt Y later een aanvullend testament waarin staat dat de benoeming van partner X tot enig erfgenaam:

“wordt gedaan om fiscale redenen en ter voldoening aan mijn *dringende verplichting* om mijn partner *goed verzorgd* achter te laten.” (Curs. red)

Tijdens zijn huwelijken, in 1996 en 1999, had Y een tweetal polissen van levensverzekeringen afgesloten. Een van de bevoegdheden van een verzekeringnemer, in casu dus Y, is om krachtens artikel 7:966 lid 1 aanhef en onder a BW:

“a. zichzelf of, al dan niet naast zichzelf, één of meer derden als *begunstigde aanwijzen*, hetzij als hoofdgerechtigde, hetzij als beperkt gerechtigde;” (Curs. red)

Die aanwijzing geschiedt in de vorm van een schriftelijke mededeling aan de verzekeraar. Een dergelijke aanwijzing van een begunstigde in een levensverzekering is dankzij elementen als 'eenzijdigheid' en 'werking bij dode' nauw verwant aan de uiterste wilsbeschikking van Boek 4. Maar het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen, artikel 4:42 lid 1 BW, betekent dat de begunstiging bij levensverzekering niet gedaan kan worden bij uiterste wilsbeschikking.

In onze casus had Y in polis I als begunstigten aangewezen: de verzekeringnemer, zijn echtgenote, zijn kinderen en zijn erfgenamen. In polis II waren dat achtereenvolgens: zijn weduwe, zijn kinderen en zijn erfgenamen. Beide polissen bevatten de toenmalige 'standaardbegunstigingen' en mevrouw X was toen 'nog niet in beeld'.

In 2013 overlijdt Y. Tussen mevrouw X en de kinderen van Y ontstaat een conflict over de vraag wie recht heeft op de uitkering uit de beide levensverzekeringen. Mevrouw X meent dat zij als enig erfgenaam rechthebbende is, de kinderen menen dat bij gebreke aan echtgenoot/weduwe zij aan bod zijn.

De verzekeringsmaatschappij weigert om de uitkeringen aan mevrouw X over te maken en onderbouwt dit met de leer van het zelfstandig recht. Over die leer meldt Salomons (Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons, *Verzekering*, 7-IX*, 2012/701) dat:

'Bij het overlijden van de verzekerde of het opeisbaar worden van de uitkering verkrijgt de herroepelijk aangewezen *derde-begunstigde* (die zijn aanwijzing aanvaardt) een eigen recht op de verzekerde uitkering, buiten het vermogen van de verzekeringnemer om.' (Curs. red)

Vertaald naar onze casus betekent dit dat nu een derde als begunstigde is aangewezen de uitkeringen uit de beide polissen niet tot de nalatenschap van Y behoren. Mevrouw X is het niet eens met de verzekeraar en wendt zich tot de rechter. De zaak belandt bij het Hof Amsterdam (9 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1751). Het hof oordeelt dat de zaak uiteindelijk een uitlegkwestie is: wat was de bedoeling van de erflater/verzekeringnemer? Het hof stelt dat verklaringen en gedragingen van ná de oorspronkelijke aanwijzing niet de basis kunnen zijn om te oordelen dat Y – destijds al – zijn partner X had willen begunstigen. Het hof meent dat omdat de tekst en daarmee de taalkundige uitleg van de begunstiging niet ter discussie staan, er in beginsel geen ruimte is voor uitleg in de zin die X voor ogen staat. Hof Amsterdam meent ook dat uit de testamentaire onterving van de kinderen niet blijkt dat Y de kinderen ook als begunstigten voor de levensverzekeringuitkering had willen uitsluiten.

Op dat moment lijkt de zaak slecht af te lopen voor mevrouw X. Maar gelukkig voor haar gaat het hof vervolgens in op de vraag of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid hulp kan bieden, art. 6:248 lid 2 BW:

"Een tussen partijen als *gevolg* van de overeenkomst geldende regel is *niet van toepassing*, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van *redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar* zou zijn." (Curs. red.)

Kortom, brengen redelijkheid en billijkheid met zich dat de kinderen geen rechten kunnen ontlenen aan de begunstiging in de polissen?

Mevrouw X meent dat uit het samenlevingscontract en de testamenten duidelijk blijkt dat Y haar (zoveel mogelijk) verzorgd wilde achterlaten. En omdat tot de nalatenschap de onverdeelde helft behoort van een woning die 'onder water' staat, is daarvoor noodzakelijk dat de uitkeringen uit de polissen aan haar toekomen.

Hoe ziet Hof Amsterdam een en ander? Het hof begint met een – terloopse – terechtwijzing van de notaris:

"3.10 In het licht hiervan [zijn verklaring, red] kan de niet wijziging van de begunstiging van [de kinderen] in een begunstiging van de erfgenamer/ [appellante] niet anders worden begrepen dan als een *omissie zijnerzijds*." (Curs. red)

Om te vervolgen met:

"[...] *Met de hiervoor genoemde feiten en omstandigheden stroken ook niet de stellingen van [de kinderen] dat de erflater ten tijde van zijn overlijden de bedoeling had om hun te bevoordelen en te vrijwaren voor de schulden van zijn nalatenschap* en dat hij met de instandhouding van de begunstiging jegens hen gehandeld heeft vanwege een zorgverplichting jegens hen, ook niet wegens beperkingen hunnerzijds. *Zeker niet nu niet vaststaat dat de erflater op de hoogte was van deze beperkingen*. De stellingen dat er sinds 1995 geen contact tussen de [heer Y] en [de kinderen] was en dat contact hunnerzijds werd afgehouden staan als zijnde niet betwist vast." (Curs. red)

En dus te concluderen dat:

“Uit het voorgaande volgt naar het oordeel van het hof dat [de kinderen] in de gegeven en hiervoor genoemde omstandigheden naar *maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen rechten kunnen ontlenen* aan de begunstiging en dat [appellante] als erfgename als opvolgend begunstigde heeft te gelden. [...]” (Curs. red)

De kinderen laten het hier niet bij zitten en gaan in cassatie bij de Hoge Raad (6 juli 2018, ECLI:HR:2018:1102). De Hoge Raad meent dat het bij de uitleg van de aanwijzing van de begunstigde bij een sommenverzekering inderdaad aankomt op de bedoeling van de verzekeringnemer ten tijde van de aanwijzing. Daarbij moet niet alleen op de schriftelijke aanwijzing zelf worden gelet, maar ook op eventuele (latere) verklaringen en gedragingen van de verzekeringnemer. De Hoge Raad volgt het oordeel van het hof dat uit de verklaringen van Y niet volgt dat hij bij de oorspronkelijke aanwijzing X ‘al’ als begunstigde had willen aanwijzen, maar dat daaruit wél de conclusie kan worden getrokken dat Y tot zijn overlijden de bedoeling had dat X de begunstigde zou zijn. Omdat Y in de veronderstelling verkeerde dat de uitkeringen aan X zouden toekomen, heeft volgens de Hoge Raad het hof het bij het goede eind met de conclusie dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de kinderen zich op de aanwijzing als begunstigden beroepen.

Tja, welke lessen vallen hieruit te trekken? De overweging van het Hof Amsterdam over de ‘omissie van de notaris’ geeft stof tot nadenken. De begunstiging in de polis van levensverzekering verdient de nodige notariële aandacht: stem waar nodig testament en levensverzekering op elkaar af en heb oog voor de mogelijkheid om een ‘verzekeringsbewind’ in te stellen, zie artikel 7:966 lid 1 aanhef en onder b BW:

“1 De verzekeringnemer kan door schriftelijke mededeling aan de verzekeraar:
b. het recht op uitkering onder bewind stellen;” (Curs. Red)

Verder is het goed om te weten dat net als bij uiterste wilsbeschikkingen, ook uitleg van begunstigingsclausules in levensverzekeringsspolissen is toegestaan. Voor de juiste uitlegmethode verwijzen wij de lezer graag naar Salomons (Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons, *Verzekering*, 7-IX* 2012/709) en naar Hoens, ‘De verbroken relatie en begunstiging krachtens levensverzekering van de ex-partner’, *TE*, 2009, nr. 6, p. 95-102.

PS redactie 2020:

Inmiddels heeft de Hoge Raad het oordeel van Hof Amsterdam bevestigd (ECLI:NL:HR:2018:1102).



2. DE MUURSCHILDING IN HET BURENRECHT. KENNELIJK GEEN BANKSY?

In dit artikel aandacht voor een vraagstuk uit het burenrecht met ‘Banksy-achtige’ elementen. Aanleiding is een arrest van de Hoge Raad (14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2303). Kort de casus: X en Y zijn burenen en de eigenaren van twee naast elkaar liggende percelen. Y (de verweerder in onze zaak) heeft in 2007 een muurschildering laten aanbrengen op een zijmuur van een schuur van X (de eisende partij). Die schuur ligt aan de achterkant van de woning van X. Het is kennelijk geen Banksy en X, de eigenaar van de schuur, wil dat buurman Y de muurschildering verwijdert. Als dat niet goedschiks gebeurt, spant hij een rechtszaak aan bij de rechtbank Zeeland-West-Brabant. X stelt dat door het zonder zijn toestemming plaatsen van het schilderwerk Y onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld. Het schilderij maakt inbreuk op zijn eigendomsrecht. Zijn schade, zo X, bestaat uit de kosten van het laten verwijderen van de muurschildering.

Voor we verder in de casus duiken, eerst weer wat bijbehorende theorie. Zoals u weet, is eigendom het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben, art. 5:1 lid 1 BW. Het tweede lid van dit artikel bepaalt dat het de eigenaar vrij staat:

“[...] met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak gebruik te maken, mits dit gebruik niet strijdt met rechten van anderen en de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen daarbij in acht worden genomen.” (Curs. red)

Helder, een eigenaar is vrij in de wijze van het gebruik, maar dat gebruik mag niet strijdig zijn met de rechten van anderen. De Groot (*GS Zakelijke rechten*, art. 5:1 BW, aant. 44) schrijft:

“[...] dat de eigendom niet alleen een relatie tussen een persoon en een zaak aanduidt, maar ook de verhoudingen tussen deze persoon en andere personen raakt. Enerzijds hebben zij de vrijheid van de eigenaar te respecteren en moeten zij hem ruimte laten zijn bevoegdheden uit te oefenen. Anderzijds zijn het hun rechten en vrijheden die de vrijheid

van de eigenaar begrenzen en die aanleiding geven tot het maken van wettelijke regelingen die de eigenaarsvrijheid beperken.” (Curs. red)

Opvallend is dat het in beginsel niet uitmaakt of het gebruik door de ander afbreuk doet aan de gebruiksmogelijkheden van de eigenaar, zo De Groot (*GS Zakelijke rechten*, art. 5:1 BW, aant. 45). Kortom, ‘schade’ is niet vereist om te voldoen aan het inbreukvereiste. Anderzijds kunnen de rechten die het gebruik door de eigenaar beperken ook weer zeer verschillend van aard zijn, zoals vruchtgebruik, huur maar ook erfdiensbaarheden, *Parl. Gesch. BW Boek 5*, p. 19.

In onze casus gaan de gedachten uit naar de bepalingen van het buretrecht van titel 4 Boek 5 BW. Staat daar iets in op grond waarvan buurman Y de muurschildering mag aanbrengen? Nee, een (expliciet) recht tot het aanbrengen van muurschilderingen op andermans eigendom kennen we niet in het buretrecht. Hetzelfde geldt voor ‘het dulden van het door een ander aangebrachte schilderwerk’.

Als we het voorgaande op ons laten inwerken, zou het welhaast logisch zijn als de Rechtbank Zeeland-West-Brabant de vordering van eigenaar X had toegewezen. Dat doet die rechtbank echter niet. Zij wijst de vordering af en eigenaar X gaat in beroep bij het Hof Den Bosch (3 oktober 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4697).

Het Hof Den Bosch begint met enkele – voor ons – voor de hand liggende inleidende opmerkingen:

“3.9 Voor zover [X] aanvoert dat met de op zijn muur aangebrachte verf inbreuk wordt gemaakt op zijn eigendomsrecht, is dat als zodanig niet onjuist. Eigendom is wel het meest omvattende recht dat een eigenaar op zijn zaak kan hebben, *maar niet absoluut of onbeperkt*. Ook een eigenaar moet rechten van anderen en wettelijke of krachtens *ongeschreven recht* geldende beperkingen respecteren [...]” (Curs. red)

En dan komt het:

“[...] Net als de rechtbank oordeelt het hof dat als [X] op grond van zijn eigendomsrecht *bevoegd mocht blijken op te treden* tegen de onrechtmatig door [Y] aangebrachte muurschildering, [X] die *bevoegdheid misbruikt*.” (Curs. red)

Daarmee belanden we, dankzij de schakelbepaling art. 3:15 BW, bij de algemene bepalingen van ons vermogensrecht. En dat een bevoegdheid kan worden misbruikt, blijkt uit art. 3:13 BW:

- “1. Degene aan wie een bevoegdheid toekomt, kan haar niet inroepen, voor zover hij haar *misbruikt*
2. Een bevoegdheid kan onder meer *worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden* of met een *ander doel* dan waarvoor zij is verleend of in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen
3. Uit de aard van een bevoegdheid kan voortvloeien dat zij niet kan worden misbruikt.” (Curs. red)

Indien en voor zover eigenaar X geen ander doel heeft dan buurman Y te schaden, of de verhouding tussen zijn belang bij handhaving van zijn eigendomsrecht en dat van Y ‘uit het lood staan’, kan sprake zijn van misbruik van bevoegdheid (voorheen ook wel aangeduid als misbruik van recht).

Het hof motiveert dit als volgt:

“Ondanks dat de rechtbank al terecht overwoog dat [X] *onvoldoende onderbouwt dát en welke schade hij lijdt door de vanaf zijn perceel niet zichtbare muurschildering*, herhaalt [X] in hoger beroep slechts dat de muurschildering een eventuele toekomstige verkoop van zijn perceel zal bemoeilijken en de waarde ervan negatief zal beïnvloeden.” (Curs. red)

En omdat X nalaat zijn standpunt te verduidelijken en te onderbouwen, stelt het Hof Den Bosch:

“Het voorgaande geldt nog temeer nu [Y] al van meet af aan ter betwisting aanvoert dat de voor de muurschildering aangebrachte coating *juist een muurverstevigend en waardevermeerderend effect* voor [X] heeft, terwijl bovendien de muurschildering vanaf het perceel van [X] niet zonder meer zichtbaar is.”

Ook het hof wijst de vordering van X dus af. Het zit X kennelijk (erg) hoog want hij gaat vervolgens (zelfs) in cassatie bij de Hoge Raad. Ook ons hoogste rechtscollege geeft hem geen

gelijk. Aangezien de klacht van X tegen de uitspraak van het hof niet tot cassatie leidt en ook niet noopt tot de beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, hoeft de Hoge Raad dit oordeel niet nader te motiveren, art. 81 RO.

Interessant is wel nog een passage uit de conclusie van plaatsvervangend procureur-generaal bij de Hoge Raad Langemeijer (26 oktober 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1230). Aan de orde komt de vraag of het verschil maakt of Y bewust inbreuk heeft gemaakt op het eigendomsrecht van X, dan wel of Y ter zake te goeder trouw was:

“Wanneer de inbreuk op het eigendomsrecht van een ander bewust is gemaakt, bestaat inderdaad *minder aanleiding* om een vordering tot het ongedaan maken van deze inbreuk *af te wijzen als onevenredig* in de zin van art. 3:13 BW dan wanneer dezelfde inbreuk onbewust (‘per ongeluk’) is gemaakt.” (Curs. red)

Maar volgens Langemeijer helpt ook dat X niet:

“Toch leidt dit gedeelte van de klacht m.i. niet tot cassatie. In de eerste plaats sluit art. 3:13 BW *niet bij voorbaat uit* dat een vordering tot handhaving van het eigendomsrecht wordt aangemerkt als onevenredig *hoewel de desbetreffende inbreuk bewust* heeft plaatsgevonden. In de tweede plaats zou van een *onbewuste* inbreuk sprake kunnen zijn indien een inbreukmaker weliswaar beseft wie de eigenaar van de zaak is (en wiens toestemming nodig is om de zaak te beschilderen), maar de inbreukmaker *gerechtvaardigd erop heeft vertrouwd dat de eigenaar instemde* met het aanbrengen van de schildering (art. 3:35 BW).” (Curs. red)

Het moge duidelijk zijn: (afhankelijk van de concrete omstandigheden) zal niet snel sprake zijn van een inbreuk op het eigendomsrecht als de ene buurman de ‘blinde muur’ van de andere beschildert. Toen de redactie de uitspraak las, kwam de gedachte op hoe X zou hebben gehandeld als buurman Y ‘Banksy’ had gevraagd om de muur te beschilderen. Niet uit te sluiten is dat X snel tot verkoop (en sloop) van de muur had besloten; de verkoopopbrengst van een ‘Banksy’ had dan alle eventueel opborrelende inbreuk/misbruik-sentimenten waarschijnlijk snel ‘gecompenseerd’. Oja, de kwestie of X in die situatie überhaupt bevoegd zou zijn om de muur met daarop het in opdracht van Y vervaardigde muurkunstwerk te verwijderen, laten we maar rusten.

PS redactie 2020:

Op 14 december 2018 verwerpt de Hoge Raad het tegen het oordeel ingestelde cassatieberoep (ECLI:NL:HR:2018:2303)



3. OVERNAME VAN EEN ONDERNEMING, EN DE VERPLICHTINGEN UIT HOOFDE ‘VAN’ EEN V.O.F.

In dit artikel aandacht voor het ondernemingsrecht. Als we onderscheid maken naar gelang de verschijningsvorm van een onderneming is een eerste hoofdverdeling die tussen de rechtspersonen van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) – denk aan de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid – en de contractuele samenwerkingsvormen zonder rechtspersoonlijkheid. De rechtspersoon staat wat het vermogensrecht betreft gelijk met een natuurlijk persoon, art. 2:5 BW (tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit), en is zelfstandig drager van rechten en verplichtingen. Dit laatste geldt niet voor de contractuele samenwerkingsvormen. Deze worden ook wel aangeduid als personenvennootschappen. We onderscheiden de maatschap, de vennootschap onder firma (v.o.f.), en de commanditaire vennootschap (c.v.).

De wettelijke basis van de maatschap staat in het Burgerlijk Wetboek, en wel in de negende titel van Boek 7a BW. De vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap vinden hun wettelijke grondslag in titel 3 van het Wetboek van Koophandel (WvK).

In dit artikel gaan we (daarbij mede geïnspireerd door hetgeen de redactie al bladerend tegenkwam in *GS Personenassociaties*) wat nader in op de personenvennootschap. Dat de maatschap een contractuele basis heeft, blijkt uit art. 7a:1655 BW:

“De maatschap is eene *overeenkomst*, waarbij twee of meerdere personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen, met het oogmerk om het daaruit ontstaande voordeel met elkander te deelen.” (Curs. red)

Dit geldt ook voor de v.o.f., want een v.o.f. is een bijzondere vorm van de maatschap, zo art. 16 WvK:

“De vennootschap onder eene firma is *de maatschap*, tot de uitoefening van een *bedrijf* onder eenen gemeenschappelijken naam aangegaan.” (Curs. red)

De maatschap is van oudsher bedoeld voor de uitoefening van een 'beroep', de v.o.f. is veeleer gereserveerd voor de uitoefening van een 'bedrijf'. Los van andere verschillen, springt vooral het onderscheid in aansprakelijkheidsregime bij maatschap en v.o.f. in het oog. Als de maat van een maatschap handelt, bindt hij in beginsel zichzelf als hij in eigen naam handelt. De mede-maten worden dan niet gebonden en zijn niet aansprakelijk voor de verplichting die handelende maat is aangegaan. Dit verandert als door de maat bevoegd namens een (openbare) maatschap wordt gehandeld, art. 7a:1680 BW:

"De vennoten kunnen door den schuldeischer, met wien zij gehandeld hebben, *aangesproken worden, ieder voor gelijke som en gelijk aandeel*, al ware het dat het aandeel in de maatschap van den eenen minder dan dat van den anderen bedroeg; ten zij, bij het aangaan der schuld, derzelver verpligting, om in evenredigheid van het aandeel in de maatschap van elk vennoot te dragen, uitdrukkelijk zij bepaald." Curs. red)

Kortom, als bevoegd en in naam van de maatschap is gehandeld, zijn de andere maten voor gelijke delen aansprakelijk. Is de prestatie niet deelbaar, dan zijn zij ieder voor het geheel aansprakelijk. Dit laatste is interessant omdat een maatschap vaak wordt aangegaan door personen die een vrij beroep uitoefenen, zoals een artsen, advocaten of notarissen. Bij deze vrije beroepsbeoefenaars komt er in de verhouding tussen maat en wederpartij veelal nog een extra element bij omdat de verhouding tussen maat/maatschap enerzijds en de derde anderzijds dan vaak mede wordt beheerst door de regels van de overeenkomst van opdracht, zie art. 7:400 e.v. BW. En bij de opdracht kennen we art. 7:407 lid 2 BW:

"2. Indien twee of meer personen tezamen een opdracht hebben ontvangen, is ieder van hen voor het geheel aansprakelijk ter zake van een tekortkoming in de nakoming, tenzij de tekortkoming niet aan hem kan worden toegerekend." (Curs. red)

De 'veiligheid' van de aansprakelijkheid voor gelijke delen wordt, 'dankzij' art. 7:407 lid 2 BW, als het ware 'overruled' door de opdrachtverhouding. De in deze materie geïnteresseerde lezer verwijzen wij graag naar het richtinggevende arrest van 15 maart 2013 van de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2013:BY7840,NJ2013/290).

Voor de v.o.f. geldt een ander regime. Bij de v.o.f. zijn de vennoten hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap, art. 18 WvK:

"In vennootschappen onder eene firma is elk der vennoten, wegens de verbindtenissen der vennootschap, *hoofdelijk verbonden*." (Curs. red)

En hoofdelijk wil zeggen, art. 6:7 lid 1 BW:

"Indien twee of meer schuldenaren hoofdelijk verbonden zijn, heeft de schuldeiser tegenover ieder van hen recht op nakoming *voor het geheel*." (Curs. red)

Tenzij sprake is van een commanditaire vennootschap (zie art. 19 WvK), geldt deze aansprakelijkheid voor alle vennoten van de v.o.f., dat wil zeggen ongeacht of zij zelf al dan vertegenwoordigingsbevoegd zijn.

Het is mede in verband met deze aansprakelijkheidskwesties dat het toe- en uittreden van een maat/vennoot of de overgang van de onderneming van de personenvennootschap met de grootste zorgvuldigheid moeten worden begeleid. Als voorbeeld dient het arrest van de Hoge Raad van 13 maart 2015 (ECLI:NL:HR:2015:588). Hoewel niet onomstreden in de literatuur, oordeelde de Hoge Raad dat een toetredende vennoot ook aansprakelijk is voor de verplichtingen die zijn aangegaan vóór diens toetreden. Het spreekt voor zich dat een toetreder hier waar nodig op moet worden gewezen.

De gevolgen van de overname van een onderneming kwamen duidelijk in beeld in de op 22 februari 2019 gepubliceerde uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland (31 oktober 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6671). Ook bij de begeleiding van een overname is alertheid vereist van de adviseur. Immers, ook als een onderneming wordt overgenomen, blijven de oud-vennoten hoofdelijk aansprakelijk voor de verplichtingen van de v.o.f. Om van die aansprakelijkheid 'af te komen', is namelijk schuldovername vereist, art. 6:155 BW:

"Een schuld gaat van de schuldenaar over op een derde, indien deze haar van de schuldenaar *overneemt*. De schuldovername heeft *pas werking jegens de schuldeiser*, indien deze zijn *toestemming geeft* nadat partijen hem van de overname kennis hebben gegeven." (Curs. red)

In deze definitie herkennen we twee elementen. Wil de schuld van de oude schuldenaar (in ons voorbeeld de vennoten van de v.o.f.) overgaan op een ander, dan moeten zij dit in een overeenkomst vastleggen. Het ligt voor de hand dat men dit bij de overname van

een onderneming ('van' een v.o.f. door een derde) inderdaad overeenkomt en vastlegt. Over de achtergrond van het toestemmingsvoorschrift meldt Mellema-Kranenburg (GS Verbintenissenrecht, art. 6:155, aant. 3.1):

“Deze manier strekt ter bescherming van de schuldeiser en wel om te *voorkomen* dat hij met een *insolvente schuldenaar* wordt opgescheept.” (Curs. red)

In gelijke zin ook de Rechtbank Midden-Nederland:

“Ook als de onderneming van de vennootschap onder firma destijds is overgenomen door een coöperatie, blijven de schulden bij de vennootschap onder firma. En daarvoor is [gedaagde] persoonlijk aan te spreken. Als [gedaagde] bedoeld heeft dat de coöperatie ook schulden van de vennootschap onder firma heeft willen overgenomen, blijft de uitkomst dezelfde. Met de overneming van een schuld moet de schuldeiser ([eiseres]) meewerken/instemmen. Uit wat [eiseres] schrijft (dat zij niet wist van een overneming), volgt dat zij niet heeft meegewerkt met een overname van schulden. En *dan blijft de schuld bij de vennootschap onder firma*, terwijl [gedaagde] ook *persoonlijk aansprakelijk* is voor diezelfde schuld. [gedaagde] heeft niet weersproken dat [eiseres] niet heeft ingestemd met de schuldoverneming. Dat staat dus vast, met als uitkomst dat vordering, waarvan de omvang niet is betwist, helemaal wordt toegewezen.” (Curs. red)

Overigens is onlangs de internetconsultatie van het voorontwerp van het Wetsvoorstel modernisering personenvennootschappen opengesteld (<https://www.internetconsultatie.nl/moderniseringpersonenvennootschap>). In dit voorontwerp wordt het bestaande stelsel flink op de kop gezet. Het wetsvoorstel beoogt (concept memorie van toelichting, p. 1):

“[...] een duidelijke en eenvoudige regeling te bieden met passende waarborgen voor vennoten en schuldeisers. Onderwerpen als de toe- en uittreding van vennoten, vertegenwoordiging van de vennootschap en de rechtsverhouding tussen de vennoten zijn het wetsvoorstel opgenomen. *Het wetsvoorstel bevordert de start, groei en beëindiging van de activiteiten doordat het onder meer eenvoudiger wordt om goederen op naam van de vennootschap te zetten, en om vennoten te laten toe- en uittreden* en nieuwe mogelijkheden geeft om financiering aan te trekken door vestiging van zekerheidsrechten. De belangen van schuldeisers zijn geborgd door het uitgangspunt van hoofdelijke verbondenheid van de vennoten voor schulden van de vennootschap. [...]” (Curs. red)

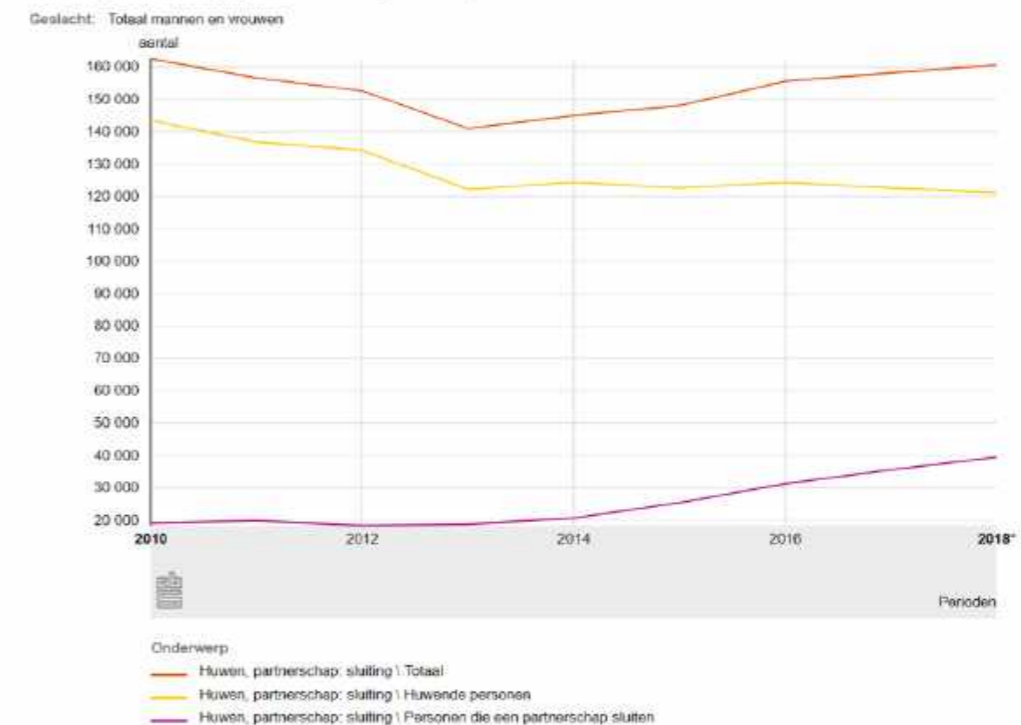


4. HUWELIJK EN GEREГИSTREERD PARTNERSCHAP: AANTALLEN EN VERSCHILLEN IN THEORIE EN PRAKTIJK

Onlangs publiceerde het CBS cijfers over het aantal personen dat in 2018 in het huwelijk trad of een geregistreerd partnerschap aanging. Reden om in dit artikel aandacht te besteden aan het huwelijk en het geregistreerd partnerschap.

Dat er in Nederland steeds minder wordt getrouwd, is algemeen bekend. Interessant is dat zich bij het geregistreerd partnerschap een tegenovergestelde ontwikkeling voltrekt. Deze laatste burgerlijk staat wordt almaar populairder. In beeld ziet dit er als volgt uit:

Huwen, partnerschap; personen naar geslacht per maand



Uit de grafiek blijkt duidelijk dat het geregistreerd partnerschap bezig is aan een (gestage) opmars. Let wel, de cijfers in deze CBS-grafiek zien op het aantal personen dat in het huwelijk treedt of een geregistreerd partnerschap aangaat. Om een beeld te krijgen van het aantal huwelijken en partnerschappen, kunnen we grofweg volstaan met het delen van de cijfers door 2. Zo bezien, werden in 2018 circa 80.343 huwelijken en geregistreerd partnerschappen aangegaan, waarvan 60.616 huwelijken en 19.727 geregistreerd partnerschappen.

Wat de achtergrond bij deze ontwikkeling is, blijkt uiteraard niet uit de CBS-cijfers. Wel is te zien dat de opmars van het geregistreerd partnerschap pas in de loop van 2014 echt werd ingezet. De verklaring daarvoor lijkt de inwerkingtreding op 1 april 2014 van de Wet lesbisch ouderschap (*Stb.* 2013, 480).

Tot april 2014 had (ook) het hetero geregistreerd partnerschap in zoverre géén afstammingsrechtelijke gevolgen dat als een kind werd geboren uit die relatie, het door de geboorte alleen een juridische moeder had (art. 1:198 lid 1 aanhef en onder a BW). Net als bij kinderen die worden geboren uit een ongehuwde (hetero) relatie, moest de mannelijke partner van de 'geboortemoeder' het kind erkennen om juridisch ouder te worden (art. 1:203 BW e.v.). Als gemeld, per 1 april 2014 is dit veranderd en hebben huwelijk en geregistreerd partnerschap dezelfde afstammingsrechtelijke gevolgen. Ook relatievermogensrechtelijk lopen geregistreerd partnerschap en huwelijk met elkaar in de pas, zie art. 1:80b BW:

“Op een geregistreerd partnerschap zijn de titels 6, 7 en 8 van overeenkomstige toepassing met uitzondering van het omtrent scheiding van tafel en bed bepaalde.”

Hetzelfde geldt voor het erfrecht, art. 4:8 BW:

“1. In dit Boek worden met echtgenoten gelijkgesteld geregistreerde partners.

2. Voor de toepassing van lid 1 is mede begrepen onder:

- a. huwelijk: geregistreerd partnerschap;
- b. gehuwd: als partner geregistreerd;
- c. huwelijksgemeenschap: gemeenschap van een geregistreerd partnerschap;
- d. trouwbeloften: beloften tot het aangaan van een geregistreerd partnerschap;
- e. echtscheiding: beëindiging van een geregistreerd partnerschap op de wijze als bedoeld in artikel 80c onder c of d van Boek 1.

3. Onder stiefkind van de erflater wordt in dit Boek verstaan een kind van de echtgenoot of

geregistreeerde partner van de erflater, van welk kind de erflater niet zelf ouder is. Zodanig kind blijft stiefkind, indien het huwelijk of het geregistreerd partnerschap is geëindigd.”

En in de Algemene wet inzake rijksbelastingen lezen we in art. 2 lid 6:

“Bepalingen van de belastingwet die rechtsgevolgen verbinden aan het aangaan, het bestaan, de beëindiging of het beëindigd zijn van een huwelijk zijn van overeenkomstige toepassing op het aangaan, het bestaan, de beëindiging onderscheidenlijk het beëindigd zijn van een geregistreerd partnerschap.”

Toch bestaan er ook ná 2014 nog enkele verschillen tussen huwelijk en geregistreerd partnerschap. Denk bijvoorbeeld aan het feit dat:

- er op het vlak van het naamrecht – welke achternaam heeft een kind, art. 1:5 BW – minimale verschillen bestaan;
- anders dan het geregistreerd partnerschap het huwelijk wél een vaste 'formule' kent, de trouwbelofte van art. 1:67 lid 1 BW die bij het aangaan moet worden uitgesproken;
- alleen voor huwelijken het verbod van artikel 1:68 BW geldt zodat géén godsdienstige plechtigheden mogen worden voltrokken voordat het huwelijk is aangegaan;
- scheiding van tafel en bed (art. 1:169 e.v. BW) niet mogelijk is bij geregistreerd partnerschappen;
- het geregistreerd partnerschap – anders dan het huwelijk – onder voorwaarden door scheiding kan eindigen zonder dat er een rechter aan te pas hoeft te komen, zie art. 1:80c lid 1 aanhef en onder c BW i.v.m. art 1:80d BW.

Oja, in de opsomming ontbreekt dat een huwelijk niet kan worden omgezet in een geregistreerd partnerschap en zo'n partnerschap wel in een huwelijk, art. 1:80g BW. Zoals u weet, is art. 1:77a BW dat de omzetting van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap mogelijk maakte, met ingang van 1 maart 2009 afgeschaft. Daarmee is de mogelijkheid tot wat wel de 'flitsscheiding' werd genoemd vervallen.

Als we het geheel overzien, zou je kunnen zeggen dat er in een Nederlandse setting geen noemenswaardige verschillen meer zijn tussen huwelijk en geregistreerd partnerschap.

Daarmee belanden we bij nog een ander verschilpunt: de internationale erkenning van het geregistreerd partnerschap. In steeds meer landen kent men behalve de burgerlijke staat

‘gehuwd’ of ‘ongehuwd’ nog een andere optie, maar dat wil niet zeggen dat het Nederlandse geregistreerd partnerschap overal wordt erkend. Dit betekent dat een land dat de burgerlijke staat ‘als partner geregistreerd’ niet kent, het in Nederland geregistreerde stel als ongehuwd zal (kunnen) aanmerken. Op zich is dat geen ramp, maar problemen dreigen als het stel – al dan niet tijdelijk – in een ‘niet-erkennend land’ verblijft. Bij een vakantie in zo’n land kan het verblijf op één hotelkamer op problemen stuiten en als één van de partners wordt opgenomen in een ziekenhuis, is zeer wel denkbaar dat diens gezonde wederhelft geen toegang krijgt tot het ziekbed of wordt geraadpleegd bij de medische beslissingen.

En als één van de partners voor diens werk wordt uitgezonden naar een ‘niet-erkennend land’, kan zich de situatie voordoen dat de ander geen toegang/verblijf krijgt tot het land in kwestie omdat ‘ongehuwd samenwonen’ niet is toegestaan. Los van al deze strubbelingen, geeft een uitspraak van het Hof Den Haag van 23 mei 2018 (ECLI:NL:GHDHA:2018:1256) een ‘fraai’ beeld van wat een als partner geregistreerd stel nog meer in het buitenland kan ‘meemaken’.

Kort enkele feiten. Een hetero stel, beiden met de Nederlandse nationaliteit, gaat in 2011 een geregistreerd partnerschap aan. Vervolgens vertrekken ze naar Wit-Rusland. Dit land erkent het Nederlandse geregistreerd partnerschap niet. Hoewel dit niet met zoveel woorden in de uitspraak staat, mag worden verondersteld dat dit enige problemen met zich bracht. Hoe dan ook, in 2012 gaan ze ook nog eens een ‘Wit-Russisch’ huwelijk aan. De klassieke route naar dit Wit-Russische huwelijk zou hebben betekend dat eerst het Nederlandse partnerschap werd beëindigd, om daarna als ongehuwden in Wit-Rusland met elkaar te trouwen. Zo niet dit stel. Zij beëindigden het partnerschap niet en sloten daardoor het Wit-Russische huwelijk als het ware ‘bovenop’ het Nederlandse geregistreerd partnerschap.

En daarmee treedt een ander verschil tussen huwelijk en geregistreerd partnerschap aan het licht. Afgezien van landen waar polygamie is toegestaan, betekent de Nederlandse huwelijkse staat in de regel dat men ook in het buitenland geen huwelijk kan aangaan. Voor de Nederlandse geregistreerd partner die in een niet-erkennend buitenland een huwelijk wenst aan te gaan, geldt dit niet (althans niet per definitie). Niet uitgesloten is dat men in het niet-erkennende buitenland meent dat ondanks het Nederlandse geregistreerd partnerschap sprake is van ‘ongehuwd-zijn’ en dat ‘probleemloos’ – met elkaar of nog spectaculairder, met een ander – kan worden gehuwd.

Maar goed, voor ons stel geldt dat zij na 2012 zowel elkaars echtgenoten als geregistreerd

partners (lijken te) zijn. Als in 2017 de relatie eindigt, wordt het complex. Als eerste scheidingsstap spreekt een Wit-Russische rechter de echtscheiding uit. De man wordt veroordeeld tot het betalen van kinder- en partneralimentatie, berekend conform de Wit-Russische normen, van € 800 per maand. Interessant wordt het als de vrouw vervolgens in Nederland een verzoek tot ontbinding van het geregistreerd partnerschap indient. De rechtbank wijst dit verzoek toe en kent een volgens de Nederlandse normen berekende kinder- en partneralimentatie toe van in totaal € 1.500. Die uitspraak is op z’n zachtst gezegd eigenaardig omdat de rechtbank daarmee de indruk wekt dat de man en vrouw gedurende enkele jaren zowel elkaars echtgenoten als elkaars geregistreerd partners waren. En zo’n ‘dubbele’ burgerlijke staat is in strijd met art. 1:80a leden 1 en 2 BW en de artt. 1:33 en 1:42 BW. De man gaat in beroep en stelt:

“5. [...] dat de rechtbank ten onrechte de ontbinding van het geregistreerd partnerschap heeft uitgesproken. [...] De vrouw heeft slechts financiële motieven, omdat zij een naar Wit-Russische maatstaven hoge alimentatie wil ontvangen. Zij maakt misbruik van de procedure in Nederland.”

De raadsheren van het Haagse Hof constateren dat omdat het een verzoek tot ontbinding van een Nederlands geregistreerd partnerschap betreft, de Nederlandse rechter op grond van art. 4 lid 4 Rv bevoegd is om kennis te nemen van de zaak. Vervolgens lezen zij in het aangaan van het Wit-Russische huwelijk een opmerkelijke ‘partijbedoeling’:

‘8. [...] Vast staat dat partijen op 17 augustus 2011 te Amsterdam een geregistreerd partnerschap met elkaar zijn aangegaan. Eveneens staat vast dat dit geregistreerd partnerschap *niet wordt erkend* in Wit-Rusland, om welke reden partijen op 21 april 2012 in [plaats], Wit-Rusland, met elkaar in het huwelijk zijn getreden. Dat partijen met deze huwelijksluiting *kennelijk hebben beoogd een einde te maken aan hun geregistreerd partnerschap*, althans dit geregistreerd partnerschap te doen *overgaan* in een huwelijk, blijkt uit de omstandigheid dat zij gezamenlijk om inschrijving van dit huwelijk hebben verzocht in de burgerlijke stand in Nederland. Hieruit volgt dat het *nimmer de intentie van partijen is geweest om een hinkende rechtsverhouding in het leven te roepen en in stand te laten, waarbij zij naar Nederlands recht als geregistreerde partners zouden gelden en naar Wit-Russisch recht als echtgenoten.*’ (Curs. red.)

En komen dan met een zowel creatieve als praktische oplossing:

'9. Volgens artikel 1:80c lid 1 sub e van het Burgerlijk Wetboek (BW) eindigt het geregistreerd partnerschap door *omzetting van het geregistreerd partnerschap in een huwelijk*. Artikel 1:80g BW regelt de wijze van omzetting ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand in Nederland. In het onderhavige geval ontbreekt een in deze bepaling bedoelde akte van omzetting van het geregistreerd partnerschap in een huwelijk. Dat *neemt niet weg* dat het geregistreerd partnerschap van partijen, volgens het hof, door de huwelijksluiting op 21 april 2012 in [plaats], Wit-Rusland, *is omgezet in een huwelijk*, aangezien in rechte vast staat dat dit huwelijk ingevolge het recht van de staat waar de huwelijksvoltrekking plaatsvond rechtsgeldig is (artikel 10:31 lid 1 BW) *en dit huwelijk vatbaar is voor erkenning in Nederland. Van een strijd met de openbare orde is volgens het hof geen sprake, nu door de huwelijksluiting in [plaats], Wit-Rusland, een einde is gekomen aan het geregistreerd partnerschap* en zich daarom niet de situatie voordoet waarin de erkenning van een buitenlands huwelijk afstuit op de grond dat een van de echtgenoten op het tijdstip van de sluiting van het huwelijk reeds een geregistreerd partnerschap had gesloten (artikel 10:32 BW).

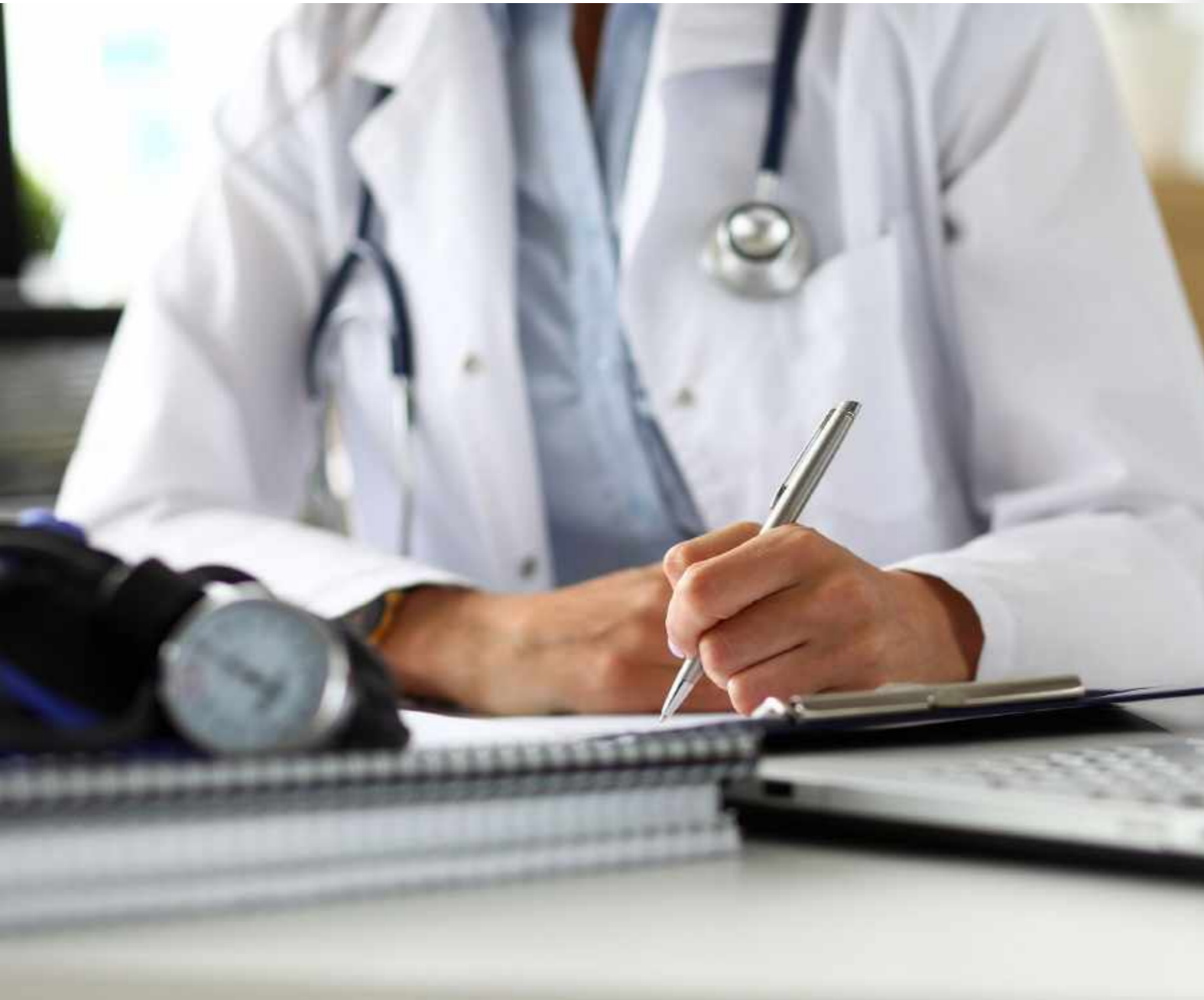
10. Gelet op het vorenstaande zal het hof het verzoek van de man toewijzen en de bestreden beschikking vernietigen.' (Curs. red)

Mooi hé? In het aangaan van het Wit-Russische huwelijk wordt als het ware een omzetting als bedoeld in het Nederlandse art. 1:80g BW 'ingelesen'. Als we die 'horde' eenmaal hebben genomen, is ook duidelijk dat er nooit gelijktijdig een huwelijk en geregistreerd partnerschap tussen het stel heeft bestaan. Men was eerst elkaars geregistreerd partner, en pas na het einde daarvan elkaars echtgenoot. Het huwelijk is vervolgens door de Wit-Russische scheiding geëindigd en dus was men daarna 'ongehuwd'. De door de vrouw in 2017 in Nederland verzochte ontbinding van het geregistreerd partnerschap was niet meer mogelijk omdat dit partnerschap al in 2012 was geëindigd.

Een niet alledaagse casus die duidelijk maakt dat het huwelijk en het almaar populairdere geregistreerd partnerschap steeds meer dezelfde rechtsgevolgen hebben, maar dat ook hier geldt: 'the devil is in the detail'.

PS redactie 2020:

Dat we te maken hebben met meer dan een 'incidenteel' probleem, blijkt onder meer uit de Kamervragen van Kamerlid Kuiken en de antwoorden daarop van de minister (*Aanhangsel Handeling II 2019/20*, nr. 2175).



5. TESTAMENTAIR GENIETEN DOOR DE DOKTERSASSISTENTE

In een uiterste wilsbeschikking kan een testateur die van de wettelijke ordening van art. 4:10 BW e.v. wil afwijken, een erfstelling (art. 4:115 BW) opnemen. Bij de keuze voor de (rechts)personen die hij tot erfgenaam wil benoemen, is een erflater in beginsel vrij. Toch bestaan er op dit vlak wel degelijk enkele beperkingen. Vandaag aandacht voor beperkingen die aan de kant van de erfrechtelijk bevoordeelde partij liggen. Is iedereen bevoegd tot erfrechtelijk genieten?

Het zal u niet verbazen dat het antwoord op deze vraag ontkennend luidt. Een eerste belangrijke beperking is het bestaansvereiste. Dit vereiste staat voor het versterferfrecht in art. 4:9 BW:

“Ten einde als erfgenaam bij versterf te kunnen optreden, moet men bestaan op het ogenblik dat de nalatenschap openvalt.”

De testamentaire evenknie is art. 4:56 BW:

“1. Om aan een making een recht te kunnen ontleen, moet men bestaan op het ogenblik dat de nalatenschap openvalt. [...]”

En zoals u weet, zijn erfstellingen en legaten makingen, hetgeen betekent dat dit vereiste niet geldt voor bijvoorbeeld verkrijging krachtens een last (art. 4:130 e.v. BW).

Maar er zijn meer beperkingen. Een rechtspersoon staat wat het vermogensrecht betreft met een natuurlijk persoon gelijk, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit. Een dergelijke uitzondering treffen we aan in art. 2:30 lid 1 BW:

“Een vereniging waarvan de statuten niet zijn opgenomen in een notariële akte, kan geen registergoederen verkrijgen en kan geen erfgenaam zijn.”

U herkent de omschrijving van de informele vereniging die weliswaar rechtspersoon is, maar slechts beperkt rechtsbevoegd is. De legisten onder u zullen nu terecht opmerken dat de

benoeming van zo'n vereniging tot erfgenaam inderdaad niet kan, maar dat bevoordeling wel mogelijk is via 'alle andere' erfrechtelijke bevoordelingsinstrumenten, zoals legaat (art. 4:117 BW) en de eerdergenoemde last. In de tweede volzin van art. 4:56 lid 1 BW staat een andere regel die relevant is voor de rechtspersoon:

"[...] Rechten uit een making ten voordele van een rechtspersoon die voor dat ogenblik is opgehouden te bestaan ten gevolge van een fusie of een splitsing, komen toe aan de verkrijgende rechtspersoon, onderscheidenlijk de verkrijgende rechtspersoon waarvan de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving dat bepaalt. Indien aan de hand van de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving niet kan worden bepaald welke rechtspersoon in de plaats en de rechten treedt van de gesplitste rechtspersoon, is artikel 334s van Boek 2 van overeenkomstige toepassing."

De lezer die is geïnteresseerd in het 'hoe en waarom' van een verkrijging door een rechtspersoon die anders dan als gevolg van fusie of splitsing niet meer bestaat, verwijzen wij graag naar de recente uitspraak van de rechtbank Den Haag van 12 februari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:1725, waarover wellicht in een andere e-clerk meer.

Een volgende beperking ter zake van het erfrechtelijke genieten, is de onwaardigheid art. 4:3 BW:

"1 Van rechtswege zijn onwaardig om uit een nalatenschap voordeel te trekken:

- a. hij die onherroepelijk veroordeeld is ter zake dat hij de overledene heeft omgebracht, heeft getracht hem om te brengen, dat feit heeft voorbereid of daaraan heeft deelgenomen;
- b. hij die onherroepelijk veroordeeld is wegens een opzettelijk tegen de erflater gepleegd misdrijf waarop naar de Nederlandse wettelijke omschrijving een vrijheidsstraf is gesteld met een maximum van ten minste vier jaren, dan wel wegens poging tot, voorbereiding van, of deelneming aan een dergelijk misdrijf;
- c. hij van wie bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak is vastgesteld dat hij tegen de erflater lasterlijk een beschuldiging van een misdrijf heeft ingebracht, waarop naar de Nederlandse wettelijke omschrijving een vrijheidsstraf met een maximum van ten minste vier jaren is gesteld;
- d. hij die de overledene door een feitelijkheid of door bedreiging met een feitelijkheid eeft gedwongen of belet een uiterste wilsbeschikking te maken;
- e. hij die de uiterste wil van de overledene heeft verduisterd, vernietigd of vervalst."

In al deze gevallen is de betrokkene van rechtswege onwaardig, ongeacht of erfrechtelijk bij versterf of krachtens uiterste wilsbeschikking wordt verkregen. Een belanghebbende kan een beroep doen op de onwaardigheid van een bepaald persoon, maar de rechter kan de onwaardigheid ook uit zichzelf, ambtshalve, toepassen.

Een volgende reeks beperkingen treffen we aan in de artt. 4:57 e.v. BW. Voogden (art. 4:47 BW), leermeesters (art. 4:58 BW) en notarissen (art. 4:61 BW) kunnen onder voorwaarden niet worden bevoordeeld. Een in strijd met deze bepalingen gemaakte uiterste wilsbeschikking is anders dan onder het oude erfrecht niet nietig, maar 'slechts' vernietigbaar, art. 4:62 lid 1 BW:

"Een uiterste wilsbeschikking die in strijd is met het in de artikelen 57–61 bepaalde, is vernietigbaar. De vernietiging vindt slechts plaats voor zover deze nodig is tot opheffing van het nadeel van degene die zich op de vernietigingsgrond beroept."

Eenzelfde regime geldt voor de beroepsbeoefenaren op het gebied van de individuele gezondheidszorg (BIG), art. 4:59 BW:

"1 De beroepsbeoefenaren op het gebied van de individuele gezondheidszorg, die iemand gedurende de ziekte waaraan hij is overleden, bijstand hebben verleend, alsmede de geestelijk verzorgers die hem gedurende die ziekte hebben bijgestaan, kunnen geen voordeel trekken uit de uiterste wilsbeschikkingen die zodanig persoon gedurende de behandeling of de bijstand te hunnen behoefte heeft gemaakt.

2 Ook kan degene die een voor de verzorging of verpleging van bejaarden of geestelijk gestoorden bestemde instelling exploiteert of die daarvan de leiding heeft of daarin werkzaam is, geen voordeel trekken uit de uiterste wilsbeschikkingen, welke zodanig persoon gedurende een verblijf in die instelling te zijnen behoefte heeft gemaakt."

En daarmee zijn we – eindelijk – aanbeld bij de uitspraak waar het in deze e-clerk om draait, Rechtbank Zeeland-West-Brabant 17 januari 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:192. Kort enkele feiten. In 2011 treedt mevrouw X (hierna ook de doktersassistente/verweerster) in dienst bij een huisartsenmaatschap. In die hoedanigheid bezoekt zij in september 2014 de testateur. In maart 2015 benoemt deze haar tot enig erfgenaam. Tussen april 2015 en februari 2016 vinden diverse rechtshandelingen – w.o. het aangaan van koop- en verkoopovereenkomsten – plaats met betrekking tot een woning, waarin de assistente ten tijde van de procedure (nog) woont. Het tussen de overledene en de assistente uit fiscale motieven (besparing erfbelasting) in augustus

2015 aangegane geregistreerd partnerschap completeert het feitencomplex.

Na het overlijden spelen diverse zaken. De focus ligt in deze e-clerk bij de vraag of de uiterste wilsbeschikking ten voordele van de doktersassistente kan worden vernietigd met een beroep op art. 4:59 BW. Mellema-Kranenburg meldt over het eerste lid van deze bepaling (*T&C BW*, art. 4:59 BW, aant. 1):

“Beroepsbeoefenaars op het gebied van de individuele gezondheidszorg (BIG), die iemand gedurende de ziekte waaraan hij is overleden, bijstand hebben verleend kunnen geen voordeel uit de uiterste wilsbeschikking van degene aan wie ze deze bijstand hebben verleend genieten, wanneer deze gedurende de bijstand is gemaakt. Het overlijden dient het gevolg te zijn van de ziekte waarvoor hij door de betreffende BIG-persoon bijstand werd verleend, dus behandeld werd. Het enkel in consult geroepen zijn valt hier niet onder (Klaassen/Luijten/Meijer II 2008/136). Wordt hij beter of sterft hij aan een ziekte waarvoor hij niet door de in het testament vermelde BIG-persoon werd behandeld, dan geldt het verbod niet. [...] Wie onder de categorie BIG-personen valt, is te vinden in art. 3 Wet BIG. De regel is van overeenkomstige toepassing op geestelijke verzorgers, die in de uitoefening van hun ambt de zieke hebben bijgestaan. [...]”

In art. 3 lid 1 Wet op de beroepen BIG staan de arts, tandarts, apotheker, gezondheidszorgpsycholoog, psychotherapeut, fysiotherapeut, verloskundige, verpleegkundige en physician assistant. Maar valt de assistente hieronder? De kantonrechter overweegt:

“5.7 [De doktersassistente] is weliswaar niet BIG geregistreerd maar uit de Beroepscode Doktersassistent van de NVDA volgt dat in de relatie met [de testateur/overledene] de professionele grenzen in acht genomen dienen te worden. De kantonrechter acht het onbegrijpelijk dat [de doktersassistente] vindt dat zij deze grens niet heeft overschreden. Het enkele feit dat [de doktersassistente] [de testateur/overledene] in huis wilde nemen om hem te verzorgen geeft dit immers al aan. Dit gaat veel verder dan de mantelzorgtaken waarvan [de huisartsen] op de hoogte was en van een puur professionele band was geenszins sprake meer. Hierbij heeft de kantonrechter nog buiten beschouwing gelaten dat de verzorging van [de testateur/overledene] door [de doktersassistente] plaats zou gaan vinden in een daarvoor door [de testateur/overledene] aangekocht huis. Gelet op de datum van de aankoop van de woning aan de [aankoopwoning] moet dit plan bovendien relatief snel na het eerste huisbezoek tot stand zijn gekomen. Ter zitting is gebleken dat

[de doktersassistente] [de huisartsen] nimmer van dit plan op de hoogte heeft gesteld.”

Ontspringt de assistente de dans? Nee, althans in zoverre niet dat in de onderhavige procedure niet de vernietigbaarheid van de uiterste wilsbeschikking aan bod kwam, maar de door de werkgevers van de assistente gevorderde ontbinding van hun arbeidsovereenkomst met haar. En hierover oordeelt de kantonrechter:

“5.8 [...] Vast staat dat dit partnerschap met [de testateur/overledene] enkel is aangegaan met als doel op een fiscaal zo voordelige mogelijke manier over de nalatenschap van [de testateur/overledene] te kunnen beschikken. Om dit te kunnen realiseren is [de doktersassistente] op papier zelfs gescheiden van haar echtgenoot. [De doktersassistente] had dus een financieel belang bij het overlijden van [de testateur/overledene] zodat van de vereiste afstand die een zorgverlener dient te bewaren tot zijn patiënt ook om deze reden geen sprake meer was. De kantonrechter acht het zeer kwalijk dat [de doktersassistente] dit zelf niet heeft ingezien en kennelijk nog steeds niet inziet.”

En:

“5.9 [de doktersassistente] voert vervolgens aan dat het de wens was van [de testateur/overledene] om op deze wijze over zijn nalatenschap te beschikken en dat zij hem hiermee dus juist een dienst heeft bewezen. [de testateur/overledene] gaat hierbij echter volledig voorbij aan het feit dat zij als zorgverlener bij hem was betrokken. [De doktersassistente] had moeten inzien dat zij niet langer in haar functie van doktersassistente bij de behandeling van [de testateur/overledene] betrokken kon zijn. Aan [de doktersassistente] werden in goed vertrouwen taken gedelegeerd met betrekking tot de behandeling van [de testateur/overledene] en de kantonrechter acht het zeer waarschijnlijk dat [huisarts 2] andere keuzes had gemaakt indien hij volledig op de hoogte was geweest van het persoonlijke belang van [de doktersassistente]. Ook voor zover hier geen wettelijke regel bestaat, had [de doktersassistente] haar persoonlijke relatie met [de testateur/overledene] moeten melden aan haar werkgever. [De doktersassistente] heeft dit nagelaten en in plaats daarvan is zij na de afwijzing van het euthanasieverzoek zelfs betrokken geweest bij de verzorging van [de testateur/overledene] gedurende het proces van versterving. [de doktersassistente] stelt weliswaar dat zij op dat moment niet meer bij [de testateur/overledene] betrokken was als doktersassistente, maar als mantelzorger, maar dit strookt geenszins met haar stelling dat [huisarts 2] dit proces – ten onrechte –

volledig aan haar overliet en hij daarin volledig voer op haar overdrachten.

5.10 [...] Hoewel [huisarts 2] wellicht eerder had kunnen en moeten ingrijpen, gaat [de doktersassistente] met dit verweer volledig voorbij aan haar eigen verantwoordelijkheid. Zij had er op meerdere momenten voor kunnen en moeten kiezen om af te zien van de “regeling” of [verzoekers] daar in ieder geval van op de hoogte moeten stellen. [De doktersassistente] heeft deze keuze echter niet gemaakt en zij heeft daarmee de professionele en morele grenzen (ver) overschreden.”

Dit alles lezend, verbaast het oordeel niet:

“5.11 Het handelen van [de doktersassistente] en het verzwijgen van de situatie voor [verzoekers] vormt naar het oordeel van de kantonrechter omstandigheden die een dringende reden als bedoeld in artikel 7:677 lid 1 BW zouden hebben opgeleverd, zodat sprake is van een gewichtige reden die moet leiden tot een dadelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De mogelijkheid van herplaatsing is hierbij niet ter zake doende omdat herplaatsing niet in de rede ligt gelet op de ernstige verwijtbaarheid van [de doktersassistente]. Ook voor een billijke vergoeding is geen plaats.”

Oja, interessant is dat Bernard Schols (*EstateTip Review* 2019-06) opmerkt dat het volgens hem niet ter discussie staat dat het geregistreerd partnerschap van de doktersassistente met de overledene een ‘nephuwelijk’ is, want immers louter uit fiscale motieven aangegaan. En dat hij dus benieuwd is of de casus nog opduikt in de fiscale jurisprudentie indien de belastingdienst in lijn met HR15 maart 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BY0548) wellicht zou gaan proberen om het geregistreerd partnerschap buiten toepassing te laten voor de heffing van de erfbelasting.



6. EEN RECHT VAN EERSTE KOOP BIJ HET VOORNEMEN TOT VERVREEMDING

In de onroerend goedpraktijk hebben we te maken met kettingbedingen, erfdienstbaarheden, kwalitatieve verplichtingen, maar ook met allerlei andere in koopovereenkomsten tussen koper en verkoper vastgelegde afspraken zoals een *voorkeursrecht* of een *optiebeding*. Het verbaast niet dat het opstellen van zo'n beding of recht een flinke klus is die de nodige zorgvuldigheid vergt. In dat kader bekijken we vandaag een uitspraak van het Hof Arnhem Leeuwarden van 14 mei 2019 (ECLI:NL:GHARL:2019:4162).

Voor de gebruikelijke (beperkte) juridische inkadering (waarbij is geput uit zowel *GS Verbintenissenrecht* als Asser/Hijma 7-I* 2013) begeven we ons in de verbintenisrechtelijke sferen van Boek 6 BW. Zoals u weet, komt een overeenkomst tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan, art. 6:217 lid 1 BW. Een aanbod kan in beginsel worden herroepen. Een aanbod is echter onherroepelijk als een termijn voor de aanvaarding onderdeel uitmaakt van het aanbod of dit op andere wijze uit het aanbod voortvloeit, art. 6:219 lid 1 BW. Uit het derde lid van ditzelfde artikel blijkt dat een optiebeding, een beding is:

“[...] waarbij één der partijen zich verbindt om, indien de wederpartij dit wenst, met haar een bepaalde overeenkomst te sluiten, geldt als een onherroepelijk aanbod.”

Optiebedingen hebben in zoverre een contractuele basis dat deze bij overeenkomst of andere rechtshandeling worden verleend. Over het optiebeding meldt Y.G. Blei Weissmann (*GS Verbintenissenrecht*, art. 6:219 BW, aant. 114):

“Overigens wordt onder optie vrijwel algemeen verstaan het niet door een eventuele herroeping aantastbaar wilsrecht van de gerechtigde om door een enkele – tijds – uitoefening (aanvaarding van het in de optie besloten liggend aanbod), de (beoogde) overeenkomst tot stand te brengen.”

Duidelijk, door aan iemand een optie te verlenen, wordt aan die persoon een onherroepelijk aanbod gedaan om een overeenkomst tot stand te brengen. Dit betekent dat als de optie wordt

geaccepteerd, de overeenkomst tot stand is gekomen.

En net daarin verschilt een optierecht van een voorkeursrecht. Hoewel verwant en gevoelsmatig wellicht als 'gelijk ervaren', zijn beide rechten 'in de aard (totaal) verschillend'.

In Asser/Hijma 7-I* 2013/189 lezen we over het voorkeursrecht, dat overigens zowel een contractuele als een wettelijke basis kan hebben:

"Een recht van voorkeur (voorkeursrecht) is een door de wet of bij contract verleend vorderingsrecht, dat aan de gerechtigde de bevoegdheid geeft om, bij voorgenomen verkoop of vervreemding van een zaak (of ander goed), van de eigenaar van die zaak te eisen dat deze haar allereerst aan hém te koop aanbiedt."

En over het verschil tussen het voorkeursrecht en een optie lezen we aldaar:

"Bij een voorkeursrecht van koop, [...] verplicht de belover zich niet tot verkoop, maar zegt hij toe voor het geval dat hij wil verkopen zijn wederpartij in de gelegenheid te zullen stellen als koper op te treden. [...] Aan bedoelde toezegging ontleent de wederpartij slechts een persoonlijk recht, dat zich in een schadevergoedingsrecht (art. 6:74 BW) oplost als de belover zijn toezegging niet nakomt en onverhoeds tot verkoop of vervreemding aan een derde overgaat. [...]"

Het voorkeursrecht is dus in feite niet meer dan de verplichting om een goed aan te bieden en betekent in ieder geval niet dat daarmee een onherroepelijk aanbod is gedaan. Nadat van een voorkeursrecht gebruik is gemaakt, is dus (nog) geen koopovereenkomst tot stand komen terwijl dat net wel het geval is bij de optie.

Dat in de praktijk (lang) niet altijd duidelijk is of een in concreto verleend recht een voorkeurecht of een optie is, blijkt uit de in de hiervoor genoemde handboeken opgenomen jurisprudentie. Zonder pretentie van volledigheid merken wij op dat in de jurisprudentie en literatuur vrij breed wordt aangenomen dat als in het verleende recht de koopprijs ontbreekt (en ook de wijze waarop deze zou kunnen worden vastgesteld) of andere bedingen ontbreken die aangeven onder welke voorwaarden tot verkoop wordt overgegaan, bij de uitleg van die bepaling (HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981, 635 (Haviltex)) eerder wordt verondersteld dat men van doen heeft met een voorkeursrecht dan met een koopoptie.

Gewapend met deze kennis wenden we de blik tot de zaak die speelde voor het Hof Arnhem-Leeuwarden. Uit de overwegingen van het hof blijkt dat bij een akte van levering van een perceel grond een recht van eerste koop is verleend aan X [de kopers] op een deel van een (ander) aan Y [de verkopers] in eigendom (toebehorend/blijvend) perceel grond. X kan dit recht invoeren als Y:

"4.2. [...] voornemens is over te gaan tot vervreemding daarvan in welke zin dan ook."

Tja wat denkt u, hebben we nu te maken, met een optie of een voorkeursrecht? Uit de zeer summiere omschrijving van het recht valt, lijkt ons, af te leiden dat geen sprake zal zijn van een optie maar van een voorkeursrecht tot koop. Interessant is echter dat die uitlegkwestie niet hetgeen was waar partijen met elkaar over van mening verschilden. Het twistpunt was de vraag wanneer eigenlijk sprake is van een 'voornemen tot vervreemding'.

Uit het feitencomplex blijkt dat niet ter discussie staat dat de Y (onder meer) het stuk grond waar het recht van eerste koop op was verleend, aan derden heeft aangeboden en dat naar aanleiding daarvan bezichtigingen hebben plaatsgevonden. X stelt dat daardoor het recht van koop is geschonden. In eerste aanleg vordert X dat Y wordt veroordeeld:

"om op straffe van een dwangsom, binnen één maand na betekening van het te wijzen vonnis aan [X] het stuk grond [...] te koop aan te bieden."

De rechtbank wijst de vordering af, waarop X in beroep gaat. Het Hof Arnhem-Leeuwarden merkt op dat bij gebreke aan nader gestelde en bewezen feiten en omstandigheden bij de uitleg van hetgeen door partijen is bedoeld met het recht van eerste koop wordt uitgegaan van de tekst van de akte.

Over die uitleg lezen we:

"4.5 Met de rechtbank is het hof van oordeel dat het feit dat [Y] haar woning met de daarbij behorende grond (inclusief de grond onder de buitenbak) te koop heeft aangeboden en dat als gevolg daarvan bezichtigingen hebben plaatsgevonden en een bod is gedaan, nog niet maakt dat sprake was van het voornemen zijn tot vervreemding (het overdragen van de eigendom) van de grond [...]"

Kijk aan, te koop aanbieden is niet hetzelfde als het voornemen hebben om daadwerkelijk tot

vervreemding over te gaan. Te koop aanbieden is, als het ware, niet meer dan het 'testen van de markt' of iets dergelijks.

Over de stelling van X dat uit het te koop aanbieden en de bezichtigingen blijkt dat Y wel degelijk de wil had om dat perceel te verkopen en daarmee onlosmakelijk verbonden de wil om te vervreemden, zodat op dat moment al sprake was van een voornemen tot vervreemding van die grond, overweegt het hof:

"[...] Met dit standpunt miskent [X] echter dat [Y] met het te koop aanbieden van het perceel niet tegen iedere prijs en/of onder alle voorwaarden tot daadwerkelijke verkoop en daarmee vervreemding van de grond onder de buitenbak over zal willen gaan. Deze grieven slagen daarom niet."

Om te vervolgen met:

"De grieven zijn bovendien ongegrond omdat het perceel van [Y] op websites niet tegen een bepaalde prijs is aangeboden, maar met de opmerking 'binnenkort in de verkoop', en voorts, los hiervan, dat [Y] bij onderhandelingen met derden de grond [waar het recht van koop betrekking op had] nog zou kunnen uitzonderen van een eventuele verkoop aan een derde [...]. Het in de akte bedoelde 'voornemens' zijn om 'over te gaan tot vervreemding' was daarom in dit geval niet voldoende concreet om [X] aanspraak te kunnen laten maken op het recht van eerste koop."

Het spreekt voor zich dat de (notariële) contractenmaker er goed aan doet oog te hebben voor zowel het wezenlijke verschil tussen een optie- en een voorkeursrecht als het belang van een strak en sluitend geformuleerd tijdstip waarop van een verleend optie- of voorkeursrecht kan worden gebruik gemaakt.

PS redactie 2020:

Op 20 mei 2020 gaf de Hoge Raad aan dat het hof juist had geoordeeld (ECLI:NL:2020:833).



7. ART. 1:88 BW EN DE Vernietiging DOOR DE EXECUTEUR

Omdat een notariële praktijkdag zonder artikel 1:88 BW welhaast een 'dag niet geleefd' is, ook in dit artikel weer eens aandacht voor deze bepaling.

Voor het leesgemak, gedeelten van de tekst van dit artikel:

'1. Een echtgenoot behoeft de toestemming van de andere echtgenoot voor de volgende rechtshandelingen:

- a. overeenkomsten strekkende tot vervreemding, bezwaring of ingebruikgeving en rechtshandelingen strekkende tot beëindiging van het gebruik van een door de echtgenoten tezamen of door de andere echtgenoot alleen bewoonde woning of van zaken die bij een zodanige woning of tot de inboedel daarvan behoren;
- b. giften, met uitzondering van de gebruikelijke, niet bovenmatige;
- c. overeenkomsten die ertoe strekken dat hij, anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf, zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt, of zich tot zekerheidstelling voor een schuld van de derde verbindt;
- d. overeenkomsten van goederenkrediet als bedoeld in artikel 84 van Boek 7, behalve indien zij zaken betreffen die kennelijk uitsluitend of hoofdzakelijk ten behoeve van de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf strekken.

[...]

4. In afwijking van lid 1, onder b, is geen toestemming vereist voor giften welke de strekking hebben dat zij pas zullen worden uitgevoerd na het overlijden van degene die de gift doet, en niet reeds tijdens diens leven worden uitgevoerd. Bestaat de gift in de aanwijzing van een begunstigde bij een sommenverzekering die tijdens het leven van de verzekeringnemer is aanvaard of kan worden aanvaard, dan is daarvoor wel toestemming vereist.'

Over deze het gezin beschermende bepaling is uiteraard het nodige te vertellen. Iedere notariële practicus weet dat krachtens artikel 1:88 lid 1 aanhef en onder a BW toestemming is

vereist voor overeenkomsten waarbij de echtelijke woning (en/of de bijbehorende inboedel) wordt verkocht of bezwaard met bijvoorbeeld een recht van hypotheek. Garantstaan voor de schulden/verplichtingen van een ander kan, zo letter b, ook alleen als daarvoor toestemming van de 'andere' echtgenoot is verkregen. Voor de koop op afbetaling, thans aangeduid als een overeenkomst van goederenkrediet (artikel 7:84 BW), is ook 'echtelijke' toestemming vereist, artikel 1:88 lid 1 aanhef en onder d BW. Een mooi voorbeeld van zo'n overeenkomst zijn bepaalde varianten van de in het verleden op de markt gebrachte aandelenlease-overeenkomsten.

En op grond van artikel 1:88 lid 1 aanhef en onder b BW is toestemming vereist van de andere echtgenoot voor het doen van een gift die én niet-gebruikelijk én bovenmatig is. Voor de in notariële kringen bekende en vaak louter bij het overlijden opeisbare schuldigerkenning op papier is die toestemming dan weer niet nodig. In die situatie hebben we te maken met een gift die de strekking heeft om pas te worden uitgevoerd na het overlijden van degene die de gift doet, en dan geldt de uitzondering van artikel 1:88 lid 4 BW eerste volzin. Deze uitzondering hangt (mede) samen met het feit dat we in Nederland testeervrijheid kennen (art. 4:42 BW) en de 'andere' echtgenoot ook weinig (denk bij dit laatste aan de andere wettelijke rechten van art. 4:28 e.v. BW) kan doen tegen 'testamentaire vrijgevigheid'. Dezelfde gedachte zien we ook terug bij de aanwijzing van een begunstigde bij een overeenkomst van levensverzekering. Omdat een dergelijke begunstiging (die tevens gift is) veelal pas wordt aanvaard na het overlijden van de verzekerde/verzekeringnemer is in beginsel geen toestemming vereist. Dit verandert zodra de echtgenoot/verzekeringnemer schriftelijk toestemming (art. 7:969 lid 1 BW) geeft om die begunstiging te aanvaarden. Voor de aanwijzing van een begunstigde (die een gift is) en die al tijdens het leven kan worden aanvaard, is wel de toestemming van artikel 1:88 BW wel vereist, zie de tweede volzin van lid 4.

Anders dan wellicht wel wordt gedacht, zijn al de hiervoor genoemde rechtshandelingen ook gewoon geldig als de noodzakelijke toestemming ontbreekt. De sanctie is immers niet de nietigheid, maar de vernietigbaarheid van de betreffende rechtshandeling, artikel 1:89 lid 1 BW. Slechts de niet-handelende 'andere' echtgenoot kan een beroep doen op de vernietigingsgrond. Deze bevoegdheid verjaart in de regel drie jaren nadat de andere echtgenoot weet dat de rechtshandeling is verricht, artikel 3:52 lid 1 onder d BW.

In dit artikel gaan we wat dieper in op de gevolgen van het overlijden van de echtgenoot die de vernietiging kan inroepen.

Een eerste vraag is of de bevoegdheid om de vernietiging in te roepen overgaat op de erfgenamen van de overledene. Zoals u weet, volgt een erfgenaam, art. 4:182 lid 1 BW:

'van rechtswege op in zijn voor overgang vatbare rechten en in zijn bezit en houderschap.'

Kortom, is de vernietigingsbevoegd ex artikel 1:89 BW een dergelijk 'voor overgang vatbaar' recht?

In Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/227 wordt in eerste instantie een genuanceerd beeld geschetst:

'In de literatuur bestaat verschil van mening over de vraag of de rechtsopvolgers onder algemene titel een beroep op de vernietigingsgrond kunnen doen. De Bruijn/Huijgen & Reinhartz, Het Nederlandse huwelijksvermogensrecht 2012/II.29 en Klaassen/Luijten & Meijerl 2005, nr. 99, noot 162, menen van wel; terughoudender is Asser/Perrick 4 2013/440, terwijl Pitlo/Van der Burght & Doek 2002, nr. 268 – kort weergegeven – betogen dat na overlijden van de benadeelde echtgenoot het leefmilieu, dat art. 1:88 BW beoogt te beschermen, ontbreekt, terwijl bovendien de erfgenamen niet als belanghebbenden zijn te beschouwen. Dit laatste is o.i. een te stellige bewering.'

Maar, mede onder verwijzing naar de parlementaire stukken bij de invoering van het BW (MvT, Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Aanpassing BW 1991, p. 37) concluderen Kolkman & Salomons vervolgens dat de bevoegdheid vererft. Dit is ook in lijn met Hof Den Haag 30 oktober 2012 (ECLI:NL:GHSGR:2012:BY9697):

'10. In dit verband dient eerst de vraag te worden beantwoord of aan [een erfgenaam], de bevoegdheid toekomt een beroep te doen op het aan haar moeder destijds toekomende beroep op vernietiging van deze verkoop. Het hof beantwoordt deze vraag op grond van het bepaalde in artikel 1:89 lid 3 BW bevestigend.'

Als we de vererving van de vernietigingsbevoegdheid als uitgangspunt nemen, kunnen we de blik richten op de vraag of na het overlijden van degene wiens toestemming nodig was, ook de executeur in diens nalatenschap de vernietiging kan inroepen. Deze kwestie speelde vorig jaar bij de Rechtbank Midden-Nederland (8 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:277). Deze complexe zaak had veel aspecten. Wij focussen op het oordeel omtrent de bevoegdheid van de executeur.

In het kort komt het er op neer dat na het overlijden van A (de niet-handelende/niet-schenkende echtgenote), executeur Y enkele tijdens het leven van A door echtgenoot B gedane schenkingen vernietigt. Als de begiftigde de 'geschonken bedragen' niet terugbetaalt, begint de executeur een gerechtelijke procedure waarin hij o.m. die terugbetaling vordert.

Het eerste oordeel van de rechtbank betreft de vraag of de executeur überhaupt ontvankelijk is, oftewel, mag de executeur de rechtszaak wel beginnen:

'4.1. Vast staat dat [Y] in het testament van [A] tot executeur is benoemd en dat hij deze benoeming heeft aanvaard. De executeur heeft onder meer tot taak om de goederen van de nalatenschap te beheren (art. 4:144 lid 1 BW), waartoe ook behoort het innen van vorderingen die tot de nalatenschap behoren. De vordering van [Y] strekt ertoe om een aantal gestelde vorderingen van de nalatenschap van [A] op [begiftigde/gedaagde] te innen. [begiftigde/gedaagde] betwist het bestaan van deze vorderingen. Nu de taak en het beheer van de executeur nog niet is voltooid (art. 4:150 lid 1 BW), geldt dat [Y] in zijn hoedanigheid van executeur (privatief) bevoegd is om de erfgenamen in en buiten rechte te vertegenwoordigen (art. 4:145 lid 2 BW). Mr. [eiser] q.q. is dan ook ontvankelijk in zijn vorderingen.'

De erfrechtelijk geschoolde lezer zal niet verbaasd opkijken bij het voorgaande korte lesje 'erfrechtelijk procesrecht'.

Vervolgens komen we bij de crux van de zaak, het verweer van de begiftigde dat executeur Y niet namens de erfgenamen beroep kan doen op artikel 1:88 juncto artikel 1:89 BW:

'4.7.8. [...] In de eerste plaats is de rechtbank van oordeel dat namens [A] reeds bij leven een voorwaardelijk beroep is gedaan op de vernietigingsgrond van artikel 1:88 lid 1, aanhef en sub b en 1:89 BW. [...] Kort nadien is [A] overleden en hebben haar erfgenamen verder onderhandeld met [begiftigde/gedaagde]. Nu partijen vervolgens niet tot overeenstemming zijn gekomen over de geldleencondities en de verlangde erkenning door [begiftigde/gedaagde] is uitgebleven, geldt dat de door [A] gestelde voorwaarde is ingetreden. Aldus is het beroep op de vernietigbaarheid niet gedaan door de erfgenamen maar reeds (voorwaardelijk) door [A] bij leven, zij het dat deze voorwaarde eerst na haar overlijden is vervuld. [...]

Uiteraard, als de overleden A de vernietiging zelf al (voorwaardelijk) had ingeroepen, komen we aan het verervingsvraagstuk niet toe. Y zet dan immers voort hetgeen door de overledene zelf al in gang is gezet.

Maar goed, stel dat A de vernietiging niet al tijdens leven had ingeroepen:

'Voor zover dat anders is – en [A] bij leven geen voorwaardelijk beroep op de vernietigbaarheid van de schenking van oktober 2013 heeft gedaan – geldt dat dit beroep alsnog kan worden gedaan door de erfgenamen. De zogenoemde gezinsbeschermende strekking van deze bepaling neemt niet weg dat de vernietigbaarheid ter zake van giften (zoals bedoeld in artikel 1:88 lid 1, aanhef en sub b BW) mede een vermogensrechtelijk belang dient. Nu de erfgenamen van [A] als rechtsopvolgers onder algemene titel treden in al haar voor overgang vatbare rechten, schulden en in haar bezit en houderschap (art. 4:182 BW), valt niet in te zien waarom de vernietigingsbevoegdheid niet na het overlijden van de erflater door de erfgenamen kan worden uitgeoefend. Dat erfgenamen deze bevoegdheid toekomt blijkt ook uit de jurisprudentie (gerechtshof Den Haag 30 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY9697) en wordt in de literatuur onderschreven (J.H. Lieber, Groene serie Personen- en familierecht, art. 1:89 BW, aant. 3 en Asser-De Boer, Personen- en familierecht, 2010, nr. 261, Asser-De Boer, Kolkman en Salomons, 2016, nr. 227, beide laatstgenoemde bronnen met verwijzing naar Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6, p. 37).'

Helder, omdat de bevoegdheid tot het inroepen na overlijden van de niet-handelende echtgenoot onder algemene titel overgaat op diens erfgenamen, kan ook de executeur als vertegenwoordiger van de overledene/erfgenamen daarvan gebruik maken.

Tot slot nog dit, wat als de zonder toestemming handelende echtgenoot, de (enig) erfgenaam is van de overleden niet-handelende echtgenoot? Wat vindt u: kan deze dan ook de vernietiging inroepen? Hoewel – zeker als die echtgenoot enig erfgenaam is – de sfeer van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) opkomt, is de literatuur niet eenduidig. Wij verwijzen de geïnteresseerde lezer naar de eerder genoemde Asser-De Boer/Kolkman/Salomons nr. 228, en de aldaar verder genoemde bronnen.



8. EEN SAMENLEVINGSCONTRACT ALS (NIETIGE) GEVANGENISKETEN?

In dit artikel gaan we in op een uitspraak van het Hof Den Haag (Hof Den Haag, 22 januari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:172) over de grenzen van de contractsvrijheid. De kwestie draait om een in een samenlevingscontract door de man aan de vrouw te betalen vergoeding bij het einde van de samenwoning. We verkondigen niets nieuws met de constatering dat bij het einde van de relatie van ongehuwd samenwonenden het wettelijke partneralimentatieregime van art. 1:157 e.v. BW niet van toepassing is. Voor hen gelden immers niet – zelfs niet naar analogie – de titels 6, 7, 8 en 9 Boek 1 BW. Dit neemt niet weg dat zij de partneralimentatieregeling voor gehuwden wel 'overeenkomstig van toepassing' kunnen verklaren. In onze casus was inderdaad een vergoedingsregeling bij einde relatie vastgelegd. De zaak draaide rond de vraag of dit er eentje was van 'partneralimentaire aard' en of die regeling wel door de beugel kon?

Zoals u inmiddels gewend bent, eerst weer wat theorie. De contractsvrijheid is een van de basisbeginselen van ons overeenkomstenrecht. Het beginsel geldt daarmee ook voor hetgeen partijen in een samenlevingsovereenkomst kunnen vastleggen. De contractsvrijheid is in zoverre een eigenaardig fenomeen dat dit beginsel als zodanig nergens expliciet in de wet is verankerd. Uit Asser/Sieburgh 6-III, 2018/45 e.v., alsmede Asser/Hartkamp 3-1, 2019/139 leiden we af dat hij die op zoek gaat naar een artikel waarin de contractsvrijheid met zoveel woorden is vastgelegd, bedrogen uitkomt. De zoektocht leidt enkel naar een aantal wetsartikelen waaruit het beginsel impliciet kan worden afgeleid. En voor de liefhebber, de vrijheid om te contracteren is wel opgenomen in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, zie bijvoorbeeld art. 15 en 16 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

Maar goed, we willen u niet verder vermoeien met allerlei beschouwingen over de contractsvrijheid, anders dan met de opmerking dat art. 3:40 BW een voorbeeld is van zo'n bepaling in het BW waaruit impliciet/à contrario die vrijheid kan worden afgeleid:

1. Een rechtshandeling die door *inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is nietig.*
2. Strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling,

doch, indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, slechts tot vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit.

3. Het vorige lid heeft geen betrekking op wetsbepalingen die niet de strekking hebben de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten.” (Curs. Red)

Over het eerste lid meldt H.J. van Kooten (GS Vermogensrecht, art. 3:40 BW, aant. 7.2) onder meer:

“[...] De begrippen ‘goede zeden’ en ‘openbare orde’ in lid 1 van art. 40 verwijzen naar normen c.q. regels van ongeschreven (dwingend) recht die in de Nederlandse samenleving als fundamenteel worden ervaren. Het is aan de rechter om uit te maken of een rechtshandeling in strijd is met de goede zeden of de openbare orde. Geen van beide begrippen heeft een scherp omlinjende inhoud en in de literatuur zijn verschillende meningen verdedigd over hoe zij zich ten opzichte van elkaar verhouden. In de jurisprudentie en de literatuur wordt slechts zelden een onderscheid gemaakt tussen de beide begrippen. [...]”

En:

“[...] Ondanks het feit dat de begrippen ‘goede zeden’ en ‘openbare orde’ zich niet in precieze definities laten vangen, kan uit de rechtspraak toch een beeld worden gedistilleerd van hetgeen onder deze open normen valt. [...]”

De goede zeden. Naar recentere opvatting in de literatuur is de christelijke moraal slechts van indirect belang voor de inhoud van de goede zeden. Beslissend voor de inhoud van de goede zeden is het maatschappelijk oordeel omtrent hetgeen behoort, dat wil zeggen de opvatting die op de grootst mogelijk maatschappelijke consensus steunt. Ter bepaling van de inhoud van de goede zeden zal de rechter zich laten leiden door objectieve aanknopingspunten, zoals verdrags- en wetsbepalingen, rechterlijke beslissingen en algemene rechtsbeginselen en rechtsovertuigingen [...].”

Alsmede:

“[...] De openbare orde. Onder het begrip ‘openbare orde’ wordt veelal verstaan het geheel van normen en beginselen waarvan de inachtneming noodzakelijk is voor de

instandhouding en het functioneren van de Nederlandse samenleving. Het begrip heeft derhalve betrekking op de fundamentele beginselen van de (huidige) Nederlandse maatschappelijke organisatie c.q. de algemeen aanvaarde grondvesten van het Nederlandse rechtstelsel [...].”

Goed, gewapend met deze kennis kunnen we de uitspraak van het hof ter hand nemen. Een stel dat ongehuwd en niet als partner geregistreerd met elkaar samenwoont, heeft in hun in 2011 opgestelde samenlevingscontract de volgende bepalingen opgenomen:

“Verklaringen vooraf

Zij (hof: partijen) maken dit samenlevingscontract om de gevolgen van hun samenwonen te regelen.

De partners willen vanwege hun financiële zelfstandigheid hun inkomen en vermogen niet met elkaar delen; ook niet als er inkomen of vermogen is dat slechts aan een van de partners toebehoort terwijl dat inkomen of vermogen (ook) resultaat is van hun gezamenlijke inspanningen. Op dit samenlevingscontract is Nederlands recht van toepassing.

(...)

Hoofdstuk 2. Tijdens het samenwonen

Gedurende de periode dat de partners samenwonen, hebben zij een wederzijdse zorgplicht als bedoeld in artikel 1a Successiewet 1956 die blijkt uit de hierna omschreven draagplicht van de kosten van de huishouding. Deze zorgplicht strekt niet verder dan het over en weer verplicht zijn tot het bijdragen aan de kosten van de huishouding.

(...)

Hoofdstuk 3. Einde samenwonen

(...)

3. Vergoeding/geldlening

Bij verbreking van de samenwoning anders dan door overlijden, huwelijk of geregistreerd partnerschap tussen partijen, zal:

1. partij [de man] voor ieder jaar dat de samenwoning tussen partijen heeft geduurd aan partij [de vrouw] vergoeden een bedrag van twaalf duizend euro (€ 12.000,00) per jaar, een gedeelte van een jaar naar evenredigheid berekend; (...).”

In 2016 eindigt de samenwoning en de vrouw vordert op grond van de in het samenlevingscontract vastgelegde vergoedingsregel van de man een bedrag ad € 74.330. De

man weigert om die te betalen en de zaak komt voor de rechter. In eerste aanleg beslist de rechtbank dat de vergoedingsregeling nietig is, want in strijd met de goede zeden. De vrouw gaat hiertegen in hoger beroep.

In de hofuitspraak worden de grieven van de vrouw als volgt weergegeven:

“De vrouw voert aan dat het Nederlandse overeenkomstenrecht wordt beheerst door het beginsel van partijautonomie: partijen hebben de mogelijkheid om zelf de inhoud van de overeenkomst te bepalen. Het vergoedingsbeding is weliswaar niet gebruikelijk in Nederland, maar dat brengt niet mee dat het boetebeding in strijd is met de goede zeden. Van belang is dat het samenlevingscontract slechts ziet op de relatie tussen partijen en er geen belangen van derden in het geding zijn. Door het vergoedingsbeding bouwden partijen voor de vrouw een compensatie in voor het geval het voorgenomen huwelijk er niet zou komen en de vrouw alleen achter zou blijven, zonder dat de man nog voor haar zou zorgen. De man heeft de vrouw met voorbedachte rade misleid en is de relatie enkel aangegaan om zo voor legaal verblijf in Nederland in aanmerking te komen. Verder is van belang dat het beding gezien de culturele achtergrond van partijen helemaal niet zo ongebruikelijk is. Naar Chinese gebruiken is het niet vreemd dat partijen het beding in hun samenlevingsovereenkomst hebben opgenomen: ten eerste omdat samenwonen zonder dat men getrouwd is niet gebruikelijk is in China en, ten tweede, omdat het in China gebruikelijk is dat een huwelijk bruidsschatten of andere (vergoedings-) rechten/kosten met zich brengt.”

Het hof overweegt als volgt:

“Artikel 3:40 BW stelt grenzen aan de contractsvrijheid van partijen: een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde is nietig. De rechtbank heeft in het bestreden vonnis, op grond van de door de vrouw afgelegde verklaring bij de comparitie, vastgesteld dat het vergoedingsbeding ongeoorloofd is, *nu de vrouw daarmee heeft beoogd dat de man de samenwoning nimmer zou kunnen verbreken gelet op de hoogte van het door hem te betalen bedrag*. De vrouw is in hoger beroep niet teruggekomen op haar verklaring, dat de strekking van het beding was om een zodanig hoog bedrag te verbinden aan het beëindigen van de samenwoning, dat de man dit nooit zou kunnen betalen en altijd bij de vrouw zou blijven. (Curs. Red)

Aha, het draait om de strekking van de vergoedingsregel. Deze had – kennelijk – niet zozeer een alimentair karakter, maar was meer opgenomen voor het ‘creëren’ van een ‘samenwoningsband voor het leven’.

En dat, zo het hof, betekent:

“[...] dat een dergelijk beding in een samenlevingscontract in strijd is met de goede zeden en derhalve nietig is. De toetsing aan het criterium van strijd met de goede zeden moet plaats vinden aan de hand van in de samenleving als fundamenteel ervaren normen van ongeschreven recht. *De bedoeling van de vrouw was de man door het beding in het samenlevingscontract in de samenwoning “gevangen” te houden*. Hij zou zich slechts van de door hem niet op te brengen betalingsverplichting kunnen bevrijden door met haar in het huwelijk te treden. Het beding verdraagt zich niet met het recht van de man op eerbiediging van zijn privé-leven, zoals neergelegd in artikel 8 EVRM. Dit recht houdt in dat de man de keuzen ten aanzien van de inrichting van zijn privé-leven in vrijheid moet kunnen maken. De rechter dient bij de toepassing van een open norm als de goede zeden rekening te houden met het in dit grondrecht belichaamde belang. De stelling van de vrouw dat de man haar heeft misleid en de relatie alleen is aangegaan om aan een verblijfsvergunning te komen – welke stelling overigens door de man gemotiveerd is betwist – kan niet tot een andere afweging leiden.” (Curs. Red)

De vrouw voert ook nog aan dat er (ook) geen strijd is met de goede zeden omdat de regeling gezien de Chinese achtergrond van beide partijen gebruikelijk is. Het Haagse Hof gaat hier niet in mee. Er is in het samenlevingscontract immers uitdrukkelijk bepaald dat het Nederlands recht van toepassing is. Los daarvan betwist de man de door de vrouw gestelde gebruikelijkheid.

De boodschap van het Hof Den Haag is duidelijk: dit concrete vergoedingsbeding heeft niets van doen met een – op draagkracht en behoefte gebaseerde – partneralimentaire regeling. Nee, het is een beding dat de strekking heeft om de verbreking van de relatie tegen te gaan, en dat maakt dat sprake is van strijd met de goede zeden. Het moge duidelijk zijn dat het geen kwaad kan deze weliswaar enigszins exotische casus in het achterhoofd te houden zodra men ‘alimentatieachtige’ afspraken gaat vastleggen! En dat dan niet alleen in samenlevingscontracten, maar ook in andere contractuele regelingen. Waarom zou een en ander immers niet evengoed opgaan bij een in huwelijkse voorwaarden of een convenant vastgelegde regeling?



9. DE WETTELIJKE VERDELING EN HET VERZWIJGEN VAN GOEDEREN

In dit artikel bekijken we de wettelijke verdeling van art. 4:13 e.v. BW. We doen dat niet – zoals gebruikelijk – aan de hand van een recente uitspraak maar aan de hand van een paar ‘golden oldies’.

Zoals u weet, is de wettelijke verdeling gebaseerd op de oude testamentaire ouderlijke boedelverdeling (art. 1167 Boek 4 (oud) BW) en is het doel de bescherming van de langstlevende echtgenoot tegen aanspraken van de kinderen. Als we de definitie van art. 4:13 lid 1 BW erbij pakken, zien we dat die verdeling alleen werkt als ten minste één kind en de langstlevende erfgenaam zijn van de erflater. Irrelevant is of sprake is van erfgenaamschap krachtens de wet of een uiterste wilsbeschikking. Daarmee is ook duidelijk dat de wettelijke verdeling en testament elkaar niet uitsluiten. Onterving van een kind mag ook, mits ten minste één kind resteert als erfgenaam. En als we art. 4:10 lid 2 BW in verband met art. 4:12 lid 1 BW lezen, weten we dat in plaats van een (bijvoorbeeld vooroverleden) kind ook diens afstammelingen als erfgenaam kunnen optreden. Een wettelijke verdeling tussen alleen afstammelingen van de erflater – derhalve zonder dat de langstlevende meedoet – is niet mogelijk. Dit was anders bij de ouderlijke boedelverdeling van art. 1167 Boek 4 (oud) BW.

Een stiefkind kan wel in de wettelijke verdeling worden betrokken, zie art. 4:27 BW. Als geen van de eigen kinderen/afstammelingen erfgenaam is – bijvoorbeeld door verwerping of vooroverlijden – en dus géén ‘eigen’ kinderen overblijven, functioneert de wettelijke verdeling waar het stiefkind in is betrokken, in principe toch gewoon. Zou in een testament om wat voor een reden dan ook een derde (niet zijnde (klein)kind) tot erfgenaam zijn benoemd, uiteraard naast de langstlevende en ten minste één kind, dan heeft dit tot gevolg dat de wettelijke verdeling wél werkt in de verhouding ouder-kind maar niet tussen ouder en de derde. Dit betekent dat er een onverdeeldheid ontstaat tussen de langstlevende en die derde.

De mogelijkheden om bij testament af te wijken en de wettelijke verdeling toch in stand te laten, zijn beperkt. Aangepast kunnen worden: de regeling omtrent de wilsrechten (art. 4:25 lid 6 BW), de opeisbaarheidsgronden (art. 4:13 lid 3 BW), het rentepercentage van de vordering van

de kinderen (art. 4:13 lid 4 BW), het als eigen kind in de verdeling betrekken van een stiefkind en het aanpassen van de toerekeningsregel bij het betalen door de langstlevende echtgenoot (art. 4:17 lid 1 BW). Buiten deze gevallen is afwijking niet mogelijk. Overigens, wijziging van de omvang van de versterfporties (de breukdelen) van de erfgenamen – waaronder ook het tot nihil reduceren daarvan – is ook toegestaan. Deze aanpassingen vinden als het ware plaats ‘buiten’ het regime van de wettelijke verdeling zelf. Al deze afwijkoptyes leveren het bekende ‘rijtje van 5 plus 1’ op, waarover B. Schols, ‘Aan de grenzen van de wettelijke verdeling en het ‘inhoudelijk overeenkomen’. Het ‘rijtje van 4 plus 1’!’, *Ftv*, 2000/4.

Wat kunnen we nog meer kwijt over de wettelijke verdeling? Het is goed om te weten dat de wettelijke verdeling werkt ongeacht of de langstlevende verzorgingsbehoefstig is. En op een wat technisch vlak, de term wettelijke verdeling is niet correct. Over dit laatste: als de wettelijke verdeling van kracht is, ontstaat op géén enkel moment een onverdeeldheid. Er vindt dan ook geen verdeling plaats als bedoeld in art. 3:182 BW. Er is ook nooit sprake geweest van een onverdeeldheid van art. 3:166 lid 1 BW. Nee, het is dus geen verdeling maar er is sprake van een toedeling. Wellicht dat u nu zegt, allemaal fijn en aardig maar wat is de relevantie van deze juridische haarkloverij?

Meest in het oog springende gevolg is toch wel dat alle spelregels die gelden voor ‘gewone’ verdelingen (die staan in Boek 3 BW in titel 7) niet van toepassing zijn. Dit betekent bijvoorbeeld dat geen levering nodig is van de ‘nalatenschapsspullen’ aan de langstlevende. Maar, omdat het toch handig is om los van Boek 4 BW zelf, bij de verdeling ook nog enkele andere spelregels te hebben, worden in art. 4:15 BW een aantal bepalingen van titel 7 Boek 3 BW en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van overeenkomstige toepassing verklaart.

In dat art. 4:15 BW staan wat regels over de vaststelling van de omvang van de vordering. Als hoofdregel gebeurt dat in onderling overleg en als men er samen niet uitkomt, komt de kantonrechter aan bod. Dit vaststellen, gebeurt bij overeenkomst en is een collectief ‘proces’. Het is dus niet zo dat de langstlevende met ieder individueel kind – in de zin van los van de eventuele andere kinderen – kan ‘vaststellen’. Ook moeten de bestanddelen van de nalatenschap voor ‘alle kinderen’ gelijk worden gewaardeerd.

Onder het oude recht heeft de Hoge Raad (HR 9 september 1988, *NJ* 1989, 239) in het kader van de testamentaire ouderlijke boedelverdeling bepaald dat de vaststelling van de omvang van de vorderingen gezien kan worden als een beschikkingsdaad. Ditzelfde geldt voor de vordering in

de wettelijke verdeling. Daarmee is sprake van een handeling als bedoeld in de zin van art. 1:345 aanhef en onder a BW en voor zo’n handeling kan machtiging van de kantonrechter zijn vereist. Bijvoorbeeld bij voogdij, maar ook – via art. 1:253k BW, voor de (langstlevende) ouder.

Maar goed, terug naar het gegeven dat de wettelijke verdeling geen verdeling is als bedoeld in art. 3:182 BW. Een van gevolgen daarvan is dus dat allerlei bepaling in titel 7, afdeling 3 van Boek 3 BW niet van toepassing zijn. En daar staan nu net de regels over nietige en vernietigbare verdelingen. Als gemeld, gelukkig biedt art. 4:15 BW hulp. Zo worden in dat artikel, onder meer art. 3:196 leden 2, 3 en 4, art. 3:199 en art. 3:200 BW van overeenkomstige toepassing verklaard.

Als u de tekst van art. 4:15 BW en de hele regeling van de wettelijke verdeling doorbladert, mist u een regeling over de gevolgen van ‘het verzwijgen van goederen’ bij een boedelbeschrijving en/of het vaststellen van de vorderingen. Voor de gewone verdelingen geldt art. 3:194 lid 2 BW:

“Een deelgenoot die opzettelijk tot de gemeenschap behorende goederen verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt, verbeurt zijn aandeel in die goederen aan de andere deelgenoten.”

Over de strekking van dit artikel schrijft Mellema-Kranenburg (T&C Boek 3 BW, art. 194, aant. 3):

“De erfgenaam verbeurt (zijn aandeel in) de goederen die hij verzwijgt, zoek gemaakt heeft of verborgen gehouden heeft. Het verzwijgen, zoek maken of verborgen houden van goederen vindt plaats telkens wanneer door de erfgenaam een handeling verricht of iets nagelaten wordt met *het oogmerk de rechten der deelgenoten, legatarissen of schuldeisers, te verkorten*. Dit kan geschieden door het *opzettelijk verzwijgen* van een schuld van de erfgenaam aan de boedel, het geven van *onjuiste inlichtingen* aan legitarissen omtrent door hem ontvangen, voor inkorting vatbare of aan inbreng onderworpen schenkingen (Asser/Perrick 4 2017/542). Zie HR 9 juli 2010, LJV BM4087. Hierdoor is tot uitdrukking gebracht dat de bepaling slechts geldt, als *de deelgenoot* wist dat de goederen tot de gemeenschap behoorden (MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 630). Zie ook HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:565, waarin de Hoge Raad oordeelde dat *alleen behoren te weten niet voldoende is* voor het aannemen van opzet.” (Curs. red)

Het is opmerkelijk dat art. 3:194 lid 2 BW of een soortgelijke regel niet expliciet geldt voor de wettelijke verdeling. Wat dat dan in concreto betekent, moet dus per geval door de rechter

worden beoordeeld. En daarmee zijn we – eindelijk – aanbeland bij de golden oldies.

Een eerste uitspraak over deze materie is van het Hof Amsterdam 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1968 (ECLI:NL:GHAMS:2013:1968):

“3.17. De wettelijke verdeling wordt geregeld in de artikelen 4:13 e.v. BW. [...] De bepaling omtrent opzettelijke verzwijging van tot de boedel behorende goederen (art. 3:194 lid 2 BW) is in deze wettelijke regeling door de wetgever *niet van toepassing* verklaard. De wet voorziet ook overigens niet in een sanctie in geval van opzettelijke verzwijging van bestanddelen van de nalatenschap waarop de wettelijke verdeling van toepassing is.

3.18. Naar het oordeel van het hof zou bij de wettelijke verdeling in een geval als hier aan de orde een met art. 3:194 lid 2 BW vergelijkbare sanctie wellicht *gewenst zijn*. Zonder een dergelijke sanctie is aan bedrog door een of meer erven in de vorm van opzettelijke verzwijging nauwelijks enig risico verbonden.

3.19. De vraag doet zich echter voor in hoeverre toepassing – al dan niet op grond van de redelijkheid en billijkheid – van een met art. 3:194 lid 2 BW vergelijkbare sanctie zich in deze casus verdraagt met art. 1 lid 1 van Protocol I bij het EVRM (Bescherming van eigendom): [...]

3.20. [...] Mede in aanmerking genomen dat de vordering van de kinderen ertoe strekt een (civielrechtelijke) sanctie te doen verbinden aan gedragingen van [appellant] is vereist dat de hierdoor gemaakte inbreuk op het ongestoorde genot van [appellant] berust op een voldoende duidelijke en specifieke wettelijke bepaling en niet arbitrair is. Naar het oordeel van het hof is niet aan dit vereiste voldaan. Onvoldoende daarvoor is de (wel in de wet verankerde) redelijkheid en billijkheid die de verhouding tussen de erfgenamen beheerst. *Bij gebreke van een specifieke wetsbepaling kan daarop in dit geval niet met de vereiste duidelijkheid de toepassing van een met artikel 3:194 lid 2 BW vergelijkbare sanctie worden gebaseerd, alleen al omdat in casu geen verdeling meer is vereist en de sanctie van ‘verbeuren’ niet zonder meer toepasbaar is* in het kader van een verdeling van rechtswege onder toekenning van een geldvordering. [...] Hoewel [appellant] door het opzettelijk verzwijgen van boedelbestanddelen *niet heeft gehandeld in overeenstemming met hetgeen van hem als langstlevende erfgenaam (en executeur) in het kader van een wettelijke verdeling van de nalatenschap mocht worden verwacht (en hij hierin*

laakbaar heeft gehandeld), is zijn gedrag naar het oordeel van het hof niet zodanig laakbaar dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat hij de hem in de artikelen 4:13 e.v. BW toekende aanspraken nog kan uitoefenen voor zover het de verzwegen goederen betreft. [...]” (Curs. red)

Een ander geluid, komt uit de Amsterdamse rechtbank (Rb. Amsterdam 15 december 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BP5496):

“2.4.2 [...] Kernvraag is of het artikel [3:194 BW] ook van toepassing is op een wettelijke verdeling. Artikel 3:194 lid 2 BW is daarop niet rechtstreeks van toepassing, omdat in dat geval de nalatenschap immers al is verdeeld en de mede-erfgenamen ‘slechts’ een vordering op de langstlevende hebben. In de bepalingen over de wettelijke verdeling is geen regeling opgenomen voor het geval sprake is van bedrog bij het verschaffen van informatie. In de artikelen 4:15 en 4:16 BW, die gaan over de informatieverschaffing, boedelbeschrijving en vaststelling van de geldvordering van de mede-erfgenamen in het geval van een wettelijke verdeling, wordt ook niet uitdrukkelijk naar artikel 3:194 lid 2 BW verwezen, terwijl dat wel gebeurt naar andere artikelen in Boek 3 titel 7 BW. Uit de wetsgeschiedenis blijkt echter niet dat artikel 3:194 lid 2 BW welbewust is uitgesloten voor het geval er een wettelijke verdeling is. De rechtbank is van oordeel dat sprake lijkt te zijn van een omissie, mede omdat artikel 3:194 lid 2 BW er juist toe strekt de regel van artikel 4:1110 (oud) BW (welke van toepassing is op alle nalatenschappen) uit te breiden tot vergelijkbare gevallen. In aanmerking nemend dat de eisen van redelijkheid en billijkheid ook de rechtsverhouding tussen partijen (allen erfgenamen) beheersen, *is een overeenkomstige toepassing van artikel 3:194 lid 2 BW op de wettelijke verdeling aangewezen* om in deze omissie te voorzien. [...]” (Curs. red)

Een voor de notariële practicus weinig bevredigend beeld. De ene rechter straft de verzwijging wel af, de ander – zij het ‘sputterend’ – niet. Het heeft er alle schijn van dat we zullen moeten wachten op de Hoge Raad of de wetgever vooraleer we precies weten waar we aan toe zijn. Tot die tijd kan waar nodig een eedsaflegging (art. 52 lid 1 Wna en art. 662 Rv of art. 674 Rv) soelaas bieden. Niet dat daardoor de bewijskracht van een eventuele boedelbeschrijving verandert. Nee, na de eed komt art. 207 Sr in beeld ter zake het ‘afleggen van een valse verklaring’. Over de eedsaflegging onlangs ook Waaijer in de rechtsvragenrubriek van WPNR 2019/7254.



10. AFSTAND VAN HET RECHT OP BIJZONDER PARTNERPENSIOEN

In dit artikel aandacht voor het recht op bijzonder partnerpensioen. Aanleiding is een uitspraak van het Hof Den Bosch van 11 juli 2019 (ECLI:NL:GHSHE:2019:2407).

Als ‘opwarmertje’ weer eerst wat (pensioen)theorie. Zoals u weet, ligt de civielrechtelijke basis van het partnerpensioen in de Pensioenwet. Uit de omschrijving in art. 1 PW volgt dat partnerpensioen een uitkering is in geld voor de (gewezen) partner van een (gewezen) werknemer welke verschuldigd wordt wegens het overlijden van deze laatste.

Bekend is ook dat niet iedere pensioenregeling een partnerpensioen kent. Partner in de zin van de Pensioenwet, en dus degene die de uitkering na het overlijden van de deelnemer gaat ontvangen, zijn de echtgenoot, de geregistreerde partner of de partner in de zin van de pensioenovereenkomst. Voor de precieze invulling van dit laatste begrip biedt de Pensioenwet geen aanknopingspunten en dient het pensioenreglement van de deelnemer te worden geraadpleegd. Per reglement kunnen verschillende specifieke voorwaarden worden gesteld waaraan moet worden voldaan, wil de informeel samenlevende partner als ‘pensioenpartner’ kwalificeren. Deze voorwaarden kunnen variëren van min of meer gebruikelijke voorwaarden als het gedurende een minimumperiode voeren van een gezamenlijke huishouding en/of ingeschreven staan bij de gemeentelijke basisadministratie, het aangaan van een (notarieel) samenlevingscontract en het aanmelden van de informeel samenlevende partner door de pensioendeelnemer bij de pensioenuitvoerder, tot een meer ‘exotische’ voorwaarde als het periodiek (jaarlijks) bevestigen van het voortduren van de informele relatie. Uiteraard zijn ook combinaties van voorwaarden mogelijk. Overigens, bij die informele samenleving moet men ook altijd alert zijn op het feit dat niet iedere pensioenregeling die een partnerpensioen heeft, dit ook toekent aan de informele – ongehuwde – samenleving.

Gevolg van een en ander, en met name het ontbreken van uniforme criteria voor het verkrijgen van de status ‘partner in de zin van de pensioenovereenkomst’, is dat de informele samenwoners zelf alert moeten zijn of aan de concrete voorwaarden van de uitvoerder wordt voldaan.

Qua financiering kent het partnerpensioen financiering op kapitaal- en op risicobasis. Als het partnerpensioen is gefinancierd op kapitaalbasis, blijven de opgebouwde aanspraken behouden indien een deelnemer niet langer actief deelneemt aan de pensioenregeling. Zo niet bij een risicofinanciering. Er vindt geen vermogensvorming plaats en als het overlijden niet plaatsheeft tijdens de periode waarvoor de premie was betaald, ‘verdampt’ deze als het ware.

Wat zijn de gevolgen van een scheiding, oftewel het einde van de partnerrelatie? Als eenmaal vast staat dat en aan wie een partnerpensioen is toegezegd, dan kennen de leden 1, 2 en 3 van art. 57 PW aan deze ex-pensioenpartner bij scheiding een recht toe op partnerpensioen. Dit recht wordt aangeduid met de term ‘bijzonder partnerpensioen’. Voor alle drie de tijdstippen van scheiding geldt als vereiste voor het recht op een bijzonder partnerpensioen dat de deelnemer ‘een aanspraak heeft of zou hebben behouden’, en daarvan is geen sprake bij risicofinanciering. Krachtens art. 57 lid 4 PW kunnen afwijkende afspraken worden gemaakt, zoals afzien van het recht op bijzonder partnerpensioen of het aanpassen van de periode waarover het recht wordt bepaald. Zo is denkbaar dat wordt overeengekomen om bij scheiding het partnerpensioen uit de voorrelationele periode niet aan de ex-partner te laten toekomen. Evenzo kan worden overwogen om deze ex-partner de partnerpensioenrechten over de periode na een scheiding van tafel en bed tot ontbinding van het huwelijk te onthouden.

Een afwijkende afspraak is slechts geldig als de pensioenuitvoerder zich bereid heeft verklaard hiermee in te stemmen en bereid is een uit de afwijking voortvloeiend risico te dekken dan wel het niveau van de uitkering aan te passen, art. 57 lid 4 tweede volzin BW. Dit voorschrift geldt ook voor een in huwelijkse voorwaarden of samenlevingsovereenkomst opgenomen beding waarbij wordt afgeweken van het standaardregime.

En daarmee zijn we aanbeland bij de zaak van het Hof Den Bosch. De partijen in deze zaak zijn in 1986 op huwelijkse voorwaarden met elkaar gehuwd en in 2015 gescheiden. Uit de uitspraak in eerste aanleg van de rechtbank blijkt dat artikel 13 van de huwelijkse voorwaarden luidt:

“Er vindt geen verrekening plaats van de waarde van aanspraken op al dan niet ingegaan pensioen.”

Deze clausule verdient geen schoonheidsprijs. En dat niet omdat de term *verrekening* (en niet verevening) van pensioen wordt gebruikt. Dat is logisch want in 1986 was de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding nog niet in beeld en werd verrekend conform Boon/Van Loon

(HR 27 november 1981, *NJ* 1982/503). Nee, het ‘probleem’ is dat niet duidelijk is welk pensioen men op het oog heeft gehad. Bedoelde men met ‘pensioen’ zowel het ouderdoms- als het partnerpensioen, of alleen het ouderdomspensioen?

De man voert bij de rechtbank aan dat uit de bepaling volgt dat zowel het ouderdoms- als het partnerpensioen niet wordt ‘verevend’. De vrouw betwist dat ook het partnerpensioen is bedoeld, en erkent daarmee impliciet dat verrekening/verevening van ouderdomspensioen niet aan de orde is. De rechtbank is het eens met de man en concludeert dat beide pensioensoorten niet worden ‘verevend’.

In hoger beroep voert de vrouw aan dat de rechtbank ten onrechte voor recht heeft verklaard dat de tijdens het huwelijk opgebouwde aanspraken op nabestaandenpensioen (partnerpensioen) niet zullen worden verevend. Ter toelichting op haar grieven voert zij het volgende aan:

“De rechtbank heeft ten onrechte de stelling van de man gevolgd dat partijen met art. 13 van hun huwelijkse voorwaarden hebben beoogd om naast het ouderdomspensioen, óók het nabestaandenpensioen van verrekening uit te sluiten. Juist is dat in art. 13 van de huwelijkse voorwaarden van partijen is bepaald dat er géén verrekening plaatsvindt van het pensioen. Bedoeld is daarmee het ouderdomspensioen. Besproken is dit destijds niet. De man bouwde ten tijde van de opmaak van de huwelijkse voorwaarden helemaal geen pensioen op. Over ouderdomspensioen, noch over nabestaandenpensioen is toen gesproken. Het nabestaandenpensioen is een eigen recht van degene die daarop aanspraak kan maken na het overlijden van de (ex-)partner. Bij echtscheiding wordt het nabestaandenpensioen van rechtswege afgesplitst en omgezet in een bijzonder nabestaandenpensioen dat alleen toekomt aan de ex-echtgenoot van de degene die het nabestaandenpensioen heeft opgebouwd. Indien de ex-echtgenoot geen aanspraak wil maken op het nabestaandenpensioen, moet de ex-echtgenoot in een schriftelijke verklaring jegens het pensioenfonds nadrukkelijk afstand doen van het recht op nabestaandenpensioen. De vrouw heeft dat niet gedaan, zodat haar aanspraken op het door de man opgebouwde nabestaandenpensioen onverkort zijn blijven bestaan.”

De man verweert zich en stelt dat ten tijde van het huwelijk in 1986 met pensioen zowel het ouderdomspensioen als het nabestaandenpensioen werd bedoeld. Zijn betoog kwam er op neer dat destijds van enig onderscheid tussen die twee pensioenvormen nog geen sprake was. Het

Hof Den Bosch oordeelt:

“Voor zover partijen al de bedoeling hebben gehad bij huwelijkse voorwaarden afstand te doen van het recht op partnerpensioen (door partijen aangeduid als nabestaandenpensioen), volgt uit het hiervóór weergegeven art. 57 lid 4 Pensioenwet dat de pensioenuitvoerder zich bereid moet verklaren om in te stemmen met het doen van afstand op het recht van partnerpensioen en bereid is een uit de afwijking voortvloeiend risico te dekken dan wel het niveau van de uitkering aan te passen. Van de bedoelde bereidverklaring van de pensioenuitvoerder is niet gebleken. Integendeel, de vrouw heeft een brief van Stichting Personeelspensioenfonds [stichting] (hierna [stichting]) van 31 mei 2016 overgelegd (productie 1 bij haar beroepschrift). De brief is (ook) aan de man verzonden naar aanleiding van zijn verzoek aan [stichting] de bestreden beschikking van 23 maart 2016 te respecteren en conform die beschikking te handelen voor zover de rechtbank daarbij heeft verklaard dat de tijdens het huwelijk opgebouwde aanspraken op ouderdoms- en partnerpensioen niet zullen worden verevend. [stichting] geeft in deze brief nadrukkelijk aan wat nog nodig is om geldig afstand te kunnen doen van het partnerpensioen. Dat, zoals de man ter zitting in hoger beroep nog heeft betoogd, in 1986 (het jaar waarin partijen huwelijkse voorwaarden hebben opgemaakt) een geheel andere regeling gold voor het doen van afstand op het recht van partnerpensioen, is onjuist. Uit het toen geldende art. 8a lid 3 Pensioen- en spaarfondsenwet, blijkt dat de pensioenuitvoerder zich ook in die tijd al bereid moest verklaren een uit de afwijking voortvloeiend pensioenrisico te dekken.”

Helder, het Hof laat in het midden of de bepaling in de huwelijkse voorwaarden betrekking had op zowel ouderdoms- als partnerpensioen, dan wel alleen het ouderdomspensioen. Het Hof Den Bosch kan dit doen omdat zelfs als destijds bedoeld zou zijn om inderdaad (in de toenmalige terminologie) verrekening van beide pensioensoorten uit te sluiten, die afspraak nog steeds geen toepassing vindt voor het partnerpensioen omdat de pensioenuitvoerder er (nog) niet mee heeft ingestemd. De uitspraak maakt duidelijk dat het raadzaam is om voor ogen te houden dat het instemmingsvereiste ook (al) geldt bij (het aangaan van) huwelijkse voorwaarden, en dus ook (al) bij (het aangaan van) samenlevingsovereenkomsten.



T 020 388 29 28 | WWW.INM.NL