Boom juridisch
Postbus 85576
2508 CG Den Haag
T (070) 330 70 33
E info@bjv.nl
I www.boomjuridisch.nl

Afl. 2019-04

6 februari 2019

Internationaal kiezen of delen? De legitieme ook de crux van het internationale erfrecht

De aanleiding voor hernieuwde aandacht voor de erfrechtelijke rechtskeuze is de zaak die speelde bij Rechtbank Noord-Holland 19 december 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:11507. In een testament, opgemaakt in 2016, bracht een erflater een rechtskeuze uit. *'I choose English law as the law governing the inheritance of my entire estate'*, zo luidde het. De erflater was in Nederland geboren en bezat tot zijn overlijden de Nederlandse nationaliteit. De vraag die in dergelijke internationale gevallen opkomt, is of een rechtskeuze geldig is. Het antwoord vindt de Nederlandse rechter in de Erfrechtverordening. Artikel 22 Erfrechtverordening bepaalt dat het recht van de staat gekozen kan worden waarvan erflater op het tijdstip van de rechtskeuze of op het tijdstip van zijn overlijden de nationaliteit bezit. Een persoon die meer dan één nationaliteit bezit, kan kiezen voor een van de staten waarvan hij op het tijdstip van de rechtskeuze de nationaliteit bezit. In het onderhavige geval, met de Nederlandse IPR-bril op, is het voor erflater niet mogelijk te kiezen voor Engels recht.

Als een rechtskeuze ongeldig is, is er niet gekozen en wordt in beginsel het recht van de laatste gewone verblijfplaats op basis van artikel 21 lid 1 Erfrechtverordening vastgesteld, met inachtneming van de regeling van renvoi in artikel 34 Erfrechtverordening als we zaken doen met een 'derde staat'. Dit zijn niet deelnemende EU-landen, zoals Engeland. De renvoiregeling ziet er als volgt uit:

'1. In de gevallen waarin deze verordening de toepassing van het recht van een derde staat voorschrijft, wordt hieronder verstaan de in die staat geldende rechtsregels, daaronder begrepen de regels van het internationaal privaatrecht die voorzien in terugverwijzing naar: a) het recht van een lidstaat, of b) het recht van een andere derde staat die zijn eigen recht zou toepassen. 2. Terugverwijzing is uitgesloten in de gevallen bedoeld in artikel 21, lid 2, artikel 22, artikel 27, artikel 28, onder b), en artikel 30.'

Renvoi bevordert, zoals het zo mooi heet, de internationale beslissingsharmonie, maar compliceert het dossier enorm. Ook het internationale erfrecht van het land waar men met artikel 21 Erfrechtverordening is beland, moet immers bestudeerd worden. Een rechtskeuze, zo leert lid 2 van artikel 34 Erfrechtverordening, voorkomt dat we ook het internationale erfrecht van een 'derde staat' tot ons moeten nemen. Maar in de zaak die speelde bij Rechtbank Noord-Holland is het natuurlijk maar de vraag of het bij de wensen van erflater paste voor Nederlands erfrecht te gaan.

Zoals beschreven in *EstateTip Review* 2016-4, ‘Vandaag verscheen voor mij... iemand met de Nederlandse nationaliteit?’, wordt in Nederlandse testamenten veelal gekozen voor Nederlands recht. Een dergelijke rechtskeuze is, zoals gezien, alleen geldig indien gekozen wordt voor het recht van de nationaliteit als bedoeld in artikel 22 Erfrechtverordening. Om deze beperking in de mogelijkheden niet uit het oog te verliezen, werd de tip gegeven de ‘standaard’ rechtskeuzeclausule anders op te zetten: kies niet rechtstreeks voor Nederlands recht, maar kies voor het recht van ‘mijn huidige nationaliteit, te weten Nederlands recht’. Verschijnt er dan een ‘buitenlander’ op het notaris kantoor, dan geldt $1 + 1 = 2$: er kan niet gekozen worden voor Nederlands recht. Stel dat de buitenlander gecharmeerd is van ons – ten opzichte van zijn nationale erfrecht – liberale Nederlandse erfrecht dan moet hij *niet* kiezen en dan is Nederlands erfrecht van toepassing indien erflater alhier zijn laatste gewone verblijfplaats had. Het lijkt dan zinvol om – indien dit de wens is – van het niet kiezen uitdrukkelijk gewag te maken in het testament. Dit om te voorkomen dat er discussie kan bestaan over het feit of er al dan niet een impliciete rechtskeuze is gemaakt en ook informeert en waarschuwt dit de testateur. De clausule *‘ik breng geen rechtskeuze uit, zodat van toepassing is het recht van mijn laatste gewone verblijfplaats, thans Nederland’*, laat immers blijken dat indien men de Nederlandse gewone verblijfplaats inruilt voor die van een ander land, het toepasselijke erfrecht eveneens wijzigt.

Een geldige en ook in het buitenland geaccepteerde rechtskeuze kan het verschil maken in een zaak: kiezen of delen. Illustratief in dit kader is Rechtbank Rotterdam 8 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2465 en in hoger beroep Hof Den Haag 20 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3754.

Een Nederlandse erflater overleed in 2010. Hij had twee kinderen en een tweede echtgenoot. Erflater maakte zijn testament bij een notaris in Portugal. Hij benoemde zijn echtgenoot tot zijn enige erfgenaam. Naar Nederlands erfrecht geen probleem, zo weet u. De testateur sluit zijn testament af *‘declaring that his personal law, which is the Dutch law, gives him the capacity to dispose of his goods’*. Ook onder het Haags Erfrechtverdrag 1978 zou, gelet op artikel 5 HEV, een rechtskeuze voor Nederlands recht mogelijk zijn, maar de vraag was of er in casu wel sprake was van een erfrechtelijke rechtskeuze. Zowel de rechtbank als het hof komt tot de conclusie dat de aangehaalde passage geen rechtskeuze betrof. Het hof:

‘12. Het IJl beantwoordt de vraag of sprake is van een rechtsgeldige rechtskeuze ontkennend. Er is in het testament geen sprake van een uitdrukkelijke verklaring waarbij het Nederlands recht wordt aangewezen als het recht dat de gehele nalatenschap beheerst; de zin waar [de Echtgenote] naar verwijst doet denken aan een constatering dat de erflater bevoegd is tot testen. Met het IJl is het hof in verbinding met art. 5 lid 2 van het Verdrag van oordeel dat in het testament, in het bijzonder in de hiervoor aangehaalde zin, geen keuze voor Nederlands recht wordt gedaan.’

Ook via uitleg (art. 4:46 BW) komt men niet tot een rechtskeuze. En is dat ernstig? Het toepasselijke recht moet dan vastgesteld worden met de objectieve verwijzingsregels en men komt dan tot de conclusie dat er Portugees erfrecht van toepassing is. En dat zal schrikken zijn voor de echtgenoot. Want wat is er in Portugal aan de hand? De rechtbank had zich al erfrechtelijk laten voorlichten:

‘4.2.4. Uit meergenoemd rapport van het IJl blijkt voorts dat naar Portugees recht een erflater, die een echtgenoot en kinderen achterlaat, niet vrijelijk mag beschikken over 2/3e gedeelte van de nalatenschap. Dat deel, de zogenaamde legitieme portie, vererft altijd volgens de ab intestaat regels. Dat brengt met zich mee dat eisers ieder recht hebben op 1/3e van 2/3e is 2/9e gedeelte van de nalatenschap. Volgens het

rapport brengt dit niet slechts een vorderingsrecht met zich mee, maar een echt erfrecht en dus een goederenrechtelijke aanspraak, die direct opeisbaar is.'

En zo ziet u maar weer: niet kiezen betekent in casu goederenrechtelijk delen. De legitieme vormt ook in het internationale erfrecht de crux. Een *goederenrechtelijke en opeisbare legitieme* sluipt het dossier in. We zouden bijna vergeten dat dergelijke fenomenen bestaan. Was er een rechtskeuze aangenomen, dan was het oordeel van de Nederlandse rechter voor de langstlevende veel milder geweest.

Tot volgende week!

Prof. mr. dr. F.W.J.M. Schols

Boomjuridisch

www.scholsburgerhartschols.nl www.boomjuridisch.nl

© 2019 Boom juridisch | ScholsBurgerhartSchols

Hoewel de uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *EstateTip Review* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid.