

# Erfrechtelijke ingrepen met het oog op het informele samenleven en het samengestelde gezin

## 1. Een maatschappelijke tendens en een tekortschietend erfrecht?

Mijn ervaring leert dat we in de praktijk met het erfrecht uit 2003 best goed uit de voeten kunnen. Vanzelfsprekend blijft er altijd iets te wensen over en zijn er ook eerder al vele suggesties tot verbetering en aanpassing gedaan. Hoewel ik veel auteurs hiermee te kort doe, volsta ik in dit kader met een verwijzing naar het rapport van de Commissie Erfrecht KNB en naar het KNB-preadvies nieuw erfrecht in de praktijk.<sup>1</sup>

Ondanks het feit dat er ook meer op mijn erfrechtelijke verlanglijst staat<sup>2</sup>, wordt in deze bijdrage slechts gefocust op twee maatschappelijke fenomenen die zich steeds nadrukkelijker manifesteren, te weten het informeel samenleven (niet gehuwd/als partner geregistreerd) en het 'stiefgezin' of het 'samengestelde gezin'.<sup>3</sup>

Informeel samenleven is al lang geen zeldzaam verschijnsel meer. Sterker nog, men kiest er steeds vaker voor om niet te trouwen. De CBS-huishoudensprognose (2015 – 2060) liegt er niet om:

“Paren wonen steeds vaker nietgehuwd samen. In 1971 kwam het vrijwel niet voor, in 1995 betrof het bijna 16 procent van alle paren. Inmiddels is 23 procent van de paren niet gehuwd. Aan het eind van de prognoseperiode zal naar verwachting 33 procent van de paren niet gehuwd zijn.”<sup>4</sup>

Het CBS informeerde niet alleen over de toename van het aantal informele samenlevers, maar ook dat een grote groep niets regelt bij overeenkomst:<sup>5</sup>

“[...] Van de ongehuwde samenwoners kiest het merendeel voor een samenlevingscontract. Oudere ongehuwde samenwoners hebben of willen vaker een contract dan jongeren: van de ongehuwde samenwoners van 53 tot 63 jaar heeft of wil 84 procent er een, tegen 66 procent van de jongste samenwoners. Bijna een kwart van de jongeren heeft geen samenlevingscontract en wil dit ook in de toekomst niet afsluiten. Van de oudste ongehuwde samenwoners wenst maar een op de tien geen samenlevingscontract.”

Het aantal stellen dat een contract sluit, lijkt wel toe te nemen<sup>6,7</sup> Dat een forse groep niets regelt bij contract en, zo durf ik een gokje te wagen,



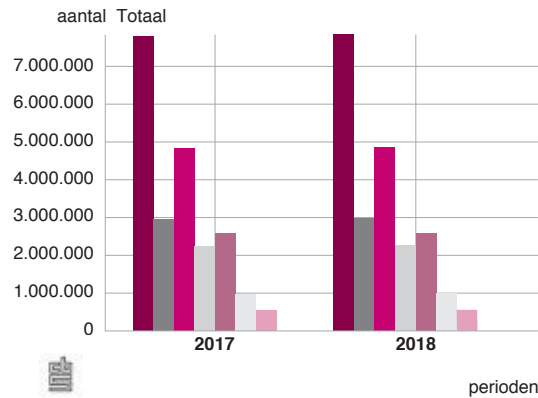
Prof. mr. F.W.J.M. Schols\*

\* Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder notarieel recht, verbonden aan het Centrum voor Notarieel Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen, buitengewoon hoogleraar Familie (vermogens)recht en erfrecht aan de faculteit der Rechtsgeleerdheid van de University of Curaçao, estate planner te Nijmegen, redacteur van het WPNR. (freak@scholsburgerhartschols.nl)

1. Zie Eindverslag commissie erfrecht KNB inzake Boek 4, *Ars Notariatus* 150, Kluwer Deventer 2012 (tevens *WPNR* 2010/6866 en 6867) en *Nieuw Erfrecht in de praktijk*, een evaluatie, Blokland, B. Schols, Mellema-Kranenburg, Stollenwerck, Van den Brink-Baggerman, Stille, Sdu Uitgevers 2006.
2. Ook de crux van het erfrecht, de legitieme, laat ik hier buiten beschouwing. En op de retorische vraag of de aanvaardingsproblematiek met het nieuwe art. 4:192 BW en art. 4:194a BW nu afdoende geregeld is, ga ik eveneens niet in. Zie, bijvoorbeeld, ter bepaling van de sfeer, *Rechtbank Gelderland* 28 juni 2018, *ECLI:NL:RBGEL:2018:361*.
3. Een stiefgezin, of samengesteld gezin, is een gezin waarbij minimaal één ouder een kind heeft uit een vorige relatie, aldus het Nederlandse Jeugdinstituut. Zie <https://www.nji.nl/nl/Databank/Cijfers-over-Jeugd-en-Opvoeding/Cijfers-per-onderwerp/Stiefgezinnen>.
4. Van Duin, Stoeldraijer, Van Roon, Harmsen *Bevolkingstrends 2016/04*, *Huishoudensprognose 2015-2060*, CBS 2013, p. 21.
5. Garssen, De Graaf, Apperloo (red.), *Relatie en gezin in het begin van de 21e eeuw*, CBS 2009, p. 15 - 22. Zie ook Kuik, Schrama en Verstappen, *Samenlevingsovereenkomsten in de notariële praktijk*, F&R november 2014 en het onderzoek uit 2017 van Wijzer in geldzaken: [https://www.wijzeringeldzaken.nl/platform-wijzeringeldzaken/publicaties/Onderzoek\\_samenwonenden\\_rapport.pdf](https://www.wijzeringeldzaken.nl/platform-wijzeringeldzaken/publicaties/Onderzoek_samenwonenden_rapport.pdf). Uit dat onderzoek bleek dat nog minder dan de helft een samenlevingsovereenkomst afsloot.
6. <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2010/06/steeds-meer-samenwoners-hebben-een-samenlevingscontract>.
7. Zie evenwel het onderzoek uit 2017 van Wijzer in geldzaken: [https://www.wijzeringeldzaken.nl/platform-wijzeringeldzaken/publicaties/Onderzoek\\_samenwonenden\\_rapport.pdf](https://www.wijzeringeldzaken.nl/platform-wijzeringeldzaken/publicaties/Onderzoek_samenwonenden_rapport.pdf). Uit dat onderzoek bleek dat nog minder dan helft een samenlevingsovereenkomst afsloot.

ook niets bij testament, baart zorgen en noopt tot aandacht van de wetgever ook op erfrechtelijk terrein.<sup>8,9</sup> De volgende tabel laat zien dat thans rond de miljoen stellen informeel samenleeft.<sup>10</sup> Het betreft stellen met en zonder kinderen.

Particuliere huishoudens naar samenstelling en grootte, 1 januari  
Leeftijd referentiepersoon:



- Onderwerp
- Particuliere huishoudens: samenstelling \ Totaal particuliere huishoudens
  - Particuliere huishoudens: samenstelling \ Eenpersoonshuishouden
  - Particuliere huishoudens: samenstelling \ Meerpersoonshuishouden \ Totaal meerpersoonshuishouden
  - Particuliere huishoudens: samenstelling \ Meerpersoonshuishouden \ Meerpersoonshuishouden zonder kinderen
  - Particuliere huishoudens: samenstelling \ Meerpersoonshuishouden \ Meerpersoonshuishouden met kinderen
  - Particuliere huishoudens: samenstelling \ Meerpersoonshuishouden \ Niet-gehuwd paar \ Totaal niet-gehuwde paren
  - Particuliere huishoudens: samenstelling \ Meerpersoonshuishouden \ Niet-gehuwd paar \ 0 kinderen
  - Particuliere huishoudens: samenstelling \ Meerpersoonshuishouden \ Niet-gehuwd paar \ 1 kind

Een stijgende lijn wat betreft de aantallen zien we ook bij de samengestelde gezinnen. Steenhof<sup>11</sup> schatte het aantal stiefgezinnen in 2007 (als ondergrens) op 149.000 met in totaal 282.000 kinderen. In 1998 was dat nog 115.000. Een groot deel van de stiefgezinnen bestaat overigens, aldus Steenhof, uit niet-gehuwde of geregistreerde samenwonende paren. Hier komen de beide onderdelen waarvoor ik in deze bijdrage aandacht wil vragen samen. Het Nederlands jeugdinstituut<sup>12</sup> borduurt voort op deze cijfers van Steenhof en meldt in 2015 dat het aantal stiefgezinnen in Nederland ongeveer 184.000 bedraagt.<sup>13</sup> Spruijt en Kormos leren<sup>14</sup> dat iets meer dan de helft van alle scheidingskinderen van 12 jaar tot 16 jaar in een gezin met een stiefouder zegt te wonen. Van CBS-onderzoekers heb ik begrepen dat ook op dit vlak de stijgende lijn zich voortzet.<sup>15</sup>

## 2. De langstlevende informele partner en het erfrecht

Doen we op erfrechtelijk terrein recht aan de tendens dat het huwelijk of geregistreerd part-

nerschap niet per definitie de organisatievorm is waarvoor stellen kiezen? Ik boog me vaker over deze vraag, ook in dit tijdschrift.<sup>16</sup> Het is deels een kwestie van smaak. Sommigen zullen zich op het standpunt stellen dat er niet één maar zelfs twee organisatievormen met erfrechtelijke gevolgen gratis en voor niets beschikbaar zijn en dat – wellicht met wat extra ‘Postbus 51-achtige’-aandacht – daarmee meer dan voldoende voorzieningen voor handen zijn. Te meer nu ook op het testamentaire vlak de langstlevende informele partner met behulp van art. 4:82 BW de volledige beschikkingsmacht kan worden gegeven van de nalatenschap. Anderen, waaronder ondergetekende, zouden van mening kunnen zijn dat ten onrechte een erfrechtelijk vangnet ontbreekt voor deze groep.

De informele levensgezel maakt geen deel uit van het groepsstelsel van art. 4:10 BW. Het andere wettelijke recht dat is toegekend in art. 4:28 BW is zeer mager (woonrecht van zes maanden).

8. De problematiek die speelt bij uit elkaar gaan van samenlevers die niets geregeld hebben, speelt ook bij overlijden. Zie Antokolskaia, Breederveld, Hulst, Kolkman, Salomons, Verstappen, Rapport koude uitsluiting, Nederlands Instituut for Law and Governance, november 2010.
9. Ik verwijs naar de vele bijdragen van Schrama op dit vlak voor wat betreft het relatievermogensrecht, in het bijzonder naar de bijdrage van haar in dit themanummer.
10. <http://statline.cbs.nl/Statweb/publication/?DM=SLNL&PA=37975&D1=0-26&D2=0&D3=0,5,10,15,20-23&HDR=T&STB=G1,G2&VW=G>. Zie ook Schrama in haar bijdrage in het onderhavige themanummer.
11. Steenhof, Schatting van het aantal stiefgezinnen, Bevolkingstrends, 4e kwartaal 2007, p. 19 e.v. Hierbij is als stiefgezin aangemerkt die huishoudens en paren waarin niet van alle kinderen beide ouders op het adres wonen. Dit uitgangspunt brengt met zich dat haar cijfers als ondergrens aangemerkt moeten worden. Zie Spruijt en Kormos, Handboek scheiden en kinderen, Bohn Stafleu van Loghum 2014, p. 28.
12. <https://www.nji.nl/nl/Over-het-Nederlands-Jeugdinstituut-Bohn-Stafleu-van-Loghum>.
13. Verwijzend naar Spruijt en Kormos, Handboek scheiden en kinderen, Bohn Stafleu van Loghum 2010, thans 2014.
14. Spruijt en Kormos, Handboek scheiden en kinderen, Bohn Stafleu van Loghum 2014, p. 28. Gebaseerd op de onderzoeksrunde ‘Scholieren en Gezinnen’ 2013.
15. Het stiefgezin is vanzelfsprekend van alle tijden. Zie Stepfamilies in Europe, 1400 -1800, Warner (ed.). Routledge 2018. In vervlogen tijden ontstond het stieffamiliegezin met name door overlijden en een daaropvolgend huwelijk. Kettinghuwelijken duurden soms wel meer dan een eeuw, aldus Roes in zijn bijdrage in Stepfamilies in Europe, The riddle of Nijmegen. Complicated marriages, stepfamilies and early modern Dutch Law, p. 108 e.v.
16. Zie bijvoorbeeld mijn bijdrage F. Schols, (Ex-)partners en postmortale solidariteit: Een korte beschouwing over het ‘erfrechtelijke alimentatierecht’ en de postmortale solidariteit voor samenlevers, WPNR 2013/6972. Zie evenwel met name F. Schols, Samenlevers-erfrecht? Waar een wil is, is een wet. Naar een aangepast erfrecht voor de ongehuwde niet-geregistreerde samenlevingspartner, Preadvies voor de vergadering van de Christen Juristen Vereniging, Paris 2014, hierna preadvies CJV.

Hoe weinig omvattend deze aanspraak ook is, van principieel belang is evenwel te constateren dat er wel al een positie in het nooderrecht bestaat voor degene met wie de erflater een duurzame gemeenschappelijke huishouding voert. Hiermee zou gezegd kunnen worden dat de teeling eigenlijk al geworpen is en de vraag of het mogelijk is de informele partner binnen het basissysteem van het erfrecht te halen, beantwoord. Het is alleen nog maar een kwestie van het beantwoorden van de vraag of de huidige aanspraak voldoende is. Mijns inziens is dat, zoals al opgemerkt, niet het geval. Mijn concrete voorstel is dat voor 'de andere levensgezel' van art. 4:82 BW<sup>17</sup> met wie een duurzame gemeenschappelijke huishouding wordt gevoerd (als bedoeld in art. 4:28 lid 2 BW) een beroep open staat op de rechten van art. 4:29 en 4:30 BW. Het hebben van een (notariële) samenlevingsovereenkomst is geen vereiste, omdat anders weer een grote groep het noodverband zou ontberen. De toe te kennen rechten zouden evenwel – anders dan voor echtgenoten en geregistreerde partners – niet dwingendrechtelijk moeten zijn. Dit gelet op de partijautonomie en mede omdat een dwingendrechtelijk alimentatieregime bij samenlevers ontbreekt. Hierbij past mijns inziens dan geen dwingendrechtelijk alimentatieregime bij overlijden. De wetgever zou een minimale duur van het bestaan van de gemeenschappelijke huishouding kunnen eisen. Het hebben van gemeenschappelijke kinderen zie ik niet als een noodzakelijke voorwaarde, mede gelet op het hierna te schetsen beeld van de testamentenpraktijk. Met dit voorgestelde regime wordt een balans gevonden tussen de eigen verantwoordelijkheid (het geboden pakket is sober) en de partijautonomie (het pakket is niet dwingend; opting-out is mogelijk).

Waarom is dit vangnet dan toch nodig, ondanks dat het huwelijk en geregistreerd partnerschap openstaat voor iedereen en het testamentaire erfrecht ruime mogelijkheden biedt? De door mij voorgestelde aanpassing van de wet is te baseren op de vermoedelijke erfrechtelijke wil. Een klein onderzoek<sup>18</sup> naar de testamentenpraktijk ten aanzien van gehuwden, geregistreerde partners en informele partners versterkte mijn indruk dat informele samenlevers als zij een gemeenschappelijke huishouding voeren, het beter met elkaar voor hebben dan met verre versterferrechtelijke verwanten. En net als gehuwden en geregistreerde partners geven zij de langstlevende partner erfrechtelijk een sterke positie, ook als er kinderen zijn. Zelfs indien er niet-gemeenschappelijke kinderen in de relatie aanwezig zijn, laat men de langstlevende niet in de steek. Vanzelfsprekend kan de testerende medemens niet een op een vergeleken worden met degene die niet testeert,

maar toch biedt dit beeld uit de praktijk steun voor in ieder geval een erfrechtelijk vangnet voor de informele langstlevende partner.

Het lijkt ook niet te veel gevraagd; de ingreep is te overzien. Op Curaçao (1 januari 2012) en Sint Maarten (1 april 2014)<sup>19</sup> heeft de langstlevende informele partner al een erfrechtelijk vangnet nu men aldaar – het overigens enerzijds dwingende<sup>20</sup> en anderzijds discretionaire – art. 4:30b CBW kent:

- “1. Heeft de erflater onmiddellijk voorafgaande aan zijn overlijden *tien jaren* of langer samengeleefd met een ander als waren zij gehuwd, dan kan de rechter, indien dat redelijk is, bepalen dat de ander voor de toepassing van deze afdeling met een echtgenoot gelijkgesteld wordt.
2. Heeft de erflater een echtgenoot achtergelaten, dan is deze afdeling zowel op de echtgenoot als op de op grond van het eerste lid met een echtgenoot gelijkgestelde persoon van toepassing.” (cursv. FS)

Recentelijk heeft het Gemeenschappelijk Hof<sup>21</sup> in een kwestie betreffende dit art. 4:30b CBW uitspraak gedaan. De tot de verbeelding sprekende feiten en omstandigheden werden gewogen. Het hof achtte bewezen dat de partner en de erflater al heel lang (meer dan tien jaren) een affectieve relatie hadden en ook dat zij gedurende ten minste tien jaren vóór het overlijden samenwoonden. Het hof twijfelde echter aan de lotsverbondenheid en de wederzijdse verzorging tussen degene die zich beriep op art. 4: 30b BW. Wat was er aan de hand?

17. Van belang in dit kader is het begrip 'andere levensgezel': 'Dit begrip levensgezel impliceert als zodanig een – ook voor het huwelijk kenmerkende – duurzame lotsverbondenheid tussen twee personen, waaronder in dit verband niet de band wordt begrepen met een broer, zuster, of andere naaste verwant van de erflater.' Aldus Kamerstukken II, 1997/1998, 17141, nr. 26, p. 19. Er wordt een gemeenschappelijke huishouding en een notarieel samenlevingscontract vereist, niet alleen voor de rechtszekerheid, maar ook omdat de niet-opeisbaarheidsclausule financiële gevolgen heeft voor de verschillende bij de nalatenschap betrokken personen, zo leert de toelichting. Met name zullen dit de legitimarissen zijn.
18. Preadvies CJV, p. 29 e.v.
19. Aruba zal hoogstwaarschijnlijk op niet al te lange termijn volgen.
20. Het dwingende karakter past aldaar te lande goed bij het feit dat de rechter alimentatie kan vaststellen voor informele ex samenlevers. Zie art. 1:408b CBW.
21. Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 4 april 2017, ECLI:NL:OGHACMB:2017:17.

“3.5. [Geïntimeerde] was niet aanwezig bij haar overlijden. Als [naam erflater] (jaarlijks) op vakantie ging, vertrok [geïntimeerde] uit de woning. [Geïntimeerde] mocht de auto van [naam erflater] niet gebruiken. Hij was ook niet ingeschreven op het adres van de woning. [Geïntimeerde] genoot onderstand van de overheid. In de overlijdensadvertentie ter gelegenheid van het overlijden van [naam erflater]’s (en [appellante]’s) moeder in 2013, is [geïntimeerde] niet naast [naam erflater] vermeld [...]; in de overlijdensadvertentie ter gelegenheid van het overlijden van de moeder van [geïntimeerde] in 2010 en van zijn stiefmoeder in 2012 was het anders [...]. De uitnodiging voor de inwijding van de woning in 2001 is door [naam erflater] in de ik-vorm geschreven. [Geïntimeerde] werd daarin niet vermeld. [...].”

Maar het hof wilde hiermee niet meteen de kous afdoen, en ging er veronderstellenderwijze van uit dat sprake was van een samenleven ‘als waren zij gehuwd’ om vervolgens de vraag te beantwoorden of het hof gebruik moest maken van de discretionaire bevoegdheid. Immers op basis van art. 4:30b CBW ‘moet’ de rechter niets, maar ‘kan’ de rechter:

“3.6. [...] In het bijzonder van belang is dat – anders dan wat geldt voor de echtgenoot – toekenning van het verzorgingsvruchtgebruik ‘redelijk’ moet zijn, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval. Het dwingend-rechtelijke verzorgingsvruchtgebruik is in afdeling 2 van titel 3 van Boek 4 BW gegeven aan de langstlevende echtgenoot, hetgeen past bij het huwelijk als wettelijk getypeerd instituut. Artikel 4:30b BW geeft een uitbreiding buiten huwelijk, evenals artikel 1:408b BW wat betreft de alimentatieplicht. Het Hof vat deze uitbreidingen op als door de wetgever bedoeld voor sprekende gevallen. [...]

3.8. Ter gelegenheid van de descende op [...] is het Hof ook bij de woning geweest waar [geïntimeerde] thans verblijft, met zijn broer. [Geïntimeerde] gaf geen toestemming binnen te komen, maar het leek van buiten gezien een betrekkelijk ruim huis. Het terrein was zeer ruim, te weten twee hectare. In rov. 3.5 heeft het Hof al overwogen enige twijfel te hebben aan de lotsverbondenheid en wederzijdse verzorging tussen [geïntimeerde] en [naam erflater] en daarbij een aantal omstandigheden genoemd.”

Alles afwegende en de vele verklaringen gelezen en de vele getuigen gehoord hebbende, achtte het hof het uiteindelijk niet ‘redelijk’ om de partner die zich op art. 4:30b CBW beriep wat betreft het verzorgingsvruchtgebruik met een echtgenoot gelijk te stellen.

Tegenstanders van een aangepast erfrechtelijk regime voor informele samenlevers, zoals ik dat voorsta, zouden bij uitspraken als deze garen kunnen spinnen. De rechtelijke macht wordt overbelast, zo hoor ik ze al zeggen en de rechtszekerheid is in het geding. Zeker een argument, maar ik ben daar niet heel erg van onder de indruk.<sup>22</sup> Er zal zich immers niet regelmatig iemand bezijden de waarheid op de levensgezelstatus beroepen (terwijl een gemeenschappelijke huishouding ontbreekt). De zaak die bij het hof speelde doe ik dan ook af als interessant, maar exotisch.<sup>23</sup> Bovendien is mijn voorstel anders opgezet dan het Caribische art. 4:30b CBW, de discretionaire bevoegdheid ontbreekt. Er dient alleen de extra voorvraag te worden beantwoord of iemand de gemeenschappelijke levensgezel is. De vrees voor een vloed aan jurisprudentie weegt niet op tegen het belang van een erfrechtelijk vangnet voor de langstlevende informele partner.<sup>24</sup>

Terzijde merk ik op dat het informeel samenleven ook aandacht behoeft in art. 4:52 BW, waar, kort gezegd, aandacht is voor de uiterste wil en scheiding. Hoewel met de uitleg (art. 4:46 BW) en eventueel de ‘dwaling in de beweegreden’ (art. 4:43 lid 2 BW) de rechter wel uit de voeten kan, zou het niet misstaan art. 4:52 BW uit te breiden met het informeel samenleven.<sup>25</sup>

### 3. Het samengestelde gezin en het erfrecht Art. 4:91 BW en het stiefkindbegrip

Ook de stieffamilie kan niet meer uit het relationele straatbeeld worden weggedacht en verdient derhalve eveneens onze erfrechtelijke aandacht op verschillende punten. Op de eerste plaats schiet de gelijkstellingsregeling van art. 4:91 BW als zodanig te kort voor huwelijkse relaties en geregistreerde partnerschappen. Een volledige gelijkstelling is immers niet haalbaar indien de

22. Zie Het rapport ‘Legal practitioners’ perspectives on the cohabitation provisions of the family law (Scotland) act 2006’, Wasoff, Miles, Mordaunt, Centre for Research on Families and Relationships The University of Edinburgh, Octobre 2010. In Schotland kent men een erfrechtelijke regime ten behoeve van de langstlevende informele partner. Zie CJV-preadvies, p. 25. Er lijkt geen sprake van een ‘flood of cases’.

23. Meer (vergelijkbare) zaken zijn mij niet bekend. Voor wat betreft art. 1:408b CBW geldt hetzelfde. Het lijkt ook op dit vlak geen storm te lopen. Zie wel Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba 21 februari 2017, ECLI:NL:OGEEA:2017:117.

24. Een bijkomend voordeel zou overigens kunnen zijn dat een langstlevende informele partner minder vaak een beroep op de algemene middelen zal moeten doen.

25. F. Schols, Handboek Erfrecht (2015), nr. VII. 4.7. Zie ook Verslag commissie erfrecht KNB inzake Boek 4, Ars Notariatus 150, Kluwer Deventer 2012 (tevens WPNR 2010/6866 en 6867) en Blokland, Nieuw Erfrecht in de praktijk, een evaluatie, Sdu Uitgevers 2006, par. 6.1.3.

testateur naast zijn eigen kinderen en stiefkinderen ook zijn echtgenoot of geregistreerde partner in de vererving wil betrekken. Het eigen kind kan dan bij een gelijkstelling weliswaar niet bij de stiefbroers of stiefzussen inkorten, maar wel bij de langstlevende. Als gevolg hiervan kan het eigen kind toch meer verkrijgen dan de stiefbroers en stiefzusters. Emotioneel zal dat niet lekker zitten, ook al zal veelal het extraatje voor de eigen kinderen niet opeisbaar zijn, gelet op art. 4:81 BW of 4:82 BW. Waaijer<sup>26</sup> constateerde dit euvel en is nog mild jegens de wetgever als hij opmerkt dat het eindresultaat allesbehalve naadloos aansluit bij de beoogde gelijke behandeling. De langstlevende dient mijns inziens ook in bepaalde mate<sup>27</sup> onschendbaarheid te genieten op het gebied van de inkorting.<sup>28</sup>

Het tweede punt van aandacht in dit kader is het stiefkindbegrip van art. 4:8 BW. Een stiefkind in de zin van Boek 4 BW is een kind van de echtgenoot of geregistreerde partner van de erflater, van welk kind de erflater niet zelf de ouder is. Het kind van de andere levensgezel niet zijnde het kind van de erflater heeft derhalve niet de stiefkindstatus. Dit betekent dat een niet-gehuwde/niet in een partnerschap geregistreerde erflater geen gebruik kan maken van de bescherming die art. 4:91 BW biedt. Dit past niet in ons moderne erfrecht, waar de wetgever met art. 4:82 BW in het testamentaire erfrecht een ingrijpende stap heeft gezet ten behoeve van de andere levensgezel en ten nadele van de legitimarissen. Er is nagelaten volledig door te pakken op het legitimaire vlak. Ook in de verhouding legitimarissen versus kinderen van de andere levensgezel, niet zijnde de kinderen van erflater dwingt de – aan het huwelijk vergelijkbare – duurzame lotsverbondenheid er toe om gelijkstellingsmogelijkheden te creëren.<sup>29</sup> Het stiefkindbegrip in art. 4:8 BW moet dan ook worden uitgebreid met het kind van de andere levensgezel als bedoeld in art. 4:82 BW, van welk kind de erflater niet zelf de ouder is.<sup>30</sup> Hiermee wordt ook beter aangesloten bij het fiscale erfrecht. Zie art. 19 SW 1956.

### Herroepelijkheid en erfrechtelijke binding

Worden de twee genoemde punten aangepakt dan zijn we er evenwel nog niet. Gelijkstelling tussen eigen kinderen en stiefkinderen is dan binnen en buiten huwelijk/geregistreerd partnerschap wel mogelijk maar óf er gelijkgesteld gaat worden, is vanzelfsprekend afhankelijk van de wil van de testateur. Regelmatig, althans zo begrijp ik uit de testamentenpraktijk, wil men elkaars kinderen wel bevoordelen, maar daar dient dan wel iets tegenover te staan, te weten dat de ander ook zijn stiefkinderen erfrechtelijk bedenkt: ‘do ut des’. Een wens die heel goed te

begrijpen is. Dat de roep om erfrechtelijke zekerheid bestaat in het geval van een samengesteld gezin, leid ik niet alleen af uit hetgeen ik in de notariële wandelgangen hoor, maar ook uit het bestaan van (model)clausules als deze:<sup>31</sup>

“3. Voormelde benoeming van de afstammelingen van mijn partner tot erfgenaam onder opschortende voorwaarde geschiedt voorts onder de ontbindende voorwaarde dat bij het overlijden van mijn partner zou blijken dat:  
a. mijn kinderen casu quo hun afstammelingen niet op gelijke wijze als genoemde [naam dochter gedaagde] casu quo haar afstammelingen als erfgenaam en/of legataris tot de nalatenschap van mijn partner zouden zijn gerechtigd, of [...]”

De vraag die hier opkomt is of ‘constructies’ als de onderhavige in strijd zijn met het verbod van art. 4:4 lid 1 BW, omdat er sprake is van een erfrechtelijke belemmering. Bekijkt men deze clause met een negatieve grondhouding en wordt er tussen de regels doorgelezen dan wordt de partner die zich niet op de beoogde wijze aan zijn uiterste wil houdt, gestraft. Niet direct, maar via de kinderen. De testateur zou zodoende, mits op de hoogte van de clause, belemmerd worden in zijn erfrechtelijke doen en laten. Men zal overigens bekend zijn met elkaars uiterste wilsbeschikkingen nu men doorgaans door de notaris ‘gezamenlijk’ erfrechtelijk behandeld wordt.<sup>32</sup> Dat ook strafsancities in testamenten in strijd kunnen zijn met art. 4:4 lid 1 BW is nog eens bevestigd met HR 20 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3329.<sup>33</sup>

26. Waaijer, Handboek Erfrecht (2015), nr. X.25.1.

27. Niet meer dan een ‘fictief kindsdeel’ alsof de stiefkinderen eigen kinderen zijn van de erflater.

28. Vgl. het illustere art. 4:963a oud BW.

29. Zie noot 17.

30. Zie Verslag commissie erfrecht KNB inzake Boek 4, WPNR 2010/6866 en 6867, ook Blokland, Het fusiegezin in het Nederlandse huwelijksvermogens- en erfrecht, JBN 2010/35.

31. Deze clause is ontleend aan de uiterste wil die aan de orde was bij Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2017:6592, waarover in EstateTip Review, Boom Juridische Uitgevers, 2018-02.

32. Zie voor de huidige door de tuchtrechter gevolgde koers wat betreft het gezamenlijk passeren Hof Amsterdam 10 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4487. Zie ook F. Schols, ‘Schatje ik benoem jou tot enig erfgenaam’. ‘Wat lief snoezepoes, maar ik jou niet...’, WPNR 2011/6873.

33. Zie eveneens de noot van Perrick die ook strafsancities in testamenten voor het geval een legitimaris zich aanvullend op de legitieme beroept in strijd acht met art. 4:4 lid 1 BW. De wetgever heeft mijns inziens evenwel nooit de bedoeling gehad sancties op ‘legitimair’ gedrag te verbieden. Zie hierover uitgebreid F. Schols, Over de cautio van Socinus en de niet-opeisbaarheidsclausule, Van Mourik Bundel ‘Yin Yang’, Kluwer 2000, p. 285 e.v. Zie ook Waaijer, Handboek Erfrecht (2015), nr. X.5.4. Te beperkt in zijn opvatting over de werking van art. 4:4 lid 1 BW is Vegter, Boekbespreking, WPNR 2006/6684.

Wellicht wordt de soep evenwel niet zo heet gegeten wat betreft de onderhavige clausule. In mijn proefschrift zocht ik naar een uitweg voor dit – overigens zelf opgeworpen – probleem.<sup>34</sup> Om rust op de werkvloer te creëren en discussie te voorkomen dan wel om hetgeen maatschappelijk wenselijk is mogelijk te maken, zou in art. 4:4 BW bepaald kunnen worden dat clausules als de onderhavige niet onder het verbod vallen. Een voorbeeld voor een uitzonderingsregime op het verbod van art. 4:4 lid 1 BW vonden we in het nooit ingevoerde art. 4.3.3.14b BW dat luidde als volgt:

“Een erflater kan een uiterste wilsbeschikking er van afhankelijk stellen, dat een legitimaris van een hem als zodanig toekomende bevoegdheid afstand doet.”

Deze clausule zag op het toestaan van de ‘cautio Socini’, hetgeen hier niet speelt. De tekst zou dan ook vanzelfsprekend aangepast moeten worden en toegesneden op het ‘op een bepaalde wijze testen’.

Hoewel hiermee een goede stap gezet zou zijn, zou men hier van symptoombestrijding kunnen spreken. Wellicht moeten we breder inzetten en ruimte bieden aan bindende elementen in ons erfrecht. Recente erfrechtelijke ontwikkelingen in België werken in dit kader stimulerend voor het gedachtenproces.<sup>35</sup> Met het per 1 september 2018 in werking getreden erfrecht zijn aldaar de mogelijkheden voor het contracteren over de niet opgevallen nalatenschap verruimd. Het is hier niet de plek om het Belgische regime nader uit te werken, maar de ‘globale erfovereenkomst’ van art. 1100/7 BBW spreekt tot de verbeelding. Ouders, gezamenlijk of afzonderlijk, kunnen met al de vermoedelijke erfgenamen in rechte nederdalende lijn, een erfovereenkomst opstellen, met als doel een evenwicht te bereiken tussen deze vermoedelijke erfgenamen. Bij dit evenwicht wordt rekening gehouden met onder meer de schenkingen die de ouder hen respectievelijk heeft toegestaan vóór de overeenkomst, als voorshot op erfdeel of bij vooruitmaking, met de schenkingen toegekend in de overeenkomst zelf en, in voorkomend geval, met de situatie van elk van de vermoedelijke erfgenamen. Art. 1100/7, § 5 BBW bepaalt dat de beschikker in de overeenkomst ook een of meerdere kinderen van zijn echtgenoot of wettelijk samenwonende partner mag betrekken. Zie hier per saldo het Belgische ‘stiefkind’. Het betrekken van het stiefkind mag overigens het bedoelde evenwicht tussen de vermoedelijke erfgenamen ook niet verstoren. Vrij vertaald kunnen met de overeenkomst (onder meer) de inkortingsmogelijkheden van de legitimarissen met betrekking tot oude en bij de

betreffende erfovereenkomst gedane schenkingen beperkt worden en op deze wijze een evenwichtige(re) regeling worden getroffen, mede ten behoeve van stiefkinderen. De regeling spreekt aan omdat het stimuleert tot het bespreken en afkaarten van zaken tijdens leven. Openheid over verschillen die gemaakt worden, zal al snel leiden tot meer begrip. Ook de zorgvuldige procedure die in achtgenomen moet worden, spreekt tot de verbeelding en inspireert voor de werkwijze rondom een familiestatuuut. Maar hoe dit ook zij, wat de gelijkstelling binnen het samengestelde gezin betreft, geeft het Nederlandse regime met art. 4:91 BW, zeker indien de regeling nader wordt aangescherpt zoals voorgesteld, de erflater meer mogelijkheden dan het nieuwe Belgische regime.<sup>36</sup> De erflater kan in Nederland eenzijdig opereren, en hoeft niet te werken met schenkingen. Bovendien lost het regime van de globale erfovereenkomst het hiervoor gesignaleerde probleem van de herroepelijkheid van de uiterste wilsbeschikking niet op. In België kent men weliswaar nog de contractuele erfstelling (art. 1081 BBW), maar daarmee kunnen de echtgenoten zich niet binden ten opzichte van elkaars kinderen. Wel kan men zich erfrechtelijk ten opzichte van elkaar bevrijden, waarover hierna meer (art. 1388 BBW).

Zou men het herroepingsprobleem voor het samengestelde gezin structureel willen aanpakken, dan vindt men in Duitsland de blauwdruk, met name in de figuur van het gemeinschaftliches Testament. De erfrechtelijke binding die in Duitsland bereikt kan worden met het gemeinschaftliches Testament (§ 2265 -2273 BGB) is genuanceerder dan de binding die als uitgangspunt vasthangt aan het Erbvertrag (§ 1941 BGB en § 2274-2302 BGB). De testateurs hebben in geval van een gemeinschaftliches Testament tijdens leven de mogelijkheid hun beschikking te herroepen (§ 2253 BGB). Herroeping is ook mogelijk van de beschikkingen die met de beschik-

34. F. Schols, Quasi-erfrecht met bindende elementen, Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht, Kluwer 2005, p. 53. Indien in art. 4:4 lid 1 BW, net als in art. 3:40 BW, motieven een rol spelen, zou een uitkomst kunnen worden gevonden in de stelling dat men niet beoogt te belemmeren maar beoogt alle kinderen gelijk te stellen.

35. Zie onder meer Dekkers, Casman, Verbeke, Alofs, Erfrecht & Giften, Intersentia 2017 en Barbaix, Het nieuwe Erfrecht, Intersentia 2017, Kolkman, Belgisch erfrecht grondig herzien, TE 2018/04 en eerder in dit tijdschrift Waaier, De Belgische erfrechthervorming: ook van de legitieme portie!, WPNR 2017/7155.

36. Vergeet ook niet dan men in België het equivalent van art. 4:82 BW niet kent.

kingen van de ander zouden staan en vallen (de zogenaamde ‘wechselbezügliche’ beschikkingen (§ 2270 BGB)). Van erfrechtelijke binding tijdens leven is in die zin nog geen sprake. Herroepen kan evenwel niet in het geheim. Er gelden voor de herroeping vormvoorschriften als gevolg waarvan de ander op de hoogte komt van de herroeping. Zie § 2253 BGB. Hij of zij kan dan zo gewenst ook herroepingsmaatregelen treffen. De herroeping van een dergelijke wisselbezügliche beschikking heeft vervolgens tot gevolg dat ook de ‘gekoppelde’ beschikking(en) van de ander niet werken. Een automatisch verval derhalve. En dit laatste is precies wat men onder meer wil bereiken met een clause zoals die hiervoor als voorbeeld is aangehaald.

De erfrechtelijke binding ontstaat bij het gemeinschaftliches Testament pas na het overlijden van de eerstervende (§ 2271 BGB):

‘Das Recht zum Widerruf erlischt mit dem Tode des anderen Ehegatten; der Überlebende kann jedoch seine Verfügung aufheben, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt. Auch nach der Annahme der Zuwendung ist der Überlebende zur Aufhebung nach Maßgabe des § 2294 BGB und des § 2336 BGB berechtigt.’

De ‘do ut des beschikkingen’ gemaakt door de langstlevende kunnen na aanvaarding door de langstlevende in beginsel niet meer herroepen worden. De langstlevende kan zich slechts vrijkopen indien de nalatenschap van de eerstervende wordt verworpen. Wil men het probleem rigoureuus aanpakken dan moet de erfrechtelijke architect niet in België maar in Duitsland terecht.<sup>37</sup> Hiermee wil ik niet gezegd hebben dat het Duitse systeem een systeem van erfrechtelijke binding in het algemeen zonder problemen is. Dient immers de binding ook daadwerkelijk inhoud gegeven te worden dan zal men moeten beseffen dat degene die erfrechtelijk gebonden is, in beginsel wel nog steeds de vrijheid heeft om tijdens leven over zijn vermogen te beschikken. De vraag die dan opkomt, is of en hoe men deze vrijheid wil beperken om de binding geen wassen neus te laten zijn. Voor Duitsland geldt in dit kader, bijvoorbeeld, § 2287 BGB:

“Hat der Erblasser in der Absicht, den Vertrags-erben zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht, so kann der Vertragserbe, nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist, von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenks nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern.”

Dergelijke flankerende maatregelen zijn nodig om te voorkomen dat de binding niet wordt uit-

gehoud. Degene die zich de Nederlandse contractuele erfstellingen en legaten van art. 1:146 oud BW nog kan herinneren, zal denken aan art. 1:147 lid 2 oud BW:

“De echtgenoot, die zijn gehele of gedeeltelijke nalatenschap heeft weggeschonken, kan over de goederen, in die gift begrepen, niet om niet beschikken, behalve over geringe sommen tot beloning of om andere redenen door de rechter te boordelen.”

Regelingen als deze zijn niet zonder problemen.<sup>38</sup>

Het invoeren van contractueel erfrecht is derhalve meer dan alleen het aanbrengen van een nuance in art. 4:42 BW. Het heeft veel om het lijf. De vraag of we hier aan moeten beginnen, laat ik nu rusten. Wel kan ik het niet nalaten de volgende opmerking te maken. Eerstelijns binding ter zake des doods ligt op eenvoudige wijze binnen handbereik met het soepele art. 4:4 lid 2 BW. Een overeenkomst met werking bij overlijden is mogelijk, als deze maar niet ziet op de nalatenschap in het geheel of een evenredig deel daarvan. Ik heb evenwel niet de indruk dat de praktijk de mogelijkheden die het quasi-erfrecht biedt al goed benut. De vraag is dan of we al toe zijn aan echt contractueel erfrecht zoals op de Duitse leest geschoeid.

#### Afstand andere wettelijke rechten (in nieuwe relaties)

Tot slot de vraag, en daarmee terug naar het samengestelde gezin, of men in geval van een huwelijk of geregistreerd partnerschap al voor het overlijden bij overeenkomst afstand zou moeten kunnen doen van de andere wettelijke rechten van art. 4:29 BW en art. 4:30 BW. Men kan zo zijn erfrechtelijke vrijheid behouden en daarmee de erfrechtelijke positie van de eigen kinderen beschermen tegen deze dwingendrechtelijke aanspraken van de nieuwe partner/stiefouder. Ook hier worden we uitgedaagd door de Belgische wetgeving. Sinds 1 september 2018 kunnen echtgenoten in België een contractuele regeling treffen over de rechten die de ene echt-

37. In F. Schols, “Turbo-achtige testamenten en de maatschappelijke wenselijkheid daarvan, Een instrument voor indirecte erfrechtelijke binding: “do ut des””, Tijdschrift Erfrecht 2007/1 beschreef ik een regeling waarmee de praktijk van het gemeinschaftliches Testament kan worden nagebootst. Zie hierover ook Boelens, Het legaat wisselwerking tussen civiel en fiscaal recht, Leiden 2015, p. 454 e.v.

38. Zie F. Schols, Quasi-erfrecht met bindende elementen, Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht, Kluwer 2005, p. 171 e.v. en p. 185 e.v.

genoot in de nalatenschap van de andere kan uitoefenen. Zie art. 1388 BBW. Voorheen waren de mogelijkheden hiertoe begrensd in de zin dat bij een afstand de langstlevende toch altijd het recht had op de zogenaamde 'concrete reserve', de Belgische variant (art. 915 bis BBW) op ons andere wettelijk recht op vruchtgebruik van woning en inboedel. Bij deze vergelijking moet evenwel in ogenschouw worden genomen dat een verzorgingsbehoefte, anders dan bij ons, niet als vereiste geldt voor deze aanspraak. Thans is ook dat recht bij contract te ontnemen, zij het dat de langstlevende wel altijd recht heeft om woning en inboedel zes maanden na het overlijden te gebruiken. De aspirant-erflater kan op deze manier erfrechtelijk ongebonden jegens de nieuwe partner het nieuwe huwelijk aangaan. Of wij hier de Belgen moeten volgen, vraag ik me af. Zolang het alimentatierecht in Nederland dwingend is,<sup>39</sup> in die zin dat voorhuwelijkse nihilbedingen volgens de heersende leer als nietig worden aangemerkt, past het niet zo goed in ons systeem om het alimentaire erfrecht van regelend recht te laten zijn.<sup>40</sup>

#### 4. Ingrijpen gewenst

'Frappez toujours', zo leerde ik van mijn leermeester Van Mourik. Onder dat motto had ik in

deze bijdrage erfrechtelijke aandacht voor enkele punten betreffende de in opmars zijnde figuren van het informeel samenleven en het samengestelde gezin. Punten die ook al eerder aandacht kregen van anderen en van mijzelf, maar waarvoor de politiek nauwelijks oog heeft. Nu we spreken over één miljoen stellen die op informele wijze samenleven en ook het samengestelde gezin van zich doet spreken, zouden de thema's ook electoraal interessant kunnen zijn. Het erfrecht schiet mijns inziens te kort op het vlak van de informele samenleving. Een noodverband ontbreekt ten onrechte. Het erfrecht kraakt daar waar het de samengestelde gezinnen betreft. Tijd om in te grijpen. Wie pakt dit erfrechtelijke dossier op? Een dossier waar de op christelijke (gezin), op liberale (regelend recht) en op sociale (vangnet) uitgangspunten gestoelde politieke partijen gezamenlijk kunnen optrekken en waarin veel te bereiken is zonder de erfrechtelijke wereld op zijn kop te zetten.

39. Zie de bijdrage van Lückers in dit themanummer betreffende het alimentatierecht.

40. Zie F. Schols, L'automne, de Indian Summer en erfrechtelijke binding, in *À l'automne de ma vie*, Larquier 2007, p. 142.