

Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht, Theano vs. Hinrichsen, Family Act Scotland 2007 De moderne eilanden en de samenlevingspartner in het Nederlandse erfrecht

Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht, Theano vs. Hinrichsen, Family Act Scotland 2007 De moderne eilanden en de samenlevingspartner in het Nederlandse erfrecht
Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht, Theano vs. Hinrichsen, Family Act Scotland 2007 De moderne eilanden en de samenlevingspartner in het Nederlandse erfrecht

Vindplaats: FJR 2007, 111 Bijgewerkt tot: 01-11-2007

Auteur: Prof. mr. F.W.J.M. Schols[1]

Theano vs. Hinrichsen, Family Act Scotland 2007

De moderne eilanden en de samenlevingspartner in het Nederlandse erfrecht

Testamenteer is voor samenlevingspartners in Nederland veel mogelijk. In het versterkerrecht doet de samenlevingspartner niet mee. Zou de Nederlandse wetgever de feitelijke samenlevingspartner ook het versterkerrecht willen binnenlaten en het 'nooderrecht' ter zake uitbreiden, dan kan men in het buitenland ideeën opdoen. De auteur bezocht de Nederlandse Antillen en Aruba, alsmede Canada en Schotland.

1 The application of Part V of the Succession Law Reform Act 'Theano vs. Hinrichsen'

'[7] Whether the applicant and the deceased cohabited is relevant for the application of Part V of the Succession Law Reform Act. Under s. 58 of the Act, where a deceased has not made adequate provision for the proper support of a dependant the court may make an order for the proper support of that dependant. Section 57 of the Act defines a dependant as including a spouse and it defines a spouse, in the case of unmarried persons, as persons who have cohabited continuously for a period of not less than three years. Living together does not, by itself, necessarily amount to 'cohabiting' Section 57 of the Act provides that 'cohabit' means to live together in a conjugal relationship, whether within or outside marriage.

[8] Even if a person has cohabited with a deceased person for the required period, that is not enough to qualify the person as a dependant within the meaning of the Act. There is a second requirement. The person must also be a person 'to whom the deceased was providing support or was under a legal obligation to provide support immediately before his or her death' (s. 57).'

Zo lees ik in een recente beslissing van de Superior Court of Justice van Ontario, Canada[2] in de zaak 'Theano versus Hinrichsen' naar aanleiding van section 58 van de Succession Law Reform Act Ontario 1990. Het lijkt er op dat er 'erfrechtelijke aanspraken' bestaan voor de samenlevingspartner in Ontario. Deze procedure maakt mij nieuwsgierig naar de wetgeving aldaar. Ik ga in paragraaf 3 nader in op deze procedure en wetgeving. In Nederland geldt de hoofdregel 'das nächste Blut erbt das Gut'. Gehuwden en geregistreerde partners (art. 4:10 BW juncto art. 4:8 BW) zijn dan ook een vreemde eend in de versterkerrechtelijke bijt.[3] De samenlevingspartner komt in het groepstelsel in het geheel niet voor, ondanks dat de wetgever met het nieuwe erfrecht (2003) aandacht heeft gehad voor het concubinaat. Maar was er voldoende aandacht? In 2005 verscheen het verslag van het uitgebreide en leerzame onderzoek 'Gehuwd of niet: maakt het iets uit?' van Forder en Verbeke, waar eveneens oog was voor de errechtelijke positie van de samenlevingspartner.[4] Neutraliteit qua samenlevingsvormen[5], en geen woorden maar daden was hun conclusie:

'Naar ons aanvoelen is de ganse problematiek samen te ballen rond de keuze voor woorden of voor daden. Finaal ligt ook hier, zoals telkenmale in het recht, een politieke en maatschappelijke keuze voor. Wil je vasthouden aan de woorden, de termen, de *juridische zekerheid*, instituten en starre normen, of wil je uit je *tunnelvisie* treden, de *paardenbril*

afgooien en ook rekening houden met de daden, de feiten, de realiteit, de dagelijkse concrete handelingen (curs. FS).'

[6]

Stel men zou daden willen stellen: hoe zou de langstlevende samenlevingspartner erfrechtelijk op het toneel gezet kunnen worden? Aan welke erfrechtelijke daden op wetgevingsniveau kan gedacht worden? Ik maak een bescheiden erfrechtelijke reis naar Canada, Schotland en onze overzeese gebiedsdelen om te zien wat er zoal te koop is. Vanzelfsprekend geeft zo'n reisje geen compleet beeld en hadden ook andere landen bezocht kunnen worden die interessant zijn op dit gebied.[7]

2 Enkele erfrechtelijke uitgangspunten

Alvorens nader in te gaan op de positie van de samenlevingspartner in ons erfrecht, wil ik, waarschijnlijk ten overvloede, enkele erfrechtelijke uitgangspunten toelichten.[8] Diegenen die ingewijd zijn in het erfrecht kunnen deze paragraaf overslaan. Het systeem van de *legitieme* speelt een belangrijke rol bij de beantwoording van de vraag of datgene wat echtgenoten erfrechtelijk kunnen verwezenlijken ook haalbaar is voor de samenlevingspartner. Bovendien zijn de '*andere wettelijke rechten*' van belang. Eerst echter aandacht voor het *versterferfrecht*, de regels van *erfopvolging* die van toepassing zijn indien (en voor zover) niet beschikt is over de nalatenschap. Tot groep 1, welke groep in het onderhavige kader mijn aandacht heeft, behoren de echtgenoot van de erflater en zijn kinderen. Gehuwden, voor zover niet gescheiden van tafel en bed, treden derhalve automatisch op als versterferfgenaam. Dit is een van de verworvenheden van het huwelijk. Dit geldt óók voor geregistreerde partners (art. 4:8 lid 1 BW). De wetgever heeft voor gehuwden en geregistreerde partners nog meer in petto dan een plek in de versterfopvolging. Bij gebreke van andersluidende uiterste wilsbeschikkingen verdeelt de wetgever immers daarenboven nog de nalatenschap ten faveure van de langstlevende, indien kinderen als mede-erfgenamen optreden (art. 4:13 e.v. BW).[9] Een kind verkrijgt als erfgenaam van rechtswege slechts een - in beginsel - niet opeisbare geldvordering op de langstlevende. De niet-opeisbaarheid is niet gekoppeld aan het bestaan van een verzorgingsbehoefte. De *legitieme* is in Nederland een dwingendrechtelijke aanspraak van de (klein)kinderen van erflater die hij niet opzij kan zetten door middel van een testament. Naar huidig recht is de legitieme slechts een geldaanspraak, die een schuld van de nalatenschap vormt. De legitimaris heeft geen recht meer op goederen van de nalatenschap. Bovendien is een legitimaris, anders dan onder het oude erfrecht, als zodanig geen erfgenaam. Een onterving voorkomt derhalve dat het kind, legitimaris, als erfgenaam zeggenschap heeft betreffende onder meer de verdeling van de nalatenschap. Het onturfde kind kan wel zijn legitieme, een geldbedrag, claimen.[10] Deze geldvordering is, in beginsel, opeisbaar na zes maanden na het overlijden van erflater (art. 4:81 lid 1 BW).[11] Indien erflater dit wenst kan hij ten behoeve van zijn echtgenoot/geregistreerde partner op de voet van art. 4:82 BW bepalen dat de vordering van de legitimaris pas opeisbaar is bij het overlijden van de langstlevende. Anders dan onder het oude recht met betrekking tot de natuurlijke verbintenis, houdt deze *niet-opeisbaarheidsclausule* ook stand indien de langstlevende in het geheel niet verzorgingsbehoefstig is. Bij het overlijden van de langstlevende geldt in beginsel dat indien de nalatenschap geen verhaal meer biedt de legitimarissen achter het net vissen. Naast de legitimarissen kent het huidige erfrecht ook andere personen met *dwingendrechtelijke* aanspraken jegens de nalatenschap van erflater (art. 4:41 BW). Deze personen worden de '*andere wettelijk gerechtigden*' genoemd. Indien de erflater 'tekortschiet' jegens de langstlevende echtgenoot of geregistreerd partner in hetgeen men (de wetgever) erfrechtelijk van hem verwacht, dan heeft degene die het treft de mogelijkheid, zij het beperkt, in te grijpen. Een correctiemechanisme derhalve (in gevallen dat de erflater over zijn nalatenschap heeft beschikt). De (belangrijkste) andere wettelijke

rechten van de langstlevende hebben een *alimentair* karakter.[12] De 'onterfde' langstlevende moet wellicht wel een stapje terug doen, maar komt niet in de kou te staan, ook al zou de erflater, die *ingegrepen* heeft in de versterferrechtelijke opvolging, dat graag zien. Men kan de rechten dan zien als 'alimentatie ter zake des doods'. Er bestaan echter ook andere wettelijke rechten die *corrigerend* optreden indien de erflater 'vergeetachtig' is geweest en heeft verzuimd passende maatregelen te nemen. Men zou hier - het dwingendrechtelijke karakter maar even wegdenkend - onder omstandigheden een snufje 'versterf' of 'ab intestaat' kunnen ontwaren, omdat de andere wettelijke rechten ook werken indien in het geheel niet beschikt is over de nalatenschap. Denk bijvoorbeeld aan de vergeten bedrijfsopvolger van art. 4:38 BW. De andere wettelijke rechten kunnen worden gezien als 'nooderfrecht'. Het volgende trio van rechten is er voor de langstlevende echtgenoot of geregistreerde partner. Het *eerste* recht vormt het zogenaamde recht op '*voortgezette bewoning en voortgezet gebruik inboedel*' van art. 4:28 BW. Het betreft een zeer bescheiden aanspraak. Indien de *woning* die de echtgenoot/geregistreerde partner van de erflater bij diens overlijden bewoont, tot de nalatenschap of de ontbonden huwelijksgemeenschap behoort, of de erflater, anders dan krachtens huur, ten gebruike toekwam, is de echtgenoot/geregistreerde partner jegens de erfgenamen bevoegd tot voortzetting van de bewoning gedurende een termijn van zes maanden onder gelijke voorwaarden als tevoren. Hetzelfde geldt voor de voortzetting van het gebruik van de inboedel. Jegens de erfgenamen en de echtgenoot/geregistreerde partner van de erflater hebben *degenen die* tot diens overlijden met hem een *duurzame gemeenschappelijke huishouding* voerden, overeenkomstige bevoegdheden met betrekking tot het gebruik van de woning en de inboedel. Het eerste andere wettelijke recht kan derhalve ook een rol spelen in geval van een samenlevingsrelatie. Dit geldt overigens niet voor het hierna te bespreken tweede en derde recht.

Hoewel het recht van art. 4:28 BW nog niet eens de naam 'troostprijs' mag hebben, heeft dit andere wettelijke recht, nu dit recht voor de samenlevingspartner ook kan spelen indien er in het geheel niet over de nalatenschap is beschikt, een 'ab intestaat'-aspect, zo zou men kunnen betogen.

Het *tweede* recht staat bekend als het '*vruchtgebruik op woning en inboedel*' en is neergelegd in art. 4:29 BW. De erfgenamen zijn daarenboven onder omstandigheden verplicht tot medewerking aan de vestiging van een *vruchtgebruik op andere goederen* (dan bedoelde woning en inboedel) van de nalatenschap ten behoeve van de echtgenoot/geregistreerde partner van de erflater. Dit betreft het *derde* recht in deze reeks (art. 4:30 BW).

Tot zover enkele erfrechtelijke uitgangspunten.

3 Ab intestaat erfrecht voor de samenlevingspartner? Geen goederenrechtelijke maar verbintenisrechtelijke daden?

Het is snel duidelijk: voor de langstlevende samenlevingspartner is er thans geen plek in de versterfopvolging. Voor de samenlevingspartners gelden jegens elkaar geen erfrechtelijke automatismen, ook niet indien een (notariële) samenlevingsovereenkomst is opgemaakt.[13] Indien men spreekt over het koppelen van versterferfrecht, zoals wij dat kennen in Nederland, aan een samenlevingsrelatie dan vraag ik mij onmiddellijk af hoe het zit met de rechtszekerheid en of het rechtsverkeer niet belemmerd wordt.[14] Wellicht heeft dit te maken met mijn notariële achtergrond, mijn notariële paardenbril. In Nederland kennen wij, anders dan in het 'Anglo-Amerikaanse systeem'[15], immers de opvolging onder algemene titel rechtstreeks op de erfgenamen (art. 3:80 BW). De dode reikt de levende de *goederenrechtelijke* hand. Het is met een dergelijk uitgangspunt dan wel niet onbelangrijk dat duidelijk is wie de hand gereikt wordt. We hebben het immers over *goederenrechtelijke verhoudingen*, waar we niet graag (te lang) in het duister tasten.[16] Komt er nog een deelgenoot bij? Komt er een ander?

Niets is vanzelfsprekend onoverkomelijk. Wil men ook goederenrechtelijk denken ten

behoefte van de langstlevende samenlevingspartner dan zijn er vanzelfsprekend systemen die 'verzachting' kunnen bieden indien niet terstond duidelijk is wie met de goederenrechtelijke eer gaat strijken. Ik besef dat onder meer regels van derdenbescherming en/of korte termijnen waarbinnen de langstlevende samenlevingspartner zich op zijn rechten zou moeten beroepen uitkomst zouden kunnen bieden. Denk bijvoorbeeld ook aan het systeem dat geldt voor voorwaardelijke makingen in art. 4:138 BW e.v.[17] , [18]

Het huwelijk en het geregistreerde partnerschap zijn formele relaties, waarbij 'begin' en 'einde' nauwkeurig vaststaan. Dit is bij samenlevingsrelaties zeker niet altijd het geval. Bovendien zullen er altijd interpretatieproblemen ontstaan van 'geobjectiveerde' aanknopingspunten: leeft men wel op de - volgens een betreffende erfrechtelijke regel - vereiste wijze samen? Een juridische procedure zal, ook bij korte termijnen, niet zeldzaam zijn. Zouden ter voorkoming van deze problemen *formele criteria* gesteld worden aan het concubinaat, bijvoorbeeld het hebben van een notarieel samenlevingscontract of aantekening in een register, dan is voor mij de spanning er af. De rechtszekerheid en het rechtsverkeer zijn niet of nauwelijks in het geding en een en ander gaat verdacht veel op testen of een huwelijk/geregistreerd partnerschap lijken, zodat er niet echt meer gesproken kan worden van het koppelen van erfrechtelijke gevolgen aan *een feitelijke situatie*, waar ik thans op focus. 'Theano versus Hinrichsen', zoals reeds aangehaald in paragraaf 1, is wat betreft het kwalificeren van de relatie en een juridische procedure in dit kader een aardig voorbeeld. In rechtsoverweging 1 wordt opgemerkt: 'The principal issue to be determined is whether the applicant was a dependant of the deceased' en verderop in overweging 14 en 15: 'The question of 'cohabitation', i.e., of living together in a conjugal relationship, is a question of intention and the Court must look at all the evidence to see just what the parties intended their relationship to be: see Horodyski V. Tobin Estate (1996), 13 E.T.R. (2d) 305 at 306 (Ont. Gen.Div.). At pages 306 and 307 of that decision, the Court referred to and adopted the following list as the factors that might compromise such a relationship:

- 1 Shelter;
- 2 Sexual and personal behaviour;
- 3 Services;
- 4 Social;
- 5 Societal;
- 6 Support (economic); and
- 7 Children.'

Verbeke en Forder merken op dat rechtszekerheid geen determinerend criterium moet zijn.[19] Ik ben het hier mee eens.[20] Het is mijns inziens evenwel ook geen must om, indien men ook feitelijke samenlevingsrelaties het versterkerrecht wil binnenlaten en de daad bij het woord wenst te voegen, dit te doen op *goederenrechtelijke wijze*, met het erfgenaamschap, de opvolging in goederen. *Doelmatigheidsredenen* zouden kunnen nopen tot een *economisch denken* en de kool (*juridische zekerheid*) en de geit (*zonder tunnelvisie*) sparen door te werken met obligatoire aanspraken jegens de nalatenschap, die, *bijvoorbeeld*, in waarde overeenkomen met een erfdeel, als ware men gehuwd. Is de politiek er aan toe om aan de *feitelijke* samenleving erfrechtelijke aanspraken toe te kennen, dan is er vooralsnog veel voor te zeggen dit op verbintenisrechtelijke wijze vorm te geven.[21] Hoe ver de economische aanspraken[22] zouden moeten gaan bij een kwalificerende relatie en welke ijkpunten moeten gelden, laat ik thans in het midden, zij het dat, wat ijkpunten betreft, het genoemde 'Canadese lijstje' zeker inspirerend is.[23]

Eenmaal op reis is het in dit verband aardig Schotland aan te doen. Ook daar kan men ideeën opdoen indien de erfrechtelijke daad bij het woord gevoegd moet worden. In Schotland kan de 'cohabitant' sinds kort, met de Family Act (Scotland) 2006, meedoen als gerechtigde in de erfrechtelijke dans voor zover niet over de nalatenschap is beschikt. 'Ab intestaat' derhalve. Ik

mijd bewust de term 'versterferfgenaam'. Enerzijds omdat geen sprake is van een automatisme. De partner moet nog een beroep doen op zijn recht bij de rechter. Anderzijds is er, anders dan geldt voor echtgenoten en 'civil partners', geen sprake van een recht op een (forfaitaire) voorziening.[24] Bovendien wordt hij of zij geen erfgenaam in onze zin des woords. Ik merk hierbij op dat in het Verenigd Koninkrijk erfrechtelijke verkrijgers de goederen van de nalatenschap niet rechtstreeks van de erflater verkrijgen maar via een 'tussenschakel': denk aan de 'Executor' of 'Administrator'. Of er nog een gerechtigde bijkomt dan wel iemand anders gerechtigde wordt, lijkt dan ook minder problematisch te zijn. Als 'cohabitant' kan volgens section 25 van de Family Act (Scotland) 2006 worden gekwalificeerd: 'either member of a couple consisting of:

a a man and a woman who are (or were) living together as if they were husband and wife; or
b two persons of the same sex who are (or were) living together as if they were civil partners
In determining for the purposes of any of sections 26 to 29 whether a person ('A') is a cohabitant of another person ('B'), the court shall have regard to
a the length of the period during which A and B have been living together (or lived together);
b the nature of their relationship during that period; and
c the nature and extent of any financial arrangements subsisting, or which subsisted, during that period.'

Is het partnerschap vastgesteld, dan kan de rechter aan de langstlevende partner, indien de overledene 'domicile' in Schotland heeft, vervolgens een aanspraak toekennen jegens de nalatenschap. Het is de rechter die de omvang bepaalt, waarbij op basis van section 25 subsection 4 geldt dat niet meer kan worden toegekend dan een echtgenoot of 'civil partner' gekregen zou hebben. Ter bepaling van de gedachten de tekst van de subsections 2 en 3:

'2) Subject to subsection (4), on the application of the survivor, the court may:

(a) after having regard to the matters mentioned in subsection (3), make an order:

- (i) for payment to the survivor out of the deceased's net intestate estate of a capital sum of such amount as may be specified in the order;
- (ii) for transfer to the survivor of such property (whether heritable or moveable) from that estate as may be so specified;

(b) make such interim order as it thinks fit.

(3) Those matters are:

(a) the size and nature of the deceased's net intestate estate;

(b) any benefit received, or to be received, by the survivor

- (i) on, or in consequence of, the deceased's death; and
- (ii) from somewhere other than the deceased's net intestate estate;

(c) the nature and extent of any other rights against, or claims on, the deceased's net intestate estate; and

(d) any other matter the court considers appropriate.'

Ik constateer dat het recht op een eventuele aanspraak alleen geldt voor zover de eerststervende overlijdt zonder over de nalatenschap te hebben beschikt. Er is derhalve geen sprake van een legitimair recht. In die zin past de regeling louter in de categorie 'ab intestaat erfrecht'. [25] In subsection 10 van section 25 wordt de netto nalatenschap nader uitgewerkt. Onder meer vormt de successiebelasting een passiefpost van de 'massa', maar ook de aanspraken (prior en legal rights) van de eventuele echtgenoot of 'civil partner'. Aanspraken van kinderen worden niet genoemd als passiefpost, zodat de aanspraak van de samenlevingspartner, die overigens nog wel moet worden toegekend, lijkt voor te gaan op aanspraken van de kinderen. [26]

Het Schotse systeem kan gekenschetst worden als een tussenvariant. Het is te typeren als 'ab intestaat', maar ontbeert het forfaitaire karakter van ons versterferfrecht. Er is, zoals gezegd, geen sprake van een (automatische) toekenning van een bepaald bedrag of een bepaalde

aanspraak op, nader omschreven, goederen dan wel, zoals wij dat kennen in Nederland, een recht in de vorm van een breukdeel in de (waarde) van de nalatenschap. Er is niet voor gekozen om de 'cohabitant', bij voorbaat, dezelfde aanspraak te geven als een echtgenoot of 'civil partner'.

In ogenschouw dient te worden genomen dat in Schotland bij het verbreken van de relatie onder omstandigheden alimentatieachtige aanspraken kunnen ontstaan (section 29 Family Act (Scotland) 2006).[27] De link tussen erfrecht en alimentatie zien we zodadelijk weer terug.

Odersky[28] verwoordt de Schotse aanpak als volgt:

'Der Gesetzgeber wollte daher für nichteheliche Partner kein Pflichtteilsrecht [...] schaffen, sondern eine Art Korrekturmöglichkeit für die steigende Zahl nichtehelicher Paare, die nicht an eine gegenseitige testamentarische Absicherung gedacht haben - ein v.a. rechtspolitisch interessanter Weg!

4 Voldoende testamentaire mogelijkheden in Nederland?

Een erflater, en vanzelfsprekend ook een samenlevingspartner, kan zich bedienen van diverse uiterste wilsbeschikkingen om de vererving van zijn nalatenschap te regisseren en zijn nalatenschap niet over te leveren aan de werking van het versterferrecht. Samenlevers kunnen, zo gewenst, elkaar benoemen tot enig erfgenaam en zo bijvoorbeeld broers en zusters, maar ook kinderen, die op zouden komen als versterferfgenamen uitsluiten.

Maatwerk met (tweetraps)erfstellingen, legaten, lasten, executele en bewind ligt voor alle soorten partners binnen handbereik. Zo zouden de samenlevingspartners met kinderen door combinaties van uiterste wilsbeschikkingen, bijvoorbeeld, de wettelijke verdeling kunnen nabootsen. Goederenrechtelijk bestaan er, als gevolg van de denaturering van de legitieme, geen belemmeringen meer. Ook een enig erfgenaamschap ten behoeve van de langstlevende partner houdt stand. Wel hebben legitimarissen recht op een bepaalde waarde, berekend in de legitimaire massa. Een kind kan derhalve in beginsel wel in economische zin (geldvordering) de opzet van de erflater doorkruisen. Indien erflater dit wenst, kan hij ten behoeve van de samenlevingspartner *bepalen*, op de voet van art. 4:82 BW, dat voor zover de legitieme ten laste van de langstlevende komt, de vordering pas opeisbaar is bij het overlijden van de langstlevende. Art. 4:82 BW kan immers ook ten behoeve van 'de andere levensgezel' worden ingezet, hetgeen de samenwoner in het erfrecht veel mogelijkheden geeft. Onder '*andere levensgezel*' moet worden verstaan een persoon met wie men een huwelijk of een geregistreerd partnerschap zou kunnen aangaan. Broers en zusters kwalificeren derhalve niet: '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.[29]

Er gelden twee aanvullende cumulatieve vereisten. De partners moeten een gemeenschappelijke huishouding voeren[30] en zij moeten een notarieel verleden samenlevingsoverkomst zijn aangegaan. Indien men (in Nederland) testeert (gebruikmakend van art. 4:82 BW) dan komt men bij de notaris. Een notarieel samenlevingscontract is dan snel gemaakt. Het voldoen aan het criterium 'gemeenschappelijke huishouding voeren' zal meer vergen dan een stuk notarieel papier. De wetgever tracht een aantal objectieve criteria te geven om de zware inbreuk op de rechten van de legitimarissen te rechtvaardigen. Wat men ook van de vereisten als zodanig vindt, er wordt beoogd om de relatie, die kwalificeert voor art. 4:82 BW, wat 'body' te geven. Men dient immers te beseffen dat de toepassing van art. 4:82 BW zeer diep ingrijpt in de positie van legitimarissen. Een uitgestelde opeisbaarheid is niet te rechtvaardigen indien een 'te lichte' partner van het uitstel profiteert. De legitieme zou dan nog meer een wassen neus worden.[31] De wetgever zegt het als volgt, waarbij ook de rechtszekerheid, zij het niet in goederenrechtelijke zin, aan bod komt:

Het begrip levensgezel ontbeert echter de scherpte die nodig is voor de toepassing van het

erfrecht met zijn financiële gevolgen voor de verschillende bij een nalatenschap betrokken personen. Daarom is met het oog op de rechtszekerheid de eis gesteld van een gemeenschappelijke huishouding en een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst.
[32]

Al met al bezien bestaat er op het testamentaire vlak veel ruimte. Ik laat dit onderdeel thans rusten.[33]

5 Uitbreiden van het nooderrecht of wachten op een alimentatieregeling?

Echtgenoten, alsmede geregistreeerde partners, komen ruim aan bod in de art. 4:28-4:30 BW. Zij hebben, zoals gezegd, onder omstandigheden recht op voortgezette bewoning en voortgezet gebruik van de inboedel, vruchtgebruik van woning en inboedel en eventueel ook vruchtgebruik van andere goederen. Men zou kunnen betogen dat deze rechten voortvloeien uit de 'lotsverbondenheid' die op grond van art. 1:81 BW voor echtgenoten en geregistreeerde partners geldt. De echtgenoot of geregistreeerde partner dient verzorgingsbehoefte te zijn, wil hij of zij de rechten van art. 4:29 BW en 4:30 BW kunnen inroepen. Uit art. 4:33 lid 5 BW blijkt het alimentaire karakter (leeftijd echtgenoot, samenstelling huishouding waartoe de echtgenoot behoort, de mogelijkheid van de echtgenoot om zelf in de verzorging te voorzien, passend verzorgingsniveau). De wettelijke maatstaven omtrent het verschaffen van levensonderhoud tussen gewezen echtgenoten kunnen (derhalve) een oriëntatiepunt vormen.[34]

De samenlevingspartner wordt slechts erkend in art. 4:28 BW, welk artikel ziet op het recht om een termijn van zes maanden in de woning te blijven en de inboedel te gebruiken. Ik verwijs naar par. 2. Blijkens de toelichting impliceert het begrip duurzame gemeenschappelijke huishouding een wederzijdse verzorging in financiële of andere zin.[35] Ook in Canada bleek de link met de voorziening van onderhoud tijdens leven. Zie 'Theano versus Hinrichsen': 'The person must also be a person 'to whom the deceased was providing support or was under a legal obligation to provide support immediately before his or her death' (s. 57).'

Op de Nederlandse Antillen en Aruba is men bezig met een Nieuw Boek 4, waarbij men ons Boek 4 BW als basis gebruikt.[36] Wat in dit kader in het oog springt is art. 4:30b BW van het voorontwerp, waar is geregeld dat de *andere wettelijke rechten* van art. 4:29 BW en art. 4:30 BW ook kunnen worden toegepast in de nalatenschap van de samenlevingspartner. Het is thans niet het moment om de regeling van art. 4:30b van het voorontwerp aan een diepgaand onderzoek te ontwerpen, maar het fenomeen als zodanig is in dit kader interessant: '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. (curs. FS)

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.'

Op de Nederlandse Antillen en Aruba kan onder omstandigheden eveneens alimentatie verschuldigd zijn tussen gewezen samenlevers. Hierbij past de uitbreiding van het toepassingsgebied van de onderhavige wettelijke rechten. Dit nieuwe fenomeen wordt als volgt toegelicht[37] :

'[...] In de Memorie van Toelichting bij Boek 1 is destijds opgemerkt (Staten van de Nederlandse Antillen 1996-1997, 1937, nr. 3, onder Algemeen, p. 7, paragraaf 25 [zie ook p. 55 bij titel 17, afdeling 4]):

'Het Nederlandse Boek 1 regelt niet het concubinaat. Hier te lande zijn er evenwel stemmen opgegaan om voor de situatie dat een langdurig concubinaat wordt beëindigd (anders dan door overlijden), een voorziening te treffen [...] Denkbaar zou nog zijn om in geval van

overlijden, aan de andere partner ter verzorging een aanspraak te geven op een som ineens uit de boedel. Deze laatste kwestie kan echter beter worden gezien in het kader van een latere herziening van het erfrecht. Ook de positie van de langstlevende echtgenoot verdient immers volgens velen verbetering.'

[...] In de lijn van deze beschouwingen wordt thans, in het kader van de verbetering van de rechtspositie van de langstlevende echtgenoot, ook een opening aangebracht om tegemoet te komen aan de positie van een leefgezel met wie de erflater langdurig ongehuwd heeft samengeleefd. Vereist is een samenleving van ten minste tien jaren. Verder geldt als beperking dat de rechter slechts tot gelijkstelling met een langstlevende echtgenoot overgaat 'indien dat redelijk is' (idem artikel 1:408b).'

Voor de goede orde: we hebben het hier over een beperkt erfrechtelijk vangnet, dat dwingendrechtelijk is. Van een regeling van versterferfrecht lijkt op het eerste gezicht geen sprake. Echter, nu de Antilliaanse en Arubaanse voorgestelde regeling voor de samenlevingspartner de enige wettelijke erfrechtelijke regeling is en de andere wettelijke rechten voor de samenlevingspartner ook kunnen spelen indien er in het geheel niet over de nalatenschap is beschikt, kan men toch ook een 'ab intestaat' component ontwaren, zij het dat onder meer het dwingendrechtelijke karakter en het feit dat men zich op de rechten moet beroepen niet goed past bij een versterferfrechtelijke status naar Nederlandse maatstaven. Hoe dit ook zij, aldaar te lande komt ook de relatie met alimentatie duidelijk naar voren. De vraag komt op of in Nederland erfrechtelijke daden op vangnetniveau zouden moeten wachten op wetgevende daden op het gebied van alimentatie. Dit ligt op zich voor de hand, zij het dat het geen noodzaak is en het erfrecht ook zou kunnen voorgaan, met als motivatie dat indien de relatie eindigt door overlijden recht wordt gedaan aan de vermoedelijke wil van erflater die is vergeten zijn samenlevingspartner erfrechtelijk te bedenken. Men focust dan meer op de 'ab intestaat'-component van de regeling. Zou de wetgever evenwel kiezen voor een (ruimhartige) versterferfrechtelijke behandeling (automatisme/niet dwingend) dan zou de nadruk van 'nooderfrecht' weer meer op het 'alimentatie ter zake des doods'-karakter liggen en zou het vreemd aandoen indien een dergelijk recht voor de samenlevingspartner zou bestaan zonder een wettelijke alimentatieregeling.

6 Tot slot: verschillende mogelijkheden op diverse niveaus

Een erfrechtelijke tour door diverse landen geeft stof tot nadenken wat betreft de erfrechtelijke behandeling van de samenlevingspartner. Men ontwaart verschillende mogelijkheden op diverse niveaus: versterferfrecht, testamentair erfrecht en nooderfrecht. *Testamentair* kan in Nederland met art. 4:82 BW veel bereikt worden en vormt de terugkeer in Nederland een warm bad, zij het dat degenen die gelijkstelling op de millimeter zouden willen bereiken, wellicht hier en daar nog wat te wensen over zouden kunnen hebben. De Nederlandse Antillen en Aruba steunen overigens af op een legitimarisvrij erfrecht, hetgeen ongekende testamentaire mogelijkheden biedt voor de samenlevingspartner.

Zou de Nederlandse wetgever de feitelijke samenlevingspartner - mede geïnspireerd door het rapport van Forder en Verbeke - ook het versterferfrecht willen binnenlaten en het nooderfrecht ter zake uitbreiden, dan kan men het buitenland zien als een proeftuin. Ik bezocht naast de Nederlandse Antillen en Aruba ook Canada en Schotland. Dit was, zoals in de inleiding reeds opgemerkt, zeker geen tour die een totaalbeeld geeft; het is slechts een aardig uitstapje.

Voor wat betreft het *nooderfrecht* zie ik weinig beletsel om Antilliaans ruimhartig te zijn. Het vereist weinig moed om op dit niveau met wetgeving erfrechtelijk in te grijpen.

Goederenrechtelijke aspecten of belemmeringen van het rechtsverkeer spelen hier niet dan wel zijn eenvoudig te voorkomen. Zelfs lijkt mij een ingreep te verdedigen zonder maatregelen op het gebied van het alimentatierecht. Men zou ook op dit niveau een stapje verder kunnen gaan. Zo kent Canada legitimaire aanspraken toe, die (onder omstandigheden)

ruimer kunnen zijn dan het voorgestelde Antilliaanse en Arubaanse nooderrecht. Hoe ver men wil gaan op dit niveau is een kwestie van smaak, maar in ieder geval zou Nederland op dit punt meer oog moeten hebben voor de samenlevers.

Vervolgens het *versterferrecht*: de procedure in Ontario illustreerde dat het beantwoorden van de vraag 'is hij het wel of is hij het niet?' niet (altijd) probleemloos zal zijn. Moeten wij daar dan bang voor zijn? Als men het heeft over erfopvolging, het koppelen van versterferrecht aan een samenlevingsrelatie, dan denk ik aan opvolging onder algemene titel. Wie zet de overledene voort? In onze huidige Nederlandse goederenrechtelijke erfrechtelijke systematiek is het, met het oog op een soepel lopend rechtsverkeer, gewenst dat er binnen afzienbare termijn duidelijkheid bestaat, zeker indien executele en bewind geen speelruimte bieden. Als het even kan, zouden 'goederenrechtelijke discussies' vermeden moeten worden. Indien de wetgever een stapje verder zou willen gaan en denkt aan versterferrecht voor de feitelijke samenlevingspartner[38], dan is er veel voor te zeggen om *verbintenisrechtelijk* te denken. Canada en Schotland zijn voorbeelden in dit kader. Canada kent in de regeling ook een legitimaire component: men kan de partner niet zomaar terzijde schuiven. Schotland benadert de problematiek louter vanuit het, in onze terminologie, 'ab intestaat erfrecht', maar kent niet per definitie een vergelijkbare aanspraak toe als aan, bijvoorbeeld, een echtgenoot. Van geval tot geval wordt een erfrechtelijke aanspraak al dan niet gehonoreerd. Ook de omvang van hetgeen wordt toegekend zal per casus verschillen. Past een dergelijke benadering niet erg goed bij de diverse verschijningsvormen van de niet-huwelijkse *feitelijke* relaties? Een verbintenisrechtelijke oplossing maakt ook maatwerk mogelijk. Verdedigbaar is echter ook dat indien een relatie eenmaal voldoet aan de '(minimum)norm' een economisch vergelijkbaar deel zou moeten worden toegekend als dat waar een echtgenoot recht op heeft, bijvoorbeeld een 'economisch' kinsdeel.

Kortom: aan ideeën ontbreekt het niet. Afhankelijk van het niveau waarop men erfrechtelijk meer zou willen met de samenlevingspartner, kan men in het buitenland terecht voor ingrediënten waarmee een smakelijk gerecht kan worden samengesteld, alsmede een gerecht dat politiek licht verteerbaar is. Indien men het inderdaad allemaal wat ruimer ziet met de samenlevingspartner, dan ligt het voor de hand te beginnen met een voorgerecht. Een vorstelijke uitbreiding van het nooderrecht: Antilliaanse kost met een uitbreidende Canadese dressing? Voor sommigen kan er echter wellicht al meteen een versterferrechtelijk hoofdgerecht worden geserveerd: een Schots gerecht, al dan niet met een Canadese legitimaire saus? Ik ben over deze boeiende materie nog lang niet uitgedacht.

Voetnoot

[1]

Prof. mr. F.W.J.M. Schols is als hoogleraar Estate Planning verbonden aan het Centrum voor Notarieel recht van de Radboud Universiteit Nijmegen en verbonden aan ScholsBurgerhartSchols te Nijmegen.

[2]

6 februari 2006, CanLII 3279, Courte file nr.: 01-4225/03.

[3]

Zie over de (vergeten?) plannen om versterferrecht te koppelen aan gezagsrelaties, F.W.J.M. Schols, 'Das nächste Blut erbt das Gut; Is het zonder bloed ook goed?!', *FJR* 2000, afl. 11, p. 254.

[4]

Gehuwd of niet: maakt het iets uit?, Antwerpen/Groningen: Intersentia Uitgevers 2005. In mijn bijdrage *Het erfrecht in Nederland*, p. 316 e.v., beschreef ik de samenwonerssituatie wat betreft de 'automatische' erfrechtelijke rechtsgevolgen, beantwoordde ik de vraag of de samenwoner het erfrecht naar zijn hand kan zetten en of er voor de vergeten langstlevende samenwoner een vangnet geldt. Ook in dit opstel

komen deze onderdelen terug.

- [5] Forder en Verbeke, *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, p. 638.
- [6] Forder en Verbeke, *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, p. 490.
- [7] Zie ook, bijvoorbeeld, het erfrecht in Tsjechië. In België waren er onlangs ontwikkelingen op het gebied van de wettelijke samenwoner. Zie Burgerhart, B.M.E.M. Schols, F.W.J.M. Schols, 'De Belgische 'wettelijke samenlever' thans ook erfrechtelijk bedacht', *Estate Tip Review* 2007-32, Boom Juridische Uitgevers. Erfrechtelijke voorstellen betreffende de feitelijke samenlever hebben het aldaar vooralsnog niet gered. Eveneens interessant in dit kader is het 'erfrechtelijke stuk' van de Raad van Europa van 19 september 2003 (CJ-FA-GT2): 'The CJ-FA-GT2 decided to include a guideline on cohabitation as it considered that cohabitation was a reality in today's world which must be taken into consideration as a fully recognised institution next to marriage and registered partnerships.' Ook in eigen land heeft de problematiek aandacht gekregen. Zie Schrama, *De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht* (dissertatie Utrecht), 2004 (Ars Notariatus 122), Deventer: Kluwer 2004, p. 502 en p. 568, waar zij een erfrechtelijke regeling voorstelt waarbij de langstlevende partner in ieder geval erft wanneer er geen ab-intestaaterfgenamen zijn. Voor ongehuwd samenwoners met kinderen bepleit zij een verdergaande bescherming, bijvoorbeeld door het toekennen van een eigen erfrechtelijke positie. Zie ook Forder, *Het informele huwelijk: de verbondenheid tussen mens, goed en schuld* (oratie Maastricht), 2000, p. 51 e.v., alwaar ook een link gelegd wordt tussen alimentatie en erfrecht, alsmede Luijten, 'De erfrechtelijke positie van de langstlevende echtgenoot en die van de overleden partner in buitenhuwelijkse relaties', in: *Relatierecht en Vrijheid*, Deventer: Kluwer 1983, p. 155, die denkt in de sfeer van de andere wettelijke rechten.
- [8] Voor een compleet overzicht: Van Mourik, Verstappen, B.M.E.M. Schols, F.W.J.M. Schols, Waaijer, *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2006.
- [9] Dit naast de huwelijksvermogensrechtelijke gevolgen, zoals boedelmenging (art. 1:93 BW).
- [10] De legitieme wordt berekend in de legitimaire massa (art. 4:65 BW). De legitieme breuk bedraagt 1/2 (art. 4:64 lid 1 BW).
- [11] De 'De Visser-Harms-visie' (HR 30 november 1945, *NJ* 1946, 62), betreffende de werking van de natuurlijke verbintenis in het erfrecht, is verlaten. De op dit arrest gebaseerde verzorgingstechniek was overigens niet alleen weggelegd voor gehuwden doch onder meer ook voor samenwoners (HR 27 februari 1980, *NJ* 1980, 352).
- [12] Zie recent nog HR 8 juni 2007, *Notafax* 2007, nr. 157.
- [13] De samenwonende broer en zus kunnen vanzelfsprekend wel versterferfgenamen van elkaar zijn (art. 4:10 lid 1 onder b BW).
- [14] Zoekt men, naast de rechtszekerheid, naar een (andere) rechtvaardiging voor het versterferrechtelijke onderscheid dan zou het ontbreken van een dwingendrechtelijke alimentatieregeling genoemd kunnen worden, alsook het ontbreken van

dwingendrechtelijke regels zoals die gelden voor gehuwden (bijvoorbeeld art. 1:88 BW). Ik laat deze elementen thans voor wat ze zijn, mede onder het motto wat niet is kan/moet nog komen, en verwijst naar het onderzoek van Forder en Verbeke.

[15]

Ik wil hiermee niet gezegd hebben dat in Anglo-Amerikaanse systemen geen problemen bestaan en geen aanvullende regelgeving nodig is ter wille van het rechtsverkeer.

[16]

De problematiek doet mij overigens zijdelings denken aan het benoemen tot erfgenaam van degene die *na* het overlijden van de testateur uitgeroepen wordt tot, bijvoorbeeld, de Nobelprijswinnaar voor de vrede. De wetgever heeft moeite met de bevoordeling van deze persoon in het kader van de overgang van rechtswege, zo bleek tijdens de parlementaire behandeling omdat deze niet kan worden geïdentificeerd aan de hand van de uiterste wil en de op het ogenblik van overlijden bestaande omstandigheden. De wetgever is wel bereid de beoogde beschikking te converteren in een legaat, een *verbintenisrechtelijke* aanspraak. Zie F.W.J.M. Schols, *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2006, onder meer p. 143.

[17]

Zie ook art. 4:18 BW voor de periode waar de ongedaanmaking nog boven de markt hangt. Ook in de figuur van de vereffening (beheer) kan een (tijdelijke) oplossing worden gevonden.

[18]

Indien in Nederland, zoals ook ik verwacht, de executele en het (afwikkelings)bewind, de erfrechtelijke praktijk gaan beheersen, en een Anglo-Amerikaansachtig systeem indirect zijn intrede doet, verdwijnen goederenrechtelijke bezwaren eveneens naar de achtergrond. In het loutere versterferrecht spelen executele en bewind vanzelfsprekend geen rol. Wel kan vereffening aan de orde zijn.

[19]

Forder en Verbeke, *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, p. 616.

[20]

Zie ook De Boer in Asser/De Boer *I* 2006/19 die rechtszekerheid slechts een secundaire plaats toekent, zeker indien het gaat om de doorwerking van mensenrechten.

[21]

Een opvolging onder algemene titel heeft vanzelfsprekend als voordeel dat leveringshandelingen achterwege kunnen blijven.

[22]

Met een economische aanspraak doel ik niet perse op slechts een aanspraak in geld. De samenlevingspartner zou ook een verbintenisrechtelijke aanspraak op (bepaalde) goederen van de nalatenschap kunnen krijgen.

[23]

Verbeke en Forder, *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, p. 617, laten zich mede inspireren door de rechtspraak van het EHRM omtrent erfrecht voor kinderen uit overspelige relaties.

[24]

'The right is merely the right to claim and, unlike claims for prior rights by surviving spouses and civil partners, the Act confers no entitlement to any provision from the deceased partner's intestate estate', aldus Hiram, 'New Developments in UK Succession Law', vol. 10.3, *Electronic Journal of Comparative Law* (december 2006), <www.ejcl.org/103/article103-7.pdf>.

[25]

In Engeland zou de samenlevingspartner onder omstandigheden op basis van de

- Inheritance (Provisions for Family and Dependants) Act 1975 wel een (verzorgings)aanspraak kunnen doen gelden. Zie Odersky, 'Erbrecht in Europa', *Zerb* 2004, p. 498 e.v. De 'Canadese' aanspraak geldt ook als over de nalatenschap beschikt is.
- [26] Zie ook Hiram, 'New Developments in UK Succession Law', vol. 10.3, *Electronic Journal of Comparative Law* (december 2006), <www.ejcl.org/103/article103-7.pdf>: 'Absent from this list are the legal rights of children which means, presumably, that an order in favour of a surviving cohabitant takes priority over claims for legitim by the children of the deceased.'
- [27] Dit is overigens ook in Ontario het geval (Family Law Act 1990).
- [28] Odersky, 'Neuregelung des gesetzlichen Erbrechts der Ehegatten und nichtehelichen Paare in Schottland', *ZEV* 2006, 10.
- [29] Nota van wijziging, 17 141, nr. 26, p. 19.'
- [30] Zie voor de invulling van dit begrip mijn eerdere bijdrage in *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, p. 323 e.v. Zie ook Waaijer, *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 366 e.v. en de daar aangehaalde literatuur, alsmede Kraan, 'De samenlevingsovereenkomst in het nieuwe erfrecht', *WPNR* 2001/6468.
- [31] Ik pleit hier overigens niet voor de legitieme als zodanig. Maar als de legitieme bestaat, dan moet zij ook niet te gemakkelijk om zeep te helpen zijn. Zie voor de zwakke plekken: B.M.E.M. Schols, *De legitieme portie driedimensionaal: abstract, concreet en fiscaal* (Preadvies KNB), Den Haag: SDU Uitgevers 2006, p. 104 e.v.
- [32] Nota van wijziging, 17 141, nr. 26, p. 19.
- [33] Voor de volledigheid: Voor echtgenoten en geregistreerde partners bestaat geen verplichting om samen te wonen. Het voeren van een gemeenschappelijke huishouding impliceert dit wel. Bovendien wordt door een huwelijk of geregistreerd partnerschap de omvang van de legitieme verkleind (art. 4:64 BW) en kan men met het huwelijks- of partnerschapsvermogensregime de legitimaire massa enigszins beïnvloeden.
- [34] Aldus Wetgevingsoverleg vaste commissie voor Justitie, 17 141, nr. 27 p. 24.
- [35] MvA, 17 141, nr. 120a, p. 9.
- [36] Hierover uitvoerig F.W.J.M. Schols, 'Erfrechtelijk chillen op de Antillen', *WPNR* 2007/6717.
- [37] Toelichting op het voorontwerp (concept 18 juni 2007).
- [38] En men de mogelijke diversiteit aan verschijningsvormen van samenlevingsrelaties en erfrechtelijke wensen geen (onoverkomelijk) beletsel vindt. Van mijn bedenkingen in dit kader lijken Verbeke en Forder niet echt onder de indruk, *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, p. 616. Interessant is in dit kader hetgeen Schrama schrijft over het leerstuk van de 'Typisiering': Schrama, *De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht*, p. 541. Zie ook p. 502.

Copyright © Kluwer 2012
Kluwer Online Research

Dit document is gegenereerd op 26-04-2012

Op dit document zijn de algemene leveringsvoorwaarden van Kluwer van toepassing.