

De erfrechtelijke IPR-cautio? Näherberechtigung en 'retorsie' in het internationale erfrecht

1. Het internationale erfrecht in de praktijk niet probleemloos

Het is geen zeldzaamheid meer dat men in het erfrecht stuit op internationale aspecten. Onroerende zaken in het buitenland, in het buitenland wonende kinderen, dan wel geëmigreerde erflaters zijn immers aan de orde van de dag. De mobiliteit van mens en kapitaal lijkt immers geen grenzen meer te kennen. Het belang van het internationaal privaatrecht[noot:1] mag ook in het erfrecht niet onderschat worden. Ons Nederlands internationaal erfrecht lijkt op het eerste gezicht goed te doorgronden. Nalatenschappen die openvallen na 1 oktober 1996 worden beheerst door de verwijzingsregels van de Wet conflictenrecht erfopvolging[noot:2] in samenhang met het Haags Erfrechtverdrag.[noot:3] Maar het toepasselijke erfrecht is allerm minst wiskundig vast te stellen. Zo vult men, om maar eens een voorbeeld te geven, een open norm als 'gewone verblijfplaats', zoals gebezigd wordt in art. 3 van het Verdrag, in de praktijk niet gemakkelijk in. Ik verwijs de lezer hiervoor naar de beschouwing van Knot eerder in dit blad.[noot:4] In deze bijdrage wil ik echter een ander probleem aanstippen waarmee men in internationale gevallen wordt geconfronteerd, te weten de gevolgen van het feit dat in beginsel ieder land zijn eigen internationaal erfrecht kent. Wellicht dat op niet al te lange termijn een nieuwe Europese regeling van internationaal erfrecht dit euvel binnen Europa wegneemt. Maar dan nog: ook de Europese grenzen worden overschreden.[noot:5] Door het feit dat verschillende IPR-stelsels zich kunnen doen gelden in een casus, kunnen conflicten ontstaan.

Een voorbeeld ter bepaling van de gedachten. Erflater A, met de Nederlandse nationaliteit en verblijfplaats in Nederland, benoemt zijn in België levende dochter C tot enig erfgenaam. Haar legitieme is hiermee in waarde ontvangen, rekening houdend met het op haar drukkende, hierna te vermelden, leaat Ter compensatie legateert erflater aan zijn eveneens in België levende zoon D de onroerende zaken die in België gelegen zijn. De waarde hiervan overtreft diens legitieme eveneens in ruime mate. Beiden ontvangen een waarde van 50% van de totale nalatenschap. A maakt een rechtskeuze voor Nederlands recht. De rechtskeuze vormt mijns inziens overigens een standaard onderdeel in een modern testament. Vanuit Nederlands IPR perspectief is, op het eerste gezicht, Nederlands recht van toepassing en van erfrechtelijke problemen lijkt dan geen sprake. Vanuit Belgisch IPR oogpunt wordt echter anders tegen deze casus aangekeken, hetgeen tot allerhande vragen kan leiden. Op dit voorbeeld kom ik hierna in paragraaf 5 terug.

De vraag luidt dan vervolgens per saldo: 'welk IPR zet zich door?'. Zal hier het 'recht van de sterkste' gelden, het recht van degene die 'op de betreffende goederen zit'? En zo ja, kent het internationaal erfrecht compenserende maatregelen of *moet*, dan wel *kan*, de erflater *zelf* het heft in handen nemen?

In paragraaf 2 zal aan de orde komen hoe ons IPR op eventuele botsingen reageert. In paragraaf 3 komt de ‘retorsie’ aan bod. Een regeling die onder omstandigheden kan leiden tot compensatie van eventueel geleden nadeel indien het Nederlandse IPR blijkt te moeten terugtreden. Vervolgens komt de vraag op of het mogelijk is om in een testament te anticiperen op een eventuele conflictrechtelijke botsing van IPR-stelsels. In dat kader zal in paragraaf 4 - in algemene zin - aan de orde komen of clausules die een bepaald (erfrechtelijk) gedrag van een erfgenaam ‘bestrafen’ geoorloofd zijn, om vervolgens in paragraaf 5 de ‘IPR-cautio’ te bespreken, welke testamentaire clausule *feitelijk* tracht de gesignaleerde IPR-perikelen te voorkomen.

2. Näherberechtigung, oftewel ‘het recht van de sterkste’

Het HEV kent uitdrukkelijk aan de testateur een *rechtskeuzebevoegdheid* toe. De aspirant erflater is op basis van art. 5 bevoegd te opteren voor:

1. het recht van de staat van zijn nationaliteit ten tijde van het uitbrengen van de rechtskeuze;
2. het recht van de staat van zijn nationaliteit ten tijde van zijn overlijden;
3. het recht van de staat van zijn gewone verblijfplaats ten tijde van het uitbrengen van de rechtskeuze;
4. het recht van de staat van zijn gewone verblijfplaats ten tijde van zijn overlijden.

Door het uitbrengen van een rechtskeuze in een testament lijken IPR-problemen als sneeuw voor de zon te verdwijnen. Vanuit Nederlands perspectief is dit in beginsel ook het geval, maar indien het dossier de landsgrenzen overgaat, wordt het anders. Vele Europese landen kennen immers geen erfrechtelijke rechtskeuze, of slechts een beperkte rechtskeuze, dan wel een rechtskeuze die materiele ‘dwingendrechtelijke’ erfrechtelijke regels, zoals de legitieme, onverlet laat. Zo kent Frankrijk de erfrechtelijke rechtskeuze niet[noot:6], en biedt Duitsland met § 25 EGBGB Abs. 2 slechts de mogelijkheid om voor Duits recht te kiezen.[noot:7] Art. 79 van het Belgische Wetboek IPR bepaalt dat de aanwijzing van bepaalde stelsels mogelijk is. Maar in het slot van het betreffende artikel is bepaald:

“Die aanwijzing kan evenwel niet tot gevolg hebben dat een erfgenaam zijn recht op een voorbehouden erfdeel verliest dat hem door het krachtens art. 78 toepasselijke recht wordt gewaarborgd. [...]”

Indien men beseft dat het vooral de dwingendrechtelijke erfrechtelijke regels van een bepaald land zijn die bewerkstelligen dat de ‘erfrechtelijke uitkomst’ van land tot land verschilt, dan ziet men dat deze Belgische rechtskeuze niet heel veel om het lijf heeft.[noot:8]

In het geval dat buitenlandse autoriteiten moeten oordelen over het toepasselijke erfrecht, zullen zij dit - in beginsel - moeten doen aan de hand van hun eigen IPR. Wellicht is de (betreffende) rechtskeuze volgens dat IPR niet (volledig) toegestaan. Dit kan ertoe leiden dat sprake is van een conflict. Indien een land, zoals bijvoorbeeld België[noot:9] en Frankrijk[noot:10], voor ‘onroerende zaken’ het ‘lex rei sitae’-uitgangspunt hanteert, zal de betreffende functionaris voor onroerende zaken gelegen in dat land zijn eigen erfrecht/legitieme toepassen. Een conflict dient zich aan.

Dit kan vanzelfsprekend overigens ook spelen indien in Nederland geen rechtskeuze is uitgebracht en onze objectieve verwijzingsregels, zoals, in het bijzonder, neergelegd in art. 3

HEV, een ander stelsel aanwijzen dan het betrokken buitenlandse IPR doet.[\[noot:11\]](#) In deze bijdrage zal ik evenwel focussen op de rechtskeuze.

Leible en Sommer[\[noot:12\]](#) beschreven het onlangs nog treffend:

“Ein Nachlasskonflikt entsteht, wenn derselbe Erbfall in verschiedenen Staaten nach unterschiedlichem Recht beurteilt wird. Grund hierfür ist eine Kollision auf der Ebene der Kollisionsrechte. [...]. Letztlich liegt hier ein Versagen des Kollisionsrechts vor, da es seine Aufgabe, Konflikte zu vermeiden, nicht erreicht hat. Der äußere Entscheidungseinklang konnte nicht hergestellt werden, es kommt zu sog. hinkenden Rechtsverhältnissen.”

Strikwerda[\[noot:13\]](#) verwoordt het vervolgens als volgt:

“Bij deze soort conflicten verengt het probleem zich derhalve tot de vraag of ons conflictenrecht zich moet schikken in het onvermijdelijke en de macht van het vreemde conflictenrecht als voldongen feit moet accepteren.”

Degene in wiens land, bijvoorbeeld, de onroerende zaken gelegen zijn, zal feitelijk de sterkste kaarten in handen hebben, en zijn eigen recht kunnen doorzetten. Men noemt dit *Näherberechtigung* of aanknopingsovermacht.[\[noot:14\]](#)

Het Nederlandse internationale erfrecht belooft in de zin van het voorgaande, met bijvoorbeeld de rechtskeuze, derhalve meer dan het feitelijk kan waarmaken. Ook het resultaat dat de Nederlandse objectieve verwijzingsregels op zou leveren, kan niet gegarandeerd worden. Het ontbreken van een uniform IPR is hier de oorzaak van. Dit betekent dat anderen gerechtigd kunnen zijn in de nalatenschap, of in een andere verhouding, dan voortvloeit uit het Nederlandse internationale erfrecht. Dat het fenomeen *Näherberechtigung* bestaat, wordt overigens niet genegeerd door de wetgever. Art. 2 lid 1 WC Erf[\[noot:15\]](#) bepaalt immers:

“Indien een der gerechtigden in een te vereffenen nalatenschap ten opzichte van een andere gerechtigde wordt benadeeld door de toepassing op een buitenlands gelegen goed van een krachtens het internationaal privaatrecht van het land van ligging aangewezen recht, worden de goederen, aldus overeenkomstig dat recht door die andere gerechtigde of door derden verkregen, als geldig verkregen erkend.” (curs. FS)

Het Nederlands internationaal erfrecht legt zich dus - min of meer gedwongen - neer bij het feit dat een ander land het eigen IPR kan doorzetten[\[noot:16\]](#), *althans* wat betreft *de geldigheid van de verkrijging*.[\[noot:17\]](#) In de parlementaire stukken[\[noot:18\]](#) lees ik:

“Voor een goed begrip zij erop gewezen dat de buitenlandse verwijzingsregel slechts daarom tot toepassing komt, omdat voor de effectuering van de aanspraak waarom het gaat, de medewerking van een buitenlandse autoriteit (notaris, rechter) vereist is.” (cursv. FS).

In deze zin wordt de eenheid van het stelsel dat door de rechtskeuze wordt beoogd feitelijk doorbroken, hoewel er beklemtoond wordt in de Memorie van Toelichting dat de buitenlandse verwijzingsregel niet wordt erkend.[\[noot:19\]](#) Met lid 1 wordt slechts beoogd onzekerheid over de vraag wie in de verdeling van de nalatenschap moet worden betrokken uit te sluiten.[\[noot:20\]](#) Men zou dan ook kunnen betogen dat de doorbreking van het eenheidstelsel slechts *relatief* is. Op het praktische belang van deze ‘relativiteit’ kom ik in paragraaf 3 terug.

3. ‘Retorsie’ oftewel ‘verrekening’

3.1 Algemeen

Het Nederlands IPR laat zich evenwel niet kennen en biedt een zekere bescherming tegen het Näherberechtigungsphenomeen.

Art. 2 lid 2 WC Erf bepaalt immers:

“De benadeelde gerechtigde kan echter vorderen dat ter gelegenheid van de vereffening van de nalatenschap tussen hem en de bevoordeelde gerechtigde een verrekening plaatsvindt tot ten hoogste het ondervonden nadeel. Verrekening is uitsluitend mogelijk met betrekking tot goederen van de nalatenschap dan wel door vermindering van een last.”

Deze verrekenregeling compenseert derhalve degene die nadeel lijdt omdat het buitenlandse stelsel zich doorzet.[\[noot:21\]](#) Op het eerste gezicht kwam mij deze regeling voor als een regeling van materieel erfrecht meer dan als een regeling van IPR. De regeling wijzigt immers per saldo, indien verrekening plaatsvindt, de economische gerechtigdheid in de nalatenschap, en behelst dan als het ware een aanvulling van het versterferfrecht of het testamentaire erfrecht. Dit geschiedt overigens slechts in verbintenisrechtelijke zin. Toch is het vanzelfsprekend een IPR-regel. Zo kan de regeling immers ook dienst doen als een ander erfrechtelijk stelsel dan het Nederlandse van toepassing is.

Voordat ik verder ga met de Nederlandse retorsie, of beter gezegd de verrekenregel, nog even een uitstapje naar België. Tot voor kort kende men ook in België een retorsiemogelijkheid in art. 912 BBW.[\[noot:22\]](#) Dit artikel werd echter opgeheven bij Wet van 16 juli 2004, met ingang van 1 oktober 2004 in het kader van de invoering van het Wetboek IPR. Dit mede omdat, zo blijkt uit de Belgische Toelichting, een dergelijk recht van voorafneming in strijd is met de essentie van een verwijzingsregel.[\[noot:23\]](#) Het volgende citaat uit deze Toelichting wil ik de lezer, voor de beeldvorming, niet onthouden:

“De opheffing van deze regel is in overeenstemming met de open internationale geest die het wetboek inspireert.”

Deze ‘open internationale geest’ valt echter wel mee indien men de hiervoor genoemde beperking ziet die in België is aangebracht aan de werking van de erfrechtelijke rechtskeuze.

Terug naar Nederland. Op de verrekening in Nederland moet een beroep worden gedaan, ter gelegenheid van de afwikkeling van de nalatenschap.[\[noot:24\]](#) De verrekening kan alleen plaatsvinden met goederen van de nalatenschap dan wel door vermindering van een last (sublegaat) die aan een benadeelde gerechtigde is opgelegd ten gunste van de bevoordeelde gerechtigde. Als gerechtigde wordt aangemerkt een erfgenaam, een legataris of een lastbevoordeelde, zo leest men in art. 2 lid 3 WC Erf. Het betreft degenen die volgens het Nederlands IPR geldende materiële erfrecht in deze hoedanigheid gerechtigd zijn.[\[noot:25\]](#) In deze zin kan de verrekening als een ‘interne aangelegenheid’ beschouwd worden, en is de verrekening beperkt. Degene die niets verkrijgt in de nalatenschap waar het Nederlandse IPR vat op heeft, kan ook niet compenserend aangepakt worden.

Illustratief is de volgende passage uit de Nota naar aanleiding van het verslag:[\[noot:26\]](#)

“Inderdaad kan zich ook een situatie voordoen waarin het nadeel niet volledig kan worden gecompenseerd, omdat de bij de verrekening te betrekken bestanddelen van de nalatenschap daartoe ontoereikend zijn. [...] Dit is de consequentie van de (noodgedwongen) aanvaarding van de aanknopingsovermacht, zoals deze in art. 2, eerste lid, is omschreven. Een verdergaande retorsie, die in theorie denkbaar is, zou de kans vergroten dat de verrekening door een contraverrekening in het buitenland ongedaan wordt gemaakt.”

Art. 2 lid 2 WC Erf doet geen aanvullende verbintenis uit de wet ontstaan, waarvan ook langs andere weg dan ten tijde van de afwikkeling van de nalatenschap nakoming kan worden gevorderd, zo blijkt overigens uit de toelichting.[\[noot:27\]](#)

3.2 De ‘lastbevoordeling’ en het ontbreken van de legitimaris?

3.2.1 De lastbevoordeling

Bij de lezing van art. 2 lid 3 WC Erf valt de term ‘lastbevoordeelde’ op. Hoewel voor een ‘lastbevoordeling’ in het huidige Nederlandse erfrecht geen hoofdrol meer zal zijn weggelegd, gelet op het feit dat de meeste bevoordelingen onder het begrip ‘legaat’ zullen vallen, is het een goede zaak dat toch nog steeds voor de lastbevoordeelde een plek is ingeruimd. Niet alleen voor de gevallen dat op basis van ons IPR buitenlands recht van toepassing is, maar ook gelet op het feit dat het toch onder huidig recht niet ondenkbaar is dat de last ingezet wordt om iemand te bevoordelen.[\[noot:28\]](#)

3.2.1 Het ontbreken van de legitimaris

Men kan zich ook afvragen of in lid 3 van art. 2 WC Erf de legitimaris ontbreekt. In de aanpassingswetgeving rondom het nieuwe erfrecht is er, voor zover mij bekend, geen aandacht aan de Wet conflictenrecht erfopvolging besteed. Bewust of onbewust? Onder oud erfrecht bezat, althans in Nederland, de legitimaris tevens, na een beroep op de legitieme, de kwaliteit van erfgenaam. Maar onder het huidige erfrecht is dat, in ieder geval voor Nederland, niet meer - per definitie - het geval. Door een beroep op de legitieme wordt de (onterfde) legitimaris als zodanig, er van uitgaande dat volgens Nederlands IPR, bijvoorbeeld door de rechtskeuze, Nederlands erfrecht van toepassing is, slechts schuldeiser van de nalatenschap. Stel dat *buitenlands* IPR leidt tot de toepasselijkheid van buitenlands recht op een in het buitenland gelegen onroerende zaak, dan is de botsing van IPR-stelsels een feit.

De legitieme wordt naar Nederlands recht berekend in de legitimaire massa, met inachtneming van de eenheid van nalatenschap, zo zou ik willen betogen, gelet op het feit dat het Nederlandse IPR van het eenheidstelsel uitgaat. Het feit dat wij met art. 2 lid 1 WC Erf het buitenlandse IPR ruim baan geven en het buitenlandse recht zich kan doorzetten, werkt slechts relatief. Zie hiervoor paragraaf 2. Het is toch niet zo dat wij voor de berekening van de omvang van de legitieme de buitenlandse onroerende zaak buiten beschouwing zouden laten?

De legitimaris kan naar Nederlands recht voor het in de legitimaire massa berekende bedrag de nalatenschap/ erfgenamen[\[noot:29\]](#) (en begiftigden) aanspreken (art. 4:79, 4: 80 en 4:89 BW). Wellicht krijgt hij geen greep op goederen die volgens buitenlands IPR vererven naar buitenlands recht, waardoor de legitimaris nadeel zou kunnen lijden. Dit is vanzelfsprekend anders indien het op de onroerende zaak toepasselijke buitenlandse recht hem een (goederenrechtelijke) aanspraak toekent. Ik ga hier evenwel thans niet van uit.

Dat de legitimaris niet is genoemd in art. 2 WC Erf brengt hem, zo lijkt het, echter niet in een slechtere positie dan in het geval hij wel genoemd zou zijn. Ook in het geval dat hij wel genoemd zou zijn, was zijn 'verrekenmogelijkheid' beperkt, omdat er een beperking is in de bestanddelen en personen die voor 'verrekening' in aanmerking komen, zoals hiervoor in deze paragraaf beschreven. Het levert hem per saldo niet meer op dan zijn actie uit hoofde van de legitieme. Een eigen plek in het correctiemechanisme van art. 2 WC Erf lijkt, althans zo zou mijn eerste inschatting zijn, voor de door de IPR-botsing *benadeelde* legitimaris niet nodig indien de nalatenschap beheerst wordt door Nederlands recht; het is als het ware al ingebakken in het systeem, waarin hij als schuldeiser van de nalatenschap opereert.

De vraag komt echter op wat rechtens is indien de legitimaris de '*bevoordeelde*' is. Stel, een legitimaris naar Nederlands recht profiteert van het feit dat het buitenlandse recht zich door kan zetten. Hij verkrijgt 'in Nederland' zijn legitieme, berekend in de 'totale nalatenschap' en in het buitenland claimt hij een 'extraatje' op basis van een op grond van het buitenlandse recht toepasselijke dwingendrechtelijke regel. Is het dan niet mogelijk, nu hij ontbreekt in de opsomming van de gerechtigden, dat bij hem gecompenseerd wordt door degenen, bijvoorbeeld de erfgenamen, die nadeel lijden als gevolg van het feit dat hij in het buitenland 'iets extra's' verkrijgt?

Of lost, voor de gevallen dat volgens het Nederlandse IPR, als gevolg van de rechtskeuze, het Nederlands erfrecht van toepassing is, de toerekening van art. 4:71 BW [\[noot:30\]](#) dit op en missen wij de legitimaris niet in art. 2 WC Erf, ondanks het feit dat wij het buitenlandse IPR en daarmee ook het buitenlandse erfrecht de ruimte geven? Art. 4:71 BW is immers van toepassing vanuit de Nederlandse optiek en dit artikel maakt geen onderscheid naar de (internationale) aard van de erfrechtelijke verkrijging. Anderzijds kan met recht betoogd worden dat het niet aan het Nederlandse *materiele* erfrecht is om een IPR-conflict te 'sussen', en art. 4:71 BW in dezen geen functie heeft.

Met de gedachte dat slechts sprake is van een *relatieve doorbreking* van het eenheidstelsel, zoals hierboven in paragraaf 2 is aangestipt, zou er echter ruimte zijn om art. 4:71 BW toe te passen. Hetgeen door de legitimaris op basis van het buitenlandse erfrecht wordt verkregen, wordt op de Nederlandse legitieme toegerekend. De splitsing die door de 'Näherberechtigung' ontstaat, gaat dan niet zo ver dat we twee afzonderlijke nalatenschappen moeten zien, die niet als communicerende vaten kunnen functioneren. [\[noot:31\]](#)

Ik ben over deze materie nog niet uitgedacht; men moet een en ander dan ook zien als een eerste aanzet voor het aan de orde stellen van de vraag of de legitimaris gemist wordt. Ik laat de 'problematiek' verder rusten. Het vraagt evenwel nadere aandacht, hierbij opmerkend dat ook buitenlandse 'legitieme systemen' op basis van het Nederlandse IPR van toepassing kunnen zijn, in welk geval zou kunnen blijken dat de legitimaris toch gemist wordt in art. 2 WC Erf.

4. Een intermezzo: erfrechtelijke cautio's?

Om tot de beantwoording te komen van de vraag of het mogelijk is om in een uiterste wil te anticiperen op een eventuele botsing van IPR-stelsels, is het nodig om stil te staan bij art. 4:4 lid 1 BW.

Art. 4:4 lid 1 BW bepaalt dat een voor het opvallen van een nalatenschap verrichte rechtshandeling nietig is voorzover zij de strekking heeft een persoon te belemmeren in zijn

vrijheid om bevoegdheden uit te oefenen, welke hem krachtens Boek 4 met betrekking tot die nalatenschap toekomen. Ook ‘strafsancties’ in *uiterste wilsbeschikkingen* die in werking treden indien iemand zich beroept op zijn ‘Boek 4-rechten’ kunnen aan dit verbod onderhevig zijn, zo blijkt mijns inziens uit de Parlementaire Geschiedenis. Zo zou nietig kunnen zijn de cautio waarin is bepaald dat een verkrijging vervalt, indien de verkrijger een beroep doet op de ‘andere wettelijke rechten’ van art. 4:28 BW e.v. of de bepaling dat een verkrijging van een erfgenaam vervalt indien hij de vernietiging van art. 4:62 BW inroept. Art. 4:4 lid 1 BW maakt deze bevoegdheden als het ware dwingendrechtelijk in ruime zin: ook indirect kunnen deze bevoegdheden niet ontnomen worden. Minister Polak verwoordde het als volgt:

“Voor het overige snijdt art. 4.1.3b directe en indirecte belemmeringen in erfrechtelijke vrijheden naar het oordeel van de ondergetekende echter terecht af.”

Om het feit dat het verbod in de optiek van de wetgever ook ziet op uiterste wilsbeschikkingen nog maar eens te illustreren, verwijs ik naar de parlementaire stukken:[\[noot:32\]](#)

“Belangrijker voor de praktijk is dat het eerste lid van het onderhavige artikel ook de zgn. privatieve clausules in testamenten (curs. FS) nietig verklaart, voor zover deze de strekking hebben om de bevoordeelde te belemmeren in zijn vrijheid om enige erfrechtelijke bevoegdheid, hem als bevoordeelde krachtens Boek 4 toekomende, al dan niet uit te oefenen.”

Zo was er *dan ook* een uitdrukkelijke bepaling *nodig*, te weten art. 4.3.3.14b lid 1 van het Gewijzigd Ontwerp, om de cautio Socini, de strafbepaling bij een beroep op de legitieme, uitdrukkelijk toe te staan. In art. 4.3.3.14b lid 1 was bepaald dat een erfflater een uiterste wilsbeschikking er van afhankelijk kon stellen, dat een legitimaris van een hem als zodanig toekomende bevoegdheid afstand doet.

Zelf heb ik overigens als zodanig geen problemen met ‘belemmerende’ uiterste wilsbeschikkingen. Cautio’s in testamenten, van welke aard dan ook, zie ik niet als een fenomeen dat bestreden zou moeten worden. Waarom mag ik een erfrechtelijke bevoordeling van X niet intrekken, als X, die ik, bijvoorbeeld, in mijn testament benoem als erfgenaam, tegen mijn zin overgaat tot vernietiging van bepaalde in mijn testament willens en wetens opgenomen vernietigbare legaten of tracht het testamentaire beschermingsbewind te beëindigen met toepassing van art. 4:178 lid 2 BW? Ik had hem toch niet hoeven benoemen! Maar de wetgever ziet dat mijns inziens anders. Een wijziging van art. 4:4 lid 1 BW, die ziet op het toestaan van (bepaalde) ‘erfrechtelijke cautio’s’, is daarom wenselijk.[\[noot:33\]](#) Wellicht echter dat voor de geldigheid van bepaalde cautio’s aanknopingspunten te vinden zijn in de Parlementaire Geschiedenis en wet. Ik kom hierop in paragraaf 5 terug. Voor de goede orde merk ik nog op dat in een internationale casus de toelaatbaarheid van erfrechtelijke cautio’s getoetst moet worden aan het erfrecht dat de nalatenschap beheerst.

5. De erfrechtelijke IPR-cautio

De cautio Socini, in de ware zin, is in een Nederlandse context overbodig. Deze is immers als het ware ingebouwd in het systeem van de legitieme (art. 4:63 lid 3 BW en art. 4:71 BW). In internationale gevallen zou een cautio wel nog dienst kunnen doen, daar waar de regel van art. 2 WC Erf niet kan compenseren of van de compensatie niet een voldoende dreigend effect uitgaat.

Ik kom terug op het voorbeeld uit paragraaf 1. Erflater A, met de Nederlandse nationaliteit en verblijfplaats in Nederland, benoemde zijn dochter C tot enig erfgenaam. Haar legitieme is hiermee, vanuit het Nederlandse erfrecht bekeken, in waarde ontvangen, rekening houdend met het legaat aan de zoon van erflater. Erflater legateerde aan zijn zoon D de onroerende zaken die in België gelegen zijn. De waarde hiervan overtreft diens legitieme in ruime mate. A maakte een rechtskeuze voor Nederlands recht, ingevolge art. 5 HEV. Vanuit Nederlands IPR perspectief is dan Nederlands recht van toepassing. Vanuit Belgisch IPR bezien is het, zoals reeds geconstateerd, anders. Op basis van art. 79 Wetboek IPR wordt de rechtskeuze erkend. Er is immers gekozen voor de wet van de nationaliteit/gewone verblijfplaats van de erflater. Echter, de rechtskeuze kan, zoals beschreven in paragraaf 2, niet tot gevolg hebben dat men zijn recht op een voorbehouden erfdeel verliest dat hem door het objectieve toepasselijke recht (op basis van art. 78 Wetboek IPR) vanuit Belgisch oogpunt wordt gewaarborgd.[\[noot:34\]](#) De vererving van onroerende goederen wordt in België beheerst door het recht van de Staat op wiens grondgebied het onroerend goed is gelegen (art. 78 lid 2 Wetboek IPR).[\[noot:35\]](#) De zoon heeft naar Nederlands recht zijn legitieme verkregen als gevolg van de toerekening op basis van art. 4:71 BW. Hetzelfde geldt voor de dochter. Ik kan evenwel niet uitsluiten dat, bijvoorbeeld, indien de dochter een ingang bij de Belgische rechter zou vinden[\[noot:36\]](#), zij met een beroep op de Belgische *goederenrechtelijke* legitieme als gevolg van de ‘Näherberechtigung’ ook deels gerechtigd wordt/blijft tot de Belgische onroerende zaken, ondanks haar ‘royale’ enig erfgenaamschap. Dit levert op zijn minst goederenrechtelijke problemen op. Bovendien zou de Belgische legitieme van de dochter ook een extra ‘waarde’ kunnen opleveren ten koste van de zoon, te weten haar legitieme aandeel in de Belgische ‘onroerende zaken - nalatenschap’. Dit zou de zoon als benadeelde legataris-gerechtigde een recht op verrekening kunnen opleveren.

Hoe dit ook zij, waarschijnlijk wil de erflater afwikkelingsperikelen en IPR-vraagstukken voorkomen en erfrechtelijke ondankbaarheid straffen. In dat kader zou een clause in beeld komen met de strekking dat indien de dochter in België haar ‘IPR-verhaal’ gaat halen - en daarmee als het ware de Belgische goederenrechtelijke legitieme in huis haalt - zij in Nederland haar erfgenaamschap ontnomen ziet worden.

Onze Oosterburen kennen in dit kader de ‘Verknüpfte Verfügungen’. Met betrekking tot een Duits-Franse nalatenschap, waar ook splitsingsperikelen spelen indien Frans onroerend goed in de vererving is betrokken, waarbij de dochter - ondanks een royale verkrijging in Duitsland en een naar Duits recht geldig opgemaakt Pflichtteilsverzicht (§ 2346 BGB) - jegens haar broer haar legitieme naar Frans recht met betrekking tot de Franse ‘onroerend goed’ - nalatenschap nog inroept, wordt het volgende opgemerkt:

“Diese Verfügungen müssen aber insofern miteinander verknüpft werden, daß in dem Testament über den deutschen Nachlaß eine Klausel einbezogen wird, daß die Tochter hinsichtlich des deutschen Nachlasses auf den Pflichtteil gesetzt wird, sofern sie in Frankreich ihren Pflichtteil im Wege der Herabsetzungsklage geltend macht.”[\[noot:37\]](#) [\[noot:38\]](#)

Dit overziende komt de vraag op of de volgende basis[\[noot:39\]](#) voor een testamentaire clause door de beugel kan. Hoewel het vanzelfsprekend geen IPR instrument betreft, maar een testamentaire regeling naar Nederlands recht die anticipeert op IPR problemen, kan de clause toch gedoopt worden als de ‘*IPR-cautio*’:

“De benoeming van <[]> tot erfgenaam/legataris geschiedt onder de ontbindende voorwaarde dat <hij> <zij> niet binnen < > jaar na mijn overlijden, na daartoe door een

belanghebbende te zijn verzocht, bij notariële akte, afstand doet van een volgens een ander dan het gekozen <Nederlandse> rechtsstelsel toekomende (dwingendrechtelijke) bevoegdheid, zoals, bijvoorbeeld, de legitieme/reserve, waarmee <hij> <zij> in goederenrechtelijke of verbintenisrechtelijke zin een inbreuk maakt op mijn uiterste wil.”

Zoals gezegd zijn het in het bijzonder de dwingendrechtelijke erfrechtelijke regels die problematisch zijn indien er een IPR-botsing plaatsvindt, zodat men de cautio tot deze gevallen kan beperken.

Men dient te beseffen dat in Duitsland een uitdrukkelijke regeling als art. 4:4 lid 1 BW, zoals in paragraaf 4 aan de orde gesteld, ontbreekt. Strafsancties (‘Verwirkungs-klauseln’) in uiterste wilsbeschikkingen, waarbij een erfgenaam of legataris wordt benoemd onder ontbindende voorwaarde dat hij zich op enigerlei wijze verzet tegen de uiterste wil van erflater zijn, in beginsel, toegestaan.[\[noot:40\]](#) Het argument ‘wat in Duitsland kan, moet hier ook kunnen’ gaat vanzelfsprekend niet op.

Toch zie ik ruimte voor de IPR-cautio, ondanks het feit dat art. 4:4 lid 1 BW in de visie van de wetgever van toepassing kan zijn op testamentaire privatieve clausules, zoals hiervoor beschreven. Ik doel dan niet op het adagium: ‘niet geschoten is altijd mis’.

In de parlementaire stukken met betrekking tot het genoemde art. 4.3.3.14b lid 1, in welk artikel de legitiemecautio uitdrukkelijk werd toegestaan, werd bij het schrappen van deze bepaling gemeld dat de achtergrond niet was het verbieden van deze cautio die zag op de legitieme, doch slechts gelegen was, gelet op het nieuwe systeem, overbodige wetgeving te verwijderen.[\[noot:41\]](#) Hieruit kan men concluderen dat, ondanks het feit dat privatieve clausules in testamenten betreffende erfrechtelijke bevoegdheden in beginsel nietig zijn, men *echter coulant* mag zijn met betrekking tot de cautio Socini, omdat men deze als zodanig niet heeft willen verbieden. De IPR-cautio is in wezen, daar waar de clause ziet op een regeling als de legitieme, niet anders dan de cautio Socini, zodat ik hier de steun uit put dat art. 4:4 lid 1 BW aan het bestaan hiervan niet in de weg staat. Ter nadere versterking van de gedachte dat de clause, ondanks art. 4:4 lid 1 BW, door de beugel kan, vind ik het feit dat wij het ‘verrekenleerstuk’ in de wet kennen. De wetgever geeft zelf corrigerende maatregelen tegen het Näherberechtigungsfenomeen en wenst - per saldo - geen inbreuken op de rechtskeuze die naar Nederlands IPR rechtsgeldig uitgebracht is. Ik kan me dan voorstellen dat een regeling door de erflater zelf getroffen niet indruist tegen ons systeem.

Het zou een goede zaak zijn, zoals gezegd, indien de wetgever alsnog bepaalde erfrechtelijke cautio’s uitdrukkelijk toe zou staan.

[\[1\]](#)

Hierna ‘IPR’.

[\[2\]](#)

Wet van 4 september 1996, Regeling van het conflictenrecht inzake de erfopvolging alsmede de vereffening en de verdeling van de nalatenschap, Stb. 1996, 457, hierna ‘WC Erf’.

[\[3\]](#)

Verdrag van 1 augustus 1989 inzake het recht dat van toepassing is op erfopvolging, Trb. 1994, 49. Hierna 'HEV'.

[4]

J.G.Knot, Laatste (gewone) verblijfplaats als aanknopingsfactor in het internationaal erfrecht, WPNR (2004) 6597. Zie ook Q.J. Marck, De afwikkeling van een nalatenschap met internationale aspecten: het Nederlandse IPR in vogelvlucht, WPNR (2006) 6672.

[5]

P. Vlas, Naar een EG-Verordening IPR-Erfrecht?, WPNR (2003) 6533 en J.G. Knot, Nieuw *Internationaal* Erfrecht, Nieuw Erfrecht, 2004, nr. 2.

[6]

Süß en Haas, Erbrecht in Europa, Döbereiner, p. 382, Zerb Verlag, Angelbachtal 2004.

[7]

§ 25 EGBGB Abs. 2 luidt als volgt: "Der Erblasser kann für im Inland belegenes unbewegliches Vermögen in der Form einer Verfügung von Todes Wegen deutsches Recht wählen." Zie Palandt-Heldrich, § 25 EGBGB, Rn. 7.

[8]

Zie ook: Rechtskeuze op z'n Belgisch. Nieuw Belgisch IPR: laat u niet op het verkeerde been zetten, *EstateTip* Review 2005-4, Boom Juridische Uitgevers Den Haag. Voor het Belgisch erfrechtelijke IPR zie ook J. Erauw en A. Verbeke, Grensoverschrijdende aspecten van de familiale vermogensplanning, in *Familiale Vermogensplanning, XXX Cyclus Delva*, Antwerpen, Kluwer, 2004, p. 548 e.v. alsmede A. Nijs, A. van Zantbeek en A. Verbeke, *Handboek boedelafwikkeling*, p. 815 e.v. Walburg Pers 2005. Per saldo wordt het een materieelrechtelijke rechtskeuze. Vergelijk art. 6 HEV.

[9]

Art. 78 lid 2 van het Belgische Wetboek IPR bepaalt: 'De vererving van onroerende goederen wordt beheerst door het recht van de Staat op wiens grondgebied het onroerend goed is gelegen. Indien evenwel buitenlands recht leidt tot de toepassing van het recht van de Staat op wiens grondgebied de overledene bij zijn overlijden zijn gewone verblijfplaats had, is dit laatste recht van toepassing.'

[10]

Ferid-Firsching, *Internationales Erbrecht*, Band III, Frankreich, C.I., Rn. 5, Verlag C.H. Beck München. Vgl. ook art. 3 Code Civil: "[...] Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi Française [...]".

[11]

Van belang in dit kader is art. 4 HEV waar een regeling van ‘verderverwijzing’ is neergelegd, als gevolg waarvan als het ware een ‘buitenlandse’ lex rei sitae regel een regel van Nederlands IPR wordt. Zie noot 16.

[12]

S. Leible en E. Sommer, Nachlasspaltung und Testamentsform: Probleme der Testamentsabwicklung bei Nachlasspaltung wegen Grundbesitzes im Ausland, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge, 2006, nr. 3, p. 94.

[13]

L. Strikwerda, Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht, Kluwer Deventer 2005, p. 67 e.v.

[14]

Zie hierover I.S. Joppe, Overgangsrecht in het internationaal privaatrecht en het fait accompli, diss. Leiden, Gouda Quint 1987, p. 187 e.v., daarbij verwijzend naar Franx, Redengeving en rechtsgevolgen van eenheid en splitsing der internationale nalatenschap, diss. Amsterdam (UvA) 1965. Zie ook M.H. ten Wolde, Internationaal en interregionaal erfrecht in het Koninkrijk der Nederlanden, Kluwer Deventer, 1996, p. 83. Hij signaleert dat het begrip ‘Näherberechtigung’ zich beperkt tot de situaties waarin het conflictenrecht van de situsstaat de eigen lex rei sitae van toepassing verklaart, terwijl ook in andere gevallen het vreemde conflictenrecht zich door kan zetten.

[15]

Zie voor het huwelijksvermogenrecht overigens art. 6 Wet Conflictenrecht Huwelijksvermogensregime.

[16]

Van ‘doorzetten’ is geen sprake indien op basis van art. 4 HEV als gevolg van doorverwijzing een ‘buitenlandse’ lex rei sitae regel als het ware een regel van Nederlands IPR wordt. Er bestaat dan ook geen recht op verrekening, zoals hierna onder 3 beschreven.

[17]

Vgl. voor Duitsland § 3 Abs. 3 EGBGB: “Soweit Verweisungen im Dritten und Vierten Abschnitt das Vermögen einer Person dem Recht eines Staates unterstellen, beziehen sie sich nicht auf Gegenstände, die sich nicht in diesem Staat befinden und nach dem Recht des Staates, in dem sie sich befinden, besonderen Vorschriften unterliegen.” In de ‘Vierter Abschnitt’ treft men het Erfrecht aan.

[18]

Aldus de Memorie van Toelichting, 1993-1994, 23 857, nr. 3, p. 2 e.v.

[19]

Vgl. I.S. Joppe, Overgangsrecht in het internationaal privaatrecht en het fait accompli, diss. Leiden, Gouda Quint 1987, p. 188. Wat betreft de gevolgen van de ‘Näherberechtigung’ beschrijft zij onder meer de visie dat ‘het eigen ipr *slechts zover* terugtreedt als onontkoombaar is, omdat het recht van het land van ligging nu eenmaal de feitelijke macht heeft zich door te zetten [...] (curs. FS)” en constateert dat bij deze visie een verrekeningsregel past. Zie hierna paragraaf 3.

[20]

Zie Memorie van Toelichting, 1993-1994, 23 857, nr. 3 p. 2 e.v.

[21]

Vergelijk in dit kader de Praeceptiewet van 7 april 1869, Stb. 56 waarover uitvoerig M.H. ten Wolde, Internationaal en interregionaal erfrecht in het Koninkrijk der Nederlanden, Kluwer Deventer, 1996, p. 86 en de daar aangehaalde literatuur.

[22]

Art. 912 BBW luidde als volgt: “Ingeval van verdeling van een erfenis die goederen bevat gelegen op het grondgebied van een vreemde Staat, zullen de medeërfgenenamen, niet-onderdanen van die Staat, van de in België gelegen goederen een deel voorafnemen, dat gelijk is aan dat der vreemde goederen waarvan zij, uit welken hoofde ook, krachtens de plaatselijke wetten en gewoonten zouden zijn uitgesloten.”

[23]

Belgische Senaat, Buitengewone zitting, 7 juli 2003, Wetsvoorstel houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, Toelichting, p. 108.

[24]

Memorie van Toelichting, 23 857, nr. 3, p. 2 e.v.

[25]

Kritisch over deze beperking M.H. ten Wolde, Internationaal en interregionaal erfrecht in het Koninkrijk der Nederlanden, Kluwer Deventer, 1996, p. 317.

[26]

Nota naar aanleiding van het verslag, 1994-1995, 23 857, nr. 6, p. 1 e.v.

[27]

Memorie van Toelichting, 1993-1994, 23 857, nr. 3, p. 2 e.v. De vraag komt in dit kader op wanneer een nalatenschap is afgewikkeld. Vgl. art. 120 lid 1 Overgangswet.

[28]

Zie onder meer Handboek Erfrecht (F.W.J.M. Schols), p. 195 e.v., Kluwer Deventer 2006 en F.W.J.M. Schols, Postmortale inseminatie en het ongeborn kleinkind; een lastige bevoordeling?, Nieuw Erfrecht, 2006, nr. 3.

[29]

Bij uitzondering ook een legataris. Zie art. 4:87 lid 6 BW.

[30]

Art. 4:71 BW bepaalt: “De waarde van *al hetgeen* een legitimaris krachtens erfrecht verkrijgt, komt in mindering van zijn legitieme portie.” Curs. FS.

[31]

Vgl. het leerstuk van de (materieelrechtelijke) aanpassing dat dient als correctiemechanisme. Zie, bijvoorbeeld, E.N. Frohn, De uitsluitingsclausule in IPR-perspectief, in Liber Amicorum I.S. Joppe, Met recht verkregen, Rechtswetenschappelijk Publicaties, Kluwer Deventer 2002, p. 57 e.v.

[32]

Memorie van Antwoord, 3771, nr. 6, p. 4 en Nota naar aanleiding van het eindverslag, 17 141, nr. 20, p. 4 e.v. Zie ook HR 3 maart 1944, NJ 1944/1945, 255.

[33]

Zo concludeerde ik in mijn dissertatie Quasi-erfrecht met bindende elementen, Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht, Kluwer Deventer 2005, p. 231.

[34]

Het lijkt er op dat een rechtsvergelijkende analyse moet worden gemaakt tussen de Belgische en Nederlandse legitieme, waarbij in dit voorbeeld de *omvang* en de *aard* van de Belgische legitieme (goederen) in het oog springt. Zie onder meer J. Erauw, e.a., Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd, Intersentia Antwerpen-Oxford-Brussel 2006, p. 407 en M. Delboo, G. Deknudt en I. Verhulst, Het Wetboek IPR en vermogensplanning, Wolters Kluwer België 2005, p. 60 waar gesproken wordt van een evenwaardige *kwantitatieve en kwalitatieve reserve*.

[35]

De in art. 78 § 2 Wetboek IPR opgenomen beperkte herverwijzing is in casu niet van toepassing.

[36]

Regels van ‘rechtsmacht’ laat ik thans buiten beschouwing. Ik verwijs naar het Nederlands-Belgische Executieverdrag 1925, Stb.1929, 405 en naar M.H.J.M. Tomlow, Wordt de Nederlandse wettelijke verdeling erkend in België?, Nieuw Erfrecht, 2005, nr. 1.

[\[37\]](#)

H. Flick/D. Piltz, Der Internationale Erbfall, Verlag C.H. Beck München 1999, p. 35.

[\[38\]](#)

In Duitsland komt men ook ‘uitleggend’ tot een oplossing. Zie R. Süß, Das Internationale Pflichtteilsrecht, Handbuch Pflichtteilsrecht, Zerb Verlag Angelbachtal 2003, Rn. 271 e.v.: “[...] wird man im Rahmen ergänzender Auslegung das Testament dahingehend deuten müssen, dass der Wert [...] bei der Verteilung des deutschem Erbstatut unterliegenden Nachlasses wieder angerechnet werden soll. Denn selbst wenn sich die Erbstatute jeweils auf den ihnen zugeordneten Spaltnachlass beschränken, ist dennoch das Testament auf den gesamten Nachlass bezogen und - für den deutschem Erbstatut unterliegenden Nachlass - entsprechend auszulegen.” In dit kader moet ook het systeem van de ‘Ausgleich’ en de ‘Lehre vom Gesamtpflichtteil’ genoemd worden.

[\[39\]](#)

De schrijver heeft niet de intentie een allesomvattende clausule te ontwerpen. De tekst geldt slechts ter bepaling van de gedachten en behoeft in concrete gevallen vanzelfsprekend nadere uitwerking. Denk bijvoorbeeld aan het vraagstuk van de beschikkingsbevoegdheid gedurende de periode dat de voorwaarde nog in vervulling kan gaan (art. 4:138 BW e.v.).

[\[40\]](#)

Zie hierover mijn dissertatie Quasi-erfrecht met bindende elementen, Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht, Kluwer Deventer 2005, p. 56 e.v.

[\[41\]](#)

Memorie van Antwoord, 3771, nr. 6, p. 64, Memorie van Toelichting, 17 141, nr. 3, p. 56.

[Integraal zoeken](#)

[» Zoekhistorie » kunrecht \(netwerk\) \(Uitloggen\)](#)

- [Zoeken](#)
- [Algemeen](#)
- [Nieuws](#)
- [Tijdschriften](#)
- [Jurisprudentie](#)
- [Commentaar Ondernemingsrecht](#)
- [Dossiers](#)
- [Boeken](#)
- [Fiscaal Commentaar](#)

OpMaat voor het Notariaat

Sdu Uitgevers

© 2012 Sdu Uitgevers bv [Leveringsvoorwaarden](#) | [Privacy](#)

1.4.200

