

Boom Juridische uitgevers  
Postbus 85576  
2508 CG Den Haag  
T (070) 330 70 33  
F (070) 330 70 30  
E [info@bjv.nl](mailto:info@bjv.nl)  
I [www.bju.nl](http://www.bju.nl)

# EstateTip

Afl. 2006-05

1 februari 2006

---

## Derde ster wederom van graniet Minderjarigtoezicht terecht, zij het op 'onjuiste gronden'

Naar aanleiding van een Notafax vorige week (2006/22) met in het opschrift '[...] wèl goedkeuring voor verdeling' over de beschikking van de Kantonrechter Zwolle de dato 13 januari 2006, bereikte ons de afgelopen dagen vele malen de vraag wat de consequentie hiervan is voor het gebruik van de *quasi-wettelijke verdeling*.

Het juiste antwoord is: géén!

De volgende zaken dienen immers goed onderscheiden te worden:

- 1 de (zelfstandige) bevoegdheden van een afwikkelingsbewindvoerder; en
- 2 het minderjarigtoezicht van kantonrechters bij de afwikkeling van een nalatenschap.

Wat het eerste betreft, heeft dezelfde Zwolse kantonrechter reeds eerder heldere taal gesproken (Kantonrechter Zwolle 7 juli 2003, *EstateTip* 2004-30):

'De kantonrechter neemt tot uitgangspunt dat een "driesterrenexecuteur" als de notaris in dit geval is, binnen de grenzen van het testament de vrije hand behoort te hebben bij het tot stand brengen van de verdeling, [...] Naar het oordeel van de kantonrechter brengt de aanwijzing van de notaris tot executeur in voormelde zin mee, dat de executeur geen voorafgaande toestemming van de erven voor de door hem verkozen verdeling behoeft.'

Ook nu weer legt deze kantonrechter in haar beschikking van 13 januari 2006 de facto de 'Leidse leer' naast zich neer:

'[...] want hoewel in het testament is bepaald dat de executeur-afwikkelingsbewindvoerder zelfstandig bevoegd is de verdeling naar eigen inzicht tot stand te brengen, zonder medewerking van de rechthebbenden en zonder machtiging van de kantonrechter te behoeven, kan de wettelijk controlerende taak van de kantonrechter ter bescherming van personen die niet het vrije beheer hebben, niet door een partijverklaring opzij worden gezet.'

De *erfgenamen* kunnen blijkbaar wel opzij worden gezet door de afwikkelingsbewindvoerder.

Wat het tweede betreft, de grenzen van het minderjarigtoezicht, is het volgende van groot belang.

Het toezicht is verzocht door een notariskantoor namens de (in feite erfrechtelijk buitenspel staande) *wettelijk vertegenwoordigers* van de minderjarige erfgenamen en wel op grond van artikel 3:183 BW en *niet* door de executeur!

Ter bepaling van de gedachten artikel 3:183 BW:

- '1 De verdeling kan geschieden op de wijze en in de vorm die partijen goedgevindt, mits de deelgenoten en zij wier medewerking vereist is, allen het vrije beheer over hun goederen hebben en in persoon of bij een door hen aangewezen vertegenwoordiger medewerken, *dan wel* in geval van *bewind over hun recht*, worden *vertegenwoordigd* door de bewindvoerder, voorzien van de daartoe vereiste toestemming of machtiging.
- 2 *In andere gevallen* moet, tenzij de rechter anders bepaalt, de verdeling geschieden bij *notariële akte* en worden *goedgekeurd* door de kantonrechter die bevoegd is de wettelijke vertegenwoordiger van degene die het vrije beheer over zijn goederen mist, tot beschikkingshandelingen te machtigen.' [cursivering van ons, SBS]

Een executeur-afwikkelingsbewindvoerder die handelt in de zin van *lid 1* van artikel 3:183 BW, heeft op grond van deze bepaling géén goedkeuring nodig en zal derhalve in beginsel ook geen verzoek indienen. In casu waren het echter de *wettelijk vertegenwoordigers* van de minderjarige erfgenamen die een verzoek indienden en wel in de zin van *lid 2*. Hier ging het dan ook 'fout'. Het is of lid 1 of lid 2. Niet allebei tegelijk. De wet spreekt in lid 2 immers van '*in andere gevallen*'. Andere situaties dan die waarin, zoals in casu, een bewindvoerder de nalatenschap verdeelt. Zie over de parlementaire geschiedenis van het begrip *vereiste* toestemming of machtiging B.M.E.M. Schols, De quasi-wettelijke verdeling als 'Teilungsanordnung' (I), *WPNR* 2004/6571, p. 229.

Ook Luijten en Meijer, *Nieuw Erfrecht* 2004, nr. 2, hebben zich eerder over de verhouding tussen deze leden uitgelaten en wel met betrekking tot bovenstaande beschikking van 7 juli 2003, waar de betreffende kantonrechter nog mogelijkheden voor een goedkeuring van de verdeling achteraf zag. Het hooggeleerd echtpaar merkte terecht op:

'Hierover zou ook anders gedacht kunnen worden. Als vaststaand mag immers worden aangenomen dat de goedkeuring wordt vereist in het kader van het bewind over het vermogen van de ondercuratelegestelde [SBS: lees in casu minderjarige] door de curator. Als de executeur verdeelt, dan is de curator daarbij niet betrokken, waardoor art. 3:183 lid 2 toepassing zou missen. Anderzijds dient bedacht te worden dat de belangen van handelingsonbekwamen zoveel mogelijk beschermd dienen te worden, hetgeen weer zou leiden tot de opvatting dat de goedkeuring van de kantonrechter hier wel nodig is. Laat men de laatste overweging prevaleren, dan is nog de vraag of de executeur aan de kantonrechter goedkeuring dient te vragen of de curator.

Naar onze mening zou slechts de curator [SBS: lees de wettelijk vertegenwoordiger] – zoals ook in casu geschiedde – de goedkeuring kunnen vragen aan de volgens artikel 3:183 lid 2 bevoegde kantonrechter, derhalve de kantonrechter van de woonplaats van de curandus. Onder omstandigheden kunnen dan toch twee of meer kantonrechters over zaken betreffende dezelfde nalatenschap moeten oordelen, hetgeen de mogelijkheid van tegenstrijdige beslissingen in zich bergt.’

De kantonrechter zoekt ons inziens slechts naar een mogelijkheid om het verzoek toch ontvankelijk te verklaren, na zich reeds ten aanzien van een ander onderdeel van het verzoek niet ontvankelijk te hebben verklaard. De grond wordt gevonden (welke gedachte ook bij Luijten en Meijer terug te vinden is) in een ‘algemeen beginsel’: de wettelijk controlerende taak van de kantonrechter ter bescherming van personen die niet het vrije beheer hebben.

Leerzaam in deze zijn ook de navolgende vingerwijzingen van Luijten en Meijer:

‘Het blijft in deze opvatting vreemd dat de executeur, zijn bevoegdheden [...] volgens de uiterste wil (verdelen) uitoefenende rekening zou moeten houden met het al of niet bestaan van een goedkeuring [...] van de kantonrechter van de woonplaats van een deelgenoot, terwijl de medewerking van geen der deelgenoten zelf vereist is.’

Dit is inderdaad vreemd. Wat zou echter niet vreemd zijn vanuit het ‘algemeen beginsel’ van kantonrechttoezicht? Dat het (machtigings)verzoek zou zijn ingediend op de juiste grond en wel op grond van artikel 1:345 lid 1 letter c BW, te weten:

‘[...] een *making of gift*, waaraan *lasten of voorwaarden* zijn verbonden, *aannemen*.’ [cursivering van ons, SBS]

Het *aanvaarden* van het erfrechtelijk pakket is immers het *vertrekpunt*. Vanaf dat moment kleeft reeds de ‘onbepaalde’ *vertegenwoordigingsbevoegdheid* van de executeur-afwikkelingsbewindvoerder als een ‘last’ aan de nalatenschap. Wil men zich hiertegen beschermen, dan dient men de nalatenschap te verwerpen, al dan niet met de bekende ‘contantenverklaring’ van artikel 4:63 lid 3 BW. Achteraf nog ‘tegenstribbelen’ via de kantonrechter komt als mosterd na de maaltijd. In de praktijk wordt dit machtigingsverzoek van letter c (bij ons weten) slechts mondjesmaat ingediend. Het verkregen erfdeel wordt immers pas geconcretiseerd bij de verdeling; dan weet men pas wat men krachtens erfrecht verkregen heeft. Ook de kantonrechter zal steeds de neiging hebben slechts een voorwaardelijke machtiging te verlenen en wel onder de conditie dat hij de voorgenomen verdeling (ter goedkeuring) te zien krijgt.

Van belang is ook om zich te realiseren dat in de onderhavige uiterste wil de bevoegdheden van de bewindvoerder zodanig geformuleerd waren dat deze naar ‘*eigen inzicht*’ uit te oefenen waren. Bij de door ScholsBurgerhartSchols ontworpen quasi-wettelijke verdeling wordt de wijze van verdeling reeds in het testament aangegeven. Bij het machtigingsverzoek voor aanvaarding van de ‘last’ door de wettelijk vertegenwoordiger namens de minderjarigen weet de kantonrechter dan in beginsel ook waar de minderjarigen aan toe zijn.

Door de onderhavige Zwolse beschikking is nu ook duidelijk geworden waarom wij adviseerden de quasi-wettelijke verdeling op te tuigen met een *testamentaire* last tot verdeling. Hier dreigt immers op de achtergrond voor ‘tegenstribbelende’ kantonrechters de *vervallenverklaring* van artikel 4:131 BW. Uit het oogpunt van het ‘algemene beginsel’ van toezicht over het vermogen van personen die het vrije beheer missen, zal immers geen enkele kantonrechter het op zijn geweten willen hebben dat hij erfrechtelijk vermogen van een minderjarige ‘verspeelt’. Bij een zeer onbillijke erfrechtelijke last, quod non, zal de kantonrechter wel ‘eieren voor zijn geld’ kiezen en de wettelijk vertegenwoordiger opdragen de nalatenschap te verwerpen met voorbehoud van een al dan niet opeisbare legitieme. In zoverre heeft de aanvaardingsregeling van artikel 1:345 lid 1 letter c BW een belangrijke erfrechtelijke *poortwachtersfunctie*. Eerst door de aanvaardingstrecht en dan pas gebonden aan de testamentaire last en/of het afwikkelingsbewind. Dat is de route. ‘Boek 1’ komt vervolgens voor zelfstandig opererende executeurs niet meer in beeld. Minderjarig of niet.

Daarnaast heeft het gebruik van de testamentaire last zoals bekend ook een belangrijke *fiscale reden*. Zie hiervoor B.M.E.M. Schols en F.A.M. Schoenmaker, De quasi-wettelijke verdeling in fiscalibus, *Kwartaalbericht Estate Planning*, december 2004 en/of *EstateTip* 2004-09.

Een door een (zelfstandig bevoegde) afwikkelingsbewindvoerder gerealiseerde verdeling is een feit, daar doet geen kantonrechter meer iets aan af. Ook de erfrechtelijk zeer creatieve ‘Zwolse’ niet. Aan de zijlijn zullen de *wettelijk vertegenwoordigers* vaak slechts ‘achteraf na aanvaarding’ in de herkansing gaan vragen (althans liefst nog in de ‘concept’-verdelingsfase) of zij deze nalatenschap, gelet op de mogelijke uitkomst van de verdeling, wel namens de minderjarige hadden mogen aanvaarden. Met een soepel juridisch gemoed zou men desgewenst deze draai aan het onderhavige verzoekschrift kunnen geven.

Wellicht is in voorkomende gevallen, waar de kantonrechter op ‘zijn letter 1:345 lid 1 letter c strepen’ gaat staan, in de ‘concept’-verdelingsfase nog een en ander in economische zin te reconstrueren als ware er door de wettelijke vertegenwoordiger verworpen met voorbehoud legitieme. In casu waren er overigens andere personen dan de legitimarissen erfgenaam.

Uit praktisch oogpunt kunnen wij de goedkeurende ‘Zwolse herkansingsmethode’ zonder meer onderschrijven, uit juridisch-technisch oogpunt niet.