

Boom Juridische uitgevers
Postbus 85576
2508 CG Den Haag
T (070) 330 70 33
F (070) 330 70 30
E info@bju.nl
I www.bju.nl

EstateTip **Review**

Afl. 2008-11

19 maart 2008

Erfrechtelijke binding en bindingsangst (II)? De *niet* verboden overeenkomst over de nog niet opgevallene nalatenschap

In *EstateTip Review* 2007-45 kwam de vraag aan de orde of er (voldoende) erfrechtelijke vrijheid bestond voor echtgenoten, die, bijvoorbeeld in een tweede huwelijk, elkaar *niet* erfrechtelijk willen belemmeren. In het bijzonder was er aandacht voor de 'andere wettelijke rechten', en de vraag of men deze direct of indirect buiten spel kan zetten.

Soms is men echter niet op zoek naar vrijheid, maar wil men de *zekerheid* hebben dat de aanstaande echtgenoot op een bepaalde wijze erfrechtelijk handelt. Hoe kan deze erfrechtelijke binding bereikt worden? Zie ook *EstateTip Review* 2004-44. In deze *EstateTip Review* de eerste (theoretische) aanzet, om de volgende keer meer in concreto op de materie in te gaan.

Tevergeefs zoekt men in Nederland naar contractueel erfrecht. Met de inwerking-treding van het huidige erfrecht is afdeling 3 'giften bij huwelijkse voorwaarden' van titel 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek verdwenen. De argumenten voor afschaffing zijn gelegen in 'het geringe praktische belang' en het feit dat van de 'wettelijke regeling een complicerende werking uitgaat op Boek 4 in die zin, dat er overal in dit boek mee gerekend moet worden' (Memorie van Toelichting, 27 245, nr. 3, p. 3 en Verslag van het Mondeling Overleg, 3771, nr. 8, p. 3).

Uit onderzoek door het Centrum voor Notarieel Recht blijkt inderdaad dat de contractuele erfstellingen en legaten niet of nauwelijks werden toegepast (Van Mourik, De ontwikkelingen in de praktijk der huwelijkse voorwaarden, *WPNR* 6302 (1998)). Tijdens de parlementaire behandeling van het nieuwe erfrecht werd nog door de minister opgemerkt (Verslag van het Mondeling Overleg, 3771, nr. 8, p. 3):

'In de praktijk zal de notaris niet adviseren tot het doen van makingen bij huwelijkse voorwaarden, doch aanbevelen, dat echtelieden elk voor zich een testament maken.'

Dit is (was) inderdaad de gangbare praktijk, maar deze praktijk – het *alleen* denken in herroepelijke regelingen ter zake des doods – zou wat ons betreft gewijzigd dienen te worden. Men kan immers de vraag stellen of er inderdaad geen behoefte bestaat aan enige erfrechtelijke binding.

Bij gebrek aan zuiver contractueel erfrecht is men in een geval waarin men erfrechtelijk wil binden, aangewezen op het *quasi-erfrecht*, waar bindende elementen, anders dan in het erfrecht, niet wezensvreemd zijn. Met quasi-erfrecht wordt met name bedoeld op overeenkomsten die in hun feitelijke uitwerking op (contractueel) erfrecht lijken, en die worden gebruikt als een alternatief voor het erfrecht.

Deze overeenkomsten vormen geen 'erfrecht', omdat niet wordt voldaan aan de definitie van artikel 4:42 lid 1 BW, waarin is bepaald dat een uiterste wilsbeschikking een *eenzijdige* rechtshandeling betreft. Over deze materie, alsmede over de behoefte aan erfrechtelijke binding, uitvoerig F.W.J.M. Schols, *Quasi-erfrecht met bindende elementen*, Radboud Universiteit Nijmegen Nederland, *Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht*, deel 3, Deventer: Kluwer 2005.

Gaat men op zoek naar mogelijkheden om zich ter zake des doods te binden, dan loopt men al snel aan tegen het fenomeen 'overeenkomst over de niet opengevallen nalatenschap'. Waar liggen hier de grenzen, of met een *positieve grondhouding*: wat zijn de *mogelijkheden*?

Lid 2 van artikel 4:4 BW bepaalt dat overeenkomsten strekkende tot beschikking over nog niet opengevallen nalatenschappen, in hun geheel of over een evenredig deel daarvan, nietig zijn.

De vraag is nu of alle overeenkomsten over de niet opengevallen nalatenschap nietig zijn en of contracteren ter zake des doods in Nederland uit den boze is. Niet alleen uit de wettekst zelf maar ook uit de parlementaire stukken blijkt dat het verbod van artikel 4:4 lid 2 BW een beperkte strekking heeft (Memorie van Toelichting, 17 141, nr. 3, p. 7):

'Het belangrijkste geschilpunt in de doctrine betreft de vraag in hoeverre een erflater bij overeenkomst over zijn goederen kan beschikken, in dier voege dat de contractuele rechten van de wederpartij pas na het overlijden van de erflater kunnen worden uitgeoefend. Het nieuwe tweede lid van artikel 4.1.3b, dat in de plaats komt van artikel 6.5.2.13, nu heeft een *zeer beperkte inhoud*: de sanctie van nietigheid treft slechts overeenkomsten strekkende tot beschikking over nog niet opengevallen nalatenschappen in hun geheel of over een evenredig deel daarvan;' [cursivering van ons, SBS]

Beperkt in die zin derhalve dat overeenkomsten over *bepaalde goederen* met werking ter zake des doods *in beginsel* geldig zullen zijn. Het betreft immers geen overeenkomst over de nalatenschap *in het geheel* dan wel een *evenredig deel* daarvan. Voorzichtigheid is geboden indien feitelijk het eigenlijke object (de nalatenschap als zodanig) *vermomd* is in een semi-concrete omschrijving. Ziet het beding ter zake des doods op concrete goederen, dan lijkt er echter geen vuiltje aan de lucht.

Dit is van groot belang voor de praktijk. Schenkingen en giften ter zake des doods, verblijvings-, overnemings- en optiebedingen werkend na overlijden zijn mogelijk. In het licht van de onderhavige problematiek, te weten het quasi-erfrechtelijk bedenken van de aanstaande echtgenoot, zou het verbod, zij het wat kort door de bocht, omschreven kunnen worden als het verbod om iemand in de positie te brengen van quasi-*erfgenaam*. Bij erfgenaamschappen denkt men immers aan evenredigheden in al de goederen van de nalatenschap of de nalatenschap in het geheel.

Het beperkte verbod van artikel 4:4 lid 2 BW laat veel ruimte om zich erfrechtelijk te binden, zij het indirect, of anders gezegd: 'quasi'. Erfrechtelijke 'zekerheid' zal men in de praktijk met name wensen met betrekking tot concrete objecten of geldbedragen. Dit is mogelijk in Nederland. Laten wij deze mogelijkheid benutten. Over de toepassing in de praktijk volgt binnenkort meer.

Tot volgende week!



www.scholsburgerhartschols.nl

www.bju.nl

© 2008 Boom Juridische uitgevers / ScholsBurgerhartSchols

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