

Deze reactie op de internetconsultatie ‘Wet bescherming erfgenamen tegen onverwachte schulden’ is in gelijke vorm door de auteurs aangeboden ter publicatie in het WPNR, in mei 2014.

Wet bescherming erfgenamen tegen onverwachte schulden: schuldeisers de klos met de ‘Wet betos’

Mr. P. Blokland,

notaris en estate planner, De Kort van Tuijl Notarissen te Tilburg, buitenpromovendus aan de Rijksuniversiteit Groningen

Prof. mr. W. Burgerhart,

bijzonder hoogleraar Fiscale aspecten van de notariële rechtspraktijk, Rijksuniversiteit Groningen

Prof. mr. W.D. Kolkman,

hoogleraar Privaatrecht, in het bijzonder notarieel recht, Rijksuniversiteit Groningen

1. Inleiding

Op 5 februari 2014 is de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie een internetconsultatie gestart voor de Wet bescherming erfgenamen tegen onverwachte schulden, hierna ook genoemd ‘Wet betos’.¹ De staatssecretaris geeft met dit initiatief uitvoering aan de toezegging die hij bij brief van 7 maart 2013 aan de Tweede Kamer heeft gedaan om de scherpe kantjes af te halen van de wettelijke gevolgen van de zuivere aanvaarding in combinatie met de saisine van art. 4:182 BW. De voorgestelde regeling komt erop neer dat de kantonrechter onder omstandigheden een zuiver aanvaard hebbende erfgenaam alsnog kan ontheffen van zijn verplichting om een nalatenschapsschuld ten laste van zijn eigen vermogen te voldoen.

Voor het nut en de noodzaak van het voorstel wijst de bewindspersoon mede op de statistische informatie uit het in 2013 gepresenteerde rapport ‘Erven zonder zorgen’² (hierna ook genoemd: Rapport Erven):

“Volgens het Rapport Erven is in 2012 sprake van een stijging ten opzichte van 2011 van het aantal geweigerde erfenissen met 15,6% naar een totaal van 2.944 en een stijging van het aantal beneficiaire aanvaardingen met 13,4% naar een totaal van 7.170 (zie p. 42 van het Rapport Erven). In 2011 was ook al sprake van een stijging van het aantal geweigerde erfenissen ten opzichte van 2010 met 5,2% (2.422) en beneficiaire aanvaardingen met 9,7% (5.765).”³

Cijfers die in tijden van economische crisis geen verwondering wekken, maar als zodanig geen argument zijn voor de in deze bijdrage te bespreken aanpassing van Boek 4 BW. Sterker nog, uit die cijfers zou men ook kunnen afleiden dat de ‘erfrechtelijke consument’ – vermoedelijk met hulp van de notaris – in toenemende mate de door de wetgever verstrekte instrumenten uit Boek 4 BW weet te vinden om aansprakelijkheid voor nalatenschapsschulden te voorkomen, zodat aan een regeling als thans voorgesteld minder behoefte bestaat.

¹ Zie http://internetconsultatie.nl/bescherming_erfgenamen_tegen_onverwachte_schulden.

² Rapport van het Centrum voor Notarieel Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen en Netwerk Notarissen, uitgebracht op 4 oktober 2012.

³ Toelichting, p. 1. Waar in deze bijdrage gesproken wordt van ‘toelichting’ wordt bedoeld de op de in noot 1 genoemde site ter beschikking gestelde ontwerp-toelichting, geraadpleegd in april 2014.

Wellicht wordt het voorzichtiger gedrag van de ervende Nederlanders mede ingegeven door de voorlichting van de overheid op dit terrein. De toelichting betoogt als volgt:

“De informatie op de website van de Rijksoverheid is in februari 2013 uitgebreid om erfgenamen uitdrukkelijk te wijzen op de risico’s van een erfenis. Daarbij wordt ook aandacht geschonken aan de risico’s van het erven van een huis, zoals de mogelijkheid van een restschuld. Ook als er geen restschuld is omdat de uiteindelijke verkoopwaarde van het huis de hypotheek overtreft, kan het erven van een huis tot een negatieve erfenis leiden. Dit kan het geval zijn als het huis pas na lange tijd kan worden verkocht en de erfgenamen in de tussentijd de vaste lasten, waaronder de hypotheekrente, voor hun rekening hebben genomen. Zeker als het huis in die tussentijd in waarde is gedaald, blijft na voldoening van de hypotheekschuld niet altijd voldoende over om de door de erfgenamen gedragen lasten te compenseren. In dat geval dragen de erfgenamen die lasten dus met hun privévermogen. Ook aan dit risico besteedt de website van de Rijksoverheid aandacht. Het gaat erom dat (toekomstige) erfgenamen zich deze risico’s voldoende realiseren zodat zij een weloverwogen beslissing kunnen nemen of zij een erfenis zuiver willen aanvaarden of niet. Ook als erfgenamen bewust hebben besloten tot zuivere aanvaarding, kan het in uitzonderlijke omstandigheden voorkomen dat zij te maken krijgen met een onverwachte schuld van de erflater. Als de nalatenschap door een onvoorziene schuld alsnog negatief wordt, dan wordt de erfgenaam die de nalatenschap zuiver heeft aanvaard met zijn privévermogen aansprakelijk voor voldoening van deze schuld. Dit kan tot onbillijke situaties leiden. Voor dit probleem wordt met dit wetsvoorstel een oplossing geboden.”⁴

De toelichting wekt geheel ten onrechte de indruk dat het voorgenomen wetsvoorstel soelaas biedt voor de zuiver aanvaard hebbende erfgenamen in het gegeven voorbeeld van een ‘zinkende nalatenschap’, waarin de verkoopopbrengst van het huis onvoldoende is om de daarop drukkende hypotheekschuld af te lossen, en de restschuld voor rekening van de erfgenamen blijft. Het zal ons niet verbazen als bij het publiek met het wetsvoorstel dezelfde (onjuiste) indruk wordt gewekt, met tot gevolg dat justitiabelen van een beneficiare aanvaarding afzien, omdat bij onaangename verrassingen de kantonrechter hulp biedt met art. 4:194a BW. Hier ligt een uitdagende opdracht voor de ‘Afdeling voorlichting’ van het Ministerie van Veiligheid en Justitie in het verschiet. Dit alles roept natuurlijk ook de vraag op of niet had moeten worden voorzien in een echt afdoende aanpassing voor de casus in het voorbeeld. We komen hierop terug aan het slot van deze bijdrage.

In deze bijdrage zullen we het ter consultatie voorgelegde art. 4:194a BW-ontwerp van enig commentaar voorzien, met aandacht voor de plaats van de regeling in het erfrechtelijke systeem. Dit geschiedt vanuit het perspectief van de verschillende ‘stakeholders’ bij de regeling, zoals de erfgenaam, de schuldeiser, de rechter en de notaris. De volgorde waarin wij deze belanghebbenden aan de orde stellen is overigens willekeurig.

2. Artikel 4:194a BW-ontwerp

Het voorgestelde art. 4:194a BW luidt als volgt:

“Een erfgenaam die na zuivere aanvaarding bekend wordt met een schuld van de nalatenschap, die hij niet kende en ook niet behoorde te kennen, kan binnen drie maanden na die ontdekking de kantonrechter verzoeken om geheel of gedeeltelijk te worden ontheven van zijn verplichting deze schuld uit zijn vermogen te voldoen voor zover deze niet uit zijn erfdeel kan worden voldaan. De kantonrechter stelt vast of en in hoeverre

⁴ Toelichting, p. 1-2.

redelijkerwijs niet van de erfgenaam kan worden geveerd dat hij deze schuld uit zijn overige vermogen voldoet.”

De bepaling zal volgen op de regeling van art. 4:194 BW waarin de kantonrechter een erfgenaam die na zuivere aanvaarding bekend wordt met een uiterste wil kan machtigen om alsnog beneficiair te aanvaarden. Zowel in deze bepaling als in art. 4:194a BW-ontwerp draait het in wezen om art. 4:184 lid 2, aanhef en onderdeel a BW: een erfgenaam is *niet* verplicht om een nalatenschapsschuld ten laste van zijn overig (eigen) vermogen te voldoen, tenzij hij zuiver aanvaardt. De aansprakelijkheid met het eigen vermogen kan (afgezien van verwerping van de nalatenschap) worden voorkomen door beneficiaire aanvaarding, omdat de nalatenschap dientengevolge een afgescheiden vermogen vormt dat volgens de wettelijke vereffeningregeling moet worden afgewikkeld.⁵

Art. 4:194a BW-ontwerp beoogt de *zuiver* aanvaard hebbende erfgenaam, die in beginsel gehouden is om nalatenschapsschulden ten laste van zijn eigen vermogen te voldoen, te beschermen tegen dit verhaalsrecht voor zover het gaat om een onbekende schuld van de erflater. Volgens de toelichting gelden hierbij twee uitgangspunten:

1. de bescherming ziet alleen op een zogenaamde onverwachte schuld;
2. de bescherming houdt in dat een erfgenaam van zijn verplichting om de onverwachte schuld met zijn privévermogen te voldoen, geheel of gedeeltelijk kan worden ontheven door de kantonrechter.⁶

Wordt aan de verzoekende erfgenaam volledige ontheffing verleend, dan hoeft de erfgenaam de onverwachte schuld alleen te voldoen voor zover hij nog over geërfd vermogen beschikt, aldus de toelichting.⁷ De staatssecretaris onderbouwt deze aanpak als volgt:

“Deze uitgangspunten zijn in overeenstemming met andere beschermingsbepalingen die de wet kent. Denk bijvoorbeeld aan de bepaling van artikel 4:194 BW op grond waarvan een erfgenaam wordt beschermd tegen een hem onbekend testament van de erflater. Met behulp van artikel 4:194, eerste lid, BW kan de erfgenaam voorkomen dat een hem later bekend testament tot gevolg heeft dat hij in een financieel nadeliger situatie komt.”⁸

Met de machtiging van het reeds bestaande art. 4:194 BW kan als gezegd alsnog beneficiaire aanvaarding plaatsvinden, zodat de erfgenaam *niet* met zijn privévermogen aansprakelijk wordt voor het tekort dat is ontstaan als gevolg van de inhoud van het eerder onbekende testament. De aansprakelijkheid blijft in stand voor eventuele tekorten die vóór de ontdekking van het testament al voor rekening van de betreffende erfgenaam kwamen. Wij wijzen hier reeds op een verschil tussen art. 4:194 BW en art. 4:194a BW-ontwerp: bij het verzoek om alsnog beneficiair te mogen aanvaarden komt de kantonrechter *geen* discretionaire bevoegdheid toe. Het enige wat de kantonrechter bij art. 4:194 BW namelijk dient te doen, is nagaan of de erfgenaam voldoet aan de vereisten die het artikel stelt, een zuiver formele toetsing dus.⁹ De billijkheidsafweging van art. 4:194a BW-ontwerp (zie hierna onder nummer 3 en 5) geeft evenwel een heel ander beeld. Een ander wezenlijk verschil dat art. 4:194 BW (‘alsnog beneficiair’) betrekking heeft op de gehele positie van de erfgenaam, terwijl art. 4:194a BW-ontwerp louter het oog heeft op de ene schuld, waarvoor ontheffing volgt. Wat is overigens het lot van deze schuld na ontheffing? Onze indruk is dat een natuurlijke verbintenis blijft bestaan.

⁵ Zie art. 4:202 e.v. BW, en met name art. 4:223 en 4:224 BW.

⁶ Toelichting, p. 2.

⁷ Toelichting, p. 2.

⁸ Toelichting, p. 2.

⁹ Zie Parl. Gesch. Boek 4, p. 951.

De aanpak in art. 4:194a BW-ontwerp past volgens de staatssecretaris ook in de lijn van enige lagere rechtspraak over de erfrechtelijke confrontatie met onbekende schulden. Zo oordeelde de kantonrechter in Roermond op 1 februari 2013, in een zaak waarin de erfgenamen er bij het overlijden van hun moeder niet op bedacht waren dat er nog legitimaire vorderingen waren van de kinderen van hun vooroverleden stiefvader, dat het redelijk en billijk was om de erfgenamen te machtigen om de nalatenschap alsnog beneficiair te aanvaarden.¹⁰ Zijn collega in Assen deed op 19 oktober 2010 een vergelijkbare uitspraak, waardoor een langstlevende geregistreerd partner werd 'verlost' van de vorderingen van de twee stiefzonen van de erflater.¹¹

De staatssecretaris verwijst voorts, en dat is om meerdere redenen opmerkelijk, naar een fiscale 'beschermingsbepaling', te weten art. 48 Invorderingswet 1990 (hierna: INV). Dit artikel beoogt de aansprakelijkheid van erfgenamen te beperken voor navorderings- en naheffingsaanslagen die na het overlijden van de erflater zijn vastgesteld, en wel tot het beloop van het erfdeel van de betreffende erfgenaam, vermeerderd met het bedrag dat aan hem is gelegateerd. Wij schreven eerder in dit tijdschrift over art. 48 INV:¹²

"Alhoewel de parallel met de beneficiaire aanvaarding zich hier opdringt, zijn het onzes inziens niet elkaars gelijken. Art. 48 INV *beperkt* immers de aansprakelijkheid van een erfgenaam in zijn eigen vermogen, terwijl bij beneficiaire aanvaarding van een dergelijke verbondenheid *geen sprake* is.¹³ Het verschil lijkt echter academisch, aangezien art. 48.1 Leidraad invordering 2008 in aansluiting op art. 48 INV het beleid bij een beneficiaire aanvaarding voor bedoelde schulden als volgt verwoordt: 'Als een nalatenschap onder het voorrecht van boedelbeschrijving is aanvaard, wordt de vereffening van de boedel afgewacht, met dien verstande dat de ontvanger maatregelen neemt ter beveiliging van zijn rechten (zie artikel 14.1.3 van deze leidraad). Aantasting van het vermogen van de erfgenamen blijft uiteraard achterwege.'"

Evenals met het eerder geciteerde voorbeeld in de toelichting over de 'zinkende nalatenschap', wordt in onze ogen ook met de verwijzing naar art. 48 INV de verkeerde indruk gewekt, als zou een volledige bescherming bestaan tegen belastingschulden die samenhangen met of een gevolg zijn van een overlijden. Niets is echter minder waar. Cruciaal is dat het citaat hierboven betrekking heeft op belastingschulden van de *erflater* die niet met zijn dood zijn tenietgegaan (art. 4:7 lid 1 onder a BW). Voor de (erf)belastingsschulden van de *erfgenamen* (art. 4:7 lid 1 onder e BW) heeft naar onze mening de kwalificatie als 'schuld der nalatenschap' geen *fiscale* gevolgen. Onzes inziens kunnen de eigen goederen van de aansprakelijke belastingplichtige (art. 21 lid 1 INV) *ondanks een beneficiaire aanvaarding* ook voor de 'letter e-schulden' uitgewonnen worden; het zijn in dat opzicht 'gewone' belastingschulden. Een 'erfbelastingvariant' van art. 48 INV (of van art. 48.1 Leidraad invordering 2008) bestaat niet.¹⁴

Art. 4:194a BW-ontwerp zal (aan de erfgenamen) voor deze erfbelastingsschulden geen verlichting brengen, evenmin als voor de casus in het voorbeeld uit de toelichting. Een gemiste kans, zeker als men bedenkt dat de erfgenamen in het bedoelde voorbeeld misschien (naast de restschuld uit de hypothecaire geldlening) ook nog met een erfbelastingaanslag worden geconfronteerd vanwege de 'overwaarde' in de woning op de overlijdensdatum.

Wat de voorgestelde regeling evenmin ondervangt is de problematiek die ontstaat als de erfgenamen pas na zuivere aanvaarding tot de ontdekking komen dat de erflater bezwaarde was

¹⁰ Rechtbank Limburg 1 februari 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:BZ0690.

¹¹ In hun kritische noot bestempelen Luijten en Meijer deze uitspraak als een 'notoire misser'. Zie 'Vernietiging van een zuivere aanvaarding van een nalatenschap', *Tijdschrift Erfrecht* augustus 2011, nr. 4, p. 73-75. Vergelijk ook Rechtbank Roermond 24 november 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BU6290.

¹² P. Blokland, W. Burgerhart, W.D. Kolkman, 'Hanteerbaar familievermogensrecht in tijden van crisis', WPNR 2013/6966.

¹³ Art. 48 INV beperkt de aansprakelijkheid eveneens bij een zuivere aanvaarding van de nalatenschap.

¹⁴ Zo betoogden wij in het hierboven genoemde artikel.

in het kader van een twee- of meertrapstestament, zodat (een deel van) het bij leven aanwezige vermogen ineens niet meer tot de nalatenschap behoort en dus ook niet kan worden aangewend om schulden te voldoen. Gezien het grote aantal tweetrapstestamenten dat sinds de ‘Radar-hype’ van 2010 is opgemaakt, zal het in de toekomst niet zelden voorkomen dat de erfgenamen van de bezwaarde de helft (of meer!) van het vermogen aan de verwachters – bijvoorbeeld de kinderen uit een eerdere relatie van de vooroverleden partner van de erflater – moeten afstaan. Art. 4:194a BW-ontwerp zal hen niet baten, want de verwachters zijn geen schuldeisers waartegen bescherming kan worden geboden; de verwachters hebben, als erfgenamen onder opschortende voorwaarde in de nalatenschap van de insteller, een goederenrechtelijke aanspraak.¹⁵

Als het de wetgever er werkelijk om te doen is ‘zielige’ zuiver aanvaard hebbende erfgenamen te beschermen, zal hij hen dus niet alleen moeten beschermen tegen onverwacht opduikende schulden maar ook tegen het – al dan niet geleidelijk - onverwacht verdwijnen van vermogen.

3. De erfgenaam/schuldenaar

Zoals in de inleiding opgemerkt, zullen wij art. 4:194a BW-ontwerp analyseren en becommentariëren vanuit de positie van de verschillende ‘stakeholders’. We beginnen met de erfgenaam, om wie het immers allemaal te doen is.

Allereerst een opmerking van zeer algemene aard. Denkbaar is dat op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid een schuldenaar (vooralsnog) niet (ten volle) behoeft te betalen aan zijn schuldeiser.¹⁶ Dat geldt evenzeer voor een erfgenaam die op grond van de saisine schuldenaar is geworden, ten opzichte van een voorheen aan hem onbekende schuldeiser. Deze bestaande mogelijkheid van – in de terminologie van art. 4:194a BW-ontwerp – ‘onthefing’ maakt het wetsvoorstel echter niet overbodig. Als *lex specialis* geeft het voorstel een duidelijker richtsnoer dan de uiterst vage norm van art. 6:2 BW.

Het gaat in art. 4:194a BW-ontwerp om de erfgenaam die *zuiver* heeft aanvaard. Deze aanvaarding kan op verschillende wijzen tot stand komen, te weten door een (in de praktijk nooit voorkomende) verklaring van zuivere aanvaarding ter griffie van de rechtbank (art. 4:191 BW), door handelen (het zich ondubbelzinnig en zonder voorbehoud gedragen als een zuiver aanvaard hebbende erfgenaam, art. 4:192 lid 1 BW) en door stilzitten (het laten verlopen van een keuzetermijn, art. 4:192 lid 3 BW). In vrijwel alle gevallen zal de zuivere aanvaarding een gevolg zijn van handelen in de vorenbedoelde zin. De zuivere aanvaarding komt als een sluipmoordenaar voorbij op het moment dat men de overbodige huisraad van de overledene op de lokale vlooiemarkt te koop aanbiedt.¹⁷

Indien een zuiver aanvaard hebbende erfgenaam tijdens of na afloop van de boedelafwikkeling aanloopt tegen een voor hem nieuwe nalatenschapsschuld, is actie geboden. De toelichting suggereert dat de erfgenaam het art. 4:194a-verzoek alleen maar kan doen als duidelijk is dat ten gevolge van bedoelde onbekende schuld de nalatenschap *alsnog negatief* wordt, maar in de concept-wetteksten zien we dat niet terug.¹⁸ Sterker nog, in veel gevallen zal de erfgenaam dat op het moment van ontdekking van de schuld, en in de drie daaropvolgende maanden, niet eens kunnen vaststellen. Bij stilzitten verspeelt de erfgenaam echter de driemaandstermijn. Wij

¹⁵ Een vergelijkbare problematiek speelt als de overledene vruchtgebruiker was. Zeker als er – zoals gebruikelijk – sprake is van een vruchtgebruik van de gehele nalatenschap met de bevoegdheid tot vervreemding en vertering, zal het in de praktijk wel even kunnen duren voordat de erfgenamen van de vruchtgebruiker erachter komen dat het vruchtgebruikskapitaal niet aan hen, maar aan een ander toebehoort. Ook dan helpt de voorgestelde regeling hen geen steek verder.

¹⁶ Zie art. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW.

¹⁷ Zie voor een overzicht van de rijke jurisprudentie inzake gedragingen die een zuivere aanvaarding constitueren: W.D Kolkman & L.C.A. Verstappen (red.), *Handboek Boedelafwikkeling 2013/2014*, par. 6.3.3.

¹⁸ Toelichting, p. 4.

houden het ervoor dat het art. 4:194a-verzoek ook mogelijk is wanneer een erfgenaam een van meet af aan negatieve nalatenschap zuiver heeft aanvaard.¹⁹ Heeft deze aanvaarding bewust plaatsgevonden, dan kan dat bij het kantonrechterlijke billijkheidsoordeel (art. 4:194a BW-ontwerp, tweede volzin) wellicht tegen deze erfgenaam pleiten: hij wist reeds dat hij uit zijn privévermogen diende bij te dragen, dan kan die voorheen onbekende schuld er ook nog wel bij.

Het lijkt ons niet denkbeeldig dat zuiver aanvaard hebbende erfgenamen zich zonder veel schroom bij iedere nagekomen schuld tot de kantonrechter wenden met een art. 4:194a-verzoek. Niet geschoten is immers altijd mis. De rechterlijke macht kan de borst nat maken. Het hoeft bovendien niet bij één schuld te blijven; elke nieuw ontdekte schuld kan het indienen van een nieuw verzoek rechtvaardigen. Op dit punt komen wij hieronder nog terug.

Daar staat tegenover dat van de verzoekende erfgenaam *goede trouw* wordt verwacht; hij kende de schuld niet en behoorde deze ook niet te kennen.²⁰ Een lastige individuele beoordeling lijkt geboden. Kennis en wetenschap van derden (zoals die van de ouder van een kind dat een verzoek indient) worden kennelijk niet toegerekend, tenzij dit via het billijkheidsoordeel van de kantonrechter geschiedt. Het is overigens voorstelbaar dat een bezoek aan de notaris in dit opzicht in het nadeel van de erfgenaam kan werken; we gaan onder nummer 6 nader op deze – nogal verontrustende – gedachte in.

Het verzoek betreft de gehele of gedeeltelijke ontheffing van de verplichting om de onbekende schuld uit het eigen vermogen te voldoen voor zover deze niet uit het erfdeel kan worden voldaan. Zoals hiervoor opgemerkt zal men na de ontdekking van een onbekende schuld zekerheidshalve een verzoek indienen, waarbij wij ons levendig kunnen voorstellen dat het op dat moment voor de betreffende erfgenaam nog niet geheel zeker is of de schuld uit zijn erfdeel kan worden voldaan, en zo niet of dat noopt tot een gehele of een gedeeltelijke ontheffing. In veel gevallen blijkt de werkelijke omvang van een erfdeel immers pas ter gelegenheid van de verdeling van de nalatenschap.

Art. 4:194a BW-ontwerp lijkt dan ook eigenlijk geschreven te zijn voor de situatie dat de boedelafwikkeling al achter de rug is, en er dan nog ineens een schuldeiser opduikt. Daartoe is de werking echter niet beperkt, en dat roept de nodige complicaties op bij de toepassing van deze faciliteit.

De erfgenaam die het ‘Betos-verzoek’ indient, wil privé-aansprakelijkheid met behulp van de kantonrechter voorkomen. De kantonrechter dient, en dat is bij een billijkheidsoordeel passend, rekening te houden met alle relevante feiten en omstandigheden, waaronder de aard en omvang van de schuld, de houding van de schuldeiser en de financiële positie van zowel de schuldeiser als de erfgenaam.²¹ De toelichting vult hierop aan:

“De kantonrechter stelt vast in hoeverre de erfgenaam nog over geërfd vermogen beschikt. Is al het geërfde vermogen opgegaan aan het voldoen van andere schulden van de nalatenschap, dan hoeft de erfgenaam de onverwachte schuld niet met privévermogen te voldoen. Is niet al het geërfde vermogen nodig of nodig geweest voor de voldoening van de overige schulden van de nalatenschap, dan moet hij het restant aanwenden om de onverwachte schuld, al dan niet deels, te voldoen. Ook ingeval hij inmiddels dit restant voor privédoeleinden heeft besteed. Dit betekent ook dat als de nalatenschap, de onverwachte schuld niet meegerekend, negatief was, hij de overige schulden van de nalatenschap wel met privévermogen moet voldoen.”²²

¹⁹ Dit lijkt ook te kunnen worden opgemaakt uit een ander deel van de toelichting op p. 4, zie het citaat in de hoofdstekst hierna.

²⁰ Toelichting, p. 4-5.

²¹ Toelichting, p. 4.

²² Toelichting, p. 4.

De erfgenaam kan bedoeld verzoek echter pas indienen, indien de nalatenschap een negatief saldo te zien geeft, althans zo lezen wij de toelichting:

“In sommige gevallen zal echter een onverwachte schuld ertoe leiden dat het saldo van de nalatenschap alsnog negatief wordt. In die gevallen krijgt de erfgenaam de mogelijkheid om de kantonrechter te verzoeken om het verhaal op zijn vermogen, voor zover het geen geërfd vermogen betreft, te beperken.”²³

Het lijkt erop dat de erfgenaam die het negatieve saldo ‘afwacht’ de driemaandstermijn kan verspelen, terwijl de erfgenaam die veiligheidshalve het ‘Betos-verzoek’ doet de kantonrechter niet volledig kan informeren over de omvang van de nalatenschap. In het eerste geval zal de kantonrechter het verzoek op formele gronden niet meer kunnen beoordelen, in het tweede geval beschikt de kantonrechter niet over voldoende inhoudelijke informatie om het verzoek te beoordelen en zal de uitspraak wellicht lang op zich laten wachten. Als de kantonrechter zijn uitspraak noodgedwongen moet opschorten, leidt dat tot de intrigerende vraag of de schuldeiser in kwestie zich inmiddels wel op het vermogen van de erfgenaam kan verhalen; de wetgever heeft immers aan het indienen van een verzoek geen schorsende werking toegekend.²⁴

Tot slot van deze opmerkingen over de positie van de erfgenaam merken wij op dat ook op grond van een reeds bestaande bepaling in het huidige erfrecht een ‘betalingsregeling’ kan worden afgedwongen. Het gaat dan om art. 4:5 BW, op grond waarvan de schuldenaar de rechtbank kan verzoeken wegens gewichtige redenen te bepalen dat een geldsom die krachtens Boek 4 BW verschuldigd is eerst na verloop van zekere tijd, hetzij ineens, hetzij in termijnen behoeft te worden voldaan. Het verschil met het voorgestelde art. 4:194a BW lijkt te zijn dat art. 4:5 BW het oog heeft op schulden die ‘door het erfrecht’ ontstaan, zoals de legitieme portie, sommen ineens en legaten.²⁵ Wij houden het ervoor dat art. 4:194a BW-ontwerp daarentegen veeleer ziet op de door de erflater nagelaten schulden (art. 4:7 lid 1 onder a en onder i BW). De tekst van het voorstel beperkt zich daartoe echter niet: het spreekt in zeer algemene zin van ‘schulden van de nalatenschap’. In samenhang met art. 4:7 BW impliceert dit een zeer ruim toepassingsbereik voor de onbekende-schuldenregeling. Dit lijkt weinig doordacht en kan wellicht onbedoelde gevolgen hebben.²⁶

4. De schuldeiser

Hiervoor gaven wij al aan, dat het zeer wel mogelijk is dat een erfgenaam achtereenvolgens meerdere art.4:194a-verzoeken indient als er meer onverwachte schulden opduiken. Bij iedere nieuwe onverwachte schuld zal de kans op toepassing van art. 4:194a BW-ontwerp groter worden, omdat de nalatenschap op enig moment leeg zal zijn en er voor de volgende

²³ Toelichting, p. 4.

²⁴ Het bestek van dit artikel laat het niet toe om hierop uitvoerig in te gaan, maar deze kwestie zal naar onze mening wel moeten worden opgelost als de Wet betos inderdaad wordt ingevoerd. Enerzijds kan men zich voorstellen dat de schuldeiser die, hoewel zijn vordering bij de kantonrechter ter discussie staat, overgaat tot executie, onrechtmatig handelt, anderzijds mag het voor een erfgenaam niet al te gemakkelijk worden om de belangen van schuldeisers door een gratis ontheffingsverzoek te frustreren.

²⁵ Het artikel is blijkens art. 4:125 lid 4 BW van overeenkomstige toepassing op legaten van een geldsom.

²⁶ Wij kunnen ons bijvoorbeeld voorstellen dat een erfgenaam van (uitsluitend) een woning, die na verkoop op basis van een reële waarde net genoeg oplevert om de hypotheekschuld af te lossen, als hij wordt geconfronteerd met een heffing van erfbelasting op basis van de veel hogere WOZ-waarde (art. 21 lid 5 SW), zijn heil zal zoeken bij het voorgestelde art. 4:194a BW met de stelling dat de erfbelasting een onverwachte schuld is. Als men per saldo niets uit een nalatenschap verkrijgt, hoeft men er immers ook niet op te rekenen dat belasting verschuldigd is. Het is maar zeer de vraag of dat een situatie is die de wetgever met het onderhavige voorstel voor ogen heeft (al zouden wij het resultaat zeker niet ongewenst vinden).

‘onverwachte schuldeisers’ dus niets meer over is.

Voor de schuldeiser met een mogelijk onverwachte vordering is het derhalve van groot belang om de erfgenaam zo spoedig mogelijk op de hoogte te stellen van het bestaan daarvan, enerzijds omdat op dat moment de driemaandstermijn begint te lopen, maar anderzijds vooral ook omdat hij op die manier andere schuldeisers voor is als er nog actief te verdelen is. We verlaten het systeem van de *paritas creditorum* voor een stelsel dat het best kan worden samengevat met ‘wie het eerst komt, het eerst maalt’. Het is overigens voorstelbaar dat de betrokken notaris van art. 4:186 lid 2 BW in dit verband een ‘postbusfunctie’ zal gaan vervullen; we gaan daarop onder nummer 6 nader in.

Wij achten het zeer aannemelijk dat de schuldeiser als *belanghebbende* geldt bij het verzoekschrift in de zin van art. 4:194a BW-ontwerp.²⁷ Dat heeft tot gevolg dat de kantonrechter hem oproept en hem in staat stelt een verzoekschrift in te dienen.²⁸ Hij zal dus zijn zegje mogen doen. Voor de hand ligt dat er dan een strijd ontstaat tussen de erfgenaam (‘de schuld was mij niet bekend’) en de schuldeiser (‘ik weet zeker dat mijn vordering in de administratie van de erflater te vinden is’). Dat kan aanleiding geven tot procedureel getouwtrek en interessante vraagstukken van bewijsrecht, nog afgezien van het hiervoor onder 3. al gesignaleerde punt dat onduidelijk is of de vordering van de schuldeiser hangende de procedure ‘geschorst’ is. Daarnaast rijst de interessante vraag of de schuldeiser zijn positie kan verbeteren door te verzoeken om benoeming van een vereffenaar op de gronden als bedoeld in art. 4:204 lid 1 onder b BW.

Indien de rechterlijke macht ruimhartig met de nieuwe bepaling omspringt, zullen crediteuren (zeker de professionele) alles in het werk stellen om niet als ‘onbekend’ te worden aangemerkt. Welke maatschappelijke consequenties heeft dit? Zullen schuldeisers eerder en veelvuldiger aanmaningen sturen om ‘bekend’ te blijven? Zullen zij – in een eerder stadium – meer zekerheid verlangen?

Wij bewandelen een kleine zijstraat inzake de beneficiaire aanvaarding. Wat is rechtens bij later opkomende schulden na aanvaarding onder het voorrecht van boedelbeschrijving? Laten we aannemen dat na een voorbeeldige vereffening het overschot van de boedel onder de beneficiair aanvaard hebbende erfgenamen is verdeeld. De vraag rijst dan of een zich later aandienende nalatenschapsschuldeiser kan overgaan tot verhaal op het privévermogen van de erfgenaam. Een bevestigend antwoord geeft art. 4:184 lid 3 BW. De schuldeiser heeft een verhaalsrecht tot de waarde van hetgeen de erfgenaam uit de nalatenschap heeft verkregen. Dat dit recht is gerelateerd aan de waarde van het verkregene wil zeggen dat het gehele eigen vermogen aan verhaal blootstaat. De uitwinning weet zich niet gebonden aan de feitelijk verkregen nalatenschapsgoederen. Deze kunnen reeds lang verbruikt of vervreemd zijn. De behoorlijk handelende beneficiaire erfgenaam legt het derhalve in zoverre af tegen een late schuldeiser van de nalatenschap, mits diens vordering niet is verjaard.²⁹

5. De kantonrechter

De kantonrechter speelt een centrale rol in de schuldenfaciliteit. Volgens ons behelst art. 4:194a BW-ontwerp een lastige billijkheidsbeslissing; er valt hier weinig rechtsuniformiteit te verwachten. Wel staat hoger beroep open tegen de beslissing op het verzoek: het wetsvoorstel bevat geen aanpassing van art. 676a Rv, welk artikel een hogere voorziening uitsluit tegen een groot aantal kantonrechterlijke beschikkingen in Boek 4 BW. Hoewel ‘slechts’ sprake is van een kantonprocedure (geen verplichte vertegenwoordiging) lacht de erfrechtelijke advocatuur in haar

²⁷ Zie over het begrip ‘belanghebbende’ bij verzoekschriftprocedures onder andere HR 25 oktober 1991, NJ 1992/149 (Veldhof/Woltjer Stichting), waar blijkt dat de vraag wie tot belanghebbenden zijn te rekenen, voor ieder type verzoekschriftprocedure uit de aard van de procedure en de daarmee verband houdende wetsbepalingen moet worden afgeleid.

²⁸ Zie respectievelijk art. 279 en art. 282 Rv.

²⁹ In deze zin W.D. Kolkman, preadvies KNB 2010, p. 152.

vuistje. De vereisten voor een geslaagd beroep op het artikel, alsmede de vage beslisnorm ('redelijkerwijs') krijgen van ons het stempel *lawyer's paradise*.

De toelichting gaat in op de procedure van art. 4:194a BW-ontwerp, hetgeen in onze ogen de volgende *checklist* oplevert voor de kantonrechter bij de beoordeling van het verzoek.

I. Heeft de erfgenaam binnen de termijn van drie maanden na ontdekking van de onbekende schuld zijn verzoek ingediend? Zo nee, dan is de erfgenaam te laat en wordt hij niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek.

De termijn vangt aan met de ontdekking van de schuld door de betreffende erfgenaam. Dat is een in meerdere opzichten intrigerend aanvangsmoment. De schuldeiser zal uiteraard altijd stellen dat hem het bestaan van de vordering pas net duidelijk is geworden. Zou de aanvang van de termijn niet dienen te zijn 'wanneer hij de schuld ontdekt of had behoren te ontdekken'? Daarnaast rijst de vraag of het voor een 'Betos-verzoek' nodig is dat de vordering opeisbaar is. Dat een vordering opeisbaar is, wil nog niet zeggen dat daarvan nakoming wordt gevorderd. Zeker bij overlijdensgevallen komt het nog wel eens voor dat men niet (meteen) tot invordering van bepaalde vorderingen overgaat. Of al dan niet nagekomen moet worden, is voor de onderhavige faciliteit noch voor het aanvangstijdstip van de verzoekstermijn van belang. Zou het niet efficiënter zijn om aan te sluiten bij het moment waarop 'ingevorderd' gaat worden? Dat is bovendien een tijdstip dat over het algemeen een min of meer zekere dagtekening kent, bijvoorbeeld via een deurwaardersexploit.

II. Als de schuldeiser ontvankelijk is, zal de kantonrechter moeten vaststellen of het daadwerkelijk om een onbekende schuld gaat.

Daarvoor is blijkens de toelichting vereist dat de erfgenaam op het moment van zijn zuivere aanvaarding niet bekend mag zijn geweest met deze schuld.³⁰ Ook mag er geen sprake van zijn dat de onbekendheid met deze schuld de erfgenaam te verwijten valt. De erfgenaam die een beroep doet op art. 4:194a BW-ontwerp moet te goeder trouw zijn. Van hem wordt voorafgaand aan zijn aanvaarding enig onderzoek gevergd. De omstandigheden van het geval bepalen de reikwijdte van zijn onderzoekplicht. Schulden die uit de administratie van de erflater blijken, zullen door de rechter niet kunnen worden aangemerkt als onverwachte schulden. Dit betekent echter niet dat als een schuld *niet* uit de administratie van de erflater is af te leiden, deze per definitie kan worden aangemerkt als een onverwachte schuld. De erfgenaam kan op andere wijze al van een schuld afweten, bijvoorbeeld doordat hij aanwezig was bij het aangaan van de schuld. In de situatie dat een erflater niet of nauwelijks een administratie voerde, rust op een erfgenaam de verplichting om nader onderzoek te doen naar de schulden van de erflater. De kantonrechter neemt in zijn beoordeling alle hem bekende feiten en omstandigheden mee.

De hiervoor bedoelde, zogenoemde objectieve goede trouw wordt in de toelichting nog verder ingekleurd. De goede trouw ontbreekt als de erfgenaam van het bestaan van de schuld wist op het moment van aanvaarding van de nalatenschap. Ook als een erfgenaam weliswaar een juiste voorstelling van zaken miste met betrekking tot de aanwezige schulden, maar onder de gegeven omstandigheden – rekening houdende met zijn eventuele deskundigheid – beter behoorde te weten of twijfelde of had moeten twijfelen over (de afwezigheid van) een schuld en heeft nagelaten hiernaar nader onderzoek te doen, kan hij als niet te goeder trouw worden aangemerkt.³¹

Voorts merkt de toelichting op dat bij de invulling van hetgeen een erfgenaam 'behoorde te kennen', het erom gaat wat hij redelijkerwijze had kunnen weten. In ieder geval wordt van een erfgenaam verwacht dat hij heeft onderzocht waaruit de nalatenschap bestaat. Op grond van de

³⁰ Toelichting, p. 4-5.

³¹ Zie voor dit alles de toelichting, p. 4.

wet rust op hem de verplichting om de nalatenschap af te wikkelen. Onderdeel van de afwikkeling is het betalen van alle schulden. Om deze te kunnen betalen, zal hij moeten weten welke schulden er zijn. Hij zal hiertoe ten minste de administratie van de erflater moeten hebben geraadpleegd. Van schulden die doorgaans uit de administratie van de erflater blijken, zoals hypotheekschulden, debetsaldi van rekeningen-courant, onbetaalde facturen en belastingschulden, wordt in beginsel aangenomen dat een erfgenaam deze kende dan wel behoorde te kennen. De meeste schulden van de erflater zullen dus niet als een onverwachte schuld kunnen worden aangemerkt.³² De koppeling aan de administratie van de erflater begrijpen we op zich wel, maar deze mag er uiteraard niet toe leiden dat slordig administreren (door erflater) dan wel het met gezwinde spoed opzoeken van een shredder (door de erfgenamen) wordt gehonoreerd.

Bij ons rijst de vraag of van goede trouw sprake is, indien de erfgenaam de schuld wel kende, maar simpelweg verrast is door de hoogte van de schuld. Denk aan nimmer geadmistrreerde, noch verjaarde of vervallen rente. Is de schuld in zoverre onbekend?

Opvallend is dat naar onze mening de in de toelichting genoemde voorbeelden uit de jurisprudentie geen ‘onverwachte schulden’ opleveren, ook al denkt de staatssecretaris daar blijkbaar anders over. Het gaat in deze voorbeelden over erfgenamen die worden geconfronteerd met onbekende erfrechtelijke schulden die voortvloeien uit het overlijden van een eerdere partner van de erflater. Als de overledene zelf weduwe of weduwnaar was, zal een notaris de erfgenamen immers altijd op de mogelijkheid van het bestaan van dergelijke, bij leven meestal ‘verborgen’ maar door het overlijden opeisbaar geworden erfrechtelijke schulden attenderen. De onbekendheid met de schulden is niet verschoonbaar, laat staan dat deze dient te worden gehonoreerd door middel van een ‘afstraffing’ van de desbetreffende schuldeisers.³³ Wordt de notaris niet geraadpleegd, dan dient dat voor eigen risico te zijn en niet op de schuldeiser en de maatschappij (kosten van de kantonrechttersprocedure!) te worden afgewikkeld. Door dergelijke schulden als ‘onverwacht’ te afficheren, zou de wetgever in feite het door hemzelf geïntroduceerde erfrechtelijke systeem van de wettelijke verdeling verloochenen, dat immers juist veronderstelt dat een langstlevende echtgenoot een schuld aan de kinderen heeft.

III. Als het verzoek tijdig is gedaan en de schuld onbekend was, dan beoordeelt de kantonrechter of de erfgenaam geheel of gedeeltelijk dient te worden ontheven van zijn verplichting de onverwachte schuld te voldoen uit zijn eigen vermogen.

De rechter zal daartoe allereerst moeten vaststellen of de erfgenaam nog over geërfd vermogen beschikt en zo ja, wat hiervan de omvang is, zo schrijft de staatssecretaris.³⁴ Let wel, de kantonrechter *kan* een ontheffing verlenen van de betalingsverplichting. Dit mag niet verward worden met de rechterlijke machtiging van art. 4:194 BW voor een erfgenaam om alsnog beneficiair te aanvaarden, waarna de wettelijke vereffeningprocedure aanvangt met (opnieuw) een rol voor de rechterlijke macht.³⁵ De huidige keuze (waarbij de rechter ‘slechts’ ontheffing hoeft te verlenen) wordt door de staatssecretaris als volgt onderbouwd:

“Dat (de ‘werkwijze’ in art. 4:194 BW; toevoeging PB/WB/WDK) belast de rechterlijke macht onnodig en zorgt voor lasten en kosten voor de erfgenaam. De procedure van gerechtelijke vereffening zal bovendien in de meeste gevallen geen efficiënte procedure zijn om te bepalen welk deel van de onverwachte schuld de erfgenaam nog uit zijn erfdeel kan voldoen.”

³² Toelichting, p. 4-5.

³³ Dit geldt eens te meer als het betreft een voor 2003 ab intestato opengevallen nalatenschap, waarin de erfgenamen vrijwillig hebben ingestemd in een toedeling “à la ouderlijke boedelverdeling” aan de langstlevende, en dus zo fatsoenlijk zijn geweest om af te zien van het direct opeisen van hun erfdeel (en van zekerheidstelling).

³⁴ Toelichting, p. 7.

³⁵ Zie hiervoor onder nummer 2.

De staatssecretaris heeft - wellicht³⁶ - gelijk, maar daarmee zijn dit nog geen valide argumenten voor de thans voorgestelde aanpak. Het meest fundamentele verschil tussen de regeling in art. 4:194 BW en 4:194a BW-ontwerp is namelijk gelegen in de rechtspositie van de schuldeisers. Met de naleving van de wettelijke vereffeningsprocedure is hun positie gewaarborgd, daarvan is bij de Wet Betos allerm minst sprake.

IV. Vervolgens zal de kantonrechter zeer uitgebreid door de erfgenaam moeten worden geïnformeerd over de omvang en samenstelling van de nalatenschap, voorzien van allerhande boedelpapieren (de digitale daaronder begrepen), zo nemen wij aan.

Blijkens de toelichting kan de kantonrechter in dat kader tot benoeming van een deskundige, bijvoorbeeld een notaris, overgaan.³⁷ We vragen ons af welk effect diens declaratie zal hebben op de ontheffingsbeslissing, ervan uitgaande dat deze kostenpost het saldo van de nalatenschap in negatieve zin zal beïnvloeden.

Met de vaststelling van het beschikbare geërfde vermogen, kan de rechter bepalen voor welk bedrag de onverwachte schuld nog door de erfgenaam voldaan moet worden. Daaropvolgend velt de kantonrechter diens billijkheidsoordeel of en in hoeverre redelijkerwijs niet van de erfgenaam kan worden gevergd dat hij de onverwachte schuld uit zijn privévermogen voldoet. In dit oordeel, zo licht de staatssecretaris toe, wordt het belang van de schuldeiser bij voldoening van zijn vordering afgezet tegen het belang van de erfgenaam bij bescherming van zijn privévermogen.³⁸ Daarbij dient de rechter rekening te houden met alle relevante feiten en omstandigheden van het geval, zoals reeds onder nummer 3 uiteengezet.

Een erfgenaam kan op grond van de voorgestelde tekst van art. 4:194a BW worden ontheven van de verplichting de schuld uit zijn vermogen te voldoen *voor zover deze niet uit zijn erfdeel* kan worden voldaan. Wij achten het nauwkeuriger wanneer uit de tekst zou blijken dat ook andere erfrechtelijke verkrijgingen van deze erfgenaam een rol spelen in de afweging. Waarom zou geen rekening worden gehouden met hetgeen deze erfgenaam wellicht al krachtens legaat of lastbevoordeling heeft verkregen? En moeten uitkeringen uit sommenverzekeringen niet ook meegenomen worden? Dat de onbekende schuld in rang boven het legaat staat, doet aan het belang van deze verduidelijking overigens niet af.

Een punt dat ten slotte zeker in de huidige (naar wij hopen afgelopen) tijd aandacht verdient, is de waardeontwikkeling na het overlijden. Per welk moment wordt in waarde beoordeeld of de onbekende schuld uit het erfdeel kan worden voldaan? Op het art. 4:6 BW-moment (dat wil zeggen onmiddellijk na het overlijden van de erflater) of op het moment dat de zaak aan de kantonrechter voorligt? Wellicht dat het erfdeel door handelen of nalaten van de erfgenaam aanzienlijk in waarde is gedaald, maar is dat te achterhalen door de kantonrechter? Denkbaar is dat vragen als deze zich oplossen in de billijkheidsafweging van de kantonrechter. Dat neemt niet weg dat laatstgenoemde een fatsoenlijk in de wet verankerd handvat zal dienen te hebben.

6. De notaris

Wat is de positie van de notaris in het kader van de Wet betos? We noemen hieronder, zonder enige pretentie van volledigheid, enkele losse aandachtspunten.

Uiteraard zal de notaris zuiver aanvaard hebbende erfgenamen, als het station van de beneficiaire aanvaarding is gepasseerd, wijzen op de mogelijkheid een beroep te doen op de nieuwe regeling

³⁶ Wellicht, want het valt nog maar te bezien hoe “goedkoop en efficiënt” de nieuwe procedure zal uitpakken. Denk aan de hevige tegenstand biedende schuldeiser.

³⁷ Toelichting, p. 7.

³⁸ Toelichting, p. 7.

als zich onverwachte schulden aandienen. Vervolgens zullen de erfgenamen zich tot de kantonrechter wenden en zal een en ander zich verder buiten de notaris om afspeelen.

De notaris zal zich echter ook het belang van de schuldeisers aantrekken. We werken dit uit voor de situatie van het langstlevende-testament waarbij de erfrechtelijke schuldeisers – de kinderen dus – bij het tweede overlijden niet de dupe mogen worden van art. 4:194a BW-ontwerp, als er bij de langstlevende een nieuwe partner in beeld is gekomen.

Allereerst in anticiperende zin, bij het opstellen van testamenten, door de erfrechtelijke vorderingen zichtbaar te maken. Dit kan bijvoorbeeld door aan de langstlevende echtgenoot de verplichting op te leggen jaarlijks daadwerkelijk een (symbolische) rente te betalen, zodat iedereen jaarlijks aan het bestaan van de erfrechtelijke schuld wordt herinnerd, en deze ook uit de administratie van de langstlevende blijkt. Na diens overlijden zal deze schuld dan niet snel als ‘onverwacht’ kunnen worden aangemerkt. Ook is denkbaar dat er vaker voor zal worden gekozen aan de langstlevende een verplichting tot zekerheidstelling op te leggen.

We kunnen ons eveneens voorstellen dat de notaris er na het eerste overlijden (bij de kinderen) op aandringt dat een boedelbeschrijving wordt opgesteld, welke vervolgens ten name van de langstlevende in het ‘CTR’ wordt ingeschreven³⁹, zodat de erfrechtelijke schulden bij het tweede overlijden vanzelf weer opduiken en – voor zover ze al als onverwacht zouden worden gekwalificeerd⁴⁰ – de driemaandstermijn in elk geval meteen gaat lopen.

Het behoeft geen betoog dat dit alles eens te meer geldt als er al sprake is van een *fusiegezin*, waarbij de kinderen een vordering krijgen op een stiefpartner. In die situatie zal art. 4:194a BW-ontwerp ertoe leiden dat de belangentegenstelling tussen (de eigen kinderen van) de stiefpartner en de kinderen van de erflater nog eens extra geaccentueerd wordt.

Uiteraard kan de notaris ook adviseren, het testamentair over een andere boeg te gooien en voor een tweetrapsregeling of een vruchtgebruiktestament te kiezen. Wij zagen hiervoor immers al dat de door de wetgever voorgestelde regeling dusdanig lacuneus is dat de verwachters respectievelijk hoofdgerechtigden (“bloot-eigenaren”) bij het overlijden van de langstlevende als bezwaarde respectievelijk vruchtgebruiker niets van art. 4:194a BW-ontwerp te vrezen hebben, omdat ze nu eenmaal geen schuldeiserspositie hebben. Het lijkt ons een oneigenlijke reden om voor deze testamentsvormen te kiezen, maar het kan een rol spelen.

Aangezien het voor ‘potentieel onverwachte’ schuldeisers van belang is dat zij zich zo snel mogelijk bekend maken (om te voorkomen dat de beschikbare koek aan andere – al dan niet onverwachte -schuldeisers wordt uitgedeeld), zullen zij via het boedelregister dikwijls bij de ‘betrokken notaris’ van art. 4:186 lid 2 BW terechtkomen. Dit zal over het algemeen de notaris zijn die de verklaring van erfrecht heeft afgegeven. In het systeem van het nieuwe erfrecht, waarin het principe geldt dat een schuldeiser het recht heeft om zijn schuldenaren te kennen, dient de ‘betrokken notaris’ de schuldeisers te voorzien van een afschrift of uittreksel van de verklaring van erfrecht, waaruit zij kunnen afleiden bij wie zij zich voor de voldoening van hun schulden kunnen vervoegen. Dat zal overigens vaak de executeur zijn in plaats van de erfgenamen zelf, maar wij veronderstellen – al heeft de wetgever er niet over nagedacht - dat de driemaandstermijn voor de erfgenamen ook gaat lopen op het moment dat de schuldeiser zich bij de executeur meldt.⁴¹

³⁹ Uiteraard behoort een boedelbeschrijving niet tot de in art. 1 lid 1 Wet op het centraal testamentenregister bedoelde akten, maar de ‘intake’ wordt niet gecontroleerd en bij het overlijden van de langstlevende is de akte zeker – los van de Wet betos – een belangrijk stuk informatie voor de erfgenamen. Enige burgerlijke ongehoorzaamheid is dus wat ons betreft – evenals bij het inschrijven van een akte van boedelbeschrijving ten name van de bezwaarde bij een tweetraps testament – geïndiceerd en wij zouden een verruiming van de Wet op het centraal testamentenregister in deze zin ook van harte aanbevelen.

⁴⁰ Dat zal onzes inziens alleen nog aan de orde kunnen zijn als de zuivere aanvaarding reeds heeft plaatsgevonden voordat het ‘CTR’ is geraadpleegd.

⁴¹ Een aardige vraag is overigens ook of de executeur namens de erfgenamen om ontheffing kan verzoeken. Aangezien hij de erfgenamen privaat vertegenwoordigt, ligt dit wel voor de hand, maar anderzijds betekent het

Wij verwachten overigens niet dat zich een praktijk zal ontwikkelen waarin de ‘betrokken notaris’ een postbusfunctie richting de erfgenamen gaat vervullen; als de notaris aan de erfgenamen het bestaan van de schuld meldt, zal hij de erfgenamen immers al dan niet spontaan ook informeren over de mogelijkheid om een beroep te doen op de nieuwe regeling, en dat eenmaal wetende, zal de schuldeiser de erfgenamen uiteraard liever zelf – met wat minder informatie - benaderen.

Als de erfgenamen zich tot de notaris wenden voor de afgifte van een verklaring van erfrecht, en de overledene weduwe of weduwnaar was, zal de notaris hen altijd wijzen op de mogelijkheid op het bestaan van door het overlijden opeisbaar geworden erfrechtelijke schulden.⁴² Aanvaarden de erfgenamen de nalatenschap desalniettemin zuiver, dan kan zich, als het om de toepassing van het voorgestelde wetsartikel gaat, de paradoxale situatie voordoen dat de voorlichting door de notaris hen in een nadelige positie heeft gebracht ten opzichte van erfgenamen in vergelijkbare situaties die na het overlijden niet meteen de notaris hebben bezocht, maar gewoon nog een tijdje zijn doorgegaan met telebankieren op naam van de overledene.⁴³ De kantonrechter zou de door de notaris voorgelichte erfgenamen immers minder snel te goeder trouw kunnen achten waar het de toepassing van art. 4:194a BW-ontwerp betreft omdat zij, als gewaarschuwd mens, voor twee tellen.⁴⁴

Uiteraard is het te gek voor woorden als de positie van de notaris, als openbaar juridisch voorlichter bij uitstek, op deze manier zou worden ondergraven, maar omdat deze opmerking in dit artikel wellicht niet uit geheel onverdachte hoek komt, voegen we er maar snel aan toe dat het vanuit het perspectief van de schuldeiser van de erfrechtelijke vordering al helemaal absurd zou zijn als zijn rechtspositie afhangt van de toevallige omstandigheid of de erfgenamen wel of niet naar de notaris zijn gegaan. Naar onze mening is de mogelijkheid van het bestaan van dergelijke schulden inherent aan ons erfrechtelijk systeem, en de onbekendheid ermee dus niet verschoonbaar.

Meer in het algemeen zouden we willen stellen dat alle schulden waarover een notaris zijn cliënten pleegt voor te lichten per definitie niet kwalificeren als ‘onbekende’ schulden en dus niet onder het toepassingsbereik van art. 4:194a BW-ontwerp vallen. Gaat een erfgenaam niet bij de notaris te rade en ziet hij daardoor schulden over het hoofd, dan past het niet dat hij dat via de voorgestelde regeling op de schuldeisers in kwestie zou kunnen afwentelen.

7. Conclusie

Het voorgaande bevat een aantal fundamentele kritiekpunten aangaande het wetsvoorstel ‘bescherming erfgenamen tegen onverwachte schulden’. Zo lijkt het wetsvoorstel geen soelaas te bieden voor de ‘zinkende nalatenschap’ en enkele bekende schrijvende gevallen uit de jurisprudentie (terwijl de toelichting wel deze indruk wekt). Ook tegen de op de erfgenamen rustende schulden uit belastingen die ter zake van het openvallen van de nalatenschap worden geheven biedt het voorstel geen bescherming (terwijl de toelichting hier eveneens naar verwijst). Sommige onverwachte schulden kan een erfgenaam zich van het lijf houden, maar tegen een

indienen van het ontheffingsverzoek ook dat de executeur van mening is dat er sprake is van een negatieve boedel, zodat, als dat in een vereffening resulteert, het einde van zijn werkzaamheden in zicht komt. Als een verzoek ex art. 4:194a BW-ontwerp wordt gedaan, betekent dat per definitie dat er zuiver en dus niet beneficiair is aanvaard, zodat het feit dat de executeur geen ‘ruimschoots voldoende’ verklaring als bedoeld in art. 4:202 lid 1 sub a BW kan afgeven, niet automatisch het einde van zijn functie inluidt.

⁴² En als hij dat niet doet, zal hij op het tucht- en civielrechtelijke matje geroepen kunnen worden. Zie kamer van toezicht Arnhem 18 februari 2010, LJN YC0419 (zuivere aanvaarding door langstlevende stiefouder na onvoldoende voorlichting door notaris) en Rb. Arnhem 5 januari 2011, LJN BP1897, de civielrechtelijke zaak in dezelfde procedure, die overigens strandde op de klachttermijn van art. 6:89 BW.

⁴³ Van onze connecties in de bankwereld hebben we begrepen dat dit regelmatig voorkomt; het verschaffen van de code aan de kinderen leidt in feite tot bancaire onsterfelijkheid.

⁴⁴ De gedachten dwalen hierbij terug naar lezingen en cursussen van de onvergetelijke prof. W.M. Kleijn, die steevast aan de hand van rechtspraak illustreerde dat de koper die *geen* makelaar in de arm heeft genomen in procedures beter af is, omdat hij minder kennis heeft en dus ook eerder te goeder trouw is.

onverwacht ontbreken van nalatenschapsactiva (vruchtgebruik, tweetrapsmaking) kan hij met art. 4:194a BW-ontwerp niet in het geweer komen.

Daarnaast kan het voorstel leiden tot het uit de weg gaan van beneficiaire aanvaardingen, omdat justitiabelen denken hun problemen te zijner tijd met hulp van de kantonrechter te kunnen oplossen. Wij signaleren dat erfgenamen wellicht weinig schroom aan de dag zullen leggen bij het doen van de ontheffingsverzoeken, met alle maatschappelijke kosten van dien.

Onduidelijk is wanneer de nalatenschap negatief dient te zijn (moet de litigieuze schuld het saldo onder nul doen belanden?) voor honorering van het verzoek. Hiermee hangt samen dat niet zelden pas in een laat stadium exacte helderheid over de stand van de boedel wordt verkregen. Wel zeker is dan menige schuldeiser de procedure niet over zijn kant zal laten gaan: hij zal zich in de strijd mengen als belanghebbende en pogen aan te tonen dat zijn schuld niet 'onbekend' was en wellicht via art. 4:204 BW een wettelijke vereffening forceren. We werpen de vraag op hoe crediteuren in de toekomst rekening zullen houden met (anticiperen op) art. 4:194a BW-ontwerp.

Als kardinaal punt voeren wij aan dat de in art. 4:194a BW-ontwerp neergelegde billijkheidsnorm de kantonrechter weinig houvast biedt; een gevaar voor de rechtsuniformiteit. Neem zelf plaats in de schoenen van de kantonrechter en beoordeel: verzoek binnen drie maanden 'na ontdekking van de schuld', goede trouw van de erfgenaam, 'redelijkerwijs' de schuld niet behoeven te voldoen, gehele of gedeeltelijke ontheffing? Lawyer's paradise!

Kleinere vraagpunten zijn bijvoorbeeld waarderingskwesties (de schuld is opgelopen, de nalatenschap is geslonken; wat is de peildatum?), de samenhang met andere verkrijgingen door de erfgenaam (denk aan legaten) en de vraag of de schuldeiser, hangende de ontheffingsprocedure, toch tot inning van zijn vordering kan overgaan. Tot slot vestigen we de aandacht op de notaris bij de boedelafwikkeling: wat is diens rol ten opzichte van erfgenamen, schuldeisers en onbekende schuldeisers?

Al met al komt de regeling op ons over als een weinig doordachte, halfslachtige aanpak van een serieus erfrechtelijk euvel: de privé-aansprakelijkheid na een 'onvoorzichtige' zuivere aanvaarding. Waarom moet een schuldeiser in Nederland beter worden van het overlijden van zijn schuldenaar? De saisine is traditie, maar tradities zijn er om te heroverwegen. Een herziening van het systeem ligt wat ons betreft voor de hand: de aansprakelijkheid van erfgenamen dient in beginsel beperkt te blijven tot de waarde van de goederen van de nalatenschap. De beneficiaire aanvaarding als primaire, automatische route, dus zonder griffierechten; ter griffie kunnen erfgenamen desgewenst zuiver aanvaarden of verwerpen.⁴⁵ Een dergelijke fundamentele wijziging maakt complexe tussenoplossingen als art. 4:194a BW-ontwerp overbodig.

⁴⁵ Het voert het bestek van deze bijdrage te buiten nader in te gaan op deze gedachte. Zie uitgebreider onder andere J.B. Vegter, *Grondslagen der beneficiaire aanvaarding naar Nederlands en Duits recht* (1989), p. 110 e.v., W.D. Kolkman, *Beneficiaire aanvaarding als hoofdregel*, FTV juni 2012, en het in noot 2 genoemde rapport.