

University of Groningen

De aard van de vordering in het kader van de wettelijke verdeling en de (on)mogelijkheid van conservatoir beslag voor deze vordering

ter Haar, J.H.M.; Visser, Irene

Published in:
 WPNR Weekblad voor Privaatrecht Notariaat en Registratie

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2018

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
 ter Haar, J. H. M., & Visser, I. (2018). De aard van de vordering in het kader van de wettelijke verdeling en de (on)mogelijkheid van conservatoir beslag voor deze vordering. *WPNR Weekblad voor Privaatrecht Notariaat en Registratie*, 2018(7203), 596-602.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

De aard van de vordering in het kader van de wettelijke verdeling en de (on)mogelijkheid van conservatoir beslag voor deze vordering

1. Inleiding¹

Sinds 1 januari 2003 heeft de langstlevende echtgenoot of geregistreerde partner van een erfflater met name door invoering van de wettelijke verdeling van art. 4:13 BW een sterke positie in het ab intestaat erfrecht. Behoudens eventueel in te roepen wilsrechten hebben kinderen het nakijken. Zij moeten meestal wachten tot de langstlevende echtgenoot is overleden, alvorens zij hun erfrechtelijke aanspraak kunnen opeisen.² Op de vraag of de langstlevende dan zomaar alles kan opmaken, waardoor de kinderen bij diens overlijden met lege handen achterblijven, wordt doorgaans een bevestigend antwoord gegeven.³

Onlangs ontstond in de literatuur discussie over de vraag of een conservatoir beslag onder omstandigheden aan de kinderen toch een mogelijkheid biedt te voorkomen dat hun niet-opeisbare vorderingen als bedoeld in art. 4:13 BW illusoir worden.⁴ Aanleiding van deze discussie was de noot van Perrick bij het arrest HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1271, NJ 2016/400. In dit arrest bepaalde de Hoge Raad dat 'niet is uitgesloten dat conservatoir beslag kan strekken ter verzekering van een vordering die (nog) niet opeisbaar is'.

In deze bijdrage willen wij een nieuw licht werpen op deze discussie door in te gaan op de vraag in hoeverre een niet-opeisbare vordering als bedoeld in art. 4:13 BW wezenlijk verschilt van andere niet-opeisbare vorderingen. Hierbij



Mr. J.H.M. ter Haar*



Mw. mr. I. Visser**

* Universitair docent notarieel recht van de Rijksuniversiteit Groningen.
(J.H.M.ter.Haar@rug.nl)

** Senior jurist bij Netwerk Notarissen en docent privaatrecht van de Rijksuniversiteit Groningen.
(visser@nmco.nl)

1. Schrijvers danken prof. mr. L.C.A. verstappen, prof. mr. F.M.J. Verstijlen en mr. J. van Anken voor hun reflectie op een eerdere versie van dit artikel.
2. Zie art. 4:13 lid 3 BW. Bij uiterste wil kunnen de gronden voor opeisbaarheid worden uitgebreid.
3. Zie o.a. E.W.J. Ebben, *De positie van de langstlevende in het nieuwe erfrecht* (diss.VU 2000), Den Haag: Bju 2000, p. 69.
4. Zie met name S. Perrick, 'Het belang van conservatoir beslag ter verzekering van niet opeisbare erfrechtelijke vorderingen', *Tijdschrift Erfrecht* 2016/5 (hierna: 'Perrick 2016'), p. 88 t/m 93, B. en F. Schols, 'Ongestoord erfrechtelijk voortleven op zijn Surinaams in Nederland?', *WPNR* 2017/7175, p. 1020-1022 en de reactie van Perrick met naschrift van B. en F. Schols in *WPNR* 2017/7176. Zie ook Asser/Perrick 4 2017/76c.

kijken wij zowel naar de aard van de vordering als naar de verhouding tussen schuldeisers (de kinderen) en schuldenaar (de langstlevende). Uiteindelijk trekken wij een conclusie over de mogelijkheid van het leggen van conservatoir beslag voor de vordering uit hoofde van de wettelijke verdeling en de implicaties die dit heeft voor de hanteerbaarheid van dit middel in de praktijk.

2. De bescherming van de langstlevende echtgenoot

Om iets te kunnen zeggen over de aard van de vordering als bedoeld in art. 4:13 BW en over de verhouding tussen schuldeisers en schuldenaar, is van belang te achterhalen wat de gedachte van de wetgever is geweest bij de wettelijke verdeling. De oorspronkelijke bedoeling van een nieuwe langstlevende-regeling was dat er voor de langstlevende echtgenoot in zijn woonomgeving en financieel ten gevolge van de erfrechtelijke regel zo weinig mogelijk verandert. In zijn verzorgingsbehoefte – voor zover die door de nalatenschap kan of moet worden gedekt – diende op soepele wijze te worden voorzien.⁵

De minister meende dat zowel het aanvankelijk door de regering voorgestelde vruchtgebruikstelsel als het stelsel van de wettelijke ouderlijke boedelverdeling aan dit uitgangspunt op bevredigende wijze gestalte geeft. Uiteindelijk werd de voorkeur gegeven aan het systeem van ouderlijke boedelverdeling als nieuwe basis voor het versterkerrecht omdat het ‘juist voor de meest voorkomende situatie (echtgenote met eigen kinderen)’ het voordeel heeft van de eenvoud.⁶ De langstlevende verkrijgt ingevolge dit stelsel van rechtswege de goederen en kan hierdoor het bestaande leefpatroon zonder belemmeringen voortzetten.⁷ Uit de brief aan de Tweede Kamer van 27 maart 1996, waarin de minister de keuze voor het huidige stelsel kenbaar maakte, blijkt dat gezocht is naar een passend evenwicht tussen enerzijds het belang van de langstlevende echtgenoot bij verzorging en, zoveel mogelijk, voortzetting van het bestaande leefpatroon en anderzijds het belang van de kinderen bij uitzicht op de goederen die hun overleden ouder heeft nagelaten.

Om het gevaar te beteugelen dat de goederen uit de nalatenschap in plaats van bij de kinderen van de erflater, terecht komen bij hun stief-familie werden de wilsrechten van art. 4:19 t/m 22 BW geïntroduceerd. Het vruchtgebruik dat de langstlevende zich bij het inroepen van een wilsrecht kan voorbehouden, is zodanig ingericht, dat aan een eventuele verzorgingsbehoefte van de echtgenoot wordt tegemoet gekomen.⁸

In de vijfde nota van wijziging merkt de minister op dat is gestreefd naar een regeling waarin op evenwichtige wijze met de belangen van de langstlevende echtgenoot en van de kinderen rekening wordt gehouden, die aansluit bij de maatschappelijke realiteit, niet onnodig conflicten in familieverhoudingen oproept en geen onzekerheid in rechtsverhoudingen met derden oproept.⁹ Hierin zit volgens ons de kerngedachte achter de wettelijke verdeling.

De wetgever heeft zich met de wettelijke verdeling overigens voornamelijk gericht op een doorsnee nalatenschap. Deze is volgens de minister van bescheiden omvang en in de regel in zijn geheel nodig om de langstlevende te kunnen doen voortleven als voorheen. Als voorbeeld wordt aangedragen dat men niet genooddacht moet zijn de woning met een overwaarde te verkopen teneinde de kinderen te kunnen uitkeren. Voor de doorsnee nalatenschap betekent dit volgens de minister dat de langstlevende dat krijgt wat, naar algemeen in de praktijk leeft, nodig is.¹⁰

3. Een eigenaardige vordering?

3.1. Vooraf

In hoeverre beïnvloedt de gedachte achter de wettelijke verdeling de aard van de niet-opeisbare vorderingen van de kinderen? In welke opzichten verschillen deze vorderingen van andere niet-opeisbare vorderingen en wat betekent dit voor de rechtspositie van de kinderen? Ter beantwoording van deze vragen gaan wij, aan de hand van de wet, parlementaire geschiedenis, literatuur en jurisprudentie, kort in op de aspecten overdraagbaarheid, mogelijkheid van aflossing, renteafspraken, zekerheidsstelling en benadeling van de kinderen als schuldeisers. Wat de fiscale behandeling betreft volstaan we met de constatering dat de vorderingen en daar tegenoverstaande schulden in het kader van de inkomstenbelasting gedefiscaliseerd zijn (art. 5.4 Wet IB 2001).

5. Parl. Gesch. Inv. Boek 4, p. 1274 (MvT II).

6. Zie hierover de Brief van de minister van 27 maart 1996, *Kamerstukken II 1995/96*, 24 665, nr. 1. Zie ook Parl. Gesch. Inv. Boek 4, p. 1398 (NvW 5). Zie hierover onder anderen P.C. van Es, *Erfrecht van de langstlevende echtgenoot* (Monografieën BW B19), Deventer: Kluwer 2009, p. 11 en 12, met bijbehorende literatuurverwijzingen.

7. Parl. Gesch. Inv. Boek 4, p. 1494 (NvW 5).

8. Parl. Gesch. Inv. Boek 4, p. 1494 (NvW 5).

9. Parl. Gesch. Inv. Boek 4, p. 1398 (NvW 5), zie ook p. 1257 (Nota II).

10. Parl. Gesch. Inv. Boek 4, p. 1425.

3.2. Overdraagbaarheid

Op grond van art. 3:83 lid 1 BW zijn vorderingsrechten overdraagbaar, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet. De heersende leer lijkt te zijn dat de vordering als bedoeld in art. 4:13 BW overdraagbaar is.¹¹ Uit art. 4:25 lid 5 BW kan ook worden afgeleid dat zo'n overdracht mogelijk is, maar dat daarbij wel de wilsrechten van art. 4:19 tot en met 4:22 BW verloren gaan. Overigens blijkt uit art. 4:14 lid 3 BW dat de vordering van een kind ook door schuldeisers van de nalatenschap kan worden uitgewonnen. Het ligt niet voor de hand dat overdraagbaarheid uitgesloten is, terwijl uitwinning van de vordering wel mogelijk is.¹²

Van Mourik is een andere mening toegedaan. Hij meent dat art. 3:191 lid 1 BW analoog van toepassing is. Deze bepaling ziet op het vervreemden van een aandeel in een bijzondere gemeenschap. Dit is in beginsel mogelijk, tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten anders voortvloeit. Van Mourik acht het, gezien de rechtsverhouding tussen langstlevende en kinderen, onwenselijk dat een vordering kan worden overgedragen aan een derde, niet zijnde een kind van de erflater.¹³

Ons lijkt de analoge toepassing niet voor de hand liggend; met overdracht van de vordering komt er geen nieuwe deelgenoot. De nalatenschap is immers al 'verdeeld' en bovendien gaan met de overdracht de wilsrechten teniet, waardoor geen aanspraak meer bestaat op de goederen van de nalatenschap. Overigens komt de overdraagbaarheid ook niet in strijd met de kerngedachte achter de wettelijke verdeling: de langstlevende behoudt zijn levenstandaard (kan onbelemmerd voortleven als voorheen) en er wordt, met de enkele wijziging van schuldeisers, in beginsel geen onnodig conflict in de familieverhouding veroorzaakt. De vordering is doorgaans pas opeisbaar bij overlijden.¹⁴

3.3. Uitbetaling, afspreken van rentevergoeding en zekerheidstelling

De testateur is wat de wettelijke verdeling betreft met handen en voeten gebonden aan het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen (art. 4:42 lid 1 BW). Hij kan alleen van de regeling van de wettelijke verdeling afwijken op wijzen als expliciet in de wet bepaald.¹⁵ Is de nalatenschap opengevallen, dan gelden er voor de langstlevende als debiteur en de kinderen als crediteuren geen bijzondere wettelijke restricties. Op grond van art. 4:17 BW kan de echtgenoot in beginsel te allen tijde de vordering uit hoofde van de wettelijke verdeling geheel of gedeeltelijk vrijwillig voldoen. Uit art. 4:13 lid 4 BW vloeit voort dat de langstlevende en de kinderen na-

dere afspraken kunnen maken over de door de langstlevende verschuldigde rente op de vorderingen. Aangenomen wordt dat dit vanwege de contractsvrijheid ook kan als de uiterste wil een andere renteregeling kent.¹⁶ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de langstlevende in overleg met de kinderen ook zekerheid kan stellen voor de betaling van de vorderingen. Zo kunnen de kinderen in het overleg over de uitoefening van het wilsrecht instemmen met een zekerheidsrecht in de plaats van de eigendom van een goed.¹⁷ Een langstlevende die de kinderen van zijn overleden partner gerust wil stellen zou er naar onze mening ook voor kunnen kiezen zekerheid te stellen, zonder dat daar een prestatie tegenover staat. De vraag of daarbij onderscheid gemaakt mag worden tussen de kinderen, beantwoorden wij onder 3.5.

3.4. Verhaal van schuldeisers op de vordering

Bij verhaal door schuldeisers van de nalatenschap dient de vordering als verhaalsobject ex art. 4:14 lid 3 BW; op overige goederen van het kind kunnen zij zich, behalve indien goederen uit de nalatenschap zijn overgedragen, niet verhalen. Wij zien geen reden waarom schuldeisers van een kind zich niet ook kunnen verhalen op de vordering. Op grond van art. 3:276 BW kunnen schuldeisers zich verhalen op alle goederen van het kind, waaronder de vordering, tenzij de wet of een overeenkomst anders bepaalt.¹⁸ Wel lijkt analoge toepassing van art. 4:14 lid 2 BW hier voor de hand liggend, waardoor nalatenschaps-schuldeisers verhaalspreferentie hebben.

11. Van Es 2009, p. 25; F.W.J.M. Schols, *Tekst & Commentaar Erfrecht Civiel en Fiscaal*, aant. 6d bij art. 4:13 BW (online, bijgewerkt tot en met 1 juli 2017) en Asser/Perrick 4 2017/118.

12. Van Es 2009, p. 25.

13. M.J.A. van Mourik, *Handboek Erfrecht* 2016, par. IV.8.1.

14. Een interessante vraag is nog wel welke gevolgen zo'n overdracht heeft voor het verhaal van schuldeisers van de nalatenschap: volgt het verhaal de vordering of gaan hun verhaalsmogelijkheden met de overdracht teniet? Gezien de hoofdvraag in deze bijdrage gaan wij hier verder niet op in.

15. Parl. Gesch. Inv. Boek 4, p. 1455 en 1456 (NvW 6). De minister somt de bekende afwijkingmogelijkheden op en verklaart dat buiten deze gevallen afwijking niet mogelijk is. Zie hierover ook Van Mourik, *Handboek Erfrecht* 2016, p. 63.

16. Van Mourik 2016, p. 72.

17. Parl. Gesch. Inv. Boek 4, p. 1540 (MvT I), zie over de mogelijkheid tot zekerheidstelling door de langstlevende echtgenoot in het licht van de formaliteit van art. 4:26 lid 1 BW ook Parl. Gesch. Inv. Boek 4, p. 1647 (NvW 5).

18. Vgl. Parl. Gesch. Inv. Boek 4, p. 1569 (VvW), waar voor het verhaal op de niet-opeisbare vordering wordt verwezen naar art. 474bb Rv. Hierbij lijkt gedacht aan de nalatenschapsschuldeiser die verhaal haalt en wordt overigens ook opgemerkt dat '[e]en dergelijke gang van zaken [...] voor de beslaglegger weinig aantrekkelijk [zal] zijn, want een redelijke opbrengst zal dan meestal niet te verwachten zijn'.

Ook in geval van faillissement van een kind lijkt de vordering geen bijzondere plaats in te nemen. Evenmin is de vordering van zo'n bijzondere aard dat zij, als het kind is gehuwd in gemeenschap van goederen, als verknocht wordt aangemerkt.

3.5. Onderscheid tussen de kinderen

De wettelijke verdeling betreft de verhouding tussen de langstlevende echtgenoot en de kinderen. De vraag is in hoeverre de verhoudingen tussen de kinderen onderling kunnen of mogen verschillen. De testateur/erflater heeft een grote mate van vrijheid onderscheid tussen de kinderen te maken. Hij kan een kind onterven of een kleiner erfdeel toekennen dan dat van de andere kinderen. Hij kan de vordering van een afzonderlijk kind eerder opeisbaar maken en hij kan met betrekking tot de vordering van een afzonderlijk kind een afwijkende rente bepalen. Hij kan het ene kind wilsrechten toekennen en het andere kind deze juist ontzeggen. In het kader van deze bijdrage gaat het ons echter om de vraag in hoeverre de aard van de wettelijke verdeling eraan in de weg staat dat *de langstlevende*, als schuldenaar, onderscheid maakt tussen de kinderen van de erflater. De wet kent geen expliciete regeling die aan het maken van onderscheid in de weg staat.

Denkbaar is wel dat het maken van onderscheid onrechtmatig is, als dit onderscheid betekent dat andere kinderen in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld.¹⁹ Wellicht komt de andere kinderen de Actio Pauliana toe.²⁰ Dit kan echter doorgaans pas beoordeeld worden bij het overlijden van de langstlevende.²¹ Desalniettemin kan ook tijdens leven al wel duidelijk zijn dat door de onverplichte rechtshandeling de kans op benadeling van een van de andere kinderen als schuldeisers reëel is. Dit doet de vraag opkomen hoe kinderen en langstlevende zich ten opzichte van elkaar dienen te gedragen en wanneer sprake is van mogelijk onrechtmatig handelen. Bij de beantwoording van deze vraag biedt een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden aanknopingspunten.²² In dit arrest draaide het onder meer om de vraag of *de notaris* onrechtmatig handelde door mee te werken aan het vestigen van een hypotheekrecht. Dit hypotheekrecht werd gevestigd tot zekerheid voor de betaling van alles wat de vader verschuldigd was aan twee van zijn vier kinderen (en een echtgenoot van een van de kinderen). In de hypotheekakte was uitgewerkt dat het recht in elk geval strekte tot zekerheid voor wat de langstlevende aan deze twee kinderen verschuldigd was vanwege een tweetal geldleningen die de kinderen aan hem verstrekt hadden, een papieren schenking en de vorderingen uit de ouderlijke boedel-

verdeling. Toen, vanwege dit hypotheekrecht, de andere kinderen met eveneens vorderingen uit papieren schenkingen en vorderingen uit de ouderlijke boedelverdeling niet voldaan kon worden bij overlijden van de vader, stapten zij naar de rechter.²³ Het hof oordeelt dat de twee kinderen geen rechtmatig belang hadden bij het verlangen van een recht van hypotheek tot zekerheid van de betaling van de vorderingen die zij op grond van de ouderlijke boedelverdeling in de nalatenschap van hun moeder hadden:

‘Zij hebben dit recht van hypotheek verlangd ten behoeve van zichzelf en niet ook ten behoeve van [appellant] en [de zus], terwijl op dat moment alle vier de kinderen voor deze vorderingen, voortvloeiend uit de ouderlijke boedelverdeling die moeder had gemaakt en de schenkingen op papier, gelijke mogelijkheden tot verhaal hadden. Gelet op de omvang van het vermogen van vader en zijn zeer hoge leeftijd bestond het concrete gevaar dat [appellant] en [de zus] hun vorderingen niet op de nalatenschap zouden kunnen verhalen, terwijl [zus 3] en [zus 2] betaling daarvan geheel of deels door het recht van hypotheek gewaarborgd wisten. Dat gevaar heeft zich ook verwezenlijkt.’

Het hof oordeelde dat de notaris onrechtmatig heeft gehandeld door mee te werken aan hypotheekverstrekking tot zekerheid van de betaling van niet-opeisbare vorderingen, voortvloeiend uit de ouderlijke boedelverdeling. Hij was immers bekend met het gevaar dat de andere kinderen met een gelijkwaardige vordering benadeeld zouden worden ten aanzien van hun verhaalsmogelijkheden.²⁴ In de overweging van

19. Zie in deze zin Van Mourik, *Handboek Erfrecht* 2016, p. 80.

20. Asser/Perrick 4 2017/99. Perrick stelt hier dat een (stief)kind als schuldeiser van de langstlevende echtgenoot op grond van de Pauliana kan opkomen tegen de (gedeeltelijke) betaling van een niet-opeisbare vordering van een ander (stief)kind. Hij verwijst naar HR 16 januari 1987, *NJ* 1987/528 waar hij stelt dat de betaling van een niet-opeisbare schuld een onverplichte rechtshandeling is in de zin van de Pauliana-bepalingen.

21. Asser/Perrick 4 2017/99.

22. Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5299. Zie over deze uitspraak ook Visser, annotatie onder: Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juli 2015, *JOR* 2015/251.

23. In hoger beroep was alleen een van de kinderen appellant.

24. In deze zaak is overigens ook in cassatie geoordeeld (HR 10 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2850, *NJ* 2018/192, m. nt. S. Perrick). Omdat het daar niet draaide om de vraag naar onrechtmatigheid van het handelen van de notaris, maar onder meer om toepassing van de Novitaris-leer op deze zaak, wordt hierop verder niet ingegaan.

het hof lijkt het feit dat de kinderen vóór de zekerheidstelling een *gelijke mogelijkheid tot verhaal* hadden een belangrijke rol te spelen, naast de omvang van het vermogen van de vader en diens hoge leeftijd.

Het oordeel van het hof valt in het licht van de bekende feiten te billijken. Hoewel het arrest ziet op vorderingen uit hoofde van de ouderlijke boedelverdeling, is er volgens ons voor dit geval geen reden anders te oordelen bij vorderingen uit de wettelijke verdeling. Dit betekent dat het in de lijn van genoemde uitspraak ligt dat de notaris niet mag meewerken aan het stellen van zekerheid ten behoeve van de vordering van een of meer kinderen, als de kans reëel is dat hierdoor de andere kinderen worden benadeeld in hun verhaalspositie.

Hierin zit volgens ons de *crux* waar het de *bijzondere aard* van de vordering betreft. De wettelijke verdeling bewerkstelligt dat de langstlevende zijn levensstandaard zoveel mogelijk kan behouden en geeft de kinderen als crediteuren een gelijke rechtspositie. Deze gelijke positie wordt ondermijnd als een kind zekerheid laat stellen voor de voldoening van zijn vordering, terwijl de andere kinderen niet ook een zekerheidsrecht krijgen. In gevallen waarin voorzienbaar is dat de kinderen bij overlijden van de langstlevende niet volledig kunnen worden voldaan (zoals speelde in de casus van het hof), is dit onrechtmatig.²⁵

Opvallend is overigens dat het hof het handelen van de kinderen ten opzichte van hun broers en zussen als laakbaar beoordeelt, maar zwijgt over het (onverplicht) handelen van de vader. Wellicht heeft het hof hem vanwege zijn hoge leeftijd en kwetsbaarheid in de uitspraak willen ontzien.²⁶ Uiteindelijk ging het in de procedure om onrechtmatig handelen van de notaris.

Wat geldt voor zekerheidstelling, geldt vermoedelijk ook voor andere rechtshandelingen, waarbij de langstlevende onderscheid maakt tussen de kinderen van een erflater. Onderscheid maken mag, maar niet als daardoor de kans reëel is dat de andere kinderen in hun verhaalsmogelijkheden worden beperkt.²⁷

3.6. Benadeling van de kinderen op andere wijze
Overigens kan men zich afvragen hoe het zit met door de langstlevende te verrichten onverplichte handelingen, waarbij de vorderingen van de kinderen van de erflater niet betrokken zijn. In hoeverre dient de langstlevende zich in zijn doen en laten in zijn algemeenheid iets aan de belangen van de kinderen gelegen te laten? Bezien we de parlementaire geschiedenis bij de wettelijke ver-

deling, dan is de conclusie gerechtvaardigd dat als uitgaven worden gedaan in de sfeer van zijn eigen verzorging of gangbare leefpatroon, van onrechtmatig handelen geen sprake zal zijn. Ebben geeft in zijn proefschrift het extreme voorbeeld van de langstlevende die haar gehele vermogen onderbrengt bij een verzekeringsmaatschappij als koopsom voor een lijfrente. Hij oppert hierbij de mogelijkheid van de *Actio Pauliana*, maar concludeert dan dat toch inherent aan de wettelijke verdeling is de benadeling van *de kinderen van de erflater* als schuldeisers ten gunste van de verzorging van de langstlevende. Hij voegt eraan toe dat zij de mate van haar verzorging en de wijze waarop deze inhoud krijgt in beginsel zelf mag bepalen.²⁸ Wij kunnen Ebben hierin volgen, mits de langstlevende niet (tevens) handelt vanuit de wil de kinderen in hun verhaalsmogelijkheden te benadelen.²⁹

4. Conservatoir beslag

4.1. Is conservatoir beslag voor de vordering uit de wettelijke verdeling mogelijk?

Conservatoir beslag voor een niet opeisbare vordering is *in het algemeen* mogelijk, zoals Perrick ook benadrukt.³⁰ Dit blijkt ook uit het al eerder vermelde arrest van de Hoge Raad van 24 juni 2016, waarin in rechtsoverweging 3.3.2 wordt overwogen dat '[n]iet is uitgesloten dat conservatoir beslag kan strekken ter verzekering van een vordering die (nog) niet opeisbaar is', met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis bij art. 441 Rv en naar HR 3 mei 1996, *NJ*

25. Vgl. de conclusie van A-G De Bock bij het arrest van de Hoge Raad, ECLI:NL:PHR:2017:662, onder 2.21. Zij is van mening dat de *crux* zit in het feit dat het hypotheekrecht ook strekte tot zekerheid voor de vorderingen uit hoofde van de eerdere papieren schenkingen, 'in de wetenschap dat de nalatenschap niet toereikend zou zijn om ook [de andere kinderen] hun gelijkwaardige vorderingen uit hoofde van die schenkingen te voldoen, waardoor zij zich feitelijk in een voorrangpositie manoeuvreerden'.

26. Het hof oordeelt overigens wel dat het de vader vrijstond om (twee van) zijn kinderen te onterven, ook al zouden zij hierdoor worden benadeeld (zie r.o. 4.20). De notaris had op dit punt geen grond het passeren van het testament te weigeren.

27. Vgl. het leerstuk van selectieve betaling, zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 31 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:700.

28. Ebben 2000, p. 70.

29. Zie over het verschil tussen het *oogmerk* van benadeling en de *wil* tot benadeling in het perspectief van het faillissementsrecht o.m.: B. Wessels, 'Actio Pauliana en wetenschap van benadeling: drie voorstellen tot verbetering', *Vermogensrechtelijke Analyses* 2007, afl. 2, p. 57-58.

30. Perrick, annotatie onder HR 24 juni 2016, *NJ* 2016/400, onder 1.

1996/473. Het betrof *in casu* een vordering die is ontstaan op grond van een ouderlijke boedelverdeling als geregeld in art. 4:1167 oud BW, die de langstlevende echtgenoot tegen aanspraken van kinderen beoogt te beschermen.

Perrick leidt uit dit arrest af dat conservatoir beslag voor de niet-opeisbare vordering uit hoofde van de wettelijke verdeling ook mogelijk is.³¹ Breemhaar sluit zich hierbij aan.³² Hier tegenover staan Mellema-Kranenburg en B. en F. Schols, die van mening lijken dat dit juist niet mogelijk is. Mellema-Kranenburg stelt dat *ongestoord voortleven* centraal staat bij de wettelijke verdeling, waarbij de langstlevende de vrije hand heeft met het vermogen te doen wat hij wil en onbeperkt bevoegd is hierover te beschikken.³³ B. en F. Schols menen dat voor de praktijk van het erfrecht de kracht zit in de 'hard en fast rule' van de niet-opeisbaarheid. De mogelijkheid voor een kind om conservatoir beslag te leggen voor zijn niet-opeisbare vordering zou in strijd zijn met de fundamentele gedachte die de wetgever bij de wettelijke verdeling voor ogen had, te weten dat de langstlevende ongestoord moet kunnen voortleven.³⁴ Perrick en Breemhaar menen daarentegen (kort gezegd) dat deze argumenten met name een rol moeten spelen bij de afwegingen van de voorzieningenrechter bij het opheffen van het beslag in het belang van de langstlevende.

De gedachte achter de wettelijke verdeling – als hiervoor beschreven – is dat de langstlevende ongestoord moet kunnen voortleven, *bezien vanuit de gedachte dat zij haar bestaande leefpatroon kan handhaven*. Het systeem van de wettelijke verdeling biedt de langstlevende hier toe, evenals de ouderlijke boedelverdeling, ruimschoots de mogelijkheid. Uit deze gedachte blijkt naar onze mening niet dat de vordering van de kinderen van zo een bijzondere aard is dat het leggen van conservatoir beslag op het vermogen van de langstlevende echtgenoot in principe onmogelijk zou zijn. De aard van de vordering uit hoofde van de wettelijke verdeling, verschilt in dit opzicht niet wezenlijk van andere niet-opeisbare vorderingen. Toch passen hierbij enkele kanttekeningen, die wij hierna uitwerken.

4.2. Kanttekeningen bij conservatoir beslag

Conservatoir beslag kan een middel zijn om te voorkomen dat vorderingen van de kinderen illusoir worden door excessieve uitgaven of het 'wegsluizen' van geld of goederen' waarbij de langstlevende weet dat hij de kinderen benadeelt. Anderzijds kunnen hierdoor de (stief-)familiaire verhoudingen op scherp komen te staan. Een rechter die met een verzoek tot verlov voor het leggen van conservatoir beslag wordt

geconfronteerd, dient zich terdege bewust te zijn van deze gevolgen. Een zorgvuldige belangenafweging is hier vereist.³⁵ Hierbij kan de aard van de vordering dus wel degelijk een belangrijke rol spelen. De rechter dient in acht te nemen dat de wetgever heeft beoogd de langstlevende echtgenoot de vrije beschikking te geven over het vermogen van de erflater, zodat zij kan voortleven als voorheen. De gedachte achter de wettelijke verdeling gaat echter niet zo ver dat zij de belangen van de kinderen helemaal niets gelegen hoeft te laten. De rechter zal in een concreet geval moeten toetsen of er aanwijzingen zijn dat de langstlevende door te handelen buiten de kaders van 'onbelemmerd voortleven als voorheen' de wil heeft de kinderen te benadelen. Is dat niet het geval, dan kan het verlov niet worden verleend.

Volgens Perrick vindt deze belangenafweging plaats als de langstlevende in kort geding opheffing van het beslag vordert (art. 705 Rv).³⁶ Onzes inziens is een belangenafweging al eerder op zijn plaats.³⁷ Bij het verzoek tot verlov voor het leggen van conservatoir beslag, beslist de voorzieningenrechter na summier onderzoek (art. 700 Rv). In haar conclusie bij het arrest van 24 juni 2016 maakt De Vries Lentsch-Kostense duidelijk dat bij dit summier onderzoek ook de belangen van de verzoeker en de gerkwestreerde zo goed mogelijk moeten worden afgewogen. Hierbij moet worden getoetst aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.³⁸ Zo bezien lijkt hier plaats voor het afwegen van het belang van het kind dat zekerheid wenst voor de voldoening van zijn vordering enerzijds en het belang van de langstlevende om zoveel mogelijk onbelemmerd te kunnen voortleven als voorheen anderzijds. Daarbij moet het kind dat verlov vraagt aanne-

31. Perrick 2016, p. 90; Perrick, annotatie etc., onder 3.

32. W. Breemhaar, 'Conservatoir beslag voor een niet-opeisbare vordering krachtens erfrecht op de echtgenoot van de erflater', *JBN* 2017/36.

33. Mellema-Kranenburg, 'Is conservatoir beslag mogelijk op een niet-opeisbare legitimaire vordering?', *REP* 2017/203, p. 33.

34. B. en F. Schols 2017.

35. Vgl. Perrick 2016, p. 90.

36. Perrick 2016, p. 90.

37. Voor andere procesrechtelijke vragen aangaande dit onderwerp, zoals de vraag hoe moet worden omgegaan met het voorschrift voor het instellen van de eis in hoofdzaak binnen een door de voorzieningenrechter te bepalen termijn verwijzen wij naar Perrick 2016, p. 88-93.

38. Zie ook Beslagsyllabus november 2017, p. 9 (via www.rechtspraak.nl). Zie over deze belangenafweging: M. Meijssen & A.W. Jongbloed, *Conservatoir beslag. Zekerheid en pressiemiddel* (Research Memoranda Raad voor de Rechtspraak 2010/2), p. 43-44 (via www.rechtspraak.nl).

melijk maken dat sprake is van uitzonderlijke omstandigheden die het conservatoir beslag rechtvaardigen. Dat betekent naar onze mening dat er concrete aanwijzingen moeten zijn dat de langstlevende de kinderen bewust wil benadelen door uitgaven te doen die vallen buiten het kader van voortleven als voorheen.³⁹

Dit alles laat overigens nog onverlet de vraag of de rechter bij zijn beoordeling ook de belangen van andere kinderen moet meenemen, zoals de notaris bij zijn beoordeling over al dan niet meewerken aan de hypotheekvestiging. Bij de beantwoording van deze vraag is ook van belang in hoeverre de belangen van de andere kinderen worden geraakt door een conservatoir beslag. Stel dat verlof wordt verleend voor conservatoir beslag door een kind op de woning van de langstlevende. Dit beslag leidt niet tot beschikingsonbevoegdheid van de beslagene (de langstlevende),⁴⁰ maar rechtshandelingen die na het beslag plaatsvinden, kunnen niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen (art. 726 lid 1 jo. art. 505 Rv). Ook praktisch gezien kan de langstlevende, als hij op enig moment deze woning wil verkopen, niet om het kind heen gezien de verplichting deze woning vrij van hypotheek en beslagen te verkopen. In dat geval kan het belang van de andere kinderen, die niet ook beslag hebben gelegd, in het geding komen. Het lijkt echter te ver te voeren om ook deze belangen mee te nemen. Het zou daarom aanbeveling verdienen een regel gelijk art. 4:25 lid 2 BW in het leven te roepen, op grond waarvan een kind dat voornemens is beslag te leggen dan verplicht zou zijn de andere kinderen te informeren over dat voornemen.

5. Conclusie en gevolgen voor de praktijk

Onze nadere studie naar de achterliggende gedachte van de wettelijke verdeling en de verschillende aspecten van de niet-opeisbare vordering als bedoeld in art. 4:13 BW biedt weinig aanleiding om te concluderen dat de aard van deze vordering wezenlijk verschilt van andere (niet-opeisbare) vorderingen. De vordering verdient dan ook doorgaans geen speciale behandeling.

De ratio van de wetgever achter de wettelijke verdeling is geweest de langstlevende echtgeno(o)te de vrije beschikking over de nalatenschap te geven, zodat zij onbelemmerd kan voortleven als voorheen en zo in haar verzorgingsbehoefte wordt voorzien. Treedt zij echter buiten dit kader, bijvoorbeeld doordat zij kinderen van de erflater ongelijk behandelt, dan wel anderszins rechtshandelingen verricht die van invloed zijn op de stand van haar vermogen, dan kan de verhaalspositie van de kinderen gevaar

lopen. Zijn er concrete aanwijzingen dat de langstlevende de kinderen wil benadelen en is dit gevaar reëel, dan kan een kind conservatoir beslag leggen om te voorkomen dat zijn vordering illusoir wordt.

De mate waarin de langstlevende in de praktijk geconfronteerd wordt met conservatoire beslagen zal mede afhangen van de wijze waarop de voorzieningenrechter hiermee omgaat. Perrick stelt terecht dat terughoudendheid is geboden. Een te ruime mogelijkheid conservatoir beslag te leggen is koren op de molen van advocaten die erfrecht als lucratief werkgebied hebben aangeboord en zich via websites inmiddels aanbieden als bevechters van niet-opeisbare aanspraken van kinderen jegens stiefouders. Deze mogelijkheid kan conflicten dus ook stimuleren, hetgeen met de wettelijke verdeling juist uitdrukkelijk niet is beoogd. Voorkomen dient te worden dat een praktijk ontstaat waarin de langstlevende echtgenoot regelmatig ten onrechte met conservatoir beslag wordt geconfronteerd. De voorzieningenrechter heeft hierbij een belangrijke verantwoordelijkheid. Hij dient al bij het verzoek tot het leggen van conservatoir beslag op zijn hoede te zijn, zodat het geven van verlof in dit soort gevallen alleen geschiedt onder zeer uitzonderlijke omstandigheden.

39. Overigens blijkt uit het hiervoor vermelde onderzoek van Meijsen en Jongbloed dat de belangenafweging in de praktijk wordt bemoeilijkt vanwege de beperkte informatievoorziening. De voorzieningenrechter gaat af op de informatie die de potentiële beslaglegger verstrekt; de beslagene wordt veelal niet gehoord (Meijsen & Jongbloed 2010, p. 43-44). De vraag is dan ook in hoeverre deze belangenafweging daadwerkelijk zal plaatsvinden. Vandaar dat wij menen dat het kind met behoorlijk bewijs moet komen om het beslag te rechtvaardigen.

40. Vgl. HR 20 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7729, NJ 2009/376 m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Ontvanger/De Jong q.q.*), r.o. 3.4.