

Over de cautio socini en de beperkte werking van een vaststellingsovereenkomst

In een beslissing van 23 oktober 2019 laat de Hoge Raad zien dat zowel een cautio socini als een vaststellingsovereenkomst in het erfrecht, afhankelijk van de concrete omstandigheden, slechts beperkte werking toekomt.

1. De feiten

Kort gezegd komen de feiten in casu neer op het volgende. Een vader (hierna te noemen: erflater), heeft twee zonen uit een eerste huwelijk. Erflater is in oktober 1986 hertrouwd met zijn tweede echtgenote. Uit dit huwelijk zijn geen kinderen geboren. Hoewel erflater aanvankelijk op huwelijkse voorwaarden was gehuwd met zijn tweede echtgenote zijn deze huwelijkse voorwaarden in 1994 opgeheven zodat er toen een wettelijke algehele gemeenschap van goederen tot stand kwam tussen erflater en zijn tweede echtgenote.

In 1997 is de vader van erflater (hierna ook te noemen: grootvader) overleden. In het testament van grootvader was een uitsluitingsclausule opgenomen op grond waarvan het forse door erflater geërfde vermogen niet tot de gemeenschap van goederen is gaan behoren waarin hij gehuwd was met zijn tweede echtgenote. Tot de nalatenschap van grootvader behoorde onder meer een familie-/vakantiehuis met een daarbij behorend perceel natuurgebied. Erflater is overleden op 10 mei 2018. Bij testament van 8 september 2017 (hierna te noemen: het testament) heeft erflater over zijn nalatenschap beschikt en is in genoemd testament onder meer zijn tweede echtgenote tot executeur benoemd, welke benoeming door haar is aanvaard. In het testament is de wettelijke verdeling van toepassing verklaard. Het testament bevat, voor zover hier nog van belang, de volgende passage:

Blijkens een aan dit testament te hechten kopie van een vaststellingsovereenkomst de dato drie en twintig februari tweeduizend zijn mijn echtgenote en ik gehuwd in algehele gemeenschap van goederen. Deze algehele gemeenschap van goederen omvat onder meer onze woning aan de [adres 1] te [plaats] (alsmede de daarop rustende hypothecaire schuld), de zich in onze woning bevindende

inboedelgoederen, alsmede onze woning aan de [adres 2] te [plaats] (inclusief inboedel). Ook onze bankrekeningen behoren tot gemelde algehele gemeenschap van goederen.

Het is mijn wens dat mijn erfgenamen dit respecteren. Indien een erfgenaam de samenstelling van de algehele gemeenschap van goederen zal trachten te betwisten via een gerechtelijke procedure dan wel via arbitrale uitspraak, mediation of op welke andere wijze dan ook dan zal deze erfgenaam niet meer erven dan de aan hem of haar toekomende legitieme portie. De reden hiervan is dat ik het van groot belang vind dat mijn echtgenote na mijn overlijden ongestoord kan voortleven en zich niet emotioneel, financieel of anderszins zorgen hoeft te maken over een en ander. In verband hiermee heb ik artikel 2 van mijn testament geformuleerd zoals hierna beschreven.

(...)

2.1 Ik benoem mijn kinderen en mijn echtgenote tot mijn erfgenamen, voor gelijke delen en bij aanwas, behoudens plaatsvervulling zoals dat geregeld is in de Nederlandse wet zoals die geldt ten tijde van mijn overlijden. (...)

2.2

Indien één van mijn erfgenamen de samenstelling van de algehele gemeenschap van goederen waarin ik ben gehuwd op de een of andere wijze betwist bepaal ik dat deze erfgenaam niet meer erft dan zijn of haar legitieme portie. Het dan vrijvallende gedeelte vermaak ik aan mijn echtgenote.

(...)

12.3

Gedurende haar beheer vertegenwoordigt zij [lees: de executeur, rb] bij de vervulling van haar taak de erfgenamen.

De in het testament genoemde vaststellingsovereenkomst van 23 februari 2000 (hierna: de vaststellingsovereenkomst), gesloten tussen erflater en zijn tweede echtgenote luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

De man heeft (...) een aanzienlijk vermogen verkregen krachtens schenking en/of erfrecht met toepassing van de uitsluitingsclausule (...), zodat een aanzienlijk deel van zijn vermogen niet tot de huwelijksgemeenschap behoort.

Aangezien tussen partijen en/of hun erfgenamen onzekerheid en mogelijk onenigheid zou kunnen ontstaan over de omvang en samenstelling van enerzijds het gemeenschappelijk vermogen en anderzijds de privé-vermogens van partijen wensen partijen door middel van deze akte vast te leggen dat de gemeenschap van goederen thans onder meer bestaat uit de volgende activa:

- a. het registergoed aan de [adres 3] te [plaats] (...)*
- b. het registergoed aan de [adres 2] te [plaats] (...)*
- c. het saldo op de rekening (...) bij de [naam bank] en de hieraan gekoppelde effectenportefeuille (...);*

zonder dat één van de partijen een vergoedingsvordering heeft op de gemeenschap wegens uit het privé-vermogen verstrekte gelden ter verwerving van bovengenoemde goederen.

(...)

Tenslotte verklaren partijen dat zij inmiddels het registergoed aan de [adres 1] te [plaats] hebben aangekocht ter vervanging van het pand [adres 3] . Voor zover nodig komen partijen overeen dat de rechten en plichten uit de bedoelde koopovereenkomst eveneens tot de huwelijksgoederengemeenschap behoren, zodat het pand [adres 1] na de eigendomsverkrijging tot de huwelijksgoederengemeenschap behoort, waartegenover de contraprestatie uit het gemeenschappelijk vermogen zal worden gefinancierd.

(...)

De langstlevende echtgenote heeft de nalatenschap van erflater zuiver aanvaard en de beide zonen hebben die beneficiair aanvaard. De langstlevende echtgenote heeft in haar hoedanigheid van executeur een notaris-partijadviseur ingeschakeld en hem verzocht haar te adviseren bij het in kaart brengen van de nalatenschap.

Eén van de zonen heeft na eerdere contacten met de notaris-partijadviseur de kantonrechter verzocht om een boedelbeschrijving in de zin van art. 672 Rv te bevelen. De langstlevende echtgenote, hierna ook wel te noemen: gedaagde sub

1, heeft daartegen verweer gevoerd en een tegenverzoek ingediend om de erfdelen van de twee zonen op grond van art. 4:15 BW vast te stellen conform de door haar in de procedure ingebrachte boedelbeschrijving van de notaris-partijadviseur. Voor zover hier van belang spitst de discussie zich vervolgens met name toe op de vraag of de cautio socini zoals verwoord in het testament sub 2.2 in casu jegens eiser in werking is getreden en wat de gevolgen zijn van de in het testament genoemde vaststellingsovereenkomst.

2. De beslissing van de rechtbank

De rechtbank Amsterdam besliste in casu – voor zover te dezen van belang – als volgt:

4.6.

Partijen twisten over de vraag of [eiser] , met de door hem ingestelde vorderingen en de daarop door hem gegeven toelichting, de in artikel 2.2 van het testament bedoelde sanctie heeft doen intreden en daarom slechts aanspraak kan maken op zijn legitieme portie.

4.7.

[gedaagde sub 1] stelt in dat verband dat uit de processtukken, met name de laatste door [eiser] genomen akte, blijkt dat zijn doel is de omvang van het privévermogen van erflater te vergroten, althans de nalatenschap door de gemeenschap van goederen te verkleinen. Dit doet hij onder meer door vergoedingsrechten op te voeren, waar geen sprake van kan zijn nu deze in de vaststellingsovereenkomst uitdrukkelijk zijn uitgesloten. De omvang van de nalatenschap en de gemeenschap van goederen blijkt uit het memorandum, met bijlagen, van [de notaris-partijadviseur].

(.....)

4.9.

Anders dan [gedaagde sub 1] meent brengt deze betwisting nog niet met zich dat de in artikel 2.2 van het testament bedoelde sanctie intreedt.

Vooropgesteld wordt dat een door een erflater in een uiterste wilsbeschikking gemaakte bepaling op grond van artikel 4:4 lid 1 BW nietig is voor zover deze de strekking heeft een erfgenaam te belemmeren in zijn vrijheid de bevoegdheden uit te oefenen die hem op grond van boek 4 BW met betrekking tot die nalatenschap toekomen. Daarnaast bepaalt artikel

4:45 BW dat een voorwaarde die in strijd is met de goede zeden, openbare orde of een dwingende wetsbepaling voor niet geschreven wordt gehouden. Naar het oordeel van de rechtbank mag de door erflater gestelde voorwaarde er dan ook niet toe leiden dat de in het testament van de vader van erflater opgenomen uitsluitingsclausule wordt omzeild. Volgens artikel 1:94 BW omvat de gemeenschap niet de goederen ten aanzien waarvan bij uiterste wilsbeschikking is bepaald dat zij buiten de gemeenschap vallen. Dit artikel strekt ertoe te bewerkstelligen dat de door de uitsluitingsclausule tot uitdrukking gebrachte wil van de erflater om de betrokken goederen aan één van de echtgenoten met uitsluiting van de andere echtgenoot ten goede te doen komen, niet wordt doorkruist door het huwelijksgoederenregime dat tussen de echtgenoten geldt of zal gelden. Het kan niet zo zijn dat (slechts) de tussen erflater en [gedaagde sub 1] in de vaststellingsovereenkomst gemaakte afspraken leidend zijn wat betreft de samenstelling van de huwelijksgemeenschap. Ook [gedaagde sub 1] lijkt dit overigens tot uitgangspunt te nemen, waar zij zich schaart achter de bevindingen van de notaris die bij zijn onderzoek is nagegaan of de uitsluitingsclausule van toepassing is op de in de vaststellingsovereenkomst en het testament genoemde goederen. [eiser] is dan ook gerechtigd om aan de orde te stellen of de volgens de vaststellingsovereenkomst en het testament tot de gemeenschap van goederen behorende activa, gelet op genoemde uitsluitingsclausule, in de gemeenschap van goederen vallen. Dat de notaris, die als adviseur van [gedaagde sub 1] is opgetreden en niet als boedelnotaris is te beschouwen, bij zijn onderzoek in verband met de boedelbeschrijving heeft bevestigd dat de in de vaststellingsovereenkomst genoemde activa tot de gemeenschap behoren maakt dat niet anders. Het staat [eiser] vrij om, gebruik makend van de hem toekomende erfrechtelijke bevoegdheden, op grond van artikel 672 Rv aan de kantonrechter te verzoeken een boedelbeschrijving te bevelen en inhoudelijk verweer te voeren tegen het door [gedaagde sub 1] op grond van artikel 4:15 BW ingediende verzoek.

3. Commentaar

In dit vonnis beslist de rechtbank Amsterdam twee belangrijke punten. Allereerst moet de rechtbank een beslissing nemen over de vraag of – onder meer – het feit dat eiser een verzoek heeft ingediend als bedoeld in art. 672 Rv bij de kantonrechter om een boedelbeschrijving te bevelen inzake de omvang en samenstelling van de ontbonden huwelijksgemeenschap die bestaan heeft tussen erflater en zijn tweede echtgenote alsmede de nalatenschap van erflater een gedraging oplevert die de cautio socini zoals neergelegd sub 2.2 van het testament in werking doet treden. De beslissing van de rechtbank op dit onderdeel ligt in lijn met de bestaande jurisprudentie van de Hoge Raad in deze. Ik verwijs in dit verband naar HR 20 nov 2015, ECLI:NL:HR:2015:3329, NJ 2016/168 waarin beslist werd dat een cautio socini in een testament weliswaar ook naar huidig erfrecht nog steeds een geldige bepaling is maar een erfgenaam niet kan belemmeren om een hem toekomende erfrechtelijke bevoegdheid – zoals in casu het vorderen van een boedelbeschrijving – uit te oefenen. Dit laatste is slechts anders in die gevallen waarin de erfgenaam zo een bevoegdheid uitoefent op een wijze die als misbruik van bevoegdheid (vergelijk art. 3:13 BW) moet worden aangemerkt. Van dit laatste blijkt in casu geen sprake te zijn.

De tweede beslissing van de rechtbank Amsterdam vraagt iets meer aandacht. Kort samengevat oordeelt de rechtbank dat een cautio socini zoals in 2.2 van dit testament opgenomen in samenhang met de verwijzing in dit testament naar een aangehechte vaststellingsovereenkomst waarin – kort gezegd - de omvang en samenstelling van de huwelijksgemeenschap die bestaan had tussen erflater en zijn tweede echtgenote wordt vastgesteld met bovendien de uitdrukkelijke wens dat de erfgenaam deze vaststellingsovereenkomst op straffe van een in legitieme stelling bij betwisting van die vaststellingsovereenkomst op grond van art. 4:45 BW een voorwaarde is die voor niet-geschreven moet worden gehouden. Volgens de rechtbank kunnen de hiervoor bedoelde bepalingen uit het testament van de erflater er namelijk niet toe leiden dat de – dwingendrechtelijke - uitsluitingsclausule die van toepassing is op de erfrechtelijke verkrijging door erflater van zijn vaders erfdeel zou worden doorkruist. De rechtbank voegt hier nog aan toe dat het niet zo kan zijn dat de tussen de erflater en diens tweede echtgenote opgestelde

vaststellingsovereenkomst leidend kan zijn wat betreft de omvang en samenstelling van de huwelijksgoederengemeenschap. Kortom, eiser heeft het recht om aan de orde te stellen de vraag of de volgens de vaststellingsovereenkomst en het testament tot de gemeenschap van goederen behorende activa inderdaad in die gemeenschap van goederen vallen gelet op de eerder door de vader van erflater gemaakte uitsluitingsclausule.

De kern van de problematiek is derhalve hoe vaststellingsovereenkomsten tussen echtgenoten – al of niet opgenomen in huwelijkse voorwaarden tussen hen – zich verhouden tot uitsluitingsclausules waaronder één van die betrokken echtgenoten al eerder bepaalde goederen geërfd dan wel geschonken heeft gekregen. Over deze problematiek is lang geleden al eens eerder door mij gepubliceerd in WPNR 2000/6419. Bekend mag worden verondersteld dat de Hoge Raad in zijn arrest van 21 november 1980, NJ 1981 193 heeft beslist dat echtgenoten in huwelijkse voorwaarden *niet* geldig kunnen overeenkomen dat bij het einde van het huwelijk door overlijden ook de waarde van onder uitsluitingsclausule verkregen goederen tussen hen zal worden verrekend, dan wel die goederen en de vruchten ervan in de gemeenschap zullen vallen. Deze opvatting – ook wel kort aangeduid met de zinsnede ‘de uitsluitingsclausule dwingt’ – is tegenwoordig zelfs in de wet neergelegd in art. 1:134 BW respectievelijk art. 1:94 lid 4 BW.

In dit geval rijst de vraag of men bij een vaststellingsovereenkomst sec, dat wil zeggen een vaststellingsovereenkomst die *niet* in huwelijkse voorwaarden is opgenomen, een uitsluitingsclausule als bedoeld in art. 1:94 lid 4 BW kan doorkruisen. Anders gesteld luidt de vraag: waar liggen de grenzen van de mogelijkheden van een vaststellingsovereenkomst? Hier is met name art. 7:902 BW relevant. Dit artikel luidt:

‘een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied is ook geldig als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of openbare orde’.

Op grond van dit artikel wordt in de rechtspraak wel eens ten onrechte verondersteld dat vaststellingsovereenkomsten in strijd mogen komen met dwingend recht. Dit is echter maar zeer ten dele het geval. Enerzijds is het begrip 'dwingend recht' in art. 7:902 BW ruimer dan het begrip dwingende wetsbepaling dat in art. 3:40 lid 2 BW vermeld wordt omdat het alle geschreven en ongeschreven regels van dwingende aard omvat. Anderzijds geeft art. 7:902 BW in het tweede deel van zijn formulering een uitdrukkelijke beperking aan in die zin dat een vaststellingsovereenkomst nooit in strijd mag komen met de goede zeden of openbare orde. Kortom, ook een vaststellingsovereenkomst moet voldoen aan art. 3:40 BW dat wil zeggen dat die *overeenkomst* nimmer in strijd mag komen met een dwingende wetsbepaling, de openbare orde en de goede zeden. Dit laatste laat onverlet dat de *vaststelling* waarover art. 7:902 BW spreekt en waarmee bedoeld wordt de concrete vaststelling van de rechtstoestand van de betrokken goederen waarover de vaststellingsovereenkomst gaat weliswaar in strijd mag komen met dwingend recht maar niet in strijd mag komen met de goede zeden of openbare orde.

Het valt te begrijpen als het de lezer niet aanstonds duidelijk is wat met dit laatste bedoeld wordt. Raadpleging van de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie maakt dan al snel duidelijk dat van een vaststelling die weliswaar in strijd komt met dwingend recht maar niet tevens met de openbare orde en goede zeden eigenlijk alleen sprake is indien er in redelijkheid verschil van mening kan bestaan over de uitleg of toepassing van die regels van dwingend recht en achteraf gezien de gegeven uitleg of toepassing van zo een regel onjuist blijkt te zijn (zie hierover TM, p. 1135; MvT, kamerstukken II 1982/83, 17779, nr. 3, p. 38 en HR 21 april 1995, LJN ZC1711, NJ 1997/570 (fysiotherapeutisch instituut Schmitz/Caspers)), alsmede Broekema-Engelen, T&C Burgerlijk Wetboek, art. 7:902 BW aant. 2 en 3. Anders gezegd wanneer partijen, al dan niet bewust, dwingend recht buiten toepassing laten of onjuist toepassen dan komt de vaststelling daarmee steeds in strijd met de openbare orde of goede zeden (TM, p. 1141/42 HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:19, NJ 2017/37 (Blue taxi/SFT)).

Wanneer wij het vorenstaande op de hier aan de orde zijnde casus toepassen dan leidt zulks ertoe dat indien op grond van de onderhavige

vaststellingsovereenkomst tussen erflater aan zijn tweede echtgenote werd vastgesteld dat bepaalde goederen tot de huwelijksgoederengemeenschap behoren terwijl duidelijk was dat die goederen door de uitsluitingsclausule die de vader van erflater in zijn testament had opgenomen tot het privévermogen van erflater behoorden (dit geldt ook indien goederen inmiddels met toepassing van de zaaksvervanging regel van art. 1:95 lid 2 BW zijn vervangen door andere goederen), dan is die vaststelling op grond van art. 7:902 BW (slot) jo art. 3:40 lid 1 BW als nietig te bestempelen. Kortom, de onderhavige beslissing van de rechtbank Amsterdam laat zien dat de reikwijdte en mogelijkheden van een vaststellingsovereenkomst in strijd met dwingend recht op grond van art. 7:902 BW slechts beperkte werking toekomt. Tevens maakt de beslissing van de rechtbank duidelijk dat uitsluitingsclausules niet alleen prevaleren boven de inhoud van afwijkende bepalingen van echtgenoten in huwelijkse voorwaarden maar dat ook vaststellingsovereenkomsten slechts in zeer beperkte mate de werking van een uitsluitingsclausule opzij kunnen zetten. Dat laatste is wel eens anders beweerd door C.A. Kraan in WPNR 2001/6432 in een discussie met ondergetekende.

Rb. Amsterdam 23 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7493.

W.G. Huijgen