

Samenlevings-erfrecht?
Waar een wil is, is een wet

Samenlevers-erfrecht? Waar een wil is, is een wet

Naar een aangepast erfrecht voor de ongehuwde
niet-geregistreerde samenlevingspartner

Preadvies voor de vergadering van de Christen
Juristen Vereniging op 23 mei 2014

Prof. mr. Freek Schols



Samenlevers-erfrecht?

Waar een wil is, is een wet

Naar een aangepast erfrecht voor de ongehuwde niet-geregistreerde samenlevingspartner

ISBN 978-94-6251-058-6

NUR 822

© Uitgeverij Paris bv, Zutphen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veelevoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting Pro (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Inhoudsopgave

1. 'Ongehuwd samenleven' allesbehalve ongebruikelijk / 7
2. De erfrechtelijke positie van de ongehuwde samenlevingspartner / 8
3. Wat is de stand van zaken? / 9
4. Intermezzo I: de socialezekerheidsrechtelijke positie ter zake des doods / 15
5. Rechtvaardigingsgronden voor verschillen? / 17
6. Belemmeringen voor gelijkstelling? / 20
- 6.1 Rechtszekerheid en werkbaarheid? / 20
- 6.2 Intermezzo II: Schotland / 22
- 6.3 Diversiteit in samenlevingsrelaties? / 27
- 6.4 De testamentenpraktijk anno 2013 / 27
- 6.4.1 Vooraf / 27
- 6.4.2 Gehuwden en samenlevingspartners zonder kinderen (tabel 1a en 1b) / 29
- 6.4.3 Gehuwden en samenlevingspartners met louter gezamenlijke kinderen (tabel 2a en 2b) / 30
- 6.4.4 Gehuwden en samenlevingspartners met (eveneens) niet-gemeenschappelijke kinderen (tabel 3a en 3b) / 32
- 6.4.5 Het verschilt, maar zeker niet wezenlijk / 34
7. Het denkraam / 34
8. Intermezzo III: Curaçao als blauwdruk? / 36
9. Een aantal eerste reacties op voorstel tot positieverbetering / 38
10. Tot besluit: de bouwstenen voor het nieuwe regime / 40

Jaarrede voorzitter: Toegang tot het recht / 43

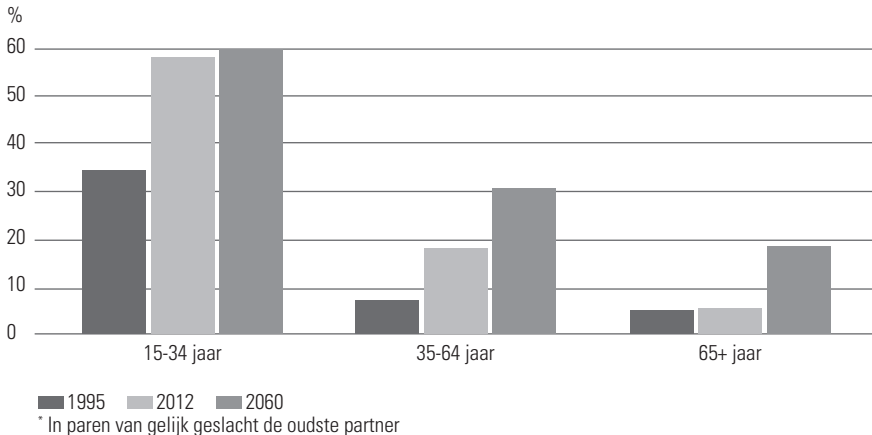
1. ‘Ongehuwd samenleven’ allesbehalve ongebruikelijk

‘Paren wonen steeds vaker niet-gehuwd samen. In 1980 betrof het nog maar 4 procent van alle paren. Inmiddels is 21 procent van de paren niet gehuwd. Aan het eind van de prognoseperiode zal naar verwachting 31 procent van de paren niet gehuwd zijn.

Jongere paren zijn momenteel vaker niet dan wel gehuwd (zie onderstaand figuur). Met het stijgen van de leeftijd is steeds vaker sprake van gehuwd samenwonen, maar het aandeel van de niet-gehuwde paren zal in alle leeftijdsgroepen wel verder blijven stijgen. Nu nog is niet-gehuwd samenwonen onder 65-plussers uitzonderlijk, maar in 2060 zal naar verwachting bijna een op de vijf oudere paren niet gehuwd zijn.’

Zo lees ik in de laatste CBS-huishoudensprognose (2013-2060).¹ Deze prognose wordt met het volgende figuur in beeld gebracht:

*Percentage paren dat niet gehuwd is, naar leeftijd van de man**



Al eerder bleek uit onderzoek van het CBS:²

‘Ongeveer de helft van alle Nederlanders woont samen met een partner. Van hen zijn vier op de vijf met die partner getrouwd en woont de rest ongetrouwd samen.’

1 C. van Duin, L. Stoeldraijer & F. Garssen, *Bevolkingstrends 2013, Huishoudensprognose 2013-2060: sterke toename oudere alleenstaanden*, CBS Den Haag/Heerlen 2013, p. 16.

2 J. Garssen, A. de Graaf & J. Apperloo (red.), *Relatie en gezin in het begin van de 21^e eeuw*, CBS Den Haag/Heerlen 2009, p. 15-22.

En:

‘In 2000 woonden 658 duizend paren niet-gehuwd samen; in 2008 waren het er al 800 duizend. Ongehuwd samenwonen lijkt steeds vaker een definitieve keuze. Van de oudste ongehuwde samenwoners is maar één op de zeven van plan om (alsnog) te trouwen. Van de iets jongere samenwoners, geboren tussen 1965 en 1975, is dat ruim een derde. Van de jongste samenwoners wil nog wel een meerderheid trouwen: ruim twee derde is van plan om in het huwelijksbootje te stappen. Ongehuwde samenwoners die niet willen trouwen, noemen als belangrijkste reden dat het huwelijk niets aan hun relatie toevoegt. Ongeacht hun leeftijd is twee derde van de mannen deze opvatting toegedaan. Onder jonge vrouwen is dit aandeel kleiner dan onder oudere vrouwen. Jonge vrouwen noemen verder als belangrijke reden dat hun partner niet wil trouwen. Van de ongehuwde samenwoners kiest het merendeel voor een samenlevingscontract. Oudere ongehuwde samenwoners hebben of willen vaker een contract dan jongeren: van de ongehuwde samenwoners van 53 tot 63 jaar heeft of wil 84 procent er een, tegen 66 procent van de jongste samenwoners. Bijna een kwart van de jongeren heeft geen samenlevingscontract en wil dit ook in de toekomst niet afsluiten. Van de oudste ongehuwde samenwoners wenst maar een op de tien geen samenlevingscontract.’

Het ongehuwd en niet- geregistreerd samenleven is, zo kan veilig geconcludeerd worden, alles behalve ongebruikelijk. We gaan van ‘één op de vijf’ naar ‘één op de drie’ stellen die niet meer in een huwelijk of een geregistreerd partnerschap stapt. Sommigen regelen blijkbaar niets, en willen dit ook niet. Anderen zijn voornemens om iets te regelen, maar of ze het daadwerkelijk doen, is de vraag.³ Het ongehuwd samenleven vraagt, meer dan ooit, de aandacht van de wetgever op diverse terreinen, waaronder ook het erfrecht.

2. De erfrechtelijke positie van de ongehuwde samenlevingspartner

In dit preadvies is er aandacht voor de erfrechtelijke positie van de ‘informeel gehuwden’:⁴ de niet-gehuwde en niet in een partnerschap geregistreerde samenlevers, hierna door mij te noemen de samenlevingspartner in een samenlevingsrelatie. De vraag is of het per 1 januari 2003 ingevoerde erfrecht (Boek 4 Burgerlijk Wetboek) in voldoende mate rekening houdt met deze samenlevingsrelatie. Het is niet de eerste keer dat ik aandacht heb voor dit vraagstuk.

3 In het rapport *Koude uitsluiting* van het Nederlands Instituut for Law and Governance (M.V. Antokolskaia, B. Breederveld, J.E. Hulst, W.D. Kolkman, F.R. Salomons en L.C.A. Verstappen), november 2010, p. 16 lees ik dat ruim de helft van alle ongehuwde paren de vermogensrechtelijke gevolgen door middel van een notarieel verleden samenlevingscontract regelt. Ook beroemdheden lijken wel eens wat te vergeten. Zie T.J. Mellema-Kranenburg, ‘De erfenis van Stieg Larsson: een projectie naar het Nederlandse erfrecht’, *Tijdschrift Erfrecht* 2009, afl. 6.

4 Zie hierover C. Forder, *Het informele huwelijk: de verbondenheid tussen mens, goed en schuld*, Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar European family law aan de Universiteit van Maastricht, 2000.

Door mijn deelname aan het onderzoeksproject van Forder en Verbeke met de titel *Gehuwd of niet: maakt het iets uit*⁵, ben ik gegrepen door dit onderwerp. Mijn bijdrage betrof destijds de beschrijving van het erfrecht in Nederland voor samenlevingsrelaties. Heel voorzichtig deed ik een suggestie op het terrein van het nooderrecht, waarover hierna meer. Met voortschrijdend inzicht keek ik regelmatig opnieuw⁶ naar de problematiek, maar steeds geïnspireerd door Forder en Verbeke:

‘Naar ons aanvoelen is de ganse problematiek samen te ballen rond de keuze voor woorden of voor daden. Finaal ligt ook hier, zoals telkenmale in het recht, een politieke en maatschappelijke keuze voor. Wil je vasthouden aan de woorden, de termen, de juridische zekerheid, instituten en starre normen, of wil je uit je tunnelvisie treden, de paardenbril afgooien en ook rekening houden met de daden, de feiten, de realiteit, de dagelijkse concrete handelingen.’⁷

Hun werk dient dan ook als fundament voor het denken in het algemeen over de rechtsgevolgen die gekoppeld (zouden) moeten worden aan de samenlevingsrelatie. Ere wie ere toekomt. In het onderhavige stuk wordt, zoals gezegd, gefocust op de erfrechtelijke positie van de samenlevingspartner.

De vraag is of het per 1 januari 2003 ingevoerde erfrecht (Boek 4 Burgerlijk Wetboek) in voldoende mate rekening houdt met deze samenlevingsrelatie, beantwoordde ik onlangs nog ontkennend. Ik deed inmiddels in algemene bevoordingen een voorstel voor aanpassing van de erfrechtelijke positie van de samenlevingspartner.⁸ Ik zal laten zien wat mij bewogen heeft om tot een voorstel te komen, om tot slot de bouwstenen aan te reiken voor een nieuw regime.

3. Wat is de stand van zaken?

Ons erfrecht stamt uit 2003. In die zin is het nog vers van de pers. Het huidige erfrecht verschilt enorm van ons oude erfrecht uit 1838. Het verschil is met name gelegen in het feit dat de legitieme gedenatureerd is tot een geldaanspraak, als gevolg waarvan de testeervrijheid fors is toegenomen en testamentaire figuren als testamentaire lasten, voorwaardelijke makingen, executele en

5 C. Forder & A.L.G.P. Verbeke, *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Antwerpen/Groningen: Intersentia Uitgevers 2005, p. 315 e.v.

6 Zie mijn bijdrage ‘Theano vs. Hinrichsen’, Family Act Scotland 2006, de moderne eilanden en de samenlevingspartner in het Nederlandse erfrecht’, *FJR* 2007, afl. 11, ‘Erfrechtelijk chillen op de Antillen. Belangrijke erfrechtelijke vernieuwingen op de Nederlandse Antillen en Aruba; leersaam voor Nederland’, *WPNR* 2007/6717, ‘(Ex-)partners en postmortale solidariteit: Een korte beschouwing over het “erfrechtelijke alimentatierecht” en de postmortale solidariteit voor samenlevers’, *WPNR* 2013/6972, alsmede de reeks op www.overleven.nl: ‘Erfrecht voor samenlevers’, de Taxence-blog van 21 augustus 2013: ‘Erfrechtelijke noodvoorziening voor samenlever in het wild: een voorstel’ (www.taxence.nl/erfrechtelijke-noodvoorziening-voor-samenlever-in-58617-lynkx). Zie ook *Notariaat Magazine*, oktober 2013 naar aanleiding van de Taxence-blog en ‘10 jaar nieuw erfrecht maar niet voor informele samenlevingspartners’, *Tijdschrift Erfrecht* 2013, afl. 6.

7 C. Forder & A.L.G.P. Verbeke, *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Antwerpen/Groningen: Intersentia Uitgevers 2005, p. 490.

8 In de in noot 6 genoemde bijdragen.

bewind uit de verf komen. Een ander belangrijk punt betreft vanzelfsprekend de positie van de langstlevende echtgenoot die zowel in het versterferrecht als in het testamentaire erfrecht sterk verbeterd is. De langstlevende zit in beginsel op erfrechtelijke rozen. In het kielzog van de langstlevende echtgenoot heeft ook de samenlevingspartner een flinke stap gezet in 2003, waarover hierna meer. De vraag is evenwel of deze stap groot genoeg is geweest, gelet op de in paragraaf 1 geschetste ontwikkeling en indachtig het feit dat een grote groep samenlevingspartners niets lijkt te regelen op het onderhavige terrein. Om een goed beeld te krijgen van de erfrechtelijke positie van de samenlevingspartner is het goed drie erfrechtelijke onderdelen te onderscheiden, te weten:

- het versterferrecht;
- het testamentaire erfrecht met de wettelijke beperking (de legitieme);
- het nooderrecht.

Op deze drie onderdelen dient bezien te worden wat de positie van de langstlevende echtgenoot is. Staat ons de positie van de langstlevende echtgenoot goed voor ogen, dan hebben we een ijkpunt om te meten hoe het met de positie van de samenlevingspartner is gesteld.

Versterferrecht

Het versterferrecht omvat de regels van erfopvolging die van toepassing zijn indien (en voor zover) door de erflater niet beschikt is over de nalatenschap. Kenmerkend voor ons versterferrecht is dat het van rechtswege werkt. Het kent een automatisme. De aanspraken die worden toegekend zijn forfaitair (zie art. 4:11 BW). Dat het versterferrecht van regeland recht is, spreekt voor zich. Art. 4:10 lid 1 BW bepaalt het volgende:

- ‘De wet roept tot een nalatenschap als erfgenamen uit eigen hoofde achtereenvolgens:
- a. de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot van de erflater tezamen met diens kinderen;
 - b. de ouders van de erflater tezamen met diens broers en zusters;
 - c. de grootouders van de erflater;
 - d. de overgrootouders van de erflater.’

Terzijde, maar niet onbelangrijk voor mijn betoog, wijs ik op het feit dat erfgenamen – ongeacht of dat nu versterferfgenamen of testamentaire erfgenamen zijn – de erflater opvolgen onder algemene titel (art. 3:80, art. 4:182 BW). De dode reikt in die zin de levende de hand, ook in goederenrechtelijke zin.

Art. 4:8 BW bepaalt dat daar waar gesproken wordt over echtgenoot tevens gelezen kan worden de geregistreerde partner. Gehuwden, voor zover niet gescheiden van tafel en bed, en geregistreerde partners treden derhalve automatisch op als versterferfgenaam. Dit is een van de verworvenheden van het huwelijk en het geregistreerde partnerschap. De wetgever heeft voor gehuwden en geregistreerde partners overigens nog meer in petto dan een plek in de

versterfopvolging. Bij gebreke van andersluidende uiterste wilsbeschikkingen verdeelt de wetgever immers daarenboven nog de nalatenschap ten faveure van de langstlevende, indien kinderen als mede-erfgenamen optreden (art. 4:13 e.v. BW). De langstlevende krijgt van rechtswege de goederen van de nalatenschap onder de verplichting de schulden van de nalatenschap voor zijn rekening te nemen. Een kind verkrijgt als erfgenaam van rechtswege slechts een – in beginsel – niet-opeisbare geldvordering op de langstlevende. De niet-opeisbaarheid is niet gekoppeld aan het bestaan van enigerlei mate van verzorgingsbehoefte. Een riante positie derhalve voor gehuwden en geregistreerde partners.⁹ En hoe zit het met de positie van de samenlevingspartner in het versterferfrecht? Deze is minder florissant aangezien de samenlevingspartner in het huidige erfrecht geen plek heeft in het versterferfrecht. In art. 4:10 BW komen, zoals gezien, slechts 'formele partners' voor.

Het testamentaire erfrecht

Wil een aspirant-erflater het niet laten aankomen op de versterferfrechtelijke regels dan dient hij het heft in eigen hand te nemen en een uiterste wil te maken. Hoewel wij in Nederland een gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen hebben (art. 4:42 lid 1 BW), beperkt dat de testateur niet bij de verwezenlijking van zijn erfrechtelijke wensen. Met onder meer (voorwaardelijke) erfstellingen, (voorwaardelijke) legaten, (voorwaardelijke) testamentaire lasten, executele en bewind heeft de testateur een rijk gekleurd palet om zijn uiterste wil in te kleuren. Dit geldt niet alleen voor gehuwden die testeren. Ook de samenlevingspartner heeft deze ruimte. Beiden kunnen, bijvoorbeeld, de 'erfrechtelijke liefdesverklaring' afleggen, te weten het benoemen van de langstlevende echtgenoot of langstlevende samenlevingspartner tot enig erfgenaam. De vraag die vervolgens wel opkomt is hoe het dan zit met de belangrijkste beperking in de testeervrijheid die ons erfrecht kent, te weten de legitieme. De legitieme is de dwingendrechtelijke aanspraak van de (klein)kinderen van erflater die hij niet opzij kan zetten door middel van een uiterste wil. De legitieme kenmerkt zich niet alleen door het feit dat sprake is van dwingend recht maar ook door het forfaitaire karakter. Er wordt derhalve, in beginsel, niet gekeken naar de omstandigheden van het geval. Omdat de Nederlandse legitieme een wilsrecht is, dient deze te worden ingeroepen door de legitimaris. Een legitimaris is echter niet verplicht om een beroep op de legitieme te doen. Hij kan ook berusten in de uiterste wil van zijn vader of moeder. De legitimaris kan niet alleen in verweer komen tegen testamentaire ingrepen van de erflater, maar ook tegen door de erflater gedane giften (art. 4:63 BW).

Naar huidig recht is de legitieme slechts een geldaanspraak, die een schuld van de nalatenschap vormt (art. 4:7 BW en art. 4:63 BW). De legitimaris heeft sinds 2003 geen recht meer op goederen van de nalatenschap. Bovendien is een legitimaris, anders dan onder het oude erfrecht, als zodanig geen erfgenaam. Een onterving voorkomt derhalve dat het kind, legitimaris, als erfgenaam zeggenschap heeft bij onder meer de verdeling van de nalatenschap. Benoemt de ene partner de andere partner tot enig erfgenaam dan is aan die benoeming als

⁹ Ik zal de geregistreerde partner en het geregistreerde partnerschap hierna niet meer afzonderlijk noemen.

zodanig door de legitimaris, het kind, niets meer te doen. Het onterfde kind kan slechts zijn legitieme claimen. De geldvordering is, in beginsel, opeisbaar na zes maanden na het overlijden van erflater (art. 4:81 lid 1 BW). Echter, wij kennen een voor de testamentenpraktijk zeer belangrijke bepaling, te weten de niet-opeisbaarheidsclausule van art. 4:82 BW. Indien erflater dit wenst kan hij ten behoeve van zijn echtgenoot/'andere levensgezel' bepalen dat de vordering van de legitimaris pas opeisbaar is bij het overlijden van de langstlevende. Deze niet-opeisbaarheidsclausule houdt ook stand indien de langstlevende in het geheel niet verzorgingsbehoefstig is. De langstlevende/enig erfgenaam heeft en houdt de volledige beschikkingsmacht over de nalatenschap. Bij het overlijden van de langstlevende geldt in beginsel dat indien de nalatenschap geen verhaal meer biedt, bijvoorbeeld omdat het gehele vermogen nodig was voor de verzorging, maar ook indien de langstlevende het ervan genomen heeft, de legitimarissen achter het net vissen. De niet-opeisbaarheidsclausule van art. 4:82 BW wordt in de praktijk soms 'direct' ingezet in die zin dat de kinderen onterfd worden en waarbij tevens bepaald wordt dat na het inroepen daarvan, de legitieme (vooralsnog) niet opeisbaar is. Regelmatig wordt de clausule ook 'indirect', dat wil zeggen als stok achter de deur, ingezet. De kinderen zijn 'gewoon' erfgenaam, maar wel onder de condities die de erflater wenst. Zijn zij ontevreden met hun verkrijging, dan kunnen zij deze verwerpen en inruilen voor de legitieme, zij het dat die geldvordering dan (vooralsnog) niet opeisbaar is.

Hoe dit ook zij, art. 4:82 BW kan niet alleen ten behoeve van de gehuwde partner maar ook ten behoeve van 'de andere levensgezel' worden ingezet, hetgeen de samenlevingspartner in het testamentaire erfrecht veel ruimte geeft. Onder 'andere levensgezel' moet worden verstaan een persoon met wie men een huwelijk of een geregistreerd partnerschap zou kunnen aangaan. Broers en zusters kwalificeren derhalve niet:

'Dit begrip levensgezel impliceert als zodanig een – ook voor het huwelijk kenmerkende – duurzame lotsverbondenheid tussen twee personen, waaronder in dit verband niet de band wordt begrepen met een broer, zuster, of andere naaste verwant van de erflater.'¹⁰

Wil de niet-opeisbaarheidsclausule met vrucht ingezet kunnen worden dan moeten de samenlevingspartners een gemeenschappelijke huishouding voeren en een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst zijn aangegaan. De toepassing van art. 4:82 BW heeft immers verstrekkende gevolgen voor de positie van legitimarissen.

'Het begrip levensgezel ontbeert echter de scherpte die nodig is voor de toepassing van het erfrecht met zijn financiële gevolgen voor de verschillende bij een nalatenschap betrokken personen. Daarom is met het oog op de rechtszekerheid de eis gesteld van een gemeenschappelijke huishouding en een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst.'¹¹

10 Nota van Wijziging, 17141, 26, p. 19.

11 Nota van Wijziging, 17141, 26, p. 19.

Aan de inhoud van het notariële samenlevingscontract worden door de wetgever geen nadere eisen gesteld. Het contract mag vanzelfsprekend geen wassen neus zijn en dient dan ook van enige lotsverbondenheid te getuigen, waarbij een regeling omtrent de kosten van de huishouding – waarbij de een (uiteindelijk) voor een groter deel van de kosten van huishouding op kan draaien dan de ander – de ondergrens vormt. De hiervoor aangehaalde passage betreffende de lotsverbondenheid wijst deze kant op. Ook zou kunnen worden aangesloten bij het begrip ‘wederzijdse zorgverplichting’ uit art. 1a Successiewet 1956. Een afspraak betreffende alimentatie bij het einde van de relatie is niet vereist. Op alimentatieverplichtingen tussen samenlevingspartners kom ik hierna in paragraaf 6 terug.

Het voeren van een gemeenschappelijke huishouding vormt een materieel vereiste. Laat ik mij inspireren door de Successiewet 1956, nu een uitvoerige erfrechtelijke toelichting ontbreekt, dan is het hebben van een gemeenschappelijk hoofdverblijf, of een situatie die dicht daarbij in de buurt komt, van belang.¹² De LAT-relatie zal derhalve in de regel niet voldoen. Ik verwijs in dit kader ook naar hetgeen wordt opgemerkt in het sociaalzekerheidsrechtelijke intermezzo in paragraaf 4.

Alles op het testamentaire vlak overziende, is mijn conclusie dat er in Nederland sprake is van een ‘testamentair Walhalla’. Samenlevingspartners die begaan zijn met de erfrechtelijke positie van de langstlevende partner kunnen sinds 2003 in Nederland hun hart ophalen. De vrijheid om in een testament je eigen voorkeuren vast te leggen is groot. Zelfs de ‘erfrechtelijke liefdesverklaring’, het benoemen van de langstlevende samenlevingspartner tot enig erfgenaam, is, zoals gezien, bestand tegen erfrechtelijke aanspraken van kinderen. Als de partners bij de notaris een samenlevingscontract hebben gemaakt, een gemeenschappelijke huishouding voeren en een testament maken, kunnen de kinderen in de erfrechtelijke wachtkamer worden gezet zolang de langstlevende partner leeft. Toch geldt er geen algehele gelijkshakeling tussen gehuwden en ongehuwden en kent het voeren van de huwelijkse staat nog een kleine bonus op het testamentaire vlak.

- Door het huwelijk wordt de legitieme van het kind verkleind omdat de langstlevende een erfdeel is toegekend (art. 4:64 BW). Stel erflater A heeft een vriendin B en een kind C. De legitieme van C is groot $\frac{1}{2} \times 1 = \frac{1}{2}$. Zou A in het huwelijk treden met B dan is de legitieme van C $\frac{1}{2} \times \frac{1}{2} = \frac{1}{4}$.¹³
- Art. 4:8 BW definieert het ‘stiefkind’ als een kind van een echtgenoot of een geregistreerde partner van de erflater, van welk kind de erflater niet zelf ouder is. De definitie is met name van belang omdat art. 4:91 BW, per saldo, de mogelijkheid biedt eigen kinderen en stiefkinderen gelijk te stellen, zonder dat de eigen kinderen met een beroep op de legitieme deze gelijkstelling kunnen doorkruisen. Kinderen van een samenlevingspartner zijn geen stiefkinderen in deze zin, hetgeen de mogelijkheid beperkt. Saillant detail

12 Zie I.J.F.A. van Vijfeijken, *Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2010, p. 902. Voor echtgenoten en geregistreerde partners bestaat geen verplichting om samen te wonen. Het voeren van een gemeenschappelijke huishouding impliceert dit wel.

13 Echtgenoten kunnen overigens ook, door middel van de huwelijksvermogensrechtelijke boedelmenging (art. 1:93 BW), de legitimaire massa verkleinen. Dit is de rekenmassa ter bepaling van de daadwerkelijke omvang van de legitieme (art. 4:65 BW). Ik laat deze materie thans rusten.

is dat thans deze 'samenlevers-stiefkinderen' sinds 1 januari 2010 wel voor de Successiewet 1956 als eigen kind worden aangemerkt, net als 'echte' stiefkinderen.¹⁴

Op de vraag of deze bonus te rechtvaardigen is, kom ik later terug. Eerst aandacht voor het nooderfrecht.

Het nooderfrecht

Ons erfrecht kent de zogenaamde 'andere wettelijke' rechten zoals opgenomen in titel 3, afdeling 2 van Boek 4 BW. Deze andere wettelijke rechten kenmerken zich op de eerste plaats door het feit dat zij van dwingend recht zijn (art. 4:41 BW). In deze zin zijn de andere wettelijke rechten vergelijkbaar met de legitieme portie. Anders dan bij de legitieme ontbreekt het forfaitaire karakter. Het betreft op maat gesneden aanspraken en het is de rechter die uiteindelijk vaststelt of en welke aanspraak er is. Deze rechten mogen als 'nooderfrecht' betiteld worden, omdat het wapens zijn waarmee in geval van nood de door het erfrecht ontstane situatie bestreden kan worden.

De rechter grijpt in op verzoek; de aanspraken uit het noodrecht zijn er niet automatisch maar er moet een beroep op worden gedaan. Met de andere wettelijke rechten kunnen bepaalde personen in het geweer komen tegen uiterste wilsbeschikkingen en giften. Maar de andere wettelijke rechten kunnen ook werken indien in het geheel niet beschikt is over de nalatenschap of er niet geschonken is. Denk, bijvoorbeeld, aan de vergeten bedrijfsopvolger van art. 4:38 BW. Hier ontwaren wij een element dat het versterferrecht kenmerkt, te weten dat het versterferrecht werkt voor zover er niet beschikt is. Ik focus thans op de andere wettelijke rechten die er zijn voor de 'vergeten echtgenoot'. Het eerste recht voor de langstlevende echtgenoot vormt het zogenaamde recht op 'voortgezette bewoning en voortgezet gebruik inboedel' van art. 4:28 BW. Het betreft een zeer bescheiden aanspraak. Indien de woning die de echtgenoot van de erflater bij diens overlijden bewoont, behoort tot de nalatenschap of de ontbonden huwelijksgemeenschap, of de erflater, anders dan krachtens huur, ten gebuike toekwam, is de echtgenoot jegens de erfgenamen bevoegd tot voortzetting van de bewoning gedurende een termijn van zes maanden onder gelijke voorwaarden als tevoren. Hetzelfde geldt voor de voortzetting van het gebruik van de inboedel. Het tweede recht staat bekend als het 'vruchtgebruik op woning en inboedel' en is neergelegd in art. 4:29 BW. Dit recht komt de echtgenoot toe die niet of niet enig rechthebbende is op de tot de nalatenschap van de erflater behorende woning. De erfgenamen zijn daarenboven onder omstandigheden verplicht tot medewerking aan de vestiging ten behoeve van de echtgenoot van de erflater van een vruchtgebruik op andere goederen van de nalatenschap dan bedoelde woning en inboedel. Dit betreft het derde recht in deze reeks rechten voor de langstlevende echtgenoot (art. 4:30 BW).

Voor de rechten van art. 4:29 BW en art. 4:30 BW is vereist dat er een verzorgingsbehoefte bij de langstlevende bestaat.

¹⁴ Het fiscale erfrecht geeft meer ruimte dan het civiele erfrecht. Hoewel synchronisatie op dit punt gewenst is, ga ik hier nu niet nader op in.

Vist de samenlevingspartner hier, net als op het niveau van het versterferrecht, achter het net? De goede lezer ziet in het tweede lid van art. 4:28 BW het volgende staan:

‘Jegens de erfgenamen en de echtgenoot van de erflater hebben degenen die tot diens overlijden met hem een duurzame gemeenschappelijke huishouding hadden, overeenkomstige bevoegdheden met betrekking tot het gebruik van de woning en de inboedel die tot de nalatenschap of de ontbonden huwelijksgemeenschap behoren.’

Het eerste andere wettelijke recht kan dan ook een rol spelen in geval van een samenlevingsrelatie en hiermee heeft de langstlevende samenlevingspartner een plek in het hedendaagse nooderrecht. Deze plek is zeer bescheiden. Immers, om het nog maar eens te benadrukken, het betreft slechts een woonrecht voor zes maanden.

Opvallend is dat hier niet als in art. 4:82 BW wordt gesproken van de ‘andere levensgezel’ en dat voor het onderhavige artikel de gemeenschappelijke huishouding kennelijk duurzaam moet zijn. Lotsverbondenheid is niet vereist en de regeling geldt ook voor familieleden als broers en zusters. Objectieve factoren bepalen de duurzaamheid.¹⁵ Met art. 4:28 lid 2 BW is aangesloten bij art. 7:268 lid 2 BW waar de positie is geregeld van de ‘samenwonende huurder’ die niet de titel ‘medehuuder’ heeft.

Recapitulerend kan over de stand van zaken betreffende de positie van de langstlevende samenlevingspartner gezegd worden dat het hem of haar testamentair nauwelijks aan iets ontbreekt. In versterferrechtelijk opzicht speelt de samenlevingspartner daarentegen geen enkele rol, terwijl op het terrein van het nooderrecht slechts een zeer bescheiden aanspraak bestaat. Wel is het van belang te constateren dat de samenlevingspartner op het vlak van het nooderrecht nu al in het systeem is opgenomen. Ik kom hier onder meer in paragraaf 6 op terug.

4. Intermezzo I: de socialezekerheidsrechtelijke positie ter zake des doods

Een blik op de socialezekerheidswetgeving leert dat er ook aanspraken bestaan bij het overlijden van een partner. Ik doel dan op de Algemene nabestaandenwet, een inkomensvoorziening (risicoverzekering) voor de nabestaanden van de overledene, waarbij niet alleen de kinderen maar ook de partner als nabestaande, en derhalve per saldo als de ‘verkrijger’ kan gelden.¹⁶ Onder omstandigheden, die ik thans laat rusten, heeft de partner recht op een uitkering. Het zal niet verbazen dat bij mij in het kader van het onderhavige onderzoek de vraag opkomt wie

¹⁵ Zie Van der Hoek, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 7:267 BW, aant. 3.

¹⁶ Ik put in dit kader dankbaar uit S. Klosse, *Socialezekerheidsrecht*, 11^e druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 357 e.v. en G.J. Vonk & I.A.M. van Boetzelaer-Gulyas, *Hoofdzaken socialezekerheidsrecht*, 7^e druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 145 e.v. Op de ex-partner ga ik thans niet in. Zie hiervoor mijn bijdrage ‘(Ex-)partners en postmortale solidariteit: Een korte beschouwing over het “erfrechtelijke alimentatierecht” en de postmortale solidariteit voor samenlevers’, *WPNR* 2013/6972.

als partner te boek staat. Art. 3 Algemene nabestaandenwet leert het volgende:

- ‘1. In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt gelijkgesteld met:
- a. echtgenoot: geregistreerde partner;
 - b. huwelijk: geregistreerd partnerschap;
 - c. gehuwd: als partner geregistreerd;
 - d. de huwelijkssluiting: het aangaan van het geregistreerd partnerschap;
 - e. in het huwelijk tredt: een geregistreerd partnerschap aangaat.
2. In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt als gehuwd of als echtgenoot mede aangemerkt de ongehuwde meerderjarige die met een andere ongehuwde meerderjarige een gezamenlijke huishouding voert, tenzij het betreft een bloedverwant in de eerste graad. Voor de toepassing van de eerste volzin wordt mede als ongehuwd aangemerkt degene die duurzaam gescheiden leeft van de persoon met wie hij gehuwd is.
3. Van een gezamenlijke huishouding is sprake indien twee personen hun hoofdverblijf in dezelfde woning hebben en zij blijk geven zorg te dragen voor elkaar door middel van het leveren van een bijdrage in de kosten van de huishouding dan wel anderszins.
4. Een gezamenlijke huishouding wordt in ieder geval aanwezig geacht, indien de betrokkenen hun hoofdverblijf hebben in dezelfde woning en:
- a. zij met elkaar gehuwd zijn geweest of eerder voor de toepassing van deze wet daarmee gelijk zijn gesteld;
 - b. uit hun relatie een kind is geboren of erkenning heeft plaatsgevonden van een kind van de een door de ander;
 - c. zij zich wederzijds verplicht hebben tot een bijdrage aan de huishouding krachtens een geldend samenlevingscontract; of
 - d. zij op grond van een registratie worden aangemerkt als een gezamenlijke huishouding die naar aard en strekking overeenkomt met de gezamenlijke huishouding bedoeld in het derde lid.
5. Bij algemene maatregel van bestuur wordt vastgesteld welke registraties, en gedurende welk tijdvak, in aanmerking worden genomen voor de toepassing van het vierde lid, onderdeel d.
6. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld ten aanzien van hetgeen wordt verstaan onder het blijk geven zorg te dragen voor een ander, als bedoeld in het derde lid.’

Degene die dit artikel door een erfrechtelijke bril leest, herkent in lid 1 hetgeen voor het erfrecht in art. 4:8 BW is bepaald, te weten de gelijkstelling van het huwelijk met het geregistreerde partnerschap. Maar er is meer. Ook voor de informele partner is er plek. Ik verwijs naar lid 2, waarbij aangesloten wordt bij het voeren van een gemeenschappelijke huishouding. In de leden 3 en 4 wordt een en ander nader uitgewerkt. Het vereist geen overdreven hersengymnastiek om de gelijkenis te zien met de ‘andere levensgezel’ van art. 4:82 BW. Ook daar staat het voeren van een gemeenschappelijke huishouding centraal. Voor het zijn van partner in de zin van de Algemene nabestaandenwet is het hebben van

een samenlevingscontract – laat staan een notarieel contract – geen must. Het hebben van een samenlevingscontract vormt slechts een aanwijzing voor het vaststellen van een gezamenlijke huishouding.

Dit leidt tot de conclusie dat voor de Algemene nabestaandenwet de niet-gehuwde en niet in een partnerschap geregistreerde langstlevende samenlevingspartner een positie heeft die vergelijkbaar is aan die van de echtgenoot, zelfs als er niet aan formaliteiten, zoals het hebben van een (notariële) samenlevingsovereenkomst, wordt voldaan. De Algemene nabestaandenwet gaat daarmee veel verder dan het erfrecht. Doet dat niet vreemd aan? Is er per saldo niet sprake van vergelijkbare grootheden, in de zin van twee wettelijke en bij overlijden werkende regelingen?

Het partnerbegrip in de Algemene nabestaandenwet is faciliterend en niet 'ontnemend of beperkend' zoals, bijvoorbeeld, in de AOW. Met het partnerbegrip worden de verkrijgers bepaald. Er is sprake van een verkrijger ter zake des doods, waarmee de brug naar het erfrecht is geslagen. Met een beetje fantasie kan van quasi-erfrecht worden gesproken. Dat voor de Algemene nabestaandenwet het aantal gerechtigden dat daadwerkelijk een nabestaandenuitkering zal genieten beperkt is en ook de omvang van de 'verkrijging' niet voor iedereen tot de verbeelding zal spreken, doet mijns inziens niets af aan de relevantie van de Algemene nabestaandenwet voor het denken over een betere erfrechtelijke positie voor de langstlevende samenlevingspartner. Ik kan niet ontkennen dat een en ander bij mij gewicht in de schaal legt ten faveure van een versterkte erfrechtelijke positie voor de langstlevende samenlevingspartner.

Wat betreft de kwalificatie van deze quasi-erfrechtelijke aanspraak in het licht van de in paragraaf 3 besproken erfrechtelijke onderdelen, te weten versterf-, testamentair- en nooderfrecht, geldt dat het etiket 'nooderfrecht' het best op de 'Anw-aanspraken' past. Dit gelet op de voorwaarden die voor het verkrijgen van een nabestaandenuitkering worden gesteld, alsmede gelet op de voorwaarden die voor de vaststelling van de omvang van de verkrijging gelden, waaronder te begrijpen de 'inkomenstoets' (art. 14 e.v. Algemene nabestaandenwet). Voor het nooderfrecht van art. 4:29 BW en art. 4:30 BW geldt immers, zoals eerder opgemerkt, dat er sprake moet zijn van een verzorgingsbehoefte bij de langstlevende en de uitkering moet worden aangevraagd, zij het dat in de Algemene nabestaandenwet er wel vanzelfsprekend sprake is van een forfaitair karakter en een vermogenstoets ontbreekt.

5. Rechtvaardigingsgronden voor verschillen?

De erfrechtelijke verschillen tussen gehuwd en ongehuwd zijn blootgelegd in paragraaf 3. Zijn deze erfrechtelijke verschillen te rechtvaardigen? Mogen de 'formaliteiten' op het stadhuis zoveel gewicht in de schaal leggen? Worden gelijke gevallen ongelijk behandeld? Moeilijk.

Hij die zoekt naar de belangrijkste verschillen tussen het huwelijk en de samenlevingsrelatie vindt deze al gauw. Het gaat dan, juridisch gezien, om de dwingendrechtelijke huwelijksvermogensrechtelijke spelregels. Aan deze bepalingen zijn de samenlevingspartners niet gebonden, terwijl de gehuwden, als zij zouden willen, er niet van af kunnen. De contractsvrijheid, die in beginsel

ook voor gehuwden geldt, is hier beperkt.¹⁷ Ik noem de twee belangrijkste dwingendrechtelijke bepalingen, te weten het toestemmingsvereiste van art. 1:88 BW, welke bepaling werkt tijdens het huwelijk en, voor het geval van scheiding, de beperking in de contractsvrijheid die geldt op het gebied van de partneralimentatie (art. 1:157 BW).¹⁸

Het huwelijk leidt tot handelingsonbevoegdheid ongeacht het geldende huwelijksgoederenregime. Voor een aantal benoemde rechtshandelingen is op basis van art. 1:88 BW toestemming van de andere echtgenoot vereist. Ontbreekt die toestemming dan is de betreffende rechtshandeling vernietigbaar (art. 1:89 BW). De regeling beoogt de echtgenoten tegen elkaar te beschermen. Voor samenlevingspartners geldt art. 1:88 BW niet. Veel belangrijker echter is de partneralimentatie (art. 1:157 BW). Echtgenoten kunnen hierover contracteren (art. 1:158 BW), zij het dat ze hierin wel worden beperkt. Zo is de voorhuwelijkse overeenkomst waarin wordt afgezien van alimentatie nietig.¹⁹ Dit vormt, wat mij betreft, de concrete juridische kern van het huwelijk (als overeenkomst) en de uitwerking van het mooie, maar abstracte, art. 1:81 BW, waarin is bepaald dat de echtgenoten verplicht zijn elkander het nodige te verschaffen.²⁰ Samenlevingspartners kennen (vooralnog) geen alimentatieverplichting.

Zoekt men een rechtvaardiging voor de erfrechtelijke verschillen tussen huwelijk en samenlevingsrelatie, dan moet men het hiermee in beginsel doen. Het is met name de alimentatieplicht die gewicht in de schaal legt. De vraag is echter of de alimentatie bij het denken over de verbetering van de erfrechtelijke positie van de samenlevingspartner ook in de toekomst even zwaar weegt. De duur van de alimentatie staat onder druk.²¹ Met de volgende passage uit de initiatiefnota 'partneralimentatie' van VVD, PvdA en D66 ontstaat op zijn minst de indruk dat de initiatiefnemers de contractsvrijheid op het alimentatievlak willen vergroten.²²

-
- 17 De samenlevingsrelatie als zodanig kan zonder tussenkomst van de rechter beëindigd worden. Een geregistreerd partnerschap kan met wederzijds goedvinden beëindigd worden. Dit geldt (nog) niet voor een huwelijk.
- 18 Ik ga zo, onder meer, voorbij aan het dwingendrechtelijke, art. 1:82 BW, art. 1:83 BW, art. 1:85 BW en art. 61 Faillissementswet.
- 19 Althans dit kan als heersende leer worden aangemerkt. Zie HR 7 maart 1980, NJ 1980/363 en HR 12 januari 1996, NJ 1996/352. Anders F. Schonewille, *Partijautonomie in het relatievermogensrecht* (diss. Leiden), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2012, p. 125 e.v.
- 20 Op art. 1:81 BW kan na echtscheiding geen beroep worden gedaan (HR 4 december 1987, NJ 1988/678 (*Horeca I*)). Het alimentatierecht in titel 9 van Boek 1 BW is hetgeen feitelijk resteert, zeker als men 'koud' gehuwd is. Het aantal koude huwelijkse voorwaarden neemt overigens toe, zo blijkt uit onderzoek van het Centrum voor Notarieel recht.
- 21 Voorstel van wet van het Lid Bontes tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het beperken van de duur van partneralimentatie en tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met het desverzocht verstrekken van berekeningen van draagkracht en behoefte in zaken betreffende partneralimentatie, *Kamerstukken II* 33311. Initiatiefnota van de leden Van der Steur, Recourt en Berndsens, *Kamerstukken II* 33312.
- 22 Initiatiefnota van de leden Van der Steur, Recourt en Berndsens over partneralimentatie, *Kamerstukken II* 33312, 2, p. 1.

‘In huwelijkse voorwaarden of bij een geregistreerd partnerschapovereenkomst kunnen *partijen* afwijken van de wettelijke regeling. Contractsvrijheid is het uitgangspunt. (cursivering FS).²³

En later wordt dit nog eens met zoveel woorden herhaald:²⁴

‘Bij huwelijkse voorwaarden en in de overeenkomst van geregistreerd partnerschap kunnen partijen andersluidende afspraken maken. De wettelijke regeling staat afwijkingen ten positieve en ten negatieve toe. Contractsvrijheid is uitgangspunt.’

Dat is een grote stap en vormt een breuk met het verleden.²⁵ Het juridische hart wordt uit het huwelijk gesneden indien de initiatiefnemers het met de initiatiefnota mogelijk maken bij vóórhuwelijkse voorwaarden af te wijken van de wettelijke alimentatieregeling en ook een vóórhuwelijks nihilbeding mogelijk maken. In ieder geval zal een ingreep in het alimentatierecht communicerend erfrechtelijk kunnen werken. Immers, verdwijnt dit verschil tussen huwelijk en samenlevingsrelatie (gedeeltelijk), dan vervalt hetgeen (mede) een andere erfrechtelijke positie voor beide type partners zou kunnen rechtvaardigen. Een betere (en vergelijkbare) erfrechtelijke positie voor de langstlevende samenlevingspartner ligt dan nog meer voor de hand.²⁶

Maar het mes snijdt aan twee kanten. Zou men een alimentatieverplichting voor gewezen samenlevingspartners in het leven roepen, dan is hiermee ook het belangrijkste verschil weggenomen tussen huwelijk en samenlevingsrelatie. Vooralsnog lijkt de deur op dit punt gesloten te zijn. De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie verwoordde het als volgt:²⁷

‘Door de vertegenwoordigers op het overleg is aangegeven dat samenwoners er zelf voor kiezen om niet onder een wettelijk regime met onderhoudsplichten en -rechten te vallen. Zij hebben voorts de mogelijkheid om zelf partneralimentatie af te spreken in hun samenlevingscontract. Een grond voor toekenning van partneralimentatie in redelijkheid zou lotsverbondenheid tussen de partners kunnen zijn, maar deze grond wordt onvoldoende gevonden voor het treffen van een wettelijke voorziening om onbillijkheden in op koude uitsluiting lijkende gevallen tegen te gaan. Van de zijde van de advocatuur is erop

23 Anders dan in art. 1:158 BW wordt niet gesproken van ‘echtgenoten’ maar van ‘partijen’.

24 Initiatiefnota van de leden Van der Steur, Recourt en Berndsen over partneralimentatie, *Kamerstukken II* 33312, 2, p. 2.

25 Zie noot 19.

26 Anderzijds moet dan de vraag gesteld worden in hoeverre het nog voor de hand ligt om het noodrecht voor gehuwden dwingend te laten zijn als men ook van de alimentatieplicht af kan. Zie hiervoor F. Schols, ‘(Ex-)partners en postmortale solidariteit: Een korte beschouwing over het “erfrechtelijke alimentatierecht” en de postmortale solidariteit voor samenlevers’, *WPNR* 2013/6972.

27 *Kamerstukken II* 2011/12, 28867, 29 de later teruggetrokken motie van Anker, Timmer en De Wit, *Kamerstukken II* 2007/08, 28867, 20 en het rapport *Koude uitsluiting* van het Nederlands Instituut for Law and Governance (M.V. Antokolskaia, B. Breederveld, J.E. Hulst, W.D. Kolkman, F.R. Salomons, L.C.A. Verstappen), november 2010.

gewezen dat het in de gevallen waarin wellicht behoefte bestaat aan het tegengaan van onbillijkheden, het veelal situaties van samenwoners met kinderen zal betreffen. Geopperd is om met de verzorging van kinderen rekening te houden door aan de partner die na de verbreking van de samenleving de kinderen verzorgt een “verzorgingstoeslag” toe te kennen, in de vorm van een bedrag dat wordt toegekend bovenop de kinderalimentatie. Om geen onderscheid te creëren tussen kinderen van gehuwde en van ongehuwde ouders zou ook voor kinderen van gescheiden ouders een dergelijke component op de kinderalimentatie berekend dienen te worden (ten koste van de alimentatie voor de ex-echtgenoot). Na enige discussie is in het overleg vastgesteld dat het tegengaan van onbillijkheden in op koude uitsluiting lijkende situaties de financiële verhouding tussen *partners* betreft en dat het compenseren van een partner door een financiële vergoeding toe te kennen voor de verzorging van *kinderen* niet als een zuivere grondslag voor het toekennen van compensatie kan worden beschouwd. Geconcludeerd is dat een voorziening op alimentatieterrein niet als een oplossing wordt gezien voor het tegengaan van onbillijkheden bij op koude uitsluiting lijkende situaties van samenwoners. Het overleg over het instrument van een alimentatievoorziening heeft mij geleerd dat een dergelijke voorziening niet door de praktijk wordt gedragen. Het heeft geen aanknopingspunten voor een hanteerbare regeling op dit terrein opgeleverd en heeft mij dan ook doen besluiten niet tot invoering van een voorziening voor samenwoners op alimentatieterrein over te gaan.’

Mijn gevoel zegt dat de deur op niet al te lange termijn weer opengaat. De financiële druk op de sociale zekerheid zou wellicht wel eens een handje kunnen helpen.

Men zou vanzelfsprekend ook de mening zijn toegedaan dat – zonder een vergelijking in juridische rechtsgevolgen van huwelijk en de samenlevingsrelaties – gevallen die inhoudelijk ‘als relatie’ met elkaar overeenkomen (erfrechtelijk) gelijk behandeld moeten worden. De bovenstaande verhandeling waarbij gezocht werd naar verschillen maakt dan geen indruk.

6. Belemmeringen voor gelijkstelling?

6.1 Rechtszekerheid en werkbaarheid?

De vraag is of het gebrek aan rechtszekerheid een barrière zou kunnen vormen voor een (volledige) erfrechtelijke gelijkstelling van gehuwden en samenlevingspartners. De rechtszekerheid mag niet onbenoemd blijven, maar kan geen determinerend criterium zijn.²⁸ Als wij van mening zouden zijn dat de langstlevende samenlevingspartner te veel in de erfrechtelijke kou staat dan moeten rechtszekerheidsvraagstukken ons in ieder geval niet tegenhouden. Maar het

28 C. Forder & A. Verbeke, *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Antwerpen/Groningen: Intersentia Uitgevers 2005, p. 618.

rechtszekerheidselement ter zake is evident: anders dan bij het huwelijk ontbreekt bij een samenlevingsrelatie een formeel begin en een einde. Wordt in termen van rechtszekerheid gedacht dan zou de vraag 'is hij het wel, of is hij het niet?' wellicht te vaak gesteld moeten worden. Vanzelfsprekend zou het mogelijk zijn om, wil men voor een erfrechtelijk regime in aanmerking komen, nadere eisen te stellen, zoals een registratie of een notarieel samenlevingscontract (met een opzeggingsregeling). Maar op het moment dat dergelijke eisen worden gesteld aan het toekennen van een erfrechtelijk pakket voor de samenlevingspartner, zijn we terug bij af. Het zetten van kruisjes in een register of het maken van een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst is – op de keeper beschouwd – niet anders dan testeren. Vaststaat dat het 'echte' informele er dan van af is en er zal – zeker bij de notaris – een behoorlijk niveau van erfrechtelijke voorlichting zijn geweest. En, zoals aan de orde kwam in paragraaf 3, er is ook nu al op het testamentaire vlak sprake van een grote vrijheid.

Voor het rechtszekerheidsvraagstuk moet een onderscheid gemaakt worden tussen de in paragraaf 3 besproken onderdelen 'versterferfrecht' en 'nooderfrecht'. Wat het laatstgenoemde onderdeel betreft het volgende. Als men ervoor kiest om de langstlevende samenlevingspartner een positie toe te kennen in het nooderrecht, is van belang dat hier slechts obligatoire aanspraken aan de orde zijn, zodat het rechtsverkeer niet belemmerd wordt.²⁹ Daarenboven geldt, zoals in paragraaf 3 reeds is opgemerkt, dat de levensgezel ook naar huidig recht al een, zij het marginale, positie heeft in het nooderrecht. Er is immers een recht op 'voortgezette bewoning en voortgezet gebruik inboedel' voor degene die tot diens overlijden met erflater een duurzame gemeenschappelijke huishouding had (art. 4:28 BW). Het is slechts de vraag hoe ver men wilt gaan met het toekennen van nooderrechtelijke aanspraken. Bovendien wil ik de lezer in dit kader graag nog herinneren aan het intermezzo in paragraaf 4 betreffende de Algemene nabestaandenwet. Ook daar obligatoire aanspraken ter zake des doods. Met het rechtszekerheidsargument kan degene die tegen een verbetering van de erfrechtelijke positie van de samenlevingspartner is dan ook op nooderrechtelijk terrein niet echt goede sier maken.

De rechtszekerheidsdenker heeft betere kaarten op zak als het gaat om een positie van de samenlevingspartner als erfgenaam in het versterferrecht. Hier zijn goederenrechtelijke verhoudingen in het geding. Zie hetgeen in paragraaf 3 is opgemerkt over de opvolging onder algemene titel. Hoewel een samenlevingspartner waarmee een gemeenschappelijke huishouding wordt gevoerd niet vaak uit het 'niets' zal komen, zou er in theorie onverwacht een andere erfgenaam op kunnen staan dan uit de registers van de Burgerlijke stand blijkt. Maar mocht men van mening zijn dat er termen aanwezig zijn om de langstlevende samenlevingspartner (in bepaalde gevallen) tot (mede) versterferfgenaam te bombarderen, dan moet de rechtszekerheid ons ook hier niet te zeer belemmeren. Er zijn immers systemen denkbaar die deze onzekere situatie het hoofd kunnen bieden. Zonder dit hier verder uit te werken, kan gedacht worden aan

²⁹ Wel dient er passende aandacht te zijn voor de (in tijd beperkte) beschikkingsonbevoegdheid van art. 4:29 BW.

het ontwerpen van regels van derdenbescherming en het werken met termijnen en termijnstellingen. Vergelijk, bijvoorbeeld, art. 4:18 BW voor de periode waar de ongedaanmaking nog boven de markt hangt. Ook in de figuur van de vereffening (beheer) kan een (tijdelijke) oplossing worden gevonden voor de fase waarin er onduidelijkheden dreigen te bestaan. Misschien is het systeem van de voorwaardelijke makingen van art. 4:138 BW nog het mooist. De wet kent immers al een regime voor erfgenamen die later geen erfgenaam meer blijken te zijn. Dit regime zou model kunnen staan voor een systeem dat de eventuele onzekere fase moet dekken.

Als dit niet overtuigt, zou nog, geïnspireerd door het Anglo-Amerikaanse recht, gedacht kunnen worden aan een ‘economisch erfgenaamschap’. Er zou gewerkt kunnen worden met obligatoire aanspraken jegens de nalatenschap, die, bijvoorbeeld, in waarde overeenkomen met een erfdeel, als ware men gehuwd. Waar een wil is, is een wet. Er kan regie worden gevoerd op de rechtszekerheid en de spreekwoordelijke kool en de geit kunnen worden gespaard.

Bij het denken over een verbetering van de erfrechtelijke positie van de samenlevingspartner moet ook de werkbaarheid van een regeling in ogenschouw worden genomen. In intermezzo II (paragraaf 6.2) wordt het Schotse systeem beschreven. Nader onderzoek naar het reilen en zeilen van het aldaar sinds 2006 geldende regime voor cohabitants in de praktijk lijkt de moeite waard. Thans evenwel een eerste verkenning van het daar geldende recht, meer in het bijzonder gefocust op de werking van de regeling in de rechtspraktijk. Overigens zal in intermezzo III (paragraaf 8) ter inspiratie art. 4:30a van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek de revue passeren.

6.2 Intermezzo II: Schotland

In de Family Law Scotland Act 2006 is er erfrechtelijke aandacht voor de samenlevingspartner in art. 29. Er wordt immers gesproken van de ‘cohabitant’, welk begrip in art. 25 wordt ingekleurd:

- ‘(1) In sections 26 to 29, “cohabitant” means either member of a couple consisting of
- (a) a man and a woman who are (or were) living together as if they were husband and wife; or
 - (b) two persons of the same sex who are (or were) living together as if they were civil partners.
- (2) In determining for the purposes of any of sections 26 to 29 whether a person (“A”) is a cohabitant of another person (“B”), the court shall have regard to
- (a) the length of the period during which A and B have been living together (or lived together);
 - (b) the nature of their relationship during that period; and
 - (c) the nature and extent of any financial arrangements subsisting, or which subsisted, during that period.’

De aanspraken die aan de cohabitant worden toegekend zijn niet dwingend ('intestacy'),³⁰ anders dan we hierna in het volgende intermezzo zullen zien op Curaçao. Dit terwijl er ook bij verbreking van de relatie aanspraken kunnen ontstaan op basis van de onderhavige Act. Er is geen sprake van een volledige gelijkstelling met de echtgenoot en op de rechten moet een beroep worden gedaan. Goed is het om te beseffen dat het hier gaat, vrij vertaald, om obligatoire aanspraken. Het regime in beeld:

'29 Application to court by survivor for provision on intestacy

- (1) This section applies where
 - (a) a cohabitant (the "deceased") dies intestate; and
 - (b) immediately before the death the deceased was
 - (i) domiciled in Scotland; and
 - (ii) cohabiting with another cohabitant (the "survivor").
- (2) Subject to subsection (4), on the application of the survivor, the court may
 - (a) after having regard to the matters mentioned in subsection (3), make an order
 - (i) for payment to the survivor out of the deceased's net intestate estate of a capital sum of such amount as may be specified in the order;
 - (ii) for transfer to the survivor of such property (whether heritable or moveable) from that estate as may be so specified;
 - (b) make such interim order as it thinks fit.
- (3) Those matters are
 - (a) the size and nature of the deceased's net intestate estate;
 - (b) any benefit received, or to be received, by the survivor
 - (i) on, or in consequence of, the deceased's death; and
 - (ii) from somewhere other than the deceased's net intestate estate;
 - (c) the nature and extent of any other rights against, or claims on, the deceased's net intestate estate; and
 - (d) any other matter the court considers appropriate.
- (4) An order or interim order under subsection (2) shall not have the

30 'The Family Law (Scotland) Act 2006 introduced limited rights for cohabitants whose partners die without a will, but there is no protection for those whose partners die leaving a will which fails to provide for them.', aldus de Scottish Law Commission, Discussion Paper on Succession 2007, nr. 136, p. 2. De Law Commission (p. 4 en p. 52 e.v.) stelde voor deze rechten ook toe te kennen ingeval er beschikt zou zijn over de nalatenschap. In dit kader wordt door de Law Commission opgemerkt (p. 54 e.v.): 'On intestacy, as the deceased left no specific instructions, the law can justifiably distribute the estate in conformity with current social norms. But in a testate case the deceased has left express instructions and, so the argument goes, a cohabitant's position is not sufficiently strong to over-ride the terms of the will. We do not agree and the public opinion survey results are also against such a view. Like a spouse or civil partner, a cohabitant is a member of the deceased's immediate family to whom he or she is bound by ties of love and affection and for whom the law should make some provision on the termination of the relationship by death. The absence of a public commitment in cohabitation may mean that the protection the law provides for a surviving cohabitant is less than that for a surviving spouse or civil partner but should not deny any protection at all.' En later voegde de Scottish Law Commission met Discussion Paper on Succession 2009, nr. 215, p. 6 e.v. en p. 69 het volgende hieraan toe: 'Given the strong public support for cohabitants to have some protection from disinheritance and the limited nature of the protection envisaged, we think that the statutory regime which should replace section 29 should apply to testate as well as intestate estates.'

effect of awarding to the survivor an amount which would exceed the amount to which the survivor would have been entitled had the survivor been the spouse or civil partner of the deceased.

(5) An application under this section may be made to

(a) the Court of Session;

(b) a sheriff in the sheriffdom in which the deceased was habitually resident at the date of death;

(c) if at the date of death it is uncertain in which sheriffdom the deceased was habitually resident, the sheriff at Edinburgh.

(6) Any application under this section shall be made before the expiry of the period of 6 months beginning with the day on which the deceased died.

(7) In making an order under paragraph (a)(i) of subsection (2), the court may specify that the capital sum shall be payable

(a) on such date as may be specified;

(b) in instalments.

(8) In making an order under paragraph (a)(ii) of subsection (2), the court may specify that the transfer shall be effective on such date as may be specified.

(9) If the court makes an order in accordance with subsection (7), it may, on an application by any party having an interest, vary the date or method of payment of the capital sum.

(10) In this section

- “intestate” shall be construed in accordance with section 36(1) of the Succession (Scotland) Act 1964 (c. 41);
- “legal rights” has the meaning given by section 36(1) of the Succession (Scotland) Act 1964 (c. 41);
- “net intestate estate” means so much of the intestate estate as remains after provision for the satisfaction of
 - (a) inheritance tax;
 - (b) other liabilities of the estate having priority over legal rights and the prior rights of a surviving spouse or surviving civil partner; and
 - (c) the legal rights, and the prior rights, of any surviving spouse or surviving civil partner; and
- “prior rights” has the meaning given by section 36(1) of the Succession (Scotland) Act 1964 (c. 41).’

Dit korte Schotse intermezzo doet geen recht aan het aldaar geldende regime. Er is vanzelfsprekend veel meer over te zeggen, maar ik zal het hierbij laten.^{31,32} Wel wat extra aandacht voor het functioneren van het erfrechtelijke regime

31 Zie onder meer T. Guthrie & H. Hiram, ‘Property and cohabitation: Understanding the Family Law (Scotland) Act 2006’, *Edinburgh Law Review* 2007, 11 (2), p. 208-229.

32 Er zijn overigens inmiddels door de Law Commission verbeteringen voorgesteld: ‘The present law has been subject to a good deal of criticism, one being that the court is not given a clear aim or purpose for the exercise of its discretion. The lack of reported cases has not assisted. We consider that the current law is unsatisfactory and should be replaced’, zie Scottish Law Commission, Discussion Paper on Succession 2009, nr. 215, p. 6 e.v. en p. 66. Er zouden ook rechten moeten zijn voor de samenlevingspartner indien er getesteerd is. Zie noot 30.

voor samenlevers in de Schotse rechtspraak. Wordt er regelmatig een beroep gedaan op de rechter? Wordt een en ander aan de ‘verdelingstafel’ opgelost? Ook moet bezien worden of er veel discussie is over het begrip ‘cohabitant’ en of er andere grote problemen te ontwaren zijn. Het rapport ‘*Legal practitioners’ perspectives on the cohabitation provisions of the family law (Scotland) act 2006*’, hierna te noemen ‘*Rapport practitioners’ perspectives*’ geeft ons een kijkje achter de schermen.³³ Lees ik het rapport met de erfrechtelijke bril op van art. 29 van de Act dan valt een aantal zaken op. Ik schets deze op hoofdlijnen. Wat betreft de problematiek betreffende het vaststellen of al dan niet sprake is van een ‘cohabitant’ wordt het volgende opgemerkt:³⁴

‘The findings from our questionnaire regarding the duration of the relationship in the respondent’s most recent case potentially involving the cohabitation provisions of the 2006 Act show very few relationships of less than two years, and relatively few of less than five years: Table 5.2. There is therefore limited evidence of “nuisance claims”, in so far as these might be manifested by claims brought after only short relationships. The Act therefore appears in practice to meet the Executive’s intention to create safeguards only for those in “long-standing and enduring relationships” (Scottish Executive 2005a, para 67).’

Hier zou de rechtszekerheidsdenker moed uit kunnen putten. Belangrijk vind ik ook de conclusie dat de rechter niet overbelast lijkt te worden door het Schotse regime:^{35, 36}

‘Despite the lack of minimum duration requirement in the 2006 Act, it seems clear from our questionnaire findings (in the absence of court data) that there has not been a flood of cases in the first three or so years of the Act’s operation.’

Er is overigens wel forse kritiek op de vervaltermijn van zes maanden van art. 29 lid 6 van de Act, die ik kan onderschrijven.³⁷ Ik wees eerder op de te korte termijnen voor onze andere wettelijke rechten.³⁸ De zaak wordt onnodig op scherp gezet. Deze korte termijn zou in Schotland bewerkstelligen dat men wellicht sneller dan nodig bij de rechter terechtkomt en de verhoudingen met de familie

33 Wasoff, Miles, Mordaunt, Centre for Research on Families and Relationships The University of Edinburgh, Octobre 2010. Ik werd op dit rapport gewezen door mijn inmiddels afgestudeerde student mw. mr. A.W.F. Nowacki.

34 *Rapport practitioners’ perspectives*, p. 124 e.v.

35 *Rapport practitioners’ perspectives*, p. 156. Zie ook p. 143.

36 ‘At the time of writing (March 2010), there have been eight reported cases related to the cohabitation provisions of the 2006 Act, five under s 28 for claims made on separation, three under s 29 on death’, zo lees ik op p. 183 van het *Rapport practitioners’ perspectives*.

37 *Rapport practitioners’ perspectives*, p. 57, 101, 134 en 143.

38 Zie F. Schols, ‘Een overzeese dans van een Continentaal met een Anglo-Amerikaanse. Een Caribisch erf- en schenkingsrecht’, *WPNR* 2009/6807 en daarvoor F. Schols, ‘Erfrechtelijk chillen op de Antillen. Belangrijke erfrechtelijke vernieuwingen op de Nederlandse Antillen en Aruba; leerzaam voor Nederland’, *WPNR* 2007/6717 alsmede ‘(Ex-)partners en postmortale solidariteit: Een korte beschouwing over het “erfrechtelijke alimentatierecht” en de postmortale solidariteit voor samenlevers’, *WPNR* 2013/6972.

op de proef stelt: ‘Hij was er als de kippen bij om geld te claimen’.³⁹ Verlengingsmogelijkheden zijn er niet.⁴⁰ Hier valt lering uit te trekken, ook voor ons huidige erfrecht. Een ander belangrijk geconstateerd minpunt betreft de vage normen/ruime discretionaire bevoegdheid van de rechter:⁴¹

‘The current law leaves practitioners in considerable difficulty in working out the right approach to take to s 29 and so an appropriate basis on which to attempt to settle claims. This can have one of two unfortunate effects: first, some (many) economically vulnerable survivors who should receive some financial provision will be deterred by the uncertainty and cost of proceeding from pursuing their claims at all; alternatively, survivors who can afford the fight (both financially and emotionally) may be motivated to take their case all the way to adjudication, rather than settle for whatever the executors together (more importantly) with the true defenders, the heirs, are prepared to offer. Neither is a desirable outcome. While some degree of discretion is warranted to tailor outcomes to some extent to the features of individual cases, practitioners and their clients need firmer foundations on which to build negotiated settlements than s 29 currently provides.’

Overigens moet voor de volledigheid worden opgemerkt dat uit het onderzoek blijkt dat er ook door sommigen de vraag wordt gesteld of een regeling – naast het huwelijk en testeermogelijkheden – überhaupt gewenst is.⁴² De rapporteurs zien evenwel een halfvol glas:⁴³

‘Overall, our view of the legislation is one of potential as yet unrealised. While some will consider that simply by existing the legislation goes too far, and others will consider that it is too conservative and so does not go far enough, we consider that it is better having the Act in place than not.’

39 *Rapport practitioners’ perspectives*, p. 54, 57, 72 en 73.

40 Er moet toch ruimte zijn om te rouwen en wat te denken van een in een ongeluk gewond geraakte samenlevingspartner? Zie *Rapport practitioners’ perspectives*, p. 71 e.v.

41 *Rapport practitioners’ perspectives*, p. 57, 107 e.v. en p. 136 e.v. De rapporteurs doen een belangrijke aanbeveling, p. 139: ‘We would urge the Scottish Government to give serious consideration to reform which provides firmer guidance to delineate the court’s role in succession cases involving cohabitants.’

42 *Rapport practitioners’ perspectives*, p. 98, en p. 143. Zelfs twee leden van de Scottish Law Commission zijn geen voorstander van een regime voor samenlevers: ‘They are of the opinion that the law should leave parties to such relationships free to make such arrangements as they see fit regarding the disposal of their property. Nevertheless, they recognise that, in s 29 of the Family Law (Scotland) Act 2006, Parliament has adopted a policy that cohabitants should be awarded succession rights, and they consider that the Commission must respect that policy. For that reason they accept the recommendations contained in this Part of the Report. In relation to the proposal to extend cohabitants’ rights to cases of testate succession, they attach some importance to the relatively limited scale of the rights in question, and also to recommendation 41, which permits cohabitants to renounce succession rights in each other’s estates.’

43 *Rapport practitioners’ perspectives*, p. 143.

En verder zie ik hun concluderen:

‘To date, the Act has not imposed an inordinate burden on the Scottish family justice system (as we discuss in greater detail in the next chapter) and has not generated any substantial operational problems, pace the raising and sisting of actions to comply with the time bar. Of the problems that have undoubtedly arisen, some can only be dealt with by amendment of the primary legislation and/or changes to the court rules, as appropriate. Others will ameliorate over time. The arrival of any new law is bound to be accompanied by uncertainty and scepticism about its operation, despite the genesis of some of the 2006 provisions in the 1985 Act. While increased experience will certainly not alleviate the problems entirely, we would expect that in ten years’ time or so practitioners and courts will feel more confident and comfortable operating the Act.’

6.3 Diversiteit in samenlevingsrelaties?

Gesteld zou kunnen worden dat de diversiteit in samenlevingsrelaties van dien aard is dat het niet goed mogelijk is om daar erfrechtelijke confectie op te ontwerpen. Anders gezegd: ontbreekt er een gemeenschappelijke deler die wetgeving bemoeilijkt?⁴⁴ Tegen het invoeren van nooderfrecht voor samenlevingspartners zou dit argument niet opgaan. Nooderfrecht zoals wij dat thans kennen, impliceert immers maatwerk. Maar hoe zit dat met het verdergaande versterkerfrecht? De wetgever zou kunnen focussen op een bepaalde groep samenlevingspartners, te weten zij die een gemeenschappelijke huishouding voeren, al dan niet voor een zekere tijd en, eventueel, met kinderen. Het is ook deze groep waarvan ik benieuwd ben hoe zij erfrechtelijk denken. Het is geen sinecure om daar achter te komen, maar wellicht draagt het volgende onderzoek onder notarissen weer een steentje bij.

6.4 De testamentenpraktijk anno 2013

6.4.1 Vooraf

Om enig inzicht te verkrijgen in de Nederlandse testamentenpraktijk anno 2013, in het bijzonder wat betreft de testamenten van gehuwden en samenlevingspartners, deed ik een eenvoudig onderzoek bij de Netwerkkantoren.⁴⁵ Welke regelingen ter zake des doods⁴⁶ treffen gehuwden, respectievelijk samen-

44 Over deze problematiek uitvoerig W.M. Schrama, *De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2004. Onlangs merkte zij nog het volgende op naar aanleiding van het in noot 3 genoemde rapport *Koude uitsluiting* en de vraag of er een lex specialis voor samenlevingspartners zou moeten komen op het gebied van het relatierecht: ‘Op papier zou voor wel zes uiteenlopende typen relaties specifieke wetgeving opgesteld kunnen worden... [...]’ en ‘[...] het zou moeilijk zijn om die relatievormen onderling goed af te bakenen [...]’. Zie W.M. Schrama, ‘Een lex specialis voor ongehuwde samenlevers?’, *FJR* 2012/34.

45 Netwerk Notarissen is een organisatie van 150 notariskantoren in Nederland met bijna 600 juristen, www.netwerknotarissen.nl.

46 Zowel door middel van een uiterste wilsbeschikking als door middel van overeenkomsten werkend bij overlijden.

levingspartners ten gunste van elkaar? Zijn ze ruimhartig en gunnen ze elkaar de volledige beschikkingsmacht over de nalatenschap? Anders gezegd: kan de langstlevende volledig over de goederen van de nalatenschap beschikken en deze verteren? Denkbaar is ook dat de beschikkingsmacht over de nalatenschap in die zin beperkt is dat de langstlevende slechts het genot verkrijgt van de nalatenschap en de verteringsbevoegdheid is uitgesloten of beperkt. Maar wellicht hebben de partners het erfrechtelijk helemaal niet goed met elkaar voor en wordt de langstlevende echtgenoot, bijvoorbeeld, onterfd en de eigen familie of 'derden' bedacht. Voor de onderhavige problematiek is de hamvraag, vanzelfsprekend, of samenlevingspartners en gehuwden significant anders met elkaar omgaan. Het onderzoek voor 2013 is afgerond. 44 kantoren vulden de enquête in, 40 reacties kregen het predicaat 'voltooid'.

Voor dit onderzoek onderscheidde ik twee hoofdgroepen, te weten:

- I. Gehuwden⁴⁷ (tabel 1a, 2a en 3a)
- II. Samenlevingspartners (tabel 1b, 2b en 3b)

De hoofdgroepen werden verdeeld in subgroepen, te weten:

1. Zonder kinderen (tabel 1a en 1b)
2. Met louter gezamenlijke kinderen (tabel 2a en 2b)
3. Met (eveneens) niet-gezamenlijke kinderen (tabel 3a en 3b)

Het notariskantoor werd gevraagd om aan te geven waar de stellen primair voor kiezen. Met 'primair' wordt bedoeld dat gevraagd wordt naar de regeling die primair geldt, zonder inbegrip van de alternatieve regelingen die werken als, bijvoorbeeld, de kinderen zijn vóóroverleden. Er werd slechts verzocht om een inschatting te geven over 2013. Een 'protocolonderzoek' werd niet verlangd. Geopteerd kon worden wat betreft de beschikkingsmacht voor drie gradaties:

- Volledige beschikkingsmacht
- Beperkte beschikkingsmacht
- (Nagenoeg) niets

In staffels (0-10%, 20-30%, 30-40%, enz.) kon worden aangegeven hoe vaak een subgroep voor een bepaalde gradatie koos. Zo kon, bijvoorbeeld, een kantoor aangeven dat 'gehuwden zonder kinderen' in 0-10% van de gevallen koos voor '(nagenoeg) niets', in 10-20% van de gevallen voor 'beperkte beschikkingsmacht' en in 70-80% van de gevallen voor 'volledige beschikkingsmacht'.⁴⁸ Welk beeld levert een en ander op?

⁴⁷ Waaronder weer begrepen de geregistreerde partners.

⁴⁸ In totaal mocht het kantoor slechts 100% aanvinken.

6.4.2 Gehuwden en samenlevingspartners zonder kinderen (tabel 1a en 1b)

Tabel 1a: Gehuwden zonder kinderen

Gehuwden zonder kinderen											
	0-10%	10-20%	20-30%	30-40%	40-50%	50-60%	60-70%	70-80%	80-90%	90-100%	Response Count
Langstlevende primair volledige beschikkingsmacht: (inschatting)	0	0	1	0	0	0	3	4	13	22	43
Langstlevende primair beperkte beschikkingsmacht: (inschatting)	25	13	4	1	0	0	0	0	0	0	43
Langstlevende primair (nagenoeg) niets: (inschatting)	40	2	1	0	0	0	0	0	0	0	43

Uit tabel 1a blijkt dat van de groep 'gehuwden zonder kinderen' het merendeel van de stellen kiest voor volledige beschikkingsmacht voor de langstlevende. Meer dan 90% van de notariskantoren geeft aan dat gehuwden in een dergelijke situatie in grote meerderheid kiezen voor volledige beschikkingsmacht.⁴⁹ Tabel 1a laat zien dat gehuwden elkaar niet vaak met lege handen laten na het overlijden.⁵⁰ Het toekennen van beperkte beschikkingsmacht gebeurt ook niet op grote schaal.⁵¹ Wat doen de samenlevingspartners zonder kinderen? Zien we grote verschillen? Tabel 1b geeft het antwoord op deze vraag.

49 22 kantoren van de 43 vullen 90-100% in, 13 kantoren vullen 80-90% in, 4 kantoren 70-80% en 3 kantoren noteren 60-70%. Slechts 1 kantoor vult een laag percentage in, te weten 20-30%.

50 40 kantoren van de 43 vullen in dat dit slechts in 0-10% van de gevallen aan de hand is. 2 kantoren vullen 10-20% in en 1 kantoor vinkt 20-30% aan.

51 25 kantoren van de 43 vullen in dat dit slechts in 0-10% van de gevallen gebeurt. 13 kantoren vullen 10-20% in en 5 kantoren zetten de vink in de range 20-40%.

Tabel 1b: Samenlevingspartners zonder kinderen

Samenlevers zonder kinderen											
	0-10%	10-20%	20-30%	30-40%	40-50%	50-60%	60-70%	70-80%	80-90%	90-100%	Response Count
Langstlevende primair volledige beschikkingsmacht: (inschatting)	0	1	1	0	0	1	5	7	10	16	41
Langstlevende primair beperkte beschikkingsmacht: (inschatting)	18	15	5	1	1	0	0	1	0	0	41
Langstlevende primair (nagenoeg) niets: (inschatting)	36	5	0	0	0	0	0	0	0	0	41

Ook hier kiest het merendeel van de stellen voor volledige beschikkingsmacht voor de langstlevende. Het verschilt slechts licht van de gehuwden.⁵² Dat de langstlevende samenlevingspartner het erfrechtelijk met (nagenoeg) niets moet doen, komt ook niet vaak voor.⁵³ Het percentage gevallen waarin beperkte beschikkingsmacht wordt toegekend, ontloopt het huwelijk ook nauwelijks.⁵⁴

6.4.3 Gehuwden en samenlevingspartners met louter gezamenlijke kinderen (tabel 2a en 2b)

Zou het beeld dat men, gehuwd of samenlevend, elkaar redelijk goed bedenkt bij het overlijden anders zijn indien er louter gezamenlijke kinderen zijn? Mijn gevoel zegt van niet, maar wat zeggen de tabellen 2a en 2b?

52 16 kantoren van de 41 vullen 90-100% in, 10 kantoren vullen 80-90% in, 7 kantoren 70-80% en 6 kantoren noteren tussen de 50-70%. Slechts 2 kantoren vullen een laag percentage in, te weten een vink in de range 10-30%.

53 36 kantoren van de 41 vullen in dat dit slechts in 0-10% van de gevallen aan de hand is. 5 kantoren vinken 10-20% aan.

54 18 kantoren van de 41 vullen in dat dit slechts in 0-10% van de gevallen gebeurt. 15 kantoren zetten de vink bij 10-20% en 5 bij 20-30%. Eén kantoor noteert 70-80%.

Tabel 2a: *Gehuwden met louter gezamenlijke kinderen*

Gehuwden met louter gezamenlijke kinderen											
	0-10%	10-20%	20-30%	30-40%	40-50%	50-60%	60-70%	70-80%	80-90%	90-100%	Response Count
Langstlevende primair volledige beschikkingsmacht: (inschatting)	0	0	1	0	0	0	0	1	9	32	43
Langstlevende primair beperkte beschikkingsmacht: (inschatting)	32	9	1	0	0	0	0	1	0	0	43
Langstlevende primair (nagenoeg) niets: (inschatting)	41	1	1	0	0	0	0	0	0	0	43

Uit tabel 2a blijkt nog iets sterker dan in het geval dat er geen kinderen aanwezig zijn (tabel 1a) dat het merendeel van de stellen kiest voor volledige beschikkingsmacht voor de langstlevende. Ook hier geeft meer dan 90% van de notariskantoren aan dat gehuwden in een dergelijke situatie in grote meerderheid kiezen voor volledige beschikkingsmacht.⁵⁵ Tabel 2a laat zien dat gehuwden met kinderen elkaar niet vaak onterven of nagenoeg niets toekennen.⁵⁶ Ook hier wordt duidelijk dat het toekennen van beperkte beschikkingsmacht niet op grote schaal plaatsvindt.⁵⁷ Voor de samenlevingspartners met louter gezamenlijke kinderen spreekt tabel 2b nauwelijks andere taal dan tabel 2a voor gehuwden met louter gezamenlijke kinderen.

55 32 kantoren van de 43 vullen 90-100% in, 9 kantoren vullen 80-90% in, 1 kantoor 70-80%. Ook hier noteert 1 kantoor een relatief laag percentage van 20-30%.

56 41 kantoren van de 43 vullen in dat dit slechts in 0-10% van de gevallen aan de hand is. 1 kantoor vult 10-20% in en 1 kantoor vinkt 20-30% aan.

57 32 kantoren van de 43 vullen in dat dit slechts in 0-10% van de gevallen speelt. 9 kantoren vullen 10-20% in, 1 kantoor noteert 20-30% en 1 kantoor tekent 70-80% aan.

Tabel 2b: Samenlevingspartners met louter gezamenlijke kinderen

Samenlevers met louter gezamenlijke kinderen											
	0-10%	10-20%	20-30%	30-40%	40-50%	50-60%	60-70%	70-80%	80-90%	90-100%	Response Count
Langstlevende primair volledige beschikkingsmacht: (inschatting)	0	1	0	0	0	0	0	4	7	29	41
Langstlevende primair beperkte beschikkingsmacht: (inschatting)	30	10	0	0	0	0	1	0	0	0	41
Langstlevende primair (nagenoeg) niets: (inschatting)	39	2	0	0	0	0	0	0	0	0	41

Het merendeel van de stellen met louter gezamenlijke kinderen opteert voor volledige beschikkingsmacht voor de langstlevende. Het verschilt slechts licht ten opzichte van de gehuwden.⁵⁸ Dat de langstlevende samenlevingspartner het erfrechtelijk met (nagenoeg) niets moet doen, doet zich niet vaak voor.⁵⁹ Voor wat betreft het toekennen van beperkte beschikkingsmacht geldt een vergelijkbaar beeld als bij gehuwden met louter gezamenlijke kinderen.⁶⁰

6.4.4 Gehuwden en samenlevingspartners met (eveneens) niet-gemeenschappelijke kinderen (tabel 3a en 3b)

Zijn er (eveneens) niet-gezamenlijke kinderen in het spel dan wijzen de tabellen 3a en 3b uit dat de personen in huwelijksrelaties en samenlevingsrelaties niet heel verschillend over het erfrechtelijke langstlevende-vraagstuk denken.

58 29 kantoren van de 41 vullen 90-100% in, 7 kantoren vullen 80-90% in, 4 kantoren 70-80%. 1 kantoor vult een relatief laag percentage in, te weten 10-20%.

59 39 kantoren van de 41 vullen in dat dit slechts in 0-10% van de gevallen aan de hand is. 2 kantoren vinken 10-20% aan.

60 30 kantoren van de 41 vullen in dat dit slechts in 0-10% van de gevallen gebeurt. 10 kantoren noteren 10-20%. Eén kantoor vinkt 60-70% aan.

Tabel 3a: Gehuwden met (eveneens) niet-gemeenschappelijke kinderen

Gehuwden met (eveneens) niet-gezamenlijke kinderen											
	0-10%	10-20%	20-30%	30-40%	40-50%	50-60%	60-70%	70-80%	80-90%	90-100%	Response Count
Langstlevende primair volledige beschikkingsmacht: (inschatting)	0	1	1	0	3	2	6	9	15	6	43
Langstlevende primair beperkte beschikkingsmacht: (inschatting)	8	16	10	3	2	2	1	0	1	0	43
Langstlevende primair (nagenoeg) niets: (inschatting)	35	6	2	0	0	0	0	0	0	0	43

Tabel 3b: Samenlevingspartners met (eveneens) niet-gemeenschappelijke kinderen

Samenlevers met (eveneens) niet-gezamenlijke kinderen											
	0-10%	10-20%	20-30%	30-40%	40-50%	50-60%	60-70%	70-80%	80-90%	90-100%	Response Count
Langstlevende primair volledige beschikkingsmacht: (inschatting)	0	2	0	1	0	8	6	11	8	5	41
Langstlevende primair beperkte beschikkingsmacht: (inschatting)	7	17	8	6	1	1	0	0	1	0	41
Langstlevende primair (nagenoeg) niets: (inschatting)	28	12	0	1	0	0	0	0	0	0	41

In ieder geval geldt dat men elkaar niet in de kou laat staan.⁶¹ Wel zien we dat het 'ietsje minder mag', zowel voor de gehuwden als voor de samenlevingspartners, maar dat lijkt te passen bij de setting waar verschillende belangen (de niet-gemeenschappelijke kinderen) bestaan.

61 Voor gehuwden geldt dat 35 kantoren van de 43 invullen dat dit slechts in 0-10% van de gevallen aan de hand is. 6 kantoren vullen 10-20% in en 2 kantoren vinken 20-30% aan. Voor samenlevingspartners geldt het volgende: 28 kantoren van de 41 vullen in dat dit slechts in 0-10% van de gevallen speelt. 12 kantoren vinken 10-20% aan en 1 kantoor noteert 30-40%.

6.4.5 Het verschilt, maar zeker niet wezenlijk

Gehuwden en samenlevingspartners lopen ter zake hun erfrechtelijke langstlevende-beleid redelijk met elkaar in de pas. Er zijn weliswaar verschillen tussen beide groepen, maar die zijn zeker niet wezenlijk, zo mag de conclusie luiden op basis van de gepresenteerde cijfers. Men laat elkaar erfrechtelijk niet in de steek, ook samenlevingspartners niet. Wellicht durven we zelfs te spreken van een warm bad ter zake des doods. Ik kom zo dadelijk op de cijfers terug daar waar ik inga op 'de vermoedelijke erfrechtelijke wil'.⁶² Vanzelfsprekend besef ik dat het hier om een bijzondere groep gaat, te weten samenlevingspartners die de gang naar de notaris maken. Zij hebben nagedacht over de materie.

7. Het denkraam

Om tot een goed voorstel te komen, dient er aandacht te zijn voor de volgende belangrijke punten:

- het testamentaire Walhalla
- de rechtszekerheid en werkbaarheid
- het adagium: 'overlijden is ook scheiden'
- de vermoedelijke erfrechtelijke wil
- de partijautonomie
- de eigen verantwoordelijkheid

Op het testamentaire vlak is er niet veel winst meer te behalen voor samenlevingspartners. We zagen in paragraaf 3 nog enkele kleine verschillen tussen gehuwden en samenlevingspartners, maar het is met name art. 4:82 BW dat in het oog springt. Op grond van deze bepaling is de conclusie te rechtvaardigen dat er sprake is van een testamentair ongehuwden-Walhalla.

Wil men verder ingrijpen, dan is de vraag of de rechtszekerheid niet in het geding komt. De rechtszekerheid verdient vanzelfsprekend onze aandacht, maar speelt minder op het vlak van het verbintenisrechtelijke nooderfrecht dan in het versterkerrecht waar automatismen werken en goederenrechtelijke verhoudingen in het geding zijn. Ik verwijs naar paragraaf 6. Wil men aan een verdergaande positie voor de samenlevingspartner dan louter een uitgebreidere plek in het nooderfrecht, dan zijn er systemen voorhanden om een en ander in goede banen te leiden. Ook zal op de werkbaarheid gelet moeten worden. Ik verwijs wat de werkbaarheid betreft naar paragraaf 6.2 die handelde over Schotland, maar ook naar het Curaçaose regime voor de samenlevingspartner in paragraaf 8.

De vervolgvraag is echter waarom de positie van de informele partner verbeterd zou moeten worden. Wat is de grondslag voor een positieverbetering? Wellicht is het slechts een kwestie van smaak. De eigen erfrechtelijke verantwoordelijkheid van de burger versus de helpende overheid. De samenlevingsrelatie is maat-

62 Uit een eerder onderzoek van het Centrum voor Notarieel Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen bleek overigens al voor gehuwden dat het 'langstlevende al' denken overheerst. Zie M.J.A. van Mourik, L.C.A. Verstappen & F.W.J.M. Schols, 'Langstlevende-testamenten en huwelijkse voorwaarden', *WPNR* 1996/6218.

schappelijk gezien volledig geaccepteerd en de wetgever heeft op diverse andere terreinen aandacht voor het niet-geformaliseerde samenleven. Waarom dan niet in het erfrecht? Ik verwijs naar het eerste intermezzo in paragraaf 4. Van belang voor het denken vind ik het adagium 'overlijden is ook scheiden'. Ik verwijs naar paragraaf 5. Voor echtgenoten geldt dat er alimentatie verschuldigd kan zijn als ze uit elkaar gaan. Voor samenlevingspartners geldt dat de postrelationele solidariteit, in beginsel, ontbreekt, tenzij hierover anders gecontracteerd is. Zou dit in de toekomst veranderen – en het alimentatieschaap over de dam komen voor samenlevingsrelaties en/of de alimentatie voor gehuwden beperkt worden – dan is zeker een herbezinning nodig, niet alleen voor de erfrechtelijke posities van samenlevingspartners maar ook voor die van gehuwden. Bij het huidige alimentatievrije uitgangspunt bij scheiding voor samenlevingsrelaties past niet goed dat er voor samenlevingspartners een dwingende postmortale solidariteit zou moeten gelden in de vorm van dwingendrechtelijke erfrechtelijke aanspraken. Het is daarom dat ik in mijn voorstel uitga van een regeling die van regelend recht is.⁶³

Vooraleer mijn voorstel te ontvouwen, eerst een stap terug: de vraag waarom überhaupt een verbetering van de erfrechtelijke positie van de samenlevingspartner en daarmee een voorstel gewenst is, heb ik nog niet beantwoord. Een positieverbetering stel ik thans voor op basis van de 'vermoedelijke erfrechtelijke wil'. Ik heb de indruk, welke indruk (enigszins) verstrekt wordt door de in paragraaf 6.4 gepresenteerde cijfers, dat samenlevingspartners als zij een gemeenschappelijke huishouding voeren, het beter met elkaar voor hebben dan met verre versterferfrechtelijke verwanten, en zelfs beter dan met hun kinderen. Dit antwoord leidt tot een volgende vraag: hoe moet die verbetering van positie dan ingekleurd worden? Geen dwingend recht, zo constateerde ik al. Dit niet alleen gelet op het alimentatieverhaal, maar ook in het kader van de partijautonomie. Wordt bewust gekozen voor een informele relatie met als achtergrond de wens om (ook) erfrechtelijk vrij te blijven, dan is er een bewuste erfrechtelijke wil, en moet het mogelijk zijn om het 'nieuwe' erfrechtelijke samenlevingsregime uit te sluiten.⁶⁴ Hoewel dit uitgangspunt er niet aan in de weg staat om de samenlevingspartner op te nemen bij de versterferfrechtelijke erfgenamen, kies ik hier niet voor. Niet omdat een versterferfgenaamschap een grote stap is die wellicht nog niet haalbaar is, maar om het nemen van eigen verantwoordelijkheid als uitgangspunt te laten blijven gelden, zonder evenwel de nodige bescherming aan de samenlevingspartners te onthouden. Vooralsnog zie ik dan ook heil in een regeling waarbij aangesloten wordt bij de andere wettelijke rech-

63 Voor de goede orde merk ik op dat ik hiermee niet wil zeggen dat ik het gewenst vind dat samenlevingspartners de deur zo maar dicht kunnen slaan bij verbreking van de relatie. Een wettelijke regeling op grond waarvan onder omstandigheden alimentatie kan worden toegekend lijkt mij een goede zaak.

64 Vergelijk de opting out-mogelijkheid van de Scottish Law Commission, Discussion Paper on Succession, nr. 215, 2009, p. 74 in recommendation 41: 'A person may, whether before or after the death of another person, renounce any entitlement to apply for an appropriate percentage of that person's estate.' Met als toelichting: 'When a couple decide to cohabit, we think that it is important that they should be free to regulate the legal consequences of their relationship. This will often be done under a pre-cohabitation agreement. Accordingly we think that at any time before or after the death a person should be able to renounce her statutory right to apply for an appropriate percentage of another person's estate.'

ten voor echtgenoten, zodat ook de langstlevende samenlevingspartner voor de verzorging het vruchtgebruik kan claimen van de nalatenschap. Om het nogmaals te zeggen: ik opteer wel voor regelend recht, zodat ‘testamentaire opting out’ mogelijk is.

Kortom: de samenlevingspartner dient een beroep te kunnen doen op de andere wettelijke rechten van art. 4:29 en 4:30 BW. Deze rechten kunnen evenwel testamentair ontnomen worden.⁶⁵ Op de invulling van het begrip samenlevingspartner kom ik in paragraaf 8 nog terug.

Hiermee lijkt een balans te kunnen worden gevonden tussen de eigen verantwoordelijkheid (die wordt geprikkeld door het ontbreken van een ruimhartige positie in het versterferrecht), de partijautonomie en gebaseerd op de vermoedelijke erfrechtelijke wil.

8. Intermezzo III: Curação als blauwdruk?

Nu de contouren van de regeling duidelijk zijn, is het de vraag of art. 4:30b lid 1 CBW als blauwdruk kan worden gebruikt voor een regeling. Art. 4:30 lid 1 CBW bepaalt immers:

‘Heeft de erflater onmiddellijk voorafgaande aan zijn overlijden tien jaren of langer samengeleefd met een ander als waren zij gehuwd, dan kan de rechter, indien dat redelijk is, bepalen dat de ander voor de toepassing van deze afdeling met een echtgenoot gelijkgesteld wordt.’

Zeker zeer inspirerend. Wel dienen we te beseffen dat op Curação deze regeling van dwingend recht is. De lezer kan thans wel raden waarom aldaar te lande daarvoor gekozen is. In de memorie van toelichting wordt het volgende opgemerkt:

‘1. In artikel 1:408b is de mogelijkheid geopend dat de rechter aan een persoon met wie een langdurig buitenhuwelijkse samenleving heeft bestaan recht op alimentatie toekent. Dit artikel luidt: “Hebben twee personen langdurig samengeleefd als waren zij gehuwd en is aan deze samenleving anders dan door de dood een einde gekomen, dan kan de rechter, indien dat redelijk is, aan een van hen op diens verzoek ten laste van de ander een uitkering tot levensonderhoud toekennen. Het bepaalde omtrent een uitkering tot levensonderhoud aan een gewezen echtgenoot is van overeenkomstige toepassing.”

2. In de Memorie van Toelichting bij Boek 1 is destijds opgemerkt (Staten van de Nederlandse Antillen 1996-1997, 1937, no. 3, onder Algemeen, p. 7, paragraaf 25 [zie ook p. 55 bij titel 17, afdeling 4]):

“Het Nederlandse Boek 1 regelt niet het concubinaat. Hier te lande zijn er evenwel stemmen opgegaan om voor de situatie dat een langdurig concu-

65 Dit moet eenzijdig kunnen, maar de vraag die hier opdoemt is of de ander hier niet van op de hoogte moet worden gebracht om gevolg te hebben. Het doet denken aan het fenomeen van het ‘stiekem herroepen’ en de mogelijkheden van het Duitse gemeinschaftliches testament. Zie mijn dissertatie *Quasi-erfrecht met bindende elementen*, Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht, Deventer: Kluwer 2005.

binaat wordt beëindigd (anders dan door overlijden), een voorziening te treffen (men zie E.L. Joubert, ‘Het concubinaat in het Antilliaanse recht’, in: *Niet-huwelijkse samenlevingsvormen*, Congres Antilliaanse Juristen Vereniging – Antilliaanse-Arubaanse Notariële Vereniging, 1990, p. 59 e.v., voorafgegaan door een opstel onder dezelfde titel in: *Samenleven Samenwerken* (bundel E.C. Henriquez), 1983, p. 183 e.v.). Ook in het onderhavige ontwerp wordt voorgesteld de rechter de mogelijkheid te geven om een uitkering tot levensonderhoud toe te kennen als dat in de gegeven omstandigheden redelijk is. Daarbij kan de rechter rekening houden met alle omstandigheden van het geval, zoals de duur van het concubinaat, de onderlinge taakverdeling, de leeftijd en gezondheid van de behoeftige gewezen partner en de leeftijd der eventuele kinderen. Het lijkt vooralsnog niet wenselijk om ook met betrekking tot het door een der partners opgebouwde eigen vermogen voorzieningen te treffen. De rechter heeft vaak wel mogelijkheden om tot een redelijk resultaat te komen, bij voorbeeld door aan te nemen dat krachtens uitdrukkelijke of stilzwijgende afspraak een bepaald gemeenschappelijk vermogen is ontstaan of een verrekeningsplicht. Denkbaar zou nog zijn om in geval van overlijden, aan de andere partner ter verzorging een aanspraak te geven op een som ineens uit de boedel. Deze laatste kwestie kan echter beter worden gezien in het kader van een latere herziening van het erfrecht. Ook de positie van de langstlevende echtgenoot verdient immers volgens velen verbetering.”

3. In de lijn van deze beschouwingen wordt thans, in het kader van de verbetering van de rechtspositie van de langstlevende echtgenoot, ook een opening aangebracht om tegemoet te komen aan de positie van een leefgezel met wie de erflater langdurig ongehuwd heeft samengeleefd. Vereist is een samenleving van ten minste tien jaren. Verder geldt als beperking dat de rechter slechts tot gelijkstelling met een langstlevende echtgenoot overgaat “indien dat redelijk is” (idem artikel 1:408b). De bewijslast ten aanzien van de tienjarige samenleving berust bij de leefgezel. Inschrijving in de basisregistratie persoonsgegevens op hetzelfde adres is uiteraard een belangrijke aanwijzing, maar ook kan bijvoorbeeld getuigenbewijs worden aangeboden. [...].’

Inderdaad, op Curaçao kan er onder omstandigheden alimentatie verschuldigd zijn tussen voormalige samenlevingspartners (art. 1:408b CBW), een regeling die thans (nog) ontbreekt bij ons. Op Curaçao is derhalve wél sprake van postrelationele solidariteit bij scheiding. Dit rechtvaardigt in ieder geval het dwingendrechtelijke karakter van de regeling aldaar.

Om geen nieuwe begrippen te hoeven introduceren in ons Nederlandse erfrecht zou ik de terminologie ‘als ware zij gehuwd’ voor Nederland willen mijden. Het lijkt goed aan te sluiten bij de in art. 4:82 BW gebezigde termen ‘andere levensgezel’ en ‘gemeenschappelijke huishouding’, vanzelfsprekend zonder te reppen van het notarieel verleden samenlevingscontract. Gelet op het feit dat sprake is van een erfrechtelijk vangnet, en ik mijn voorstel baseer op de vermoedelijke wil van erflater, zie ik niet direct de noodzaak om, zoals op Curaçao, te werken met een termijn.

9. Een aantal eerste reacties op voorstel tot positieverbetering

Naar aanleiding van mijn voorstel tot positieverbetering van de samenlevingspartner in het erfrecht^{66, 67} werd in het *Notariaat Magazine* van oktober 2013 de volgende stelling geponeerd:

‘Er moet een wettelijke erfrechtelijke voorziening komen voor samenlevers.’

Dat ik deze stelling zelf met ‘eens’ beantwoordde, zal niet verbazen. Maar ook de anderen, door de redactie van het Magazine gevraagd om een reactie, waren het met de stelling eens. Eensgezindheid alom, maar het is interessant om te zien hoe men een betere positie kort en krachtig beargumenteert. De suggesties die worden gedaan scherpen de gedachten. Ik laat hun aan het woord. F. Salomons, hoogleeraar Vrije Universiteit Amsterdam, reageerde als volgt:

‘De suggestie van collega Schols [gedaan op www.taxence.nl – red.] spreekt mij aan. De achterblijvende samenlevingspartner verdient meer bescherming dan hij in het huidige erfrecht “geniet”. Als de wetgever ertoe zou overgaan om de reikwijdte van de “andere wettelijke rechten” uit te breiden tot de samenlevingspartner, verdient het nog wel aandacht wie als samenlevingspartner kwalificeert. De eis van een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst, die gesteld wordt in artikel 4:82 BW, lijkt mij hier niet op zijn plaats. Bescherming is juist ook nodig voor diegenen die niets hadden geregeld. Als het aan mij ligt, zou de regeling zelfs dwingend mogen zijn, althans in die gevallen dat de samenlevingspartners samen kinderen hebben gekregen of samen het gezag over kinderen hebben gehad. Dat zou mooi aansluiten bij het voornemen van de (toenmalige) minister van Justitie om kinderen die onder gezamenlijk gezag van de partners stonden, recht te geven op de mogelijkheid van een som ineens als bedoeld in artikel 4:3 BW (zie brief van 1 mei 2000, TK 1999-2000, 22 700, nr. 31). Hopelijk kan ook dat voornemen dan als nog worden uitgevoerd.’

Terecht dat Salomons ook geen formele eisen wil stellen aan de samenlevingsrelatie. Hij denkt zelfs aan dwingend recht. Zoals gezegd, stel ik mij hierbij de vraag of dat past bij een alimentatievrij regime. Kolkman, hoogleeraar Rijksuniversiteit Groningen, liet het volgende geluid horen:

66 Zie de Taxence-blog van 21 augustus 2013: ‘Erfrechtelijke noodvoorziening voor samenlever in het wild: een voorstel’ (www.taxence.nl/erfrechtelijke-noodvoorziening-voor-samenlever-in-58617 lynkx). Zie ook *Notariaat Magazine*, oktober 2013 naar aanleiding van de Taxence-blog.

67 Niet onvermeld mag blijven dat ook Schrama al een erfrechtelijke positie voorstelde voor de langstlevende samenlevingspartner in bepaalde gevallen. Zie haar in noot 44 genoemde werk op p. 568: ‘Een erfrechtelijke regeling waarbij de langstlevende partner in ieder geval erft wanneer er geen ab-intestaaterfgenamen zijn. Indien het om ongehuwde samenlevers met kinderen gaat, zou een verdergaande bescherming wenselijk zijn, bijvoorbeeld door de toekenning van een eigen erfrechtelijke positie’. Luijten ziet niets in een positieverbetering. E.A.A. Luijten, ‘Dient ons erfrecht nog flexibeler te worden’, *Tijdschrift Erfrecht* 2011, afl. 1.

‘Uiteraard dient er een betere erfrechtelijke voorziening te komen voor ongehuwde samenwoners. De traditionele tegenwerping is dat “samenwoners ervoor kiezen niets te regelen”. Dan zou de wet voor hen ook maar niets moeten regelen. Het wordt tijd dat aanhangers van deze conservatieve visie zich wat beter verdiepen in de veelheid aan binnen- en buitenlandse bronnen die aantonen dat samenwoners helemaal niet kiezen, laat staan een bewuste gezamenlijke keuze maken. Men moddert maar wat aan, zonder kennis van het recht. De wetgever dient in bepaalde gevallen beschermend op te treden. Over de reikwijdte van een regeling voor samenwoners kan natuurlijk worden gediscussieerd. Hebben ze samen een kind, dan ligt volledige gelijkstelling aan gehuwden zeer voor de hand. Bijna 50 procent van de kinderen in Nederland wordt buiten huwelijk geboren (bron: Eurostat 26 maart 2013; het Europese gemiddelde ligt rond 40 procent). Zou het Nederlandse recht hier de toets van artikel 8 juncto 14 EVRM doorstaan? Ik vraag het mij af. Het is niet meer van deze tijd het huwelijk als centraal familierechtelijk uitgangspunt te nemen. Internationaal gezien loopt Nederland volstrekt uit de pas door de samenwoners (versterf)erfrechtelijk te negeren. Hetzelfde geldt voor de partner-alimentatie voor samenwoners. Hoewel de politiek aanvankelijk “niet onsympathiek” stond tegenover een dergelijke alimentatievoorziening, zal deze er voorlopig niet komen (zie *Kamerstukken II*, 28867, 29). Het enige voordeel dat ik kan bedenken van de huidige oubollige regeling betreft de omzet van de notaris: samenwoners die hun zaken goed voor elkaar willen hebben, dienen een samenlevingscontract en testamenten te laten opstellen.’

Heldere taal. Hij wil ver gaan. Voor zijn opmerkingen betreffende het hebben van kinderen verwijs ik naar paragraaf 6. Breederveld, advocaat te Alkmaar, is het ook eens met de stelling, zij het dat hij op de ‘formele toer’ gaat. Zoals gezegd in paragraaf 6.1 is het wat mij betreft echter juist de informele partner die onze aandacht nodig heeft. Ook hem laat ik aan het woord:

‘Vanuit de omstandigheid dat samenwoners vaak denken dat zij dezelfde rechten hebben als gehuwden is een gelijkstelling in erfrechtelijke zin tussen echtgenoten en samenwoners, die aan een aantal formele eisen voldoen (notarieel samenlevingscontract en ingeschreven staan op hetzelfde adres) te bepleiten. Ik zou dan kiezen voor een “*opting in*”. De samenwoner met wie gedurende een bepaalde periode (bijvoorbeeld vijf jaar) is samengewoond en die aan de hiervoor genoemde voorwaarden voldoet, wordt van rechtswege erfgenaam in de nalatenschap van zijn overleden partner en verkrijgt daarin dezelfde rechten als een echtgenoot. Wenst men dat niet, dan moet middels een testament daar wijziging in gebracht worden. Moet de partner al op een eerder tijdstip erfgenaam worden, dan is hiervoor ook een testament nodig. Anders dan bij een huwelijk meen ik dat een bepaalde termijn, voordat dit wettelijk recht ingaat, gerechtvaardigd is nu aan samenwoners, anders dan ten aanzien van echtgenoten vanaf de datum van het samenwonen, geen

rechten en verplichtingen (denk aan titel 6 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek) verbonden zijn.’

Hij legt overigens ook de link met de alimentatie en werkt met een termijn. Ik verwijs naar de termijn van tien jaar op Curaçao. Blokland, notaris te Tilburg, ziet het ook wel zitten:

‘Dat zou zeker een goede zaak zijn. In de praktijk zie je regelmatig ongelukken omdat mensen zelf niets regelen. Ik wil hierbij overigens wel onderscheid maken tussen de situatie van samenwoners zonder en met kinderen. Alleen voor de laatste categorie wil ik iets regelen waardoor de langstlevende tegen de aanspraken van de kinderen wordt beschermd. Je zou kunnen aanknopen bij de wettelijke verdeling, wetstechnisch eigenlijk verbluffend eenvoudig door te bepalen dat de partner met wie de erflater een gemeenschappelijke huishouding voert en een of meer kinderen heeft voor de toepassing van Boek 4 Burgerlijk Wetboek gelijk wordt gesteld aan een echtgenoot. Een interessante vraag is dan natuurlijk wel of de samenwoningspartner evenals een echtgenoot andere wettelijke rechten zou moeten hebben; dat lijkt mij een stap te ver. Dit onderwerp kan trouwens eigenlijk niet los worden gezien van de vraag of tussen ex-samenwoners (met kinderen) een alimentatieverplichting zou moeten bestaan, zie het welbekende rapport *Koude uitsluiting*. Beide kwesties hebben ook macro-economische aspecten. Als de partner erfrechtelijke bescherming respectievelijk alimentatie krijgt, hoeft hij minder snel een beroep te doen op bijstand of andere sociale voorzieningen, en dat is in deze tijd zeker niet verkeerd. Vanuit dat laatste perspectief kan ik me ook voorstellen dat op de uitkering wordt gekort als de samenwoners overeenkomen dat er geen alimentatieverplichting zal zijn, anders wordt het wel heel gemakkelijk om de eigen verantwoordelijkheid op de belastingbetaler af te wentelen.’

Ook Blokland is voor de verbetering van de erfrechtelijke positie voor de samenlevingspartner, zelfs op versterkerfrechtelijk niveau (erfgenaamschap). Hij ziet blijkbaar geen problemen op het rechtszekerheidsvlak. Flankerende maatregelen, zoals opgemerkt in paragraaf 6.1, zijn dan wel nodig. Aan dwingend recht wil ook hij niet, en de link met de alimentatie en de sociale voorzieningen wordt terecht gelegd.

10. Tot besluit: de bouwstenen voor het nieuwe regime

Alles overziende kom ik tot de conclusie dat wij toe zijn aan een aangepast erfrecht voor de ongehuwde niet-geregistreerde samenlevingspartner. Het bestaan van regelingen in het buitenland geeft mij steun. De volgende bouwstenen voor een nieuw regime rijk ik aan:

Wie?

'De andere levensgezel' van art. 4:82 BW (maar vanzelfsprekend zonder de eis van het notariële samenlevingscontract) met wie een duurzame gemeenschappelijke huishouding wordt gevoerd (als bedoeld in art. 4:28 lid 2 BW). Het vereisen van een minimale duur van het bestaan van de gemeenschappelijke huishouding is mogelijk maar geen must. Het hebben van gemeenschappelijke kinderen is niet vereist.

Wat?

De andere wettelijke rechten van art. 4:29 en 4:30 BW, met (een eenzijdige) opting out-mogelijkheid (wellicht met kennisgeving aan de partner). Ter voorkoming van misverstanden: de wetgever mag wat mij betreft verder gaan, maar het bovenstaande past mijns inziens in het huidige erfrechtelijke en relatievermogensrechtelijke systeem, en is mede ingegeven door de resultaten van het onderzoek betreffende de testamentenpraktijk. Bovendien, zo zegt mijn gevoel, is deze stap haalbaar.

Jaarrede voorzitter

Toegang tot het recht

Prof. mr. S.E. Zijlstra

Twee jaar geleden hield onze toenmalige voorzitter Peter Ingwersen een jaarrede over de toegang tot de rechter. Daarin brak hij de staf over de voorstellen van het kabinet tot invoering van zogeheten kostendekkende griffierechten. Die voorstellen zijn gelukkig ingetrokken, misschien niet vanwege de jaarrede, maar wel vanwege de redenen die Ingwersen daarin scherp verwoordde.

Ik wil het vandaag met u hebben over toegang tot het *recht*. Toegang tot de rechter maakt daar onderdeel van uit, maar ik bedoel het hier breder. Mij gaat het er vandaag om, of mensen weten, of kunnen weten, wat hun rechten en plichten zijn. Het recht regelt rechtsverhoudingen, verbindt rechtsgevolg aan bepaalde handelingen, het gebiedt en verbiedt, en het bevat waarborgen tegen onrechtmatig gedrag. Maar dan moet je je recht wel kennen.

Enkele weken geleden kwam in het nieuws dat het nogal eens voorkomt dat erfgenamen zonder het te weten een erfenis aanvaarden die meer schulden dan vermogen bevat. Dat gebeurt dan bijvoorbeeld doordat men, nog daas van het zojuist geleden verlies, door het huis van de overledene loopt en een fotoalbum in de tas stopt, om dat thuis nog eens te kunnen bekijken. Dat blijkt dan een rechtshandeling te zijn, gericht op het aanvaarden van de erfenis, met de in dit geval ongelukkige bijkomstigheid dat men er geld moet bijleggen.

Nu is dat heel vervelend voor betrokkene, maar zo werkt dat nou eenmaal. Aan ons rechtssysteem ligt ten grondslag het aloude adagium dat ieder geacht wordt de wet te kennen. Mensen kunnen er zich in rechte niet op beroepen het recht niet te kennen.¹ Het leerstuk van de verontschuldigbare rechtsdwaling is in onze rechtsorde dan ook uiterst beperkt.²

Dat men geacht wordt bekend te zijn met het recht, doet er niet aan af dat rechtsvormers de plicht hebben om het recht bij de justitiabelen bekend te maken.

Die plicht ligt allereerst hierin, dat wetten niet mogen werken voordat ze bekend zijn gemaakt en algemeen verkrijgbaar zijn gesteld. Nu helpt dat de gemiddelde burger niet, want die kan zijn rechten en plichten niet uit die wetten afleiden:

1 Zie ook Latijn: 'Nemo censetur ignorare legem' of ignorantia juris neminem excusat. Nederlands: het niet kennen van de wet is voor niemand een excuus. Engels: ignorance of the law excuses no-one.

2 HR 22 november 1949, NJ 1950, 180 (*Motorpapieren*), HR 18 november 1975, NJ 1976, 123 en HR 23 mei 1995, NJ 1995, 631 (*Justitiefolders*) en HR 26 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0813. Zie ook J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008, p. 221 (objectieve rechtsonzekerheid).

ze moeten als het ware voor hem vertaald worden,³ en dan ook, als het voor hem relevant wordt, onder zijn aandacht worden gebracht.

Dat gebeurt op talloze, onvergelijkbare manieren. Ik doe een greep.

Mensen kunnen natuurlijk een advocaat raadplegen. Maar in die zin is het net als bij de dokter: je gaat er pas naartoe als je klachten hebt. En hoe weet je dat je juridische ‘klachten hebt’, dat wil zeggen dat je rechtspositie bedreigd wordt? Daarvoor moet je je rechtspositie weten. Een vicieuze cirkel dus.

Vroeger had je het boekje ‘Ken uw recht’, maar dat is alleen nog antiquarisch verkrijgbaar, en dus verouderd.

Er zijn verschillende organisaties die het als hun hoofddoel of ten minste als belangrijke taak zien om mensen op de hoogte te stellen van hun rechten en plichten. Denk bijvoorbeeld aan de Consumentenbond, maar ook aan TV-programma’s als Radar en Kassa. Van oudsher richten zij zich op consumentenrecht, maar hun aandacht gaat ook uit naar belastingen en leges. Er is een commerciële website juridischloket.nl, waar allerlei FAQ’s en verwijzingen op staan. Wat betreft informatie over meer specifieke rechtsgebieden kan worden gewezen op websites als notaris.nl, waar allerlei informatie over personen-, familie- en goederenrecht te vinden is.

Maar ook de overheid zelf ziet in dat zij het niet bij publiceren van wetten kan laten.

De meeste informatie die de overheid burgers en bedrijven verschaft, betreft rechten en plichten tegenover de overheid zelf. Denk aan de sites van de belastingdienst en de belastingtelefoon, de informatie op gemeentelijke websites, maar ook op postkantoor en bibliotheek, informatie over vergunningen etc.

Maar sommige vormen van informatievoorziening hebben vooral ten doel de bekendheid met de wetgeving te vergroten om de werking van die wetgeving te bevorderen.

Zo heeft rijksoverheid.nl een pagina⁴ waarop veel informatie staat over het systeem van verzekeringen, bedoeld om het systeem optimaal te laten functioneren. Ik stuitte bij het zoeken op internet op wegwijsinhetrecht.nl, een site die nota bene door de Sociale Verzekeringsbank is opgezet, en waar men informatie kan vinden over alle rechtsgebieden, een beetje zoals het juridisch loket dat ik eerder noemde.

Favoriet bij mij zijn de programma’s Wegmisbruikers en Blik op de Weg. Die programma’s worden gemaakt in nauwe samenwerking met het openbaar mi-

3 S.E. Zijlstra, *De waarde van wetgevingstechniek*, preadvies CJV 2012.

4 www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/zorgverzekering/vraag-en-antwoord/welke-polissen-biedt-de-zorgverzekering.html.

nisterie en het ministerie van I&M, en hebben mede ten doel mensen bewust te maken van verkeersregels. Als er een verkeersregel is die niet meteen duidelijk is, dan komt verkeersofficier Koos Spee in beeld. Koos, hoe zit dat eigenlijk met aanhangers? Hoe lang mogen die zijn? En dan gaat Koos dat rustig uitleggen.

In zeer bijzondere gevallen stelt de overheid het wettelijk verplicht om je te verdiepen in de regels: wie auto wil rijden, moet met succes een rijexamen afleggen, waarbij kennis van de verkeersregels in theorie en praktijk wordt getoetst.

Er is dus duidelijk een schat aan informatie beschikbaar, maar even duidelijk is, dat die informatie lacuneus is. We zagen al het voorbeeld van de argeloze erfgenaam: die wéét nu juist niet dat hij moet opletten, en daarom gaat het mis. Maar er zijn meer van dit soort gevallen. Een bekend voorbeeld is het gebruik van algemene voorwaarden: ze hangen bij de deur, maar niemand leest ze. Is het niet van belang dat mensen erop worden gewezen dat het systeem zo werkt? Nog eentje van een geheel andere soort. Wie zijn auto op straat wast, pleegt een misdrijf.⁵ Dat zal niet iedereen weten. En je gaat natuurlijk niet op internet zoeken of je auto wassen op straat strafbaar is. Je komt het dus pas te weten als je wordt vervolgd.

Bij de veelheid aan internet-informatie is er ook nog het risico dat de informatie onjuist, onvolledig⁶ of eenzijdig is. Met name het laatste komt veel voor. Er bestaan bijvoorbeeld verschillende sites waarop ziektekostenverzekeraars worden vergeleken, maar recentelijk bleek dat achter sommige van die sites verzekeraars zitten, waarbij hun eigen verzekering er opvallend vaak als beste uitkomt. Dat type informatie komt neer op het bekende 'Wij van WC-eend adviseren WC-eend.' Dan doet het meer kwaad dan goed.

Ten slotte is de veelheid van informatie precies dat: het is zoveel, dat je al snel door de bomen het bos niet meer ziet.

En dat vind ik problematisch. Waarom?

Als mensen niet weten wat de rechtsregels zijn, werken wetten niet goed, en zijn ze ook niet goed te handhaven. In het Haagse wetgevingsbeleid wordt voor de ex ante inschatting van naleving van wettelijke regels de zogeheten Tafel van Elf gebruikt.⁷ Eerste toetsingspunt daarbij is de vraag of mensen op de hoogte zijn van de regels. Is het antwoord nee, dan kun je eigenlijk wel ophouden.

Daarnaast is een rechtssysteem waarin mensen geconfronteerd worden met gevolgen van regels waarmee ze redelijkerwijs niet bekend kunnen zijn, simpelweg onrechtvaardig.

5 Art. 1a, onder 1°, jo. art. 2 lid 1 WED jo. art. 13 Wet bodembescherming.

6 Googelen op 'op straat auto wassen' leverde vooral op dat het 'in veel gemeenten verboden is.' Dat is dus op zijn minst onvolledig.

7 Zie daarover S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, hoofdstuk 12.

Die lacunes kunnen niet allemaal worden opgevuld, en dat hoeft ook niet. Ik heb er gevoelsmatig minder moeite mee als iemand wordt bekeurd voor te hard rijden terwijl hij de maximumsnelheid niet kent, dan de argeloze erfgenaam in het voorbeeld waarmee ik deze rede begon. Kennelijk zijn er factoren die bepalen van welke regels we wel, en van welke regels we het niet aanvaardbaar vinden dat mensen ze niet kennen. Welke factoren kunnen dat zijn? Ik onderscheid er vier.

1. *Hoedanigheid van rechtssubjecten*

De eerste bepalende factor is de hoedanigheid van de rechtssubjecten, meer in het bijzonder de vraag wat zij weten en redelijkerwijs kunnen weten. Er zijn rechtssubjecten die min of meer structureel met een bepaald rechtsgebied te maken hebben, en om die reden geacht mogen worden zich daarin te verdiepen. Dat gaat allereerst om professionals, mensen die beroepsmatig met een bepaald rechtsgebied te maken hebben. Een fabrikant wordt geacht de regels over milieu, productveiligheid en arbeidsomstandigheden te kennen dan wel te zorgen dat die kennis in zijn bedrijf aanwezig is.⁸ Maar in dezelfde categorie vallen mensen die bewust in een bepaalde rechtsverhouding stappen, dat wil zeggen handelingen plegen waarvan zij kunnen vermoeden dat er bijzondere regels voor gelden die zij moeten weten. Wie bestuurder van een tennisclub wordt, moet kennis nemen van het verenigingsrecht. Wie inkomsten heeft, verdiepe zich in de inkomstenbelasting. Wie gaat werken, verdiepe zich in de belangrijkste regels van arbeidsrecht, om maar eens een paar voorbeelden te noemen.

Aan de andere kant van het spectrum bevindt zich onze erfgenaam, die ik niet voor niets argeloos noemde: hij is van rechtswege erfgenaam geworden, en weet nog niks van zijn rechten en plichten. Dan is actieve informatievoorziening geïndiceerd.

Het is bij deze factor van belang te onderkennen dat zij contextueel is bepaald: de fabrikant kan natuurlijk ook erven, en is in die context geen 'professional'.

2. *Aard, inhoud en strekking van de betrokken rechtsregels*

Een tweede factor die van belang is om te bepalen of burgers actief op hun rechten en plichten moeten worden gewezen, is aard, inhoud en strekking van de betrokken rechtsregels. De gecompliceerdheid van de regels speelt daarbij een grote rol. Belastingrecht is dermate gecompliceerd, dat het de meeste justitiabelen op kniehoogte moet worden aangereikt, anders kunnen zij er niks mee. Daarnaast is van belang of de regel wat ik maar even noem 'verrassend' is, dat wil zeggen ver van het rechtsbewustzijn van burgers af ligt. Denk weer aan het voorbeeld van het meenemen van een fotoalbum: niemand verwacht de rechtsgevolgen die dat heeft. Dat pleit er natuurlijk voor om bij de rechtsvorming zo veel mogelijk aan te sluiten bij het rechtsbewustzijn van de rechtsgenoten, maar dat gaat nu eenmaal niet altijd.

⁸ In de jurisprudentie over rechtsdwaling en in het Haagse wetgevingsbeleid speelt een rol of de betrokkenen kunnen worden beschouwd als professionals. Zie voor dit laatste (in de context van zelfregulering) Ph. Eijlander, *Het wetgevingsbeleid na de Bruikbare rechtsorde. In de beperking toont zich de meester*, Preadvies Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, Nijmegen: Wolf 2007.

3. Ernst van de gevolgen

Derde factor is de ernst van de gevolgen. Overtreding van een regel, of het niet gebruiken van een rechtswaarborg, kan kleine of grote gevolgen hebben. Duidelijk zal zijn dat noodzaak om burgers op de hoogte te stellen van de geldende rechtsregels groter wordt naarmate de gevolgen van niet-kennen groter zijn.

4. Onomkeerbaarheid van de gevolgen

Hetzelfde geldt voor de vierde en laatste factor, de onomkeerbaarheid van de gevolgen. Overbekend is het probleem van het niet of niet tijdig gebruik van rechtsmiddelen. Gaat het om een geschil met de overheid, dan verlies je na zes weken alle rechten, enkele bescheiden uitzonderingen daargelaten. Dat moeten mensen dus weten.

Scoren

We zouden de vraag of er aanleiding of zelfs noodzaak is tot informatievoorziening aan de burgers over hun rechtspositie kunnen bepalen door de hiervoor genoemde vier factoren te 'scoren'. Hoge score: actieve informatievoorziening.

Wie moeten dat dan gaan doen?

In mijn opvatting heeft de overheid pas een rol in de samenleving voor zover burgers en hun organisaties, eventueel daartoe van overheidswege gefaciliteerd (bijvoorbeeld door subsidie) het betrokken publieke belang niet kunnen behartigen.⁹ In dit geval brengt dat mee dat de overheid het overlaat aan de consumentenorganisaties of commerciële instellingen, en alleen zelf in lacunes voorziet als eerdergenoemde instellingen dat niet of niet adequaat doen.

De problemen die ik eerder schetste, met name de onvolledigheid, onjuistheid en eenzijdigheid van de bestaande informatie, maar ook problemen om er de weg in te vinden, tezamen met de eindverantwoordelijkheid van de overheid voor een goed functionerend rechtstelsel, brengen mee dat de overheid op structurele wijze moet voorzien in die bewaking. Het is naar mijn oordeel wenselijk dat die bewaking wordt opgedragen aan een onafhankelijke overheidsinstantie. Onafhankelijk, omdat het ook gaat om rechten tegenover de overheid zelf. Dat kan een bestaande zijn, zoals de raad voor de rechtspraak, maar ook een nieuw te creëren Autoriteit. Het vraagstuk waar ik het vandaag over heb, is eenvoudigweg te belangrijk om nog op de huidige weg voort te kunnen gaan.

Ten slotte.

Ik denk dat we moeten blijven vasthouden aan het adagium dat ieder geacht wordt de wet te kennen. Dat loslaten is het rechtssysteem loslaten. Dat doet er niet aan af dat mensen ook redelijkerwijze moeten kunnen weten wat hun rechten en plichten zijn. Ik heb daarvoor een paar handvatten geformuleerd die de basis kunnen zijn voor, zo niet directe maatregelen, dan in ieder geval, nader onderzoek.

9 R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, 6^e druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 656-657.

Al die maatregelen zijn echter tevergeefs als mensen niet van zichzelf een zekere antenne hebben voor juridische risico's en kansen. Die antennes moeten wat mij betreft al in een vroeg stadium worden ontwikkeld. Het lijkt me van belang dat hier al in het basisonderwijs aan wordt gewerkt. In het onderwijscurriculum zou een vak burgerschap moeten worden gegeven, waarin kinderen gevoeligheid voor deze materie wordt bijgebracht.

Bij voorrang dient daarbij aandacht te worden besteed aan de risico's van internetgebruik. Ik acht die risico's voor met name jonge kinderen dermate groot, dat het onderwijs hier al in laten we zeggen groep 4 in moet voorzien. Het probleem is naar mijn oordeel zelfs zo acuut, dat, vooruitlopend op een dergelijke curriculumwijziging, de overheid een grootscheepse informatiecampagne moet starten. Zou u dit probleem langs mijn vier factoren leggen, dan zou u zien, dat zij met ruime voorsprong alle andere achter zich laat.