

De verdwenen nalatenschap

VFP 2020/70

In dit artikel wordt ingegaan op de juridische mogelijkheden van het gedupeerde kind om na het overlijden van de langstlevende ouder verdwenen vermogen terug te halen. Het gaat dan om vermogen dat is verdwenen door financiële handelingen die zijn verricht in de periode vóór het overlijden.

1. Inleiding

Onlangs belde een dame, wonende in het buitenland, naar ons advocatenkantoor. Ze vroeg om hulp omdat ze niet wist waar haar hoogbejaarde moeder verbleef. De zus van deze dame wilde haar niks vertellen. De dame was bang dat haar moeder, weduwe, door haar zus werd geïsoleerd en financieel werd uitgekleeft. Als dit vermoeden juist is, dan is deze dame mogelijk nog op tijd om te voorkomen dat het gehele vermogen van haar moeder op een gegeven moment verdwenen is. De meesten komen er namelijk pas ná het overlijden van hun ouder achter dat er vermogen is verdwenen. Verdwenen door dubieuze financiële handelingen met of door een betrokkene. Soms is er zelfs sprake van financieel ouderenmisbruik. De betrokkene is veelal ook een kind. Vooral als die betrokkene het volle vertrouwen genoot, zijn deze zaken pijnlijk voor de benadeelden.

2. Hoedanigheid benadeelde kind

Ten eerste moet worden onderzocht wat nu precies de hoedanigheid is van het benadeelde kind: erfgenaam of legitimaris niet-erfgenaam. Hierbij is het volgende van belang.

2.1 Testament

Uitgezocht moet worden of de overleden ouder bij testament over zijn of haar nalatenschap heeft beschikt en zo ja, bij welke notaris het testament is opgemaakt dan wel kan worden opgevraagd. In een testament staat wie de erfgenamen van de overledene zijn. Is er geen testament, dan kan er geen sprake zijn van onterving. Onterven kan namelijk alleen bij testament.

2.2 CTR

In het Centraal Testamentenregister (CTR) houden (kandidaat-)notarissen bij wanneer en bij welke notaris iemand een testament heeft laten opmaken. Pas als iemand is overleden kan het CTR worden geraadpleegd. Iedere notaris en kandidaat-notaris kan het (CTR) raad-

plegen, maar ook particulieren kunnen dat. Hiervoor is een akte van overlijden of een afschrift ervan nodig. Veelal is de uitvaartondernemer bereid om een kopie van de akte te verstrekken. Zo niet, dan kan de akte van overlijden tegen betaling worden opgevraagd bij de gemeente waar de ouder is overleden.

2.3 Geen testament

Is er geen testament, dan bepaalt de wet wie de erfgenamen zijn. Ervan uitgaande dat de andere ouder is vooroverleden, zijn alle kinderen en, in geval van een vooroverleden kind, de kleinkinderen bij plaatsvervulling, de erfgenamen voor gelijke delen.

2.4 Onterving

Als er wel een testament is en er is een kind onterfd, dan is dat kind een legitimaris niet-erfgenaam. De legitimaris niet-erfgenaam kan binnen vijf jaar na het overlijden van de ouder aanspraak maken op de legitieme portie. De legitieme portie wordt ook wel wettelijk kindsdeel genoemd. Het kind is dan een schuldeiser van de nalatenschap en heeft een nader te bepalen geldvordering op de nalatenschap.

3. Financiële administratie

Als de hoedanigheid bekend is, dan kan worden onderzocht wat er nu precies is gebeurd met het vermogen. Wat was er op enig moment aan vermogen aanwezig en wat is er aan vermogen verdwenen en hoe? Dit zal moeten blijken uit de financiële administratie van de overleden ouder. Die administratie is echter vaak niet in het bezit van het benadeelde kind. De hoedanigheid van het benadeelde kind bepaalt op welke informatie het kind recht heeft en op welke wijze de informatie kan worden verkregen.

4. Informatierecht van een erfgenaam

Is het kind erfgenaam dan is die in beginsel mede-eigenaar van de gehele financiële administratie van de overleden ouder. De erfgenaam is immers een deelgenoot van de bijzondere gemeenschap, te weten de opengevallen nalatenschap. Tot de nalatenschap behoort de financiële administratie. Als deelgenoot heeft de erfgenaam recht op inzage en afschriften van de financiële administratie van erflater jegens de andere erfgenamen en jegens derden, zoals de bank. De voornaamste juridische grondslag om van een andere erfgenaam informatie te krijgen is artikel 3:166 BW jo. artikel 6:2 BW.

De erfgenaam kan ook een beroep doen op de exhibitieplicht van artikel 843a Rv om de financiële administratie te krijgen. Artikel 843a Rv bepaalt dat hij, die daarbij

¹ Mr. M.C.G. (Martine) Stut is advocaat en mediator te Rotterdam bij Uiteen – Kantoor voor Familie- en Erfrecht.

rechtmatig belang heeft, op zijn kosten inzage, afschriften en uittreksels van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking kan vorderen van degene die deze bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft. In de jurisprudentie wordt aangenomen dat een (mede-)erfgenaam rechtmatig belang heeft bij afgifte van (kopieën van) afschriften van de bankrekening van erflater als wordt gesteld dat de andere erfgenaam gelden aan het vermogen van de erflater heeft onttrokken.

4.1 *Periode vóór overlijden*

De erfgenaam heeft in beginsel ook recht op inzage en afschriften van financiële bescheiden over de periode vóór het overlijden. Dat is echter niet in iedere situatie het geval. Een voorbeeld van een situatie waarin dat recht er niet is, is bijvoorbeeld wanneer de wettelijke verdeling aan de orde is (artikel 4:13 BW). In dat geval gaan alle goederen (waaronder de financiële administratie) over op de langstlevende echtgenoot of geregistreerde partner. Dit is niet altijd de andere ouder van het kind. De kinderen krijgen een geldvordering ten laste van de langstlevende ter grootte van de waarde van het erfdeel. Deze geldvordering is in beginsel niet-opeisbaar. Het kind en de langstlevende hebben over en weer recht op informatie over de omvang en samenstelling van de nalatenschap om de hoogte van de geldvordering vast te stellen (artikel 4:16 lid 4 BW). Het recht op informatie strekt aanvankelijk niet verder dan de boedelbeschrijving van de nalatenschap met bescheiden waarop die boedelbeschrijving is gebaseerd.

4.2 *Executeur*

Een erfgenaam kan ook bij de executeur terecht voor informatie. Een executeur is op grond van artikel 4:146 lid 2 BW verplicht om met bekwame spoed een boedelbeschrijving op te stellen. Daarbij heeft een executeur een uitgebreide informatieplicht jegens de erfgenamen, omdat hij uit hoofde van artikel 4:148 BW gehouden is een erfgenaam alle door deze gewenste inlichtingen omtrent de uitoefening van zijn taak te geven. Het niet voldaan aan deze verplichtingen kan een reden zijn voor de kantonrechter om de executeur op verzoek van de erfgenaam te ontslaan wegens gewichtige redenen op grond van artikel 4:149 lid 2 BW. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak van Hof Den Haag van 12 augustus 2015 (ECLI:NL:GHDHA:2015:2523).

5. **Informatierecht van een legitimaris niet-erfgenaam**

Is het kind legitimaris niet-erfgenaam en dus schuldeiser dan is de juridische grondslag voor het verkrijgen van informatie artikel 4:78 lid 1 BW. Dit artikel bepaalt dat een legitimaris, die niet erfgenaam is, tegenover de erfgenamen en executeur aanspraak kan maken op inzage in en verschaffing van afschriften van alle bescheiden en alle daartoe strekkende inlichtingen, die hij voor de bereke-

ning van zijn legitieme portie nodig heeft. Dit informatierecht is erg ruim, maar beperkt zich tot gegevens die nodig zijn voor het berekenen van de legitieme portie. Het verschilt per geval hoe verstrekkend het informatierecht gaat.

5.1 *Welke informatie opvragen?*

Bij een eerste verzoek om informatie namens een legitimaris kan de volgende informatie worden opgevraagd:

- verklaring van executele en/of verklaring van erfrecht;
- een overzicht van alle goederen en schulden op het moment van overlijden;
- de gegevens die aan het overzicht ten grondslag liggen zoals afschriften van alle bank- en girorekeningen waarop zichtbaar is wat het saldo op de sterfdatum was en taxatierapporten;
- afschriften van alle bank- en girorekeningen betreffende de laatste vijf jaar voorafgaand aan het overlijden;
- een opgave van alle giften die tijdens leven zijn gedaan;
- de voorlopige en/of definitieve aangifte voor de inkomstenbelasting (de overlijdensaangifte);
- de aangifte erfbelasting (voorheen genoemd successierechten) en de daarmee verband houdende aanslagen;
- alle overige informatie die van belang kan zijn voor het berekenen van de legitieme portie.

Vaak blijkt na bestudering van deze eerste 'basisgegevens' of er meer informatie nodig is en zo ja, welke.

5.2 *Waarde*

Van belang is dat het, bij het berekenen van de legitieme portie, gaat om de waarde van de goederen van de nalatenschap op het tijdstip onmiddellijk na het overlijden van de ouder. In geval van een onroerend goed gaat het dus om de marktwaarde; niet om de WOZ-waarde. Daartussen kan een groot verschil zitten. Om de marktwaarde vast te stellen moeten de goederen worden getaxeerd per datum overlijden. Dat een woning maanden na het overlijden met winst of verlies wordt verkocht, heeft dus geen invloed op de hoogte van de legitieme portie.

5.3 *Periode vóór overlijden*

Uit het overzicht blijkt dat ook kan worden gevraagd om stukken van de jaren vóór het overlijden van de ouder. Niet in alle gevallen hoeven deze gegevens te worden verstrekt. Dat hangt ervan af of het kind er recht en belang bij heeft om zelf onderzoek te doen in de financiële administratie van vóór het overlijden. Dat recht en belang is er in de situatie dat bijvoorbeeld de verstrekte informatie aantoonbaar onvolledig is om de legitieme portie te berekenen en er rekening mee moet worden gehouden dat bij het verstrekken van de informatie ten onrechte:

- goederen van de nalatenschap zijn overgeslagen;
- giften niet in aanmerking zijn genomen;
- schulden in mindering worden gebracht.

Uit de jurisprudentie blijkt dat de kans dat de rechter bepaalt dat ook deze gegevens moeten worden verstrekt groot is.

5.4 Hoedanigheid partijen

Als duidelijk is welke hoedanigheid het kind heeft en welke informatie kan worden opgevraagd, is het van belang dat de juiste persoon in de goede hoedanigheid wordt aangeschreven. Bijvoorbeeld als er een executeur is benoemd. De executeur vertegenwoordigt de erfgenamen in en buiten rechte (artikel 4:145 lid 2 BW). Dat betekent dat de executeur moet worden verzocht om afgifte van de stukken en dat een procedure tegen de executeur moet worden gestart. In geval van een nalatenschap die wordt vereffend, dient zodoende de vereffenaar te worden aangeschreven en te worden betrokken in een procedure (artikel 4:211 lid 2 BW). Een procedure tegen de erfgenamen zal mogelijk leiden tot niet-ontvankelijkheid.

6. Etiketteren van transacties

Nadat de 'volledige' financiële administratie is verkregen en onderzocht, kan worden geconcludeerd of het wantrouwen en de vermoedens terecht of onterecht zijn geweest. Als er dubieuze transacties – zoals uitgaven, pinopnamen of overboekingen die niet vallen binnen het normale uitgavenpatroon van de overleden ouder – zijn ontdekt dan is de volgende vraag hoe deze transacties kunnen worden geëtiketteerd en of en zo ja hoe, het geld kan worden teruggehaald.

6.1 Giftenproblematiek bij legitieme

Vanwege de wijze van het berekenen van de legitieme portie, heeft de legitimaris niet-erfgenaam er veelal belang bij dat de dubieuze transacties worden aangemerkt als een gift. De legitieme portie wordt namelijk berekend over de waarde van de goederen van de nalatenschap, vermeerderd met de in aanmerking te nemen giften en te verminderen met bepaalde schulden (artikel 4:65 BW). De uitkomst daarvan wordt de legitimaire massa genoemd.

Gift

Het begrip gift wordt gedefinieerd in artikel 7:186 BW als iedere handeling die ertoe strekt dat degene die de handeling verricht een ander ten koste van eigen vermogen verkrijgt. Een gift kan op velerlei wijzen plaatsvinden. Het kan gaan om een schenking; een overeenkomst waarbij tegenover de verrijking geen tegenprestatie staat. Het kan echter ook gaan om een overeenkomst mét een tegenprestatie. Bijvoorbeeld als een woning tegen een veel lager bedrag dan de marktwaarde wordt verkocht. De gift kan een feitelijk handelen zijn; het bouwen van een huis

op de grond van een ander. Maar ook een niet-handelen kan een gift zijn. Het is dan ook niet juist om alleen om een opgave van de schenkingen te vragen; het gaat om ook alle andere giften, niet alleen om schenkingen.

Het is aan degene die stelt dat er sprake is van een gift om dit te onderbouwen. Als partijen er onderling niet uitkomen, zal de rechter moeten beslissen of er wel of geen sprake is van een gift.

In de artikelen 4:67 tot en met 4:69 BW wordt bepaald welke giften wel en niet in aanmerking worden genomen bij het berekenen van de legitieme portie. Giften aan een afstammeling gedaan dienen te allen tijde in aanmerking te worden genomen, mits deze afstammeling een legitimaris is. Het gaat dan om de persoon die aanspraak kan maken op de legitieme portie en niet om de persoon die dat daadwerkelijk heeft gedaan (Hof Arnhem-Leeuwarden 6 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1168).

Inbreng

Voor de erfgenaam is het doorgaans minder van belang dat een transactie als een gift wordt aangemerkt. Sinds het nieuwe erfrecht van toepassing is, sinds 1 januari 2003, worden giften in beginsel namelijk niet meer gezien als voorschot op de erfenis die bij de verdeling van de nalatenschap moet worden ingebracht (artikel 4:229 BW). Onder het oude erfrecht gold het tegenovergestelde; een gift moest in beginsel worden ingebracht, tenzij bij de gift of bij testament anders was bepaald. Het oude erfrecht is nog steeds van toepassing voor giften gedaan onder het oude recht.

Schending legitieme erfgenaam

Soms kan een gift betekenen dat een erfgenaam minder ontvangt als erfgenaam dan hij als legitimaris niet-erfgenaam zou hebben gekregen. Er kan dan sprake zijn van schending van de legitieme van een erfgenaam. In dat geval kan de erfgenaam zijn erfdeel aanvullen door bijvoorbeeld de begiftigde in te korten. Ook voor deze erfgenaam geldt dat binnen vijf jaar na het overlijden van de ouder aanspraak moet worden gemaakt op de legitieme portie ter verkrijging van het tekort, omdat het recht anders vervalt. Voor de inkortingsverklaring geldt dezelfde termijn.

Vernietiging schenking

Schenkingen kunnen na het overlijden van de ouder door de erfgenamen, de rechtsopvolgers, worden vernietigd. Het voordeel hiervan is dat de omvang van de nalatenschap toeneemt en er dus meer te erven is.

Geestelijke stoornis

Een vernietigingsgrond is dat er sprake was van een geestelijke stoornis bij de schenker (artikel 3:34 BW) ten tijde van de schenking. Dit standpunt kan alleen slagen als medische gegevens dit aantonen. Hiervoor is het verkrijgen van het medisch dossier van de overleden ouder noodza-

kelijk. Daarbij zou het medisch beroepsgeheim roet in het eten kunnen gooien. Met ingang van 1 januari 2020 is in de wet echter een mogelijkheid opgenomen om het medisch beroepsgeheim te doorbreken. Artikel 7:458a BW bepaalt dat de hulpverlener desgevraagd inzage in of afschrift van gegevens uit het dossier van een overleden patiënt verstrekt aan eenieder die een zwaarwegend belang heeft en aannemelijk maakt dat dit belang mogelijk wordt geschaad en dat inzage in of afschrift van gegevens uit het dossier noodzakelijk is voor de behartiging van dit belang.

Misbruik van omstandigheden

Waar testamenten niet kunnen worden vernietigd omdat deze door misbruik van omstandigheden tot stand zijn gekomen (artikel 4:43 lid 1 BW), is dat bij schenkingen wel mogelijk. Artikel 7:176 BW bepaalt dat, als de schenker feiten stelt waaruit volgt dat de schenking door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen, bij een beroep op vernietigbaarheid de bewijslast van het tegendeel op de begiftigde rust, tenzij van de schenking een notariële akte is opgemaakt of deze verdeling van de bewijslast in de gegeven omstandigheden in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou zijn. Er is sprake van een bijzondere bewijslastverdeling ter versterking van de positie van de schenker.

7. Rekening en verantwoording

Een andere mogelijkheid voor de erfgenaam om het vermogen terug te halen, is om degene, die door de dubieuze handelingen is bevoordeeld, rekening en verantwoording te laten afleggen. Een legitimaris niet-erfgenaam heeft die mogelijkheid overigens niet.

Het afleggen van rekening en verantwoording aan de erfgenaam is geen vanzelfsprekendheid. Vooral als daarvoor geen basis kan worden gevonden in de wet of in een rechtshandeling en het dus afhangt van de vraag of er een verplichting op grond van ongeschreven recht zou zijn. Voorbeelden van wanneer de wet verplicht om rekening en verantwoording af te leggen zijn:

- de executele (artikel 4:151 BW);
- overeenkomst van opdracht (artikel 7:403 lid 2 BW);
- en zaakwaarneming (artikel 6:199 lid 2 BW).

Een voorbeeld van de verplichting tot het afleggen van rekening en verantwoording die voortvloeit uit een rechtshandeling is bijvoorbeeld een volmacht (al dan niet vastgelegd in een levenstestament) waarbij aan de gevolmachtigde de verplichting tot het afleggen van rekening en verantwoording is opgelegd.

Hierna wordt nader ingegaan op de verplichting tot het afleggen van rekening en verantwoording die voortvloeit uit het ongeschreven recht. Dit is de lastigste categorie.

7.1 *Jurisprudentie Hoge Raad*

Op 9 mei 2014 heeft de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2014:1089) ten aanzien van een verplichting om zich te verantwoorden over de behoorlijkheid van het over het vermogen van een ander gevoerd beheer op grond van ongeschreven recht geoordeeld dat hieraan kan bijdragen dat sprake is van een rechtsverhouding die verwantschap vertoont met een of meer in de wet geregelde gevallen waarin een dergelijke verplichting is neergelegd, zoals gemeenschap, opdracht of zaakwaarneming. Voor het overige is het antwoord op de vraag of een zodanige verantwoording geboden is, sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Omstandigheden die in dit verband een rol kunnen spelen zijn onder meer:

- de redenen waarom het beheer is gevoerd;
- de verhouding die bestond tussen degene die het beheer voerde en de rechthebbende;
- hetgeen in de relatie tussen partijen of in soortgelijke gevallen gebruikelijk is of was,
- de mate waarin degene die het beheer voerde, zelfstandig kon en mocht handelen;
- de mate waarin de rechthebbende in staat is geweest de handelingen van degene die het beheer voerde te overzien en voor zijn belangen op te komen.

7.2 *Beheer*

De eerste vraag die moet worden beantwoord is dus of een ander het beheer heeft gevoerd over het vermogen van de overleden ouder. Voor de uitleg wat onder 'beheer' wordt verstaan, kan aansluiting worden gezocht bij de definitie van 'beheer' zoals omschreven in artikel 3:170 lid 2 BW. Het uitgangspunt is dat de overleden ouder beschikkingsbevoegd was en zelf het beheer voerde. In dat geval is er geen grond om van een ander rekening en verantwoording te vorderen. De ouder kan bij het beheer van zijn of haar financiën zijn geholpen door iemand anders. Bijvoorbeeld door met de pinpas en de bijbehorende code geld bij de bank op te nemen of boodschappen te doen. Hierbij wordt ervan uitgegaan dat dit gebeurt met medeweten en goedkeuring van de ouder. Deze kan immers via zijn bankafschriften controleren wat er gebeurt met zijn geld en de helper ter verantwoording roepen als het de ouder niet zint. Zeker als de ouder naast de hulp zelf nog financiële handelingen verricht, wordt doorgaans aangenomen dat de ouder zelf het beheer voerde.

7.3 *Volmacht*

Het bestaan van een volmacht betekent niet automatisch dat er door de gevolmachtigde beheer is gevoerd. Als de volmacht niet is gebruikt, is er geen beheer gevoerd en bestaat er dus geen reden om van de gevolmachtigde rekening en verantwoording te vragen. Het is aan de gedupeerde erfgenaam om te bewijzen dat er wel degelijk gebruik is gemaakt van de volmacht wanneer dit wordt betwist door de gevolmachtigde. Het louter verrichten van hand- en spandiensten is onvoldoende om beheer aan te nemen.

7.4 *Omstandigheden*

Als de eerste vraag, of er door een ander beheer is gevoerd over het vermogen van de overleden ouder, positief is beantwoord, hangt het af van de omstandigheden van het geval of er op deze ander een plicht rust om tegenover de erfgenaam rekening en verantwoording af te leggen. Omstandigheden die een rol kunnen spelen worden opgesomd in het hiervoor gemelde arrest van de Hoge Raad van 9 mei 2014. De opsomming is niet limitatief.

Een belangrijke omstandigheid is in hoeverre de ouder wilsbekwaam was en dus zijn wil kon bepalen en om zelf van de beheerder rekening en verantwoording te vragen. Ook hier is weer het uitgangspunt dat de ouder wilsbekwaam was. Was de ouder wilsbekwaam en heeft hij zelf niet om rekening en verantwoording gevraagd, dan kunnen de erfgenamen dat ook niet na zijn overlijden vragen. Het is aan het gedupeerde kind om aan de hand van medische gegevens aan te tonen dat er geen sprake was van wilsbekwaamheid. Als dit lukt, dan wordt in beginsel aangenomen dat het beheer zonder medeweten en zonder instemming van erflater is gedaan. In dat geval zal de rechter waarschijnlijk de plicht opleggen om rekening en verantwoording af te leggen.

Een omstandigheid kan ook zijn de soort relatie tussen de overleden ouder en de persoon die het beheer heeft gevoerd. In een zakelijke relatie wordt eerder de verplichting opgelegd om rekening en verantwoording af te leggen. Ook beïnvloedt de type relatie de eisen die worden gesteld aan de rekening en verantwoording. Wanneer het een familierelatie betreft, worden er minder zware eisen gesteld (zie bijvoorbeeld recent Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juli 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:5562).

7.5 *Onrechtmatige onttrekking*

Als er rekening en verantwoording voor uitgaven moet worden afgelegd, maar dat wordt niet of niet voldoende gedaan, dan kan worden geconcludeerd dat het geld voor die uitgaven onrechtmatig is onttrokken aan het vermogen van de ouder. Hierdoor ontstaat een vordering tot schadevergoeding van de overleden ouder op degene die het beheer heeft gevoerd. Deze vordering behoort dan tot de nalatenschap van die ouder. Voor zover het een vordering tegen een andere erfgenaam betreft, kan deze in de verdelingsprocedure worden meegenomen.

7.6 *Onverschuldigde betaling*

Een andere mogelijkheid is dat uit de rekening en verantwoording, of het ontbreken daarvan, kan worden geconcludeerd dat er sprake is van onverschuldigde betaling. Daarvan is sprake als aan een ander een goed is gegeven zonder rechtsgrond. Degene die het goed heeft gegeven heeft dan het recht om het goed, veelal geld, terug te vorderen. Een recente uitspraak hierover is Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2020 (ECLI:NL:GHARL:2020:1622).

8. **Tot slot**

Dit artikel schetst voor het gedupeerde kind van de alleenstaande ouder enkele juridische mogelijkheden om verdwenen vermogen terug te halen naar de nalatenschap dan wel de legitimaire massa. Het is doorgaans een lange, juridische en kostbare weg met haken en ogen waardoor de kans van slagen onzeker is. Goed financieel en juridisch advies is hierbij onontbeerlijk, waarbij zeker ook bij iedere stap een kosten-batenanalyse moet worden gemaakt.

Informatie: stut@uiteenfamilierecht.nl