

In naam van de Koning

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

CIVIELE KAMER

Nummer 19/04306

Datum 29 januari 2021

ARREST

In de zaak van

Haim Rudolf HOCHMAN,
wonende te Aruba,
VERZOEKER tot cassatie,
hierna: Haim,
advocaten: R.S. Meijer en A. Stortelder,

tegen

1. Maria Ramona HOCHMAN,
wonende te Rijswijk,
2. Nathalie Laurence ODRYZYNSKY,
wonende te Minneapolis, Verenigde Staten van Amerika,
3. Jacques Alexandre ODRYZYNSKY,
wonende te Aruba,
4. Deborah Lizeth HOCHMAN,
wonende te Aruba,
5. Kalman Ovidio HOCHMAN,
wonende te Aruba,
6. Rachel Vanessa HOCHMAN,
wonende te Aruba,
VERWEERDERS in cassatie,
hierna gezamenlijk: Maria c.s.,
advocaat: D.M. de Knijff.

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. de vonnissen van het Gerecht in eerste aanleg van Aruba van 23 september 2015, 13 september 2017 en 4 oktober 2017 in de zaak A.R. no. 525 van 2014/AUA201400132;
- b. het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba van 18 juni 2019 in de zaak AUA201400132 - AUA2017H00195.

Haim heeft tegen het vonnis van het hof beroep in cassatie ingesteld.

Maria c.s. hebben een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor Haim mede door L. Tolatzis.

De conclusie van de Advocaat-Generaal B.J. Drijber strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaten van Haim hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2. Uitgangspunten en feiten

2.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten.

- (i) Kalman Hochman (hierna: Kalman) is overleden op 28 april 1979. Kalman was tot zijn dood in gemeenschap van goederen gehuwd met Anna Hochman-Britten (hierna: Anna).
- (ii) Kalman heeft een testament laten opmaken waarin hij Anna als zijn enige erfgenaam heeft benoemd en hij zijn vier kinderen (Maria, Haim, Luis en Evelina) heeft ontferd.
- (iii) Luis en Evelina hebben verklaard het testament van hun vader te respecteren en geen beroep te doen op hun legitieme portie. Maria heeft wel beroep gedaan op haar legitieme portie, maar zij heeft hierover met haar moeder Anna een schikking getroffen.
- (iv) Ook Haim heeft een beroep gedaan op zijn legitieme portie. Hij heeft daarover geprocedeerd tegen zijn moeder Anna, maar op 15 juni 1984 is tussen hem en Anna een notariële akte van scheiding en deling opgemaakt. Daarin verklaren partijen dat de totale waarde van de ontbonden huwelijksgemeenschap op het moment van deze scheiding en deling 'in onderling overleg' is vastgesteld op Afl. 9.333.334,--. Zij hebben daarin bovendien verklaard dat de boedel en de nalatenschap naar ieders volkomen genoeg zijn gescheiden en gedeeld, dat zij derhalve niets meer van elkaar te vorderen hebben en dat zij elkaar over en weer kwijting en decharge verlenen.
- (v) Bij notariële akte, opgemaakt op 3 mei 2007, heeft Anna onder meer het navolgende verklaard:

"Op het moment van overlijden van mijn man bestond de nalatenschap uit onder meer diverse onroerende goederen, in en buiten Aruba, tegoeden op bankrekeningen, waardepapieren en dergelijke bij banken in onder andere Panama, Zwitserland, Israël, Luxemburg en Amerika. Sommige vermogensbestanddelen van de nalatenschap werden niet rechtstreeks op naam gehouden maar door middel van voornamelijk buitenlandse Panamese vennootschappen. Dit vermogen vertegenwoordigde, voor zover ik mij kan herinneren, een waarde van meer dan een honderd miljoen United States Dollars. (...)

Bij de scheiding en deling van de boedel van mijn man in de tachtiger jaren heb ik niet alle vermogensbestanddelen van de nalatenschap bekend gemaakt, waardoor de nalatenschap

veel lager werd gewaardeerd en aan mijn kinderen Maria en Haim veel minder werd uitgekeerd dan waarop zij recht hadden.”

(vi) Anna is overleden op 17 november 2011.

(vii) Zowel Haim als Maria c.s. zijn erfgenamen van Anna.

2.2 Haim stelt zich in dit geding op het standpunt dat zijn moeder Anna bij de scheiding en deling in 1984 (zie hiervoor in 2.1 onder (iv)) goederen heeft verzwegen terwijl hij met haar de enige gerechtigde was in de ontbonden huwelijksgemeenschap, en dat het aandeel van Anna in de verzwegen goederen op grond van art. 4:1090 BW Aruba (hierna: BWA) aan hem is verbeurd. Haim vordert een verklaring voor recht dat, wegens verbeurte van het aandeel van zijn moeder Anna door verzwijging, hij de enige gerechtigde is op de door het overlijden van zijn vader Kalman ontbonden huwelijksgemeenschap. Het gerecht heeft deze vordering afgewezen.

2.3 Het hof heeft het vonnis van het gerecht bekrachtigd. Daartoe heeft het, kort samengevat, het volgende overwogen.

Art. 4:1090 BWA geldt slechts voor nalatenschappen en het gaat te ver die bepaling zonder wettelijke basis toe te passen op de ontbonden huwelijksgemeenschap. (rov. 2.10-2.15)

De op art. 4:1090 BWA gegronde rechtsvordering van Haim is verjaard. (rov. 2.16-2.19)

De akte van scheiding en deling (zie hiervoor in 2.1 onder (iv)) bevat de neerslag van een vaststellingsovereenkomst. Met die vaststellingsovereenkomst heeft Haim afstand gedaan van aanspraken als legitimaris, inclusief uitoefening van het wilsrecht ingevolge art. 4:1090 BWA, ten aanzien van de buitenlandse beleggingen, van het bestaan waarvan Haim wist. (rov. 2.20)

Dit is niet een situatie als waarvoor art. 4:1090 BWA is bedoeld, aangezien Haim betrekkelijk nauwkeurig wist van het bestaan van de verzwegen goederen. Aan de toepassingsvoorwaarden van art. 4:1090 BWA is daarom niet voldaan. (rov. 2.23-2.25)

Vader Kalman had bepaald dat moeder Anna zijn gehele nalatenschap erfde. Twee kinderen hebben deze wens gerespecteerd. De twee andere kinderen hebben beroep gedaan op hun legitieme portie, maar een van hen heeft genoeg genomen met een bedrag ineens en een maandgeld. Haim heeft zijn beroep op de legitieme portie doorgezet. De vier kinderen zijn gelijkelijk erfgenaam van Anna, met de mogelijkheid van plaatsvervulling. Het is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat Haim met een beroep op art. 4:1090 BWA zou kunnen bewerkstelligen dat hij alles heeft verkregen, althans de helft met een achtste deel. (rov. 2.26-2.27)

3. Beoordeling van het middel

3.1.1 De onderdelen 1-6 van het middel zijn gericht tegen het oordeel van het hof dat aan Haim geen beroep toekomt op art. 4:1090 BWA en dat het aandeel van Anna in de verzwegen goederen in de ontbonden huwelijksgemeenschap niet op grond van die bepaling aan hem is verbeurd.

3.1.2 Onderdeel 4 van het middel is gericht tegen het oordeel van het hof dat Haim met het aangaan van de akte van scheiding en deling in 1984 afstand heeft gedaan van zijn uit art. 4:1090 BWA voortvloeiende rechten.

- 3.1.3 Het hof heeft (in rov. 2.20) geoordeeld dat Haim wist van het bestaan van de buitenlandse beleggingen van zijn vader. Daartoe heeft het hof (in rov. 2.23) verwezen naar verklaringen die Haim heeft afgelegd in gerechtelijke procedures in de Verenigde Staten en in Aruba, waaruit volgens het hof blijkt dat hij betrekkelijk nauwkeurige kennis had en de namen kende van buitenlandse beleggingsvehikels. Gelet op de door het hof (in rov. 2.23) genoemde passages in de processtukken is dat oordeel niet onbegrijpelijk.

In het licht van de kennis die Haim had van het bestaan van de buitenlandse beleggingen van zijn vader, geeft het oordeel van het hof (in rov. 2.20) dat erop neerkomt dat de akte van scheiding en deling van 1984 (zie hiervoor 2.1. onder (iv)) tevens de neerslag is van een vaststellingsovereenkomst waarmee de buitenlandse beleggingen werden toegedeeld aan Anna, en Haim afstand deed van zijn aanspraken daarop als legitimaris en van zijn uit art. 4:1090 BWA voortvloeiende rechten, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is evenmin onbegrijpelijk.

Op het vorenstaande stuiten de klachten van onderdeel 4 af.

- 3.1.4 Het hiervoor in 3.1.3 bedoelde, tevergeefs aangevallen oordeel kan de beslissing van het hof dat Haim geen beroep toekomt op art. 4:1090 BWA, zelfstandig dragen. De onderdelen 1-3 en 5-6 van het middel behoeven daarom geen behandeling wegens gebrek aan belang.

- 3.2 De klachten van onderdeel 7 kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

4. **Beslissing**

De Hoge Raad:

- verwerpt het beroep;
- compenseert de kosten van het geding in cassatie aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Dit arrest is gewezen door de vicepresident M.V. Polak als voorzitter en de raadsheren M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff en A.E.B. ter Heide, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer M.J. Kroeze op 29 januari 2021.

19/04306


Ondertekening Beschikking

ECLI:NL:HR:2021:147

Handtekeningen

Versteeg, E.E.J.

Kroeze, mr. M.J.



Uitgegeven voor grosse

De Griffier van de Hoge Raad der Nederlanden

29 JAN. 2021



Ekamgebeten

BURGERLIJKE ZAKEN 2019
Registratienrs. AR 525/2014 – Ghis 84472
AUA201400132 – AUA2017H00195
Uitspraak: 18 juni 2019

VONNIS NO.

GEMEENSCHAPPELIJK HOF VAN JUSTITIE
van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en
van Bonaire, Sint Eustatius en Saba

Vonnis in de zaak van:

Haim Rudolf HOCHMAN,
wonende te Aruba,
eiser, hierna te noemen Haim,
oorspronkelijk eiser in conventie, verweerder in reconventie, thans appellant in
principaal appel en geïntimeerde in incidenteel appel,
gemachtigde: mr. J.J. Coutinho,

tegen

1. **Maria Ramona HOCHMAN**,
wonende te Nederland, domicilie gekozen hebbende ten kantore van haar
gemachtigden,
hierna te noemen: Maria,
2. **Nathalie Laurence ODRYZYNSKY**,
wonende te Verenigde Staten van America, domicilie gekozen hebbende ten
kantore van haar gemachtigden,
hierna te noemen: Nathalie,
3. **Jacques Alexandre ODRYZYNSKY**,
wonende te Aruba,
hierna te noemen: Jacques,
geïntimeerden samen te noemen: Maria c.s.
oorspronkelijk gedaagden in conventie en eisers in reconventie, thans geïntimeerden
in principaal appel en appellanten in incidenteel appel,
gemachtigden van geïntimeerden 1-2: mrs. E.H.J. Martis en M.D. Tromp.
gemachtigde van geïntimeerde onder 3: mr. L.D. Gomez.

Andere bij de rechtsverhouding betrokken personen (erfgenamen), tegen wie in eerste aanleg
verstek is verleend en die niet in het hoger beroep zijn betrokken:

Deborah Lizeth HOCHMAN,
wonende te Aruba,
hierna te noemen: Deborah,
Kalman Ovidio HOCHMAN,
wonende te Aruba,
hierna te noemen: Kalman Ovidio,
Rachel Vanessa HOCHMAN,

wonende te Aruba,
hierna te noemen: Rachel.

1. Het verloop van de procedure

- 1.1. Voor hetgeen in eerste aanleg is gesteld en gevorderd, voor de procesgang aldaar en voor de overwegingen en beslissingen van het Gerecht in eerste aanleg van Aruba (GEA), wordt verwezen naar het door het GEA gewezen tussenvonnissen van 23 september 2015, het eindvonnis van 13 september 2017 en het herstellvonnis van 4 oktober 2017. De inhoud van deze vonnissen geldt als hier ingevoegd.
- 1.2. Haim is door op 24 oktober 2017 een akte van hoger beroep in te dienen in hoger beroep gekomen van voornoemd eindvonnis. In een op 5 december 2017 ingekomen memorie van grieven, met productie, heeft hij vijf grieven voorgedragen en toegelicht en geconcludeerd: in conventie dat het Hof ertoe zal overgaan het bestreden vonnis te vernietigen en, opnieuw rechtdoende, 'te verklaren voor recht dat het gehele aandeel van Erflaatster in goederen die Erflaatster bij de verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap waarin zij en de heer Kalman Hochman waren gehuwd opzettelijk heeft verborgen gehouden en daaronder begrepen goederen waarvan een of meer van de overige erfgenamen dan Haim weet dat Erflaatster deze bij de verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap heeft verzwegen, en van de goederen die sommige van deze goederen hebben vervangen waarover niet door Erflaatster is beschikt en die niet door haar zijn verteerd, eveneens zijn verbeurd aan Haim en aan Haim als enige rechthebbende toekomen', met veroordeling van Maria c.s. in de kosten van deze procedure; en in reconventie dat het Hof er toe zal overgaan het bestreden vonnis te vernietigen, met veroordeling van Maria c.s. in de kosten van deze procedure.
- 1.3. Maria c.s. heeft in een memorie van antwoord tevens houdende incidenteel hoger beroep het hoger beroep bestreden en geconcludeerd dat het Hof het bestreden vonnis in conventie zal bevestigen en in reconventie aan de veroordelingen als omschreven in punt 5.4 en 5.5 van het dictum een dwangsom van Afl. 100.000,- zal verbinden voor iedere dag of deel daarvan dat Haim de bedoelde bevelen niet opvolgt, met veroordeling van Haim in de kosten van het hoger beroep.
- 1.4. Op 26 juni 2018, de voor schriftelijk pleidooi nader bepaalde dag, hebben de gemachtigden van partijen pleitaantekeningen overgelegd.
- 1.5. Vonnis is nader bepaald op heden.

2. Beoordeling

- 2.1. Gelet op de uitkomst van dit vonnis, wordt in het midden gelaten of sprake is van een rechtsverhouding waarbij het rechtens noodzakelijk is dat een beslissing daarover in dezelfde zin luidt ten aanzien van alle bij die rechtsverhouding betrokkenen (een zogeheten processueel ondeelbare rechtsverhouding) en zo ja, dat Deborah, Kalman Ovidio en Rachel in het hoger beroep behoren te worden betrokken (zie HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, NJ 2018/81).
- 2.2. Het Hof gaat uit van de volgende feiten:

- a. Kalman Hochman (hierna: Kalman) is overleden op 28 april 1979. Kalman was tot zijn dood in gemeenschap van goederen gehuwd met Anna Hochman-Britten (hierna: Anna), geboren 14 april 1916.
- b. Kalman heeft bij zijn leven een testament laten opmaken (productie 1 bij repliek in conventie), krachtens welke hij Anna als zijn enige erfgenaam heeft benoemd en hij zijn vier kinderen, te weten Maria, Haim en Luis Enrique Hochman (hierna: Luis) alsmede Evelina Luisa Odrzynski (hierna: Evelina), heeft onterfd.
- c. Luis en Evelina hebben verklaard het testament van hun vader te respecteren en geen beroep te doen op hun legitieme portie (Bijlage C bij productie bij memorie van grieven).
- d. Maria heeft wel beroep gedaan op haar legitieme portie, maar zij heeft met haar moeder Anna een schikking getroffen: Maria deed afstand van haar beroep op de legitieme en kreeg daarvoor Afl. 25.000,- ineens en Afl. 1.500,- per maand gedurende het leven van Maria en Anna; nadien heeft zij getracht de schikking aan te vechten, maar tevergeefs (GEA 14 augustus 1996, AR 1040/1996 en Hof 17 juni 1997, H 20/1997, met negatief cassatieadvies: producties 11-12 bij repliek in conventie).
- e. Ook Haim heeft een beroep gedaan op zijn legitieme portie. Hij heeft ter zake geprocedeerd tegen zijn moeder Anna (GEA 31 maart 1983, EJ 5/1982, GEA 15 juni 1983, AR KG 1091/1983 en GEA 1 juni 1984, AR KG 44/1984, producties 8-10 bij repliek in conventie), maar op 15 juni 1984 is tussen hem en Anna een notariële akte van scheiding en deling opgemaakt (productie 11 bij inleidend verzoekschrift). Vermeld is (derde blad) dat Haim erfgenaam is voor 3/20^e deel van de nalatenschap en 3/40^e deel van de ontbonden huwelijksgemeenschap van zijn ouders. Aan Haim wordt een aantal goederen toegedeeld en de overige aan Anna. Anna krijgt onder meer de 'overige goederen sub D', te weten 'Alle overige roerende en onroerende goederen en andere zaken niet specifiek hier vermeld, die in de toekomst nog mochten blijken te behoren tot de ontbonden huwelijksgemeenschap' (zevende en achtste blad). Aan het slot verklaren partijen (achtste blad) dat de totale waarde van de ontbonden huwelijksgemeenschap op het moment van deze scheiding en deling 'in onderling overleg' is vastgesteld op Afl. 9.333.334,- en voorts 'dat hiermede de boedel en nalatenschap voormeld naar ieders volkomen genoegen zijn gescheiden en gedeeld, en derhalve niets meer van elkander te vorderen hebben een en ander met inachtneming van het testament van erflater, weshalve de deelgenoten elkander over en weer kwijting en decharge bij deze verlenen'.
- f. Luis is overleden op 15 juli 1999, en heeft als zijn erfgenamen achter gelaten drie kinderen, te weten Deborah, Kalman Ovidio en Rachel.
- g. Evelina is overleden op 22 oktober 2004, en heeft als haar erfgenamen achter gelaten twee kinderen, te weten Nathalie en Jacques.
- h. Op 12 april 2005 en 25 augustus 2006 heeft Anna algehele volmachten gegeven aan Haim (producties 1-2 bij dupliek in conventie).
- i. Bij notariële akte, opgemaakt op 3 mei 2007, heeft Anna onder meer het navolgende verklaard :

Op het moment van overlijden van mijn man bestond de nalatenschap uit onder meer diverse onroerende goederen, in en buiten Aruba, tegoeden op bankrekeningen, waardepapieren en dergelijke bij banken in onder andere Panama, Zwitserland, Israël, Luxemburg en Amerika. Sommige vermogensbestanddelen van de nalatenschap werden niet rechtsreeks op naam gehouden maar door middel van voornamelijk buitenlandse Panamese vennootschappen. Dit vermogen vertegenwoordigde, voor zover ik mij kan herinneren, een waarde van meer dan een honderd miljoen United States Dollars.

Mijn man heeft zich altijd met het financieel beheer van ons gezamenlijke vermogen bezig gehouden, ik was daarvoor niet opgeleid.

Na het overlijden van mijn man heb ik het financieel beheer aan mijn zoon Luis Hochman overgelaten en na diens overlijden aan mijn zus Bertha Britten, tezamen met de door Luis destijds aangezochte financieel adviseur Gregorio Echevarria van Amex International te Miami.

Bij de scheiding en deling van de boedel van mijn man in de tachtiger jaren heb ik niet alle vermogensbestanddelen van de nalatenschap bekend gemaakt, waardoor de nalatenschap veel lager werd gewaardeerd en aan mijn kinderen Maria en Haim veel minder werd uitgekeerd dan waarop zij recht hadden.

Nadat ik in het jaar tweeduizend vier een beroerte heb gehad heb ik mijn zoon Haim gevraagd het financieel beheer van het familie-vermogen (mijn vermogen) over te nemen. Tevens verzocht ik hem alsnog zorg te dragen dat de wensen van zijn vader als neergelegd in zijn testament correct zouden worden uitgevoerd.

Mijn zoon heeft mij uitgelegd dat om dit te bewerkstelligen alle onttrekkingen aan de nalatenschap van mijn man ongedaan dienen te worden gemaakt en dat er een nieuwe boedelscheiding dient plaats te vinden.

Begin van het jaar tweeduizend vijf heb ik mijn zoon Haim een onbeperkte volmacht gegeven om al hetgeen te doen dat nodig is om enerzijds mijn financiële zaken goed te regelen en om anderzijds het testament van zijn overleden vader alsnog correct uit te voeren. In tweeduizend vijf heb ik dit ook schriftelijk verklaard.

Mijn zoon Haim ondervindt echter heel veel tegenwerking bij de uitvoering van de door mij aan hem verstrekte opdracht. Om die reden wens ik mijn verklaring schriftelijk vast te leggen zodat het voor een ieder duidelijk is dat dit mijn wensen zijn. Ik vrees dat zowel Gregorio Echevarria en/of mijn zus Bertha Britten misbruik hebben gemaakt van mijn onwetendheid en dat om die reden mijn zoon Haim nu wordt tegengewerkt.

- j. Anna is overleden op 17 november 2011.
- k. Evenals haar echtgenoot Kalman heeft Anna een testament laten opmaken (productie I bij inleidend verzoekschrift). Uit dit testament blijkt onder meer dat:
 - Anna ieder van haar kinderen, tezamen en voor gelijke delen als haar erfgenamen heeft benoemd en dat met betrekking tot haar overleden kinderen plaatsvervulling plaats vindt;
 - Anna de verdeling van haar nalatenschap heeft vastgesteld, in die zin dat alle goederen behorende tot haar nalatenschap worden toebedeeld aan Haim, zulks onder de verplichting voor Haim om aan ieder van de andere erfgenamen schuldig te erkennen een bedrag in contanten ter grootte van hun erfdeel, verminderd met hun aandeel in de begrafenis-kosten, de taxatie- en de boedelkosten en de eventueel verschuldigde successierechten;
 - de vordering in contanten van de erfgenamen op Haim vijf jaar na het overlijden van Anna opeisbaar worden;
 - Haim wordt benoemd als executeur testamentair in haar nalatenschap.
- l. Krachtens het testament van Anna zijn de volgende personen gerechtigd tot haar nalatenschap: Maria (1/4 deel), Haim (1/4 deel), Deborah (1/12 deel), Kalman Ovidio (1/12 deel), Rachel (1/12 deel) Jacques (1/8 deel) en Nathalie (1/8 deel) (verklaring van erfrecht als productie 2 bij inleidend verzoekschrift).
- m. Bij brief van 14 maart 2013 (productie 12 bij inleidend verzoekschrift) stelt Haim zich op het standpunt dat zijn moeder Anna bij de scheiding en deling in 1984 (zie hiervoor onder e) goederen heeft verzwegen en dat het aandeel van Anna in de verzwegen goederen aan hem is verbeurd, terwijl hij met haar de enige gerechtigde was in de ontbonden huwelijksgemeenschap. Haim stelt in dit verband dat artikel 4:1090 BW-AUA analogisch van toepassing is op de ontbonden huwelijksgemeenschap.
- n. Bij vonnis in kort geding van het GEA van 3 mei 2017, KG 625/2017 (productie II bij akte Maria c.s. van 5 juli 2017) is Haim geschorst als executeur testamentair in de

nalatenschap van Anna en mr. J.M. de Cuba als zodanig benoemd, met bevel aan Haim, op straffe van verbeurte van een dwangsom, om rekening en verantwoording af te leggen (aan Maria c.s. en de executeur). Haim heeft op 8 mei 2017 geappelleerd tegen dit vonnis; de vordering van Haim tot schorsing van de tenuitvoerlegging is afgewezen (Hof 30 juni 2017, Ghis 82769, productie IV bij akte Maria c.s. van 5 juli 2017). Het appel (H 131/17) is door Haim bij brief van 14 september 2017 ingetrokken.

- o. Tussen mr. J.M. de Cuba als nieuwe executeur en Haim zijn kort gedingen gevoerd (GEA 22 november 2017, KG 2104/2017-AUA201702533 en GEA 24 januari 2018, KG AUA2017, producties VIII-IX bij memorie van antwoord). In het appel van het kort gedingvonnis van 22 november 2017 wordt eveneens heden door het Hof uitspraak gedaan (Hof 18 juni 2019, AUA2017H00249).

- 2.3. Haim vordert in deze zaak in een verklaring voor recht dat, wegens verbeurte van het aandeel van zijn moeder Anna door verzwijging, hij de enige gerechtigde is op de door het overlijden van zijn vader Kalman ontbonden huwelijksgemeenschap. In het bestreden vonnis heeft het GEA in conventie deze vordering afgewezen. In reconventie heeft het GEA Haim ontslagen als executeur testamentair (Haim was al in kort geding geschorst; zie rov. 2.2 onder n), Haim bevolen gegevens te verschaffen aan de nieuwe executeur testamentair en Haim bevolen rekening en verantwoording af te leggen. Hiertegen richt zich het principale appel van Haim. In incidenteel appel vorderen Maria c.s. versterking van de veroordelingen in reconventie met een dwangsom.

Principaal appel

Wetsbepalingen ter zake van de verbeurte wegens het verborgen houden van goederen

- 2.4. Artikel 1090 BW-AUA (sedert 1 januari 2002: artikel 4:1090 BW-AUA), uit de Vijftiende Titel (Van het aanvaarden en verwerpen van erfenissen), de Tweede Afdeling (Van het verwerpen van erfenissen), overeenstemmend met artikel 1110 (oud) BW-NL, luidt:

Erfgenamen, welke goederen, tot een nalatenschap behorende, hebben te zoek gemaakt of verborgen gehouden, verliezen de bevoegdheid om de erfenis te verwerpen; zij blijven zuivere erfgenamen, niettegenstaande hun verwerping, zonder dat zij enig deel in het te zoek gemaakte of verborgene mogen vorderen.

- 2.5. Bij *Landsverordening aanvulling Burgerlijk Wetboek van Aruba* van 23 september 2016, AB 2017 no. 51 is artikel 4:1090 BW-AUA komen te vervallen, maar deze landsverordening is nog niet in werking getreden.
- 2.6. Per 1 januari 2002 trad artikel 3:194 lid 2 BW-AUA, uit afdeling 3.7.2 (Enige bijzondere gemeenschappen: zijnde ingevolge artikel 3:189 lid 2 BW-AUA: de gemeenschap van een nalatenschap, een ontbonden huwelijksgemeenschap, maatschap, vennootschap of rederij en de gemeenschap van een gebouw waarvan de splitsing in appartementsrechten is opgeheven) in werking, luidende:
2. Een deelgenoot die opzettelijk tot de gemeenschap behorende goederen verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt, verbeurt zijn aandeel in die goederen aan de andere deelgenoten.
- 2.7. Na de inwerkingtreding van de *Landsverordening aanvulling Burgerlijk Wetboek van Aruba* (zie rov. 2.5) zal in artikel 3:189 lid 2 BW-AUA 'maatschap, vennootschap' komen te vervallen (wegens een op de vennootschap toegespitste regeling in de nieuwe titel 3.13 BW-AUA, in het bijzonder artikel 7:827 BW-AUA).

2.8. Artikel 56 *Landsverordening overgangsbepalingen Nieuw BW* (AB 2001 no. 108), overgenomen van artikel 103 van de Nederlandse *Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek*, luidt:

Artikel 194, tweede lid, van Boek 3 is niet van toepassing op een in artikel 189, tweede lid, van dat Boek bedoelde gemeenschap die op het tijdstip van het in werking treden van de wet reeds bestaat.

2.9. In casu gaat het om een gesteld verborgen houden van goederen door Anna bij een verdeling van 15 juni 1984 (zie rov. 2.2 onder e). Ingevolge het overgangsrecht (zie rov. 2.8) is *artikel 4:1090 BW-AUA* (zie rov. 2.4) en niet artikel 3:194 lid 2 (zie rov. 2.6) van toepassing.

Analogisch toepasselijkheid op een ontbonden huwelijksgemeenschap?

2.10. Volgens Haim is artikel 4:1090 BW-AUA analogisch van toepassing op de ontbonden huwelijksgemeenschap. In 1984 bepaalde artikel 172 lid 2 (oud) BW-AUA ten aanzien van de ontbonden huwelijksgemeenschap:

2. De regelen die zijn vastgesteld in de zestiende titel van het tweede boek, handelende van boedelscheiding, zijn op de verdeling van toepassing.

2.11. Artikel (4):1090 BW-AUA is echter geplaatst in de vijftiende titel (zie rov. 2.4) en niet in de zestiende.

2.12. Artikel 4:1090 BW-AUA, bevattende een ingrijpende civielrechtelijke sanctie, geldt voor nalatenschappen. Het gaat, gelet op de aard van deze bepaling (HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:565, NJ 2017/254, rov. 3.3.2: 'een (zware) sanctie, die een strafkarakter heeft, hetgeen in het systeem van het burgerlijk recht uitzonderlijk is'), te ver haar zonder wettelijke basis toe te passen op de ontbonden huwelijksgemeenschap (en de maatschap, vennootschap of rederij en de gemeenschap van een gebouw waarvan de splitsing in appartementsrechten is opgeheven). De stelling van Haim wordt daarom verworpen.

2.13. Dat artikel 4:1090 BW-AUA *slechts voor nalatenschappen* geldt wordt bevestigd in de parlementaire geschiedenis van de Nederlandse *Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek* en de Arubaanse *Landsverordening overgangsbepalingen Nieuw BW*.

2.14. Men zie *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk wetboek. Invoering boeken 3, 5 en 6. Overgangsrecht*, ed. W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, 1991, p. 111:

Artikel 3.7.2.3 lid 2 (i.e. artikel 3:194 lid 2; *Hof*) bevat een soortgelijke sanctie als artikel 1110: verlies van een aandeel in de goederen van een gemeenschap. Artikel 1110 geldt evenwel slechts voor nalatenschappen. Voor andere gemeenschappen bestaat deze sanctie onder het oude recht niet. Voor die gemeenschappen werkt de bepaling niet terug: is de 'verduistering' vóór het tijdstip van de inwerkingtreding geschied, dan is het aandeel niet verbeurd. Dit is een aanvaardbare oplossing voor al die feiten uit het verleden, bij gemeenschappen die vóór de inwerkingtreding zijn gescheiden en verdeeld. Maar ook voor de bij de inwerkingtreding reeds bestaande gemeenschappen als bedoeld in artikel 3.7.2.0 lid 2 (i.e. artikel 3:189 lid 2; *Hof*) zou toepassing van de bepaling tot problemen aanleiding kunnen geven, omdat dan het veelal moeilijk te bewijzen precieze tijdstip van 'verduistering' van doorslaggevend belang wordt. Vandaar dat artikel 32 het oude recht eerbiedigt, hetgeen enerzijds meebrengt dat artikel 1110 op reeds opengevallen nalatenschappen van toepassing blijft, anderzijds dat de sanctie van artikel 3.7.2.3 lid 3 niet geldt voor de andere, ten tijde van de inwerkingtreding reeds bestaande gemeenschappen van artikel 3.7.2.0 lid 2.

2.15. En de Arubaanse Memorie van Toelichting bij het ontwerp-Arubaanse *Landsverordening overgangsbepalingen Nieuw BW*:

Artikel 56. Artikel 3.194, tweede lid, bevat een soortgelijke sanctie op het zoekmaken van goederen van een gemeenschap als artikel 1090, doch deze bepaling geldt onder het oude recht slechts voor de nalatenschap. Onmiddellijke werking van artikel 3.194 zou voor de hand liggen, doch zou het praktische bezwaar doen rijzen om te bepalen of het zoekmaken enz. nog vóór of pas na de inwerkingtreding is gebeurd. Daarom verdient het in deze de voorkeur het oude recht maar voor de reeds bestaande gemeenschappen te eerbiedigen: voor de nalatenschappen artikel 1090, voor de andere schadevergoeding uit onrechtmatige daad. Artikel 56 correspondeert met artikel 103 der Nederlandse Overgangswet nieuw BW.

Verjaring

- 2.16. Haim, die lange tijd geen weet had van de in artikel 4:1090 BW-AUA neergelegde civielrechtelijke sanctie (repliek in conventie onder 32 i.f. en akte 2 september 2015 onder 27), heeft pas op 14 maart 2013 zich op het standpunt gesteld dat het aandeel van Maria was verbeurd (zie rov. 2.2. onder m). Volgens Maria c.s., als erfgenamen van Anna, stuit Haims vordering af op bevrijdende verjaring.
- 2.17. Artikel 4:1090 BW-AUA moet worden *ingeroepen*. Het artikel geeft aan de deelgenoten een *wilsrecht*, uit te oefenen door een eenzijdige tot de bedriegende mededeelgenoot te richten verklaring. Wilsrechten vallen in beginsel niet onder de bepalingen betreffende extinctieve verjaring. Uitoefening van het recht brengt immers rechtstreeks het rechtsgevolg teweeg, zodat er geen rechtsvordering of ander instrument tot afdwinging aan te pas komt. Dat betekent dat waar het ongewenst is dat het wilsrecht onbepaald in stand blijft, een bijzondere bepaling nodig is. Het Hof sluit zich hier aan bij de beschouwingen van W. Snijders in *Yin-Yang* (bundel-M.J.A. van Mourik), 2000, p. 361 en 363, in verbinding met WPNR 1999/6366, p. 585 onder K.
- 2.18. Ten aanzien van de bevoegdheid tot inroeping van artikel 4:1090 BW-AUA ontbreekt een zodanige bijzondere bepaling.
- 2.19. Echter, toen Haim in 2013 rechtsgeldig artikel 4:1090 BW-AUA inriep, was Anna al sedert 15 juni 1984 bezitter (zie rov. 2.2 onder e: 'overige goederen sub D'). Haims rechtsvordering tot beëindiging van dit bezit is twintig jaren (artikel 3:306 BW-AUA) na de dag volgende op die waarop Anna als niet-rechthebbende bezitter is geworden (artikel 3:314 lid 2 BW-AUA) verjaard. Deze rechtsvordering is daarom op 16 juni 2004 verjaard. Het verweer van Maria c.s. slaagt.

Afstand van wilsrecht

- 2.20. Maria c.s. heeft voorts gesteld dat Haim in 1984 afstand heeft gedaan van de bevoegdheid zich op verbeurde te beroepen. Van het wilsrecht ingevolge artikel (4:)1090 BW-NL kan afstand worden gedaan (vgl. W. Snijders, WPNR 1999/6366, p. 584-585 onder J), zoals ook van een beroep op de legitieme portie afstand kan worden gedaan, als gedaan door Maria (zie rov. 2.2 onder d; W. Snijders, WPNR 1999/6367, p. 602 onder V en p. 604 onder J). Haim wist van de buitenlandse beleggingen van zijn vader (zie hierna rov. 2.23), hij heeft teneinde medewerking van zijn moeder Anna te bewerkstelligen tegen haar geprocedeerd, maar op 15 juni 1984 zijn hoofd in de schoot gelegd (zie rov. 2.2 onder e). Het Hof legt de akte van scheiding en deling uit als tevens de neerslag van een vaststellingsovereenkomst bevattende. De buitenlandse beleggingen ('overige goederen sub D'), van welke bestaan Haim wist, werden toegedeeld aan Anna en Haim deed afstand van aanspraken daarop als legitimaris, inclusief uitoefening van het wilsrecht ingevolge artikel 1090 BW-AUA. Ook dit verweer van Maria c.s. slaagt derhalve.

Uitleg van artikel 4:1090 BW-AUA

- 2.21. Voor het geval dat het voorgaande niet opgaat, zal het Hof de vraag beoordelen of aan de toepassings-eisen van artikel 4:1090 BW-AUA is voldaan.

2.22. Er is geen reden artikel 4:1090 BW-AUA anders uit te leggen dan artikel 3:194 lid 2. Drie uitspraken van de Hoge Raad zijn hier van belang.

HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3475, NJ 2016/15 over artikel 1:135 lid 3 BW-NL ter zake van verrekening (te onderscheiden van verdeling van een gemeenschap):

4.1.2

Art. 1:135 lid 3 BW bepaalt dat een echtgenoot die opzettelijk een tot het te verrekenen vermogen behorend goed verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt waardoor de waarde ervan niet in de verrekening is betrokken, de waarde daarvan niet dient te verrekenen, maar geheel aan de andere echtgenoot dient te vergoeden. In de Memorie van Toelichting bij de Wet van 14 maart 2002 tot wijziging van titel 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (regels verrekenbedingen) is over de bepaling opgemerkt (Kamerstukken II 2000/01, 27 554, nr. 3, p. 13):

‘Artikel 194 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat een deelgenoot die opzettelijk tot de gemeenschap behorende goederen verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt, zijn aandeel in die goederen aan de andere deelgenoten verbeurt. Deze sanctie op dergelijk afkeurenswaardig gedrag kan ook in de sfeer van verrekenbedingen van nut zijn. Daarom is deze bepaling aangepast overgenomen in het derde lid van het voorgestelde artikel 135. In plaats van het verbeuren van het aandeel in een dergelijk gemeenschappelijk goed dient in de sfeer van verrekenbedingen de waarde daarvan aan de ander vergoed te worden. Het komt erop neer dat de andere echtgenoot, die al recht op de helft van de waarde van het betreffende goed had, in geval van bijvoorbeeld verduistering ook nog de andere helft van de waarde vergoed krijgt. Voorwaarde is wel dat daadwerkelijke verrekening heeft plaatsgevonden, waarin het betreffende verduisterde goed niet is betrokken. Ook indien het saldo van het te verrekenen vermogen met inbegrip van het niet in de verrekening betrokken goed negatief zou zijn, dient de volle waarde daarvan aan de andere echtgenoot te worden vergoed.’

Mede blijkens deze toelichting strekt de bepaling, evenals het bepaalde in art. 3:194 lid 2 BW – welke bepaling onder meer van toepassing is op de verdeling van een ontbonden huwelijksgemeenschap –, ertoe het opzettelijk verzwijgen, zoek maken of verborgen houden van vermogensbestanddelen ten nadele van de andere echtgenoot, respectievelijk deelgenoot, door het stellen van een sanctie te ontmoedigen. De genoemde bepalingen bevorderen aldus dat echtgenoten en deelgenoten elkaar de informatie verschaffen die noodzakelijk is om te bereiken dat ieder van hen ontvangt waarop hij uit hoofde van de verrekening, respectievelijk verdeling aanspraak heeft.

HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:565, NJ 2017/254:

3.3.2

De klacht is op zichzelf gegrond. Uit de aard van de onderhavige (zware) sanctie, die een strafkarakter heeft, hetgeen in het systeem van het burgerlijk recht uitzonderlijk is, en uit de wetsgeschiedenis, waarin is vermeld dat (de sanctie van) de bepaling slechts geldt als de deelgenoot wist dat de goederen tot de gemeenschap behoorden (Parl. Gesch. Boek 3, p. 630), volgt dat het in art. 3:194 lid 2 BW bedoelde opzet niet reeds kan worden aangenomen indien de desbetreffende deelgenoot (niet wist, maar wel) behoorde te weten dat het verzwegen goed tot de gemeenschap behoorde.

(...)

3.4.2

Op zichzelf terecht voert het onderdeel aan dat, gelet op de hoofdregel van art. 150 Rv, stelplicht en bewijslast met betrekking tot de feiten en omstandigheden die worden aangevoerd ter toelichting van een beroep op art. 3:194 lid 2 BW, rusten op degene die zich op deze bepaling beroept. Aan het bewijs van het daarin bedoelde opzet moeten hoge eisen worden gesteld (Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1307).

(...)

3.5.2

Met betrekking tot de sanctie van art. 1:135 lid 3 BW – welke bepaling ziet op het verzwijgen, zoek maken of verborgen houden van een goed dat tot te verrekenen vermogen behoort – heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3475, NJ 2016/15 geoordeeld dat blijkens de tekst van en toelichting op die bepaling pas een beroep op de sanctie kan worden gedaan

nadat verrekening heeft plaatsgevonden. Dit houdt mede verband met de omstandigheid dat het hier gaat om niet-gemeenschappelijke vermogensbestanddelen, waarvan het bestaan voor de vermogensrechtelijke verhouding tussen de betrokkenen pas relevant wordt in het kader van een eventuele verrekening.

Met betrekking tot een goed dat behoort tot een gemeenschap als bedoeld in afdeling 3.7.2, geldt evenwel dat ieder verzwijgen, zoek maken of verborgen houden daarvan tot toepasselijkheid van de sanctie van art. 3:194 lid 2 BW leidt, ook als nog geen verdeling heeft plaatsgevonden, zoals blijkt uit het volgende citaat uit de wetsgeschiedenis

'zij [de oneerlijke deelgenoten] behoren ook voor de tijd dat de gemeenschap nog niet verdeeld is, hun medezeggenschap in het beheer en hun participatie in het gebruik en in de vruchten van de goederen verspeeld te hebben.' (Parl. Gesch. Boek 3, p. 630).

Dit strookt met de strekking van de onderhavige bepaling om oneerlijk gedrag van de deelgenoten tegenover elkaar te ontmoedigen. In rechtsverhoudingen als waarop de bepaling betrekking heeft, zijn zij immers in de regel in hoge mate afhankelijk van de juistheid en volledigheid van de over en weer door hen verschaft inlichtingen omtrent het bestaan van tot de gemeenschap behorende goederen.

(...)

3.6.1

Het onderdeel klaagt in de tweede plaats dat het hof heeft miskend dat een verzwijging in de zin van de onderhavige bepaling nadien nog kan worden hersteld, met als gevolg dat de sanctie van de onderhavige bepaling dan komt te vervallen.

3.6.2

Het onderdeel berust op een onjuiste rechtsopvatting en faalt daarom. De wettekst biedt aan deze opvatting geen steun. Voorts wijzen de wetsgeschiedenis en de strekking van de onderhavige bepaling (zie hiervoor in 3.5.2) in andere richting; als een eenmaal plaatsgevonden verzwijging in de zin van deze bepaling naderhand zou kunnen worden hersteld met het daaraan door het onderdeel verbonden rechtsgevolg, zou immers niet of nauwelijks meer sprake zijn van een ontmoediging van oneerlijk gedrag waarvan afschrikwekkende werking uitgaat. Het vorenstaande neemt niet weg dat onder bijzondere, door de partij die haar aandeel in het desbetreffende goed in beginsel heeft verbeurd te stellen en zo nodig te bewijzen, omstandigheden een beroep op deze bepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn (art. 6:2 lid 2 BW). Daarop is in deze zaak evenwel geen beroep gedaan.

HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3262, NJ 2018/276:

3.4.3

De tekst van art. 3:194 lid 2 BW biedt geen steun voor de opvatting dat van 'opzettelijk' verzwijgen, zoek maken of verborgen houden van tot de gemeenschap behorende goederen, slechts sprake kan zijn indien de desbetreffende deelgenoot het oogmerk had om rechten van de deelgenoten of de schuldeisers te verkorten.

Blijkens de wetsgeschiedenis dient het woord 'opzettelijk' ertoe om tot uitdrukking te brengen dat (de sanctie van) art. 3:194 lid 2 BW slechts geldt indien de deelgenoot wist dat de goederen tot de gemeenschap behoorden (Parl. Gesch. Boek 3, p. 630). Dit brengt mee dat het in art. 3:194 lid 2 BW bedoelde opzet niet reeds kan worden aangenomen indien de desbetreffende deelgenoot (niet wist, maar wel) behoorde te weten dat het verzwegen goed tot de gemeenschap behoorde (HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:565, NJ 2017/254, rov. 3.3.2). De wetsgeschiedenis bevat echter geen aanknopingspunten om aan te nemen dat het woord 'opzettelijk' tevens ertoe dient om (de sanctie van) art. 3:194 lid 2 BW te beperken tot het geval waarin de desbetreffende deelgenoot het oogmerk had om rechten van de deelgenoten of de schuldeisers te verkorten.

In de wetsgeschiedenis is onder ogen gezien dat de sanctie van het verbeuren van een aandeel in een goed, die art. 3:194 lid 2 BW verbindt aan het verzwijgen, zoek maken of verborgen houden van dat goed, ingrijpend is. Een zware sanctie is echter op zijn plaats geacht, omdat in de hiervoor bedoelde gevallen sprake is van een ernstige, maar in een situatie van een gemeenschap, gemakkelijk te plegen vorm van bedrog (Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1307). In aansluiting hierop heeft de Hoge Raad geoordeeld dat art. 3:194 lid 2 BW ertoe strekt oneerlijk gedrag van de deelgenoten tegenover elkaar te ontmoedigen, omdat in rechtsverhoudingen als waarop die bepaling betrekking heeft, de deelgenoten immers in de regel in hoge mate afhankelijk zijn van de juistheid en volledigheid van de over en weer door hen verschaft inlichtingen omtrent het bestaan van tot de gemeenschap behorende goederen (HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:565, NJ 2017/254, rov. 3.5.2).

Ten slotte is van belang dat, gelet op de hoofdregel van art. 150 Rv, de stelplicht en bewijslast met betrekking tot de feiten en omstandigheden die worden aangevoerd ter toelichting van een beroep op

art. 3:194 lid 2 BW, rusten op degene die zich op deze bepaling beroept, en dat aan het bewijs van het daarin bedoelde opzet hoge eisen moeten worden gesteld (HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:565, NJ 2017/254, rov. 3.4.2, onder verwijzing naar Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1307). Bij die stand van zaken zou de reikwijdte van art. 3:194 lid 2 BW te zeer worden beperkt, indien een deelgenoot of een schuldeiser voor een geslaagd beroep op art. 3:194 lid 2 BW tevens feiten en omstandigheden zou moeten stellen en bewijzen waaruit volgt dat bij de deelgenoot die tot de gemeenschap behorende goederen verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt, sprake is van het oogmerk om rechten van de deelgenoten of de schuldeisers te verkorten. Op grond van het vorenstaande kan niet worden aanvaard dat het begrip 'opzettelijk' als bedoeld in art. 3:194 lid 2 BW aldus moet worden verstaan dat is vereist dat de desbetreffende deelgenoot het oogmerk had om rechten van de deelgenoten of de schuldeisers te verkorten. Voor het 'opzettelijk' verzwijgen, zoek maken of verborgen houden van een goed als bedoeld in art. 3:194 lid 2 BW is voldoende dat de desbetreffende deelgenoot weet dat het verzwegen goed tot de gemeenschap behoort.

Termen 'te zoek gemaakt of verborgen gehouden' / 'verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt'

- 2.23. Door Maria c.s. is overtuigend aangetoond dat Haim, geboren op 14 november 1949, op 15 juni 1948 wist dat er buitenlandse beleggingen waren; hij heeft dit zelf verklaard in gerechtelijke procedures in de Verenigde Staten en in Aruba; hij had betrekkelijk nauwkeurige kennis en kende de namen van buitenlandse beleggingsvehikels, waaronder Inverpan (conclusie van antwoord onder 9 e.v., repliek in conventie onder 3 en 11, dupliek in conventie onder 5-6 en akte Maria c.s. 5 juli 2017, productie I, bijlage 3, pleitnota aan de zijde van Haim, onder 5: '[Haim] weet drommels goed wat de nalatenschap zo ongeveer waard is').
- 2.24. Zijn moeder Anna verzette zich echter tegen de inroeping door Haim (en Maria) van diens legitieme portie (zie rov. 2.2 onder d-e). Anna wilde, overeenkomstig de wens van haar overleden echtgenoot Kalman, het familievermogen bijeen houden; pas na haar dood zou dit gelijkelijk worden verdeeld onder haar vier kinderen. Anna weigerde medewerking aan een verdeling van de buitenlandse beleggingen (zie de vonnissen van het GEA van 31 maart 1983, 15 juni 1983 en 1 juni 1984, producties 8-10 bij repliek in conventie). De drastische civielrechtelijke sanctie van artikel 4:1090 BW-AUA – 'een (zware) sanctie, die een strafkarakter heeft, hetgeen in het systeem van het burgerlijk recht uitzonderlijk is' – is daarvoor niet bedoeld. Haim had oplegging van een dwangsom kunnen vorderen of benoeming van een onzijdige persoon kunnen verlangen (artikel 1097 lid 1 (oud) BW-AUA [thans artikel 3:181 lid 1]), maar zover is het niet gekomen (zie rov. 2.20).
- 2.25. Kortom, in dit geval kan niet worden gezegd dat moeder Anna zich schuldig maakte aan 'een ernstige, maar in een situatie van een gemeenschap, gemakkelijk te plegen vorm van bedrog' en aan 'oneerlijk gedrag' jegens haar zoon Haim, waarbij Haim in hoge mate afhankelijk was van de juistheid en volledigheid van de over en weer door hen verschaft inlichtingen omtrent het bestaan van tot de gemeenschap behorende goederen'. Haim wist immers betrekkelijk nauwkeurig van het bestaan van de goederen.

Onaanvaardbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid

- 2.26. Blijkens HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:565, NJ 2017/254, rov. 3.6.2 infine is denkbaar 'dat onder bijzondere, door de partij die haar aandeel in het desbetreffende goed in beginsel heeft verbeurd te stellen en zo nodig te bewijzen, omstandigheden een beroep op deze bepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn (art. 6:2 lid 2 BW).' Dit geval doet zich hier voor.
- 2.27. Vader Kalman had bepaald dat moeder Anna zijn gehele nalatenschap erfde. Twee kinderen hebben deze wens gerespecteerd (zie rov. 2.2 onder c). De twee andere kinderen hebben beroep gedaan op hun legitieme portie, maar een van hen heeft genoeg genomen met een bedrag

ineens en een maandgeld. Haim heeft zijn beroep op de legitieme portie (3/40^e deel van de ontbonden huwelijksgemeenschap) doorgezet. De vier kinderen zijn gelijkelijk erfgenaam van Anna, met de mogelijkheid van plaatsvervulling (zie rov. 2.2 onder k-1). Het is onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dat Haim met een beroep op artikel 4:1090 BW-AUA zou kunnen bewerkstelligen dat hij alles heeft verkregen, althans de helft met een achtste deel. Als er al ruimte zou zijn voor een verbeurte, moet deze ten goede te komen van de gezamenlijke erfgenamen, zodat het zinloos is de verbeurte in te roepen.

- 2.28. Voor zover het appel van Haim tegen de beslissingen van het GEA in reconventie gebaseerd is op de stelling dat goederen aan hem zijn verbeurd, volgt uit het voorgaande dat het appel faalt.
- 2.29. Het Hof is van oordeel dat, gelet op de voorgeschiedenis, de opstelling van Haim, de wijze waarop hij van zijn algehele volmachten heeft gebruikt, de slechte relatie tussen hem en de overige deelgenoten, er voldoende gewichtige redenen zijn om Haim als executeur testamentair te ontslaan.

Incidenteel appel

- 2.30. Het Hof ziet onvoldoende noodzaak in de onderhavige zaak dwangsommen op te leggen. Dit is al gebeurd in kort geding (zie rov. 2.2 onder n), waarbij eveneens aan Haim het bevel is gegeven aan de door het GEA benoemde executeur testamentair mr. J.M. de Cuba rekening en verantwoording af te leggen onder straffe van een dwangsom. Heden zal het Hof uitspraak doen in een zaak tussen Haim en de executeur ter zake van andere bevelen onder straffe van een dwangsom (zie rov. 2.2 onder o). Het incidenteel appel faalt derhalve.

In principaal en incidenteel appel

- 2.31. Uit het voorgaande volgt dat het principaal en het incidenteel appel falen. Het bestreden vonnis zal worden bevestigd.
- 2.32. Als de overwegend in het ongelijk gestelde partij zal Haim worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep (tarief 11 gelet op het financieel belang van de zaak).

3. Beslissing

Het Hof bevestigt het bestreden vonnis en veroordeelt Haim in de kosten van het hoger beroep aan de zijde van Maria c.s. gevallen en tot op heden begroot op Afl. 27.000,- aan gemachtigdensalaris en Afl. 198,72 aan betekeningkosten.

Aldus gewezen door mrs. H.J. Fehmers, F.W.J. Meijer en J. de Boer, leden van het Hof en ter openbare terechtzitting van 18 juni 2019 in Aruba uitgesproken in aanwezigheid van de griffier.

PROCUREUR-GENERAAL
BIJ DE
HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 19/04306
Zitting 18 september 2020

CONCLUSIE

B.J. Drijber

In de zaak van

H.R. Hochman,
verzoeker tot cassatie,
hierna: **Haim**,
advocaten: R.S. Meijer en A. Stortelder

tegen

1. **M.R. Hochman**
2. **N.L. Odryzynsky**
3. **J.L. Odryzynsky**,
verweerders in cassatie,
hierna: **Maria c.s.**,
advocaat: D.M. de Knijff

In deze Caribische zaak staat centraal de vraag of de sanctie van verbeurte in het geval een erfgenaam tot de boedel behorende goederen heeft verzwegen, naar analogie moet worden toegepast op een ontbonden huwelijksgemeenschap. Het toepasselijke Arubaanse erfrecht komt op dit punt overeen met het oude Nederlandse erfrecht. De feiten zijn niet alledaags. De vader, een vermogend ondernemer, heeft bij testament zijn vermogen aan zijn vrouw achtergelaten en zijn vier kinderen onterfd. De jongste zoon, Haim, is de enige die zijn legitieme portie heeft opgeëist. Tussen moeder en zoon is een scheiding en deling van de nalatenschap van de vader overeengekomen. Na het overlijden van de moeder vele jaren later heeft Haim zich op het standpunt gesteld dat zij bij de scheiding en deling (buitenlandse) vermogensbestanddelen tegenover hem heeft verzwegen. Daardoor zouden die goederen aan hem zijn verbeurd en buiten de nalatenschap van de moeder vallen. Voor de andere erfgenamen, Maria c.s., zou er zo nauwelijks iets over blijven. Haim vordert in deze bodemprocedure een verklaring voor recht dat de door zijn moeder verzwegen goederen aan hem zijn verbeurd. Deze zaak hangt samen met zaak 19/03817 (*Hochman/De Cuba*), een kortgedingprocedure waarin ik ook vandaag concludeer.

1. Feiten

- 1.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.¹
- 1.2 Kalman Hochman (hierna: **Kalman**), overleden op 28 april 1979, was sinds 29 oktober 1936 tot zijn overlijden in gemeenschap van goederen gehuwd met Anna Britten (hierna: **Anna**), geboren op 14 februari 1916.²
- 1.3 Kalman en Anna hadden vier kinderen:³ Maria (geboren 19 september 1932), Luis (geboren 27 juli 1936 en overleden 15 juli 1999), Evelina (geboren 13 juni 1942 en overleden 22 oktober 2004) en Haim (geboren 14 november 1949). Luis liet drie kinderen na: Deborah (1991), Kalman Ovidio (1992) en Rachel (1997). Evelina liet twee kinderen na: Jacques Odryzinsky (1972) en Nathalie Odryzinsky (1976).
- 1.4 Kalman, de vader, had als zakenman een aanzienlijk vermogen opgebouwd. Daartoe behoorde onder andere het warenhuis La Linda in Oranjestad en (ander) onroerend goed op Aruba. Naar later is vastgesteld, bezat hij ook vermogensbestanddelen in Panama, de Verenigde Staten, Israël, Luxemburg en Zwitserland.

¹ Grotendeels ontleend aan het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba van 18 juni 2019, rov. 2.2 onder a tot en met o.

² In het bestreden vonnis staat in rov. 2.2 onder a. '14 april'. In de kopieën van aktes en andere officiële documenten die zich in het dossier bevinden staat steeds '14 februari'.

³ Vgl. voor de jaartallen de verklaring van erfrecht van 17 april 2012, overgelegd als productie 2 bij inleidend verzoekschrift.

- 1.5 Kalman heeft in 1962 een testament laten opmaken waarin hij Anna als zijn enige erfgenaam heeft benoemd en zijn kinderen heeft onterfd.⁴ Op die manier zou het familievermogen bijeen blijven en pas worden verdeeld na Anna's overlijden.
- 1.6 Na het overlijden van Kalman hebben Luis en Evelina verklaard het testament van hun vader te respecteren en geen beroep te doen op hun legitieme portie.
- 1.7 Maria heeft wél beroep gedaan op haar legitieme portie, maar heeft met haar moeder op 30 november 1979 een schikking getroffen. Op grond daarvan ontving zij een bedrag ineens en een lijfrente. Zij deed afstand van verdere legitieme aanspraken.
- 1.8 Haim heeft als enige zijn legitieme portie in de boedel van zijn vader opgeëist. Hij heeft geprocedeerd tegen zijn moeder. Op 15 juni 1984 is tussen hen een notariële akte van scheiding en deling opgemaakt.⁵ Daarin wordt vermeld dat Haim erfgenaam is voor 3/20^e deel van de nalatenschap en voor 3/40^e deel van de ontbonden huwelijksgemeenschap van zijn ouders. Haim werd uitgekeerd door toedeling van onroerend goed; de rest werd aan Anna toebedeeld. Anna kreeg onder meer de 'overige goederen sub D', die in de akte als volgt zijn omschreven:

"Alle overige roerende en onroerende goederen en andere zaken niet specifiek hier vermeld, die in de toekomst nog mochten blijken te behoren tot de ontbonden huwelijksgemeenschap".

Aan het slot van deze akte verklaren partijen dat de totale waarde van de ontbonden huwelijksgemeenschap op het moment van de scheiding en deling 'in onderling overleg' is vastgesteld op Afl. 9.333.334,- en

"... dat hiermede de boedel en nalatenschap voormeld naar ieders volkomen genoegen zijn gescheiden en gedeeld, en derhalve niets meer van elkander te vorderen hebben een en ander met inachtneming van het testament van erflater, weshalve de deelgenoten elkander over en weer kwijting en decharge bij deze verlenen".

- 1.9 Na het overlijden van Kalman heeft Luis het familievermogen beheerd. Na diens overlijden in 1999 lag het beheer enige tijd in handen van Anna's zuster Bertha, bijgestaan door een financieel adviseur (G. Echevarria van Amex).
- 1.10 Anna heeft begin 2004 een beroerte gehad. Anna en Haim zijn rond die tijd nader tot elkaar gekomen.⁶
- 1.11 Op 12 april 2005 en 25 augustus 2006 heeft Anna algehele volmachten gegeven aan Haim.⁷

⁴ Productie 1 bij CvR.

⁵ Onderdeel van productie 11 bij inleidend verzoekschrift.

⁶ Zie o.a. CvR, onder 32.

⁷ Zie producties 1 en 2 bij CvD.

- 1.12 Op 23 september 2005 is het testament van Anna opgemaakt.⁸ Daaruit blijkt dat:
- Anna ieder van haar kinderen, tezamen en voor gelijke delen als haar erfgenamen heeft benoemd en dat met betrekking tot haar overleden kinderen plaatsvervulling plaats vindt;
 - Anna de verdeling van haar nalatenschap heeft vastgesteld, in die zin dat alle goederen behorende tot haar nalatenschap worden toebedeeld aan Haim, zulks onder de verplichting voor Haim om aan ieder van de andere erfgenamen schuldig te erkennen een bedrag in contanten ter grootte van hun erfdeel, verminderd met hun aandeel in de begrafeniskosten, de taxatie- en de boedelkosten en de eventueel verschuldigde successierechten;
 - de vordering in contanten van de erfgenamen op Haim vijf jaar na het overlijden van Anna opeisbaar worden;
 - Haim wordt benoemd als executeur testamentair in haar nalatenschap.
- 1.13 Krachtens het testament van Anna zijn de volgende personen gerechtigd tot haar nalatenschap: Maria (1/4 deel), Haim (1/4 deel), Deborah (1/12 deel), Kalman Ovidio (1/12 deel), Rachel (1/12 deel), Jacques (1/8 deel) en Nathalie (1/8 deel).
- 1.14 Bij notariële akte, opgemaakt op 3 mei 2007, heeft Anna (inmiddels 91 jaar) onder meer het volgende verklaard:⁹

“Op het moment van overlijden van mijn man bestond de nalatenschap uit onder meer diverse onroerende goederen, in en buiten Aruba, tegoeden op bankrekeningen, waardepapieren en dergelijke bij banken in onder andere Panama, Zwitserland, Israël, Luxemburg en Amerika. Sommige vermogensbestanddelen van de nalatenschap werden niet rechte reeks op naam gehouden maar door middel van voornamelijk buitenlandse Panamese vennootschappen. Dit vermogen vertegenwoordigde, voor zover ik mij kan herinneren, een waarde van meer dan een honderd miljoen United States Dollars.

Mijn man heeft zich altijd met het financieel beheer van ons gezamenlijke vermogen bezig gehouden, ik was daarvoor niet opgeleid.

(...)

Bij de scheiding en deling van de boedel van mijn man in de tachtiger jaren heb ik niet alle vermogensbestanddelen van de nalatenschap bekend gemaakt, waardoor de nalatenschap veel lager werd gewaardeerd en aan mijn kinderen Maria en Haim veel minder werd uitgekeerd dan waarop zij recht hadden.

Nadat ik in het jaar tweeduizend vier een beroerte heb gehad heb ik mijn zoon Haim gevraagd het financieel beheer van het familie-vermogen (mijn vermogen) over te nemen. Tevens verzocht ik hem alsnog zorg te dragen dat de wensen van zijn vader als neergelegd in zijn testament correct zouden worden uitgevoerd,

Mijn zoon [Haim] heeft mij uitgelegd dat om dit te bewerkstelligen alle onttrekkingen aan de nalatenschap van mijn man ongedaan dienen te worden gemaakt en dat er een nieuwe boedelscheiding dient plaats te vinden,

Begin van het jaar tweeduizend vijf heb ik mijn zoon Haim een onbeperkte volmacht gegeven om al hetgeen te doen dat nodig is om enerzijds mijn financiële zaken goed te regelen en om anderzijds het testament van zijn overleden vader alsnog correct uit te voeren. In tweeduizend vijf heb ik dit ook schriftelijk verklaard

Mijn zoon Haim ondervindt echter heel veel tegenwerking bij de uitvoering van de door mij aan hem verstrekte opdracht. Om die reden wens ik mijn verklaring schriftelijk vast te leggen zodat het voor een ieder duidelijk is dat dit mijn wensen zijn .(...).”

⁸ Productie 1 bij inleidend verzoekschrift.

⁹ Productie 4 bij inleidend verzoekschrift. Het betoog van Haim in deze zaak steunt in belangrijke mate op deze verklaring van zijn moeder; zie verzoekschrift tot cassatie, Inleiding, onder C, en schriftelijke toelichting, onder 3.2.4.

- 1.15 Anna is op 17 november 2011 op 95-jarige leeftijd overleden. Haim was bij testament benoemd tot executeur-testamentair.
- 1.16 Bij brief van 12 maart 2012 is aan de erven van Anna onder meer een kopie van de notariële verklaring van 3 mei 2007 gestuurd.¹⁰
- 1.17 Een jaar later, bij brief van 14 maart 2013 van diens advocaat, stelde Haim zich tegenover de andere erfgenamen op het standpunt dat Anna bij de scheiding en deling in 1984 goederen aan hem heeft verzwegen die een geschatte waarde van Afl 80 miljoen hebben. Minder dan het in de notariële verklaring genoemde bedrag van over de US\$ 100 miljoen, maar toch bijna negen keer meer dan de waarde waarvan bij de scheiding en deling in 1984 is uitgegaan. Volgens Haim is het aandeel van Anna in de verzwegen goederen op het moment van de scheiding en deling (in 1984) aan hem verbeurd, omdat hij naast Anna de enige gerechtigde was in de ontbonden huwelijksgemeenschap.¹¹
- 1.18 Bij vonnis in kort geding van het Gerecht van Eerste Aanleg van Aruba (hierna: **GEA**) van 3 mei 2017 is Haim geschorst als executeur-testamentair. Mr. J.M. de Cuba (hierna: **De Cuba**) is in zijn plaats benoemd. Haim is bevolen, op straffe van verbeurte van een dwangsom, om rekening en verantwoording af te leggen aan Maria c.s. en aan de De Cuba. Haim heeft geappelleerd tegen dit vonnis en schorsing van de executie gevraagd. Dat verzoek is afgewezen. Daarna is het appel ingetrokken.
- 1.19 Tussen De Cuba en Haim zijn kort gedingen gevoerd, uitmondend in vonnissen van het GEA van 22 november 2017 en 24 januari 2018. In het appel van het kortgedingvonnis van 22 november 2017 is door het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba (hierna: het **hof**) gelijktijdig met het in de onderhavige zaak bestreden vonnis in de bodemzaak uitspraak gedaan. Dat is de zaak met het nr. 19/03817.

2. Procesverloop

- 2.1 Bij verzoekschrift van 10 maart 2014 heeft Haim voor het GEA een verklaring voor recht gevorderd dat, kort gezegd, de door zijn moeder verzwegen goederen uit de boedel van zijn vader aan hem zijn verbeurd.
- 2.2 Bij vonnis van 13 september 2017, hersteld bij vonnis van 4 oktober 2017 op een in cassatie niet ter zake doend punt, heeft het GEA in conventie dit verzoek afgewezen. Daartoe heeft het onder meer overwogen dat de onterfde kinderen niet te gelden hebben als deelgenoot in de nalatenschap van Kalman en dat Haim evenmin

¹⁰ Productie 2 bij inleidend verzoekschrift. Uit het dossier blijkt niet dat de andere erfgenamen van die verklaring, op dat moment al bijna vijf oud, op de hoogte waren.

¹¹ Productie 12 bij inleidend verzoekschrift. Directe aanleiding voor deze brief lijkt te zijn dat een boedelbeschrijving van de nalatenschap van Anna was opgemaakt, waar de gewraakte verborgen boedelbestanddelen buiten waren gehouden.

deelgenoot is geworden door zich te beroepen op zijn legitieme portie. Verzwijging van vermogensbestanddelen door Anna kan daarom niet leiden tot verbeurte aan Haim, maar kan hooguit een rol spelen bij de vaststelling van de omvang van diens legitieme (rov. 4.2).¹² In reconventie heeft het GEA Haim ontslagen als executeur-testamentair, hem bevolen gegevens te verschaffen aan De Cuba en hem bevolen rekening en verantwoording af te leggen.

2.3 Tegen dit vonnis is Haim in hoger beroep gekomen. Maria c.s. hebben in incidenteel appel versterking van de veroordelingen in reconventie met een dwangsom gevorderd.

2.4 Bij vonnis van 18 juni 2019 heeft het hof de stelling van Haim verworpen dat de goederen aan hem zijn verbeurd. Het hof heeft vooropgesteld dat art. 4:1090 BW-AUA over verbeurte wegens het verborgen houden van tot *een nalatenschap* behorende goederen temporeel van toepassing is (rov. 2.4-2.9). Vervolgens heeft het hof op vijf alternatieve gronden aangevoerd ter verwerping van het beroep van Haim op verbeurte op grond van die bepaling. Het hof heeft overwogen (i) dat deze ingrijpende civielrechtelijk sanctie volgens het geldend Arubaans recht alleen voor nalatenschappen geldt en het gelet op de aard van de sanctie te ver gaat om deze zonder wettelijke basis toe te passen op de ontbonden huwelijksgemeenschap (rov. 2.10-2.15); (ii) dat de rechtsvordering van Haim is verjaard (rov. 2.16-2.19); (iii) dat Haim wist van de buitenlandse beleggingen van zijn vader en afstand heeft gedaan van aanspraken daarop als legitimaris, inclusief uitoefening van het wilsrecht zoals bedoeld in art. 4:1090 BW-AUA (rov. 2.20); (iv) dat aan de toepassingsvereisten van art. 4:1090 BW-AUA niet is voldaan omdat Anna zich jegens Haim niet schuldig heeft gemaakt aan verzwijgen, zoek maken of verborgen houden van boedelbestanddelen, nu Haim zelf wist van het bestaan van die goederen (rov. 2.21-2.25); (v) dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat Haim met een beroep op art. 4:1090 BW-AUA zou kunnen bewerkstelligen dat hij alles heeft verkregen, althans de helft met een achtste deel. Als er al ruimte zou zijn voor een verbeurte, moet deze ten goede komen van de gezamenlijke erfgenamen, zodat het zinloos is de verbeurte in te roepen (rov. 2.26-2.27). Tot slot heeft het hof geoordeeld dat er voldoende gewichtige redenen waren om Haim als executeur-testamentair te ontslaan (rov. 2.29), maar er onvoldoende noodzaak is om in de onderhavige zaak dwangsommen op te leggen daar dit al in kort geding is gebeurd. (rov. 2.30).

2.5 Haim heeft – tijdig – cassatieberoep ingesteld tegen het vonnis van het hof van 18 juni 2019. Maria c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht, waarna Haim heeft afgezien van repliek en Maria c.s. hebben gedupliceerd.

3. Algemene opmerkingen

¹² Het GEA kwam daardoor niet toe aan de vraag of de sanctie van verbeurte naar analogie van toepassing is op een ontbonden huwelijksgemeenschap.

- 3.1 Tussen partijen is niet in geschil dat het recht van Aruba in deze zaak van toepassing is.
- 3.2 Het toepasselijke rechtskader kan als volgt samengevat.¹³
- 3.3 Art. 1090 BW-AUA (sedert 1 januari 2002: art. 4:1090 BW-AUA) staat in de Vijftiende titel 'Van het aanvaarden en verwerpen van erfenissen', Tweede afdeling 'Van het verwerpen van erfenissen'. Deze bepaling luidt als volgt (onderstreping toegevoegd; A-G:
- "Erfgenamen welke goederen, tot een nalatenschap behorende, hebben te zoek gemaakt of verborgen gehouden, verliezen de bevoegdheid om de erfenis te verwerpen; zij blijven zuivere erfgenamen, niettegenstaande hun verwerping, zonder dat zij enig deel in het te zoek gemaakte of verborgene mogen vorderen."
- Het onderstreepte zinsdeel houdt in dat een erfgenaam die opzettelijk tot de nalatenschap behorende goederen verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt, zijn aandeel in die goederen aan de andere deelgenoten in de gemeenschap van de nalatenschap verbeurt.
- 3.4 Deze bepaling stemt overeen met art. 1110 BW-NL (oud) (sedert 1 januari 2003 art. 4:1110 BW-NL (oud)).¹⁴ Art. 4:1110 BW is per 1 januari 2013 met de invoering van het nieuwe erfrecht vervallen.
- 3.5 Thans geldt dat art. 4:1090 BW-AUA eveneens is komen te vervallen. De Landsverordening waarbij dat is bepaald, is echter nog niet in werking getreden.¹⁵ Art. 4:1090 BW-AUA is daarom op de onderhavige zaak nog van toepassing.
- 3.6 Per 1 januari 2002 is art. 3:194 lid 2 in het BW-AUA ingevoerd. Deze bepaling is identiek aan het op 1 januari 1992 ingevoerde art. 3:194 lid 2 BW-NL. Ingevolge deze bepaling verbeurt een deelgenoot in een bijzondere gemeenschap – waaronder ingevolge het tweede lid van art. 3:189 BW-AUA en BW-NL de gemeenschap van een nalatenschap en van een ontbonden huwelijksgemeenschap valt – zijn aandeel in tot die gemeenschap behorende goederen aan de andere deelgenoten, indien hij die opzettelijk verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt.¹⁶
- 3.7 Deze bepaling is ingevolge het overgangsrecht niet van toepassing op een in art. 3:189 lid 2 BW bedoelde gemeenschap die op het tijdstip van in werking treden van de wet reeds bestond. Dat geldt zowel voor het BW-NL als het BW-AUA.¹⁷

¹³ Zie ook rov. 2.4-2.9 van het bestreden vonnis, in cassatie onbestreden.

¹⁴ Deze bepaling is tot 1 januari 2013 van toepassing geweest.

¹⁵ Landsverordening aanvulling Burgerlijk Wetboek van Aruba van 23 september 2016, AB 2016, no. 51.

¹⁶ Het gaat daarbij vaak om buiten het zicht van de fiscus gehouden tegoeden op in het buitenland aangehouden bankrekeningen, aldus S. Perrick in zijn noot bij HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3262, NJ 2018/276, onder 1.

¹⁷ Zie art. 103 Overgangswet Nieuw BW en art. 56 Landsverordening overgangsbepalingen Nieuw BW, AB 2001, no. 108.

- 3.8 Zoals het hof in rov. 2.9 heeft overwogen, onbestreden in cassatie, gaat het in de onderhavige zaak om een ontbonden huwelijksgemeenschap die al bestond vóór 1 januari 2002. Daarom is 3:194 lid 2 BW-AUA temporeel niet van toepassing.
- 3.9 Art. 4:1090 BW-AUA is temporeel wel van toepassing maar in materieel opzicht niet. Haim erkent dat art. 4:1090 BW-AUA op grond van zijn tekst uitsluitend van toepassing is op een nalatenschap en niet op een nalatenschap die onderdeel uitmaakt van een (door overlijden) ontbonden huwelijksgemeenschap.¹⁸ Haim meent evenwel dat de sanctie van verbeurte analogisch van toepassing is op de rechtsbetrekking tussen deelgenoten in een nalatenschap die onderdeel is van een ontbonden huwelijksgemeenschap (hierna, onderdeel 1). Haim baseert deze stelling op een opinie van prof. mr. S. Perrick.¹⁹ Maria c.s. betwisten dat een analoge toepassing van art. 4:1090 BW-AUA mogelijk is. Zij baseren zich onder meer op een opinie van prof. mr. H.C.F. Schoordijk.²⁰
- 3.10 Indien uw Raad van oordeel is dat het hof terecht heeft geoordeeld dat art. 4:1090 BW-AUA *niet* naar analogie kan worden toegepast op de in 1984 tussen Anna en Haim overeengekomen boedelscheiding, heeft Haim geen belang bij behandeling van de onderdelen 2 t/m 6 van het middel. Die onderdelen richten namelijk klachten tegen oordelen waarbij het hof er *veronderstellenderwijs* van is uitgegaan dat art. 4:1090 BW-AUA wél naar analogie van toepassing is op een ontbonden huwelijksgemeenschap. Indien die veronderstelling niet opgaat, zijn de overige klachten onder 2 t/m 6 gericht tegen overwegingen ten overvloede.
- 3.11 Die situatie doet zich mijns inziens voor. Ik zal niettemin volledigheidshalve die klachten wel behandelen. Het gaat daarbij achtereenvolgens om de vraag:
- of verbeurte van verzwegen vermogensbestanddelen van rechtswege intreedt of dat een andere deelgenoot daar beroep op moet doen (onderdeel 2);
 - of het recht beroep te doen op verbeurte vatbaar is voor verjaring (onderdeel 3).
 - of Haim, door akkoord te gaan met tussen zijn moeder en hem opgestelde akte van scheiding en deling (zie hiervoor, 1.8), afstand heeft gedaan van zijn recht zich op verzwijging te beroepen (onderdeel 4);
 - of Haim in 1984 wist dat het vermogen van zijn ouders veel meer omvatte dan in de toen opgestelde akte van scheiding en deling staat genoemd en zo ja, of dat betekent dat jegens hem van verzwijging geen sprake kan zijn (onderdeel 5); en
 - of het door Haim gedane beroep op verbeuring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht (onderdeel 6).
- 3.12 Onderdeel 7 van het middel keert zich tegen het oordeel van het hof over het ontslag van Haim als executeur-testamentair.

¹⁸ Zie o.a. inleidend verzoekschrift, onder 38.

¹⁹ Opinie van 19 februari 2015 (prod. 14 CvR).

²⁰ Opinie van 8 juni 2014 (prod. 32 CvA), gecorrigeerd en aangevuld op 30 oktober 2014 (prod. 5 CvD) en nader aangevuld in een reactie op de opinie van prof. Perrick (prod. 4 CvD).

4. Bespreking van het cassatiemiddel

Onderdeel 1: analoge toepassing op de ontbonden huwelijksgemeenschap

4.1 Onderdeel 1 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 2.12 tot en met 2.15 dat art. 4:1090 BW-AUA niet naar analogie van toepassing is op de ontbonden huwelijksgemeenschap.

4.2 Het hof heeft in rov. 2.10 tot en met 2.15 van het bestreden vonnis het volgende overwogen:

“2.10. Volgens Haim is artikel 4:1090 BW-AUA analogisch van toepassing op de ontbonden huwelijksgemeenschap. In 1984 bepaalde artikel 172 lid 2 (oud) BW-AUA ten aanzien van de ontbonden huwelijksgemeenschap:

‘2. De regelen die zijn vastgesteld in de zestiende titel van het tweede boek, handelende van boedelscheiding, zijn op de verdeling van toepassing.’

2.11. Artikel (4:)1090 BW-AUA is echter geplaatst in de vijftiende titel (zie rov. 2.4) en niet in de zestiende.

2.12. Artikel 4:1090 BW-AUA, bevattende een ingrijpende civielrechtelijke sanctie, geldt voor nalatenschappen. Het gaat, gelet op de aard van deze bepaling (HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:565, NJ 2017/254, rov. 3.3.2: ‘een (zware) sanctie, die een strafkarakter heeft, hetgeen in het systeem van het burgerlijk recht uitzonderlijk is’), te ver haar zonder wettelijke basis toe te passen op de ontbonden huwelijksgemeenschap (...). De stelling van Haim wordt daarom verworpen.

2.13. Dat artikel 4:1090 BW-AUA *slechts voor nalatenschappen* geldt wordt bevestigd in de parlementaire geschiedenis van de *Nederlandse Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek* en de *Arubaanse Landsverordening overgangsbepalingen Nieuw BW*.

2.14. Men zie *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk wetboek Invoering boeken 3, 5 en 6. Overgangsrecht*, ed. W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, 1991, p. 111:

‘Artikel 3.7.2.3 lid 2 (i.e. artikel 3:194 lid 2; *Hof*) bevat een soortgelijke sanctie als artikel 1110: verlies van een aandeel in de goederen van een gemeenschap. Artikel 1110 geldt evenwel slechts voor nalatenschappen. Voor andere gemeenschappen bestaat deze sanctie onder het oude recht niet. Voor die gemeenschappen werkt de bepaling niet terug: is de ‘verduistering’ vóór het tijdstip van de inwerkingtreding geschied, dan is het aandeel niet verbeurd. Dit is een aanvaardbare oplossing voor al die feiten uit het verleden, bij gemeenschappen die vóór de inwerkingtreding zijn gescheiden en verdeeld. Maar ook voor de bij de inwerkingtreding reeds bestaande gemeenschappen als bedoeld in artikel 3.7.2.0 lid 2 (i.e. artikel 3:189 lid 2; *Hof*) zou toepassing van de bepaling tot problemen aanleiding kunnen geven, omdat dan het veelal moeilijk te bewijzen precieze tijdstip van ‘verduistering’ van doorslaggevend belang wordt. Vandaar dat artikel 32 het oude recht eerbiedigt, hetgeen enerzijds meebrengt dat artikel 1110 op reeds opgevallen nalatenschappen van toepassing blijft, anderzijds dat de sanctie van artikel 3.7.2.3 lid 3 niet geldt voor de andere, ten tijde van de inwerkingtreding reeds bestaande gemeenschappen van artikel 3.7.2.0 lid 2.’

2.15. En de Arubaanse Memorie van Toelichting bij het ontwerp-Arubaanse *Landsverordening overgangsbepalingen Nieuw BW*:

'Artikel 56. Artikel 3.194, tweede lid, bevat een soortgelijke sanctie op het zoekmaken van goederen van een gemeenschap als artikel 1090, doch deze bepaling geldt onder het oude recht slechts voor de nalatenschap. Onmiddellijke werking van artikel 3.194 zou voor de hand liggen, doch zóu het praktische bezwaar doen rijzen om te bepalen of het zoekmaken enz. nog vóór of pas na de inwerkingtreding is gebeurd. Daarom verdient het in deze de voorkeur het oude recht maar voor de reeds bestaande gemeenschappen té eerbiedigen: voor de nalatenschappen artikel 1090, voor de andere schadevergoeding uit onrechtmatige daad. Artikel 56 correspondeert met artikel 103 der Nederlandse Overgangswet nieuw BW.'

- 4.3 Onder 1.1 klaagt het middel dat dit oordeel van een onjuiste rechtsopvatting getuigt, omdat het de kennelijke bedoeling van de wetgever is geweest dat met ingang van de invoering van het BW in 1838 de in art. 1110 BW-NL (oud) vervatte sanctie ook direct, althans naar analogie, zou gelden voor de ontbonden huwelijksgemeenschap. Het middel beroept zich op de vermeende wil van de historische wetgever, die in 1832 een kennelijke vergissing zou hebben gemaakt bij de hergroepering van het oude BW. Het middel wijst erop dat de wetsgeschiedenis het standpunt ondersteunt dat, hoewel art. 1110 BW-NL (oud) – en daarmee ook art. 4:1090 BW-AUA – naar zijn tekst alleen ziet op de nalatenschap, aangenomen mag worden dat analogische toepassing van die bepaling op de ontbonden huwelijksgemeenschap is toegestaan.²¹ Het middel verwijst naar Perrick.²²
- 4.4 Het middel wijst op een bijdrage van Meijers uit 1929 over de herkomst van art. 1110 BW-NL (oud).²³ Daaruit blijkt dat deze bepaling zijn oorsprong vindt in de Code Civil, die de sanctie van verbeurte stelde op het verzwijgen van goederen door deelgenoten in een gemeenschap van een nalatenschap (art. 792 Code Civil) én in een ontbonden huwelijksgemeenschap (art. 1477 Code Civil). Art. 1110 BW-NL (oud) is een letterlijke vertaling van art. 792 Code Civil. Art. 1477 Code Civil kwam voor in art. 238 van het Wetboek van 1830 voor, maar bij de herziening van het Wetboek twee jaar later is de afdeling waarin die bepaling stond, komen te vervallen. In plaats daarvan is er toen in art. 183 lid 2 BW-NL (oud) een verwijzing naar de voorschriften van de zestiende afdeling over boedelscheiding opgenomen, waarin een met art. 238 (oud) corresponderende bepaling niet voorkwam. Art. 1110 BW-NL (oud) stond namelijk in de vijftiende afdeling.
- 4.5 Het middel voert voorts aan dat uit de wetsgeschiedenis niet valt af te leiden dat de bepaling waarin de desbetreffende sanctie aanvankelijk ook voor de ontbonden huwelijksgemeenschap vervat lag, in het jaar 1832 bewust is komen te vervallen. De schriftelijke toelichting betoogt dat als dit de bedoeling was geweest, zou zijn toegelicht waarom de sanctie wel kon blijven bij de verdeling van nalatenschappen, maar niet (langer) bij de verdeling van ontbonden huwelijksgemeenschappen.²⁴

²¹ Zie ook de schriftelijke toelichting, onder 2.2.1-2.2.10.

²² Asser/Perrick 3-V 2019/161 en de aan Haim uitgebrachte opinie van 19 februari 2015, p. 10-14, onder 11 (prod. 14 CvR).

²³ E.M. Meijers, 'Art. 1110 BW', *WPNR* 1929/3127.

²⁴ Schriftelijke toelichting Haim, onder 2.2.5.

- 4.6 Ik vind dit een boeiend betoog, maar overtuigd heeft het mij niet. Het is nogal speculatief om ervan uit te gaan dat het ontbreken van een toelichting wijst op een omissie en dat de wetgever (in 1832) het tegendeel zou hebben bedoeld van wat hij heeft bepaald.²⁵ Hoe dan ook, ook als sprake zou zijn van een misverstand,²⁶ heeft de wetgever meer dan 150 jaar de tijd gehad dit recht te zetten. Dat is niet gebeurd. Pas door de invoering van art. 3:194 lid 2 in 1992 (en in 2002 voor Aruba) geldt de sanctie van verbeurte wegens verzwijging door een deelgenoot in bijzondere gemeenschappen, waaronder begrepen is de ontbonden huwelijksgemeenschap. Kennelijk is er ook geen rechtspraak uit de 19^e of 20^{ste} eeuw die steun biedt voor de door Haim bepleite analogische toepassing. Perrick, naar wie Haim verwijst, erkent dat ook: "*Er is aan mij geen jurisprudentie bekend over analogische toepassing van art. 1110 BW (oud) op de ontbonden huwelijksgemeenschap.*"²⁷
- 4.7 Belangrijk lijkt mij dat de door Haim in navolging van Perrick verdedigde opvatting evenmin steun vindt in de parlementaire geschiedenis. Integendeel: de Nederlandse overgangswetgever, aangehaald in rov. 2.14 van het bestreden vonnis, vermeldt: "*Artikel 1110 geldt evenwel slechts voor nalatenschappen*". In dezelfde zin vermeldt de Arubaanse memorie van toelichting, aangehaald in rov. 2.15, dat "*deze bepaling onder het oude recht slechts [geldt] voor de nalatenschap.*"
- 4.8 Bovendien heeft de overgangswetgever bepaald dat de nieuwe regeling in art. 3:194 lid 2 BW temporeel *slechts* van toepassing is op bijzondere gemeenschappen die niet bestonden op het moment van inwerkingtreding van de wet (zie hiervoor, 3.7). Dat alleen al beperkt sterk de mogelijkheid van een toepassing *per analogiam*.²⁸
- 4.9 Tot slot blijkt nergens uit dat de regeling van art. 3:194 lid 2 BW en art. 3:189 lid 2 BW is bedoeld als herstel van een fout die helemaal tot 1832 teruggaat. Dat op grond van die regeling de sanctie van verbeurte wegens verzwijging van toepassing is geworden op een ontbonden huwelijksgemeenschap, lijkt vooral te zijn bedoeld voor gevallen van verzwijging bij boedelscheiding wegens echtscheiding. Bijvoorbeeld: de man drijft een onderneming waaruit zonder medeweten van de vrouw in het zicht van de echtscheiding geld is weggesluisd naar een buitenlandse bankrekening.²⁹
- 4.10 Ik zie ook geen reden waarom analoge toepassing van art. 1090 BW-AUA wenselijk zou zijn. De bepaling van art. 4:1090 BW-AUA (en destijds art. 1110 BW-NL (oud)) bevatten, zoals het hof in rov. 2.12 heeft onderkend, een ingrijpende civielrechtelijke sanctie. De Hoge Raad heeft in 2017 overwogen dat de sanctie van verbeurte een zware sanctie is, die een strafkarakter heeft, wat in het systeem van het burgerlijk recht

²⁵ Vgl. schriftelijke toelichting Maria c.s., onder 3.4.

²⁶ Schriftelijke toelichting Haim, onder 2.2.6 en 2.2.10.

²⁷ Opinie van 19 februari 2015, blz. 15, onder 11 (slot).

²⁸ In die zin J. Hijma, 'Analogie in het nieuwe vermogensrecht' in: A.G. Castermans (e.a.), *Rechterlijke macht en Nieuw BW*, BW Krant Jaarboek no. 6, 1990, p. 15-27/21.

²⁹ Zie de noot van Verstappen bij HR 31 maart 2017, NJ 2017/254, onder 3 voor een variëteit van voorbeelden uit de feitenrechtspraak van het verdonkeremanen van goederen.

uitzonderlijk is.³⁰ Ik verwijs tevens naar het in het strafrecht bekende *nulla poena*-beginsel.³¹

- 4.11 De opvatting van het hof dat een dergelijke ingrijpende sanctie, die naar zijn tekst slechts op de nalatenschap is betrokken, zich niet leent voor toepassing naar analogie, maar pas op andere gemeenschappen kan worden toegepast als daarvoor een duidelijke en specifieke wettelijk bepaling bestaat, acht ik juist.³²
- 4.12 Onder 1.2 voert het middel aan dat het hof met de overweging dat uit de parlementaire geschiedenis bij de invoering van art. 3:194 lid 2 BW-AUA en BW-NL volgt dat art. 1110 BW-NL (oud) en art. 4:1090 BW-AUA niet van toepassing is op de ontbonden huwelijksgemeenschap, heeft miskend dat voor een (naar analogie) geldende regel niet – in (de toelichting bij) het overgangsrecht – kan worden bepaald dat deze achteraf bezien toch niet heeft gegolden.
- 4.13 Anders dan het middel lijkt te suggereren, heeft het hof zijn oordeel dat art. 4:1090 BW-AUA niet naar analogie kan worden toegepast op de ontbonden huwelijksgemeenschap niet alleen onderbouwd door te verwijzen naar de parlementaire geschiedenis van en de toelichting op een bepaling die later in werking is getreden, maar tevens (en primair) gewezen op de wettelijke basis en de aard van de betreffende bepaling. De verwijzing in rov. 2.13-2.15 naar de parlementaire geschiedenis en de toelichting bevestigt slechts het voorgaande. Voor zover het middel ervan uitgaat dat het hof zijn oordeel dat art. 4:1090 BW-AUA niet naar analogie van toepassing is op de ontbonden huwelijksgemeenschap enkel heeft onderbouwd met een verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van en de toelichting op een bepaling die later in werking is getreden, gaat het middel uit van een onjuiste lezing van het vonnis.
- 4.14 Ik concludeer dat het hof is uitgegaan van een juiste rechtsopvatting en dat de daartegen gerichte klachten falen.

Onderdeel 2: moet verbeurte worden ingeroepen?

- 4.15 Onderdeel 2 is gericht tegen het oordeel van het hof dat art. 4:1090 BW-AUA moet worden ingeroepen en aan de deelgenoten een wilsrecht geeft, uit te oefenen door een eenzijdige tot de bedriegende mededeelgenoot te richten verklaring. Onder een 'wilsrecht' wordt de bevoegdheid verstaan om door een wilsverklaring, al dan niet

³⁰ HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:565, NJ 2017/254, m.nt. L.C.A. Verstappen.

³¹ Zie ook: W.D. Kolkman, 'Straffen in het burgerlijk recht', FTV 2011/7-8, p. 3-4. Vgl. ook schriftelijke toelichting Maria c.s., onder 3.5 en 3.6.

³² W. Snijders, 'Verleden en toekomst van art. 3:194 lid 2', in: S.C.J.J. Kortmann e.a., *Yin-Yang. Bundel opstellen op 12 mei 2000 aangeboden aan prof. mr. M.J.A. Van Mourik ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar*, 2000, p. 360-361; W.D. Kolkman, 'Straffen in het burgerlijk recht', FTV 2011/7-8, p. 3-4.

gepaard gaande met een rechterlijke uitspraak, een wijziging in een rechtsbetrekking of een rechtstoestand tot stand te brengen.³³

4.16 In rov. 2.17 heeft het hof, voor zover relevant, het volgende overwogen:

“Artikel 4:1090 BW-AUA moet worden ingeroepen. Het artikel geeft aan de deelgenoten een wilsrecht, uit te oefenen door een eenzijdige tot de bedriegende mededeelgenoot te richten verklaring. (...) Het Hof sluit zich hier aan bij de beschouwingen van W. Sniijders in de Yin-Yang (bundel M.J.A. van Mourik), 2000, p. 361 en 363, in verbinding met WPNR 1999/6366, p. 585 onder K.”

4.17 Onder 2.1 klaagt het middel dat dit oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Volgens het middel geschiedt verbeurte op de voet van art. 4:1090 BW-AUA van rechtswege, en wel op het tijdstip dat de gemeenschap wordt verdeeld en een goed dat tot die gemeenschap behoort, wordt verzwegen. In deze zaak: op 15 juni 1984, de datum van de akte van schending en deling van de nalatenschap van Kalman.

4.18 Ik wijs er op dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat een verzwijging niet nadien kan worden hersteld met als gevolg dat de sanctie van art. 3:194 lid 2 BW komt te vervallen. Ieder verzwijgen, zoek maken of verborgen houden van een goed dat tot de gemeenschap behoort leidt tot toepasselijkheid van de sanctie, ook als nog geen verdeling heeft plaatsgevonden. Dit strookt met de strekking van de die bepaling om oneerlijk gedrag van deelgenoten tegenover elkaar te ontmoedigen.³⁴

4.19 In de literatuur bestaat verdeeldheid over de vraag of verbeurte van tot een gemeenschap behorende vermogensbestanddelen van rechtswege geschiedt of eerst als daar een beroep op is gedaan.

4.20 Perrick neemt het standpunt in dat de regel van art. 3:194 lid 2 BW van rechtswege werkt.³⁵ Hij geeft aan dat in die bepaling niet te lezen valt dat het verbeuren van het aandeel in een goed afhankelijk is van het uitoefenen van een wilsrecht door de andere deelgenoot/deelgenoten.³⁶

4.21 Daarentegen heeft W. Sniijders in zijn bijdrage waarbij het hof zich heeft aangesloten, verdedigd dat, hoewel men uit de redactie van art. 3:194 lid 2 evenals die van art.

³³ Zie over het begrip wilsrecht: E.M. Meijers, *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht [Algemene Leer van het Burgerlijk Recht I]*, 1958, p. 266; E.J.H. Schrage, 'Wilsrechten en de Action Oblique. Over hoogst persoonlijke bevoegdheden en de uitoefening daarvan door crediteuren en andere derden', *WPNR* 03/6539, p. 516, onder 1; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/2; en W. Sniijders, 'Wilsrechten, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht (I-III)', *WPNR* 99/6365-6367.

³⁴ HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:565, *NJ* 2017/254, m.nt. L.C.A. Verstappen; *JPF* 2017/143, m.nt. B.E. Reinhartz.

³⁵ Van Mourik en Schols sluiten zich zonder nadere onderbouwing hierbij aan in: M.J.A. van Mourik en F.W.J.M. Schols, *Gemeenschap* (Mon. BW, nr. B9), 2015/6.47. Ook Kolkman en Hoops nemen zonder onderbouwing aan dat de verduisterende deelgenoot zijn aandeel van rechtswege verliest in: W.D. Kolkman en B. Hoops, 'Hoge Raad preciseert 'opzettelijke verzwijging' van artikel 3:194 lid 2 BW', *TE* 2017-3.

³⁶ Asser/Perrick 3-V 2019/161a.

4:1110 en van art. 792 Cc, en daarmee ook art. 4:1090 BW-AUA, zou kunnen opmaken dat de regel van rechtswege werkt, de sanctie alleen intreedt wanneer een deelgenoot een beroep op de regel doet.³⁷ Sniijders is van mening dat de beschuldiging van bedrog een zware is, waarbij gemakkelijk persoonlijke motieven kunnen zijn betrokken. De relatie tussen deelgenoten is daarbij een bijzondere, waarbij redelijkheid en billijkheid een belangrijke rol behoort te spelen. Juist die bijzondere relatie (erfgenamen, gewezen echtgenoten) vergt dat zij zelf kunnen bepalen of zij de zware sanctie van verbeurte inderdaad willen laten intreden. Het intreden van rechtswege kan tot onaangename verrassingen leiden doordat zij op losse schroeven zet wat inmiddels wellicht door alle belanghebbenden is aangenomen. Dit is bijzonder onbevredigend als het om verzwegen registergoederen gaat.³⁸ Sniijders wijst er ook op dat, als de sanctie van rechtswege intreedt, moeilijk valt in te zien waarom andere belanghebbenden zich niet ook op dit rechtsgevolg kunnen beroepen. Volgens hem is het niet de bedoeling dat die andere belanghebbenden, zoals beperkt gerechtigden en schuldeisers, van die bevoegdheid gebruik zouden maken om zich een extra voordeeltje te verschaffen.³⁹

- 4.22 Mij spreekt de door Sniijders verdedigde lijn aan. Deelgenoten moeten zelf kunnen bepalen of zij de zware sanctie van verbeurte willen laten intreden. De opvatting dat art. 3:194 lid 2 en art. 4:1090 BW-AUA aan de deelgenoten een wilsrecht geeft, is – anders dan het middel onder 3.2.2 betoogt – wel degelijk te rijmen met de strekking van die bepaling.⁴⁰ Ook als de sanctie van art. 3:194 lid 2 BW / art. 4:1090 BW-AUA moet worden ingeroepen, wordt oneerlijk gedrag van deelgenoten tegenover elkaar voldoende ontmoedigd. Aan het inroepen worden immers geen vormvoorschriften of andere formele eisen gesteld; een eenzijdige verklaring gericht aan de bedriegende deelgenoot volstaat. Bovendien treedt door het inroepen van de verzwijging het rechtsgevolg van de verbeurte direct in en wel *ex nunc* (op moment inroepen). Het verschil met de 'van rechtswege-benadering' is dat daar het gevolg reeds intreedt met effect *ex tunc* (op moment verzwijgen).
- 4.23 Het middel verliest onder 3.2.2 uit het oog dat de vraag of de verkrijging door de andere deelgenoten van rechtswege plaatsvindt dan wel dat afzonderlijke levering van het verbeurde aandeel in de gemeenschap is vereist,⁴¹ onderscheiden moet worden van de – daaraan voorafgaande – vraag of het rechtsgevolg van verbeurte van rechtswege intreedt, dan wel moet worden ingeroepen.⁴²

³⁷ Breederveld sluit zich bij dit standpunt aan: B. Breederveld, *De huwelijksgemeenschap bij echtscheiding: de omvang, ontbinding en verdeling door de rechter*, (diss. Amsterdam VU) 2008, p. 409.

³⁸ Zie hiervoor ook H.C.F. Schoordijk, *Mede-eigendom, gemeenschap, rechtspersoonlijkheid* 1983, p. 149.

³⁹ W. Sniijders, 'Verleden en toekomst van art. 3:194 lid 2', in: S.C.J.J. Kortmann e.a., *Yin-Yang. Bundel opstellen op 12 mei 2000 aangeboden aan prof. mr. M.J.A. Van Mourik ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar*, 2000, p. 361-364.

⁴⁰ Vgl. voor die strekking HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:565, NJ 2017/254, m.nt. L.C.A. Verstappen; JPF 2017/143, m.nt. B.E. Reinhartz en HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3262, NJ 2018/276, m.nt. S. Perrick.

⁴¹ Zie hierover Asser/Perrick 3-V 2019/161a en aldaar genoemde literatuur.

⁴² In de bijdrage van Biemans waarnaar het middel verwijst in voetnoot 9 ter ondersteuning van het standpunt dat in de literatuur overwegend wordt aangenomen dat verbeurte van rechtswege geschiedt, neemt

- 4.24 Ik kom tot de conclusie dat art. 4:1090 BW-AUA, net als art. 3:194 lid 2 BW-AUA en BW-NL, aan de deelgenoten een wilsrecht geeft, zodat de sanctie pas intreedt als de deelgenoten de betreffende bepaling inroepen.
- 4.25 Onder 2.2 betoogt het middel dat het hof heeft miskend dat als de bedriegende deelgenoot de verzwijging jegens een mededeelgenoot heeft erkend, voor het intreden van de verbeurte geen eenzijdige tot de bedriegende mededeelgenoot te richten verklaring nodig is.
- 4.26 Haim heeft geen belang bij deze klacht. Het hof heeft immers in rov. 2.17 meer in het algemeen overwogen dat art. 4:1090 BW-AUA moet worden ingeroepen. Het hof heeft dit overwogen in het kader van het beroep van Maria c.s. op verjaring. Het heeft niet geoordeeld dat het beroep op verbeurte niet opgaat, *omdat* Haim geen eenzijdige verklaring heeft gericht tot de bedriegende mededeelgenoot. Het hof heeft zelfs in rov. 2.19 overwogen dat Haim in 2013 art. 4:1090 BW-AUA rechtsgeldig heeft ingeroepen. Om die reden is niet van belang of de notariële verklaring van 3 mei 2007 van Anna meebracht dat voor het intreden van de verbeurte geen eenzijdige tot de bedriegende mededeelgenoot te richten verklaring hoefde te worden gericht.
- 4.27 De subonderdelen 2.1 en 2.2 falen allebei.

Onderdeel 3: kan beroep op verbeurte verjaren?

- 4.28 Onderdeel 3 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 2.19 dat het beroep van Haim op art. 4:1090 BW-AUA (eveneens) afstuit op verjaring.
- 4.29 Ten aanzien van het beroep op verjaring heeft het hof het volgende overwogen:

“2.16. Haim, die lange tijd geen weet had van de in artikel 4:1090 BW-AUA neergelegde civielrechtelijke sanctie (replik in conventie onder 32 i.f. en akte 2 september 2015 onder 27), heeft pas op 14 maart 2013 zich op het standpunt gesteld dat het aandeel van Maria was verbeurd (zie rov. 2.2. onder m). Volgens Maria c.s., als erfgenamen van Anna, stuit Haims vordering af op bevrijdende verjaring.

2.17. Artikel 4:1090 BW-AUA moet worden ingeroepen. Het artikel geeft aan de deelgenoten een wilsrecht, uit te oefenen door een eenzijdige tot de bedriegende mededeelgenoot te richten verklaring. Wilsrechten vallen in beginsel niet onder de bepalingen betreffende extinctieve verjaring. Uitoefening van het recht brengt immers rechtstreeks het rechtsgevolg teweeg, zodat er geen rechtsvordering of ander instrument tot afdwinging aan te pas komt. Dat betekent dat waar het ongewenst is dat het wilsrecht onbeperkt in stand blijft, een bijzondere bepaling nodig is. Het Hof sluit zich hier aan bij de beschouwingen van W. Sniijders in Yin-Yang (bundel- M.J.A. van Mourik), 2000, p. 361 en 363, in verbinding met WPNR 1999/6366, p. 585 onder K.

2.18. Ten aanzien van de bevoegdheid tot inroeping van artikel 4:1090 BW-AUA ontbreekt een zodanige bijzondere bepaling.

.....
Biemans het standpunt in dat afzonderlijke levering van het aandeel in het verzwegen goed niet vereist is, daar de verkrijging door de andere deelgenoten van rechtswege plaatsvindt onder bijzondere titel zoals bedoeld in art. 3:80 lid 3 BW. Uit de rest van zijn betoog lijkt veeleer op te maken dat deze auteur de mening is toegedaan dat een beroep moet worden gedaan op art. 3:194 lid 2 BW.

Het hof laat daarop volgen:

2.19. Echter, toen Haim in 2013 rechtsgeldig artikel 4:1090 BW-AUA inriep, was Anna al sedert 15 juni 1984 bezitter (zie rov. 2.2 onder e: 'overige goederen sub D'). Haims rechtsvordering tot beëindiging van dit bezit is twintig jaren (artikel 3:306 BW-AUA) na de dag volgende op die waarop Anna als niet-rechthebbende bezitter is geworden (artikel 3:314 lid 2 BW-AUA) verjaard. Deze rechtsvordering is daarom op 16 juni 2004 verjaard. Het verweer van Maria c.s. slaagt.”

4.30 Onder 3.1 betoogt het middel dat het hof heeft miskend dat op verbeurte van verzwegen goederen te allen tijde een beroep kan worden gedaan. De bepalingen betreffende verjaring van de rechtsvordering tot beëindiging van bezit missen toepassing. Daartegen verzetten zich de aard en gevolgen van een dergelijke verzwijging – de mede-deelgenoot heeft door het handelen van de bedriegende deelgenoot immers geen weet van het bestaan van de goederen – , de aard van de bepaling die aan opzettelijk verzwijging terecht een zware sanctie verbindt en het systeem van verdeling van een gemeenschap zoals dat verder is geregeld. Ook verdeling van opzettelijk of onbewust overgeslagen goederen kan immers te allen tijde worden gevorderd.

4.31 Wat betreft verjaring van een wilsrecht heeft W. Snijders het volgende opgemerkt:

“Een typisch kenmerk van wilsrechten is dat zij in beginsel niet onder de bepalingen betreffende extinctieve verjaring vallen. Uitoefening van het recht brengt immers rechtstreeks het rechtsgevolg teweeg, zodat er geen rechtsvordering of ander instrument tot afdwinging aan te pas komt. Dat betekent dat waar het ongewenst is dat het wilsrecht onbeperkt in stand blijft, een bijzondere bepaling nodig is.”⁴³

Het hof heeft zich blijkens rov. 2.17 hierbij aangesloten en in rov. 2.18 daaraan toegevoegd dat een zodanige bijzondere bepaling ontbreekt ten aanzien van de bevoegdheid tot inroeping van art. 4:1090 BW-AUA.

4.32 Toch is het hof in rov. 2.19 tot het oordeel gekomen dat de rechtsvordering van Haim is verjaard. Het gaat volgens het hof om de rechtsvordering tot beëindiging van bezit, zoals geregeld in art. 3:306 BW-AUA. Art. 3:306 BW-AUA geeft als hoofdregel dat een rechtsvordering verjaart door verloop van twintig jaren. Die termijn verstreek in dit geval in juni 2004.

4.33 Dit oordeel lijkt mij niet goed te stroken met het daaraan direct voorafgaande oordeel in rov. 2.17-2.18 dat er geen bijzondere bepaling is en de bepalingen betreffende extinctieve verjaring niet van toepassing zijn omdat uitoefening van het wilsrecht rechtstreeks een rechtsgevolg teweegbrengt. Aangezien er geen rechtsvordering aan de uitoefening van het wilsrecht te pas komt, kan er geen sprake zijn van verjaring van een rechtsvordering. In zoverre geeft het oordeel van het hof blijk van een onjuiste rechtsopvatting zodat de klacht onder 3.1 slaagt. Nu de klachten onder 3.2 en 3.3 subsidiair zijn aangevoerd, behoeven zij geen bespreking.

⁴³ W. Snijders, 'Wilsrechten, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht (II)', *WPNR* 99/6366, onder K.

- 4.34 Het slagen van subonderdeel 3.1 kan echter niet tot cassatie leiden nu de beslissing van het hof ook berust op andere oordelen die tevergeefs worden aangevochten.

Onderdeel 4: afstand van wilsrecht door akte van scheiding en deling

- 4.35 Onderdeel 4 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 2.20 dat Haim met het aangaan van de akte van scheiding en deling in 1984 afstand heeft gedaan van het wilsrecht zich op verzwijging en verbeurte te beroepen.
- 4.36 In rov. 2.20 heeft het hof het volgende overwogen:

“Maria c.s. heeft voorts gesteld dat Haim in 1984 afstand heeft gedaan van de bevoegdheid zich op verbeurte te beroepen. Van het wilsrecht ingevolge artikel (4:)1090 BW-NL kan afstand worden gedaan (vgl. W. Snijders, WPNR 1999/6366, p. 584-585 onder J), zoals ook van een beroep op de legitieme portie afstand kan worden gedaan, als gedaan door Maria (zie rov. 2.2 onder d; W. Snijders, WPNR 1999/6367, p. 602 onder V en p. 604 onder J). Haim wist van de buitenlandse beleggingen van zijn vader (zie hierna rov. 2.23), hij heeft teneinde medewerking van zijn moeder Anna te bewerkstelligen tegen haar geprocedeerd, maar op 15 juni 1984 zijn hoofd in de schoot gelegd (zie rov. 2.2 onder e). Het Hof legt de akte van scheiding en deling uit als tevens de neerslag van een vaststellingsovereenkomst bevattende. De buitenlandse beleggingen (‘overige goederen sub D’), van welke bestaan Haim wist, werden toegedeeld aan Anna en Haim deed afstand van aanspraken daarop als legitimaris, inclusief uitoefening van het wilsrecht ingevolge artikel 1090 BW-AUA. Ook dit verweer van Maria c.s. slaagt derhalve.”

- 4.37 Onder 4.1 betoogt het middel dat het hof met zijn oordeel dat Haim afstand heeft gedaan van het wilsrecht, heeft voortgebouwd op de in onderdeel 2 bestreden overweging en dat het oordeel in rov. 2.20 om de in dat onderdeel aangevoerde redenen van een onjuiste rechtsopvatting getuigt.
- 4.38 Nu onderdeel 2 faalt behoeft deze voortbouwklacht geen bespreking.
- 4.39 Onder 4.2 betoogt het middel dat het hof heeft miskend dat afstand van recht een op het verlies van rechten en/of bevoegdheden gerichte wil vereist, die zich in een verklaring heeft geopenbaard. Voor zover het hof dat niet heeft miskend, is het oordeel ontoereikend gemotiveerd. Haim had immers helemaal niet een op afstand van zijn aanspraken op de verzwegen goederen gerichte wil. Na vergeefse pogingen in en buiten rechte om transparantie te verkrijgen van Anna over het bestaan van andere tot de gemeenschap behorende buitenlandse vermogensbestanddelen, kon Haim niet anders dan erop vertrouwen dat de totale waarde van de ontbonden huwelijksgemeenschap op het moment van scheiding en deling inderdaad Afl. 9.333.3334 betrof en er geen andere tot de gemeenschap behorende buitenlandse vermogensbestanddelen waren.
- 4.40 Het is juist dat voor het verlies van een recht op grond van art. 3:33 BW is vereist dat de *wil* van de afstand doende persoon *erop gericht was* zijn recht prijs te geven.⁴⁴ Dit

⁴⁴ C. Spierings, *Afstand van recht* (Mon. BW nr. A6a) 2019/14.

heeft het hof echter niet miskend. Evenmin is het oordeel van het hof onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd. Het heeft immers in zijn door dit onderdeel bestreden overweging geoordeeld dat Haim wist van de buitenlandse beleggingen en dat in de akte van scheiding en deling is vastgesteld dat goederen waarvan het bestaan later zou blijken werden toegedeeld aan Anna (als erfgenaam), en dat Haim hiermee afstand heeft gedaan van zijn aanspraken daarop.

- 4.41 Dat het hof heeft geoordeeld dat Haim wist van de buitenlandse beleggingen is niet onbegrijpelijk. Het hof heeft in rov. 2.23 uitgewerkt dat Haim deze kennis had omdat hij dit zelf heeft verklaard in gerechtelijke procedures in de Verenigde Staten en in Aruba. Hieruit bleek dat hij betrekkelijk nauwkeurige kennis had en de namen kende van buitenlandse beleggingsvehikels, waaronder Inverpan.
- 4.42 Uit de stukken zijdens beide partijen waarnaar het hof heeft verwezen in rov. 2.23 ter ondersteuning van zijn oordeel dat Haim wist van de buitenlandse beleggingen, volgt dat Haim na de middelbare school, omstreeks 1968-1969, fulltime is gaan werken in het familiebedrijf en nauw betrokken was bij de zaken van zijn vader. Haim stelt zelf dat hij in een Amerikaanse procedure heeft verklaard dat hij betrokken was bij het bedrijf La Linda gedurende het leven van Kalman en ermee bekend was geraakt dat er vermogensbestanddelen buiten Aruba aanwezig waren.⁴⁵
- 4.43 Ik wijs verder op de pleitnota zijdens Haim in een procedure die hij, voor de overeengekomen boedelscheiding, tegen zijn moeder heeft gevoerd en die heeft geleid tot een vonnis van 1 juni 1984 waarin het volgende wordt overwogen:⁴⁶

"1. de boedel in kwestie is qua omvang en waarde gigantisch. Zij bestaat uit een groot aantal onroerende goederen op Aruba en in het buitenland, aandelen en belangen in binnen- en buitenlandse rechtspersonen en ondernemingen, banktegoeden in binnen en buitenland, tal van roerende goederen waarvan een groot deel gevormd wordt door de bedrijfsmiddelen en inventaris van La Linda N.V. en tal van andere N.V.'s."
(...)

"5. eiser heeft jarenlang met zijn vader en moeder de zaken en het familievermogen beheerd en weet uit dien hoofde drommels goed wat de nalatenschap ongeveer waard is. Hij is er uit eigen wetenschap mee bekend dat tal van tot de nalatenschap behorende vermogensbestanddelen toen de erflater nog in leven was uit fiscale en andere overwegingen zijn ondergebracht in diverse binnen- en buitenlandse holding co's die zowel hier te lande als in het buitenland bezittingen hebben. Ook is hem uit eigen wetenschap bekend dat de erflater vele tegoeden bij financiële instellingen in Panama, Zwitserland en Israël had alsmede andere bezittingen en belangen in zakelijke ondernemingen in binnen- en buitenland. Het familiebedrijf hield zich niet alleen bezig met detailhandel maar ook met internationale handel in koffie, suiker en andere goederen. Bij vele van deze transacties was eiser, omdat het een familiezaak was, rechtstreeks betrokken. Hij weet als goed koopman dus echt wel wat de waarde van de nalatenschap is en wat de waarde van zijn legitieme portie zou moeten zijn."⁴⁷

⁴⁵ CvR, onder 3 en 11.

⁴⁶ Productie 10 bij CvR.

⁴⁷ Brief mr. Martis van 10 juli 2017, productie I, bijlage 3.

- 4.44 Uit deze stukken blijkt dat Haim weet had van het bestaan van buitenlandse vermogensbestanddelen en van het feit dat de totale waarde van de boedel veel meer bedroeg dan Afl. 9.333.3334, toen hij op 15 juni 1984 akkoord ging met de vaststelling van de totale waarde van de boedel en met de scheiding en deling op basis van de boedelbeschrijving waarin die vermogensbestanddelen niet expliciet voorkwamen. Het is dan ook niet onbegrijpelijk dat het hof niet is meegegaan in het standpunt van Haim dat hij niet anders kon dan erop vertrouwen dat de totale waarde van de ontbonden huwelijksgemeenschap op het moment van scheiding en deling Afl. 9.333.3334 betrof en er geen andere tot de gemeenschap behorende buitenlandse vermogensbestanddelen waren. Inderdaad is dat standpunt weinig geloofwaardig.
- 4.45 Ook volgens stellingen en verklaringen van Maria c.s. in de onderhavige procedure wist Haim van de hoed en de rand en was ook bij de andere familieleden bekend dat (groot)vader Kalman omvangrijke vermogensbestanddelen buiten Aruba had.⁴⁸
- 4.46 Onder 4.3 klaagt het middel dat het oordeel van het hof bovendien onbegrijpelijk gemotiveerd is, omdat de akte van scheiding en deling de belichaming betreft van de verzwijging door Anna. In de door Haim voorafgaand aan de akte van scheiding en deling tegen Anna gevoerde procedures heeft Anna het bestaan van andere (buitenlandse) vermogensbestanddelen steeds ontkend en heeft Haim de in die procedures gevraagde transparantie ter zake nooit verkregen. Ook bij het opstellen van de akte van scheiding en deling is Anna door de betrokken kandidaat-notaris, op uitdrukkelijk verzoek van Haims toenmalige advocaat, concreet naar de buitenlandse vermogensbestanddelen gevraagd, en uit haar antwoorden blijkt steeds dat zij het bestaan van buitenlandse vermogensbestanddelen heeft ontkend. In 2007 verklaarde Anna hierover echter dat de nalatenschap van haar overleden man destijds uit verschillende buitenlandse vermogensbestanddelen bestond, die zij indertijd bij ondertekening van de akte van scheiding en deling niet aan Haim heeft bekendgemaakt. Onder die omstandigheden kan de akte van scheiding en deling onmogelijk worden uitgelegd als tevens omvattende een vaststellingsovereenkomst, waarin door Haim afstand is gedaan van het recht om als legitimaris aanspraak te maken op die verzwegen vermogensbestanddelen waaronder het recht om de aan verzwijging verbonden sanctie in te roepen.
- 4.47 Onder 4.4 voert het middel aan dat het oordeel van het hof dat Haim wist van de buitenlandse beleggingen van zijn vader en dat hij teneinde transparantie ter zake van Anna te bewerkstelligen tegen haar heeft geprocedeerd maar op 15 juni 1984 zijn

⁴⁸ Ik noem enkele stellingen en verklaringen: "Bij de familie was het bekend dat Kalman buitenlandse vermogensbestanddelen had die hij in verband met 'asset protection' en fiscale redenen buiten Aruba wilde houden." (CvA, onder 6). Haim was op de hoogte van de oprichting van drie Panamese vennootschappen en van andere buitenlandse vermogensbestanddelen (CvA, onder 10 t/m14). De kinderen van zijn zussen hebben verklaard dat de familieleden goed op de hoogte waren van de zaken van Kalman en dat deze vaak reisde tussen Zwitserland, de VS, Israël, Panama en Luxemburg (CvA, onder 22). Vgl. ook de verklaring van Henry Cybulkiewicz, de zoon van Maria, (prod. 2 bij CvA) en de verklaring van Dorothy Cybulkiewicz, de dochter van Maria, onder 7 (prod. 21 bij CvA).

hoofd in de schoot heeft gelegd, onbegrijpelijk, althans ontoereikend gemotiveerd, is. Haim heeft aangevoerd dat hij weliswaar vanwege zijn vroegere betrokkenheid bij het bedrijf van zijn vader lang voor diens overlijden,⁴⁹ een vermoeden had van de buitenlandse beleggingen, maar geen actuele of concrete informatie daarover had, ook niet nadat hij verschillende procedures had gevoerd tegen zijn moeder, die bleef ontkennen dat er andere vermogensbestanddelen waren die in de verdeling met Haim dienden te worden betrokken.

- 4.48 Onder 4.5 betoogt het middel in de kern dat om de in subonderdeel 4.2 t/m 4.4 genoemde redenen de overwegingen dat met 'overige goederen sub D', mede de door Anna verzwegen buitenlandse beleggingen zijn bedoeld, waarvan Haim aldus afstand zou hebben gedaan, eveneens onbegrijpelijk, althans ontoereikend zijn gemotiveerd. Onder de goederen die tot de ontbonden huwelijksgemeenschap mochten blijken te behoren maar waarvan zij beiden op het moment van het opmaken van de akte van scheiding en deling geen kennis droegen, behoorden in elk geval niet de goederen die door Anna opzettelijk voor Haim zijn verzwegen.
- 4.49 De subonderdelen 4.3 t/m 4.5 kunnen gezamenlijk worden besproken.
- 4.50 Nu voldoende aannemelijk is dat Haim op het moment van de akte van boedelscheiding wist dat de totale waarde van de boedel van zijn vader veel hoger was dan de Afl. 9.333.3334 waarvan in die akte is uitgegaan, bovendien wist dat er buitenlandse vermogensbestanddelen waren, maar ermee heeft ingestemd dat de deelgenoten elkaar over en weer finale kwijting en decharge gaven (zie hiervoor, 1.8) is het niet onbegrijpelijk dat het hof die akte heeft uitgelegd als de neerslag van een vaststellingsovereenkomst. Partijen wilden er definitief uitkomen.
- 4.51 Zoals het hof in rov. 2.24 heeft overwogen, is het niet zo dat Anna het bestaan van buitenlandse vermogensbestanddelen ontkende waardoor Haim er geen weet van had, maar dat Haim er kennis van had en Anna haar medewerking weigerde aan de verdeling daarvan. Op 15 juni 1984 – bij de akte van scheiding en deling – is Haim akkoord gegaan met de betreffende toedeling en met de vaststelling van de totale waarde van de ontbonden huwelijksgemeenschap. Haim is daarom ook akkoord gegaan met de toedeling aan Anna van alle overige roerende en onroerende goederen en andere zaken niet specifiek hier vermeld, die in de toekomst nog mochten blijken te behoren tot de ontbonden huwelijksgemeenschap (de 'overige goederen sub D').
- 4.52 Het is daarom evenmin onbegrijpelijk dat het hof de akte aldus heeft uitgelegd dat Haim het hoofd in de schoot heeft gelegd en daarmee met Anna heeft vastgesteld dat hij afstand heeft gedaan van zijn aanspraken als legitimaris, inclusief uitoefening van het wilsrecht ingevolge art. 1090 BW-AUA.⁵⁰ In tegenstelling tot hetgeen in de schriftelijke

⁴⁹ Haim wijst er daarbij op dat hij met zijn ouders gebrouilleerd was geraakt vanwege zijn keuze voor een niet-joodse vrouw, waardoor hij vervreemde van zijn familie en het familiebedrijf.

⁵⁰ Zie over de verhouding tussen afstand van recht en de vaststellingsovereenkomst: C. Spierings, *Afstand van recht* (Mon. BW nr. A6a) 2019/10.

toelichting namens Haim onder 5.2.2 wordt betoogd, deed zich niet de situatie voor dat Haim dwaalde over zijn eigen rechtsaanspraak door een onjuist inzicht in de feiten. Het oordeel van het hof dat de wil van Haim erop gericht was zijn recht prijs te geven, is daarom noch ontoereikend gemotiveerd noch onbegrijpelijk.

4.53 Ik wijs tot slot op een enigszins vergelijkbare zaak die is beslist door het Hof Arnhem-Leeuwarden.⁵¹ Het ging daar om een nog onder het oude erfrecht opengevallen erfenis, waarbij de weduwe de enige erfgenaam was en een zoon beroep deed op zijn legitieme portie. De erfenis was door hen beiden in onderling overleg verdeeld, maar uit nadien door de legitimaris uitgevoerd onderzoek bleek dat er buitenlandse bankrekeningen waren die de weduwe had verzwegen, kennelijk omdat zij dat aan de erflater had beloofd. Partijen hebben daarop de verzwegen vermogensbestanddelen alsnog verdeeld en ter zake een vaststellingsovereenkomst gesloten. Toch startte de legitimaris daarna een procedure tegen de weduwe, waarin hij zich beriep op verbeurdverklaring van de verzwegen vermogensbestanddelen. Die vordering strandde echter op de eerder afgesloten vaststellingsovereenkomst.

4.54 Ik concludeer dat onderdeel 4 in zijn geheel faalt.

Onderdeel 5: verzwijging

4.55 Onderdeel 5 is gericht tegen het oordeel van het hof dat Anna zich niet schuldig heeft gemaakt aan verzwijging.

4.56 Het hof heeft in rov. 2.22 onder meer overwogen dat er geen reden is om art. 4:1090 BW-AUA anders uit te leggen dan art. 3:194 lid 2 BW. Dit oordeel is onbestreden in cassatie.⁵² De klachten van onderdeel 5 richten zich tegen de daarop volgende rov. 2.23 tot en met 2.25:

"Termen 'te zoek gemaakt of verborgen gehouden' /'verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt'

2.23. Door Maria c.s. is overtuigend aangetoond dat Haim, geboren op 14 november 1949, op 15 juni 1948 [lees: 1984; A-G] wist dat er buitenlandse beleggingen waren; hij heeft dit zelf verklaard in gerechtelijke procedures in de Verenigde Staten en in Aruba; hij had betrekkelijk nauwkeurige kennis en kende de namen van buitenlandse beleggingsvehikels, waaronder Inverpan (conclusie van antwoord onder 9 e.v., repliek in conventie onder 3 en 11, dupliek in conventie onder 5-6 en akte Maria c.s. 5 juli 2017, productie I, bijlage 3, pleitnota aan de zijde van Haim, onder 5: '[Haim] weet drommels goed wat de nalatenschap zo ongeveer waard is').

2.24. Zijn moeder Anna verzette zich echter tegen de inroeping door Haim (en Maria) van diens legitieme portie (zie rov. 2.2 onder d-e). Anna wilde, overeenkomstig de wens van haar overleden echtgenoot Kalman, het familievermogen bijeen houden; pas na haar dood zou dit gelijkelijk worden verdeeld onder haar vier kinderen. Anna weigerde medewerking aan een verdeling van de buitenlandse beleggingen (zie de vonnissen van het GEA van 31

⁵¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8298, *JIN* 2017/6, m.nt. M.C. Leenhouts.

⁵² Middel, onder 5.1.

maart 1983, 15 juni 1983 en 1 juni 1984, producties 8-10 bij repliek in conventie). De drastische civielrechtelijke sanctie van artikel 4:1090 BW-AUA - 'een (zware) sanctie, die een strafkarakter heeft, hetgeen in het systeem van het burgerlijk recht uitzonderlijk is' – is daarvoor niet bedoeld. Haim had oplegging van een dwangsom kunnen vorderen of benoeming van een onzijdige persoon kunnen verlangen (artikel 1097 lid 1 (oud) BW-AUA [thans artikel 3:181 lid 1]), maar zover is het niet gekomen (zie rov. 2.20).

2.25. Kortom, in dit geval kan niet worden gezegd dat moeder Anna zich schuldig maakte aan 'een ernstige, maar in een situatie van een gemeenschap, gemakkelijk te plegen vorm van bedrog' en aan 'oneerlijk gedrag' jegens haar zoon Haim, waarbij Haim in hoge mate afhankelijk was van de juistheid en volledigheid van de over en weer door hen verschaft inlichtingen omtrent het bestaan van tot de gemeenschap behorende goederen'. Haim wist immers betrekkelijk nauwkeurig van het bestaan van de goederen."

- 4.57 Onder 5.1 betoogt het middel dat het oordeel van het hof dat er geen sprake is van opzettelijke verzwijging in de zin van art. 4:1090 BW-AUA getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel onvoldoende begrijpelijk is gemotiveerd.
- 4.58 Deze klacht wordt nader uitgewerkt in de daaropvolgende subonderdelen en behoeft daarom geen afzonderlijke bespreking.
- 4.59 Onder 5.2 klaagt het middel dat het hof aldus heeft miskend dat van opzettelijke verzwijging in de zin van art. 4:1090 BW-AUA (en art. 3:194 lid 2 BW) sprake is als een deelgenoot goederen verzwijgt, wetende dat ze tot de gemeenschap behoren, ongeacht of de andere deelgenoten daarvan concrete kennis althans een voldoende concreet vermoeden hebben. Rechtens is in beginsel niet relevant wat de andere deelgenoot wist, althans slechts vermoedde en/of met welke - beweerdelijke 'goede' - bedoeling de goederen werden verzwegen. Door toch op basis daarvan te oordelen dat van opzettelijke verzwijging geen sprake is geweest, heeft het hof de juiste maatstaf miskend, althans (zonder nadere motivering) een onbegrijpelijk oordeel gegeven, aldus het middel.
- 4.60 Ik ben het met het middel eens dat bij de toepassing van de sanctie van art. 4:1090 BW-AUA, evenals art. 3:194 lid 2 BW, niet relevant is met welke bedoelingen de goederen die tot de gemeenschap behoren werden verzwegen (of zoek gemaakt of verborgen gehouden). Het gaat erom dat een persoon goederen verzwijgt waarvan hij weet dat die goederen tot de gemeenschap behoren. Dit sluit aan bij het oordeel van de Hoge Raad in zijn al genoemde arrest van 22 december 2017, dat voor het opzettelijk verzwijgen, zoek maken of verborgen houden van een goed als bedoeld in art. 3:194 lid 2 BW voldoende is dat de desbetreffende deelgenoot weet dat het verzwegen goed tot de gemeenschap behoort en dat niet is vereist dat de desbetreffende deelgenoot het oogmerk had om rechten van deelgenoten of de schuldeisers te verkorten.⁵³ Dat in de onderhavige zaak Anna overeenkomstig de wens van Kalman wilde bewerkstelligen dat het familievermogen bijeen werd gehouden zodat dit pas na haar dood (gelijkelijk) zou worden verdeeld onder haar vier kinderen,

⁵³ HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3262, NJ 2018/276, m.nt. S. Perrick, rov. 3.4.3.

is dus niet relevant voor de beoordeling of sprake is van verzwijging in de zin van art. 4:1090 BW-AUA.

4.61 Toch getuigt het oordeel dat van opzettelijke verzwijging in de onderhavige zaak geen sprake is, niet van een onjuiste rechtsopvatting en is dit oordeel evenmin onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd. Rov. 2.23 tot en met 2.25 moeten namelijk in samenhang worden gelezen met rov. 2.20, waarin het hof heeft overwogen dat Haim wist van de buitenlandse beleggingen van zijn vader. Anders dan het middel ben ik van mening dat er geen sprake kan zijn van opzettelijke verzwijging als de andere deelgenoot weet van het bestaan van de goederen. Voor die opvatting is steun te vinden in de literatuur. Zo schrijft Biemans:⁵⁴

“Indien de andere deelgenoot ook wist van het goed, kan naar mijn mening van verzwijging als zodanig geen sprake zijn. Het is immers niet mogelijk iets te verzwijgen als de andere deelgenoot daarvan weet. Art. 3:194 lid 2 BW dient dan toepassing te missen.”

4.62 Ik lees het vonnis van het hof aldus dat Haim voldoende kennis had van het bestaan van de buitenlandse beleggingen van zijn vader dat hij daarvoor niet afhankelijk was van het verschaffen van gegevens door Anna. Het is daarbij niet noodzakelijk dat de ene deelgenoot (Haim) even gedetailleerde kennis had van die buiten de verdeling gelaten vermogensbestanddelen als Anna.⁵⁵

4.63 Wat hier verder ook van zij, dat Haim voldoende kennis heeft is een feitelijk oordeel en zoals bij de bespreking van subonderdeel 4.2 aan de orde is gekomen, is dat oordeel niet onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd. Het hof heeft terecht geoordeeld en voldoende gemotiveerd dat er geen sprake is van verzwijging door Anna in de zin van art. 4:1090 BW-AUA.

4.64 Onder 5.3 voert het middel aan dat de overweging dat Haim betrekkelijk nauwkeurig wist van het bestaan van de goederen overigens ook onbegrijpelijk is om de in subonderdeel 4.3 en 4.4 aangevoerde redenen.

4.65 Deze klacht is een voortbouwklacht en behoeft geen afzonderlijke bespreking.

4.66 Onderdeel 5 faalt daarom in zijn geheel.

Onderdeel 6: redelijkheid en billijkheid

4.67 Onderdeel 6 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 2.26-2.27 dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat Haim met een beroep

⁵⁴ Zie ook: J.W.A. Biemans, ‘Het beroep op verzwijging ex art. 3:194 lid 2 BW bij de verdeling van bijzondere gemeenschappen’, MVV 2016/10, p. 255 en daar aangehaalde jurisprudentie.

⁵⁵ Hoe goed of groot de kennis van Anna feitelijk was, is de vraag. Van de kant van Maria c.s. is in feitelijke instanties gewezen op de ‘laaggeletterdheid’ van Anna; zie schriftelijke toelichting Maria c.s., onder 2.3 en 7.5 (“*zeer laag opgeleid en de facto analfabeet*”).

op art. 4:1090 BW-AUA zou kunnen bewerkstelligen dat hij alles zou hebben verkregen, althans de helft met een achtste deel van het vermogen van Anna.

4.68 In rov. 2.26 heeft het hof het volgende overwogen:

“Blijkens HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:565, NJ 2017/254, rov. 3.6.2 infine is denkbaar ‘dat onder bijzondere, door de partij die haar aandeel in het desbetreffende goed in beginsel heeft verbeurd te stellen en zo nodig te bewijzen, omstandigheden een beroep op deze bepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn (art. 6:2 lid 2 BW).’ Dit geval doet zich hier voor.”

En in rov. 2.27:

“Vader Kalman had bepaald dat moeder Anna zijn gehele nalatenschap erfde. Twee kinderen hebben deze wens gerespecteerd (zie rov. 2.2 onder c). De twee andere kinderen hebben beroep gedaan op hun legitieme portie, maar een van hen heeft genoeg genomen met een bedrag ineens en een maandgeld. Haim heeft zijn beroep op de legitieme portie (3/40^e deel van de ontbonden huwelijksgemeenschap) doorgezet. De vier kinderen zijn gelijkkelijk erfgenaam van Anna, met de mogelijkheid van plaatsvervulling (zie rov. 2.2 onder k-1). Het is onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dat Haim met een beroep op artikel 4:1090 BW- AUA zou kunnen bewerkstelligen dat hij alles heeft verkregen, althans de helft met een achtste deel. Als er al ruimte zou zijn voor een verbeurte, moet deze ten goede te komen van de gezamenlijke erfgenamen, zodat het zinloos is de verbeurte in te roepen.”

4.69 Onder 6.1 voert het middel aan dat het hof heeft miskend dat alleen onder bijzondere, door Maria c.s. te stellen en zo nodig te bewijzen, omstandigheden een beroep op art. 4:1090 BW-AUA naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Voor zover het hof dat niet zou hebben miskend, is onbegrijpelijk hoe het tot het oordeel heeft kunnen komen dat Maria c.s. dergelijke bijzondere omstandigheden zouden hebben gesteld.

4.70 Onder 6.2 klaagt het middel dat de door het of genoemde omstandigheden niet bijzonder zijn. Het hof noemt volgens het middel slechts de gevolgen die de wet verbindt aan de feiten (i) dat Haim wel en de anderen niet een beroep op de legitieme portie hebben gedaan en (ii) dat Anna de betreffende goederen opzettelijk heeft verzwegen. Het eerste heeft tot gevolg dat Haim als erfgenaam van Kalman deelgenoot is geworden en het tweede heeft tot gevolg dat Anna's aandeel in de verzwegen goederen aan de enige andere deelgenoot is verbeurd. Voor zover aan deze omstandigheden al enige betekenis zou toekomen, had het hof hierbij tevens behoren te betrekken dat Haim als enige, anders dan de andere kinderen, niet alleen erfgenaam is van Anna, maar ook van Kalman.

4.71 Onder 6.3 betoogt het middel dat niet valt in te zien dat – zoals het hof heeft overwogen – de verbeurte ten goede zou moeten komen aan alle erfgenamen, terwijl Maria c.s. dat bovendien niet hebben gesteld en evenmin hebben gesteld dat zij zelf door de verzwijging door Anna het slachtoffer zijn geworden van dwaling of bedrog, waardoor de aanvaarding van de onterving door hun vader vernietigbaar zou zijn.

4.72 Deze klachten lenen zich voor een gezamenlijke behandeling.

4.73 Ik merk allereerst op dat de vraag of een omstandigheid relevant is bij de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een rechtsvraag is. Het oordeel dat bepaalde omstandigheden ter zake dienend zijn, kan dus in cassatie op juistheid worden getoetst. Daarnaast kan de motivering van de weging of waardering van de relevante omstandigheden in cassatie aan de orde komen.⁵⁶

4.74 Maria c.s. hebben in feitelijke instanties gesteld dat het beroep van Haim op verbeurte naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is en daartoe in eerste aanleg onder meer het volgende gesteld:⁵⁷

“Als het beroep van Haim slaagt dan houdt dat in dat de overige erfgenamen die volledig te goeder trouw zijn, hun erfdeel wordt ontnomen ten gunste van Haim, terwijl hij een gelijke positie heeft als zijn broer en twee zussen. Een dergelijke bevoordeling van Haim verhoudt zich niet met de strekking van het verbeuringsleerstuk en de onevenredige gevolgen voor de overige erfgenamen van Anna (...)”.

4.75 In hoger beroep hebben zij bij pleidooi gesteld:⁵⁸

“Geïntimeerden wijzen nogmaals op de legal opinion van Prof. Schoordijk d.d. 8 juni 2014 (productie 32 bij Conclusie van Antwoord tevens houdende eis in reconventie) waarin hij concludeert dat het standpunt van Prof. Perrick in casu tot ongewenste resultaten leidt. Meer in het bijzonder uit sustenu V, VI en VII blijkt dat verbeuring in casu in strijd is met de goede trouw die erfgenamen jegens elkaar moeten betrachten bij de verdeling van de boedel.”

4.76 Anders dan het middel betoogt, heeft het hof kunnen oordelen dat sprake is van bijzondere omstandigheden. Het ging het hof erom, zoals door Maria c.s. is gesteld, dat zich de bijzondere situatie heeft voorgedaan dat Haim zijn beroep op de legitieme portie als enige van zijn broer en zussen heeft doorgezet en daardoor als enige deelgenoot is geworden in de ontbonden huwelijksgemeenschap met Anna. Haim heeft zich in 2013, dus 29 jaar na de beweerdelijke verzwijging, voor het eerst tegenover Maria c.s. op verzwijging beroepen en daar direct het rechtsgevolg van verbeurte aan gekoppeld waardoor het grootste deel van de vermogensbestanddelen van Anna hem al toebehoorde. Volgens het testament van Anna waren alle vier de kinderen *gelijkelijk* erfgenaam van Anna, met de mogelijkheid van plaatsvervulling in geval van vooroverlijden.

4.77 Het hof heeft die omstandigheden relevant geacht bij zijn oordeel dat het beroep op verbeurte naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. In het algemeen is het namelijk zo dat een persoon die goederen van de gemeenschap verzwijgt, als sanctie op dit verzwijgen zijn aandeel verbeurt aan de andere deelgenoot of deelgenoten in die gemeenschap.

4.78 In het onderhavige geval zou door de bijzondere situatie echter het beroep op verbeurte niet ertoe leiden dat de deelgenoot die goederen heeft verzwegen getroffen wordt door de

⁵⁶ H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. BW nr. A5) 2017/6.44.

⁵⁷ CvD, onder 13.

⁵⁸ Pleitaantekeningen zijdens Maria c.s. in hoger beroep, onder 24.

sanctie, maar zouden de andere erfgenamen van Anna benadeeld worden. Het gevolg zou immers zijn dat de verzwegen goederen aan Haim ten goede zijn gekomen, met uitsluiting van de andere erfgenamen van Anna. Zo zou niet de verzwijgende deelgenoot worden gestraft, maar de andere erfgenamen van Anna. Om die reden heeft het hof dan ook overwogen dat, als er al ruimte zou zijn voor een verbeurte, deze ten goede zou moeten komen aan de gezamenlijke erfgenamen, zodat het zinloos is de verbeurte in te roepen. Ik kan mij hierin volledig vinden.

- 4.79 Het oordeel van het hof is in lijn met hetgeen Maria c.s. hebben gesteld, zoals hierboven weergegeven. Anders dan het middel onder 6.3 betoogt, was daarvoor niet nodig dat Maria c.s. zouden hebben gesteld dat zij zelf door de verzwijging door Anna het slachtoffer zijn geworden van dwaling of bedrog, waardoor de aanvaarding van de onterving door hun vader vernietigbaar zou zijn.
- 4.80 De klachten in subonderdeel 6.1 t/m 6.3 treffen daarom geen doel.
- 4.81 Onder 6.4 klaagt het middel dat voor zover het hof – anders dan in subonderdeel 6.2 tot uitgangspunt is genomen – heeft bedoeld dat Haim met een beroep op art. 4:1090 BW-AUA niet alleen alle bij de akte van scheiding en deling verborgen gehouden goederen zou hebben verkregen, maar alle goederen van de nalatenschap van Anna, en deze onjuiste veronderstelling mede dragend is geweest voor het oordeel dat het beroep op art. 4:1090 BW-AUA onaanvaardbaar zou zijn, dit eveneens onbegrijpelijk is. De goederen die tot Anna's nalatenschap behoren, niet zijnde de goederen die zij bij het opmaken van de akte van scheiding en deling op 15 juni 1984 heeft verzwegen, heeft Haim immers verkregen doordat zij door Anna bij testament aan hem zijn toebedeeld.
- 4.82 Deze klacht faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. Het hof heeft niet in zijn overweging betrokken dat Haim met een beroep op art. 4:1090 BW-AUA niet alleen alle bij de akte van scheiding en deling verborgen gehouden goederen zou hebben verkregen, maar alle goederen van de nalatenschap van Anna.

Tussenconclusie

- 4.83 Indien, anders dan ik ten aanzien van onderdeel 1 heb geconcludeerd, moet worden aangenomen dat in deze zaak art. 4:1090 BW-AUA naar analogie moet worden toegepast, faalt het 'verzwijging-verbeurte'-betoog van Haim op de hiervoor besproken gronden. Het slagen van de klacht onder 3.1 kan niet tot cassatie leiden.

Onderdeel 7: ontvankelijkheid vorderingen in reconventie

- 4.84 Onderdeel 7 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 2.28-2.29 dat er voldoende redenen zijn om Haim als executeur-testamentair te ontslaan.
- 4.85 In rov. 2.28 en 2.29 heeft het hof het volgende geoordeeld:

“2.28. Voor zover het appel van Haim tegen de beslissingen van het GEA in reconventie gebaseerd is op de stelling dat goederen aan hem zijn verbeurd, volgt uit het voorgaande dat het appel faalt.

2.29. Het Hof is van oordeel dat, gelet op de voorgeschiedenis, de opstelling van Haim, de wijze waarop hij van zijn algehele volmachten heeft gebruikt, de slechte relatie tussen hem en de overige deelgenoten, er voldoende gewichtige redenen zijn om Haim als executeur testamentair te ontslaan.”

4.86 Onder 7.1 klaagt het middel dat het hof – evenals het GEA – heeft miskend dat vorderingen in reconventie slechts kunnen worden ingesteld tegen de eiser in conventie in de hoedanigheid waarin deze in conventie procedeert. De vorderingen in reconventie zijn gericht tegen Haim in zijn hoedanigheid van executeur-testamentair, terwijl Haim in conventie niet in die hoedanigheid heeft geprocedeerd maar in persoon (als erfgenaam). Het hof heeft aldus blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting dan wel zijn oordeel onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd, aldus de klacht.

4.87 Art. 182 sub a Rv-AUA luidt als volgt:

“De gedaagde is bevoegd om eis in reconventie te doen, uitgezonderd indien:
a. de eiser in conventie is opgetreden in een kwaliteit en de reconventie hem persoonlijk zou betreffen, en omgekeerd”

Net als voor art. 136 Rv-NL volgt hieruit dat in dit geval een eis in reconventie uitsluitend kan worden ingesteld tegen Haim indien de vordering wordt ingesteld tegen Haim in dezelfde hoedanigheid als waarin hij de vordering in conventie heeft ingesteld.⁵⁹ Haim heeft bij conclusie van antwoord in reconventie gesteld dat aan die voorwaarde niet is voldaan, omdat hij in conventie als erfgenaam optreedt en hij in reconventie in zijn hoedanigheid van executeur wordt aangesproken.⁶⁰

4.88 Zoals blijkt rov. 2.2 onder n van het bestreden vonnis, is Haim in een andere procedure tussen Maria c.s. en hij zelf in de hoedanigheid als executeur-testamentair, bij vonnis in kort geding als executeur-testamentair geschorst en is De Cuba in zijn plaats benoemd. Haim heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld en schorsing van de tenuitvoerlegging ervan verzocht, welk verzoek is afgewezen bij vonnis van het hof van 30 juni 2017. Vervolgens heeft Haim het appel ingetrokken. Daarmee heeft hij in de benoeming van De Cuba berust. Dat hij vervolgens, in het bestreden vonnis, ook als executeur-testamentair is ontslagen, heeft in zoverre in zijn positie geen wijziging gebracht. Hij kon immers daarvoor al, als gevolg van de schorsing en de benoeming van De Cuba, geen taken als executeur meer verrichten. Haim heeft daarom geen belang bij de hier naar voren gebrachte klacht.

4.89 Verder wijs ik op het volgende. In tegenstelling tot hetgeen in de schriftelijke toelichting van Haim (onder 8.2.3-8.2.5) wordt betoogd, is de vordering in reconventie die ziet op

⁵⁹ Zie A-G de Bock vóór HR 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:485, NJ 2020/123, punt 3.4-3.11 en HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, NJ 2018/81, m.nt. H.B. Krans, JBPr 2017/38, m.nt. S.L. Mineur, rov. 3.5.5.

⁶⁰ Conclusie van antwoord in reconventie, onder 70-73.

verstrekken van gegevens over de vermogensbestanddelen van het familievermogen, niet gericht tegen Haim in zijn hoedanigheid van executeur. Het gaat er om, zoals blijkt uit rov. 4.6 van het vonnis van het GEA van 13 december 2017, dat Haim al sinds 2004 het financiële beheer over het binnenlandse en buitenlandse vermogen heeft gevoerd en daardoor in staat moet zijn om inlichtingen te verschaffen. De vordering in reconventie kan daarom alleen zijn gericht tegen Haim in persoon, nu hij in die hoedanigheid over de noodzakelijke gegevens beschikte.

4.90 Wat betreft de vordering in reconventie over het afleggen van rekening en verantwoording over het door Haim in zijn hoedanigheid als executeur-testamentair gevoerde beheer over de nalatenschap van Anna geldt dat, blijkens rov. 4.7 van het vonnis van het GEA van 13 december 2017, die vordering al bij vonnis in kort geding van 3 mei 2017 is toegewezen. Het GEA heeft in deze procedure de vordering nogmaals toegewezen, omdat Haim op dat moment nog in hoger beroep kon gaan tegen dat vonnis. Inmiddels staat vast dat Haim het hoger beroep heeft ingetrokken. Maria c.s. hebben een executoriale titel op grond van het vonnis van 3 mei 2017. Deze klacht kan daar niets aan wijzigen. Daarom heeft Haim geen belang bij de klacht.

4.91 Onderdeel 7.2 bevat een voortbouwklacht die geen afzonderlijke behandeling vereist.

4.92 Ik concludeer dat ook onderdeel 7 faalt.

Slotsom

4.93 De slotsom is dat het bestreden vonnis in stand moet blijven.

5. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

19/04306

Ondertekening Conclusie P.G.

Handtekeningen

Drijber, mr. B.J.

A faint, handwritten signature or stamp, possibly in blue ink, located in the center of the page. It appears to be a stylized monogram or initials, possibly 'B.J.', which corresponds to the name 'Drijber, mr. B.J.' mentioned in the text above.

HOUTHOFF

CARIBISCHE ZAAK VERZOEKSCRIFT TOT CASSATIE

Aan de Hoge Raad der Nederlanden

Geeft eerbiedig te kennen,

Haim Rudolf Hochman, wonende te Aruba ("**Haim**"), die voor deze zaak woonplaats heeft gekozen aan het Gustav Mahlerplein 50 te (1082 MA) Amsterdam, Postbus 75505 (1070AM), ten kantore van mrs. R.S. Meijer en A. Stortelder (Houthoff), advocaten bij de Hoge Raad, die door Haim zijn aangewezen om hem in deze cassatieprocedure als zodanig te vertegenwoordigen en die dit verzoekschrift voor hem ondertekenen en indienen.

Verweerders in dezen zijn:

1. **Maria Ramona Hochman**, wonende te Aruba ("**Maria**"),
2. **Nathalie Laurence Odryzynsky**, wonende te Verenigde Staten van America ("**Nathalie**"),
die in beide voorafgaande, feitelijke instanties bij gemachtigden hebben geprocedeerd en domicilie hebben gekozen te Aruba aan Caya Dr. J.E.M. Arends 12, Oranjestad, ten kantore van de gemachtigden mrs. E.H.J. Martis en M.D. Tromp (Brown advocaten); en
3. **Jacques Alexandre Odryzynsky**, wonende te Aruba ("**Jacques**"),
die in beide voorafgaande, feitelijke instanties bij gemachtigde heeft geprocedeerd en domicilie heeft gekozen te Aruba aan 62 L.G. Smith Boulevard, Oranjestad, ten kantore van de gemachtigde mr. L.D. Gomez (Gomez Coffie);
tezamen hierna verweerders of "**Maria c.s.**"

Haim stelt hierbij cassatieberoep in tegen het eindvonnis, uitgesproken op 18 juni 2019, van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie (het "**hof**"), gewezen in de zaak met zaaknummer AUA201400132 - AUA2017H00195, tussen Haim als appellant en Maria c.s. als geïntimeerden (het "**vonnis**").

Aangezien deze Caribische rekestzaak overigens op de voet van een dagvaardingszaak wordt behandeld, legt Haim bij dit verzoekschrift alleen het vonnis over en zal hij het procesdossier pas na de (nadere) schriftelijke toelichtingen fourneren.

Haim verzoekt hierbij tevens aan de Hoge Raad om een datum voor zijn nadere schriftelijke toelichting op zijn onderstaande cassatiemiddel te bepalen.

Haim voert tegen 's hofs vonnis aan het navolgende:¹

MIDDEL VAN CASSATIE

Schending van het recht en/of verzuim van wezenlijke vormen doordat het hof heeft overwogen en beslist als in het vonnis is weergegeven, zulks op de volgende, mede in hun onderlinge samenhang in aanmerking te nemen gronden:

INLEIDING

- A. Deze zaak gaat over de vraag welk gevolg moet worden verbonden aan de verzwijging van tot een ontbonden huwelijksgemeenschap, en de daartoe behorende nalatenschap, behorende goederen door een deelgenoot c.q. erfgenaam ten opzichte van een andere deelgenoot c.q. erfgenaam.
- B. Op 28 april 1979 is Kalman Hochman (hierna: "**Kalman**") overleden, als gevolg waarvan het huwelijk tussen hem en Anna Britten (hierna: "**Anna**") – zij waren gehuwd in gemeenschap van goederen – is ontbonden.² In zijn testament heeft Kalman Anna tot enig erfgenaam benoemd en daarmee hun vier kinderen – Luis, Evelina, Maria en Haim – onterfd.³ De inmiddels overleden Luis en Evelina hebben daarin berust en deden geen beroep op hun legitieme portie.⁴ Maria aanvankelijk wel, maar zij deed daarvan afstand in het kader van een tussen haar en Anna getroffen schikking.⁵ Haim deed wel een beroep op zijn legitieme portie. Door zijn beroep op de legitieme werd Haim enige deelgenoot met zijn moeder Anna in de ontbonden huwelijksgemeenschap, en van Kalmans daarvan deel uitmakende nalatenschap.
- C. Op 15 juni 1984 is tussen Haim en Anna een akte van scheiding en deling opge maakt, waarin de nalatenschap en de ontbonden huwelijksgemeenschap tussen

¹ De hierna geformuleerde klachten dienen (indirect) tevens ter bestrijding van het vonnis van het hof van 18 juni 2019 gewezen in kort geding in de zaak met zaaknummer KG 2104/2017 – AUA 201702533 – AUA2018H00249, waartegen door Haim op 13 augustus 2019 cassatieberoep is ingesteld, nu het hof bij zijn oordeel in dat kortge dingvonnis naar zijn oordeel in dit vonnis verwijst.

² Rov. 2.2 sub a.

³ Rov. 2.2 sub b.

⁴ Rov. 2.2 sub c.

⁵ Rov. 2.2 sub d.

HOUTHOFF

hen zijn verdeeld.⁶ Op 3 mei 2007 heeft Anna bij notariële akte het volgende verklaard:⁷

"Op het moment van overlijden van mijn man bestond de nalatenschap uit onder meer diverse onroerende goederen, in en buiten Aruba, tegoeden op bankrekeningen, waardepapieren en dergelijke bij banken in onder andere Panama, Zwitserland, Israël, Luxemburg, Amerika. (...) Dit vermogen vertegenwoordigde, voor zover ik mij kan herinneren, een waarde van meer dan een honderd miljoen United States Dollars. (...)

Bij de scheiding en deling van de boedel van mijn man in de tachtiger jaren heb ik niet alle vermogensbestanddelen van de nalatenschap bekend gemaakt, waardoor de nalatenschap veel lager werd gewaardeerd en aan mijn kinderen Maria en Haim veel minder werd uitgekeerd dan waarop zij recht hadden."

- D. Op 17 november 2011 is Anna overleden.
- E. Haim stelt zich op het standpunt dat Anna bij de scheiding en deling in 1984 jegens hem als enige andere deelgenoot goederen van de ontbonden huwelijksgemeenschap en de daarvan deel uitmakende nalatenschap heeft verzwegen en dat het aandeel van Anna in de verzwegen goederen aan hem is verbeurd, nu hij met haar de enige gerechtigde was in de ontbonden huwelijksgemeenschap, en de daarvan deel uitmakende nalatenschap.
- F. Van toepassing is artikel 1090 (oud) van het Burgerlijk Wetboek van Aruba ("**BW-AUA**"), sinds 1 januari 2002 genummerd als 4:1090 BW-AUA (hierna steeds: "**4:1090 BW-AUA**"). Deze bepaling is woordelijk gelijk aan artikel 1110 (oud) BW, de voorloper van artikel 3:194 lid 2 BW. In artikel 4:1090 BW-AUA is voor zover relevant geregeld – in de modernere bewoordingen van artikel 3:194 lid 2 BW – dat de erfgenaam die opzettelijk tot de nalatenschap behorende goederen verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt, zijn aandeel verbeurt in die goederen aan de andere deelgenoten.

⁶ Rov. 2.2 sub e; bijlage 1 bij productie 11 bij inleidend verzoekschrift.

⁷ Rov. 2.2 sub l; productie 4 bij inleidend verzoekschrift.

KLACHTEN

1. Analoge toepassing op de ontbonden huwelijksgemeenschap

- 1.1. In rov. 2.12 verwerpt het hof de stelling van Haim⁸ dat artikel 4:1090 BW-AUA analoog van toepassing is op de gemeenschap van een ontbonden huwelijksgemeenschap. Dit oordeel van het hof getuigt van een onjuiste rechtsopvatting.

Het is de kennelijke bedoeling van de wetgever geweest dat met ingang van de invoering van het BW in 1838, net als voorheen,⁹ de in artikel 1110 (oud) BW vervatte sanctie ook direct, althans naar analogie gold voor de ontbonden huwelijksgemeenschap. Uit de wetsgeschiedenis valt immers niet af te leiden dat de bepaling waarin de betreffende sanctie aanvankelijk ook voor de ontbonden huwelijksgemeenschap vervat lag,¹⁰ bewust is komen te vervallen. Dit lijkt een onbedoeld gevolg van de destijds door de wetgever gepleegde herschikking van het BW en is geen reden om aan te nemen dat deze sanctie niet langer gold voor de ontbonden huwelijksgemeenschap. Veeleer is dit reden om aan te nemen dat de in artikel 1110 (oud) BW vervatte sanctie ook direct, althans naar analogie gold voor de ontbonden huwelijksgemeenschap. Datzelfde geldt dan ook voor het nog altijd geldende artikel 4:1090 BW-AUA.

- 1.2. In rov. 2.13-2.15 overweegt het hof dat de parlementaire geschiedenis bij de invoering van (onder meer) artikel 3:194 lid 2 BW en de toelichting bij het nog niet in werking getreden Arubaanse equivalent bevestigen dat artikel 1110 (oud) BW respectievelijk artikel 4:1090 BW-AUA niet van toepassing was/is op de ontbonden huwelijksgemeenschap. Aldus heeft het hof miskend dat voor een (naar analogie) geldende regel niet – in (de toelichting bij) het overgangsrecht – kan worden bepaald dat deze achteraf bezien toch niet heeft gegolden.

2. Verbeurte geschiedt van rechtswege

- 2.1. Het hof oordeelt in rov. 2.17 dat artikel 4:1090 BW-AUA moet worden *ingeroepen* en aan de deelgenoten een *wilsrecht* geeft, uit te oefenen door een eenzijdige tot de bedriegende mededeelgenoot te richten verklaring. Dit oordeel van het hof getuigt van een onjuiste rechtsopvatting.

⁸ CvR § 55-56 en productie 14 bij CvR § 11.

⁹ Op grond van artikel 1477 Code civil.

¹⁰ Artikel 238 van het Wetboek 1830.

HOUTHOFF

Verbeurte op de voet van artikel 4:1090 BW-AUA geschiedt van rechtswege op het tijdstip dat de gemeenschap wordt verdeeld en een goed dat tot die gemeenschap behoort, wordt verzwegen.

- 2.2. Althans heeft het hof met het in het vorige subonderdeel weergegeven oordeel miskend dat als de bedriegende deelgenoot de verzwijging jegens een mededeelgenoot heeft erkend, zoals Anna heeft gedaan in de notariële verklaring van 3 mei 2007, voor het intreden van de verbeurte geen eenzijdige tot de bedriegende mededeelgenoot te richten verklaring nodig is.¹¹

3. Op verbeurte kan 'te allen tijde' een beroep worden gedaan

- 3.1. Het hof oordeelt in rov. 2.19 dat Haims beroep op artikel 4:1090 BW-AUA afstuit op verjaring. Immers, zo oordeelt het hof, toen Haim artikel 4:1090 BW-AUA inriep, was Anna al sedert de scheiding en deling van 15 juni 1984 bezitter van de door haar verzwegen goederen. De rechtsvordering tot beëindiging van dit bezit is twintig jaren (artikel 3:306 BW-AUA) na de dag volgende op die waarop Anna als niet-rechthebbende bezitter is geworden (artikel 3:314 lid 2 BW-AUA) verjaard, namelijk op 16 juni 2004. Dit oordeel van het hof getuigt van een onjuiste rechtsopvatting.

Het hof miskent dat op verbeurte van verzwegen goederen te allen tijde een beroep kan worden gedaan. De bepalingen betreffende verjaring van de rechtsvordering tot beëindiging van bezit missen voor zo'n geval van verzwijging en verbeurte toepassing. Daartegen verzetten zich immers de aard en gevolgen van een dergelijke verzwijging – de mededeelgenoot heeft door het handelen van de bedriegende deelgenoot immers geen weet van het bestaan van de goederen –, de aard van de bepaling – die aan opzettelijke verzwijging terecht een zware sanctie verbindt – en het systeem van verdeling van een gemeenschap zoals dat verder is geregeld. Ook verdeling van opzettelijk of onbewust overgeslagen goederen kan immers te allen tijde worden gevorderd.

- 3.2. Althans heeft het hof met het in het vorige subonderdeel weergegeven oordeel miskend dat de verjaringstermijn van de rechtsvordering tot beëindiging van bezit bij verzwijging en verbeurte eerst gaat lopen vanaf het moment dat artikel 4:1090 BW-AUA is ingeroepen, althans redelijkerwijs kon worden ingeroepen. Dat moment ligt in ieder geval niet eerder dan het moment waarop de mededeelgenoot

¹¹ Plta I § 28-36.

bekend werd met, althans redelijkerwijs en op een voldoende concrete wijze bekend had moeten zijn met bestaan, aard en plaats van de verzwegen goederen.¹²

- 3.3. In ieder geval verzetten de aard en gevolgen van een dergelijke verzwijging in verband met de eisen van redelijkheid en billijkheid zich ertegen dat de rechtsvordering tot beëindiging van bezit bij verzwijging en verbeurte reeds verjaart voordat door de bedrogen deelgenoot redelijkerwijs een rechtsvordering ter zake kon worden ingesteld.

4. Geen afstand met akte van scheiding en deling

- 4.1. Voortbordurend op het – in onderdeel 2 bestreden – oordeel dat artikel 4:1090 BW-AUA aan de deelgenoten een wilsrecht geeft dat moet worden ingeroepen, oordeelt het hof in rov. 2.20 dat Haim met het aangaan van de akte van scheiding en deling in 1984 afstand van dit wilsrecht heeft gedaan. Daartoe overweegt het hof dat Haim wist van het bestaan van de buitenlandse beleggingen van zijn vader en dat hij teneinde medewerking van Anna te bewerkstelligen (lees: transparantie ter zake) tegen haar heeft geprocedeerd, maar met het ondertekenen van de akte op 15 juni 1984 zijn hoofd in de schoot heeft gelegd. Het hof legt de akte van scheiding en deling daarom tevens uit als een vaststellingsovereenkomst. De buitenlandse beleggingen (die volgens het hof mede zouden vallen onder 'overige goederen sub D'), van welke bestaan Haim wist, werden toegedeeld aan Anna en Haim deed aldus afstand van aanspraken daarop als legitimaris, inclusief van de uitoefening van het wilsrecht ingevolge (destijds nog) artikel 1090 BW-AUA. Dit oordeel van het hof getuigt om de in onderdeel 2 aangevoerde reden van een onjuiste rechtsopvatting.
- 4.2. Het in het vorige subonderdeel weergegeven oordeel van het hof getuigt bovendien van een onjuiste rechtsopvatting, althans toepassing van de criteria voor afstand van recht. Afstand van recht vereist immers een op het verlies van rechten en/of bevoegdheden gerichte wil, die zich in een verklaring heeft geopenbaard. Voor zover het hof dat niet heeft miskend, is het oordeel ontoereikend gemotiveerd. Haim had immers helemaal niet een op afstand van zijn aanspraken op de verzwegen goederen gerichte wil. Na vergeefse pogingen in en buiten rechte om transparantie te verkrijgen van Anna over het bestaan van andere tot de gemeenschap behorende buitenlandse vermogensbestanddelen, kon hij niet anders dan erop vertrouwen dat de totale waarde van de ontbonden huwelijksgemeenschap

¹² Akte d.d. 2 september 2015, § 18 t/m 20; Plta I, § 23 onder verwijzing naar productie 3 bij brief Haim d.d. 4 juli 2017, § 4.

op het moment van scheiding en deling inderdaad Afl. 9.333.334 betrof zoals zij in de akte van scheiding en deling gezamenlijk verklaarden en er geen andere tot de gemeenschap behorende buitenlandse vermogensbestanddelen waren.¹³

- 4.3. Het in subonderdeel 4.1 weergegeven oordeel van het hof is bovendien/althans onbegrijpelijk, althans ontoereikend gemotiveerd. De akte van scheiding en deling betreft de belichaming van de verzwijging door Anna. Daarin verklaarden partijen immers gezamenlijk dat de totale waarde van de ontbonden huwelijksgemeenschap op het moment van scheiding en deling is vastgesteld op Afl. 9.333.334,¹⁴ terwijl de nalatenschap, die onderdeel was van de ontbonden huwelijksgemeenschap, op dat moment volgens Anna's bij notariële akte opgemaakte verklaring op 3 mei 2007 in werkelijkheid meer dan USD 100 miljoen omvatte.¹⁵ In de door Haim voorafgaand aan de akte van scheiding en deling tegen Anna gevoerde procedures heeft Anna het bestaan van andere (buitenlandse) vermogensbestanddelen steeds ontkend en heeft Haim de in die procedures gevraagde transparantie ter zake nooit verkregen.¹⁶ Ook bij het opstellen van de akte van scheiding en deling is Anna door de betrokken kandidaat-notaris, op uitdrukkelijk verzoek van Haim's toenmalige advocaat, concreet naar de buitenlandse vermogensbestanddelen gevraagd, en uit haar antwoorden blijkt steeds dat zij het bestaan van buitenlandse vermogensbestanddelen ontkent.¹⁷ In 2007 verklaarde Anna hierover echter zoals hiervoor in § C is geciteerd dat de nalatenschap van haar overleden man destijds uit verschillende buitenlandse vermogensbestanddelen bestond, die zij indertijd bij ondertekening van de akte van scheiding en deling niet aan Haim heeft bekendgemaakt. Onder die omstandigheden kan de akte van scheiding en deling onmogelijk worden uitgelegd als tevens omvattende een vaststellingsovereenkomst, waarin door Haim afstand is gedaan van het recht om als legitimaris aanspraak te maken op die verzwegen vermogensbestanddelen waaronder het recht om de aan die verzwijging verbonden sanctie in te roepen. Hoe het hof wel tot een dergelijke uitleg van de akte is gekomen, is onbegrijpelijk, althans behoefde nadere motivering.¹⁸
- 4.4. De overwegingen van het hof dat Haim wist van de buitenlandse beleggingen van zijn vader en dat hij teneinde transparantie ter zake van Anna te bewerkstelligen

¹³ CvR § 44 t/m 51.

¹⁴ Rov. 2.2 sub e.

¹⁵ Rov. 2.2 sub i.

¹⁶ CvR § 19-22.

¹⁷ CvR § 11-13.

¹⁸ CvR § 44 t/m 51 onder verwijzing naar productie 14 bij CvR, § 8.

tegen haar heeft geprocedeerd, maar op 15 juni 1984 zijn hoofd in de schoot heeft gelegd, zijn bovendien onbegrijpelijk, althans ontoereikend gemotiveerd, gelet op hetgeen Haim heeft aangevoerd. Haim heeft aangevoerd dat hij weliswaar vanwege zijn betrokkenheid bij het bedrijf van zijn vader lang voor diens overlijden (de relatie tussen Haim en zijn ouders was immers gebrouilleerd geraakt vanwege Haims keuze voor een niet-joodse vrouw, waardoor hij vervreemde van zijn familie en het familiebedrijf) een vermoeden had van de buitenlandse beleggingen, maar geen actuele of concrete informatie daarover had, ook niet nadat hij verschillende procedures had gevoerd tegen zijn moeder, die – zelfs met behulp van 'experts' – bleef ontkennen dat er andere vermogensbestanddelen waren die in de verdeling met Haim dienden te worden betrokken.¹⁹

- 4.5. De overwegingen van het hof dat met de passage 'overige goederen sub D', die aan Anna werden toebedeeld, mede de door haar verzwegen buitenlandse beleggingen zijn bedoeld, waarvan Haim aldus afstand zou hebben gedaan, zijn eveneens onbegrijpelijk, althans ontoereikend gemotiveerd, om de in subonderdeel 4.2 t/m 4.4 genoemde redenen. Deze overwegingen zijn bovendien (zonder nadere motivering, die echter ontbreekt) onbegrijpelijk gelet op de stelling van Haim dat daarmee aan Anna werden toebedeeld goederen die later nog tot de ontbonden huwelijksgemeenschap mochten blijken te behoren, maar waarvan zij beiden op het moment van het opmaken van de akte van scheiding en deling geen kennis droegen. Daartoe behoorden in elk geval niet de goederen die door Anna opzettelijk voor Haim zijn verzwegen.²⁰ Dit geldt temeer/althans nu de waarde daarvan volgens Anna's eigen in § C geciteerde verklaring ongeveer een tienvoud bedroeg van de in de akte van scheiding en deling genoemde waarde van de te verdelen gemeenschap.

5. Onjuiste rechtsopvatting verzwijging

- 5.1. In rov. 2.22 stelt het hof terecht voorop dat er geen reden is artikel 4:1090 BW-AUA anders uit te leggen dan artikel 3:194 lid 2 BW. In rov. 2.23-2.25 oordeelt het hof echter dat niet kan worden gezegd dat Anna zich schuldig maakte aan – kort gezegd – (opzettelijke) verzwijging in de zin van die bepalingen.²¹ Hieraan legt het

¹⁹ CvR § 3-22, 47-48.

²⁰ CvR § 50-51 onder verwijzing naar productie 14 bij CvR, § 8; Plta II § 8.

²¹ Het hof citeert hier uit de rechtspraak van uw Raad, waarin ook naar de parlementaire geschiedenis van artikel 3:194 lid 2 BW wordt verwezen, en oordeelt dat niet gezegd kan worden dat Anna zich schuldig maakte aan "een ernstige, maar in een situatie van een gemeenschap, gemakkelijk te plegen vorm van bedrog" en aan "oneerlijk gedrag" jegens haar zoon Haim, waarbij Haim in hoge mate afhankelijk was van de juistheid en volledigheid van

HOUTHOFF

hof (kennelijk) ten grondslag dat Haim betrekkelijk nauwkeurig wist van het bestaan van de goederen (rov. 3.23 en 3.25) en dat Anna overeenkomstig de wens van haar overleden echtgenoot Kalman, het familievermogen bijeen wenste te houden (rov. 3.24). Dit oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, althans een ontoereikende motivering.

- 5.2. Het hof heeft aldus miskend dat van opzettelijke verzwijging in de zin van artikel 4:1090 BW-AUA (en artikel 3:194 lid 2 BW) sprake is als een deelgenoot goederen verzwijgt, wetende dat ze tot de gemeenschap behoren, ongeacht of de andere deelgenoten daarvan concrete kennis althans een voldoende concreet vermoeden hebben. Voor zover het hof dat niet zou hebben miskend, is in ieder geval (zonder nadere motivering) onbegrijpelijk hoe het hof heeft kunnen oordelen dat van verzwijging in dit geval geen sprake zou zijn. Hetgeen Haim daartoe heeft aangevoerd, laat hierover immers geen twijfel bestaan. In de door Haim voorafgaand aan de akte van scheiding en deling tegen Anna gevoerde procedures heeft Anna het bestaan van andere (buitenlandse) vermogensbestanddelen steeds ontkend.²² Ook in antwoord op vragen van de betrokken kandidaat-notaris bij het opmaken van de akte van scheiding en deling heeft Anna het bestaan van buitenlandse vermogensbestanddelen ontkend.²³ Uit de door Anna voor de notaris afgelegde verklaring zoals geciteerd in § C blijkt dat er wel degelijk tot de gemeenschap behorende buitenlandse vermogensbestanddelen waren, die door haar bij het opmaken van de akte van scheiding en deling zijn verzwegen.²⁴ Rechtens is in beginsel bovendien niet relevant wat de andere deelgenoot wist, althans slechts vermoedde en/of met welke – beweerdelijke 'goede' – bedoeling de goederen werden verzwegen. Door toch op basis daarvan te oordelen dat van opzettelijke verzwijging geen sprake is geweest, heeft het hof de juiste maatstaf miskend, althans (zonder nadere motivering) een onbegrijpelijk oordeel gegeven.
- 5.3. De overweging dat Haim betrekkelijk nauwkeurig wist van het bestaan van de goederen is ook overigens onbegrijpelijk om de in subonderdeel 4.3 en 4.4 aangevoerde redenen.

de over en weer door hen verschafte inlichtingen omtrent het bestaan van tot de gemeenschap behorende goederen."

²² CvR § 19-22.

²³ Zie de verwijzingen in voetnoot 17.

²⁴ Zie ook CvR § 38-42 onder verwijzing naar productie 14 (Opinie Prof. S. Perrick d.d. 19 februari 2015); Plta I § 14-16.

HOUTHOFF

6. Beroep op verbeurte niet onaanvaardbaar

- 6.1. In rov. 2.26-2.27 oordeelt het hof dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat Haim met een beroep op artikel 4:1090 BW-AUA zou kunnen bewerkstelligen dat hij alles zou hebben verkregen, althans de helft met een achtste deel. Als er al ruimte zou zijn voor een verbeurte, moet deze ten goede komen van de gezamenlijke erfgenamen, zodat het zinloos is de verbeurte in te roepen, aldus het hof. Daartoe overweegt het hof dat Kalman had bepaald dat Anna zijn hele nalatenschap erfde, twee kinderen die wens hebben gerespecteerd, twee anderen een beroep hebben gedaan op hun legitieme portie, maar een van hen bij nader inzien alsnog genoeg heeft genomen met een bedrag ineens en een maandgeld en alleen Haim zijn beroep op de legitieme portie (3/40^e van de ontbonden huwelijksgemeenschap) heeft doorgezet. Ook overweegt het hof dat de vier kinderen gelijkkelijk erfgenaam zijn van Anna, met de mogelijkheid van plaatsvervulling. Met deze overwegingen heeft het hof miskend dat alleen onder bijzondere, door Maria c.s. te stellen en zo nodig te bewijzen, omstandigheden een beroep op artikel 4:1090 BW-AUA naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Voor zover het hof dat niet zou hebben miskend, is (zonder nadere motivering) onbegrijpelijk hoe het hof tot het oordeel heeft kunnen komen dat Maria c.s. dergelijke bijzondere omstandigheden zouden hebben gesteld.
- 6.2. De door het hof genoemde omstandigheden – kort gezegd: dat Haim door destijds als enige een beroep op zijn legitieme portie te hebben gedaan, met het beroep op artikel 4:1090 BW zou kunnen bewerkstelligen dat hij alles (Haim begrijpt dat het hof hier met "*alles*" bedoelt alle door Anna bij de akte van scheiding en deling verborgen gehouden goederen), althans de helft met een achtste deel, heeft verkregen, terwijl de vier kinderen gelijkkelijk erfgenaam van Anna zijn – betreffen geen *bijzondere* omstandigheden. Het hof noemt aldus immers slechts de gevolgen die de wet verbindt aan de feiten (i) dat Haim wel en de anderen niet een beroep op de legitieme portie hebben gedaan en (ii) dat Anna de betreffende goederen opzettelijk heeft verzwegen. Het eerste heeft namelijk tot gevolg dat (alleen) Haim als erfgenaam van Kalman deelgenoot is geworden in de ontbonden huwelijksgemeenschap, en de daarvan deel uitmakende nalatenschap, althans alleen in deze nalatenschap en het tweede heeft tot gevolg dat Anna's aandeel in de verzwegen goederen – van rechtswege, zie onderdeel 2 – aan haar enige andere deelgenoot, Haim, is verbeurd. Voor zover aan deze omstandigheden al enige betekenis zou toekomen, had het hof hierbij tevens behoren te betrekken dat Haim als enige, anders dan de andere kinderen, niet alleen erfgenaam is van Anna, maar ook van Kalman.

- 6.3. Niet valt dan ook (zonder nadere motivering, die ontbreekt) in te zien dat – zoals het hof overweegt – de verbeurte ten goede zou moeten komen aan alle erfgenamen, terwijl Maria c.s. dat bovendien niet hebben gesteld en evenmin hebben gesteld dat zij zelf door de verzwijging door Anna het slachtoffer zijn geworden van dwaling of bedrog, waardoor de aanvaarding van de onterving door hun vader vernietigbaar zou zijn.
- 6.4. Voor zover het hof – anders dan in subonderdeel 6.2 tot uitgangspunt werd genomen – heeft bedoeld dat Haim met een beroep op artikel 4:1090 BW-AUA niet alleen alle bij de akte van scheiding en deling verborgen gehouden goederen zou hebben verkregen, maar alle goederen van de nalatenschap van Anna, en deze onjuiste veronderstelling mede dragend is geweest voor het oordeel dat het beroep op artikel 4:1090 BW-AUA onaanvaardbaar zou zijn, is dit eveneens onbegrijpelijk. De goederen die tot Anna's nalatenschap behoren, niet zijnde de goederen die zij bij het opmaken van de akte van scheiding en deling op 15 juni 1984 heeft verzwegen, heeft Haim immers verkregen doordat zij door Anna aan hem zijn toebedeeld.²⁵

7. Vorderingen in reconventie niet-ontvankelijk

- 7.1. In rov. 2.28-2.29 verwerpt het hof Haim's grieven tegen de door het GEA toegewezen vorderingen in reconventie. Het hof heeft daarmee – evenals het GEA – miskend dat vorderingen in reconventie slechts kunnen worden ingesteld tegen de eiser in conventie in de hoedanigheid waarin deze in conventie procedeert. De vorderingen in reconventie zijn gericht tegen Haim in zijn hoedanigheid van executeur-testamentair, terwijl Haim in conventie niet in die hoedanigheid heeft geprocedeerd.²⁶ De vorderingen in reconventie hadden daarom niet-ontvankelijk moeten worden verklaard, althans moeten worden afgewezen. Door de vorderingen in reconventie toch te beoordelen en de toewijzing daarvan door het GEA te bevestigen heeft het hof – evenals het GEA – blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans in ieder geval zijn oordeel onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd. Het hof oordeelt immers niet (kenbaar) dat de vorderingen in reconventie zich niet richten tegen Haim in zijn hoedanigheid van executeur-testamentair, hetgeen ook overigens niet valt in te zien.

²⁵ Rov. 2.2 sub k.

²⁶ CvR § 70-73; Akte d.d. 2 september 2015 § 35-38 (gehandhaafd in hoger beroep (MvG p. 3)). Voor wat betreft het gevorderde ontslag hebben Maria c.s. dat ook niet betwist (CvD § 17-18).

HOUTHOFF

7.2. 's Hofs overwegingen over de vorderingen in reconventie bouwen bovendien voort op zijn oordelen in conventie en kunnen, indien Haims cassatieberoep in conventie slaagt, evenmin standhouden.

CONCLUSIE

Haim vordert op grond van dit middel de vernietiging van het vonnis, met zodanige verdere beslissing, mede ten aanzien van de kosten, als de Hoge Raad juist zal achten.

Dit verzoekschrift is ingediend in twaalfvoud.

Amsterdam, 18 september 2019


Advocaten

Deze zaak wordt behandeld door R.S. Meijer en A. Stortelder
Postbus 75505 1070 AM Amsterdam T +31 20 605 6108 | 6555 F +31 20 605 6718
M +31 6 5149 4309 | +31 6 2291 4001
E r.meijer@houthoff.com | a.stortelder@houthoff.com