

Vergaderjaar 1999–2000

26 822

Invoering Boek 4 en Titel 3 van Boek 7 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, derde gedeelte (Overgangsrecht)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

Algemeen

Het voorstel van wet strekt in de eerste plaats ertoe de bijzondere overgangsbepalingen vast te stellen die de invoering van een nieuw erfrecht in het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) nodig maakt. Dit geschiedt door aanvulling van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (hierna: Ow.) met enkele specifieke overgangsbepalingen in verband met het nieuwe Boek 4. Voor titel 7.3 is één overgangsbepaling nodig gebleken, die hierna in het bijzonder gedeelte van deze memorie eveneens wordt toegelicht.

Voor zover de aanpassing van de overige wetgeving aan het nieuwe erfrecht en de nieuwe schenkingstitel aanleiding geeft tot bepalingen van overgangsrecht, zullen deze in het desbetreffende wetsvoorstel – dat binnenkort bij de Raad van State aanhangig zal worden gemaakt – worden opgenomen.

Het wetsvoorstel is, evenals de vijfde nota van wijziging bij het wetsvoorstel inzake de invoering van Boek 4, voorgelegd aan de Commissie Erfrecht van Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, alsmede andere vooraanstaande deskundigen op het gebied van het erfrecht. Zij hebben met het wetsvoorstel en de toelichting daarop ingestemd.

Het systeem van de Overgangswet (Wet van 2 april 1991, *Stb.* 1991, 197) houdt in dat aan de overgangsbepalingen die de invoering van elk der Boeken van het nieuwe Burgerlijk Wetboek begeleiden, telkens een afzonderlijke titel is gewijd, met dien verstande dat Titel 3 van de Overgangswet de algemene overgangsbepalingen in verband met de Boeken 3 tot en met 8 behelst.

Voor de bijzondere overgangsbepalingen die voor de invoering van het nieuwe Boek 4 nodig zijn, op te nemen in een titel 5 van de Overgangswet, was destijds al tussen de bestaande artikelen 124 en 150 ruimte gereserveerd. Deze overgangsbepalingen worden voorgesteld in artikel I van het wetsvoorstel.

Artikel II bevat één overgangsbepaling in verband met de titel schenking: artikel 201, hetwelk op een bewind, dat in verband met de elfde titel van Boek 7A BW is ingesteld, de bepalingen van afdeling 4.4.7. aanvullend van overeenkomstige toepassing doet zijn.

Het systeem van de Overgangswet brengt mee, dat de in titel 3 vervatte algemene bepalingen (de artikelen 68 tot en met 75) ook van toepassing zijn op overgangssituaties betreffende erfrecht en schenking. De algemene regels inzake nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen, die ook voor bijvoorbeeld uiterste wilsbeschikkingen en schenkingen gelden, zijn opgenomen in Boek 3 BW. De bepalingen ter oplossing van overgangsproblemen die daarmee verband houden, zijn te vinden in titel 4 van de Overgangswet. Van belang zijn vooral de artikelen 79–81 van die titel.

Ten gevolge van deze structuur van de Overgangswet kan met een beperkt aantal bijzondere overgangsbepalingen in verband met het erfrecht worden volstaan: het overgrote deel van de erfrechtelijke overgangsproblematiek kan zijn oplossing in de meer algemene regels van de Overgangswet en in de daaraan ten grondslag liggende overwegingen vinden.

Deze bijzondere overgangsbepalingen (art. 125–138) worden hierna in het bijzonder gedeelte van deze memorie toegelicht. De opzet van dit bijzonder gedeelte is overeenkomstig die welke destijds is gekozen voor het bijzonder gedeelte van de memorie van toelichting bij wetsvoorstel 18 998 dat tot de Overgangswet voor het nieuwe Burgerlijk Wetboek (Wet van 2 april 1991, Stb. 1991, 197) heeft geleid. De problemen van overgangsrecht die de invoering van Boek 4 en de nieuwe titel 7.3 meebrengen, worden – voor zover onderkend – beschreven en geanalyseerd. Daarbij wordt aangegeven op welke wijze zij tot een oplossing worden gebracht. Dat kan zijn aan de hand van de algemene bepalingen van de Overgangswet (in het bijzonder titel 3) en de uitgangspunten van de wet. Of wel aan de hand van specifiek voor het nieuwe Boek 4 ontworpen overgangsbepalingen (de voorgestelde nieuwe titel 5 van de Overgangswet). De toelichting op de reeds bestaande algemene regels van de Overgangswet kan worden gevonden in de parlementaire stukken inzake wetsvoorstel 18 998. Deze stukken zijn ook opgenomen in *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Overgangsrecht* (Inv. 3, 5 en 6), onder eindredactie van C.J. van Zeben.

In het bijzonder gedeelte van deze memorie komen vele onderwerpen aan de orde. Zo bijvoorbeeld hoe ware om te gaan met testamentaire voorzieningen, in het bijzonder ten behoeve van de langstlevende echtgenoot, die voor het tijdstip van inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 zijn gemaakt, maar eerst na dat tijdstip tot uitvoering komen. Het wetsvoorstel bevat voor deze voorzieningen – waaronder met name de vele ouderlijke boedelverdelingen die zijn gemaakt – bijzondere bepalingen van overgangsrecht. Zie de artikelen 127 (*jo* 790w.) alsmede 129 van het wetsvoorstel, die in het bijzondere gedeelte van deze memorie nader worden toegelicht.

BIJZONDER GEDEELTE

HOOFDSTUK I, BOEK 4 ERFRECHT

TITEL 4.1 ALGEMENE BEPALINGEN

Artikel 4.1.1 vat reeds thans geldend recht samen.

Artikel 4.1.2 komt overeen met de huidige artikelen 878 en 941 BW, waarbij het derde lid van artikel 878 BW in het nieuwe Boek 4 niet terugkeert. Beide artikelen behoeven geen bijzondere overgangsbepaling.

Artikel 4.1.3 lid 1 bevat de regeling van onwaardigheid; zij verschilt op enige punten van die van de artikelen 885 en 959 BW. Anders dan in artikel 885, is óók onwaardig degene die medeplchtig is bevonden aan het ombrengen van de erflater dan wel onherroepelijk veroordeeld is

wegens voorbereiding van dit misdrijf. Lid 1 onder c wijkt, evenals lid 1 onder a, in zoverre naar de letter van de geldende wet af, dat sprake moet zijn van een onherroepelijke rechterlijke uitspraak. De desbetreffende bepalingen van artikel 885 worden evenwel reeds thans zo opgevat. Nieuw, en voor buitenlandse straf- en civiele vonnissen van belang, is het vereiste dat het moet gaan om een lasterlijk tegen de erflater uitgebrachte beschuldiging een misdrijf te hebben begaan, waarop naar de *Nederlandse* wettelijke omschrijving een vrijheidsstraf met een maximum van ten minste vier jaren is gesteld. Geheel nieuw is de bepaling van lid 1 onder b, waarbij als grond van onwaardigheid is vermeld de onherroepelijke veroordeling wegens een opzettelijk tegen de erflater gepleegd misdrijf waarop naar de Nederlandse wettelijke omschrijving een vrijheidsstraf is gesteld met een maximum van ten minste vier jaren, alsmede een zodanige veroordeling wegens poging tot, voorbereiding van of deelneming aan dit misdrijf. Zie daarvoor de zesde en de zevende nota van wijziging, 17 141, no 26, resp. 29).

Van de inwerkingtreding van Boek 4 af wordt degene die aan de nieuwe onwaardigheidsgrond van lid 1 onder b voldoet onwaardig, ook al zijn de desbetreffende feiten voordien geschied. Hetzelfde geldt voor zover, zoals hierboven aangegeven, uitbreiding is gegeven aan in het geldende recht reeds voorkomende onwaardigheidsgronden. Is echter ook de nalatenschap vóór inwerkingtreding van de wet opengevallen en is men op grond van het oude recht erfgenaam of legataris geworden, dan brengt artikel 4.1.3 daarin geen verandering meer: zie artikel 69 Ow.. Hetzelfde geldt voor degene die, ten gevolge van verwerping door een ander na de inwerkingtreding van de wet, met terugwerkende kracht erfgenaam wordt in een voordien reeds opengevallen nalatenschap.

Lid 2 levert geen bijzondere problemen van overgangsrecht op.

Lid 3, blijkens welke bepaling een onwaardigheid vervalt wanneer de erflater aan de onwaardige op ondubbelzinnige wijze zijn gedraging heeft vergeven, komt in de bestaande wet niet voor. De bepaling kan ook betrekking hebben op een vergeving die voor de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 is geschonken.

Artikel 886 BW, dat ziet op de verplichting van de onwaardige erfgenaam tot teruggave van alle reeds genoten vruchten en inkomsten, vervalt; hiervoor komt vanaf het tijdstip van inwerkingtreding van de wet de regeling van art. 3: 121 e.v. BW in de plaats.

Artikel 4.1.3b is de opvolger van artikel 921, lid 2 BW, dat per 1 januari 1992 art. 1370 lid 2 BW heeft vervangen. De Hoge Raad heeft op artikel 4.1.3b geanticipeerd bij arrest van 25 oktober 1985, NJ 1986, 308.

Nietigheid volgens het nieuwe recht valt dientengevolge samen met nietigheid volgens het oude.

Artikel 125

Artikel 4.1.3c biedt de schuldenaar van een erfrechtelijke geldschuld de mogelijkheid de rechter te verzoeken hem betalingsuitstel of -spreiding te geven. Dit kan ook wenselijk en gerechtvaardigd zijn voor op het tijdstip van inwerkingtreding van de wet reeds bestaande erfrechtelijke schulden, waarvan opvordering de liquiditeit van de schuldenaar op kortere termijn ernstig kan aantasten. Voor bedoelde schulden geeft *artikel 125* van het ontwerp een regeling; het verklaart artikel 4.1.3c van toepassing op schulden die terzake van een nalatenschap onder het oude recht zijn ontstaan.

Artikel 4.1.3d, over de waarde van de goederen der nalatenschap, geldt krachtens zijn bewoordingen telkens wanneer de desbetreffende bepaling van Boek 4 van toepassing is.

Artikel 4.1.3e bevat een definitie van «schulden der nalatenschap», die bij de eerste nota van wijziging op het eerste gedeelte van de Invoeringswet (17 141 nr. 6) uit artikel 4.5.1.3a hierheen is overgebracht. Welke betekenis

dit begrip voor het overgangsrecht heeft, komt ter sprake bij de artikelen van Boek 4, waarin dat begrip wordt gebezigd.

Artikel 4.1.4, over de gelijkstelling met echtgenoten van geregistreerde partners, stemt overeen met art. 879a BW zoals dit sedert 1 januari 1998 geldt (Wet van 17 december 1997, Stb 660). Een overgangsbepaling is derhalve niet nodig.

TITEL 4.2 ERFOPVOLGING BIJ VERSTERF

De bepalingen van deze titel omtrent de orde der erfopvolging bij versterf houden allerlei verschillen met het tegenwoordige recht in. Zo wordt de van tafel en bed gescheiden echtgenoot van de erflater volgens de nieuwe bepalingen geen erfgenaam bij versterf (art. 4.2.2, lid 1 onder a), wordt sterker vastgehouden aan het zogenoemde parentele stelsel, vervalt het instituut der kloving en wordt de regeling der plaatsvervulling verruimd en wel uitgestrekt tot de afstammelingen van degenen die onwaardig zijn, onterfd zijn of verwerpen, en van hen wier erfrecht is vervallen. Deze en dergelijke verschillen hebben tot gevolg dat onder het nieuwe recht iemand als erfgenaam tot de nalatenschap kan worden geroepen die dat onder het oude recht niet zou zijn geweest, en omgekeerd.

Voor het overgangsrecht moet voorop staan dat het nieuwe recht van deze titel niet toepasselijk zal zijn op nalatenschappen die vóór zijn inwerkingtreding zijn opengevallen – de nieuwe wet werkt uiteraard niet terug – en artikel 69 Ow. verhindert dat de nieuwe regeling van de inwerkingtreding van Boek 4 af wijziging in eenmaal verkregen rechten aanbrengt. Dit geldt ook indien na de inwerkingtreding een erfgenaam een tevoren opengevallen nalatenschap zou verwerpen. Zijn afstammelingen profiteren dan toch niet van de nieuwe regel omtrent plaatsvervulling volgens artikel 4.2.6: de verwerping werkt immers terug tot het openvallen der nalatenschap (art. 4.5.2.1, lid 4), hetgeen het thans nog geldende recht toepasselijk maakt op de vraag wat daarvan de rechtsgevolgen zijn.

Omgekeerd is in beginsel op een nalatenschap die na de invoering van Boek 4 openvalt, het nieuwe recht van toepassing. Wel kan men zich de vraag stellen of op een na de inwerkingtreding openvallende nalatenschap in plaats van titel 4.2 toch nog het oude recht van toepassing kan zijn. Deze vraag dringt zich op, bijvoorbeeld indien een vóór de inwerkingtreding opgemaakte uiterste wil die zo'n nalatenschap beheerst, een clause bevat volgens welke voor het geheel of voor een deel van de nalatenschap de wettelijke regels der erfopvolging bij versterf van toepassing worden verklaard. Deze vraag wordt hierna behandeld in paragraaf 4 – Uitlegging van uiterste wilsbeschikkingen – bij titel 4.3 – Uiterste willen.

TITEL 4.2A HET ERFRECHT BIJ VERSTERF VAN DE NIET VAN TAFEL EN BED GESCEIDEN ECHTGENOOT EN VAN DE KINDEREN ALSMEDE ANDERE WETTELIJKE RECHTEN

AFDELING 4.2A.1 HET ERFRECHT BIJ VERSTERF VAN DE NIET VAN TAFEL EN BED GESCEIDEN ECHTGENOOT EN VAN DE KINDEREN

Het in deze afdeling voorgestelde stelsel van versterferfrecht houdt een wettelijke verdeling in, voor het geval de erflater een niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot en een of meer kinderen als erfgenamen achterlaat. De afdeling is van toepassing op nalatenschappen die na de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 openvallen. Als zodanig roept afdeling 4.2A.1 geen bijzondere vragen van overgangsrecht op.

Artikel 126

De wettelijke rechten die bij deze afdeling worden toegekend, strekken in hoofdzaak ten gunste van de langstlevende echtgenoot (artt. 4.2A.2.1 tot en met 4.2A.2.5), de minderjarige kinderen (art. 4.2A.2.6) en de kinderen die op een «salaire différé» aanspraak mogen maken (art. 4.2A.2.7). Deze rechten, en de rechtsvorderingen waardoor zij geldend kunnen worden gemaakt, zijn gebonden aan kort lopende termijnen vanaf het overlijden van de erflater (artt. 4.2A.2.4 leden 2 en 3 en 4.2A.2.8 leden 1, 2 en 3). Is de erflater vóór de inwerkingtreding van Boek 4 overleden, dan is het mogelijk dat die termijnen bij de inwerkingtreding nog niet zijn voltooid. De wettelijke rechten zouden dan alsnog toepassing kunnen vinden. Het gaat hier immers om wettelijke bevoegdheden, waarvan het kenmerk is dat zij onmiddellijk werken vanaf het tijdstip waarop de wet die ze introduceert in werking treedt. Aan de onmiddellijke werking zijn echter overwegende bezwaren verbonden. Toepasselijkheid van afdeling 4.2A.2 in situaties waarin de nalatenschap vóór de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 is opengevallen, zou immers tot gevolg hebben dat onder het thans nog geldende recht geroepen en zuiver aanvaard hebbende erfgenamen onvermijdelijk worden geconfronteerd met nieuwe schulden. Hun positie wordt verzwaard, zonder dat zij daarmee rekening hadden behoeven te houden. Toepasselijkheid zou ook betekenen, dat met de positie van de wederpartij van de erfgenamen, aan wie bijvoorbeeld vóór de inwerkingtreding van de wet – dus bevoegdlijk – reeds het tot de nalatenschap behorende huis was verkocht, maar nog niet geleverd (vgl. art. 4.2A.2.2 lid 2) – rekening moet worden gehouden.

De erfgenamen en legatarissen maar ook de door een testamentaire last bevoordeelden, hebben hun rechten en verplichtingen onder het oude recht reeds verkregen. Het komt daarom juist voor hen te vrijwaren van uitoefening van de wettelijke bevoegdheden van afdeling 4.2A.2. *Artikel 126 lid 1* van het wetsvoorstel bepaalt daartoe dat afdeling 4.2A.2 uitsluitend van toepassing is indien de erflater na het in werking treden van het nieuwe Boek 4 is overleden.

Het huidige artikel 899b B.W. verschaft de langstlevende echtgenoot de bevoegdheid om, ten laste van zijn erfdeel, de inboedelgoederen tot zich te nemen, tenzij hij tezamen met voorkinderen – of afstammelingen daarvan – van de erflater erft. Door de inwerkingtreding van Boek 4 zou de, alsdan nog niet uitgeoefende, bevoegdheid van artikel 899b komen te vervallen. Artikel 899b speelt de algemene rol van erfrechtelijk «voordeel», dat nog bij de verdeling van de boedel moet kunnen worden ingeroepen. Het zou daarom niet verantwoord zijn deze bevoegdheid door de inwerkingtreding van Boek 4 ten aanzien van dan reeds opengevallen nalatenschappen te laten vervallen. Bij *artikel 126, tweede lid*, van het wetsvoorstel wordt dan ook bepaald dat artikel 899b van toepassing blijft.

TITEL 4.3 UITERSTE WILLEN**Algemeen***1. Inleiding*

Is de erflater die een uiterste wil heeft opgemaakt vóór de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 overleden, dan hebben de erfgenamen en legatarissen, en ook door een last bevoordeelden, hun rechten en verplichtingen reeds onder het oude recht verkregen. In zoverre zal het nieuwe recht hen niet raken: zie artikel 69 Ow. en voor wat betreft de uitoefening van de wettelijke bevoegdheden van afdeling 4.2A.2, artikel 126 lid 1 van het wetsvoorstel.

Problemen van overgangsrecht zullen vaker kunnen voorkomen, indien de uiterste wil nog onder het thans geldende recht is opgemaakt, doch de erflater pas na de inwerkingtreding van het nieuwe overlijdt. Conflicten kunnen hier worden vermeden, als de testateur na afschaffing van het oude recht zijn uiterste wil herziet of herroept. Maar niet zelden zal de testateur hiertoe niet overgaan omdat, ondanks de publiciteit die hieraan zal worden gegeven, de wisseling van erfrecht hem toch ongemerkt voorbijgaat of omdat hij de aanpassing van zijn uiterste wil uitstelt; soms, als zijn geestelijke vermogens te zeer achteruit zijn gegaan, kan hij zelfs geen nieuwe uiterste wil meer maken. Dit alles stelt de wetgever voor de noodzaak met een zekere welwillendheid een aantal overgangsregels te ontwerpen.

De vragen van overgangsrecht met betrekking tot een uiterste wil (sbeschikking) liggen vooral op het gebied van de geldigheid en op dat van de uitleg. Soms is dit het gevolg van een andere omschrijving van vereisten, in het bijzonder van de elementen van de uiterste wil, soms van precisering ten opzichte van de terminologie van de thans geldende wet, soms ook een welbewuste verandering van bijvoorbeeld nietigheid naar vernietigbaarheid.

Het gaat om de volgende categorieën van vragen:

- a De uiterste wilsbeschikking wordt in de nieuwe wet anders omschreven dan de uiterste wil in de oude (art. 4.3.1.2).
- b De omschrijving van de wils- en andere gebreken is gewijzigd en soms tevens hun sanctie (art. 4.3.1.3 tot en met 4.3.1.6).
- c In de omschrijving van de mogelijkheden om uit een uiterste wil voordeel te genieten en in de sanctie schuilen allerlei verschillen in details (afd. 4.3.2).
- d Een aantal nu naar haar inhoud geldig geachte uiterste wilsbeschikkingen kan onder het nieuwe recht niet meer geldig worden gemaakt; de belangrijkste daarvan is de ouderlijke boedelverdeling.
- e De regeling van de vormverzuimen in het nieuwe recht verschilt van die in het oude (afd. 4.3.5).

Op deze categorieën van vragen wordt, voor zover daartoe aanleiding bestaat, nader ingegaan bij de bespreking van de aangegeven artikelen en afdelingen van Boek 4 in deze memorie. Voor het overgangsrecht hebben zij evenwel een aantal aspecten gemeen, en daarop hebben de volgende algemene opmerkingen in de paragrafen 2–5 betrekking.

2. Nietigheid en vernietigbaarheid

Problemen van overgangsrecht kunnen zich hier in twee reeksen gevallen voordoen: a de nalatenschap is reeds vóór het tijdstip van de inwerkingtreding van Boek 4 opengevallen; b de uiterste wilsbeschikking is wel vóór dat tijdstip opgemaakt, doch de nalatenschap valt pas nadien open.

Ad a. Deze gevallen worden beheerst door de artikelen 79–81

Overgangswet. Of de uiterste wilsbeschikking geldig of nietig is, wordt in beginsel uitsluitend beslist door het oude recht. Door het overlijden van de erflater hebben erfgenamen, legatarissen en door een last bevoordeelden hun rechtspositie verkregen; het nieuwe recht tornt daaraan niet (artt. 69 en 79 Ow.).

Gewezen zij nog op het volgende. Allereerst kan een uiterste wilsbeschikking onder het oude recht vernietigbaar zijn geweest, doch is zij vóór de inwerkingtreding van Boek 4 in feite niet vernietigd. Sanctioneert het nieuwe Boek 4 met vernietigbaarheid, dan kan, maar dan overeenkomstig dit nieuwe recht, eveneens worden vernietigd. Een speciale overgangsbepaling met betrekking tot de vernietigbaarheid wegens schending van de legitieme portie is opgenomen in artikel 129, hetwelk hierna bij afdeling 4.3.3. nog aan de orde komt. Voor het overige is artikel 80 Ow. van

toepassing: de vernietigbaarheid vervalt, indien het nieuwe recht niet langer aan de oude gebreken tilt (80 lid 1); uiterste wil en wilsbeschikking worden als nietig beschouwd, als zij dat volgens het nieuwe recht zouden zijn geweest (art. 80, lid 2).

Een grond van nietigheid onder het oude recht, kan onder het nieuwe vervallen of worden gewijzigd in een grond van vernietigbaarheid. Is de uiterste wilsbeschikking tot aan de inwerkingtreding van Boek 4 dan door alle onmiddellijk belanghebbenden die zich op de nietigheid hadden kunnen beroepen als geldig beschouwd, dan treden nadien volgens artikel 81 Ow. de rechtsgevolgen van het nieuwe recht in: bekrachtiging (lid 1) dan wel vernietigbaarheid (lid 2).

Artikel 127

Ad b Voor deze gevallen (waarin de uiterste wilsbeschikking voor het tijdstip van inwerkingtreding van de nieuwe wet is gemaakt doch de nalatenschap nadien openvalt) is een bijzondere regeling in *artikel 127* opgenomen. Het betreft hier uiterste wilsbeschikkingen die pas na de invoering van het nieuwe Boek 4 tot uitvoering komen, omdat eerst toen de erflater is komen te overlijden. De rechtshandeling die de uiterste wil is, kón, omdat de uiterste wil niet eerder kon worden uitgevoerd, vóór de invoering van het nieuwe erfrecht derhalve niet worden vernietigd (vgl. art. 80, lid 1). Ook artikel 81 kan in deze situatie niet rechtstreeks worden toegepast aangezien blijktens lid 3 van dat artikel de leden 1 en 2 alleen gelden indien alle onmiddellijk belanghebbenden die zich op de nietigheid hadden kunnen beroepen, de handeling vóórdien als geldig hebben aangemerkt. Dit laatste kan zich, vanwege het ontbreken van zodanige belanghebbenden, vóór de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 uiteraard niet hebben voorgedaan.

Met het tevoren geldende recht wordt als volgt rekening gehouden: was de uiterste wilsbeschikking, zoals de ouderlijke boedelverdeling, op het tijdstip waarop zij werd opgemaakt, als zodanig geldig tot stand gekomen, dan blijft zij dat, ook al is zij onder het nieuwe recht niet meer toegestaan. Dit vloeit voort uit de zinsnede «onverminderd het bepaalde in artikel 79». De strekking van artikel 79 Ow. is immers dat een rechtshandeling die geldig was toen zij werd verricht, onaantastbaar blijft en niet nietig of vernietigbaar wordt ten gevolge van een omstandigheid die de nieuwe wet, anders dan de oude, aanmerkt als een grond van nietigheid of vernietigbaarheid. Onder het nieuwe Boek 4 kan een ouderlijke boedelverdeling niet meer worden gemaakt; zij zou een nietige rechtshandeling opleveren. Ingevolge artikel 79 Ow. behoudt een onder het thans geldende recht gemaakte ouderlijke boedelverdeling echter haar geldigheid, ook al overlijdt de erflater na de inwerkingtreding van Boek 4. Alleen de nieuwe wet is bepalend of de ouderlijke boedelverdeling nietig of vernietigbaar zal zijn. Zo zal artikel 1170 van de thans nog geldende wet («benadeling voor meer dan een kwart») op ouderlijke boedelverdelingen die na het tijdstip van inwerkingtreding van de wet moeten worden uitgevoerd, vanaf dat tijdstip niet meer kunnen worden toegepast. De artikelen 196 tot en met 198 van Boek 3 gelden voor ouderlijke boedelverdelingen uiteraard wèl (dit zijn immers bepalingen die in het tevoren geldende recht voorkomen, maar die zullen blijven gelden).

3. Termijnen van vernietigbaarheid

De artikelen *4.3.1.13a* en *4.3.5.14a* bevatten bepalingen omtrent verjarings- en vervaltermijnen voor de vernietigbaarheid van uiterste wilsbeschikkingen. Deze leveren geen problemen van overgangsrecht op, wanneer de nalatenschap na de invoering van Boek 4 openvalt. Dit betreft immers gevallen die, indien de uiterste wil nog onder het oude recht was opgemaakt, door artikel 127 worden geregeld.

Wel spelen de artikelen 4.3.1.13a en 4.3.5.14a een rol, indien de erflater reeds vóór de invoering van Boek 4 was overleden. Dan zal eerst aan de hand van de artikelen 79–81 Ow. moeten worden bepaald, of na de invoering van Boek 4 de uiterste wil(sbeschikking) in beginsel voor vernietiging vatbaar is. Luidt het antwoord op deze vraag bevestigend – namelijk wanneer de uiterste wil(sbeschikking) onder het thans nog geldende recht nietig of vernietigbaar was –, dan moet worden bezien of de termijn waarbinnen op de grond tot vernietiging een beroep kan worden gedaan, niet is verstreken. Is de termijn, gesteld bij de artikelen 4.3.1.13a en 4.3.5.14a, nog niet aangevangen bij de inwerkingtreding van Boek 4, omdat de bij die artikelen gestelde vereisten dan nog niet zijn vervuld, dan kunnen die artikelen rechtstreeks toepassing vinden, zodra dat na die inwerkingtreding het geval is. Het kan echter ook zijn dat die vereisten reeds waren vervuld vóór de inwerkingtreding van Boek 4. Dit is mogelijk, ook indien het thans nog geldende recht, anders dan het nieuwe, niet met vernietigbaarheid, doch met nietigheid sanctioneert: de in artikel 4.3.1.13a genoemde «vernietigingsgrond» is dan het gebrek zelf, dat voortaan tot vernietigbaarheid leidt. Men krijgt dan te maken met de speciale overgangsbepalingen inzake verjarings- en vervaltermijnen, en wel de artikelen 73 en 73a Ow., op welk laatste artikel de tweede zin van artikel 81 lid 2 Ow. een uitzondering maakt. Uit artikel 73 vloeit voort dat degene die zich onder het oude recht zonder termijnen op de nietigheid kan beroepen en aan wie volgens het nieuwe recht de bevoegdheid tot vernietiging toekomt, daarvoor nog ten minste een jaar de tijd heeft. Voor het overige moge worden verwezen naar de opmerkingen in deze memorie bij artikel 4.3.1.13a.

4. Uitlegging van uiterste wilsbeschikkingen

De uitlegging van uiterste wilsbeschikkingen verdient bijzondere aandacht wanneer die beschikkingen zijn gemaakt vóór de invoering van het nieuwe recht door iemand die nadien overlijdt. Blijkens artikel 4.3.1.8 lid 1, dat onmiddellijke werking heeft (art. 68a Ow.), dient bij de uitlegging van uiterste wilsbeschikkingen te worden gelet op de verhoudingen die de uiterste wil kennelijk wenst te regelen, en op de omstandigheden waaronder de uiterste wil is opgesteld. Tot die omstandigheden behoort ook het recht dat gold toen de uiterste wil werd gemaakt. Heeft de erflater bijvoorbeeld «vererving volgens de wet» of een vergelijkbare clause in zijn testament opgenomen, dan moet er in beginsel van worden uitgegaan dat daarmee is bedoeld de wet die van kracht was ten tijde van het maken van het testament. Hetzelfde geldt, indien in een uiterste wil wordt verwezen naar de regels omtrent plaatsvervulling of die omtrent aanwas, die in het nieuwe Boek 4 verschillen van die van het huidige recht. Hetzelfde moet voorts worden aangenomen indien sprake is van «het in de legitieme stellen», het «toekennen van het beschikbare deel» of bijvoorbeeld van het opleggen van lasten.

5. Gevolgen van makingen

Boek 4 behelst talrijke bepalingen omtrent bevoegdheden, verplichtingen enz., die gelden voor de periode na het openvallen der nalatenschap. Men denke aan de aanvaarding en verwerping van nalatenschappen, de uitkering van legaten, de executele en de vereffening van de nalatenschap. Als regel geldt dat daarop het nieuwe Boek 4 van toepassing zal zijn, als die uitvoeringshandelingen (moeten) worden verricht na haar inwerkingtreding; zie art. 68a Ow.. Dit geldt ook voor wettelijke regels met betrekking tot de uitvoering van uiterste wilsbeschikkingen. Zo wordt onder het huidige recht een regeling omtrent de «beneficiaire aanvaarding van legaten» gemist, maar kent artikel 4.4.2.4a de legataris

de bevoegdheid toe sublegaten en bepaalde lasten te verminderen voor zover het hem gelegateerde ontoereikend is of door inkorting of vermindering ontoereikend wordt om aan de hem opgelegde verplichtingen te voldoen.

Deze bevoegdheid krijgt ook ieder die op het tijdstip van inwerkingtreding van Boek 4 legataris is in een dan reeds opengevallen nalatenschap en die het sublegaat nog niet heeft uitgekeerd of de last nog niet is nagekomen, of die achteraf door inkorting of vermindering alsnog (een deel van) de waarde van zijn legaat moet missen.

Aldus zal bijv. ook artikel 4.3.1.10a lid 2 (omtrent legaten van een bepaald goed of van een op een bepaald goed te vestigen recht, dat niet tot de nalatenschap behoort) na de inwerkingtreding van Boek 4 toepassing kunnen vinden bij legaten krachtens een voordien gemaakte uiterste wil.

AFDELING 4.3.1 – UITERSTE WILSBESCHIKKINGEN IN HET ALGEMEEN

Artikel 4.3.1.2 behelst een definitie van de uiterste wilsbeschikking met andere elementen dan de minder concrete omschrijving van uiterste wil in artikel 922. Deze laatste heeft door haar onduidelijkheid onzekerheid doen ontstaan over de geldigheid van niet in testamentaire vorm gegoten beschikkingen ter zake des doods. Zie behalve de handboeken vooral het pre-advies van Van der Ploeg, «Wat is een uiterste wil?» (Broederschap Not. 1960) en Breemhaar, *De uiterste wilsbeschikking*, dissertatie Groningen 1992. Deze onzekerheid spitst zich toe op de vraag wat essentieel en wat secundair is voor een uiterste wil: de eenzijdigheid of de herroepelijkheid. Deze vraag heeft bovendien een vervolg in de overeenkomst met bedingen ter zake des doods. Is de eenzijdigheid essentieel, dan zijn de bepalingen omtrent uiterste willen op die bedingen niet van toepassing en worden die bedingen alleen getoetst aan de artikelen 921 lid 2 en 1703 lid 2. Is daarentegen de herroepelijkheid essentieel, dan brengt dat mee dat die bedingen, voor zover herroepelijk en ter zake des doods, ongeldig zijn, omdat zij niet in de vorm van een uiterste wil zijn gegoten. Volgens art. 4.3.1.2 is bij de uiterste wilsbeschikking de eenzijdigheid kenmerk en de herroepelijkheid secundair. Artikel 921 lid 2 wordt vervangen door artikel 4.1.3b – waarvan de inhoud volgens HR 25 oktober 1985, NJ 1986, 308 ook in artikel 921, lid 2 (toen 1370 lid 2) is te lezen – en artikel 1703 lid 2, betreffende de schenking ter zake des doods, wordt vervangen door de 4.4.2.7b tot en met 4.4.7.7e en 7.3.3 alsmede 7.3.12 tot en met 7.3.12c.

Hoe dit ook moge zijn, uit artikel 79 Ow. volgt dat een beschikking die onder het oude recht werd gemaakt, en toen, mede met het oog op de vorm, als een geldige uiterste wilsbeschikking kan worden aangemerkt, als zodanig na de invoering van Boek 4 geldig blijft, onverschillig of de nalatenschap voordien is opengevallen of nadien openvalt; voor dit laatste zie men de verwijzing in *artikel 127* naar artikel 79 Ow.

Een beschikking die onder het oude recht als uiterste wilsbeschikking moest worden aangemerkt, maar als zodanig ongeldig was, kan althans in theorie door de inwerkingtreding van Boek 4 bekrachtiging vinden. Zie artikel 81, en, zo de nalatenschap nadien openvalt, artikel 127 van het wetsvoorstel. Was de beschikking, hoewel ter zake des doods, onder het oude recht geen uiterste wilsbeschikking, en was ze toen geldig, dan blijft ze dat – artikel 79 Ow. Overlijdt de testateur na de invoering van Boek 4, dat een zodanige beschikking wel als een uiterste wilsbeschikking aanmerkt, dan wordt ze voor de toepasselijkheid van dat Boek als een geldige uiterste wilsbeschikking beschouwd (artikel 127). Voor het geval dat het nieuwe recht zo'n beschikking als een schenking (of gift) bij dode aanmerkt, zij verwezen naar de opmerkingen bij de artikelen 4.4.2.7b tot en met 4.4.2.7f in deze memorie en naar artikel 131, voorgesteld onder artikel I van het ontwerp.

Artikel 4.3.1.3 lid 1 sluit, evenals artikel 940, vernietiging van een uiterste wilsbeschikking op grond van misbruik van omstandigheden uit, zulks in afwijking van artikel 3:44 BW. Dit laatste artikel sanctioneert wel bedrog en bedreiging die het maken van een uiterste wilsbeschikking beïnvloeden, met vernietigbaarheid. Artikel 940 bezigt hier de term «nietig», doch verscheidene commentatoren leggen die uit als vernietigbaar, hetgeen in het bijzonder verschil maakt voor de vraag of derden zich op het wilsgebrek kunnen beroepen. Hoe dit volgens het huidige recht ook moge zijn, de kwestie wordt voldoende geregeld door artikel 127 van het wetsvoorstel en eventueel, voor de reeds tevoren opengevallen nalatenschappen, door artikel 81 leden 2 en 3 Ow.. Zie hieromtrent de opmerkingen hiervoor in deze memorie bij titel 4.3, Algemeen, onder 2. Dat artikel 3:44 (en artikel 4.3.1.3, lid 3) de termen «bedreiging of bedrog» bezigt, en artikel 940 «dwang, bedrog of arglist», maakt geen praktisch verschil. Evenmin dat artikel 4.3.1.3 slechts de betrokken uiterste wilsbeschikking treft, en artikel 940 naar zijn bewoordingen de – gehele – uiterste wil: de moderne heersende opvatting leest hier in «uiterste wil» evenzeer «uiterste wilsbeschikking».

Artikel 4.3.1.3 lid 2 betreffende de onjuiste beweegreden vervangt artikel 937. Hier doen zich dezelfde problemen omtrent nietigheid-vernietigbaarheid voor als bij lid 1. Voorts vereist de nieuwe bepaling niet vermelding doch slechts aanduiding van de beweegreden in de uiterste wil, en vereist zij evenmin dat uit de uiterste wil zelf blijkt dat de erflater de beschikking niet zou hebben gemaakt, indien hij van de valse beweegreden kennis had gedragen. Het nieuwe recht leidt derhalve eerder tot vernietigbaarheid dan het oude. Op een reeds vóór de invoering van Boek 4 gemaakte beschikking heeft deze wetswijziging geen invloed: art. 79 Ow. Op artikel 940 wordt thans wel mede beroep gedaan bij beschikkingen die de bevoordeelde aanduiden in diens kwaliteit van (a.s.) echtgenoot, wanneer de echtgenoten vóór het overlijden der erflater zijn gescheiden (vgl. HR 5 jan. 1962, NJ 1963, 117); voor artikel 4.3.1.3 lid 2 zal hier geen rol meer zijn weggelegd wegens het nieuwe artikel 4.3.1.12, dat vanaf de inwerkingtreding van Boek 4 zal gelden voor de eerder gemaakte beschikkingen.

Artikel 4.3.1.3 lid 3 zal eveneens vanaf de inwerkingtreding gaan gelden, ook voor een bevestiging voordien.

Artikel 4.3.1.4 lid 1 wijkt niet af van hetgeen ook thans volgens artikel 3:40 lid 1 geldt. Lid 2 vervangt artikel 938 en verschilt niet van hetgeen men daarin gewoonlijk leest.

Artikel 4.3.1.6 lid 1, eerste zin, beantwoordt aan artikel 935 (dat echter ook onverstaanbare voorwaarden betreft). Onder de «voorwaarden» van artikel 935 pleegt men thans de, in artikel 4.3.1.6 uitdrukkelijk genoemde, lasten te begrijpen. De tweede zin van lid 1 is nieuw; artikel 79 Ow. is op de vóór de inwerkingtreding van Boek 4 gemaakte uiterste wilsbeschikkingen van toepassing, indien zij onder het oude recht geldig waren.

Artikel 4.3.1.6 lid 2 stemt geheel overeen met artikel 931.

De artikelen 4.3.1.8 tot en met 4.3.1.13 geven regels omtrent de uitleg van uiterste wilsbeschikkingen, die ten dele al in het thans nog geldende wetboek voorkomen (zie de artikelen 924, 932–934, 950, 1010, 1012, 1013, 1043, 1047, 1049 en 1050), ten dele ook nieuw zijn. Zie hiervóór bij Algemeen, onder 4 Uitlegging van uiterste wilsbeschikkingen.

Artikel 4.3.1.13a bevat in lid 1 een verjaringstermijn voor het inroepen van de vernietigbaarheid van een uiterste wilsbeschikking – zie daarbij ook de artikelen 3:52 lid 2 en 3:51 lid 3 –, en in lid 2 een vervaltermijn daarvoor. Problemen van overgangsrecht kunnen zich alleen voordoen, als de nalatenschap reeds vóór de inwerkingtreding van Boek 4 is opengevallen, en wel voor het geval onder het geldende recht de uiterste wilsbeschikking al nietig of vernietigbaar was en bovendien ook toen reeds was voldaan aan de vereisten die artikel 4.3.1.13a lid 1, resp. lid 2, stelt aan de aanvang van de verjarings-, resp. vervaltermijn.

Neemt men aan dat de wilsbeschikking onder het thans nog geldende recht nietig was en bij de inwerkingtreding van Boek 4 overeenkomstig artikel 81 lid 2 Ow. vernietigbaar wordt, dan loopt de termijn waarbinnen moet worden vernietigd, in elk geval nog één jaar na die inwerkingtreding, en moet na afloop daarvan worden bezien of de termijnen van artikel 4.3.1.13a lid 1 of lid 2 alsdan nog lopen: aldus artikel 73 Ow. Artikel 81 lid 2 Ow. sluit in dit geval artikel 73a lid 1 Ow. uit, indien, zoals hier het geval is, het beroep op de nietigheid niet aan een bepaalde termijn is gebonden: hoe lang de erfgenaam ook de nietigheid van de wilsbeschikking kende, hij heeft na de inwerkingtreding van Boek 4 in elk geval nog een jaar de tijd om te vernietigen.

Was de uiterste wilsbeschikking onder het huidige recht tot aan de inwerkingtreding van Boek 4 vernietigbaar, en blijft ze dat onder het nieuwe, dan worden de nieuwe termijnen eveneens krachtens artikel 73 een jaar na de inwerkingtreding van Boek 4 van toepassing.

AFDELING 4.3.2 – WIE UITERSTE WILSBESCHIKKINGEN KUNNEN MAKEN EN WIE DAARUIT KUNNEN GENIETEN

De bepalingen van deze afdeling moeten voor het overgangsrecht worden vergeleken met die van de tweede afdeling van titel 12 Boek 4 BW, de artikelen 942–959.

De functie van artikel 942 wordt voor het nieuwe recht vervuld door artikel 3:34; een materieel verschil bestaat tussen beide bepalingen niet.

Artikel 4.3.2.1 lid 1 is gelijk aan artikel 944.

De bepaling van lid 2 komt in de huidige wet niet voor. De hier bedoelde rechterlijke toestemming zal vanaf het inwerkingtreden van de bepaling kunnen worden verzocht. Lid 3 van artikel 4.3.2.1 stemt overeen met artikel 945.

Artikel 4.3.2.2 lid 1 houdt dezelfde bepaling in als het huidige artikel 946, eerste lid en derde lid.

De leden 2–4 van artikel 4.3.2.2 geven enige regels omtrent makingen over de hand, doch alleen voor zover hierbij uitzondering kan worden gemaakt op de regel van lid 1, het vereiste dat men bij het openvallen der nalatenschap moet bestaan om aan een making recht te kunnen ontlenuen. Bij deze bepalingen worden dan ook alleen de vragen van overgangsrecht betreffende die uitzondering besproken. Voor een goed begrip verdient het de aandacht dat in het huidige recht in beginsel die fideïcommissen zijn verboden die de bezwaarde de verplichting tot bewaring en uitkering van het vermaakte opleggen (artt. 926), behalve indien de bezwaarden en verwachters bepaalde personen zijn (artt. 927 en 1020–1022), terwijl deze fideïcommissen in het nieuwe recht in beginsel zijn toegelaten. De vragen van overgangsrecht die het rechtskarakter van het fideïcommis betreffen, komen ter sprake bij de bespreking van artikel 4.4.5.6 in deze memorie. Lid 2 omschrijft de gevallen waarin degenen die bij het overlijden van de erflater nog niet zijn geboren, geldig tot «verwachter» van een fideïcommis met bewaring kunnen worden geroepen, op een wijze die vergelijkbaar is met die van geoorloofde fideïcommissen van de artikelen 1020–1022 van de huidige wet. De nieuwe regeling is iets ruimer dan de oude. Een probleem van overgangsrecht, dat niet door artikel 127 van het wetsvoorstel, of het bestaande artikel 81 lid 1 Ow. wordt opgelost, schuilt in deze verruiming niet.

Lid 3 verruimt evenzeer de geldigheid van makingen over de hand met bewaringsverplichting aan verwachters die bij het overlijden van de erflater nog niet zijn geboren. Van deze verruiming kan hetzelfde worden gezegd als van die van lid 2.

Lid 4 wijkt voor het fideïcommis de residuo af van artikel 928. Volgens dit laatste artikel kunnen de bij het overlijden van de erflater nog ongebornen kinderen, tezamen met de dan al geborene, van een verwachter bij diens vooroverlijden als verwachters in diens plaats worden aangewezen. Lid 4

daarentegen laat toe als verwachter te roepen een bij het overlijden van de erflater nog niet geboren bloedverwant van de erflater in de erfelijke graad. Dit is enerzijds een verruiming – deze verwachters behoeven geen kinderen van een eerstgeroepen verwachter te zijn, anderzijds een beperking – de «ongeboren» verwachters moeten bloedverwanten in de erfelijke graad van de erflater zijn.

Voor de verruiming geldt hetgeen bij de leden 2 en 3 is opgemerkt. De beperking kan tot gevolg hebben dat een geldige making onder het thans nog geldende recht in strijd komt met het nieuwe recht. Daarop is dan artikel 79 Ow., geëerbiedigd in artikel 127 van het wetsvoorstel, van toepassing.

De verboden making over de hand wordt, tezamen met de daaraan verbonden making uit de hand, in artikel 926 bedreigd met nietigheid. Een making over de hand die verder gaat dan artikel 4.3.2.2 leden 2–4 toelaat, is eveneens ongeldig, doch niet de daaraan verbonden making uit de hand. Overlijdt de erflater na de inwerkingtreding van Boek 4, dan is artikel 127 van het wetsvoorstel van toepassing: de making uit de hand is dan geldig. Was de erflater reeds voor de inwerkingtreding overleden, dan komt op grond van artikel 81 lid 1 Ow., behoudens het in lid 3 van dat artikel bepaalde, de making uit de hand voor bekrachtiging in aanmerking. Constructies ter ontduiking van verboden fideïcommissen plegen nietig te worden geacht. De overgangsregels die in het voorgaande ter sprake kwamen, zullen bij die constructies analogische toepassing kunnen vinden.

De artikelen 4.3.2.4 tot en met 4.3.2.8 stemmen in hoofdzaak overeen met de huidige artikelen 951–954 en 958. Er bestaan echter allerlei verschillen. Veelal zijn de bepalingen van het nieuwe Boek 4 wat soepeler. Zo is artikel 948 niet overgenomen en ook lost de nieuwe regeling twistvragen op die onder het huidige recht bestaan. Van belang is dat de sanctie van nietigheid onder de huidige wet is verlicht tot vernietigbaarheid onder de nieuwe, zulks met beperking naar de omvang: zie artikel 4.3.2.8 lid 1, tweede zin. Is onder het thans nog geldende recht een uiterste wilsbeschikking gemaakt die toen op grond van een der genoemde artikelen nietig was, en is de erflater na de invoering van Boek 4 overleden, dan is artikel 127 van het wetsvoorstel van toepassing, als de beschikking volgens het nieuwe recht onaantastbaar of vernietigbaar is. Was de erflater reeds vóór de inwerkingtreding van Boek 4 overleden, dan kan artikel 81 lid 1 of lid 2 Ow. toepassing vinden, mits lid 3 van dat artikel zich daartegen niet verzet, dus alle onmiddellijk belanghebbenden die zich op de nietigheid hadden kunnen beroepen, hebben de uiterste wilsbeschikking als geldig aangemerkt; men zie de opmerkingen 2 en 3 onder Algemeen ter inleiding van Titel 4.3 in deze memorie, alsmede de opmerkingen bij artikel 4.3.1.13a.

Artikel 4.3.2.8 lid 4 kan uiteraard toepassing vinden, zodra een legaat na de inwerkingtreding der wet als vernietigbaar moet worden aangemerkt.

AFDELING 4.3.3 – LEGITIEME PORTIE

1. *Oud en nieuw recht*

De regeling van de legitieme portie in het nieuwe Boek 4 verschilt in een aantal opzichten van die in de thans geldende wet. Volgens artikel 960 is zij een aandeel in goederen, waarover iemand niet bij uiterste wil, en evenmin bij gift, heeft mogen beschikken. Een ouderlijke boedelverdeling kan dit aandeel omzetten in een geldvordering (en wel wegens onderbedeling, HR 12 mei 1972, NJ 1973, 53).

Door het inroepen van zijn recht wordt de legitimaris erfgenaam (HR 7 febr. 1944, NJ 1944, 254; 7 april 1967, NJ 1967, 378). Voor zover de erflater door zijn beschikking(en) het «beschikbare deel» heeft overschreden, kan de legitimaris die vernietigen door inkorting.

In het nieuwe Boek 4 is de legitieme portie een gedeelte van de waarde van het vermogen van de erflater, waarop de legitimaris in weerwil van giften en uiterste wilsbeschikkingen van de erflater aanspraak kan maken (art. 4.3.3.1), Een beroep op zijn legitieme portie geeft de legitimaris een geldvordering (art. 4.3.3.11 en 14).

Onder het thans geldende recht is de aanspraak op de legitieme portie niet bestand tegen die uit een making als voldoening aan de natuurlijke verbintenis van de erflater tot verzorging van zijn echtgenoot (HR 30 nov. 1945, NJ 1946, 62, De Visser-Harms). Ingevolge artikel 4.3.3.11a lid 2 is de legitimaire vordering volgens het nieuwe recht in de regel niet opeisbaar, indien de nalatenschap overeenkomstig artikel 4.2A.1.1 is verdeeld. Overigens echter kan ook een making ter voldoening aan een natuurlijke verbintenis door een legitimaris worden ingekort (art. 4.3.3.12, lid 2 onder a).

Artikel 4.3.3.11b verleent aan de erflater de bevoegdheid aan een bij uiterste wilsbeschikking gedane making ten behoeve van zijn niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of van zijn geregistreerde partner de voorwaarde te verbinden dat de vordering van een legitimaris, voor zover deze ten laste zou komen van de echtgenoot of geregistreerde partner, eerst opeisbaar is na het overlijden van die echtgenoot of geregistreerde partner. Die bevoegdheid heeft de erflater ook voor wat betreft zijn levensgezel die niet tevens zijn echtgenoot of geregistreerde partner is. Zie ook *artikel 129* van dit wetsvoorstel en de bespreking daarvan hierna onder 3. Makingen ten behoeve van de langstlevende echtgenoot en de legitieme.

Ten slotte zijn er in de uitwerking, zoals bij de berekening van de legitieme portie en van de zgn. legitimaire massa, talrijke verschillen tussen oud en nieuw recht te onderkennen. Alle verschillen tezamen zijn zodanig dat voor het overgangsrecht sprake is van een verandering van het karakter van de rechtsfiguur.

2. Het oude recht tijdelijk en exclusief van toepassing

Artikel 128

Teneinde complicaties te voorkomen die voortvloeien uit de verschillen tussen de oude en de nieuwe regeling van de legitieme portie, wordt een overgangsbepaling voorgesteld ten behoeve van legitimarissen van het huidige recht die hun rechtspositie door het openvallen van de nalatenschap vóór de inwerkingtreding van Boek 4 reeds hadden verworven: indien de nalatenschap voor de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 is opengevallen, zal een legitimaris zijn bevoegdheden uitsluitend volgens het thans geldende recht kunnen uitoefenen. Aldus is bepaald in *artikel 128 lid 1* van het wetsvoorstel.

Volgens het huidige recht is het beroep op de legitieme niet aan een bepaalde termijn gebonden; ook de algemene verjaringstermijnen voor rechtsvorderingen van de artikelen 3:52 en 306 gelden daarvoor niet, terwijl bovendien het beroep op de legitieme niet bij wege van rechtsvordering behoeft te worden gedaan (zie HR 17 febr. 1944, NJ 1944, 254). Een onbepaalde gelding van het huidige recht gaat echter te ver. Beter is het voor een termijn aansluiting te zoeken bij het nieuwe recht dat de bevoegdheden van de legitimaris van de artikelen 4.3.3.11d lid 1 en 4.3.3.14 lid 3 uiterlijk na vijf jaren doet vervallen.

Artikel 128 lid 2 van het wetsvoorstel is hierop geïnspireerd. Het maakt onderscheid tussen legitimarissen, die bij de inwerkingtreding van Boek 4 hun bevoegdheden volgens het thans nog geldende recht reeds ten minste vier jaren bezitten, en degenen voor wie die periode korter is. Voor de eerste groep wordt de rechtspositie nog een jaar geëerbiedigd, zodat de termijn ten minste vijf jaren zal belopen, voor de tweede groep wordt die termijn op vijf jaren gesteld. Een gegrond beroep op de legitieme

vernietigt daarmee strijdige makingen en giften met terugwerkende kracht; aan verlenging van de termijn totdat procedures zijn geëindigd, bestaat derhalve geen behoefte.

Artikel 129

3. Makingen ten behoeve van de langstlevende echtgenoot en de legitieme

Vele uiterste willen worden thans gemaakt met het oog op bescherming van de langstlevende echtgenoot tegen aanspraken van legitimarissen. Voorbeelden zijn de ouderlijke boedelverdeling, «langstlevende- al», het keuzelegaat en toekenning van een vruchtgebruik. Onder het nieuwe recht zijn dergelijke makingen – ook die welke zijn gedaan voor de inwerking-treding van het nieuwe Boek 4 – ingevolge artikel 4.3.3.12 lid 2 onder a inkortbaar, zij het pas na de andere makingen. Het nieuwe recht biedt de mogelijkheid de positie van de langstlevende tegen aanspraken van legitimarissen te beschermen, hetzij doordat de wettelijke verdeling van afdeling 4.2A.1 van toepassing is, hetzij door aan de making de voorwaarde van artikel 4.3.3.11 b te verbinden, krachtens welke de vordering van een legitimaris, voor zover deze ten laste zou komen van de making aan de langstlevende echtgenoot, eerst opeisbaar is na diens overlijden.

Bij deze laatste bepaling is aansluiting gezocht voor het overgangsrecht met betrekking tot vorenbedoelde, voor de inwerkingtreding van de wet gemaakte uiterste willen die na dat tijdstip moeten worden uitgevoerd. *Artikel 129 lid 1* van het wetsvoorstel bewerkstelligt dat de vordering van een legitimaris, bedoeld in artikel 4.3.3.11 lid 1, voor zover deze ten laste zou komen van hetgeen de langstlevende echtgenoot heeft verkregen uit een uiterste wilsbeschikking, gemaakt voor het in werking treden van het nieuwe Boek 4, eerst opeisbaar is na het overlijden van die langstlevende echtgenoot. De nieuwe bepaling geldt, evenals artikel 4.3.3.11b, ook in het geval van uiterste wilsbeschikkingen ten behoeve van de geregistreerde partner van de erflater alsmede de levensgezel, die met de erflater een gemeenschappelijke huishouding voert en met deze een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst is aangegaan.

Blijkens *lid 2 van artikel 129* geldt de bepaling niet, voor zover uit de uiterste wilsbeschikking anders valt af te leiden. De vordering is bijvoorbeeld eerder dan in geval van overlijden opeisbaar omdat de echtgenoot in staat van faillissement is verklaard.

Lid 3 van artikel 129 handhaaft voor de testamentaire toedeling van goederen op de voet van artikel 1167 van het thans nog geldende Boek 4, de in dat artikel opgenomen buiten toepassingverklaring van het leveringsvoorschrift van artikel 186 lid 1 van Boek 3 BW.

AFDELING 4.3.5 VORM VAN UITERSTE WILLEN

De nieuwe afdeling vervangt de artikelen 977–1000. De afdeling behelst een vrij groot aantal afwijkingen van de thans geldende wet. Zo wordt de onderscheiding van dit laatste in geheime en olographische testamenten in artikel 4.3.5.2 teniet gedaan: beide categorieën worden vervangen door de aan een notaris in bewaring gegeven onderhandse uiterste wil. Ook is er bijvoorbeeld verschil tussen hetgeen volgens artikel 982 bij codicil kan worden vermaakt, en hetgeen artikel 4.3.5.7 toelaat. Volgens artikel 982 kunnen bijvoorbeeld wel – bijzondere – meubelen bij codicil worden gelegateerd, doch, blijkens het in 1992 vervallen, doch in artikel 982 als geïncorporeerd te beschouwen, artikel 571 vallen boeken daaronder niet; in artikel 4.3.5.7 worden boeken uitdrukkelijk genoemd. Benoemingen van een executeur die voor het tijdstip van inwerking-

trekking van de wet bij codicil hebben plaats gevonden, blijven, gelet op artikel 79 Ow., geldig, ook indien de nalatenschap na dat tijdstip openvalt. Er zijn ook verschillen in formaliteiten tussen het huidige en het nieuwe recht. Van het meeste belang is dat in het nieuwe Boek 4 niet langer vereisten aan de openbare testamenten worden gesteld, die niet reeds in de Wet op het notarisambt voor notariële akten zijn gesteld. Ook op andere punten brengt het nieuwe recht verlichting van formaliteiten. Ten slotte is van belang dat de nietigheid, waarmee artikel 1000 de formaliteiten sanctioneert, bij verschillende artikelen in vele gevallen voor de nog overgebleven vereisten wordt verzacht tot vernietigbaarheid; zie de artikelen 4.3.5.13, 4.3.5.13a en 4.3.5.14 lid 4, alsmede voor de termijn van vernietigbaarheid artikel 4.3.5.14a.

Overlijdt de erflater, wiens uiterste wil aan een vormgebrek onderhevig is, na de inwerkingtreding van Boek 4, dan is volgens *artikel 127* van het onderhavige wetsvoorstel het nieuwe recht van toepassing. Is hij tevoren overleden, dan kan, al naar gelang het nieuwe recht de nietigheid geheel opheft of vervangt door vernietigbaarheid, artikel 81 lid 1 dan wel lid 2 Ow. voor toepassing in aanmerking komen. Is het laatste het geval, dan wordt de uiterste wil vanaf de invoering van Boek 4 vernietigbaar, tenzij tevoren reeds een beroep op de nietigheid was gedaan: artikel 81 leden 2 en 3 Ow. Binnen welke termijn alsdan een beroep op de vernietigingsgrond moet worden gedaan, hangt dan in de eerste plaats af van artikel 4.3.5.14a jo artikel 4.3.1.13a. Zie overigens ook artikel 3:52 lid 2 BW, maar evenzeer artikel 3:51 lid 3 BW. Is een der daar genoemde termijnen bij de inwerkingtreding van Boek 4 reeds verstreken, of verstrijkt hij binnen een jaar nadien, dan heeft degene die tot de vernietiging bevoegd is, nog een jaar daartoe de tijd: aldus artikel 73 Ow.

AFDELING 4.3.6 – HERROEPING VAN UITERSTE WILSBESCHIKKINGEN

De afdeling vervangt de artikelen 1039 e.v., alsmede artikel 981. Zij geldt van haar invoering af ten aanzien van alle uiterste wilsbeschikkingen, ook die welke vóór de inwerkingtreding zijn gemaakt – de thans nog geldende bepalingen zijn daarop niet toepasselijk. Problemen van overgangsrecht zullen zich bij deze afdeling dan ook niet voordoen.

De term «onderhandse, in bewaring gegeven uiterste wil», die in artikel 4.3.6.4 wordt gebezigd, is ruim genoeg om niet alleen het olografische testament van het huidige recht te omvatten (vgl. artikel 981), maar ook het geheime.

Het vermoeden dat krachtens artikel 4.3.6.5, tweede zin, zal bestaan, zal ook gelden ten aanzien van codicillen die reeds vóór de inwerkingtreding van Boek 4 zijn vernietigd, zij het uiteraard dat daarop pas van die inwerkingtreding af een beroep kan worden gedaan.

TITEL 4.4 – ONDERSCHIEDEN SOORTEN VAN UITERSTE WILSBESCHIKKING

AFDELING 4.4.1 – ERFSTELLINGEN

Artikel 4.4.1.1 omschrijft de erfstelling zuiverder dan artikel 1001, doch men pleegt in deze laatste bepaling hetzelfde te lezen als hetgeen in de eerstgenoemde tot uitdrukking wordt gebracht. Het vereiste dat bij de uiterste wil de erfgenaam of erfgenamen moeten zijn aangewezen, betekent dat deze personen bij het openvallen der nalatenschap identificeerbaar moeten zijn; als dat niet het geval is – bijvoorbeeld aangewezen wordt degene die de eerstvolgende Nobelprijs voor de vrede zal verwerven – dan moet «de erfstelling» voor het nieuwe recht worden beschouwd als een legaat of last, naar gelang de bevooroordeelde de uitkering van het saldo der nalatenschap al dan niet van de erfgenaam bij versterf kan vorderen. Zie de opmerking bij artikel 4.4.2.1 leden 1 en 2.

Artikel 4.4.1.2 neemt de functie van artikel 1002 over; problemen van overgangsrecht zal het niet veroorzaken.

AFDELING 4.4.2 – LEGATEN

Artikel 4.4.2.1 lid 1 bevat een omschrijving van het legaat, waarin essentieel is dat de legataris een vorderingsrecht verkrijgt, en wel, volgens lid 2, ten laste van alle erfgenamen of van een of meer bepaalde erfgenamen of legatarissen. Deze omschrijving wijkt af van die van artikel 1004, waarbij overigens wel voor het thans nog geldende recht moet worden aangenomen dat het legaat een vorderingsrecht geeft: HR 11 mei 1984, NJ 1985, 374, AA 1984, blz. 623. Ten opzichte van de erfstelling betekent de nieuwe omschrijving mogelijk enige verschuiving doordat althans onder het nieuwe recht geen erfgenaam zal zijn wie bij het overlijden van de erflater niet identificeerbaar is (zie bij art. 4.4.1.1), maar ten opzichte van de last is het verschil groter. Bij gebreke van een wettelijke omschrijving onder het bestaande recht is er thans verschil van mening over hetgeen een last is, maar wel neemt men aan dat een bepaalde door een last bevoordeelde persoon een vorderingsrecht kan hebben (zie HR 27 maart 1914, NJ 1914, 622). Voor de toekomst zal zulk een making die een vorderingsrecht meebrengt, als een legaat in de zin der nieuwe wet moeten worden beschouwd. Dat geldt niet slechts voor uiterste wilsbeschikkingen die door het overlijden van de erflater pas na het in werking treden van Boek 4 effect verkrijgen, maar ook in die gevallen waarin de nalatenschap reeds voordien was opengevallen: voor zover daar nog rechtsregels in acht zijn te nemen of geschillen rijzen, zullen van die inwerkingtreding af de bepalingen van Boek 4 omtrent legaten in beginsel van toepassing zijn (art. 68a Ow.). Hoe de making in de uiterste wil is aangeduid, doet daarbij – evenals trouwens onder het oude recht – niet terzake. Het verschil tussen oud en nieuw recht kan in zoverre geringer zijn dan het lijkt, omdat onder het eerste wel wordt aangenomen dat op de last althans verschillende bepalingen betreffende het legaat analogisch behoren te worden toegepast.

Lid 3 vormt een afwijking van de hoofdregel van artikel 6:6, die echter overeenstemt met de regel van artikel 1147. Voor de draagplicht, indien er pluraliteit van schuldenaren is en de prestatie niet deelbaar is, zie men afdeling 6.1.2 BW.

Artikel 4.4.2.2 bevat in een wat meer uitgewerkte vorm een regeling voor het vervolg die thans in artikel 1048 lid 2 is neergelegd; overgangsproblemen zullen zich daarbij niet voordoen.

Artikel 130

In artikel 130 van het wetsvoorstel wordt een aantal bepalingen omtrent legaten (en lasten) van het nieuwe recht, mede ter wille van de duidelijkheid, van toepassing verklaard voor ten tijde van de inwerkingtreding van Boek 4 reeds opengevallen, doch nog niet geheel afgewikkelde nalatenschappen, ook al zijn reeds sommige, of misschien zelfs alle, legaten dan al uitgekeerd. Als criterium voor de afwikkeling is voorgesteld de voldoening van alle schulden der nalatenschap – zie hiervoor artikel 4.1.3e – met uitzondering van periodieke betalingen, zoals termijnen van aflossing van een hypothecaire lening.

Artikel 4.4.2.2a omschrijft een verplichting van de met een legaat belaste en van de executeur, welke in de huidige wet niet met zoveel woorden is uitgedrukt; is de nalatenschap vóór het tijdstip van de inwerkingtreding van Boek 4 opengevallen, dan komt ze alsdan op hen te rusten.

Artikel 4.4.2.4 vervangt artikel 1019. Nieuw is de slotzinsnede van lid 3 omtrent de vermindering van een prestatie voor zover zij is te beschouwen als voldoening aan een natuurlijke verbintenis van de erflater.

Artikel 4.4.2.4a, een uitwerking van de gedachte die aan artikel 1019 ten grondslag ligt, vult de leemte van het ontbreken van de mogelijkheid van «beneficiaire aanvaarding» door een legataris. Zie omtrent het artikel de inleidende opmerkingen bij titel 4.3 in deze memorie, onder 5 – Gevolgen van makingen. Het artikel behoort tot degene die toepassing kunnen vinden bij reeds ten tijde van de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 opgevallen nalatenschappen, voor zover de nalatenschap nog niet is afgewikkeld.

Lid 1 van artikel 4.4.2.4b vindt zijn wortels in artikel 972 lid 2. Ook dit artikel heeft van de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 af onmiddellijke werking.

Tegen onmiddellijke werking van artikel 4.4.2.5a bestaat evenmin bezwaar. De onmiddellijke werking van de artikelen 4.4.2.2a tot en met 4.4.2.5a is voor de duidelijkheid in artikel 130 lid 1 genoemd, al gaat het hier in de systematiek van de Overgangswet om wettelijke bevoegdheden, waarop artikel 68a lid 1 Ow. wèl, en artikel 69 Ow. niet van toepassing is.

Artikel 4.4.2.7, eerste zin, vervangt artikel 1006 lid 2. Dit laatste kent, tenzij de erflater anders heeft beschikt, aan de legataris het recht op de vruchten toe van het tijdstip van overlijden van de erflater af, indien het legaat binnen een jaar nadien wordt gevorderd of uitgekeerd (eerste zin), en anders van de dag van opvordering af (tweede zin). De nieuwe bepaling rekent steeds van het tijdstip van opeisbaarheid af; dit tijdstip zal samenvallen met dat van het overlijden van de erflater, tenzij bij de uiterste wilsbeschikking de uitkering op een later tijdstip is gesteld of eventueel van de vervulling van een opschortende voorwaarde afhankelijk is gemaakt. Dat in deze laatste gevallen onder het thans geldende recht de opeisbaarheid van de vruchten ook niet aanvangt bij het overlijden van de erflater, kan overigens wel volgen uit de uiterste wilsbeschikking, of daarin moeten worden gelezen. Het vervallen van de tweede zin van artikel 1006, tweede lid, wordt tot op zekere hoogte gecompenseerd door de tweede zin van artikel 4.4.2.7, dat de rechtsvordering tot afgifte der vruchten doet verjaren door verloop van een termijn van drie jaren na hun inning.

Artikel 4.4.2.7 treedt met onmiddellijke werking in de plaats van de oude bepalingen, doch uitsluitend voor de periode na de inwerkingtreding van Boek 4. Zie daarvoor *artikel 130 lid 2* van het onderhavige wetsvoorstel. Voor ten tijde van de inwerkingtreding van Boek 4 lopende procedures zie men artikel 74 Ow. Is bijvoorbeeld een erflater zes maanden vóór het tijdstip van de inwerkingtreding overleden, dan geldt het recht op afgifte volgens artikel 4.4.2.7 slechts de sinds dat tijdstip geïnde vruchten. Wordt de rechtsvordering binnen een jaar na het overlijden van de erflater ingesteld, dan geldt voor de periode tot de inwerkingtreding de regel van artikel 1006, tweede lid, eerste zin. Uit de woorden «die na dat tijdstip zijn geïnd» immers volgt dat met betrekking tot de periode vóór de inwerkingtreding het oude recht blijft gelden.

Is de erflater vóór de inwerkingtreding van Boek 4 overleden, dan speelt de verjaringstermijn van drie jaren in de tweede zin van artikel 4.4.2.7 geen bijzondere rol voor het overgangsrecht. Over de periode vóór de inwerkingtreding heeft de legataris slechts recht op afgifte van de vruchten, voor zover artikel 1006 hem dat toekent, zoals hierboven is opgemerkt; daarvoor kan de verjaringstermijn van artikel 4.4.2.7 niet van belang zijn. Van het tijdstip der inwerkingtreding af krijgt hij dat recht volgens artikel 4.4.2.7, doch beperkt tot de vruchten, geïnd in de periode nadien, en de termijn begint dan ook niet vóór dat tijdstip, zodat artikel 73 Ow. niet van toepassing is.

Artikel 4.4.2.7a lid 1 stelt een – nieuwe – termijn van zes maanden voor de opeisbaarheid van de legataire vordering van een geldsom. In uiterste wilsbeschikkingen is deze bepaling reeds onder het huidige recht gebruikelijk. De nieuwe bepaling kan onmiddellijk werken. Zie *artikel 130 lid 1* van het onderhavige wetsvoorstel, waarin artikel 4.4.2.7a terwille van

de duidelijkheid wordt vermeld. Op mogelijk lopende procedures is artikel 74 Ow. van toepassing.

Ook lid 2 van artikel 4.4.2.7a kan zonder bezwaar onmiddellijk gaan werken in de gevallen waarin de nalatenschap vóór de inwerkingtreding van Boek 4 is opgevallend.

Lid 3 van artikel 4.4.2.7a wijkt zakelijk weinig af van artikel 1006 lid 3, in zoverre dit voor het intreden van verzuim ten minste een schriftelijke aanmaning vereist. Aldus wordt artikel 6:83, aanhef en onder a, BW uitgesloten.

Lid 4 kan eveneens onmiddellijk gaan werken, wanneer de nalatenschap vóór de inwerkingtreding van Boek 4 is opgevallend.

Artikel 131

De vraag van de geldigheid van niet in een testamentaire vorm gegoten beschikkingen ter zake des doods kwam hiervoor bij de bespreking van afdeling 4.3.1. Uiterste wilsbeschikkingen in het algemeen, reeds aan de orde. De artikelen 4.4.2.7b tot en met 4.4.2.7f betreffen giften en andere handelingen die worden aangemerkt als legaten. Voor wat betreft het overgangsrecht in deze kan het volgende worden opgemerkt. Het systeem van het nieuwe erfrecht brengt mee, dat vermogensverschuivingen bij dode als gevolg van bedingen als bedoeld in artikel 4.4.2.7b, lid 2 onder a, indien daardoor een goed zonder redelijke tegenprestatie overgaat of verblijft, niet kunnen plaatsvinden met voorrang boven de andere bij de nalatenschap betrokken belanghebbenden, zoals verzorgingsgerechtigden, legitimarissen en schuldeisers. Daarbij geldt wederkerigheid van een beding niet als tegenprestatie. Indien van nakoming van een natuurlijke verbintenis sprake is, vindt inkorting of vermindering van het quasi-legaat eveneens plaats, maar dan na de andere legaten (artikel 4.3.3.12 lid 2 onder a).

Het ligt voor de hand om, voor het geval zodanig beding vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet is gemaakt, en na dat tijdstip tot toepassing komt, in de lijn waarin dit in artikel 4.4.2.7f en artikel 4.3.3.11b geschiedt, aan de echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel van de erflater bescherming te bieden tegen directe opeisbaarheid van de vorderingen van legitimarissen, bedoeld in artikel 4.3.3.11 lid 1. Aldus wordt voorgesteld in artikel 131 van het wetsvoorstel.

AFDELING 4.4.3 – TESTAMENTAIRE LASTEN

Artikel 4.4.3.1 lid 1 bevat de omschrijving van testamentaire lasten voor het nieuwe Boek 4; over de grensverschuiving ten opzichte van legaten zij verwezen naar de opmerkingen bij artikel 4.4.2.1. Lid 2 zal geen problemen van overgangsrecht veroorzaken. Voor lid 3 zie men *artikel 130* van het onderhavige wetsvoorstel en de toelichting daarop onder de opmerkingen bij afdeling 4.4.2.

Artikel 4.4.3.2 bevat de regeling van de vervallenverklaring van erfdeelen en legaten bij niet-uitvoering van een last en vervangt aldus artikel 1051, zij het dat dit artikel slechts de vervallenverklaring van uiterste wilsbeschikkingen kent. De vervallenverklaring werkt volgens lid 1 als de vervulling van een ontbindende voorwaarde, en heeft dus in het nieuwe Boek 4 zakelijke werking, doch geen terugwerkende kracht. Tegen de zakelijke werking kan een derde-verkrijger te goeder trouw bescherming vinden in de artikelen 3:24, 3:86 en 3:88 BW.

De vervallenverklaring volgens artikel 1051 wordt in een dagvaardingsprocedure gevraagd, die volgens artikel 4.4.3.2 in een verzoekschriftprocedure (lid 2). Voor procedures die ten tijde van de invoering van Boek 4 lopen, zie men artikel 74 lid 1 Ow.: de procedure wordt als dagvaardingsprocedure voortgezet. Onder het thans nog geldende recht kunnen erfgenamen die een vorderingsrecht uit een last hebben, kiezen tussen

nakoming en vervallenverklaring, indien de last niet wordt uitgevoerd (HR 10 december 1971, NJ 1972, 268); ten gevolge van de grensverhuiving tussen legaat en last bij artikel 4.4.2.1 zal zich deze samenloop niet meer kunnen voordoen. In de lopende procedures hieromtrent betreffende lasten die bij de inwerkingtreding van Boek 4 legaat worden, zal artikel 74 Ow. verdere toepassing kunnen vinden. Is vervallenverklaring van zo'n last gevorderd, dan zal de eis moeten worden gewijzigd in een tot nakoming, omdat de last inmiddels in een legaat is omgezet en een legaat niet voor vervallenverklaring vatbaar is.

Van het bepaalde in lid 3 wordt wel aangenomen dat het ook thans reeds geldt. In ieder geval wordt lid 3 niet van toepassing op een vervallenverklaring die onder het thans nog geldende recht is uitgesproken: artikel 69 Ow.. Hetzelfde geldt voor art. 4.4.3.2a.

De bepalingen van artikel 4.4.3.2b daarentegen kunnen na de inwerkingtreding van Boek 4 ook worden ingeroepen, indien reeds ten tijde van die inwerkingtreding aan de gestelde vereisten was voldaan.

Ook artikel 4.4.3 kan van de inwerkingtreding van Boek 4 af terstond toepassing vinden, ook al zijn de omstandigheden die wijziging dan wel gehele of gedeeltelijke opheffing van de last rechtvaardigen, al voordien opgekomen. Vgl. artikel 4.4.2.5a.

AFDELING 4.4.4 – STICHTINGEN

Artikel 4.4.4.1 vervangt artikel 288 van Boek 2, dat gelijke inhoud heeft; een probleem van overgangsrecht doet zich hierbij derhalve niet voor.

AFDELING 4.4.5 – MAKINGEN ONDER TIJDSBEPALING EN ONDER VOORWAARDE

Artikel 4.4.5.1 converteert een erfstelling onder ontbindende tijdsbepaling in een legaat van vruchtgebruik. Het artikel zal gelden voor alle erfstellingen van deze aard die na de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 effect verkrijgen, ook al is de uiterste wil voordien gemaakt. Artikel 4.4.5.1 regelt niet een kwestie van uitlegging van een testament, maar bevat een dwingende regel.

Is de nalatenschap reeds voor de inwerkingtreding van Boek 4 opengevallen, dan is, wegens artikel 69 Ow., artikel 4.4.5.1 niet van toepassing, doch artikel 87 Ow. De vraag of tot de bevoegdheden van de eerst-gerechtigde ook die tot vervreemding en vertering behoren, kan naar analogie van artikel 4.4.5.1 lid 2 worden opgelost.

Artikel 4.4.5.3 stemt overeen met artikel 1044 en levert derhalve geen problemen van overgangsrecht op.

Artikel 132

Het vervallen van de terugwerkende kracht, aan de vervulling van een voorwaarde verbonden, betekent dat een essentieel verschil tussen de making onder voorwaarde en de making over de hand wegvalt – zie voor het nieuwe recht alleen nog artikel 4.4.5.6.

Onder het thans geldende recht is betwist of er nog een tweede verschil tussen beide bestaat namelijk of de verwachter een – zij het voorwaardelijk – recht heeft, dan wel of hij zijn recht pas, volgens de letterlijke tekst van artikel 1024, verkrijgt wanneer het recht(het genot) van de bezwaarde ophoudt.

Aan het fideïcommis, ook aan dat met de verplichting tot bewaring, legt het nieuwe Boek 4 geen andere beletselen in de weg dan die, vervat in artikel 4.3.2.2. Een uiterste wilsbeschikking, gemaakt onder het thans nog geldende recht, die daarmee in strijd is, maar niet met het nieuwe, is dus geldig, indien de nalatenschap na de inwerkingtreding van Boek 4 openvalt (zie art. 127 van het wetsvoorstel), of anders in beginsel vatbaar

voor bekrachtiging overeenkomstig de artikelen 80 lid 1 en 81 lid 1 – zie de opmerkingen in deze memorie bij Titel 4.3 Algemeen, en voorts bij artikel 4.3.2.2.

Nu het nieuwe Boek 4 de makingen over de hand rangschikt onder de makingen onder voorwaarde, zullen de artikelen 4.4.5.3 tot en met 4.4.5.4a op die fideïcommissen van toepassing zijn, indien de nalatenschap na de inwerkingtreding van Boek 4 openvalt. Of dat ook gaat gelden voor een fideïcommiss dat is vermaakt door een erflater die al voordien is overleden, is zonder speciale overgangsbepaling niet zeker: neemt men aan dat onder het huidige recht een verwachter niet een voorwaardelijk recht heeft, dan verkrijgt hij dat immers ook niet door de inwerkingtreding van de nieuwe wet (art. 69 Ow.). Toch verdient het naar analogie van artikel 87 Ow. aanbeveling de nieuwe bepalingen ook op deze fideïcommissen van toepassing te laten zijn, en niet die van het huidige Boek 4. Dit geschiedt bij het wetsvoorstel in *artikel 132*. In dit artikel wordt alleen verwezen naar de artikelen 4.4.5.3 tot en met 4.4.5.4a, niet naar de artikelen 4.4.5.5 en 4.4.5.6: juist voor het fideïcommiss immers wordt artikel 4.4.5.5 door artikel 4.4.5.6 buiten toepassing verklaard.

Artikel 4.4.5.4 kan zonder bezwaar gaan gelden voor makingen onder voorwaarde, inclusief makingen over de hand, ook als die berusten op een uiterste wil die vóór de inwerkingtreding van Boek 4 is gemaakt, voor de periode nadien. Hetzelfde geldt voor artikel 4.4.5.4a.

Artikel 4.4.5.5 bevat een nieuwe bepaling, die een wilsbeschikking onder opschortende voorwaarde alsmede een ontbindende voorwaarde na 30 jaren doet vervallen, als de voorwaarde dan nog niet is vervuld. Deze termijn is niet een vervaltermijn in de zin van artikel 73 Ow., en er bestaat ook geen reden toe dat artikel hier van toepassing te verklaren; de regels van artikel 73 Ow. dienen ertoe partijen nog de gelegenheid te bieden maatregelen te nemen voordat hun recht of bevoegdheid krachtens de nieuwe wetgeving vervalt. Artikel 4.4.5.5 kan derhalve met onmiddellijke werking worden ingevoerd voor voorwaardelijke wilsbeschikkingen die van vóór het tijdstip van zijn inwerkingtreding dateren. Dat geldt ook voor die wilsbeschikkingen ten aanzien waarvan op dat tijdstip de termijn van dertig jaren reeds is verstreken – terugwerkende kracht heeft het artikel niet (art. 4 Wet Algemene Bepalingen).

Artikel 4.4.5.6 levert geen probleem van overgangsrecht op.

AFDELING 4.4.6 – EXECUTEURS

De afdeling vervangt de artikelen 1052–1065. Er zijn enkele ingrijpende en verscheidene kleinere verschillen.

Onder het thans geldende recht is de wettelijke taak van executeurs zeer beperkt; door de executeur «het bezit der nalatenschap» toe te kennen – hetgeen althans in openbare testamenten steeds gebeurt – kan de erflater de bevoegdheden van de executeur uitbreiden (art. 1054 e.v.). Ook de executeur met bezit is echter bijvoorbeeld niet bevoegd tot voldoening van andere schulden der nalatenschap dan de legaten. Wel neemt men gewoonlijk thans aan dat de erflater hem ook deze en dergelijke bevoegdheden bij uiterste wil kan toekennen, maar hoever hij daarbij kan gaan, is niet zeker. In elk geval is er sprake van uitbreiding, indien de executeur tevens tot bewindvoerder is benoemd.

In het nieuwe recht is de voornaamste wettelijke taak van de executeur het beheer van de goederen der nalatenschap en het voldoen van de tijdens zijn beheer opeisbare schulden; de erflater kan echter die taak beperken (art. 4.4.6.3). Voor het voldoen der schulden mag de executeur de door hem beheerde goederen te gelde maken (art. 4.4.6.3c).

Uitbreiden kan de erflater de taak van de executeur slechts door hem lasten op te leggen (art. 4.4.6.3 lid 1). Verdere uitbreiding is slechts mogelijk door de executeur tevens te benoemen tot bewindvoerder ter afwikkeling van de nalatenschap. Ook in de verhouding tussen de

executeur en de legitimaris volgens nieuw recht komt verandering; zie MvA wetsontwerp 17 141, nr. 12, blz. 62, tweede alinea, onder Executeurs.

Artikel 133

Nu de taak van de executeur onder het huidige recht toch bij uiterste wil pleegt te worden omschreven en een, ten tijde van de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 bestaande, executele meestal binnen afzienbare tijd nadien zal aflopen, verdient het, gelet op de genoemde verschillen, de voorkeur het nieuwe recht daarop niet toe te passen. Dit is neergelegd in *artikel 133* van het onderhavige wetsvoorstel. Het artikel verzet er zich uiteraard niet tegen dat de erfgenamen volmacht verlenen waardoor de executeur de positie van gevolmachtigde verkrijgt.

Voor de verhouding tussen executeur en legitimaris zij nog het volgende opgemerkt. Loopt de executele reeds bij de invoering van het nieuwe Boek 4, dan zal de executeur slechts te maken kunnen krijgen met een legitimaris volgens het thans nog geldende recht (zie artikel 128, lid 1 van het wetsvoorstel). Overlijdt de erflater na de inwerkingtreding van Boek 4, dan heeft een legitimaris slechts rechten volgens het nieuwe Boek 4.

AFDELING 4.4.7 – TESTAMENTAIR BEWIND

Het testamentaire bewind is in de geldende wet summier geregeld: zie de artikelen 1066–1069, en voor het bewind over een fideïcommis de artikelen 1025 e.v.; ook aan het vruchtgebruiksbewind wijdt de wet een enkele bepaling in artikel 3:204. Van de vragen die het bewind oproept, is voorts een aantal in de jurisprudentie beantwoord en zijn vele in de literatuur besproken.

Nu het tegenwoordige recht leemten vertoont en een bij de inwerkingtreding van Boek 4 lopend bewind, anders dan een executele, nog zeer geruime tijd nadien kan voortduren, ligt het voor de hand om voor het overgangsrecht van de nieuwe wetgeving uit te gaan. Wel zij herinnerd aan de artikelen 79 Ow. en 127 van dit wetsvoorstel dat de geldigheid van testamentaire bepalingen die van vóór de inwerkingtreding dateren, ook voor de periode nadien handhaaft, ook voor zover zij van de bepalingen van het nieuwe wetboek afwijken – onverschillig of de nalatenschap die door deze bepalingen wordt geregeld, vóór of na de inwerkingtreding openvalt.

Daarnaast bieden de bepalingen van afdeling 4.4.7 op vele punten de bevoegdheid tot testamentaire afwijking van de wettelijke bepalingen; men zie o.a. het in dit verband belangrijke artikel 4.4.7.1q.

Artikel 134

Het bovenstaande komt erop neer dat van de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 af op een lopend bewind afdeling 4.4.7 van toepassing is, behoudens voor zover bepalingen in de uiterste wil daarvan afwijken. In zoverre het testament niet zwijgt, ligt het voor de hand dit te respecteren. Hetzelfde geldt voor een bewind dat na de inwerkingtreding van het nieuwe erfrecht tot stand komt, indien het voortspuit uit een voordien opgemaakt testament. Aldus artikel 134 van het wetsvoorstel.

TITEL 4.5 – GEVOLGEN VAN ERFOPVOLGING

AFDELING 4.5.1 – ALGEMENE BEPALINGEN

Artikel 135

Artikel 4.5.1.1 lid 1 geeft in hoofdzaak geldend recht weer. De artikelen 1100–1102 doen in bepaalde gevallen evenwel activa der nalatenschap

pas na aanvaarding op erfgenamen overgaan. Geen van deze drie artikelen keert terug in het nieuwe Boek 4.

Voor het overgangsrecht verdienen de volgende kanttekeningen de aandacht. Het is niet uitgesloten dat een erfgenaam vóór de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 zijn aanvaarding heeft vernietigd ingevolge artikel 1099, maar dat zijn mede-erfgenamen de aanwas nog niet overeenkomstig artikel 1100 hebben aanvaard, en dus, ingevolge het huidige recht, nog niet hebben verkregen. Na de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 echter is die verkrijging door aanvaarding niet meer mogelijk, omdat de nieuwe wet haar niet kent. *Artikel 135* van het wetsvoorstel voorkomt hier een overgangsrechtelijke impasse door met ingang van de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 de overgang ook voor dit geval te bewerkstelligen. De afschaffing van de artikelen 1101 en 1102 leidt niet tot zulk een impasse. Is bij de inwerkingtreding de in artikel 1101 gestelde termijn van dertig jaren nog niet verlopen, dan oefent dat artikel nadien geen enkele werking meer uit; hetzelfde is het geval, indien die termijn dan wel is verstreken, maar nog geen ander door aanvaarding erfgenaam is geworden.

Heeft een erfgenaam die had verworpen, vóór de inwerkingtreding nog niet ingevolge artikel 1102 aanvaard, dan kan hij dat nadien ook niet meer. Het betreft hier immers in de systematiek van het overgangsrecht een wettelijke bevoegdheid die op het tijdstip van de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 is komen te vervallen.

Of *artikel 4.5.1.1 lid 2* geldend recht weergeeft, is betwist. Verdedigd wordt dat de schulden pas door aanvaarding op de erfgenamen overgaan – zie de tekst van artikel 1146 – en dat voordien slechts verhaal op de goederen der nalatenschap bestaat. Indien deze zienswijze juist is, ontstaat een soortgelijke impasse als bij de afschaffing van artikel 1100 nu, omdat het nieuwe Boek 4 de overgang der schulden niet aan de aanvaarding verbindt (vgl. artikel 4.5.1.3 lid 2, aanhef en onderdeel a). Artikel 135 strekt ertoe ook hier problemen af te snijden.

Artikel 4.5.1.2, dat artikel 881 vervangt, regelt de zogenoemde hereditatis petitio. Het vorderingsrecht kan volgens het nieuwe Boek 4 op ruimere schaal worden uitgeoefend dan onder de thans geldende wet, omdat het niet is beperkt tot een vordering jegens een wederpartij die het goed bezit hetzij als erfgenaam, hetzij zonder enige titel. Van de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 af zal het aldus verruimde vorderingsrecht ook kunnen worden uitgeoefend door degenen die erfgenaam zijn in een nalatenschap die reeds vóór de inwerkingtreding is opengevallen. Ook hier gaat het immers om een wettelijke bevoegdheid in de systematiek van de Overgangswet, die derhalve met onmiddellijke ingang kan worden uitgeoefend.

Tegenover deze verruiming staat dat de verjaringstermijn onder het nieuwe recht korter is dan onder het thans geldende, nl. twintig jaren in plaats van dertig, zij het met een kleine verschuiving in de terminus a quo (vgl. artikel 3:306 jo artikel 3:315 met artikel 882). Het hierdoor ontstane probleem van overgangsrecht wordt geregeld door artikel 73 en eventueel artikel 73a Ow.

Artikel 4.5.1.3 lid 1 geeft geldend recht weer. De onderdelen a-d van lid 2 sommen de gevallen op waarin de erfgenamen ook in hun overig vermogen aansprakelijk zijn voor schulden der nalatenschap.

Geval a – voor zover dit de zuivere aanvaarding betreft – stemt overeen met het bestaande systeem. Geval b is nieuw, zij het dat onder het thans geldende recht de erfgenaam die de voldoening der schuld verhindert, zo dat hem daarvan een verwijt kan worden gemaakt, voor vergoeding van de veroorzaakte schade kan worden aangesproken; maakt de erfgenaam zich na de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 aan de verhindering schuldig, dan zal het nieuwe recht van toepassing zijn, ook als de nalatenschap voordien reeds was opengevallen. Voor geval c zie men tevens de sanctie van artikel 3:194 lid 2 BW.

Tezamen met deze bepaling vervangt artikel 4.5.1.3 lid 2 onder c de artikelen 1077 en 1110. Van het tijdstip waarop geldende Boek 4 toepassing is, dan wel het nieuwe: ook hier vormt de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 de grens. Lid 3 levert geen bijzondere problemen van overgangsrecht op.

Voor wat artikel 1077 betreft moet daarbij echter worden bedacht dat dit artikel, naar men aanneemt, voor de schuldeisers der nalatenschap niet de feitelijke preferentie teniet doet, die een gevolg is van de beneficiaire aanvaarding. Verschil met het nieuwe recht zal er dan ook niet of nauwelijks zijn. Hetzelfde geldt voor geval d in zijn verhouding tot artikel 1077. Lid 4 is van toepassing naar gelang door de onderdelen b en c van lid 2 verhaalsaansprakelijkheid wordt gevestigd.

Artikel 4.5.1.4 komt in de plaats van de artikelen 1070–1074, die het recht van beraad regelen. Voor het overgangsrecht zijn enkele verschillen van belang: het recht van beraad moet thans worden ingeroepen door het afleggen van een verklaring ter griffie van de rechtbank, artikel 4.5.1.4 geldt van rechtswege; de termijn van het recht van beraad loopt thans vier maanden vanaf het afleggen der verklaring, artikel 4.5.1.4 stelt een termijn van drie maanden van het overlijden van de erflater af. Loopt op het tijdstip van het in werking treden van het nieuwe Boek 4 geen termijn van beraad, omdat geen verklaring in de zin van het huidige artikel 1070 BW is afgelegd, dan is artikel 4.5.1.4 van toepassing. Daarbij vangt de termijn van drie maanden na het overlijden van erflater aan op het tijdstip van de inwerkingtreding van de wet indien het overlijden binnen drie maanden voor dat tijdstip heeft plaatsgevonden.

Artikel 136

Loopt op het tijdstip van inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 wel een termijn van beraad, dan is het billijk deze te eerbiedigen; erfgenaam en schuldeisers zullen zich daarop hebben ingesteld, wellicht wordt de boedelbeschrijving die artikel 1071 verlangt, pas in de vierde maand voltooid. Wel ligt het voor de hand voor de verlengingsmogelijkheid niet artikel 1071 lid 2, doch artikel 4.5.1.4 lid 3 toe te passen. Aldus is in *artikel 136* van het wetsvoorstel bepaald.

Artikel 4.5.1.4a stelt de inrichting van een boedelregister bij de rechtbanken verplicht, en verruimt aldus de werking van incidentele bepalingen van artikelen als 1070 en 1075.

Hoewel de opzet van artikel 4.5.1.4a neerkomt op een uitbreiding met feiten die moeten of kunnen worden ingeschreven, treedt voor genoemde, incidentele bepalingen formeel gezien een nieuw register in de plaats. Het huidige register blijft wel worden bewaard, de Archiefwet 1995 is daarop van toepassing. Gegevens uit het huidige register zullen ook na de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 daaruit kunnen worden verkregen (op de voet van artikel 839 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Het thans bestaande register zal vanaf de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 vanzelfsprekend niet meer worden aangevuld. Een verlenging van een ten tijde van het in werking treden van het nieuwe Boek 4 reeds lopende termijn van beraad, op de voet van artikel 4.5.1.4, lid 3, zal dus in het nieuwe register worden ingeschreven. Artikel 4.5.2.2, over de wijze waarop aanvaarding en verwerping door de erfgenamen van de nalatenschap kan plaatsvinden, en de verplichting tot inschrijving van die verklaringen, geldt alleen voor keuzen die na de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 worden uitgebracht; inschrijving daarvan zal dus eveneens uitsluitend plaatsvinden in het boedelregister van artikel 4.5.1.4a.

De artikelen 4.5.1.5 en 4.5.1.5a regelen het effect en de inhoud van de verklaring van erfrecht. Voor zover een vóór de inwerkingtreding van Boek 4 afgegeven verklaring van erfrecht beantwoordt aan de in of bij artikel

4.5.1.5a gestelde vereisten, komt haar van de inwerkingtreding af het rechtsgevolg van artikel 4.5.1.5 toe.

Artikel 4.5.1.5b komt in de plaats van artikel 879 lid 2, waarop artikel 880 lid 3 aansluit. Op nalatenschappen, opengevallen vóór de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4, is artikel 879 nog van toepassing, ook al wordt het ontbreken van erfgenamen pas nadien ontdekt, maar van de inwerkingtreding af behoeft de Staat zich niet meer door de rechter «in het bezit van de nalatenschap te doen stellen», omdat artikel 880 dan vervallen is; zie voor dat geval artikel 4.5.3.16a.

AFDELING 4.5.2 – AANVAARDING EN VERWERPING VAN NALATENSCHAPPEN EN VAN LEGATEN

Artikel 4.5.2.1 lid 1 komt overeen met artikel 1090. Ook lid 2 wijkt niet van het geldend recht af – vgl. de artikelen 1089, 1091 en 1199.

Het bepaalde in de eerste zin van lid 3 van artikel 4.5.2.1 wordt ook thans algemeen aanvaard, evenals de tweede zin (zie daarvoor o.m. HR 7 okt. 1926, NJ 1926, 1351). Problemen van overgangsrecht ontstaan door een en ander niet.

De derde zin van lid 3 is nieuw; hij zal ook toepassing kunnen vinden, indien de nalatenschap vóór de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 is opengevallen, doch de voorwaarde pas nadien wordt vervuld.

Dat de keuze, behoudens vernietiging wegens bedreiging en bedrog (artt. 1099 en 1111), onherroepelijk is, geldt als beginsel ook thans reeds; voor de uitzondering van artikel 1102, zie de opmerking bij artikel 4.5.1.1 in deze memorie.

Ook de regel van de terugwerking der keuze tussen aanvaarding en verwerping geldt zowel voor het thans geldende als voor het nieuwe recht; zie voor het eerste de artikelen 1093 en 1104. Niettemin is deze regel voor het overgangsrecht van belang. Indien een erfgenaam na de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 zijn aandeel in een voordien opengevallen nalatenschap verwerpt, brengt hij de regels der erfopvolging daardoor onder het thans nog geldende recht terug: niet de nieuwe regeling der plaatsvervulling bij verwerping bijvoorbeeld is dan van toepassing, doch de thans nog geldende. Is in zo'n geval de erfopvolging testamentair geregeld met verwijzing naar de wettelijke regeling, dan moet worden aangenomen dat hiermede de thans nog geldende regeling is bedoeld.

Artikel 4.5.2.2 lid 1 geldt voor keuzen die na de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 worden uitgebracht; dat de vorm van de uitdrukkelijke aanvaarding afwijkt van die, welke in artikel 1094 wordt genoemd, is daarom niet van belang. Artikel 4.5.2.2 lid 2 kan ook toepassing vinden bij nalatenschappen die reeds vóór de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 zijn opengevallen.

Artikel 4.5.2.3 lid 1 komt overeen met artikel 1094, voor zover dat op de stilzwijgende aanvaarding betrekking heeft; een probleem van overgangsrecht schuilt daarin niet.

Artikel 4.5.2.3 leden 2 en 3 kan ook toepassing vinden op nalatenschappen die reeds voor de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 zijn opengevallen.

Lid 4 vervangt het tweede lid van artikel 1096 dat aanleiding heeft gegeven tot de vraag, of een erfgenaam nog zuiver kan aanvaarden, nadat een mede-erfgenaam beneficiair heeft aanvaard. Van de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 af zullen, ook voor voordien opengevallen nalatenschappen, uitsluitend de nieuwe bepalingen omtrent de keuze gelden, inclusief de daar genoemde termijn van drie maanden. Voor zover de keuzen al geldig overeenkomstig artikel 1096 vóór de inwerkingtreding zijn uitgebracht, brengt het nieuwe recht daarin geen verandering.

Artikel 4.5.2.4 lid 1 komt overeen met artikel 1:353, jjs artt. 1:253k en 1:386, waarnaar artikel 1092 verwijst; zowel nu als straks is zuivere aanvaarding

door de wettelijke vertegenwoordiger ongeldig en geldt de nalatenschap voor wat de rechtspositie van de minderjarige of curandus betreft als beneficiair aanvaard (zie HR 9 sept. 1988, NJ 1989, 239). Lid 2 brengt dus in zoverre geen nieuws dat ook onder het thans geldende recht het verzuim van de wettelijke vertegenwoordiger niet tot gevolg heeft dat de minderjarige of curandus in zijn overig vermogen aansprakelijk wordt voor de op hem rustende schulden der nalatenschap, maar anderzijds neemt men aan dat na het einde van het bewind van de wettelijke vertegenwoordiger de erfgenaam alsnog zijn keus kan uitbrengen. Deze bevoegdheid wordt hem door lid 2 ontnomen: van de inwerkingtreding van nieuwe Boek 4 af geldt ook de voordien opengevallen nalatenschap waaromtrent de wettelijke vertegenwoordiger zich niet heeft verklaard of die hij zuiver heeft aanvaard, als beneficiair aanvaard – tenzij uiteraard de erfgenaam na afloop van het onbekwaamheidsbewind doch vóór de inwerkingtreding reeds zijn keuze had uitgebracht.

Artikel 4.5.2.4b behandelt gevallen waarin een erfgenaam door een later bekend geworden uiterste wil in een nadelige positie komt. De bepaling doet denken aan artikel 1099, hetwelk wordt afgeschaft. Zowel de invoering van eerstgenoemd artikel als de afschaffing van het laatstgenoemde geschiedt met onmiddellijke werking ten aanzien van voordien reeds opengevallen nalatenschappen. Artikel 69 Ow. is hier niet van toepassing – niet alleen beschermt de laatste zin van beide leden van artikel 4.5.2.4b de schuldeisers, ook is hier geen sprake van ontstaan, overgaan of tenietgaan van schulden door de enkele inwerkingtreding der wet.

Artikel 4.5.2.5 lid 1 vervangt artikel 1079; een probleem van overgangsrecht schuilt daarin niet. Ook lid 2 zal voor het overgangsrecht nauwelijks van belang zijn: een vruchtgebruik krachtens afdeling 4.2A.2 is wel mogelijk, maar specifieke overgangsproblemen zullen zich daar niet voordoen.

Artikel 4.5.2.5a kan zonder bezwaar onmiddellijk gaan werken in voor de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 opengevallen, beneficiair aanvaarde nalatenschappen. Hetzelfde is het geval met artikel 4.5.2.5b en met artikel 4.5.2.5c, die een in het thans nog geldende recht bestaande leemte opvullen.

Artikel 4.5.2.6 lid 1 vervangt artikel 1081, eerste lid. Evenals lid 2 leent het zich voor onmiddellijke werking, als reeds vóór de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 beneficiair is aanvaard.

Artikel 4.5.2.6a is een voortzetting van artikel 1078, 2° en 3°.

De leden 2 en 3 gelden niet voor de beneficiair aanvaard hebbende erfgenaam die, ingevolge artikel 4.5.1.3 lid 2, onder b, c, of d, ook in zijn overig vermogen aansprakelijk is, aldus lid 1. Bij laatstgenoemd artikel is reeds ingegaan op de vraag, in hoeverre het van toepassing is op nalatenschappen die reeds voor de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 zijn opengevallen. Voor zover lid 2 van dat artikel ten gevolge van het overgangsrecht niet van toepassing is, zullen de leden 2 en 3 van artikel 4.5.2.6a wel toepassing kunnen vinden.

Artikel 4.5.2.7, waarvan lid 1 weergeeft hetgeen ook reeds uit artikel 1048 wordt afgeleid, kan zonder bezwaar onmiddellijk werken ten aanzien van nalatenschappen die vóór de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 reeds waren opengevallen.

AFDELING 4.5.3 VEREFFENING VAN DE NALATENSCHAP

Volgens artikel 4.5.3.1 lid 1 onder a wordt de nalatenschap in de eerste plaats vereffend, indien zij beneficiair is aanvaard. Dit stemt overeen met het geldende recht: artikel 1079. Eveneens, dat allereerst de erfgenamen zijn geroepen tot de vereffening. Zowel volgens het geldende recht (art. 1081 lid 2), als volgens het nieuwe (artikel 4.5.3.3) kan de rechter in de plaats van de erfgenamen een vereffenaar – thans dikwijls curator

genoemd – aanstellen. Artikel 1081 lid 2 noemt hiervoor slechts het geval dat de erfgenamen in gebreke blijven zekerheid te stellen, artikel 4.5.3.3 biedt de mogelijkheid op ruimer schaal. Afschaft wordt de variant van artikel 1078, onder 1, slot, inhoudende dat de beneficiair aanvaard hebbende erfgenamen «alle de goederen, tot de nalatenschap behorende, aan de beschikking der schuldeisers en legatarissen» overlaten.

Artikel 4.5.3.4 somt een drietal gevallen buiten dat van beneficiaire aanvaarding op, waarin de rechter een vereffenaar van de nalatenschap kan benoemen. Onderdeel a correspondeert met dat van de benoeming van een curator over een onbeheerde nalatenschap volgens de huidige artikelen 1172–1176, geval b ten dele met de faillietverklaring van een nalatenschap volgens artikel 198 Faillissementswet; ten dele ook vervangt onderdeel b de voorziening van boedelafscheiding op vordering van schuldeisers van de erflater en van legatarissen, die het thans geldende artikel 1153 inhoudt. Onderdeel c is geheel nieuw.

Artikel 4.5.3.4a tenslotte vervangt de regeling van de aanvaarding der nalatenschap door schuldeisers van de erfgenamen volgens artikel 1107.

Artikel 137

Het bovenstaande geeft aanleiding tot de volgende opmerkingen omtrent het overgangsrecht.

Is een vereffening onder het thans nog geldende recht reeds aangevallen, dan kan zij het best volgens de nieuwe regels worden voortgezet, voor zover dat mogelijk is; aldus bepaalt lid 1.

Van de inwerkingtreding van Boek 4 af vervallen de mogelijkheden tot

- a het overlaten van een beneficiair aanvaarde nalatenschap aan de beschikking van schuldeisers en legatarissen,
- b de benoeming van een curator over een onbeheerde nalatenschap,
- c faillietverklaring van de nalatenschap,
- d boedelafscheiding,
- e aanvaarding van de nalatenschap door schuldeisers van de erfgenaam, en
- f de benoeming van een «curator», indien de beneficiair aanvaard hebbende erfgenaam in gebreke blijft de verlangde zekerheid te stellen. Ook voor de reeds opengevallen nalatenschappen komt alleen vereffening, onderscheidenlijk het verzoeken van de benoeming van een vereffenaar, volgens afdeling 4.5.3 in aanmerking, als een maatregel als onder a-f genoemd, dan nog niet is genomen.

Is reeds vóór de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 een maatregel als onder a–f bedoeld, genomen, dan behoudt die ook nadien zijn effect. De regeling daarvan in het thans geldende recht, behalve die van het faillissement, is evenwel gebrekkig. Het heeft daarom zin om ook daarop na de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 de regeling der vereffening zoveel mogelijk van toepassing te verklaren (aldus lid 2 van *artikel 137* van het wetsvoorstel).

Ten slotte is het mogelijk dat ten tijde van de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 een procedure loopt, waarin een der bovengenoemde maatregelen is gevraagd. Het verzoek of de vordering daartoe kan dan niet meer worden toegewezen. Wel kan de procedure, als zij zich daartoe leent in de stand waarin zij zich bevindt, met toepassing van artikel 74 leden 1 en 2 worden voortgezet als een, strekkende tot de benoeming van een vereffenaar.

Artikel 4.5.3.5 wordt van de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 af van toepassing, de eerste twee leden reeds in dan lopende procedures (zie art. 74 Ow.). Ook de artikelen 4.5.3.5a tot en met 4.5.3.7 kunnen zonder bezwaar in reeds opengevallen nalatenschappen toepassing vinden. Hetzelfde geldt voor artikel 4.5.3.8, uiteraard voor zover bij de inwerking-

treding van het nieuwe Boek 4 bijvoorbeeld nog geen boedelbeschrijving, met inbegrip van een voorlopige staat van schulden, was opgemaakt.

Artikel 138

Artikel 4.5.3.8a geeft een praktische regeling van de aansprakelijkheid voor bepaalde fouten van een wettelijk vertegenwoordiger of vereffenaar. Volgens de artikelen 69 en 175 Ow. zou deze regeling alleen toepasselijk zijn, indien de schade voor de schuldeiser is ontstaan of althans bekend geworden na de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4: anders is er immers een «gewone» vordering uit onrechtmatige daad ontstaan vóór de inwerkingtreding, die volgens het oude recht moet worden behandeld. Is echter de vereffening nog niet voltooid, dan is het eenvoudiger het geval volgens het nieuwe recht af te wikkelen, waardoor de moeite van het uitzoeken van het juiste tijdstip van het ontstaan of het bekend worden van de schade wordt bespaard. Aldus wordt in *artikel 138* van het wetsvoorstel voorgesteld.

Artikel 4.5.3.8b kan zonder bezwaar toepassing vinden in een vóór de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 opengevallen nalatenschap, die deel uitmaakt van een door de dood ontbonden huwelijksgemeenschap. De artikelen 4.5.3.9 tot en met 4.5.3.16a kunnen overeenkomstig artikel 137 van het wetsvoorstel worden toegepast in ten tijde van de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 reeds lopende vereffeningen.

AFDELING 4.5.4 – VERDELING VAN DE NALATENSCHAP

Artikel 4.5.4.1, dat herinnert aan de toepasselijkheid van de bepalingen van titel 3.7, levert zelf geen probleem van overgangsrecht op. Voor het overige behandelt de afdeling een tweetal onderwerpen, nl. de gedwongen toerekening van schulden (art. 4.5.4.2) en de inbreng (artt. 4.5.4.3 tot en met 4.5.4.8).

Artikel 4.5.4.2 lid 1 bevat geen nieuwe bepaling naast artikel 3:184, dat de opvolger van artikel 1132, aanhef, is. Lid 2 is wel nieuw; het kan onmiddellijk toepassing vinden bij de verdeling van reeds vóór de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 opengevallen nalatenschappen.

De verplichting tot inbreng, in de huidige wet geregeld in de artikelen 1132–1145, en in de nieuwe in de artikelen 4.5.2.3 tot en met 4.5.2.8, is een verplichting die ontstaat of althans effect verkrijgt bij het overlijden van de erflater. Ingevolge artikel 69 Ow. blijft het huidige recht derhalve gelden voor de inbrengverplichtingen die bestaan ten opzichte van de, vóór de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 opengevallen, nalatenschappen. Dit geldt zowel voor de aanwijzing van degenen die tot inbreng zijn verplicht, als voor de omvang van hun inbrengverplichting en voor de waardering van de tot inbreng nopende giften.

HOOFDSTUK II TITEL 7.3 SCHENKING

Artikel 7.3.1.

Onder het tegenwoordige recht onderscheidt men tussen de formele en de materiële schenking. Onder de eerste pleegt men aan de hand van artikel 1703 te verstaan de overeenkomst, die als kenmerken heeft dat de schenker bij zijn leven een vermogensbestanddeel om niet en uit vrijgevigheid geeft, waardoor hij wordt verarmd. Daaraan voegt artikel 1703 nog het vereiste van onherroepelijkheid toe, terwijl artikel 1719 voor het aanbod en artikel 1720 voor de aanvaarding daarvan het geldigheidsvereiste van een notariële akte stelt. Over de grenzen van verscheidene van deze vereisten bestaat in de literatuur nog veel onzekerheid en verschil van opvatting.

De materiële schenking is een ruimer begrip, inhoudende bevoordeling uit vrijgevigheid ten koste van het vermogen van de schenker en bij diens leven; formele vereisten worden daaraan niet gesteld. De formele schenking zou slechts in zoverre ruimer kunnen zijn dan de materiële, dat verrijking van de begiftigde daarvan geen bestanddeel behoeft te zijn, nl. wanneer de waarde van de schenking door lasten wordt uitgehouden. In het nieuwe BW is het ruime begrip de gift, die in artikel 7.3.12 lid 2 wordt omschreven als de handeling die ertoe strekt dat degene die haar verricht een ander ten koste van eigen vermogen verrijkt. De term wordt reeds onder andere in de artikelen 88 van Boek 1 en 5 van Boek 6 gebezigd, en komt ook in Boek 4 voor.

De schenking is in het nieuwe wetboek een species van de gift; zij is, evenals een formele schenking onder thans nog geldende recht, een overeenkomst. Ten opzichte van deze laatste ondergaat zij evenwel in haar omschrijving in artikel 7.3.1 lid 1 een verruiming. Zij is niet beperkt tot de categorie der verbintenisscheppende overeenkomsten, maar kan ook liberatoir – zoals kwijtschelding – zijn of een vaststellingsovereenkomst; is zij verbintenisscheppend, dan kan de prestatie niet alleen uit een geven, maar ook uit een doen of een niet doen bestaan.

Hoe belangrijk deze verschuivingen ook zijn, voor het overgangsrecht hebben zij niet zulke grote gevolgen. Dat wordt vooral veroorzaakt doordat aan de schenkingsovereenkomst – of, precieser, het aanbod (vgl. art. 1719) en de aanvaarding (vgl. art. 1720) – niet langer het geldigheidsvereiste van een notariële akte wordt gesteld. Het praktisch belang van de omschrijving van de formele schenking wordt onder het thans geldende recht immers vooral daardoor bepaald. Dit belang vervalt in het nieuwe recht. Tevens is daarmee verminderd de onzekerheid, in hoeverre andere bepalingen uit de titel Van Schenkingen uit het huidige BW wel voor materiële schenkingen gelden: in het nieuwe BW zijn de bepalingen over schenkingen zoveel mogelijk van overeenkomstige toepassing op andere giften dan schenkingen (art. 7.3.12 lid 1). Daarbij komt dat titel 7.3 het vereiste van onherroepelijkheid – en daarmee de artikelen 1704–1710 – laat vallen, en ook op enkele plaatsen met het bestaan van herroepelijke schenkingen (giften) rekening houdt, en voorts het schenkingsverbod tussen echtgenoten opheft. Voor het overgangsrecht betekent dit een drietal vragen:

- a. in hoeverre heeft titel 7.3 belang voor schenkingen die vóór zijn inwerkingtreding reeds waren gedaan en als formele schenking geldig waren;
- b. idem voor de anterieure geldige materiële schenkingen;
- c. idem voor de anterieure nietige schenkingen.

Ad a. Er zijn geen bijzondere problemen rond de geldigheid; de bewijslast ter zake van misbruik van omstandigheden wordt niet krachtens artikel 7.3.2 omgekeerd. Op gevolgen van de schenking die zich tot na de inwerkingtreding van titel 7.3 uitstrekken, is die titel, met zijn onmiddellijke werking, in beginsel wel toepasselijk.

Ad b. In beginsel geldt hetzelfde voor de (geldige) materiële schenkingen uit het oude recht, onverschillig of zij van de inwerkingtreding van titel 7.3 rechtstreeks als schenkingen in de zin van artikel 7.3.1 worden beschouwd, dan wel andere giften in de zin van artikel 7.3.12 worden, waarop de bepalingen van titel 7.3 zoveel mogelijk analoog van toepassing zullen zijn. Maar enige onzekerheid blijft bestaan, omdat nu eenmaal onder het thans geldende recht niet vaststaat, in hoeverre de artikelen van de elfde titel van Boek 7A ook op materiële schenkingen van toepassing zijn.

Ad c. Voldeed een anterieure schenking – aanbod, aanvaarding of beide – niet aan het vereiste van de notariële akte of aan dat van onherroepelijkheid of schond zij het schenkingsverbod tussen echtgenoten, dan was zij nietig. Niettemin kan zij vatbaar worden voor bekrachtiging volgens

artikel 81 Ow. Daarvoor geldt dan blijkens artikel 81, lid 3 Ow. wel de eis dat zij door de onmiddellijk belanghebbenden die zich op de nietigheid hadden kunnen beroepen, tot aan de inwerkingtreding van titel 7.3 als geldig is aangemerkt. Is dat echter het geval, en heeft de schenker bijvoorbeeld zijn prestatie geleverd, dan kan hij die nadien niet meer terugvorderen; wél staat hem dan een beroep op artikel 7.3.2 open, indien hij stelt dat de schenking zonder notariële akte door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen. Was immers de schenking niet alleen nietig op een van de genoemde gronden, doch kleefde haar tevens een ander gebrek aan, dan is zij vatbaar voor vernietiging overeenkomstig artikel 81 lid 2 Ow. Is beweerdelijk zo'n gebrek misbruik van omstandigheden, dan keert artikel 7.3.2 de bewijslast om.

Is een aanbod wel overeenkomstig artikel 1719 gedaan, maar vóór de inwerkingtreding van titel 7.3 nog niet aanvaard, dan zijn nadien de bepalingen van die titel, zoals 7.3.1 lid 2 en 7.3.5 en 7.3.6 op aanbod en aanvaarding van toepassing.

Artikel 1721 – dat de vroegere artikelen 1930 en 1931 bevat – vervalt. Een bevestiging, bekrachtiging of vrijwillige nakoming volgens dat artikel vóór de inwerkingtreding van titel 7.3 heeft geldigheid ondanks gebrek in de vorm tot gevolg, die nadien uiteraard blijft gehandhaafd. Na de inwerkingtreding kan een vormgebrek niet meer langs de weg van artikel 1721 worden geheeld, ook niet van schenkingen die daaraan vooraf gingen. Of de schenking geldig wordt, hangt nu alleen van artikel 81 leden 1 en 3 Ow. af.

Artikel 7.3.2 heeft onmiddellijke werking; het kan toepassing vinden op anterieure schenkingen en andere giften, en zal vooral van belang zijn voor de giften die niet bij notariële akte tot stand zijn gekomen; zie bij het vorige artikel ad c.

Artikel 7.3.3 betreft schenkingen «ter zake des doods». Onder het huidige recht is dit een netelig terrein, waaromtrent in deze memorie bij artikel 4.3.1.2 in verband met de definitie der uiterste wilsbeschikkingen reeds opmerkingen zijn gemaakt. Deze hadden betrekking op «beschikkingen» die hetzij onder het geldende, hetzij onder het nieuwe recht als uiterste wilsbeschikkingen worden aangemerkt. Die opmerkingen behoeven hier aanvulling voor die onder het huidige recht verrichte handelingen welke noch onder het huidige noch onder het nieuwe recht als uiterste wilsbeschikkingen worden aangemerkt, doch waarop onder het nieuwe recht de omschrijving van artikel 7.3.3 van toepassing wordt, hetzij rechtstreeks, hetzij als andere gift dan schenking via artikel 7.3.12. De onzekerheid die onder het thans geldende recht bestaat omtrent de aard van vele van die handelingen – zie daaromtrent de opmerkingen bij artikel 4.3.1.2 – brengt mee dat men veelal rekening zal moeten houden met handelingen die door sommigen als uiterste wilsbeschikkingen ongeldig worden geacht, maar door anderen bijvoorbeeld als derdenbeding geldig worden beschouwd.

Ook hier geldt dat, indien vaststaat dat zo'n handeling indien zij onder het geldende recht geldig is verricht, geldig blijft: artikel 79 Ow. Was zij ongeldig, dan kan bevestiging haar wel helen, hetgeen overigens buiten het overgangsrecht omgaat.

Naast de kwestie van de geldigheid van de gift bij dode doet zich de kwestie van de rechtsgevolgen van zo'n gift voor. Die gevolgen zijn bij de artikelen 4.4.2.7b e.v. geregeld (zie daarvoor de nota van wijziging inzake het voorstel van wet tot Vaststelling van titel 7.3 (Schenking) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (17 213, nr. 4). Deze artikelen kwamen hiervoor reeds ter sprake.

Artikel 7.3.4 vervangt, met enige nuancerings, artikel 1718, in zoverre dit de artikelen 953 en 958 van toepassing verklaart. Onder het thans nog geldende recht is de sanctie op overtreding nietigheid, onder het nieuwe vernietigbaarheid. Artikel 81 lid 2 Ow. is hierop van toepassing.

Artikel 7.3.5 betreft het aanbod tot schenking vóór aanvaarding. Artikel 1720 bevat hier de strikte regel dat het door de dood van de schenker vervalt, het slot van artikel 7.3.5 lid 1 laat hier meer ruimte. Was de schenker reeds vóór de inwerkingtreding van titel 7.3 overleden, dan heeft artikel 7.3.5 geen invloed meer. Is het aanbod vóór de inwerkingtreding van titel 7.3 gedaan, en overlijdt de schenker nadien, dan zal lid 1 van toepassing zijn. Hetzelfde geldt voor lid 2, indien het aanbod een uitloving inhoudt.

Artikel 7.3.6 betekent een verruiming ten opzichte van artikel 1716 (lid 1) en een wijziging ten opzichte van artikel 1712, in zoverre dit de regeling der fideïcommissen van het geldende erfrecht van overeenkomstige toepassing verklaart. Ten aanzien van lid 1 kan het volgende worden opgemerkt. Een aanbod tot schenking vóór het in werking treden van titel 7.3 gedaan, en zich uitstrekkende tot iemand die toen nog niet was geboren, doch nog wel vóór het overlijden van de schenker is geboren, kan na de inwerkingtreding alsnog worden aanvaard. Voor lid 2 zie men de opmerkingen bij artikel 4.3.2.2 in deze memorie.

Lid 3, dat bij nota van wijziging (17 213, nr. 4) aan artikel 7.3.6 is toegevoegd, en op grond waarvan enkele bepalingen betreffende voorwaardelijke makingen van overeenkomstige toepassing zijn op de door artikel 7.3.6. mogelijk gemaakte voorwaardelijke schenkingen na dode, levert geen bijzondere problemen van overgangsrecht op. Zie de opmerkingen bij de artikelen 4.4.5.4 tot en met 4.4.5.6 in deze memorie.

Artikel 201

Artikel 7.3.8 bepaalt dat het geschonkene onder bewind kan worden gesteld en verklaart op dat bewind de bepalingen van afdeling 4.4.7 van Boek 4, behoudens enkele nadere bepalingen, van overeenkomstige toepassing. Ook al bevat de geldende wet geen uitdrukkelijke bepaling terzake, toch neemt men vrij algemeen aan dat een onder het thans geldende recht ingesteld bewind over het geschonkene geldig is. Zie Asser-Kleijn, no. 241, Pitlo/Croes e.a. Bijzondere overeenkomsten, blz. 84, en Pitlo/Van der Burght, Erfrecht, blz. 269.

Het komt wenselijk voor, dat afdeling 4.4.7 ook voor een bewind, dat in verband met schenking onder het geldende recht is ingesteld, aanvullend kan werken. Blijkens de voorgestelde overgangsbepaling van artikel 201 Ow. zijn van de inwerkingtreding van titel 7.3 af de nieuwe bepalingen van afdeling 4.4.7 van overeenkomstige toepassing, behoudens voor zover daarvan bij het bewind afwijkende regelingen zijn getroffen. Eenzelfde benadering derhalve als bij het hiervoor besproken artikel 134 Ow.

Artikel 7.3.9 geeft een regeling voor vrijwaring – vgl. artikel 1711 – en aansprakelijkheid.

De artikelen 7.3.10 en 7.3.11 vervangen de artikelen 1725 en 1729 die bij het zevende gedeelte van de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 reeds ten dele aan de nieuwe Boeken 3, 5 en 6 waren aangepast, waarbij tevens de artikelen 1726–1728 vervielen.

Er is hier geen behoefte aan speciale overgangsbepalingen. Voor zover de omschrijving van de vernietigingsgronden in artikel 7.3.10 afwijkt van die in artikel 1725, kan nog het volgende worden opgemerkt. Geeft artikel 1725 de bevoegdheid tot vernietiging in een geval waarin artikel 7.3.10 dat niet doet, dan vervalt die bevoegdheid op het tijdstip van inwerkingtreding van laatstgenoemd artikel: artikel 80 lid 1 Ow. Valt, omgekeerd, een feit, voorgevallen vóór de inwerkingtreding van Titel 7.3, wel onder de omschrijving van artikel 7.3.10, doch niet onder die van artikel 1725, dan was de schenking toch volgens het oude recht onaantastbaar gebleven, en kan zij niet volgens artikel 7.3.10 worden vernietigd: artikel 79 Ow. Hetzelfde geldt voor de verhouding tussen de artikelen 1729, tweede lid, en 7.3.11 lid 2.

Over artikel 7.3.12 zie men de opmerkingen bij artikel 7.3.1. Op giften die

geen schenking volgens artikel 7.3.1 zijn, zal het bij de voorgaande artikelen opgemerkte van overeenkomstige toepassing zijn. De aanvulling van artikel 7.3.12 met een tweede volzin (zie nota van wijziging, 17 213, nr. 4) beoogt vooral voor begunstiging door sommenverzekering aansluiting te vinden bij de thans bestaande praktijk. En probleem van overgangsrecht levert zij derhalve niet op.

Artikel 7.3.12a verklaart in het algemeen de nieuwe regeling van de schenkingsbepalingen van overeenkomstige toepassing op de zogenoemde negotia mixta cum donatione, doch maakt daarop enige uitzonderingen. Onder het huidige recht zullen deze negotia, voor zover zij bevoordeling van de begiftigde ten laste van het vermogen van de schenker beogen, als materiële schenkingen worden beschouwd. Voor het overgangsrecht doen zich in zoverre geen specifieke problemen voor.

Moeilijkheden geeft evenmin de uitsluiting van artikel 7.3.8 in lid 1.

Lid 2 verzacht de nietigheid van artikel 7.3.3 lid 1 als sanctie op het formele vereiste voor deze negotia tot vernietigbaarheid. Dat neemt niet weg dat hieromtrent in beginsel hetzelfde als bij artikel 7.3.3 kan worden opgemerkt: is het negotium onder het oude recht als geldig aan te merken, dan wordt het niet door artikel 7.3.12a vernietigbaar (art. 79 Ow.); gold het als nietig, dan wordt het vernietigbaar volgens artikel 81 lid 2 Ow., mits aan de vereisten van lid 3 van dat artikel is voldaan. Hetgeen voor het overige in de leden 2 en 3 van artikel 7.3.12a wordt bepaald, kan zonder bezwaar toepassing vinden, als na de inwerkingtreding een beroep op de grond tot vernietiging kan worden gedaan.

Overeenkomstig lid 4 is het bovenstaande van overeenkomstige toepassing op een handeling die ten dele als voldoening van een natuurlijke verbintenis, ten dele als gift is te beschouwen.

In hoeverre en onder welke omstandigheden een sommenverzekering, in het bijzonder een levensverzekering, onder het thans geldende recht een gift oplevert, en in welk bestanddeel dan juist het giftelement schuilt, is betwist. Artikel 7.3.12c geeft daaromtrent een aantal regels. De bepalingen van dat artikel hebben onmiddellijke werking: zij zijn, van de inwerkingtreding af, van toepassing op alle dan lopende sommenverzekeringen.

HOOFDSTUK III

De artikelen III, IV en V van het wetsvoorstel bevatten de gebruikelijke slotbepalingen.

De Minister van Justitie,
A. H. Korthals