

Vergaderjaar 1997–1998

17 141

Invoeringswet Boek 4 en Titel 3 van Boek 7 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, eerste gedeelte (wijziging van Boek 4)

Nr. 25

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET NADER EINDVERSLAG

Ontvangen 3 oktober 1997

In het nader eindverslag (kamerstukken II 1997/98, 17 141, nr. 24), heeft de Vaste Commissie voor Justitie naar aanleiding van de nota naar aanleiding van het eindverslag (kamerstukken II 1996/97, 17 141, nr. 20), de vijfde nota van wijziging (kamerstukken II 1996/97, 17 141, nr. 21) en de notitie over de fiscale aspecten van het voorgestelde ab intestaat erfrecht (kamerstukken II 1996/97, 17 141, nr. 23) een aantal vragen gesteld. Op deze vragen ga ik, voor wat de fiscale aspecten betreft mede namens de Staatssecretaris van Financiën, als volgt in.

Vragen over de nota naar aanleiding van het eindverslag (nr. 20)

In antwoord op vragen van de leden van de CDA-fractie merk ik het volgende op.

- a. De vaststelling van het breukdeel van de legitieme op de helft van het ab-intestaatdeel, betekent vanzelfsprekend uit oogpunt van vereenvoudiging een eenvoudiger rekensom. Daarnaast maakt de uniformiteit van het breukdeel voor de burger een eenvoudiger presentatie mogelijk van een regeling van de legitieme die overigens naar haar aard ingewikkeld is.
- b. Naar mijn oordeel is het huidige systeem, waarbij als er meer kinderen zijn, het breukdeel hoger wordt, uit oogpunt van redelijkheid niet beter dan het voorgestelde systeem waarin het breukdeel altijd de helft is van het erfdeel bij versterf. Vanuit een kind bezien is het redelijk dat zijn legitieme portie slechts afhankelijk is van de omvang van zijn erfdeel bij versterf, en niet tevens van het aantal kinderen dat zijn erflater als erfgenaam achterlaat.
- c en d. Gevraagd is naar de ratio van de uitbreiding van de gronden van onwaardigheid. Hierop ga ik in bij de toelichting op de gelijktijdig met de onderhavige nota ingediende zesde nota van wijziging, algemeen gedeelte onder 2, waarnaar ik op deze plaats moge verwijzen. Zoals daar nader uiteengezet, blijft de uitbreiding van de gronden van onwaardigheid beperkt tot een beperkte categorie van «harde» gevallen van strafrechtelijke veroordeling wegens betrokkenheid bij tegen de erflater gepleegd misdrijf waarop in de wet een straf is gesteld van vier jaren of meer.
- e. De voorstellen ten aanzien van de legitieme portie zie ik niet als een eerste stap op weg naar een verdere beperking en op termijn afschaffing

van de legitieme portie. De zesde nota van wijziging betreft, behalve de uniformering van het breukdeel, vooral verduidelijking en op een aantal punten technische verbetering van de regeling van de legitieme portie. Voorts is in aansluiting op de mogelijkheid om een stiefkind als eigen kind bij de wettelijke verdeling te betrekken (artikel 4.2A.1.14) en zoals aangekondigd in de vijfde nota van wijziging (blz. 23), voor die mogelijkheid ruimte gemaakt in de regeling voor de legitieme portie (artikel 4.3.3.2 lid 3).

Vragen over de vijfde nota van wijziging en de notitie over de fiscale aspecten (nrs. 21 en 23)

Titel 2A – Afdeling 1

Gevraagd wordt of niet met meer zekerheid dan thans dient te kunnen worden vastgesteld of sprake is van scheiding van tafel en bed. Wanneer – zoals naar valt aan te nemen gebruikelijk is – de scheiding is ingeschreven in het huwelijksgoederenregister, dient ook de verzoening te worden ingeschreven om werking tegenover daarvan onkundige derden te hebben (artikel 1:177 BW). Blijft inschrijving van de verzoening achterwege, dan laat dit de verzoening als zodanig onverlet, zodat ook dan vererving van de nalatenschap van één der echtgenoten overeenkomstig artikel 4.2A.1.1 mogelijk is.

Onduidelijkheid zou slechts kunnen bestaan over de vraag óf verzoening heeft plaatsgevonden. De bewijslast terzake rust in beginsel op degene die zich daarop beroept, doorgaans waarschijnlijk de langstlevende echtgenoot. Niets let natuurlijk de echtgenoten om een verzoening notarieel vast te leggen, waardoor bewijsvoering terzake eenvoudig is. In dit verband verdient opmerking dat een stelsel waarbij verzoening slechts aan de kinderen zou kunnen worden tegengeworpen na inschrijving in een register, verder zou gaan dan artikel 1:173 BW: de kinderen zijn als erfgenamen immers niet te beschouwen als derden.

Jegens derden heeft te gelden dat de wettelijke verdeling hun ook bij onbekendheid met de verzoening kan worden tegengeworpen, nu zij daardoor nimmer benadeeld kunnen worden: zij houden immers hun verhaal op de goederen der nalatenschap. Gezien het vorenstaande zie ik geen aanleiding tot aanpassing van de wetgeving.

De vraag of moet worden aangenomen dat de kinderen na een wettelijke verdeling niet aansprakelijk zijn voor de nalatenschapsschulden, beantwoord ik ontkennend. De kinderen zijn immers krachtens artikel 4.5.1.1 lid 2 als erfgenamen wel *aansprakelijk* voor de nalatenschaps-schulden, in geval van een deelbare prestatie elk voor een evenredig deel. De kinderen zijn echter niet *verhaalsaansprakelijk*: hun vermogen kan op grond van artikel 4.2A.1.2 lid 3 veelal niet worden uitgewonnen voor de schulden zodat het weinig zin heeft ze aan te spreken. Juist met het oog op de aansprakelijkheid is in lid 2 van artikel 4.2A.1.2 bepaald dat de kinderen van de echtgenoot kunnen verlangen dat deze de schulden voor zijn rekening neemt.

Als een kind vrijwillig een schuld voldoet waarvoor het aansprakelijk is doch welke schuld niet op zijn vermogen verhaald kan worden, kan hij het betaalde niet van de schuldeiser terugvorderen. Dit ligt anders als het kind meer voldoet dan het deel waarvoor het aansprakelijk is.

Het betalende kind kan op grond van artikel 4.2A.1.2 lid 1 van de echtgenoot van de erflater vorderen dat deze het betaalde aan het kind vergoedt. Verder is het mogelijk dat het kind gesubrogeerd wordt in de vordering van de schuldeiser tegen de echtgenoot, wanneer de schuldeiser een door het kind, door betaling of na uitoefening van een wilsrecht, uit de nalatenschap verkregen goed heeft uitgewonnen (artikel 6:150 onder a). Deze rechten kan het kind op de normale wijze uitoefenen, doch

tevens kent de uitoefening daarvan de normale grenzen bij financieel onvermogen of faillissement van de echtgenoot.

Met mijn opmerking in de nota naar aanleiding van het eindverslag dat het versterferrecht het aangaan van een nieuwe relatie niet behoort te ontmoedigen (blz. 6), heb ik niet bedoeld dat opeisbaarheid van de vordering van de kinderen bij hertrouwen in alle gevallen ontmoedigend voor een nieuwe relatie werkt. Wel zou zich dat, zoals door mij aldaar opgemerkt, «in bepaalde gevallen» kunnen voordoen, bijvoorbeeld als de nieuwe echtgenoot in een financieel slechte positie verkeert en de langstlevende echtgenoot van de erflater bij hertrouwen de kinderen moet uitbetalen. Hetzelfde kan zich voordoen wanneer de nieuwe partner van de langstlevende echtgenoot net als deze in de omstandigheid verkeert dat zijn kinderen niet opeisbare vorderingen hebben die door hertrouwen opeisbaar zouden worden. Hieruit blijkt ook dat door opeisbaarheid bij hertrouwen de verzorging van de echtgenoot van de erflater in de knel zou kunnen komen.

Deze opeisbaarheidsgrond past daarom niet in het erfrecht bij versterf, dat immers geldt wanneer geen testament is gemaakt. Ter vermijding van misverstand wijs ik erop dat men in de bestaande praktijk van de testamentaire ouderlijke boedelverdeling de opeisbaarheid zonder meer bij hertrouwen in de regel juist wil vermijden. Zo treedt de opeisbaarheid bijvoorbeeld alleen in indien niet voldoende zekerheid wordt gesteld of indien niet bij huwelijkse voorwaarden wordt overeengekomen dat de aanbrenge ten huwelijk niet in een huwelijksgemeenschap valt en evenmin wordt betrokken in enigerlei huwelijksvermogensrechtelijke verrekening. In het nieuwe versterferrecht is het aangaan van een huwelijk niet het aanknopingspunt om de vordering opeisbaar te maken maar om de kinderen mede tot zekerheid van hun vordering een wilsrecht te geven tot overdracht van goederen onder voorbehoud van vruchtgebruik. Er is aangeknoopt bij het huwelijk en niet bij het aangaan van een andere samenlevingsvorm omdat bij het huwelijk een bestaand uitzicht van de kinderen op goederen verloren kan gaan doordat bij vooroverlijden van de eigen ouder de stiefouder de goederen zal krijgen. Door de vorderingen van de kinderen bij hertrouwen van de langstlevende echtgenoot niet zonder meer opeisbaar te maken maar wel mede tot zekerheid van hun vorderingen een wilsrecht te geven, komt de voorgestelde regeling naar haar strekking overeen met de strekking van de meeste testamentaire ouderlijke boedelverdelingen in de huidige praktijk. Voor de meeste gevallen wordt daarmee een regeling gegeven waarvoor men niet naar de notaris hoeft en die aansluit bij de maatschappelijke realiteit.

Zoals uit de in het verslag genoemde passages van Asser-Van der Ploeg-Perrick blijkt, is over de voorwaarde van niet hertrouwen bij testamentaire makingen in verschillende tijden en door verschillende auteurs uiteenlopend geoordeeld. Tegenover het stellige oordeel van Perrick dat een dergelijke voorwaarde onzedelijk is, staat bijvoorbeeld de mening van Luijten, dat een erflater alleszins redelijke motieven kan hebben voor het stellen van de voorwaarde, zoals het vinden van een compromis tussen de belangen van de langstlevende echtgenoot en de kinderen (Klaassen-Eggens-Luijten, blz. 62). Ik ben niet van oordeel dat de inhoud van de voorwaarde als zodanig onaanvaardbaar is. Uiteindelijk is het echter aan de rechter om in een concreet geval uit te maken of een bepaling al dan niet onzedelijk is.

De Commissie vraagt vervolgens of de wettelijke verdeling in stand blijft wanneer een legitimaris zich op zijn legitieme portie beroept. Als een onterfde legitimaris aanspraak maakt op zijn legitieme portie, zal dit de wettelijke verdeling inderdaad onverlet laten. Door aanspraak te maken op de legitieme portie ontstaat voor de legitimaris een vordering op de

langstlevende echtgenoot (artikel 4.3.3.11a lid 1). De legitimaris wordt daarbij niet in de verdeling betrokken: hij wordt door zijn onterving geen erfgenaam en is dus ook niet te beschouwen als deelgenoot in de nalatenschap.

Op de vraag naar de niet opeisbaarheid van de legitimaire vordering na de wettelijke verdeling, luidt het antwoord dat de vordering van de legitimaris, zolang de echtgenoot in leven is en niet in staat van faillissement verkeert, niet opeisbaar zal zijn krachtens artikel 4.3.3.11a lid 2, zoals dat wordt voorgesteld bij de zesde nota van wijziging.

De leden van de Commissie vragen of de rekenmaatstaf van artikel 4.2A.1.1 lid 4 dient te worden beschouwd als een rente. Dit is inderdaad het geval, zoals ook blijkt uit onderdeel 3 van de notitie over de fiscale aspecten van het nieuwe erfrecht bij versterf (nr. 23, blz. 2). Aan de terminologische verschillen met het oude artikel 4.2A.1.12 lid 6 komt geen andere dan redactionele betekenis toe. De formulering van laatstgenoemde bepaling kwam ook voor in artikel 4.3.3.11 lid 6, welke bepaling bij de zesde nota van wijziging wordt aangepast aan die van artikel 4.2A.1.1 lid 4 en verplaatst naar artikel 4.3.3.11c.

Om de fiscale afwikkeling van het voorgestelde erfrecht bij versterf, met name in die gevallen waarin geheel wordt aangesloten bij het wettelijke stelsel, zo eenvoudig en inzichtelijk mogelijk te laten verlopen, zal worden voorgesteld de vorderingen van de kinderen te waarderen als waren ze renteloos in geval op die vorderingen enkel de verhoging bedoeld in artikel 4.2A.1.1, vierde lid, wordt toegepast. Het ligt daarbij in de rede dat dezelfde waardering wordt toegepast indien de erflater bij testament een lagere rente heeft bepaald dan de wettelijke verhoging of indien een dergelijke lagere rente door de erfgenamen binnen acht maanden wordt overeengekomen. De verhoging van artikel 4.2A.1.1, vierde lid, of een lagere rente, wordt derhalve bij de waardering van de verkrijging door de kinderen buiten beschouwing gelaten, en niet in aanmerking genomen als schuld bij de langstlevende echtgenoot.

Gevraagd wordt of het niet toepassen van de inflatiecorrectie van artikel 4.2A.1.1 lid 4 tot gevolg heeft dat de legitieme wordt aangetast. Wanneer de erflater bij uiterste wilsbeschikking bepaalt dat de vorderingen van de kinderen in afwijking van artikel 4.2A.1.1 lid 4 niet worden verhoogd met rente, kan daardoor onder omstandigheden de legitieme portie van een kind worden geschonden. Dit zal zich zeker niet altijd voordoen, zoals ook in WPNR 6260 (1997), blz. 293, wordt onderkend, doch alleen wanneer de contante waarde van de niet opeisbare vordering door de renteloosheid minder bedraagt dan de helft van de waarde van het erfdeel bij versterf van de legitimaris. Dit zal zich slechts voordoen als de verwachte periode van niet opeisbaarheid lang is, waardoor de invloed van de rentecomponent zwaarder gaat wegen.

Wanneer een kind krachtens de wettelijke verdeling een niet opeisbare vordering verkrijgt met een rente-aanspraak overeenkomstig de wettelijke maatstaf, zal zijn legitieme portie daardoor niet worden geschonden. Het kind verkrijgt immers precies waarop het volgens de wet aanspraak heeft. Op de dienaangaande gestelde vraag antwoord ik dat dit niet anders is wanneer ten aanzien van dit kind niet, doch wel ten aanzien van één of meer van zijn broers of zusters naar boven toe is afgeweken van de wettelijke maatstaf.

De verhoging van artikel 4.2A.1.1, vierde lid, is een erfrechtelijke verkrijging. Zoals hierboven reeds is opgemerkt, leidt een lagere rente dan de wettelijke verhoging voor de heffing van het successierecht niet tot een andere waarde. Zowel de wettelijke verhoging als een lagere rente blijft immers buiten beschouwing voor de waardering van de vorderingen van de kinderen op de langstlevende echtgenoot. Een hogere rente dan de

wettelijke verhoging leidt, indien deze testamentair is bepaald of door de nabestaanden binnen acht maanden na het overlijden is overeengekomen, bij de kinderen tot een verkrijging met een in beginsel hogere waarde; de waarde van de verkrijging van de langstlevende echtgenoot zal dienovereenkomstig lager worden. Van deze waarden zal worden uitgegaan bij de berekening van het successierecht.

Op grond van de thans geldende bepalingen van de Successiewet 1956, wordt een rente die na het overlijden van de erflater tussen de langstlevende echtgenoot en de kinderen wordt overeengekomen, niet in de heffing van successierecht betrokken. Een dergelijke overeenkomst kan wel aanleiding zijn tot de heffing van schenkingsrecht.

In het nu voorgestelde erfrecht bij versterf neemt een tussen de langstlevende en de kinderen overeengekomen rente in beginsel dezelfde positie in als een door de erflater testamentair bepaalde rente. Daarom is de Staatssecretaris van Financiën van oordeel dat een testamentair bepaalde en een overeengekomen rente fiscaal in beginsel op gelijke voet moeten worden behandeld en voorts dat ze beide in beginsel ook in de heffing van het successierecht moeten worden betrokken. Daarnaast dient echter in de overwegingen te worden betrokken dat het niet goed bij een versterferfrecht past om de nabestaanden een nadere aangifte successierecht te laten doen, indien zij geruime tijd na het overlijden alsnog een rente over de vorderingen van de kinderen overeenkomen. Er is uiteindelijk voor gekozen om de rente die betrekkelijk kort na het overlijden, te weten binnen de aangiftetermijn van acht maanden voor het recht van successie, wordt overeengekomen voor de heffing van het successierecht op dezelfde wijze te behandelen als de rente die door de erflater testamentair is bepaald. Hiermee wordt tevens voorkomen dat in deze gevallen vrijwel gelijktijdig een aangifte voor het successierecht en voor het schenkingsrecht gedaan zou moeten worden. Een na acht maanden overeengekomen rente wordt niet meer gelijkgesteld met een door de erflater testamentair bepaalde rente en wordt afzonderlijk beoordeeld op schenkingsaspecten. Zoals hierna nog zal worden uiteengezet, is het feit dat de binnen acht maanden overeengekomen rente in aanmerking is genomen bij de heffing van successierecht van belang voor de eventuele heffing van overdrachtsbelasting bij de uitoefening van een wilsrecht.

De lijn dat het niet bij het erfrecht bij versterf past om de nabestaanden nog lang na het overlijden met nadere aangiften successierecht te confronteren zal worden doorgetrokken naar de fiscale gevolgen van de uitoefening van een wilsrecht. Op grond van de thans geldende bepalingen leidt de uitoefening van een wilsrecht in het algemeen tot een aanvullende aangifteverplichting en een herrekening van het in eerste instantie geheven successierecht (artikelen 45, derde lid, en 53 van de Successiewet 1956). De Staatssecretaris van Financiën en ik zijn van mening dat de uitoefening van de in afdeling 4.2A.1 voorgestelde wilsrechten kan worden bemoeilijkt indien dat met zich brengt dat de nabestaanden, vaak na vele jaren, opnieuw een aangifte successierecht moeten doen. Om dit te voorkomen zal bij de aanpassingswetgeving worden voorgesteld dat de uitoefening van de genoemde wilsrechten in het kader van het versterferfrecht of in de uitvoering van een daarmee overeenkomend testament, niet leidt tot een aangifteplicht of tot een herrekening van het successierecht; schenkingsrecht kan eventueel wel aan de orde komen.

De verhoging van artikel 4.2A.1.1 is een erfrechtelijke verkrijging, zodat de vordering van het kind, op basis van de huidige bepalingen van de Successiewet 1956, zou moeten worden gewaardeerd met inachtneming van deze verhoging. Hiervoor is aangegeven waarom het wenselijk is vorderingen die geen hogere rente dragen dan de genoemde verhoging van artikel 4.2A.1.1 te waarden als waren ze renteloos. Bij de

aanpassingswetgeving zullen maatregelen worden voorgesteld om de Successiewet 1956 in deze zin aan te passen.

Voor een goed begrip zij opgemerkt dat de bedoelde vordering van een kind op de langstlevende echtgenoot wordt aangemerkt als een blooteigendom-vruchtgebruikssituatie in de zin van artikel 18 van de Successiewet 1956 (het kind heeft de blooteigendom en de langstlevende echtgenoot heeft het vruchtgebruik).

Het gecumuleerde bedrag van de verhoging is, evenals iedere andere rente over de vordering van het kind, in beginsel onderworpen aan de heffing van inkomstenbelasting op het moment dat dat bedrag wordt voldaan of opeisbaar wordt. Hierbij merken we op dat in de notitie Fiscale aspecten van het nieuwe erfrecht bij versterf onder punt vier een aantal maatregelen wordt aangekondigd om te voorkomen dat de heffing van inkomstenbelasting een beletsel vormt voor de uitoefening van een wilsrecht.

Van een dubbele belastingheffing is in het geval van de wettelijke verhoging geen sprake omdat de verhoging niet in de heffing van het successierecht wordt betrokken; het buiten aanmerking laten van de verhoging is wel relevant voor de vraag welk gedeelte van de volle waarde van de vordering bij de langstlevende wordt belast als vruchtgebruik en welk gedeelte bij het kind als blote eigendom.

Het recht van kinderen om zich, in de in het wetsvoorstel genoemde situaties, door de langstlevende goederen te laten overdragen onder voorbehoud van een recht van vruchtgebruik, is een recht dat rechtstreeks uit de wet voortvloeit en waaraan geen overeenkomst ten grondslag ligt. Onder de huidige fiscale wetgeving zou, zoals hiervoor reeds is uiteengezet, de uitoefening van een wilsrecht leiden tot een herrekening van successierecht en een daarmee gepaard gaande aangifteplicht. In dat stelsel blijft de overdracht van onroerende zaken ten gevolge van de uitoefening van een wilsrecht op grond van artikel 3, aanhef en sub b van de Wet op belastingen van rechtsverkeer buiten de heffing van overdrachtsbelasting. Zoals in het antwoord op de genoemde vragen is uiteengezet, is gekozen voor een stelsel waarbij de uitoefening van de voorgestelde wilsrechten niet leidt tot de heffing van successierecht. Hieraan is gekoppeld dat de overdracht van onroerende zaken bij de uitoefening van een wilsrecht slechts buiten de heffing van overdrachtsbelasting blijft tot een waarde die gelijk is aan de waarde van de vordering vermeerderd met de rente die voor de heffing van het successierecht in aanmerking is genomen.

Overigens is noch op grond van de verzorgingsgedachte noch vanuit het systeem van het nu voorgestelde erfrecht duidelijk waarom het wenselijk of noodzakelijk zou zijn dat onroerende zaken met een hogere waarde dan de vordering met rente, vrij van overdrachtsbelasting aan de kinderen zouden moeten kunnen worden overgedragen.

Voor alle duidelijkheid merken wij op dat de hier geschetste fiscale regelingen zullen gelden voor het erfrecht bij versterf of voor de uitvoering van een daarmee overeenkomend testament. Het staat de erflater uiteraard vrij om, evenals in de huidige situatie, bij testament een van het versterferfrecht afwijkende regeling in het leven te roepen.

Vervolgens is gevraagd naar de gevolgen van een testamentaire opeisbaarheid van de vorderingen van de kinderen voor het geval een beroep wordt gedaan op de Algemene Bijstandswet. Wanneer de vordering van een kind krachtens uiterste wilsbeschikking van de erflater opeisbaar is geworden als gevolg van een door de langstlevende echtgenoot gedaan beroep op bijstand, dan valt aan te nemen dat daarmee door de gemeente voor de bepaling van de omvang van het vermogen van de echtgenoot geen rekening zal worden gehouden indien de langstlevende feitelijk – bijvoorbeeld ingevolge een expliciete of

impliciete toezegging van het kind om opeising achterwege te laten – kan blijven beschikken over zijn vermogen alsof de schulden niet opeisbaar zijn. De door de erflater vastgestelde opeisbaarheid heeft dan in feite immers geen invloed op de omvang van de aan de echtgenoot ten dienste staande middelen van bestaan.

Een nadere invulling van het begrip waarde in het voorgestelde stelsel van versterferrecht, naar de wenselijkheid waarvan de Commissie vraagt, zou, nu de waardering afhankelijk kan zijn van vele factoren, in zijn algemeenheid noodzakelijkerwijs vaag zijn, zodat ik van een omschrijving van dit begrip afzie.

Vervolgens vraagt de Commissie naar de toepasselijkheid van artikel 679 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de rol van de kantonrechter en die van eventueel te benoemen deskundigen. In de toelichting op artikel 4.2A.1.3 is vermeld dat de artikelen 166 tot en met 200 van Boek 3 BW en de artikelen 677 tot en met 680 Rv op de wettelijke verdeling niet van toepassing zijn. Deze vermelding berust hierop dat de betrokken bepalingen regelingen geven voor situaties dat een gemeenschap tussen verschillende deelgenoten aanwezig is, welke vervolgens door de betrokkenen c.q. de rechter wordt verdeeld. Dit doet zich bij de wettelijke verdeling van artikel 4.2A.1.1 nu juist niet (meer) voor. Omdat echter de problemen die kunnen rijzen bij de vaststelling van de gevolgen van de wettelijke verdeling, in belangrijke mate gelijkenis vertonen met de problemen bij de verdeling van een gemeenschap, zijn in artikel 4.2A.1.3 lid 1 enige regels met betrekking tot gemeenschappen, waaronder artikel 679 Rv, van overeenkomstige toepassing verklaard.

De overeenkomstige toepasselijkheid van artikel 679 lid 1 Rv brengt mee dat partijen een beroep kunnen doen op de kantonrechter voor de benoeming van een deskundige wanneer zij het daarover in onderling overleg niet eens worden. Het is echter ook mogelijk dat één der partijen niet wenst mee te werken aan waardering door een deskundige, maar wenst dat de kantonrechter zelf de omvang van de vordering vaststelt. De kantonrechter zal in dat geval zelf een beslissing moeten nemen over de waarde, doch kan zich daarbij op grond van artikel 679 lid 2 Rv doen voorlichten door een door hem te benoemen deskundige. De kantonrechter is daarbij op zichzelf niet gebonden aan het oordeel van de deskundige, doch zal bij zijn oordeel natuurlijk wel rekening houden met het deskundigenoordeel en daarvan zo nodig in de motivering blijk geven.

Aldus wordt voor de waardering van de vorderingen van de kinderen niet afgeweken van het systeem van artikel 679 Rv. Partijen zullen in eerste instantie zelf trachten tot overeenstemming te komen. Lukt dat niet, en worden zij het ook niet eens over waardering door een deskundige, eventueel te benoemen door de kantonrechter, dan zal de kantonrechter zelf desverzocht een beslissing nemen, zo nodig voorgelicht door een deskundige.

Naar aanleiding van door de Koninklijke Notariële Broederschap onder de aandacht van de fracties van de Tweede Kamer gebrachte vragen valt het volgende op te merken.

a. De termijn van 4.2A.1.6 lid 1 is een vervaltermijn. Na het verstrijken van de termijn kan de echtgenoot van de erflater niet alsnog rechtsgeldig de wettelijke verdeling ongedaan maken.

b. Met het oog op de rechtszekerheid is voor een betrekkelijk korte termijn gekozen. Door ongedaanmaking worden de kinderen alsnog gerechtigd tot de goederen van de nalatenschap. Wel moeten zij door de echtgenoot verrichte beschikkingsdaden eerbiedigen, ook indien deze, onbevoegdlijk, zijn verricht tussen het moment van ongedaanmaking en het verstrijken van de termijn. Dit rechtvaardigt naar mijn oordeel het stellen van een betrekkelijk korte termijn.

c. Als de termijn voor ongedaanmaking van de wettelijke verdeling is verstreken, kan de echtgenoot niet alsnog tot ongedaanmaking overgaan. Wel kan de echtgenoot, zo deze nog geen keuze heeft gedaan omtrent aanvaarding of verwerping van de nalatenschap, nog overgaan tot verwerping dan wel aanspraak maken op het voorrecht van boedelbeschrijving.

d. Aan de gesignaleerde omstandigheid dat de termijn van artikel 4.2A.1.6 aanvangt op de dag van het opvallen van de nalatenschap terwijl bijvoorbeeld de in artikel 4.2A.2.8 genoemde termijnen aanvangen met het overlijden van de erflater, komt geen betekenis toe.

De Commissie vraagt een oordeel over de suggestie in WPNR 6260 (1997), blz. 295, linker kolom, dat de in artikel 4.2A.1.6 lid 1, laatste zin, bedoelde schriftelijke volmacht een notariële volmacht zou moeten zijn. Deze suggestie zou ik niet willen volgen. In het algemeen geldt niet de regel dat wanneer voor een bepaalde rechtshandeling vormvoorschriften zijn gegeven, die vormvoorschriften mede gelden voor een volmacht tot het verrichten van een dergelijke rechtshandeling (men zie Asser-Van der Grinten I (De vertegenwoordiging), nr. 26. In het onderhavige geval ben ik van oordeel dat de belangen van de echtgenoot voldoende beschermd worden door de eis van een uitdrukkelijke voor dit doel afgegeven schriftelijke volmacht. De notaris zal in de akte immers moeten verklaren dat hem het bestaan van de volmacht genoegzaam is gebleken (vergelijk artikel 32 Wet op het Notarisambt). Ook door de auteurs in het genoemde WPNR-artikel wordt overigens geen duidelijke voorkeur voor verdergaande eisen in de vorm van notariële tussenkomst bij de volmacht uitgesproken.

Vervolgens wordt gevraagd wat rechtens is als de langstlevende komt te overlijden voordat de verklaring tot ongedaanmaking van de wettelijke verdeling is ingeschreven, doch nadat de akte is opgemaakt. Deze situatie zal zich in de praktijk slechts in zeldzame gevallen kunnen voordoen. Verwacht mag immers worden dat de notaris ten overstaan van wie de ongedaanmakingsverklaring is afgelegd, uit oogpunt van een behoorlijke taakvervulling zal zorgen voor onverwijld aanbidding ter inschrijving in het boedelregister. Mocht een dergelijk geval zich niettemin voordoen, dan zal geoordeeld moeten worden dat ongedaanmaking van de wettelijke verdeling zonder tijdige inschrijving niet tot stand komt.

Onder verwijzing naar het hierboven gegeven antwoord op de vraag naar de wenselijkheid van de termijn van artikel 4.2A.1.6 lid 1 merk ik op dat het opschorten van het begin van de ongedaanmakingstermijn tot het moment van kennisneming door de langstlevende echtgenoot van het overlijden van de erflater uit een oogpunt van rechtszekerheid niet gewenst is. Een belangrijk verschil met de mogelijkheid om afstand te doen van een huwelijksgemeenschap (artikel 1:103 en volgende), is gelegen in de gevolgen voor de aansprakelijkheid voor schulden. Een echtgenoot kan zich door afstand van gemeenschap bevrijden van aansprakelijkheid voor door de andere echtgenoot aangegane gemeenschapsschulden, welke aansprakelijkheid krachtens artikel 1:102 betrekking heeft op de helft van die schulden. Een met deze bevrijding van aansprakelijkheid – ten koste van het aandeel van de echtgenoot in de gemeenschap – vergelijkbare situatie doet zich niet voor bij ongedaanmaking van de wettelijke verdeling. Ongedaanmaking laat onverlet dat de echtgenoot erfgenaam is van de erflater, en derhalve aansprakelijk voor de nalatenschapsschulden. Wel is zonder wettelijke verdeling het deel van de schulden waarvoor de echtgenoot aansprakelijk is kleiner. Bevrijding van aansprakelijkheid voor nalatenschapsschulden kan echter bereikt worden door de nalatenschap te verwerpen, dan wel – indien de aansprakelijkheid slechts beperkt hoeft te worden tot de waarde van de nalaten-

schap – door haar te aanvaarden onder voorrecht van boedelbeschrijving. Waar derhalve aan ongedaanmaking van de wettelijke verdeling niet de functie toekomt van bevrijding van aansprakelijkheid, is het niet bezwaarlijk om haar aan een strikte termijn van drie maanden te binden. Aansluiting bij artikel 1:104 lid 2 eerste zin, verdient naar mijn oordeel dan ook geen aanbeveling.

Wel verdient de termijn aanpassing in verband met de mogelijke toepassing van artikel 1:417 lid 2 BW (verklaring van rechtsvermoeden van overlijden) en artikel 1:427 lid 1 BW (vaststelling van overlijden in bepaalde gevallen). Voor die situaties wordt bij zesde nota van wijzigingen voorgesteld een voorziening te treffen in een nieuw vierde lid bij artikel 4.2A.1.6. Daardoor zal de termijn in voorkomende gevallen beginnen te lopen vanaf de dag dat de beschikking, bedoeld in artikel 1:417 BW of 1:427 BW in kracht van gewijsde is gegaan.

Gevraagd wordt of het uitbrengen van een ongedaanmakingsverklaring niet leidt tot toepasselijkheid van artikel 30 van de Successiewet 1956. Zoals in de notitie Fiscale aspecten van het nieuwe erfrecht bij versterf onder punt 2 reeds is opgemerkt wordt in geval de langstlevende echtgenoot de verdeling van de nalatenschap op grond van artikel 4.2A.1.6 ongedaan maakt, voor de toepassing van de belastingwetgeving aangenomen dat de wettelijke verdeling nooit heeft plaatsgevonden. Dit houdt onder meer in dat artikel 30 Sw in dat geval geen toepassing zal vinden.

De vraag of de echtgenoot ook na het verstrijken van de termijn van artikel 4.2A.1.6 nog kan overgaan tot verwerping van de nalatenschap, moet, zoals hierboven reeds vermeld, bevestigend worden beantwoord, wanneer althans het recht daartoe niet door aanvaarding is teniet gegaan.

Vervolgens wordt gevraagd naar het precieze moment waarop een wilsrecht van een handelingsonbekwame vervalt, wanneer door zijn wettelijk vertegenwoordiger met goedkeuring van de kantonrechter van uitoefening is afgezien. In het voorgestelde artikel 4.2A.1.13 lid 3 is bepaald dat indien met goedkeuring van de kantonrechter is afgezien van een verzoek als bedoeld in de artikelen 7, 8, 9 en 10 van afdeling 4.2A.1, een zodanig verzoek nadien niet alsnog kan worden gedaan. De goedkeuring van de kantonrechter betreft het voornemen met betrekking tot de uitoefening van een wilsrecht als bedoeld in de artikelen 7, 8, 9 en 10. Is een voornemen goedgekeurd om wèl gebruik te maken van een wilsrecht, dan blijft dat wilsrecht vanzelfsprekend tot de feitelijke uitoefening ervan in stand. Anders ligt dit echter bij het afzien van uitoefening. Het wilsrecht gaat dan teniet op het moment dat de kantonrechter zijn goedkeuring hecht aan het voornemen om van uitoefening af te zien. Voor het verbinden van enige terugwerkende kracht aan de beslissing van de kantonrechter bestaat naar mijn oordeel geen noodzaak.

Overlijdt de handelingsonbekwame voordat de kantonrechter een beslissing heeft genomen op het verzoek tot goedkeuring van het voornemen met betrekking tot de uitoefening van een wilsrecht, dan rijst de vraag in hoeverre het wilsrecht vererft. Voorop staat dat de bevoegdheden krachtens de artikelen 7, 8, 9 en 10 overgaan op de erfgenamen van degene aan wie de bevoegdheid toekomt. In veel gevallen, namelijk als het kind zelf geen kinderen heeft en ook geen broers of zusters, zal als enig erfgenaam van de rechthebbende echter zijn langstlevende ouder optreden, jegens wie het wilsrecht kon worden uitgeoefend. In dat geval gaat het wilsrecht derhalve door vermenging te niet. Heeft de rechthebbende andere erfgenamen, en hebben deze niet het vrije beheer over hun vermogen, dan zullen voor uitoefening door hen de voorschriften van artikel 4.2A.1.13 gelden.

Wordt de handelingsonbekwame handelingsbekwaam voordat de kantonrechter zijn goedkeuring heeft gegeven, dan zal deze goedkeuring

verder achterwege kunnen blijven nu de erfgenaam alsdan zelf de bevoegdheid heeft om zijn wilsrechten uit te oefenen.

Gevraagd wordt vervolgens of het juist is dat de wilsrechten geen hoogstpersoonlijke wilsrechten zijn. Inderdaad zijn de uit artikel 4.2A.1.7 tot en met 4.2A.1.10 voortvloeiende bevoegdheden niet te beschouwen als hoogstpersoonlijke rechten, in die zin dat zij slechts door de betrokkenen zelf en niet namens hem door een wettelijk vertegenwoordiger kunnen worden uitgeoefend. Ook vererving van de bevoegdheden is mogelijk, waarbij het voor de hand ligt deze als nevenrechten in de zin van artikel 6:142 op te vatten. Wel is er in artikel 4.2A.1.12 lid 6 een grens gesteld, inhoudende dat bij overdracht van de vordering de bevoegdheden teniet gaan.

De bepaling van de huwelijksvermogensrechtelijke gevolgen van de wilsrechten zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld. Wel kan worden opgemerkt dat een uit de wettelijke verdeling voortvloeiende vordering van een kind kan vallen in een huwelijksgemeenschap waarin deze huwt of is gehuwd. De daarbij behorende bevoegdheid om aanspraak te maken op overdracht van tot de nalatenschap van de erflater behorende goederen zal in dat geval naar mijn oordeel ook in de huwelijksgemeenschap vallen.

Verdeling van goederen in een ontbonden huwelijksgemeenschap vergt een levering als voorgeschreven bij overdracht (artikel 3:186 BW). Overdracht van de vordering doet het wilsrecht teniet gaan (artikel 4.2A.1.12 lid 6). Wanneer de levering zou geschieden aan degene van wiens zijde de vordering in de gemeenschap is gevallen, dient deze verdeling niet tot tenietgaan van het wilsrecht te leiden. De gevallen waarin de vordering aan de andere echtgenoot wordt toegedeeld zullen naar verwachting betrekkelijk zeldzaam zijn. Doen zij zich toch voor, dan ligt analogische toepassing van artikel 4.2A.1.12 lid 6 op grond van zijn ratio voor de hand en zal in dat geval het wilsrecht teniet gaan.

Vervolgens worden in het nader eindverslag enige nadere vragen over de wilsrechten gesteld, naar aanleiding van door de Koninklijke Notariële Broederschap aan de fracties van de Tweede Kamer voorgelegde vragen.

a. Allereerst wordt gevraagd of voor de wilsrechten niet het alternatief van zakelijke of persoonlijke zekerheid geboden zou moeten worden, nu het wilsrecht zich niet slechts richt op tot de nalatenschap behorende goederen, maar ook op goederen die behoren tot de door het overlijden ontbonden huwelijksgemeenschap (artikel 4.2A.1.12 lid 1). In de vraag wordt er verder op gewezen dat na het overlijden van de hertrouwde echtgenoot alsnog op overdracht van goederen aanspraak kan worden gemaakt krachtens het wilsrecht van artikel 4.2A.1.8.

Bij de beantwoording van deze vraag zij vooropgesteld dat in afdeling 4.2A.1 voor het versterf-erfrecht een passend evenwicht is bereikt tussen de belangen van de echtgenoot en van de kinderen. Voor dat evenwicht, waarvoor inmiddels vanuit de Kamer steun is uitgesproken, zijn de wilsrechten noodzakelijk, waardoor een kind in bepaalde in de wet omschreven omstandigheden uit de nalatenschap afkomstige goederen kan verkrijgen.

Omtrent de uitoefening van een wilsrecht zullen betrokkenen, zoals tot uitdrukking komt in artikel 4.2A.1.12 lid 5, in eerste instantie onderling tot overeenstemming trachten te komen. Daarbij kan een aanbod van de echtgenoot van de erflater om zekerheid te stellen in plaats van goederen over te dragen, een rol spelen. Komen betrokkenen er niet uit, dan zal de kantonrechter een beslissing nemen, daarbij rekening houdend naar billijkheid met de belangen van ieder van hen. Onder omstandigheden laat het zich voorstellen dat de kantonrechter beslist dat de echtgenoot niet verplicht zal zijn een van zijn zijde in de huwelijksgemeenschap gevallen goed over te dragen. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen bij uit

zijn familie afkomstige goederen, waarmee hij een sterke persoonlijke band heeft. Ook kan een rol spelen of andere goederen, van de zijde van de erflater in de gemeenschap gevallen, voor overdracht in aanmerking komen, dan wel of de echtgenoot bereid is voor de vordering zekerheid te stellen.

De bewijsregel van artikel 4.2A.1.12 lid 1 heeft overigens de strekking om – waar bij de wettelijke verdeling scheiding en deling van de huwelijksgemeenschap achterwege blijft, zodat niet vastgesteld wordt welke goederen daarvan tot de nalatenschap van de erflater behoren – discussie te vermijden over de vraag of overdracht van een tot de huwelijksgemeenschap behorend goed kan worden geweigerd op grond van de stelling dat tot de nalatenschap van de erflater slechts diens aandeel in het betrokken goed behoort.

Een wettelijke voorziening waardoor de verplichting tot overdracht van goederen vervalt wanneer zekerheid wordt gesteld, zou het in de regeling van het erfrecht bij versterf bereikte evenwicht van belangen verbreken.

b. Gesignaleerd wordt dat stiefkinderen van de echtgenoot van de erflater direct na het overlijden van de erflater het wilsrecht van artikel 4.2A.1.9 kunnen uitoefenen, terwijl de eigen kinderen van de echtgenoot pas bij hertrouwen van hun langstlevende ouder het wilsrecht van artikel 4.2A.1.7 kunnen uitoefenen. Gevraagd wordt of zulks wel aanvaardbaar is, nu door het uitoefenen van het wilsrecht door de stiefkinderen de goederen voor de eigen kinderen van de echtgenoot onbereikbaar worden. Inderdaad is het zo dat, wanneer een erflater zowel kinderen nalaat van hemzelf en van zijn echtgenoot gezamenlijk als kinderen uit een eerder huwelijk, laatstgenoemden eerder dan hun halfbroers en halfzusters aanspraak op overdracht van goederen kunnen maken. Dit vindt zijn grond in het feit dat zij, anders dan de eigen kinderen van de echtgenoot, niet bij versterf zullen erven van hun stiefouder. Het vorenstaande neemt echter niet weg dat een erflater de vrijheid heeft zijn kinderen allen in een gelijke positie te brengen ten opzichte van zijn langstlevende echtgenoot, door hen elk in gelijke mate wilsrechten toe te kennen. Die mogelijkheid wordt bij de zesde nota van wijzigingen uitdrukkelijk geboden in artikel 4.2A.1.12 lid 7, dat de wilsrechten vatbaar verklaard voor uitbreiding, beperking of opheffing door de erflater.

c. Een vervanging van het wilsrecht van artikel 4.2A.1.9 (het «eerste» wilsrecht) door een aanspraak op zakelijke of persoonlijke zekerheidsstelling door de echtgenoot van de erflater, is niet gewenst. Aldus zou immers tekort worden gedaan aan de gedachte dat ook kinderen uit een eerder huwelijk van de erflater aanspraak zouden moeten kunnen maken op goederen uit diens nalatenschap.

d en e. Het gevaar dat de wilsrechten gefrustreerd zullen worden door vervreemding van goederen door de stiefouder laat zich moeilijk in algemene zin taxeren. Duidelijk is wel dat zonder de regeling van zaaksvervanging iedere vervreemding van goederen uit de nalatenschap door de echtgenoot van de erflater het werkingsbereik van de wilsrechten beperkt. Zekerheidsstelling biedt daartegen onvoldoende soelaas, nu daarmee wel de waarde van de vordering verzekerd kan worden, doch zij geen betekenis heeft voor een aanspraak op goederen. Naar mijn oordeel zijn de aan zaaksvervanging verbonden bezwaren niet van zodanig gewicht, dat op grond daarvan van een regeling van zaaksvervanging zou moeten worden afgezien, terwijl bovendien deze bezwaren door de bewijsregels van artikel 4.2A.1.12 lid 1 aanzienlijk zijn verminderd. Zowel uit wetenschappelijke als uit notariële hoek wordt de noodzaak van de zaaksvervanging erkend¹.

De Commissie vraagt vervolgens of een langstlevende echtgenoot de uitoefening van een wilsrecht van de kinderen feitelijk onmogelijk, althans zeer onaantrekkelijk kan maken door de goederen te bezwaren met zakelijke genots- of zekerheidsrechten ten behoeve van derden. De

¹ Men vergelijk Lujten, Van Mourik en de commissie Erfrecht, WPNR 6260 (1997) blz. 300, i.k., alsmede Van Mourik, JBN juli/augustus 1997, blz. 7.

echtgenoot van de erflater verkrijgt de goederen van de nalatenschap als eigenaar c.q. rechthebbende. Deze goederen kunnen door de echtgenoot niet alleen worden bezwaard, doch ook worden vervreemd. Inderdaad heeft bezwaring tot gevolg dat de uitoefening van wilsrechten ten aanzien van die goederen minder aantrekkelijk wordt. Dit is inherent aan het gekozen systeem, waarin de langstlevende echtgenoot volledig rechthebbende tot de gehele nalatenschap wordt, evenals het geval is bij de huidige praktijk van de testamentaire ouderlijke boedelverdeling. Wanneer het bezwaren is geschied teneinde de kinderen in hun hoedanigheid van schuldeisers van de echtgenoot te benadelen, zullen de kinderen die bezwaring als paulianeus kunnen vernietigen (artikel 3:45 BW). Verder is denkbaar dat een kind door middel van het leggen van een conservatoir beslag tot levering voorkomt dat een goed wordt vervreemd of bezwaard. Daarvoor zal echter wel nodig zijn dat er een concreet uitzicht bestaat op uitoefening van een wilsrecht dat door vervreemding of bezwaring zou worden gefrustreerd, terwijl verder vereist is dat de echtgenoot onrechtmatig handelt, althans in strijd handelt met de uit artikel 6:2 BW voortvloeiende verplichtingen, door het bedoelde uitzicht niet te respecteren.

De leden van de Commissie vragen voorts wat er gebeurt in geval van faillissement van de langstlevende echtgenoot met een vruchtgebruik ten behoeve van de echtgenoot na uitoefening van wilsrechten door de kinderen. Kan een nalatenschapscrediteur, en vervolgens een privécrediteur van de langstlevende, zich zowel op het vruchtgebruik als op de «blote» eigendom verhalen? Gevraagd wordt tenslotte of het geen aanbeveling verdient om bijzondere bewijsregels in de wet op te nemen ter voorkoming van samenspanning door echtgenoot en kinderen.

Artikel 4.2A.1.2 lid 3 jo. artikel 4.2A.1.11 lid 6 brengt mee dat een schuldeiser voor een nalatenschapsschuld een kind van de erflater kan aanspreken. Diens aansprakelijkheid is daarbij beperkt tot een deel, evenredig aan zijn erfdeel. Uitwinning van het vermogen van het kind voor diens aansprakelijkheid kan vervolgens plaatsvinden met betrekking tot de door het kind krachtens een wilsrecht verkregen goederen, waarbij een daarop voorbehouden vruchtgebruik niet aan de schuldeiser kan worden tegengeworpen. Een nalatenschapscrediteur kan zich dus voor de aansprakelijkheid van een kind zowel verhalen op de blote eigendom als het vruchtgebruik, dus in feite op de volle eigendom. Voor de (volledige) aansprakelijkheid van de echtgenoot van de erflater kan de schuldeiser zich slechts op het vermogen van de echtgenoot verhalen; zolang er geen wilsrechten zijn uitgeoefend, kan verhaal worden genomen op alle uit de nalatenschap afkomstige goederen, na overdracht krachtens wilsrecht is daarvoor verhaal niet meer mogelijk op de blote eigendom doch slechts op het vruchtgebruik. Voor een privéschuldeiser van de echtgenoot geldt hetzelfde: verhaal is, na uitoefening van een wilsrecht en daarop gevolgde overdracht van een goed onder voorbehoud van vruchtgebruik, slechts mogelijk op het vruchtgebruik van het goed.

In faillissement zou samenspanning veelal weinig effect hebben: voor zover door overdracht van goederen de vordering van het kind is verminderd, kunnen schuldeisers van de nalatenschap verhaal nemen op zijn vermogen (artikel 4.2A.1.2 lid 3). Deze uitwinningmogelijkheid is beperkt tot de eigen aansprakelijkheid van het kind, maar deze aansprakelijkheid zal juist als er zodanig grote schulden zijn dat faillissement dreigt, de waarde van de vordering overtreffen. Een cijfervoorbeeld kan dit verduidelijken. Stel dat een echtgenoot en drie kinderen erfgenaam zijn in een nalatenschap die goederen omvat met een waarde van 1000, alsmede schulden ten bedrage van 600. Ieder kind krijgt bij de wettelijke verdeling een vordering van $(1000 - 600) : 4 = 100$. Ieder kind is aansprakelijk voor $600 : 4 = 150$. Overdracht van goederen door de echtgenoot aan een kind ter voldoening aan diens vordering van 100 leidt er, bij deze omvang van de aansprakelijkheid van het kind, toe dat de schuldeisers volledig verhaal

kunnen nemen op de overgedragen goederen. Zouden echtgenoot en kind ondanks het voorgaande niettemin door samenspanning trachten goederen buiten de boedel te houden, dan zal het kind zijn recht bij tegenspraak door de curator in een renvooiprocedure hebben te bewijzen. Heeft zich geen situatie voorgedaan waarin een wilsrecht van artikel 7 of 9 kon worden uitgeoefend, dan kan de curator zich tegen een gestelde overdracht door de echtgenoot bovendien veelal teweer stellen door deze als paulianeus te vernietigen met een beroep op artikel 43 lid 1 onder 2 Faillissementswet. Een bijzondere regel als artikel 61 Faillissementswet, gegeven ter voorkoming dat goederen worden onttrokken aan verhaal door schuldeisers van een der echtgenoten, acht ik dan ook niet nodig.

De Commissie verzoekt om een toelichting op mijn opmerking in de vijfde nota van wijziging (kamerstukken II 1996/97, 17 141, nr. 21, blz. 13) dat ik ervan uitga dat de notaris bij zijn advisering zich in de regel bij de regeling van afdeling 4.2A.1 zal aansluiten en alleen dan afwijkende voorzieningen zal aanbevelen indien de concrete situatie van de erfgenamen daartoe werkelijk aanleiding geeft. Ter toelichting merk ik op dat het hier gaat om een verwachting mijnerzijds, gebaseerd op mijn overtuiging dat met de regeling van afdeling 4.2A.1 een redelijk evenwicht is bereikt tussen de belangen van de langstlevende echtgenoot enerzijds en de kinderen van de erflater anderzijds. Mijn opmerkingen zijn niet bedoeld om aan notarissen of erflaters een norm voor te houden, waarvan zij niet zouden mogen afwijken. Noch de testeervrijheid van de erflater, noch de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris zijn dan ook in het geding.

De Commissie wil weten of een wilsrecht ook teniet gaat bij overdracht van de vordering van een kind aan een mede-erfgenaar. Bij overdracht van de vordering van een kind op de echtgenoot van de erflater gaan de daaraan verbonden bevoegdheden krachtens de artikelen 4.2A.1.7 tot en met 4.2A.1.10 teniet, aldus artikel 4.2A.1.12 lid 6. Zoals in de toelichting op blz. 22 opgemerkt, geldt dit ook bij overdracht aan een mede-erfgenaar. De wilsrechten zijn gegeven ter bescherming van het belang dat een kind zelf heeft bij het kunnen verkrijgen van goederen uit de nalatenschap. Wordt de vordering overgedragen, dan kunnen derhalve de wilsrechten vervallen.

Gevraagd wordt vervolgens wat rechtens is indien het wilsrecht wel is ingeroepen maar (nog) niet gerealiseerd en vervolgens de vordering wordt overgedragen. Door uitoefening van het wilsrecht ontstaat voor de gerechtigde in plaats van het wilsrecht een recht op overdracht van goederen uit de nalatenschap. Dit recht op overdracht is een zelfstandig recht, geen nevenrecht van de vordering (artikel 6:142 BW), zodat het derhalve niet bij overdracht van de vordering mee overgaat op de verkrijger. Wel komt de waarde van de goederen bij overdracht in mindering op de vordering (artikel 4.2A.1.12 lid 2). Bij een – overigens weinig voor de hand liggende – overdracht van de vordering nadat een wilsrecht is uitgeoefend doch voordat de echtgenoot van de erflater is overgegaan tot overdracht van goederen, is de positie van de nieuwe rechthebbende tot de vordering als volgt: spreekt hij de echtgenoot aan tot betaling, dan zal deze hem op grond van artikel 6:145 BW de verweermiddelen kunnen tegenwerpen die ook tegen de oorspronkelijke crediteur konden worden tegengeworpen. De echtgenoot kan derhalve tegenwerpen dat inmiddels aanspraak is gemaakt op overdracht van goederen en dus niet mede aanspraak op betaling kan worden gemaakt, dan wel dat inmiddels overdracht van goederen heeft plaatsgevonden en de vordering daardoor is verminderd. Het zal evenwel duidelijk zijn dat het kind, door overdracht van zijn vordering zonder gelijktijdige overdracht van zijn leveringsrecht ten aanzien van de goederen, zich jegens de nieuwe rechthebbende doorgaans schuldig zal maken aan wanprestatie.

Naar aanleiding van een opmerking van Soons (JBN juli/augustus 1997, blz. 8 l.k.) wil de Commissie vernemen of in geval van zaaksvervanging (analogisch) ook artikel 1:125, tweede zin, BW geldt met betrekking tot het privé zijn van een schuld. Artikel 1:125 bepaalt ten aanzien van bepaalde schulden dat zij niet vallen in een gemeenschap van vruchten en inkomsten. Naar mijn oordeel komt men aan analogische toepassing niet toe. In de huwelijksgemeenschap kan een door de echtgenoot aangegane schuld niet vallen, nu deze door de dood van de erflater is ontbonden. Voor de vraag of door de echtgenoot aangegane schulden, in plaats van als privé-schulden, kunnen worden beschouwd als schulden van de nalatenschap geeft de wet in artikel 4.1.3e een uitputtende regeling. Voor enige analogische toepassing van artikel 1:125 BW is daarnaast geen plaats.

Gevraagd wordt aan te geven waarom geen bijzondere curator hoeft op te treden voor een handelingsonbekwame bij de uitoefening van de wilsrechten. Uitgangspunt is, dat bij de uitoefening van wilsrechten ten behoeve van een minderjarige niet in alle gevallen zonder meer een bijzondere curator behoeft op te treden. Artikel 1:250 BW gaat er namelijk vanuit, dat niet automatisch in het geval van strijd van belangen een bijzondere curator moet worden benoemd. De kantonrechter moet immers ook nog hebben kunnen vaststellen dat hij zodanige benoeming in het belang van de minderjarige of de onder curatele gestelde noodzakelijk acht, «daarbij in het bijzonder de aard van deze belangenstrijd in aanmerking genomen». Dit geeft de kantonrechter derhalve reeds ruimte om van benoeming van een bijzondere curator af te zien, hetgeen zich in casu vooral laat denken bij geringere of eenvoudig samengestelde vermogens. Het enkele feit, dat het de kantonrechter is die over de uitoefening van een wilsrecht de beslissing neemt vormt op zich al voldoende waarborg dat met de (gerechtvaardigde) belangen van het onbekwame kind wordt rekening gehouden.

De Commissie verzoekt vervolgens om een toelichting op het begrip «eigen beslissing» in artikel 4.2A.1.13 lid 1, laatste zin. Vanzelfsprekend neemt de kantonrechter altijd, in de strikte zin des woords, een «eigen beslissing», óók in het geval hij zijn goedkeuring aan het voornemen van de wettelijke vertegenwoordiger verleent of daaraan onthoudt. Inderdaad is met de term «eigen beslissing» bedoeld dat de kantonrechter ook een andere dan de gevraagde beslissing kan nemen, bijvoorbeeld omdat hij het voorstel van de wettelijke vertegenwoordiger met het oog op de belangen van het kind niet aanvaardbaar acht en de wettelijke vertegenwoordiger niet bereid is gebleken een ander voorstel te doen. De ruimte die de kantonrechter hier heeft wordt ook hier beheerst door de norm «rekening houdende naar billijkheid met de belangen van het kind, de andere kinderen aan wie de bevoegdheid eveneens toekomt en van degene jegens wie het wilsrecht bestaat».

Het betrekken van een stiefkind in de wettelijke verdeling krachtens artikel 4.2A.1.14 dient naar mijn oordeel, indien daarnaast althans geen expliciete erfstelling van het stiefkind heeft plaatsgevonden, te worden opgevat als een impliciete erfstelling van het stiefkind.

Gevraagd wordt mijn oordeel over de opmerking in WPNR 6260 (1997), blz. 303, dat behalve de wilsrechten van de artikelen 9 en 10 van afdeling 4.2A.1 ook de wilsrechten als omschreven in de artikelen 7 en 8 van die afdeling toepasselijk zijn op de in een wettelijke verdeling betrokken stiefkinderen. In de toelichting is in verband met het betrekken van een stiefkind in de wettelijke verdeling bij wijze van voorbeeld gewag gemaakt van de wilsrechten van artikel 9 en 10. Wanneer stiefkinderen de wilsrechten van de artikelen 9 en 10 kunnen genieten, zullen zij aan de rechten van de artikelen 7 en 8 geen behoefte hebben.

De veronderstelling van Van Mourik dat ten aanzien van stiefkinderen ten aanzien van wie een uiterste wilsbeschikking als bedoeld in artikel 4.2A.1.14 is getroffen de wettelijke regeling van plaatsvervulling van toepassing zal zijn is, blijkens de tweede zin van artikel 4.2A.1.14 juist.

Het in de verdeling betrekken van een stiefkind zal er over het algemeen niet toe leiden dat de legitieme portie van de legitimarissen in gevaar komt. Enig cijferen leert dat pas in het geval dat in de wettelijke verdeling het aantal stiefkinderen het aantal eigen kinderen met minimaal twee overtreft, het erfdeel van een eigen kind minder zou bedragen dan de helft van het erfdeel waarop dat eigen kind zonder stiefkinderen aanspraak zou hebben gehad. Uitgaande van de bij de vijfde nota van wijzigingen aangekondigde uniformering van de legitieme portie op de helft van het erfdeel bij versterf, zou dan dus een spanning ontstaan tussen de wettelijke verdeling en de legitieme portie. Zoals op blz. 23 van de vijfde nota van wijziging aangekondigd, bevat de zesde nota van wijziging een voorziening die voor de zojuist bedoelde situatie meebrengt dat de legitieme portie van een eigen kind van de erflater wordt verminderd tot het uit de wettelijke verdeling voortvloeiende erfdeel (men zie het voorgestelde artikel 4.3.3.2 lid 3).

Zoals ik in het antwoord op de vorige vraag heb toegelicht, maakt de gelijke behandeling van eigen kinderen en stiefkinderen die mogelijk wordt gemaakt met artikel 4.2A.1.14 het nodig de legitieme portie voor bepaalde situaties aan te passen. Het stiefkind behoeft daarvoor niet tot legitimaris te worden gemaakt, ook niet als te zijnen aanzien een beschikking is gemaakt krachtens artikel 4.2A.1.14.

Een verkrijging door een stiefkind krachtens artikel 4.2A.1.14 is in beginsel onaantastbaar voor legitimarissen ingevolge het voorgestelde derde lid van artikel 4.3.3.2. Een uitzondering doet zich voor wanneer niet alleen een stiefkind in de wettelijke verdeling is betrokken, maar daarnaast een legitimaris is onterfd. Wanneer deze legitimaris zich op zijn legitieme portie beroept, zal deze mede ten laste komen van hetgeen het stiefkind toekomt.

Zoals hiervoor is toegelicht, maakt de gelijke behandeling van eigen kinderen en stiefkinderen bij de wettelijke verdeling het nodig de legitieme portie onder omstandigheden te beperken. De vraag rijst echter of met een beperking bij de wettelijke verdeling kan worden volstaan. Wanneer twee echtgenoten, elk met voorkinderen, over en weer besluiten om de eigen kinderen en de stiefkinderen erfrechtelijk gelijk te behandelen, zal immers slechts één nalatenschap worden verdeeld overeenkomstig de wettelijke verdeling. Toch zal ook bij de afwikkeling van de tweede nalatenschap, die van de langstlevende echtgenoot derhalve, de gelijke behandeling van de eigen kinderen en de stiefkinderen bescherming verdienen. Er is daarom voor gekozen om te bepalen dat ook verkrijgingen door een stiefkind anders dan bij een wettelijke verdeling krachtens artikel 4.2A.1.14 door een legitimaris niet zullen kunnen worden aangetast, zolang maar de legitimaris tenminste de waarde ontvangt die zijn erfdeel bij versterf had belopen indien het stiefkind een eigen kind van de erflater was geweest. Door het voorgestelde derde lid van artikel 4.3.3.2 zal de invloed op de legitieme portie van makingen ten behoeve van stiefkinderen met of zonder wettelijke verdeling gelijk zijn.

Mr. D. van Emden is blijkens zijn bijdrage in NJB 1997/28, blz. 1278–1279, ervoor beducht dat, zolang een wilsrecht nog niet kan worden uitgeoefend, «een ouder die kwaad wil ongecontroleerd het erfgeld dat zijn kind toekomt kan opsouperen». Van Emden doelt daarbij op de ouder die het ouderlijk gezag over zijn minderjarig kind heeft en op de ouder die curator is van zijn kind dan wel bewindvoerder in de zin van titel 1.19 BW.

Ik meen dat voor die vrees geen grond is, en wijs daartoe op het volgende.

Evenals onder het geldende recht (namelijk in het kader van de testamentaire ouderlijke boedelverdeling) het geval is, zal de ouder voor zijn of haar medewerking aan de verplichte boedelbeschrijving van artikel 4.2A.1.4 lid 2 de machtiging van de kantonrechter behoeven (zie HR 9 september 1988, NJ 1989, 239 en voor de toepasselijke wetsbepalingen artikel 1:345 lid 1 onder a juncto artikel 1:253k BW, respectievelijk – voor curatele – artikel 1:345 lid 1 onder a juncto artikel 1:386 BW). Bij beschermingsbewind is dit niet anders (artikel 1:441 lid 2 BW). De kantonrechter kan te allen tijde, uiteraard indien daarvoor een goede reden is, zekerheidsstelling bevelen, indien de ouder curator is van zijn kind of indien de ouder het bewind in het kader van titel 1.19 BW over de goederen van het kind voert (artikel 1:363 respectievelijk artikel 1:445 lid 4 BW). De kantonrechter zou daartoe bijvoorbeeld aanleiding kunnen vinden indien hem signalen van het kind of van derden bereiken die duiden op verkwisting, waardoor de verzorging van het kind in het gedrang komt. Naar aanleiding van zulke signalen kan hij overigens ook gebruik maken van zijn bevoegdheid van artikel 1:354 BW om de ouder of de ouder-curator ten verhoore te doen oproepen (zie voor het beschermingsbewind de overeenkomstige bepaling van artikel 1:436 lid 5 BW). Veelal blijkt een gesprek met de ouder overigens voldoende en zijn preventieve maatregelen niet nodig.

Voorts geldt dat de ouder, ouder-curator en ouder-bewindvoerder het bewind over het vermogen van hun kind als een goed bewindvoerder moeten voeren en dat zij bij slecht bewind voor de daaraan te wijten schade aansprakelijk zijn (artikel 1:253j BW, respectievelijk artikel 1:337 lid 2 juncto artikel 1:386 BW, respectievelijk artikel 1:444 BW).

De suggestie van Van Mourik in zijn naschrift bij de bijdrage van mr. van Emden heeft betrekking op de situatie dat een wilsrecht reeds is ontstaan. Daarvoor geeft artikel 4.2A.1.13 een regeling.

Tenslotte merk ik in verband met de desbetreffende suggestie van mr. Van Emden nog op, dat de ouder die na overlijden het ouderlijk gezag alleen uitoefent, niet tot een periodieke rekening kan worden verplicht: artikel 1:359 BW geldt blijkens artikel 1:253j BW voor zodanige ouder niet. Het opleggen van een verplichting tot periodieke rekening over het bewind aan de ouder-curator is, blijkens de bewoordingen van artikel 1:359 niet de regel, maar – naar ik meen terecht – uitzondering.

Gevraagd wordt naar de taak van de kantonrechter bij goedkeuring van een boedelbeschrijving. Artikel 4 van afdeling 4.2A.1 schrijft voor dat, indien de echtgenoot of een kind niet het vrije beheer over zijn vermogen heeft, een boedelbeschrijving moet worden opgemaakt die, indien zulks bij onderhandse akte plaatsvindt, de goedkeuring van de kantonrechter behoeft. De vraag of de onderhandse akte de goedkeuring van de kantonrechter behoeft, heb ik nogmaals overwogen. Het vereiste van goedkeuring door de kantonrechter zou inderdaad betekenen dat er in alle gevallen een inhoudelijk onderzoek naar de juistheid van de boedelbeschrijving zou moeten plaatsvinden. Artikel 1:338 lid 3 BW schrijft echter voor de daarbedoelde boedelbeschrijving door de voogd en de curator geen goedkeuring door de kantonrechter voor. Hiervoor bleek verder dat voor het meewerken aan een boedelbeschrijving namens een persoon die het vrije beheer mist over zijn vermogen, reeds machtiging door de kantonrechter vereist is. Daarom kan naar ik meen van de eis van goedkeuring door de kantonrechter worden afgezien. Wel zal het nuttig zijn, indien een afschrift van de boedelbeschrijving ter griffie van het kantongerecht van de woonplaats van de echtgenoot of het kind wordt ingeleverd. Zij stelt de kantonrechter in staat te overwegen of er aanleiding is gebruik te maken van zijn ambtshalve bevoegdheid om te bepalen dat de boedelbeschrijving toch bij notariële akte dient te

geschieden. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn bij grotere of meer ingewikkeld samengestelde vermogens. De nota van wijziging bevat de terzake nodige wijzigingen van artikel 4.2A.1.4 lid 2.

Naar aanleiding van de desbetreffende vraag merk ik op dat de consistentie van de regeling geenszins in het geding is door het feit dat de erflater wèl de wilsrechten van de kinderen kan beperken, terwijl de echtgenoot van de erflater wegens de voorgestelde regeling van de zaaksvervangning niet de mogelijkheid heeft om door vervreemding van goederen te voorkomen dat een wilsrecht ontstaat. De positie van de erflater ten opzichte van de nalatenschap is namelijk een volledig andere dan die van de echtgenoot als erfgenaam. De testeervrijheid van de erflater omvat mede dat aan de kinderen slechts een niet opeisbare vordering zonder wilsrechten tot verkrijging van goederen kan worden toegekend. Dat de echtgenoot het ontstaan van wilsrechten niet kan voorkomen, staat daar los van: gegeven het feit dat aan een kind een niet opeisbare vordering toekomt op de echtgenoot van de erflater, verbindt de wet daaraan – tenzij de erflater anders beschikt heeft – wilsrechten. Het gaat niet aan dat deze wilsrechten door de echtgenoot zouden kunnen worden uitgehold door vervreemding van de goederen ten aanzien waarvan de wilsrechten zijn gegeven. Uitholling wordt daarom voorkomen door een regel van zaaksvervangning.

De Commissie heeft gevraagd of niet te overwegen ware in de wet uitdrukkelijk te bepalen welke bepalingen van afdeling 4.2A.1 regelend dan wel dwingend recht zijn. Deze suggestie van de Commissie neem ik gaarne over. Het resultaat is dan als volgt. De nalatenschap zal geheel volgens afdeling 4.2A.1 worden afgewikkeld indien de erflater – indien hij een echtgenoot en kinderen achterlaat – geen uiterste wilsbeschikkingen heeft gemaakt. De erflater heeft ingevolge lid 1 van artikel 4.2A.1.1 de mogelijkheid om de regeling van de wettelijke verdeling geheel uit te sluiten, met als gevolg dat zijn echtgenoot en de kinderen de nalatenschap zelf zullen moeten verdelen. Daarnaast heeft de erflater de mogelijkheid om zijn nalatenschap wel overeenkomstig de wettelijke verdeling te laten verdelen, doch onder afwijking van één of meer onderdelen daarvan, waar de wet zulks uitdrukkelijk toelaat. Zo kunnen ingevolge artikel 4.2A.1.1 lid 3 de gronden voor opeisbaarheid van de vordering van een kind op de echtgenoot van de erflater worden uitgebreid en kan de erflater ingevolge lid 4 van dezelfde bepaling beschikkingen treffen met betrekking tot de rente op de vordering van een kind. Verder kunnen de wilsrechten van de artikelen 4.2A.1.7 tot en met 4.2A.1.10 worden uitgebreid, beperkt of opgeheven. Tenslotte kan de erflater ingevolge artikel 4.2A.1.14 een stiefkind als eigen kind in de wettelijke verdeling betrekken.

Van de overige bepalingen van afdeling 4.2A.1 kan door de erflater niet worden afgeweken. De erflater kan bijvoorbeeld niet bepalen dat de echtgenoot niet jegens de kinderen verplicht zal zijn tot voldoening van de nalatenschapsschulden. Evenmin kan de erflater bepalen dat ondanks aanwezigheid van een minderjarig kind geen boedelbeschrijving hoeft te worden gemaakt.

Titel 2A – Afdeling 2

Gevraagd wordt naar de reikwijdte van het begrip «de woning, die ten tijde van het overlijden door de erflater en zijn echtgenoot tezamen of door de echtgenoot alleen bewoond werd» in artikel 4.2A.2.2 lid 1. Dit begrip zal in voorkomende gevallen met inachtneming van alle omstandigheden moeten worden beoordeeld. Aansluiting bij het vergelijkbare begrip woning in artikel 1:88 BW ligt daarbij wel in de rede. Een verschil met genoemde bepaling is dat daar sprake is van «een» woning die

gezamenlijk of door de echtgenoot alleen bewoond wordt, waarmee bedoeld is mede een «tweede woonmilieu» in te sluiten, zoals zich bijvoorbeeld voordoet wanneer de ene echtgenoot voor zijn werk door de week in een andere woning verblijft dan de rest van het gezin. Het zal duidelijk zijn dat het toestemmingsvereiste van artikel 1:88 betrekking dient te hebben op het gehele woonmilieu van de echtgenoten, terwijl het voor de toepassing van artikel 4.2A.2.2 niet nodig is dat de echtgenoot van de erflater aanspraak kan maken op het vruchtgebruik van zowel een eerste als een tweede woning. In twijfelgevallen ligt het voor de hand dat een vruchtgebruik wordt verkregen op de woning waar de echtgenoot doorgaans verbleef, doch hier zal uiteindelijk de rechter in het concrete geval een beslissing moeten nemen. Voor wat betreft het vakantiehuisje, de kampeerwagen of de boot waar de erflater en de echtgenoot een aanzienlijk deel van hun tijd doorbrachten, valt op te merken dat deze gevallen doorgaans buiten de werkingssfeer van artikel 4.2A.2.2 zullen vallen, althans wanneer er een andere woning valt aan te wijzen waar de echtgenoot alleen of tezamen met de erflater vaker verbleef.

De Commissie vraagt wat het gevolg is als een termijn als genoemd in artikel 4.2A.2.4 leden 2 en 3 en artikel 4.2A.2.8 door onbekendheid met het overlijden van de erflater ongebruikt zijn verlopen. De termijnen van artikel 4.2A.2.4 en artikel 4.2A.2.8 zijn fatale termijnen: na het verstrijken ervan kan niet alsnog aanspraak worden gemaakt op het vruchtgebruik krachtens de artikelen 4.2A.2.2 en 4.2A.2.3 of de sommen ineens van artikel 4.2A.2.6 en artikel 4.2A.2.7. Onbekendheid met het lopen van de termijn brengt daarin geen verandering, nu daardoor de rechtszekerheid voor de diverse belanghebbenden bij een nalatenschap in het gedrang zou komen. Het doen aanvragen van de termijn op de dag dat de langstlevende kennis neemt van het overlijden van de erflater zou ook betrekkelijk willekeurig zijn, aangezien het zich goed kan voordoen dat een somgerechtigde op een eerder of later tijdstip kennis krijgt van het overlijden.

Voor de situatie van de artikelen 1:417 lid 2 BW (verklaring van rechtsvermoeden van overlijden) en artikel 1:427 lid 1 BW (vaststelling van overlijden in bepaalde gevallen) worden in de zesde nota van wijziging wel voorzieningen voorgesteld (artikel 4.2A.2.10a).

Gevraagd wordt vervolgens naar de reikwijdte van het recht op overdracht van bedrijfsgoederen ingevolge artikel 4.2A.2.9. Voor toepasselijkheid van artikel 4.2A.2.9 wordt niet onderscheiden tussen goederen die geheel dienstbaar zijn aan het voort te zetten bedrijf en goederen die dat slechts voor een deel zijn. Een dergelijk onderscheid valt ook niet in het algemeen te maken. Aan te nemen valt dat de praktijk hier zijn weg wel zal vinden; daarbij geldt natuurlijk dat overneming van goederen die slecht gedeeltelijk dienstbaar zijn aan het bedrijf voor de voortzettende persoon kostbaar is, nu hij tevens zal moeten betalen voor het niet aan het bedrijf dienstbare deel. Onder omstandigheden zal de kantonrechter door het treffen van een nadere regeling een redelijk resultaat bereiken, bijvoorbeeld door aan de verplichting tot overdracht een voorwaarde te verbinden dat aan de overdragende persoon bepaalde rechten zullen toekomen.

Naar aanleiding van de vraag in hoeverre aansluiting dient te worden gezocht bij het fiscale begrip bedrijfsvermogen, merk ik op dat het begrip ondernemingsvermogen uit de Wet op de inkomstenbelasting 1964 veelal dezelfde goederen zal omvatten als de goederen die vallen onder het bereik van artikel 4.2A.2.9. Het is echter mogelijk dat ten aanzien van een bepaald goed dat zich als het ware op de grens bevond van het ondernemingsvermogen en het privévermogen van de erflater, en ten aanzien waarvan de erflater gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om het tot zijn privévermogen te rekenen, door de kantonrechter toch

toepassing wordt gegeven aan artikel 4.2A.2.9, indien degene die het bedrijf voortzet het goed daarvoor toch nodig heeft. Ook het omgekeerde zal zich kunnen voordoen bij de in artikel 4.2A.2.9 aan de kantonrechter gegeven bevoegdheid.

Wanneer tot het bedrijf mede een zogenaamde «eigenlijke» dienstwoning behoorde, zal deze mede begrepen zijn onder de in artikel 4.2A.2.9 bedoelde goederen, zodat de verplichting tot overdracht mede betrekking kan hebben op die dienstwoning. Verwacht mag worden dat de kantonrechter geen verplichting tot overdracht zal opleggen zonder acht te slaan op de belangen van een in de dienstwoning verblijvende werknemer.

Naar aanleiding van vragen van Soons heeft de Commissie enige vragen gesteld over de voortzetting van een beroep of bedrijf van de erflater.

a en b. De vraag wanneer sprake is van de voortzetting van een door de erflater uitgeoefend beroep of bedrijf, laat zich niet in algemene zin beantwoorden, doch zal van geval tot geval met inachtneming van de omstandigheden van het geval moeten worden beantwoord. Beslissend zal moeten zijn of de identiteit van de door de erflater gevoerde onderneming – beroep of bedrijf – bewaard blijft. Een richtsnoer zal gevonden kunnen worden in de regeling voor overgang van ondernemingen in artikel 7:662 BW (voorheen artikel 7A:1639aa BW) en volgende, alsmede de omtrent die regeling bestaande literatuur en jurisprudentie, waaronder bijvoorbeeld Hof van Justitie EG 18 maart 1986, NJ 1987, 502.

Intussen zal in vele gevallen volstrekt duidelijk zijn dat en door wie een beroep of bedrijf wordt voortgezet, omdat daaromtrent reeds voor het overlijden van de erflater duidelijke afspraken door betrokkenen zijn gemaakt. Indien niets geregeld is, kan de vraag rijzen op welke wijze kan worden vastgesteld wie het beroep of bedrijf zal voortzetten. Artikel 4.2A.2.9 verschaft niet zelf een recht op voortzetting van een door de erflater uitgeoefend beroep of bedrijf. Het kan zijn dat de erflater bij uiterste wilsbeschikking heeft verklaard wat zijn uiterste wil terzake is, en de uitvoering daarvan door erfstelling of legaten vergemakkelijkt. Ontbreken dergelijke regelingen, dan kunnen erfgenamen onderling de voortzetting bij overeenkomst regelen. Rijst er terzake een geschil, dan zal dit uiteindelijk op de voet van artikel 3:185 door de rechter moeten worden beslist.

c. Niet vereist is dat het beroep of bedrijf door de erflater tot zijn dood is voortgezet. Er kunnen gevallen zijn dat de erflater reeds voor zijn overlijden, bijvoorbeeld in verband met ziekte, de uitoefening van het bedrijf heeft opgeschort. Voor de toepassing van artikel 4.2A.2.9 is beslissend dat degene die om overdracht verzoekt, het beroep of bedrijf «voortzet». Men vergelijk mijn opmerkingen terzake in de toelichting bij de vijfde nota van wijziging, blz. 25.

Titel 5 – Afdeling 1

Twee vragen zijn door de Commissie gesteld met betrekking tot inschrijving van bepaalde gegevens in het boedelregister.

a. Het komt niet wenselijk voor om de eis te stellen dat in het boedelregister de overlijdensakte van de erflater is ingeschreven alvorens een verklaring van erfrecht of van executele kan worden afgegeven. Een verklaring van erfrecht of van executele dient soms met spoed te kunnen worden afgegeven om bepaalde rechtshandelingen mogelijk te maken die geen uitstel kunnen lijden. Het zou niet praktisch zijn om de afgifte van bedoelde verklaringen afhankelijk te maken van een vormvereiste als inschrijving van de overlijdensakte in het boedelregister.

b. Ook de vraag of de verklaring van erfrecht of van executele ingeschreven dient te worden in het boedelregister, wordt door mij niet bevestigend beantwoord. De functie van de verklaring van erfrecht of van

executele is hierin gelegen dat zij de erven of de executeur-testamentair als zodanig tegenover schuldenaren legitimeert. Inschrijving in het boedelregister is daarvoor niet nodig of wenselijk.

Naar aanleiding van uit de Koninklijke Notariële Broederschap afkomstige vragen over artikel 1:102 BW en over de bevoegde rechter in zaken van erfrecht, antwoord ik als volgt.

a. Artikel 1:102 BW leidt ertoe dat na ontbinding van de huwelijksgemeenschap een echtgenoot voor de helft aansprakelijk wordt voor de gemeenschapsschulden waarvoor hij voor de ontbinding niet aansprakelijk was. De bepaling geldt ook in geval van ontbinding door overlijden van een echtgenoot. Alsdan zullen de schulden van de echtgenoot van de erflater derhalve aanleiding geven tot een aansprakelijkheid ingevolge artikel 1:102. In dat geval behoren de met deze aansprakelijkheid corresponderende schulden gewoon tot de schulden der nalatenschap (waaraan niet afdoet dat zij eerst met de dood van de erflater ontstaan). Als schulden der nalatenschap zijn deze schulden geheel onderworpen aan de regeling van artikel 4.2A.1.2. Artikel 1:102 is dus niet op enigerlei wijze hinderlijk voor kinderen die betrokken zijn in de wettelijke verdeling.

b. Gezien het antwoord op de vorige vraag verdient het naar mijn oordeel geen aanbeveling te bepalen dat artikel 1:102 BW in geval van de wettelijke verdeling – naar met de vraag bedoeld zal zijn – geen toepassing vindt. Overigens verdient wel opmerking dat het huwelijksvermogensrecht, en daarmee artikel 1:102 BW, onderwerp vormt van onderzoek naar aanleiding van een daartoe strekkende toezegging van de Staatssecretaris van Justitie in het kader van de parlementaire behandeling van de Wet van 5 juli 1997 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met opneming daarin van bepalingen voor het geregistreerd partnerschap (Stb. 324).

c. De vraag of het geen aanbeveling verdient de kantonrechter in alle zaken van erfrecht als absoluut bevoegde rechter aan te wijzen, beantwoord ik ontkennend. In concrete gevallen als in de artikelen 4.2A.1.3 en 4.2A.1.11–13, maar ook in afdeling 4.2A.2, is de kantonrechter bevoegd verklaard. Van de wenselijkheid van een algemene afwijking van de uit de Wet R.O. voortvloeiende bevoegdheidsverdeling tussen kantonrechter en rechtbanken is mij niet gebleken. Verder zou het scheppen van een algemene bevoegdheid van de kantonrechter in zaken van erfrecht een ingrijpende stap betekenen die het kader van de onderhavige nota van wijziging verre te buiten zou gaan.

Van de voorspelling van A.J.M. Nuytinck (FJR 1997/5, blz. 105 in fine) dat het nieuwe erfrecht op zijn vroegst op 1 januari 2002 wordt ingevoerd, heb ik natuurlijk met belangstelling kennis genomen. Ook mij is er veel aan gelegen de invoering zo spoedig mogelijk te doen plaatsvinden. Ik spreek de hoop uit dat een en ander bij een voortvarende aanpak ook eerder dan 2002 kan worden voltooid.

Aanwijzingen voor de regelgeving

Aanwijzing 123 voor de regelgeving brengt naar mijn gevoelens niet mee – ook niet naar de geest – dat een begripsbepaling aan de materiële regeling vooraf dient te gaan. In dit geval maakt bovendien reeds de aanhef van titel 4.2A duidelijk dat de van tafel en bed gescheiden echtgenoot daaraan geen rechten ontleent.

Als bijlage bij deze nota is een doorlopende tekst van Boek 4 gevoegd, waarin de bij het onderhavige wetsvoorstel voorgestelde wijzigingen zijn verwerkt, inclusief de wijzigingen uit de zesde nota van wijzigingen die deze nota vergezelt.¹

De Minister van Justitie,
W. Sorgdrager

¹ Ter inzage gelegd bij de afdeling Parlementaire Documentatie.