

Vergaderjaar 1999–2000

26 822

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

Nr. 5

### VERSLAG

Vastgesteld 11 mei 2000

De vaste commissie voor Justitie<sup>1</sup> belast met het voorbereidend onderzoek van dit wetsvoorstel, heeft de eer als volgt verslag uit te brengen van haar bevindingen.

Onder het voorbehoud dat de hierin gestelde vragen en gemaakte opmerkingen tijdig zullen zijn beantwoord, acht de commissie de openbare behandeling van het wetsvoorstel voldoende voorbereid. De commissie heeft zich bij haar werkzaamheden laten bijstaan door prof. mr A.L.G.A. Stille.

### Algemeen

De leden van de vaste commissie voor Justitie hebben met bijzondere belangstelling kennis genomen van dit wetsvoorstel, waarmee wordt beoogd bijzondere overgangsbepalingen vast te stellen in verband met de invoering van zowel het nieuwe erfrecht (Boek 4) als het nieuwe schenkingenrecht (titel 7.3). Zij hebben er goede nota van genomen dat daarnaast nog aanpassingen in de overige wetgeving zullen plaatsvinden, en dat daarvoor een apart voorstel van wet wordt ingediend.

De commissie stemt er van ganser harte mee in dat de thans voorgestelde overgangsbepalingen worden toegevoegd aan de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (Wet van 2 april 1991, Stb. 1991, 197, hierna aan te duiden met Ow). Aldus wordt gebruik gemaakt van het bestaande stelsel van die wet waarin per Boek van het Burgerlijk Wetboek een overgangsregeling wordt gegeven, terwijl bovendien voor de Boeken 3–8 een «gezamenlijke» regeling geldt, die mitsdien ook zal gaan gelden met de invoering van het nieuwe erf- en schenkingenrecht voor Boek 4 en voor titel 7.3. De commissie acht de onmiddellijke inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving in Boek 4 en titel 7.3 zoals voorgesteld in artikel 68a Ow een juist uitgangspunt. Daardoor wordt bereikt – behoudens een enkele uitzondering – dat betrekkelijk kort na de invoering van het nieuwe Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek het oude erfrecht tot het verleden zal behoren. Daaraan doet niet af dat een vóór het tijdstip van inwerkingtreding van het nieuwe recht opengevallen nalatenschap – in beginsel – wordt beheerst door het tot dan toe geldende recht. De commissie constateert dat op deze twee uitgangspunten terecht een aantal inbreuken wordt gemaakt, in het bijzonder indien onder het oude recht voor het erfrecht van belang

<sup>1</sup> Samenstelling:

Leden: Swildens-Rozendaal (PvdA), Van de Camp (CDA), Biesheuvel (CDA), Scheltema-de Nie (D66), Zijlstra (PvdA), Kalsbeek-Jasperse (PvdA), Apostolou (PvdA), Middel (PvdA), Van Heemst (PvdA), voorzitter, Rouvoet (RPF), Rabbae (GroenLinks), Van Oven (PvdA), Dittrich (D66), ondervoorzitter, O. P. G. Vos (VVD), Van Wijmen (CDA), De Wit (SP), Weekers (VVD), Wijn (CDA), Van der Staaij (SGP), Ross-van Dorp (CDA), Patijn (VVD), Niederer (VVD), Nicolaï (VVD), Halsema (GL), Vacature VVD.

Plv. leden: Wagenaar (PvdA), Balkenende (CDA), Verhagen (CDA), Van Vliet (D66), Duijkers (PvdA), Arib (PvdA), Kuijper (PvdA), Albayrak (PvdA), Barth (PvdA), Schutte (GPV), Karimi (GroenLinks), Santi (PvdA), Hoekema (D66), Van den Doel (VVD), Rietkerk (CDA), Marijnissen (SP), De Vries (VVD), Eurlings (CDA), Van Walsem (D66), Buijs (CDA), Rijpstra (VVD), Van Baalen (VVD), Van Blerck-Woerdman (VVD), Oedayraj Singh Varma (GroenLinks), Kamp (VVD).

zijnde rechtsfeiten zijn voorgevallen, dan wel rechtshandelingen zijn verricht die ook onder het nieuwe recht doorwerken. In het navolgende zal de commissie ook daaraan, waar nodig, aandacht besteden.

### **Gevolgen bij overlijden vóór inwerkingtreding nieuw erfrecht**

Zoals hiervoor al aangegeven vererft de nalatenschap van een erflater die is overleden vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving, naar oud recht. Door dat overlijden verkregen vermogensrechten worden ook na de inwerkingtreding van het nieuwe erfrecht geëerbiedigd (artikel 69 Ow). Dat is in overeenstemming met het door de commissie onderschreven uitgangspunt dat de onder het oude recht door de erflater geuite wensen zoveel mogelijk dienen te worden gerespecteerd. De commissie is het er voorts mee eens dat een aantal regelingen van het nieuwe recht desondanks toepasselijk zal zijn op onder het oude recht opge gevallen nalatenschappen. Het gaat daarbij onder meer om het bepaalde in artikel 125 Ow dat artikel 4.1.3c [rechterlijk(e) uitstel of spreading van betaling van schulden der nalatenschap] van overeenkomstige toepassing is op schulden behorende tot een voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet opge gevallen nalatenschap. Deze instemming geldt evenzeer artikel 135 Ow op grond waarvan – kort gezegd – de positie als erfgenaam in een voor de invoering van het nieuwe erfrecht opge gevallen nalatenschap zoveel mogelijk gelijk wordt gesteld aan die van erfgenamen in een nadien opge gevallen nalatenschap; zie afdeling 4.5.1. Ook artikel 136 Ow, dat bepaalt dat in geval van een ten tijde van de invoering nog lopend recht van beraad (artikel 4:1070 BW) de termijn naar oud recht blijft doorlopen, maar dat evenzeer bepaalt dat de verlenging van die termijn wordt geregeld door nieuw recht (artikel 4.5.1.4 lid 4), onderschrijft zij graag. In dit verband kan de commissie er zich in vinden dat daarentegen bij vóór de inwerkingtreding van het nieuwe erfrecht opge gevallen nalatenschappen op Afdeling 4.2A.2 (andere wettelijke rechten) geen beroep zal kunnen worden gedaan, maar dat artikel 899b BW (het zogeheten wettelijk *préciput* van de inboedel ten behoeve van de langstlevende echtgenoot) blijft gelden; artikel 126 Ow.

De commissie verwacht dat zich bij nalatenschappen die onder het oude recht zijn opge gevallen, problemen van uitleg zullen voordoen. De commissie zal die problemen hierna aan de orde stellen in een apart onderdeel van dit verslag.

### **Gevolgen bij overlijden na inwerkingtreding nieuw erfrecht**

Ingeval het overlijden plaatsvindt na de inwerkingtreding van de nieuwe wet is op de nalatenschap het nieuwe erf- en schenkingenrecht toepasselijk. De commissie constateert dat de regering op deze regel een aantal uitzonderingen voorstelt. Eén daarvan betreft het geval waarin een erflater vóór de inwerkingtreding van het nieuwe erfrecht zich tot een notaris heeft gewend met bepaalde wensen ten aanzien van zijn nalatenschap en deze notaris hem (naar de stand van het toenmalige recht terecht) heeft geadviseerd een testament met een bepaalde inhoud te maken. In dat geval zou – zonder een daarvoor geldende overgangsbepaling – het zich licht kunnen voordoen dat daarmee na de invoering van Boek 4 niet meer bereikt kan worden wat de erflater voor ogen stond. Zou de notaris die erflater bijvoorbeeld hebben geadviseerd om een testament te maken met als materiële inhoud een toepasselijk verklaren van het toen geldende ab intestaat erfrecht, dan zal met het overlijden het oude recht van kracht blijven ten aanzien van die nalatenschap. Zou de notaris de toekomstige ereflater daarentegen hebben gezegd dat het niet nodig is een testament te maken, omdat het op dat moment geldende (en te verwachten) ab intestaat erfrecht geheel aan erflaters wensen tegemoet komt, dan is het

nieuwe erfrecht wel toepasselijk. Aan dat verschil in resultaat waarin beide gevallen hetzelfde doel is nagestreefd, zal, gelet op de eisen van rechtszekerheid enerzijds niet veel te doen zijn, maar anderzijds verdient het de zeer bijzondere aandacht van de regering bij haar taak om de justiciabelen voorlichting te geven. Naar de mening van de commissie kan niet genoeg worden benadrukt dat – gelet op het feit dat het hier gaat om een diep ingrijpende wijziging van voor velen zeer belangrijke delen der wetgeving – hier een taak rust op de regering om het publiek voor te lichten omtrent de gevolgen van de invoering van het nieuwe recht. Daarom geeft de commissie hier uiting aan haar opvatting dat hier niet kan worden volstaan met de die voorlichtende taak op de schouders van het notariaat te leggen.

De commissie nodigt de regering dan ook uit haar te berichten op welke wijze zij de voorlichting aan de justiciabelen gestalte denkt te geven. Daarbij dient betrokken te worden dat voorlichting via het notariaat veelal slechts die personen betreft die zich op enigerlei wijze wenden tot een notaris, maar dat de overigen door de notaris moeilijk of niet kunnen worden bereikt. In dit verband vraagt de commissie reeds de aandacht voor de bijzondere problematiek die zal ontstaan in verband met de uitleg van uiterste willen die dateren van vóór de invoering van het nieuwe erfrecht, maar die nadien moeten worden tenuitvoergelegd, zoals die problematiek hierna aan de orde zal komen.

### **Problemen inzake (on)geldigheid bij uiterste wilsbeschikkingen**

De commissie constateert dat in het nieuwe erfrecht in geval van overlijden na de inwerkingtreding van de nieuwe wet, met een testament dat is gemaakt vóórdien, zich het probleem voordoet dat artikel 4.3.1.2 lid 1 als uiterste wilsbeschikkingen nog slechts kent die welke in Boek 4 (nieuw) zijn geregeld, of die door de wet als zodanig worden aangemerkt. Dat betekent dat een uiterste wilsbeschikking die inhoudelijk in strijd met die bepalingen is, nietig zou zijn (artikel 3:40 lid 2 BW). De commissie stelt met instemming vast dat op grond van artikel 79 Ow evenwel het testament dat inhoudelijk niet nietig of vernietigbaar was vóór de invoering van de nieuwe wet, door de invoering daarvan niet nietig of vernietigbaar wordt. In dat verband is voor de praktijk bijzonder van belang dat een vóór de inwerkingtreding gemaakte ouderlijke boedelverdeling (artikel 4:1167 e.v. BW) ook na de invoering van het nieuwe erfrecht geldig blijft. De commissie constateert met tevredenheid dat aldus – naar mag worden aangenomen – een probleem dat zich na de invoering van het nieuwe erfrecht veelvuldig zou kunnen gaan voordoen, reeds op voorhand op bevredigende wijze is opgelost.

In dit verband vraagt de commissie de aandacht voor het bepaalde in artikel 127 Ow. Deze bepaling komt er op neer dat de vóór de inwerkingtreding geldende bepalingen van nietigheid en vernietigbaarheid niet van toepassing zijn op een vóór die inwerkingtreding gemaakte uiterste wilsbeschikking, indien de daarop betrekking hebbende nalatenschap eerst nadien openvalt. Door K.D. de Lange in WPNR 99/6377, p. 822, r.k. is laatstgenoemde bepaling – naast de artikelen 79–81 Ow – als een geval van koudwatervrees omschreven.

De commissie vraagt de regering of deze opvatting – gelet op hetgeen de regering daarover heeft opgemerkt op pagina 7 van de Memorie van Toelichting bij het onderhavige wetsvoorstel – wel juist is.

De commissie concludeert mede op grond van vorenstaande alinea dat de overgangswetgeving met zich brengt dat ook na de invoering van het nieuwe erfrecht bij nalatenschappen die dan openvallen de regeling inzake de vernietiging van een ouderlijke boedelverdeling (artikelen 4:1169 en 1170 BW) niet meer zal gelden. In haar bijdrage in JBN

november 1999, p. 6, r.k. vraagt H. Karstens-van Halsema zich af of artikel 3:196 (dwaling omtrent de waarde van de goederen) ten aanzien van een ouderlijke boedelverdeling dan wel toepassing kan vinden? De commissie zou graag een antwoord van de regering ter zake vernemen.

### **Problemen van uitleg**

Een belangrijk deel van de te verwachten overgangsproblemen zal zich voordoen bij de uitleg van testamenten die vóór de inwerkingtreding van het nieuwe erfrecht tot stand zijn gekomen. Deze indruk van de commissie lijkt te worden bevestigd door de aandacht die voor de problemen van uitleg in de literatuur is gevraagd. De commissie vraagt ter zake van die uitleg van uiterste wilsbeschikkingen de aandacht voor de regel vervat in artikel 71 Ow. Die bepaling houdt in dat een beding dat naar een vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet geldend wetsartikel verwijst of de zakelijke inhoud van zo'n artikel weergeeft, wordt geacht een verwijzing naar of een weergave van de nieuwe wet in te houden, tenzij zulks niet in overeenstemming zou zijn met de strekking van het beding. W.M. Kleijn heeft in JBN november 1999, p. 4, l.k. er op gewezen dat deze bepaling voor problemen kan zorgen. Als voorbeeld geeft hij de in een aanzienlijk aantal testamenten voorkomende frase: «overigens vererft mijn nalatenschap volgens de wet». Hij vraagt zich dan af of hiermee bedoeld is het oude of het nieuwe erfrecht. Of moet de rol van artikel 71 Ow in het erfrecht als een ondergeschikte worden beschouwd, zoals door B. Wessels wordt gesteld in zijn bespreking van het overgangsrecht in WPNR 00/6388, p. 88? Laatstgenoemde gaat er daarbij kennelijk vanuit dat met een «beding» een overeenkomst wordt bedoeld. Een verheldering door de regering op dit onderdeel zou de commissie aangenaam zijn.

Voorts zou de commissie graag van de regering haar standpunt horen inzake het dispuut begonnen door C.A. Kraan. In zijn bijdrage in het preadvies over «Vruchtgebruik» (KNB 1999, p. 134–137 en 139) met betrekking tot, naar inmiddels blijkt, artikel 129 lid 1 Ow stelt hij dat de in die bepaling gegeven bescherming van de langstlevende echtgenoot maar weinig soelaas biedt, nu die bescherming niet zal gelden *indien* (cursivering door de commissie) de vordering krachtens het testament ook opeisbaar is in andere gevallen dan het overlijden van de echtgenoot. In praktisch alle testamenten wordt immers bepaald dat de vorderingen van de kinderen (ook) opeisbaar zijn in geval van faillissement van de echtgenoot. De commissie voegt daaraan toe dat bovendien opeisbaarheid in geval van hertrouwen, van het aanvragen van surseance van betaling en van blijvende vestigingen in het buitenland, veelvuldig in uiterste wilsbeschikkingen wordt aangetroffen.

De opmerking van Kraan is bestreden door M.J.A. van Mourik in zijn bespreking van Kraan's bijdrage in WPNR 99/6368, p. 624. Allereerst stelt Van Mourik vast – zo begrijpt de commissie hem – dat Kraan in plaats van het in de toelichting op p. 17 van de Memorie van Antwoord (Kamerstukken I, 17 141, 1998–1999, nr 120a) voorkomende woorden «voor zover» heeft gelezen als «*indien*». Hij vervolgt dan dat het hem (Van Mourik dus)

«dunkt dat deze tekst in redelijkheid slechts aldus kan worden begrepen dat opeisbaarheid slechts aan de orde is indien zich een in de uiterste wilsbeschikking vermeld rechtfeit (de commissie leest: rechtsfeit) voordoet. Op andere gronden, zoals het ontbreken van een natuurlijke verbintenis tot verzorging (art. 4:1170), treedt opeisbaarheid niet in. De door mij gecursiveerde woorden «voor zover» dienen in deze zin te worden begrepen.»

De commissie wenst van de regering te vernemen of zij de door Van Mourik gegeven uitleg juist acht.

De commissie heeft voorts kennisgenomen van een bijdrage van Karstens-van Halsema in JBN november 1999, p. 7 l.k., waarin zij heeft gewezen op enkele problemen bij het opvallen van een nalatenschap na de inwerkingtreding van het nieuwe erfrecht met een testament die vóór de inwerkingtreding van het nieuwe erfrecht zijn opgemaakt. Zij vraagt er de aandacht voor dat artikel 129 lid 1 Ow alleen betrekking heeft op vorderingen van de legitimarissen op de echtgenoot. Dat leidt er volgens haar toe dat die bepaling niet toepasselijk zal zijn op vruchtgebruik-testamenten. Voorts vraagt zij ten aanzien van een vóór de invoering van het nieuwe recht gemaakte ouderlijke boedelverdeling zich af:

- a. kunnen de langstlevende echtgenoot en de kinderen de rente die de erflater heeft bepaald, wijzigen op de voet van artikel 4.2A.1.1 lid 4?
- b. kan de langstlevende echtgenoot afzien van de toedeling op de voet van artikel 4.2A.1.6?
- c. kunnen de kinderen verhaal door de schuldeisers van de nalatenschap afwijzen, met een verwijzing naar artikel 4.2A.1.2 lid 3?
- d. kunnen de kinderen gebruik maken van de wilsrechten, als bedoeld in de artikelen 4.2A.1.7 en volgende?

De commissie verzoekt de regering de hiervoor opgeworpen vragen te beantwoorden. De commissie constateert dat in enkele commentaren verschenen naar aanleiding van het wetsvoorstel gesteld wordt dat de uitleg van – kort gezegd – «oude testamenten» tot problemen zal leiden. De commissie gaat ervan uit dat op grond van artikel 68a Ow artikel 4.3.1.8 lid 1 (zijnde deze de bepaling van uitleg in het nieuwe erfrecht) onmiddellijk van kracht is. Dat betekent in de ogen van de commissie dat bij de uitleg van een uiterste wil dient te worden gelet op de verhoudingen die de uiterste wil kennelijk wenst te regelen en op de omstandigheden waaronder de uiterste wil is gemaakt. Volgens F.W.J.M. Schols (in Van Mourik e.a., Nieuw Erfrecht, Overgangsrecht en anticipatie, W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, p. 45) betekent dit – kort gezegd – dat de uitleg naar oud recht dient te geschieden, indien het testament is opgemaakt onder vigeur van het oude Boek 4 BW. Hij gaat daarin zover dat hij van mening is dat indien het testament slechts een legaat bevat de vererving van de nalatenschap waartoe dat legaat behoort ook volgens oud recht dient plaats te vinden. Hij grondt die opvatting op de veronderstelling dat de notaris de testateur wel zal hebben voorgelicht omtrent het komende recht omtrent de vererving van de nalatenschap, zodat – zo begrijpt de commissie zijn redenering – hij te horen heeft gekregen hoe het oude recht luidde. En daarvan is die erflater dan uitgegaan. De Lange (in WPNR 99/6377, p. 823, m.k.) gaat deze uitleg te ver, omdat er in dat geval geen juridisch hanteerbaar criterium meer is. In zijn optiek is het legaat geen rechtshandeling die de keuze voor de «oude» wettelijke vererving rechtvaardigt; het zwijgen over de vererving is geen rechtshandeling. In dit verband zij voorts nog gewezen op de berekeningen van Karstens-van Halsema in JBN november 1999, p. 8, l.k. waarin zij op het verschil wijst tussen het geval waarin een erflater (met 2 kinderen) zijn echtgenoot tot enig erfgenaam benoemd en het geval waarbij de erflater (eveneens met 2 kinderen) zijn echtgenoot tot enig erfgenaam heeft benoemd, en aan ieder van de kinderen een bedrag heeft gelegateerd ter grootte van de waarde van ieders legitieme portie. In het eerste geval bedraagt de legitieme portie  $\frac{1}{2} \times \frac{1}{3} = \frac{1}{6}$  van de nalatenschap. In het tweede geval moet het testament zodanig worden uitgelegd dat oud recht van toepassing is, zodat de legitimaire aanspraken van elk van de kinderen bedraagt  $\frac{2}{3} \times \frac{1}{3} = \frac{2}{9}$  van de nalatenschap. Naar haar mening is dit een onlogisch verschil. De commissie roept hier in herinnering de hiervoor al gesignaleerde situatie waarin de erflater van de notaris te horen krijgt dat hij geen testament behoeft te maken omdat wat hij wil al besloten ligt in het (op dat

moment geldende) wettelijke erfrecht. De commissie wenst daarom van de regering haar visie op die gesignaleerde problemen en de daarbij gegeven oplossingen te horen, in het bijzonder in het licht van de voorbeelden door De Lange gegeven in zijn hiervoor genoemd artikel in WPNR 99/6377, p. 823, r.k. en 824, l.k., waarnaar hier kortheidshalve zij verwezen.

In dat verband vraagt de commissie ook de aandacht voor de gedachte ontwikkeld door Van Mourik (in Van Mourik e.a., Nieuw Erfrecht, Overgangsrecht en anticipatie, W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, p. 91) dat de – hier overigens niet aan de orde zijnde – Bezemwet (Kamerstukken II, 1999–2000, 27 021) ten aanzien van de inbreng een koerswijziging zal inhouden. Deze zal – overeenkomstig de toezegging van de regering – inhouden dat ook ten aanzien van afstammelingen zal gelden dat eerst inbreng aan de orde komt, indien de schenker zulks uitdrukkelijk heeft voorgeschreven. Dat betekent naar de mening van Van Mourik dat ingeval van overlijden van de erflater na de inwerkingtreding van de nieuwe wet, aangenomen mag worden dat giften gedaan vóór die inwerkingtreding, de inbrengplicht blijft gelden ingeval de erflater de begiftigde daarvan niet heeft vrijgesteld. Van Mourik motiveert die uitleg met de opmerking dat zulks past bij de geest van de regel, dat door de inwerkingtreding van de nieuwe wet geen vermogensrechten verloren kunnen gaan. Hij pleit daarom voor een uitdrukkelijke overgangsregel in die zin, met het oog op het belang van de broers en zusters van de begiftigde die er, evenals de erflater, op mochten vertrouwen dat door de gift de gelijkheid van de erfgenamen niet zou worden aangetast. Deze opvatting wordt ook aangehouden bij Wessels in WPNR 00/6388, p.87–88. De Lange (WPNR 99/6377, p. 824, m.k.) bestrijdt de opvatting dat zonder uiterste wil en zonder wetsbepaling oud recht moet worden toegepast, omdat hij niet ziet welke rechten er in het door Van Mourik gegeven geval verloren zijn gegaan. De Lange licht dit niet nader toe. De commissie vermoedt dat hij doelt op het feit dat de kinderen van de erflater vóór het diens overlijden nog geen rechten op de nalatenschap hebben, maar dat zodanig rechten pas ontstaan op het moment van het overlijden. Hiervan uitgaande is de commissie van mening dat die gedachtengang van De Lange een juiste is, mede gelet op het feit dat de thans bestaande verplichting tot inbreng (zolang de erflater daartoe in staat is) later ongedaan kan worden gemaakt of weer kan worden ingevoerd (vgl. artikel 4:1132 aanhef en 1° BW). Zij zou het prijs stellen te vernemen of de regering die mening deelt. De Lange pleit – ten slotte – wel voor een regel van overgangsrecht in de door Van Mourik beoogde zin.

De commissie verneemt graag van de regering haar mening omtrent de verplichting met betrekking tot inbreng en tot dit voorstel voor een overgangsregeling. In het bijzonder vraagt de commissie daarbij de aandacht voor een tweetal – enigszins geparafraseerde – conclusies van De Lange (WPNR 99/6377, p. 824, r.k.):

- a. zwijgen is geen rechtshandeling en kan dus niet als een impliciete rechtskeuze worden uitgelegd;
- b. de grenzen van de uitleg worden overschreden als het resultaat daarvan betrekking heeft op een gebied dat niet door de uit te leggen testamentaire beschikking wordt bestreken.

Een volgende vraag van uitleg signaleert de commissie bij de executele. B.M.E.M. Schols in Van Mourik e.a., Nieuw Erfrecht, Overgangsrecht en anticipatie, W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, p. 75) vraagt de aandacht voor het geval onder het oude recht bij uiterste wil twee executeurs zijn benoemd en overigens niets is geregeld omtrent hun bevoegdheden. Hij verdedigt dat indien de nalatenschap onder het nieuwe recht openvalt, hun bevoegdheden worden beheerst door het oude recht, omdat de erflater en zijn notaris daarvan zijn uitgegaan bij het verlijden van het testament. Voor hem geldt dit nog in sterkere mate als zo'n benoeming zou zijn



gedaan bij codicil (wat onder het oude recht wel, maar onder het nieuwe recht niet meer mogelijk is). Ook indien niets vermeld is omtrent het loon van de executeur, zal het oude recht daarop volgens B.M.E.M. Schols toepasselijk zijn.

De commissie ziet met belangstelling uit naar een reactie van de regering op deze opvatting.

### **Natuurlijke verbintenissen**

Met betrekking tot de natuurlijke verbintenis in verhouding tot de ouderlijke boedelverdeling rijzen nog enkele vragen. Daarbij is van belang te weten welke de gevolgen zijn van de natuurlijke verbintenis in het huidige erfrecht. In een niet onaanzienlijk gevallen wordt, in geval van een ouderlijke boedelverdeling, maar ook daarbuiten (denk aan een benoeming van de langstlevende tot enig erfgenaam en aan de langstlevende vruchtgebruikttestamenten), bepaald dat een erfrechtelijke voorziening (mede) strekt ter voldoening van de natuurlijke verbintenis van de eerststervende jegens de langstlevende en wordt menigmaal die natuurlijke verbintenis (bij testament) omgezet in een rechtens afdwingbare of werd de natuurlijke verbintenis «versterkt». Onder het oude recht (dat wil zeggen vóór 1 januari 1992) was het niet duidelijk of een omzetting of versterking van een natuurlijke verbintenis door middel van een eenzijdige rechtshandeling – in het bijzonder door middel van een uiterste wil – mogelijk was. In Asser/Rutten I, 6e druk, p. 48 werd door Rutten deze vraag bevestigend beantwoord. Ook G.J. Scholten was die mening blijkens zijn noot onder HR 27 februari 1980, NJ 1980, 352 toegedaan. In Asser/Meijers/Van der Ploeg, 10e druk, (1988), nr 83 wordt ook van de mogelijkheid tot een eenzijdige omzetting uitgegaan.<sup>1</sup> Gelet op het gezag dat deze auteurs alstoen hadden en op het feit dat zij deze opvatting – soms – decennia lang hebben verkondigd, moet dit een en ander er toe leiden dat het aannemelijk is dat er nogal wat testamenten zijn waarbij er van is uitgegaan dat door de omzetting, erkenning of versterking (of «vanzelf») in de uiterste wil, de natuurlijke verbintenis een civielrechtelijk afdwingbare is geworden.

Naar huidig recht (dat wil zeggen sedert 1 januari 1992) bepaalt artikel 6:5 lid 1 BW dat voor zo'n omzetting een overeenkomst tussen schuldenaar en schuldeiser vereist is. Dat leidt ertoe dat een eenzijdige omzetting bij testament sedert de invoering van laatstgenoemde bepaling (1 januari 1992) niet (meer) mogelijk is. De vraag die zich dan in dit verband voordoet is wat rechtens is met betrekking tot eenzijdige omzettingen gedaan vóór 1 januari 1992. Naar de mening van de commissie wordt deze materie in geval bestreken en opgelost door artikel 174 Ow.

Gaat het om uiterste wilsbeschikkingen houdende een eenzijdige omzetting van een natuurlijke verbintenis in een rechtens afdwingbare, totstandgekomen op of na 1 januari 1992, maar vóór de inwerkingtreding van het nieuwe erfrecht, dan dient die vraag naar de mening van de commissie beantwoord te worden aan de hand van artikel 6:5 lid 2 BW en moet een bij uiterste wil gedane omzetting gezien worden als een aanbod tot omzetting dat op grond van laatstgenoemde bepaling als aanvaard moet worden beschouwd, tenzij de schuldeiser, na kennisname daarvan, het onverwijld heeft afgewezen. De commissie stelt het op prijs van de regering te vernemen of haar conclusies in dit verband juist zijn.

Vervolgens nog een aantal opmerkingen met betrekking tot het onderhavige wetsvoorstel naar aanleiding van hetgeen werd aangetroffen bij een aantal schrijvers.

In artikel 4.3.3.11d lid 1 en artikel 4.3.3.14 lid 3 wordt de termijn waarbinnen een beroep kan worden gedaan op de legitieme portie en legaten en giften kunnen worden ingekort beperkt tot 5 jaar. Van Mourik (in Van Mourik e.a., Nieuw Erfrecht, Overgangsrecht en anticipatie, W.E.J. Tjeenk

---

<sup>1</sup> Verwezen zij naar Hof Amsterdam 29 juni 1949, NJ 1950, 656 waarin de eenzijdige omzetting werd erkend.

Willink, 1999, p. 56) bestrijdt hetgeen ten aanzien van artikel 128 Ow in de toelichting (p. 13 en 14) staat vermeld, hierop neerkomende dat een gegrond beroep op de legitieme daarmee strijdige makingen en giften met terugwerkende kracht vernietigt, zodat aan verlenging van de termijn totdat procedures zijn geëindigd derhalve geen behoefte bestaat. Hij wijst daarbij op het geval van artikel 4:965 BW waarbij in geval van het inroepen van de legitieme de legitimarist de keuze heeft tussen enerzijds het uitvoeren van de beschikking en anderzijds het afstaan van het beschikbare deel. Ook in artikel 4:972 lid 2 BW is in geval van «een goed, hetwelk niet gevoeglijk kan worden verdeeld» een mogelijkheid, maar nu ten behoeve van de begiftigde, om in geld op te leggen wat er aan de legitieme portie ontbreekt. Tenslotte betwijfelt Van Mourik in dit verband of het enkele (gegronde) beroep op de legitieme portie onder het oude recht iets vernietigt. Zijns inziens is daarvoor een tweede actie van de legitimarist nodig, te weten een inkortingsactie. De commissie verzoekt de regering om op dit punt verheldering te verschaffen.

In artikel 4.3.3.11b wordt de mogelijkheid geboden aan de erflater om bij een making ten behoeve van zijn echtgenoot of geregistreerde partner te bepalen dat een vordering van een legitimarist pas opeisbaar is na het overlijden van die echtgenoot of partner. Ten aanzien van «een andere levensgezel», dat wil zeggen een levensgezel zonder wettelijke band, geldt die mogelijkheid ook, maar dan moet deze met de erflater een gezamenlijke huishouding voeren en moeten erflater en levensgezel een notarieel samenlevingsovereenkomst hebben gesloten. Door W.M. Kleijn (JBN november 1999, p. 2, r.k.) wordt de vraag opgeworpen of dit «uitstel» ook geldt indien de testateur (een of meer van) zijn kinderen heeft onderfd. Immers – aldus Kleijn – van een uiterste wilsbeschikking in de zin van artikel 129 Ow is dan geen sprake. Hij pleit voor analogische toepassing van die bepaling in het geval van onterving. Is de regering het eens met deze gedachtengang?

In artikel 131 Ow wordt een overgangsregeling getroffen ten behoeve van de echtgenoot en de geregistreerde partner met betrekking tot voor de inwerkingtreding van het nieuwe recht aangegane verblijvens-, overnemings- en toedelingsbedingen. Onder het nieuwe recht worden deze overeenkomsten beschouwd als quasi-legaten (artikel 4.4.2.7b). Onder het nieuwe recht kunnen dergelijke vermogensverschuivingen niet plaatsvinden met voorrang boven de andere bij de nalatenschap betrokkenen (zoals verzorgingsgerechtigden, legitimarissen en schuldeisers), tenzij sprake is van een redelijke tegenprestatie. Door de thans in artikel 131 Ow voorgestelde regeling zijn de rechten van legitimarissen etc. pas opeisbaar na het overlijden van die langstlevende echtgenoot of geregistreerde partner. Van Mourik (in Van Mourik e.a., Nieuw Erfrecht, Overgangsrecht en anticipatie, W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, p. 59) constateert dat het beding in een *notariële* samenlevingsovereenkomst moet zijn opgenomen. Dat betekent – aldus genoemde auteur – dat het ontoereikend is indien een dergelijk beding is opgenomen in een transportakte of in een onderhandse vorm. Hij meent dat hier, behalve voor de «anticiperende notaris», ook een taak ligt voor de wetgever. Ook Karstens-van Halsema (in JBN november 1999, p. 9 l.k.) constateert dit vereiste van de *notariële* samenlevingsovereenkomst en vraagt zich af – als ik haar goed begrijp – of in de leveringsakte niet een verblijvingsbeding kan worden opgenomen.

De commissie wenst aan de regering de vraag voor te leggen of zij het met deze bezwaren eens is en of zij – in geval van een bevestigend antwoord op die vraag – bereid is:

- a. om in artikel 129 Ow in lid 1, tweede volzin, de woorden «en een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst is aangegaan» te laten vervallen, en



- b. in artikel 131 Ow, tweede volzin, na het woord «samenlevings-overeenkomst» in te voegen de woorden «of andere notariële akte»?

Daarnaast rijst de vraag of de erflater bij testament de niet-opeisbaarheid van de vordering van de legitimaris tijdens het leven van de echtgenoot, partner of levensgezel kan uitsluiten of wijzigen? Of is daarvoor een overeenkomst vereist tussen erflater en zijn echtgenoot, partner of levensgezel? De commissie verzoekt de regering om een nadere toelichting.

Voorts verdient naar het oordeel van de commissie de aandacht een vraag die is opgeworpen door Karstens-van Halsema (in JBN november 1999, p. 8 r.k. en 9 l.k.) met betrekking tot het fidei-commis de residuo en het overgangsrecht. Indien een fidei-commis is opgenomen in een testament verleden vóór de inwerkingtreding van het nieuwe erfrecht en de erflater komt nadien te overlijden, dan is – op grond van de hoofdregel van artikel 68a Ow – het nieuwe erfrecht toepasselijk. Maar op grond van artikel 132 Ow zijn de artikelen 4.4.5.3, 4.4.5.4 en 4.4.5.4a ook van toepassing op makingen over de hand gebaseerd op een testament van een erflater die al vóór de invoering van de wet is overleden. Dat betekent dat als een erflater vóór de invoering van het nieuwe erfrecht overlijdt, een bezwaarde met betrekking tot de onder het fidei-commis vallende goederen, ten opzichte van derden als de uitsluitende rechthebbende wordt aangemerkt, terwijl voor het overige de wettelijke voorschriften voor vruchtgebruik van toepassing zijn. Daardoor moet de bezwaarde het vermaakte bewaren en in stand houden alsof hij een vruchtgebruiker was, tenzij (aldus artikel 4.4.5.4 lid 2, tweede zin), de erflater aan de bezwaarde de bevoegdheid heeft toegekend om de goederen te vervreemden en te bezwaren. Het probleem met betrekking tot het overgangsrecht dat Karstens-van Halsema signaleert heeft betrekking op artikel 4:1036 BW (oud) waardoor een bezwaarde verkrijger op grond van de wet bevoegd is om te vervreemden of te verteren.

Is de regering het eens met het voorstel van Karstens-van Halsema om artikel 132 Ow aan te passen, in die zin – zoals de commissie haar begrijpt – dat artikel 4:1036 BW alsdan zijn gelding blijft behouden.

Ook stelt de commissie aan de orde of de veronderstelling van Karstens-van Halsema (in JBN november 1999, p. 9 l.k.) juist is dat in geval van overlijden van de erflater vóór de inwerkingtreding van het nieuwe erfrecht, de nog niet geboren afstammelingen van de verwachter de verwachters zullen zijn, indien de aangewezen verwachter vóór de bezwaarde komt te overlijden. Dat is volgens genoemde schrijfster anders indien de erflater na de inwerkingtreding van de nieuwe wet overlijdt. De commissie verzoekt de regering om haar mening in dezen.

De voorzitter van de commissie,  
Van Heemst

De griffier van de commissie,  
Pe