

Vergaderjaar 2000–2001

26 822

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

Nr. 6

### NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 25 september 2000

Het stemt mij tot voldoening dat de commissie met de beantwoording van de door haar gestelde vragen en gemaakte opmerkingen, de openbare behandeling van het wetsvoorstel voldoende voorbereid acht. Op de door de vaste commissie voor Justitie gestelde vragen en gemaakte opmerkingen ga ik gaarne als volgt in.

#### *Algemeen*

Het doet mij bijzonder genoeg te hebben mogen constateren dat de leden van de vaste Commissie voor Justitie er van ganser harte mee instemmen dat de bij het wetsvoorstel voorgestelde overgangsbepalingen worden toegevoegd aan de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek, in deze nota veelal eveneens aan te duiden met Ow. Inderdaad wordt hiermee bewerkstelligd dat naast hetgeen in de Overgangswet reeds is opgenomen, voor het nieuwe erfrecht met een relatief gering aantal specifieke bepalingen van overgangsrecht kan worden volstaan, terwijl voor het nieuwe schenkingsrecht slechts één specifieke overgangsbepaling nodig bleek.

Met instemming nam ik er kennis van dat de commissie met mij het uitgangspunt van de onmiddellijke werking van het nieuwe erf- en schenkingsrecht juist acht, evenals het uitgangspunt dat vóór het tijdstip van inwerkingtreding van het nieuwe recht opengevallen nalatenschappen door het tot dan toe geldende recht zullen worden beheerst. Op deze uitgangspunten zijn, zoals de commissie eveneens juist acht, uitzonderingen gemaakt, in het bijzonder indien onder het oude recht voor het erfrecht van belang zijnde rechtsfeiten zijn voorgevallen, dan wel rechtshandelingen zijn verricht die ook onder het nieuwe recht doorwerken.

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

De commissie memoreert allereerst, dat de nalatenschap van een erflater die is overleden voor de inwerkingtreding van de nieuwe erfrechtelijke wetgeving, naar oud recht vererft, en dat door overlijden vóór dat tijdstip verkregen vermogensrechten ook na de inwerkingtreding van het nieuwe recht door de werking van vooral artikel 69 Ow worden geëerbiedigd. Met instemming nam ik er kennis van dat de commissie het er mee eens is dat

desalniettemin een aantal regelingen van het nieuwe recht van toepassing zal zijn op onder het oude recht opgevallen nalatenschappen. De commissie wijst daarbij op artikel 125 Ow, hetwelk artikel 4.1.3c op zulke nalatenschappen van toepassing verklaart en waardoor de rechter uitstel of spreiding van betaling van schulden der nalatenschap kan verlenen ook als deze behoren tot een vóór de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 opgevallen nalatenschap.

De commissie stemt eveneens in met artikel 135 Ow, op grond waarvan in verband met enkele bepalingen van afdeling 4.5.1 de positie als erfgenaam in een vóór de invoering van het nieuwe erfrecht opgevallen nalatenschap zoveel mogelijk gelijk wordt gesteld aan die van erfgenamen in een na dat tijdstip opgevallen nalatenschap.

Ook de inhoud van artikel 136 Ow (hetwelk verband houdt met een recht van beraad dat onder het oude recht is ontstaan) wordt door de commissie onderschreven, evenals het niet toepasselijk zijn van afdeling 4.2A.2 (andere wettelijke rechten) op nalatenschappen die onder het oude recht zijn opgevallen. De commissie is het er evenzeer mee eens dat het huidige artikel 4: 899b BW blijft gelden met betrekking tot nalatenschappen die vóór de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 BW zijn opgevallen.

Op de door de commissie bedoelde problemen van uitleg die zich terzake van onder het oude recht opgevallen nalatenschappen zouden kunnen voordoen, ga ik hierna in bij de bespreking van het onderdeel van het verslag waar deze problemen aan de orde worden gesteld.

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

De commissie constateert, dat de regering op de regel van toepasselijkheid van het nieuwe recht in geval de nalatenschap is opgevallen na de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4, een aantal uitzonderingen voorstelt. De commissie wijst in het bijzonder op het geval dat de notaris voor de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 heeft geadviseerd om een testament te maken met als materiële inhoud een toepasselijk verklaren van het toen geldende versterf-erfrecht, in welk geval met het overlijden het oude recht van kracht zal blijven ten aanzien van die nalatenschap. Zou, aldus de commissie, de notaris de erflater toen evenwel hebben gezegd dat het niet nodig is een testament te maken omdat het oude en het komende versterferfrecht aan de wensen van de toekomstige erflater tegemoet komen, dan is het nieuwe erfrecht wel toepasselijk. De commissie komt naar aanleiding hiervan terecht tot de conclusie dat voorlichting van het publiek omtrent de gevolgen van het nieuwe recht van groot belang is.

Ik stem er mee in, dat de voorlichtende taak niet uitsluitend op de schouders van het notariaat kan worden gelegd. Ik wil hier aanstonds ook opmerken, dat ik de voorlichtende activiteiten die thans ten behoeve van het notariaat op ruime schaal plaatsvinden, zeer waardeer. Cursussen werden en worden nog steeds gegeven, waardoor vrijwel elke notaris en kandidaat-notaris inmiddels met het ophanden zijnde nieuwe recht heeft kunnen kennismaken. Mede daardoor is het mogelijk dat reeds thans bij het opstellen van testaments en bij de advisering daaromtrent, op het komende recht wordt ingespeeld. Heden ten dage zal menig notaris het advies van mr. F. W. J. M. Schols, in Nieuw erfrecht, Overgangsrecht en anticipatie voor ogen hebben om, teneinde uitlegproblemen zoveel mogelijk te voorkomen «man en paard te noemen», dus om bij voorkeur expliciet aan te geven hetgeen wordt bedoeld (het geldende of het nieuwe recht).

Het is mij bekend, dat reeds ruim voor het tijdstip van de daadwerkelijke invoering van het nieuwe recht vanwege de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) op ruime schaal voorlichtende activiteiten ten

behoefte van de bevolking zullen worden geëntameerd. Daarbij wordt gedacht aan de inzet van de volgende instrumenten:

- massamediale (advertenties, (radio) spotjes etc.);
- gebruikmaking van de communicatiekanalen die de KNB reeds heeft zoals het verspreiden van brochures via notariskantoren, een extra voorlichtingsdomein op KNB-Internetsite, de Notaristelefoon, themakranten (Waarvan Akte), kantoornieuwsbrieven (6 in totaal);
- het notariskantoor zelf, bijvoorbeeld door het geven van lezingen of (gratis) advies;
- free publicity in kranten en magazines.

Het Ministerie van Justitie zal uiteraard ook zijn eigen verantwoordelijkheid ter zake nemen. Het ligt daarbij voor de hand dat de voorlichtende activiteiten zullen worden afgestemd met die welke vanuit het notariaat zullen geschieden. Op welke wijze de voorlichting het beste gestalte zou kunnen krijgen, wordt thans samen met de KNB bezien. Mij staat voor ogen voorlichting via betaalde publiciteit en free publicity in publieksbladen, huis-aan-huisbladen en via andere media die een groot publiek bereiken. Bijzondere aandacht heeft de vraag hoe juist ook die mensen die zich niet tot de notaris wenden kunnen worden bereikt. Dit vraagt om middelen als de genoemde, waarmee de bevolking op de hoogte wordt gesteld van het feit dat de wet wordt gewijzigd met verwijzing naar de mogelijkheden om zich hiervan inhoudelijk op de hoogte te stellen.

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

De commissie memoreert dat in het nieuwe erfrecht in geval van overlijden na de inwerkingtreding van de nieuwe wet, met een testament dat vóórdien is gemaakt, zich het probleem zou kunnen voordien 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. Nietigheid van zulke uiterste wilsbeschikkingen ingevolge artikel 3:40 lid 2 BW wordt evenwel, naar de commissie met instemming constateert, voorkomen mede door de bepaling van artikel 79 Ow. Op deze materie wordt in de memorie van toelichting, blz. 9, uitvoerig ingegaan.

Ouderlijke boedelverdelingen (artikel 4: 1167 e.v. BW) zullen, hoewel straks niet meer mogelijk, indien zij voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet zijn gemaakt, naar de commissie met tevredenheid constateert daarna wel geldig blijven. Vgl. ook de memorie van toelichting bij artikel 127 Ow, blz. 7, alsmede bij artikel 129 Ow, blz. 14, welke bepalingen met name met het oog op deze ouderlijke boedelverdelingen specifieke bepalingen van overgangsrecht bevatten.

De commissie vraagt nog de aandacht voor het bepaalde in artikel 127 Ow, hetwelk inhoudt dat de vóór de inwerkingtreding van het nieuwe erfrecht 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. Anders dan K.D. de Lange in WPNR 6377 (1999), blz. 822, rechter kolom, kan ik het opnemen van de bepaling van artikel 127 Ow naast de reeds bestaande artikelen 79 tot en met 81 Ow, niet als een uiting van vrees voor koud water zien. In de memorie van toelichting op artikel 127 is erop gewezen dat de rechtshandeling die de uiterste wil is, vóór de inwerkingtreding van het nieuwe erfrecht niet kón worden vernietigd (omdat de uiterste wil uiteraard niet eerder kon worden uitgevoerd). Aangezien het een bepaling betreft die toegesneden is op rechtshandelingen die reeds zijn verricht voor de invoering van de nieuwe wet, kan artikel 80 lid 1 Ow ten aanzien van de nalatenschap die na de invoering van het nieuwe erfrecht openvalt, derhalve niet rechtstreeks worden

toegepast. Hetzelfde – rechtstreekse toepassing is niet mogelijk – geldt, zoals in de memorie van toelichting eveneens in aangegeven, voor artikel 81 Ow, aangezien blijkens lid 3 van dat artikel de leden 1 en 2 alleen gelden indien alle belanghebbenden die zich op de nietigheid hadden kunnen beroepen, de handeling vóórdien als geldig hebben aangemerkt. Dit laatste kan zich in het geval de nalatenschap na de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 openvalt, vanwege het ontbreken van zulke belanghebbenden vóór dat tijdstip niet hebben voorgedaan. Vandaar de bijzondere regeling van 127 Ow, die is geschreven voor uiterste wilsbeschikkingen die onder het oude recht zijn gemaakt, maar tot uitvoering komen doordat de nalatenschap pas nadien zal openvallen. Deze bepaling stelt buiten elke twijfel dat de nulliteiten van het oude recht hier niet relevant zijn. De commissie concludeert (dan ook) met juistheid, dat de overgangswetgeving – en wel het zoëven genoemde artikel 127 – 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 de memorie van toelichting, blz. 7 is daarvan nog een voorbeeld gegeven («vernietiging van de verdeling wegens benadeling voor meer dan een kwart»).

De vraag van mevrouw H. M. Karstens-van Halsema in JBN november 1999, blz. 6, rechter kolom, of artikel 3:196 BW ten aanzien van een ouderlijke boedelverdeling (die moet worden uitgevoerd na het tijdstip van inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4) dan wel toepassing kan vinden, wordt bevestigend beantwoord. Het betreft hier immers een bepaling die weliswaar in het tevoren geldende recht reeds voorkwam, maar die, anders dan bijvoorbeeld artikel 4:1170 BW, wèl zal blijven gelden.

#### *Problemen van uitleg*

De commissie vraagt terzake van de uitleg van uiterste wilsbeschikkingen die voor de inwerkingtreding van het nieuwe erfrecht zijn gemaakt in de eerste plaats de aandacht voor de regel vervat in artikel 71 Ow, hetwelk inhoudt dat een beding dat naar een vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet geldend wetsartikel verwijst of de zakelijke inhoudt van zo'n wetsartikel weergeeft, geacht wordt een verwijzing naar of een weergave van de nieuwe wet in te houden, tenzij dit laatste niet in overeenstemming zou zijn met de strekking van het beding. De commissie attendeert in dit verband op een bijdrage van W. M. Kleijn in JBN november 1999, blz. 4, waarin deze aan de hand van een aantal voorbeelden de hoop uitspreekt dat de rechter de uitleg naar oud recht steeds zal laten prevaleren boven harde toepassing van artikel 71 Ow.

Vooropgesteld zij, dat de uitleg van uiterste wilsbeschikkingen die zijn gemaakt voor de invoering van het nieuwe recht door iemand die nadien komt te overlijden, beheerst wordt door artikel 4.3.1.8 lid 1. Zie ook punt 5 op blz. 8 van de memorie van toelichting. Blijkens deze bepaling, die onmiddellijke werking heeft, dient bij de uitlegging van uiterste wilsbeschikkingen te worden gelet op de verhoudingen die de uiterste wil kennelijk wenst te regelen, en op de omstandigheden waaronder de uiterste wil is opgesteld. Tot die omstandigheden behoort met name ook het recht dat gold toen de uiterste wil werd gemaakt. Zo zal, indien bijvoorbeeld is opgenomen: «overigens vererft mijn nalatenschap volgens de wet», er in beginsel van moeten worden uitgegaan dat daarmee is bedoeld de wet die van kracht was ten tijde van het maken van het testament. Overigens zal artikel 71 Ow reeds daarom geen roet in het eten kunnen gooien nu deze bepaling, naar met juistheid door B. Wessels in WPNR 6388 (2000), blz. 88, is gesteld, geen betrekking heeft op eenzijdige rechtshandelingen, en dus ook niet op testamenten. Zie ook de memorie van toelichting op (toen) lid 2 van artikel 71 Ow, blijkens hetwelk de bepaling is beperkt tot overeengekomen bedingen (kamerstukken II 1984/85, 18 998, nr. 3, blz.

32), hetwelk nog is bevestigd in de memorie van antwoord (kamerstukken II 1988/89, 18 998, nr. 5, blz. 7).

Wessels, in WPNR 6388 (2000), blz. 88, noot 17, suggereert nog een aanvulling van artikel 71 Ow, welke zou inhouden dat een clause of een voorziening, opgenomen in een uiterste wilsbeschikking, die naar een wetsartikel van het oude recht verwijst of de zakelijke inhoud van zo'n artikel weergeeft, vermoed wordt een verwijzing naar of een weergave van die (dus de oude) wet in te houden, tenzij zulks niet in overeenstemming zou zijn met de strekking van het beding dan wel de bedoeling van haar opsteller. Deze bepaling zou evenwel aan artikel 4.3.1.8 lid 1 niets toevoegen, nu artikel 4.3.1.8 lid 1 voor de testamenten die onder het oude recht zijn gemaakt en onder het nieuwe recht tot uitvoering komen reeds als een zodanig (weerlegbaar) bewijsvermoeden zal functioneren. Het advies dat Kleijn in zijn bijdrage geeft om «algemene begrippen te vermijden» (in de bewoordingen van Schols: «om man en paard te noemen») zal uiteraard wel elke onzekerheid omtrent wat de erflater nu heeft bedoeld, kunnen uitsluiten.

Vervolgens vraagt de commissie het standpunt van de regering omtrent het oordeel van C. A. Kraan, dat de in artikel 129 lid Ow gegeven bescherming van de langstlevende echtgenoot maar weinig soelaas biedt, nu, aldus Kraan, die bescherming niet zal gelden *indien* de vordering krachtens het testament ook opeisbaar is in andere gevallen dan het overlijden van de echtgenoot. Deze opmerking is bestreden door M. J. A. van Mourik in WPNR 6368 (1999), blz. 624. Uit het hierna volgende zal blijken dat ik diens uitleg onderschrijf.

Erop gewezen zij dat artikel 129 een regeling beoogt te geven voor het geval een erflater voor het in werking treden van de wet ten behoeve van zijn niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of zijn geregistreerde partner, dan wel voor een persoon die anders dan als echtgenoot of geregistreerde partner diens levengezetel is, een uiterste wilsbeschikking heeft gemaakt. Indien dit het geval is, beoogt artikel 129 de langstlevende bescherming te bieden tegen aanspraken van legitimarissen. Voor zover namelijk de vordering van een legitimaris ten laste zou komen van de echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezetel, is die vordering dan eerst opeisbaar na het overlijden van de echtgenoot, geregistreerde partner dan wel andere levensgezetel.

Blijkens lid 2 van artikel 129 Ow geldt deze bescherming tegen legitimarissen evenwel niet «voor zover uit de uiterste wilsbeschikking anders valt af te leiden». Indien de vordering krachtens de uiterste wilsbeschikking eerder dan in geval van overlijden opeisbaar zal zijn – in geval van faillissement van de langstlevende, of in een van de andere situaties die door de commissie worden genoemd –, valt de bescherming van lid 1 van de langstlevende tegen de vordering van een legitimaris derhalve niet geheel weg, maar geldt zij totdat een zodanige omstandigheid (dus als bedoeld in lid 2) is ingetreden. De bescherming kan, anders gezegd, alleen maar eerder (dan bij overlijden van de langstlevende) ophouden te gelden. Overigens zij opgemerkt dat artikel 129 lid 2 hetzelfde bewerkstelligt als artikel 4.3.3.11ba voor het nieuwe recht doet.

De commissie wijst vervolgens op de eerder vermelde bijdrage van H. M. Karstens-van Halsema in JBN november 1999, blz. 7, linker kolom, waarin mevrouw Karstens vooreerst van mening is dat artikel 129 lid 1 Ow niet toepasselijk zal zijn op vruchtgebruiktestamenten.

Opgemerkt kan worden dat artikel 129 lid 1 Ow een regel geeft voor de vordering van een legitimaris als bedoeld in artikel 4.3.3.11 lid 1, voor zover deze vordering ten laste zou komen van hetgeen de langstlevende heeft verkregen door een uiterste wilsbeschikking, gemaakt voor het in werking treden van het nieuwe Boek 4. Die vordering is krachtens de zoëven genoemde overgangsbepaling eerst opeisbaar na het overlijden

van de langstlevende. Door de bewoordingen «voor zover deze vordering ten laste zou komen van» (de echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel), is erin voorzien, dat de bepaling ook van toepassing is in het geval de langstlevende is bedeed door toekenning van een vruchtgebruik. Onder deze bewoordingen valt immers ook de situatie dat het niet gaat om een vordering op de langstlevende maar dat deze slechts te zijnen of haren laste komt.

De vervolgens door mevrouw Karstens gestelde vragen in verband met de situatie van een vóór de invoering van het nieuwe erfrecht gemaakte ouderlijke boedelverdeling, worden als volgt beantwoord.

- a. De langstlevende en de kinderen kunnen evenals thans zelf, bij overeenkomst, de rente die de erflater heeft bepaald wijzigen. Zij kunnen de rente die de erflater heeft bepaald evenwel niet wijzigen op de voet van artikel 4.2A.1.1 lid 4. Afdeling 4.2A.1 is immers niet op de ouderlijke boedelverdeling van toepassing. Vanzelfsprekend kan de erflater zelf bij uiterste wilsbeschikking ook het percentage van de vordering van de kinderen wegens overbedeling van hun langstlevende ouder, alsnog voor wijziging vatbaar maken.
- b. De langstlevende kan niet afzien van de toedeling op de voet van artikel 4.2A.1.6, aangezien hier niet van een wettelijke verdeling sprake is. De ouderlijke boedelverdeling kan evenwel voorwaardelijk zijn gemaakt, zodat indien de langstlevende op de goederen geen prijs stelt, deze verdeling buiten toepassing kan blijven, zonder dat de langstlevende de hoedanigheid van erfgenaam verliest. Afzien van de door de ouderlijke boedelverdeling verkregen rechten kan ook door een overeenkomst met de kinderen, gevolgd door levering zijdens de langstlevende.
- c. De vraag of de kinderen verhaal door de schuldeisers kunnen afwijzen met een verwijzing naar artikel 4.2A.1.2 lid 3, moet – eveneens vanwege de niet-toepasselijkheid van genoemde bepaling – ontkennend worden beantwoord. Iets anders is, dat de kinderen indien deze betaald hebben, verhaal zouden kunnen nemen op de langstlevende ouder indien deze voor de schulden krachtens de ouderlijke boedelverdeling draagplichtig is.
- d. De wilsrechten van de artikelen 4.2A.1.7 e.v. staan de kinderen om de reden van niet-toepasselijkheid van de desbetreffende bepalingen evenmin ter beschikking. Het gaat hier immers niet om «overeenkomstig artikel 4.2A.1.3 lid 3 verkregen geldvorderingen».

In de zogenoemde Bezemwet (wetsvoorstel Invoeringswet Boek 4 en Titel 3 van Boek 7 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, tweede gedeelte (nadere wijziging van Boek 4) (kamerstukken II 1999/2000, 27 021, nr. 1–3)) is in de materie van artikel 4.3.3.12 verduidelijking aangebracht. Lid 5 van artikel 4.3.3.12 betreft de aansprakelijkheid van de echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel met diens gehele vermogen ter zake van de legitimaire schuld. Lid 6 van dit artikel regelt dat, indien het een verkrijging door zodanige persoon als legataris betreft, en de legitimaire schuld niet of niet geheel op het legaat in mindering kan worden gebracht, het overblijvende gedeelte van de schuld op de echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel-legataris komt te rusten. Het ligt voor de hand beide bepalingen in de gevallen bedoeld in de leden 1 en 2 van artikel 129 Ow mede van toepassing te doen zijn. Hetzelfde geldt voor de verplichting van het nieuwe artikel 4.3.3.12a tot het voorschieten van het successierecht door de echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel in het geval een onterfde legitimaris een niet-opeisbare vordering heeft. Zie de nota van wijziging, onderdeel A, nieuwe tweede volzin van lid 2 van artikel 129 Ow.



De commissie vestigt vervolgens de aandacht op enkele uitspraken van auteurs in verband met artikel 4.3.1.8 lid 1, hetwelk, naar de commissie met juistheid constateert, door de werking van artikel 68a Ow onmiddellijke werking heeft.

Naar aanleiding van de opmerking van F. W. J. M. Schols «dat de uitleg naar oud recht dient te geschieden indien het testament is opgemaakt onder het oude Boek 4 BW», diens uitspraken omtrent het testament dat slechts een legaat bevat, en de visie hierop van De Lange in WPNR 6377 (1999), blz. 823, merk ik het volgende op.

Het ten tijde van het maken van de uiterste wilsbeschikking geldende recht is een omstandigheid waaronder de uiterste wil is gemaakt, als bedoeld in artikel 4.3.1.8 lid 1 BW. Bij de uitlegging van een uiterste wilsbeschikking dient derhalve ingevolge deze bepaling, op dat recht te worden gelet. Men mag daarom, zoals ook in de memorie van toelichting, blz. 8, is gesteld, in beginsel aannemen dat, indien een erfrechtelijke term als «vererving vervolgens de wet» is gebruikt, daarmee bedoeld is de wet die van kracht was ten tijde van het maken van het testament. Hetzelfde geldt indien in een uiterste wil wordt verwezen naar de regels omtrent plaatsvervulling of omtrent aanwas, of indien daarbij sprake is van «het in de legitieme stellen», «het toekennen van het beschikbare deel» of bijvoorbeeld van het «opleggen van lasten». Al deze formuleringen verwijzen naar rechtsfiguren ter bepaling van de inhoud en betekenis waarvan men dient uit te gaan van het recht dat gold ten tijde van het opmaken van de uiterste wilsbeschikking. Dit ligt voor de hand, ook al omdat, indien de erflater (en zijn notaris) had willen anticiperen op het nieuwe recht, hij dit met zoveel woorden zou hebben aangegeven. Niet minder is ook van belang, dat een andere benadering, waarbij uiterste wilsbeschikkingen van vóór de inwerkingtreding van de wet, gemaakt door iemand die na dat tijdstip is overleden, vanaf dat tijdstip worden uitgelegd overeenkomstig het nieuwe Boek 4, voor zover niet van een andere bedoeling van de erflater blijkt, bezwaarlijk anders dan krachtens een specifiek daarop gerichte overgangsbepaling mogelijk is. In het ontwerp is voor zo'n benadering, mede op grond de consultaties, niet gekozen.

Voorts dient te worden bedacht dat in de praktijk een erflater met zijn testament met name pleegt te regelen aan wie zijn nalatenschap in eerste instantie toe moet komen. In dit opzicht zijn de verschillen tussen het oude en nieuwe erfrecht toch minder groot. Staat hem of haar meer voor ogen, dan zal het testament al spoedig zodanig gedetailleerd zijn dat een uitlegproblematiek als hier bedoeld veelal niet aan de orde is.

Met andere woorden, de benadering die gegeven is met artikel 4.3.1.8 lid 1 lijkt voor de testamenten die voor de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 zijn gemaakt, maar nadien moeten worden uitgevoerd, nog steeds de juiste. Zij geeft de zekerheid dat in beginsel van het oude recht kan worden uitgegaan, namelijk alleen dan niet voor zover uit de uiterste wil van een andere bedoeling (d.w.z. nieuw recht) van de erflater blijkt (hetwelk overigens ook het geval kan zijn door daden of verklaringen van de erflater buiten de uiterste wil, zulks binnen de grenzen van artikel 4.3.1.8 lid 2).

Het gaat blijkens 4.3.1.8 lid 1 bij de uitlegging van een uiterste wilsbeschikking om de verhoudingen die de uiterste wil kennelijk wenst te regelen. Indien de uiterste wil slechts een geldlegaat aan een goed doel bevat, heeft de erflater zich – op welke grond ook – onthouden van een regeling voor de vererving van de nalatenschap. Men kan hierin dan geen impliciete erfstelling lezen. De grenzen van uitlegging zouden worden verlaten indien men zou aannemen dat een erflater, die uitsluitend een legaat als hier bedoeld heeft gemaakt, tevens de vererving zou hebben willen regelen.

Niet zou bijvoorbeeld kunnen worden gesteld dat zo'n erflater, naar luid van artikel 4.2A.1.1 «bij uiterste wilsbeschikking heeft bepaald, dat afde-

ling 4.2A.1. geheel buiten toepassing blijft». Het volstaat hier dus niet te stellen, zoals Schols doet, dat een ander oordeel («nieuw recht is van toepassing») een ongerechtvaardigde inbreuk zou betekenen op de wil van de hierbedoelde erflater. Niet zo zeer is van belang, althans doorslaggevend, dat de notaris zo'n testateur tevens heeft ingelicht omtrent de regels voor vererving van de nalatenschap, alswel of de conclusies die de testateur hieraan vervolgens heeft verbonden uit het testament door beschikkingen voldoende blijken. Is dat niet het geval – is onder de gelding van het oude recht de wettelijke erfopvolging niet tevens bevestigd – dan is er alle reden om aan te nemen dat, indien de erflater zou komen te overlijden na de invoering van het nieuwe Boek 4, het nieuwe recht op de vererving van zijn nalatenschap toepasselijk is.

De commissie verwijst in dit verband ook nog naar een drietal voorbeelden die K. D. de Lange in WPNR 6377 (1999), blz. 823, rechter kolom, en 824, linker kolom noemt. Het zal duidelijk zijn, dat ik zijn conclusies omtrent het recht dat van toepassing is op de onder het nieuwe recht opgevallen nalatenschap waarbij sprake is van een onder het oude recht gemaakte uiterste wilsbeschikking (oud of nieuw erfrecht) onderschrijf.

Zou het testament evenwel een legaat van vruchtgebruik van de nalatenschap ten behoeve van de langstlevende bevatten, dan blijft de wettelijke verdeling buiten toepassing (idem K.D. de Lange, in Nieuw erfrecht, juni 2000, nr. 2, blz. 27). In zodanig legaat ligt immers besloten, dat de langstlevende niet tevens hoofdgerechtigde tot de nalatenschapsgoederen zal zijn. Dit legaat dient aldus te worden verstaan, dat het impliciet mede de bepaling inhoudt dat afdeling 4.2A.1 buiten toepassing blijft.

De commissie wijst in dit verband nog op berekeningen van mevrouw Karstens- van Halsema, in haar eerder genoemde JBN-bijdrage. De verschillende uitkomsten van deze berekeningen zou ik niet een onlogisch verschil willen noemen. Deze verschillen zijn immers louter het gevolg van de wijze waarop de desbetreffende testamenten, waarbij nu eenmaal verschillende beschikkingen zijn getroffen, worden uitgelegd. In het ene geval is uitsluitend de echtgenoot tot enig erfgenaam benoemd en heeft de erflater zich derhalve onthouden van een regeling omtrent de omvang van de aanspraken van de kinderen. In het andere geval is tevens aan de kinderen een bedrag gelegateerd ter grootte van de waarde van hun legitieme portie. In het eerste geval moeten de aanspraken van de kinderen op de legitieme portie derhalve naar nieuw recht worden beoordeeld, in het tweede geval zal – omdat het testament een in de legitiemestelling bevat – deze wilsbeschikking naar oud recht worden beoordeeld.

De commissie vraagt in het verband met het onderwerp uitlegging ook de aandacht voor een wijziging in de inbrengregeling (artikel 4.5.4.3b lid 1, als vervat in de Bezemwet, wetsvoorstel Invoeringswet Boek 4 en Titel 3 van Boek 7 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, tweede gedeelte (nadere wijziging van Boek 4), kamerstukken II 1999/2000, 27 021, nr. 1–3), inhoudende dat ook ten aanzien van afstammelingen zal gelden dat inbreng eerst aan de orde komt, indien de schenker dit uitdrukkelijk heeft bepaald. Van Mourik (Nieuw Erfrecht, Overgangsrecht en anticipatie, blz. 91) meent, dat in geval van overlijden van de erflater na de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4, aangenomen mag worden, dat met betrekking tot giften gedaan vóór die inwerkingtreding, voor kinderen de inbrengplicht blijft gelden in geval de begiftigde daarvan niet was vrijgesteld. In het andere geval zou, zo betoogt hij, in strijd met de geest van de bepaling dat door de inwerkingtreding van de nieuwe wet geen vermogensrechten verloren kunnen gaan (artikel 69 Ow), zulks voor de eventuele broers of zusters van de begiftigde toch het geval kunnen zijn, en dit terwijl dezen er toch op hadden mogen vertrouwen, dat door de gift de gelijkheid van de erfgenamen niet zou worden aangetast.



Met de commissie stel ik vast dat in het hier bedoelde geval de kinderen van de erflater vóór diens overlijden geen rechten op de nalatenschap kunnen hebben verkregen, maar dat daarvan eerst op het moment van het openvallen van de nalatenschap sprake is. Met De Lange, in diens eerder vermelde WPNR-bijdrage, moet dan ook worden vastgesteld dat er in deze situatie geen vermogensrechten verloren kunnen zijn gegaan. Hierbij moet evenwel nog het volgende worden opgemerkt. De nieuwe regel van artikel 4.5.4.3b lid 1, krachtens welke door de wet geroepen erfgenamen in de nederdalende lijn slechts tot inbreng verplicht zullen zijn voor zover de erflater dit bij de gift of bij de uiterste wilsbeschikking heeft voorgeschreven, is voorgesteld mede omdat van de zijde van het notariaat naar voren is gebracht dat de uitsluiting van inbreng bij deze categorie van erfgenamen thans vrijwel standaard wordt gemaakt. Hieruit volgt derhalve dat, indien onder het thans nog geldende recht geen ontheffing van de verplichting tot inbreng is verleend, het kennelijk de wil van de erflater is geweest, dat inbreng wel plaats vindt, anders gezegd: het zwijgen van de erflater/schenker is hier nu juist wel als een keuze (voor inbreng) te beschouwen. Met Van Mourik en De Lange meen ik daarom dat een specifieke regel van overgangsrecht hier wel op zijn plaats is. Zie de nota van wijziging, onderdeel E, nieuw artikel 139.

Vervolgens vraagt de commissie de aandacht voor enige punten van uitleg in verband met de executele, zulks naar aanleiding van de bijdrage van B. M. E. M. Schols, in het meergenoemde werk Nieuw Erfrecht, Overgangsrecht en anticipatie. De opmerkingen van Schols hebben mij aanleiding gegeven de regel van artikel 133 te heroverwegen.

Blijkens artikel 133 is afdeling 4.4.6 niet van toepassing op een executele die vóór het in werking treden van het nieuwe Boek 4 reeds is aangevangen.

Indien de executeur bij testament is benoemd, is de bevoegdheid tot inbezitneming van de nalatenschapsgoederen vrijwel standaard tevens opgenomen. Alleen indien dit niet het geval is, kan worden aangenomen dat de erflater een executeur zonder vergaande bevoegdheden voor ogen had. Het wil mij voorkomen dat, mede omdat voor de meeste van de onderwerpen van het nieuwe erfrecht het uitgangspunt van onmiddellijke werking geldt, de executeur «met bezit» van het oude recht vanaf de invoering van het nieuwe Boek 4 gelijk kan worden gesteld met de daarbij voorziene beheersexecuteur, zodat op zijn positie het pakket van afdeling 4.4.6 een nuttige aanvulling kan zijn. Ik heb dan ook bij nader inzien gekozen voor de benadering die ook voor het overgangsrecht inzake het testamentaire bewind is gevolgd. Op benoemingen betreffende executelen, stammende uit het oude recht, is vanaf de inwerkingtreding van het nieuwe recht of, als dit later is, vanaf de aanvang van de executele, afdeling 4.4.6 van toepassing. Het oude recht blijft evenwel geheel gelden, indien aan de executeur niet het recht van inbezitneming van de nalatenschapsgoederen was toegekend, of ten dele, voor zover namelijk bij de benoeming door de erflater van afdeling 4.4.6 afwijkende voorzieningen waren getroffen (omtrent het loon bijvoorbeeld, of ter zake van de bevoegdheden). Zie daarvoor de nota van wijziging, onderdeel D, het gewijzigde artikel 133. De vragen van de heer Schols vinden in het zoëven gestelde eveneens hun beantwoording.

#### *Natuurlijke verbintenissen*

Onderschreven wordt dat het aannemelijk is dat er nogal wat testamenten zijn waarbij er door de erflater vanuit is gegaan dat door omzetting, erkenning of versterking (of «vanzelf») in de uiterste wil, de natuurlijke verbintenis van de eerststervende jegens de langstlevende een civielrechtelijk afdwingbare verbintenis is geworden.

De commissie stelt vervolgens met juistheid vast, dat de eenzijdige omzet-

ting van zo'n natuurlijke verbintenis in een rechtens afdwingbare verbintenis, gedaan bij een uiterste wilsbeschikking vóór 1 januari 1992, voor het geval zulke beschikking na 1 januari 1992 tot uitvoering komt, wordt beheerst door de regel van artikel 174 Ow en dientengevolge mogelijk is. Vanaf 1 januari 1992 is de omzetting door een uiterste wilsbeschikking van een natuurlijke verbintenis in een rechtens afdwingbare verbintenis niet meer mogelijk. Wel kan de erflater bij uiterste wil een aanbod tot het aangaan van een overeenkomst tot omzetting doen, hetwelk volgens artikel 6:5 lid 2 BW als aanvaard geldt wanneer het na het overlijden van de erflater ter kennis van de schuldeiser is gekomen en door deze niet onverwijld is afgewezen. Zou een uiterste wilsbeschikking, tot stand gekomen op of na 1 januari 1992, nog een eenzijdige omzetting van een natuurlijke verbintenis in een rechtens afdwingbare verbintenis bevatten, dan kan deze volgens artikel 3:42 BW worden geconverteerd in een aanbod tot omzetting als bedoeld in artikel 6:5 lid 2 BW. Het gaat hier overigens niet om een kwestie van overgangsrecht in verband met de invoering van het nieuwe Boek 4. Reeds vanaf 1 januari 1992 geldt immers dat uiterste willen geen eenzijdige omzettingen als hier bedoeld kunnen bevatten.

Vervolgens maakt de commissie een aantal opmerkingen met betrekking tot het wetsvoorstel naar aanleiding van hetgeen werd aangetroffen bij een aantal auteurs.

Vooreerst wijst zij erop, dat Van Mourik (in Nieuw Erfrecht, Overgangsrecht en anticipatie, blz. 56) bestrijdt hetgeen naar aanleiding van artikel 128 Ow in de memorie van toelichting (blz. 13 en 14) staat vermeld, hierop neerkomende dat een gegrond beroep op de legitieme portie daarmee strijdige makingen en giften met terugwerkende kracht vernietigt, zodat aan verlenging van de termijn totdat procedures zijn geëindigd, derhalve geen behoefte bestaat. Meer in het bijzonder betwijfelt hij of het enkele (gegronde) beroep op de legitieme portie onder het thans nog geldende recht iets vernietigt. Zijns inziens is daarvoor een tweede actie van de legitimaris nodig, namelijk een inkortingsactie.

Artikel 128 heeft de bedoeling complicaties te voorkomen die voortvloeien uit verschillen tussen de oude en de nieuwe regeling van de legitieme portie, en wel ten behoeve van legitimarissen van het thans nog geldende recht, die hun rechtspositie door het openvallen van de nalatenschap voor de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 reeds hadden verworven. Zodanige legitimaris zal zijn bevoegdheden uitsluitend volgens het oude recht kunnen uitoefenen (artikel 128 lid 1 Ow), zulks met inachtneming van de termijnen genoemd in artikel 128 lid 2 Ow. Tot de in artikel 128 lid 1 Ow bedoelde bevoegdheden behoort ook het door inkorting verminderen van makingen en giften, waardoor deze worden vernietigd (zie artikel 4:967 BW). Hoewel het uitoefenen van de bevoegdheid tot inkorting steeds mede een beroep op de legitieme portie inhoudt, kan aan Van Mourik worden toegegeven dat het zich beroepen op de legitieme in strikte zin – het uitoefenen van het wilsrecht om zich als erfgenaam te presenteren – onderscheiden kan worden van de inkorting. De conclusie – de termijn waarbinnen een beroep kan worden gedaan op de legitieme portie en legaten en giften kunnen worden ingekort beloopt vijf jaren – laat dit evenwel onverlet.

In artikel 4.3.3.11b (zoals dit zal komen te luiden indien de meergenoemde Bezemwet het Staatsblad heeft bereikt) wordt aan de erflater de mogelijkheid geboden om aan een uiterste wilsbeschikking ten behoeve van zijn echtgenoot of geregistreerde partner de voorwaarde te verbinden dat de vordering van een legitimaris pas opeisbaar is na het overlijden van die echtgenoot of partner. Ten aanzien van een andere levensgezel geldt die mogelijkheid ook, maar dan moet deze met de erflater een gezamenlijke huishouding voeren en moeten erflater en levensgezel een notariële

samenlevingsovereenkomst hebben gesloten. Door W. M. Kleijn (JBN november 1999, blz. 2, rechterkolom) wordt de vraag opgeworpen of dit «uitstel» ook geldt indien de testateur (een of meer van) zijn kinderen slechts heeft onterfd. 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. Vooropgesteld moet worden dat juist vanwege een situatie als door Kleijn genoemd, artikel 4.3.3.11b is aangepast, en dat om die reden in die bepaling niet meer sprake is van een «aan een bij uiterste wilsbeschikking gedane making ten behoeve van de echtgenoot, geregistreeerde partner of andere levensgezel». Opgemerkt kan daarom worden dat de onterving van een of meer van diens kinderen door de erflater, veelal mede de strekking heeft anderen, die volgens de wet tot de nalatenschap zijn geroepen – in het bijzonder de echtgenoot of de geregistreeerde partner – te bevoorraden, en wel door deze de kindsdelen te geven bovenop hetgeen hem of haar uit hoofde van het versterferrecht reeds zou toekomen. Om die reden dient ook een onterving die ten voordele komt van de langstlevende echtgenoot, geregistreeerde partner of andere levensgezel, te worden begrepen onder de in artikel 129 lid 1 Ow bedoelde uiterste wilsbeschikkingen, gemaakt ten behoeve van die echtgenoot, geregistreeerde partner of andere levensgezel. Dit zou slechts anders zijn, indien de erflater ten tijde van de onterving nog niet gehuwd was of een geregistreeerd partnerschap was aangegaan met de langstlevende, danwel deze toen, en onverminderd de nadere condities van de bepaling, nog niet diens andere levensgezel was. In dat geval zou immers niet kunnen worden uitgegaan van een strekking als hier bedoeld van de uiterste wilsbeschikking jegens zodanige persoon. Een en ander doet recht aan de verhoudingen die de uiterste wil kennelijk wenst te regelen (artikel 4.3.1.8 lid 1), met dien verstande, dat hier het overgangsrecht voorziet in een aanvullende bescherming, waar de erflater die – nu de praktijk met artikel 4.3.3.11b nog geen rekening hield – zelf niet heeft gegeven.

Ten aanzien van artikel 129 Ow, hetwelk een voorziening geeft waardoor de langstlevende tegen aanspraken van legitimarissen wordt beschermd, en ten aanzien van de in artikel 131 Ow getroffen overgangsregeling ten behoeve van de echtgenoot en de geregistreeerde partner met betrekking tot voor de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 aangegane verblijvens-, overnemings- en toedelingsbedingen stelt de commissie, geïnspireerd mede door opmerkingen gemaakt door Van Mourik en mevrouw Karstens-van Halsema, een tweetal vragen, en wel of de regering bereid is om:

- in artikel 129 Ow lid 1, tweede volzin, de woorden «en een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst is aangegaan» te laten vervallen, en
- in artikel 131 Ow, tweede volzin, na het woord «samenlevingsovereenkomst» in te voegen de woorden «of andere notariële akte». Ik ga hierop als volgt in.

Het komt thans in niet weinig gevallen voor dat personen die van elkander anders dan als echtgenoot of geregistreeerde partner levensgezel zijn, wel een testament maken, maar een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst achterwege laten. Betrokkenen zien van zo'n samenlevingsovereenkomst af in de verwachting dat men op termijn toch een huwelijk of een geregistreeerd partnerschap zal aangaan en/of omdat men op dat moment nog geen gemeenschappelijk vermogen heeft waarop een verblijvensbeding zou kunnen worden toegepast. Overlijdt een der levensgezellen onder het thans nog geldende recht, dan is de erfstelling ten behoeve van de levensgezel en het daaraan gekoppelde beroep op het bestaan van een natuurlijke verbintenis, voldoende om aanspraken van legitimarissen te kunnen afhouden. Zie immers HR 27 februari 1980, NJ 1980, 352, waarin de natuurlijke verbintenis jegens een samenlevings-

partner wordt erkend. Hierop wordt betrokkenen door de notaris in de voorlichting ook gewezen.

Dit wordt anders, indien het overlijden onder het nieuwe recht zal plaatsvinden. Nu niet aan het in artikel 129, eerste lid, Ow opgenomen vereiste van een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst is voldaan, wordt de making ten behoeve van de levensgezel toch inkortbaar, zij het pas na de andere makingen. Zie immers artikel 4.3.3.12 lid 2. Als gezegd, in de voorlichting door de notaris is betrokkenen een ander beeld voorgehouden. Teneinde hen niet in de gewekte verwachting te beschamen en ook om te vermijden dat men uitsluitend voor de samenlevingsovereenkomst nog eens de gang naar de notaris zou moeten maken, wordt thans voorgesteld de eis van een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst niet te stellen. Zie de wijziging van artikel 129 Ow, in onderdeel A van de nota van wijziging.

Ten aanzien van hetgeen de commissie, geïnspireerd door Van Mourik en mevrouw Karstens-van Halsema, omtrent artikel 131 Ow heeft opgemerkt, het volgende. Het komt in de praktijk thans veelvuldig voor dat de notaris geadviseerd heeft om bij de levering van een onroerende zaak gezamenlijk aan hen die van elkaar anders dan als echtgenoot of geregistreerde partner levensgezel zijn, een verblijvingsbeding in de transportakte op te nemen. Tot een testamentaire voorziening gaat men ter besparing van kosten niet over. Onder het thans nog geldende recht zijn de levensgezellen op deze wijze gelet op de rechtspraak van de Hoge Raad tegen aanspraken van legitimarissen beschermd.

Zou een levensgezel onder het nieuwe recht komen te overlijden, dan geniet hij of zij niet de bescherming van artikel 131 Ow, nu het beding niet bij notarieel verleden samenlevingsovereenkomst is gemaakt. Vanuit dezelfde overwegingen als hiervoor bij artikel 129 Ow genoemd – gewekte verwachtingen en het voorkomen dat alsnog een gang naar de notaris noodzakelijk wordt – wordt voorgesteld dat in plaats van een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst ook zal kunnen worden volstaan met een andere notariële akte waarin het verblijvingsbeding is opgenomen. Zie de nota van wijziging, onderdeel B, betreffende artikel 131 Ow.

Artikel 129 Ow beoogt uitsluitend een regel te geven voor het geval de erflater onder de gelding van het oude recht door een uiterste wilsbeschikking zijn echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel tegen aanspraken van legitimarissen heeft willen beschermen. Zodanige wilsbeschikking kan bij een latere uiterste wilsbeschikking weer geheel of ten dele ongedaan worden gemaakt. Voor zover een beding als bedoeld in artikel 131 Ow een inbreuk vormt op de legitieme portie zal de vordering van de legitimaris ingevolge deze bepaling eerst opeisbaar zijn bij het overlijden van de langstlevende. Wijziging (uitbreiding) van de opeisbaarheidsgronden kan ingevolge artikel 4.3.3.11ba slechts bij uiterste wilsbeschikking geschieden.

Vervolgens vraagt de commissie de aandacht voor een vraag die is opgeworpen door mevrouw Karstens-van Halsema (in JBN november 1999, blz. 8, rechter kolom en blz. 9, linker kolom) met betrekking tot het fideï-commis de residuo en het overgangsrecht. Indien een fideï-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. Dit betekent dat als een erflater vóór de invoering van het nieuwe erfrecht overlijdt, een bezwaarde met betrekking tot de onder het fideï-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 mevrouw Karstens-van Halsema signaleert heeft betrekking op artikel 4:1036 BW (oud) waardoor een bezwaarde verkrijger op grond van de wet zonder meer bevoegd is om te vervreemden of te verteren.

Gelet op artikel 4:1036 BW mag aangenomen worden dat de erflater bedoelde bevoegdheden heeft gewild. Het komt daarom juist voor, dat een bezwaarde verkrijger in de door mevrouw Karstens-van Halsema aangegeven situatie van een making op de voet van het thans nog geldende artikel 4:928 BW, tot vervreemding en vertering bevoegd zal blijven. Zie wederom de nota van wijziging, onderdeel C, dat op dit punt voorziet in een aanvulling van artikel 132 Ow.

Tenslotte stelt de commissie aan de orde of de veronderstelling van mevrouw Karstens-van Halsema (in JBN november 1999, blz. 9, linker kolom) 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 en diens afstammelingen als zodanig zijn aangewezen. Dat is volgens mevrouw Karstens-van Halsema anders indien de erflater na de inwerkingtreding van de nieuwe wet overlijdt.

De vraag wordt gesteld naar aanleiding van het voorbeeld van een testament, gemaakt voor de invoering van het nieuwe Boek 4, waarbij testateur A tot zijn erfgenamen heeft benoemd B en zijn kinderen K1 en K2 gezamenlijk en voor gelijke delen, en daarbij heeft bepaald dat alles wat K2 bij zijn overlijden onvervreemd en onverteerd heeft nagelaten van hetgeen hij van A erft, bij overlijden van K2 zal worden verkregen door de buurman van A, dan wel indien deze dan niet meer leeft, door diens afstammelingen, die volgens de wet zijn plaats vervullen, ook al zijn een of meer van die afstammelingen ten tijde van het overlijden van A nog niet geboren. De buurman en zijn gezin hebben A steeds geholpen bij de verzorging van K2, die meervoudig gehandicapt is.

Indien A voor de invoering van het nieuwe Boek 4 komt te overlijden zal ook een derde zoals A, en zullen bij diens overlijden voor het bezwaarde kind K2 zijn afstammelingen, verwachter kunnen zijn, ook indien die afstammelingen ten tijde van het overlijden van de erflater nog niet zijn geboren. Blijkens artikel 4:928 BW zoals dit thans geldt, is immers hetgeen in deze casus aan de orde is, geen verboden erfstelling over de hand. Op deze nalatenschap zijn de artikelen 79 tot en met 81 Ow van toepassing, welke kort gezegd inhouden: «wat geldig was, blijft geldig». Onder de gelding van het nieuwe Boek 4 kunnen afstammelingen als hier bedoeld geen recht meer aan een making als hier aan de orde ontlenen: zij behoren immers niet tot de personen bedoeld in artikel 4.3.2.2 lid 2 (afstammelingen van de vader of moeder van de erflater). Indien een dergelijke onder het oude recht gemaakte erfstelling onder de gelding van het nieuwe Boek 4 actueel zou worden, bewerkstelligt artikel 79 Ow, geëerbiedigd in artikel 127 Ow, dat de beschikking geldig is (zie ook de memorie van toelichting, blz. 12, eerste volle alinea). Hieraan doet artikel 4.3.2.2 lid 1, anders dan mevrouw Karstens-van Halsema meent, dus niet af.

De Minister van Justitie,  
A. H. Korthals