

Vergaderjaar 2000–2001

27 021

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

Nr. 5

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 20 juni 2001

Algemeen

1. Met belangstelling heb ik kennis genomen van het verslag over het wetsvoorstel. Op de in het verslag opgenomen opmerkingen en vragen ga ik in het navolgende gaarne in. Tegelijk met deze nota wordt een nota van wijziging ingediend, waarbij in het wetsvoorstel nog een aantal wijzigingen worden aangebracht. De Commissie Erfrecht van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, met wie de nota naar aanleiding van het verslag en de nota van wijziging zijn besproken, kan zich met de inhoud daarvan verenigen.

2. De Commissie vraagt allereerst om een reactie op enige van de argumenten en conclusies van mr. E. W. J. Ebben in diens, kort na indiening van het wetsvoorstel verschenen, proefschrift «De positie van de langstlevende echtgenoot en kinderen in het nieuwe erfrecht».

Ebben betreurt het dat het nieuwe erfrecht geen regeling geeft voor erfrechtelijke aanspraken van biologische kinderen van de erflater en meent dat het ontbreken daarvan in het kader van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens onhoudbaar zal blijken. Met de Commissie ben ik van oordeel dat het, gelet op de uitspraak van de Hoge Raad van 17 januari 1997, NJ 1997, 483, en de invoering per 1 januari 1998 van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, die biologische kinderen een mogelijkheid verschaft erfgenaam te worden van hun biologische vader, voorshands niet aan te nemen valt dat het Europese Hof te Straatsburg de stelling van Ebben zal volgen. In dit verband is voorts inderdaad van belang hetgeen ik in mijn brief van 1 mei 2000 (Kamerstukken II 1999–2000, 22 700, nr. 31) heb vermeld omtrent de mogelijkheden om naast afstamming ook aan gezamenlijk gezag erfrecht bij versterf toe te kennen. Gaarne onderschrijf ik de slotsom van de Commissie dat het niet onverstandig is de ervaringen met het in dat verband toegezegde wetsvoorstel af te wachten en, nadat dit tot wet zal zijn verheven en daarmee praktische ervaring zal zijn opgedaan, op dit punt terug te komen.

De Commissie wijst vervolgens op de opvatting van Ebben (op blz. 320 van zijn dissertatie) dat de wet de langstlevende ouder zou moeten

verplichten de kinderen van een voorgenomen huwelijk op de hoogte te stellen, zodat zij kennis krijgen van het ontstaan van eventuele wilsrechten, alsmede dat de wet aan het achterwege laten van zo'n kennisgeving sancties zou moeten verbinden. Dienaangaande merk ik op dat hetgeen Ebben in de genoemde passage opmerkt over het ontbreken van sancties, geen betrekking heeft op de door hem bepleite mededelingsplicht met betrekking tot het voorgenomen huwelijk, doch op de mededelingsplichten van artikel 4.2A.1.12 leden 3 en 4. Ten aanzien van de bepleite mededelingsplicht betreffende het huwelijksvoornemen is overigens opmerkelijk dat Ebben elders in zijn proefschrift (op blz. 47) te kennen geeft dat het ontbreken van een medelingsplicht géén bezwaar vormt, aangezien het wilsrecht bij niet-uitoefening niet teniet gaat doch blijft «sluimeren». Problemen zijn hier niet te verwachten, aldus Ebben. Inderdaad meen ik dat een mededelingsplicht hier achterwege kan blijven. In de meeste gevallen zal het huwelijksvoornemen ook aan de kinderen bekend zijn. Wanneer tussen de echtgenoot en de kinderen geen contact bestaat, zou dat anders kunnen zijn, maar een verplichting om in alle gevallen de kinderen en stiefkinderen op te sporen en mededeling te doen van het huwelijksvoornemen, acht ik te vergaand. De wilsrechten zullen zo nodig ook na het sluiten van het huwelijk kunnen worden uitgeoefend.

In verband met de verhouding tussen stiefkinderen en legitieme portie, waarvoor artikel 4.3.3.2 lid 3 een regeling inhoudt, vraagt de Commissie of, zoals naar de mening van Ebben voor de hand ligt, met de term stiefkinderen wordt aangesloten bij wat maatschappelijk gangbaar is, in die zin dat slechts de «echte» kinderen van de ene partner ten opzichte van de andere partner (wiens «echte» kinderen zij niet zijn) stiefkinderen zullen kunnen zijn. Het stiefkind van een persoon is een eigen («echt») kind van de echtgenoot van die persoon, van welk kind men niet zelf ouder is. Hoewel het begrip in Boek 1 BW als zodanig niet wordt omschreven, blijkt het bijvoorbeeld uit artikel 1:395a lid 2 BW. Voor de toepassing van het erfrecht is er overigens aanleiding om onder stiefkind van de erflater ook te verstaan het kind van de geregistreerde partner of voormalige geregistreerde partner van de erflater, van welk kind de erflater niet zelf ouder is. Daardoor zal bijvoorbeeld in het kader van een wettelijke verdeling tussen geregistreerde partner en kinderen van de erflater ook een eigen kind van de geregistreerde partner kunnen worden betrokken. Er bestaat geen reden om hier onderscheid te maken tussen de kinderen van de echtgenoot en de kinderen van de geregistreerde partner van de erflater. In verband daarmee wordt in de nota van wijziging een omschrijving van stiefkind opgenomen in artikel 4.1.4.

De Commissie vraagt vervolgens aandacht voor het standpunt van Ebben op blz. 133 van zijn dissertatie, dat artikel 4.3.3.2 lid 3 – dat voorziet in een vermindering van de legitieme portie voor het geval dat daaraan afbreuk wordt gedaan door makingen ten behoeve van een stiefkind – een «onbedoeld neveneffect» heeft. Ebben gaat er daarbij vanuit dat de bepaling uitsluitend ter bescherming van de stiefkinderen is gegeven. Omdat in het geval van de wettelijke verdeling veelal eerst bij de echtgenoot zal worden ingekort (artikel 4.3.3.12 lid 1) en de verkrijging van de stiefkinderen pas daarna voor inkorting in aanmerking komt, is in die gevallen artikel 4.3.3.2 lid 3 niet nodig om de verkrijging van de stiefkinderen te beschermen. Door de uit die bepaling voortvloeiende vermindering van de legitieme portie blijven, aldus Ebben, de legitimarissen toch met een tekort zitten en wordt de echtgenoot onbedoeld de beschermde partij, ten koste van de legitimarissen.

De door Ebben gesignaleerde «absolute werking» van artikel 4.3.3.2 lid 3 gaat uit van de gedachte dat wanneer door makingen aan een stiefkind de legitieme portie van een kind in het gedrang komt, die legitieme portie

met werking jegens een ieder dient te worden verminderd. Daarbij is met name gedacht aan de wettelijke verdeling, waarbij nu eenmaal in beginsel ieders erfdeel gelijk is. Naar aanleiding van het verslag, de opmerkingen van Ebben en voorts ook de behandeling van artikel 4.3.3.2 lid 3 door mr. B. C. M. Waaijer in het Handboek Nieuw Erfrecht, 2e druk, blz. 255–258, heb ik de verhouding tussen legitimarissen en stiefkinderen nogmaals overwogen. Ik ben daarbij tot de slotsom gekomen dat artikel 4.3.3.2 lid 3 beter gewijzigd kan worden. De volgende overwegingen hebben daarbij een rol gespeeld.

De belangrijkste overweging is de volgende. Artikel 4.3.3.2 lid 3 leidt tot een vermindering van de legitieme portie. Deze vermindering heeft absolute werking: zij werkt niet alleen jegens stiefkinderen, maar ook jegens andere erfgenamen, zoals de langstlevende echtgenoot of een derde. De omstandigheid echter dat een legitimaris moet dulden dat een stiefkind evenveel krijgt als hijzelf, rechtvaardigt op zichzelf nog niet dat de legitimaris zijn «tekort» niet mag verhalen op anderen dan het stiefkind. Tot dit laatste zou men eerst kunnen besluiten op andere gronden, bijvoorbeeld op de grond dat bij de wettelijke verdeling ieders erfdeel in beginsel gelijk is en deze gelijkheid niet door de legitieme portie doorbroken zou moeten worden. Bij het ontwerpen van artikel 4.3.3.2 lid 3 heeft dit laatste, zoals vermeld, inderdaad een rol gespeeld. Daarbij had wellicht duidelijker kunnen worden onderkend dat deze absolute werking ook kan worden aangewend ten gunste van andere personen dan de langstlevende echtgenoot, bij welke personen de legitimaris zeker niet ten achter behoort te worden gesteld. Opmerking verdient nog dat de de langstlevende echtgenoot in elk geval beschermd wordt of kan worden doordat de vordering van de legitimaris bij de wettelijke verdeling niet-opeisbaar is en in andere gevallen door de erflater niet-opeisbaar kan worden gemaakt.

Een bezwaar dat aan artikel 4.3.3.2 lid 3 kleeft, is voorts dat de bepaling niet in alle gevallen waarborgt dat het stiefkind van inkorting gevrijwaard blijft – met name niet indien de erflater ook giften heeft gedaan. Inkorting zal immers in de eerste plaats plaatsvinden op makingen, waaronder ook die aan stiefkinderen. Zelfs als de erflater op de voet van artikel 4.3.3.12 lid 2 wijziging aanbrengt in de volgorde van inkorting, kan dit er niet toe leiden dat op makingen eerst na de giften wordt ingekort.

Een ander bezwaar is dat de bepaling slechts toepassing vindt in het geval van makingen aan een stiefkind, niet bij giften. Het realiseren van gelijke behandeling van eigen kinderen en stiefkinderen door het doen van (voor de legitieme relevante) giften is dus niet mogelijk. Voor een dergelijk onderscheid tussen giften en makingen ontbreekt een goede grond.

Vorenstaande overwegingen maken duidelijk dat het lastig is de verhouding van legitimarissen en stiefkinderen te regelen in de sfeer van de omvang van de legitieme portie. Ook de remedie die Ebben voorstelt, biedt geen goede oplossing. Hij stelt voor om aan de bepaling toe te voegen «onverminderd hun bevoegdheid tot inkorting bij de echtgenoot», maar wil daarbij tegelijkertijd wel uitgaan van de legitieme portie na de vermindering van artikel 4.3.3.2 lid 3, aangezien «de bescherming van de stiefkinderen immers niet ten koste hoeft te gaan van de langstlevende» (Ebben, t.a.p.). Daarmee zou er in wezen niets veranderen. Ook zonder de toevoeging zal de inkorting immers overeenkomstig artikel 4.3.3.12 in de eerste plaats geschieden op het gedeelte van de nalatenschap waarover niet door makingen is beschikt, dat wil zeggen het gedeelte waarin ook de echtgenoot deelt. En zelfs als men in de verhouding tot de echtgenoot zou uitgaan van een niet-verminderde legitieme portie, ondervangt dat slechts een deel van de hiervoor genoemde bezwaren.

De genoemde bezwaren kunnen wèl worden opgelost met een regeling in de sfeer van de inkorting. Daarbij worden zowel makingen als giften aan een stiefkind tot op zekere hoogte vrijgesteld van inkorting. Deze vrijstelling komt overeen met de waarde van een kinsdeel (of nauwkeuriger, in verband met giften: de legitieme portie maal twee), als ook de stiefkinderen eigen kinderen van de erflater waren geweest. De regeling werkt slechts in de verhouding tot het stiefkind; bij ieder ander kan wel worden ingekort. Voorzover die ander overigens de langstlevende echtgenoot is, zal de vordering van de legitimaris in veel gevallen niet-opeisbaar zijn. Aan de belangen van de legitimaris, het stiefkind en de echtgenoot kan aldus op evenwichtige wijze recht worden gedaan. Bij de nota van wijziging wordt daartoe, met schrapping van artikel 4.3.3.2 lid 3, een nieuw artikel 4.3.3.14a voorgesteld.

Ebben vermeldt op blz. 336 van zijn dissertatie dat in het geval dat in verband met vorderingen van legitimarissen inkorting plaatsvindt van hetgeen toekomt aan andere legitimarissen, een onredelijk onderscheid wordt gemaakt tussen legitimarissen die bij versterf erven en legitimarissen die krachtens uiterste wilsbeschikking erven. Het door Ebben gesignaleerde onderscheid was in dit wetsvoorstel al weggenomen: zie artikel 4.3.3.12 lid 3, dat zowel betrekking heeft op de legitimaris die bij versterf erft als op de legitimaris die optreedt als testamentair erfgenaam (of legataris).

Een andere kwestie die door Ebben is opgeworpen betreft de vraag in hoeverre de bescherming die de langstlevende echtgenoot geniet doordat de wet de vordering van een legitimaris niet-opeisbaar verklaart, zich mede moet uitstrekken tot een derde aan wie een legaat is gemaakt. Opgemerkt zij wel dat de kwestie door de nieuwe redactie van artikel 4.3.3.12 in het wetsvoorstel enigszins anders is komen te liggen dan door Ebben besproken. Het wetsvoorstel maakt het namelijk mogelijk dat enerzijds voor de vordering van een legitimaris inkorting plaatsvindt op een legaat aan een derde, terwijl anderzijds de vordering van de legitimaris in zijn geheel niet-opeisbaar is ten gevolge van het feit dat de nalatenschap overeenkomstig de wettelijke verdeling is verdeeld. Dit vloeit voort uit de artikelen 4.3.3.11 lid 1, 4.3.3.11a lid 2 en artikel 4.3.3.12 lid 2. Hoewel dus – anders dan in de oude redactie van artikel 4.3.3.12 lid 3 – het ten laste van de legataris komende deel van de (niet-opeisbare) schuld aan de legitimaris niet overgaat op de legataris, doet zich nog steeds de omstandigheid voor dat de legitimaire vordering ook voor het ten laste van een derde-legataris komende gedeelte pas behoeft te worden voldaan als de echtgenoot van de erflater overlijdt of in staat van faillissement of schuldsanering raakt.

De verklaring voor de zojuist genoemde omstandigheid is dat de positie van de legitimaris zoveel mogelijk is gemodelleerd naar de positie van de kinderen bij de wettelijke verdeling. Ook daar zijn de vorderingen op de echtgenoot niet-opeisbaar, ongeacht of er aan derden legaten moeten worden uitgekeerd. De reden voor deze gelijke positie is gelegen in het feit dat de positie van de legitimaris niet sterker behoort te zijn dan de positie die hij als versterf-erfgenaam zou hebben ingenomen. De vraag rijst echter of deze gelijke positie eveneens dient te gelden wanneer legaten aan derden zijn gemaakt. Wanneer de erflater door middel van legaten beschikt over zijn nalatenschap, vormt dat naar mijn oordeel in het kader van de wettelijke verdeling geen grond om te tornen aan de niet-opeisbaarheid van de vorderingen van de kinderen. Wanneer echter de erflater door legaten de positie van een kind zodanig beperkt dat tekort wordt gedaan aan zijn legitieme portie, bestaat er bij nadere overweging grond voor een afwijkende regeling. Die grond is gelegen in de omstandigheid dat als de legitimaris zijn legitieme tegenover de echtgenoot

inroept, de echtgenoot op het legaat zal mogen inkorten. Het ingekorte deel van het legaat zou zonder het beroep op de legitieme zijn uitgekeerd aan de legataris en dus niet aan de echtgenoot ten goede zijn gekomen. Er is daarom geen reden om de legitimaris ook voor dit deel van zijn vordering het opeisen daarvan te ontzeggen. Het vorenstaande leidt tot de slotsom dat in het geval van de wettelijke verdeling de in artikel 4.3.3.11a lid 2 geregelde niet-opeisbaarheid van de legitimaire vordering jegens de langstlevende echtgenoot uitzondering dient te lijden voorzover legaten aan anderen dan de echtgenoot voor inkorting voor de legitimaire vordering in aanmerking komen. Een daartoe strekkende wijziging is in de nota van wijziging opgenomen.

Artikelsgewijze behandeling

3. Artikel 4.2A.1.1

Andere dan de in artikel 4.2A.1.1 bedoelde personen kunnen niet worden betrokken in een wettelijke verdeling, uiteraard behoudens de mogelijkheid om een stiefkind op de voet van artikel 4.2A.1.14 als eigen kind in de verdeling te betrekken. De Commissie werpt de vraag op of door benoeming tot erfgenaam van een zodanige andere persoon, de wettelijke verdeling geheel buiten toepassing blijft dan wel de wettelijke verdeling slechts plaatsvindt ten aanzien van dat deel van de nalatenschap dat toekomt aan de langstlevende echtgenoot en de kinderen van de erflater. Naar mijn oordeel verdient deze laatste mogelijkheid, waarbij de goederen der nalatenschap door de echtgenoot en de andere persoon worden verkregen en de kinderen een niet-opeisbare vordering op de echtgenoot verkrijgen, de voorkeur. Zij is het meest in het belang van de langstlevende echtgenoot en sluit daarmee aan bij de strekking van afdeling 4.2A.1. Indien uit de uiterste wil van de erflater echter valt af te leiden dat deze met de benoeming van een derde als erfgenaam tevens heeft bedoeld te bepalen dat de wettelijke verdeling geheel buiten toepassing blijft, zal dat uiteraard de doorslag geven.

De wettelijke verdeling vindt ook plaats in het door de Commissie onder verwijzing naar Kraan, WPNR 2000, 6406, blz. 428 (l.k.) genoemde geval waarin een erflater naast zijn echtgenoot slechts een of meer, doch niet alle, kinderen als erfgenaam achterlaat. Zie daarvoor Kamerstukken II 1996/97, 17 141, nr. 21, blz. 14. Voorts kan de wettelijke verdeling zowel toepassing vinden indien de langstlevende echtgenoot en kinderen bij versterf tot de nalatenschap zijn geroepen, als wanneer zij bij uiterste wilsbeschikking tot erfgenaam zijn benoemd. Daaraan doet niet af dat het opschrift van afdeling 4.2A.1 spreekt van het «erfrecht bij versterf van de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot en van de kinderen». Daargelaten de beperkte betekenis van opschriften in het algemeen, brengt dit opschrift slechts tot uitdrukking dat de wettelijke verdeling als zodanig plaatsvindt bij versterf, dat wil zeggen niet ingevolge een uiterste wilsbeschikking. Daarbij is niet vereist dat de erfopvolging zelf bij versterf plaatsvindt (vergelijk in dit verband het opschrift van titel 4.2, dat wèl spreekt van erfopvolging bij versterf). Wel kan het onderscheid tussen erfopvolging bij versterf en erfopvolging krachtens erfstelling anderszins van belang zijn, zoals in het geval dat een erfgenaam verwerpt ten aanzien van de mogelijkheid van plaatsvervulling. Plaatsvervulling kan bij door de wet geroepen erfgenamen wel plaatsvinden (artikel 4.2.6 lid 1), bij testamentaire erfgenamen in beginsel niet (voor een uitzondering zie men artikel 4.2A.1.14, derde zin). In dit onderscheid acht ik echter geen grond gelegen om de wettelijke verdeling niet toe te passen wanneer echtgenoot of kinderen krachtens erfstelling erven.

De Commissie stelt aan de orde of de wettelijke verdeling ook toepassing kan vinden indien er naast de echtgenoot slechts stiefkinderen erven en geen eigen kinderen van de erflater. Voor de beantwoording van deze vraag roep ik in herinnering dat artikel 4.2A.1.14 ertoe strekt de erflater in staat te stellen tot een gelijke behandeling van zijn eigen kinderen en zijn stiefkinderen (Kamerstukken II 1996/97, 17 141, nr. 21, blz. 23), zulks omdat de behoefte daartoe in de praktijk regelmatig blijkt. Heeft de erflater, in overeenstemming met deze strekking, bepaald dat een stiefkind naast zijn eigen kinderen in de wettelijke verdeling zal worden betrokken, dan is er geen reden om de wettelijke verdeling buiten toepassing te laten wanneer de eigen kinderen door welke oorzaak dan ook niet als erfgenamen optreden. Dat is ook de mening van Van Mourik op blz. 46 van het Handboek Nieuw Erfrecht, 2e druk, waarnaar de Commissie verwijst. Anders ligt het wanneer de erflater geen eigen kinderen heeft of de wettelijke verdeling niet mede toegepast wil zien op zijn eigen kinderen, doch slechts op zijn stiefkinderen. Voor een dergelijke beschikking, die buiten de hiervoor omschreven, op gelijke behandeling van eigen kinderen en stiefkinderen gerichte, reikwijdte van artikel 4.2A.1.14 valt, biedt de bepaling geen ruimte. Voor verbreding van de regeling van artikel 4.2A.1.14 tot andere gevallen, waarbij wederom nieuwe vragen van afgrenzing kunnen rijzen, zie ik in dit stadium onvoldoende aanleiding.

Hiervoor kwam aan de orde dat het voor de toepassing van de wettelijke verdeling geen verschil maakt of de erfgenamen door de wet tot de nalatenschap worden geroepen of uit hoofde van een erfstelling. Evenmin maakt het verschil of de erfdelen van de erfgenamen qua omvang overeenkomen met hun versterfportie, dan wel door de erflater – al dan niet ter besparing van successierecht – afwijkend zijn vastgesteld. Kraan noemt als argument tegen deze opvatting dat de erflater, als hij de wettelijke verdeling niet in haar geheel uitsluit, slechts daar van de wettelijke verdeling kan afwijken waar de wet dit toestaat en de huidige wettekst met betrekking tot de erfdelen geen afwijking toestaat (WPNR 2000/6406, blz. 428). In die opvatting wordt echter miskend dat de omvang van de erfdelen der erfgenamen niet geregeld is in afdeling 4.2A.1 betreffende de wettelijke verdeling, doch moet worden bepaald op grond van de artikelen 4.2.3 en 4.4.1.1. Een afwijking van de uit de wet voortvloeiende omvang van de erfdelen kan derhalve niet worden beschouwd als een afwijking van afdeling 4.2A.1.

Met de Commissie stem ik in dat de wettelijke verdeling geen toepassing kan vinden als de erflater als erfgenaam een van tafel en bed gescheiden echtgenoot achterlaat. De suggestie van Kraan dat de benoeming van een zodanige echtgenoot tot erfgenaam kan worden opgevat als een verzoening, onderschrijf ik niet. De erfstelling is immers een eenzijdige handeling die als zodanig niet kan worden beschouwd als een verzoening, waaraan toch altijd beide echtgenoten deel zullen moeten hebben. Voorts staat, zoals de Commissie terecht opmerkt, artikel 1:176, eerste lid, BW eraan in de weg om aan een verzoening rechtsgevolg toe te kennen zolang deze niet overeenkomstig die bepaling in het huwelijksgoederenregister is ingeschreven.

4. Artikel 4.2A.1.2

De Commissie meent dat verduidelijking nodig is van de draagplicht van de echtgenoot voor de nalatenschapsschulden in het geval van een nalatenschap zonder batig saldo. Thans komt deze draagplicht tot uitdrukking in artikel 4.2A.1.2 lid 1, volgens welke bepaling de echtgenoot tegenover de kinderen verplicht is tot voldoening van de schulden van de nalatenschap. Omdat deze wijze van uitdrukken blijkt te kunnen worden misverstaan, is het inderdaad goed om deze te verduidelijken. Een daartoe strek-

kende wijziging wordt bij de nota van wijziging voorgesteld. Daarbij zij opgemerkt dat de nalatenschapsschulden indirect wèl mede voor rekening van de kinderen komen, doordat de hoogte van de vordering van de kinderen op de echtgenoot op de voet van artikel 4.2A.1.1 lid 3 mede wordt bepaald door de omvang van de nalatenschapsschulden. Met betrekking tot de in de memorie van toelichting gebezigde terminologie van «het moeten bijdragen» merk ik op dat deze wijze van aanduiden van draagplicht niet ongebruikelijk is (vergelijk bijvoorbeeld de artikelen 6:10 lid 1 en 6:166 lid 2 BW).

De Commissie wijst op de door Kraan gestelde vraag welke goederen de echtgenoot als erfgenaam verkrijgt wanneer de wettelijke verdeling toepassing vindt. Kraan neemt op grond van Hoge Raad 9 september 1988, NJ 1989, 239, aan dat de langstlevende echtgenoot bij de wettelijke verdeling de helft verkrijgt van alle tot de gemeenschap behorende goederen. Inderdaad kan men dat uit genoemd arrest afleiden, waarbij ik overigens aanteken dat het arrest in de literatuur ook kritiek heeft ontmoet (zie daarvoor Nuytinck, WPNR 1989/5925). Wat Kraan bedoelt met zijn daaraan verbonden slotsom dat daardoor «als het ware een quasi-gemeenschap» ontstaat in de persoon van de echtgenoot, is mij niet helder. Er is geen sprake van een gemeenschap en de nalatenschapsschuldeisers kunnen derhalve niet, zoals Kraan zich afvraagt, met een beroep op artikel 3:180 BW verdeling daarvan vorderen. De betekenis van de in artikel 4.2A.1.2 lid 2 geformuleerde voorrang van de nalatenschapsschuldeisers en de schuldeisers wier vordering konden worden verhaald op de huwelijksgemeenschap boven degenen die verhaal nemen voor andere schulden van de echtgenoot, is de volgende. Op zichzelf doet deze voorrang niet af aan het recht van de laatstbedoelde schuldeisers om de aan de echtgenoot toebehorende goederen uit te winnen (artikel 3:276 BW). Wel zal deze voorrang een rol kunnen spelen wanneer verschillende schuldeisers met en zonder voorrang zich op dezelfde goederen verhalen. Bij de verdeling van de executie-opbrengst zal immers met deze voorrang rekening moeten worden gehouden (vergelijk artikel 483f, tweede zin, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Voorts is het wenselijk dat overeenkomstig afdeling 4.5.3 vereffening mogelijk is van hetgeen de echtgenoot uit de huwelijksgemeenschap en nalatenschap ontvangt, evenals dit in wetsvoorstel 27 245 mogelijk wordt gemaakt voor de ontbonden huwelijksgemeenschap door wijziging van artikel 3:193 BW, welke bepaling in het onderhavige geval niet kan worden toegepast omdat er bij gebreke van deelgenoten geen sprake is van een gemeenschap. Bij de nota van wijziging wordt daarom op dit punt een nadere voorziening opgenomen in artikel 4.5.3.4.

Kraan is van opvatting dat wanneer de erflater heeft bepaald dat hetgeen de echtgenoot uit zijn nalatenschap verkrijgt, buiten een (nieuwe) huwelijksgemeenschap van de echtgenoot zal vallen, de helft van alle tot de huwelijksgemeenschap van de erflater behorende goederen onder de uitsluitingsclausule valt. De vraag van de Commissie of ik deze opvatting juist acht, beantwoord ik bevestigend. Eenzelfde situatie kan zich thans voordoen wanneer een erflater een ouderlijke boedelverdeling heeft gemaakt en daarbij een uitsluitingsclausule heeft gemaakt. In hoeverre in de praktijk van deze mogelijkheid gebruik wordt gemaakt, is mij niet bekend. In de literatuur wordt wel verondersteld dat de uitsluitingsclausule in de praktijk nogal eens over het hoofd wordt gezien, maar concrete gegevens daarover zijn mij niet bekend. Er is overigens geen reden om aan te nemen dat dit zich in gevallen als hier aan de orde vaker voordoet dan bij goederen waarvan de erflater volledig rechthebbende was.

5. Artikel 4.2A.1.4

De Commissie wijst er terecht op dat in artikel 4.2A.1.4 lid 2, laatste zin, de komma geschrapt kan worden. Bij de nota van wijziging wordt zulks gedaan.

In verband met artikel 4.2A.1.4 lid 4 wijst de Commissie op de visie van Kraan dat met deze bepaling beoogd is een kind de mogelijkheid te bieden de nalatenschap zonder enig risico te aanvaarden, maar het de vraag is of dat resultaat wel bereikt wordt in verband met de mogelijkheid dat de langstlevende echtgenoot vervolgens de nalatenschap verwerpt of de wettelijke verdeling op grond van artikel 4.2A.1.6 ongedaan maakt. Met betrekking tot het geval dat de echtgenoot de nalatenschap verwerpt wijst Kraan zelf reeds op de mogelijkheid die artikel 4.5.2.4b het kind biedt om alsnog, met machtiging van de kantonrechter, beneficiair te aanvaarden. Door deze mogelijkheid kan het kind de nadelige gevolgen van de verwerping door de echtgenoot ontgaan. Eenzelfde mogelijkheid is niet opgenomen voor het geval dat de echtgenoot de wettelijke verdeling ongedaan maakt. Dit houdt verband met de omstandigheid dat het zich praktisch gesproken nauwelijks kan voordoen dat een kind door ongedaanmaking van de wettelijke verdeling wordt overvallen met een volledige uitwinbaarheid van zijn vermogen voor nalatenschapsschulden. Doordat de echtgenoot (tot aan de ongedaanmaking) rechthebbende was tot alle goederen der nalatenschap en volledig aansprakelijk was voor alle nalatenschapsschulden, zal het kind vrijwel nooit in de positie komen om ondubbelzinnig en zonder voorbehoud op te treden als zuiver aanvaard hebbende erfgenaam (artikel 4.5.2.3). Daarbij zij bedacht dat het plegen van daden van beheer ten behoeve van de echtgenoot onvoldoende is om van zuivere aanvaarding te spreken. Ook zal het kind zich juist in het geval van de wettelijke verdeling onthouden van gedragingen die anders zouden wijzen op zuivere aanvaarding, te weten het als heer en meester beschikken over de nalatenschapsgoederen of het aan schuldeisers van de nalatenschap doen blijken dat de erfgenaam deze schulden geheel voor zijn rekening neemt. In een verzoek tot vaststelling van de omvang van de geldvordering van het kind of een verzoek tot het opmaken of meewerken aan een boedelbeschrijving acht ik geen gedraging gelegen die moet worden aangemerkt als zuivere aanvaarding. In dit verband verwijs ik nog naar het schriftelijk overleg met de Commissie in het kader van wetsvoorstel 17 141 (Kamerstukken II 1997/98, 17 141, nr. 32, blz. 3 en blz. 7).

De Commissie stelt de mening van Kraan aan de orde dat het niet juist is dat bij een beneficiaire aanvaarding van een (negatieve) nalatenschap op grond van artikel 4.5.2.5 lid 1 naast de echtgenoot ook de kinderen vereffenaar zijn, nu zij in die nalatenschap geen enkele zeggenschap hebben. Inderdaad maakt artikel 4.5.2.5 lid 1 voor het geval van de wettelijke verdeling geen uitzondering op de regel dat alle erfgenamen vereffenaar zijn wanneer de nalatenschap door één van hen beneficiair is aanvaard. Voor een zodanige uitzondering bestaat naar mijn oordeel ook geen grond. Of het saldo van een nalatenschap negatief is, zal in veel gevallen niet op voorhand duidelijk zijn doch eerst worden vastgesteld aan de hand van de boedelbeschrijving die op de voet van artikel 4.5.3.8 moet worden opgemaakt. Op het saldo van de nalatenschap zal mede van invloed kunnen zijn de wijze waarop de goederen van de nalatenschap te gelde worden gemaakt. Ook de kinderen hebben hierdoor rechtstreeks belang bij de wijze van vereffening. Voorts hebben de kinderen belang bij de vereffening omdat, zelfs als de nalatenschap negatief blijkt te zijn, zij weliswaar niet blootstaan aan verhaal in hun overig vermogen voor de nalatenschapsschulden, maar zij voor die schulden wel schuldenaar zijn. De omstandigheid dat de kinderen op zichzelf geen rechthebbende zijn

van de goederen van de nalatenschap, doet aan deze belangen niet af. In het kader van de vereffening ontleen zij aan artikel 4.5.3.10 lid 1 de bevoegdheid om ter voldoening van de schulden van de nalatenschap de goederen der nalatenschap te gelde te maken.

6. Artikel 4.2A.1.6

De Commissie wenst te vernemen of de langstlevende echtgenoot afstand kan doen van het recht van artikel 4.2A.1.6 om de wettelijke verdeling ongedaan te maken. Deze vraag beantwoord ik bevestigend. Zie in dezelfde zin de toelichting bij de vijfde nota van wijziging bij wetsvoorstel 17 141 (Kamerstukken II 1996/97, 17 141, nr. 21, blz. 27). Ook in de literatuur wordt aangenomen dat afstand kan worden gedaan van andere rechten dan vorderingsrechten, zoals bijvoorbeeld wilsrechten, als hoedanig ook de bevoegdheid van artikel 4.2A.1.6 valt te karakteriseren: Mon. Nieuw BW A6a (Tjittes), blz. 4, en Snijders, WPNR 1999/6366, blz. 584–585).

Anders dan Snijders, die op dit punt zelf overigens blijk geeft van twijfel, meen ik dat de erflater de aan de langstlevende echtgenoot op grond van artikel 4.2A.1.6 toekomende bevoegdheid tot ongedaanmaking van de wettelijke verdeling niet kan uitsluiten of beperken. Afdeling 4.2A.1 bevat een regeling van erfrecht bij versterf, waarvan de toepasselijkheid door de erflater volledig kan worden uitgesloten (artikel 4.2A.1.1 lid 1). Wanneer de regeling door de erflater niet geheel is uitgesloten, is afwijking slechts mogelijk voor zover de regeling daarin voorziet (bijvoorbeeld in de artikelen 4.2A.1.1 lid 3, tweede zin, en 4.2A.1.12 lid 6). Van de ongedaanmakingsbevoegdheid van de echtgenoot kan niet worden afgeweken, nu artikel 4.2A.1.6 daarin niet voorziet.

Op de vraag die de Commissie onder verwijzing naar Kraan, WPNR 2000/6406, blz. 431 stelt, of een erflater aan een stiefkind een wilsrecht kan toekennen, ga ik als volgt in. Kraan heeft het oog op het geval dat de erflater als erfgenamen achterlaat zijn echtgenoot, een stiefkind en een of meer voorkinderen. De voorkinderen ontleen aan artikel 4.2A.1.9 een wilsrecht tegenover de echtgenoot (hun stiefouder). Dit wilsrecht kan direct worden uitgeoefend. De vraag is nu of de erflater kan bepalen dat ook het stiefkind dan een wilsrecht kan uitoefenen. Deze vraag kan bevestigend worden beantwoord. Artikel 4.2A.1.12 lid 6 bepaalt dat de erflater bij uiterste wilsbeschikking de verplichtingen, bedoeld in de artikelen 4.2A.1.7 tot en met 4.2A.1.10 kan uitbreiden, beperken of opheffen. Tegenover het stiefkind van de erflater is de langstlevende echtgenoot ingevolge artikel 4.2A.1.7 desverzocht eerst verplicht tot overdracht van nalatenschapsgoederen, indien de echtgenoot aangifte heeft gedaan van zijn voornemen opnieuw een huwelijk te willen aangaan. De erflater kan deze verplichting op de voet van artikel 4.2A.1.12 lid 6 uitbreiden door te bepalen dat deze verplichting niet eerst ingaat bij een huwelijksaangifte, maar direct na zijn overlijden.

7. Artikel 4.2A.1.11

De Commissie vraagt aandacht voor de opvatting van Nuytinck dat de redactie van de artikelen 4.2A.1.2 lid 2 en 4.2A.1.11 lid 6, eerste zin, er vanuit gaat dat er in een huwelijksgemeenschap voor haar ontbinding altijd aandelen zijn te onderscheiden. Volgens Nuytinck zou dit uitgangspunt onjuist zijn, omdat beide echtgenoten alsdan voor het geheel tot de gemeenschapsgoederen gerechtigd zijn. Dienaangaande wijs ik erop dat in de wetgeving ook op andere plaatsen wordt gesproken van deelgenoten in de huwelijksgemeenschap en van aandelen daarin. Vergelijk bijvoorbeeld de artikelen 2:91a lid 3 BW, 2:137 lid 1 BW, 2:247 lid 1 BW,

artikel 2 lid 1 Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen, artikel 3.59 lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001 en artikel 14, onder g, Handelsregisterbesluit 1996. De voor de artikelen 4.2A.1.2 lid 2 en 4.2A.1.11 lid 6 gekozen redactie sluit derhalve aan op de redactie van de genoemde bepalingen en houdt als zodanig geen keuze in voor of tegen de opvatting van Nuytinck, die overigens – zoals de Commissie aangeeft – in de jurisprudentie en bij andere auteurs geen gemeengoed is.

7[a]. Artikel 4.2A.1.12

Met betrekking tot artikel 4.2A.1.12 lid 4 wijst de Commissie op de door Kraan opgeworpen vraag of de kantonrechter ook kan beslissen dat geen van de kinderen aanspraak kan maken op een goed. De kantonrechter zal, wanneer tussen de echtgenoot en het kind of de kinderen, of tussen de kinderen onderling, geen overeenstemming bestaat over de overdracht van goederen ingevolge de wilsrechten, desverzocht moeten beslissen, rekening houdende naar billijkheid met de belangen van ieder van hen. Naar mijn verwachting zal de kantonrechter niet gemakkelijk tot de slotsom kunnen komen dat billijkheidshalve geen enkel goed behoeft te worden overgedragen. Met de belangen van de langstlevende echtgenoot is immers ook door de mogelijkheid om zich een vruchtgebruik voor te behouden reeds rekening gehouden. Wel zou zich de situatie kunnen voordoen dat de langstlevende echtgenoot en de kinderen slechts van mening verschillen over de overdracht van één specifiek goed, bijvoorbeeld omdat dit goed voor allen affectiewaarde bezit. In zo'n geval laat zich denken dat de kantonrechter beslist dat het goed niet hoeft te worden overgedragen.

De Commissie wijst erop dat in artikel 4.2A.1.12 lid 3, eerste zin, zou moeten worden toegevoegd dat het wilsrecht vervalt, als het kind binnen de gestelde redelijke termijn zich niet heeft uitgesproken omtrent de uitoefening van het wilsrecht. In de formulering van de bedoelde zin ligt echter, anders dan in de andere door de Commissie genoemde wettelijke bepalingen, reeds besloten dat het wilsrecht in het geval dat een redelijke termijn is gesteld slechts binnen die termijn kan worden uitgeoefend en derhalve met het ongebruikt verstrijken van de termijn vervalt. Een wijziging acht ik derhalve niet nodig.

Het woord «ook» in artikel 4.2A.1.12 lid 3 brengt tot uitdrukking dat als degene jegens wie een wilsrecht kan worden uitgeoefend daarvoor aan een kind een termijn stelt, deze termijn niet slechts aan dat kind moet worden meegedeeld maar ook aan de andere kinderen die een wilsrecht kunnen uitoefenen.

8. Artikel 4.2A.2.1

Vervolgens wijst de Commissie op enkele door mr. L.P.W. van Vliet (Universiteit Maastricht) gemaakte opmerkingen betreffende artikel 4.2A.2.1 lid 1, waaraan onder omstandigheden een aanspraak kan worden ontleend om gedurende zes maanden het gebruik voort te zetten van een (mede) aan de erflater toekomende woning. Op deze opmerkingen ga ik als volgt in.

In de eerste plaats wordt opgemerkt dat het wellicht aan te raden is de woorden «jegens de erfgenamen» in lid 1 te schrappen. Het recht van de langstlevende echtgenoot op voortgezette bewoning kan door deze woorden, zo wordt opgemerkt, zonder moeilijkheden jegens de erfgenamen worden uitgeoefend, maar wanneer de erfgenamen de woning vervreemden aan een derde of ten gunste van een derde een goederenrechtelijk gebruiksrecht op de zaak vestigen, kan de echtgenoot zijn recht

op bewoning niet tegen deze derde inroepen. Nog daargelaten dat een dergelijke, jegens een ieder in te roepen, bevoegdheid om aanspraak te maken op voortgezette bewoning slecht zou passen in ons systeem van zakelijke en persoonlijke rechten, meen ik dat daaraan ook geen behoefte zal bestaan. De erfgenamen zullen namelijk op grond van artikel 4.2A.2.2 lid 2 in verbinding met artikel 4.2A.2.4 lid 2 gedurende de termijn van zes maanden in beginsel niet bevoegd zijn tot vervreemding van de woning, zodat een vervreemding niet aan de echtgenoot kan worden tegengeworpen. Zouden de erfgenamen de echtgenoot op grond van laatstgenoemde bepaling een termijn stellen om te verklaren of zij aanspraak maakt op een vruchtgebruik op de woning, dan biedt dit de echtgenoot voldoende gelegenheid om op dat moment haar belangen veilig te stellen.

In de tweede plaats wordt opgemerkt dat de woorden «anders dan krachtens huur ten gebuik toe kwam» problemen kunnen opleveren wanneer het gebruiksrecht van rechtswege of door een ontbindende voorwaarde eindigt met de dood van de erflater, zoals in het geval van vruchtgebruik en het recht van gebruik en/of bewoning en onder omstandigheden mogelijk bij erfpacht. Inderdaad is het niet uitgesloten dat een recht op voortgezette bewoning niet kan worden uitgeoefend in verband met de omstandigheid dat met of in verband met het overlijden het tot het vermogen van de erflater behorende gebruiksrecht van de woning is geëindigd. Het is echter in het kader van het erfrecht niet goed mogelijk, noch wenselijk, om het recht op bewoning uit te breiden tot gevallen dat de woning dan wel het recht tot gebruik daarvan niet, of niet langer, deel uitmaakt van de nalatenschap.

In de derde plaats wordt gewezen op de woorden «op gelijke wijze en voor gelijke duur» in de tweede zin van artikel 4.2A.2.1 lid 1, die volgens mr. Van Vliet slaan op de bevoegdheid tot gebruik die de erflater had ten aanzien van de inboedel, hetgeen zou kunnen worden verduidelijkt door achter deze woorden toe te voegen: als de erflater. Deze suggestie acht ik niet zinvol. De aangehaalde woorden verwijzen namelijk naar de direct daaraan voorafgaande volzin. In die volzin is over de duur bepaald dat deze zes maanden belooft. Over de wijze van voortzetting van het gebruik is in de eerste volzin bepaald dat het recht daartoe bestaat jegens de erfgenamen en dat dit geschiedt onder gelijke voorwaarden als tevoren. Doordat het ook bij de inboedel slechts gaat om een recht dat jegens de erfgenamen wordt uitgeoefend, is er derhalve – anders dan mr. Van Vliet meent – geen sprake van subrogatie of contractsovername, waarbij de echtgenoot jegens derden de goederenrechtelijke of contractuele plaats inneemt van de erflater.

In de vierde plaats wordt met betrekking tot de woorden «onder gelijke voorwaarden» in de eerste volzin van artikel 4.2A.2.1 lid 1 opgemerkt dat het gebruiksrecht minimaal zes maanden moet duren. Zo zou voorkomen moeten worden dat een hypotheekhouder de woning binnen die termijn kan doen verkopen, of dat het gebruiksrecht eindigt zodra, in het geval dat de erflater zijn gebruiksrecht aan een overeenkomst ontleende, die overeenkomst binnen die termijn eindigt. Dienaangaande wijs ik er echter op dat in het gekozen systeem het gebruiksrecht van de echtgenoot afhankelijk is van het gebruiksrecht zoals dat toekwam aan de erflater. De rechtspositie van derden wordt derhalve door het gebruiksrecht van de echtgenoot niet belast. Ook Van Vliet zelf meent overigens, blijkens het verslag, dat het gebruiksrecht de uitoefening van een aan de derde toekomende opzeggingsmogelijkheid, het inroepen van het recht van reclame, een eigendomsvoorbehoud of zekerheidsrechten niet moet frustreren.

9. Artikel 4.2A.2.8

Bij de nota van wijziging wordt gevolg gegeven aan de suggestie van de Commissie om in artikel 4.2A.2.8 lid 4 de opsomming «a-e» te vervangen door: a tot en met e.

10. Artikel 4.2A.2.9

De vraag van de Commissie of voor toepassing van artikel 4.2A.2.9 lid 2, betreffende de overdracht tegen redelijke prijs van aandelen in een NV of BV waarvan de erflater bestuurder was en al dan niet met zijn medebestuurders de meerderheid der aandelen hield, vereist is dat de erflater ten tijde van zijn overlijden nog bestuurder was, beantwoord ik ontkennend. Ook als de erflater ten tijde van zijn overlijden bijvoorbeeld in verband met pensionering geen bestuurder meer was, kan er behoefte bestaan aan een voorziening als in dit artikel gegeven.

De Commissie verwijst naar de opvatting van de Commissie Erfrecht dat artikel 4.2A.2.9 ook toegepast kan worden indien sprake is van een holding. De opvatting van de Commissie Erfrecht acht ik juist. Opmerking verdient daarbij nog dat, zoals ook Holtman (Vastgoedrecht 1999, blz. 7) opmerkt, met een beroep op artikel 4.2A.2.9 geen aanspraak kan worden gemaakt op door een holding gehouden aandelen in een werkmaatschappij. De aandelen in de werkmaatschappij behoren immers niet tot de nalatenschap van de erflater. Met de Commissie Erfrecht zie ik in dit verband overigens, zulks in aansluiting op de jurisprudentie met betrekking tot artikel 1:88 lid 1, onder c, en lid 4 BW, geen aanleiding om artikel 4.2A.2.9 ook toepassing te doen vinden ten aanzien van certificaten van aandelen.

11. Artikel 4.2A.2.11

De Commissie gaat vervolgens in op de vraag of de langstlevende echtgenoot soms bij algehele onterving soms niet beter af is dan bij een verkleining van het haar toekomende erfdeel. Zij wijst daarbij op artikel 4.2A.2.2, op grond waarvan de langstlevende echtgenoot in het geval van gehele onterving wél aanspraak kan maken op vestiging van vruchtgebruik op de echtelijke woning. Zou de echtgenoot niet ontferd zijn maar slechts voor een zeer gering deel als erfgenaam in de nalatenschap delen, dan zou zij enerzijds ten gevolge van de wettelijke verdeling volledig rechthebbende zijn tot de echtelijke woning, maar anderzijds wel verplicht zijn tot voldoening van de vorderingen van de kinderen, welke vorderingen door de erflater voorts direct of na korte tijd opeisbaar kunnen zijn gemaakt. Per saldo kan de waarde van de verkrijging van de echtgenoot dan nagenoeg nul zijn. De geschetste complicatie kan, zoals de Commissie ook aangeeft, worden ondervangen door de echtgenoot de mogelijkheid te geven ook de vorderingen van de kinderen in vruchtgebruik te verkrijgen. Deze mogelijkheid, die ook is bepleit door Kraan (WPNR 2000/6406, blz. 428), sluit goed aan bij de in het wetsvoorstel voorgestelde tweede zin van artikel 4.2A.2.3 lid 3 met betrekking tot legaten van geldsommen. Ik neem haar gaarne over, waartoe in de nota van wijziging een toevoeging wordt voorgesteld aan artikel 4.2A.2.3 lid 2. Bij deze oplossing is het niet nodig om in artikel 4.1.3c een nadere wijziging aan te brengen als door de Commissie genoemd.

12. Artikel 4.3.1.4

Bij de nota van wijziging wordt de redactionele suggestie van de Commissie met betrekking tot artikel 4.3.1.4 lid 1 gevolgd.

13. Artikel 4.3.2.2

De Commissie stelt op goede gronden voor om in artikel 4.3.2.2 lid 2 niet te spreken van een afstammeling van de vader of moeder van de erflater, maar van een afstammeling van een ouder van de erflater. Bij de nota van wijziging wordt artikel 4.3.2.2 lid 2 in bedoelde zin gewijzigd.

De Commissie vraagt waarom in artikel 4.3.2.2 lid 3 niet tot uitdrukking wordt gebracht dat ten minste één verwachter in leven moet zijn bij het overlijden van de insteller. In de bedoelde bepaling ligt dit echter reeds besloten. Voor een beschikking als hier bedoeld zal immers tot de verwachters in elk geval moeten behoren een afstammeling van een ouder van de erflater, dan wel, indien die afstammeling het tijdstip van overgang op de verwachter of verwachters niet overleeft, de alsdan bestaande afstammelingen van de eerstgenoemde afstammeling. Uit het feit dat aan het slot van artikel 4.3.2.2 lid 3 slechts voor de afstammelingen van die eerstgenoemde afstammeling een uitzondering wordt gemaakt op de eis dat zij moeten bestaan bij het overlijden van de erflater, volgt dat bij het overlijden van de erflater tenminste ofwel eerstgenoemde afstammeling zal moeten bestaan, ofwel – in het geval dat die afstammeling op dat tijdstip reeds was overleden – diens als verwachter genoemde afstammelingen.

14. Artikel 4.3.3.2

De omvang van de legitieme portie van een kind van de erflater bedraagt ingevolge artikel 4.3.3.2 lid 1 de helft van de zogenoemde legitimaire massa, gedeeld door het aantal in artikel 4.2.2 lid 1 onder a genoemde, door de erflater achtergelaten personen: de langstlevende echtgenoot en de kinderen van de erflater. Een ten tijde van het overlijden van de erflater niet meer bestaand kind, dat door de erflater derhalve niet wordt «achtergelaten», telt in deze berekening niet mee; ingevolge lid 2 van artikel 4.3.3.2 worden echter wel diens afstammelingen als (één) achtergelaten kind meegeteld. De Commissie Erfrecht veronderstelt evenals Nuytink dat in artikel 4.3.3.2 lid 2 is verzuimd eventuele onwaardige kinderen te vermelden. Naar mijn oordeel behoeven hier echter naast de niet meer bestaande kinderen niet ook de onwaardige kinderen te worden genoemd. Anders dan de niet meer bestaande kinderen zijn de onwaardige kinderen op zichzelf immers reeds begrepen in het in artikel 4.3.3.2 lid 1 bedoelde «aantal in artikel 4.2.2 lid 1 onder a genoemde, door de erflater achtergelaten personen». Derhalve zullen ook onwaardige kinderen meetellen bij de berekening van de legitieme portie van de niet-onwaardige kinderen.

15. Artikel 4.5.2.5b

De Commissie vraagt aandacht voor artikel 4.5.2.5b, waarvan het tweede lid inhoudt dat een meerderheid van de erfgenamen de kantonrechter kan verzoeken een andere boedelnotaris aan te wijzen. Zij wijst erop dat het naar het oordeel van de Commissie Erfrecht logischer zou zijn om deze mogelijkheid tot het verzoeken van de benoeming van een andere boedelnotaris toe te kennen aan de «deelgerechtigden die samen voor meer dan de helft gerechtigd zijn in de nalatenschap», hetgeen ook zou aansluiten bij hetgeen is bepaald in de notariële beroeps- en gedragsregels. Op deze suggestie ga ik als volgt in. In het kader van de totstandkoming van de Vaststellingswet Boek 4 zijn met betrekking tot de benoeming van een andere boedelnotaris diverse varianten aan de orde geweest. Aanvankelijk was bepaald dat benoeming van een andere boedelnotaris niet door de rechter zou geschieden, maar kon plaatsvinden door de (getalsmatige) meerderheid van de erfgenamen (artikel 4.5.2.5 lid 3 Oorspronkelijk Ontwerp en artikel 4.5.2.5b lid 2 Gewijzigd Ontwerp). Nadat vanuit de

Tweede Kamer was voorgesteld te bepalen dat benoeming van een andere boedelnotaris door de rechter zou kunnen plaatsvinden op verzoek van zo nodig slechts één der erfgenamen (Kamerstukken II 1964/65, 3771, nr. 8, blz. 77), is bij nota van wijziging de huidige redactie tot stand gekomen (Kamerstukken II 1964/65, 3771, nr. 9, blz. 8 en 32). Deze redactie komt overeen met hetgeen de (toenmalige) Commissie Erfrecht in haar rapport over het Gewijzigd Ontwerp aanbeval (Rapport Erfrecht 1963–1966, blz. 229–230). Met deze redactie is beoogd de vervanging van de boedelnotaris niet steeds wanneer niet tussen alle erfgenamen overeenstemming bestaat over de keuze van de boedelnotaris, aan de rechter over te laten. Het verzoek tot vervanging dient uit te gaan van een relevant deel van de erfgenamen. Waar de beslissing omtrent de vervanging wordt overgelaten aan de rechter, die bij zijn beslissing met de belangen van alle erfgenamen zal rekening houden, verdient het naar naar mijn oordeel de voorkeur dat het verzoek zowel kan uitgaan van de meerderheid der erfgenamen als van een zodanig deel van de erfgenamen dat deze samen voor meer dan de helft gerechtigd zijn in de nalatenschap. Een daartoe strekkende wijziging van artikel 4.5.2.5b lid 2 is opgenomen in de nota van wijziging.

16. Redactionele opmerkingen

De Commissie vraagt aandacht voor het door elkaar gebruiken van de term «ogenblik» en «tijdstip», welke laatste term in het gehele vermogensrecht gebruikelijker zou zijn. Dienaangaande merk ik op dat in de wetgeving, ook in het Burgerlijk Wetboek, de term «ogenblik» talloze malen voorkomt. Nu de term ook goed Nederlands is, zie ik op dit punt geen reden voor wijziging. Hetzelfde geldt voor gebruik van de uitdrukkingen «het ogenblik dat», «het tijdstip dat» en «de dag dat» in plaats van het ogenblik waarop, het tijdstip waarop en de dag waarop. Ter inleiding van een voegwoordelijke bijzin bij een tijdsaanduiding kan zowel «dat» worden gebruikt als «waarop» (zie Algemene Nederlandse Spraakkunst, 2e druk, 1997, blz. 872–873). Ook elders in de wetgeving komt eerstgenoemde variant voor.

De redactionele suggestie van de Commissie met betrekking tot artikel 4.3.3.8ga is in de nota van wijziging verwerkt.

In artikel 4.4.5.4 lid 3 ware, aldus de Commissie, het woord «erfstelling» te vervangen door «making», omdat niet duidelijk is waarom hier een onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen een erfstelling en een legaat. Genoemde bepaling bevat een regeling voor de verhouding tussen de bezwaarde en de verwachter bij een erfstelling onder een ontbindende voorwaarde zonder een daarbij aansluitende erfstelling onder opschortende voorwaarde. In dat geval, zo volgt uit lid 3, komt aan de bezwaarde in beginsel de bevoegdheid toe tot vervreemding en vertering van het vermaakte. De regeling sluit nauw aan bij de algemene regel van lid 2 voor fideïcommissaire erfstellingen, volgens welke op de verhouding tussen bezwaarde en verwachter, zolang vervulling van de voorwaarde onzeker is, de wettelijke voorschriften betreffende vruchtgebruik van overeenkomstige toepassing zijn. De vraag of ook bij fideïcommissaire legaten en schenkingen de verhouding tussen bezwaarde en verwachter in de wet dient te worden vormgegeven aan de hand van de regels van vruchtgebruik, is eerder aan de orde geweest in de memorie van antwoord bij de Invoeringswet Boek 4 en Titel 3 van Boek 7 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, eerste gedeelte (Kamerstukken II 1992/93, 17 141, nr. 12, blz. 52–54) en recenter de tweede nota van wijziging bij wetsvoorstel 17 213 tot Vaststelling van titel 7.3 (Schenking) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (Kamerstukken II 2000–2001, 17 213, nr. 7, blz. 3–4). Zoals aldaar uiteengezet, zou overeenkomstige toepassing van de

vruchtgebruikregels niet goed passen. Met name in het geval dat uit het legaat of de schenking voortvloeit dat de bezwaarde het goed bij vervulling van de daarin opgenomen voorwaarde nog dient door te leveren aan de verwachter, waarbij de verhouding tussen hen derhalve obligatoir van aard is, zou (overeenkomstige) toepasselijkheid van de goederenrechtelijke regels van vruchtgebruik als algemene regel te ver gaan. Ook Verstappen bepleit de overeenkomstige toepasselijkheid van de vruchtgebruikregels niet voor dat geval (Handboek Nieuw Erfrecht, 2e druk, blz. 217). Denkbaar zou zijn om een regeling te treffen waarin deze (overeenkomstige) toepasselijkheid wordt beperkt tot de situatie dat ter uitvoering van het legaat of de schenking levering op de voet van artikel 84 lid 4 van Boek 3 heeft plaatsgevonden zowel aan de bezwaarde als aan de verwachter, en waarin de verhouding tussen beiden derhalve niet slechts obligatoir van aard is. Wegens het tamelijk complexe karakter en het beperkte toepassingsgebied van een zodanige regeling is er echter de voorkeur aan gegeven de materie over te laten aan de erflater, respectievelijk aan partijen bij de schenking.

De redactionele suggestie van de Commissie met betrekking tot artikel 4.5.2.4 lid 2, eerste zin, is in de nota van wijziging verwerkt.

De Minister van Justitie,
A. H. Korthals