

Publicatie	WPNR: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Uitgever	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
Jaargang	141
Publicatiedatum	04-12-2010
Afleveringsnummer	6866
Titel	Concept-Eindverslag Commissie Erfrecht KNB inzake Boek 4 BW (I)
Auteurs	Mw. prof. mr. T.J. Mellema-Kranenburg; mr. P. Blokland; prof. mr. W.D. Kolkman; prof. mr. F.W.J.M. Schols; mw. mr. R.L. Albers-Dingemans
Samenvatting	Artikelsgewijze bespreking van het nieuwe erfrecht: de Commissie Erfrecht heeft een inventarisatie gemaakt van de problemen in de notariële praktijk. Het concept-verslag wordt thans voorgelegd aan de beroepsgroep voor commentaar. In deze bijdrage worden de titels 1 tot en met 4 behandeld.
Paginnummers	879-890
Rubriek	Artikel

WPNR 2010(6866) Concept-Eindverslag Commissie Erfrecht KNB inzake Boek 4 BW (I)

Concept-Eindverslag Commissie Erfrecht KNB inzake Boek 4 BW (I)

Inleiding

In 2006 heeft de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) haar wetenschappelijk congres aan het nieuwe erfrecht gewijd. Het bijbehorende preadvies kreeg als titel: *Nieuw erfrecht in de praktijk, een evaluatie*. In aansluiting daarop heeft het bestuur van de KNB in 2007 een nieuwe Commissie Erfrecht benoemd met als taak om, mede aan de hand van voormeld preadvies, de knelpunten van het nieuwe erfrecht voor de notariële praktijk te inventariseren. Mw. professor mr. T.J. Mellema-Kranenburg, notaris te Rotterdam en hoogleraar aan de Universiteit Leiden, is tot voorzitter van deze commissie benoemd. De overige leden zijn mr. P. Blokland, notaris en estate planner te Tilburg, professor mr.

W.D. Kolkman, hoogleraar aan de Rijksuniversiteit Groningen, en professor mr. F.W.J.M. Schols, hoogleraar Radboud Universiteit Nijmegen. Als secretaris treedt op mw. mr. R.L. Albers-Dingemans, hoofd Notarieel Juridisch Bureau van de KNB en docent erfrecht aan het Molengraaff Instituut in Utrecht.

De commissie heeft haar bevindingen neergelegd in een conceptverslag. Dit is ter consultatie voorgelegd aan de notariële afdelingen van de Universiteit van Amsterdam, van de Vrije Universiteit, en van de universiteiten van Groningen, Leiden, Nijmegen en Utrecht. Hierop hebben de universiteiten van Amsterdam, Groningen, Leiden en Nijmegen een reactie gegeven, hetgeen tot een aantal aanpassingen heeft geleid. Thans wordt het verslag voorgelegd aan de notariële beroepsgroep middels een publicatie in het WPNR en worden ook de praktijkbeoefenaars uitgenodigd commentaar te geven. Na verwerking van het resultaat van de consultaties zal het verslag in definitieve vorm worden aangeboden aan het Ministerie van Justitie.

Bij haar onderzoek heeft de commissie zich overeenkomstig haar opdracht geconcentreerd op de civielrechtelijke knelpunten. Ook enkele fiscale problemen werden evenwel gesignaleerd en benoemd; een gedeelte daarvan is inmiddels opgelost in het kader van de herziening van de successiewetgeving. De commissie heeft zich voorts gebogen over knelpunten met betrekking tot ongehuwd samenwonenden (zie de art. 4:87-91), maar is daar verder niet fundamenteel op ingegaan. Daarnaast heeft de commissie aandacht gegeven aan ‘de te beschermen personen’ van Boek 4, en de knelpunten op dat gebied in samenhang met Boek 1. In de bijlage wordt deze problematiek beschreven.

De commissie benadrukt dat haar geen principiële veranderingen van het erfrecht voor ogen hebben gestaan. Het onderzoek heeft zich gericht op die punten die in de notariële, erfrechtelijke praktijk aanleiding geven tot problemen of onzekerheden. Deze punten zullen artikelsgewijs en alleen daar waar de huidige tekst aanleiding geeft tot opmerkingen worden besproken.

Artikelsgewijs commentaar

Titel 1: Algemene bepalingen

Art. 4:3 BW ‘Onwaardigheid’

Onduidelijk is of de in lid 1 gehanteerde term ‘*voordeel trekken uit een nalatenschap*’ ook omvat het zijn van executeur of bewindvoerder. In art. 20 Wna wordt, kort gezegd, bepaald dat een notaris geen voordeel mag trekken uit een door hemzelf gepasseerde akte, waarbij evenwel de benoeming tot executeur (maar niet de benoeming tot bewindvoerder) uitdrukkelijk wordt uitgezonderd. Uit het bestaan van deze uitzonderingsbepaling zou men kunnen afleiden dat de wetgever van mening is dat het benoemd worden tot executeur - ook als een beloning ontbreekt - kennelijk in het algemeen wel geldt als ‘voordeel trekken uit een nalatenschap’. Onwaardigheid van een executeur zou in die visie uiteraard verstrekkende gevolgen hebben voor diens beschikkingsbevoegdheid en daarmee voor de rechtsgeldigheid van door de executeur namens de erfgenamen verrichte rechtshandelingen.

Aangezien de meningen in de literatuur verdeeld zijn[noot:1], pleit de commissie voor meer duidelijkheid op dit punt en komt tot de conclusie dat het aanbeveling verdient om in art. 4:3 BW te bepalen dat het benoemd worden tot executeur en bewindvoerder niet betekent dat ‘voordeel uit de nalatenschap wordt getrokken’.

Als alternatief zou kunnen worden gedacht aan het opnemen van een bepaling als vorenbedoeld in het ‘definitie-artikel’ 4:8 BW; het voordeel daarvan zou zijn, dat deze definitie dan ook meteen zou gelden voor de art. 4:57 tot en met 62 BW, waar de kwestie - in wisselende terminologie - ook aan de orde is.

Op grond van het bepaalde in lid 3 vervalt de onwaardigheid als de erflater aan de onwaardige op ondubbelzinnige wijze zijn gedraging heeft vergeven. De wet stelt aan een dergelijke ondubbelzinnige vergeving, ondanks de verstrekkende gevolgen ervan, geen vormvereiste.

De commissie heeft de suggestie in overweging genomen om te bepalen dat het opheffen van de onwaardigheid door bijvoorbeeld vergiffenis alleen (expressis verbis) in een uiterste wil kan plaatsvinden, maar meent dat er niet voor moet worden gekozen om een vormvereiste in

te voeren. De invulling van het begrip ‘ondubbelzinnige vergiffenis’ en van de wijze waarop deze tot stand komt, dient aan de rechtspraak te worden overgelaten.

Overigens signaleert de commissie, dat er voor de notaris geen mogelijkheden bestaan om te controleren of sprake is van onwaardigheid als bedoeld in lid 1; hij heeft immers geen toegang tot de justitiële documentatie, hetgeen overigens in de in lid 1 onder d bedoelde situatie ook geen uitsluitel zou geven. Mede gezien de derdenbeschermingsregel die in lid 2 is opgenomen, acht de commissie een systeemwijziging op dit punt niet noodzakelijk.

Op de vraag hoe de notaris erachter moet komen of sprake is van onwaardigheid, geeft de commissie als haar mening dat een notaris moet doorvragen als er enige indicatie is dat onwaardigheid aan de orde zou kunnen zijn.

Zonodig (als geen duidelijkheid bestaat omtrent de vraag of een erfrechtelijke verkrijger al dan niet onwaardig is) moet de notaris aansturen op de benoeming van een vereffenaar.

Art. 4:6 BW ‘Waarde goederen der nalatenschap’

Zie hetgeen wordt opgemerkt bij art. 4:71 BW.

Art. 4:7 lid 1 BW ‘Schulden van de nalatenschap’

De commissie stelt vast dat het maken van onderscheid tussen de kosten van vereffening (art. 4:7 lid 1 sub c BW) en de kosten van executele (art. 4:7 lid 1 sub d BW) hier niet gerechtvaardigd is.[\[noot:2\]](#) Niet valt in te zien waarom bijvoorbeeld de vereffeningskosten wel op de legitimaire massa zouden moeten drukken en de executeurskosten niet (art. 4:65 BW). Daarnaast kan bij de vereffeningskosten worden opgemerkt dat niet duidelijk is of slechts de kosten van de wettelijke vereffeningprocedure (afd. 4.6.3 BW) tot de vereffeningskosten behoren, of ook de kosten die met een informele vereffening gemoeid gaan. In de literatuur wordt wel voor dat laatste gekozen.[\[noot:3\]](#) Ter adstructie van deze zienswijze wordt gewezen op Hof Den Haag 12 december 2007.[\[noot:4\]](#) Als oplossing zou - onder schrapping van art. 4:7 lid 1 sub d BW - een herziene redactie van art. 4:7 lid 1 sub c BW als volgt kunnen luiden:

‘Schulden van de nalatenschap zijn [...] c. de kosten die voortkomen uit handelingen in het belang van het voldoen van de schulden van de nalatenschap en het innen van aan haar verschuldigde vorderingen, mits deze handelingen niet slechts het individuele belang van een erfgenaam of schuldeiser der nalatenschap raken.’[\[noot:5\]](#)

De commissie stelt verder voor te verduidelijken dat onder de schulden vermeld in 4:7 lid 1 sub f BW alleen de sommen ineens vallen.[\[noot:6\]](#)

Art. 4:7 lid 2 BW ‘Rangorde schuldeisers’

De commissie brengt naar voren dat uit de wettekst ten onrechte niet blijkt dat aan art. 4:7 lid 2 BW en art. 4:120 lid 1 BW geen exclusieve werking toekomt bij de vaststelling van de verhaalsvolgorde.[\[noot:7\]](#) De aanhef van art. 4:7 lid 2 BW zou daarom bijvoorbeeld dienen te vermelden dat de volgorde onverlet laat het elders in de wet over verhaalsvoorrang bepaalde. Voorts constateert de commissie dat de volgorde van lid 2 enige willekeur in zich draagt. In dit artikellid wordt een onderscheid gemaakt tussen de nalatenschap waarin zich wel een

somgerechtigde bevindt en die waarin geen som ineens speelt. De toevalligheid dat zich een dergelijke schuld in de boedel bevindt, biedt echter onvoldoende grond voor een wijziging in de rangorde tussen een deel van de andere schulden. Een voorbeeld: de verschijning van een somgerechtigde maakt dat een executeur ten volle wordt uitgekeerd, vooraleer een legitimaris iets uit de nalatenschap verkrijgt; ontbreekt de som ineens, dan zijn executeur en legitimaris echter van gelijke rang.[\[noot:8\]](#) Het hierboven bij art. 4:7 lid 1 gestelde zou dit probleem overigens ten dele verhelpen.

Daarnaast merkt de commissie nog op dat de vereffeningkosten van art. 4:7 lid 1 sub c BW niet op de juiste plaats zijn opgenomen in lid 2. Letterlijke toepassing van de huidige tekst scheert deze kosten over één kam met onder andere de door de erflater nagelaten schulden. Stel, een erflater laat 90 aan schulden na, 50 aan goederen en de vereffenaar maakt kosten ten belope van 10. Toepassing van art. 4:7 lid 2 BW leidt tot een uitkering van 45 aan de schuldeisers en van 5 aan de vereffenaar. Dat de voldoening van de vereffeningkosten pondspondsgewijze met enkele andere nalatenschapsschulden geschiedt, leidt er toe dat niemand zich geroepen voelt de afwikkeling als vereffenaar ter hand te nemen, hetgeen maatschappelijk onaanvaardbaar is. In de praktijk neemt men thans aan - in afwijking van de letter van art. 4:7 lid 2 BW - dat de vereffeningkosten dienen te worden voldaan vóór de overige nalatenschapsschulden.[\[noot:9\]](#) Het verdient aanbeveling zulks ook in art. 4:7 lid 2 BW te verwoorden.

Tot slot wijst de commissie op de thans uit art. 4:7 lid 2 BW blijkende gelijkheid van de sommen ineens. De verlate billijke vergoeding (art. 4:36 BW) komt eenzelfde rang toe als de som voor verzorging, opvoeding, levensonderhoud en studie (art. 4:35 BW). Het komt de commissie wenselijk voor deze laatste som ineens vanwege haar verzorgingskarakter voorrang te geven boven die van art. 4:36 BW.

Het voorgaande resulteert in de navolgende rangorde van schulden in art. 4:7 lid 2 BW:

- Vereffeningkosten in ruime zin (thans art. 4:7 lid 1 sub c en d BW)
- Bestaande schulden, lijkbezorging en erfbelasting (thans art. 4:7 lid 1 sub a, b en e BW)
- Schulden uit sommen ineens op basis van art. 4:35 (thans art. 4:7 lid 1 sub f BW)
- Schulden uit sommen ineens op basis van art. 4:36 (thans art. 4:7 lid 1 sub f BW)
- Schulden uit legitieme porties (thans art. 4:7 lid 1 sub g BW)
- Schulden uit legaten (thans art. 4:7 lid 1 sub h BW)

Art. 4:8 BW 'Definitie-artikel'

De commissie is van mening dat het verouderde - en vooral ook oncontroleerbare - begrip 'trouwbeloften' in art. 4:8 lid 2 sub d BW, en in art. 4:52 BW, gemist kan worden. Overwogen kan worden dat in samenhang daarmee ook art. 1:49 BW wordt herzien.

Verder is de commissie van oordeel dat in dit artikel het begrip 'making' zou moeten worden gedefinieerd, gelet op het feit dat dit begrip een hoofdrol speelt in de cruciale art. 4:56 BW (bestaanseis) en 4:82 BW (uitstel opeisbaarheid legitieme). Blijkens de parlementaire geschiedenis[\[noot:10\]](#) omvat het begrip making uitsluitend erfstellingen en legaten, en dus met name niet de verkrijging uit hoofde van een lastbevoordeling.

Voorts zou in art. 4:8 BW een definitie van het begrip ‘voordeel trekken uit een nalatenschap’ kunnen worden opgenomen als dit niet in art. 4:3 BW wordt gedefinieerd (zie het hieromtrent bij art. 4:3 BW gestelde).

Titel 3: Het erfrecht bij versterf van de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot en van de kinderen alsmede andere wettelijke rechten

Art. 4:13 ‘Wettelijke verdeling’ en 4:14 BW ‘Aansprakelijkheid, draagplicht, verhaalbaarheid schulden’

De commissie is van mening dat in deze artikelen een consequente terminologie dient te worden gehanteerd, die duidelijk laat blijken of een onderdeel betrekking heeft op aansprakelijkheid, draagplicht of verhaalbaarheid.

Onduidelijk is bijvoorbeeld de tweede zin van art. 4:14 lid 1 BW, die bepaalt dat in de onderlinge verhouding van de echtgenoot en de kinderen de schulden der nalatenschap voor rekening van de echtgenoot komen. Blijkens art. 4:14 lid 4 BW zou het hier gaan om de draagplicht van de echtgenoot, doch in de parlementaire stukken blijkt dat ook de kinderen draagplichtig zijn (als gevolg van het feit dat hun vordering wordt berekend in het *saldo* van de nalatenschap).[\[noot:11\]](#)

Art. 4:13 lid 1 BW ‘Wettelijke verdeling’

De vraag rijst, wat rechtens is als niet alleen de langstlevende echtgenoot en (stief)kinderen erfgenaam zijn.

Blijkens de parlementaire geschiedenis[\[noot:12\]](#) is in een dergelijk geval sprake van een wettelijke verdeling waar het betreft de erfdelen van de langstlevende en de kinderen, zodat de langstlevende gerechtigd is tot dit gedeelte van de nalatenschap. De ‘vreemde’ erfgenaam kan blijkens de navolgende leden van art. 4:13 BW niet in de wettelijke verdeling worden betrokken, zodat een onverdeeldheid ontstaat tussen de langstlevende echtgenoot enerzijds en de ‘outsider’ anderzijds.

De problematiek speelt in de notariële praktijk onder andere in de situatie dat kleinkinderen tot erfgenaam worden benoemd, terwijl het kind van wie zij afstammen eveneens als zodanig optreedt, dus in de situatie dat de kleinkinderen niet bij plaatsvervulling optreden. In dat geval gelden de kleinkinderen immers niet als ‘kinderen’ in de zin van art. 4:13 lid 1 BW.

Voor nu in de overige leden van art. 4:13 BW en in art. 4:14 BW steeds wordt uitgegaan van een situatie waarin uitsluitend de langstlevende en de kinderen als erfgenamen optreden, waarbij de langstlevende *alle* goederen der nalatenschap verkrijgt en *alle* schulden voor zijn rekening moet nemen, acht de commissie het idee van een ‘hinkende’ wettelijke verdeling als in de parlementaire geschiedenis omschreven ongelukkig. In verband daarmee doet zij de suggestie om de tekst van art. 4:13 lid 1 BW als volgt aan te passen:

‘De nalatenschap van de erflater die geen anderen dan een echtgenoot en één of meer kinderen als erfgenamen achterlaat,..’.

Hoewel de commissie van mening is dat de gedachte achter de wettelijke verdeling met zich brengt dat de wettelijke verdeling ook van toepassing is op subsidiaire

erfstellingen/plaatsvervulling ten behoeve van kleinkinderen, adviseert zij nog toe te voegen de zin:

‘Onder kinderen worden in dit verband mede begrepen de als erfgenaam optredende afstammelingen van een kind dat zelf niet als zodanig optreedt.’

Hierbij wordt bijvoorbeeld ook de situatie dat kleinkinderen tot erfgenamen zijn benoemd, terwijl het kind van wie zij afstammen niet expliciet maar indirect is onderfd, onder de werking van de wettelijke verdeling gebracht. Denkbaar is ook dat de mogelijkheid wordt geopend om kleinkinderen tezamen met het kind van wie zij afstammen in de wettelijke verdeling te betrekken. Overigens zullen dergelijke wijzigingen, gezien bedoelde passage in de parlementaire geschiedenis, wel moeten leiden tot overgangsrecht.

De commissie tekent hierbij nog aan, dat men de kleinkinderen ook op andere wijze testamentair kan inschakelen, bijvoorbeeld door aan hen een legaat van een geldsom te vermaken waarvan de opeisbaarheid wordt uitgesteld tot het overlijden van de langstlevende (grootouder). De fiscale gevolgen, met name voor de inkomstenbelasting, verschillen echter van de situatie waarin de kleinkinderen in de wettelijke verdeling worden betrokken, aangezien het gelegateerde bedrag, anders dan de vordering uit hoofde van de wettelijke verdeling, niet is gedefiscaliseerd en dus bij het kleinkind in de vermogensrendementsheffing van box 3 wordt betrokken, terwijl de langstlevende grootouder de schuld niet (integraal) in box 3 kan aftrekken.

Art. 4:13 lid 3 BW ‘Wettelijke verdeling’

Hoewel uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de door een kind verschuldigde erfbelasting (uitsluitend) in mindering komt op het erfdeel van het desbetreffende kind, leidt de wettekst in dit opzicht nogal eens tot verwarring. De commissie is dan ook van mening dat het helderder zou zijn om aan het slot van de eerste volzin van lid 3 toe te voegen: *‘verminderd met de voor zijn rekening komende schulden’*.

De opeisbaarheidsgronden van de vordering kunnen blijkens de derde volzin van lid 3 door de erfflater bij uiterste wilsbeschikking worden uitgebreid buiten de in de tweede volzin genoemde gevallen. De commissie signaleert dat in de praktijk onduidelijkheid bestaat met betrekking tot de vraag of de wettelijke verdeling zich verdraagt met een ‘contractuele’ uitbreiding van de opeisbaarheidgronden door langstlevende en kinderen na het overlijden. Gelet op het feit dat tussen laatstbedoelden sprake is van een verbintenisrechtelijke verhouding beantwoordt de commissie die vraag vanzelfsprekend positief. Daarbij wordt evenwel aangetekend dat de verwarring in de praktijk wordt veroorzaakt door het feit dat de mogelijkheid om de rente op de vorderingen na het overlijden contractueel aan te passen wel met zoveel woorden (in art. 4:13 lid 4 BW) in de wet wordt genoemd, hetgeen aanleiding kan geven tot (kennelijk onjuiste) a contrario-redeneringen.

Art. 4:13 lid 4 BW ‘Wettelijke verdeling’

De schijnbaar onschuldige woorden ‘dan wel’ in art. 4:13 lid 4 BW hebben in het verleden aanleiding gegeven tot veel onduidelijkheid over de fiscale gevolgen van een rente-overeenkomst die door de langstlevende en een kind wordt gesloten, terwijl de erfflater een testament heeft gemaakt met daarin opgenomen een renteclausule. In het kader van de wijziging van de successiewetgeving is deze materie duidelijk geregeld in de nieuwe leden 3

en 4 van art. 1 Successiewet, en inmiddels heeft de Hoge Raad zich ook uitgesproken waar het betreft de voor 2010 opengevallen nalatenschappen. [noot:13]

Een fiscaal aspect waarvoor evenwel nog steeds aandacht wordt gevraagd, is het uitbreiden van de defiscalisering van erfrechtelijke verkrijgingen buiten de thans in art. 5.4 Wet IB 2001 omschreven gevallen. Gedacht zou kunnen worden aan het opnemen in de Wet IB 2001 van een algemene regeling met de strekking dat degene die de ‘economische beschikkingsmacht’ over goederen heeft, desverzocht verplicht is om de door anderen ter zake van de gerechtigdheid tot die goederen verschuldigde inkomstenbelasting (lees: vermogensrendementsheffing) voor te schieten. Weliswaar kan in het algemeen worden gesteld dat de testateur het zelf in de hand heeft om te bepalen of de erfrechtelijke verkrijgingen uit zijn nalatenschap al dan niet gedefiscaliseerd zijn (door voor een al dan niet met de wettelijke verdeling corresponderende regeling te kiezen), maar dit argument van de staatssecretaris [noot:14] snijdt geen hout in de navolgende situaties:

1e de reeds voor de inwerkingtreding van de Wet IB 2001 opengevallen nalatenschappen met een vruchtgebruikregeling, legaat tegen inbreng etc;

2e het geval van een testateur met een ‘fout’ testament, die niet meer tot aanpassing daarvan in staat is.

De commissie acht het gewenst dat de vordering van een legitimaris in alle gevallen wordt gedefiscaliseerd, dus niet alleen in geval van de wettelijke verdeling (zie art. 5.4 lid 1 sub b Wet IB 2001); ook als er sprake is van een wettelijke verdeling is de legitimaris immers geen deelgenoot!

De commissie constateert overigens met genoegen dat inmiddels in het kader van de herziening van de successiewetgeving ook voor (de kinderen van) samenwoners de mogelijkheid van een gedefiscaliseerde erfrechtelijke verkrijging in het leven is geroepen, zij het helaas slechts in het geval dat een contractuele verdeling van de nalatenschap plaatsvindt. [noot:15] Een daarop gebaseerde testamentaire regeling werkt sterk kostenverhogend bij de afwikkeling van de nalatenschap, zodat ook voor deze categorie erfrechtelijke verkrijgers een verdere verruiming van de defiscalisering gewenst is. De commissie kan zich geheel vinden in de herziene visie van het Ministerie van Financiën zoals verwoord in de brief van de minister van 14 september 2010 en hoopt dat spoedig een wetsvoorstel wordt ingediend om de daarin voorgestelde uitbreiding van de defiscalisering in de Wet IB 2001 op te nemen. [noot:16] De keuze van een testamentsvorm zal dan niet langer worden bepaald door de inkomstenbelastingtechnische consequenties ervan.

Art. 4:15 ‘Vaststelling van geldvordering’ en 4:16 BW ‘Boedelbeschrijving; Informatieplicht’

De commissie kan zich niet aan de indruk onttrekken dat de door de wetgever beoogde bescherming van de positie van minderjarigen in het kader van de wettelijke verdeling in de praktijk niet goed uit de verf komt. Op deze problematiek wordt uitgebreider ingegaan in de bijlage *De ‘te beschermen personen’ in Boek 4 BW en de daarbij gewenste afstemming met Boek 1 BW.*

Art. 4:17 lid 1, 2e zin, BW ‘Betaling van de vorderingen’

In afwijking van de hoofdregel van art. 6:44 lid 1 BW wordt hier bepaald dat betalingen door de langstlevende eerst in mindering worden gebracht op de hoofdsom van de vorderingen van de kinderen en vervolgens op de verhoging/rente.

Het is aannemelijk dat de ratio van deze bepaling is gelegen in de bescherming van de langstlevende, die zich van de schuld (hoofdsom) moet kunnen bevrijden om verdere renteaangroei te vermijden. In de praktijk blijkt in testamenten vaak van de wettelijke volgorde te worden afgeweken in die zin dat wordt teruggekeerd naar de hoofdregel van art. 6:44 BW; het nadeel daarvan is evenwel dat de langstlevende slechts als eerste tot aflossing van de hoofdsom kan overgaan als de kinderen daarmee instemmen.

De commissie is dan ook van mening dat de keuze aan de langstlevende dient te worden overgelaten doordat de tweede volzin van art. 4:17 BW als volgt wordt aangepast:

‘Een betaling wordt in de eerste plaats in mindering gebracht op de hoofdsom en vervolgens op de verhoging, tenzij de erflater, dan wel de echtgenoot bij de betaling, anders heeft bepaald.’

Art. 4:18 BW ‘Ongedaanmaking’

De niet voor verlenging vatbare ongedaanmakingstermijn van drie maanden wordt in de notariële boedelpraktijk als een groot knelpunt ervaren.

Zeker als er ‘en/of’-rekeningen zijn, bestaat vaak niet onmiddellijk na het overlijden de noodzaak tot afgifte van een verklaring van erfrecht, zodat de langstlevende niet binnen drie maanden door een notaris op de mogelijkheid van een ongedaanmaking van de wettelijke verdeling wordt gewezen. Daarbij komt nog, dat door de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) op verzoek van het Ministerie van Financiën onderzoek wordt gedaan naar de mogelijkheid om in bepaalde omstandigheden - bijvoorbeeld indien sprake is van een wettelijke verdeling - geen verklaring van erfrecht te verlangen voor het opnemen van een banksaldo. De kans dat de langstlevende tijdig op de mogelijkheid van een ongedaanmaking wordt geattendeerd, wordt in dat geval uiteraard nog kleiner.[\[noot:17\]](#)

In de gevallen dat de langstlevende wel van die mogelijkheid op de hoogte is, blijkt de termijn van drie maanden over het algemeen veel te kort om een goed overzicht te krijgen over de diverse met name ook fiscale - consequenties van een ongedaanmaking.[\[noot:18\]](#)

De korte ongedaanmakingstermijn leidt ertoe, dat een behoorlijk aantal justitiabelen overgaat tot het maken van testamenten die er speciaal op gericht zijn, de langstlevende een langere periode van beraad te gunnen. Aangezien het maken van dergelijke testamenten bij verlenging van de ongedaanmakingstermijn overbodig wordt, kan er ook vanuit rechtseconomisch perspectief worden gepleit voor een langere ongedaanmakingstermijn.

Daarnaast is er ook een wetssystematisch argument voor het verlengen van de ongedaanmakingstermijn. In Boek 4 BW wordt als hoofdregel uitgegaan van een ‘rustperiode’ van zes maanden na het overlijden (zie bijvoorbeeld de art. 4:28 lid 1, 4:31 lid 2, 4:37 lid 2, 4:73 lid 1 sub c, 4:81 lid 1 en 4:125 lid 1 BW). Voorzover driemaandstermijnen in het erfrecht voorkomen zijn deze ofwel ongesanctioneerd, ofwel, ook na het verstrijken ervan, voor verlenging vatbaar. Aangezien de ongedaanmakingstermijn leidt tot verlies van

bevoegdheid en niet kan worden verlengd, loopt deze dus systematisch gezien uit de pas met alle andere termijnen van Boek 4 BW.

In verband met dit alles meent de commissie dat verlenging van de ongedaanmakingstermijn wenselijk is. Aangezien de derdenbeschermingsregel van art. 18 lid 2 in de praktijk adequaat functioneert, behoeft de verlenging van de termijn geen problemen op te leveren.

De commissie ziet hiervoor twee methodes:

1e De mogelijkheid wordt geopend om de ongedaanmakingstermijn in een testament te verlengen, waarbij een maximumtermijn van bijvoorbeeld een jaar zou kunnen worden aangehouden. Anderzijds zou de mogelijkheid van ongedaanmaking ook door de erfflater moeten kunnen worden uitgesloten. Deze methode past binnen het systeem van de wet dat het een testateur in meerdere of mindere mate is toegestaan om binnen het kader van de wettelijke verdeling modificaties aan te brengen.

2e De wettelijke ongedaanmakingstermijn wordt verlengd. Hoewel uit wetssystematisch oogpunt (zie boven) in eerste instantie de gedachte aan een termijn van zes maanden zou opkomen, zou de commissie er voorstander van zijn om de termijn te verlengen tot een jaar na het overlijden. Op die manier wordt aansluiting gevonden bij de termijn waarop in de meeste gevallen de aangifte voor de erfbelasting wordt ingediend.[\[noot:19\]](#)

Art. 4:19 t/m 22 BW (Wilsrechten algemeen)

De commissie signaleert dat het niet duidelijk is of de mogelijkheid bestaat om het uitoefenen van de wilsrechten afhankelijk te stellen van de toestemming van de langstlevende.[\[noot:20\]](#) Enerzijds kan dit worden beschouwd als een (te ver strekkende?) delegatie door de testateur, anderzijds zou een dergelijke bepaling als een toegelaten beperking van de wilsrechten in de zin van art. 4:25 lid 6 BW gezien kunnen worden.

De commissie heeft zich ook gebogen over de vraag of het civielrechtelijk mogelijk is dat kinderen bij voorbaat (dat wil zeggen al meteen na het overlijden van de eerststervende ouder) afstand doen van hun wilsrechten. De commissie is van mening dat dit mogelijk is, maar dat dit voor de notaris die een dergelijke overeenkomst zou opstellen wel een zware informatieplicht (*Belehrungspflicht*) jegens de kinderen met zich brengt. De notaris zal er zich van moeten vergewissen dat de kinderen de consequenties van de afstand overzien en beseffen wat zij prijsgeven.

De commissie acht het wenselijk dat er duidelijkheid wordt verschaft met betrekking tot de vraag of de fiscale faciliteiten voor wilsrechten ook gelden buiten de situaties als omschreven in de art. 4:19 tot en met 22 BW, met andere woorden als er - met gebruikmaking van art. 4:25 lid 6 BW - binnen het systeem van de wettelijke verdeling 'buitenwettelijke' wilsrechten worden gecreëerd.

Art. 4:19 BW 'Blooteigendomswilsrecht en nietopeisbare vordering op ouder'

De commissie vraagt zich af wat er gebeurt met de wilsrechten indien het voorgenomen huwelijk geen doorgang vindt, waarbij nog een onderscheid kan worden gemaakt tussen de situatie dat de wilsrechten (nadat deze als gevolg van de huwelijksaangifte zijn ontstaan) wel of niet zijn uitgeoefend.

De commissie acht het in elk geval ongewenst als de titel ontvalt aan een overdracht die eenmaal in het kader van de uitoefening van wilsrechten heeft plaatsgevonden.

Art. 4:23 lid 3 BW 'Rechtsverhouding vruchtgebruiker-bloot eigenaar na vervreemding'

Als de langstlevende als vruchtgebruiker met machtiging van de kantonrechter overgaat tot vervreemding van goederen waarop de kinderen hun wilsrechten hebben uitgeoefend en de langstlevende ingevolge het bepaalde in art. 4:19 of 4:21 BW het vruchtgebruik heeft voorbehouden, ontstaat ingevolge art. 4:23 lid 3 BW een vordering van de (voormalige) hoofdgerechtigde op de langstlevende (als voormalig vruchtgebruiker). De vraag rijst of er met betrekking tot die nieuwe vordering dan ook weer wilsrechten ontstaan. De commissie meent dat dit in principe niet het geval is, maar dat de langstlevende en de kinderen dit wel kunnen overeenkomen en zich bij verschil van mening tot de kantonrechter kunnen wenden. In dat verband lijkt het de commissie van belang dat aandacht wordt besteed aan de vraag of in dat geval de fiscale faciliteiten van de wilsrechten van toepassing zijn.

De commissie acht het gewenst dat aan art. 4:23 lid 3 BW een zinsnede wordt toegevoegd met de strekking dat op de aldaar bedoelde vordering de art. 4:1922 BW niet (zonder meer) van toepassing zijn.

Art. 4:24 lid 2 BW 'Goederen onderworpen aan wilsrechten'

In dit artikel is de zaaksvervanging geregeld: de wilsrechten kunnen ook worden uitgeoefend met betrekking tot goederen die onder bepaalde voorwaarden in de plaats zijn getreden van de oorspronkelijke.

De commissie heeft de indruk dat deze zaaksvervanging in de notariële praktijk met enige regelmaat wordt uitgesloten. De overweging is daarbij dat de vervangende goederen voor de kinderen geen affectieve waarde hebben, terwijl de gedachte dat het uitoefenen van de wilsrechten ook een zekerheidsaspect heeft kennelijk niet erg leeft.

De commissie is van mening dat het uitsluiten van de zaaksvervanging moet berusten op een bewuste keuze van de testateur en moet worden overgelaten aan de testamentaire praktijk.

Art. 4:25 lid 1 BW 'Diverse aspecten wilsrechten'

Zie hetgeen is opgemerkt bij art. 4:17 lid 1 BW.

Art. 4:25 lid 3 BW

Lid 3 geeft aanleiding tot de vraag wat de sanctie is als een kind niet reageert als hem een redelijke termijn is gesteld om ook zijn wilsrecht uit te oefenen. Anders dan in andere erfrechtelijke bepalingen is dit hier niet met zoveel woorden geregeld. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het antwoord hierop is, dat de wilsrechten vervallen als de termijn is verlopen.[\[noot:21\]](#) De commissie adviseert dit met zoveel woorden aan de wettekst toe te voegen.

Art. 4:25 lid 5 BW

Lid 5 geeft aanleiding tot de vraag of het werkelijk de bedoeling is dat de wilsrechten eindigen, indien de vordering wordt overgedragen aan een persoon die zelf ook wilsrechten heeft.

De commissie leest wel in de parlementaire stukken zonder motivering - dat dit het geval is[noot:22] , maar kan de logica daarvan niet doorgronden en zou er de voorkeur aan geven als in art. 4:25 lid 5 BW wordt bepaald dat de wilsrechten niet vervallen als de vordering wordt overgedragen aan een persoon die zelf ook wilsrechten heeft.

Art. 4:27 BW 'Stiefkinderen'

Dit artikel geeft aanleiding tot de vraag wat het 'als eigen kind in de wettelijke verdeling betrekken' betekent. De commissie is van mening dat in elk geval in de wettekst moet worden duidelijk gemaakt dat thans geen wettelijke verdeling kan worden gemaakt tussen de langstlevende en uitsluitend stiefkinderen.[noot:23]

De commissie zou er overigens de voorkeur aan geven dat de mogelijkheid wordt geopend om een wettelijke verdeling te maken tussen de langstlevende en (uitsluitend) stiefkinderen, hetgeen kennelijk thans niet mogelijk is, al was het maar om de discussie te voorkomen over de vraag wat rechtens is als de eigen kinderen in eerste instantie wel in de wettelijke verdeling zijn betrokken, maar later (door vooroverlijden of door verwerping of onwaardigheid) 'uitvallen'.

Dit standpunt wordt met name ook ingenomen omdat andere regelingen tussen langstlevende en stiefkinderen die in civielrechtelijk opzicht de wettelijke verdeling benaderen (zoals een enig erfgenaamschap voor de langstlevende in combinatie met nietopeisbare legaten aan de stiefkinderen) niet dezelfde fiscale gevolgen hebben als een wettelijke verdeling.

Voorts adviseert de commissie in art. 4:27 BW duidelijk te maken wat het gelijkstellen inhoudt met betrekking tot de wilsrechten. Dit staat weliswaar in de parlementaire geschiedenis[noot:24], maar dient naar de mening van de commissie uit de wettekst zelf te blijken. Uit de tekst van art. 4:27 BW wordt niet duidelijk welk wilsrecht het stiefkind heeft als het een vordering krijgt op de eigen ouder als gevolg van het overlijden van de stiefouder, dat van art. 4:21 of dat van art. 4:19 BW.

Art. 4:29 BW 'Vruchtgebruik op woning en inboedel'

De commissie signaleert dat het onduidelijk is voor wiens rekening de eigenwoningrente komt als een beroep wordt gedaan op de andere wettelijke rechten van art. 4:29 BW. Naar algemeen gevoelen zou dit de langstlevende moeten zijn.

Art. 4:29/4:30 jo. 4:31 lid 2 BW 'Vruchtgebruikbepalingen, verval- en verjaringstermijn'

De commissie is van mening dat uit praktisch oogpunt (zoals bekendheid van financiële gegevens) kan worden overwogen de termijn voor het maken van aanspraak op het vruchtgebruik van art. 4:29 BW gelijk te trekken aan de termijn voor een beroep op art. 4:30 BW en dus ook op één jaar te stellen. Dit resulteert weliswaar in een verlenging van de 'beschikkingsblokkade' van art. 4:29 lid 2 BW, maar aan dit bezwaar kan tegemoet worden gekomen door het stellen van een redelijke termijn aan de langstlevende. De termijn voor art.

4:30 BW zou moeten kunnen worden verlengd overeenkomstig de hardheidsclausule van art. 4:77 BW.

Volgens de commissie verdient het de voorkeur om de termijn van art. 4:31 lid 2 BW eerst aan te laten vangen bij het kennisnemen van het overlijden (vgl. art. 4:54 BW). Men dient daarbij dan wel de vraag te stellen of ook de periode waarin sprake is van beschikkingsonbevoegdheid van art. 4:29 lid 2 BW afhankelijk moet zijn van deze kennisneming.

Art. 4:32 BW 'Geen vruchtgebruik in geval van overjarig echtscheidingsgeding'

Uit de tweede volzin van art. 4:32 BW volgt dat, ondanks het feit dat er op het moment van overlijden al meer dan een jaar een procedure tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed 'loopt', toch aanspraak kan worden gemaakt op de andere wettelijke rechten van de art. 4:29 en 30 BW als de omstandigheid dat de echtscheiding of scheiding van tafel en bed niet meer tot stand heeft kunnen komen niet in overwegende mate aan de langstlevende echtgenoot kan worden toegerekend.

Door deze laatste toevoeging verliest art. 4:32 BW iedere praktische hanteerbaarheid, aangezien de termijn waarbinnen een beroep op de andere wettelijke rechten kan worden gedaan daarmee de facto wordt verlengd tot het moment waarop men is uitgeprocedeerd over de vraag aan wie de vertraging in de echtscheidingsprocedure te wijten is. Het ware (meer dan) gewenst dat deze tweede volzin wordt geschrapt.

Art. 4:36 'Som ineens als billijke vergoeding voor verrichte arbeid'

De commissie signaleert de problematiek waartoe dit artikel leidt. Het instellen van een dergelijke vordering leidt tot lange, kostbare gerechtelijke procedures en onzekerheid bij de boedelafwikkeling. Naar de mening van de commissie weegt het billijkheidsargument dat aan art. 4:36 BW ten grondslag ligt niet op tegen de bezwaren die aan deze som ineens kleven.[\[noot:25\]](#) Het salaire différé vormt een onevenredige belasting van de rechterlijke macht. Een sprekend voorbeeld hiervan is het procesverloop van Hof Den Haag 1 augustus 2007.[\[noot:26\]](#)

De commissie suggereert te overwegen tot afschaffing van het salaire différé dan wel het aan te passen door de werking van het artikel te beperken tot een beroep of bedrijf. Als de wetgever niet bereid is dit artikel te schrappen, dan pleit de commissie ervoor dat art. 4:36 BW ook van toepassing is bij het verrichten van arbeid voor een BV van een ouder, een vergelijkbare regeling als in art. 4:38 lid 2 BW derhalve.

Art. 4:38 BW 'Recht op overdracht van de onderneming van erflater'

Als voorwaarde voor de overdracht van bedrijfsgoederen wordt in lid 1 gesteld dat het beroep of bedrijf van erflater wordt voortgezet. Omdat mogelijk pas enige tijd na overlijden van erflater het beroep of bedrijf zal worden voortgezet en de bedrijfsvoering bij overlijden mogelijk zelfs stilligt,[\[noot:27\]](#) suggereert de commissie in lid 1 de woorden 'wordt voortgezet' te vervangen door 'zal worden voortgezet'.

In lid 2 wordt als voorwaarde voor toepasselijkheid van de regeling op de aandelen in een BV of NV als formeel criterium 'het houden van de meerderheid van de aandelen' genoemd. De

commissie suggereert een materieel criterium op te nemen, bijvoorbeeld ‘het hebben van een overwegende mate van zeggenschap’.[\[noot:28\]](#) Een andere mogelijkheid zou zijn in lid 1 de tekst zo aan te passen dat daarin opgenomen wordt ‘een door de erflater middellijk of onmiddellijk uitgeoefend beroep of bedrijf’. In dat geval kan lid 2 van art. 4:38 BW geschrapt worden.

Titel 4: Uiterste willen

Art. 4:42

De commissie merkt op dat in de literatuur discussie bestaat over de wenselijkheid van het gesloten stelsel van Boek 4. Als voorbeeld kan worden genoemd dat het momenteel niet mogelijk lijkt de in art. 7 Embryowet bedoelde uitdrukkelijke schriftelijke toestemming tot voortplanting na overlijden (de zogenaamde postmortale procreatie) te verlenen in een gewoon notarieel testament, terwijl dit wel in een onderhands stuk kan.

Art. 4:45 lid 2 BW ‘Voorwaarde of last’

In de notariële praktijk blijkt behoefte te bestaan aan het uitsluiten van de overdraagbaarheid (zonder toestemming van de langstlevende echtgenoot) van een vordering op grond van de wettelijke verdeling. De commissie is van mening dat dit wordt belet door het bepaalde in art. 4:45 lid 2 BW.

Denkbaar ware, dat de mogelijkheid met zoveel woorden in de wet (in afdeling 4.3.1.) zou worden opgenomen als zesde modificatiemogelijkheid binnen de wettelijke verdeling.

Art. 4:46 BW ‘Uitleg’

De commissie pleit voor een verduidelijking van de uitlegregels van art. 4:46 BW door aan lid 1 van dat artikel het woord ‘mede’ toe te voegen. Op die manier wordt aangegeven dat ook andere omstandigheden - mits deze met de vereiste hoge mate van zekerheid vaststaan - bij de uitleg een rol kunnen spelen. Naar de mening van de commissie vindt de uitlegging van uiterste wilsbeschikkingen thans veelal te star plaats, omdat ten onrechte ervan wordt uitgegaan dat het adagium ‘bij duidelijkheid geen uitleg’ zou gelden. Het is in het huidige erfrecht onjuist te stellen dat men bij een ogenschijnlijk duidelijk testament ‘niet mag uitleggen’. De regel van art. 4:46 lid 1 BW laat juist uitdrukkelijk toe te allen tijde aandacht te schenken aan de ‘verhoudingen die de uiterste wil kennelijk wenst te regelen en de omstandigheden waaronder de uiterste wil is gemaakt’.[\[noot:29\]](#)

De commissie geeft voorts in overweging dat art. 4:46 leden 2 en 3 BW worden geschrapt. Het criterium ‘duidelijk’ in lid 2 bevat een hoge mate van willekeur: als bijvoorbeeld een vergissing van de notaris niet tot gevolg heeft dat bewoordingen onduidelijk worden, dan mag met deze vergissing geen rekening worden gehouden (behalve in het geval van lid 3). Het is echter volledig afhankelijk van het toeval of een vergissing dat effect heeft. Bij ‘duidelijkheid’ blijft de vergissing onaangeroerd; brengt zij echter een ‘onduidelijkheid’ teweeg, dan mag deze worden hersteld.[\[noot:30\]](#)

Bij lid 3 valt niet in te zien waarom een vergissing in de aanduiding van een persoon of een goed wel kan worden geheeld, maar andere vergissingen niet. Het zou bij uitleg toch dienen te

gaan om het vaststellen van de bedoeling van de erflater met behulp van de uiterste wilsbeschikking en de met de vereiste hoge mate van zekerheid vaststaande overige gegevens.

Art. 4:49 BW 'Ontbreken gelegateerd goed'

De commissie stelt voor om - ter verduidelijking - na 'ten laste van de erfgenaam' de woorden 'of legataris' toe te voegen.[\[noot:31\]](#)

Art. 4:52 BW 'Beschikking ten gunste van echtgenoot'

Op de gewenste aanpassing van het verouderde begrip 'trouwbeloften' werd reeds bij art. 4:8 BW gewezen.

Daarnaast valt een toename te constateren van het aantal uitspraken over de situatie dat een samenwoner overlijdt na het verbreken van de samenwoning, terwijl er een testament is gemaakt waarbij de (inmiddels ex-)partner onvoorwaardelijk tot erfgenaam is benoemd. Soms wordt daarbij de nadruk gelegd op de letterlijke tekst van de beschikking, zodat de ex-partner erfgenaam is[\[noot:32\]](#), in andere gevallen meent de rechter dat sprake is van een 'stilzwijgende herroeping'.[\[noot:33\]](#)

In de toekomst zouden veel rechterlijke uitspraken voorkomen kunnen worden, als art. 4:52 BW (het 'exechtgenotenartikel') zou worden uitgebreid tot (ex-) samenwoners.

De commissie zou nog een andere aanpassing van het artikel voorstaan, te weten dat het artikel ook geldt als de uiterste wilsbeschikking is gemaakt voor de huwelijksluiting (zonder dat moet worden beoordeeld of er trouwbeloften zijn gewisseld) respectievelijk de aanvang van de samenwoning.[\[noot:34\]](#)

In verband met het bovenstaande doet de commissie het volgende tekstvoorstel voor een nieuwe formulering van het eerste lid van art. 4:52 BW:

'1. Een beschikking, getroffen ten voordele van degene met wie de erflater op of na het tijdstip van het maken van de uiterste wil gehuwd was, vervalt door een daarna ingetreden echtscheiding of scheiding van tafel en bed, tenzij uit de uiterste wil zelf het tegendeel is af te leiden.'

Daarnaast acht de commissie het wenselijk dat aan art. 4:52 BW een tweede lid wordt toegevoegd, luidende:

'2. Een beschikking, getroffen ten voordele van degene met wie de erflater op of na het tijdstip van het maken van de uiterste wil een gemeenschappelijke huishouding voerde en een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst was aangegaan, vervalt indien de gemeenschappelijke huishouding ten tijde van het overlijden is beëindigd, tenzij uit de uiterste wil zelf het tegendeel is af te leiden.'

In feite wordt met deze formulering aangeknoopt bij de 'andere levensgezel' van art. 4:82 BW, waarbij de eis dat er sprake moet zijn van een notarieel samenlevingscontract de nodige objectivering en toetsbaarheid oplevert.

Art. 4:56 leden 2 t/m 4 BW 'Bestaanseis'

Aan een testateur worden in het erfrecht diverse mogelijkheden aangereikt om stiefkinderen, en hun afstammelingen, in dezelfde erfrechtelijke situatie te brengen als eigen kinderen, zie o.a. de art. 4:27, 4:36, 4:38 en 4:91 BW.

In de praktijk blijkt er ook behoefte aan te bestaan de ongebornen afstammelingen van stiefkinderen als verwachters aan te wijzen, hetgeen evenwel op grond van de huidige formulering van de leden 2 tot en met 4 van art. 4:56 BW, waar de uitzonderingen op de bestaansseis van art. 4:56 lid 1 BW limitatief zijn opgesomd, niet mogelijk is. De commissie stelt voor in bedoelde artikelliden op te nemen dat ook de ongebornen afstammelingen van stiefkinderen als verwachters kunnen worden aangewezen.

Overigens is de commissie van mening dat een algeheel liberaliseren van de leden 2, 3 en 4 nog beter is. De beperkingen zoals thans opgenomen in de wet komen nog voort uit het oude erfrecht en zijn overbodig geworden. De voorwaarde dat de verwachters in leven zijn ten tijde van het overlijden van de bezwaarde is voldoende.

Daarnaast zou de commissie het toejuichen, als duidelijker dan thans het geval is in de bepaling van art. 4:56 BW tot uitdrukking wordt gebracht dat het niet mogelijk is om een ongebornen verwachter weer als bezwaarde te laten optreden ten behoeve van een volgende ongebornen verwachter. Dit is thans alleen via de parlementaire geschiedenis kenbaar.[\[noot:35\]](#)

Art. 4:57-62 BW 'Verboden beschikkingen'

De vraag, of onder 'voordeel genieten uit een uiterste wilsbeschikking' ook het benoemd worden tot executeur en/of bewindvoerder vallen, is reeds bij art. 4:3 BW aan de orde gesteld.

Art. 4:63 - 92 BW 'Legitieme portie'

Algemeen De commissie ondersteunt de visie van de commissie deontologie nieuw erfrecht.[\[noot:36\]](#) Kort samengevat komt die erop neer dat op de notaris geen zorgplicht rust een legitimaris te traceren en te informeren. Dit laat onverlet dat men de onterfde legitimarissen -maar ook, en zelfs - gelet op de korte termijnen - in het bijzonder, de andere wettelijk gerechtigden - beter zou kunnen beschermen, zonder het in abstracto onder de zorgplicht van de notaris te brengen.

Hoewel het mogelijk zou zijn de notaris die belast wordt met het opmaken van een verklaring van erfrecht een eigen informatieplicht op te leggen, hetgeen misschien maatschappelijk gewenst is (vgl. art. 4:990 oud BW), verdient het volgens de commissie de voorkeur de termijn van art. 4:85 BW eerst aan te laten vangen bij het kennisnemen van het overlijden (vgl. art. 4:54 BW).

Voor de periode dat de legitimaris, of ander wettelijk gerechtigde, minderjarig is, zou men een bijzondere regel kunnen formuleren. Vgl. § 210 BGB.[\[noot:37\]](#)

Deze deontologische vragen spelen niet alleen bij de legitieme, maar ook bij de andere wettelijke rechten.

Art. 4:63 lid 3 BW 'Legitieme portie'

De woorden ‘bij het afleggen’ in art. 4:63 lid 3 BW zouden kunnen impliceren dat de zogenaamde contantenverklaring moet worden opgenomen in de verwerpingsverklaring die wordt afgelegd bij de griffie van de rechtbank. De commissie is van mening dat het woord ‘bij’ als tijdsbepaling is bedoeld. Het afleggen bij de griffie is immers geen constitutief vereiste. Wanneer bovendien deze contantenverklaring slechts de griffie bereikt en niet de erfgenamen (c.q. hun vertegenwoordigers), dan heeft er geen geldig beroep op de legitieme plaatsgevonden.

De commissie komt tot de conclusie dat art. 4:63 lid 3 BW beter kan worden geschrapt. Het schept verwarring. Verwerpen van het erfdeel betekent niet dat afstand wordt gedaan van de legitieme. Een beroep op de legitieme kan vóór, bij, maar zeker ook nog na een verwerping plaatsvinden.

Art. 4:71 BW ‘Toerekening verkrijging krachtens erfrecht’

In het preadvies 2006[noot:38] van de KNB is de problematiek betreffende de waardering van inferieure verkrijgingen aangekaart. Kan, bijvoorbeeld, een legitimaris die enig erfgenaam is, zij het als bloot eigenaar, of als verwachter in geval van een tweetrapsmaking, aanvullend inkorten indachtig het feit dat de bloot eigendom/de verwachting een beperkte waarde heeft?

In Duitsland geldt in dit kader de ausser-Betrachtregel in § 2307 BGB: bij de berekening van de waarde blijven de ‘Beschränkungen’ en ‘Beschwerungen’ buiten beschouwing. Zie voor ons art. 4:6 BW en art. 4:76 BW, welke artikelen evenwel uitsluitend zien op de situatie dat sprake is van een vruchtgebruik als bedoeld in afdeling 4.3.1. en 4.3.2. BW. In het preadvies worden enkele argumenten aangedragen ter verdediging van de opvatting dat in Nederland de ‘ausser Betrachtregel’ ook geldt buiten de gevallen dat sprake is van een vruchtgebruik als bedoeld in de afdelingen 4.3.1. en 4.3.2. BW.[noot:39]

De commissie is van mening dat de ausser-Betracht benadering in bepaalde verhoudingen het meest recht doet aan de systematiek van de legitieme en daarenboven maatschappelijk het meest wenselijk is (een legitimaris krijgt anders gevoelsmatig dubbelop) en bepleit in art. 4:6 BW dan wel in art. 4:76 BW een regeling te formuleren die ertoe strekt dat een ten laste van de verkrijging van de legitimaris komend vruchtgebruiklegaat of een opschortende voorwaarde in de zin van art. 4:141 BW voor de waardering in het kader van de toerekening van art. 4:71 BW buiten beschouwing blijft. Wat de verhoudingen betreft waarbinnen dit plaats moet vinden doelt de commissie op het volgende. Indien een kind een niet opeisbare vordering heeft op basis van de wettelijke verdeling (4:13 BW) of een kind een niet opeisbare legitieme heeft op basis van art. 4:82 BW waarvan de nominale waarde even groot is of groter dan de legitieme doch de waarde in het economisch verkeer (‘contante waarde’) als gevolg van de uitgestelde opeisbaarheid lager is, dan is aanvullende inkorting niet mogelijk. Er zijn dan ook termen aanwezig om de ausser-Betracht benadering toe te passen in de verhoudingen waarin art. 4:13 BW en art. 4:82 BW toegepast kan worden.

Art. 4:72 ‘Inferieure erfstelling’ en 4:73 BW ‘Inferieur legaat’

De commissie is van mening dat de termijn van art. 4:72 en art. 4:73 BW (drie maanden) te kort is en verlengd moet worden tot zes maanden na overlijden, met de mogelijkheid van termijnstelling. Dit ondanks het bepaalde in art. 4:77 BW. Voorkomen wordt aldus dat men zich te snel tot de kantonrechter moet wenden en zich moet beroepen op bijzondere omstandigheden. Kantonrechters gaan bij het verlengen van de termijn overigens, blijkens de

Handleiding Erfrecht-procedures Kantonrechter d.d. 10 november 2008, ad art. 4:77 BW, ruimhartig te werk.

Art. 4:74 BW 'Termijnbetaling in het belang van de voortzetting van een onderneming'

Deze bepaling, die inhoudt dat een legitimaris betaling van een hem toekomend geldbedrag in termijnen moet accepteren als bij betaling ineens de voortzetting van het beroep of bedrijf van erflater (door de opvolger) zou worden bemoeilijkt, is alleen van toepassing als de onderneming tot de nalatenschap behoort. De opvolger wordt dus niet beschermd in de situatie dat de erflater zijn onderneming reeds bij leven heeft overgedragen, maar deze nog wel financiert om de voortzetting mogelijk te maken. In dergelijke situaties kan de nalatenschap een vordering op de opvolger bevatten, of cumulatief preferente aandelen die zijn uitgegeven in het kader van de overname van een vennootschap waarin de onderneming wordt uitgeoefend. De commissie geeft, mede aangezien in dergelijke situaties de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet kan worden toegepast, in overweging om art. 4:74 BW daarop eveneens van toepassing te verklaren.

Art. 4:82 BW 'Voorwaarde van niet opeisbaarheid' jo. art. 4:87 BW 'Volgorde inkorting'

De '*niet*-opeisbaarheidsclausule' van art. 4:82 BW, de testamentaire variant van de wettelijke verdeling om de legitimarissen buiten de deur te houden, kent een beperking. De niet-opeisbaarheidsclausule werkt slechts voorzover de vordering van de legitimaris *ten laste van* de langstlevende komt.

Art. 4:87 BW bepaalt ten laste van wie de legitieme komt. De erflater is vrij de draagplicht in te kleden zoals hij dit wenst, hetgeen expliciet bepaald is in art. 4:87 lid 2 BW.[\[noot:40\]](#) Wil men voorkomen dat kinderen bijvoorbeeld bij een inferieure verkrijging een ten laste van hen komende legitieme na zes maanden na het overlijden van erflater moeten uitkeren zonder dat zij liquiditeiten verkrijgen uit de nalatenschap, dan zou men de inkortingsvolgorde moeten wijzigen. De draagplicht bepaalt dus de omvang van het uitstel.[\[noot:41\]](#) In het bijzonder klemt dit bij oude testamenten, waarbij art. 129 Ow wel de niet-opeisbaarheidsclausule 'inleest' in het oude testament, maar er geen aandacht is voor de link tussen de opeisbaarheid en de draagplicht. De minister heeft de problematiek van de jegen elkaar inkortende kinderen wel uitdrukkelijk erkend, doch bood slechts met art. 4:5 BW (betalingsregeling) een doekje voor het bloeden[\[noot:42\]](#). Dit alles onder meer met het argument dat art. 4:82 BW en art. 129 Ow strekken tot bescherming van de langstlevende.

Zoals gezegd noopt dit tot het opnemen van ingewikkelde regelingen (wijziging inkortingsvolgorde/ aanwas) in nieuwe testamenten en tot de reparatie van oude testamenten. Ook zijn in de literatuur diverse visies ontwikkeld om te voorkomen dat de soep zo heet wordt gegeten als opgediend. Men moet dan denken aan de uitleg van de uiterste wilsbeschikking (vruchtgebruik van vermogen na aftrek legitieme), het inzetten van art. 3:222 BW (om alsnog een draagplicht bij de langstlevende te creëren), de visie dat zolang de verkrijgers geen beschikking hebben over het vermogen ten faveure van de langstlevende de legitieme niet opeisbaar is[\[noot:43\]](#) en de visie dat bij beneficiaire aanvaarding de verhaalbaarheid is uitgesteld.[\[noot:44\]](#)

De problematiek is te belangrijk om over te laten aan de rechtsontwikkeling. Het betreft immers de crux van de praktijk van het langstlevendetestament. Bovendien staat de rust binnen het gezin na het overlijden van de eerststervende onder druk. Erflaters willen ook

voorkomen dat kinderen onderling, na het overlijden van de eerststervende, elkaar erfrechtelijk het vuur aan de schenen leggen en dat kinderen aan hun broers en zusters bedragen moeten uitkeren zonder dat ze daadwerkelijk de beschikking krijgen over het vermogen van erflater.

Dit probleem speelt wellicht ook onder de oude testamenten, hetgeen niet de bedoeling kan zijn van het nieuwe erfrecht. De langstlevende wordt wel beschermd, maar de kinderen worden uitgedaagd om jegens elkaar de legitieme in te roepen.

Bij dit alles komt dat indien de inkortingsvolgorde gewijzigd is en de legitieme ten laste van de langstlevende komt, dit mede tot gevolg heeft dat de langstlevende in privé aansprakelijk is voor de legitieme, ook na een beneficiaire aanvaarding. Zie art. 4:87 leden 4 tot en met 6 BW. Dit is een vervelend neveneffect, zeker indien de langstlevende slechts het vruchtgebruik verkrijgt uit de nalatenschap. De legitieme krijgt in dergelijke situaties een ‘boedeloverschrijdend karakter’; de erfgenamen van de langstlevende draaien op voor de legitieme in de nalatenschap van de eerststervende. De commissie stelt de wetgever voor om in te grijpen. Voor een deel van de gevallen kan de problematiek opgelost worden door in art. 4:72 BW en art. 4:73 BW te bepalen dat erfrechtelijke verkrijgingen waarover men als gevolg van een vruchtgebruik ten behoeve van de langstlevende niet de beschikkingsmacht krijgt of legaten waarvan de opeisbaarheid is uitgesteld ten behoeve van de langstlevende niet inferieur zijn in het geval dat art. 4:82 BW is ingezet of art. 129 Ow werkt. Een beroep op de legitieme levert dan geen verkrijging meer op (mede uitgaande van de auserBetrachtregeling zoals hiervoor beschreven). In het geval dat in testamenten inderdaad de inkortingsvolgorde gewijzigd is, heeft deze aanpak niet tot gevolg dat de gemaakte uiterste wilsbeschikking anders uitwerkt dan aan de testateur zal zijn toegelicht. Deze oplossing werkt echter niet in de situatie dat de legitimaris onterfd is alsmede in de situatie dat de verkrijging van de legitimaris op andere gronden inferieur is. In dergelijke gevallen is een andere oplossing nodig zoals wijziging van de inkortingsvolgorde - wellicht alleen maar in art. 129 Ow - of een oplossing als gesuggereerd door Kraan en Schmal in de artikelen vermeld bij noot 40.

Art. 4:91 BW ‘Stiefkinderen en legitieme’

De commissie vraagt in verband met dit artikel aandacht voor de positie van de ‘quasi-stiefkinderen’, dat wil zeggen de kinderen van een andere levensgezel als bedoeld in art. 4:82 BW van welke kinderen de erflater niet zelf ouder is.

De commissie acht het gewenst dat aan hen in art. 4:91 BW een gelijke bescherming wordt gegeven als aan ‘echte’ stiefkinderen, aangezien de relatie met de kinderen van de samenwoningspartner in het huidige tijdsgewricht vaak vergelijkbaar is met de relatie met de kinderen van de echtgenoot. De fiscale wetgever huldigt dezelfde gedachte blijkens het feit dat in het kader van de wijziging van de Successiewet is bepaald dat dergelijke ‘quasi-stiefkinderen’ voor de heffing van erf- en schenkbelasting worden gelijkgesteld aan ‘echte’ stiefkinderen, zodat wordt geheven als waren zij kinderen van de testateur zelf (zie het nieuwe onderdeel b in art. 19 lid 1 Successiewet).

Art. 4:92 lid 3 BW ‘Uitoefenen bevoegdheden legitimaris’

De commissie pleit ervoor dat dit lid betreffende de overdracht van de bevoegdheden van een legitimaris wordt afgeschaft.[\[noot:45\]](#) Het artikellid lijkt bij de huidige gedaante van de legitieme portie, een geldvordering, geen redelijk doel te dienen.

(wordt vervolgd)

[1]

Asser/Perrick 4* 2009, nr. 510 (waar het de benoeming tot executeur betreft) en nr. 540 (waar het gaat over de benoeming tot bewindvoerder) ziet geen bezwaar, anders Kraan in WPNR (2005) 6646 op p. 972 rechterkolom.

[2]

Zie uitgebreid Kolkman, diss. RUG 2006, p. 68 e.v.

[3]

Zie bijvoorbeeld Van Mourik, Handboek Erfrecht 2006, II.8.2 en Blokland, 'Nieuw erfrecht in de praktijk', Preadvies KNB 2006, par. 2.3. Evenzo Kolkman, diss. RUG 2006, p. 35-37.

[4]

LJN BC0629.

[5]

Vergelijk Kolkman, diss. RUG 2006, p. 40.

[6]

Zie Van Es, WPNR (2003) 6531, p. 367.

[7]

Vergelijk Klaassen/Luijten/Meijer II, 2008, nr. 679 e.v., Asser/ Perrick 4* 2009, nr. 476, en Kolkman, diss. RUG 2006, p. 303.

[8]

Zie Kolkman, diss. RUG 2006, p. 303.

[9]

Men vergelijk Kolkman, diss. RUG 2006, p. 304 e.v., Fikkers, Tijdschrift Nieuw Erfrecht 2006, nr. 4, p. 59 en de mededeling in WPNR 6686 (2006).

[10]

MvA, Kamerstukken I 1962/63, 3771, nr. 6, p. 17.

[11]

NvW, Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 1572.

[\[12\]](#)

Nota n.a.v. het verslag, TK 2000/2001, 27.021 nr. 5, p. 5, waarover Asser/Perrick 4* 2009, nr. 60. Zie ook Hoedeman in JBN 2001, 65.

[\[13\]](#)

HR 25 juni 2010, LJN BL5593.

[\[14\]](#)

Brief Staatssecretaris van Financiën van 7 april 2006, nr. AFP 2006-190, op p.4.

[\[15\]](#)

Zie het nieuwe lid 6 van art. 5.4 Wet IB 2001; over de ‘samenwonersproblematiek’ Blokland, ‘Nieuw erfrecht in de praktijk’, Preadvies KNB 2006, p. 59-60, en ‘Ik kan niet studeren, want mijn ouders waren niet getrouwd!’ in FTV maart 2007.

[\[16\]](#)

Brief Ministerie van Financiën van 14 september 2010, nr. DB/2010/176M, p. 5-8.

[\[17\]](#)

Ministerie van Financiën 2 juli 2009, nr FM/2009/1109M.

[\[18\]](#)

Daarbij komt nog het probleem dat veel rechtbanken niet met de ongedaanmaking uit de voeten kunnen, omdat het zelden voorkomt en omdat het meestal haastwerk is. Zie Blokland, ‘Nieuw erfrecht in de praktijk’, Preadvies KNB 2006, par. 4.3.2. en met name noot 36 op p. 37. Zie voor een situatie waarin de akte van ongedaanmaking (reeds) twee maanden na het overlijden werd gepasseerd en meteen aan de rechtbank werd gezonden, maar desalniettemin pas meer dan drie maanden na het overlijden in het boedelregister werd ingeschreven, zodat de ongedaanmaking geen effect sorteerde, Luykx in FBN 2009-24.

[\[19\]](#)

Zie Blokland, ‘Nieuw erfrecht in de praktijk’, Preadvies KNB 2006, p. 42-43.

[\[20\]](#)

Van Straaten, FBN 2003-25, naar wie met instemming wordt verwezen door Swinkels in FBN 2005-28, acht dit mogelijk. Deze laatste neemt aan dat in dat geval ook de ?scale voordelen van de wilsrechten in stand blijven, hetgeen de commissie niet zonder meer zou willen onderschrijven.

[\[21\]](#)

NV, Parl. Gesch. Boek 4, p. 1645.

[\[22\]](#)

Vijfde Nota van Wijziging, Parl. Gesch. Boek 4, p. 1637.

[\[23\]](#)

Nota II bezemwet, Parl. Gesch. Boek 4, p. 1561.

[\[24\]](#)

Nader verslag, Kamerstukken II 2000/01, nr. 5, p.9. Hieruit lijkt te volgen dat de wetgever zich op het standpunt stelt dat een en ander vanuit het perspectief van het stiefkind moet worden beoordeeld.

[\[25\]](#)

Vergelijk Mellema-Kranenburg, Tijdschrift Erfrecht 2007, nr. 4, Kolkman, FTV augustus 2007, en Janssen, WPNR (2007) 6732.

[\[26\]](#)

LJN BB0962. Zie tevens Ktr. Tilburg 14 juni 2007, LJN BA7400 en Hof Den Bosch 22 juli 2008, LJN BD8647.

[\[27\]](#)

Zie ook Kamerstukken II 1996/97, 17141, nr. 21, p. 25, Parl. Gesch. Boek 4 p. 1761

[\[28\]](#)

Zie ook Burgerhart, Bedrijfsopvolging civielrechtelijke en ?scaalrechtelijke aspecten, preadvies KNB 2005, p. 430-432.

[\[29\]](#)

Vergelijk in deze zin Kolkman, Tijdschrift Erfrecht 2005, nr. 2, p. 30-31; Kleijn in zijn noot onder HR 3 december 2004, NJ 2005, 58; Van Mourik, WPNR (2007) 6709, p. 410; en Mollema, WPNR (2008) 6773, p. 822.

[\[30\]](#)

Een schrijnend voorbeeld vormt Hof Den Bosch 9 september 2002, NJ 2003, 446, over de ten onrechte in het (tweede) testament opgenomen modeltekst ‘Ik herroep alle uiterste wilsbeschikkingen door mij vóór heden gemaakt.’. De notaris geeft na het overlijden van de testatrice aan dat deze herroeping per abuis in het tweede testament is beland. Rechtbank en hof overwegen echter dat een duidelijke beschikking als deze geen uitleg behoeft. Zie hierover Verstappen, Preadvies KNB 2003, p. 135-137.

[\[31\]](#)

Breemhaar, diss. p. 124 en F. Schols, Handboek Erfrecht, VIII. 2.16.

[\[32\]](#)

Rechtbank Assen 22 februari 2006, nr 52957, HA ZA 05-551, besproken in Notafax 2006-50.

[\[33\]](#)

Zie o.a. F. Schols, Handboek Erfrecht (2006), p. 209-212, alsmede de jurisprudentie, besproken door Blokland, 'Nieuw erfrecht in de praktijk', Preadvies KNB 2006, in par. 6.1.3.

[\[34\]](#)

De Hoge Raad gaf hiervoor een aanzet in zijn arrest van 3 december 2004, NJ 2005, 58, door te oordelen dat in een situatie waarin aanstaande samenwoners elkaar zonder nadere aanduiding tot erfgenaam benoemen, terwijl de samenwoning ten tijde van het overlijden weer is verbroken, niet zonder meer kan worden gesteld dat de bewoordingen van het testament duidelijk zijn en voor uitleg geen ruimte is. Zie hierover o.a. F. Schols, Handboek Erfrecht (2006), p. 210.

[\[35\]](#)

Zie memorie van antwoord, Parl. Gesch. Vaststellingswet p. 323.

[\[36\]](#)

Albers-Dingemans, WPNR (2004) 6585.

[\[37\]](#)

B. Schols, preadvies KNB 2006, p. 123.

[\[38\]](#)

B. Schols, preadvies KNB 2006, p. 111.

[\[39\]](#)

B. Schols, preadvies KNB 2006, p. 111. Anders Burgerhart, diss. 2008, p. 201 e.v. en Asser-Perrick 4* 2009, nr. 263.

[\[40\]](#)

Anders evenwel Kraan en Schmal WPNR (2003) 6558, die betogen dat het wijzigen van de inkortingsvolgorde wel mogelijk is, evenwel zonder effect voor de opeisbaarheid van de legitieme.

[\[41\]](#)

In deze zin onder meer Blokland, Burgerhart, Kolkman, Kraan, B. Schols en F. Schols. Zie chronologisch: Kraan, preadvies KNB 1999, p. 129-131, en WPNR (2001) 6437, p. 264-269, De Lange, Tijdschrift Nieuw Erfrecht 2002, nr. 2, p. 20-21, Schols en Schols, Tijdschrift Nieuw Erfrecht 2002, nr. 3, p. 32-36, Houben, WPNR (2002) 6504, p. 667-674, Burgerhart, Schols en Schols, WPNR (2002) 6515, p. 858-865, Houben, WPNR (2002) 6515, p. 865-866, Kraan, WPNR (2003) 6521, p. 165-168, Blokland, JBN 2003, nr. 14, p. 3-6, Burgerhart, Schols en Schols, JBN 2003, nr. 33, p. 11-14, Blokland, JBN 2003, nr. 33, p. 14-16, Kraan en Schmal, WPNR (2003) 6558, p. 927-929, Burgerhart, Schols en Schols, WPNR (2004) 6580, p. 437-440, Kraan en Schmal, WPNR (2004) 6580, p. 440-441, en Kolkman, diss. RUG 2006, p. 318-323.

[\[42\]](#)

Zie MvA Overgangswet, nr. 112a, p. 3

[\[43\]](#)

Kraan en Schmal, zie hierboven.

[\[44\]](#)

Asser/Perrick 4* 2009, nr. 239, p. 275.

[\[45\]](#)

Vraagtekens bij de bepaling zetten Waaijer, Handboek Erfrecht 2006, X.26, en Ebben, diss. VU 2000, p. 275-276. Asser/ Perrick 4* 2009, nr. 280, betoogt dat de regel geen redelijke zin kan worden toegekend. Zo ook: Heuff, Mon. NBW B-20, 2004, nr. 20, Salomons, WPNR (2005) 6619, p. 343 en Kolkman, diss. RUG 2006, p. 231.

[» Help](#) Gebruiker: kunrecht (netwerk) [» Sluiten](#)