

Erfrechtelijke geschillen

Mr. dr. G.T.J. Hoff

Hoofdstuk 24 - Overgangsrecht Boek 4 BW

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	1
2.	Overgangswet NBW	2
3.	Algemene beginselen van het overgangsrecht	3
4.	Bijzondere overgangsbepalingen van Boek 4 BW	7
5.	De regeling van de nulliteiten	14
6.	De regeling van de legitieme portie	15
7.	De regeling van testamentair bewind	20
8.	Uitleg van oude testamenten	21
9.	Enige rechtspraak	24
9.1	Inbrengrplicht van een schenking	24
9.2	Opeisbaarheid van de legitieme	25
9.3	Quasi-ouderlijke boedelverdeling	26
9.4	Executele	28
9.5	Wie is mijn echtgenoot?	28
9.6	Art. 4:194a BW: machtiging om beneficiair te aanvaarden voor een onverwachte schuld	30

1. Inleiding

Boek 4 BW is op 1 januari 2003 in werking getreden. Het bevat een geheel nieuwe regeling van het erfrecht. Het oude erfrecht van art. 4:877 e.v. BW (oud) kwam daarmee te vervallen. De introductie van Boek 4 BW is gepaard gegaan met overgangsrecht. Het overgangsrecht regelt de overgang van het oude erfrecht naar het nieuwe erfrecht voor de ten tijde van de invoering van het nieuwe erfrecht bestaande rechtstoestanden (waarbij het begrip 'bestaande rechtstoestanden' als verzamelbegrip gehanteerd wordt van lopende rechtsbetrekkingen, bestaande rechtstoestanden, rechtsgevolgen van gepleegde rechtshandelingen en voldongen rechtsfeiten e.d.). Het gaat bij het overgangsrecht dus niet om hetgeen ná de invoering van een wet aan *nieuwe* rechtstoestanden *ontstaat*, maar om de werking van de nieuwe regels op *bestaande* rechtstoestanden.

In tweeërlei opzicht liggen de zaken op het terrein van het erfrechtelijke overgangsrecht gecompliceerd. Ten eerste dient er rekenschap van te worden gegeven dat Boek 4 BW op belangrijke onderdelen wezenlijk verschilt van het oude erfrecht. Hoe groter deze verschillen zijn, des te belangrijker wordt het overgangsrecht. Ten tweede moet rekening gehouden worden met het bijzondere karakter van de uiterste wilsbeschikking. Een uiterste wilsbeschikking is een eenzijdige rechtshandeling, die eerst na het overlijden van de erflater effect sorteert (art. 4:42 lid 1 BW). Nadat de nalatenschap is opengevallen,

is de erflater niet meer in staat een authentieke interpretatie te geven van zijn testament (ofwel uiterste wil) en van zijn bedoelingen daarmee. Voordien is vanwege het vertrouwelijke karakter van de uiterste wil gewoonlijk niets bekend over hetgeen de erflater daarmee heeft beoogd. Geruime tijd na de invoering van Boek 4 BW kunnen nog uiterste wilsbeschikkingen in testamenten boven tafel komen die lang geleden onder het regime van het oude erfrecht zijn opgemaakt.

Het is om deze redenen dat op het terrein van het erfrechtelijke overgangsrecht belangrijke uitzonderingen zijn gemaakt op de hoofdregel van het overgangsrecht van ons burgerlijk vermogensrecht. Die hoofdregel is de *onmiddellijke werking* van de nieuwe wet. Bij onmiddellijke werking is de nieuwe wet met ingang van haar inwerkingtreding meteen op *bestaande* rechtstoestanden van toepassing. Uitzonderingen op de hoofdregel houden in dit geval in dat verkregen rechten worden geëerbiedigd (de zogeheten *eerbiedigende werking*), meer in het bijzonder dat de uit de uiterste wil van de erflater blijkende uiterste wilsbeschikkingen zo veel als mogelijk geëerbiedigd dienen te worden en uitgelegd dienen te worden vanuit het oude erfrecht. Het kan dus voorkomen dat wanneer in een uiterste wil gebruik is gemaakt van rechtsfiguren die het oude erfrecht wel maar Boek 4 BW niet meer kent, deze rechtsfiguren door de werking van het overgangsrecht nog jarenlang voortbestaan en bij de afwikkeling van nalatenschappen een rol blijven spelen. Een goed voorbeeld daarvan is de ouderlijke boedelverdeling (art. 4:1167 BW (oud)), een populair verzorgingstestament onder het oude erfrecht ten behoeve van de langstlevende, dat onder het nieuwe erfrecht vanwege het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen niet meer is toegestaan.

Een ander voorbeeld van overgangsrechtelijke complicaties is het gebruik van erfrechtelijke begrippen in testamenten die onder het oude erfrecht een andere inhoud en betekenis hadden dan in Boek 4 BW (zoals bijvoorbeeld plaatsvervulling in het versterkerrecht, de legitieme portie of het wettelijk loon van de executeur). In dat soort gevallen komt de uitleg van uiterste wilsbeschikkingen uit oude testamenten om de hoek kijken (art. 4:46 BW (§ 8)). Worden deze oude erfrechtelijke begrippen aan de hand van Boek 4 BW uitgelegd of wordt bij de uitleg daarvan rekening gehouden met het oude erfrecht, omdat het testament nu eenmaal vóór 1 januari 2003 is opgemaakt en gepasseerd en de erflater bij het opstellen van het testament van dat regime is uitgegaan?

Volgens de beeldende taal uit de parlementaire geschiedenis van de Invoeringswet van het nieuw Burgerlijk Wetboek zal ten aanzien van het overgangsrecht na verloop van tijd in elk geval sprake zijn van *“steeds kleiner wordende eilandjes in een zee van nieuw recht”*. De adviespraktijk en de rechtspraak leren dat ook ruim twintig jaar na de introductie van Boek 4 BW vragen van overgangsrecht nog steeds opduiken (§ 9).

2. Overgangswet NBW

Het overgangsrecht van Boek 4 BW maakt deel uit van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (Overgangswet NBW of Ow). Deze wet is op 1 januari 1970 ingevoerd bij gelegenheid van de inwerkingtreding van Boek 1 BW, dat over het personen- en familierecht handelt. Boek 1 BW was het eerste onderdeel dat van ons nieuw Burgerlijk Wetboek is ingevoerd. Het systeem van de Overgangswet NBW is dat bij de invoering van nieuwe onderdelen van het nieuw Burgerlijk Wetboek ook nieuwe onderdelen aan deze

overgangswet worden toegevoegd. Op deze wijze is het overgangsrecht met betrekking tot alle onderdelen van het nieuw Burgerlijk Wetboek in één overgangswet ondergebracht.

Zo is uiteindelijk met ingang van 1 januari 2003 titel 5 (Overgangsbepalingen van Boek 4) aan de Overgangswet NBW toegevoegd (art. 125 t/m art. 139 Ow).¹ Het gaat om overgangsbepalingen die specifiek op het erfrecht van Boek 4 BW zijn toegesneden. Deze specifieke bepalingen gelden in aanvulling op of in afwijking van de bepalingen van titel 3 (Algemene overgangsbepalingen in verband met de Boeken 3-10) van de Overgangswet NBW (art. 68a t/m art. 75 Ow). Doordat het reeds bestaande overgangsrecht voor het nieuw Burgerlijk Wetboek als uitgangspunt voor het erfrechtelijke overgangsrecht geldt, kon worden volstaan met een betrekkelijk gering aantal, specifiek op het erfrecht toegesneden overgangsbepalingen.

Onderscheiden soorten van overgangsbepalingen

Inhoudelijk kunnen de in de Overgangswet NBW voorkomende overgangsbepalingen in twee groepen worden onderscheiden:

- a. regels die aangeven welk recht (hetzij het oude erfrecht, hetzij het nieuwe erfrecht) op een bepaald geval van toepassing is (*verwijzingsregels*); en

Voorbeeld

De andere wettelijke rechten (zoals het verzorgingsvruchtgebruik van de woning, inboedel en andere goederen (art. 4:28 t/m art. 4:30 BW)) gelden uitsluitend voor nalatenschappen die ná 1 januari 2003 openvallen (art. 126 lid 1 Ow).

- b. regels die aangeven welke bijzondere regels op bepaalde gevallen of overgangssituaties van toepassing zijn (*overbruggingsregels*).

Voorbeeld

Bepaalde regels die voor voorwaardelijke makingen onder het nieuwe erfrecht gelden, zijn eveneens van toepassing op fideï-commissaire makingen onder het oude erfrecht (art. 132 Ow). In Boek 4 BW worden de fideï-commissaire makingen gerangschikt onder de makingen onder voorwaarden (art. 4:136 e.v. BW).

3. Algemene beginselen van het overgangsrecht

De Overgangswet NBW kent evenals het Burgerlijk Wetboek een *gelaagde structuur*. Bij een gelaagde structuur gaan de algemene bepalingen aan de meer toegespitste bepalingen vooraf. Zo kunnen bijvoorbeeld erfrechtelijke begrippen als 'een uiterste wilsbeschikking' en 'een legaat' aangemerkt worden als rechtshandelingen. Dat betekent dat op deze rechtsfiguren zowel de algemene leerstukken uit Boek 3 BW (Vermogensrecht in het algemeen) en Boek 6 BW (Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht) als de meer specifiek op die rechtsfiguren toegesneden bepalingen uit Boek 4 BW van toepassing

¹ Kamerstukken 26 822.

zijn. De bijzondere overgangsrechtelijke bepalingen van Boek 4 BW dienen dan ook steeds tegen de achtergrond van de algemene bepalingen van de Overgangswet NBW gezien te worden.

Als algemene beginselen van het overgangsrecht van ons burgerlijk vermogensrecht kunnen worden genoemd: (a) onmiddellijke werking, (b) eerbiedigende werking, als nuancering van de hoofdregel van onmiddellijke werking en (c) redelijkheid en billijkheid, als correctiemechanisme.

Ad (a): Onmiddellijke werking

Het eerste beginsel van het overgangsrecht gaat uit van onmiddellijke werking van het nieuwe vermogensrecht. Bij het oplossen van overgangsrechtelijke kwesties mag dit algemene beginsel als uitgangspunt worden genomen. Art. 68a lid 1 Ow luidt als volgt:

“Van het tijdstip van haar in werking treden af is de wet van toepassing, indien op dat tijdstip is voldaan aan de door de wet voor het intreden van een rechtsgevolg gestelde vereisten, tenzij uit de volgende artikelen iets anders voortvloeit.”

Met de woorden ‘de wet’ in art. 68a lid 1 Ow wordt verwezen naar het Burgerlijk Wetboek, met de woorden ‘de volgende artikelen’ naar de bepalingen van de Overgangswet NBW.

Indien de erflater na 1 januari 2003 overlijdt, dan zal op de vererving en afwikkeling van zijn nalatenschap het nieuwe erfrecht van Boek 4 BW van toepassing zijn. De door het overlijden in het leven geroepen rechtstoestand is ontstaan ná het in werking treden van Boek 4 BW.

Art. 68a lid 2 Ow bepaalt nog dat als uitzondering op de hoofdregel het oude recht blijft gelden, voor zover en zolang op grond van de Overgangswet NBW de nieuwe wet niet van toepassing is (bijvoorbeeld als voor onderdelen van het nieuwe BW voor *uitgestelde werking* is gekozen).

Ad (b): Eerbiedigende werking

Een volgend beginsel van het overgangsrecht is de eerbiediging van verkregen rechten, hetgeen inhoudt dat door de inwerkingtreding van een nieuwe wet geen afbreuk wordt gedaan aan bestaande vermogensrechten. Of anders gezegd: door het enkele in werking treden van Boek 4 BW gaan bestaande vermogensrechten niet verloren. Dit algemene beginsel treffen we aan in art. 69 Ow en dat beginsel is vorm gegeven als uitzondering op de hoofdregel van het overgangsrecht, de onmiddellijke werking. Wanneer de wet van toepassing wordt – zo luidt deze bepaling – heeft dat *niet* tot gevolg dat alsdan:

- a. iemand het vermogensrecht verliest dat hij onder het tevoren geldende recht had verkregen;
- b. een schuld op een ander overgaat;
- c. het bedrag van een vordering wordt gewijzigd;

- d. een vorderingsrecht ontstaat, indien alle feiten die de wet daarvoor vereist, reeds voordien waren voltooid; of
- e. een goed met een beperkt recht wordt belast.

De wetgever heeft in de parlementaire geschiedenis benadrukt dat het beginsel van eerbiedigende werking ten aanzien van reeds voordien verkregen rechten als bedoeld in art. 69 Ow niet op andere aspecten van rechtsposities en rechtsverhoudingen die vermogensrechten in het leven roepen, van toepassing is. Zo kent Boek 4 BW aan de erfrechtelijke spelers diverse bevoegdheden toe. Uitoefening van die erfrechtelijke bevoegdheden kan ook leiden tot een wijziging of een verval van bestaande vermogensrechten. In al die gevallen, die derhalve buiten de reikwijdte van art. 69 Ow staan, geldt onverkort de hoofdregel van het overgangsrecht, te weten de onmiddellijke werking van Boek 4 BW, behoudens de in de Overgangswet NBW opgenomen uitzonderingen daarop.

Diverse voorbeelden van deze gevallen, waarin gewoon toepassing behoort te worden gegeven aan de hoofdregel van het overgangsrecht, kunnen worden gegeven. Boek 4 BW kent bijvoorbeeld een bevoegdheid een beroep te doen op een grond voor vernietiging van uiterste wilsbeschikkingen (art. 4:62 BW). Dat is gebeurd in het geval van de 'verboden' beschikkingen, zoals bijvoorbeeld indien een uiterste wilsbeschikking is gemaakt ten voordele van een beroepsbeoefenaar op het gebied van de individuele gezondheidszorg, die iemand gedurende de ziekte waaraan hij is overleden, bijstand heeft verleend (art. 4:59 BW). Onder het oude erfrecht werd die 'verboden' uiterste wilsbeschikking meestal nietig verklaard. De nieuwe bepaling van art. 4:62 BW, die uitgaat van vernietigbaarheid van de 'verboden' beschikkingen, heeft onmiddellijke werking en kan er zelfs toe leiden dat een gebrek aan een making onder het oude erfrecht wordt geheeld. Zo bepaalt art. 81 lid 2 Ow dat een voordien onder het oude erfrecht nietige rechtshandeling vanaf dat tijdstip - en dat is het tijdstip waarop de wet van toepassing wordt (in casu 1 januari 2003) - als vernietigbaar geldt, indien Boek 4 BW het gebrek dat haar aankleeft, als grond van vernietigbaarheid aanmerkt. In een dergelijk geval kan iemand een recht verliezen.

Een ander voorbeeld betreft de werking van bepaalde feiten en omstandigheden. Zo kent art. 4:187 BW bescherming toe aan degene die te goeder trouw is afgegaan op de in een verklaring van erfrecht genoemde feiten. Die derdenbeschermende bepaling treedt onmiddellijk in werking. Ook kan onmiddellijk een beroep gedaan worden op de gewijzigde bewijslastverdeling van art. 7:176 BW indien een schenking die onder oud erfrecht is gedaan onder invloed van misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen. Uitoefening van deze nieuwe bevoegdheden kan afbreuk doen aan bestaande vermogensrechten (en dat wordt niet belemmerd door het overgangsrechtelijke beginsel van eerbiedigende werking).

Ten slotte valt ook de omschrijving van bepaalde rechtsfiguren buiten de reikwijdte van art. 69 Ow. Zo kan een rechtsfiguur onder oud erfrecht vorm gegeven zijn als een testamentaire last (bijvoorbeeld een aan een erfgenaam opgelegde last om een goed af te geven aan een ander), maar naar nieuw erfrecht zal die uiterste wilsbeschikking als een legaat worden aangemerkt (art. 4:117 lid 1 BW). Met deze herkwalificatie wordt de making niet gewijzigd.

Met dit laatste voorbeeld wordt duidelijk dat de oplossing van overgangsrechtelijke problemen soms een kwestie van kwalificatie van de betreffende rechtstoestand is. De crux

is veelal gelegen in de beantwoording van de vraag of sprake is van een vermogensrecht of dat onder het nieuwe erfrecht een bevoegdheid aan een persoon wordt verschaft. In het eerste geval zal sprake zijn van eerbiedigende werking van het verkregen vermogensrecht, in het tweede geval kan die nieuwe bevoegdheid onder het nieuwe erfrecht meteen worden uitgeoefend, met alle daaraan verbonden gevolgen.

De eerbiediging van verkregen rechten als uitzondering op de hoofdregel van onmiddellijke werking speelt geen rol van betekenis meer in het overgangsrecht van Boek 4 BW. Die rol bestond louter ten aanzien van boedels die onder het oude erfrecht waren opengevallen en die op 1 januari 2003 nog niet waren afgewikkeld.

Om structuur aan te brengen in het erfrechtelijke overgangsrecht is het zinvol om steeds voor ogen te houden dat in wezen twee situaties worden geregeld, te weten: (i) de situatie dat de nalatenschap vóór het in werking treden van de wet is opengevallen én (ii) de situatie dat de nalatenschap ná het in werking treden van de wet is opengevallen. In het eerste geval zal de regel van art. 69 Ow (eerbiedigende werking) van belang zijn, aangezien het openvallen van een nalatenschap vanwege de saisine-regel van art. 4:182 BW automatisch resulteert in het verkrijgen van vermogensrechten door erfgenamen. In het tweede geval speelt deze overgangsrechtelijke bepaling geen rol.

Ad (c): Redelijkheid en billijkheid

Een laatste beginsel dat hier genoemd moet worden, ziet op de algemene vangnetbepaling van art. 75 lid 1 Ow. Volgens deze bepaling wordt het overgangsrecht mede beheerst door de redelijkheid en billijkheid. De Overgangswet NBW blijft, ook buiten de in titel 3 en de daarop volgende titels van de Overgangswet NBW geregelde gevallen, buiten toepassing in zaken van overgangsrecht, indien de gelijkennis met de wel geregelde gevallen daartoe noopt of indien de toepassing onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Overgangsrecht is wegwerprecht

Het overgangsrecht wordt op treffende wijze ook wel 'wegwerprecht' genoemd. Sommige bepalingen van de Overgangswet NBW hebben namelijk een houdbaarheidsdatum die inmiddels - ruim twintig jaar na inwerkingtreding van het nieuwe erfrecht - reeds lang verstreken is. Aan die bepalingen behoeft daarom geen aandacht meer besteed te worden. Ik noem alleen enkele voorbeelden ter verduidelijking. De Overgangswet NBW bevat enkele bepalingen met betrekking tot verval- en verjaringstermijnen (art. 72 t/m 73a Ow). Het nieuwe erfrecht van Boek 4 BW kent doorgaans kortere termijnen dan het oude erfrecht, zodat voorzien is in een gewenningsperiode. Een ander voorbeeld betreft de regeling die is getroffen voor op 1 januari 2003 lopende procedures (art. 74 Ow). De bevoegdheid van de rechter, de aard van het geding (een verzoekschriftprocedure dan wel een dagvaardingsprocedure) en de rechtsmiddelen blijven door de inwerkingtreding van Boek 4 BW onberoerd. Partijen krijgen de gelegenheid hun stellingen en conclusies voor zover nodig aan het nieuwe erfrecht aan te passen. Als gezegd, het erfrechtelijke overgangsrecht zal op dit punt - ruim twintig jaar later - geen rol meer kunnen spelen.

4. Bijzondere overgangsbepalingen van Boek 4 BW

In titel 5 van de Overgangswet NBW zijn de bijzondere overgangsbepalingen met betrekking tot Boek 4 BW opgenomen. Deze bijzondere overgangsbepalingen worden hierna van een beknopte toelichting voorzien. Als gevolg van de structuur van de Overgangswet NBW kan met een beperkt aantal bijzondere overgangsbepalingen in verband met het erfrecht worden volstaan: het overgrote deel van de erfrechtelijke overgangsproblematiek kan zijn oplossing in de meer algemene regels van de overgangswet en in de daaraan ten grondslag liggende overwegingen vinden.²

Gelet op het grote belang daarvan voor de rechtspraak worden de overgangsbepalingen inzake de nulliteiten, oftewel de nietigheden en vernietigbaarheden van onder het oude erfrecht verrichte rechtshandelingen (§ 5), de legitieme portie (§ 6) en het testamentair bewind (§ 7) in een afzonderlijke paragraaf behandeld.

Betalingsregeling

Art. 125 Ow luidt:

“Artikel 5 van Boek 4 is van overeenkomstige toepassing op schulden die terzake van een nalatenschap onder het tevoren geldende recht zijn ontstaan.”

Art. 4:5 BW regelt de mogelijkheid dat door de rechter op verzoek van de schuldenaar een betalingsregeling wordt getroffen voor een geldschuld die door toepassing van het erfrecht uit hoofde van Boek 4 BW of titel 3.7 BW (Gemeenschap) is ontstaan. Deze mogelijkheid geldt ook voor geldschulden die ter zake van een nalatenschap onder het oude erfrecht zijn ontstaan, waarvan de opvordering de liquiditeit van de schuldenaar op kortere termijn ernstig kan aantasten. Bevat een oud testament een ouderlijke boedelverdeling (art. 4:1167 BW (oud)) en is de nalatenschap voor 1 januari 2003 opgevallend, dan kan bij opeisbaarheid van de geldvordering van de kinderen op de langstlevende ouder, bijvoorbeeld na hertrouwen van de langstlevende ouder, de rechter om een betalingsregeling worden verzocht.

Andere wettelijke rechten

Art. 126 Ow luidt:

“1. Afdeling 2 van titel 3 van Boek 4 is uitsluitend van toepassing indien de erflater na het in werking van de wet is overleden.

2. Artikel 899b van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek, zoals dat tot aan het tijdstip van het in werking treden van de wet gold, blijft nadien van toepassing met betrekking tot nalatenschappen die vóór dat tijdstip zijn opgevallend.”

Het eerste lid van art. 126 Ow geeft duidelijk aan dat de andere wettelijke rechten van afdeling 4.3.2 BW slechts van toepassing zijn indien de erflater na 1 januari 2003 is overleden. Het betreft hier een verwijzingsregel, die een duidelijke scheiding aanbrengt tussen oud en nieuw erfrecht (§ 2). De reden om hiervoor te kiezen is dat de alimentaire

² Kamerstukken II, 1999-2000, 26 822, nr. 3, p. 2.

aanspraken van met name de langstlevende echtgenoot uit hoofde van de andere wettelijke rechten geheel nieuw zijn.

In art. 4:899b BW (oud) is het zogenaamde inboedelvoordeel aan de langstlevende echtgenoot toegekend. Het inboedelvoordeel houdt in dat de langstlevende echtgenoot de inboedel die tot de nalatenschap behoort, ten laste van zijn erfdeel, tot zich mag nemen. De waarde daarvan komt in mindering op het erfdeel. Het inboedelvoordeel blijft gelden voor nalatenschappen die voor 1 januari 2003 zijn opengevallen (art. 126 lid 2 Ow). Het praktische belang van deze overgangsbepaling zal thans gering zijn.

Positie van de legataris

Art. 130 Ow luidt:

“1. De artikelen 119 tot en met 123, 125 en 130 lid 3 van Boek 4 zijn mede van toepassing op een nalatenschap die vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet is opengevallen, indien op dat tijdstip nog schulden der nalatenschap, anders dan tot periodieke betalingen, onvoldaan zijn.

2. Artikel 124 van Boek 4 is mede van toepassing op een nalatenschap die vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet is opengevallen, voor zover het de vruchten betreft die na dat tijdstip zijn geïnd.”

Diverse wettelijke bepalingen van Boek 4 BW die voor legaten gelden, zijn op grond van art. 130 lid 1 Ow ook van toepassing op de na 1 januari 2003 nog lopende boedels (ofwel voor 1 januari 2003 opengevallen, doch nog niet geheel afgewikkelde nalatenschappen, ook al zijn sommige, of misschien zelfs alle legaten al afgegeven). Deze bepalingen hebben onmiddellijke werking. Concreet betekent dit dat de executeur verplicht is de legataris van zijn verkrijging in kennis te stellen (art. 4:119 BW), dat het legaat een postconcurrente schuld van de nalatenschap is met de mogelijkheid van vermindering (art. 4:120 en art. 4:121 BW), dat de legataris wiens verkrijging wordt verminderd niettemin recht heeft op het gelegateerde goed wanneer hij de vermindering in gereed geld oplegt (art. 4:122 lid 1 BW), dat als de legataris niet kiest voor opleg de erfgenaam kan volstaan met het uitkeren van de waarde van het ingekorte of verminderde legaat (art. 4:122 lid 2 BW), dat de rechter de bevoegdheid heeft om de verbintenissen uit het legaat te wijzigen of (gedeeltelijk) op te heffen (art. 4:123 BW), dat de regeling van de opeisbaarheid van legaten van toepassing is (art. 4:125 BW) en ten slotte dat art. 4:120 BW van overeenkomstige toepassing is op testamentaire lasten die strekken tot een uitgave van geld of een goed uit de nalatenschap (art. 4:130 lid 3 BW).³

In het tweede lid van art. 130 Ow wordt bepaald dat art. 4:124 BW mede van toepassing is op na 1 januari 2003 lopende boedels. Hierdoor wordt de erfgenaam die na 1 januari 2003 vruchten heeft geïnd van een goed (of van het vruchtgebruik van een dergelijk goed) of een deel van de nalatenschap dat door de erflater gelegateerd was, verplicht om die vruchten aan de legataris af te geven, tenzij de erflater anders heeft beschikt. De regeling van art. 4:126 BW wijkt af van de regeling van art. 4:1006 BW (oud) onder het oude erfrecht.

³ Zie voor al deze bepalingen hoofdstuk 7 ('Iemand bevoordelen of belasten met een legaat').

Quasi-legaat en opeisbaarheid van de legitieme

Art. 131 Ow luidt:

“Ingeval voor het tijdstip van het in werking treden van de wet een beding is gemaakt dat een goed van een niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of van een geregistreeerde partner onder opschortende voorwaarde of onder opschortende tijdsbepaling zonder redelijke tegenprestatie op de andere echtgenoot of geregistreeerde partner overgaat of kan overgaan, en dit beding na bedoeld tijdstip wordt toegepast in geval van overlijden van degene aan wie het goed toebehoort, is de vordering van een legitimaris, voor zover deze ten laste zou komen van de verkrijgende echtgenoot of geregistreeerde partner, eerst opeisbaar na diens overlijden. Hetzelfde geldt in geval van zodanig beding ten behoeve van een andere levensgezel, mits deze met degene aan wie het goed toebehoort een gemeenschappelijke huishouding voerde en het beding bij notarieel verleden samenlevingsovereenkomst of andere notariële akte was gemaakt.”

Art. 131 Ow bevat een overbruggingsregel voor verblijvings- en soortgelijke bedingen in bijvoorbeeld een samenlevingsovereenkomst of een vennootschapsovereenkomst. Op een dergelijk beding dat vóór 1 januari 2003 is gemaakt, is vanwege de onmiddellijke werking van Boek 4 BW art. 4:126 BW - de regeling van de quasi-legaten - van toepassing.⁴ Art. 4:126 lid 2 onder a BW houdt in dat een vermogensverschuiving bij dode als gevolg van een verblijvings- of soortgelijk beding, indien daardoor een goed zonder redelijke tegenprestatie verblijft of overgaat op een ander, niet kan plaatsvinden met voorrang boven andere bij de nalatenschap betrokken belanghebbenden, zoals verzorgingsgerechtigden, legitimarissen en schuldeisers. Daarbij geldt de wederkerigheid van een beding niet als tegenprestatie.⁵ Een legitimaris zou als gevolg hiervan een direct opeisbare geldvordering hebben op de langstlevende echtgenoot (geregistreeerde partner daaronder begrepen) of andere levensgezel aan wie het goed aldus toekomt. Teneinde dat te voorkomen, kan in een uiterste wilsbeschikking worden bepaald dat de geldvordering van de legitimaris eerst opeisbaar zal zijn bij het overlijden van die echtgenoot of andere levensgezel (art. 4:129 BW). Op deze wijze wordt aangesloten bij hetgeen in art. 4:82 BW is bepaald, en wordt bescherming geboden aan de echtgenoot of andere levensgezel (waarmee een gemeenschappelijke huishouding werd gevoerd en een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst voorhanden is) van de erflater tegen directe opeisbaarheid van de geldvorderingen van legitimarissen.

Making over de hand

Art. 132 Ow luidt:

“De artikelen 137 tot en met 139 van Boek 4 zijn mede van toepassing op een making over de hand, die is vervat in een vóór het in werking treden van de wet gemaakte uiterste wil. Op een making als bedoeld in artikel 928 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek, zoals dat voor het tijdstip van het in werking treden van de wet gold, blijft artikel 1036 van Boek 4 van het

⁴ Zie hoofdstuk 8 ('In the twilight zone van het erfrecht: de quasi-legaten van art. 4:126 BW').

⁵ Zie hoofdstuk 8 ('In the twilight zone van het erfrecht: de quasi-legaten van art. 4:126 BW', § 3).

Burgerlijk Wetboek, zoals dat voor het tijdstip van het in werking treden van de wet gold, evenwel van toepassing."

Ook deze regeling is een overbruggingsregel. Op de onder oud erfrecht gemaakte fideï-commissaire makingen zijn art. 4:137 t/m art. 4:139 BW (de wettelijke regeling van voorwaardelijke makingen) mede van toepassing. Met name zijn van belang de regeling van de onderlinge verhouding tussen de erfrechtelijke verkrijger onder ontbindende voorwaarde (de bezwaarde) en de erfrechtelijke verkrijger onder opschortende voorwaarde (de verwachter) (art. 4:138 BW) en de regeling van de vervulling van de voorwaarde, inhoudende het vervallen van de terugwerkende kracht van de vervulling van de voorwaarde (art. 3:38 lid 2 BW).

Art. 4:1036 BW (oud) bepaalt:

"In geval van erfstelling, of van legaat, op den voet als bij artikel 928 is vermeld, is de bezwaarde erfgenaam of legataris bevoegd om het aan hem gemaakte te vervreemden en te verteren, en zelfs bij schenking onder de levenden daarover te beschikken, tenzij dit laatste door den erflater, voor het geheel of ten deele, mogt zijn verboden."

In beginsel is de bezwaarde gedurende het bezwaar volledig bevoegd te beschikken over het fideï-commissaire vermogen.

Executele

Art. 133 Ow luidt:

"Op de benoeming van een uitvoerder van uiterste wilsbeschikkingen, gedaan voor het tijdstip van het in werking treden van de wet, is vanaf dat tijdstip of, indien de executele nadien aanvangt, vanaf dit latere tijdstip, afdeling 6 van titel 5 van Boek 4 van toepassing, tenzij aan de uitvoerder van de uiterste wilsbeschikkingen het recht van inbezitneming der nalatenschapsgoederen niet is toegekend, en behoudens voor zover bij de benoeming regelingen zijn getroffen die van afdeling 6 van titel 5 van Boek 4 afwijken."

Art. 133 Ow draagt zorg voor de onmiddellijke werking van de regeling van de executele. Een onder het oude erfrecht benoemde executeur heeft vanaf 1 januari 2003 in beginsel de rechten en verplichtingen van de executeur op grond van afdeling 4.5.6 BW, tenzij de executele later aanvangt. In dat geval geldt deze afdeling van Boek 4 BW vanaf dat latere tijdstip. Het verschil van de nieuwe regeling van de executele ten opzichte van het oude erfrecht is met name gelegen in de beloning van de executeur (art. 4:144 lid 2 BW).

Wanneer de executeur in het testament of het codicil⁶ niet het recht van inbezitneming van de nalatenschap is toegekend (onder het nieuwe erfrecht wordt daarvan uitgegaan (art. 4:144 lid 1 BW)), heeft de regeling van de executele van Boek 4 geen onmiddellijke werking en wordt de regeling van het oude erfrecht nog gevolgd.

⁶ Onder het oude erfrecht kon een executeur nog bij codicil worden benoemd (art. 4:982 BW (oud)). Daar komt de inmiddels in onbruik geraakte aanduiding van executeur-testamentair vandaan. In Boek 4 BW kan de executeur slechts nog bij testament in een uiterste wilsbeschikking worden benoemd (art. 4:142 lid 1 BW).

Testamenteir bewind

Art. 134 Ow luidt:

“Op een testamentair bewind, ingesteld bij een uiterste wil die is opgemaakt voor het tijdstip van het in werking treden van de wet, is vanaf dat tijdstip of, indien het bewind nadien van kracht wordt, vanaf dit latere tijdstip afdeling 7 van titel 5 van Boek 4 van toepassing, behoudens voor zover bepalingen in de uiterste wil daarvan afwijken.”

Afdeling 4.5.7 BW handelt over het testamentair bewind. Die afdeling is ook van toepassing op testamentaire bewinden die onder het oude erfrecht in een uiterste wilsbeschikking zijn ingesteld, behoudens voor zover daarvan afwijkende bepalingen in de uiterste wilsbeschikking zijn opgenomen. Omdat de wettelijke regeling van het testamentair bewind in Boek 4 BW geheel vernieuwd en uitgeschreven is, wordt uitgegaan van de onmiddellijke werking daarvan. In de verwijzingsregel van het overgangsrecht wordt ten aanzien van de afwijkende testamentaire bepalingen wel van eerbiedigende werking uitgegaan (art. 134 Ow). De reden hiervoor is dat oude testamentaire bewinden veelal uitgebreide testamentaire regelingen kennen voor de beloning van de bewindvoerder, de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de bewindvoerder en de rechthebbende en het einde van het bewind. Is geen sprake van een afwijking in het onder oud erfrecht opgemaakte testament van de wettelijke regeling van het testamentair bewind, dan geldt de nieuwe regeling van het erfrecht onverkort. In het bijzonder moet hier gewezen worden op de afwijkende en dwingendrechtelijke bepaling van art. 4:178 lid 2 BW, welke bepaling in elk geval voor het nieuwe erfrecht een einde maakt aan levenslange bewinden (zie § 7 voor de bestaande rechtspraak over de vraag of een oud levenslang testamentair bewind vanwege het bestaan van een afwijkende bepaling in Boek 4 BW voortijdig beëindigd kan worden).

Saisine

Art. 135 Ow luidt:

“Bij het in werking treden van de wet volgen de erfgenamen van rechtswege een voordien overleden erflater op in zijn voor overgang vatbare rechten en in zijn bezit en houderschap, en worden zij van rechtswege schuldenaar van zijn schulden die niet met zijn dood zijn tenietgegaan, een en ander voor zover dat rechtsgevolg niet reeds eerder was ingetreden.”

Art. 135 Ow is een overbruggingsregel die ervoor zorgt dat in lopende boedels de erfgenamen een voordien overleden erflater van rechtswege opvolgen in de schulden die niet met zijn dood zijn tenietgegaan (art. 4:7 lid 1 onder a BW en art. 4:182 lid 1 BW).⁷

Recht van beraad

Art. 136 Ow luidt:

⁷ Zie voor een nadere toelichting *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 822, nr. 3, p. 22.

“Degene die tot aan het tijdstip van het in werking treden van de wet ingevolge artikel 1070 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek zoals dat voordien gold, een recht van beraad heeft, behoudt dit totdat de daarvoor gestelde termijn is verstreken. Voor verlenging van de termijn is artikel 185 lid 3 van Boek 4 van toepassing.”

Deze overbruggingsregel regelt de eerbiedigende werking voor een bij inwerkingtreding van Boek 4 BW lopende termijn van het recht van beraad van art. 4:1070 BW (oud). Verlenging van die termijn is dan wel weer volgens art. 4:185 BW mogelijk. Deze bepaling heeft geen praktische betekenis meer vanwege de korte termijnen die gelden voor het uitbrengen van een keuze om een nalatenschap (beneficiair) te aanvaarden of te verwerpen.

Vereffening

Art. 137 Ow luidt:

“1. Op de vereffening van een nalatenschap die vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet is aangevangen, zijn de bepalingen van afdeling 3 van titel 6 van Bek 4 nadien zoveel mogelijk van toepassing.

2. Afdeling 3 van titel 6 van Boek 4 is van dat tijdstip af eveneens zoveel mogelijk van overeenkomstige toepassing op een voordien aangevangen afwikkeling van een nalatenschap:

a. nadat de erfgenamen overeenkomstig het tevoren geldende artikel 1078, onder 1 slot, van Boek 4 van het Burgerlijk wetboek de daartoe behorende goederen aan de beschikking der schuldeisers en legatarissen hebben overgelaten;

b. na aanvaarding door schuldeisers van de erfgenamen volgens het tevoren geldende artikel 1107 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek;

c. na boedelafscheiding volgens het tevoren geldende artikel 1153 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek;

d. die onbeheerd was, overeenkomstig de regels van de tevoren geldende artikelen 1172 tot en met 1176 van Boek 4 van het Burgerlijk wetboek;

e. waarop het tevoren geldende artikel 1081, tweede lid, van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek toepassing heeft gevonden.”

Art. 137 lid 1 Ow verklaart de wettelijke regeling van de vereffening van de nalatenschap (afdeling 4.6.3 BW) zoveel mogelijk onmiddellijk van toepassing op lopende boedels. Ook in een aantal bijzondere gevallen wordt de nieuwe wettelijke regeling van de vereffening zoveel mogelijk van toepassing verklaard op de afwikkeling van op 1 januari 2003 lopende boedels.

Art. 138 Ow luidt:

“Heeft een wettelijke vertegenwoordiger van een erfgenaam, of een door de rechter benoemde vereffenaar van een nalatenschap dan wel een ander die in de gevallen, bedoeld in artikel 137 lid 2, met de afwikkeling daarvan belast was, aan de schuldeisers van de nalatenschap schade toegebracht doordat hij vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet opzettelijk daartoe behorende goederen aan het verhaal van de schuldeisers heeft

onttrokken, dan is artikel 212 van Boek 4 van toepassing of overeenkomstige toepassing, indien de vereffening of afwikkeling van die nalatenschap op dat tijdstip nog niet is voltooid.”

Art. 138 Ow is een overbruggingsregel die art. 4:212 BW (aansprakelijkheid van de vereffenaar en van de wettelijk vertegenwoordiger van een erfgenaam) van (overeenkomstige) toepassing laat zijn op personen die belast waren met de afwikkeling van de nalatenschap en schade hebben toegebracht doordat zij vóór 1 januari 2003 opzettelijk goederen aan het verhaal van schuldeisers hebben onttrokken.

Giften

Art. 139 Ow luidt:

“In geval voor het in werking treden van de wet een door de wet geroepen erfgenaam in de nederdalende lijn bij een gift of in een uiterste wil niet is ontheven van zijn verplichting tot inbreng van de gedane gift, blijft deze, behoudens indien de erflater nadien anders mocht hebben beslist, ook na dat tijdstip daartoe verplicht.”

Art. 139 Ow regelt de eerbiediging van de inbrengplicht in de nalatenschap zoals deze onder het oude erfrecht bestond voor de giften die door de erflater vóór 1 januari 2003 zijn gedaan. Onder het oude erfrecht gold dat giften aan afstammelingen moesten worden ingebracht, tenzij de begiftigde van inbreng was vrijgesteld bij de gift, bij uiterste wilsbeschikking of bij authentieke akte (art. 4:1132 BW (oud)). Uitgangspunt onder het oude erfrecht was derhalve dat de gift als voorschot op de erfenis kon worden aangemerkt. Deze inbrengregeling is met de komst van Boek 4 BW wezenlijk gewijzigd.⁸ De inbrengplicht onder het oude erfrecht blijft ongewijzigd voortbestaan, tenzij de erflater alsnog anders beslist.

Volgens het nieuwe erfrecht is inbreng van giften slechts verplicht indien de erflater dit bij de gift of uiterste wil heeft voorgeschreven (art. 4:229 BW). Het systeem van het oude erfrecht was – als gezegd – omgekeerd. Onder het oude erfrecht was een erfgenaam in de rechte nederdalende lijn van rechtswege verplicht tot inbreng van giften (art. 4:1132 e.v. BW (oud)). Om ervoor te zorgen dat de erfgenamen met giften vóór en ná 1 januari 2003 een zo gelijk mogelijke behandeling krijgen, zonder dat de erflater daarvoor een nieuwe uiterste wil hoefde te maken, heeft de wetgever op de giften die onder het oude erfrecht zijn gedaan de oude inbrengregeling gehandhaafd, ook na inwerkingtreding van het nieuwe erfrecht.

Aangenomen mag worden dat de overige regels van de inbrengregeling van Boek 4 BW onmiddellijke werking hebben en dus ook van toepassing zijn in een na 1 januari 2003 opgevallen nalatenschap op de giften die onder het oude erfrecht zijn gedaan (zie ook § 9.1). Te denken valt aan de regels voor de inbreng van de waarde ten tijde van de gift (art. 4:233 lid 1 BW) en dat de inbreng slechts bij verrekening met het erfdeel zal kunnen plaatsvinden (eveneens art. 4:233 lid 1 BW).⁹

⁸ Het motief voor deze wijziging was dat de uitsluiting van inbreng van giften aan afstammelingen vrijwel standaard werd gemaakt, zodat het beter was om slechts tot inbreng te verplichten als de erflater dit heeft voorgeschreven. Zie MvT Bezemwet, Parl. Gesch. InvW. Boek 4 BW, p. 2279.

⁹ Zie ook hoofdstuk 18 ('Verdeling van de nalatenschap', § 17).

5. De regeling van de nulliteiten

Wat betreft de vraag of een ongeldige rechtshandeling die is verricht onder oud erfrecht nietig of vernietigbaar is, geldt als uitgangspunt dat Boek 4 BW voor de wijze van sanctionering daarvan bepalend is. Tevens geldt als uitgangspunt dat een rechtshandeling die onder het oude erfrecht geldig was, ook geldig blijft. Art. 79 Ow brengt dat als volgt onder woorden:

“Tenzij anders is bepaald, wordt een rechtshandeling die is verricht voordat de wet daarop van toepassing wordt, niet nietig of vernietigbaar ten gevolge van een omstandigheid die de wet, in tegenstelling tot het tevoren geldende recht, aanmerkt als een grond van nietigheid of vernietigbaarheid.”

Eens geldig, blijft geldig

Een onder het oude erfrecht geldig verrichte rechtshandeling wordt niet opeens aantastbaar omdat het nieuwe erfrecht van Boek 4 BW van toepassing wordt. Het devies is hier derhalve: eens geldig, blijft geldig. Dat is ook reëel omdat een erfflater ervan moet kunnen uitgaan dat een door hem gemaakte uiterste wilsbeschikking nadien geldig blijft. Een fraai voorbeeld daarvan is de ouderlijke boedelverdeling van art. 4:1167 BW (oud). Een ouderlijke boedelverdeling gemaakt na 1 januari 2003, is volgens art. 4:42 lid 1 BW nietig vanwege het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen. Boek 4 BW kent de ouderlijke boedelverdeling niet als uiterste wilsbeschikking. De voor 1 januari 2003 gemaakte testamenten houdende een ouderlijke boedelverdeling blijven echter geldig. Zie ook art. 129 lid 3 Ow, dat nog eens bepaalt dat voor de werking van de testamentaire ouderlijke boedelverdeling geen leveringshandeling meer nodig is. De langstlevende ouder is hierdoor niet afhankelijk van de medewerking van de kinderen om uitvoering te geven aan een dergelijk onder oud erfrecht opgemaakt verzorgingstestament.

Een ander voorbeeld van genoemd devies is de benoeming van een executeur bij codicil. Onder oud erfrecht was dat toegestaan (art. 4:982 BW (oud)). De benoeming van een executeur bij een onder oud erfrecht opgemaakt codicil blijft geldig, ondanks dat art. 4:142 j° art. 4:94 BW thans vereist dat de benoeming van een executeur bij een in een testament opgenomen uiterste wilsbeschikking geschiedt.

Omzetting van een nietige in een geldige of vernietigbare rechtshandeling

Art. 80 Ow bepaalt:

“1. Een rechtshandeling die vernietigbaar was tot aan het tijdstip waarop de wet op haar van toepassing wordt, kan van dat tijdstip af niet langer worden vernietigd op grond van het gebrek dat haar tevoren aankleefde, indien de wet een zodanig gebrek niet aanmerkt als een grond van vernietigbaarheid.

2. Een rechtshandeling als bedoeld in lid 1, wordt op het daar genoemde tijdstip met terugwerkende kracht nietig, indien de wet een rechtshandeling met hetzelfde gebrek als nietig aanmerkt.”

Een vernietigbare rechtshandeling wordt volgens art. 80 lid 1 Ow onaantastbaar wanneer de nieuwe regeling het gebrek niet ook met vernietigbaarheid bedreigt. Indien de nieuwe regeling op het gebrek de sanctie van nietigheid stelt, dan is de rechtshandeling met terugwerkende kracht tot het tijdstip waarop die rechtshandeling is verricht nietig, aldus art. 80 lid 2 Ow. Hieruit blijkt een ander belangrijk uitgangspunt: de civiele sancties van het nieuwe erfrecht gelden.

Voor nietige rechtshandelingen, die nietig waren op het moment waarop zij werden verricht, kent art. 81 Ow de volgende overbruggingsregel:

“1. Een nietige rechtshandeling wordt op het tijdstip waarop de wet op haar van toepassing wordt, met terugwerkende kracht tot een onaantastbare bekrachtigd, indien zij heeft voldaan aan de vereisten die de wet voor een zodanige rechtshandeling stelt.

2. Een tevoren nietige rechtshandeling geldt van dat tijdstip af als vernietigbaar, indien de wet het gebrek dat haar aankleeft, als grond van vernietigbaarheid aanmerkt. Artikel 73a lid 1 is alsdan niet van toepassing indien het tevoren geldende recht een beroep op de nietigheid niet aan een bepaalde termijn bond.

3. De vorige leden gelden slechts, indien alle onmiddellijk belanghebbenden die zich op de nietigheid hadden kunnen beroepen, de handeling voordien als geldig hebben aangemerkt. Inmiddels verkregen rechten van derden behoeven aan bekrachtiging niet in de weg te staan, mist zij worden geëerbiedigd.”

Nietige rechtshandelingen worden dus ofwel geldig (wanneer voldaan is aan de vereisten die de nieuwe regeling aan dit soort rechtshandelingen stelt) ofwel vernietigbaar (wanneer de nieuwe regeling deze rechtshandelingen als vernietigbaar aanmerkt) én alle onmiddellijk bij de rechtshandeling betrokkenen de rechtshandeling als geldig hebben aangemerkt.

Men lette er overigens nog op dat art. 127 Ow specifiek voor uiterste wilsbeschikkingen bepaalt dat de regels inzake nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen onder oud erfrecht niet van toepassing zijn op de uiterste wilsbeschikkingen die vóór 1 januari 2003 zijn gemaakt door iemand die na dat tijdstip overlijdt. Deze bepaling luidt:

“De bepalingen omtrent nietigheid en vernietigbaarheid van het tevoren geldende recht zijn, onverminderd het in artikel 79 bepaalde, niet van toepassing op een uiterste wilsbeschikking die vóór het tijdstip van het inwerking treden van de wet is gemaakt door iemand die na dat tijdstip overlijdt.”

Het uitgangspunt was immers dat wat eens geldig was, nadien geldig blijft.

6. De regeling van de legitieme portie

De legitieme portie heeft in Boek 4 BW een *complete make-over* gekregen. Onder het oude erfrecht had de legitimaris een plek aan de verdelingstafel, want hij was erfgenaam in (ofwel deelgenoot van) de onverdeelde nalatenschap. Onder het regime van Boek 4 BW is de legitimaris nog slechts een schuldeiser van de nalatenschap nadat op de legitieme portie aanspraak is gemaakt (art. 4:7 lid 1 onder g BW). Ook de omvang van het breukdeel van de legitieme portie is gewijzigd. Onder het oude erfrecht was het breukdeel afhankelijk van

het aantal kinderen (art. 4:961 BW (oud)). Liet de erflater slechts één kind achter, dan bestond het wettelijk erfdeel uit de helft van de goederen die het kind bij versterf zou hebben geërfd. Bij twee kinderen was het breukdeel 2/3 en bij drie of meer kinderen beliep het breukdeel 3/4. Onder het regime van Boek 4 BW is het breukdeel voor de legitieme portie steeds de helft (art. 4:64 lid 1 BW).

In art. 128 Ow is een bijzondere overgangsrechtelijke bepaling opgenomen. Art. 128 lid 1 Ow bepaalt:

“Is de nalatenschap voor het in werking treden van de wet opengevallen, dan kan een legitimaris zijn bevoegdheden uitsluitend overeenkomstig het tevoren geldende recht uitoefenen.”

Wat betreft de op 1 januari 2003 lopende boedels geldt de oude legitieme dus nog steeds.

Lid 2 van art. 128 Ow luidt als volgt:

“Degene die tot aan het tijdstip van het in werking treden van de wet volgens het tevoren geldende recht zijn bevoegdheden als legitimaris kon uitoefenen, behoudt die bevoegdheden gedurende een jaar nadien, indien de erflater ten minste vier jaren vóór dat tijdstip is overleden. Is de nalatenschap later, doch vóór het in werking treden van de wet opengevallen, dan behoudt de legitimaris zijn bevoegdheden totdat sedert het overlijden van de erflater vijf jaren zijn verstreken.”

De laatste zin maakt duidelijk dat de mogelijkheid om een beroep op de oude legitieme portie te doen in op 1 januari 2003 lopende boedels uiterlijk op 1 januari 2008 is verlopen. Vanaf dat moment geldt de legitieme portie in zijn nieuwe vorm. De termijn van vijf jaar sluit aan bij de vervaltermijn van een beroep op de legitieme portie van vijf jaar onder het nieuwe erfrecht (art. 4:85 lid 1 BW).

Enige bijzonderheden rondom de legitieme portie zijn nog in art. 129 Ow geregeld. Ten eerste wordt in art. 129 lid 1 Ow een regel gegeven voor de niet-opeisbaarheid van de geldvordering van de legitimaris op de langstlevende echtgenoot of de andere levensgezel (vgl. art. 4:81 en art. 4:82 BW).

“Indien een erflater voor het in werking treden van de wet ten behoeve van zijn niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of zijn geregistreeerde partner een uiterste wilsbeschikking heeft gemaakt en de nalatenschap nadien is opengevallen, is de vordering van een legitimaris, voor zover deze ten laste zou komen van de echtgenoot of geregistreeerde partner, eerst opeisbaar na diens overlijden. Hetzelfde geldt in het geval van een uiterste wilsbeschikking ten behoeve van een andere levensgezel, indien deze met de erflater een gemeenschappelijke huishouding voerde.”

De niet-opeisbaarheid van de legitimaire vordering ten laste van de langstlevende geldt, tenzij uit de uiterste wilsbeschikking anders valt af te leiden (art. 129 lid 2 Ow). In dat geval zou de testateur op het nieuwe erfrecht geanticipeerd moeten hebben, en daarvan hebben willen afwijken.

Ook de bepalingen inzake inkorting (art. 4:87 lid 5 en 6 BW)) en het voorschieten van erfbelasting door de langstlevende echtgenoot of andere levensgezel (art. 4:88 BW) zijn dan van toepassing (art. 129 lid 2 Ow).

Lid 3 van art. 129 Ow bepaalt verder:

“Op een verdeling gemaakt met toepassing van artikel 1176 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek, zoals dat gold tot aan het tijdstip van het in werking treden van de wet, is na dat tijdstip artikel 186 lid 1 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek niet van toepassing.”

Deze regel houdt in dat de goederenrechtelijke levering bij een testamentaire ouderlijke boedelverdeling niet vereist is. Zou langs de weg van art. 3:186 lid 1 BW - onderdeel van titel 3.7 BW, dat handelt over de gemeenschap en de verdeling daarvan - alsnog goederenrechtelijke levering verlangd kunnen worden, dan zouden de kinderen de uitvoering van de ouderlijke boedelverdeling ten gunste van de langstlevende ouder kunnen verhinderen.

Voorbeeld

Erflater Jan overlijdt na 1 januari 2003, onder het gesternte van het nieuwe erfrecht. Hij heeft onder het oude erfrecht bij testament zijn vriendin Jantien tot zijn enige erfgenaam benoemd en zijn kinderen Pieter en Klaas-Jan ‘in de legitieme gesteld’. Uit een eerder huwelijk heeft Jan nog een dochter Evelien, die op haar beurt een kind Floor heeft. Dochter Evelien verwerpt de nalatenschap van haar vader Jan. Zij doet dat evenwel onder voorbehoud van haar legitieme portie.

Wie zijn de erfgenamen van erflater Jan?

Antwoord:

Uitleg van het testament volgens art. 4:46 BW leidt er in dit geval toe dat de legitimarissen Pieter, Klaas-Jan en ook Evelien de status van erfgenaam ten deel valt indien zij zich tijdig op hun rechten van legitimaris beroepen (ofwel de ‘oude legitieme’ in tegenstelling tot de schamele positie die de legitimaris onder het huidige erfrecht als schuldeiser van de nalatenschap inneemt (vgl. art. 4:7 lid 1 onder g BW)). Zij treden dus alle drie naast vriendin Jantien op als erfgenamen in de nalatenschap van Jan. Men komt hiertoe door uitleg in de zin van art. 4:46 BW, en wel door rekening te houden met het recht zoals dat gold toen de uiterste wilsbeschikking werd gemaakt. Onder het oude erfrecht was een legitimaris erfgenaam met een beperkt erfdeel. Dat oude erfrecht behoort tot *“de omstandigheden waaronder de uiterste wil is gemaakt”* (§ 8).

Voorbeeld

Na het overlijden van Hans Klok in 2012 wordt in diens testament de volgende uiterste wilsbeschikking aangetroffen: *“Ik stel mijn zoon Karel in de legitieme en ik benoem mijn kinderen Jan en Nel tot mijn enige erfgenamen.”* Het testament dateert van 2002. Karel strijdt met zijn broer en zuster over de aard en de omvang van de legitieme portie. Karel is van mening dat hij - conform het oude erfrecht van voor 1 januari 2003 - erfgenaam is en

aanspraak kan maken op een erfdeel volgens het oude erfrecht gelijk aan $\frac{3}{4} \times \frac{1}{3} = \frac{1}{4}$ van de legitimaire massa. Jan en Nel vinden dat Karel genoeg moet nemen met een geldvordering die overeenkomt met de waarde van $\frac{1}{2} \times \frac{1}{3} = \frac{1}{6}$ van de legitimaire massa, een en ander conform het huidige erfrecht.

Wat is de aard van de legitieme portie van Karel (ofwel is Karel als legitimaris een erfgenaam (volgens oud erfrecht) of schuldeiser (volgens nieuw erfrecht)) en hoe groot is het breukdeel?

Antwoord:

Uit de wetsgeschiedenis van art. 4:46 BW blijkt dat het recht dat gold ten tijde van het maken van het testament een omstandigheid vormt die de uitleg van de uiterste wilsbeschikking mede bepaalt (§ 8). Het testament van Hans Klok kwam onder het vóór 1 januari 2003 geldende recht tot stand. Het gebruik van de term 'legitieme' sloeg dus in beginsel op de legitieme portie zoals die toen bestond en dat resulteert in een erfdeel (en dus ook erfgenaamschap) gelijk aan $\frac{3}{4} \times \frac{1}{3}$. In zoverre heeft Karel het gelijk aan zijn zijde.

Maar gelet op de benoeming in het testament van Jan en Nel tot "mijn enige erfgenamen" en de datum van het passeren van het testament, kan daarover evenwel getwijfeld worden. Het is niet uitgesloten dat de notaris kan verklaren dat hij bij het ontwerpen van het testament anticipeerde op het nieuwe erfrecht, waarin de legitimaris slechts aanspraak kan maken op een geldvordering (art. 4:7 lid 1 onder g BW). Daarom staat er vermoedelijk in het testament dat Jan en Nel de "enige erfgenamen" zijn. Mede gelet op de verhoudingen die erflater Hans Klok wenste te regelen, is het dan aannemelijk dat de aanspraak van de legitimaris beperkt is tot een geldvordering naar nieuw erfrecht. Zou de in-de-legitieme-stelling in een testament als een duidelijke strafsanctie zijn opgenomen, dan zou de uitleg zelfs ook tot de kleinere legitieme kunnen leiden. Zie daarvoor gerechtshof Amsterdam 8 juli 2014, [ECLI:NL:GHAMS:2014:2697](#), waarin onder meer wordt overwogen:

"(...) dient de bepaling dat het erfdeel van [x] (als enige andere erfgenaam), indien hij niet instemt met deze bepalingen en de verdeling niet bekrachtigt, wordt beperkt tot zijn legitieme portie, aldus te worden uitgelegd dat zij heeft beoogd dat [x] zo min mogelijk zou verkrijgen indien hij de beschikkingen in haar testament niet respecteert en zich niet houdt aan de in 1992 gemaakte en in 1995 ook van zijn kant bevestigde afspraken. De legitieme portie naar huidig erfrecht is kleiner dan naar oud recht. De omstandigheid dat erflater haar testament onder het oude erfrecht heeft gemaakt levert dan ook geen aanknopingspunt op om het testament zo uit te leggen dat zij beoogde dat het breukdeel van de legitieme portie volgens het oude erfrecht zou gelden."

Een ander voorbeeld levert het arrest van 31 mei 2012, [ECLI:NL:GHAMS:2012:BW7165](#), van het gerechtshof Amsterdam op. Erflater is in 2004 overleden, met achterlating van vijf kinderen. In haar testament uit 1994 is zij niet afgeweken van de wettelijke regels van erfopvolging. Zij heeft in de uiterste wil bepaald dat de erfgenaam die niet instemt met de in haar testament gemaakte bepalingen en niet tot bekrachtiging van haar testament overgaat, uit haar nalatenschap niet meer verkrijgt dan zijn legitieme portie (de zogeheten

cautio Socini). Ook in dit geval heeft het hof betekenis toegekend aan het strafkarakter van de testamentaire bepaling:

“De erflaatster heeft haar testament vóór de inwerkingtreding van het huidige erfrecht gemaakt; zij is na die inwerkingtreding overleden. Op grond van artikel 68a Overgangswet Burgerlijk Wetboek is het erfrecht zoals dat geldt met ingang van 1 januari 2003 (het huidige erfrecht) van toepassing op de legitieme portie van de appellanten. Dat zou alleen anders kunnen zijn, voor zover uit de omstandigheid dat de erflaatster haar testament onder het oude erfrecht heeft gemaakt, zou voortvloeien dat het oude erfrecht bepalend is voor de rechten van de legitimaris. Dat de erflaatster in haar testament heeft bepaald dat de erfgenaam, die niet instemt met de in haar testament gemaakte bepalingen en niet tot bekrachtiging van haar testament overgaat, uit haar nalatenschap niet meer verkrijgt dan zijn legitieme portie is daartoe niet voldoende. Met deze strafbepaling beoogt de erflaatster dat de erfgenaam die de beschikkingen die zij heeft gemaakt ten behoeve van haar echtgenoot niet respecteert, niet meer verkrijgt dan zijn legitieme portie. Daarmee beoogt zij naar het oordeel van het hof dat deze erfgenaam zo min mogelijk verkrijgt. Nu de legitieme portie naar huidig erfrecht kleiner is dan naar oud erfrecht is het hof, anders dan appellanten, van oordeel dat de omstandigheid dat erflaatster haar testament onder het oude erfrecht heeft gemaakt niet betekent dat zij daarbij ook beoogde dat het breukdeel van de legitieme portie zoals die gold onder het oude erfrecht zou gelden.”

Voorbeeld

Cees laat achter een dochter Carissa en een levensgezel Frederieke, die zoals dat wel meer gebeurt slechts drie jaar ouder is dan Carissa. Cees heeft onder het oude erfrecht als volgt bij testament beschikt: *“Ik benoem mijn partner Frederieke, mede ter voldoening aan mijn dringende verplichting van moraal en fatsoen haar verzorgd achter te laten, tot mijn enige erfgenaam.”* Frederieke heeft een goede baan bij een bank en zal zich in het leven ook wel zonder de hulp van Cees kunnen bedruipen.

Hoe is het gesteld met de positie van dochter Carissa?

Antwoord:

Dochter Carissa is niet expliciet onterfd en ook niet ‘in de legitieme gesteld’. Zij oefent haar rechten als legitimaris vanwege de onmiddellijke werking naar nieuw erfrecht uit. Dat de erfstelling van Frederieke geschiedde ter voldoening aan een natuurlijke verbintenis doet niet ter zake voor de berekening van de legitieme portie van Carissa (art. 4:65 BW). Kan Carissa de haar als legitimaris toekomende geldvordering opeisen bij Frederieke? Het antwoord luidt ontkennend. Art. 129 lid 1 Ow fingeert de toevoeging van een niet-opeisbaarheidsclausule als bedoeld in art. 4:82 BW aan de erfstelling ten gunste van Frederieke, een zogeheten ‘andere levensgezel’ waarmee erflater Cees een gemeenschappelijke huishouding voerde en een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst had. De legitimaire geldvordering van dochter Carissa zal eerst opeisbaar worden door het overlijden van Frederieke. Gelet op het geringe leeftijdsverschil tussen beiden zou Carissa daar waarschijnlijk wel heel lang op moeten wachten.

7. De regeling van testamentair bewind

In hoeverre is het mogelijk een oud testamentair bewind dat levenslang is ingesteld op te heffen op de voet van art. 4:178 lid 2 BW? Thans biedt deze dwingendrechtelijke bepaling van Boek 4 BW de rechthebbende de bevoegdheid de rechtbank na verloop van vijf jaar na het overlijden van de erflater te verzoeken om opheffing van het testamentair bewind *“indien aannemelijk is dat de rechthebbende de onder bewind staande goederen zelf op verantwoorde wijze zal kunnen besturen”*. Kan op deze bepaling ook een beroep worden gedaan voor wat betreft oude testamentaire bewinden met een levenslange duur of een looptijd tot het bereiken van een zekere gevorderde leeftijd?

Het overgangsrecht gaat bij het testamentair bewind uit van onmiddellijke werking, omdat de regeling van het testamentair bewind in het oude erfrecht leemten vertoonde en een lopend testamentair bewind nog zeer geruime tijd na de invoering van Boek 4 BW kan voortduren. Daarom ligt het voor de hand om voor het overgangsrecht van de nieuwe wettelijke regeling uit te gaan.¹⁰ Art. 134 Ow luidt als volgt:

“Op een testamentair bewind, ingesteld bij een uiterste wil die is opgemaakt voor het tijdstip van het in werking treden van de wet, is vanaf dat tijdstip of, indien het bewind nadien van kracht wordt, vanaf dit latere tijdstip afdeling 5.7 van Boek 4 van toepassing, behoudens voor zover bepalingen in de uiterste wil daarvan afwijken.”

Deze bepaling wordt in de parlementaire geschiedenis¹¹ toegelicht:

“Het bovenstaande komt erop neer dat van de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 af op een lopend bewind afdeling 4.4.7 van toepassing is, behoudens voor zover bepalingen in de uiterste wil daarvan afwijken. In zoverre het testament niet zwijgt, ligt het voor de hand dit te respecteren. Hetzelfde geldt voor een bewind dat na de inwerkingtreding van het nieuwe erfrecht tot stand komt, indien het voortspuit uit een voordien opgemaakt testament. Aldus artikel 134 van het wetsvoorstel.”

Op de hoofdregel van onmiddellijke werking van Boek 4 BW met betrekking tot een ‘lopend bewind’ (daaronder mede begrepen een bewind uit een oud testament, dat eerst na 1 januari 2003 tot stand komt) wordt een belangrijke uitzondering gemaakt, te weten *“behoudens voor zover bepalingen in de uiterste wil daarvan afwijken”*. Cruciaal en verhelderend zijn hier de woorden uit de parlementaire geschiedenis: *“in zoverre het testament niet zwijgt, ligt het voor de hand dit te respecteren”*. Het oude testament zwijgt bijvoorbeeld niet - zo meen ik - als daarin is opgenomen dat het testamentair bewind slechts eindigt bij het overlijden van de rechthebbende. Dat zou betekenen dat in dat geval met een beroep op art. 4:178 lid 2 BW niet een voortijdig einde gemaakt kan worden aan een dergelijk levenslang lopend bewind.

Deze interessante vraag over de betekenis van een levenslang testamentair bewind is voorgelegd aan onder meer het gerechtshof 's-Hertogenbosch bij beschikking van 21 juni 2018, [ECLI:NL:GHSHE:2018:2687](#). In die zaak was een levenslang bewind in een oud testament aan de orde. De rechtbank had in eerste aanleg geoordeeld dat de beëindiging

¹⁰ Kamerstukken II, 1999-2000, 26 822, nr. 3, p. 21.

¹¹ Kamerstukken II, 1999-2000, 26 822, nr. 3, p. 21.

van het testamentair bewind op de voet van art. 4:178 lid 2 BW niet mogelijk was, omdat de daarvan afwijkende testamentaire regeling diende te worden geëerbiedigd ondanks het dwingendrechtelijke karakter van art. 4:178 lid 2 BW. In appel werd een beroep gedaan op een andersluidende uitspraak van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 7 juli 2016, [ECLI:NL:GHARL:2016:5612](https://www.eclinet.nl/casus/ECLI:NL:GHARL:2016:5612), waarin geoordeeld werd:

“Het slot van art. 134 OnBW heeft blijkens de wetsgeschiedenis het oog op testamentaire clausules die afwijken van hetgeen afdeling 4.5.7 BW bij wijze van regelend recht voorschrijft (Kamerstukken II, 1999-2000, 26 822, nr. 3, p. 21). De eerdergenoemde bepaling van art. 4:178 lid 2 tweede zin BW is evenwel van dwingend recht, nu uit die bepaling zelf niet blijkt dat de erflater anders kan bepalen.”

Het Bossche hof slaat echter een geheel andere weg in:

“Het overgangsrecht neemt als uitgangspunt dat aan het huidig erfrecht onmiddellijke werking toekomt (art. 68a Ow). Op deze hoofdregel bestaan evenwel uitzonderingen. Ingevolge art. 134 Ow is op een testamentair bewind dat is ingesteld bij een vóór 1 januari 2003 opgemaakt testament titel 4.5.7 van toepassing, behoudens voor zover bepalingen in het testament daarvan afwijken. Artikel 134 Ow maakt daarbij geen onderscheid tussen bepalingen in het testament die afwijken van een regeling van dwingend of van een regeling van aanvullend recht in titel 4.5.7 BW. Daaruit volgt dat artikel 4:178 lid 2 BW, dat van dwingend recht is, niet van toepassing is indien het testament een afwijkende regeling bevat (vgl. Memorie van toelichting (Kamerstukken II 1999/2000, 26822. nr. 3, pagina 21).

De vraag die thans dient te worden beantwoord is of erflater in dit verband een van artikel 4:178 lid 2 BW afwijkende regeling heeft getroffen. In het testament is uitdrukkelijk bepaald dat het testamentair bewind eindigt op de dag van overlijden van [appellant]. In beginsel dient er dan ook van uitgegaan te worden dat erflater de bedoeling heeft gehad om het testamentair bewind te doen gelden voor de duur van het leven van [appellant], zonder de mogelijkheid van tussentijdse beëindiging op verzoek van [appellant], mede in het licht van de verhoudingen die het testament kennelijk wenst te regelen en de omstandigheden waaronder het testament is gemaakt.”

Naar mijn oordeel constateert het gerechtshof 's-Hertogenbosch terecht dat een beroep op art. 4:178 lid 2 BW niet mogelijk is, nu het oude testament klare taal spreekt over de levenslange duur van het testamentair bewind. Daarbij is het onverschillig of de bepalingen in het oude testament afwijken van dwingend recht of regelend recht van Boek 4 BW.¹²

8. Uitleg van oude testamenten

Bij uiterste wilsbeschikkingen die onder oud erfrecht zijn gemaakt, kan de vraag opkomen wat de precieze betekenis is van bepaalde erfrechtelijke rechtsfiguren of begrippen die ten opzichte van oud erfrecht in Boek 4 BW een andere inhoud en betekenis hebben gekregen. Te denken valt in dit verband aan de rechtsfiguren van de legitieme portie en plaatsvervulling.

¹² In deze zin ook rechtbank Amsterdam 4 februari 2016, [ECLI:NL:RBAMS:2016:490](https://www.eclinet.nl/casus/ECLI:NL:RBAMS:2016:490).

Kort gezegd, leverde het oude erfrecht een sterke *legitieme portie* op met een goederenrechtelijke aanspraak op een erfdeel. De legitimaris was erfgenaam. In Boek 4 BW is de legitimaris niet meer dan een schuldeiser en slechts dan nadat op de legitieme portie aanspraak is gemaakt (vgl. art. 4:7 lid 1 onder g BW). Ook het bij de berekening van de legitieme portie te hanteren breukdeel verschilt (§ 6). Onder het oude erfrecht werden overigens verschillende formuleringen gehanteerd om afstammelingen in de legitieme te stellen, en dus niet meer dan de legitieme portie van de nalatenschap te gunnen.

Plaatsvervulling in het versterferfrecht heeft onder het nieuwe erfrecht een ruimer toepassingsbereik gekregen. Plaatsvervulling is niet alleen mogelijk bij vooroverlijden, maar bijvoorbeeld ook bij verwerping van de nalatenschap (art. 4:12 BW). Onder het oude erfrecht was er geen plaatsvervulling voor nog levende personen (art. 4:894 BW (oud)).

In deze gevallen moet de vraag worden beantwoord wat de rechten zijn die de onterfde afstammelingen in de nalatenschap van de erflater kunnen doen gelden of wat onder het begrip 'plaatsvervulling' moet worden verstaan in nalatenschappen die na 1 januari 2003 openvallen. Deze vraag pleegt te worden opgelost langs de weg van uitleg van de uiterste wilsbeschikking. Volgens art. 4:46 lid 1 BW dient bij uitleg van de uiterste wilsbeschikking gelet te worden op *"de verhoudingen die de uiterste wil kennelijk wenst te regelen en de omstandigheden waaronder deze is gemaakt"*. Daarbij is vanuit overgangsrechtelijke invalshoek van belang dat een testament onder het oude erfrecht gemaakt is. Dat levert een relevante omstandigheid op waarmee bij de uitleg van het testament rekening moet worden gehouden, zo blijkt uit art. 4:46 lid 1 BW. De parlementaire geschiedenis¹³ licht dit als volgt toe:

"De uitlegging van uiterste wilsbeschikkingen verdient bijzondere aandacht wanneer die beschikkingen zijn gemaakt vóór de invoering van het nieuwe recht door iemand die nadien overlijdt.

Blijkens [art. 4:46 lid 1 BW], dat onmiddellijke werking heeft (art. 68a Ow), dient bij de uitlegging van uiterste wilsbeschikkingen te worden gelet op de verhoudingen die de uiterste wil kennelijk wenst te regelen, en op de omstandigheden waaronder de uiterste wil is opgesteld. Tot die omstandigheden behoort ook het recht dat gold toen de uiterste wil werd gemaakt. Heeft de erflater bijvoorbeeld "vererving volgens de wet" of een vergelijkbare clause in zijn testament opgenomen, dan moet er in beginsel van worden uitgegaan dat daarmee is bedoeld de wet die van kracht was ten tijde van het maken van het testament. Hetzelfde geldt, indien in een uiterste wil wordt verwezen naar de regels omtrent plaatsvervulling of die omtrent aanwas, die in het nieuwe Boek 4 verschillen van die van het huidige recht. Hetzelfde moet voorts worden aangenomen indien sprake is van "het in de legitieme stellen", het "toekennen van het beschikbare deel" of bijvoorbeeld van het opleggen van lasten."

Stel het geval dat in een testament dat vóór 1 januari 2003 is opgemaakt uitdrukkelijk is bepaald wat de legitimaris verkrijgt: hij wordt benoemd tot erfgenaam en krijgt zijn legitieme portie. In dit geval kan via uitleg van het testament worden bereikt dat het begrip legitieme portie dient te worden uitgelegd volgens de betekenis die het had ten tijde van het opstellen van het testament. Dat betekent in dit geval dat de legitimaris als erfgenaam een goederenrechtelijke aanspraak heeft op de nalatenschapsgoederen ten belope van het

¹³ *Kamerstukken II, 1999-2000, 26 822, nr. 3, p. 8.*

breukdeel zoals dat gold onder het oude erfrecht (de helft bij één erfgenaam, 2/3 bij twee erfgenamen en 3/4 bij drie of meer erfgenamen). De legitimaris is in dit geval erfgenaam. Ook wanneer de legitimaris niet uitdrukkelijk tot erfgenaam is benoemd, doch blijkens de bewoordingen van het oude testament 'in de legitieme is gesteld', zal gelden dat hij de bevoegdheid en de hoedanigheid krijgt van een legitimaris naar oud erfrecht en dat hij dus erfgenaam wordt.

Dit wordt echter anders indien in een voor 1 januari 2003 opgemaakt testament *tout court* is bepaald dat de legitimaris onterfd wordt. In dat geval wordt aan uitleg van het testament niet toegekomen. De testateur heeft deze persoon kennelijk zo weinig mogelijk willen nalaten. In dat geval kan de legitimaris op grond van de onmiddellijke werking van Boek 4 BW zijn aanspraak op de legitieme portie slechts geldend maken als schuldeiser van de nalatenschap (art. 4:7 lid 1 onder g BW).

Voorbeeld

A heeft vijf kinderen B, C, D, E en F. Zij hebben ieder een kind, te weten G, H, I, J en K. A maakte in 1980 een testament. Hij bepaalde daarin: *"Ik benoem C, D en E gezamenlijk tot mijn erfgenamen. Ik onterf B."* Meer is er in het testament niet opgenomen. A overlijdt in 2010. C verwerpt de nalatenschap. D is vooroverleden (ofwel overleden vóór erflater A).

Vraag:

Wie zijn de erfgenamen en wat is daarbij de redenering?

Antwoord:

In dit geval dient het testament uitgelegd te worden volgens het oude erfrecht (art. 4:46 lid 1 BW). Rekening moet immers worden gehouden met het oude erfrecht als één van *"de omstandigheden waaronder de uiterste wil is gemaakt"*.

Met betrekking tot B is in het testament een expliciete onterving opgenomen. F wordt niet vermeld in het testament (en dat is een impliciete onterving).

Bij verwerping naar oud erfrecht treedt geen plaatsvervulling op (art. 4:894 BW (oud)). Plaatsvervulling treedt naar oud erfrecht wel op bij vooroverlijden. Dit betekent dat C niets erft en dat I de plaats kan vervullen van de vooroverleden D.

Wat gebeurt er als gevolg van de verwerping door C met zijn aandeel in de nalatenschap van A? Volgens art. 4:1049 lid 1 BW (oud) kan in dit geval aanwas plaatsvinden omdat de erfstelling van de nalatenschap aan verscheidene personen (C, D en E) gezamenlijk gemaakt is. In dit geval erven I (bij plaatsvervulling) en E (uit eigen hoofde) elk de helft van de nalatenschap van erflater A. F ontvangt niets uit de nalatenschap van A.

Indien de erfstelling daarentegen zou luiden: *"Ik benoem C, D en E ieder voor een/derde gedeelte tot mijn erfgenamen. Ik onterf B."* dan vererft de nalatenschap anders. Aanwas vindt dan namelijk volgens oud erfrecht niet plaats. De erfstelling is nu niet aan *"verscheidene personen gezamenlijk gemaakt"*. In dit geval krijgen I (bij plaatsvervulling) en E elk 1/3 van de nalatenschap. F komt - ondanks de impliciete onterving - nu wel aan de beurt voor het vrijgevalle deel van 1/3 dat C had verworpen.

9. Enige rechtspraak

Met betrekking tot de volgende thema's wordt enige rechtspraak over het overgangsrecht van Boek 4 BW besproken:

- Inbrengplicht van een schenking;
- Opeisbaarheid van de legitieme portie;
- Quasi-ouderlijke boedelverdeling;
- Executele;
- Wie is mijn echtgenoot?; en
- Art. 4:194a BW: machtiging om beneficiair te aanvaarden voor een onverwachte schuld.

9.1 Inbrengplicht van een schenking

De rechtbank Den Haag moest in haar vonnis van 15 januari 2014, [ECLI:NL:RBDHA:2014:14909](https://www.rechtspraak.nl/ECLI/ECLI:NL:RBDHA:2014:14909), oordelen over een verplichting tot inbreng van een schenking bij een verdeling van een nalatenschap. Erflaatster had in juli 1997 twee overboekingsopdrachten gedaan ten gunste van haar zoon (D). Op de betalingsopdrachten ten bedrage van in totaal ca. € 14.000 staan de betalingen als schenking omschreven. Over de verplichting tot inbreng oordeelt de rechtbank als volgt:

“Onder het voor 1 januari 2003 geldende recht, dat gold toen [D] de schenking van erflaatster ontving, was [D] op grond van artikel 1132 BW (oud) als erfgenaam in de nederdalende linie verplicht tot inbreng van eventueel aan hem gedane giften, tenzij erflaatster het tegendeel had bepaald. Onder het nu geldende nieuwe recht, dat van kracht was toen erflaatster overleed, is [D] als erfgenaam alleen verplicht de waarde van eventueel aan hem gedane giften in te brengen voor zover erflaatster dit heeft bepaald.

Erflaatster heeft in haar testament geen bepaling opgenomen over het al dan niet inbrengen van giften/schenken door haar erfgenamen. Evenmin blijkt dat zij bij het doen van de schenking heeft bepaald dat [D] deze al dan niet moet inbrengen.

In artikel 139 Overgangswet NBW staat dat in geval voor het in werking treden van de wet een door de wet geroepen erfgenaam in de nederdalende lijn bij een gift of in een uiterste wil niet is ontheven van zijn verplichting tot inbreng van de gedane gift, deze, behoudens indien de erflater nadien anders mocht hebben beslist, ook na dat tijdstip daartoe verplicht blijft.

Het voorgaande, gevoegd bij het gegeven dat gesteld noch gebleken is dat erflaatster [D] na 1 januari 2003 heeft vrijgesteld van inbreng van de schenking leidt tot de conclusie dat [D] de schenking moet inbrengen bij de verdeling van de nalatenschap van erflaatster. Het namens [D] gevoerde betoog dat dit niet strookt met de bedoeling van de wetgever bij de invoering van Boek 4, waarbij werd beoogd dat de nieuwe wetgeving zoveel mogelijk onmiddellijke werking had, gaat niet op. In het (...) aangehaalde overgangsrecht is een bijzondere regeling getroffen voor de situatie waarin [D] verkeert, waarin de wetgever met zoveel woorden is afgeweken van het uitgangspunt van onmiddellijke inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving.”

D dient met toepassing van art. 139 Ow de onder het oude erfrecht gedane schenking in te brengen, zodat hij € 14.000 als voorschot op zijn aandeel in de erfenis heeft ontvangen.

Wijze van inbreng

Art. 139 Ow bepaalt niet uitdrukkelijk of op de wijze waarop aan de inbrengverplichting onder oud erfrecht moet worden voldaan, het oude of het nieuwe erfrecht van toepassing is. Die regels zijn grotendeels hetzelfde, maar er zijn wel enkele verschillen te signaleren. Zo kon onder het oude erfrecht de inbreng van roerende en onroerende goederen, ter keuze van de inbrenger, ook geschieden door teruggave van het geschonkene in natura (art. 4:1138 BW (oud)). Volgens het vonnis van de rechtbank Oost-Brabant van 22 juni 2022, [ECLI:NL:RBOBR:2022:2531](#), brengt de hoofdregel van onmiddellijke werking van art. 68a Ow met zich dat de regels van Boek 4 BW gelden. In deze zin ook rechtbank Midden-Nederland 24 augustus 2022, [ECLI:NL:RBMNE:2022:3416](#).

9.2 Opeisbaarheid van de legitieme

Erflater overlijdt in 2011. In zijn laatste testament uit 1995 heeft hij zijn ongehuwde levensgezel en (jongste) kind tot enige erfgenamen benoemd. Aan zijn andere kinderen en aan zijn levensgezel heeft hij voorts direct opeisbare legaten gemaakt.

Ter discussie staat of de legitieme porties van de kinderen eerst opeisbaar zijn na het overlijden van de levensgezel op grond van art. 129 lid 1 Ow, dan wel dat uit het testament anders valt af te leiden (art. 129 lid 2 Ow) (§ 6). De rechtbank Den Haag was bij vonnis van 5 oktober 2016 van oordeel dat uit de directe opeisbaarheid van de legaten afgeleid kon worden dat het testament afweek als bedoeld in art. 129 lid 2 Ow ([ECLI:NL:RBDHA:2016:12968](#)). In appel oordeelt het gerechtshof Den Haag bij arrest van 12 september 2017, [ECLI:NL:GHDHA:2017:2684](#), daar anders over. Over de strekking van art. 129 Ow overweegt het hof als volgt:

“Uit de Parlementaire Geschiedenis volgt dat artikel 129 Ow niet meer of anders beoogt dan de bescherming, die de langstlevende in het nieuwe recht geniet, door te laten werken naar reeds voor de inwerkingtreding van het nieuwe erfrecht gemaakte testamenten die onder het nieuwe recht moeten worden uitgevoerd, omdat de nalatenschap is opengevallen op of na 1 januari 2003. Onder het oude recht werd aan een uiterste wilsbeschikking ten behoeve van een echtgenoot (of geregistreerde partner of andere levensgezel) veelal de bepaling toegevoegd dat de uiterste wilsbeschikking (mede) werd gemaakt ter nakoming van een jegens deze bestaande natuurlijke verbintenis tot verzorging. Wanneer de nalatenschap onder het huidige recht openvalt, worden de rechten van de legitimaris echter bepaald door het huidige recht (art. 68a OBW).

Onder dit huidige recht is een making ter nakoming van een natuurlijke verbintenis niet meer veilig voor de aanspraken van legitimarissen. Artikel 4:87 lid 2 BW bepaalt immers dat ook op een dergelijke making kan worden ingekort, zij het als laatste. Artikel 129 lid 1 Ow biedt ten aanzien van een oude uiterste wilsbeschikking een op art. 4:82 BW geënte bescherming tegen aanspraken van legitimarissen: hun vorderingen zijn, voor zover zij ten laste zouden komen van de echtgenoot (of geregistreerde partner of andere levensgezel), niet opeisbaar tot het moment van diens overlijden. De door artikel 129 lid 1 Ow geboden bescherming

werken aan een scheiding en deling van mijn nalatenschap aldus, dat – als betref het een zogenaamde ouderlijke boedelverdeling op de voet van artikel 1167 en verder van het derde Boek van het Burgerlijk Wetboek – aan mijn partner worden toegedeeld alle tot mijn nalatenschap behorende zaken, onder de verplichting alle schulden over te nemen, waartegen over ieder van mijn overige erfgenamen verkrijgt een vordering op mijn partner ter grootte van het erfdeel van de betrokken erfgenaam. (...)”

Deze “quasi ouderlijke boedelverdeling is nietig. Artikel 1167 (oud) BW bepaalde immers uitdrukkelijk dat de in dit artikel bedoelde verdeling alleen mogelijk is tussen afkomelingen (kinderen) onderling of tussen de afkomelingen (kinderen) en de langstlevende echtgenoot. In 1923 is de langstlevende echtgenoot aan het artikel toegevoegd. Uit niets blijkt dat de wetgever (in die tijd) met “echtgenoot” ook de niet-gehuwde partner heeft bedoeld (en ook op grond van latere ontwikkelingen tot 2002 is dat niet af te leiden).

Vervolgens moet worden beoordeeld wat het gevolg is van het oordeel dat sprake is van een nietige (quasi-)ouderlijke boedelverdeling. Hiertoe dient eerst het toepasselijke overgangsrecht worden besproken. Het betreft hier een nalatenschap die is opengevallen vóór 1 januari 2003, de datum van inwerkingtreding van het huidige erfrecht. In beginsel geldt de hoofdregel van het overgangsrecht, neergelegd in artikel 68a Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (Ow), namelijk onmiddellijke werking. Reeds onder het oude recht verkregen rechten worden echter geëerbiedigd op de voet van artikel 69 Ow. De ouderlijke boedelverdeling van artikel 1167 (oud) BW is niet teruggekeerd in het huidige (erf)recht; een onder oud recht (geldig) gemaakte ouderlijke boedelverdeling behoudt echter, op de voet van de artikelen 79 en 127 Ow, in beginsel haar geldigheid. Voor de gelding onder het huidige recht van een onder het oude recht nietige ouderlijke boedelverdeling bevatten de erfrechtelijke overgangsrechtelijke regels van artikelen 125 e.v. Ow geen voorziening. Het uitgangspunt van de meer algemene regels van artikelen 79-81 Ow is, kort gezegd, dat de nietigheden en vernietigbaarheden door het nieuwe, huidige recht worden geregeerd.

Gelet op artikel 3:59 BW zijn de bepalingen van titel 2 boek 3 BW van overeenkomstige toepassing in deze zaak. Rechtens staat thans vast dat de door erflater gemaakte quasi-ouderlijke boedelverdeling nietig is, hetgeen betekent dat de quasi-ouderlijke boedelverdeling in het testament nimmer tot stand is gekomen. Op grond van artikel 3:42 BW vindt evenwel conversie plaats, indien aangenomen mag worden dat erflater gekozen zou hebben voor een andere, wel geldige rechtshandeling en had afgezien van de nietige quasi-ouderlijke boedelverdeling.

In het testament is ook het volgende legaat opgenomen ten gunste van [gedaagde sub 2]:
“Ik legateer aan mijn partner alle tot mijn nalatenschap behorende roerende en onroerende goederen, of mijn aandeel daarin, onder de verplichting tot inbreng in of verrekening met mijn nalatenschap van de waarde daarvan, zoals die waarde zal worden vastgesteld in onderling overleg tussen mijn erfgena(a)m(en)/erfgename(n) en de legataris of - bij gebreke van overeenstemming - overeenkomstig de wettelijke voorschriften voor boedelscheidingen waarbij minderjarigen betrokken zijn. De legataris behoeft zich eerst na het haar bekend worden van de waarde van de goederen te verklaren omtrent het al of niet of gedeeltelijk aanvaarden van dit legaat.”

Alleen al uit dit legaat volgt dat de strekking van de nietige quasi-ouderlijke boedelverdeling zodanig beantwoordt aan die van dit legaat, dat aangenomen mag worden dat erflater dit legaat zou hebben gehandhaafd. Uit niets blijkt dat het testament voor het overige niet overeenstemt met de wensen van erflater, en dat het testament zonder de quasi-ouderlijke boedelverdeling niet in stand kan blijven, dat deze nietigheid niet meebrengt dat het gehele

testament nietig is (er is geen sprake van één ondeelbare rechtshandeling). Dit betekent dat het testament ook voor het overige in stand blijft.”

Kort gezegd, de quasi-ouderlijke boedelverdeling ten behoeve van de andere levensgezel is nietig. Onder het oude erfrecht werd aangenomen, dat de ouderlijke boedelverdeling door de erflater alleen gemaakt kon worden tussen zijn langstlevende echtgenoot en zijn afstammelingen. Het testament wordt omgezet in een keuzelegaat tegen inbreng ten gunste van de levensgezel. De levensgezel zal daarover moeten afrekenen en is daarmee financieel slechter af dan met de quasi-ouderlijke boedelverdeling.

9.4 Executele

Na het overlijden van vader in 2014 zijn conform het testament legaten – een keuzelegaat tegen inbreng en een vruchtgebruiklegaat – aan moeder afgegeven. Vader had moeder in zijn uit 1983 daterende testament tevens tot executeur benoemd en zijn drie kinderen tot enige erfgenamen. Een zoon heeft aan de notaris laten weten niet te willen meewerken aan de afgifte van de legaten. Volgens hem is de toestemming van de erfgenamen nodig voor de afgifte van de legaten door moeder als executeur. In weerwil daarvan zijn de legaten afgegeven, en wel omdat de toestemming van de erfgenamen daarvoor niet meer nodig was.

Volgens het gerechtshof Den Haag in zijn arrest van 8 oktober 2019, [ECLI:NL:GHDHA:2019:2792](#), zijn de legaten rechtsgeldig door de executeur afgegeven:

“Ingevolge artikel 133 Ow is op de benoeming van een executeur afdeling 6 van titel 5 van boek 4 van toepassing. Het hof is van oordeel dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat op grond van artikel 4:144 BW de executeur onder meer tot taak heeft de schulden van de nalatenschap te voldoen. Daaronder vallen op grond van artikel 4:7 lid 1 sub h BW ook schulden uit legaten. Eveneens terecht heeft de rechtbank overwogen dat in het testament niet is bepaald dat de moeder het legaat niet aan zichzelf kan afgeven. De moeder heeft dan ook, zijnde executeur en tevens legataris, het legaat als vertegenwoordiger van de erfgenamen aan zichzelf kunnen afgeven. Het toezenden van een (concept)akte ter informatie brengt niet met zich dat de notaris op de 'goedkeuring' van de erfgenamen hoeft te wachten alvorens tot het passeren van de akte over te gaan.”

9.5 Wie is mijn echtgenoot?

Vader is in 2016 overleden. Hij was van 1956 tot 1981 gehuwd met moeder. Het huwelijk is door echtscheiding ontbonden. In 1978 heeft vader zijn laatste testament gemaakt met een ouderlijke boedelverdeling (art. 4:1167 BW (oud)). Hierbij wordt de volledige nalatenschap toebedeeld aan de echtgenoot en de kinderen krijgen een niet-opeisbare geldvordering ter grootte van hun erfdeel op hun moeder. Vader heeft in het testament de naam van moeder gebruikt en haar vervolgens als 'mijn echtgenote' aangeduid. Volgens moeder is zij – naast de kinderen – mede-erfgenaam. De kinderen doen echter een beroep op art. 4:52 BW, dat bepaalt:

“Een beschikking, getroffen ten voordele van degene met wie de erflater op het tijdstip van het maken van de uiterste wil gehuwd was of reeds trouwbeloften gewisseld had, vervalt

door een daarna ingetreden echtscheiding of scheiding van tafel en bed, tenzij uit de uiterste wil zelf het tegendeel is af te leiden.”

De vraag die hier opkomt is of de verzorgingsbeschikking ten gunste van moeder in het testament als gevolg van de werking van het nieuwe art. 4:52 BW is komen te vervallen. Moeder is immers niet meer de echtgenoot van vader. Het oude erfrecht – onder welk erfrecht het testament in 1978 is opgemaakt – kende geen equivalent van art. 4:52 BW. Het erfrechtelijke overgangsrecht bevat geen bijzondere voorziening voor deze bepaling.

Het gerechtshof Amsterdam geeft in zijn arrest van 18 februari 2020, [ECLI:NL:GHAMS:2020:521](https://www.eclinet.nl/GHAMS:2020:521), de kinderen gelijk:

“Omdat de erflater is overleden na de inwerkingtreding op 1 januari 2003 van het huidige erfrecht, is het bepaalde in artikel 4:52 BW van toepassing. Op grond van het bepaalde in artikel 68a Overgangswet Nieuw BW heeft dit artikel onmiddellijke werking. Het oude recht kende geen equivalent van het artikel 4:52 BW.

Onder het oude recht werd hetzelfde resultaat bereikt hetzij door het bepaalde in artikel 4:937 BW (oud) zeer ruim te interpreteren (de dwaling in de beweegredenen, HR 5 januari 1962, NJ 1963/117) dan wel door uitleg te bepalen welke situatie de erflater bij het maken van het testament voor ogen stond (de bedoeling) (artikel 4:932 en 4:933 BW (oud)). De norm van 4:937 BW is terug te vinden in de huidige norm van 4:43 lid 2 BW en de norm van 4:932 en 4:933 BW in die van artikel 4:46 BW. Artikel 4:52 BW geeft een regel omtrent de uitleg van een uiterste wilsbeschikking evenals de regels 4:46 tot en met 4:51 en 4:53 BW (zie MvT bij wetsvoorstel 26 822, Tweede Kamer, vergaderjaar 2000, 26 822, nr. 3, p. 10) en de werking van het artikel is (vanwege de gronden die leiden tot verval van de beschikking) beperkt. Voorts heeft het bepaalde in artikel 4:52 BW – anders dan het bepaalde in artikel 4:43 lid 2 BW – als sanctie verval en niet vernietigbaarheid en ook geen nietigheid van de beschikking ten behoeve van de echtgenote na echtscheiding of scheiding van tafel en bed. Het hof ziet dan ook geen aanleiding om artikel 4:52 BW te beschouwen als een specialis van de dwalingsregeling van artikel 4:43 lid 2 BW in die zin dat artikel 4:52 BW een bijzondere bepaling inhoudt die eerder tot “nietigheid” van de erfstelling leidt dan onder het oude recht het geval was en op grond waarvan artikel 79 Overgangswet Nieuw BW aan toepasselijkheid van artikel 4:52 BW in de weg staat, omdat het testament voor de inwerkingtreding van de wet is gemaakt en de nalatenschap is opengevallen na de inwerkingtreding daarvan.

(...) Met [de kinderen] is het hof van oordeel dat de erflater vanwege het gebruik van de bewoordingen ‘mijn echtgenote’ eenmalig gevolgd door de naam [moeder] en vervolgens steeds ‘mijn genoemde echtgenote’, de situatie voor ogen had dat de beschikking ten gunste van [moeder] niet zou gelden voor het geval het huwelijk door echtscheiding met [moeder] zou worden ontbonden en ook niet voor het geval hij met een ander dan met [moeder] zou zijn gehuwd.

(...) In het testament is zoals hiervoor overwogen de toen geldige ouderlijke boedelverdeling gemaakt die alleen kon worden gemaakt in neergaande lijn tussen de langstlevende echtgenoot en afstammelingen of afstammelingen onderling. Daarentegen is in het testament geen enkele beschikking opgenomen ten behoeve van [moeder], voor het geval zij niet (meer) de echtgenote van de erflater zou zijn. Dat de kinderen anders dan [moeder] niet bij naam worden genoemd doet hieraan niet af.”

Het hof legt het testament uit op een wijze die erin resulteert dat de verzorgingsbeschikking ten behoeve van moeder niet bedoeld is voor de situatie ná echtscheiding (art. 4:46 BW). De horizontale ouderlijke boedelverdeling kon alleen tussen de langstlevende echtgenoot en de kinderen gemaakt worden en erflater heeft geen regeling getroffen voor het geval moeder geen echtgenoot meer zou zijn, aldus het hof.

9.6 Art. 4:194a BW: machtiging om beneficiair te aanvaarden voor een onverwachte schuld

Art. 4:194a lid 1 BW is op 1 september 2016 in werking getreden. Deze bepaling voorziet in de mogelijkheid dat een erfgenaam, die na zuivere aanvaarding bekend wordt met een schuld van de nalatenschap die hij niet kende en ook niet behoorde te kennen (oftewel een onverwachte schuld), door de kantonrechter gemachtigd wordt om de nalatenschap alsnog beneficiair te aanvaarden. Het verzoek dient te worden gedaan binnen drie maanden na de ontdekking van de onverwachte schuld. Bij de invoering van art. 4:194a BW is geen overgangsregeling getroffen.

De kantonrechter van de rechtbank Noord-Holland oordeelde bij vonnis van 26 januari 2017, [ECLI:NL:RBNHO:2017:2965](https://www.eclinet.nl/zoek/zoekresultaat?query=ECLI:NL:RBNHO:2017:2965), dat:

“(b)ezien in het licht van de totstandkoming van dit artikel, ervan uit [moet] worden gegaan dat deze regeling geen werking heeft voor schulden die al voor inwerkingtreding van de wet bekend zijn geworden (zie MvT, Kamerstukken II 2014/15, 34224, 3, p. 9 en Verslag, Kamerstukken II 2015/16, 34224, 5, p. 17). Gedaagden komt derhalve geen beroep toe op dit artikel. Het verzoek wordt afgewezen.”

De betreffende schuld was een schuld uit hoofde van de legitieme portie in de nalatenschap van de eerststervende ouder. De zuiver aanvaard hebbende erfgenaam in de nalatenschap van de langstlevende ouder zou deze schuld zo nodig uit eigen vermogen moeten voldoen. Aan toewijzing van het machtigingsverzoek stond als zodanig in de weg dat art. 4:194a BW niet ziet op vóór 1 september 2016 bekende schulden.