

DE REDACTIE PRIVAAT

HET NIEUW ERFRECHT IN NEDERLAND

1. Op 1 januari 2003 is in Nederland Boek 4 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, inhoudende het nieuwe erfrecht, in werking getreden. Een belangrijke gebeurtenis die in het Tijdschrift voor Privaatrecht, dat steeds aan het Nederlandse erfrecht, al dan niet in vergelijking met het Belgische, de nodige aandacht heeft besteed⁽¹⁾, enige vermelding verdient. Het meest opvallende van de nieuwe wet is de langdurige voorgeschiedenis. Het begin is 1947. In dat jaar is aan de Leidse hoogleraar prof. mr. E.M. Meijers de opdracht verleend om een nieuw Burgerlijk Wetboek te ontwerpen. Nadat in 1952 48 vraagpunten door Meijers aan de Tweede Kamer waren voorgelegd en behandeld, volgde in 1954 het zogenaamde groene boek dat als eerste gedeelte van het nieuw B.W. de teksten en toelichtingen bevatte van de boeken 1-4. De boeken 1, 2 en 3, inhoudende het personen- en familierecht, het rechtspersonenrecht en het vermogensrecht in het algemeen zijn na de nodige wijzigingen al lang en breed door de wetgever overgenomen en ingevoerd. Met het erfrecht ging het moeizaam. Wel is in 1969 het grootste gedeelte van boek 4 door Tweede en Eerste Kamer aanvaard en in het Staatsblad geplaatst, maar de uitvoering van het geheel moest wachten op de regeling van de rechtspositie van de langstlevende en van de kinderen. Daarover is lang gesteggeld. Kreeg in het groene boek van Meijers de langstlevende een kindsdeel, daarna ging het Ministerie van Justitie overstag en opteerde voor de langstlevende-vruchtgebruiker met beschikkingsbevoegdheid. Een optie die moest plaats maken voor wat genoemd werd „de langstlevende al”. Uiteindelijk is in de jaren negentig overeenstemming bereikt tussen het departement, vertegenwoordigd door een speciaal voor dit onderwerp benoemde regeringscommissaris D. van Dijk, en het notariaat waarvan de belangrijkste pleitbezorger was de Nijmeegse hoogleraar en notaris M.J.A. van Mourik.

(1) In het Tijdschrift voor Privaatrecht schreven over het Nederlandse erfrecht onder meer: J.H. BEEKHUIS (1966, p. 547 e.v.), K. WIERSMA (1967, p. 61 e.v.), E.A.A. LUIJTEN (1975, p. 395 e.v.), S. PERRICK (1994, p. 1885 e.v.), T.J. MELLEMA-KRANENBURG (1997, p. 1494 e.v.), J.M. POLAK (2000, p. 893 e.v.), A.J.M. NUYTINCK (2000, p. 969 e.v.) en A. VERBEKE (2000, p. 1111 e.v.).

2. Een pluspunt in de lange voorgeschiedenis is de ruime termijn van invoering. Wordt doorgaans na de plaatsing in het Staatsblad maar weinig tijd gegund voor de inwerkingtreding, de invoeringswetten van 3 juni 1999 en 18 april 2002 inzake het nieuwe erfrecht (*Staatsblad* 2002, 426, 427, 428, 429 en 430) vormen een gunstige uitzondering. Er is rekening gehouden met wat in Aanwijzing 174 voor de regeling wordt aanbevolen: „Bij het bepalen van de termijn tussen de bekendmaking en de inwerkingtreding van een regeling wordt rekening gehouden met de mogelijkheid voor uitvoeringsorganen en andere bij de regeling betrokkenen om zich tijdig op de regeling in te stellen”. De toelichting tekent hierbij aan dat voor dit zich tijdig op de regeling instellen een goede voorlichting een belangrijk hulpmiddel kan zijn. De voorlichting over het nieuwe erfrecht heeft optimaal gewerkt. Ik denk dan in de eerste plaats aan de juridische commentaren die in 2002 en begin 2003 verschenen zoals Van Mourik e.a., *Handboek nieuw erfrecht*; Pitlo-Van der Burght, *Erfrecht*; Klaassen-Luijten-Meijer, *Erfrecht*; Asser-Perrick, *Erfrecht*, alsmede een aantal kleinere publikaties. Er is langs andere wegen (studiebijeenkomsten, tijdschriftartikelen, pers en televisie) eveneens alles gedaan om in het notariaat werkzame personen alsmede andere belanghebbenden bij te scholen en burgers op deze ingrijpende gebeurtenis voor te bereiden.

3. Het ligt voor de hand eerst stil te staan bij de oplossing die is gevonden voor het zo lang omstreden vraagstuk van de rechtspositie van de langstlevende en van de kinderen. We vinden die in titel 3 van het nieuwe boek 4 waarvan het opschrift luidt: Het erfrecht bij versterf van de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot en van de kinderen alsmede andere wettelijke rechten. Een vluchtige blik doet wel even schrikken en vermoeden dat de oplossing niet eenvoudig is. De titel bevat niet minder dan 29 zwaar opgetuigde artikelen. En men moet dan ook nog met elders opgenomen artikelen rekening houden, zoals art. 4:8 dat voorschrijft dat in dit Boek 4 met echtgenoten worden gelijkgesteld geregistreerde partners. Maar art. 4:13 begint eenvoudig en duidelijk. Met weglating van bijzonderheden zegt het artikel dat ik letterlijk citeer het volgende:

1. *De nalatenschap van de erflater die een echtgenoot en een of meer kinderen als erfgenamen achterlaat, wordt, tenzij de erflater bij uiterste wilsbeschikking heeft bepaald dat deze afdeling geheel buiten toepassing blijft, overeenkomstig de volgende leden verdeeld.*
2. *De echtgenoot verkrijgt van rechtswege de goederen van de nalatenschap. De voldoening van de schulden van de nalatenschap*

komt voor zijn rekening. Onder schulden van de nalatenschap zijn hier tevens begrepen de ten laste van de gezamenlijke erfgenamen komende uitgaven ter voldoening aan testamentaire lasten.

3. *Ieder van de kinderen verkrijgt als erfgenaam van rechtswege een geldvordering ten laste van de echtgenoot, overeenkomend met de waarde van zijn erfdeel. Deze vordering is opeisbaar:*

a. indien de echtgenoot in staat van faillissement is verklaard of ten aanzien van hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard;

b. wanneer de echtgenoot is overleden.

De vordering is ook opeisbaar in door de erfflater bij uiterste wilsbeschikking genoemde gevallen.

4. ...

5. ...

6. ...

In dit globale overzicht moet ik het laten bij dit citaat en weerstand bieden aan de verleiding op de verdere inhoud van titel 3 in te gaan. Ik volsta met de opmerking dat de ingewikkeldheid van de regeling voor een deel wordt veroorzaakt doordat in de teksten ook is verwerkt de mogelijkheid dat er sprake kan zijn van stiefouders en stiefkinderen.

4. De rest van boek 4 lijkt in zoverre minder problematisch dat het voor een groot deel aansluit bij het oude erfrecht van vóór 1 januari 2003. Men kan tot die conclusie komen bij raadpleging van de uitgave *Tekst & Commentaar Erfrecht*. In de vaste formule van de bekende en veel gebruikte serie *Tekst & Commentaar* wordt bij ieder wetsartikel aangetekend hoe het was in het oude recht, in casu BW (oud). Nog al eens blijkt te zijn aangesloten bij voormalige wetsartikelen of toenmaals geldend ongeschreven recht. Met hier en daar een enkele kanttekening kan ik over de titels 4, 5 en 6 het volgende melden. In de artikelen van titel 4 worden de uiterste willen geregeld. De 30 artikelen die zijn gewijd aan de legitieme portie laten zien dat wij het ons met het behoud van dit omstreden instituut niet gemakkelijk hebben gemaakt. In de hierna volgende bijdrage van M.V. Polak komt deze legitieme portie aan de orde. Titel 5 (artikelen 115-181) houdt zich bezig met onderscheiden soorten van uiterste wilsbeschikkingen, zijnde erfstellingen, legaten, testamentaire lasten, testamentaire stichtingen, makingen onder tijdsbepaling en onder voorwaarde, executeurs en testamentair bewind. Interessant is art. 126 dat een schenking of andere gift, voor zover deze de strekking heeft dat zij pas na het

overlijden van de schenker of gever wordt uitgevoerd en zij niet reeds tijdens het leven van de schenker of gever is uitgevoerd, wordt aangemerkt als een legaat. Titel 6 tenslotte handelt in de artikelen 182-233 over de gevolgen van de erfopvolging. In de algemene bepalingen komen we de verklaring van erfrecht en de boedelnotaris en het openbaar boedelregister tegen. Verder worden onder meer de zuivere aanvaarding, de beneficiaire aanvaarding en de verwerping van de nalatenschap alsmede de vereffening van de nalatenschap geregeld. Ik plaats hierbij de kanttekening dat ik met instemming heb gelezen dat de bewerker van dit onderdeel in Tekst & Commentaar, W.D. Kolkman vaststelt dat bij de vereffening van de nalatenschap zowel de kantonrechter als de rechtbank een rol speelt. „Het betrokken zijn van twee gerechtelijke instanties bij de afwikkeling van één nalatenschap komt omslachtig voor”. Het is zaak dat naar dit onderwerp nog eens kritisch wordt gekeken en niet wordt geschroomd zo nodig een wetswijziging uit te lokken.

5. Ik liet al doorschemeren dat het nieuwe boek 4 geen eenvoudige en licht verteerbare kost is. Zeker het erfrecht bij versterf zal zonder deskundige voorlichting door leken niet of slechts moeizaam kunnen worden begrepen en toegepast. Dat betekent dat vooral het notariaat alle zeilen zal moeten bijzetten. Verwacht mag worden dat er voorlopig nog geen einde zal komen aan de stroom van geschriften. De praktijk zal behoefte blijven houden aan voorlichting. En na een zekere aanlooptijd zal zich ook jurisprudentie aandienen die tot commentaar uitlokt. Er is veel werk aan de winkel.

6. Tot slot signaleer ik een gebrek in de nieuwe wettelijke regeling van het erfrecht. Er ontbreekt een artikel dat een evaluatie voorschrijft. Naar het model dat in Aanwijzing 164 van de voor het ontwerpen van wetbepalingen geldende aanwijzingen voor de regelgeving wordt aangeprezen, had moeten worden voorgeschreven dat de Minister van Justitie binnen een bepaalde termijn — zeg vijf jaar — na 1 januari 2003 aan de Staten-Generaal een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van deze wet in de praktijk zendt. Een dergelijke evaluatiebepaling wordt in de Nederlandse wetten veelvuldig aangetroffen. Bij een belangrijke, omvangrijke en ingrijpende wet als hier aan de orde is er alleszins reden de evaluatie in de hand te houden en organisatorische voorzieningen te treffen. Uiteraard zullen belangstellenden zoals juridische auteurs en belanghebbenden zoals notariële organisaties zich gaan uitspreken over de nieuwe wetbepalingen en zal zo een *communis opinio* over wenselijke wetswijzi-

gingen kunnen ontstaan, maar een dergelijke zelfevaluatie schiet toch te kort. Neem als voorbeeld de legitieme portie. Asser-Perrick stelt op p. 270 vast dat de wetgever op pragmatische overwegingen er bewust voor heeft gekozen de legitieme portie te handhaven maar dat de discussie over de wenselijkheid daarvan zeker niet zal verstommen. „De wetgever zal er zeker niet aan ontkomen de nu gemaakte keuze op enige termijn te heroverwegen”. Die heroverweging zal gericht moeten plaatsvinden. Aan een instituut of commissie moet worden opgedragen binnen een bepaalde termijn te onderzoeken hoe de praktijk en de rechtswetenschap op de nieuwe bepalingen reageren en of en, zo ja, hoe de wetsbepalingen moeten worden gewijzigd. Een opdracht die niet alleen op de legitieme portie maar op het gehele erfrecht moet worden gericht.

J.M. POLAK

HANDHAVING OF AFSCHAFFING VAN DE LEGITIEME PORTIE: ZIN IN EN ZIN VAN DEBAT EN ONDERZOEK?

1. Voor veel juristen — ik schat zelfs een forse meerderheid — is het bestaan van de legitieme portie in het erfrecht even vanzelfsprekend als het exploit van dagvaarding als middel om een gerechtelijke procedure in te leiden. Beide juridische begrippen — de legitieme portie en het exploit van dagvaarding — bestaan sinds jaar en dag en zijn daarmee voor de praktijk-van-elke-dag voldoende gelegitimeerd om geen prangende vragen op te werpen. Bij nadere overdenking aan de notariële borreltafel of in een juridisch pleitgenootschap ontstaat weliswaar enig ongemak — waarom bestaat er eigenlijk een legitieme portie en waarom steeds weer de rompslomp van exploten van dagvaarding? — maar juristen zijn geen hemelbestormers, dus tot brandende pleidooien voor handhaving of revolutionaire voorstellen tot afschaffing komt het niet vaak. Slechts af en toe bindt iemand de kat de bel aan en pleit voor afschaffing van de legitieme portie of voor vervanging van het exploit van dagvaarding door een ander instrument om gerechtelijke procedures in te leiden. Dat gebeurt dan doorgaans in dermate omfloerste en technische bewoordingen dat alleen de juristenwereld de boodschap kan verstaan. En daarmee is het lot van de voorstellen beschoren, want juristen hebben een afkeer van ingrijpende wijzigingen van het recht en gaan liever over tot de orde van de dag.

2. Verdient de vraag naar handhaving of afschaffing van de legitieme portie anno 2003 een heus debat? Wie het vorenstaande betoog van J.M. Polak heeft gelezen, zal geneigd zijn deze vraag ontkennend te beantwoorden. Nu er na meer dan vijftig jaar discussie eindelijk een nieuw erfrecht in werking is getreden, wil toch niemand het op zijn of haar geweten hebben het gloednieuwe erfrecht al weer ter discussie te stellen. Wie heeft er nog zin in — en ziet de zin in van — zo'n debat?

3. En toch. Is er nu wel zo diepgaand nagedacht en gediscussieerd over de handhaving van de legitieme portie? Tussen en voor juristen is misschien alles pro en contra de legitieme portie wel gezegd en geschreven. Juristen koppelen hun visie op de legitieme portie vaak aan de veronderstelde functie van dit instituut in verleden en heden.

Tegenstanders van de legitieme portie wijzen erop dat de legitieme portie thuishoort in een periode waarin het familiekapitaal — de spreekwoordelijke boerderij — ten goede behoorde te komen aan alle kinderen en niet slechts aan de oudste zoon, tevens beoogd opvolger in het boerenbedrijf van vader-erflater. Anno 2003 behoeft vrijwel niemand meer te leven van geërfd familiekapitaal — zelfs de schaars geworden boerenkinderen niet — waarmee de legitieme portie thans iedere zin ontbeert. Voorstanders van de legitieme portie wijzen met enige huiver op de casus van de bejaarde vader die na het overlijden van moeder aan de haak wordt geslagen door het even spreekwoordelijke „groene blaadje”, die vervolgens vader opzet tegen de kinderen en na vaders ontijdige dood diens gehele hebben en houden blijkt te erven. De legitieme portie biedt de kinderen de broodnodige bescherming tegen al te inhalige jonge bloemen, ook anno 2003.

4. Hoe zit het met de buitenwereld, de niet-juristen? Heeft de buitenwereld zich de laatste — pakweg — dertig jaar in enig debat over dit onderwerp kunnen mengen? Ik hanteer met opzet deze periode van circa dertig jaar, omdat deze in mijn ogen staat voor een fase waarin de vrijheid van het individu om over zichzelf en zijn vermogen te beschikken, onmiskenbaar is toegenomen. Het ligt voor de hand om te denken dat deze toegenomen vrijheid zich vertaalt in de wens om als erflater vrijelijk — dus zonder last te hebben van een legitieme portie — over de nalatenschap te kunnen beschikken en in de aanvaarding dat een erfgenaam geen aanspraak heeft op een legitieme portie. Platter gezegd: nu ieder individu de vrijheid claimt én krijgt om gedurende zijn of haar leven alles wat van hem of haar is, te verbrassen, lijkt een algehele testeervrijheid de best hierop aansluitende vormgeving van ons erfrecht. Maar helaas weten wij niet hoe de buitenwereld erover denkt.

5. Wordt het niet eens tijd om het debat over handhaving dan wel afschaffing van de legitieme portie te openen voor de buitenwereld? En zou het niet een idee zijn om dat debat te stimuleren door aan het begin en aan het einde de mening van die buitenwereld te peilen en te publiceren? Het moet toch mogelijk zijn om een grootschalig onderzoek onder de Nederlandse bevolking te houden en te inventariseren welke meningen daar leven? De vragenlijst kan uiteraard niet volstaan met simplistische vragen — „Bent u een voorstander van handhaving van de legitieme portie?” — maar dient de respondenten diverse scenario's voor te leggen: (i) „Bent u er een voorstander van dat uw ouders te zijner tijd hun gehele vermogen kunnen nalaten aan uw

broers en zussen dan wel een willekeurige derde, en u daarbij geheel kunnen onterven?”, (ii) „Hoe beantwoordt u vraag (i) als u in de positie van erflater verkeert en uw kinderen u nimmer bezoeken?”. Dergelijke vragen en de gepubliceerde antwoorden daarop maken het debat toegankelijk voor niet-juristen en relevant voor juristen en regelgevers. Debat en onderzoek gaan zo hand in hand.

6. Daarnaast zou ik willen pleiten voor een „rechts”-vergelijkend onderzoek naar de mate van publieke instemming met het erfrecht in landen die het instituut van de legitieme portie niet kennen. Uiteraard zou eerst moeten worden onderzocht of er in dergelijke landen wellicht een (andere) vorm van vermogensrechtelijke bescherming van kinderen-erfgenamen jegens hun ouders-erflaters bestaat, die in functioneel opzicht vergelijkbaar is met de legitieme portie. Het zou interessant zijn om te weten in welke mate het publiek instemt met de bestaande testeervrijheid in (i) landen die het instituut van de legitieme portie kennen, (ii) landen die weliswaar dit instituut niet kennen, maar de testeervrijheid ook — zij het langs andere weg — beperken, en (iii) landen die een onbeperkte testeervrijheid kennen. Misschien zal blijken dat ieder stelsel ruwweg even „populair” is, maar het is ook denkbaar dat een bepaald stelsel significant veel steun geniet. Uiteraard zou de uitkomst van dit onderzoek eveneens moeten worden ingebracht in het hiervoor in paragraaf 5 geschetste debat.

7. Het zal de lezer niet verbazen als ik zeg dat het mij niet zou verbazen als het hiervoor in paragraaf 5 gesuggereerde onderzoek onder het Nederlandse publiek en het hiervoor in paragraaf 6 voorgestelde onderzoek naar de populariteit van het erfrecht in andere landen, tot de conclusie zouden leiden dat het nieuwe Nederlandse erfrecht op het punt van de testeervrijheid achterhaald en impopulair is en dat de Nederlandse burger als erflater volledige testeervrijheid wenst én als erfgenaam volledige testeervrijheid aanvaardt. Als ik mocht wedden, zou ik mijn geld zetten op afschaffing van de legitieme portie. Maar het zal nog wel even duren voor het zover is, zo leert de ervaring.

M.V. POLAK