

De wettelijke verdeling van de nalatenschap naar komend erfrecht op enige punten vergeleken met de ‘gewone’ verdeling en de ouderlijke boedelverdeling

*A.J.H. Pleysier**

1. INLEIDING

Een veel voorkomende casus is dat moeder¹ na het overlijden van vader in de voormalige echtelijke woning blijft zitten en ook overigens alle activa uit de boedel behoudt en dat de kinderen, die aldus geen activa uit de nalatenschap verkrijgen, wegens hun onderbedeling een vordering op moeder houden ter grootte van hun versterfportie² tot ook moeder is overleden.

In het onderstaande zal ik, voor die casus, met elkaar vergelijken de ‘gewone’ verdeling der nalatenschap,³ de thans nog veel gebruikte ouderlijke boedelverdeling, en de wettelijke verdeling als bedoeld in artikel 4:13 BW van het komend versterferfrecht.

* Mr. A.J.H. Pleysier is als universitair hoofddocent verbonden aan de afdeling notarieel recht van de Universiteit Leiden.

1. Ik ga ervan uit dat – zoals in de overweldigende meerderheid der gevallen – zowel de langstlevende echtgenoot als de kinderen van de eerststervende erfgenamen zijn. De eerststervende echtgenoot is meestal de vader, vandaar dat ik hem verder ook met ‘vader’ aanduid. De langstlevende echtgenoot duid ik derhalve ook wel met ‘moeder’ aan. Onder ‘boedel’ versta ik: de tussen echtelieden bestaande hebbende huwelijksgoederengemeenschap en de daarin begrepen nalatenschap van de eerststervende echtgenoot, of, als er geen huwelijksgoederengemeenschap was, de nalatenschap van de eerststervende echtgenoot.
2. Het feit dat moeder de verplichting opgelegd krijgt de boedelschulden geheel te voldoen drukt uiteraard de claims van de kinderen.
3. In de onderhavige casus levert de door de deelgenoten tot stand gebrachte verdeling een imitatie-ouderlijke boedelverdeling op. Er zijn daarnaast allerlei andere mogelijkheden van verdeling tussen moeder en de kinderen denkbaar, maar die imitatie-ouderlijke boedelverdeling leent zich het meest voor vergelijking met de wettelijke verdeling in het nieuwe erfrecht.

2. DE GEWONE VERDELING DER NALATENSCHAP

De dogmatisch geheimzinnige figuur van de 'gewone'⁴ verdeling, de verdeling door de deelgenoten gemaakt dus, is te vinden in titel 7 van boek 3, meer in het bijzonder in artikel 3:182 en 186. In grote lijnen zijn drie opvattingen in omloop met betrekking tot het 'wezen' van die verdeling. In de eerste plaats: net als onder het oude recht is de verdeling in principe *déclaratif de la propriété* maar met de bijzonderheid dat, gelet op artikel 3:186 lid 1, een leveringshandeling is voorgeschreven 'op dezelfde wijze als voor een overdracht'. Dat betekent voor een toebedeeld onroerend goed dat nodig is de inschrijving in de openbare registers van een akte die sterk lijkt op een transportakte.⁵ Voor roerende zaken zal een bezitsverschaffing volstaan om aan het vereiste van een leveringshandeling te voldoen. In de praktijk zal moeder wel de sleutels van de ex-echtelijke woning hebben en ook overigens het bezit van de 'spulletjes' hebben. Als moeder en kinderen afspreken dat moeder de spulletjes krijgt toegeëld zal die consensus impliceren dat de kinderen hun breukdeel van het bezit *brevi manu* aan hun moeder verschaffen.

Voor degenen daarentegen die van mening zijn dat de verdeling, net als in het Romeinse recht,⁶ alleen maar een titel als bedoeld in artikel 3:84 en 89 lid 2 oplevert, is de verdelingsakte ten aanzien van onroerend goed niet anders dan een transportakte, waarin vermelding van de contraprestatie⁷ en, zoals in de praktijk meestal wordt aangenomen, een zakelijke overeenkomst moet voorkomen.⁸ Voor wat betreft roerende zaken is de bezitsverschaffing tevens leveringshandeling.

4. Eigenlijk is, statistisch gezien, deze 'gewone' boedelverdeling allerminst gewoon: vaak ligt er, als vader het hoofd neerlegt, een testament houdende een 'moderne' ouderlijke boedelverdeling.
5. Daargelaten de vraag of, strikt genomen, een zakelijke overeenkomst en de vermelding van de contraprestatie in de verdelingsakte moet figureren, ziet men dat in de praktijk zeer vaak gebeuren.
6. C. 3, 38, 1.
7. Art. 46 Wet op het notarisambt.
8. Vgl. A.J.H. Pleysier, 'Vergelijking tussen transportakte en verdelingsakte', *De Notarisklerk*, 1342 (1996), p. 133-137, 1343 (1996), p. 152-155, 1344 (1996), p. 170-172, 1345 (1996), p. 189-191, 1346 (1996), p. 205-207, 1347 (1997), p. 5-9, 1348 (1997), p. 27-30, 1349 (1997), p. 53-54.

De derde mening is te vinden in de parlementaire geschiedenis⁹ waar van een 'tussenfiguur' wordt gerept.

In al die drie leren is het dus nodig dat ten aanzien van een toegedeelde zaak een voor die zaak relevante leveringshandeling heeft plaatsgevonden.

Het is van oudsher¹⁰ mogelijk dat een verdeling tot stand wordt gebracht waarbij een deelgenoot de hele zaak krijgt en de andere deelgeno(o)t(en) alleen maar een vergoeding in geld van hun aldus ontstane onderbedeling, zoals in het nieuwe erfrecht, althans voor de adiudicatio, uitdrukkelijk wordt erkend in art. 3:185 lid 2 sub b. Diezelfde gedachte vinden we bij de wettelijke verdeling van het nieuwe erfrecht.

3. DE OUDERLIJKE BOEDELVERDELING

De ouderlijke boedelverdeling als bedoeld in artikel 4:1167 van het erfrecht van 1838 is een verdeling der nalatenschap door de testateur tussen de descendentes of (sinds 1923) tussen de langstlevende en de descendentes. Omdat de ouderlijke boedelverdeling een verdeling is zijn daarop van toepassing de gewone regels ten aanzien van de verdeling, tenzij uit de wet het tegendeel blijkt. Dat betekent dat ook bij de ouderlijke boedelverdeling het mogelijk is dat de ene deelgenoot (moeder) alle zaken der nalatenschap verkrijgt en de andere deelgeno(o)t(en) (de kinderen) alleen maar geld ter grootte van hun onderbedeling: de zogenaamde 'moderne' ouderlijke boedelverdeling. De ouderlijke boedelverdeling zal na de invoering van het nieuwe erfrecht niet meer gemaakt kunnen worden. Eerder gemaakte ouderlijke boedelverdelingen blijven overigens onder het komend erfrecht hun werking uitoefenen.¹¹

In de praktijk speelt alleen maar die 'moderne' ouderlijke boedelverdeling een rol. Meestal ziet men dat niet alleen 'alles naar moeder schuift', maar ook dat de testateur bepaalt dat de kinderen

9. EV II Inv., *Parl. gesch.*, p. 1299.

10. Vgl. J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht*, nr. 56a.

11. Kan afgeleid worden uit art. 79 OW; vgl. ook art. 129 lid 3.

hun vorderingen wegens onderbedeling moeten 'opzouten' tot ook moeder het tijdelijke met het eeuwige heeft verwisseld.¹²

Gelet op artikel 129 lid 1 Overgangswet NBW kan een vordering van een legitimaris¹³ pas opgeëist worden als ook moeder het hoofd heeft neergelegd.

4. DE WETTELIJKE VERDELING ALS BEDOELD IN ARTIKEL 4:13 BW VAN HET KOMEND VERSTERFERFRECHT

De wettelijke verdeling van de nalatenschap van de eerststervende echtgenoot (hierna ook te noemen: wettelijke verdeling) is te vinden in artikel 4:13 van het komend erfrecht. De nalatenschap van de erflater die een echtgenoot en één of meer kinderen als erfgenamen achterlaat wordt, kort gezegd, door de wet zo verdeeld dat de langstlevende echtgenoot *van rechtswege* de goederen der nalatenschap verkrijgt en dat de kinderen een vordering op de langstlevende krijgen ter grootte van de waarde van hun erfdeel. Deze vordering kunnen zij alleen maar opeisen als de langstlevende failliet gaat of overlijdt.¹⁴

De ingewikkelde regelingen bij, onder meer, het hertrouwen van de langstlevende laat ik onbesproken.

Men zou kunnen betogen dat de wettelijke verdeling geen verdeling mag heten. Men zou dan, bijvoorbeeld, een a contrario beroep op artikel 4:182 kunnen doen, waar de oorspronkelijke saisine, namelijk de saisine van de langstlevende met betrekking tot

12. Volgens het arrest HR 21 december 1973, *NJ* 1974, 308 m.nt. WMK (Professor Mulder) maakt deze bepaling geen deel uit van de ouderlijke boedelverdeling. Derhalve kan deze bepaling een schending van de legitieme der kinderen opleveren, die dan weer in de praktijk wordt 'afgedekt' door een beroep op een dringende verplichting van moraal en fatsoen van de testateur jegens zijn echtgenote haar, ook na zijn dood, op de oude voet te laten voortleven. Meestal wordt onder meer bepaald dat de vordering ook opeisbaar is als moeder failliet gaat en als zij in een verzorgingshuis wordt opgenomen.
13. De vraag is wat de wet hier bedoelt. De vordering van een kind uit hoofde van de onderbedeling is ongetwijfeld een vordering van een legitimaris, een kind is immers legitimaris. Of bedoelt de wet alleen maar: een vordering uit hoofde van de legitieme? Ik neem het eerste aan.
14. Bij uiterste wil kunnen de opeisingsgronden worden uitgebreid. Het is, bijvoorbeeld, mogelijk te bepalen dat de vordering van de kinderen opeisbaar wordt als moeder in een verzorgingshuis wordt opgenomen. Zie art. 4:13 lid 3 in fine.

belangrijk, doch daar zit dogmatisch zo weinig ‘vlees’ aan dat ik die hier niet zal beantwoorden.

Onder de vraag wat in de boedel zit schuilt ook het volgende probleem. Vaak zal de te verdelen boedel bestaan uit de huwelijks-goederengemeenschap.¹⁶ Deelgenoten in die door de dood van vader ontbonden huwelijksgoederengemeenschap zijn de langstlevende in die hoedanigheid te ener zijde voor de helft, en de erfgenamen samen te anderzijde voor de andere helft.¹⁷

Volgens het versterferrecht krijgt de langstlevende het aandeel van een kind, het zal zeer vaak gebeuren dat de langstlevende in de hoedanigheid van erfgenaam naast de helft in de huwelijksgoederengemeenschap die zij behoudt ook nog eens krachtens erfrecht beurt.¹⁸

Ik laat de complicatie terzijde dat het ook nog eens kan zijn dat het overlijden van vader, kort gezegd, zal leiden tot de verdeling van een maatschap of vennootschap ‘waarin vader zat’.

Het zal duidelijk zijn dat de verdeling der huwelijksgoederengemeenschap in de sfeer van het erfrecht tot belangrijke consequenties kan leiden. Ik begin, voor het goede begrip, met het klassieke voorbeeld, dat overigens buiten de orde van mijn betoog valt, te weten het maken van een legaat van een zaak die zich in de huwelijksgoederengemeenschap bevindt. Stel aan één van de kinderen is het huis gelegateerd, maar bij de verdeling der huwelijksgoederengemeenschap delen de deelgenoten het huis toe aan moeder, en niet ‘aan de nalatenschap’.

Het legaat wordt dan een slag in de lucht: de gelegateerde zaak bevindt zich dan niet in de nalatenschap. Artikel 4:950 van het BW van 1838 geeft de legataris dan een vervangende schadevergoeding. Artikel 4:51 van het nieuwe erfrecht geeft eenzelfde regeling.

Bij de door de deelgenoten tot stand gebrachte verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap en de daarin begrepen nalatenschap

16. Een enkele keer zal er tussen echtelieden een ‘vrije’ mede-eigendom bestaan. Bijvoorbeeld: twee in een absoluut scheidingsstelsel gehuwde echtelieden kopen samen een huis. Het hierna vermelde geldt dan *mutatis mutandis*.

17. In de wandeling zeggen we ook wel dat die andere helft ‘in de nalatenschap zit’. De nalatenschap is natuurlijk geen rechtspersoon. Met die verkorte manier van zeggen wordt bedoeld dat de erfgenamen samen tot die andere helft gerechtigd zijn.

18. De leek drukt dat uit met de foute slagzin ‘de weduwe erft de helft plus een kindsdeel’.

van vader zullen de deelgenoten de verdeling van huwelijksgoederengemeenschap en nalatenschap vaak in één klap maken. Er ontstaan dan geen problemen wat betreft de vraag wat zich in de boedel bevindt. Stel echter dat zij het in twee étappes doen: eerst de huwelijksgoederengemeenschap en dan de nalatenschap. Delen zij alle activa meteen toe aan moeder, en aan de kinderen alleen maar een vordering wegens hun onderbedeling, dan is de verdeling der nalatenschap verder alleen maar een kwestie van verrekenen.

Zou men – een bizarre gang van zaken – de activa der nalatenschap toebedelen ‘aan de nalatenschap’, dan zou men alleen maar de toedeling der activa aan moeder kunnen redden door aan haar als mede-erfgenaar toe te delen. Dat kan natuurlijk alleen maar als moeder mede-erfgenaar is.

Bij de ‘moderne’ ouderlijke boedelverdeling maakt het niet uit hoe de huwelijksgoederengemeenschap wordt verdeeld tussen de langstlevende en de nalatenschap. Wordt door de deelgenoten, bijvoorbeeld, de voormalige echtelijke woning aan moeder in haar hoedanigheid van langstlevende toebedeeld, dan heeft zij ‘meteen’ de eigendom van het huis. Wordt het huis echter door de deelgenoten ‘aan de nalatenschap’ toebedeeld, dan heeft zij evengoed de eigendom van het huis. De ouderlijke boedelverdeling bewerkstelligt immers dat het huis, in de nalatenschap terechtgekomen zijnde, aan moeder is toebedeeld. Volgens de HR¹⁹ moet men een enigszins andere redenering volgen: als ik het goed begrijp heeft moeder na de dood van vader de helft van het huis krachtens huwelijksvermogensrecht en zit de andere helft in de nalatenschap. Door de ouderlijke boedelverdeling – die uitsluitend binnen de nalatenschap werkt – schuift de laatstgenoemde helft naar moeder zodat zij ook voor die helft tot het huis gerechtigd wordt.

Bij de wettelijke verdeling dringt zich de vraag op wat er gebeurt als na de dood van vader de deelgenoten besluiten alle goederen der huwelijksgoederengemeenschap aan moeder in haar hoedanigheid van langstlevende toe te bedelen. De nalatenschap bevat alsdan alleen maar een ‘vordering wegens onderbedeling’ op

19. Zie de uitspraak (in de wandeling ‘arrest’ genoemd) van HR 9 september 1988, NJ 1989, 239 (WMK) (Van der Kammen-Ktr. Tiel), waarover A.J.H. Pleysier (m.a.) ‘Een nieuwe uitspraak over de ouderlijke boedelverdeling’, *De Notaris*, 1248 (1988), p. 303-305.

moeder. Moeder verkrijgt van rechtswege datgene wat in de nalatenschap zat: te weten een vordering.

Voor moeder maakt het, op het eerste gezicht, niet uit: zij krijgt door de verdeling der huwelijksgoederengemeenschap alle goederen tegen 'inlevering' van een schuld wegens overbedeling aan haar kinderen. Van het standpunt van de kinderen maakt het op het eerste gezicht ook niet uit: zij krijgen uiteindelijk een vordering wegens onderbedeling op hun moeder.

Bij nader inzien wordt de wettelijke verdeling dan in zoverre een slag in de lucht dat het hele ingewikkelde systeem van titel 3 van boek 4 dat poogt het 'stiefoudergevaar'²⁰ te regelen zich dan oplost in verrekeningen. Als bijvoorbeeld moeder verplicht is aan haar kinderen bij haar hertrouwen de blote eigendom van goederen over te dragen slaat dat op goederen die moeder als erfgename van vader heeft verkregen: we zitten hier immers in het erfrecht. En in de nalatenschap zit alleen maar een bij de verdeling der huwelijksgoederengemeenschap ontstane vordering! De wet geeft voor dit probleem een praktische, doch dogmatisch hoogst problematische oplossing: op de valreep is ingevoegd artikel 4:24 waarin onder de 'goederen' die moeder bij hertrouwen aan de kinderen moet overdragen ook worden begrepen de goederen die zich in een door het overlijden van vader ontbonden huwelijksgoederengemeenschap bevonden. We zetten dan zo ongeveer alles wat we geleerd hebben over de werking van de verdeling, meer in bijzonder de verdeling der huwelijksgoederengemeenschap, overboord.

Hand in hand met de vraag welke boedelbestanddelen er zijn gaat de vraag: wat zijn de boedelbestanddelen waard? Gelet op artikel 4:16 lid 1 kunnen echtgenoot en kinderen, als gemeld, verlangen dat een boedelbeschrijving wordt opgemaakt. Kennelijk acht de wet, gelet op de tweede zin van dat artikellid, een boedelbeschrijving zonder waardering niet denkbaar. In de praktijk zien we in een boedelbeschrijving inderdaad altijd een waardering opgenomen. Ook hier zal ik de problematiek van de 'personae miserabiles' niet bespreken. Ik ga dus onder meer voorbij aan de vraag of er een beëdigd taxateur aan te pas moet komen.

Van groot belang kan zijn de vraag of gewaardeerd moet worden per de sterfdag of per de dag van verdeling. Bij de 'gewone'

20. Voorbeeld: het 'horloge van opa' komt in de verkeerde familie terecht.

verdeling, waarbij de ene deelgenoot dit krijgt en de ander dat, is de dogmatisch juiste oplossing: zo dicht mogelijk bij de dag der verdeling, tot dat moment immers waren de deelgenoten als eigenaren 'for better and for worse' in de activa betrokken zodat de waardestijgingen en -dalingen voor hun aller rekening en risico komen. Delen de deelgenoten echter, zoals zo vaak geschiedt, alles aan moeder toe, dan ziet men in het algemeen de sterfdag als peildatum. Het probleem doet zich bij de wettelijke verdeling niet voor aangezien beide momenten samenvallen. Hetzelfde geldt overigens ook al bij de ouderlijke boedelverdeling.

De vraag naar de waardering verengt zich in de praktijk tot de vraag of de ex-echtelijke woning gewaardeerd moet worden naar de leegwaarde of de (uiteraard veel lagere) waarde bewoond. Ik zou terzake van de wettelijke verdeling geen ander standpunt innemen dan ten aanzien van de waardering bij de ouderlijke boedelverdeling.²¹ Derhalve opteer ik, in beginsel, voor de leegwaarde. Ook hier geldt weer dat de Successiememorie goede diensten kan verrichten, maar het is niet zonder meer gezegd dat de successiewaarde de waarde is waarvoor de partijen de boedelbestanddelen in hun onderlinge verrekening moeten betrekken.

De vraag welke boedelbestanddelen naar wie gaan is in casu buitengewoon gemakkelijk te beantwoorden. *Alle* boedelbestanddelen gaan naar de langstlevende. Artikel 13 lid 1 bepaalt dat de erfflater alleen maar de 'hele afdeling' buiten toepassing kan verklaren.²²

De verschuiving van eigendom van boedelbestanddelen

Wij komen nu toe aan de vraag hoe die boedelbestanddelen qua eigendom naar de langstlevende 'verschuiven'. Deze vraag is eigenlijk een deelvraag van de vraag hoe de gerechtigdheid tot de activa van de boedel naar haar verschuift. Ik zal mij tot de eigendom beperken. Eerst de eigendom van registergoederen, waarbij ik me beperk tot eigendom van onroerend goed.

Het meest in het oog springende verschil tussen de wettelijke verdeling en de 'gewone' verdeling is uiteraard dat de 'gewone'

21. Vgl. Pitlo, *Erfrecht*, nr. 215.

22. Wil men, bijvoorbeeld, een kind een boedelgoed doen toekomen dan kan men hem dat legateren.

toedeling van het huis in het vat van een notariële akte moet worden gegoten welke in de openbare registers moet worden ingeschreven. De verschillende theorieën omtrent het wezen der verdeling daargelaten: artikel 3:186 lid 1 eist, als gezegd, voor de overgang van het aan moeder toegedeelde huis 'levering op dezelfde wijze als voor overdracht is voorgeschreven'.²³

Voor wat betreft de ouderlijke boedelverdeling echter geldt, gelet op artikel 4:1167 in zijn laatste versie, dat het vereiste van de leveringshandeling als bedoeld in artikel 3:186 lid 1 niet van toepassing is. Ouderlijke boedelverdelingen hoeven dus ook niet in de openbare registers te worden ingeschreven. Dat blijft onder het komend erfrecht zo.²⁴

Niettemin is ook bij de ouderlijke boedelverdeling het inschrijven van de verklaring van erfrecht en toedeling of van een akte constatering van een ouderlijke boedelverdeling soms aanbevelenswaardig.²⁵

De wettelijke verdeling werkt van rechtswege. Er is derhalve geen inschrijving van enigerlei stuk in de openbare registers nodig. Wat dat betreft kan men, als gezegd, duidelijk zien dat de wettelijke verdeling is 'afgekeken' van de ouderlijke boedelverdeling, waar, als gezegd, gelet op artikel 4:1167 tweede zin, artikel 3:186 lid 1 niet van toepassing is. Inschrijving ad informandum in de openbare registers kan nuttig zijn.²⁶

Bij roerende zaken moet bij de 'gewone' verdeling een leveringshandeling plaatsvinden, te weten een bezitsverschaffing. Bij de

23. Inschrijving van een 'gewone' verdeling is mogelijk alleen al op grond van art. 3:17 lid 1 sub a. De verdeling is immers een rechtshandeling die van belang is voor de rechtstoestand van een registergoed.

24. Art. 129 lid 3 OW.

25. Inschrijving van de ouderlijke boedelverdeling is mogelijk op grond van art. 17 lid 1 sub a: de ouderlijke boedelverdeling is een rechtshandeling die van belang is voor de rechtstoestand van een registergoed. Vaak schrijft de notaris dan een 'verklaring van erfrecht en toedeling' of een uittreksel van de door de deelgenoten gedane in het vat van een notariële akte gegoten 'constatering ouderlijke boedelverdeling' in.

26. Dit is, zo durf ik te stellen, mogelijk op grond van art. 17 lid 1 sub b: de erfopvolging bij versterf door de langstlevende impliceert immers de 'wettelijke verdeling'. Dat zal dan wel gebeuren door de inschrijving van een verklaring van erfrecht.

ouderlijke boedelverdeling, waar een leveringshandeling, als gezegd, niet nodig is, krijgt moeder ‘automatisch’ de eigendom.

De volgende vraag is: hoe verschuiven de boedelbestanddelen qua bezit? Wordt moeder door de werking van de wettelijke verdeling automatisch bezitter?

Zoals ik al zei eist artikel 3:186 lid 1 voor de overgang, dat wil zeggen voor de overgang van de eigendom, van het aan moeder bij wege van ‘gewone’ verdeling toegedeelde huis ‘levering op dezelfde wijze als voor overdracht is voorgeschreven’. Voor roerende zaken, waarbij immers de relevante leveringshandeling bezitsverschaffing is, is daarmee gegeven dat degene aan wie de eigendom wordt toebedeeld bezitter geworden is. Echter: bij registergoederen en dus ook bij onroerende zaken – ik denk hier in de eerste plaats aan de ex-echtelijke woning – wordt het beeld niet verduisterd door het feit dat bezitsverschaffing tevens eigendomsverschaffing teweeg brengt. In de praktijk zien wij ook hier weer een bezitsverschaffing *brevi manu* door de overige deelgenoten aan de langstlevende. De vraag is echter of een bezitsverschaffing nodig is gelet op lid 2 van artikel 3:186. Is eenmaal de eigendom volgens de regelen der kunst aan de langstlevende toebedeeld, dan volgt het bezit vanzelf.

Artikel 3:186 lid 2 leert ons immers dat degene aan wie wordt toebedeeld het toebedeelde alsdan ‘houdt onder dezelfde titel als waaronder de deelgenoten dit tezamen vóór de verdeling hielden’. Op de precieze betekenis van deze geheimzinnige woorden ga ik niet nader in,²⁷ in ieder geval betekent het óók dat, als vader bezitter was, de erfgenamen uiteraard bezitter worden – de oorspronkelijke *saisine* – en dat na de toedeling degene die de zaak krijgt toegeschoven wederom bezitter wordt.²⁸

Zien wij de wettelijke verdeling als verdeling, dan is hiermede artikel 3:186 lid 2 van toepassing, en kan de vraag wat in de sfeer van het bezit de positie van moeder is gemakkelijk beantwoord worden. Artikel 4:182 lid 1 tweede volzin (waar alleen de langstlevende opvolgt in het bezit en het houderschap van erflater) lijkt dan overbodig.

27. Vgl. A.J.H. Pleysier, ‘Over de betekenis van het woord ‘titel’ in art. 3.7.1.14a NBW’, *WPNR* 5654 (1983), p. 351-355.

28. Was vader houder, dan geldt *mutatis mutandis* hetzelfde.

6. PASSIVA

Last but not least dient aan bod te komen de vraag wat het effect van de 'gewone' verdeling, de ouderlijke boedelverdeling en de wettelijke verdeling is op de schulden der nalatenschap.²⁹ Onder het thans nog geldende erfrecht doet zich een eigenaardig probleem voor ten aanzien van de schulden der nalatenschap. Voor het gemak kies ik als voorbeeld de hypothecaire schuld met betrekking tot de echtelijke woning.

Meestal door de werking van de ouderlijke boedelverdeling, maar soms ook door een door de deelgenoten verrichte verdeling der nalatenschap krijgt moeder alle activa die zich in de nalatenschap bevonden toegeschoven. Daarbij zou passen dat zij de verplichting krijgt de schulden der nalatenschap te betalen. Zo staat het praktisch altijd in de ouderlijke boedelverdeling, en zo spreken bij een 'gewone' verdeling de deelgenoten dat af. Moeder moet dan de boedelschulden 'als eigen schulden' voldoen.

De hypotheekbank zou zich op het standpunt kunnen stellen dat zij niets hiermee te maken heeft: niemand kan tegen zijn wil een nieuwe debiteur krijgen opgedrongen.³⁰ De hypotheekbank kan zich dus pro rata parte voor rente en aflossing wenden tot de erfgenamen.³¹ In de praktijk zal moeder rustig doorgaan met het betalen van rente en aflossing en zal de hypotheekbank zich deze moeite dus kunnen sparen.

Het mag dan waar zijn dat niemand een nieuwe debiteur kan worden opgedrongen, artikel 6:155 laat toe dat de schuld van de debiteur overgaat op een ander als de crediteur zijn toestemming geeft. Wat als de hypotheekbank ermee accoord gaat dat de rekeningen voor rente en aflossing voortaan naar de langstlevende gaan? Het resultaat van artikel 6:155 zou dan zijn, als ik het goed zie, dat de oorspronkelijke debiteur is bevrijd. Ik zou hier toch eerder een beding ten behoeve van een derde in zien,³² met als uitwerking dat

29. Ik laat terzijde dat onder het nieuw erfrecht sommige schulden tot 'schulden der nalatenschap' worden gebombardeerd die dat vroeger niet waren: bij voorbeeld de claim van de fiscus uit hoofde van het successierecht en de aanspraken van legitimarissen.

30. Art. 6:155.

31. Bijvoorbeeld: voor de helft tot de langstlevende en voor de andere helft tot de erfgenamen (de langstlevende daar eventueel onder begrepen) pro rata parte.

32. Art. 6: 253.

de oorspronkelijke debiteuren (minus moeder) debiteur blijven en moeder voor honderd procent ook nog eens debitrice wordt.

Dat effect lijkt op het eerste gezicht op de toestand bij de wettelijke verdeling. In het systeem van de wettelijke verdeling is moeder verplicht tegenover de hypotheekbank tot voldoening van alle rente en aflossing. Zie daarover artikel 4:14 lid 1. De hypotheekbank krijgt er dan op het eerste gezicht een stukje bij: de bank kan nog altijd de deelgenoten pro rata parte aanspreken, maar ook moeder voor het geheel.³³ Uiteindelijk krijgt de bank een fopspeen aangereikt omdat op de voet van artikel 4:14 lid 3 in principe voor de schulden der nalatenschap de goederen van een kind niet kunnen worden uitgewonnen, huiselijk gezegd een soort automatische beneficiaire aanvaarding. De positie van de bank is dus minder riant dan, op papier, bij de ouderlijke boedelverdeling.

In de verhouding tot de kinderen is moeder bij de ouderlijke boedelverdeling en bij de wettelijke verdeling verplicht tot betaling van rente en aflossingen. Dit is boekhoudkundig overigens geen voordeel voor de kinderen: hun vordering op moeder wegens onderbedeling daalt immers navenant.

33. Vgl. art. 4:14 lid 1 jo. 182 lid 2.