



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De ouderlijke boedelverdeling en het overgangsrecht

Es, P.C. van

Citation

Es, P. C. van. (2011). De ouderlijke boedelverdeling en het overgangsrecht. *Tijdschrift Erfrecht*, 2011(4), 59-62. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/73938>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/73938>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Artikel

De ouderlijke boedelverdeling en het overgangsrecht

Mr. P.C. van Es*

1 Inleiding

Het oude BW voorzag in artikel 1167 in de mogelijkheid dat een testateur zijn nalatenschap verdeelde tussen zijn afstammelingen onderling, of tussen dezen en de langstlevende echtgenoot:

‘De bloedverwanten in de opgaande linie mogen bij uiterste wilsbeschikking, of bij notariële akte, tussen hunne afkomelingen onderling of tussen dezen en hun langstlevenden echtgenoot de verdeling en scheiding hunner goederen maken.’

Tot het begin van de jaren vijftig van de vorige eeuw werd van de mogelijkheid om een zogeheten ouderlijke boedelverdeling te maken weinig gebruik gemaakt. Illustratief in dit verband is de volgende opmerking van Suijling uit 1931:

‘Op het bezit van de door de art. 1167 vlg. verleende bevoegdheid blijken, naar de ervaring leert, ascendenten echter geen prijs te stellen. Ouders gaan hier te lande vrijwel nimmer tot boedelverdeling over.’¹

Rond 1952 veranderde dit toen de ouderlijke boedelverdeling werd ‘ontdekt’ als middel om de langstlevende echtgenoot verzorgd achter te laten.² De ouderlijke boe-

delverdeling als verzorgingsmaking hield in dat alle goederen van de nalatenschap aan de langstlevende werden toebedeeld onder de verplichting dat deze de schulden van de nalatenschap voor zijn rekening nam. De kinderen moesten genoeg nemen met een vordering in geld wegens onderbedeling, waarbij werd bepaald dat deze vordering pas bij het overlijden van de langstlevende opeisbaar was, of voordien in andere in het testament genoemde gevallen, zoals bij faillissement. Ten aanzien van de niet-opeisbaarheid van de vordering van de kinderen bepaalde het testament voorts dat deze bepaling was opgenomen ter voldoening aan een natuurlijke verbintenis, inhoudende de morele verplichting van de erfflater om de echtgenoot in staat te stellen op dezelfde financiële voet voort te leven als voor het overlijden van de erfflater.

Naar huidig recht is het niet meer mogelijk om geldig een ouderlijke boedelverdeling te maken (zie art. 4:42 lid 1 BW), maar er zullen nog vele nalatenschappen openvallen waarin een ‘oude’ ouderlijke boedelverdeling is gemaakt. In het onderstaande wordt deze uiterste wilsbeschikking vanuit overgangsrechtelijk perspectief bezien.

2 De geldigheid van een voor 1 januari 2003 gemaakte ouderlijke boedelverdeling

Wanneer na de invoering van het nieuwe recht (op 1 januari 2003) een erfflater overlijdt die onder oud recht geldig een ouderlijke boedelverdeling heeft gemaakt,

* Mr. P.C. van Es is universitair hoofddocent notarieel recht aan de Universiteit Leiden.

1. J.Ph. Suijling, Inleiding tot het burgerlijk recht, zesde stuk: Erfrecht, Haarlem 1931, p. 421-422.

2. Zie E.A.A. Luijten, Preadvies voor de Broederschap der Candidaat-Notarissen 1958, p. 60-65.

rijst de vraag wat de status is van diens uiterste wilsbeschikking.

Op grond van de overgangsrechtelijke hoofdregel van artikel 68a Overgangswet NBW (onmiddellijke werking) moet de geldigheid van een uiterste wilsbeschikking in beginsel beoordeeld worden naar het recht dat geldt op het moment van overlijden van de erflater. Toepassing van deze hoofdregel zou de nietigheid van de ‘oude’ ouderlijke boedelverdelingen beteken, aangezien uit artikel 4:42 lid 1 BW (en het hierin vervatte gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen) volgt dat een ouderlijke boedelverdeling naar huidig recht geen geldige uiterste wilsbeschikking is. Artikel 79 Overgangswet NBW biedt hier echter uitkomst:

‘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.’

Een uiterste wilsbeschikking die onder het oude recht geldig was, blijft derhalve geldig.

In de literatuur wordt wel het standpunt verdedigd dat indien een nalatenschap onder het huidige recht is opengevallen, het bepaalde in artikel 127 Overgangswet NBW een noodzakelijke tussenstap vormt om aan de toepassing van artikel 79 Overgangswet NBW toe te komen.³ Deze gedachte lijkt mij onjuist.

Artikel 127 Overgangswet NBW luidt als volgt:

‘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.’

Deze bepaling ziet, blijkens het eerste zinsdeel, op ‘bepalingen omtrent nietigheid en vernietigbaarheid van het tevoren geldende recht’. Dergelijke bepalingen zijn in het onderhavige geval niet aan de orde: het gaat om een ouderlijke boedelverdeling die naar oud recht geldig was.

De betekenis van artikel 127 Overgangswet NBW komt in paragraaf 4 nader aan de orde, maar hieronder volgen al enige opmerkingen over de bepaling. Het artikel geeft ten opzichte van de regelingen van artikel 80 en 81 Overgangswet NBW een noodzakelijke aanvulling ten aanzien van rechtshandelingen die bestaan in een uiterste wilsbeschikking.

Artikel 80 en artikel 81 Overgangswet NBW geven – kort gezegd – voor rechtshandelingen in het algemeen

een regeling voor het geval waarin een rechtshandeling onder het oude recht vernietigbaar of nietig was, maar onder het komende recht geldig (of slechts vernietigbaar in plaats van nietig). Wanneer onder het oude recht nog geen beroep was gedaan op de vernietigbaarheid of nietigheid, dan geldt na de inwerkingtreding van de nieuwe wet het onder die wet geldende regime.

Een kenmerkende eigenschap van een uiterste wilsbeschikking is dat zij als rechtshandeling tot stand komt op het moment van het maken van een testament, maar pas effect sorteert na het overlijden van de erflater. De nietigheid of vernietigbaarheid van een onder oud recht gemaakte uiterste wilsbeschikking van een erflater die onder huidig recht overlijdt, kan daarom ten tijde van de gelding van het oude recht nog niet worden ingeroepen, hetgeen betekent dat artikel 80 en artikel 81 Overgangswet NBW op deze uiterste wilsbeschikking niet van toepassing zijn.⁴ Dit is de reden waarom een aparte erfrechtelijke overgangsregeling nodig is, die haar beslag heeft gekregen in artikel 127 Overgangswet NBW. De bepaling behelst dat wanneer een nalatenschap onder huidig recht openvalt, de oude nietigheids- en vernietigbaarheidsbepalingen niet meer relevant zijn. Als een nalatenschap echter al onder oud recht is opengevallen, worden de overgangsrechtelijke aspecten van de nietigheid of vernietigbaarheid van een uiterste wilsbeschikking wel beheerst door de algemene regeling van artikel 80 en artikel 81 Overgangswet NBW.

De bijzondere aard van de uiterste wilsbeschikking als rechtshandeling leidt er niet toe dat ook ten aanzien van de algemene regeling van artikel 79 Overgangswet NBW een bijzondere regeling hoeft te worden getroffen, zoals artikel 127 Overgangswet NBW dat doet ten aanzien van artikel 80 en artikel 81 Overgangswet NBW. De rechtshandeling ‘ouderlijke boedelverdeling’ is verricht onder het oude recht (ook al overlijdt de erflater onder het huidige recht) en deze rechtshandeling kan op grond van artikel 79 Overgangswet NBW niet getroffen worden door ‘nieuwe’ nietigheden of vernietigbaarheden.

Wat de precieze betekenis is van de verwijzing naar artikel 79 Overgangswet NBW in artikel 127 Overgangswet NBW is mij niet geheel duidelijk. In de parlementaire geschiedenis bij artikel 127 Overgangswet NBW leest men hierover het volgende:

‘Met het tevoren geldende recht wordt als volgt rekening gehouden: was de uiterste wilsbeschikking, zoals de ouderlijke boedelverdeling, op het tijdstip waarop zij werd opgemaakt, als zodanig geldig tot stand gekomen, dan blijft zij dat, ook al is zij onder het nieuwe recht niet meer toegestaan. Dit vloeit voort uit de zinsnede ‘onverminderd het bepaalde in art. 79.’⁵

3. Zie bijvoorbeeld Handboek Erfrecht (2006), L.C.A. Verstappen, I 8.4, p. 21-22 en Handboek Erfrecht (2006), F.W.J.M. Schols, VI 4.2, p. 136. Zie ook Klaassen-Luijten-Meijer, Erfrecht, Deventer: Kluwer 2008, nrs. 106, 112, 199 en 917.

4. Vgl. Kamerstukken II 1999/2000, 26 822, nr. 6, p. 3-4.

5. Kamerstukken II 1999/2000, 26 822, nr. 3, p. 7.

Mijns inziens zou over de gelding van artikel 79 Overgangswet NBW ook zonder deze verwijzing geen enkele twijfel bestaan.

3 De ouderlijke boedelverdeling en artikel 129 Overgangswet NBW

Alvorens in paragraaf 4 nader in te gaan op de betekenis van artikel 127 Overgangswet NBW, wordt in deze paragraaf kort ingegaan op artikel 129 Overgangswet NBW. Het eerste lid van dit artikel is van groot praktisch belang en versterkt de positie van de langstlevende echtgenoot ten opzichte van de kinderen (als legitimaris) bij een ouderlijke-boedelverdelingstestament, gemaakt door een erflater die onder huidig recht overlijdt. Zoals hierboven in de inleiding al aan de orde kwam, werd de bescherming van de langstlevende bij de ouderlijke boedelverdeling vormgegeven door de vordering van de kinderen gedurende het leven van de langstlevende onopeisbaar te maken, waarbij vermeld werd dat deze bepaling was opgenomen ter voldoening aan een natuurlijke verbintenis. Het al dan niet bestaan van de natuurlijke verbintenis vormde de zwakke stee van de constructie. Indien de niet-oepsbaarheid niet (of niet geheel) gerechtvaardigd werd door de natuurlijke verbintenis, konden de kinderen een deel van de vordering (als legitimaris) opeisen. Op grond van artikel 129 lid 1 Overgangswet NBW geldt dat een eventuele niet-oepsbaarheidsclausule in een ouderlijke-boedelverdelingstestament stand houdt, onafhankelijk van het bestaan van een natuurlijke verbintenis:

‘Indien een erflater voor het in werking treden van de wet ten behoeve van zijn niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of zijn geregistreerde partner een uiterste wilsbeschikking heeft gemaakt en de nalatenschap nadien is opge gevallen, is de vordering van een legitimaris, voor zover deze ten laste zou komen van de echtgenoot of geregistreerde partner, eerst oepsbaar na diens overlijden.’

De ouderlijke boedelverdeling werkte onder het oude erfrecht van rechtswege; een levering op grond van artikel 3:186 lid 1 BW was niet vereist. Ter gelegenheid van de invoering van het laatstbedoelde artikel op 1 januari 1992 was aan artikel 1167 BW (oud) een slotzin toegevoegd waarin dit voorschrift buiten toepassing werd verklaard bij de ouderlijke boedelverdeling. Sinds de invoering van het nieuwe erfrecht vindt men in artikel 129 lid 3 Overgangswet NBW de regel dat artikel 3:186 lid 1 BW op de ouderlijke boedelverdeling niet van toepassing is.

4 Artikel 127 Overgangswet NBW en oude nietigheden en vernietigbaarheden betreffende de ouderlijke boedelverdeling

Het hierboven in paragraaf 2 geciteerde artikel 127 Overgangswet NBW verklaart ten aanzien van uiterste wilsbeschikkingen nietigheden en vernietigbaarheden van het tevoren geldende recht buiten toepassing, wanneer de nalatenschap onder het huidige recht openvalt. Met betrekking tot de ouderlijke boedelverdeling zijn twee bepalingen uit het oude recht in dit verband van belang. In de eerste plaats is dat artikel 1169 BW (oud) dat bepaalde dat de verdeling geheel en al nietig is indien deze ‘niet gemaakt is tusschen alle de kinderen, die ten tijde van het overlijden in leven zijn, en de afkomelingen der vooroverledene’. Het tweede relevante artikel is artikel 1170 BW (oud) dat voorzag in vernietiging van de verdeling wegens benadeling voor meer dan een kwart.

De vraag die thans opkomt is of artikel 127 Overgangswet NBW deze gebreken inderdaad heelt. De parlementaire geschiedenis bij het artikel lijkt hier zonder meer van uit te gaan:

‘Alleen de nieuwe wet is bepalend of de ouderlijke boedelverdeling nietig of vernietigbaar zal zijn. Zo zal artikel 1170 van de thans nog geldende wet (‘benadeling voor meer dan een kwart’) op ouderlijke boedelverdelingen die na het tijdstip van inwerkingtreding van de wet moeten worden uitgevoerd, vanaf dat tijdstip niet meer kunnen worden toegepast. De artikelen 196 tot en met 198 van Boek 3 gelden voor ouderlijke boedelverdelingen uiteraard wel (dit zijn immers bepalingen die in het tevoren geldende recht voorkomen, maar die zullen blijven gelden).’⁶

Over het overslaan van één van de kinderen (art. 1169 BW (oud)) laat de minister zich hier niet uit, maar uit de redenering volgt duidelijk dat ook dit volgens de minister niet in de weg staat aan de geldigheid van een ouderlijke boedelverdeling, gemaakt door een na 1 januari 2003 overleden erflater.⁷

Op het eerste gezicht heb ik enige moeite met deze gedachtegang. De ratio van artikel 127 Overgangswet NBW lijkt mij namelijk te zijn dat die nietigheden en vernietigbaarheden buiten toepassing worden verklaard die onder het huidige recht niet meer gelden. Voorkomen wordt aldus dat een onder oud recht gemaakte beschikking (die effect sorteert onder het huidige recht) getroffen kan worden door een oude nietigheid of vernietigbaarheid, terwijl deze beschikking naar huidig

6. Kamerstukken II 1999/2000, 26 822, nr. 3, p. 7.

7. Zie ook Kamerstukken II 1999/2000, 26 822, nr. 6, p. 4.

recht wel geldig zou kunnen zijn gemaakt.⁸ Ten aanzien van de ouderlijke boedelverdeling geldt echter dat het huidige erfrecht deze uiterste wilsbeschikking niet meer kent. Er lijkt daarom ten aanzien van een dergelijke beschikking geen reden te zijn om de oude nietigheden en vernietigbaarheden buiten toepassing te achten. Hier staat echter tegenover dat – zoals Kolkman terecht heeft opgemerkt⁹ – *het resultaat* van een ouderlijke boedelverdeling waarbij een kind is overgeslagen, naar huidig recht bereikt kan worden door onterving van een kind en het van toepassing verklaren van de wettelijke verdeling tussen de langstlevende echtgenoot en de overige kinderen. Zo bezien is het terecht dat artikel 127 Overgangswet NBW in het onderhavige geval zijn helende werking uitoefent. Er zijn echter grenzen. Kolkman geeft het voorbeeld van een onder drie buurvrouwen gemaakte ouderlijke boedelverdeling. Een dergelijke ouderlijke boedelverdeling is – gelet op de ratio van artikel 127 Overgangswet NBW – ook nietig wanneer de maker hiervan na invoering van het huidige erfrecht overlijdt.

5 Conclusie

In deze bijdrage is in het bijzonder artikel 127 Overgangswet NBW aan analyse onderworpen. Ten aanzien van de geldigheid van een onder het oude recht opgemaakte ouderlijke boedelverdeling speelt deze bepaling mijns inziens geen rol naast artikel 79 Overgangswet NBW.

Wat betreft de nietigheden en vernietigbaarheden waaraan de ouderlijke boedelverdeling in het oude recht blootstond (art. 1169 en art. 1170 BW (oud)) zijn de wetteksten van artikel 127 Overgangswet NBW en de toelichting hierop duidelijk. De nietigheden en vernietigbaarheden hebben hun betekenis verloren ten aanzien van nalatenschappen die na 1 januari 2003 zijn opengevallen. Op grond van de ratio van artikel 127 Overgangswet NBW zou ik het artikel desalniettemin in zoverre beperkt willen uitleggen dat de bepaling alleen voorkomt dat een uiterste wilsbeschikking door een oude nietigheid of vernietigbaarheid wordt getroffen indien de betreffende uiterste wilsbeschikking naar huidig recht geldig kan worden gemaakt, dan wel indien het beoogde resultaat van de (onder oud recht) nietige of vernietigbare uiterste wilsbeschikking naar huidig recht langs een andere weg kan worden bereikt.

8. Daarnaast bestaat de variant dat een uiterste wilsbeschikking die onder het oude recht nietig was, onder het huidige recht slechts vernietigbaar is.

9. W.D. Kolkman, 'Erfrechtelijk overgangsrecht: 'oude inkleuring' in een nieuwe boedel', WPNR (2005) 6624, p. 470-471.