

Varia legitieme portie

Verschillende knelpunten van de legitieme portie

Masterscriptie Notarieel Recht

I.R.W. Brouwer

Studentnummer: 0208302

Universiteit van Amsterdam

Begeleider: prof. mr. S. Perrick

Datum: 26 september 2013

Inhoud

1 Inleiding

2 Erfrecht

2.1 Algemeen

2.2 Wettelijke verdeling

3 De legitieme portie

3.1 Geschiedenis

3.2 Algemeen

3.3 De legitimaris

3.4 Omvang van de legitieme portie

§ 3.4.1 Het legitimaire breukdeel

§ 3.4.2 De legitimaire massa

§ 3.4.3 Vermindering

3.5 Geldend maken van de legitieme portie

§ 3.5.1 Vordering

§ 3.5.2 Opeisbaarheid

§ 3.5.3 Verval

§ 3.5.4 Verjaring

3.6 Inkorting

§ 3.6.1 Algemeen

§ 3.6.2 Volgorde van inkorting

4 Knelpunten legitieme portie

4.1 Algemeen

4.2 Schulden van de nalatenschap

4.3 Vordering

4.4 Wettelijke verdeling

4.5 Ausser Betracht-regel

4.6 Recessie

5 Conclusie

6 Literatuurlijst

1 Inleiding

Voor u ligt mijn scriptie ter afsluiting van mijn Master Notarieel Recht aan de Universiteit van Amsterdam. Het onderwerp is de legitieme portie. De legitieme portie is een interessante regeling binnen ons erfrecht, maar bovenal ook een ingewikkelde regeling. Er is dan ook veel geschreven door verschillende auteurs over dit leerstuk. Niet alleen het bestaansrecht staat ter discussie ook inhoudelijk is er veel commentaar op de legitieme portie. In mijn scriptie zal ik een aantal inhoudelijke problemen van de legitieme behandelen.

Ik heb geen centrale onderzoeksvraag, maar behandel verschillende knelpunten omtrent de legitieme die ik tijdens mijn literatuuronderzoek ben tegen gekomen. Het is uiteraard niet mogelijk om in deze scriptie uitputtend alle problemen die in de praktijk ontstaan te beschrijven, mijn conclusie zal dan ook een samenvattende opsomming zijn van de behandelde knelpunten en eventuele oplossingen hiervoor in mijn opinie.

De legitieme portie is een wettelijke regeling binnen het Nederlandse erfrecht. Om een goed beeld te geven van de rechtsfiguur geef ik in Hoofdstuk 2 een korte uiteenzetting van het erfrecht in het algemeen. Om de problemen die ontstaan bij de uitoefening van het wettelijke recht te kunnen begrijpen beschrijf ik in Hoofdstuk 3 wat de legitieme portie precies inhoudt, hoe deze wordt berekend en op welke wijze de legitieme te gelde kan worden gemaakt. In Hoofdstuk 4 behandel ik vervolgens verschillende knelpunten die in de praktijk ontstaan bij het bestaan van de legitimaire vordering.

2 Erfrecht

2.1 Algemeen

Erfopvolging heeft plaats bij versterf of krachtens uiterste wilsbeschikking. In geval van vererving bij versterf vindt de vererving plaats op grond van de wet, hier kan van worden afgeweken bij een uiterste wilsbeschikking, art. 4:1 BW. Krachtens een erfstelling kan de groep erfopvolgers die de wet aanwijst, worden vergroot. De erflater laat in deze uiterste wilsbeschikking aan één of meer daarbij aangewezen personen zijn gehele nalatenschap of een gedeelte daarin na.¹ Erflater kan tevens door bijvoorbeeld een legaat of testamentaire last de wijze van verdeling van zijn nalatenschap regelen. Onterving zorgt ervoor dat de groep erfopvolgers wordt beperkt.

Erfopvolging bij versterf vindt plaats krachtens de wet en kan uit eigen hoofde of bij plaatsvervulling plaats vinden. Ten einde als erfgenaam op te kunnen komen moet men bestaan op het ogenblik dat de nalatenschap openvalt.² Op grond van art. 4:10 lid 1 BW erven uit eigen hoofde achtereenvolgens, de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot van de erflater tezamen met diens kinderen, de ouders van de erflater tezamen met diens broers en zussen, de grootouders van de erflater en de overgrootouders van de erflater. De personen die gezamenlijk uit eigen hoofde erven, erven allen voor gelijke delen krachtens art. 4:11 lid 1 BW. Een uitzondering hierop is het erfdeel van een ouder, dat altijd minstens een kwart moet bedragen. De erfdelen van de overige erfgenamen worden eventueel naar evenredigheid verminderd.³

Bij plaatsvervulling worden afstammelingen van een kind, broer, zuster, grootouder of overgrootouder geroepen, art. 4:10 lid 2 BW. Dit gebeurt met betrekking tot personen die op het ogenblik van het openvallen van de nalatenschap niet meer bestaan, onwaardig of onterfd zijn, verwerpen of wier erfrecht is vervallen.⁴ Degenen die een plaats vervullen, worden staaksgewijs geroepen. Zij delen evenredig het deel van degene wiens plaats zij vervullen.

¹ Art. 4:115 BW.

² Art. 4:9 BW.

³ Art. 4:11 lid 3 BW.

⁴ Art. 4:12 lid 1 BW.

2.2 Wettelijke verdeling

Indien erflater een echtgenoot en minstens één kind achterlaat en er niet voor kiest de wettelijke verdeling uit te sluiten in zijn testament, wordt de nalatenschap op grond van de wettelijke verdeling verdeeld, art. 4:13 lid 1 BW. De echtgenoot volgt de erflater van rechtswege op in zijn bezit en houderschap.⁵ Daarnaast wordt de echtgenoot, tezamen met de andere erfgenamen, van rechtswege schuldenaar van de schulden van de erflater die niet met zijn dood tenietgaan krachtens art. 4:182 lid 2 BW. De voldoening van de schulden komt voor rekening van de echtgenoot.⁶

De echtgenoot verkrijgt op het moment van overlijden van rechtswege de goederen van de nalatenschap op grond van art. 4:13 lid 2 BW. Ieder van de kinderen verkrijgt als erfgenaam van rechtswege een geldvordering ten laste van de echtgenoot. Deze geldvordering komt overeen met de waarde van het erfdeel van het kind. De geldvordering van een kind is alleen opeisbaar wanneer de echtgenoot in staat van faillissement is verklaard, wanneer ten aanzien van de echtgenoot de schuldsaneringsregeling van toepassing is of wanneer de echtgenoot is overleden. Erflater kan bij uiterste wilsbeschikking de opeisbaarheid uitbreiden.⁷ De niet-opeisbaarheid is een direct gevolg van het uitgangspunt van de wettelijke verdeling dat de langstlevende verzorgd moet achterblijven en zoveel mogelijk het bestaande leefpatroon kan voortzetten.⁸

In bepaalde gevallen kent de wet aan een kind de bevoegdheid toe om de echtgenoot te verplichten goederen van de nalatenschap of andere in art. 4:24 lid 1 BW omschreven goederen over te dragen ter waarde van zijn vordering. Deze bevoegdheid wordt een wilsrecht genoemd, het is de bevoegdheid eenzijdig een wijziging te brengen in een bepaalde rechtstoestand.⁹ De verschillende wilsrechten worden behandeld in art. 4:19 t/m 4:22 BW. Door de uitoefening van een of meer wilsrechten wordt de kans dat het uitzicht van het kind op goederen uit de nalatenschap van zijn ouders verloren gaat, verminderd.¹⁰ Een ander voorbeeld van een wilsrecht in het erfrecht is de bevoegdheid een beroep te doen op de legitieme portie.

⁵ Art. 4:182 lid 1 BW.

⁶ Art. 4:13 lid 2 BW.

⁷ Art. 4:13 lid 3 BW.

⁸ Kamerstukken II 1996/97, 17 141, nr. 21, p. 11.

⁹ Prof. mr. M.J.A. van Mourik, *Handboek Erfrecht*, Kluwer 2011, p. 88.

¹⁰ Asser & Perrick, *Erfrecht en Schenking*, Kluwer 2009, nr. 84.

3 De legitieme portie

3.1 Geschiedenis

Het verschijnsel van de legitieme portie is al ontstaan in de Romeinse tijd, waar het voortkwam uit de absolute testeervrijheid van de erflater. Deze vrijheid werd in de loop van de tijd als onwenselijk gezien, nu met naaste verwanten onvoldoende rekening zou worden gehouden. Naaste verwanten mochten niet zonder reden worden ontfermd, zij behoorden een legitieme te verkrijgen. Via de Code Civil uit de negentiende eeuw is een variant van de legitieme portie uiteindelijk in ons Burgerlijk Wetboek van 1838 tot stand gekomen.¹¹

Sindsdien heeft de legitieme portie vele wijzigingen ondergaan, meest recentelijk bij de wijziging van het erfrecht in nieuw Boek 4 BW in 2003. Bij de parlementaire behandeling heeft ter discussie gestaan of de legitieme portie moest blijven bestaan, daar hier veel discussie over bestaat.¹² De minister wijst onder andere op de preventieve werking van de legitieme portie om familiemoeilijkheden te voorkomen en de kinderen te beschermen tegen bevoordeling van derden.¹³ Uiteindelijk komt de minister tot de overweging dat ‘voor de afschaffing van de legitieme portie thans niet de voor zo’n ingrijpende stap vereiste steun bestaat’.¹⁴

3.2 Algemeen

Een uiterste wilsbeschikking is een eenzijdige rechtshandeling, art. 4:42 BW. De erflater heeft tot op zekere hoogte testeervrijheid, de wet stelt echter verschillende beperkingen aan deze vrijheid. De legitieme portie is zo een beperking.

De legitieme portie van een legitimaris is het gedeelte van de waarde van het vermogen van de erflater, waarop de legitimaris in weerwil van giften en uiterste wilsbeschikkingen van de erflater aanspraak kan maken.¹⁵ Dit kan het geval zijn bij onterving, maar ook als hij wel erfgenaam is, maar minder verkrijgt dan zijn legitieme portie.

¹¹ Prof. mr. B.C.M. Waaijer, *Handboek Erfrecht*, Kluwer 2011, p. 313.

¹² Kamerstukken II 1994/95, 17 141, nr. 18, p.1.

¹³ Kamerstukken II 1992/93, 17 141, nr. 12, p. 41.

¹⁴ Kamerstukken II 1996/97, 17 141, nr. 20, p.3.

¹⁵ Art. 4:63 lid 1 BW.

3.3 Legitimaris

Een legitimaris is een afstammeling van de erflater die de wet als zodanig aanwijst. De legitimaris kan uit eigen hoofde opkomen of bij plaatsvervulling. Uit eigen hoofde komen als legitimaris op de kinderen van de erflater, die niet onwaardig zijn. Van plaatsvervulling kan alleen sprake zijn met betrekking tot personen die bij het openvallen van de nalatenschap niet meer bestaan of onwaardig zijn.¹⁶ In dit geval kunnen verdere afstammelingen van de erflater dus ook legitimaris zijn. Ouders (en groot- en overgrootouders) kunnen geen legitimarisen zijn onder het huidige recht. Uit de jurisprudentie blijkt dat alleen onder zeer uitzonderlijke omstandigheden een legitimaris zijn status kan worden ontnomen, met een beroep op de redelijkheid en billijkheid, art. 6:2 BW.¹⁷

3.4 Omvang van de legitieme portie

§ 3.4.1 Het legitimaire breukdeel

De omvang van de legitieme portie wordt gesteld op de helft van de waarde waarover de legitieme porties worden berekend, gedeeld door het aantal personen dat erflater achterlaat, genoemd in artikel 4:10 lid 1 sub a BW.¹⁸ De achtergelaten echtgenoot is geen legitimaris maar verkleint door zijn aanwezigheid wel het legitimaire breukdeel van de kinderen. Indien een kind van de erflater onwaardig is of is vooroverleden met achterlating van afstammelingen worden deze afstammelingen legitimaris. Bij plaatsvervulling worden zij tezamen voor de berekening van de legitieme als een achtergelaten kind geteld.¹⁹ Een rekenkundig voorbeeld ter verduidelijking. A is erflater en laat echtgenoot G en 2 kinderen, B en C achter. Kind D is vooroverleden met achterlating van 2 kinderen E en F. Kinderen B en C en echtgenoot G zijn 3 personen die onder art. 4:10 lid 1 sub a BW vallen, kleinkinderen E en F worden samen bij plaatsvervulling voor kind D als 4^e persoon gerekend. Het legitieme breukdeel van deze (klein-) kinderen is voor B en C $\frac{1}{2} \times \frac{1}{4} = \frac{1}{8}$ en voor E en F $\frac{1}{2} \times \frac{1}{4} \times \frac{1}{2} = \frac{1}{16}$.

¹⁶ Art. 4:63 lid 2 BW.

¹⁷ Hof Amsterdam 24 juli 2001, NJ 2003/53.

¹⁸ Art. 4:64 lid 1 BW.

¹⁹ Art. 4:64 lid 2 BW.

§ 3.4.2 De legitimaire massa

De legitieme portie wordt berekend over de waarde van de goederen van de nalatenschap, art. 4:65 lid 1 BW. Deze waarde wordt vermeerderd met de in aanmerking te nemen giften en verminderd met de schulden, vermeld in art. 4:7 lid 1 onder a t/m c en f BW. Buiten beschouwing blijven giften waaruit schulden als bedoeld in art. 4:7 lid 1 sub i BW zijn ontstaan, de quasi-legaten. Art. 4:6 BW bepaalt dat onder de waarde van de goederen van de nalatenschap wordt verstaan de waarde van die goederen op het tijdstip onmiddellijk na het overlijden van de erflater. Hierbij wordt geen rekening gehouden met het vruchtgebruik dat daarop krachtens afdelingen 1 en 2 van titel 3 kan rusten.

Bepaalde giften vergroten de legitimaire massa. Art. 4:67 BW bepaalt welke giften in aanmerking moeten worden genomen. Dit zijn onder meer giften aan legitimarissen. Art. 4:66 BW beschrijft vervolgens hoe deze giften moeten worden gewaardeerd. Enkele giften worden uitgezonderd voor de berekening van de legitimaire massa door art. 4:68 en 4:69 BW.

De schulden ex art. 4:7 lid 1 BW die de waarde van de nalatenschap verminderen zijn schulden van de erflater die niet met zijn dood tenietgaan (a), de kosten van lijkbezorging (b), de kosten van vereffening van de nalatenschap (c) en de schulden die ontstaan door toepassing van de andere wettelijke rechten ex afdeling 2 van titel 3 (f). Een gift die de strekking heeft dat zij pas na het overlijden van de geveer wordt uitgevoerd en niet al tijdens het leven van de geveer is uitgevoerd, een quasi-legaat, wordt buiten beschouwing gelaten voor de berekening van de legitimaire massa.²⁰ Zij hebben de legitimaire massa immers eerder niet verkleind.

§ 3.4.3 Vermindering

De waarde van giften die de erflater aan de legitimaris heeft gedaan, komen in mindering van diens legitieme portie, art. 4:70 lid 1 BW, dit wordt imputatie genoemd. Daarnaast komt krachtens art. 4:71 BW in mindering van de legitieme portie de waarde van al hetgeen een legitimaris krachtens erfrecht verkrijgt. De waarde van hetgeen de legitimaris als erfgenaam of legataris had kunnen verkrijgen, maar verwerpt komt ook in mindering van zijn legitieme portie, tenzij er sprake was van een inferieure verkrijging.²¹ De legitimaris moet bij

²⁰ Art. 4:7 lid 1 sub i j° 4:126 lid 1 BW.

²¹ Art. 4:72 j° 4:73 BW.

verwerping wel verklaren dat hij zijn legitieme wenst te ontvangen, de zogenaamde contentenverklaring.²² Indien hij dit nalaat, verliest hij zijn recht op de legitieme portie, zo blijkt uit art. 4:63 lid 3 BW.

Tevens kan de legitimaire vordering worden verminderd indien het saldo van de nalatenschap niet toereikend is om de vordering te voldoen, art 4:80 lid 2 BW. Het gaat hier om de aansprakelijkheid van de erfgenamen die in het bijzonder van belang is in verband met een eventuele verplichting van de erfgenaam uit art. 4:184 lid 2 BW om een schuld van de nalatenschap ten laste van zijn eigen vermogen te voldoen. Deze bepaling voorkomt de noodzaak dat de erfgenamen de nalatenschap verwerpen of beneficiair aanvaarden teneinde te voorkomen dat zij de schuld aan de legitimarissen ten laste van hun overig vermogen dienen te voldoen.²³ Het resterende deel van de legitimaire vordering kan vervolgens worden ingekort, waarover later meer.

3.5 Geldend maken van de legitieme portie

§ 3.5.1 Vordering

De legitieme portie is een wilsrecht, de legitimaris kiest er wel of niet voor om een beroep te doen op zijn legitieme. Een legitimaris die aanspraak maakt op zijn legitieme heeft een vordering in geld, hij kan geen aanspraak meer maken op goederen uit de nalatenschap, zoals onder het oude recht. De legitimaris wordt geen erfgenaam, maar schuldeiser in de nalatenschap.²⁴ Hij heeft zijn vordering op de gezamenlijke erfgenamen van de nalatenschap.²⁵ Indien er een wettelijke verdeling krachtens art. 4:13 BW plaats vindt heeft hij de vordering op de achtergelaten echtgenoot van de erflater, art. 4:80 lid 1 BW. Tevens kan hij een vordering op een begiftigde verkrijgen wanneer sprake is van inkorting, art. 4:79 sub b BW.

²² Prof. mr. W.G. Huijgen e.a., *Compendium Erfrecht*, Kluwer 2005, p. 199.

²³ Asser & Perrick, *Erfrecht en Schenking*, Kluwer 2009, nr. 265.

²⁴ Art. 4:7 lid 1 sub g BW.

²⁵ Art. 4:80 j° 4:79 sub a BW.

§ 3.5.2 Opeisbaarheid

Art. 4:81 BW bepaalt dat de vordering van de legitimaris niet opeisbaar is voordat zes maanden zijn verstreken na het overlijden van de erflater. Indien de nalatenschap is verdeeld overeenkomstig art. 4:13 BW, bepaalt lid 2 van art. 4:81 BW dat de vordering pas opeisbaar is wanneer de achtergelaten echtgenoot in staat van faillissement is verklaard of ten aanzien van hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard, of de echtgenoot is overleden. De leden 3 t/m 5 van artikel 4:81 BW en de artikelen 4:82 en 4:83 BW geven nog andere omstandigheden die kunnen veroorzaken dat de vordering van de legitimaris later opeisbaar is. Indien er bijvoorbeeld een vruchtgebruik ex art. 4:29 of 4:30 BW op de goederen van de nalatenschap rust, is de vordering niet opeisbaar.²⁶ Ook kan de erflater er voor kiezen aan een uiterste wilsbeschikking de voorwaarde te verbinden dat de vordering van de legitimaris, voor zover deze ten laste zou komen van de echtgenoot, pas opeisbaar is na diens overlijden, ten behoeve van zijn echtgenoot.²⁷

§ 3.5.3 Verval

De mogelijkheid om aanspraak te maken op de legitieme portie vervalt indien de legitimaris niet binnen een hem door een belanghebbende gestelde redelijke termijn, en uiterlijk vijf jaar na het overlijden van de erflater, heeft verklaard dat hij zijn legitieme portie wenst te ontvangen.²⁸

De achtergelaten echtgenoot kan aanspraak maken op een verzorgingsvruchtgebruik krachtens art. 4:30 BW. Voor de echtgenoot is relevant of de legitimaire vordering wordt opgeëist, dit kan immers van invloed zijn op zijn verzorgingsbehoefte. Art. 4:31 lid 2 BW bepaalt dat de echtgenoot binnen één jaar na het overlijden van erflater omtrent het vruchtgebruik moet beslissen. In art. 4:85 lid 2 BW is daarom bepaald dat de legitimaris binnen negen maanden na overlijden van erflater aan de echtgenoot moet verklaren of hij zijn legitieme wenst te ontvangen, anders vervalt het deel van de vordering dat ten laste van de echtgenoot zou komen.

²⁶ Art. 4:81 lid 4 BW.

²⁷ Art. 4:82 BW.

²⁸ Art 4:85 lid 1 BW.

§ 3.5.4 Verjaring

De vordering van de legitimaris is ontstaan doordat hij aanspraak heeft gemaakt op zijn legitieme portie. De wet bevat hier, anders dan bijvoorbeeld art. 4:31 lid 3 BW, geen regeling over verjaring. Dan geldt volgens art. 3:306 BW dat de rechtsvordering verjaart door verloop van twintig jaren. Deze termijn loopt niet gedurende het tijdvak dat de vordering niet opeisbaar is.²⁹

3.6 Inkorting

§ 3.6.1 Algemeen

Indien hetgeen de legitimaris kan verkrijgen van de gezamenlijke erfgenamen dan wel echtgenoot op grond van art. 4:79 onder a BW onvoldoende is om zijn legitieme portie te voldoen, kan hij een vordering verkrijgen op een begiftigde van de erflater.³⁰ Art. 4:87 BW e.v. regelt de wijze en volgorde van deze inkorting.

§ 3.6.2 Volgorde van inkorting

De vordering van de legitimaris komt in eerste plaats ten laste van de versterferfgenamen, naar evenredigheid van de waarde van hun verkrijging. Over dit gedeelte van de nalatenschap heeft de erflater niet beschikt.³¹ Onder het oude recht werd dit oneigenlijke inkorting genoemd.³² Indien deze inkortingsmogelijkheid onvoldoende is om de vordering van de legitimaris te voldoen, mag worden ingekort op makingen, lid 2 art. 4:87 BW, de zogenaamde eigenlijke inkorting. De erfstellingen en legaten komen gelijkelijk naar evenredigheid van hun waarde voor inkorting in aanmerking. Erflater kan in zijn uiterste wilsbeschikking de volgorde van deze inkorting aanpassen. Wanneer de legitimaris tekort komt, kan erflater echter niet voorkomen dat er toch op bepaalde makingen wordt ingekort, hij kan de legitimaris niet zijn legitieme portie ontzeggen, art. 4:63 lid 1 BW.³³ Indien een making te

²⁹ Asser & Perrick, *Erfrecht en Schenking*, Kluwer 2009, nr. 266.

³⁰ Art. 4:79 sub b j° art. 4:89 lid 1 BW.

³¹ Art. 4:87 lid 1 BW.

³² Prof. mr. B.C.M. Waaijer, *Handboek Erfrecht*, Kluwer 2011, p.388.

³³ Prof. mr. B.C.M. Waaijer, *Handboek Erfrecht*, Kluwer 2011, p. 390.

beschouwen is als voldoening aan een natuurlijke verbintenis van de erflater komt deze pas na de andere makingen in aanmerking voor inkorting, art. 4:87 lid 2 BW.

Indien hetgeen de legitimaris na inkorting door de erfgenamen op grond van art. 4:87 BW heeft verkregen nog niet genoeg is om zijn legitieme te voldoen, dan kan hij inkorten op daarvoor vatbare giften krachtens art. 4:89 j° 4:67 BW. Art. 4:89 lid 3 BW bepaalt dat jongere giften als eerste voor inkorting in aanmerking komen en vervolgens pas oudere giften. Giften van een voordeel bestemd om pas na het overlijden van de erflater te worden genoten, worden hierbij beschouwd als giften op het tijdstip van zijn overlijden en komen dus als jongste gift als eerste in aanmerking voor inkorting. Giften ter zake des doods worden voor de inkorting, zie art. 4:126 lid 1 BW, aangemerkt als legaten. Onder deze jongste giften dienen dus niet de fictieve legaten te worden begrepen.

4 Knelpunten legitieme portie

4.1 Algemeen

Zoals eerder besproken, bestaat er veel inhoudelijke discussie omtrent de legitieme portie. Verschillende auteurs hebben over deze knelpunten geschreven. Ook de KNB-commissie Erfrecht doet diverse aanbevelingen om het leerstuk op bepaalde onderdelen aan te passen. Een aantal verschillende beschreven knelpunten worden in dit Hoofdstuk besproken.

4.2 Schulden van de nalatenschap

Indien de schulden van de nalatenschap ex art. 4:7 lid 1 onder a tot en met c en f BW de waarde van de goederen van de nalatenschap overtreffen is er een negatieve nalatenschap. De wetgever houdt overigens rekening met een negatieve nalatenschap als het gaat om giften die erflater bij zijn overlijden nog niet had verricht in art. 4:66 lid 2 BW. Hij acht het niet redelijk de giften bij inkorting op de legitimaris die begiftigde was voor het volle pond in aanmerking te nemen.³⁴

De legitimaire massa kan ondanks de negatieve nalatenschap echter wel positief zijn door de in aanmerking te nemen giften, die de legitimaire massa vergroten. De legitimaris kan inkorten bij deze begiftigden. Dit werkt in het voordeel van de begiftigden, de schulden verkleinen de legitieme portie en er kan minder op hun gift worden ingekort.

Het kan echter ook zo zijn dat ondanks de giften niet alleen de nalatenschap negatief is maar ook de legitimaire massa. De legitimaris heeft nu geen legitimaire vordering en kan dus niet inkorten op de giften. In een recente uitspraak van het Hof Arnhem is dit bevestigd. In de zaak van het Hof deed een beneficiair aanvaardende erfgenaam beroep op zijn legitieme portie in verband met een vermeende gift aan een mede-erfgenaam. Er was een negatieve nalatenschap, de omvang van de gift moest nog exact worden vastgesteld. Het Hof stelt dat er alleen een legitimaire aanspraak ontstaat, waarmee kan worden ingekort op begiftigde, indien de waarde van de gift de negatieve waarde van de nalatenschap te boven gaat.³⁵

Verschillende schrijvers hebben te kennen gegeven het onredelijk en onwenselijk te vinden dat begiftigden inkorting kunnen ontlopen en de legitimaris geen vordering verkrijgt indien de

³⁴ Prof. mr. G. van der Burght e.a., *Parl. Gesch. NBW*, Kluwer 2002, p. 394 en 398.

³⁵ Hof Arnhem 3 april 2012 (LJN: BW4917).

legitimair massa negatief is. Waaijer schrijft dat hem de redelijkheid van deze situatie ontgaat. Hij vraagt zich af of de voor de berekening van de legitimair massa relevante schulden wel voor meer dan de waarde van de goederen van de nalatenschap in aanmerking zouden moeten worden genomen.³⁶ Perrick noemt de keuze van de wetgever redelijk.³⁷ Van Es onderschrijft dit in zoverre dat hij het niet onredelijk acht dat de regeling aansluit bij de reconstructiegedachte die schuil gaat achter de regeling van de inkorting van giften. 'Bij de inkorting van de legitieme wordt die situatie tot uitgangspunt genomen die zich zou hebben voorgedaan als de gift niet zou hebben plaatsgevonden. Is de nalatenschap ook in die situatie negatief, dan bedraagt de legitieme portie nihil.'³⁸ Van Es kan zich onder bijzondere omstandigheden voorstellen dat bepaalde schulden van de erflater in het kader van de berekening van de legitimair massa op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:2 BW buiten beschouwing moeten worden gelaten. Het gaat dan om die schulden die door de erflater (in samenspanning met de begiftigde) zijn aangegaan om de begiftigde voor inkorting te behoeden. De erflater heeft bijvoorbeeld op oudere leeftijd ten behoeve van een nieuwe liefde of persoonlijk verzorger een schuld gemaakt van grote omvang.

Giften die erflater tijdens zijn leven heeft gedaan met het vooruitzicht dat daardoor legitiemissen worden benadeeld worden door art. 4:67 onder a BW benoemd en wel in aanmerking genomen bij berekening van de legitieme portie. Niet alleen is van belang dat de schenker voor ogen had de positie van de legitiemissen te benadelen, aannemelijk moet ook zijn dat de begiftigde begreep of had moeten begrijpen dat de gift een of meer legitiemissen zou benadelen, er moet sprake zijn van ten minste de schijn van samenspanning.³⁹

Ik vind het niet onredelijk wat van Es stelt. De achterliggende gedachte die wetgever had bij het betrekken van giften die moedwillig gedaan zijn om de legitiemissaris te benadelen zou gelijkelijk kunnen gelden voor schulden die erflater met een zelfde doel heeft gemaakt. Hiermee wordt een redelijker resultaat behaald. Indien er geen positieve legitimair massa is en de schulden niet gemaakt zijn met dit oogmerk vind ik het gerechtvaardigd dat er geen legitimair vordering ontstaat. Indien de giften niet zouden zijn gedaan, zou er immers legitimair ook niets te vorderen zijn geweest.

³⁶ Prof. mr. B.C.M. Waaijer, *Handboek Erfrecht*, Kluwer 2011, p. 332.

³⁷ Asser & Perrick, *Erfrecht en Schenking*, Kluwer 2009, nr. 242.

³⁸ Mr. P.C. van Es, 'Erfgenaam als legitiemissaris; enige knelpunten', WPNR 2013(6963), p. 134.

³⁹ Prof. mr. B.C.M. Waaijer e.a., *Handboek Erfrecht*, Kluwer 2011, p. 341.

4.3 Vordering

De legitimaris verkrijgt een vordering op de gezamenlijke erfgenamen op grond van art. 4:80 lid 1 BW. Indien hij als erfgenaam minder heeft verkregen dan hij als legitimaris kan vorderen, is de legitimaris zelf tevens erfgenaam. Feitelijk heeft de legitimaris nu dus een vordering op zichzelf. ‘Langs deze weg kan de legitieme natuurlijk niet worden voldaan en het spreekt dan ook vanzelf dat de legitimaris in zo’n geval direct bij de begiftigden kan aankloppen.’⁴⁰ Van Es schrijft dat de wetgever echter met deze situatie niet expliciet rekening heeft gehouden. Hij zet drie verschillende gevallen uiteen waarin zo een vordering kan ontstaan en beschrijft de volgens hem toepasselijke oplossing voor deze merkwaardige situatie.⁴¹

Indien het saldo van de nalatenschap negatief is, wordt de legitimaire vordering verminderd tot nul krachtens art. 4:80 lid 2 BW. Vervolgens bepaalt art. 4:89 lid 1 BW dat de legitimaris dit verminderde deel van zijn legitimaire vordering kan inkorten op daarvoor vatbare giften. Deze situatie is duidelijk beschreven in de wet en leidt niet tot problemen.

Wanneer het saldo van de nalatenschap wel positief is, maar onvoldoende om de legitimaris zijn legitieme portie te verschaffen, wordt de situatie ingewikkelder. Van Es geeft het volgende rekenkundige voorbeeld. Het saldo van de nalatenschap bedraagt 10.000, er is een voor inkorting vatbare gift gedaan van 30.000 aan X. De legitimaire massa is nu 40.000. De legitieme portie van de enig erfgenaam L bedraagt $\frac{1}{2} \times 40.000 = 20.000$. Als erfgenaam verkrijgt L 10.000, dit komt in mindering van zijn legitimaire vordering, art. 4:71 BW. De legitimaire vordering bedraagt nu 10.000. Deze vordering is niet groter dan het saldo van de nalatenschap, er vindt nu dus geen vermindering plaats op grond van art. 4:80 lid 2 BW. Ter verkrijging van zijn vordering moet L nu kunnen inkorten bij de begiftigde X. Van Es schrijft dat art. 4:89 lid 1 BW hier uitkomst moet bieden. ‘Is hetgeen een legitimaris op grond van zijn in artikel 80 lid 1 bedoelde vordering kan verkrijgen onvoldoende om hem zijn legitieme te verschaffen, dan kan hij de daarvoor vatbare giften inkorten, voor zover zij aan zijn legitieme afbreuk doen.’ Ik vind dit inderdaad een passende oplossing, de vordering die L op grond van art. 4:80 lid 1 BW heeft op zichzelf is in dit voorbeeld te weinig om hem zijn legitieme te verschaffen en hij zou dus moeten kunnen inkorten op de begiftigde.

⁴⁰ A.J.H. Pleysier, ‘Problemen bij samenloop van beneficiaire aanvaarding en legitieme’, *JBN* 2012, nr. 64, p. 14.

⁴¹ Mr. P.C. van Es, ‘Erfgenaam als legitimaris; enige knelpunten’, *WPNR* 2013(6963), p. 134.

In een derde door Van Es beschreven situatie zijn er twee legitimarissen, L en M. Het saldo van de nalatenschap bedraagt 10.000, er is een voor inkorting vatbare gift van 30.000 gedaan aan X en aan M van 10.000. De legitimaire massa bedraagt 50.000, de legitieme porties van L en M bedragen $\frac{1}{2} \times \frac{1}{2} \times 50.000 = 12.500$. Ieder van de legitimarissen verkrijgt als erfgenaam 5.000. M heeft geen legitimair tekort door de ontvangen gift van 10.000, art. 4:70 lid 1 BW. L heeft echter een tekort van 7.500, hij heeft nu een vordering op de gezamenlijke erfgenamen, te weten M en L zelf, art. 4:80 lid 1 BW. Art. 4:87 lid 3 geeft de mogelijkheid dat L op grond van deze vordering een gedeelte van zijn legitieme portie verkrijgt door inkorting op M. 'Het gedeelte van de nalatenschap dat aan een legitimaris toekomt en zijn legitieme portie niet te boven gaat, kan in afwijking van de leden 1 en 2 pas als laatste worden ingekort. De inkorting van dat gedeelte geschiedt alsdan, met vermindering van de vordering waarvoor wordt ingekort, zodanig dat beide legitimarissen een zelfde evenredig deel van hun legitieme porties verkrijgen.' Van Es meent dat beide legitieme porties van L en M evenredig moeten worden verminderd. De vordering van L wordt verminderd met 2.500, hij verkrijgt een vordering op M van 5.000 zodat beiden 10.000 hebben verkregen. Vervolgens kunnen zij via art. 4:89 lid 1 BW beiden 2.500 inkorten op de gift aan X.

Veltman heeft een andere mening. Hij vindt dat Van Es niet consequent is in zijn uitleg van het begrip legitimaire aanspraak. 'In een en hetzelfde artikellid zouden door de wetgever alsdan twee verschillende definities van het begrip "legitieme portie" worden gehanteerd zonder dat hiervoor een vingerwijzing wordt gegeven in de wet of de parlementaire geschiedenis' ⁴² Met de conclusie die door Van Es wordt getrokken dat een eerder aan de legitimaris gedane gift voor de toepassing van de laatste zinsnede van art. 4:87 lid 3 BW moet worden meegeteld als een verkrijging van een deel van de legitieme portie in bedoeld zinsdeel is hij het niet eens. Hij betoogt dat op een indirecte wijze het solvabiliteitsrisico wordt overgeheveld, de legitimaris die een gift had ontvangen wordt hierdoor benadeeld. M die een 'veilige gift' gekregen meende te hebben komt bedrogen uit en moet alsnog gaan inkorten bij de wellicht insolvabele X.

Hoewel ik de uitleg van Van Es in eerste instantie aannemelijk vond, sluit ik me in deze kwestie toch aan bij Veltman. Ik vind het inderdaad niet aannemelijk dat de wetgever twee verschillende definities hanteert van het begrip legitieme portie. Indien dit wel de bedoeling

⁴² Mr. P.F. Veltman, 'Reactie op artikel van mr. P.C. van Es in WPNR (2003) 6523', WPNR 2003 (6544), p. 609.

van wetgever was had hij art. 4:87 lid 3 BW duidelijker moeten formuleren of in de wetsgeschiedenis duidelijk moeten laten blijken dat hij een andere intentie had. Daarnaast vind ik het inderdaad niet eerlijk dat een gedane gift terug wordt gedraaid, terwijl de begiftigde legitimaris uiteindelijk wel recht op het bedrag heeft, maar nu kan worden geconfronteerd met een insolvabele andere begiftigde. Je kunt stellen dat de twee legitimarissen nu niet gelijkelijk worden behandeld, in bovenstaand voorbeeld heeft legitimaris L immers meer risico bij het inkorten op de gift aan X, maar de situatie van beide legitimarissen was voor de vermindering ook niet gelijk, daarom denk ik dat het verschil gerechtvaardigd is.

4.4 Wettelijke verdeling

Zoals eerder besproken verkrijgt de achtergelaten echtgenoot van erflater op het moment van zijn overlijden van rechtswege de goederen van de nalatenschap indien erflater tevens minstens één kind achterlaat en er niet voor kiest de wettelijke verdeling uit te sluiten in zijn testament, art. 4:13 lid 1 BW. Ieder van de kinderen verkrijgt als erfgenaam van rechtswege een geldvordering ten laste van de echtgenoot. Deze geldvordering komt overeen met de waarde van het erfdeel van het kind. Naast deze onderbedelingsvordering kan een kind nog een legitimaire vordering verkrijgen.

Van Es schetst een voorbeeld ter verduidelijking. Erfgenaam E laat echtgenoot Y en kind K achter. De wettelijke verdeling is van toepassing. Er is een voor inkorting vatbare gift van 80.000 gedaan aan X. Het saldo van de nalatenschap is 20.000, de legitimaire massa bedraagt 100.000. De legitieme portie van K is nu $\frac{1}{2} \times \frac{1}{2} \times 100.000 = 25.000$. K heeft een vordering van 10.000 uit onderbedeling op Y, hiernaast heeft hij een legitimair tekort van 15.000. Op grond van art. 4:80 lid 1 BW heeft hij deze vordering op de achtergelaten echtgenoot. De vordering is, uitzonderingen daargelaten, pas opeisbaar bij het overlijden van Y, art. 4:81 lid 2 BW. Van Es vraagt zich af hoeveel de legitimaire vordering bedraagt.⁴³

Volgt men de letterlijke tekst van art. 4:80 BW dan komt men tot een vordering van €15.000. Vermindering op grond van art. 4:89 lid 1 BW is niet van toepassing, dit is alleen het geval wanneer de legitimaire vordering het saldo van de nalatenschap te boven gaat, waarbij de waarde van de nalatenschap wordt gedefinieerd als ‘de waarde van de goederen van de

⁴³ Mr. P.C. van Es, ‘Erfgenaam als legitimaris; enige knelpunten’, WPNR 2013(6963), p. 135.

nalatenschap, verminderd met de in art. 7 lid 1 onder a, b, c en f vermelde schulden', art. 4:80 lid 2 BW. In bovenstaand voorbeeld is het saldo van de nalatenschap 20.000, en dus groter dan de legitimaire vordering van 15.000. De legitimaris heeft nu twee vorderingen op Y, een vordering van 10.000 uit onderbedeling en een legitimaire vordering van 15.000. Van Es vindt deze uitkomst onwenselijk en onjuist. De totale vordering van K is 25.000, dit is meer dan het saldo van de nalatenschap van 20.000. Hij vindt dan ook dat de vordering van K wel moet worden verminderd.

De oplossing moet zijns inziens zijn dat K een verminderde vordering van 10.000 op Y verkrijgt en dat hij voor het verminderde deel van deze vordering ad 5.000 op grond van art. 4:89 lid 1 BW kan inkorten op de gift aan X. Hij meent dat de definitie van het saldo van de nalatenschap niet volledig is. Op de waarde van de goederen van de nalatenschap moet ook in mindering worden gebracht 'de waarde van de erfrechtelijke verkrijging die op grond van art. 4:71 BW is toegerekend op de legitieme portie van een legitimaris die aanspraak heeft gemaakt op zijn legitieme'. Toepassing van deze verminderingsregeling van art. 4:80 lid 2 BW geeft het minimum aan waarvoor de legitimaris in ieder geval verhaal moet halen bij de begiftigde.

Ik vind dit een geschikte en eerlijke oplossing voor beschreven situatie. Als argument hiervoor vergelijk ik dit voorbeeld met eenzelfde, maar versimpelde situatie. Indien er geen sprake is van een wettelijke verdeling, en de legitimaire vordering meer bedraagt dan het saldo van de nalatenschap zou men tot dezelfde uitkomst komen. Stel dat de legitimaire vordering nu in totaal 25.000 bedraagt en het saldo van de nalatenschap weer 20.000. De legitimaris K zou nu, door vermindering, ook 5.000 kunnen inkorten op begiftigde X. De begiftigde wordt nu ook niet onrechtvaardig bevoordeeld. Van Es stelt dat dit resultaat tot stand komt wanneer men bereid is de definitie in art. 4:80 lid 2 BW zo te lezen als hij hierboven voorstelt. Ik vind niet dat je dit momenteel kan lezen in het artikel, een verandering van de definitie van het begrip in dit artikel zou op zijn plaats zijn.

4.5 Ausser Betracht-regel

Hetgeen erflater bij leven schenkt aan een legitimaris komt in mindering van zijn legitieme portie, art. 4:70 lid 1 BW. In dit artikel wordt alleen gekeken naar de waarde van het goed en niet naar de aard van het betaalmiddel. Dit beginsel van feitelijke vrijheid van betaling lijdt

enigszins uitzondering, indien het belast is met bewind, art. 4:75 lid 4 BW. Erflater kan de wijze van betaling van de latente legitieme schuld haarscherp invullen.⁴⁴

Art. 4:71 BW bepaalt dat al hetgeen de legitimaris krachtens erfrecht kan verkrijgen in mindering komt van zijn legitieme portie. De waarde van wat een legitimaris krachtens erfrecht kan verkrijgen, komt niet altijd in mindering op zijn legitieme portie. Een legitimaris heeft in beginsel recht op onbezwaarde en onbelaste verkrijgingen. Ook hier is erflater vrij om de wijze van betaling te kiezen, met als uitzondering de inferieure makingen, genoemd in art. 4:72 en 4:73 BW. In het Nederlandse erfrecht is het mogelijk de legitieme te voldoen door middel van een legaat. In Duitsland, waar het systeem van de legitieme in de basis gelijk is, wordt dit niet geaccepteerd, een legaat is daar ook een inferieure making.⁴⁵ De Duitse legitimaris kan het legaat afwijzen zonder dat dit afdoet aan zijn aanspraken als legitimaris.

De *ausser Betracht*-regel is een waarderingsregel neergelegd in het Duitse BGB. In § 2307 (1) BGB staat: “bei der Berechnung des Wertes bleiben Beschränkungen und Beschwerungen [...] *ausser Betracht*.” Waardering van de erfrechtelijke verkrijging vindt nu plaats zonder rekening te houden met bezwaren als bewind, last, voorwaarde of vruchtgebruik. Bij de vaststelling van de waarde van hetgeen in overeenstemming met de art. 4:70-75 BW op de legitieme in mindering komt, wordt nu al geen rekening gehouden met het vruchtgebruik dat daarop krachtens Afd. 4.3.1 of Afd. 4.3.2 kan komen te rusten, zo blijkt uit art. 4:76 BW.⁴⁶ De Commissie Erfrecht is van mening dat de *ausser Betracht*-benadering ook zou moeten gelden bij testamentaire bezwaren, omdat het in bepaalde verhoudingen het meest recht doet aan de systematiek van de legitieme en daarboven maatschappelijk het meest wenselijk is, een legitimaris zou anders gevoelsmatig dubbelop krijgen.⁴⁷ Ik deel dit standpunt niet met de Commissie. Ik zie in hun eindverslag geen reden waarom het maatschappelijk wenselijk is de legitieme portie verder uit te hollen, en vind niet dat een legitimaris dubbelop krijgt, hij krijgt immers nooit meer dan waar hij wettelijk recht op heeft.

De Commissie bepleit in art. 4:6 BW dan wel in art. 4:76 BW een regeling te formuleren die ertoe strekt dat een ten laste van de verkrijging van de legitimaris komend vruchtgebruiklegaat of opschortende voorwaarde in de zin van art. 4:41 BW voor de waardering in het kader van de toerekening van art. 4:71 BW buiten beschouwing blijft. De

⁴⁴ Mr. B.M.E.M. Schols, *preadvies KNB 2006*, p. 109.

⁴⁵ Mr. B.M.E.M. Schols, *preadvies KNB 2006*, p. 110.

⁴⁶ Asser & Perrick, *Erfrecht en Schenking*, Kluwer 2009, nr. 263.

⁴⁷ Prof. mr. T.J. Mellema-Kranenburg e.a., *Eindverslag commissie erfrecht*, Kluwer 2012, p. 21.

legitimaris heeft immers nominaal niet te weinig verkregen, maar slechts met bijvoorbeeld vruchtgebruik of bewind bezwaard verkregen. In het algemene vermogensrecht gaat men ook uit van betaling van een verbintenis naar het nominale bedrag, art. 6:111 BW.

Gaat men uit van de *ausser Betracht*-waarderingsregel dan is aanvullende inkorting bij aanvaarding van een erfstelling die nominaal de legitieme vordering dekt niet meer mogelijk. Door aanvaarding van de erfstelling vindt immers imputatie plaats. Indien de *ausser Betracht*-regel niet wordt toegepast, kan de legitimaris eventueel nog aanvullend inkorten bij bijvoorbeeld een verkrijging onder opschortende voorwaarde, waarbij dan in gedachte moet worden gehouden dat de kans bestaat dat de voorwaarde nooit vervuld wordt, en de waarde in het economisch verkeer dus lager is. Ook indien erflater aan zijn uiterste wilsbeschikking de voorwaarde verbindt dat de vordering van de legitimaris eerst opeisbaar is na het overlijden van zijn achtergelaten echtgenoot ex art. 4:82 BW, en de contante waarde van de vordering lager is, is aanvullende inkorting mogelijk.

Bij een niet-opeisbare vordering van de legitimaris door art. 4:81 en 4:82 BW wordt ook uitgegaan van een nominale waardering. De vraag is nu of de legitimaris naast zijn inferieure making nog een aanvullende verbintenisrechtelijke aanspraak heeft. Het kan nu immers zo zijn dat de waarde van de making dusdanig laag is dat er aanvullend nog een tekort te vorderen valt. Ook deze aanvullende vordering van de legitimaris zal in de praktijk echter veelal niet opeisbaar zijn op grond van art. 4:82 BW. De Commissie stelt dan ook dat de *ausser Betracht*-regel praktisch zeer werkzaam en redelijk is.⁴⁸

Ik kan me voorstellen dat de *ausser Betracht*-regel voor de praktijk een grotere mate van zekerheid en duidelijkheid zou bieden. Het lijkt mij niet altijd simpel om de contante waarde van een inferieure verkrijging te bepalen. De achtergrond van de Duitse regel is immers ook het vermijden van de moeilijke vaststelling van de waarde van de bezwaring. Wel denk ik dat de regeling een verdere uitholling inhoudt van de legitieme portie.

4.6 Recessie

Onder de waarde van de goederen van de nalatenschap wordt de waarde hiervan onmiddellijk na het overlijden van de erflater verstaan, art. 4:6 BW. De waarde van de legitimaire

⁴⁸ Mr. B.M.E.M. Schols, *preadvies KNB 2006*, p. 112.

vordering wordt dus ook onmiddellijk na overlijden van erflater bepaald. De legitimaris is, in het geval hij niet ook erfgenaam is, helemaal niet betrokken bij de tegeldemaking van de bestanddelen van de nalatenschap, hij heeft een verbintenisrechtelijke aanspraak en deelt niet mee in economische winst of verlies.

Dit vindt Mellema-Kranenburg begrijpelijk bij een nalatenschap die voor verdeling gereed is en zelfs ook bij een nalatenschap waar de vermogensbestanddelen zonder veel moeite liquide te maken zijn. Er kan zich echter ook een situatie voordoen waarin dit een volgens haar onwenselijk resultaat oplevert. Indien de nalatenschap voor het merendeel uit onroerend goed bestaat, dat moeilijk verkoopbaar is en na het openvallen van de nalatenschap sterk in waarde daalt, kan dit het geval zijn. Daarnaast kan het aanhouden van het goed kosten met zich meebrengen voor de erfgenaam, bijvoorbeeld hypotheekrente. Dit alles bij elkaar genomen kan ertoe leiden dat wanneer art. 4:65 j°4:6 BW strikt toegepast wordt, de legitimaris uiteindelijk meer verkrijgt dan de erfgenaam, dit zal toch niet de bedoeling van erflater geweest zijn.⁴⁹ Is het echter ook niet begrijpelijk indien er wettelijk wordt verdeeld of de vordering om een andere reden niet-opeisbaar is? Er kan zich dan immers een zelfde situatie voordoen. Mellema-Kranenburg benoemt deze vergelijkbare situaties niet.

Mellema-Kranenburg geeft een aantal mogelijke oplossingen voor deze volgens haar onwenselijke situatie. Zo stelt zij dat art. 4:6 BW aangepast zou kunnen worden door de waardering te bepalen op de datum van de verdeling van de nalatenschap. In dat geval wordt dan aangesloten bij de hoofdregel van art. 3:185 BW. Aangezien deze waardering een specifiek 'legitieme probleem' is, zou een andere mogelijkheid zijn art. 4:65 BW aan te passen in die zin dat daaraan een tweede lid wordt toegevoegd waarin bepaald wordt dat de waarde van de legitieme wordt vastgesteld op de datum van verdeling. Wel zou deze bepaling dan ook waarborgen moeten bieden dat de verdeling door de erfgenamen niet straffeloos wordt uitgesteld. Een wetswijziging duurt echter lang en zij vindt dan ook dat het de voorkeur verdient binnen de wet oplossing te zoeken.

Art. 3:166 lid 3 BW bepaalt dat, indien sprake is van een gemeenschap, op de rechtsbetrekking tussen de deelgenoten art. 6:2 BW van toepassing is. Ze zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. De

⁴⁹ Prof. mr. T.J. Mellema-Kranenburg, 'De invloed van de recessie op de legitieme portie', WPNR 2012(6956).

legitimar is echter geen deelgenoot maar schuldeiser, hij heeft slechts een vordering op de erfgenamen. Mellema-Kranenburg vraagt zich af of art. 3:166 lid 3 BW wellicht analoog kan worden toegepast. Ik zie niet in waarom dit analoog van toepassing zou moeten zijn, art. 6:2 lid 1 BW is immers al rechtstreeks van toepassing op de verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar.

Heuff stelt ook dat hoewel art. 3:166 lid 3 BW niet van toepassing is op de verhouding schuldeiser en schuldenaar, zij zich jegens elkaar toch verplicht zijn te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid op grond van art. 6:2 BW, de legitimar is immers schuldeiser. Hij vindt dat de legitimar weliswaar niet in natura participeert in de boedel, maar wel economisch. Ik vraag me af of dit het geval is, wat als deelgenoten overeenkomen om gedurende een periode geen verdeling te vorderen, art. 3:178 lid 5 BW?

‘De eisen van de redelijkheid en billijkheid, die voor de verdeling gelden, waarbij de verdelingswaarde een rol speelt, en derhalve de omvang van een erfdeel bepalen, zouden ook door moeten werken naar de bepaling van de omvang van de legitieme portie, die van de boedelgemeenschap wordt afgeleid.’ Heuff schrijft dat wanneer dit niet zo zou zijn, het een verstoring van de verhoudingen met zich mee zou brengen en tot moeilijk oplosbare problemen zou kunnen leiden. Hij vindt dat de verdelingswaarde voor het erfdeel van de erfgenaam en de waarde van de vordering van de legitimar hetzelfde economische lot beschoren zouden moeten zijn.⁵⁰

Mijns inziens kan de situatie inderdaad onredelijk te noemen zijn ten opzichte van de erfgenaam, die bovenmatig belast wordt indien het buiten zijn schuld ligt dat de goederen waaruit de vordering van de legitimar voldaan dienen te worden sinds het overlijden van erflater in waarde gedaald zijn en niet liquide te maken zijn. Het is niet redelijk dat de legitimar zich op de ten tijde van het overlijden geldende waarde beroept tegenover de erfgenaam in dit geval. De legitimar wordt onredelijk bevoordeeld boven de erfgenaam. Wel is dit wat er in de wet bepaald is. De dwingendrechtelijke regels van de legitieme portie kunnen niet lichtelijk opzij worden gezet door de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:2 BW, er moeten zware eisen worden gesteld aan het opzij zetten van deze regels.⁵¹

⁵⁰ Mr. W. Heuff, *Afrekenen in het erfrecht vanuit een ander perspectief, Yin-Yang*, Kluwer 2004, p. 46.

⁵¹ HR 20 januari 1989, NJ 1989, 322.

5 Conclusie

Aangezien mijn scriptie niet een centrale onderzoeksvraag had, maar een behandeling inhield van verschillende knelpunten van de legitieme portie is er geen algehele conclusie te trekken. Behalve dan misschien dat er in de praktijk inderdaad verschillende knelpunten bestaan omtrent de legitieme. Hieronder dan ook per knelpunt een korte samenvatting met conclusie van behandelde onderwerpen.

Wanneer niet alleen de nalatenschap negatief is maar ook de legitimaire massa, ondanks de giften die erflater heeft gedaan, heeft de legitimaris geen legitimaire vordering en kan dus niet worden ingekort op giften. Verschillende schrijvers hebben te kennen gegeven het onredelijk en onwenselijk te vinden dat begiftigden inkorting kunnen ontlopen en de legitimaris geen vordering verkrijgt indien de legitimaire massa negatief is. Ik vind het alleen onredelijk indien schulden door erflater gemaakt zijn met de bedoeling de legitimaris te benadelen. Indien er geen positieve legitimaire massa is en de schulden niet gemaakt zijn met deze intentie vind ik het gerechtvaardigd dat er geen legitimaire vordering ontstaat. Indien de giften niet gedaan waren was er immers ook geen legitimaire vordering ontstaan.

Indien een erfgenaam minder heeft verkregen dan hij als legitimaris kan vorderen, is de legitimaris zelf tevens erfgenaam. Feitelijk heeft de legitimaris nu een vordering op zichzelf. De wetgever heeft met deze situatie niet expliciet rekening gehouden. Met enige moeite kan deze legitimaire vordering van een wettelijke grondslag worden voorzien. Over de manier van vermindering van de vordering en vervolgens inkorting op begiftigden bestaan verschillende theorieën. Ik vind dat, indien een legitimaris een legitiem tekort heeft en daardoor moet inkorten, een eerder aan die legitimaris gedane gift voor de toepassing van de laatste zinsnede van art. 4:87 lid 3 BW niet moet worden meegeteld als een verkrijging van een deel van de legitieme portie. Zodat het solvabiliteitsrisico voor de eerder begiftigde legitimaris niet wordt vergroot.

Indien de wettelijke verdeling van toepassing is kan het kind van erflater naast een onderbedelingsvordering ook een legitimaire vordering verkrijgen. Wanneer het saldo van de twee vorderingen groter is dan de waarde van de nalatenschap, maar de legitimaire vordering alleen niet kan er een onredelijke situatie ontstaan. De vordering kan nu niet worden verminderd op grond van de wet, en er kan vervolgens niet worden ingekort op begiftigden. De oplossing zou kunnen zijn dat de legitimaire vordering toch wordt verminderd en dat hij voor het verminderde deel van deze vordering op grond van art. 4:89 lid 1 BW kan inkorten

op een begiftigde. De definitie van de relevante waarde van de nalatenschap in art. 4:80 lid 2 BW is niet volledig en zou moeten worden aangepast.

De commissie Erfrecht doet een aanbeveling om de Duitse *ausser Betracht*-waarderingsregel ook in Nederland in te voeren. Waardering van de erfrechtelijke verkrijging vindt dan plaats zonder rekening te houden met bezwaren als bewind, last, voorwaarde of vruchtgebruik. De regel zou het meest recht doen aan de systematiek van de legitieme en daarboven maatschappelijk het meest wenselijk zijn. De legitimaris heeft nominaal niet te weinig verkregen, maar slechts met bijvoorbeeld vruchtgebruik bezwaard verkregen. Ik denk dat, hoewel de *ausser Betracht*-regel voor de praktijk een grotere mate van zekerheid en duidelijkheid zou kunnen betekenen, het wel een verdere uitholling van de legitieme regeling inhoudt.

Er kan zich een situatie voordoen waarin een nalatenschap bijvoorbeeld voor het merendeel uit onroerend goed bestaat, dat moeilijk verkoopbaar is en na het openvallen van de nalatenschap sterk in waarde daalt. Dit kan ertoe leiden dat wanneer de wet strikt toegepast wordt, de legitimaris uiteindelijk meer verkrijgt dan de erfgenaam, dit kan toch niet de bedoeling van erflater geweest zijn. Het is niet geheel redelijk dat de legitimaris zich in dit geval op de ten tijde van het overlijden geldende waarde van de legitieme beroept tegenover de erfgenaam. De legitimaris wordt onredelijk bevoordeeld boven de erfgenaam. Wel is dit wat er in de wet bepaald is. De dwingendrechtelijke regels van de legitieme portie kunnen niet lichtelijk opzij worden gezet door de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:2 BW, er moeten zware eisen worden gesteld aan het opzij zetten van deze regels. De waarde van de legitimaire vordering kan mijn inziens niet lager worden bepaald op grond van de redelijkheid en billijkheid in de geschetste situatie.

6 Literatuurlijst

Artikelen

Mr. P.C. van Es, 'Erfgenaam als legitimaris; enige knelpunten', WPNR 2013(6963).

Prof. mr. T.J. Mellema-Kranenburg, 'De invloed van de recessie op de legitieme portie', WPNR 2012(6956).

A.J.H. Pleysier, 'Problemen bij samenloop van beneficiaire aanvaarding en legitieme', *JBN* 2012, nr. 64.

Mr. P.F. Veltman, 'Reactie op het artikel "De afwikkeling van een legitiemeschending, in het bijzonder de werking van art. 4:87 lid 3" van mr. P.C. van Es in het WPNR (2003) 6523', WPNR 2003 (6544).

Mr. P.C. van Es, 'Nieuw Erfrecht in de Praktijk', WPNR 2003(6523).

Boeken

Prof. mr. T.J. Mellema-Kranenburg, mr. P. Blokland, prof. mr. W.D. Kolkman, prof. mr. F.W.J.M. Schols, mr. R.L. Albers-Dingemans, *Eindverslag Commissie Erfrecht KNB inzake Boek 4 BW*, Deventer: Kluwer 2012.

Prof. mr. M.J. van Mourik, prof. mr. B.M.E.M Schols, prof. mr. F.W.J.M Schols, prof. mr. L.C.A. Verstappen, prof. mr. B.C.M. Waaijer, *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Mr. C. Asser & Mr. S. Perrick, *Erfrecht en schenking*, Deventer: Kluwer 2009.

Mr. P. Blokland, mr. B.M.E.M. Schols, mr. T.J. Mellema-Kranenburg, prof. mr. A.H.N. Stollenwerck, mr. E van den Brink-Baggerman, *Nieuw erfrecht in de praktijk, een evaluatie*, preadvies KNB 2006.

Prof. mr. W.G. Huijgen, mr. J.E. Kasdorp, prof. mr. B.E. Reinhartz, prof. dr. J.W. Zwemmer, *Compendium Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Mr. W. Heuff, *Afrekenen in het erfrecht vanuit een ander perspectief, Yin-Yang (Van Mourik bundel)*, Deventer: Kluwer 2004.

Prof. mr. G. van der Burght, mr. E.W.J. Ebben, mr. M.R. Kremer, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Vaststellingswet Boek 4, Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1998/99, 17 141, nr. 120a.

Kamerstukken II 1992/93, 17 141, nr. 12.

Kamerstukken II 1996/97, 17 141, nr. 21.

Jurisprudentie

Hof Arnhem 3 april 2012 (LJN: BW4917).

Hof Amsterdam 24 juli 2001, NJ 2003/53.

Hoge Raad 20 januari 1989, NJ 1989, 322.