

Erfrechtelijke geschillen

Mr. dr. G.T.J. Hoff

Hoofdstuk 12 - Het wettelijke minimum in het erfrecht: de legitieme portie

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	2
2.	Legitieme portie: nog immer de crux van het erfrecht?	6
3.	De formules van de legitieme portie	12
4.	Legitimarissen	14
5.	Wanneer doet een legitimaris een beroep op zijn legitieme portie?	15
6.	Samenstelling van de legitimaire massa	19
7.	In aanmerking te nemen giften	24
8.	Waardering van de in aanmerking te nemen giften	33
9.	Toerekening op de legitieme: inleiding	35
10.	Toerekening op de legitieme: giften	36
11.	Toerekening op de legitieme: erfrechtelijke verkrijgingen	37
12.	Inferieure erfrechtelijke verkrijgingen	38
13.	Uitzonderingen op de inferioriteit van erfrechtelijke verkrijgingen	45
	13.1 Bedrijfsopvolgingsfaciliteit	45
	13.2 Testamentair bewind ter bescherming van de legitimaris	48
14.	Geldend maken van de legitieme portie	51
15.	Opeisbaarheid van de legitimaire geldvordering	53
16.	Testamentaire regeling van de opeisbaarheid van de legitimaire geldvordering	56
17.	Recht op inzage in en afschrift van bescheiden	58
18.	Rente	72
19.	Belastingen	73
20.	Verval- en verjaringstermijnen	73
21.	Inkorting van erfrechtelijke verkrijgingen	78
	21.1. Wat is inkorting?	78
	21.2. Volgorde van inkorting	78
	21.3. Wijzen van inkorting	81
	21.4. Aansprakelijkheid voor de niet-opeisbare vordering van een legitimaris	82
	21.5 Wijziging van de inkortingsvolgorde en uitgestelde opeisbaarheid	83
22.	Inkorting van giften	84
	22.1 Wat is inkorting?	84
	22.2 Welke giften zijn voor inkorting vatbaar?	85
	22.3 Volgorde van inkorting	87

22.4	Vervaltermijn	87
23.	Stiefkinderen en de legitieme	87
24.	Uitoefening van de bevoegdheden van de legitimaris	91
25.	Legitieme in de rechtspraak	92
26.	Varia	111
26.1	Dwangsom	111
26.2	Voorschot	112
26.3	Positie van de executeur, de vereffenaar en de bewindvoerder	113
26.4	Positie van de curator	116
26.5	Machtiging (art. 3:299 BW)	117
26.6	Processueel ondeelbare rechtsverhouding	118
26.7	Legitieme portie en de actio Pauliana	119
26.8	Legitieme portie en conservatoir beslag	122

1. Inleiding

Het erfrecht van Boek 4 BW regelt de aanspraken van onder meer erfgenamen, legatarissen en schuldeisers op de goederen van de nalatenschap. In het versterkerfrecht van Boek 4 BW of in uiterste wilsbeschikkingen die door de erflater krachtens het testamentair erfrecht zijn gemaakt, wordt bepaald wie op de goederen van de nalatenschap, in welke omvang en met inachtneming van welke rangorde aanspraak kan maken.

Eén van de dwingendrechtelijke aanspraken op de nalatenschap is de legitieme portie van de legitimarissen. Deze aanspraak is van dwingend recht, omdat die aanspraak de legitimaris niet ontzegd of ontnomen kan worden. De legitieme portie is de forfaitaire aanspraak die afstammelingen van de erflater die door de wet als erfgenamen tot zijn nalatenschap worden geroepen in de nalatenschap geldend kunnen maken, en wel *“in weerwil van giften en uiterste wilsbeschikkingen van de erflater”* (art. 4:63 lid 1 BW). Daarmee beperkt de legitieme portie de schenkings- en testeervrijheid van de erflater. Middels de legitieme portie wordt in wezen de waarde van een minimumaandeel van de nalatenschap gereserveerd voor bepaalde afstammelingen van de erflater, legitimarissen genoemd. Let wel: de legitieme portie betreft niet een aandeel in de goederen van de nalatenschap, maar een aanspraak op een *“gedeelte van de waarde van het vermogen van de erflater”* (art. 4:63 lid 1 BW) (§ 6), ofwel een in euro's uit te drukken financiële aanspraak. De legitimaris kan met een beroep op zijn legitieme portie opkomen (i) tegen zijn onterving in het testament van de erflater, (ii) tegen een erfrechtelijke verkrijging die geringer is dan de legitieme portie en (iii) tegen een bepaalde, voor hem ongewenste erfrechtelijke verkrijging (§ 5).

Ook de andere wettelijke rechten van de langstlevende echtgenoot en de kinderen geven een dwingendrechtelijke aanspraak op een deel van het vermogen van de erflater.¹ Waar de aanspraak van een legitimaris op de legitieme portie een forfaitaire is (te weten een breukdeel van het gereconstrueerde vermogen van de erflater, met inbegrip van

¹ Zie daarvoor hoofdstuk 4 ('Over dwingend nooderfrecht: de andere wettelijke rechten').

eerder gedane giften), is de aanspraak uit hoofde van de andere wettelijke rechten nauwkeurig op maat gesneden, rekening houdende met de geconcretiseerde verzorgingsbehoefte van de langstlevende echtgenoot en de kinderen. De aanspraak uit hoofde van de andere wettelijke rechten heeft daarmee een alimentair karakter. Bij de legitieme portie wordt geen acht geslagen op de verzorgingsbehoefte van de gerechtigde(n). De aanspraak van een legitimaris uit hoofde van de legitieme portie is - als gezegd - forfaitair.

De positie van de langstlevende echtgenoot ten opzichte van de legitimarissen

In de onderlinge verhouding gaan de aanspraken van de langstlevende echtgenoot vóór op de aanspraken van de legitimarissen. Op verschillende wijzen wordt aan deze rangorde in Boek 4 BW uitdrukking gegeven.

In de eerste plaats kan gewezen worden op de wettelijke verdeling van de nalatenschap van art. 4:13 e.v. BW.² Is de wettelijke verdeling van toepassing, dan verkrijgt de langstlevende echtgenoot van rechtswege alle goederen van de nalatenschap. De kinderen worden zagezegd 'in de erfrechtelijke wachtkamer' geplaatst: zij verkrijgen een niet-opeisbare onderbedelingsvordering op de langstlevende ouder ter grootte van de waarde van hun erfdeel. Deze vordering wordt in beginsel pas opeisbaar bij het overlijden van de langstlevende echtgenoot.

In de tweede plaats wordt de langstlevende echtgenoot effectief beschermd tegen legitimaire aanspraken door de niet-opeisbaarheidsclausules van art. 4:81 lid 2 en art. 4:82 BW (§ 15). De legitieme portie van een onterfd kind is niet opeisbaar wanneer de wettelijke verdeling van toepassing is (art. 4:81 lid 2 BW). In dit geval loopt de opeisbaarheid van de legitimaire vordering gelijk op met de opeisbaarheid van de onderbedelingsvorderingen van de niet-onterde kinderen uit hoofde van de wettelijke verdeling van de nalatenschap. Op deze wijze wordt verzekerd dat de langstlevende echtgenoot ongestoord kan voortleven.

Ook als de wettelijke verdeling niet van toepassing is, kan aan een uiterste wilsbeschikking ten gunste van de langstlevende echtgenoot een niet-opeisbaarheidsclausule worden verbonden (art. 4:82 BW). De niet-opeisbaarheid geldt "voor zover deze [legitimaire vordering] ten laste zou komen van de echtgenoot". Deze bescherming strekt zich niet alleen uit tot de langstlevende echtgenoot (of de geregistreerd partner (art. 4:8 lid 3 BW)), maar ook tot "de andere levensgezel (...) indien deze met de erflater een gemeenschappelijke huishouding voert en een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst is aangegaan" (§ 16).

Een derde en laatste voorbeeld van de prominente positie die de langstlevende echtgenoot ten opzichte van de legitimarissen in het Nederlandse erfrecht inneemt, blijkt uit art. 4:81 lid 5 BW. Dat betreft een situatie waarin de langstlevende echtgenoot door de erflater onterfd is. Aan de langstlevende echtgenoot komt geen legitieme portie toe. Een onterfde echtgenoot kan onder bepaalde voorwaarden aanspraak maken op het verzorgingsvruchtgebruik van art. 4:29 BW (de woning en de inboedel) en art. 4:30 BW (andere goederen van de nalatenschap). Heeft de erflater in dit geval ook één of meer van zijn kinderen onterfd, dan kan door hen een beroep op de legitieme portie worden gedaan jegens de erfgenamen. Zolang het verzorgingsvruchtgebruik ten behoeve van de langstlevende echtgenoot uit hoofde van de andere wettelijke rechten bestaat, kan op grond van art. 4:81 lid 5 BW van een erfgenaam slechts dat deel van de legitimaire

² Zie ook hoofdstuk 3 ('Het Staatstestament: de wettelijke verdeling').

vordering opgeëist worden “dat overeenkomt met het gedeelte dat zijn aandeel in de niet met vruchtgebruik belaste goederen van de nalatenschap uitmaakt van de goederen van de nalatenschap”. Zijn alle goederen van de nalatenschap belast met een verzorgingsvruchtgebruik ten behoeve van de langstlevende echtgenoot, dan is de legitimaire vordering van de legitimaris(sen) in haar geheel niet-opeisbaar.

De wettelijke regeling van de legitieme portie

De legitieme portie is geregeld in afdeling 3 (Legitieme portie) van titel 4 (Uiterste willen) van Boek 4 BW (art. 4:63 t/m art. 4:92 BW). Deze afdeling is in drie paragrafen onderverdeeld. In zekere zin illustreert reeds dat gegeven de complexiteit van de wettelijke regeling. De wetgever heeft getracht om in de wettelijke regeling van de legitieme portie op een afgewogen wijze rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van alle betrokkenen, zoals daar zijn: de legitimarissen, de langstlevende echtgenoot met een verzorgingsbehoefte, de andere levensgezel (dat wil zeggen: een andere levensgezel dan de langstlevende echtgenoot of de geregistreerd partner³), de stiefkinderen van de erflater en degenen op wie ten behoeve van de legitimarissen kan worden ingekort⁴ (te weten de erfgenamen, de legatarissen en de begiftigden).

De wettelijke regeling van de legitieme portie is als volgt ingedeeld. Paragraaf 1 kent als opschrift ‘Algemene bepalingen’. In deze paragraaf wordt een omschrijving gegeven van de legitieme portie, worden de legitimarissen aangewezen en wordt het gedeelte van het (fictieve of gereconstrueerde) vermogen van de erflater omschreven waarop door de legitimarissen aanspraak kan worden gemaakt. Paragraaf 2 kent als opschrift ‘De omvang van de legitieme portie’. In deze paragraaf wordt de aanspraak in geld van de legitimaris verder uitgewerkt. Daarbij komen verschillende vraagstukken aan de orde. Wat is de omvang van het (fictieve) vermogen waarover de legitieme portie wordt berekend? Met welke verkrijgingen van een legitimaris – en dat zijn van de erflater eerder verkregen giften of erfrechtelijke verkrijgingen – moet rekening worden gehouden om de omvang van de geldelijke aanspraak van de legitimaris vast te stellen? Welke erfrechtelijke verkrijgingen – een erfstelling of een legaat – kan de legitimaris vanwege het inferieure karakter verwerpen met behoud van zijn legitieme portie? Het opschrift van paragraaf 3 luidt ten slotte: ‘Het geldend maken van de legitieme portie’. Deze paragraaf handelt over de wijze waarop, de termijn waarbinnen en tegenover wie de legitimaris zijn geldvordering uit hoofde van de legitieme portie geldend kan maken en op welke wijze het bedrag van de legitieme portie wordt omgeslagen over de erfgenamen, legatarissen en begiftigden.

Legitieme portie: quo vadis?

Waar gaan we heen met de legitieme portie? Is deze dwingendrechtelijke inbreuk op de schenkings- en testeervrijheid nog wel van deze tijd? Het behoort eenieder te onzent toch vrij te staan om te doen en te laten met zijn vermogen wat hem goeddunkt? Of vervult de legitieme portie wellicht een nuttige functie, die een inbreuk op de schenkings- en testeervrijheid rechtvaardigt?

³ Boek 4 BW faciliteert met de aanduiding “andere levensgezel” niet het aangaan van promiscue relaties.

⁴ Met inkorting wordt bedoeld op het omslaan van het legitimaire tekort van de legitimarissen – en wel in een bepaalde volgorde en in een bepaalde verhouding – over de andere gerechtigden tot de nalatenschap.

Eens in de zoveel tijd wordt het bestaansrecht van de legitieme portie in de politiek en de rechtsliteratuur ter discussie gesteld.⁵ Recent hebben het Centrum voor Notarieel Recht van de Radboud Universiteit en Netwerk Notarissen veldonderzoek gedaan naar de wenselijkheid van de legitieme portie in het hedendaagse erfrecht. In december 2020 is het Rapport Legitieme portie gepubliceerd om het debat over de legitieme portie aan te wakkeren.⁶ Het rapport bevat een verslag van een peiling over het vraagstuk hoe het Nederlandse publiek en de professionals aankijken tegen het fenomeen van de legitieme portie. Met andere woorden: willen het Nederlandse publiek en de professionals helemaal af van de legitieme portie en is de tijd rijp voor afschaffing, of wil men de legitieme portie nuanceren dan wel ongewijzigd handhaven? Mijns inziens zou ook een sterke vereenvoudiging van de wettelijke regeling van de legitieme portie een reële optie kunnen zijn.

Uit de gehouden peiling blijkt dat het grootste gedeelte van het Nederlandse publiek, daarin gesteund door de professionals, de legitieme portie niet wenst te handhaven of niet ongewijzigd wenst te handhaven. Het rapport besluit met een aanbeveling om de klassieke legitieme portie af te schaffen, maar wel onder handhaving van het regime dat minderjarigen en jongmeerderjarigen goed beschermt op het vlak van kosten van verzorging en opvoeding, levensonderhoud en studie bij het overlijden van een ouder.⁷ Het bestaande wettelijke vangnet daarvoor – de andere wettelijke rechten van art. 4:35 BW – zou uitgebreid kunnen worden.

In de politiek is men nog niet zover. De Minister voor Rechtsbescherming Franc Weerwind (D66) heeft in juni 2022 in reactie op een vraag van het lid van de Tweede Kamer Van Ginneken (D66) of de minister bereid is een wetsvoorstel voor te bereiden tot afschaffing van de legitieme portie geantwoord⁸ dat hem niet is gebleken:

“(…) van een dermate dringende en breed gedragen noodzaak noch van praktische problemen die ertoe nopen om op korte termijn in deze principiële discussie over te gaan tot afschaffing of wijziging van de legitieme portie”.

Wie schetst mijn verbazing? De minister denkt daar nog geen jaar later (persoonlijk) anders over. In een commissiedebat van de vaste commissie voor Justitie en Veiligheid van 22 maart 2023 zegt hij persoonlijk voor afschaffing van de legitieme portie te zijn en na nader onderzoek te willen komen tot *“de contouren van een wetsvoorstel”* daarvoor.⁹

Met deze ontwikkeling was het nog maar de vraag of de legitieme portie in de aankomende jaren in Boek 4 BW een rustig bezit van de afstammelingen van de erflater zou blijven. De discussie over de legitimiteit van de legitieme portie was kennelijk niet

⁵ Zie bijvoorbeeld M.J.A. van Mourik, ‘De legitieme portie: Weg ermee!’, WPNR 6018, W. Kolkman, ‘De legitieme portie’, WPNR 7260. De legitieme kent ook beschermheren en -vrouwen: T.J. Mellema-Kranenburg, ‘Moet de legitieme portie werkelijk verdwijnen?’, WPNR 6031, P.C. van Es, ‘Het bestaansrecht van de legitieme’, WPNR 7334.

⁶ Zie daarvoor de website: www.delegitiemeportie.nl.

⁷ Men wijst op art. 4:35 BW (de sommen ineens), onderdeel van de andere wettelijke rechten. Die bepaling zou volgens de opstellers van het rapport wel verduidelijkt dienen te worden en desgewenst aangepast te worden.

⁸ Brief van 22 juni 2022 aan de Tweede Kamer met als onderwerp Schenk- en erfbelasting en de legitieme portie in het erfrecht (kenmerk: 40483257).

⁹ *Kamerstukken II, 2022-2023, 33 836, nr. 82, p. 27 en 33.* Sinds 7 juli 2023 is het kabinet-Rutte IV demissionair.

uitgedoofd en zou op enig moment ongetwijfeld opnieuw aangezwengeld en vervolgd kunnen worden. Dat laatste lijkt intussen niet meer aan de orde te zijn. In opdracht van het WODC heeft de Rijksuniversiteit Groningen onderzocht wat de Nederlandse bevolking vindt van de legitieme portie. Uit het onderzoeksrapport van 19 november 2024, getiteld 'Draagvlak voor de legitieme portie', blijkt dat de legitieme portie als forfaitaire aanspraak nog steeds grote steun geniet. Slechts 19% van het Nederlandse publiek wil van de legitieme portie af. Een percentage van 40 van het Nederlandse publiek is altijd voorstander van de legitieme portie. Een percentage van 40 is in sommige gevallen voor en in andere gevallen tegen. Interessant zijn de in het rapport gedane suggesties om de wettelijke regeling van de legitieme portie te verbeteren. Daarbij zijn onder meer genoemd: (i) de mogelijkheid om voor het overlijden afspraken te kunnen maken over (het afzien van) een beroep op de legitieme portie (vgl. thans het verbod van art. 4:4 lid 1 BW) en (ii) de mogelijkheid om een uiterste wilsbeschikking te kunnen vernietigen op grond van misbruik van omstandigheden (vgl. thans het verbod van art. 4:43 lid 1 BW).

In de loop van 2025 zal de Staatssecretaris Rechtsbescherming met een inhoudelijke reactie op het rapport komen.¹⁰

2. Legitieme portie: nog immer de crux van het erfrecht?

Vooropgesteld moet worden dat de legitieme portie alleen toekomt aan bepaalde afstammelingen van de erflater (en wel degenen die door de wet als erfgenamen tot zijn nalatenschap worden geroepen). Uitsluitend om redenen van bloedverwantschap wordt de legitieme portie – een aanspraak op een bepaald gedeelte van de waarde van het (fictieve) vermogen van de erflater – aan de afstammelingen van de erflater dwingendrechtelijk toegekend. Dat aanspraak gemaakt kan worden op een dergelijk onaantastbaar recht is heden ten dage niet meer zo vanzelfsprekend als voorheen wel het geval was. Het devies luidde voorheen, en eigenlijk nog altijd: het naaste bloed erft het goed (zie daarvoor het parentelenstelsel van art. 4:10 BW).¹¹ Trefzeker aangeduid met de *onliner*: het erfrecht is bloedrecht.

Bij gelegenheid van de totstandkoming van Boek 4 BW zijn er pleidooien geweest om de legitieme portie af te schaffen. De wetgever wilde destijds zover (nog) niet gaan, al was het maar omdat de invoering van Boek 4 BW dan nog verder zou worden vertraagd.¹²

Het bestaansrecht van de legitieme portie

Het bestaansrecht van de legitieme portie wordt niet meer door eenieder aanvaard. De voorstanders van afschaffing menen dat de legitieme portie niet meer past in onze hedendaagse visie op de zelfstandigheid van de mens en zien in de legitieme portie een onwenselijk geachte bevoogding van de erflater. Daar komt bij dat de familieverhoudingen met de opkomst van samengestelde gezinnen (ook wel *patchwork families* genoemd)

¹⁰ Kamerstukken II, 2024-2025, 33 836, nr. 101.

¹¹ Zie hoofdstuk 2 ('Erfopvolging bij versterf; ordening en erfdelen', § 4).

¹² Nota II, Parl. Gesch. Inw. Boek 4 BW, p. 1812. De Minister van Justitie Winnie Sorgdrager (D66) meldde: "Ik meen dat voor afschaffing van de legitieme portie thans niet de voor zo'n ingrijpende stap vereiste brede steun bestaat. Een wijziging van het wetsvoorstel van deze strekking zou een spoedige invoering van het nieuwe Boek 4 BW in de waagschaal kunnen stellen."

ingrijpend gewijzigd zijn. In een *liber amicorum* voor oud-notaris Van der Ploeg sr.¹³ verwoordde de Nijmeegse hoogleraar Van der Grinten het in 1976 als volgt:

“Onze staat is een welvaarts- en verzorgingsstaat geworden. De grote voordelen van deze ontwikkeling, de humanisering die hiermede gepaard gaat, wil ik allerm minst ontkennen. De idee van de verzorgingsstaat kan er echter toe leiden dat de wetgever steeds verder gaat in het geven van dwingende voorschriften die het leven en de activiteiten van de burgers betreffen. Als civilisten - waartoe ik niet in de laatste plaats de notarissen reken - hebben wij de taak en de verantwoordelijkheid pal te staan voor de ontplooiing van de individuele mens naar eigen persoonlijk inzicht en voorkeur, voor het beschikkingsrecht van de individuele mens over eigen arbeid, inkomsten en vermogen. Er moeten zwaarwegende motieven zijn om hem bestedingsdwang en bestemmingsdwang op te leggen. Mijn overtuiging is, dat zulke zwaarwegende motieven ontbreken om vermogensoverdracht wettelijk voor te schrijven ten behoeve van bepaalde personen die tijdens het leven van de erflater alimentatie-aanspraken jegens hem hebben.”

Ik haal ook nog enkele passages aan uit de filippica van de Nijmeegse hoogleraar Van Mourik tegen de legitieme portie¹⁴:

“Een beginsel van wetgeving dient te zijn dat handelingsvrijheid regel en beperking van contracts- en testeervrijheid uitzondering is. Voor het creëren van uitzonderingen dienen gegronde redenen te bestaan.”

“En van beschermwaardig familievermogen is nog nauwelijks sprake. Het gaat doorgaans om zakhorloges, familiebijbels en tafelzilver met inscriptie. Trouwens, het zal hoge uitzondering zijn dat de familiezin van een aspirant-erflater zodanig is weggekijnd dat hij dat soort zaken aan vreemden doet toekomen.”

“Een eeuwenoud verschijnsel ontleent zijn bestaansrecht niet aan het enkele feit dat het al zo lang bestaat. Een tegengestelde opvatting zou de vooruitgang in de wereld ernstig belemmeren. Het feit dat een samenleving zich ontwikkelt, leidt onvermijdelijk tot herbezinning op de zin van rechtsfiguren en instituten waarvan de samenleving zich bedient. Zo'n rechtsfiguur is de legitieme portie. Na tweeduizend jaar staat hij nadrukkelijk ter discussie.”

“Het bestaan van de legitieme wordt doorgaans niet gerechtvaardigd met een verwijzing naar het verzorgingseffect dat er impliciet uit voortvloeit. Ter ontmoediging van de enkeling die niettemin aan dat effect zwaar tilt, wijs ik op afdeling 2 van titel 2a van de vastgestelde tekst van Boek 4, getiteld ‘Andere wettelijke rechten’.”

en

“Het bestaan van de legitieme portie verschaft de betrokken legitimarissen een vrijbrief zich jegens de aankomend erflater te gedragen zoals het hem of haar goeddunkt. De gerechtigdheid tot de legitieme portie is immers niet afhankelijk van de mate waarin inhoud

¹³ W.C.L. van der Grinten, 'De legitieme; de crux van het erfrecht', p. 40-41, in: Recht zo die gaat, Opstellen aangeboden aan mr. P.W. van der Ploeg.

¹⁴ M.J.A. van Mourik, De legitieme portie, Ars Notariatus LXIX.

wordt gegeven aan de veronderstelde lotsverbondenheid. Ook het kind dat twintig jaar geleden voor het laatste een levensteken gaf jegens de ouder kan aanspraak maken op de legitieme portie.”

Zo kunnen nog wel meer argumenten aangevoerd worden tegen de legitieme portie en de handhaving daarvan in Boek 4 BW. Te noemen is de sterk veranderde gezinssamenstelling door de opkomst van samengestelde of *patchwork*-gezinnen, waardoor de bloedband minder belangrijk wordt. Ook zijn kinderen meer dan voorheen in staat zichzelf te redden, al dan niet met behulp van de bestaande sociale voorzieningen.

Het is in een debat over de wenselijkheid van de afschaffing van de legitieme portie goed om ook de in de wetsgeschiedenis en de rechtsliteratuur aangevoerde gronden voor (het behoud van) de legitieme portie onder ogen te zien. Wat is nu eigenlijk het bestaansrecht van de legitieme portie volgens de wetgever?

- Behoud van familiegoederen

Historisch gezien kan de legitieme portie in verband gebracht worden met de wens familiegoederen voor de familie te behouden. Voorkomen moet worden dat het bijeengebrachte familievermogen versnipperd zou worden. Het is om die reden dat de legitieme portie volgens het tot 1 januari 2003 geldende erfrecht een aanspraak gaf op een aandeel in de nalatenschapsgoederen.

Deze voor de legitieme portie aangevoerde grond overtuigt niet meer. De idee van familie-eigendom leeft nog slechts marginaal in bepaalde adellijke kringen van onze samenleving.

- Onderhoudsverplichting jegens afstammelingen

De legitieme portie werd van oudsher ook in verband gebracht met de verplichting van ouders tot het verstrekken van levensonderhoud en verschaffing van middelen aan kinderen om een opleiding te volgen. De onderhoudsverplichtingen van Boek 1 BW gelden voor kinderen die de leeftijd van eenentwintig jaar nog niet hebben bereikt.¹⁵ In aanvulling op deze onderhoudsverplichtingen van Boek 1 BW kent art. 4:35 BW – als onderdeel van de andere wettelijke rechten van Boek 4 BW – de financiële aanspraak op sommen ineens ten behoeve van een kind dat jonger is dan eenentwintig jaar in de nalatenschap van zijn ouder.¹⁶

Hoewel in de legitieme portie ten opzichte van deze onderhoudsplichten van de Boeken 1 en 4 BW onder omstandigheden een welkome aanvulling zou kunnen worden gezien, komt het mij voor dat deze grond als een generieke rechtvaardiging voor het bestaan van de legitieme portie niet meer vol te houden is. In de regel zullen kinderen bij het overlijden van hun ouders een zelfstandig bestaan hebben weten op te bouwen. Ook bestaan sociale voorzieningen voor degenen die daartoe niet in staat zijn gebleken.

- Morele plicht van ouder jegens kind

De belangrijkste grond voor de legitieme portie is gelegen in de morele plicht van een ouder om een bepaald gedeelte van de (waarde van de) nalatenschap aan de kinderen te

¹⁵ Zie art. 1:392 j° art. 1:395a BW.

¹⁶ Zie hoofdstuk 4 ('Over dwingend nooderrecht: de andere wettelijke rechten', § 8).

doen toekomen. De legitieme portie van Boek 4 BW waardeert die morele plicht op tot een rechtens afdwingbare plicht.

Onterving van kinderen geschiedt meer en meer. Soms kan die onterving bij een kind een gevoel van onrechtvaardigheid oproepen, alsof - omineus aangeduid - een 'laatste afrekening' met hem plaatsvindt vanwege bepaalde gebeurtenissen uit het verleden, maar dan één waarbij enige motivering voor de onterving veelal ontbreekt én tegenspraak niet meer mogelijk is. Het ontferde kind zal evenwel aanspraak kunnen maken op de legitieme portie. De legitieme portie geeft daarmee uitdrukking aan de ouder-kind relatie (ofwel de afstammingsband) die even uniek als onverbreekelijk is.

- Bevordering van een gelijke behandeling van de kinderen

De legitieme portie kan ook de familieverhoudingen ten goede komen, in die zin dat deze een gelijke behandeling van de kinderen bevordert. Tezelfdertijd zal het invoeren van de legitieme portie de familieverhoudingen onder druk kunnen zetten, omdat een financiële aanspraak jegens de nalatenschap (en daarmee jegens de erfgenamen) geldend wordt gemaakt.

- Zekere bescherming tegen beïnvloeding door derden

De legitieme portie stelt grenzen aan de mogelijkheden van de erflater om andere personen te bevoordelen. Dat is een bevoordeling die niet altijd op de instemming van de kinderen van de erflater kan rekenen. Gelet op de legitimaire breuk - te weten "*de helft van de waarde [van de goederen der nalatenschap] waarover de legitieme porties worden berekend*" (art. 4:64 lid 1 j° art. 4:65 BW) - zal de erflater te allen tijde vrijelijk, en dus niet gestoord door de aanspraken uit hoofde van legitieme portie, over hooguit de helft van zijn vermogen kunnen beschikken. Aan de legitieme portie komt aldus een zekere bescherming toe tegen financieel misbruik van kwetsbare ouderen. Betwijfeld mag intussen worden of dit instrument daarvoor wel de meest effectieve bescherming biedt. Immers, de bescherming ziet slechts op de helft van het vermogen van de erflater en deze bescherming is niet aanwezig als de erflater geen kinderen heeft.

De legitieme portie in Boek 4 BW

Onderkend moet intussen worden dat de legitieme portie in Boek 4 BW met ingang van 1 januari 2003 een algehele *make-over* heeft gekregen. De gedaante waarin de legitieme portie thans in Boek 4 BW is opgenomen, verschilt wezenlijk van die van het oude erfrecht. De legitimaris die aanspraak heeft gemaakt op de legitieme portie is onder het huidige erfrecht een (concurrent) schuldeiser van de nalatenschap (art. 4:7 lid 1 onder g BW). De legitimaris verkrijgt een vordering in geld op de erfgenamen (dan wel op de langstlevende echtgenoot in geval van de wettelijke verdeling) en als de nalatenschap ontoereikend is op de begiftigden nadat op de legitieme portie aanspraak is gemaakt. De legitimaris heeft aldus een verbintenisrechtelijke aanspraak. De legitimaris is geen erfgenaam (of deelgenoot) meer in de nalatenschap en kan dus ook niet meebeslissen over de (wijze van) verdeling van de nalatenschap. Men zegt wel dat de legitimaris in Boek 4 BW 'uitgeboedeld' is (en heeft dus geen goederenrechtelijke aanspraak). De legitimaris heeft geen positie meer aan de verdelingstafel. Verder is op verschillende wijzen in Boek 4 BW de angel uit de

legitieme portie gehaald.¹⁷ Zo dient de financiële aanspraak in beginsel zes maanden na overlijden voldaan te worden, maar kan de opeisbaarheid van de legitieme portie worden uitgesteld. Dat uitstel kan geschieden om de langstlevende echtgenoot verzorgd achter te laten (art. 4:81 lid 2 BW (§ 15) en art. 4:82 BW (§ 16)) of om een bedrijfsopvolgingsfaciliteit te bieden (art. 4:75 BW) (§ 13.2).

Ten slotte geldt dat de gronden van onwaardigheid in art. 4:3 BW in belangrijke mate zijn uitgebreid, waardoor enigszins de wind uit de zeilen van de voorstanders van afschaffing van de legitieme portie is genomen.¹⁸ De morele plicht van de erflater om een gedeelte van de waarde van zijn vermogen aan een kind te doen toekomen, bestaat niet als het kind onwaardig is om te erven.

De legitieme portie onder oud erfrecht

De legitimaris die onder oud erfrecht een beroep deed op de legitieme portie verwierf daarmee de status van erfgenaam. Hij kon ter grootte van zijn wettelijk erfdeel aanspraak maken op een aandeel in de nalatenschapsgoederen. De legitimaris was bevoegd om makingen (erfstellingen en legaten) en giften die afbreuk deden aan zijn wettelijk erfdeel in te korten, waarmee deze vermaakte of geschonken goederen terugkeerden in de nalatenschap (art. 4:967 BW (oud)). Met een beroep op de legitieme portie kreeg de onterfde legitimaris als erfgenaam weer een plaats bij de verdeling van de nalatenschap. De claim die de legitimaris aldus met een beroep op de legitieme portie op de nalatenschapsgoederen kon leggen, was een serieuze bedreiging voor de mogelijkheden om een door de erflater gewenste bedrijfsopvolging in goede banen te leiden. Versnippering van het ondernemingsvermogen lag door de legitieme portie oude stijl op de loer. De relativering van de legitieme portie in Boek 4 BW, in die zin dat deze niet meer bestaat uit een aandeel in de goederen van de nalatenschap maar uit een gedeelte van de waarde van de nalatenschap, heeft daaraan een einde gemaakt.

De legitieme portie en het EVRM

De legitieme portie is een beperking van de testeerbevoegdheid van de erflater. Over een gedeelte van zijn vermogen kan de erflater niet vrijelijk beschikken. De vraag kan opkomen of deze beperking van de testeevrijheid niet in strijd komt met art. 1 van het Eerste Protocol van het EVRM.¹⁹ Het gerechtshof Amsterdam beantwoordde deze vraag bij arrest van 31 juli 2018, [ECLI:NL:GHAMS:2018:2246](https://www.eclii.nl/GHAMS:2018:2246), ontkennend.

Het hof stelt vast dat de regeling van de legitieme portie een inbreuk maakt op het recht van een erflater om bij testament over zijn nalatenschap te beschikken. Vervolgens worden door het hof de volgende grondslagen uit de wetsgeschiedenis van Boek 4 BW aangehaald voor handhaving van de legitieme portie:

¹⁷ Niettemin moetesignaleerd worden dat de legitieme portie een grote rol opeist in de testamentenpraktijk en in procedures rondom de afwikkeling van nalatenschappen.

¹⁸ Aan art. 4:3 lid 1 onder b BW is toegevoegd de onwaardigheidsgrond: "hij die onherroepelijk veroordeeld is wegens een opzettelijk tegen de erflater gepleegd misdrijf waarop naar de Nederlandse wettelijke omschrijving een vrijheidsstraf is gesteld met een maximum van ten minstevier jaren, dan wel wegens poging tot, voorbereiding van, of deelneming aan een dergelijk misdrijf". Zie over onwaardigheid verder hoofdstuk 6 ('Wil de ware erfgenaam opstaan?', § 8).

¹⁹ EVRM staat voor het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950.

- de rechtsovertuiging dat aan kinderen een deel van de nalatenschap van hun ouders toekomt;
- de preventieve werking van de regeling van de legitieme portie, omdat daardoor veel familiemoeilijkheden worden voorkomen;
- de bescherming van kinderen tegen bevoordeling van een willekeurige derde, maar ook van het ene kind boven het andere, reden waarom de wetgever de ongewenste gevolgen van het subjectieve oordeel van de erflater, dat soms sterk beïnvloed kan worden door emoties van tijdelijke aard, tot op zekere hoogte behoort te beperken door het handhaven van een aanspraak van de kinderen op een breukdeel van de waarde van de goederen der nalatenschap;
- het voorkomen dat door afschaffing van de legitieme portie de gevallen toenemen waarin het testament wordt aangetast op grond van het ontbreken van verstandelijke vermogens of wegens wilsgebreken;
- de bescherming van oudere kwetsbare personen doordat de legitieme portie aan de mogelijkheden van beïnvloeding door een derde ten behoeve van zichzelf een grens stelt;
- het bevorderen van een gelijke behandeling van de eigen kinderen; en
- (voor een deel) bescherming van de gemeenschap, om te voorkomen dat een kind dat is ontferd omdat het een nietsnut is en op andermans zak teert, van gemeenschapsgelden leeft.

Uit de opsomming van deze gronden voor het handhaven van de regeling van de legitieme portie blijkt dat daarmee met name is beoogd recht te doen aan maatschappelijke opvattingen volgens welke - samengevat - het gezin bescherming behoeft, de kinderen zoveel mogelijk gelijk worden behandeld, de kinderen worden beschermd tegen bevoordeling van derden, de erflater wordt beschermd tegen (onder meer) beïnvloeding door derden en een ontferde 'nietsnut' niet hoeft terug te vallen op algemene middelen. Aldus strekt de regeling van de legitieme portie mede ertoe het algemeen belang te dienen.

De doelstellingen van de legitieme portie dienen als zwaarwegend te worden aangemerkt, aldus het hof. Met het oog daarop heeft de wetgever de inbreuk nodig geacht.

Geconstateerd wordt verder dat met de invoering van het huidige Boek 4 BW op 1 januari 2003, waarvan art. 4:63 en art. 4:64 BW deel uitmaken, de legitieme portie is beperkt in die zin dat deze nog slechts bestaat uit een vordering in geld op het vermogen van de erflater en het breukdeel waarop een legitimaris recht heeft aanmerkelijk is verkleind. In het berechte geval brengt de inbreuk met zich dat erflater zonder enige beperking heeft kunnen beschikken over de bestanddelen van het vermogen, maar de legitimaris na het invoeren van de legitieme een vordering in geld heeft op de erfgenaam, die is beperkt tot een kwart van de waarde van het vermogen van de nalatenschap. Het komt het hof voorts niet ongerechtvaardigd voor het realiseren van de door de wetgever beoogde doelstellingen, die zijn gericht op de bescherming van het gezin, de kinderen, de erflater zelf en de samenleving, ten laste te brengen van een ouder/erflater. Niet gezegd kan daarom worden dat de beperking van erflater om bij testament over het vermogen te beschikken een buitensporige last voor erflater inhoudt. Er is sprake van een redelijke mate van evenredigheid tussen de gebruikte middelen en het doel dat ermee wordt nagestreefd. De inbreuk op het eigendomsrecht van erflater is derhalve gerechtvaardigd.

Afrondend overweegt het hof dan ook:

“Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een door de artikelen 14 EVRM en artikel 1 Twaalfde Protocol EVRM verboden discriminatie, moet worden vooropgesteld dat zij niet iedere discriminatie verbieden, doch alleen die welke als discriminatie moet worden beschouwd omdat een redelijke en objectieve rechtvaardiging ervoor ontbreekt.

Hiervoor (...) heeft het hof de (hoofd)doelen voor het handhaven van de regeling van de legitieme portie vastgesteld en geoordeeld dat, nu aan het vereiste van een redelijke mate van evenredigheid tussen het algemene belang enerzijds en de bescherming van de beschikkingsvrijheid anderzijds is voldaan, de inbreuk op artikel 1 Eerste Protocol EVRM gerechtvaardigd is. Niet geoordeeld kan daarom worden dat een redelijke en objectieve rechtvaardiging ontbreekt voor de door [appellant, de legitimaris] gestelde discriminatie, zodat de vraag of daadwerkelijk sprake is van discriminatie als bedoeld in vorengenoemde bepalingen buiten beschouwing kan blijven.”

3. De formule van de legitieme portie

De omvang van de legitieme portie kan verduidelijkt worden met behulp van een wiskundige formule met een hoog Harry Potter-gehalte. De legitieme portie is gelijk aan de uitkomst van een vermenigvuldiging van (i) de legitimaire breuk met (ii) de legitimaire massa. De bouwstenen van deze formule zijn aldus de begrippen ‘legitimaire breuk’ en ‘legitimaire massa’. Het product van de vermenigvuldiging van deze twee bouwstenen levert de ‘legitieme portie’ op. Het gaat hier om een eerste, *abstracte* berekening van de legitieme portie. Een berekening die voor elke legitimaris in de nalatenschap van erflater gelijk is.

De legitimaire breuk

De legitimaire breuk bestaat blijkens art. 4:63 lid 1 BW uit de vermenigvuldiging van een vaste fractie (“*de helft*”) met het versterferfdeel van de legitimaris (“*het aantal in artikel 10 lid 1 onder a genoemde, door de erflater achtergelaten personen*”).²⁰ Uit het gegeven dat de vaste fractie te allen tijde de helft van het versterferfdeel bedraagt, volgt dat de erflater vrijelijk, en dus niet gehinderd door de financiële aanspraken van een legitimaris, over de helft van zijn vermogen zal kunnen beschikken (behoudens een eventueel beroep dat op de andere wettelijke rechten wordt gedaan).

De versterferfgenamen in groep a van het parentelenstelsel zijn de echtgenoot en de kinderen van de erflater (art. 4:10 lid 1 onder a BW), de zogeheten ‘eredivisie’ van het erfrecht.²¹

Afstammelingen van een kind van de erflater dat op het ogenblik van het openvallen van de nalatenschap niet meer bestaat (vooroverlijden) of onwaardig is (vgl. art. 4:3 BW), treden gezamenlijk als legitimaris op (art. 4:64 lid 2 BW) (zie verder § 4). In deze twee gevallen treedt plaatsvervulling op ten behoeve van de kinderen van de overleden of de onwaardige ouder. Afstammelingen van een kind van de erflater die legitimaris zijn, kunnen ieder slechts voor hun deel opkomen.

²⁰ Strikt genomen relateert art. 4:64 lid 1 BW het breukdeel – te weten “*de helft*” – aan de waarde van de goederen van de nalatenschap. Het is gebruikelijk en makkelijker om te spreken over de helft van het versterferfdeel. Het levert rekenkundig hetzelfde resultaat op.

²¹ Zie ook hoofdstuk 2 (‘Erfopvolging bij versterf; ordening en erfdelen’, § 4).

De legitimaire massa

Volgens art. 4:65 lid 1 BW wordt de legitieme portie berekend in de legitimaire massa. De legitimaire massa bestaat uit:

- a. de waarde van de goederen van de nalatenschap, te *vermeerderen* met ...
- b. de bij deze berekening van de legitimaire massa in aanmerking te nemen giften, te *verminderen* met ...
- c. de schulden van de nalatenschap als vermeld in art. 4:7 lid 1 onder a t/m c en f BW.

Hieruit blijkt dat de legitieme portie berekend wordt in een *fictieve* (ofwel gereconstrueerde) nalatenschap, waarvan de samenstellende onderdelen zijn: (i) de goederen van de nalatenschap, te vermeerderen met (ii) de eerder door de erflater gedane giften. Slechts bepaalde schulden van de nalatenschap als vermeld in art. 4:7 lid 1 BW worden daarop in aftrek gebracht. Het gaat om de schulden van de erflater die niet met zijn dood tenietgaan (onder a), de kosten van lijkbezorging (onder b), de kosten van vereffening van de nalatenschap (onder c) en de sommen ineens (onder f). Bij de berekening van de legitimaire massa blijven buiten beschouwing de kosten van executele (waaronder het loon van de executeur (art. 4:7 lid 1 onder d BW)) en de schulden uit belastingen die ter zake van het opvallen van de nalatenschap worden geheven (art. 4:7 lid 1 onder e BW). Zie voor de samenstelling van de legitimaire massa verder § 6.

Het legitimaire tekort

Ten behoeve van de vaststelling van de legitieme portie wordt, als gezegd, in aanvang een *abstracte* berekening gemaakt. Deze berekening is voor elke legitimaris die uit eigen hoofde in de nalatenschap opkomt gelijk. Om de individuele aanspraak van een legitimaris uit hoofde van de legitieme portie te berekenen, dient aanvullend rekening te worden gehouden met: (i) de aan de legitimaris door de erflater gedane giften (§ 10) en (ii) de erfrechtelijke verkrijgingen van de legitimaris (§ 11). Per legitimaris kunnen deze giften en erfrechtelijke verkrijgingen een andere omvang hebben. Indien van de (abstracte berekening van de) legitieme portie deze twee posten worden afgetrokken, resteert de uitkomst van een *concrete* berekening van de legitieme portie: het legitimaire tekort van een legitimaris. Ten belope van het legitimaire tekort verkrijgt de legitimaris een vordering op de gezamenlijke erfgenamen dan wel, wanneer de nalatenschap volgens de wettelijke verdeling van art. 4:13 e.v. BW is verdeeld, op de langstlevende echtgenoot (art. 4:80 lid 1 BW).

Formule van de legitieme portie

In zijn geheel luidt de formule van de legitieme portie dan als volgt:

Legitieme portie in abstracto = $1/2 \times$ versterferfdeel van de legitimaris \times (activa van de nalatenschap + *bepaalde* giften - *bepaalde* schulden van de nalatenschap)

Legitieme portie in concreto (ofwel het legitimaire tekort) = legitieme portie in abstracto - door de legitimaris ontvangen giften en/of verkrijgingen krachtens erfrecht

Indien deze formule met zijn samenstellende onderdelen maar goed voor ogen wordt gehouden, zal de uitwerking van de legitieme portie in al haar finesses beter te begrijpen en te doorgronden zijn. Het zal steeds enig rekenwerk vergen om de juiste berekening te maken. Verder spelen waarderingen van goederen een belangrijke rol en zullen mogelijk ook naspeuringen naar schenkingen en transacties met 'giftige' elementen van de erflater met één of meer afstammelingen of derden uit het verleden moeten worden gedaan.

4. Legitimarissen

In art. 4:63 lid 2 en 3 BW wordt omschreven wie de legitimarissen van de erflater zijn. Legitimarissen zijn de afstammelingen van de erflater die door de wet als erfgenamen tot zijn nalatenschap worden geroepen, (a) hetzij uit eigen hoofde, (b) hetzij bij plaatsvervulling met betrekking tot personen die op het ogenblik van het openvallen van de nalatenschap niet meer bestaan of die onwaardig zijn (vgl. art. 4:10 en art. 4:12 BW).

Bij deze omschrijving van het begrip 'legitimariss' passen onmiddellijk twee opmerkingen. Vooreerst de opmerking dat men in wezen reeds legitimaris is bij de geboorte. Bij geboorte is men afstammeling van de ouders (uiteraard in juridische zin begrepen met inachtneming van de regels van Boek 1 BW).²² In de tweede plaats is de opmerking op haar plaats dat men legitimaris kan zijn, maar dat het een legitimaris vrij staat al dan niet een beroep te doen op de legitieme portie. De legitieme portie is één van de in Boek 4 BW geregelde wilsrechten. De legitimaris heeft een bevoegdheid om een beroep op de legitieme portie te doen, maar hij kan verkiezen dat niet te doen. Pas nadat op de legitieme portie daadwerkelijk "aanspraak wordt gemaakt" ontstaat een schuld van de nalatenschap aan de legitimaris uit hoofde van de legitieme portie (art. 4:7 lid 1 onder g BW).

In art. 4:63 lid 2 BW wordt een onderscheid gemaakt. *Uit eigen hoofde* worden tot de nalatenschap geroepen de kinderen van de erflater. *Bij plaatsvervulling* worden tot de nalatenschap geroepen de verdere afstammelingen van de erflater, zoals kleinkinderen en achterkleinkinderen.

In art. 4:63 lid 2 BW wordt verder nog een beperking aangebracht op de hoedanigheid van legitimaris bij *plaatsvervulling*. Uitsluitend in de gevallen van vooroverlijden of onwaardigheid van een erfgenaam (als bedoeld in art. 4:3 BW) kunnen de plaatsvervullers een beroep doen op de legitieme portie. Deze beperking is eenvoudig te verklaren. Bij vooroverlijden of onwaardigheid kan de betreffende erfgenaam niet (meer) een beroep doen op de legitieme portie, zodat de afstammelingen van de vooroverleden of onwaardige erfgenaam bij wege van plaatsvervulling aanspraak kunnen maken op de legitieme portie van hun (groot)ouder. In de andere gevallen van plaatsvervulling - te weten (i) bij verwerping van de nalatenschap door een erfgenaam en (ii) bij onterving van een erfgenaam - kan degene die de nalatenschap verwerpt (zie over de zogeheten 'contantenverklaring' van art. 4:63 lid 3 BW § 5 hierna) of degene die ontferd is, zelf aanspraak maken op de legitieme portie.

²² Zie ook hoofdstuk 2 ('Erfopvolging bij versterf; ordening en erfdelen', § 3).

Afstammelingen van een kind van de erflater dat op het ogenblik van het openvallen van de nalatenschap niet meer bestaat (vooroverlijden) of onwaardig is, treden gezamenlijk als legitimaris op (art. 4:64 lid 2 BW). Deze afstammelingen hebben bij plaatsvervulling recht op een legitieme portie (art. 4:63 lid 2 BW). Ieder van de afstammelingen van een vooroverleden of onwaardig kind heeft een eigen legitieme portie en een eigen legitimaire aanspraak.

Voorbeelden:

Stel dat erflater A overlijdt met achterlating van zijn echtgenote B en vier kinderen C, D, E en F. Volgens art. 4:10 lid 1 onder a BW zijn de erfgenamen bij versterf B t/m F, ieder voor $1/5$. De legitieme van de kinderen C t/m F bedraagt $1/2$ van $1/5 = 1/10$. Hieruit blijkt dat hoewel aan echtgenote B zelf geen legitieme portie toekomt, haar aanwezigheid de omvang van de legitieme portie van de kinderen verkleint. Zij is immers één van de *"in artikel 10 lid 1 onder a genoemde, door de erflater achtergelaten personen"* (art. 4:64 lid 1 BW).

Stel dat in deze casus C onwaardig is; hij heeft van A gestolen en is daarvoor ook veroordeeld (art. 4:3 lid 1 onder b BW). C erft dan niet en aan hem komt geen legitieme portie toe. Wat betreft de omvang van de legitieme portie van D t/m F verandert er niets. De legitieme portie van D t/m F blijft $1/2$ van $1/5 = 1/10$. C is en blijft - ondanks zijn onwaardigheid - één van de *"in artikel 10 lid 1 onder a genoemde, door de erflater achtergelaten personen"* (art. 4:64 lid 1 BW).

Stel dat C niet onwaardig is, maar was vooroverleden. In dat geval behoort C niet meer tot de door de erflater achtergelaten personen. C doet dan voor de berekening van de legitieme portie niet meer mee. De legitieme portie van D t/m F bedraagt $1/2 \times 1/4 = 1/8$.

Stel dat C is vooroverleden en drie kinderen achterlaat: K, L en M. De kinderen K, L en M erven dan bij plaatsvervulling en hebben ook een legitieme portie bij plaatsvervulling. De versterferfdelen van D t/m F bedragen ieder $1/5$ en voor K, L en M ieder $1/3 \times 1/5 = 1/15$. Voor de legitieme portie tellen K, L en M als plaatsvervullers van C tezamen mee voor één kind. De legitieme portie van D t/m F bedraagt $1/2 \times 1/5 = 1/10$ en voor K, L en M ieder $1/3 \times 1/2 \times 1/5 = 1/30$.

Stel dat C de nalatenschap van A had verworpen. In dat geval was de vererving hetzelfde gebleven: D t/m F ieder $1/5$ (versterferfdeel uit eigen hoofde) en K, L en M ieder $1/15$ (versterferfdeel bij plaatsvervulling). K, L en M zouden dan geen legitieme portie hebben. Het is aan C om daar zo nodig een beroep op te doen. De legitieme portie van C bedraagt $1/2$ van $1/5 = 1/10$. Een interessante vraag is wie de rekening van de legitieme portie van C moet betalen: uitsluitend K, L en M of D t/m F en K, L en M naar evenredigheid (zie verder § 21 voor inkorting).

5. Wanneer doet een legitimaris een beroep op zijn legitieme portie?

In welke situaties zal een legitimaris een beroep kunnen doen op de legitieme portie? Schematisch weergegeven, zou een beroep op de legitieme portie in drie gevallen aan de

orde kunnen zijn. Het is aan de legitimaris zelf om te bepalen of hij daadwerkelijk een beroep op de legitieme portie wenst te doen. Hij is daartoe niet verplicht. De bevoegdheid van een legitimaris een beroep te doen op de legitieme portie is een wilsrecht.

- *De erflater heeft de legitimaris onterfd (de onterfde, niets verkrijgende legitimaris)*

De meest voor de hand liggende situatie waarin een beroep wordt gedaan op de legitieme portie is het geval dat de erflater één of meer van zijn kinderen heeft onterfd, ten gevolge waarvan deze kinderen als erfgenaam niets uit de nalatenschap van erflater verkrijgen.²³ Een onterving is een volkomen rechtsgeldige uiterste wilsbeschikking, waarbij van de erfopvolging volgens het versterferfrecht wordt afgeweken (art. 4:1 lid 2 BW). Een onterving kan expliciet of impliciet plaatsvinden. Bij een expliciete onterving wordt een versterferfgenaam met zoveel woorden van erfopvolging uitgesloten (*"Ik onterf al mijn versterferfgenamen"* of *"Ik onterf mijn dochter Florine"*). Bij een impliciete onterving wordt een erfgenaam middels een erfstelling benoemd, hetgeen tot gevolg heeft dat een versterferfgenaam geheel of ten dele van erfopvolging wordt uitgesloten (*"Ik benoem het Rode Kruis tot mijn enig erfgenaam"*, hetgeen tot gevolg heeft dat de versterferfgenamen van de erflater van erfopvolging zijn uitgesloten).

Ter grootte van zijn legitimaire aanspraak (ofwel de legitieme portie in *concreto* (§ 3)) kan de legitimaris een geldvordering geldend maken jegens de erfgenamen, dan wel - in geval van de wettelijke verdeling van de nalatenschap (art. 4:13 e.v. BW) - jegens de langstlevende echtgenoot (art. 4:79 onder a BW) (§ 21). Heeft de legitimaris zijn legitieme portie op deze wijze dan nog niet ontvangen van de erfgenamen, dan kunnen bepaalde begiftigden door de legitimaris worden aangesproken die bij leven van de erflater een gift hebben ontvangen (art. 4:79 onder b j° art. 4:89 BW) (§ 22).

Tot deze eerste categorie - de onterfde legitimaris - behoort ook het geval dat het testament een strafsanctie bevat voor de situatie dat een erfgenaam zich tegen enige bepaling van het testament of de uitvoering daarvan verzet (de zogeheten *cautio Socini*).²⁴ Een voorbeeld daarvan is de volgende clausule:

"Indien één of beide zoons mijn testament niet respecteert/respecteren dan wel weigert/weigeren aan de uitvoering daarvan mede te werken of enige schenking door mij aan mijn echtgenote gedaan of enig beding van inbreng in gemeenschap en/of verblijving aan mijn echtgenote niet mocht(en) respecteren dan wel niet volledig of onverkort binnen zestig dagen na daartoe door mijn executeur schriftelijk zijn aangemaand schriftelijk heeft/hebben verklaard zowel in mijn testament als in bedoelde schenkingen en bedingen te berusten onterf ik mijn beide zoons en zijn/hun afstammeling(en) en benoem ik tot enige erfgename van mijn gehele nalatenschap mijn echtgenote."

In dat geval is de erfstelling van de zoons een voorwaardelijke, en komt deze erfstelling te vervallen bij het in vervulling gaan van de ontbindende voorwaarde. Deze voorwaarde houdt veelal in dat de erfgenaam zich verzet tegen het testament of de uitvoering daarvan.

²³ Denkbaar is ook dat de legitimaris onterfd is, omdat hij bij leven van de erflater zijn legitieme portie op een andere wijze reeds heeft verkregen (bijvoorbeeld door schenkingen of bij gelegenheid van een bedrijfsoverdracht tegen een lage, niet-zakelijke prijs).

²⁴ Zie over de *cautio Socini* uitgebreider hoofdstuk 6 ('Wil de ware erfgenaam opstaan?', § 9).

- *De legitimaris heeft minder ontvangen uit de nalatenschap dan waarop hij krachtens zijn legitieme portie recht heeft (de tekortkomende legitimaris)*

In dit geval heeft de legitimaris weliswaar een erfdeel of een legaat verkregen uit de nalatenschap van de erflater, maar de waarde van zijn erfrechtelijke verkrijging is minder dan zijn legitieme portie. De legitimaris heeft alsdan een legitimair tekort. De legitimaris kan een aanvullend beroep doen op de legitieme portie. Voor het tekort kan de tekortkomende legitimaris op dezelfde wijze als de onterfde legitimaris de (andere) erfgenamen en zo nodig ook de begiftigden aanspreken.

In verband met deze categorie - de tekortkomende legitimaris - vermeld ik nog de volgende clausule in een testament met erfstellingen ten gunste van de kinderen:

“Indien een afstammeling een beroep doet op zijn legitieme portie, sluit ik hem en zijn afstammelingen uit als erfgenamen in mijn nalatenschap.”

Op deze wijze wordt een aanvullend beroep door één van de kinderen op de legitieme portie onmogelijk gemaakt, en leidt dat aanvullende beroep op de legitieme portie alsnog tot onterving. De onterfde erfgenaam zal zijn legitieme portie in dat geval wel geldend kunnen maken.

- *De erflater heeft het erfdeel of een legaat van de legitimaris zodanig belast dat sprake is van een inferieure verkrijging (de ontevreden legitimaris)*

In dit geval heeft de legitimaris wederom een erfdeel of een legaat verkregen uit de nalatenschap van de erflater, maar deze erfrechtelijke verkrijging is belast met bijvoorbeeld een als hinderlijk ervaren voorwaarde of een testamentaire last. Er is sprake van een inferieure erfrechtelijke verkrijging die de legitimaris in beginsel niet behoeft te aanvaarden. Zie daarvoor verder de ‘zwarte lijsten’ van art. 4:72 BW (een inferieure erfstelling) en art. 4:73 BW (een inferieus legaat) (§ 12).

Een legitimaris die een inferieure erfrechtelijke verkrijging niet wenst te aanvaarden, dient zijn erfdeel of legaat te verwerpen (art. 4:63 lid 3 BW).²⁵ Hierdoor verliest de legitimaris zijn positie als erfgenaam of legataris in de nalatenschap en ook zijn recht op de legitieme portie, *tenzij* hij bij gelegenheid van de verwerping van de nalatenschap als bedoeld in art. 4:191 BW gelijktijdig een verklaring bij de griffie van de rechtbank van het sterfhuis aflegt dat hij zijn legitieme portie wenst te ontvangen (de zogeheten ‘contantenverklaring’). Het is dus mogelijk om als erfgenaam de nalatenschap te verwerpen (ten gevolge waarvan het erfgenaamschap komt te vervallen) met behoud van de legitieme portie. We spreken in dit verband ook wel van de ‘verwerpingslegitieme’. De legitimaris kan zijn aanspraak op de legitieme portie bij de verwerping van de nalatenschap voorbehouden. Maakt de legitimaris niet gelijktijdig bij de verwerping van de nalatenschap een dergelijk voorbehoud, dan verliest hij zijn recht op de legitieme portie.

²⁵ Voluit luidt deze (moeilijk leesbare) bepaling als volgt: *“De legitimaris die de nalatenschap verwerpt, verliest zijn recht op de legitieme portie, tenzij hij bij het afleggen van de verklaring bedoeld in artikel 191, tevens verklaart dat hij zijn legitieme portie wenst te ontvangen.”*

De contantenverklaring

Een beroep doen op de legitieme portie met de contantenverklaring luistert nauw. Uit het vonnis van de rechtbank Gelderland van 21 september 2022, [ECLI:NL:RBGEL:2022:5409](#), valt daarover het volgende op te maken. In die zaak wenste een legitimaris in een lopende bodemprocedure op grond van art. 217 Rv tussen te komen teneinde benadeling van zijn positie te voorkomen. Daardoor kwam de vraag aan de orde of de legitimaris tijdig en op de juiste wijze een beroep had gedaan op zijn legitieme portie. Volgens de rechtbank dient de legitimaris “bij” de verwerping, en dat betekent tegelijkertijd met het afleggen van de verwerpingsverklaring (een tijdsbepaling), te verklaren dat hij zijn legitieme portie wenst te ontvangen. De legitimaris had dat gedaan door in een ‘verklaring nalatenschap’ die was gericht aan de rechtbank de volgende passage op te nemen:

“N.B. Ik verklaar hierbij tevens aanspraak te maken op mijn legitieme portie rechtens.”

Uit art. 4:63 lid 3 BW volgt slechts dat deze verklaring op het moment van het verwerpen van de nalatenschap moet worden gedaan. De ratio daarvan is dat dat bij de verwerping dadelijk duidelijkheid moet bestaan over de vraag of de verwerping tevens afstand van de legitieme portie inhoudt, of niet.²⁶ De contantenverklaring hoeft de erfgenamen ten tijde van de verwerping nog niet te bereiken. Het gaat erom dat de contantenverklaring de erfgenamen heeft bereikt binnen de termijn waarop een beroep op de legitieme portie kan worden gedaan (vgl. art. 3:37 BW). Dat kan ingevolge art. 4:85 lid 1 BW tot vijf jaar na het overlijden van de erflater, tenzij voordien voor het doen van een beroep op de legitieme portie een redelijke termijn aan de legitimaris is gesteld (§ 20).

In hoger beroep sluit het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zich bij arrest van 2 januari 2024, [ECLI:NL:GHARL:2024:37](#), bij het oordeel van de rechtbank aan. Het hof overweegt dat het voor de erfgenamen voorafgaand aan de verklaring van verwerping van de legitimaris voldoende duidelijk was dat hij zijn positie als legitimaris in de nalatenschap niet wenste op te geven. Daarbij kent het hof betekenis toe aan de door de legitimaris afgelegde verklaringen voorafgaand aan de verklaring van verwerping van de nalatenschap.

Inferieure verkrijging en verwerping

Uitgangspunt is dat de legitimaris er recht op heeft om zijn erfrechtelijke verkrijging *zuiver en onbelast* te kunnen aanvaarden. Is hetgeen de legitimaris krachtens erfrecht verkrijgt *niet* zuiver en onbelast (ofwel een inferieure making), dan heeft hij het recht om de desbetreffende making - een erfstelling of een legaat - te verwerpen, *zonder* dat zulks leidt tot toerekening op zijn legitieme portie. Toerekening (of imputatie) betekent in dit verband dat de waarde van de inferieure making in mindering wordt gebracht op de legitieme portie. Is de making daarentegen *wél* zuiver en onbelast, dan leidt verwerping van de erfrechtelijke verkrijging tot toerekening van de waarde daarvan op de legitieme portie.

Voorbeeld

Een inferieure erfrechtelijke verkrijging, die straffeloos door een erfgenaam-legitimaris of een legataris-legitimaris kan worden verworpen, is bijvoorbeeld;

²⁶ Parl. Gesch. InvW. Boek 4 BW, p. 1882.

- erfgenaamschap of een erfstelling onder een voorwaarde;
- erfgenaamschap of een erfstelling onder een testamentaire last;
- erfgenaamschap of een erfstelling onder een verplichting tot afgifte van een legaat van vruchtgebruik; of
- een legaat dat over twee jaar opeisbaar is.

Een bijzondere situatie ontstaat in twee gevallen. In die uitzonderingsgevallen kan een legitimaris *niet* zonder gevolgen voor de legitieme portie een inferieure erfrechtelijke verkrijging verwerpen. Die twee gevallen zijn: (i) het testamentair beschermingsbewind (§ 13.1) en (ii) de bedrijfsopvolgingsfaciliteit (§ 13.2). Verwerping van een erfrechtelijke verkrijging zal in dat geval - in afwijking van de hoofdregel dat verwerping van een inferieure verkrijging niet tot toerekening leidt - wél toerekening op de legitieme portie tot gevolg hebben. De reden daarvoor is dat deze erfrechtelijke verkrijgingen in dit geval superieur zijn. De legitimaris die zich niet met de (grond(en) voor) de aan deze erfrechtelijke verkrijging verbonden beperking kan verenigen, zal op een andere wijze dan verwerping van de nalatenschap zich daartegen moeten verzetten (§ 13).

6. Samenstelling van de legitimaire massa

De legitieme portie wordt (met behulp van een breukdeel (te weten de helft van het versterferfdeel)) in de legitimaire massa berekend (§ 3). De legitimaire massa bestaat volgens art. 4:65 BW uit:

- de waarde van de goederen van de nalatenschap, vermeerderd met
- de bij deze berekening van de legitimaire massa 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.

Een nadere toelichting dient te worden gegeven op: (a) de waarde van de nalatenschapsgoederen, (b) de in aanmerking te nemen giften en (c) bepaalde schulden van de nalatenschap.

(a) Waarde van de nalatenschapsgoederen

De waarde van de goederen van de nalatenschap moet worden bepaald met inachtneming van art. 4:6 BW. Dit leidt ertoe dat de waarde van de nalatenschap waarin de legitieme portie wordt berekend, bepaald dient te worden onmiddellijk na het overlijden van de erflater (de peildatum).

Verder geldt dat bij de waardering van de nalatenschapsgoederen geen rekening dient te worden gehouden met het vruchtgebruik dat op de nalatenschapsgoederen krachtens afdeling 4.3.1 BW (een vruchtgebruik uit hoofde van de wilsrechten)²⁷ of afdeling 4.3.2 BW (een verzorgingsvruchtgebruik als onderdeel van de andere wettelijke rechten) kan komen

²⁷ Zie hoofdstuk 3 ('Het Staatstestament: de wettelijke verdeling van de nalatenschap', § 12 e.v.).

te rusten (eveneens art. 4:6 BW).²⁸ Deze toevoeging lijkt wetstechnisch gezien overbodig nu deze vruchtgebruiken eerst geruime tijd ná de peildatum gevestigd kunnen worden.

Art. 4:6 BW geeft geen aanwijzingen over de wijze van waardering van de nalatenschapsgoederen en evenmin over de te hanteren maatstaf van waardering. Het systeem van Boek 4 BW gaat er vanuit dat de waarde van de goederen van de nalatenschap onmiddellijk na het overlijden van de erflater wordt vastgesteld. Dat betekent dat daarna optredende veranderingen in de waarde van de goederen van de nalatenschap – hetzij ten positieve, hetzij ten negatieve – geen invloed meer hebben op de berekening van de legitieme portie. Stel bijvoorbeeld dat erflaters woning bij verkoop door de erfgenamen meer of minder opbrengt dan de eerder getaxeerde waarde van de woning per overlijdensdatum. Die waardeverandering of -daling van de woning beïnvloedt niet de omvang van de legitieme portie. Men heeft wel verdedigd dat de legitimaris bij sterke waardefluctuaties van boedelbestanddelen in vergelijking tot de erfgenamen relatief veel (bij een waardevermindering na het overlijden van de nalatenschapsgoederen) of weinig (bij een waardeverhoging daarvan) krijgt. De eisen van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 BW zouden dan kunnen rechtvaardigen dat daarmee bij de berekening van de legitieme rekening wordt gehouden. Mij komt het voor dat daarvoor geen ruimte is gelet op de eenduidige peildatum van art. 4:6 BW: een waardering van de nalatenschapsgoederen onmiddellijk na het overlijden van de nalatenschap.

(b) In aanmerking te nemen giften

In art. 4:66 t/m art. 4:69 BW wordt aangegeven welke eerder door de erflater gedane giften bij de berekening van de legitimaire massa in aanmerking dienen te worden genomen, en voor welke waarde (zie verder § 7). De bijtelling van giften bij de legitimaire massa is verklaarbaar, omdat de erflater anders eenvoudig in staat zou zijn de positie van een legitimaris te ondermijnen door zijn vermogen in zijn geheel tijdig weg te schenken. De legitimaire massa is door de bijtelling van eerder gedane giften bij de waarde van de nalatenschapsgoederen een *fictieve* (ofwel gereconstrueerde) nalatenschap.

Als gift wordt aangemerkt: iedere handeling die ertoe strekt dat degene die de handeling verricht, een ander ten koste van eigen vermogen verrijkt (art. 7:186 lid 2 BW). Onderdeel van het genusbegrip ‘gift’ is de schenking: de overeenkomst om niet die ertoe strekt dat de ene partij, de schenker, ten koste van eigen vermogen de andere partij, de begiftigde, verrijkt (art. 7:175 BW). Bij zowel de gift als de schenking is de bevoordelingsbedoeling van belang: de gever of de schenker moet met een bevoordelingsbedoeling gehandeld hebben en de begiftigde moet zich daarvan bewust zijn geweest (de zogeheten liberaliteitseis).²⁹ De bevoordelingsbedoeling moet aan de hand van de omstandigheden van het geval naar objectieve maatstaven beoordeeld worden. Een subjectieve bevoordelingsbedoeling zal nu eenmaal niet eenvoudig zijn vast te stellen. Of sprake is van een gift moet worden beoordeeld naar het moment van het

²⁸ Zie hoofdstuk 4 (‘Over dwingend nooderrecht: de andere wettelijke rechten’, § 4).

²⁹ Hoge Raad 12 juli 2002, [ECLI:NL:HR:2002:AD7272](#). Verhelderend voor de bevoordelingsbedoeling is de volgende passage uit het advies van A-G Wissink ([ECLI:NL:PHR:2019:1083](#)): “Kortom, bewustheid van bevoordeling is niet voldoende (‘ik handel terwijl ik weet dat u daardoor wordt verrijkt’). Er moet een bevoordelingsbedoeling zijn, dat wil zeggen dat de wil van de handelende partij moet zijn gericht op de verrijking van de ander (‘ik handel omdat ik wil dat u daardoor wordt verrijkt’). Buiten beschouwing kan blijven, waarom die wil er is; dit betreft slechts de motieven van de handelende partijen (‘ik wil u verrijken, omdat ...’).” Zie hiervoor verder hoofdstuk 19 (‘Schenking en erfrecht’, § 2 en § 3).

aangaan van de gift. Op dat moment moet sprake zijn van een bevoordelingsbedoeling bij de gever. Met omstandigheden die zich daarna voordoen wordt in beginsel geen rekening gehouden, behoudens wanneer deze voorzienbaar waren ten tijde van de gift.

Bij de berekening van de legitimaire massa worden alleen de rechtstreeks door de schenker of gever gedane schenkingen of giften meegeteld. Verder is van belang dat uitgegaan moet worden van de formele leer. Schenkingen of giften dienen volledig te worden toegerekend aan degene die daarbij als schenker, gever of begiftigde formeel partij is.³⁰ Dat een gift ten laste of ten bate van een ander is gekomen (bijvoorbeeld indien de schenker of de begiftigde in de wettelijke gemeenschap van goederen is gehuwd), is daarbij niet van belang.

(c) *Bepaalde schulden van de nalatenschap*

Ter berekening van de legitimaire massa dienen *niet* alle schulden, maar alleen *bepaalde* schulden van de nalatenschap in aftrek te worden gebracht. Deze schulden zijn:

- de schulden van de erflater die niet met zijn dood zijn tenietgegaan (art. 4:7 lid 1 onder a BW);
- de kosten van lijkbezorging, voor zover in overeenstemming met de omstandigheden van de erflater (art. 4:7 lid 1 onder b BW);
- de kosten van de vereffening van de nalatenschap (art. 4:7 lid 1 onder c BW); en
- de schulden ontstaan door toepassing van afdeling 4.3.2 BW, de andere wettelijke rechten (art. 4:7 lid 1 onder f BW).

Bij de schulden ontstaan door toepassing van afdeling 4.3.2 BW gaat het met name om de schulden uit hoofde van de sommen ineens van art. 4:35 BW (kosten van verzorging en opvoeding tot 18 jaar en kosten van levensonderhoud en studie tot 21 jaar) en art. 4:36 BW (*salaire différé*). Het bestaan van deze schulden uit hoofde van de andere wettelijke rechten beïnvloedt aldus in negatieve zin de omvang van de legitieme portie. Bovendien geldt dat deze schulden uit hoofde van de andere wettelijke rechten in rang voorgaan op de schulden ter zake van de legitieme portie (art. 4:7 lid 2 BW). Deze hogere rang van de sommen ineens wordt gerechtvaardigd doordat deze aanspraken hun oorsprong vinden in dringende verplichtingen van moraal en fatsoen van de erflater.

Alle andere schulden van de nalatenschap dan die van art. 4:7 lid 1 onder a t/m c en f BW tellen *niet* mee voor de berekening van de legitimaire massa. Deze andere schulden kunnen de omvang van de legitieme portie dus *niet* verkleinen. Zo worden de kosten van de executele (art. 4:7 lid 1 onder d BW), in tegenstelling tot de kosten van de vereffening (art. 4:7 lid 1 onder c BW), ter berekening van de legitimaire massa niet in aftrek gebracht. De gedachte hierachter is vermoedelijk dat de erflater anders middels een te ruimhartige beloning van de executeur de positie van de legitimarist zou kunnen ondermijnen.

Met een uit het leven gegrepen voorbeeld kan de berekening van de legitieme portie verduidelijk worden. In geschil is tussen de erfgenamen en de legitimarist (een onterfd kind) welke impact een waardedaling van de woning van erflaatster en de na het overlijden van

³⁰ NW 6, Parl. Gesch. InvW. Boek 4 BW, p. 1870.

moeder voor de woning gemaakte kosten (waaronder bijvoorbeeld de kosten van een hypothecaire geldlening) heeft. Zoals we hiervoor hebben gezien, wordt de legitieme portie berekend over de waarde van de goederen van de nalatenschap (art. 4:65 BW), en wel onmiddellijk na het overlijden (art. 4:6 BW). Die waarde moet worden verminderd met de schulden als vermeld in art. 4:7 lid 1 onder a t/m c en f BW. In zijn arrest van 8 december 2015, [ECLI:NL:GHARL:2015:9251](https://www.eclii.nl/GHARL:2015:9251), overweegt het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden:

“Op de verhouding tussen de legitimaris als schuldeiser en de erfgenamen als schuldenaren is artikel 6:2 BW van toepassing. Op grond van deze bepaling zijn [appellant, de legitimaris] enerzijds en [geïntimeerden, de erfgenamen] anderzijds verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van de redelijkheid en billijkheid en is een tussen hen krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Artikel 3:12 BW bepaalt dat bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken. [de erfgenamen] heeft deze wettelijk verankerde gezichtspunten niet kenbaar betrokken bij zijn stellingen over de door hem gewenste werking van redelijkheid en billijkheid. Het hof onderkent in de stellingen van partijen in het bijzonder de persoonlijke belangen die bij dit geval zijn betrokken en wel het persoonlijke belang van [de erfgenamen] dat de afwikkeling van de nalatenschap (voor)spoedig en zonder geschillen verloopt en het persoonlijk belang van [de legitimaris] dat de vorderingen die hij als schuldeiser en legitimaris op de nalatenschap van zijn moeder heeft aan hem worden voldaan. Het hof kan in deze zaak geen algemeen erkende rechtsbeginselen of in Nederland levende rechtsovertuigingen of maatschappelijke belangen onderkennen waarmee rekening moet worden gehouden. Het hof is van oordeel dat de door [de erfgenamen] aangevoerde feiten en omstandigheden in dit geval niet rechtvaardigen dat de aanvullende of beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ertoe leiden dat de waarde van de woning voor de berekening van de legitieme portie in afwijking van de artikelen 4:65 en 4:6 BW wordt verminderd met € 40.000,-. Het hof overweegt daartoe als volgt. Veel van de omstandigheden die [de erfgenamen] aanvoert zijn nu juist inherent aan de wettelijke regeling van de legitieme portie. Dat de waarde daalt of stijgt en dat de kosten na de sterfdatum doorlopen gaat de legitimaris als schuldeiser van de nalatenschap niet aan. Verder staat het [de legitimaris] als schuldeiser van de nalatenschap in beginsel vrij beslag te leggen op goederen van de nalatenschap. Ten slotte staat ook niet vast dat [de erfgenamen] ten aanzien van de waarde van de woning een blijvende schade heeft geleden van € 40.000,-. Niet staat vast dat de woning bij verkoop, indien [de erfgenamen] daartoe al overgaat, minder zal opbrengen dan de waarde van € 365.000,-. Het moge zo zijn dat door de veelheid van geschillen tussen partijen beider persoonlijke belangen zijn geschaad, maar daarmee staat nog niet vast dat slechts [de legitimaris] daarvan een verwijt kan worden gemaakt.”

Het hof is duidelijk. De legitimaris is geen erfgenaam en heeft daarom ook niet meer het economisch belang bij en het economisch risico van de tegeldemaking van de goederen van de nalatenschap. Dat is nu eenmaal “inherent” aan de wettelijke regeling van de legitieme portie. Een waardevermeerdering of -vermindering van de woning na het overlijden raakt de legitimaris in beginsel niet. In beginsel, omdat het hof in zijn overwegingen de deur op een kiertje open lijkt te houden voor de werking van de

redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 BW. Ook die (aanvullende of beperkende) werking van de redelijkheid en billijkheid is inherent aan het systeem, maar dan moeten daarvoor door de erfgenamen wel concrete feiten en omstandigheden worden aangevoerd die kunnen rechtvaardigen dat de *“wettelijk verankerde gezichtspunten”* opzij worden gezet. Dat is tot op heden een *mission impossible* gebleken, zelfs in tijden van recessie met sterk dalende onroerendgoedprijzen.³¹

De notaris- en taxatiekosten merkt het hof aan als voor de legitimaire massa aftrekbare vereffeningskosten (art. 4:7 lid 1 onder c BW). De kosten van executele, met inbegrip van het executeursloon, zijn schulden in de zin van art. 4:7 lid 1 onder d BW en volgens het hof daarmee niet-aftrekbare kosten, ook al wordt in de juridische vakliteratuur wijziging van deze wettelijke regel bepleit. De kosten voor de woning betreffende ozb, energie, water, de opstal- en aansprakelijkheidsverzekering en het tuinonderhoud rangschikt het hof evenmin onder de aftrekbare schulden in de zin van art. 4:7 lid 1 onder a t/m c en f BW.

De legitimaire massa is negatief

De berekening van de waarde van de legitimaire massa kan ten gevolge van hoge schulden van de nalatenschap als vermeld in art. 4:65 BW ook op nihil uitkomen of zelfs negatief uitvallen. Hoe dient de berekening van de legitieme portie in dat geval uitgevoerd te worden?

Stel dat de waarde van de nalatenschap van de langstlevende € 200.000 bedraagt, dat er in totaal € 300.000 aan schulden van de nalatenschap zijn (als bedoeld in art. 4:7 lid 1 onder a t/m c en f BW), dat de langstlevende zijn dochter € 100.000 geschonken heeft en in zijn testament zijn zoon heeft onterfd. De legitimaire massa is gelijk aan € 200.000 (activa) plus € 100.000 (schenking) minus € 300.000 (passiva), derhalve nihil. De legitieme portie is dan ook gelijk aan nihil, aangezien $1/4$ van $0 = 0$. Als dit juist is, dan kan de dochter de schenking van € 100.000 behouden en staat de onterfde zoon met lege handen. Of moeten we toch uitgaan van een legitieme portie die gelijk is aan $1/4$ van € 100.000?

In de literatuur zijn de opvattingen verdeeld. Perrick³² is niet te vermurwen en volgt de wettekst:

“Is ook de legitimaire massa negatief, dan komt aan de legitimarissen geen legitimaire vordering toe en kan hij ook niet inkorten op één of meer giften. Ik acht de door de wetgever gemaakte keuze redelijk.”

Waaier³³ kiest voor een andere benadering:

“De omstandigheid dat de nalatenschap negatief is, werkt in het voordeel van de begiftigden. Het aan de begiftigden geschonkene komt in dat geval immers niet totaal voor inkorting in aanmerking. Slechts de som van het geschonkene en het negatieve saldo van de

³¹ Zie voor een vergelijkbaar geval gerechtshof Den Haag 7 april 2015, [ECLI:NL:GHDHA:2015:1995](#), in welk geval het hof overwoog: *“dat het in strijd met de tussen de erfgenamen en legitimarissen in acht te nemen beginselen van redelijkheid en billijkheid kan zijn uit te gaan van de waarde van een goed onmiddellijk na het overlijden van de erflater. Een zodanige inbreuk op de dwingendrechtelijke regeling van de legitieme portie is echter alleen onder zeer bijzondere omstandigheden gerechtvaardigd. Nu partijen echter ter zake de woning een waarde onmiddellijk na het overlijden van erflaatster zijn overeengekomen, komt het hof niet toe aan de vraag of de door appellante aangevoerde omstandigheden in dit geval als zodanig kunnen worden aangemerkt.”*

³² Asser/Perrick 2017/305.

³³ Handboek Erfrecht (2020), p. 352.

nalatenschap vormen de legitimaire massa. De vraag kan worden gesteld of het feit dat de nalatenschap negatief is, moet betekenen dat de legitimarissen in hun mogelijkheden worden beperkt om bij de begiftigden in te korten. Dit komt pregnant naar voren in het geval dat ondanks giften niet alleen de nalatenschap negatief is maar ook de legitimaire massa. In die situatie lijkt uit de wet te volgen dat de begiftigden geheel uit de greep van de legitimarissen blijven. Die lezing leidt evenwel niet tot een redelijke oplossing. De vraag dringt zich op of de voor de berekening van de legitimaire massa relevante schulden wel voor meer dan de waarde van de goederen van de nalatenschap in aanmerking zouden moeten worden genomen.”

Wat zou hier leidend moeten zijn: de duidelijke wettekst van art. 4:65 BW vanwege het adagium *‘dura lex, sed lex’* of een redelijke wetstoepassing met oog voor de gerechtvaardigde belangen van een legitimaris? Of verdient het wellicht de voorkeur dat Boek 4 BW op dit punt wordt aangepast?

7. In aanmerking te nemen giften

Van de legitimaire massa maakt niet alleen deel uit *“de waarde van de goederen der nalatenschap”* (en dat zijn de nalatenschapsgoederen die per de overlijdensdatum aanwezig zijn en gewaardeerd moeten worden), maar ook de *“in aanmerking te nemen giften”* (art. 4:65 BW). In zekere zin wordt het vermogen van de erflater ten behoeve van de berekening van de legitieme portie gereconstrueerd door bij zijn nalatenschap bepaalde in het verleden door hem gedane giften op te tellen (ook wel de ‘bijtelling’ van de giften genoemd). De gedachte daarachter is dat het de erflater niet moet worden toegestaan de nalatenschap uit te hollen door bij leven allerlei giften te doen. Daardoor zou afbreuk worden gedaan aan de aanspraken van de legitimarissen.³⁴

Voor het vaststellen van de omvang van de legitimaire massa komen niet alle giften in aanmerking. In art. 4:67 t/m art. 4:69 BW wordt bepaald welke giften bij de berekening van de legitieme portie in aanmerking worden genomen en bij de nalatenschap moeten worden opgeteld, en welke niet.

Als *hoofdregel* geldt dat voor de berekening van de legitimaire massa giften in aanmerking worden genomen, voor zover de prestatie binnen vijf jaar voor het overlijden van de erflater is geschied (art. 4:67 onder e BW). Op deze hoofdregel bestaat echter een aantal *uitzonderingen*. Deze uitzonderingen zijn in twee categorieën onder te verdelen. *Ten eerste* de categorie van giften die altijd in aanmerking worden genomen bij de berekening van de legitimaire massa, ongeacht het tijdstip waarop de gift is gedaan. *Ten tweede* de categorie van giften die nimmer in aanmerking worden genomen.

- *Hoofdregel: giften gedaan binnen vijf jaar voor overlijden*

De hoofdregel luidt – als gezegd – dat bij de berekening van de legitimaire massa de giften in aanmerking moeten worden genomen die binnen vijf jaar voorafgaand aan het overlijden van de erflater zijn gedaan (art. 4:67 onder e BW). Het relevante moment is het tijdstip waarop de prestatie is verricht, niet het tijdstip waarop een gift, een overeenkomst of

³⁴ Art. 4:63 lid 1 BW drukt het aldus uit dat de legitieme portie van een legitimaris een gedeelte van de waarde van het vermogen van de erflater is, waarop de legitimaris *“in weerwil van giften”* aanspraak kan maken.

andere handeling heeft plaatsgevonden. De reden daarvoor is dat het in de regel eenvoudiger zal zijn de datum vast te stellen waarop de prestatie is verricht. De keuze voor een termijn van vijf jaar wordt als volgt gemotiveerd in de parlementaire geschiedenis³⁵:

“Aan de bijtelling van de giften van (slechts) de laatste vijf jaren ligt de gedachte ten grondslag dat de erflater ten behoeve van zijn legitimarissen rekening had te houden en ook kon houden met enigszins belangrijke giften welke in die laatste jaren werden gedaan en dus bij het overlijden van de erflater nog betrekkelijk vers in het geheugen liggen. Ook kan de beperking tot vijf jaar worden gemotiveerd met de overweging dat vermeden moet worden dat voor de berekening van de legitieme te ver in het verleden teruggeslagen moet worden.”

- *Eerste uitzondering: gedane giften, ongeacht het tijdstip waarop de prestatie is verricht, worden in aanmerking genomen*

Sommige giften tellen altijd mee voor de berekening van de legitimaire massa, ongeacht het tijdstip waarop deze giften zijn gedaan. Deze giften worden vermeld in art. 4:67 onder a t/m d BW. Die giften zijn:

- a. giften die kennelijk zijn gedaan en aanvaard met het vooruitzicht dat daardoor legitimarissen worden benadeeld;

Met *“kennelijk”* wordt bedoeld dat met een objectieve maatstaf de voorzienbaarheid van benadeling van legitimarissen gemeten dient te worden. Met *“gedaan en aanvaard”* wordt tot uitdrukking gebracht dat zowel de gever als de begiftigde zich bewust moet zijn geweest van de benadeling van de legitimarissen.

Uit de wetsgeschiedenis³⁶ blijkt dat deze bepaling dient ter bescherming van legitimarissen *“tegen sprekende gevallen van - gelet op de vermogensomstandigheden en vooruitzichten - zo exorbitante giften dat het partijen wel duidelijk moet zijn geweest dat de schenker als gevolg van de gift zijn legitimarissen weinig of niets zou nalaten”*. Hier wordt duidelijk aangeknoopt bij de geobjectiveerde wetenschap van partijen bij de gift, omdat subjectieve wetenschap anders vrijwel nooit bewijsbaar zal zijn.³⁷

Een bijzonder voorbeeld levert het vonnis op van de rechtbank Haarlem van 14 maart 2007, [ECLI:NL:RBHAA:2007:BA0703](#). Anton Heyboer - een Nederlandse kunstschilder, die met zijn vier vrouwen in een commune in Den IJp woonde - liet na zijn overlijden ook twee kinderen achter van een vorige relatie. De twee kinderen waren onderfd en zij hebben beiden aanspraak gemaakt op hun legitieme portie. Het testament van Heyboer uit 1988 bepaalde onder meer:

³⁵ MvT, Parl. Gesch. InvW. Boek 4 BW, p. 1863-1864.

³⁶ MvA II, Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 411.

³⁷ Soms helpt de erflater de legitimaris onbedoeld een handje met de bewijslevering van zijn bedoelingen (vgl. gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 29 november 2022, [ECLI:NL:GHARL:2022:10233](#)). Wat te denken bijvoorbeeld van de volgende verklaring van een erflater over een mogelijk bovenmatige beloning van zorgverlening door één van de kinderen in de vorm van een schuldbekentis: *“Als ten gevolge van het voldoen van deze schuld uit de nalatenschap (...) er ook geen uitbetaling als legitieme kan plaatsvinden aan mijn andere kinderen; dan is dit gevolg mij duidelijk en is mijn keuze hierin bewust.”*

“Indien een legitimaris een beroep doet op de legitieme portie, dan zal deze legitieme portie worden geconverteerd in een vordering tot uitkering van een bedrag in contanten, welke vorderingen niet eerder opeisbaar zijn dan bij het overlijden van de langstlevende der voornoemde erfgenamen, zulks ter voldoening aan mijn verzorgingsplicht ten aanzien van een ieder hunner, welke verzorgingsplicht door mij als een natuurlijke verbintenis wordt beschouwd.”

Met een vennootschap onder firma (VOF), waarvan zijn vier levensgezellen vennoot waren, had Heyboer een overeenkomst gesloten. Op grond van deze overeenkomst werden de door Heyboer vervaardigde kunstwerken tegen de marktwaarde verkocht aan de VOF. In geschil is of Heyboer deze kunstwerken voor een te lage prijs aan de VOF heeft verkocht, zodat sprake is van een gift die meegeteld moet worden bij de berekening van de legitimaire massa. De rechtbank overweegt:

“In de eerste plaats hebben [gedaagden, de vier levensgezellen] hiertoe aangevoerd dat als geoordeeld zou worden dat de kunstwerken voor niet-marktconforme prijzen door erflater zijn overgedragen - hetgeen overigens door hen wordt betwist - er geen sprake is van giften die voor de berekening van de legitieme portie in aanmerking moeten worden genomen, aangezien noch erflater noch [gedaagden] zich in dat geval bewust waren van het feit dat er geschonken werd. Dit betoog slaagt niet. Artikel 4:67 sub a BW bepaalt dat bij de berekening van de legitieme porties giften in aanmerking worden genomen die kennelijk gedaan en aanvaard zijn met het vooruitzicht dat daardoor legitimarissen worden benadeeld. Blijkens de parlementaire geschiedenis van artikel 4:67 BW moet het daarbij gaan om zodanig exorbitante giften dat het partijen wel duidelijk moet zijn geweest dat de schenker als gevolg daarvan zijn legitimarissen weinig of niets zal nalaten (Kamerstukken II, 1962/1963, 3771, nr. 6). Daarom is niet van belang of partijen zich van de begiftiging en de daarmee samenhangende benadeling bewust waren, maar of zij zich ervan bewust behoorden te zijn.”

Om die reden dient voor de berekening van de legitimaire massa (en in het verlengde daarvan de legitieme portie) vooreerst vastgesteld te worden of Heyboer de kunstwerken en de daarop rustende auteursrechten voor een te lage prijs heeft vervreemd aan de VOF, zoals de legitimarissen hebben gesteld. Vervolgens moet worden beoordeeld of de bevoordeling van dien aard is dat het Heyboer en de VOF wel duidelijk moet zijn geweest dat Heyboer als gevolg daarvan zijn legitimarissen weinig of niets zou nalaten.

Het beroep van de vier levensgezellen op de morele onderhoudsgift van art. 4:69 onder a BW, in welk geval een gift niet in aanmerking wordt genomen voor de berekening van de legitieme portie (zie ook hierna), faalt. De verkoop van de kunstwerken vond namelijk niet plaats aan de levensgezellen, maar aan de VOF:

“[Gedaagden] hebben in de tweede plaats betoogd dat ook als zou worden geoordeeld dat de kunstwerken door erflater voor een te lage waarde aan de [VOF] zijn verkocht, er nog geen sprake is van een gift als bedoeld in artikel 4:67 sub a BW, omdat erflater ten aanzien van zijn levensgezellen moreel verplicht was bij te dragen in hun onderhoud tijdens zijn leven of na zijn dood. [Gedaagden] doen daarmee een beroep op artikel 4:69 lid 1 sub a BW dat bepaalt dat dergelijke giften, voor zover zij als uitvloeisel van die verplichting zijn aan te merken, niet als giften worden beschouwd die ingevolge artikel 4:67 BW bij de berekening van de legitieme porties in aanmerking worden genomen. Dit beroep faalt. Aangezien de

kunstwerken niet aan de levensgezellen van erflater zelf zijn verkocht, maar aan de [VOF] is er - zo er sprake zou zijn van begiftiging als gevolg van verkoop tegen te lage prijs - geen sprake van een gift aan personen ten aanzien van wie de erflater moreel verplicht was bij te dragen in hun onderhoud. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat de [VOF] blijkens de vennootschapsakte een zakelijke doelstelling heeft en dat de koopovereenkomst uit 1977, gelet op de tussen erflater en de vennootschap overeengekomen verkoopprijs (...), geen blijk geeft (een uitvloeisel te zijn) van de hier bedoelde morele verplichting."

b. giften die de erflater gedurende zijn leven te allen tijde had kunnen herroepen of die hij bij de gift voor inkorting vatbaar heeft verklaard;

Herroepelijke giften lijken op legaten en verdienen dan ook dezelfde behandeling. Zijn giften vatbaar verklaard voor inkorting ten behoeve van (een) legitimaris(sen), dan spreekt voor zich dat ze meegeteld moeten worden voor de berekening van de legitimaire massa.

c. giften van een voordeel, bestemd om pas na zijn overlijden ten volle te worden genoten; en

Dergelijke giften hebben gedurende zijn leven een vrijblijvend karakter voor de erflater. Een voorbeeld is een schenking van een woning onder voorbehoud van het vruchtgebruik ten behoeve van de schenker.

d. giften die door de erflater aan een afstammeling zijn gedaan, mits deze of een afstammeling van hem legitimaris van de erflater is.

Deze giften aan legitimarissen worden te allen tijde voor de berekening van de legitimaire massa in aanmerking genomen, ongeacht het tijdstip waarop deze giften zijn gedaan.

Giften die zijn gedaan aan kleinkinderen vallen buiten het bereik van art. 4:67 onder d BW. Kleinkinderen zijn gelet op het bepaalde in art. 4:63 lid 2 BW, geen legitimarissen van de erflater.³⁸

Al deze giften worden niet alleen in aanmerking genomen voor: (i) de berekening van de legitimaire massa (de 'bijtelling' van giften), maar ook (ii) de toerekening op de legitieme portie (als aftrekpost, zodat het legitimaire tekort kan worden berekend) (zie verder § 9 t/m § 11) en (iii) de inkorting (zie verder § 21).

- *Tweede uitzondering: giften die nimmer in aanmerking worden genomen*

Sommige giften worden nimmer in aanmerking genomen voor de berekening van de legitimaire massa. Deze giften blijven voor de toepassing van afdeling 4.4.3 BW geheel buiten beschouwing (en doen dus ook niet mee bij de toerekening op de legitieme portie en de inkorting). Deze giften worden vermeld in art. 4:68 en art. 4:69 BW. Het gaat om de volgende giften:

a. giften van de erflater aan zijn echtgenoot voor zover zich, ten gevolge van een gemeenschap van goederen waarin de erflater en de echtgenoot ten tijde van de gift gehuwd waren of ten gevolge van een tussen hen op dat tijdstip geldend

³⁸ Zie gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 16 april 2013, [ECLI:NL:GHARL:2013:BZ7960](https://ecli.nl/GHARL:2013:BZ7960).

verrekenbeding, geen verrijking ten koste van het vermogen van de gever heeft voorgedaan (art. 4:68 BW);

- b. giften aan personen ten aanzien van wie de erflater moreel verplicht was bij te dragen in hun onderhoud tijdens zijn leven of na zijn dood, voor zover zij als uitvloeisel van die verplichting zijn aan te merken en in overeenstemming waren met het inkomen en het vermogen van de erflater (art. 4:69 lid 1 onder a BW); en

Opmerking verdient dat de voldoening aan een natuurlijke verbintenis geen gift is. Een natuurlijke verbintenis vooronderstelt het bestaan van een *“dringende morele verplichting”* (art. 6:3 lid 2 onder b BW). In dit geval is in art. 4:69 lid 1 onder a BW (slechts) sprake van een morele verplichting om bij te dragen in levensonderhoud (ofwel een ‘morele onderhoudsgift’). Voldoening aan een morele verplichting impliceert derhalve een gift en zou er dientengevolge toe leiden dat deze gift bij de berekening van de legitimaire massa in aanmerking moet worden genomen. Dat wordt alleen anders indien het giften betreft aan personen ten aanzien van wie de erflater moreel verplicht was bij te dragen in hun onderhoud tijdens zijn leven of na zijn dood, *“voor zover zij als uitvloeisel van die verplichting zijn aan te merken en in overeenstemming waren met het inkomen en het vermogen van de erflater”* (art. 4:69 lid 1 onder a BW).³⁹

Door de lat bij de morele onderhoudsplicht lager te leggen, worden in elk geval moeizame discussies voorkomen of een morele verplichting wel dringend genoeg van aard is om als natuurlijke verbintenis te kwalificeren. Bepalend voor het aannemen van een morele onderhoudsplicht is de *“mate van intensiteit”* van de band tussen de erflater en de begiftigde.⁴⁰ Verder dient blijkens de wetsgeschiedenis gelet te worden op de onderhoudsbehoefte van de begiftigde én de financiële capaciteit van de schenker-erflater.

- c. gebruikelijke giften voor zover zij niet bovenmatig waren (art. 4:69 lid 1 onder b BW).

Of een gift als gebruikelijk kan worden aangemerkt, zal mede worden gezien in het licht van de strekking van de legitieme portie (§ 2). Kort gezegd, wordt met de regeling van de legitieme portie beoogd recht te doen aan de maatschappelijke opvatting dat de kinderen van een erflater zoveel mogelijk gelijk worden behandeld. Door de legitieme portie wordt de erflater in elk geval beperkt in het maken van een onderscheid tussen de eigen kinderen. De legitieme portie biedt bescherming tegen bevoordeling van het ene kind boven het andere. Daarnaast bevestigt de aanspraak op de legitieme portie de afstammingsband tussen de ouder en het kind en de gezinsband.

Bij giften die niet bovenmatig zijn, valt te denken aan de gewone, gangbare giften op verjaardagen, Sint Nicolaas of Kerst. Het is niet de bedoeling om *“de afwikkeling van de*

³⁹ Zie bijvoorbeeld rechtbank Zeeland-West-Brabant 24 mei 2023, [ECLI:NL:RBZWB:2023:3739](#), in welk geval een morele onderhoudsgift werd aangenomen met betrekking tot een overboeking van € 40.000 als bijdrage in het levensonderhoud van een Indonesische vriendin. Erflater had hiermee 17 jaar een relatie en zij kwam door de Corona pandemie en het stilvallen van het toerisme in Bali pandemie in bittere armoede te leven. De rechtbank meent dat bij de beantwoording van de vraag of giften als bijdragen in het levensonderhoud gelden, gelet moet worden op de onderhoudsbehoefte van de begiftigde en de financiële capaciteit van de schenker. Verder moet de relatie van de schenker en de begiftigde in aanmerking worden genomen ter beantwoording van de vraag of er een morele verplichting tot onderhoud door de erflater bestaat en zo ja, in welke mate van intensiteit.

⁴⁰ Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 437.

legitieme (...) met allerlei giften van geringe omvang te belasten". Onder niet bovenmatig wordt verstaan: "gering van omvang, waarbij de omstandigheden zoals de financiële positie van de gever, een zekere rol moeten kunnen blijven spelen".⁴¹ Onjuist is de generieke stelling dat een schenking niet bovenmatig is wanneer deze onder het voor de schenkbelasting vrijgestelde bedrag ligt.⁴² Die omstandigheid kan een aanwijzing zijn dat het bedrag als zodanig niet als bovenmatig zal worden beschouwd, maar vormt daarvoor geen zelfstandige grond. Als gesteld, gelet moet worden op de relevante omstandigheden, waaronder het vermogen van de erflater of zijn relatie tot de begiftigde. Giften van een vrijgesteld bedrag kunnen om die reden onder omstandigheden bij sommige erflaters wellicht wel, maar bij andere erflaters zeker niet als 'gebruikelijk en niet-bovenmatig' worden beschouwd. Let wel: een gift kan wel of niet gebruikelijk zijn, maar een gift kan ten dele een bovenmatig karakter hebben. Slechts het bovenmatige deel van de gift maakt deel uit van de legitimaire massa. Om de grens tussen het bovenmatige en het niet-bovenmatige daarvan te bepalen, kan een toevlucht gezocht worden tot het toverstokje van de redelijkheid en billijkheid.⁴³

Het begrip 'legitimariss' in art. 4:67 onder d BW

In zijn arrest van 6 februari 2018, [ECLI:NL:GHARL:2018:1168](#), geeft het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden een uitleg aan het begrip 'legitimariss' in art. 4:67 onder d BW. Die bepaling handelt over de bij de berekening van de legitieme porties in aanmerking te nemen giften aan legitimarissen. Wij hebben gezien dat giften aan legitimarissen te allen tijde in aanmerking worden genomen, ongeacht het tijdstip waarop deze giften zijn gedaan. Dient daarbij een *abstracte benadering* gevolgd te worden (giften aan legitimarissen tellen voor art. 4:67 onder d BW mee, ongeacht de vraag of door de legitimaris daadwerkelijk een beroep op de legitieme portie is of nog kan worden gedaan) dan wel een *concrete benadering* (giften aan legitimarissen tellen voor art. 4:67 onder d BW slechts mee, indien de legitimaris daadwerkelijk een beroep gedaan heeft op de legitieme portie)?

De feiten van deze zaak lagen als volgt. Erflaatster laat twee dochters achter. De ene dochter is tot enig erfgenaam benoemd, de andere is onterfd. Ook ontving de enig erfgenaam diverse schenkingen van erflaatster, en wel langer geleden dan vijf jaar voor het overlijden van erflaatster. De erfgenaam-begiftigde maakt geen gebruik van haar legitimaire aanspraken. Zij is immers ruimhartig bedeed. Tellen in dit geval de oude giften die erflaatster aan deze erfgenaam heeft gedaan mee bij de berekening van de legitieme portie van de onterfde dochter? De erfgenaam-begiftigde meent dat, nu zij geen legitimaris van moeder is (want - zo stelt zij - zij heeft zelf geen beroep gedaan op de legitieme portie), de aan haar gedane schenkingen die langer dan vijf jaar vóór het overlijden van moeder zijn gedaan, niet meetellen. De legitimaris (de onterfde dochter) betwist dit en meent dat ook de erfgenaam-begiftigde aangemerkt kan worden als legitimaris. Het hof oordeelt als volgt:

"(...) Artikel 4:67 bepaalt dat bij de berekening van de legitieme porties in aanmerking worden genomen door de erflater gedane giften aan een afstammeling gedaan, mits deze of een afstammeling van hem legitimaris van de erflater is (aanhef en lid d) en andere giften,

⁴¹ MvA II, Parl. Gesch. InvW. Boek 4 BW, p. 1872.

⁴² Aldus het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 21 december 2021, [ECLI:NL:GHAMS:2021:4185](#).

⁴³ Zie rechtbank Rotterdam 20 mei 2020, [ECLI:NL:RBROT:2020:4293](#).

voor zover de prestatie binnen vijf jaren voor het overlijden van de erflater is geschied (aanhef en lid e). Artikel 4:63 lid 2 bepaalt dat legitimarissen zijn de afstammelingen van de erflater die door de wet als erfgenamen tot zijn nalatenschap worden geroepen. Evenals de rechtbank is het hof van oordeel dat voor het zijn van 'legitimar' in de zin van artikel 4:67 lid d BW niet relevant is of een beroep op de legitieme portie is gedaan of niet. Het woord 'legitimar' in artikel 4:67 lid d duidt de persoon aan die aanspraak kan maken op een legitieme portie, niet slechts de persoon die dat ook daadwerkelijk heeft gedaan. Steun voor deze uitleg biedt de omschrijving die het hiervoor vermelde artikel 4:63 lid 2 BW geeft van legitimarissen, te weten afstammelingen van de erflater die door de wet als erfgenamen tot zijn nalatenschap worden geroepen. In deze omschrijving is niet tevens opgenomen dat deze afstammeling ook daadwerkelijk een beroep moet hebben gedaan op zijn legitieme portie om legitimaris te zijn. Ook lid 3 van artikel 4:63 BW onderstreept deze uitleg. Daarin is bepaald dat de legitimaris die de nalatenschap verwerpt zijn recht op de legitieme portie verliest, tenzij hij bij het afleggen van de verklaring van verwerping verklaart dat hij zijn legitieme portie wenst te ontvangen. Ook in die bepaling is met legitimaris aangeduid degene die een beroep kan doen op de legitieme portie, niet degene die dat al heeft gedaan. De beperkte uitleg die [de erfgenaam-begiftigde] geeft aan het woord 'legitimar' in deze bepaling zou ertoe kunnen leiden dat de giften die moeder aan haar zuster [van de erfgenaam-begiftigde] heeft gedaan wel alle meetellen bij de berekening van de legitieme portie, maar van de giften aan [de erfgenaam-begiftigde] zelf alleen de giften die binnen vijf jaar voor het overlijden van hun moeder zijn uitgevoerd (voor zover ze niet vallen onder artikel 4:67 lid a-c BW), en dat alleen omdat [de erfgenaam-begiftigde] geen aanspraak heeft gemaakt op haar legitieme portie. Zij hoefde zich daarop ook niet te beroepen, omdat zij tot enig erfgename is benoemd en niet is gebleken dat haar legitieme portie is geschonden. De beperkte uitleg van [de erfgenaam-begiftigde] zou ook leiden tot een ongelijke behandeling van [de erfgenaam-begiftigde] en [haar zuster], terwijl de wet nu juist aan beiden een gelijke mogelijkheid biedt om in weerwil van giften en uiterste wilsbeschikkingen van hun moeder aanspraak te maken op een gedeelte van de waarde van haar vermogen. Het ligt niet in de rede dat de wetgever een dergelijke ongelijke behandeling mogelijk heeft willen maken. Dat betekent dat alle giften aan een afstammeling (mits deze of een afstammeling van hem legitimaris is) gedaan, ook indien deze langer dan vijf jaar voor het overlijden van de erflater zijn gedaan, op grond van artikel 4:67 aanhef en sub d BW bij de berekening van de legitieme portie in aanmerking genomen dienen te worden, ongeacht of deze afstammeling daadwerkelijk een beroep op de legitieme portie heeft gedaan. Voor de onderhavige giften of schenkingen aan partijen is dus niet lid e maar lid d van artikel 4:67 relevant. De grief faalt."

Kortom, het hof kiest voor de abstracte benadering van het begrip 'legitimar' in art. 4:67 onder d BW. De onterfde dochter krijgt het gelijk aan haar zijde. Het begrip 'legitimar' ziet op alle afstammelingen van de erflater (art. 4:63 lid 2 BW); legitimaris is men zagezegd reeds bij geboorte en niet pas nadat in een concrete situatie een beroep op de legitieme portie is gedaan (vgl. § 4).

De legitimaire massa en de quasi-legaten van art. 4:126 BW

In art. 4:65 eerste zin BW wordt bepaald dat de legitieme porties worden berekend over de waarde van de goederen van de nalatenschap, welke waarde wordt vermeerderd met de bij deze berekening 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. In de slotzin van art. 4:65 BW wordt bepaald dat giften waaruit schulden ontstaan als bedoeld in art. 4:7 lid 1 onder i BW buiten beschouwing blijven voor de bepaling van de legitimaire massa.

Met een gestileerd voorbeeld kan de impact van de quasi-legaten op de regeling van de legitieme portie verduidelijkt worden.

Voorbeeld

Stel dat de nalatenschap bestaat uit € 50.000 aan tegoeden op een bank- en effectenrekening en een woning met een waarde van € 600.000. In de samenlevingsovereenkomst van X met Y komt een verblijvingsbeding voor. Bij overlijden van X of Y verblijft de woning om niet bij de ander. Kind A is enig erfgenaam van X.

Wat is de erfrechtelijke positie van kind A bij het overlijden van X? Kind A erft in dit geval uit de nalatenschap van X niet meer dan € 50.000, omdat de woning als gevolg van het verblijvingsbeding om niet toekomt aan Y. Wat is de omvang van de legitieme portie van kind A? De nalatenschap bestaat uit tegoeden van € 50.000, de helft van de woning ter waarde van € 300.000 en een leveringsverplichting ter waarde van € 300.000 aan Y uit hoofde van het verblijvingsbeding (en dat is een schuld ex art. 4:7 lid 1 onder i BW). Art. 4:65 eerste zin BW bepaalt nu dat met deze schuld uit hoofde van de leveringsverplichting uit het verblijvingsbeding zonder redelijke tegenprestatie geen rekening wordt gehouden ter berekening van de legitimaire massa. De legitieme portie van kind A bedraagt derhalve $1/2 \times 1 = 1/2$ van € 350.000 = € 175.000. Kind A kan derhalve in beginsel⁴⁴ € 125.000 (€ 175.000 - € 50.000) aanvullend inkorten bij quasi-legataris Y.

De slotzin van art. 4:65 BW kan met het volgende voorbeeld verduidelijkt worden. Om de legitimaire massa te bepalen bij een schenking ter zake des doods van bijvoorbeeld een auto is nog een correctie nodig. Het geschonken goed bevindt zich bij het overlijden van de schenker nog in de nalatenschap. Vanwege de schenking van de auto moet een bijtelling bij de legitimaire massa plaatsvinden. De leveringsverplichting uit hoofde van de schenking ter zake des doods - een art. 4:7 lid 1 onder i BW-schuld - wordt geëlimineerd (art. 4:65 eerste zin BW). Dan resteert nog een dubbeltelling: de auto en de schenking van dezelfde auto. De slotzin van art. 4:65 BW voorkomt die dubbeltelling.

Wat zijn giften en wat niet?

Aan de overvloedig aanwezige rechtspraak over de legitieme portie en giften ontleen ik de volgende voorbeelden.

Een in aanmerking te nemen gift is:

- het toetreden tot een vennootschap onder firma (vof), waarbij het eigen belang van moeder onduidelijk was, moeder geen vergoeding ontving voor haar inbreng in de vof en het winstaandeel van moeder niet in verhouding stond tot het ingebrachte kapitaal (rechtbank Rotterdam 23 maart 2022, [ECLI:NL:RBROT:2022:1966](#));

⁴⁴ In beginsel, omdat de niet-opeisbaarheidsclausule van art. 4:129 j° art. 4:82 BW daaraan vooralsnog in de weg kan staan (§ 16).

- het (tegen de achtergrond van gangbare tarieven voor huishoudelijke hulp) bovenmatig belonen van mantelzorg op basis van een schuldbekentenis (gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 29 november 2022, [ECLI:NL:GHARL:2022:10233](#)); en
- de verkoop van een woning onder voorbehoud van het recht van vruchtgebruik, zonder dat voor het bloot-eigendom van de woning een reële tegenprestatie wordt betaald (rechtbank Gelderland 7 december 2022, [ECLI:NL:RBGEL:2022:6806](#)).

Geen gift is:

- het niet opeisen van de legitieme portie (rechtbank Limburg 3 september 2015, [ECLI:NL:RBLIM:2015:8068](#));
- het verblijf gedurende een periode van ten minste 25 jaar in een villa in Spanje als anti-krak, waarbij de lasten van de woning door de gebruiker werden voldaan ([ECLI:NL:RBROT:2021:11751](#));
- de verkoop van een woning onder voorbehoud van het recht van gebruik en bewoning, waarbij ondanks verarming van de gever en verrijking van de begiftigde een bevoordelingsbedoeling gelet op de gang van zaken (onderhandelingen die zijn gevoerd naar aanleiding van een taxatie) ontbreekt (gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 januari 2023, [ECLI:NL:GHSHE:2023:26](#));
- bedrijfsopvolging in een agrarisch bedrijf tegen de waarde in verpachte staat (de agrarische waarde), op zakelijke gronden en dus zonder een bevoordelingsbedoeling (Hoge Raad 13 februari 2004, [ECLI:NL:HR:2004:AN8172](#); gerechtshof Den Haag 16 juni 2020, [ECLI:NL:GHDHA:2020:2297](#); rechtbank Rotterdam 17 november 2021, [ECLI:NL:RBROT:2021:11246](#));
- het voldoen aan een natuurlijke verbintenis (art. 6:3 BW); en
- verwerping van een nalatenschap (Hoge Raad 14 februari 2020, [ECLI:NL:HR:2020:262](#), cassatie van [ECLI:NL:GHAMS:2018:2246](#)).

Gratis wonen en legitieme: een gift of niet?

Wisselende oordelen zijn op dit terrein aan te wijzen. Geen sprake is van een gift bij gratis bewoning volgen de rechtbank Oost-Brabant 6 maart 2024, [ECLI:NL:RBOBR:2024:1016](#). De redenering luidt dat je niet kunt verarmen met iets dat nooit tot je vermogen heeft behoord (vgl. Hoge Raad 26 februari 1986, [ECLI:NL:HR:1986:AW8087](#) in een geval waarin een renteloze lening ter beschikking was gesteld). Het enkele gegeven dat huurpenningen niet zijn ontvangen door de verhuurder, leidt niet tot een vermindering van het vermogen. Het vermogen had door het ontvangen van huur weliswaar meer kunnen zijn, maar dat is onvoldoende om een gift aan te nemen. Een gift werd daarentegen wel aangenomen in gerechtshof Amsterdam 25 juli 2017, [ECLI:NL:GHAMS:2017:3075](#), in een geval waarin bedrijfsmatig een terrein in gebruik was gegeven zonder dat daarvoor huur werd betaald. Aangenomen werd dat erflaatster verarmt doordat geen rendement over het bezit werd ontvangen. Daarmee is de bevoordeling door erflaatster uit vrijgevigheid geschied en is sprake van een gift in de zin van art. 7:186 BW.

8. Waardering van de in aanmerking te nemen giften

In art. 4:66 BW wordt een aantal regels gegeven voor de waardering van giften. Dergelijke waarderingsregels zullen niet nodig zijn indien een geldbedrag is geschonken. Anders ligt dat bij schenking van goederen - denk aan een aandelenportefeuille of onroerend goed - en bij andere handelingen dan schenkingen waarin een gift besloten kan liggen. De regels van Boek 4 BW zien met name op het tijdstip waartegen de giften gewaardeerd dienen te worden. De wet gaat uit van een hoofdregel en maakt daarop vervolgens een aantal uitzonderingen.

De waarderingsregels kunnen blijkens art. 4:66 lid 1 BW gehanteerd worden “voor de toepassing van deze afdeling”. Deze regels gelden derhalve voor: (i) de bijtelling van de giften bij de berekening van de legitimaire massa (§ 7), (ii) de toerekening van de giften op de legitieme portie (§ 9 en § 10) én (iii) de inkorting van de giften (§ 22). Naar art. 4:66 BW wordt bovendien verwezen voor de waardering van giften in verband met de inbreng van giften in het kader van de verdeling van de nalatenschap (art. 4:223 lid 1 BW).⁴⁵

- *Hoofdregel: waardering naar het tijdstip van de prestatie*

De hoofdregel voor de waardering van giften luidt dat giften gewaardeerd worden naar het tijdstip van de prestatie (art. 4:66 lid 1 BW). Dat is het tijdstip waarop het goed door de schenker of gever in de macht van de begiftigde is gebracht. Waardeveranderingen van een goed nadien doen niet ter zake. Met de mogelijkheid dat de erflater de gift had kunnen herroepen omdat hij dit bij de gift had voorbehouden (welke herroeping door de erflater uiteindelijk niet heeft plaatsgevonden), wordt bij de waardering van de gift geen rekening gehouden. Deze mogelijkheid van herroeping van de gift zou anders tot een zekere waardevermindering van de gift aanleiding hebben kunnen geven.

- *Uitzonderingen*

Uitzonderingen op deze hoofdregel voor de waardering van giften worden gemaakt voor de volgende twee categorieën giften:

- a. giften waarbij de erflater zich het genot van het geschonkene gedurende zijn leven heeft voorbehouden en giften van een voordeel bestemd om pas na het overlijden van de erflater ten volle te worden genoten (art. 4:66 lid 2 BW); en
- b. giften van prestaties die de erflater bij zijn overlijden nog niet had verricht (eveneens art. 4:66 lid 2 BW).

Deze giften worden geschat naar de waarde daarvan onmiddellijk na het overlijden van de erflater (in plaats van het tijdstip van de prestatie). De giften onder (a) vertonen een gelijkenis met een legaat. In deze gevallen wordt de gift uitgevoerd, maar wordt bijvoorbeeld het levenslang vruchtgebruik ten aanzien van het gegeven goed (denk aan een woning) voorbehouden. Het voordeel wordt in dat geval eerst ten volle genoten na het overlijden. Bij de giften onder (b) is iets vergelijkbaars aan de orde, zij het dat het genot in dat geval niet is voorbehouden. Het is reëel dat in deze gevallen de gift gewaardeerd wordt

⁴⁵ Zie daarvoor hoofdstuk 18 (‘Verdeling van de nalatenschap’, § 17).

naar de waarde onmiddellijk na het overlijden van de erflater, zoals dat ook bij een legaat zou gebeuren.⁴⁶

Ook voor de volgende categorieën giften wordt een uitzondering op de hoofdregel van de waardering van giften gemaakt:

c. giften die bestaan in de aanwijzing van een begunstigde bij een sommenverzekering; en

Voor de waardering van deze giften wordt in art. 4:66 lid 2 BW verwezen naar art. 7:188 lid 2 en 3 BW. Als gevolg daarvan is voor de waardering van deze giften – verkort weergegeven – bepalend de waarde van de uit de sommenverzekering voortvloeiende rechten op uitkering verminderd met het bedrag dat de verzekeraar mag inhouden (bijvoorbeeld als gevolg van belening van de polis). Voor zover het gaat om nog toekomstige uitkeringen is de contante waarde daarvan bepalend.

d. Vervreemding van een goed tegen verschaffing van een aan het leven van erflater voorbehouden recht.

Een bijzondere bepaling houdt art. 4:66 lid 3 BW in voor de waardering van giften bestaande in de vervreemding van een goed door de erflater – bij leven – tegen verschaffing door de wederpartij van een aan het leven van de erflater gebonden recht. Te denken valt daarbij aan de vervreemding van een woning tegen een recht op lijfrente of het recht op inwoning en verzorging tot het moment van overlijden. Dergelijke transacties houden altijd een kanselement in. Denkbaar is dat de betrokkene lang leeft en dat de tegenprestatie uiteindelijk hoog blijkt uit te vallen. Denkbaar is uiteraard ook dat de betrokkene reeds kort na het aangaan van de transactie overlijdt. Waar het om gaat is dat de overlijdenskans geschat kan worden en dat aldus toch een reële tegenprestatie vastgesteld kan worden. Bij een reële tegenprestatie is geen sprake van een gift en speelt deze transactie voor de legitieme portie geen rol. Denkbaar is evenwel dat bij een dergelijke transactie toch sprake is van een gift met een bevoordelingsbedoeling (vgl. art. 7:175 lid 1 en art. 7:186 lid 2 BW). In dat geval zal de waardering van de gift aan de orde komen.

De wet hanteert als uitgangspunt dat dit soort transacties zich er bij uitstek voor leent om de verkrijger ten koste van legitimarissen te bevoordelen. In lijn hiermee geldt dat een dergelijke gift gewaardeerd wordt als een gift van het goed (waarbij het goed conform de hoofdregel wordt gewaardeerd naar het tijdstip van de prestatie), verminderd met de waarde van de door de erflater ontvangen of hem bij zijn overlijden nog verschuldigde (maar nog niet voldane) prestaties. Vermindering vindt niet plaats voor zover de door de erflater ontvangen prestaties bestonden in het genot van het geschonken of gegeven goed, bijvoorbeeld de voortgezette bewoning.

Kortom, niet de gekapitaliseerde waarde van een bij vervreemding van een goed bedongen recht op lijfrente of vruchtgebruik komt in aftrek, maar slechts de som van de uitgekeerde lijfrentetermijnen. Gepreciseerd is dat niet alleen de prestaties die aan de

⁴⁶ Deze gelijkenis met een legaat wettigt dat de regel van art. 4:66 lid 2 BW (met een waardering van een goed onmiddellijk na overlijden) niet van toepassing is op de situatie van verkoop van de blooteigendom van een goed tegen een te lage prijs uit vrijgevigheid. In dat geval zal het goed gewaardeerd moeten worden naar de waarde van het goed op het moment van de prestatie (ofwel ten tijde van de levering). Op die waarde van het goed dient de te lage koopsom in aftrek te worden gebracht.

erflater bij zijn leven zijn voldaan, maar ook eventueel wel verschuldigde maar bij zijn dood nog niet voldane prestaties.⁴⁷

9. Toerekening op de legitieme: inleiding

Nadat de legitimaire breuk en de omvang van de legitimaire massa eenmaal zijn berekend, en aldus op basis daarvan de grootte van de legitieme portie in *abstracto* kan worden vastgesteld, dient ten slotte nagegaan te worden of de legitimaris ook in *concreto* een aanspraak op de legitieme portie zal kunnen toekomen ter grootte van het legitimair tekort (§ 3). Hoe gaan we bij de legitieme portie van abstract naar concreet? Het sleutelwoord daarvoor is toerekening (of imputatie). In de wettekst wordt eenvoudiger terminologie gehanteerd: in mindering komen (vgl. bijvoorbeeld art. 4:70 en art. 4:71 BW).

Toerekening

Op de *abstracte* berekening van de legitieme portie van een legitimaris wordt de waarde in mindering gebracht van:

- a. de giften die de legitimaris van de erflater heeft ontvangen (art. 4:70 BW);
- b. hetgeen de legitimaris krachtens erfrecht heeft verkregen (art. 4:71 BW); en
- c. hetgeen de legitimaris krachtens erfrecht had kunnen verkrijgen, maar heeft verworpen, *tenzij* deze erfrechtelijke verkrijging 'inferieur' is en hij de betreffende erfrechtelijke verkrijging niet in mindering op zijn legitieme portie behoeft te aanvaarden (art. 4:72 en art. 4:73 BW).

Om het legitimair tekort te bepalen, dient rekening te worden gehouden met: (i) de aan de legitimaris gedane giften (§ 10) en (ii) de erfrechtelijke verkrijgingen van de legitimaris (§ 11). Deze giften en erfrechtelijke verkrijgingen komen in mindering op de legitieme portie van een legitimaris. Of anders gezegd: deze giften en erfrechtelijke verkrijgingen worden op zijn legitieme portie toegerekend (imputatie). Is het totaal van de giften en erfrechtelijke verkrijgingen lager dan het bedrag van de legitieme portie (en dan is er dus een legitimair tekort), dan komt de legitimaris voor het verschil een legitimaire aanspraak toe. Is het totaal van de giften en erfrechtelijke verkrijgingen hoger, dan kan de legitimaris geen aanspraak maken op zijn legitieme portie.

Sommige erfrechtelijke verkrijgingen kan de legitimaris straffeloos verwerpen (dat wil zeggen *zonder* dat deze erfrechtelijke verkrijgingen op zijn legitieme portie worden toegerekend). Deze erfrechtelijke verkrijgingen worden op treffende wijze met een niet-wettelijke term 'inferieur' genoemd, omdat deze erfrechtelijke verkrijgingen niet voldoen aan de eisen die een legitimaris daaraan mag stellen (§ 12). De legitimaris dient namelijk zijn legitieme portie zuiver en onbelast te kunnen ontvangen. Om de zaken gecompliceerd te maken, bestaan op die regel - inferieure erfrechtelijke verkrijgingen kunnen straffeloos door de legitimaris verworpen worden - weer twee uitzonderingen (§ 13). Inferieure erfrechtelijke verkrijgingen kunnen in bepaalde gevallen door de erflater in zijn testament tot superieure verkrijgingen opgewaarderd worden. Verwerping van een dergelijke

⁴⁷ MvA II, Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 423.

superieur gemaakte erfrechtelijke verkrijging door de legitimaris zal tot toerekening op de legitieme portie leiden.

10. Toerekening op de legitieme: giften

Om bij de berekening van de legitieme portie te voorkomen dat dubbelop wordt gerekend, worden de giften op de legitieme portie van een legitimaris in aftrek gebracht (art. 4:70 BW). De in aanmerking te nemen giften worden eerst bij de legitimaire massa opgeteld om te komen tot de legitieme portie in *abstracto* (de 'bijtelling' van giften), maar dan moeten de aan een legitimaris gedane giften vervolgens weer bij de berekening van de legitieme portie in *concreto* worden afgetrokken.

Giften aan de legitimaris

Op de legitieme portie worden toegerekend alle giften die de legitimaris van de erflater heeft ontvangen, ongeacht het moment waarop de prestatie heeft plaatsgevonden (art. 4:70 lid 1 BW). Slechts buiten beschouwing blijven de giften als vermeld in art. 4:69 BW (§ 7).

Ook hetgeen een legitimaris met vrijstelling van inbreng aan giften heeft verkregen (vgl. art. 4:230 e.v. BW)⁴⁸, wordt op de legitieme portie toegerekend.

Plaatsvervulling

Voor het geval van plaatsvervulling wordt een uitzondering gemaakt. Op de legitieme portie van een legitimaris die bij plaatsvervulling opkomt (en dat kan zich uitsluitend voordoen bij vooroverlijden of onwaardigheid (art. 4:63 lid 2 BW) (§ 4)) worden niet alleen de giften toegerekend die de plaatsvervuller zelf van de erflater heeft ontvangen, maar ook de giften die door de erflater zijn gedaan aan degene wiens plaats hij vervult (art. 4:70 lid 2 BW). Zijn er meer personen die bij plaatsvervulling voor dezelfde erfgenaam opkomen, dan vindt toerekening van de giften plaats naar evenredigheid van hun legitieme portie.

Voorbeeld

Erflater A heeft twee kinderen, C en D, alsmede twee kleinkinderen, E en F, die afstammen van C. Aan C schonk A € 10.000 en aan E en F ieder € 5.000. De nalatenschap bedraagt € 64.000. A heeft D tot zijn enig erfgenaam benoemd. C is niet meer in leven op het ogenblik van het overlijden van A. De schenkingen aan E en F zijn gedaan na het overlijden van C. Hoe groot is de legitimaire aanspraak van E en F in dit geval?

De legitimaire massa bedraagt:

Nalatenschap: € 64.000
Gift C (art. 4:67 onder d BW): € 10.000
Gift E (idem): € 5.000
Gift F (idem): € 5.000
Totaal: € 84.000

⁴⁸ Zie daarvoor hoofdstuk 18 ('Verdeling van de nalatenschap', § 17).

De legitieme portie bedraagt $1/2 \times 1/2 \times € 84.000 = € 21.000$. De legitimaire aanspraak van $(E + F) = € 21.000 - ((2 \times € 5.000) + € 10.000) = € 1.000$. Deze berekening volgt uit art. 4:70 lid 2 BW.

Als de schenkingen aan de kleinkinderen E en F zijn geschied tijdens het leven van hun ouder C en deze nog in leven zou zijn bij het overlijden van A, dan worden deze giften alleen meegeteld bij de berekening van de legitimaire massa indien de termijn van vijf jaar als bedoeld in art. 4:67 onder e BW nog niet is verstreken.

Gelijkstelling met een gift: uitkering uit een sommenverzekering ter nakoming van een natuurlijke verbintenis

Voor de berekening van de (aanspraak op de) legitieme portie geldt voor de door de erflater aan de legitimaris gedane giften hetzelfde regime voor de 'bijtelling' van de giften (om te komen tot de vaststelling van de legitimaire massa) als voor de toerekening van de giften (om te komen tot de vaststelling van het legitimaire tekort, waarop een legitimaris aanspraak kan maken). Het gaat steeds om dezelfde giften.

In art. 4:70 lid 3 BW wordt hierop voor de toerekening van giften op de legitieme portie een inbreuk gemaakt. Ten behoeve van de toerekening op de legitieme portie wordt met een gift gelijkgesteld hetgeen een legitimaris verkrijgt of kan verkrijgen uit een door de erflater ter nakoming van een natuurlijke verbintenis gesloten sommenverzekering die geen pensioenverzekering is en die door het overlijden van de erflater tot uitkering komt. Voldoening aan een natuurlijke verbintenis levert geen gift op, zodat toerekening op de legitieme portie als gift niet aan de orde is. Dat een dergelijke verzekeringsuitkering niettemin met een gift wordt gelijkgesteld en dientengevolge wordt toegerekend op de legitieme portie houdt ermee verband dat de wetgever het wenselijk acht dat legitimarissen zoveel mogelijk gelijk behandeld worden. Opgemerkt dient te worden dat deze aan een gift gelijkgestelde uitkering uit een sommenverzekering op grond van art. 4:70 lid 3 BW weliswaar toegerekend moet worden op de legitieme portie (en dus daarop in mindering strekt), maar niet meetelt en bijgeteld moet worden voor de berekening van de legitimaire massa en dat deze aan een gift gelijkgestelde uitkering ook niet vatbaar is voor inkorting.

11. Toerekening op de legitieme: erfrechtelijke verkrijgingen

Niet alleen giften van de erflater aan de legitimaris komen in mindering op de legitieme portie. Ook de waarde van al hetgeen de legitimaris daadwerkelijk verkrijgt krachtens erfrecht wordt op zijn legitieme portie toegerekend (art. 4:71 BW). De erflater heeft aldus de mogelijkheid om bepaalde goederen aan de legitimaris in een legaat toe te kennen of hem daarmee zelfs op te zadelen. Men spreekt in dit verband daarom ook wel van de boedelbak-bepaling.

Verder wordt op de legitieme portie in beginsel toegerekend hetgeen de legitimaris als erfgenaam had kunnen verkrijgen, maar verwerpt (art. 4:72 BW (erfstellingen) en art. 4:73 BW (legaten)). Een door de legitimaris verworpen erfrechtelijke verkrijging strekt in beginsel in mindering op zijn legitieme portie. Verwerping van de nalatenschap kan de legitimaris aangerekend worden (en dat zou dus een domme zet zijn).

De toerekening op de legitieme portie van hetgeen de legitimaris had kunnen verkrijgen geldt *in beginsel*, omdat inferieure erfrechtelijke verkrijgingen van de toerekening op de legitieme portie worden uitgezonderd (§ 12). De legitimaris heeft recht op een *zuivere en onbelaste* legitieme portie (§ 5). Voldoet een erfrechtelijke verkrijging niet aan dit vereiste, dan kan deze straffeloos worden verworpen door de legitimaris *zonder* dat de waarde van de inferieure erfrechtelijke verkrijging op de legitieme portie wordt toegerekend. Zou de legitimaris zijn inferieure erfrechtelijke verkrijging aanvaarden, dan accepteert hij een inbreuk op de legitieme portie. Met een eventuele waardevermindering van de erfrechtelijke verkrijging als gevolg van deze inbreuk zal bij de vaststelling van de omvang van de legitieme portie rekening moeten worden gehouden.

Als gevolg van dit wettelijke systeem kan de legitimaris te allen tijde aanspraak maken op de waarde van zijn legitieme portie, zuiver en onbelast, maar ook niet meer dan dat. Is hetgeen de legitimaris met een last of beperking verkrijgt aanzienlijk meer waard dan de legitieme portie, dan kan hij er ook voor kiezen om deze inbreuk op de legitieme portie maar voor lief te nemen.

De legitimaris die zijn inferieure erfrechtelijke verkrijging wil verwerpen, heeft daarvoor drie maanden de tijd vanaf het overlijden van de erflater. Deze termijn is voor verlenging vatbaar (art. 4:77 BW) (§ 12). De kantonrechter kan deze termijn een of meermalen verlengen op grond van bijzondere omstandigheden, zelfs nadat de termijn reeds was verlopen.

12. Inferieure erfrechtelijke verkrijgingen

De wet maakt in verband met de toerekening op de legitieme portie een onderscheid tussen: (i) inferieure erfrechtelijke verkrijgingen als erfgenaam (art. 4:72 BW) en (ii) inferieure legaten (art. 4:73 BW).

Inferieure erfrechtelijke verkrijgingen als erfgenaam

Een erfrechtelijke verkrijging van een erfgenaam kan als zodanig niet inferieur zijn. Inferieur kan een erfrechtelijke verkrijging als erfgenaam eerst worden ten gevolge van bepaalde beschikkingen van de erflater met betrekking tot die verkrijging. Art. 4:72 BW maakt daarbij een onderscheid tussen:

- a. de goederen worden onder een voorwaarde, een testamentaire last of een testamentair bewind nagelaten (art. 4:72 onder a BW); en

Een voorbeeld hiervan is de tweetrapsmaking, waarbij de bezwaarde erfgenaam de erfrechtelijke verkrijging onder een ontbindende voorwaarde verkrijgt.⁴⁹ Een ander voorbeeld is de erfstelling die onder een testamentair bewind is gesteld.⁵⁰

⁴⁹ Zie daarvoor hoofdstuk 10 ('Over eigen en andermans graf heen regeren met voorwaardelijke makingen').

⁵⁰ Zie daarvoor hoofdstuk 14 ('Bescherming van het nagelaten vermogen met een testamentair bewind').

- b. ten laste van de legitimaris zijn legaten gemaakt die verplichten tot iets anders dan betaling van een geldsom of overdracht van goederen van de nalatenschap (art. 4:72 onder b BW).

De erfstelling of de verkrijging krachtens versterferrecht van de legitimaris is inferieur, indien ten laste van hem bijvoorbeeld legaten zijn gemaakt van vruchtgebruik op één of meer goederen van de nalatenschap, bijvoorbeeld ten gunste van de langstlevende echtgenoot.

Termijn(verlenging); verwerping met voorbehoud van recht op legitieme portie

Voor beide categorieën erfrechtelijke verkrijgingen geldt dat de legitimaris de inferieure verkrijging moet verwerpen binnen drie maanden na het overlijden van de erflater. Verlenging van deze termijn door de kantonrechter is op verzoek van de legitimaris mogelijk, en wel "een of meermalen op grond van bijzondere omstandigheden" en "zelfs nadat de termijn reeds was verlopen" (art. 4:77 BW).⁵¹ De Handleiding erfrechtprocedures kantonrechter vermeldt als aanbeveling dat met het eerste verzoek van de legitimaris tot verlenging van de termijn "ruimhartig" moet worden omgegaan, bijvoorbeeld als de legitimaris nog niet het noodzakelijke inzicht heeft kunnen krijgen.^{52 53}

Bij de verwerping van de nalatenschap dient de legitimaris zich het recht op de legitieme portie voor te behouden (art. 4:63 lid 3 BW, de zogeheten contantenverklaring (§ 5)).

De legitimaris die zich het recht op de legitieme portie voorbehoudt, maar de driemaandstermijn van art. 4:72 BW overschrijdt, behoudt zijn recht op de legitieme portie, maar ziet de waarde van het verworpen erfdeel op zijn legitieme portie toegerekend.

Inferieure legaten

In tegenstelling tot een erfrechtelijke verkrijging kan een legaat als zodanig inferieur zijn. Zo verklaart art. 4:73 BW inferieur alle legaten die bestaan in iets anders dan een geldsom of een goed van de nalatenschap.

Daarnaast kunnen legaten die als zodanig niet inferieur zijn, dat toch worden door beschikkingen van de erflater of bepaalde omstandigheden. De wet maakt daarbij een onderscheid tussen vier categorieën:

- a. het legaat is onder een voorwaarde, een testamentaire last of een testamentair bewind gemaakt (art. 4:73 lid 1 onder a BW);

Deze categorie komt overeen met die van art. 4:72 onder a BW.

⁵¹ De mogelijkheid van termijnverlenging van art. 4:77 BW ziet op verschillende termijnen die bij de legitieme portie een rol spelen.

⁵² Handleiding (november 2022), p. 47. Zie over deze handleiding hoofdstuk 25 ('Procederen over erfenissen', § 5).

⁵³ Niet als een bijzondere omstandigheid is aangemerkt de partijafpraak om geen beroep te doen op de in art. 4:75 lid 2 BW vermelde termijn, aldus rechtbank Den Haag 7 februari 2024, [ECLI:NL:RBDHA:2024:2367](https://www.eclinet.nl/ECLI:NL:RBDHA:2024:2367). De termijnverlenging van art. 4:77 BW staat niet ter vrije bepaling van partijen.

b. ten laste van de legitimaris zijn sublegaten gemaakt die verplichten tot iets anders dan betaling van een geldsom (art. 4:73 lid 1 onder b BW);

Een voorbeeld hiervan is het legaat van certificaten van aandelen dat door een erfgenaam-legitimaris afgegeven dient te worden. Dat legaat is inferieur, omdat het verplicht tot iets anders dan betaling van een geldsom.

c. het legaat wordt later opeisbaar dan zes maanden na het overlijden van de erflater, of, als de legitimaris mede-erfgenaam is, pas na de verdeling van de nalatenschap (art. 4:73 lid 1 onder c BW); en

d. het legaat komt ten laste van één of meer erfgenamen wier erfdelen ontoereikend zijn om het legaat daaruit te voldoen (art. 4:73 lid 1 onder d BW).

Art. 4:73 lid 2 BW houdt nog een bepaling in voor het bijzondere geval dat aan een erfgenaam-legitimaris tevens een legaat is gemaakt tegen inbreng van (een deel van) de waarde. Art. 4:125 lid 2 BW geeft een erfgenaam aan wie een legaat is gemaakt tegen inbreng van de waarde of een gedeelte daarvan, de bevoegdheid betaling van het door hem verschuldigde bedrag op te schorten tot de verdeling, tenzij de erflater anders heeft beschikt. Heeft de erflater aan een erfgenaam-legitimaris deze bevoegdheid ontzegd, dan maakt dit het legaat inferieur.

Termijn(verlenging)

Verwerping van een inferieur legaat impliceert niet dat ook afstand wordt gedaan van het recht op de legitieme portie. Voorbehoud van dat recht op de legitieme portie is in dit geval niet nodig (vgl. in dit verband de contantenverklaring (art. 4:63 lid 3 BW)). Wel geldt, evenals voor verwerping van de inferieure erfrechtelijke verkrijging als erfgenaam, dat om toerekening op de legitieme portie te voorkomen verwerping van het inferieure legaat in beginsel moet plaatshebben binnen drie maanden na het overlijden van de erflater. Deze termijn kan een of meermalen op verzoek van de legitimaris door de kantonrechter worden verlengd (art. 4:77 BW, zie hiervoor).

Außer Betracht-denken bij waardering van inferieure erfrechtelijke verkrijgingen?

Aan een vonnis van de rechtbank Noord-Holland van 5 april 2023, [ECLI:NL:RBNHO:2023:3629](https://www.eclis.nl/ECLI:NL:RBNHO:2023:3629), ontleen ik de volgende casus. Een in 2022 overleden erflater laat zijn partner en minderjarige zoon achter. De erflater heeft met een tweetrapsmaking zijn partner (een ander dan de moeder van zijn zoon) benoemd tot erfgenaam onder ontbindende voorwaarde (de bezwaarde) en zijn zoon en de zus van erflater tot erfgenamen onder opschortende voorwaarde (de verwachters), en wel met een erfdeel ter grootte van respectievelijk drie vierde en een vierde (van het overschot welteverstaan). Voor de verhouding tussen de bezwaarde en de verwachters gelden blijkens het vonnis onder meer de volgende testamentaire bepalingen. De bezwaarde is onvoorwaardelijk bevoegd om het tweetrapsvermogen te vervreemden en te verteren en mag daaruit ook schenkingen doen. Aan die bevoegdheden van de bezwaarde is in het testament op geen enkele wijze paal en perk gesteld. Uit het vonnis blijkt niet dat de niet-opeisbaarheidsclausule van art. 4:82 BW in het testament is opgenomen. Op grond van deze clausule kan aan een uiterste

wilsbeschikking de voorwaarde worden verbonden dat de geldvordering van een legitimaris uit hoofde van de legitieme portie eerst opeisbaar is na het overlijden van de partner (waarmee de erflater een gemeenschappelijke huishouding voert en een notarieel verleden samenlevingscontract is aangegaan). Die niet-opeisbaarheidsclausule werd in dit geval kennelijk niet nodig geacht, of is bij het opmaken van het testament over het hoofd gezien.

De partner van erflater heeft de nalatenschap zuiver aanvaard. De wettelijk vertegenwoordiger van de minderjarige heeft geen keuze uitgebracht voor verwerping van de nalatenschap (voor welke *tijdige* verwerping met voorbehoud van een beroep op de legitieme portie de *voorafgaande* machtiging van de kantonrechter nodig zou zijn geweest) dan wel beneficiair aanvaarding, maar door tijdsverloop wordt de minderjarige geacht de nalatenschap beneficiair aanvaard te hebben (art. 4:193 BW). De wettelijk vertegenwoordiger van de minderjarige heeft te kennen gegeven niet in 'de onterving' van de zoon te berusten en heeft namens de minderjarige een beroep gedaan op zijn legitieme portie.

Onterving van de minderjarige zoon?

Een centrale stelling van de minderjarige in de procedure is dat hij zou zijn onderfd. Dat de minderjarige het gevoel heeft onderfd te zijn door zijn vader, valt goed te begrijpen. Het vonnis vermeldt weliswaar geen bijzonderheden over de omvang en de samenstelling van de nalatenschap en de leeftijd van de partner, maar het zou zomaar kunnen dat de minderjarige mettertijd achter het net vist als de partner daadwerkelijk als God in Frankrijk van het tweetrapsvermogen leeft en aan het einde van haar levensrit niets resteert. Juridisch-technisch bezien liggen de zaken er echter wezenlijk anders voor. De minderjarige is niet onderfd in het testament. Hij is meteen erfgenaam, zij het onder de opschortende voorwaarde dat de minderjarige het moment waarop het recht van de bezwaarde eindigt - in dit geval het overlijden van de partner van erflater - overleeft. Zie hiervoor het sjabloon van de tweetrapsmaking van art. 4:141 BW en Hoge Raad 3 juni 2016, [ECLI:NL:HR:2016:1046](#) (*Rabobank/Reuser*), in welk arrest ten aanzien van het in art. 3:92 BW geregelde eigendomsvoorbehoud is uitgemaakt dat *"de uitgroei tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht uitsluitend nog afhankelijk is van de vervulling van de opschortende voorwaarde (...). Zolang de voorwaarde niet is vervuld, zijn zowel de vervreemder als de verkrijger voorwaardelijk eigenaar, de vervreemder onder ontbindende voorwaarde en de verkrijger onder opschortende voorwaarde, en is hun beider beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van de desbetreffende zaken dienovereenkomstig beperkt."* Op gelijke wijze zou mijns inziens naar de tweetrapsmaking gekeken moeten worden.

De rechtbank wijst dan ook de stelling af dat de zoon in het testament met de tweetrapsmaking onderfd zou zijn:

"Een erflater bepaalt in zijn testament wie de erfgenamen zijn. Iemand die is onderfd, is geen erfgenaam en deelt niet mee in de erfenis, ook niet op een later moment. Wel heeft een onderfd kind recht op een legitieme portie, zijnde het wettelijk recht op een deel van de erfenis dat een kind minimaal heeft.

In dit geval heeft erflater in zijn testament bepaald - door hierin een tweetrapsmaking op te nemen - dat zijn erfgenamen de nalatenschap verkrijgen onder bepaalde voorwaarden. Daarbij is in eerste instantie [de partner] als partner van erflater erfgenaam geworden onder

ontbindende voorwaarde (hier: haar overlijden). Door de vervulling van die ontbindende voorwaarde worden [de minderjarige] en de zus van erflater als verwachters erfgenaam van erflater en wel voor de erfdelen zoals in het testament onder de tweetrapsmaking partner genoemd: drie/vierde gedeelte voor [de minderjarige] en een/vierde gedeelte voor de zus van erflater. [de minderjarige] en de zus van erflater zijn de 'opvolgende erfgenamen' die na het overlijden van [de partner] alsnog erven van erflater. [de minderjarige] was al die tijd dus al erfgenaam, echter onder opschortende voorwaarde van het overlijden van de 'eerste' erfgenaam. Uit het feit dat [de minderjarige] op dit moment geen erfbelasting is verschuldigd kan op zichzelf niet worden afgeleid dat hij geen erfgenaam is. Het verweer van [de partner] slaagt op dit punt."

Misschien ben ik iets te veel een punaisepoetser, maar het taalgebruik van de rechtbank is niet helemaal zuiver. De legitieme portie ziet niet op een deel van de erfenis, maar geeft aanspraak op een deel van de waarde van het vermogen van de erflater (vgl. art. 4:63 lid 1 BW). De legitimaris is juist 'uitgeboedeld'. Ook is niet juist dat de verwachter na de vervulling van de voorwaarde "alsnog" erft van de erflater. De verwachter is van aanvang af erfgenaam, zij het onder een opschortende voorwaarde. De rechtbank onderkent dat intussen wel met de woorden "was al die tijd (...) al erfgenaam".

Aanvullend beroep op de legitieme portie?

Het voorgaande betekent dat de minderjarige in het testament niet onterfd is. De minderjarige heeft de nalatenschap ook niet verworpen wegens de inferioriteit van het erfgenaamschap onder een voorwaarde (vgl. art. 4:72 onder a BW) met een gelijktijdig beroep op de legitieme portie (vgl. art. 4:63 lid 3 BW), oftewel de verwerpingslegitieme. De minderjarige zou in dit geval slechts een beroep kunnen toekomen op de aanvullende legitieme. Hij meent op grond van het testament van zijn vader minder te hebben gekregen dan zijn legitieme portie. Het beroep daarop wordt door de rechtbank afgewezen met een motivering die niet door eenieder aanstonds te begrijpen valt.

"Naast het erfgenaamschap resteert een aanvullend beroep op de legitieme portie. Op de legitieme portie van [de minderjarige] komt echter op grond van artikel 4:71 BW in aftrek de waarde van al hetgeen [de minderjarige] krachtens erfrecht verkrijgt (imputatie). Het breukdeel van [de minderjarige] als erfgenaam is drie/vierde gedeelte. Dat is groter dan zijn legitieme portie, die de helft van de legitimaire massa bedraagt. In deze situatie leidt de imputatieregeling van artikel 4:71 BW ertoe, zoals [de partner] terecht aanvoert, dat niets resteert zodat de legitieme portie helemaal niet meer aan de orde komt. Daarbij merkt de rechtbank op dat onweersproken is dat door erflater geen giften zijn gedaan die hebben geleid tot een vermeerdering van de legitimaire massa waarover de legitieme portie wordt berekend. Ook overigens heeft de rechtbank in de stellingen van partijen geen concrete aanknopingspunten gevonden om aan te nemen dat legitieme portie een hogere waarde vertegenwoordigt dan wat [de minderjarige] als erfgenaam uit de nalatenschap verkrijgt."

Ik meen dat de rechtbank hier appels met peren aan het vergelijken is. De legitieme portie van de minderjarige is gelijk aan de helft van de zichtbare nalatenschap (bij gebreke van giften die door de erflater zijn gedaan), waarbij de nalatenschapsgoederen waarin de legitieme portie wordt berekend per overlijdensdatum moeten worden gewaardeerd (art. 4:65 j° art. 4:6 BW). In dit geval heeft de minderjarige niet niets verkregen maar een zekere

erfrechtelijke verkrijging (te weten het erfgenaamschap voor drie vierde deel, evenwel onder een opschortende voorwaarde en met ruime bevoegdheden voor de bezwaarde) is hem ten deel gevallen, waarvan de waarde op de legitieme portie in aftrek moet worden gebracht (de imputatieregeling van art. 4:71 BW). De rechtbank gaat er blijkens de hierboven aangehaalde passage vanuit dat de waarde van die bijzondere, voorwaardelijke verkrijging gelijk is aan drie vierde deel van de zichtbare nalatenschap. De rechtbank redeneert *tout court*: aangezien de legitieme portie van de minderjarige - de helft - niet "een hogere waarde vertegenwoordigt" dan drie vierde deel van de nalatenschap komt de legitimaire volgens de rechtbank niets tekort. Dat drie vierde meer is dan de helft klopt volgens Bartjens. Of geeft de rechtbank op een nogal losse manier aan dat er met drie vierde deel vermoedelijk voldoende speling is ten opzichte van het wettelijke minimum van de legitieme portie?

De rechtbank sluit mijns inziens - zonder dat dit op enigerlei wijze gemotiveerd of toegelicht wordt - de ogen voor het gegeven dat aan het voorwaardelijk erfgenaamschap van de minderjarige allerlei serieus te nemen waardedrukkende effecten zijn verbonden. Wat is de waarde in het economisch verkeer van een erfgenaamschap als die waarde afhankelijk is van een mogelijk onbelemmerde spendeerdrijf van een jonge en levenslustige bezwaarde? Ik zou als potentiële gegadigde voor de erfrechtelijke aanspraak van de verwachter niet veel voor over hebben. De rekenkundige vergelijking die de rechtbank maakt ter rechtvaardiging van de uitkomst van het geding is alleen maar kloppend te maken en te begrijpen als je van oordeel bent dat die waardedrukkende effecten weggedacht moeten worden. Maar de rechtbank zegt niet dat zij *dat* doet en *waarom* zij dat doet. De rechtbank laat in het vonnis niet eens zien dat zij zich überhaupt bewust is van die waardedruk. Dat is een groot verschil met Victor Mids die op TV nog wel eens wil uitleggen hoe zijn willige slachtoffers met een MINDF*CK in het ootje zijn genomen en dan zit ik thuis voor de buis op het puntje van mijn stoel.

Bestaat er een grond in Boek 4 BW om die waardedrukkende effecten in dit geval weg te mogen denken? In dit verband wordt wel gesproken van *außer Betracht*-denken, een verschijnsel dat afkomstig is uit het Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). Bij het waarden van erfrechtelijke verkrijgingen worden volgens § 2307 BGB "*Beschränkungen und Beschwerden*" buiten beschouwing gelaten. (Terzijde: hierbij geldt overigens dat het BGB niet onze imputatieregeling van art. 4:71 BW kent en dat de erfrechtelijke verkrijging met beperkingen en bezwaren volgens Duits erfrecht straffeloos ingeruild kan worden voor het *Pflichtteil*, oftewel een volkomen andere regeling van de legitieme portie.) Of dient bij ons te gelden dat zonder een specifieke wettelijke grondslag de hoofdregel van art. 4:63 lid 1 BW fier overeind blijft staan? Die hoofdregel houdt in dat de legitimaire zonder meer aanspraak kan maken op een deel van de waarde van de nalatenschap "*in weerwil van giften en uiterste wilsbeschikkingen van de erflater*". Op dat deel van de waarde kan een legitimaire dwingendrechtelijk aanspraak maken, zodat met het waardedrukkende effect van het voorwaardelijk erfgenaamschap van de verwachter met ruime bevoegdheden voor de bezwaarde - en dat is een niet weg te denken economische realiteit! - rekening moet worden gehouden.⁵⁴

⁵⁴ In deze zin bijvoorbeeld Wouter Burgerhart in zijn proefschrift 'Waarde en Erfrecht' (diss. Radboud, 2018), p. 200-202 en Asser/Perrick 4 2021 (nr. 323).

Sporen van *außer Betracht*-denken in Boek 4 BW

Het fenomeen van *außer Betracht*-denken is niet onbekend in Boek 4 BW. Te wijzen valt bijvoorbeeld op art. 4:6 BW. De goederen van de nalatenschap worden gewaardeerd op het tijdstip onmiddellijk na het overlijden van de erflater, maar bij de waardering daarvan wordt geen rekening gehouden met het vruchtgebruik dat daarop krachtens afdeling 4.3.1 BW (in verband met de wilsrechten van de kinderen) of afdeling 4.3.2 BW (het verzorgingsvruchtgebruik ten behoeve van de langstlevende) kan komen te rusten. Deze bepaling lijkt mij overigens overbodig: als de peildatum voor de waardering van de goederen van de nalatenschap het overlijden is, dan behoeft uiteraard geen rekening gehouden te worden met vruchtgebruiken die eerst later worden gevestigd. Een duidelijker spoor van *außer Betracht*-denken is te vinden in art. 4:76 BW. Bij de vaststelling van de waarde van hetgeen op de legitieme portie moet worden toegerekend, wordt met deze specifieke vruchtgebruiken van titel 3 van Boek 4 BW geen rekening gehouden. Een laatste spoor van *außer Betracht*-denken treffen we aan in art. 4:75 lid 5 BW. Testamentair bewind heeft een waardedrukkend effect. Met dat effect wordt voor de toerekening op de legitieme portie alleen rekening gehouden bij een succesvolle betwisting van de in het testament voor het bewind opgegeven grond als vermeld in art. 4:75 lid 2 BW, terwijl de legitimaris desalniettemin het bewind in stand laat.

Wie al deze sporen aanschouwt, zou daarin evenzovele uitingen kunnen lezen van een breder gedragen visie op *außer Betracht*-denken in Boek 4 BW.⁵⁵ De rechtbank Noord-Holland is klaarblijkelijk – als gezegd: zonder dat men zich daar misschien van bewust is geweest – een vertolker van deze visie.⁵⁶

Tot besluit vermeld ik nog dat de Commissie Erfrecht van de KNB in haar evaluatie van Boek 4 BW reeds in 2010⁵⁷ heeft aangeraden voor deze bijzondere gevallen van toerekening een wettelijke regeling te treffen:

“De commissie is van mening dat de ausser Betracht-benadering in bepaalde verhoudingen het meest recht doet aan de systematiek van de legitieme en daarenboven maatschappelijk het meest wenselijk is (een legitimaris krijgt anders gevoelsmatig dubbelop) en 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 een opschortende

⁵⁵ In deze zin ook Bernard Schols in zijn KNB-preadvies ‘De legitieme portie driedimensionaal: abstract, concreet en fiscaal’, p. 110-112.

⁵⁶ Opmerkelijk is het zonder nadere toelichting gegeven stellige oordeel van het gerechtshof Den Haag in zijn arrest van 3 december 2024, [ECLI:NL:GHDHA:2024:2349](https://www.rechtspraak.nl/ECLI/URL/ECLI:NL:GHDHA:2024:2349), inhoudende: “De heersende opvatting in de literatuur is dat de voorwaardelijkheid van een erfrechtelijke verkrijging een drukkend effect heeft op ‘de waarde van al hetgeen de legitimaris verkrijgt’ in de zin van artikel 4:71 BW.” In dat geval was het recht van de bezwaarde bij een tweetrapsmaking voorwaardelijk, en wel in die zin dat het eindigt bij zijn faillissement. De bezwaarde was al vóór het openvallen van de nalatenschap failliet verklaard. Een logische gedachte is dan dat de betrokken bezwaarde daarmee ontferd is; de voorwaarde was bij het openvallen van de nalatenschap al vervuld. Het hof oordeelt echter (mijns inziens ten onrechte) dat vast staat dat de ontbindende voorwaarde direct ná het overlijden in werking is getreden en dat de kinderen als verwachters toen het volledige erfdeel hebben verkregen. In de visie van het hof was er kennelijk geen onterving. Om de legitieme portie van de ‘ontferde’ bezwaarde te berekenen, wordt de waarde van hetgeen de bezwaarde onder de tweetrapsmaking verkrijgt om die reden op nihil gesteld. De gefailleerde bezwaarde kan daarom aanspraak maken op zijn volledige legitieme portie. Het hof bereikt hetzelfde resultaat als de rechtbank, maar langs een andere weg.

⁵⁷ WPNR 6866 (deel I), p. 889.

voorwaarde in de zin van art. 4:141 BW voor de waardering in het kader van de toerekening van art. 4:71 BW buiten beschouwing blijft. Wat de verhoudingen betreft waarbinnen dit plaats moet vinden doelt de commissie op het volgende. Indien een kind een niet opeisbare vordering heeft op basis van de wettelijke verdeling (4:13 BW) of een kind een niet opeisbare legitieme heeft op basis van art. 4:82 BW waarvan de nominale waarde even groot is of groter dan de legitieme doch de waarde in het economische verkeer ('contant waarde') als gevolg van de uitgestelde opeisbaarheid lager is, dan is aanvullende inkorting niet mogelijk. Er zijn dan ook termen aanwezig om de auser Betracht benadering toe te passen in de verhoudingen waarin art. 4:13 BW en art. 4:82 BW toegepast kan worden."

Politiek Den Haag heeft het nog steeds te druk met zichzelf en met *unfinished business* van (dreigende) calamiteiten. Boek 4 BW heeft mijns inziens na ruim twintig jaar dringend een APK-beurt(je) nodig, zoals de commissie met betrekking tot een reeks van punten overtuigend heeft aangetoond⁵⁸, maar dat heeft kennelijk geen prioriteit. Een gewijzigde wettelijke regeling voor de toerekening van verkrijgingen op de legitieme portie en de waardering daarvan kennen we intussen niet. Van een *setting* waarin - zoals bedoeld door de commissie - een kind een niet-opeisbare legitieme op de partner heeft op basis van art. 4:82 BW, was in de aan de rechtbank Noord-Holland voorgelegde zaak kennelijk ook geen sprake. Aan de minderjarige zoon zal de uitkomst van het geding dan ook moeilijk uit te leggen zijn. De rechtbank zag niettemin reden om de minderjarige zoon (beter gezegd: zijn moeder als wettelijk vertegenwoordiger) te veroordelen in de proceskosten, omdat de vorderingen "een behoorlijke juridische grondslag ontberen".

13. Uitzonderingen op de inferioriteit van erfrechtelijke verkrijgingen

Op de hoofdregel dat een legitimaris recht heeft op een zuivere en onbelaste legitieme portie en dat een inferieure erfrechtelijke verkrijging daarom straffeloos (zonder toerekening op de legitieme portie) kan worden verworpen, worden twee uitzonderingen gemaakt. Dat zijn gevallen waarin de legitimaris niet zonder nadelige gevolgen voor zijn legitimaire aanspraken zijn making kan verwerpen. Hoewel deze erfrechtelijke verkrijgingen eigenlijk volgens de hoofdregel als inferieur zouden moeten worden aangemerkt, zijn deze verkrijgingen vanwege hun bijzondere aard 'superieur' (en ook dat is een niet-wettelijke term).

13.1 Bedrijfsopvolgingsfaciliteit

In dit geval wordt de in beginsel inferieure aard van een erfrechtelijke verkrijging opgeheven doordat een hoger belang wordt gediend. Dat belang is gelegen in de bedrijfsopvolging en het wegnemen van belemmeringen daarvoor. Zo kan de voortzetting van het bedrijf van de erflater in gevaar komen als de bedrijfsopvolger door een gebrek aan liquiditeiten niet in staat is de in de nalatenschap in te brengen waarde van het bedrijf in één keer te voldoen. Let wel: deze faciliteit ziet dus *niet* op de verkrijging van het bedrijf of op de verkrijging van de aandelen in een B.V. of N.V. waarin het bedrijf wordt uitgeoefend, maar op het geldlegaat waarmee de niet-bedrijfsopvolgers door de erflater worden bedacht

⁵⁸ Zie daarvoor ook WPNR 6867 (deel II).

Legaat van een geldsom in termijnen

Een legaat van een in termijnen aan een legitimaris te betalen geldsom - bijvoorbeeld in vijf of tien jaarlijkse termijnen - is in beginsel inferieur. Met een dergelijk legaat zou een legitimaris geen genoegen behoeven te nemen (art. 4:73 lid 1 onder c BW) (§ 12). Indien echter in het testament wordt vermeld dat zonder deze betalingsregeling de voortzetting van een beroep of bedrijf van de erflater ernstig zou worden bemoeilijkt (en dat zijn de sacrale woorden die als beweegreden in het testament moeten zijn opgenomen), wordt het inferieure karakter van de uiterste wilsbeschikking opgeheven (art. 4:74 lid 1 eerste zin BW). Het is dus mogelijk aan een legitimaris een geldsom te legateren ter grootte van de legitieme portie en daarbij te bepalen dat deze geldsom in termijnen opeisbaar en betaalbaar is.⁵⁹

Bij verwerping door de legitimaris van een legaat, dat blijkens het testament met dit motief is gemaakt door de erflater, komt de waarde daarvan in mindering op de legitieme portie. Verwerping van een dergelijk legaat kan dus niet straffeloos plaatsvinden door een legitimaris. Art. 4:74 lid 1 eerste zin BW is daar duidelijk over:

“De contante waarde van een aan een legitimaris gemaakt legaat van een in termijnen te betalen geldsom komt ook bij verwerping in mindering van zijn legitieme portie, indien in de uiterste wil is vermeld dat zonder deze beschikking de voortzetting van een beroep of bedrijf van de erflater in ernstige mate zou worden bemoeilijkt.”

Bij de toerekening op de legitieme portie wordt gerekend met de contante waarde van de termijnen van het legaat, rekening houdende met *“een redelijke rentevoet”*.⁶⁰ Een dergelijk met het oog op de bedrijfsopvolging gemaakt legaat kan niet straffeloos door een legitimaris worden verworpen. Verwerping van het legaat zou dan ook geen serieuze optie moeten zijn voor een rationeel handelende legitimaris. Het belang van de continuïteit van de bedrijfsvoering wordt in dit geval hoger aangeslagen dan het belang van de legitimaris om zijn legitieme portie in één keer te ontvangen.

Niet wordt vereist dat een legitimaris het beroep of bedrijf van de erflater voortzet. Ook als het beroep of bedrijf door een ander wordt voortgezet dient de opeisbaarheid van de legitieme portie te wijken voor continuïteit en behoud van werkgelegenheid.⁶¹

Deze bedrijfsopvolgingsfaciliteit heeft natuurlijk iets wonderlijks. De erflater vermeldt in zijn testament - kennelijk met een vooruitziende blik - dat zonder uitbetaling van het legaat aan de legitimaris in termijnen de voortzetting van zijn beroep of bedrijf ernstig bemoeilijkt zou worden. Tussen het opmaken van het testament en het overlijden van de erflater kan evenwel een geruime tijd verstrijken. Of zonder uitbetaling in termijnen de voortzetting daadwerkelijk in ernstige mate wordt bemoeilijkt, moet worden beoordeeld ten tijde van het openvallen van de nalatenschap.⁶² Die beoordeling vergt een economische toets of de

⁵⁹ Het is daarbij van belang dat de contante waarde van de termijnen van het legaat gelijk aan of lager is dan de nominale waarde van de legitieme portie. Is er een excès dan gelden de gewone regels van opeisbaarheid van het legaat van art. 4:125 lid 1 BW.

⁶⁰ MvA II, Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 461. Vermeld wordt dat de termijnen waarin het legaat betaalbaar is gesteld, te beschouwen zijn als aflossing en rente, naar een redelijke rentevoet, van het op de legitieme portie toe te rekenen bedrag. De termijnen en intervallen behoeven niet alle even groot te zijn.

⁶¹ NW 6, Parl. Gesch. Inw. Boek 4 BW, p. 1892-1893.

⁶² MvA II, Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 461.

voortzetting van het bedrijf zonder een opeisbaarheid in termijnen in ernstige mate wordt bemoeilijkt.

Beroep, bedrijf of onderneming

Een beroep of bedrijf kan ook worden uitgeoefend in de rechtsvorm van een N.V. of B.V. Voor de toepassing van art. 4:74 BW wordt met een beroep of bedrijf gelijkgesteld een onderneming, gedreven door een N.V. of B.V., waarvan de erflater bestuurder was en waarin deze alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen hield (art. 4:74 lid 1 tweede zin BW).⁶³ Niet duidelijk is of deze bepaling extensief uitgelegd mag worden, zodat certificaten van aandelen daar mede onder begrepen zijn. Certificering van aandelen is een bekende rechtsfiguur om de zeggenschap over een onderneming te scheiden van het economisch belang.

Procedurele aspecten

Zoals gesteld, is verwerping van het legaat geen serieuze optie als het testament vermeldt dat het legaat in termijnen betaalbaar is gesteld, omdat *“zonder deze beschikking de voortzetting van een beroep of bedrijf van de erflater in ernstige mate zou worden bemoeilijkt”*. Wat kan de legitimaris dan wel doen als hij zich met deze door de erflater opgegeven grond voor uitbetaling van het legaat in termijnen niet kan verenigen?

Het is mogelijk dat de legitimaris de juistheid van de in het testament vermelde grond van uitbetaling in termijnen betwist. Hij kan betaling van de contante waarde van zijn legaat ineens verlangen. Degene die in reactie op deze betwisting door de legataris de juistheid van de grond staande houdt, moet haar bewijzen. Het is aan de bedrijfsopvolger om aan te tonen dat bij betaling ineens de voortzetting van het beroep of bedrijf in gevaar komt (art. 4:74 lid 2 BW). In dit geval wordt de bewijslast dus omgekeerd.

De legitimaris heeft drie maanden na het overlijden van de erflater de tijd om de in het testament opgegeven grond te betwisten. Eventueel kan de kantonrechter deze termijn van drie maanden een of meermalen op grond van bijzondere omstandigheden verlengen, zelfs nadat de termijn reeds was verlopen (art. 4:77 BW).

Schematisch weergegeven, kan de betwisting door de legitimaris van de juistheid van de in het testament opgegeven grond voor uitbetaling van het legaat in termijnen drie alternatieve uitkomsten opleveren.

Is de in het testament opgegeven grond *juist*, dan dient de legitimaris genoeg te nemen met het in het testament opgenomen betalingsschema van het legaat.

Is de opgegeven grond *juist*, doch laat de bedrijfssituatie ten tijde van het overlijden van de erflater een snellere betaling van het legaat toe, dan kan de rechtbank de verbintenis uit het legaat in die zin wijzigen (art. 4:74 lid 2 BW). Denkbaar is dat betaling in minder termijnen kan plaatsvinden indien de bedrijfssituatie verbeterd is na het overlijden. In dat geval kan een verzoek tot wijziging van de verbintenissen uit het legaat worden gedaan op grond van art. 4:123 BW.⁶⁴

⁶³ Zie in deze zin ook de vereenzelvingsregel (ofwel door de N.V. of B.V. heen kijken) van art. 4:38 lid 2 BW. Deze bepaling wordt besproken in hoofdstuk 4 ('Over dwingend nooderrecht: de andere wettelijke rechten', § 9).

⁶⁴ MvA II, Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 462.

Is de opgegeven grond *onjuist*, dan geldt het legaat als een legaat van een geldsom ter grootte van de contante waarde van de termijnen. De legitimaris kan daarvan volgens de gewone regels zes maanden na het overlijden betaling verlangen (art. 4:125 lid 1 BW).

Zekerheidstelling

De legitimaris kan de kantonrechter binnen een termijn van drie maanden verzoeken om de bedrijfsopvolger zekerheid te laten stellen (art. 4:74 lid 3 BW). De kantonrechter stelt het bedrag en de aard van de zekerheid vast (bijvoorbeeld persoonlijke zekerheid (een bankgarantie of een borgtocht) dan wel goederenrechtelijke zekerheid (recht van hypotheek of pand)). Het betreft een discretionaire beslissingsbevoegdheid van de kantonrechter. Wordt aan deze verplichting tot zekerheidstelling niet voldaan binnen de door de kantonrechter gestelde termijn, dan komt het legaat niet in mindering van zijn legitieme portie indien de legitimaris het legaat alsnog verwerpt. Niet duidelijk is binnen welke termijn de legitimaris het legaat in dit geval dient te verwerpen. Voor de hand lijkt te liggen daarvoor een termijn van drie maanden te hanteren na afloop van de door de kantonrechter aan de bedrijfsopvolger gestelde termijn voor zekerheidstelling.

Betalingsregeling van art. 4:5 BW

Naast de specifieke regeling van art. 4:74 BW ten behoeve van de bedrijfsopvolging kent Boek 4 BW nog een algemene betalingsregeling, waarvan onder omstandigheden ook gebruik kan worden gemaakt (art. 4:5 BW). Van die faciliteit kan bijvoorbeeld gebruik gemaakt worden als art. 4:74 BW niet van toepassing is of als de erflater nagelaten heeft de daarvoor vereiste sacrale woorden in zijn testament op te nemen. In de praktijk blijkt van deze uitstelfaciliteit overigens niet of nauwelijks gebruik gemaakt te worden.

Art. 4:5 BW bepaalt dat de rechtbank op verzoek van de schuldenaar op grond van gewichtige redenen kan bepalen dat een geldsom die krachtens Boek 4 BW is verschuldigd (waaronder ook de legitieme portie) eerst na verloop van zekere tijd, hetzij ineens, hetzij in termijnen, behoeft te worden voldaan. Art. 4:125 lid 4 BW verklaart art. 4:5 BW van overeenkomstige toepassing op legaten van een geldsom, omdat een legaat zijn grondslag niet rechtstreeks in de wet vindt.

De rechtbank kan aan de toewijzing van het verzoek tot het treffen van een dergelijke betalingsregeling voorwaarden verbinden, bijvoorbeeld het stellen van goederenrechtelijke of persoonlijke zekerheid voor de voldoening van de vordering van de legitimaris. De rechtbank kan voorts bepalen dat de vordering van de legitimaris in termijnen zal worden voldaan, te vermeerderen met een in de beschikking te bepalen rente.

Een door de rechtbank opgelegde betalingsregeling kan nadien, op verzoek van één van de partijen, op grond van onvoorziene omstandigheden gewijzigd worden (art. 4:5 lid 2 BW).

13.2 Testamentair bewind ter bescherming van de legitimaris

In het tweede geval is het belang bij een beperking van de erfrechtelijke verkrijging gelegen in de bescherming van de legitimaris tegen zichzelf. Het wordt in dat geval wenselijk geoordeeld dat een erflater de erfrechtelijke verkrijging van een legitimaris - en

dat kan een erfstelling of een legaat zijn - onder testamentair bewind⁶⁵ kan stellen zonder dat dit als een inbreuk op de legitieme portie kan worden aangemerkt.

Een legitimaris kan in beginsel een met testamentair bewind belaste erfrechtelijke verkrijging verwerpen *zonder* dat dit tot gevolg heeft dat de waarde van deze verkrijging in mindering wordt gebracht op de legitieme portie (art. 4:72 onder a BW (verkrijging als erfgenaam) en art. 4:73 lid 1 onder a BW (verkrijging van een legaat)). Het inferieure karakter ontvalt evenwel aan het testamentair bewind over een erfrechtelijke verkrijging of een legaat en komt bij verwerping wél in mindering op de legitieme portie, indien bij de instelling van het bewind door de erflater wordt vermeld:

- a. dat de legitimaris ongeschikt of onmachtig is in het beheer van de nagelaten goederen te voorzien (art. 4:75 lid 1 onder a BW); of

Te denken valt hierbij aan een drank- of drugsverslaafde legitimaris. Beslissend is niet of de legitimaris de capaciteiten mist om wat hem wordt nagelaten zelf te beheren. Het gaat erom of erop vertrouwd kan worden dat hij in het beheer zal kunnen voorzien door dit aan een geschikte persoon op te dragen en over te laten.⁶⁶

- b. dat zonder het bewind de goederen hoofdzakelijk aan de schuldeisers van de legitimaris ten goede zouden komen (art. 4:75 lid 1 onder b BW).

Deze grond kan dienst doen als bij het overlijden van de erflater te voorzien is dat het nagelaten vermogen geheel of ten dele zal dienen tot verhaal van schuldeisers van de legitimaris. Door het instellen van een testamentair bewind kan worden bevorderd dat het vermogen ten behoeve van de legitimaris beschikbaar blijft. Op grond van art. 4:175 BW kunnen de onder testamentair bewind gestelde goederen tijdens het bewind niet worden uitgewonnen voor gewone schulden van een erfgenaam.

Of aan deze gronden voor het instellen van het testamentair bewind wordt voldaan, moet beoordeeld worden naar de toestand bij het openvallen van de nalatenschap.

Procedurele aspecten

Als de legitimaris zijn onder testamentair bewind gestelde erfrechtelijke verkrijging verwerpt, terwijl één van de hiervoor genoemde gronden in het testament is vermeld, wordt de waarde van hetgeen de legitimaris had kunnen verkrijgen op zijn legitieme portie toegerekend (art. 4:75 lid 1 BW). Als de legitimaris zich met het testamentair bewind niet kan verenigen, zal hij derhalve een andere weg dan verwerping van de erfrechtelijke verkrijging moeten bewandelen. Wederom kan de juistheid van de door de erflater voor het testamentair bewind opgegeven gronden door de legitimaris worden betwist.

Gedurende een periode van drie maanden na het overlijden van de erflater kan de legitimaris de juistheid van de door de erflater in het testament opgegeven grond betwisten (art. 4:75 lid 2 BW). Degene die de grond staande houdt, moet deze bewijzen. Dat zal normaalgesproken de testamentair bewindvoerder zijn. De termijn van drie maanden kan

⁶⁵ Zie voor het testamentair bewind hoofdstuk 14 ('Bescherming van het nagelaten vermogen met een testamentair bewind').

⁶⁶ MvA II, Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 486.

een of meermalen op verzoek van de legitimaris worden verlengd door de kantonrechter (art. 4:77 BW).

Is de in het testament opgegeven grond *juist*, dan behoudt de legitimaris zijn onder testamentair bewind gesteld erfdeel of legaat.

Is de grond op zichzelf *juist*, maar rechtvaardigt die niet de door de erflater gestelde regels van het testamentair bewind, dan kan de rechter deze regels wijzigen of zelfs ten dele opheffen (art. 4:75 lid 2 BW).

Heeft de rechter vastgesteld dat de in het testament vermelde grond *onjuist* is, dan verkrijgt de legitimaris *niet* zijn erfdeel of legaat vrij van testamentair bewind. De legitimaris kan in dat geval binnen één maand - welke termijn niet kan worden verlengd - nadat de rechterlijke uitspraak waarbij de onjuistheid is vastgesteld, in kracht van gewijsde is gegaan, schriftelijk aan de testamentair bewindvoerder verklaren dat hij zijn legitieme portie in geld wenst te ontvangen (art. 4:75 lid 3 BW). De bewindvoerder wikkelt een en ander vervolgens af, zodat de legitimaris zijn legitieme portie zuiver en onbelast in contanten ontvangt. De bewindvoerder maakt daartoe het onder testamentair bewind gestelde vermogen voor zover nodig te gelde.⁶⁷ Het restant van de goederen keert de bewindvoerder uit aan degenen aan wie deze goederen zouden zijn toegekomen indien de legitimaris de nalatenschap of het legaat had verworpen.

In plaats van de legitieme portie in contanten te ontvangen, kan de legitimaris er ook voor kiezen het testamentair bewind te eerbiedigen, ondanks dat de daarvoor opgegeven grond onjuist is. Voor dat geval bepaalt art. 4:75 lid 5 BW dat bij de vaststelling van de op de legitieme portie toe te rekenen waarde rekening wordt gehouden met het testamentair bewind. Het zou kunnen dat alsdan nog een legitimair tekort voor de legitimaris resteert en daarvoor een aanvullend beroep op de legitieme portie wordt gedaan.

Schenkingsbewind

Het is mogelijk dat de erflater bij leven aan de legitimaris goederen onder bewind heeft geschonken (een schenkingsbewind (art. 7:182 BW)) en dat de waarde van deze goederen op grond van art. 4:70 BW in mindering op de legitieme portie moet worden gebracht. De legitimaris heeft er immers zelf voor gekozen om deze schenking te aanvaarden. Het is ook mogelijk dat het schenkingsbewind ter gelegenheid van een gift is overeengekomen (een gift onder bewind (art. 7:186 j° art. 7:182 BW)).

Het schenkingsbewind kan één van de gronden van art. 4:75 lid 1 BW vermelden. Art. 4:75 lid 2 en 3 BW zijn dan van overeenkomstige toepassing.

Vermeldt de akte waarbij het schenkingsbewind is ingesteld niet een grond als bedoeld in art. 4:75 lid 1 BW, dan kan de legitimaris aanspraak maken op ontvangst van zijn legitieme portie in geld op de wijze als voorzien in art. 4:75 lid 3 BW, met dien verstande dat de aldaar bedoelde verklaring binnen drie maanden na het overlijden van de erflater moet worden afgelegd (art. 4:75 lid 4 BW). Ook deze termijn kan op grond van bijzondere omstandigheden door de kantonrechter worden verlengd (art. 4:77 BW).

⁶⁷ In art. 4:75 lid 3 BW wordt verwezen naar de overeenkomstige toepassing van art. 4:147 BW. Die bepaling ziet op het te gelde maken van de goederen door de executeur ter voldoening van de schulden van de nalatenschap. De testamentair bewindvoerder dient - gelijk de executeur - zoveel mogelijk in overleg te treden met de erfgenamen omtrent de keuze van de te gelde te maken goederen en de wijze van tegeldemaking.

14. Geldend maken van de legitieme portie

Ter zake van zijn legitieme portie kan een legitimaris een geldvordering verkrijgen op:

- a. de gezamenlijke erfgenamen dan wel de echtgenoot van de erflater in geval van de wettelijke verdeling van de nalatenschap (art. 4:79 onder a BW); dan wel
- b. een begiftigde (art. 4:79 onder b BW).

Aanspraak maken op de legitieme portie

De legitimaris verkrijgt een geldvordering door *aanspraak* te maken op de legitieme portie jegens de gezamenlijke erfgenamen dan wel de langstlevende echtgenoot in geval van de wettelijke verdeling. Is in de nalatenschap een executeur in functie, dan moet de legitimaris jegens de executeur vanwege diens private taak daarop aanspraak maken.⁶⁸ Onder omstandigheden kan de legitimaris ook jegens een bij de afwikkeling van de nalatenschap betrokken notaris zijn aanspraak op de legitieme portie kenbaar maken. Dat is zonder meer aan te nemen als een notaris als boedelnotaris optreedt om de nalatenschap ten behoeve van de erfgenamen af te wikkelen. Ook als een notaris niet is aangewezen als boedelnotaris, zou vertegenwoordigingsbevoegdheid van een bij de nalatenschap betrokken notaris kunnen worden aangenomen. Dat is bijvoorbeeld het geval als sprake is van een aan de erfgenamen toe te rekenen schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid van de notaris (vgl. art. 3:61 lid 2 BW). Te denken valt aan het geval dat de notaris de opdracht van de erfgenamen heeft om een onterfd kind te vragen of deze zijn rechten op de legitieme portie geldend wil maken en hem een daartoe strekkende verklaring toestuurt. Dan mag men ervan uitgaan dat de notaris de door de legitimaris ingevulde verklaring ook weer in ontvangst mag nemen namens de erfgenamen.⁶⁹

Een legitimaris heeft een geldvordering uit hoofde van een schending van de legitieme portie niet automatisch. Dat wordt voor de vordering op de gezamenlijke erfgenamen dan wel de langstlevende echtgenoot in geval van de wettelijke verdeling met zoveel woorden bepaald in art. 4:79 onder a BW, waarbij ook nog wordt verwezen naar art. 4:80 lid 1 BW. Vereist wordt om jegens de erfgenamen *“aanspraak te maken”* op de legitieme portie (vgl. ook art. 4:7 lid 1 onder g BW). Wat betreft de geldvordering van de legitimaris op de begiftigde wordt vermeld dat deze door *“inkorting”* kan worden verkregen als bedoeld in art. 4:89 BW (zie verder § 22). Een geldvordering kan door de legitimaris eerst bij de begiftigde geldend gemaakt worden nadat door de legitimaris aanspraak is gemaakt op de legitieme portie.

In de bewoordingen van art. 4:79 BW komt aldus het onderscheid naar voren tussen: (i) het recht om aanspraak te maken op de legitieme portie (en dat is een wilsrecht, waarvan de legitimaris al dan niet gebruik kan maken) en (ii) de geldvordering van de legitimaris die

⁶⁸ Hoge Raad 1 april 2022, [ECLI:NL:HR:2022:495](#): *“In het (...) testament is overeenkomstig art. 4:145 lid 2 BW bepaald dat de executeur bij de vervulling van zijn taak de gezamenlijke erfgenamen in en buiten rechte vertegenwoordigt. Aangezien de executeur tot taak heeft de schulden van de nalatenschap te voldoen, heeft [verweerster 1] terecht [eiser] aangesproken tot voldoening van de legitieme portie. [verweerster 2] en [verweerster 3] worden als erfgenamen in dit geding vertegenwoordigd door [eiser] als executeur (...). [eiser] is daarom niet ontvankelijk in zijn cassatieberoep voor zover dit is gericht tegen [verweerster 2] en [verweerster 3].”* Zie daarvoor verder hoofdstuk 13 (‘De almacht van de executeur’, § 3.1).

⁶⁹ Zie rechtbank Rotterdam 11 december 2019, [ECLI:NL:RBROT:2019:9693](#).

door uitoefening van dat wilsrecht - ofwel door aanspraak te maken op de legitieme portie - ontstaat.

Aansprakelijkheid versus draagplicht

Een legitimaris die, met inachtneming van hetgeen overeenkomstig art. 4:70 e.v. BW aan giften en erfrechtelijke verkrijgingen op zijn legitieme portie dient te worden toegerekend, een tekort heeft op zijn legitieme portie (ofwel een legitimair tekort) én die bovendien op zijn legitieme portie tijdig aanspraak heeft gemaakt, heeft een geldvordering op de gezamenlijke erfgenamen (art. 4:80 lid 1 BW). Indien de wettelijke verdeling van art. 4:13 BW van toepassing is, verkrijgt de legitimaris deze geldvordering op de langstlevende echtgenoot.

De erfgenamen zijn voor de voldoening van de legitieme portie (in afwijking van de hoofdregel van art. 6:6 BW) aansprakelijk naar evenredigheid van hun erfdeel.⁷⁰

Tegenover de legitimaire geldvordering van de legitimaris staat een schuld van de nalatenschap (art. 4:7 lid 1 onder g BW). Voor deze schuld uit hoofde van de legitieme portie zijn de gezamenlijke erfgenamen dan wel de langstlevende echtgenoot in geval van de wettelijke verdeling *aansprakelijk* jegens de legitimaris. Ieder van de erfgenamen is aansprakelijk voor de legitieme portie naar evenredigheid van zijn erfdeel (vgl. art. 6:6 lid 1 BW). Ingeval de wettelijke verdeling van toepassing is, is blijkens art. 4:80 lid 1 BW uitsluitend de langstlevende echtgenoot daarvoor aansprakelijk, en dus niet de overige (stief)kinderen (of hun afstammelingen) die in de wettelijke verdeling van de nalatenschap zijn betrokken.

Dat de erfgenamen ter zake van de geldvordering uit hoofde van de legitieme portie jegens de legitimaris aansprakelijk zijn, betekent nog niet automatisch dat zij daarvoor ook draagplichtig zijn. De *draagplicht* voor de legitieme portie - ofwel: wie betaalt uiteindelijk de rekening van de legitieme portie? - wordt bepaald door de regeling van de inkorting (art. 4:87 e.v. BW) (zie verder § 21). De legitimaris staat daar verder buiten.

Beperking van aansprakelijkheid voor de legitieme portie

De aansprakelijkheid van de erfgenamen respectievelijk de langstlevende echtgenoot in geval van de wettelijke verdeling jegens de legitimaris voor de legitieme portie is op grond van art. 4:80 lid 2 BW beperkt tot de waarde van de nalatenschap. De erfgenamen en in geval van de wettelijke verdeling de langstlevende echtgenoot zijn niet verplicht de legitimaire vordering aan de legitimaris te voldoen, voor zover deze de waarde van de nalatenschap te boven gaat. In een dergelijk geval wordt de geldvordering van de legitimaris dienovereenkomstig verminderd. Zijn er meer legitimaire vorderingen, dan ondergaan deze elk een evenredige vermindering.

⁷⁰ In deze zin gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 16 februari 2021, [ECLI:NL:GHARL:2021:1673](#): "Omdat appellant een beroep heeft gedaan op zijn legitieme, heeft hij als legitimaris een vordering in geld op de gezamenlijke erfgenamen (dat zijn hier [de broer] en [de zus]). De schuld ter zake van de legitieme portie van de legitimaris is geen schuld van erflater in de zin van artikel 4:182 lid 2 BW (zie ook artikel 7 lid 1 onder a BW), maar wel een schuld van de nalatenschap (artikel 4:7 lid 1 sub g BW). De erfgenamen zijn hiervoor naar evenredigheid van hun erfdeel gebonden (artikel 6:6 BW). Als het bedrag van de vordering van de legitimaris de waarde van de nalatenschap te boven gaat dan worden de vorderingen op de erfgenamen naar evenredigheid verminderd (artikel 4:80 lid 2 BW)."

Onder 'de waarde van de nalatenschap' is in dit verband te verstaan de waarde van de nalatenschapsgoederen, verminderd met de schulden van de nalatenschap als bedoeld in art. 4:7 lid 1 onder a t/m c en f BW. Het zijn dezelfde schulden die gehanteerd moeten worden voor de berekening van de legitimaire massa (art. 4:65 BW). Zoals hiervoor in § 6 aangegeven, dienen de nalatenschapsgoederen gewaardeerd te worden naar het tijdstip onmiddellijk na het overlijden van de erflater (art. 4:6 BW). Een waardeinstijging of -daling van de nalatenschapsgoederen na het overlijden van de erflater heeft geen invloed op de omvang van de legitimaire vorderingen.

De aansprakelijkheidsbeperking van art. 4:80 lid 2 BW sluit overigens niet uit dat de erfgenaam die de nalatenschap zuiver aanvaard heeft ten laste van zijn eigen vermogen moet bijpassen om de geldvordering van de legitimaris te voldoen (art. 4:184 lid 2 onder a BW).⁷¹

Inkorting van de giften

Indien een legitimaris ingevolge de vermindering van art. 4:80 lid 2 BW te weinig krijgt, dan kan hij het tekort alsnog verkrijgen door inkorting van de daarvoor vatbare giften (art. 4:89 lid 1, tweede zin, BW). Zie § 22 voor inkorting van de giften.

15. Opeisbaarheid van de legitimaire geldvordering

Hoofregel

De geldvordering van de legitimaris is volgens de wettelijke regeling niet eerder opeisbaar dan nadat zes maanden zijn verstreken na het overlijden van de erflater (art. 4:81 lid 1 BW). De gedachte hierachter is dat de erfgenamen in elk geval zes maanden na het overlijden de tijd moeten hebben teneinde fondsen bij elkaar te brengen om de geldvordering van de legitimaris te voldoen. Deze regel houdt het volgende in: (i) maakt de legitimaris binnen zes maanden na het overlijden van de erflater aanspraak op de legitieme portie, dan wordt de legitimaire vordering zes maanden na het overlijden opeisbaar en (ii) maakt de legitimaris pas na zes maanden na het overlijden van de erflater aanspraak op de legitieme portie, dan wordt de legitimaire vordering onmiddellijk opeisbaar.

Uitzonderingen

Ten behoeve van de langstlevende echtgenoot zijn in Boek 4 BW enkele uitzonderingen gemaakt op deze hoofregel van de opeisbaarheid van de legitimaire vordering. Ook heeft de erflater de mogelijkheid om in andere dan de in de wet aangeduide gevallen een eigen, testamentaire regeling voor de opeisbaarheid van de legitimaire vordering te treffen (§ 16).

Uitzonderingen voor wat betreft de hoofregel van de opeisbaarheid van de legitimaire vordering na het verstrijken van zes maanden na het overlijden van de erflater spelen bij: (i) de wettelijke verdeling van de nalatenschap en (ii) een verzorgingsvruchtgebruik ten behoeve van de langstlevende echtgenoot.

⁷¹ Zie daarvoor hoofdstuk 11 ('Doet-ie 't of doet-ie 't niet? Over erfopvolging, zuivere of beneficiaire aanvaarding en verwerping van de nalatenschap', § 4).

Uitzondering sub (i): de wettelijke verdeling van de nalatenschap

In geval van de wettelijke verdeling van de nalatenschap is de geldvordering van de legitimaris op de langstlevende echtgenoot opeisbaar op dezelfde momenten als de geldvordering van de in de wettelijke verdeling betrokken kinderen (art. 4:81 lid 2 en art. 4:13 lid 3 BW). Die opeisbaarheid van de geldvordering geldt ook als deze gronden zich zouden voordoen binnen de termijn van zes maanden na het overlijden van de erflater. Die opeisbaarheidsgronden zijn:

- a. indien de langstlevende echtgenoot in staat van faillissement is verklaard of ten aanzien van hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard; en
- b. wanneer de langstlevende echtgenoot is overleden.

De bescherming van de langstlevende echtgenoot is ten opzichte van beide categorieën vorderingen - de geldvorderingen uit hoofde van de wettelijke verdeling onderscheidenlijk de legitieme portie - precies dezelfde: niet-opeisbaarheid van de geldvorderingen van de kinderen c.q. de legitimarissen die ten laste van de erfrechtelijke verkrijging van de langstlevende komen.

Voor zover de vordering van de legitimaris ten laste komt van een legaat aan een ander dan de langstlevende echtgenoot is deze opeisbaar volgens de hoofdregel van art. 4:81 lid 1 BW (art. 4:81 lid 2 laatste zin BW). De langstlevende echtgenoot moet eventuele legaten gewoon uitkeren. Er is daarom geen reden waarom het bedrag dat op deze legaten kan worden ingekort ten behoeve van de legitimaris niet volgens de hoofdregel van art. 4:81 lid 1 BW opeisbaar zou zijn. Wel is het mogelijk dat dit deel van de vordering niet-opeisbaar is op grond van art. 4:81 lid 3 of 4 BW (het verzorgingsvruchtgebruik ten behoeve van de langstlevende echtgenoot).

Uitzondering sub (ii): het verzorgingsvruchtgebruik ten behoeve van de langstlevende echtgenoot

Ook bij een verzorgingsvruchtgebruik ten behoeve van de langstlevende echtgenoot op grond van afdeling 4.3.2 BW (de andere wettelijke rechten) zijn uitzonderingen gemaakt op de hoofdregel van de opeisbaarheid van de legitimaire vordering. Voor de regeling van de opeisbaarheid wordt een onderscheid gemaakt tussen: (a) de periode waarin een dergelijk vruchtgebruik op goederen van de nalatenschap kan komen te rusten (art. 4:81 lid 3 BW) en (b) de periode dat een dergelijk vruchtgebruik bestaat (art. 4:81 lid 4 en 5 BW).

Ad (a):

Zolang goederen van de nalatenschap kunnen worden belast met een verzorgingsvruchtgebruik ten behoeve van de langstlevende echtgenoot - en dat is een vruchtgebruik op de woning en inboedel (art. 4:29 BW) of een vruchtgebruik op andere goederen van de nalatenschap (art. 4:30 BW)⁷² - is de legitimaire vordering niet opeisbaar (art. 4:81 lid 3 BW).

⁷² Zie ook hoofdstuk 4 ('Over het dwingend nooderrecht: de andere wettelijke rechten', § 4).

De legitimaire vordering van de legitimaris wordt opeisbaar zodra vaststaat dat geen aanspraak meer bestaat op een dergelijk vruchtgebruik dan wel dat geen nakoming meer gevorderd kan worden van de vordering tot vestiging van het vruchtgebruik. Zie hiervoor art. 4:31 lid 2 en 3 BW. De verlengde vervaltermijn van art. 4:31 lid 4 BW, die van toepassing is als de erflater in geval van een wettelijke verdeling van de nalatenschap zijn echtgenoot de aanspraak op vruchtgebruik krachtens art. 4:19 en art. 4:21 BW heeft ontzegd, werkt niet tegen de legitimaris. Wel geldt bij de aanwezigheid van een wettelijke verdeling van de nalatenschap art. 4:81 lid 2 BW, waaruit een beperking van de opeisbaarheid van de legitimaire vordering volgt (zie hiervoor).

Leidt de aanspraak van de langstlevende echtgenoot tot de vestiging van een verzorgingsvruchtgebruik, dan is art. 4:81 lid 4 en 5 BW van toepassing (zie hierna).

Ad (b):

Zolang een verzorgingsvruchtgebruik krachtens art. 4:29 of art. 4:30 BW bestaat, is de legitimaire vordering geheel of ten dele niet opeisbaar, waarbij de wet een onderscheid maakt naar degene wie als erfgenaam voor de vordering van de legitimaris is verbonden.

Voor zover de langstlevende echtgenoot voor de legitimaire vordering is verbonden, is deze legitimaire vordering niet opeisbaar. Dat is ook in overeenstemming met het verzorgingskarakter van het vruchtgebruik van afdeling 4.3.2 BW. De vordering op de langstlevende echtgenoot wordt wel opeisbaar indien deze in staat van faillissement wordt verklaard of op hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing wordt verklaard (art. 4:81 lid 4 BW).

Voor zover een ander dan de langstlevende echtgenoot voor de legitimaire vordering is verbonden, is de vordering opeisbaar naar rato van zijn aandeel in de niet met vruchtgebruik belaste goederen van de nalatenschap, waaronder begrepen de goederen die hij onbezwaard met vruchtgebruik uit de nalatenschap heeft ontvangen (art. 4:81 lid 5 BW).

Indien alle goederen van de nalatenschap bezwaard worden met vruchtgebruik, respectievelijk al hetgeen niet aan de echtgenoot toevalt, dan is de legitimaire vordering op de erfgenamen in zijn geheel niet opeisbaar. Wanneer niet alle goederen van de nalatenschap bezwaard zijn met vruchtgebruik, bestaat er in de literatuur onduidelijkheid over de wijze van berekening.

Opmerking verdient dat in art. 4:81 lid 5 BW geen rekening wordt gehouden met legaten (anders dan in art. 4:81 lid 2 BW).

Voorbeeld

Erflater A heeft de woning waarin hij tot zijn dood met echtgenoot B woonde, gelegateerd aan zijn zoon C. A verkeerde in de veronderstelling dat B na zijn overlijden haar intrek zou nemen in een verzorgingstehuis. Behalve het legaat van de woning aan C houdt het testament een onterving in van kind D (en diens afstammelingen), een terzijdestelling van de wettelijke verdeling (art. 4:13 lid 1 BW) en de benoeming van B en C tot erfgenamen.

Zoon C verwerpt het legaat van de woning niet. B voelt evenwel niets voor verhuizing naar een verzorgingstehuis en verlangt met toepassing van art. 4:29 BW vestiging van een vruchtgebruik op de woning. Het onterfde kind D maakt aanspraak op zijn legitieme portie. De legitimaire vordering bedraagt € 12.000.

Vraag: jegens wie heeft legitimaris D een geldvordering uit hoofde van de legitieme portie? Hoe groot is deze geldvordering en hoe is het gesteld met de opeisbaarheid daarvan?

Antwoord: D heeft als legitimaris een geldvordering op de gezamenlijke erfgenamen. B en C zijn derhalve ieder voor de helft verbonden voor de met die vordering corresponderende schuld (art. 6:6 BW). De geldvordering op B bedraagt € 6.000, die op C eveneens € 6.000. Ingevolge art. 4:81 lid 3 en 4 BW is de geldvordering van D op B niet opeisbaar zolang de woning met het vruchtgebruik kan worden belast of het vruchtgebruik op de woning bestaat. De geldvordering van D op C is zes maanden na het overlijden van A opeisbaar.

Zou echtgenoot B tot enig erfgenaam zijn benoemd, dan zou de geldvordering van legitimaris D na zes maanden opeisbaar zijn geworden, tenzij een clause in de zin van art. 4:82 BW in het testament is opgenomen (§ 16).

Schuldsaneringsregeling

Volgens zowel art. 4:81 lid 2 BW als art. 4:81 lid 4 BW wordt de geldvordering van de legitimaris op de langstlevende echtgenoot opeisbaar als op deze echtgenoot de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing wordt verklaard. Wordt de saneringsregeling beëindigd op grond van art. 356 lid 2 Fw, dan is de vordering voor zover zij onvoldaan is gebleven op grond van art. 4:81 lid 6 BW opnieuw niet opeisbaar. Art. 358 lid 1 Fw is niet van toepassing. Er blijft dus niet slechts een natuurlijke verbintenis ten behoeve van de legitimaris over. Een overeenkomstige regeling treffen we in art. 4:13 lid 5 BW aan met betrekking tot de geldvorderingen van de kinderen uit hoofde van de wettelijke verdeling.

De wettelijke regeling van de opeisbaarheid van de legitimaire geldvordering met de onderscheiden uitzonderingen op de hoofdregel geldt niet voor de vordering van de legitimaris op begiftigden in geval van inkorting van giften (zie verder § 22).

16. Testamentaire regeling van de opeisbaarheid van de legitimaire geldvordering

Ten behoeve van de langstlevende echtgenoot en de andere levensgezel kan door de erflater een afwijkende testamentaire regeling getroffen worden voor de opeisbaarheid van de legitimaire geldvordering.

Langstlevende echtgenoot

In art. 4:82 eerste zin BW wordt de erflater die geen wettelijke verdeling van zijn nalatenschap wenst de mogelijkheid geboden aan de langstlevende echtgenoot toch een beschermde positie te verschaffen tegenover de legitimarissen. De aanwezigheid van een verzorgingsbehoefte is hiervoor niet vereist. De erflater kan aan een uiterste wilsbeschikking ten behoeve van zijn langstlevende echtgenoot de voorwaarde verbinden dat de geldvordering van een legitimaris, voor zover deze ten laste zou komen van de echtgenoot, eerst opeisbaar is na diens overlijden.

Zie § 21.5 voor de relatie tussen (i) de niet-opeisbaarheidsclausule van art. 4:82 BW, die slechts werkt "voor zover deze [vordering van de legitimaris] ten laste zou komen van de

echtgenoot” en (ii) art. 4:87 lid 2 BW dat bepaalt *ten laste van* wie de legitieme portie komt en de erflater expliciet vrijlaat om de draagplicht voor de legitieme portie in het testament te regelen zoals hij dat wenst (vgl. de passage *“Tenzij uit de uiterste wil iets anders voortvloeit, (...)”*).

Andere levensgezel

Een voorwaarde als hiervoor bedoeld kan op overeenkomstige wijze worden verbonden aan een testamentaire making ten behoeve van een andere levensgezel (art. 4:82 tweede zin BW). Onder een andere levensgezel (dan de echtgenoot of geregistreerde partner) is te verstaan degene met wie de erflater in een affectieve relatie samenleeft, buiten huwelijk en ongeregistreerd, waarbij een duurzame lotsverbondenheid bestaat als in een huwelijk. Aangenomen moet worden dat een duurzame lotsverbondenheid die kenmerkend is voor zowel het huwelijk als voor de relatie tussen levensgezellen niet geacht kan worden tegelijkertijd met meer dan één persoon te bestaan.⁷³ Hieraan wordt de conclusie verbonden dat slechts één persoon de bescherming kan genieten van art. 4:81 lid 2 en art. 4:82 BW. De band met een broer of zuster, of andere naaste verwanten, valt er niet onder.⁷⁴

Het begrip ‘andere levensgezel’ mist volgens de wetsgeschiedenis echter de scherpte die nodig is voor de toepassing van het erfrecht met zijn financiële gevolgen voor de verschillende bij een nalatenschap betrokken personen. Met het oog op de rechtszekerheid zijn daarom in art. 4:82 BW nadere vereisten geformuleerd waaraan de relatie met de andere levensgezel voor de toepasselijkheid van deze bepaling moet voldoen. Die vereisten zijn: (i) de erflater en zijn levensgezel moeten een gemeenschappelijke huishouding voeren en (ii) een notarieel samenlevingscontract moet zijn aangegaan.⁷⁵

Hoewel aan een andere levensgezel van de erflater geen positie in het versterferfrecht (afdeling 4.3.1 BW) is toegekend en evenmin een afdwingbaar verzorgingsrecht in de regeling van de andere wettelijke rechten (afdeling 4.3.2 BW), opent de wet wel de mogelijkheid dat de erflater bij testament ten behoeve van zijn partner een testamentaire voorziening treft met eenzelfde bescherming ten opzichte van legitimarissen als die mogelijk is voor de langstlevende echtgenoot. Die testamentaire voorziening betreft de niet-opeisbaarheid van geldvorderingen van legitimarissen.

De bescherming van art. 4:82 BW is slechts ten behoeve van één levensgezel mogelijk. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat een voor het begrip levensgezel kenmerkende lotsverbondenheid niet geacht kan worden tegelijkertijd met meer dan één persoon te bestaan. Aldus leert het vonnis van de rechtbank Haarlem van 14 maart 2007, [ECLI:NL:RBHAA:2007:BA0703](https://www.eclinet.nl/documenten/2007/BA0703) in de zaak van de nalatenschap van Anton Heyboer en zijn vier levensgezellen (zie ook § 7).

⁷³ MvA Bezemwet, Parl. Gesch. InvW. Boek 4 BW, p. 1935.

⁷⁴ NW 6, Parl. Gesch. InvW. Boek 4 BW, p. 1932 en MvA I Bezemwet, Parl. Gesch. InvW. Boek 4 BW, p. 1935.

⁷⁵ Wordt aan die vereisten niet voldaan, dan staat de erfrechtelijke bescherming van art. 4:82 BW (de niet-opeisbaarheidsclausule) de andere levensgezel van de erflater niet ten dienste. Dan zal de legitieme portie al na zes maanden na het overlijden opeisbaar zijn (art. 4:81 lid 1 BW). Het bestaan van die vereisten van (i) een gemeenschappelijke huishouding en (ii) een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst zag een notaris bij de informatievoorziening aan de legitimarissen blijkens de tuchtbeslissing van de notariskamer van 27 december 2022, [ECLI:NL:GHAMS:2022:3593](https://www.eclinet.nl/documenten/2022/GHAMS:2022:3593), over het hoofd. Hierdoor zijn de legitimarissen volgens de notariskamer *“op het verkeerde been gezet”*. Volstaan werd met slechts een waarschuwing aan de notaris, omdat de legitimarissen werden bijgestaan door een deskundig adviseur.



Het is duidelijk dat de legitieme portie van de legitimaris als gevolg van art. 4:82 BW aan kracht ingeboet heeft ten gunste van de langstlevende partner van de erflater (de echtgenoot, geregistreerde partner of concubine).

Aanwijzing van andere omstandigheden door de erflater

Art. 4:83 BW biedt de erflater de mogelijkheid om de opeisbaarheid van de legitimaire geldvordering, voor zover deze ten laste zou komen van de langstlevende echtgenoot of de andere levensgezel, ook te doen afhangen van "*andere omstandigheden*" dan die welke genoemd zijn in art. 4:81 lid 2 en art. 4:82 BW. Een dergelijke andere omstandigheid op grond waarvan de legitimaire geldvordering opeisbaar kan worden, is bijvoorbeeld het hertrouwen van de langstlevende echtgenoot of opname in een verzorgingstehuis.

Quasi-legaten

Op grond van art. 4:129 BW kan een voorwaarde als bedoeld in art. 4:82 BW ook worden verbonden aan een handeling als bedoeld in art. 4:126 BW (de quasi-legaten). Dit dient niet bij de handeling zelf te geschieden, maar in een uiterste wilsbeschikking.

Deze bepaling maakt het aldus mogelijk dat degene die een quasi-legaat maakt, de begunstigde daarvan (in het geval deze althans de langstlevende echtgenoot of partner is) bij uiterste wilsbeschikking vrijwaart van opeisbare aanspraken van de legitimaris. Het belang hiervan zal met name spelen bij het verblijvingsbeding van art. 4:126 lid 2 onder a BW. Opvallend is dat in art. 4:129 BW een verwijzing naar art. 4:83 BW ontbreekt. Art. 4:83 BW maakt het mogelijk de opeisbaarheid af te laten hangen van andere omstandigheden dan die genoemd in art. 4:82 BW (met name het overlijden van de langstlevende)

17. Recht op inzage in en afschrift van bescheiden

Bij het geldend maken van het recht op inzage in en afschrift van bescheiden om de legitieme portie te kunnen berekenen, kan een onderscheid gemaakt worden tussen: (i) de positie van de erfgenaam-legitimarist en (ii) de positie van de onterfde legitimaris. Aan het slot van deze paragraaf besteed ik nog aandacht aan de vraag of op de legitimaris een informatieplicht rust.

(i) Positie van de erfgenaam-legitimaris

Indien de legitimaris (kort gezegd: een afstammeling van de erflater (art. 4:63 BW, § 4)) tevens erfgenaam is (bijvoorbeeld bij een beroep door de legitimaris op de aanvullende legitieme, omdat de waarde van de erfrechtelijke verkrijging geringer is dan de legitieme portie), dan kan hij uit dien hoofde de mede-erfgenamen of de executeur (art. 4:148 BW) erop aanspreken om hem informatie over de omvang en de samenstelling van de nalatenschap te verschaffen. Erfgenamen (ofwel deelgenoten) in een nalatenschap zijn op grond van de redelijkheid en billijkheid van art. 3:166 lid 3 BW jegens elkaar gehouden openheid van zaken te betrachten in aangelegenheden die de nalatenschap aangaan. Zo bestaat tussen hen een inzage-recht en een inlichtingenplicht.

(ii) Positie van de onterfde legitimaris

Is de legitimaris niet tevens erfgenaam (bijvoorbeeld in geval van een beroep op de legitieme portie door een onterfde legitimaris), dan is een aanvullende wettelijke voorziening nodig om de legitimaris in staat te stellen de omvang van zijn legitimaire aanspraak te berekenen. Een onterfde legitimaris kan namelijk aanspraak maken op de legitieme portie (art. 4:63 e.v. BW), het wettelijke minimum van ons erfrecht. De legitieme portie wordt berekend *“over de waarde van de goederen der nalatenschap, welke waarde wordt vermeerderd met de bij deze berekening in aanmerking te nemen giften en verminderd met de schulden, vermeld in artikel 7 lid 1 onder a tot en met c en f”* (art. 4:65 BW) (§ 6). Om de omvang van zijn legitimaire aanspraak te kunnen berekenen, heeft de onterfde legitimaris informatie van de erfgenamen of de executeur nodig. Als onterfde legitimaris beschikt hij daarover niet. Ook ontbreekt het bij de onterfde legitimaris veelal aan het vertrouwen dat hij alle benodigde informatie zal ontvangen, en dat die informatie juist en volledig is.

De onterfde legitimaris kan geen recht op informatie ontleen aan art. 3:166 BW, dat deel uitmaakt van de gemeenschapstitel (titel 7 van Boek 3 BW). Onderdeel van deze bepaling is de verplichting van de deelgenoten in een nalatenschap op grond van de redelijkheid en billijkheid om openheid van zaken te betrachten in aangelegenheden die deze nalatenschap betreffen. Deze bepaling geldt echter uitsluitend tussen erfgenamen. Art. 4:78 lid 1 BW komt de onterfde legitimaris⁷⁶ daarom in zijn informatiebehoefte tegemoet:

“Een legitimaris die niet erfgenaam is, kan tegenover de erfgenamen en de met het beheer der nalatenschap belaste executeurs aanspraak maken op inzage en een afschrift van alle bescheiden die hij voor de berekening van zijn legitieme portie behoeft; zij verstrekken hem desverlangd alle daartoe strekkende inlichtingen.”

Het informatierecht kan de onterfde legitimaris buiten rechte geldend maken. Indien betrokkenen daaraan niet vrijwillig voldoen, zal – zo nodig – een dagvaardingsprocedure

⁷⁶ Het informatierecht van art. 4:78 BW is mede van belang voor de berekening van de omvang van de andere wettelijke rechten (art. 4:39 BW).

bij de rechtbank - in kort geding⁷⁷ of in een bodemprocedure (al dan niet in een incident⁷⁸) - gevoerd moeten worden.

Niet zonder belang is nog op te merken dat art. 4:78 BW in het ontwerpstadium van Boek 4 BW een minder vergaand informatierecht aan de onterfde legitimaris toekende. De Raad van State stelde in zijn advies⁷⁹ daarover:

“Deze bijzondere nalatenschapsschuldeisers hebben dus het grootste belang bij een reële en objectieve vaststelling van de waarde van alle nalatenschapsgoederen, bij inzage en afschrift van alle uiterste wilsbeschikkingen van de erflater - waarop zij eventueel wel als deelgenoten van de nalatenschap doch niet als (uitsluitend) schuldeisers van de nalatenschap recht hebben - en bij inzage en afschrift van alle akten, stukken en andere administratieve bescheiden, die van belang kunnen zijn voor de waardevaststelling van de, al of niet aan een bedrijf dienstbare, nalatenschapsgoederen, ofwel van belang kunnen zijn voor het opsporen van de inkortbare giften van artikel 4.3.3.5 [thans art. 4:67 BW].

Indien een erflater onder de gelding van het nieuwe recht zijn echtgenoot, een van zijn kinderen of een vreemde tot enige en algehele erfgenaam heeft benoemd, wordt deze enige erfgenaam terstond en van rechtswege enige eigenaar van alle nalatenschapsgoederen, met inbegrip van alle daartoe behorende bewijsstukken en administratieve gegevens, over welke goederen en bescheiden de erfgenaam eigenaar naar goeddunken zal mogen beschikken, tenzij de wet anders bepaalt. Deze erfgenaam heeft een tegenstrijdig belang met de nalatenschapsschuldeisers ter zake van sommen ineens en ter zake van de legitieme portie. Immers het belang van laatstgenoemden is een zo hoog mogelijke waardering van de nalatenschapsgoederen, terwijl het belang van de erfgenaam daarentegen, gelet op de verschuldigde successierechten en vooral ook wanneer tot de nalatenschap een bedrijf behoort, een zo laag mogelijke waardering van nalatenschapsgoederen meebrengt.

Het wetsontwerp komt aan de hiervoor geschetste rechten en belangen van deze bijzondere nalatenschapsschuldeisers slechts tegemoet door hen in de artikelen 4.2A.2.9 [thans art. 4:39 BW] en 4.3.3.9 [thans art. 4:78 BW] een recht te geven op inzage en afschrift van de akte van boedelbeschrijving, alsmede een recht op het verstrekken van inlichtingen die zij voor de berekening van hun vorderingen behoeven. De Raad acht dit niet voldoende, alleen reeds omdat een recht op inzage en afschrift van alle uiterste wilsbeschikkingen ontbreekt, zodat het inkortingsrecht van artikel 4.2A.2.7, vierde lid [thans art. 4:37 BW], en artikel

⁷⁷ Het voor een kort geding vereiste spoedeisende belang zal bij een vordering tot het verstrekken van bescheiden in ieder geval ten aanzien van een deel van de gevorderde bescheiden aanwezig zijn. Zo gelden voor de banken en de Belastingdienst bewaartermijnen die kunnen verstrijken. Hierdoor bestaat het risico dat door tijdsverloop informatie verloren gaat. Om proceseconomische redenen zal vervolgens ten aanzien van alle bescheiden geoordeeld kunnen worden dat het verstrekken daarvan in kort geding kan worden gevorderd. Het gaat immers om één en dezelfde grondslag voor de ingestelde vordering: het informatierecht van art. 4:78 BW. In deze zin gerechtshof Den Haag 20 september 2022, [ECLI:NL:GHDHA:2022:1760](#).

⁷⁸ In dat geval wordt in het *incident* (op straffe van verbeurte van een dwangsom) om overlegging van bescheiden gevorderd waarmee de legitimaris de omvang van zijn legitieme portie kan berekenen en in de *hoofdzaak* om vaststelling van zijn legitieme portie en veroordeling van de erfgenamen het aldus vastgestelde bedrag aan de legitimaris te betalen. Op de incidentele vordering wordt *“indien de zaak dat meebrengt, eerst en vooraf beslist”* (art. 209 Rv). Zie bijvoorbeeld het vonnis in incident van rechtbank Rotterdam van 11 december 2019, [ECLI:NL:RBROT:2019:9693](#), het vonnis in incident van rechtbank Amsterdam van 22 maart 2023, [ECLI:NL:RBAMS:2023:1467](#), en het vonnis in incident van rechtbank Limburg van 5 april 2023, [ECLI:NL:RBLIM:2023:2883](#).

⁷⁹ Advies, Parl. Gesch. InvW. Boek 4 BW, p. 1907-1908.

4.3.3.12 [thans art. 4:87 BW] niet door deze schuldeisers kan worden beoordeeld; en voorts omdat, bij gebreke van een recht op inzage en/of afschrift van alle bewijsstukken en administratieve gegevens, gerechtigden tot sommen ineens en legitimarissen onvoldoende kunnen weten waarover zij eigenlijk (nadere) inlichtingen zouden (hebben) kunnen vragen. De Raad geeft daarom in overweging om de artikelen 4.2A.2.9 en 4.3.3.9 zodanig uit te breiden ten gunste van gerechtigden tot sommen ineens en legitimarissen, dat deze in staat zijn hun bijzondere vorderingsrechten reëel en effectief uit te oefenen. Zij zouden voor de uitoefening van deze rechten - echter uitsluitend in dat opzicht - gelijke rechten moeten kunnen doen gelden als de erfgenamen-deelgenoten, totdat hun vorderingen objectief tegenover de erfgenamen zijn vastgesteld en de desbetreffende nalatenschapsschulden geheel zijn voldaan door betaling en/of eventueel door inkorting van testamentaire makingen en/of van giften.”

Het advies van de Raad van State is opgevolgd en heeft geleid tot een uitbreiding van de reikwijdte van het informatierecht van art. 4:78 lid 1 BW in zijn huidige vorm.

Bevestiging van de boedelbeschrijving onder ede

Art. 4:78 lid 2 BW biedt nog een aanvullende voorziening. Op verzoek van de onterfde legitimaris kan de kantonrechter één of meer van de erfgenamen en de met het beheer van de nalatenschap belaste executeurs doen oproepen teneinde de deugdelijkheid van de boedelbeschrijving in tegenwoordigheid van de verzoeker onder ede te bevestigen. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering kent een rechtsingang om een boedelbeschrijving te laten opmaken in art. 672 e.v. Rv.⁸⁰

Geen (analoge) toepassing van art. 3:194 lid 2 BW

De onterfde legitimaris heeft een weinig benijdenswaardige positie als vermogen van de erflater door de erfgenamen wordt verzwegen. Bij vonnis van 28 oktober 2015, [ECLI:NL:RBAMS:2015:7413](https://www.rechtspraak.nl/ECLI/CLI/RS/2015/7413), heeft de rechtbank een beroep van de legitimaris op art. 3:194 lid 2 BW afgewezen. In dit artikel is bepaald dat een deelgenoot die opzettelijk tot de gemeenschap behorende goederen verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt zijn aandeel in die goederen verbeurt aan de andere deelgenoten. Tegen de motivering van de rechtbank om een beroep op art. 3:194 lid 2 BW aan de legitimaris te ontzeggen, valt niets in te brengen:

“Een legitimaris is een crediteur van de nalatenschap en heeft een vordering in geld. Er bestaat geen gemeenschap in de zin van Boek 3 BW (artikel 3:189 lid 2 BW) en de legitimaris kan niet worden aangemerkt als een deelgenoot in de zin van artikel 3:194 lid 2 BW. De legitimaris neemt een wezenlijk andere positie in dan degene die deelgenoot is in een gemeenschap, zoals de erfgenaam van een nalatenschap. De wetgever heeft kennelijk gemeend dat de legitimaris niet een dergelijk vergaande bescherming behoeft als die deelgenoot.”

De rechtbank ziet evenmin ruimte voor analoge toepassing van het bepaalde in art. 3:194 lid 2 BW.

⁸⁰ Zie hiervoor hoofdstuk 26 ('Dossieropbouw in erfrechtzaken', § 6) en hoofdstuk 25 ('Procederen over erfenissen', § 18.2).

Tot op heden ontbreekt richtinggevende rechtspraak van de Hoge Raad over de reikwijdte van art. 4:78 BW. De lagere rechtspraak laat daarvan een gevarieerd beeld zien. Niettemin is het mogelijk om thematisch enkele *highlights* van deze in overvloed aanwezige rechtspraak weer te geven.

- *Boedelbeschrijving?*

Aangenomen wordt dat de onderfde legitimaris aanspraak kan maken op verstrekking door de executeur of de erfgenamen van een overzicht van de goederen en schulden per sterfdatum (vgl. art. 4:65 BW). Het zou te ver gaan om de onderfde legitimaris zonder meer aanspraak te kunnen laten maken op verstrekking van een boedelbeschrijving. In deze zin in elk geval het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 23 juni 2015, [ECLI:NL:GHARL:2015:4560](#):

"[Geïntimeerde] is als erfgenaam niet verplicht ten behoeve van [appellant] als legitimaris over te gaan tot het opmaken van een boedelbeschrijving; hij dient wel een overzicht van de goederen en de schulden op de sterfdatum te verstrekken. Gelet op het gemotiveerde en niet weersproken verweer van [geïntimeerde] dat aan [appellant] door tussenkomst van de notaris inzage is gegeven in en stukken zijn verstrekt die nodig zijn voor de berekening van zijn legitieme portie, dat deze stukken ongeveer vier jaar ter inzage hebben gelegen bij de notaris en dat [geïntimeerde] bereid is deze stukken opnieuw bij de notaris ter inzage te leggen, zal het hof dit onderdeel van de vordering afwijzen. Nu aan [appellant] ruim de gelegenheid is geboden en andermaal wordt geboden kennis te nemen van stukken waarvan hij in deze procedure inzage en afschrift verlangt, valt niet in te zien welk belang hij heeft bij dit onderdeel van zijn vordering."

Het verschil tussen een "overzicht van de goederen en schulden" en een boedelbeschrijving is meer dan taalkundig. Zo is het bijvoorbeeld de vraag of een onderfde legitimaris bij de kantonrechter van de rechtbank een bevel tot het opmaken van een boedelbeschrijving door een bij dat bevel aan te wijzen notaris kan verzoeken (art. 672 lid 1 Rv). De onderfde legitimaris zou dan aangemerkt moeten worden als iemand die bij de boedelbeschrijving "voldoende belang" heeft.

- *Geen rekening en verantwoording*

De indringende wijze waarop door onderfde legitimarissen soms verlangd wordt inzage te kunnen nemen in de gehele administratie van de erflater, heeft geleid tot enkele uitspraken waaruit blijkt dat de informatieplicht van art. 4:78 BW geen verplichting van de erfgenamen inhoudt tot het afleggen van rekening en verantwoording aan de legitimaris. Zo overwoog het gerechtshof Den Haag in zijn arrest van 5 augustus 2014, [ECLI:NL:GHDHA:2014:2987](#):

"Voor zover appellante zou menen, dat genoemde informatieplicht van artikel 4:78 BW een verplichting tot rekening en verantwoording inhoudt, is die aanname naar het oordeel van het hof onjuist. Er is geen rechtsverhouding tussen de legitimaris als bijzondere schuldeiser van de nalatenschap en de erfgenamen die die bevoegdheid rekening en verantwoording te vragen insluit. Uit de memorie van grieven (...) valt overigens af te leiden dat appellante

onder rekening en verantwoording in wezen verstaat hetgeen het hof hiervoor [over de inlichtingenplicht van art. 4:78 BW] heeft overwogen.”

In andere uitspraken wordt daar nog aan toegevoegd dat aan de legitimaris geen rekening en verantwoording afgelegd behoeft te worden met betrekking tot de door de erflater gevoerde levensstijl. Zie daarvoor bijvoorbeeld het in appel gewezen arrest in kort geding van het gerechtshof Den Haag van 18 juni 2019, [ECLI:NL:GHDHA:2019:1869](#).⁸¹ In de zaak die tot dat arrest leidde, had de erfgenaam middels een boedelbeschrijving inzage gegeven in de goederen en schulden van erflater op zijn sterfdatum en had zij voorts opgegeven dat – voor zover haar bekend – geen giften waren gedaan door erflater. Gevorderd was door de onterfde legitimaris – en dat was door de voorzieningenrechter in kort geding toegewezen – verstrekking van afschriften van bankrekeningen en creditcards en aangiftes inkomstenbelasting over een periode van ca. twee jaar voor de sterfdatum. Het hof vernietigt in appel het kortgedingvonnis en wijst de vordering alsnog af:

“Uit de inleidende dagvaarding volgt dus dat appellante inzage heeft gegeven met betrekking tot de goederen en schulden van erflater op zijn sterfdatum en voorts heeft opgegeven dat – voor zover haar bekend – geen giften zijn gedaan door erflater. Appellante behoeft slechts verificatoire bescheiden met betrekking tot het vermogen van erflater te verstrekken per zijn sterfdatum, alsmede opgave te doen van in het verleden door erflater gedane giften. Daartoe dienen onder meer bankafschriften met het saldo op de sterfdatum, overlijdensaangifte inkomstenbelasting, aangifte erfbelasting en de betreffende aanslagen. Appellante behoeft aan geïntimeerden geen inzicht te verschaffen in het vermogensverloop in de periode 10 oktober 2011 tot 10 oktober 2016. Zulks geldt ook voor de aangiften inkomstenbelasting en aanslagen over het verleden. Erflater stond niet onder curatele of bewind. Erflater kon derhalve zijn leven invullen zoals hij wenste en achteraf kunnen legitimarissen niet eisen dat alsnog rekening en verantwoording dient te worden afgelegd met betrekking tot de leefwijze van erflater en het mogelijk daarmee gepaard gaande uitgavenpatroon. Het hof is derhalve van oordeel dat de voorzieningenrechter in het onderhavige geval een te ruime uitleg heeft gegeven aan de informatieplicht van art. 4:78 BW. De grief van appellante treft doel.”

- *Alle daartoe strekkende inlichtingen*

Een bestendige lijn in de rechtspraak is de volgende omschrijving van de reikwijdte van de inlichtingenplicht ten behoeve van de legitimaris.⁸² Zie daarvoor bijvoorbeeld het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 23 juni 2015, [ECLI:NL:GHARL:2015:4560](#):

“Op grond van artikel 4:78 BW kan [appellant] als legitimaris jegens [geïntimeerde] als erfgenaam aanspraak maken op inzage en een afschrift van alle bescheiden die hij voor de berekening van zijn legitieme portie behoeft en dient [geïntimeerde] hem desverlangd alle daartoe strekkende inlichtingen te verschaffen. Het hof overweegt dat uit de bewoordingen ‘alle daartoe strekkende inlichtingen’ in artikel 4:78 lid 1 BW afgeleid kan worden dat dit begrip weliswaar zo ruim als mogelijk moet worden uitgelegd, maar dat het wel beperkt is tot de gegevens die nodig zijn voor de berekening van de legitieme portie. Artikel 4:65 BW bepaalt dat de legitieme portie wordt berekend over de waarde van de goederen der

⁸¹ In deze zin ook gerechtshof Den Haag 26 mei 2021, [ECLI:NL:GHDHA:2021:984](#).

⁸² In deze zin ook gerechtshof Arnhem 18 oktober 2011, [ECLI:NL:GHARN:2011:BU9640](#).

nalatenschap, welke waarde wordt vermeerderd met de bij deze berekening in aanmerking te nemen giften en verminderd met de schulden vermeld in artikel 4:7 lid 1 onder a tot en met c en f BW."

De gegevens met betrekking tot de legitieme portie, waarover "alle daartoe strekkende inlichtingen" verschaft dienen te worden, hebben niet alleen betrekking op de situatie per sterfdatum (bezittingen en schulden en de waardering daarvan), maar ook op bepaalde zaken van erflater uit het (verre) verleden. Het gaat om gedane giften en schenkingen (art. 4:67 BW), afgesloten levensverzekeringen en andere quasi-legaten (art. 4:126 BW).

- *Geen fishing expedition*

Het is aangewezen om een vordering tot nakoming van het informatierecht van art. 4:78 BW nader aan te kleden en zo concreet als mogelijk te onderbouwen. Dat geldt temeer als door de erfgenamen of de executeur gerichte verweren worden gevoerd dat reeds toereikende informatie aan de legitimaris is verstrekt. Zo heeft het gerechtshof Leeuwarden bij arrest van 12 juni 2012, [ECLI:NL:GHLEE:2012:BW8392](#), het informatieverzoek van de onderfde legitimaris afgewezen met de volgende motivering:

"Ten pleidooie hebben [appellanten] hun standpunt nader omljnd in die zin dat het te dezen gaat om de schending van de legitieme portie van [appellanten] in de nalatenschap van de erflaatster door giften die de erflaatster naar hun stellingen aan [geïntimeerde], meer in het bijzonder die welke de erflaatster uit de restant-verkoopopbrengst van het door de erflaatster in 1999 verkochte huis te [adres] zou hebben gedaan. [Geïntimeerde] heeft ten verweere aangevoerd dat zij alle bescheiden van de nalatenschap waarover zij de beschikking heeft, in het geding heeft gebracht. Mede in het licht van dat verweer hebben [appellanten] naar het oordeel van het hof onvoldoende onderbouwd en geconcretiseerd, welke bescheiden van de nalatenschap zij op de voet van art. 4:78 BW ter inzage wensen te hebben dan wel in afschrift wensen te ontvangen."

Het informatieverzoek mag niet (te) generiek worden gedaan en uitmonden in een *fishing expedition*. Tezelfdertijd geldt dat onloochenbaar is dat de onderfde legitimaris een informatieachterstand heeft en veelal in het duister zal tasten over de precieze omvang van de legitieme portie.

Een ander voorbeeld van een geval waarin de onderfde legitimaris overvraagd heeft, is de beschikking van het gerechtshof Den Haag van 26 mei 2021, [ECLI:NL:GHDHA:2021:984](#). Een onderfde zoon doet een beroep op zijn legitieme portie en verzoekt om inzage in een groot aantal gegevens op grond van art. 4:78 BW. Hij verlangt daarbij gegevens van de langstlevende ouder over het vermogensverloop voorafgaand aan erflaters overlijden. Het hof overweegt:

"Kern van het tussen partijen bestaande geschil is of aan verweerder voldoende informatie is verstrekt om zijn legitieme portie te kunnen berekenen. Een legitimaris die niet erfgenaam is, kan tegenover de erfgenamen en met het beheer der nalatenschap belaste executeurs aanspraak maken op inzage en afschrift van alle bescheiden die hij voor de berekening van zijn legitieme portie behoeft. Onder de informatieplicht vallen onder meer in het verleden gedane giften aangezien die de omvang van de legitieme portie kunnen beïnvloeden. De

informatieplicht gaat echter niet zo ver dat de legitimaris inzicht dient te worden verschaft over het vermogensverloop van erflater over de jaren voorafgaande aan zijn overlijden, het hof verwijst naar zijn eerdere uitspraak van 18 juni 2019 ([ECLI:NL:GHDHA:2019:1869](#)). Erflater en zijn echtgenote zijn jegens de erfgenamen geen rekening en verantwoording schuldig omtrent hun levensstijl. Het is aan erflater en zijn echtgenote om bij leven zelf te beschikken over hun vermogen.

Het hof is van oordeel dat aan verweerder meer dan voldoende informatie is verstrekt om zijn legitieme rechten te kunnen berekenen. Aan verweerder is verstrekt een akte vaststelling erfdelen alsmede een boedelbeschrijving. Bij brief van 30 september 2015 is eveneens de navolgende informatie verstrekt:

- 1. kopie van het testament van erflater;*
- 2. overzicht van de gedane schenkingen;*
- 3. kopie aangifte erfbelasting*
- 4. omschrijving ING rekening*
- 5. aangifte Inkomstenbelasting 2013 en 2014*
- 6. specificatie begrafeniskosten en verzekeringsdekking*
- 7. overzicht huidige bestemming onroerende zaken.*

Door verweerder wordt erkend dat hij van verzoekers heeft verkregen de aangiftes Inkomstenbelasting van zijn ouders over de jaren 2010 tot en met 2015. Het is een algemeen bekend gegeven dat banken zelfstandig aan de fiscus doorgeven wat de stand van de bankrekening is. Verweerder heeft dus kunnen vaststellen wat het verloop is geweest van het vermogen, waarbij het hof nogmaals overweegt dat erflater en verzoekster sub 1 geen rekening en verantwoording behoeven af te leggen met betrekking tot hun levensstijl. Uit randnummer 26 van het verweer van verweerder volgt dat hij eveneens een groot aantal bankschriften van verzoekers heeft verkregen.

Gezien het hof hiervoor heeft overwogen dient het verzoek van verweerder alsnog te worden afgewezen."

- Concrete aanknopingspunten ter onderbouwing van het informatieverzoek

De rechtspraak laat - als gezegd - een gevarieerd beeld zien van de reikwijdte van de informatieplicht van art. 4:78 BW.

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft in zijn arrest van 18 oktober 2011, [ECLI:NL:GHARN:2011:BU9640](#), de erfgenamen - op straffe van een dwangsom - veroordeeld om aan de ontferde legitimaris te verschaffen:

- a. een overzicht van de schulden als bedoeld in art. 4:7 lid 1 onder a t/m c en f BW (vgl. art. 4:65 BW);
- b. een overzicht van de door erflater gesloten levensverzekeringen;
- c. een opgave van alle door erflater gedane schenkingen (dus ook die van verder terug dan vijf jaren, art. 4:67 BW);
- d. kopieën van de afschriften van alle bank- en girorekeningen van de erflater waarop zichtbaar is wat het saldo op de datum van haar overlijden was;
- e. een kopie van de successieaangifte; en
- f. alle overige informatie die van belang kan zijn voor de betekening van de legitieme portie voor zover het de waarde van de goederen van de nalatenschap van de erflater betreft.

Het hof oordeelt:

“Het hof oordeelt dat de gebroeders [geïntimeerden] in elk geval aan [appellante, de onterfde legitimaris] moeten verstrekken een overzicht van alle schulden op het moment van overlijden, voor zover het de schulden als bedoeld in artikel 4:7 lid 1 onder a tot en met c en f BW betreft, kopieën van de afschriften van alle bank- en girorekeningen van de erflaatster waarop zichtbaar is wat het saldo op 28 september 2007 was, een kopie van de successieaangifte en een overzicht van levensverzekeringen die in het verleden door erflaatster zijn gedaan.

Het hof is voorts van oordeel dat de gebroeders [geïntimeerden] ten behoeve van [appellante] opgave moeten doen van alle schenkingen die door de erflaatster zijn gedaan. Het moge zo zijn dat bij de berekening van de legitieme portie alleen de schenkingen in aanmerking komen die zijn genoemd in artikel 4:67 BW, maar alvorens te kunnen beoordelen of schenkingen al dan niet behoren tot de in dit artikel 4:67 BW opgesomde schenkingen, moet de legitimaris een overzicht hebben van alle schenkingen die zijn gedaan.”

Het zijn bekende items die door de legitimaris kunnen worden opgevraagd: schulden van de nalatenschap, saldo op bankafschriften per overlijdensdatum, kopie aangifte erfbelasting, levensverzekeringen, schenkingen. Het laatste onderdeel van het dictum van het arrest - “alle overige informatie” - licht het hof als volgt toe:

“Het hof is ten slotte van oordeel dat de gebroeders [geïntimeerden] op grond van artikel 4:78 BW, nu [appellante] dit verlangt, ook alle overige informatie die van belang kan zijn voor de berekening van de legitieme portie dienen te verschaffen. Dat dit onderdeel van de vordering niet nader is geconcretiseerd spreekt vanzelf, nu het informatie betreft waarover [appellante] (nog) niet beschikt en waarvan zij het bestaan nog niet kan kennen. Het spreekt ook voor zich dat die informatie beperkt is tot de elementen die voor de berekening van de legitieme portie van belang zijn en dat zijn, zoals hiervoor al is overwogen, de waarde van de goederen van de nalatenschap en de schulden en giften. Nu de vordering van [appellante] betreffende de schulden en de schenkingen afzonderlijk wordt toegewezen, zal het hof de vordering ten aanzien van alle overige informatie beperken tot de informatie over de waarde van de goederen.”

In een ander geval heeft een onterfde dochter eveneens een beroep gedaan op de legitieme portie in de nalatenschap van haar moeder. Het gerechtshof Den Haag overweegt in zijn arrest van 5 augustus 2014, [ECLI:NL:GHDHA:2014:2987](#):

“Appellante heeft terecht gesteld dat zij jegens geïntimeerden recht heeft op informatie. Artikel 4:78 BW verschaft haar jegens geïntimeerden aanspraak op inzage en afschrift van de bescheiden die zij voor de berekening van haar legitieme portie nodig heeft. Dat betekent dat geïntimeerden - voor zover niet reeds geschied - opgave moeten doen aan appellante van alle goederen en schulden van de nalatenschap. Daarnaast moeten zij alle bescheiden die betrekking hebben op deze goederen en schulden die van belang zijn voor het bepalen van de omvang of de waarde daarvan aan appellante in afschrift afgeven of haar daarin inzage geven. Daaronder vallen in elk geval ook kopieën van de afschriften van alle bank- en depositorekeningen van erflaatster waarop zichtbaar is wat het saldo op de

sterfdatum was. Indien een voorlopige of definitieve aangifte voor de inkomstenbelasting (overlijdensaangifte) of de erfbelasting is gedaan, geldt hetzelfde voor deze aangifte(n) en de daarmee verband houdende aanslagen. Het hof is voorts van oordeel dat geïntimeerden aan appellante opgave moeten doen van alle giften die door erflater zijn gedaan. Het moge zo zijn dat bij de berekening van de legitieme portie alleen de giften in aanmerking komen die zijn genoemd in artikel 4:67 BW, maar alvorens te kunnen beoordelen of giften al dan niet behoren tot de in dit artikel 4:67 BW opgesomde giften, moet de legitimaris een overzicht hebben van alle giften die zijn gedaan. Het hof is ten slotte van oordeel dat geïntimeerden op grond van artikel 4:78 lid 1 BW, nu appellante dit vordert, ook alle overige informatie die van belang kan zijn voor de berekening van de legitieme portie dienen te verschaffen. Dit onderdeel van de vordering is weliswaar niet nader geconcretiseerd, maar spreekt vanzelf, nu het informatie betreft waarover appellante (nog) niet beschikt en waarvan zij het bestaan nog niet kan kennen. Het spreekt ook voor zich dat die informatie beperkt is tot de elementen die voor de berekening van de legitieme portie van belang zijn en dat zijn, zoals hiervoor al is overwogen, de waarde van de goederen van de nalatenschap en de schulden en giften.”

In een enkel geval wordt de informatieplicht ex art. 4:78 BW begrensd. Vader is in 2015 overleden. Hij heeft zijn zoon onderfd en aan hem een geldlegaat vermaakt ter hoogte van zijn legitieme portie. Na het overlijden van de onderfd zoon vordert zijn echtgenote afgifte van stukken, gebaseerd op onder meer art. 4:78 BW. Zij vermoedt dat er giften aan de andere kinderen zijn gedaan in de periode 1998 t/m 2014.

Het gerechtshof Den Haag oordeelt in zijn arrest van 1 september 2020, [ECLI:NL:GHDHA:2020:2329](https://www.eclis.nl/GHDHA:2020:2329), dat vooralsnog niet is komen vast te staan dat er andere schenkingen dan de schenkingen die al bekend zijn bij partijen, zijn gedaan. Het hof heeft de vordering tot het verstrekken van de aangiften schenkbelasting van erflater dan ook afgewezen. Het hof tekent daarbij aan dat alleen indien een schenking daadwerkelijk plaatsvindt daarvan aangifte moet worden gedaan, en wel door de begiftigde. Het hof voegt daaraan toe:

“Voor wat betreft de vordering tot het verstrekken van ‘alle overige stukken, waaronder bankafschriften die van belang kunnen zijn bij de beoordeling of erflater in de jaren 1998 tot en met 2014 giften aan de broers of aan een van hen heeft gedaan’, overweegt het hof als volgt. Het begrip ‘alle overige stukken’ is te vaag, zodat dat deel van de vordering wordt afgewezen. Voor zover dit deel van de vordering ziet op bankafschriften van de erflater, overweegt het hof dat deze echter wel van belang kunnen zijn voor de beantwoording van de vraag of erflater nog andere giften heeft gedaan dan die al aan [de echtgenote van de onderfd zoon] bekend zijn. Een legitimaris heeft er recht op en belang bij om dit te kunnen nagaan, welk belang daarmee ook anders is dan het belang van de erfgenamen. Dit betekent echter niet dat [de echtgenote van de onderfd zoon] onbegrensd aanspraak kan maken op bankafschriften. De bewaarplicht van banken is zeven jaar. Appellanten erkennen dit ook. Anderzijds is deze vordering eerst op 7 april 2020 door [de echtgenote van de onderfd zoon] ingesteld. Het hof maakt uit productie 11 bij conclusie van antwoord in het incident op dat de bank- en effectenrekeningen van erflater over de periode 25 februari 2010 tot datum overlijden ter inzage zijn aangeboden. Deze stukken zullen dan ook nog aanwezig zijn. Het hof zal daarom bevelen dat afschriften van deze stukken alsnog aan [de echtgenote van de onderfd zoon] moeten worden verstrekt en wel binnen eenentwintig dagen na de datum van dit arrest.”

Ontbreken aanwijzingen dat schenkingen zijn gedaan, dan kan een (te) ruime vordering tot inzage worden afgewezen. Zo oordeelde de rechtbank Gelderland bij vonnis van 4 november 2020, [ECLI:NL:RBGEL:2020:5860](#):

“De vordering bankafschriften over de laatste vijf jaren van erflaatster te verstrekken zal worden afgewezen, omdat [eiser] daar geen belang bij heeft. Dat zou anders kunnen zijn als er aanwijzingen zijn dat door erflaatster schenkingen zouden zijn gedaan die van belang zijn voor de berekening van de legitieme portie, maar die aanwijzingen zijn niet gesteld noch gebleken. Gelet op de vermoedelijke omvang van de nalatenschap is het ook niet aannemelijk dat erflaatster zodanige giften heeft gedaan.”

De rechtbank Midden-Nederland oordeelde bij vonnis van 21 oktober 2020, [ECLI:NL:RBMNE:2020:5421](#), dat een *fishing expedition* van een legitimaris niet te snel mag worden aangenomen:

“Het zou niet in overeenstemming zijn met de parlementaire geschiedenis die heeft geleid tot de totstandkoming van artikel 4:78 BW om voorwaarden te verbinden aan toewijzing van de vordering van de legitimaris tot het verkrijgen van alle bescheiden die nodig zijn voor de vaststelling van de legitimaire massa. Immers, de erfgenamen kunnen daar van rechtswege al over beschikken, terwijl de bedoeling van de wetgever met het in het leven roepen van artikel 4:78 BW nu juist was dat de legitimaris-niet-erfgenaam, in dat recht niet bij de erfgenamen mocht worden achtergesteld. De vorderingen van de legitimaris-niet-erfgenaam, tegenover de erfgenamen moeten immers (volgens de parlementaire geschiedenis) objectief worden vastgesteld. Daarom zal niet snel sprake zijn van een ‘fishing expedition’ zoals door de executeur is aangevoerd.

Immers, alleen door het kunnen controleren van de financiële administratie van de erflater, waaronder het vermogensverloop in de bankafschriften over de periode vóór het overlijden van de erflater, is het voor de legitimaris mogelijk om objectief de legitieme portie vast te stellen. Door slechts uit te gaan van de opgave door de erfgenamen en/of de executeur, zonder dat deze met het volledige vermogensverloop wordt onderbouwd, kan geen objectieve vaststelling van de omvang van de legitimaire massa en daaruit voortvloeiend de legitieme portie plaatsvinden. De belangen van de erfgenamen, waaronder in dit geval de executeur, zijn per definitie tegenstrijdig met het belang van de legitimaris, niet-erfgenaam. In dit geval, waarin de verhoudingen tussen de partijen verstoord zijn en er over en weer sprake is van wantrouwen, geldt dat nog meer.”

Tot hoever strekt die verplichting voor de erfgenamen volgens de rechtbank?

“Buiten kijf staat dat de legitimaris recht heeft op de bescheiden waarmee zij de omvang en de waarde van de nalatenschap op het moment van overlijden kan controleren. Maar voor de vaststelling van de omvang van de legitimaire massa zijn ook vóór het overlijden gedane giften door de erflater van belang (artikel 4:65 BW jo 4:67 e.v. BW). De legitimaris-niet-erfgenaam heeft daarom ook een gerechtvaardigd belang bij het kunnen controleren of door de erflater aan erfgenamen of derden schenkingen zijn gedaan. Zij is niet gehouden af te moeten gaan op mededelingen van de executeur en/of erfgenamen daarover. Ten behoeve van de controle met name van de vóór overlijden gedane giften is het van belang dat conform artikel 4:78 lid 1 BW óók de legitimaris-niet-erfgenaam, evenals de erfgenamen,

afschrift van en inzage in de gehele financiële administratie van de erflater moet kunnen krijgen, waaronder een volledig overzicht van de in de nalatenschap aanwezige bankafschriften, dan wel de bankafschriften bij de bank die gedurende een periode van zeven jaar bewaard worden, teneinde inzicht te krijgen in de door de erflater gedane giften. Uit de boedelbeschrijving blijken eventuele giften vóór het overlijden van de erflater immers niet, terwijl belastingaangiften een vertekend beeld kunnen geven van de daadwerkelijke omvang van de nalatenschap teneinde de te betalen erfbelasting zo laag mogelijk te houden.

Van de executeur mag in dit verband de nodige zorg verwacht worden om deze controle mogelijk te maken. Naar het oordeel van de rechtbank dient de te verstrekken informatie in ieder geval terug te gaan tot zeven jaar vóór het overlijden van erflater in verband met de wettelijke bewaartermijn van de bank. De executeur dient deze bankafschriften op voorhand veilig te stellen, zeker als zij, zoals in dit geval, redelijkerwijs zou kunnen vermoeden dat door een legitimaris- niet-erfgenaar aanspraak zou kunnen worden gemaakt op de legitieme portie. Dit om te voorkomen dat er na jarenlang procederen geen bankafschriften meer over de periode vóór het overlijden van de erflater zouden kunnen worden verkregen en daarmee het recht op het verkrijgen van deze informatie illusoir wordt. Op de executeur rust ter zake een zorgplicht. Als zij niet (meer) in staat is deze informatie te verstrekken, mag van haar worden verwacht dat zij stelt en onderbouwt dat en waarom zij geen beschikking meer heeft of kan krijgen over deze informatie.”

Deze ruime omschrijving van de rechtbank is begrijpelijk gelet op het wantrouwen tussen de erfgenamen, de legitimaris en de executeur (ook erfgenaar), waarvoor enige grond blijkt te bestaan. Zo blijkt de woning per datum van het overlijden van de erflater drie jaar later nog niet getaxeed te zijn. Met enkel de opgave van WOZ-waardes behoeft een legitimaris geen genoegen te nemen. Ook was de woning op enig moment hypotheekvrij, waarna deze opnieuw hypothecair is belast. De rechtbank oordeelt:

“In dat geval kan het voor de omvang van de legitimaire massa van belang zijn met welk doel en voor welk bedrag een nieuwe hypothecaire lening is afgesloten betreffende deze woning. Dit kan (deels) een gift betreffen die betrokken moet worden bij de omvang van de legitimaire massa.”

Door de legitimaris is onderbouwd gesteld waarom zij meent dat er polissen van levensverzekeringen zouden zijn. De rechtbank oordeelt:

“Tegenover die gemotiveerde stellingen kan de executeur niet volstaan met de blote stelling dat zij niet van het bestaan van deze polissen weet. Zij zal deze polissen moeten afgeven of onderbouwd moeten aangegeven dat deze polissen ondanks de kennelijke verwijzing daarnaar in financiële stukken van erflater, niet bestaan (hebben).”

De rechtbank is ook van oordeel dat – anders dan de executeur meent – de legitimaris belang heeft bij de door haar gevorderde testamenten van de ouders van erflater:

“De legitimaris heeft voldoende belang bij afgifte van deze stukken omdat hieruit zal blijken of door erflater geldbedragen of zaken zijn verkregen waar een uitsluitingsclausule op van toepassing is. Dat is van belang bij de bepaling van de omvang en de waarde van de nalatenschap.”

Ook de boedelbeschrijving blijkt diverse mankementen te vertonen:

“De executeur heeft aangevoerd dat zij al een boedelbeschrijving heeft verstrekt en dat deze juist is. Zoals hierboven ten aanzien van de foto’s al is overwogen, heeft de legitimaris onderbouwd gesteld dat de boedelbeschrijving niet juist en in ieder geval niet volledig is. In aanvulling op de hierboven al genoemde argumenten heeft de legitimaris ook, onbetwist, gesteld dat op de boedelbeschrijving de van de nalatenschap deel uitmakende sieraden ten onrechte op nihil worden gewaardeerd. De sieraden zijn getaxeerd op een waarde van meer dan € 3.000,-. Op de argumenten van de legitimaris is de executeur in haar conclusie van antwoord niet ingegaan, zodat van de juistheid daarvan moet worden uitgegaan. Dat betekent dat de executeur zal worden veroordeeld tot het alsnog beschikbaar stellen van een volledige en juiste boedelbeschrijving.”

Het dictum van het incidenteel vonnis van de rechtbank telt maar liefst 18 items die de executeur ten behoeve van de legitimaris in het geding moet brengen.

In bijzondere omstandigheden kan er reden zijn de informatieplicht van art. 4:78 BW zelfs “ruimhartig” te begrijpen. In een geval heeft moeder de ene dochter onterfd en de andere dochter tot enig erfgenaam en executeur benoemd. De onterfde dochter beroept zich op de legitieme portie. Aan haar wordt voldaan haar vaderlijk erfdeel en de legitieme portie in de nalatenschap van moeder. Vanwege een verstoorde familieverhouding is er een groot onderling wantrouwen, hetgeen de afwikkeling van de nalatenschap complex maakt. In geschil is of aan de onterfde dochter voldoende bescheiden zijn verstrekt om haar aanspraken in beide nalatenschappen te kunnen vaststellen.

Het gerechtshof Den Haag overweegt in zijn arrest van 6 april 2021, [ECLI:NL:GHDHA:2021:1244](#), onder meer:

“Een legitimaris die niet erfgenaam is, kan tegenover de erfgenamen en met het beheer der nalatenschap belaste executeurs aanspraak maken op inzage en een afschrift van alle bescheiden die hij voor de berekening van zijn legitieme portie behoeft; zij verstrekken hem desverlangd alle daartoe strekkende inlichtingen. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat het een ruim omschreven begrip betreft. Gezien de feitelijke gang van zaken rond het verloop van het vermogen van moeder en de betrokkenheid van [de dochter] daarbij is de informatiewens van [de onterfde dochter] begrijpelijk:

- *Onroerend goed is door moeder aan [de dochter] - in de laatste jaren van haar leven - verkocht. De koopsom is [de dochter] schuldig gebleven en over de geldlening was zij geen rente verschuldigd. [de onterfde dochter] is niet door moeder en/of [de dochter] vooraf op de hoogte gesteld van de transactie.*
- *[de dochter] heeft een bedrag van € 60.000,- geleend van haar moeder, de rente werd betaald door [naam] BV.*
- *Op papier zijn er schenkingen gedaan door moeder aan [de dochter] voor aanzienlijke bedragen. Door deze constructie werd het vermogen van moeder negatief beïnvloed, tevens moest moeder 6% rente gaan betalen aan [de dochter] over vele honderdduizenden euro’s. Ook deze transactie is in het voordeel van [de dochter].*
- *[de onterfde dochter] was na overlijden van moeder niet geïnformeerd over de Zwitserse bankrekening en het gebruik dat moeder maakte van de inkeerregeling.*

Voor het vaststellen van haar legitieme aanspraak heeft [de onterfde dochter] informatie nodig, ook met betrekking tot financiële gegevens uit het verleden van moeder. Schenkingen die moeder in het verleden heeft gedaan beïnvloeden de legitimaire massa. Als een goed tegen een te lage prijs wordt verkocht kan deze verkoop een gift impliceren. Deze gift beïnvloedt eveneens de omvang van de legitimaire massa. Als geld renteloos wordt geleend kan er eveneens sprake zijn van een gift hetgeen de legitimaire massa beïnvloedt. Ook de constructie van de schenkingen op papier en de rente die moeder vervolgens verschuldigd was aan [de dochter] heeft [de dochter] bevoordeeld.

Van [de dochter] mag in haar hoedanigheid van executeur in alle redelijkheid worden verlangd dat zij ruimhartig inzicht verschaft, in alle financiële bescheiden in de ruimste zin van het woord, met betrekking tot de financiën van moeder, vanaf het moment van overlijden van vader op 11 december 2012 tot aan het overlijden van moeder op 3 maart 2017."

- *Kosten*

Aangenomen mag worden dat de kosten die verband houden met de nakoming van het informatieverzoek ex art. 4:78 BW ten laste van de nalatenschap gebracht mogen worden. Deze kosten kunnen - voor zover in redelijkheid gemaakt - tot de kosten van de executele (art. 4:7 lid 1 onder d BW) dan wel de kosten van de vereffening (art. 4:7 lid 1 onder c BW) van de nalatenschap gerekend worden.

- *Vereffening*

Opmerkelijk is dat de vereffenaar niet wordt genoemd in art. 4:78 BW. De informatieplicht wordt uitsluitend opgelegd aan de erfgenamen en de met het beheer van de nalatenschap belaste executeur. Betekent dit dat jegens de vereffenaar door de legitimaris geen beroep op art. 4:78 BW kan worden gedaan? Aangenomen wordt dat, ook al bestaan er voldoende middelen en wegen in de vereffeningprocedure om duidelijkheid te verkrijgen over de aanspraken van schuldeisers (waaronder de legitimarissen), ook de vereffenaar zich heeft te houden aan het bepaalde in art. 4:78 BW.

Slotsom

In potentie is het informatierecht van art. 4:78 BW een verreikende, omdat de legitieme portie niet alleen ziet op het saldo van de nalatenschap per overlijdensdatum, maar mede op in het verleden gedane schenkingen en giften aan afstammelingen en derden (art. 4:65 en art. 4:67 BW). De informatieplicht is echter niet zo verstrekkend dat de legitimaris steeds recht heeft op dezelfde informatie als de erfgenamen. Zo kan een legitimaris niet zonder meer aanspraak maken op het verkrijgen van inzicht in het vermogensverloop over de jaren voor het overlijden van de erflater. De legitimaris moet wel in de gelegenheid worden gesteld na te gaan of en tot welk bedrag giften zijn gedaan die van belang zijn voor de vaststelling van de legitimaire massa. Daarvoor kunnen de bankafschriften van belang zijn.

Een legitimaris dient voldoende belang bij zijn vordering te hebben (art. 3:303 BW). De legitimaris doet er dan ook goed aan om - voor zover mogelijk - concrete aanknopingspunten aan te reiken waarom inzage in bepaalde documenten genomen dient te worden. Het is verder van belang dat de erfgenamen en de executeur loyaal (en soms zelfs royaal) medewerking verlenen aan de uitoefening van het

informatierecht door de onterfde legitimaris. Wordt daarmee gedraald of wordt onjuiste informatie verstrekt, dan blijkt de rechter daar weinig begrip voor te hebben. De pre-processuele houding van partijen blijkt er toe te doen.

Informatieplicht van de legitimaris

Het is opvallend dat in Boek 4 BW op de legitimaris zelf geen plicht tot het verschaffen van inlichtingen wordt gelegd. Voor de erfgenamen en de begiftigden – en dat zijn degenen voor wiens rekening de voldoening van de legitieme portie aan de legitimaris komt – zal het in het bijzonder van belang zijn of, en zo ja welke aan de legitimaris gedane giften op zijn legitieme portie dienen te worden toegerekend (art. 4:70 BW). Aangenomen wordt daarom wel dat de legitimaris de plicht heeft om ongevraagd opgave te doen van hetgeen op zijn legitieme portie kan worden toegerekend.⁸³ Deze plicht mag men uit art. 6:2 BW – ofwel de eisen van redelijkheid en billijkheid – afleiden. Deze bepaling is rechtstreeks van toepassing indien een legitimaris op zijn legitieme portie aanspraak heeft gemaakt en, naar analogie, indien hij dat (nog) niet heeft gedaan.

18. Rente

De geldvordering van de legitimaris uit hoofde van de legitieme portie wordt verhoogd met een percentage dat overeenkomt met de wettelijke rente, voor zover dat percentage hoger is dan zes (art. 4:84 BW). Over de geldvordering van de legitimaris zal dus een rente vergoed moeten worden. Gelet op de lage rentestand leverde deze rentevergoeding jarenlang niets op.⁸⁴ Pas als de wettelijke rente hoger is dan 6% zal een legitimaris rente over zijn legitimaire vordering ontvangen. Per 1 januari 2024 is het percentage van de wettelijke rente verhoogd van 6% naar 7%. Per 1 januari 2025 is de wettelijke rente weer 6%.

De rente van art. 4:84 BW vangt niet meteen aan bij het overlijden van de erflater, maar pas nadat door de legitimaris aanspraak is gemaakt op de legitieme portie. Voor de renteberekening is niet relevant of de geldvordering van de legitimaris meteen opeisbaar is of niet.

De verhoging wordt per jaar berekend vanaf de dag dat aanspraak is gemaakt op de legitieme portie, bij welke berekening telkens uitsluitend de hoofdsom in aanmerking wordt genomen. Dit betekent dat sprake is van enkelvoudige rente (en niet van samengestelde rente (ofwel 'rente op rente')). De rente van art. 4:84 BW loopt door tot aan de betaling van de geldvordering van de legitimaris met de daarover berekende rente.

Eenzelfde renteregeling geldt voor de geldvordering van de kinderen ingeval de wettelijke verdeling van de nalatenschap van toepassing is (art. 4:13 lid 4 BW).⁸⁵

⁸³ In MO, Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 490, wordt een dergelijke informatieplicht van de hand gewezen. *"Het gaat te ver om de legitimaris de verplichting op te leggen om mede te delen welke giften hij heeft gehad, een verplichting die niet rust op een derde."*

⁸⁴ Sinds 1 juli 2023 bedroeg de wettelijke rente 6% (voor niet-handelstransacties).

⁸⁵ Zie daarvoor hoofdstuk 3 ('Het Staatstestament: de wettelijke verdeling van de nalatenschap', § 3).

Wettelijke rente na verzuim

Eerst vanaf het moment dat de schuldenaar - één of meer erfgenamen (of de begiftigde) - in verzuim is (en wel na een ingebrekestelling (art. 6:82 BW)), is de wettelijke rente over de geldvordering en de verschuldigde rente aan de legitimaris verschuldigd (art. 6:81 e.v. j° art. 6:119 BW).

19. Belastingen

De legitimaris heeft niet alleen een weinig benijdenswaardige positie ten opzichte van de langstlevende echtgenoot, maar ook ten opzichte van de Belastingdienst. De legitimaris zal veelal een niet-opeisbare geldvordering op de langstlevende echtgenoot hebben, te weten in geval van de wettelijke verdeling van de nalatenschap (art. 4:81 lid 2 BW) (§ 15) of in geval door de erflater in zijn testament gebruik is gemaakt van art. 4:82 BW ten behoeve van de langstlevende echtgenoot (§ 16). Intussen is de legitimaris over zijn erfrechtelijke verkrijging wel erfbelasting verschuldigd. Art. 4:88 BW komt de legitimaris om die reden tegemoet. Deze bepaling verplicht de langstlevende echtgenoot in die gevallen dat de legitimaris zagezegd niets in handen krijgt om op verzoek van de legitimaris de erfbelasting, geheven ter zake van de verkrijging van zijn legitimaire geldvordering, voor hem te voldoen. Het aan de Belastingdienst betaalde bedrag komt in mindering op de legitimaire geldvordering van de legitimaris.

Onduidelijkheid bestaat nog wel over de vraag welk bedrag aan erfbelasting op de legitimaire geldvordering van de legitimaris moet worden toegerekend in het geval de legitimaris meer heeft verkregen uit de nalatenschap (bijvoorbeeld een legaat), en niet over zijn gehele erfrechtelijke verkrijging hetzelfde tarief van toepassing is (10%/20% voor kinderen en 18%/36% voor kleinkinderen). Moet in dat geval rekening worden gehouden met het hoogste, het laagste of een gemiddeld tarief? In de literatuur wordt bepleit dat van het hoogste tarief moet worden uitgegaan.⁸⁶

20. Verval- en verjaringstermijnen

Verval

De legitimaris die aanspraak heeft gemaakt op de legitieme portie heeft een geldvordering op de erfgenamen dan wel op de langstlevende echtgenoot indien de wettelijke verdeling van toepassing is. De mogelijkheid om aanspraak te maken op de legitieme portie vervalt door verloop van vijf jaar na het overlijden van de erflater (art. 4:85 lid 1 BW). De termijn van vijf jaar begint meteen na het overlijden van de erflater te lopen. Een belanghebbende kan de legitimaris evenwel een redelijke termijn stellen om aanspraak te maken op de legitieme portie. In dat geval geldt dus een kortere termijn van vijf jaar (eveneens art. 4:85 lid 1 BW). Belanghebbenden die de legitimaris een redelijke termijn kunnen stellen om zich uit te laten over een beroep op de legitieme portie zijn de erfgenamen (of de langstlevende

⁸⁶ Aldus Handboek Erfrecht (2020), p. 396-397: *"Ik acht toerekening naar het toptarief verdedigbaar. Nu de legitimaris met een niet-opeisbare vordering geen liquide middelen in handen krijgt om erfbelasting te voldoen, is het redelijk de belastingconsequenties daarvan bij hem geheel te ecarteren."*

echtgenoot indien de wettelijke verdeling van toepassing is) en anderen ten laste van wie de geldvordering van de legitimaris kan komen (bijvoorbeeld een legataris of een begiftigde).

Wat is een redelijke termijn als bedoeld in art. 4:85 lid 1 BW? Aan het gerechtshof 's-Hertogenbosch is in hoger beroep het volgende geval voorgelegd. Vader overlijdt op 28 juni 2019 en laat twee kinderen achter. Bij testament heeft hij zijn dochter benoemd tot enig erfgenaam en executeur, zijn zoon heeft hij onterfd. Op 24 augustus 2019 stuurt de advocaat van de dochter een brief naar de advocaat van de onterfde zoon met de volgende inhoud:

"Termijn uitlaten legitieme portie

Als afstammeling van erflater heeft u op grond van de wet de mogelijkheid om aanspraak te maken op uw legitieme portie in de nalatenschap van erflater. U bent dit niet verplicht. De wettelijke vervaltermijn hiervan is 5 jaar na overlijden van erflater.

Cliënte wenst echter niet zo lang in onzekerheid te blijven. Artikel 4:85 van het Burgerlijk Wetboek biedt cliënte de mogelijkheid om u een redelijke termijn te stellen waarbinnen u zich dient uit te laten of u al dan niet aanspraak wenst te maken op uw legitieme portie.

Cliënte verzoekt u in dit kader binnen 3 maanden na heden, aldus uiterlijk op 14 november 2019 te laten weten of u aanspraak maakt op uw legitieme portie, bij gebreke waarvan uw recht om aanspraak te maken op uw legitieme portie komt te vervallen."

Chapeau bas! voor deze advocaat, die op transparante wijze de kaarten op tafel heeft gelegd. Per e-mail van 10 september 2019 heeft de advocaat van de zoon als volgt daarop gereageerd:

"legitieme portie

Alvorens cliënt hierover kan beslissen, dient uw cliënte in kaart te brengen wat de legitimaire massa is. Ik verzoek uw cliënte dan ook vriendelijk uiterlijk 1 oktober a.s. inzichtelijk te maken wat de legitimaire massa betreft."

Op die e-mail wordt in eerste instantie niet gereageerd. Later meldt de advocaat van de dochter per e-mail van 2 januari 2020:

"In mijn brief van 14 augustus 2019 heb ik uw cliënt overeenkomstig artikel 4:85 BW een redelijke termijn geboden waarbinnen hij aanspraak kon maken op zijn legitieme portie, bij gebreke waarvan zijn recht om aanspraak te maken op zijn legitieme portie is komen te vervallen. Per e-mail van 30 augustus 2019 heeft u de ontvangst van deze brief aan uw cliënt bevestigd."

Daarop reageerde de advocaat van de onterfde zoon per kerende e-mail als volgt:

"Hoe dan ook: er zijn nog heel wat onduidelijkheden waardoor cliënt niet direct een keus kon maken of hij wel of geen beroep wilde doen op de legitieme portie.

Aangezien uw cliënte er blijkbaar op staat dat cliënt nu direct een keus maakt, bericht ik u bij deze dat cliënt aanspraak maakt op de legitieme portie."

portie is niet onbegrijpelijk (zie daarvoor art. 4:72 t/m art. 4:75 BW). Die termijn van drie maanden zal naar mijn oordeel niet onder alle omstandigheden redelijk zijn. Als dat zo is, dan zou de wetgever dat wel met zoveel woorden bepaald hebben en voor een vaste termijn gekozen hebben. In een situatie dat er geen *downside* is voor een onterfde legitimaris bij een beroep op de legitieme portie en de erfgenaam ten laste van wie de legitieme portie komt kenbaar heeft gemaakt verlost te willen worden van onzekerheid over een beroep op de legitieme portie (en dus van een mogelijke schuld) is een dergelijke termijn van drie maanden niet onredelijk. Dat kan anders liggen bij een tekortkomende legitimaris of een ontevreden legitimaris met een inferieure erfrechtelijke verkrijging (§ 5).

Van opschorting van deze termijn van drie maanden, en wel omdat de advocaat van de onterfde zoon om informatie aan de erfgenaam heeft gevraagd, wil het hof niet weten:

“Tussen partijen is niet in geschil dat [de zoon] niet eerder dan op 2 januari 2020 expliciet aanspraak heeft gemaakt op zijn legitieme portie, terwijl de door [de dochter] gegeven termijn verstreek op 14 november 2019. Het verzoek om informatie zoals dat is geformuleerd in de e-mail van 10 september 2019 betreft geen “kennelijke” opschorting van deze termijn en evenmin kan daarin een bezwaar tegen de gestelde termijn worden gelezen, zo een opschorting of bezwaar al enig effect zou kunnen hebben. De termijn van artikel 4:85 lid 1 BW is immers een vervaltermijn, hetgeen betekent dat die, in tegenstelling tot verjaringstermijnen, in beginsel niet door schorsing of stuiting kan worden onderbroken. Dit geldt niet als bij wet anders is bepaald, hetgeen hier niet aan de orde is. Het voorgaande geldt ook voor een door een belanghebbende gegeven redelijke vervaltermijn, zoals hier aan de orde, met dien verstande dat verlenging van de termijn door de partij die hem heeft gesteld wel mogelijk is. Dat is echter niet gebeurd en overigens is een verzoek om verlenging van de termijn in de correspondentie niet te lezen. Het hof betreft bij dat oordeel dat de advocaat van [de zoon] heeft verzocht om de gegevens uiterlijk 1 oktober 2019 aan te leveren, waaruit het hof afleidt dat deze zich bewust was van – het doorlopen van – de termijn.”

Advocaten willen natuurlijk altijd meer weten, het liefst ook het naadje van de kous. Een vervaltermijn kan niet – zoals dat bij verjaring wel kan (art. 3:316 BW) – gestuit worden. Denkbaar is dat in reactie op een termijnstelling door de legitimaris gevraagd wordt om een langere termijn als een gestelde termijn te kort en niet redelijk is. Daarvoor geldt wel: *it takes two to tango*. Komt men daar niet uit, dan is voorstelbaar dat op goede grond kan worden aangevoerd dat een aan een legitimaris gestelde termijn om al dan niet een beroep te doen op de legitieme portie onredelijk was. Zo heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch in een arrest van 23 juni 2020, [ECLI:NL:GHSHE:2020:1937](https://www.eclis.nl/GHSHE:2020:1937), geoordeeld dat een termijn van 30 dagen om aan te geven of de onterfde legitimaris een beroep wil doen op de legitieme portie, een termijn die ook nog eens gesteld werd één maand na het overlijden van erflaatster, niet redelijk is:

“Uit het voorgaande volgt dat [appellant, de erfgenaam] al kort na het overlijden van erflaatster op de hoogte was van het beroep van [geïntimeerde, onterfde kind] op haar legitieme portie. De omvang daarvan stond op dat moment voor [geïntimeerde] nog niet vast. [appellant] wist ook dat [geïntimeerde] verzocht om het doen van rekening en verantwoording. Het hof is van oordeel dat het op de weg van [appellant] had gelegen om [geïntimeerde] vervolgens van voldoende informatie te voorzien op basis waarvan zij kon beoordelen wat de omvang van haar legitieme portie was. Niet gebleken is dat [appellant]

[geïntimeerde] toen van dergelijke informatie, bijvoorbeeld een boedelbeschrijving met onderliggende stukken, heeft voorzien. In plaats daarvan heeft [appellant] in zijn brief van 3 april 2012 aan [geïntimeerde] haar slechts een kopie toegezonden van het testament van erflaatster en een termijn van 30 dagen gesteld om kenbaar te maken of zij een beroep op haar legitieme portie wilde doen. Het hof is van oordeel dat deze door [appellant] gehanteerde termijn van 30 dagen in de gegeven omstandigheden niet redelijk is. Het had op de weg van [appellant] gelegen om [geïntimeerde] na haar verzoeken op 22 en 27 maart 2012 in elk geval te voorzien van een (deugdelijke) boedelbeschrijving, met name nu hij al voor het overlijden van erflaatster haar financiën deed en daarvan dus op de hoogte was. Hierbij is ook van belang dat de band tussen [geïntimeerde] en erflaatster niet hecht meer was en zij na haar overlijden afhankelijk was van de informatie waarover haar broer [appellant] beschikte.”

Omdat in dat geval geen nadere termijn aan het onderfde kind was gesteld om zich uit te laten over een beroep op de legitieme portie, heeft het onderfde kind uiteindelijk de maximale termijn van vijf jaar daarvoor kunnen benutten (art. 4:85 lid 1 BW).

Ook het beroep van de onderfde zoon op het noodventiel van de redelijkheid en billijkheid wordt door het hof van de hand gewezen.

“Ten aanzien van het beroep op de redelijkheid en billijkheid overweegt het hof dat, nog daargelaten of artikel 6:2 BW van toepassing is nu [de zoon] pas schuldeiser wordt nádat hij de legitieme portie heeft opgeëist, [de zoon] niet met voldoende concrete feiten en omstandigheden heeft onderbouwd dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat aan hem de vervaltermijn wordt tegengeworpen. Het enkele feit dat een reactie van [de dochter] op zijn verzoek om informatie is uitgebleven, is daartoe onvoldoende. [de zoon] had op ieder moment van de gestelde drie maanden op eenvoudige wijze zijn aanspraak geldend kunnen maken.”

Een beroep op het verstreken zijn van een “redelijke” vervaltermijn zal mijns inziens niet snel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Het ligt dan veeleer voor de hand dat de rechter aan de hand van de aangevoerde feiten en omstandigheden tot de slotsom komt dat een gestelde termijn om een beroep te kunnen doen op de legitieme portie onredelijk was.

Verval bij samenloop van legitieme en verzorgingsvruchtgebruik

De wet kent nog een bijzondere regeling indien er samenloop bestaat tussen een beroep op de legitieme portie en een verzorgingsvruchtgebruik van art. 4:30 BW ten gunste van de langstlevende echtgenoot (art. 4:85 lid 2 BW). Indien negen maanden na het overlijden van de erflater niet vaststaat in hoeverre diens echtgenoot aanspraak zal maken op vestiging van een vruchtgebruik op nalatenschapsgoederen krachtens art. 4:30 BW vervalt het deel van de legitimaire vordering dat ten laste van de echtgenoot zou komen, tenzij de legitimarist binnen die termijn aan de echtgenoot heeft verklaard dat hij zijn legitieme portie wenst te ontvangen. Art. 4:77 BW voorziet in een mogelijkheid van termijnverlenging.

Verjaring

Stel dat een legitimaris aanspraak heeft gemaakt op de legitieme portie. Binnen welke termijn dient deze aanspraak door de legitimaris zo nodig in rechte geldend gemaakt te worden? Aangezien in afdeling 4.4.3 BW geen afwijkende verjaringstermijn is opgenomen, geldt voor de door een legitimaris in te stellen rechtsovereenkomst een verjaringstermijn van twintig jaar (art. 3:306 BW). Deze verjaringstermijn vangt aan vanaf het moment waarop de geldvordering van de legitimaris opeisbaar is geworden (art. 3:313 BW).

Vermissing van de erflater

Indien de erflater vermist is, kan een akte van overlijden opgemaakt worden op grond van een beschikking van de rechter. In dat geval lopen de termijnen van art. 4:85 BW vanaf de dag waarop de beschikking - en dat is de beschikking bedoeld in art. 1:417 lid 1 BW of art. 1:427 lid 1 BW - in kracht van gewijsde is gegaan. Hetzelfde geldt voor de termijn van art. 4:81 BW.

21. Inkorting van erfrechtelijke verkrijgingen

21.1. Wat is inkorting?

Hiervoor is aan de orde geweest wie *aansprakelijk* is voor de legitimaire geldvordering van de legitimaris (§ 14) en wanneer deze vordering opeisbaar is krachtens Boek 4 BW (§ 15) dan wel krachtens een nadere regeling van de opeisbaarheid in een uiterste wilsbeschikking (§ 16). Thans is aan de orde ten laste van wie de legitimaire geldvordering komt. Of anders gezegd: voor wiens rekening komt de schuld uit hoofde van de legitieme portie aan de legitimaris (*de draagplicht*)?

Met de complexe regeling van de inkorting van makingen en giften in art. 4:87 e.v. BW wordt beoogd 'de financiële pijn' van deze bijzondere schuld van de nalatenschap te verdelen onder de stakeholders van de nalatenschap (zoals de erfgenamen, legatarissen, lastbevoordeelden en begiftigden). Deze regeling geeft aan wie voor de voldoening van de legitimaire geldvordering aan de legitimaris draagplichtig is, in welke volgorde en tot welk bedrag.

Opgemerkt moet worden dat de draagplicht voor de legitimaire geldvordering een *interne* aangelegenheid betreft tussen erfgenamen, legatarissen en lastbevoordeelden. De legitimaris staat daar verder buiten. De legitimaris behoeft enkel de erfgenamen daarvoor aan te spreken (en bij de wettelijke verdeling: de langstlevende echtgenoot). De erfgenamen moeten vervolgens met elkaar en de (quasi-)legatarissen en eventuele lastbevoordeelden de rekening van de legitieme portie vereffenen.

Kortom: de *externe* aansprakelijkheid voor de schuld aan de legitimaris is geregeld in art. 4:80 BW, de *interne* draagplicht voor deze schuld is geregeld in art. 4:87 e.v. BW.

21.2. Volgorde van inkorting

Bij de inkorting van de erfrechtelijke verkrijgingen dient een bepaalde volgorde in acht te worden genomen. De wettelijke inkortingsvolgorde is als volgt:

1. het gedeelte van de nalatenschap waarover de erflater niet heeft beschikt (en dat zijn de verkrijgingen volgens het versterferrecht), naar evenredigheid van de verkrijging (art. 4:87 lid 1 BW);
2. de testamentaire makingen (erfstellingen en legaten), eveneens naar evenredigheid van de verkrijging (art. 4:87 lid 2 BW); en ten slotte
3. de giften (art. 4:89 BW, zie verder § 22).

De erflater kan de wettelijke inkortingsvolgorde in bepaalde gevallen bij uiterste wilsbeschikking wijzigen.

Ter toelichting op deze wettelijke inkortingsvolgorde dient het volgende. Inkorting kan plaatsvinden bij verschillende categorieën van stakeholders van de nalatenschap:

- *Inkorting van verkrijgingen krachtens het versterferrecht*

In de eerste plaats komt de voldoening van de schuld aan een legitimaris ten laste van het gedeelte van de nalatenschap waarover de erflater niet door erfstellingen of legaten bij uiterste wil heeft beschikt (art. 4:87 lid 1 BW). De schuld aan een legitimaris komt in eerste instantie derhalve voor rekening van de versterferfgenamen, en wel naar evenredigheid van hun erfrechtelijke verkrijging.

De reden dat verkrijgingen krachtens het versterferrecht eerst ingekort moeten worden voor de schuld aan de legitimaris, is vermoedelijk dat de erflater deze verkrijgingen minder belangrijk heeft geacht dan de testamentaire makingen. Daarvoor heeft hij immers een testament moeten laten opmaken.

Op deze regel kent Boek 4 BW in de tweede zin van art. 4:87 lid 1 BW één uitzondering voor het geval de afstammelingen van een onderfd legitimaris bij plaatsvervulling erven (art. 4:10 lid 2 j° art. 4:12 lid 1 BW).⁸⁸ In dat geval wordt voor de schuld aan de legitimaris als eerste het aan de afstammelingen bij plaatsvervulling toekomende gedeelte van de nalatenschap ingekort (ook weer naar evenredigheid), tenzij uit de uiterste wil iets anders voortvloeit. Men zegt wel dat de legitimaris eerst in 'eigen vlees' moet snijden voordat de rekening van de legitieme portie ook bij de andere versterferfgenamen kan worden neergelegd.

Voorbeeld

Oma is overleden. Zij laat drie kinderen achter: A, B en C. A is in het testament door oma onderfd. A heeft twee kinderen: Y en Y. Zij zullen op grond van het versterferrecht als erfgenamen de plaats vervullen van A (art. 4:12 lid 1 BW). Inkorting ter voldoening van de

⁸⁸ In dat geval is een kind van de erflater onderfd en komen zijn kinderen krachtens het versterferrecht bij plaatsvervulling als erfgenamen op in de nalatenschap van hun grootouder. Zie ook hoofdstuk 2 ('Erfopvolging bij versterf; ordening en erfdelen', § 5). Opmerkelijk is intussen dat deze regel geldt bij onterving, maar niet bij verwerping.

legitieme portie van A vindt eerst plaats bij X en Y, tenzij uit het testament iets anders voortvloeit.⁸⁹

Ter discussie staat of de tweede zin van art. 4:87 lid 1 BW alleen in het versterferfrecht speelt of ook in het testamentair erfrecht. Om onduidelijkheid te voorkomen, dient het testament hiervoor een regeling te bevatten. Die regeling kan inhouden dat de onterfde legitimaris op grond van het testament voor de voldoening van de legitieme portie eerst in 'eigen vlees' moet snijden dan wel dat inkorting naar evenredigheid van de waarde van alle verkrijgingen moet plaatsvinden.

- *Inkorting van testamentaire makingen*

Indien inkorting ingevolge art. 4:87 lid 1 BW onvoldoende oplevert, worden de makingen (erfstellingen en legaten) ingekort. Inkorting kan onvoldoende zijn, omdat bijvoorbeeld de schuld aan de legitimaris niet geheel kan worden voldaan uit de versterfporties of omdat door de erflater in zijn testament in zijn geheel over de nalatenschap is beschikt. Tenzij uit de uiterste wil iets anders voortvloeit, komen alle erfstellingen en legaten naar evenredigheid van hun waarde voor inkorting in aanmerking, met dien verstande dat voor zover een making is te beschouwen als voldoening aan een natuurlijke verbintenis van de erflater, zij pas na de andere makingen voor inkorting in aanmerking komt (art. 4:87 lid 2 BW).

Hieruit blijkt dat het wettelijke uitgangspunt is dat inkorting naar evenredigheid van de waarde van de testamentaire makingen geschiedt. Uit het testament kan evenwel een andere wijze van inkorting dan naar evenredigheid van de waarde van de testamentaire makingen of inkorting in een bepaalde volgorde voortvloeien.

Makingen die kunnen worden beschouwd als voldoening aan een natuurlijke verbintenis van de erflater kunnen ook voor inkorting in aanmerking komen. In zoverre nemen deze makingen een bijzondere positie in dat zij pas als laatste kunnen worden ingekort. De erflater kan echter, ook ten aanzien van makingen ter voldoening aan een natuurlijke verbintenis, de volgorde van inkorting anders regelen.

Het staat een erfgenaam vrij bij de inkorting een daarvoor in aanmerking komende making ongemoeid te laten, maar dat doet hij dan voor eigen rekening. Hij vergroot daardoor niet zijn bevoegdheid tot inkorting van makingen die volgens de wettelijke volgorde pas daarna in aanmerking komen.⁹⁰

Art. 4:87 lid 7 BW stelt een testamentaire last die strekt tot een uitgave van geld of een goed uit de nalatenschap voor de inkorting gelijk met een legaat.

- *Inkorting van quasi-legaten*

De regeling van de inkorting van art. 4:87 lid 2 BW geldt mede voor de quasi-legaten van art. 4:126 BW.⁹¹ Die quasi-legaten van art. 4:126 BW zijn onder meer de schenking ter zake des doods, het verblijvingsbeding en de begunstiging bij een sommenverzekering voor zover de uitkering als een gift geldt. Het zijn alle overeenkomsten met werking bij overlijden

⁸⁹ Omdat deze regel alleen geldt bij onterving en niet bij verwerping van de nalatenschap door A kan de rekening van de legitieme portie na verwerping van bijvoorbeeld een inferieure making bij alle erfgenamen van oma neergelegd worden.

⁹⁰ MvA II, Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 497.

⁹¹ Zie ook hoofdstuk 8 ('In the twilight zone van het erfrecht: de quasi-legaten van art. 4:126 BW').

(ofwel contracten des doods). Voor de toepassing van de regels betreffende inkorting (en vermindering⁹²) worden deze quasi-legaten aangemerkt als een legaat ten laste van de gezamenlijke erfgenamen (vgl. art. 4:126 lid 1 eerste zin BW).

Niettemin worden de verkrijgers van een quasi-legaat op één punt tegemoet gekomen. De quasi-legaten komen pas als laatste voor inkorting (en vermindering) in aanmerking, ná alle makingen (art. 4:126 lid 1 tweede zin BW). Bij de gift of andere handeling die als quasi-legaat kan worden aangemerkt, kan echter anders worden bepaald. Deze tegemoetkoming geldt weer niet als het gaat om een schenking of andere gift die tot het overlijden van de erflater (en die erflater was bij leven de schenker of de gever van het quasi-legaat) kan worden herroepen (art. 4:126 lid 1 derde zin BW).

Art. 4:126 lid 3 BW verklaart twee bepalingen van afdeling 4.4.3 BW (Het geldend maken van de legitieme portie) van overeenkomstige toepassing op de inkorting (en vermindering) van quasi-legaten. Het gaat in de eerste plaats om art. 4:66 BW, dat over de waardering van giften handelt (§ 8). In de tweede plaats betreft dat art. 4:68 BW. Volgens deze bepaling blijven giften van de erflater aan zijn echtgenoot zoals daar omschreven voor de toepassing van afdeling 4.4.3 BW buiten beschouwing (§ 7).

Opgemerkt wordt ten slotte nog dat de quasi-legaten die geen gift zijn (te weten art. 4:126 lid 2 onder a (verblijvingsbeding) en c (omzetting van een natuurlijke verbintenis in een civiele verbintenis) BW) wel voor inkorting in aanmerking komen, maar dat deze quasi-legaten niet meetellen voor de berekening van de legitimaire massa en zij worden evenmin op de legitieme portie van een legitimaris toegerekend (art. 4:65 slotzin BW) (zie voor een toelichting hierop § 7).

- Inkorting van legitimarissen

Ook erfrechtelijke verkrijgingen van legitimarissen kunnen worden ingekort. Wanneer echter een erfrechtelijke verkrijging van een legitimaris zodanig is ingekort dat hij slechts een verkrijging ter grootte van zijn legitieme portie overhoudt, kan er bij hem niet verder worden ingekort. Inkorting is dan slechts mogelijk nadat eerst bij anderen is ingekort, ook bij degenen die een making hebben gekregen ter voldoening aan een natuurlijke verbintenis.

Is de legitieme portie aan een legitimaris dan nog niet voldaan, dan komt *“als laatste”* het gedeelte van de nalatenschap dat aan een legitimaris toekomt en zijn legitieme portie niet te boven gaat voor inkorting in aanmerking. De inkorting van dat gedeelte geschiedt alsdan met vermindering van de vordering waarvoor wordt ingekort, en wel zodanig dat alle legitimarissen eenzelfde evenredig deel van hun legitieme porties verkrijgen (art. 4:87 lid 3 BW).

21.3. Wijzen van inkorting

De wijze waarop inkorting dient plaats te vinden, hangt af van de aard van de erfrechtelijke verkrijging.

Legaat

Inkorting van een legaat vindt plaats door een verklaring aan de legataris door de met het legaat belaste erfgenamen of – indien de wettelijke verdeling van de nalatenschap van

⁹² Zie daarvoor hoofdstuk 7 ('Iemand bevoordelen en belasten met een legaat', § 9).

toepassing is – door de langstlevende echtgenoot (art. 4:87 lid 4 eerste zin BW). Is in de nalatenschap een executeur of een vereffenaar in functie, dan behoort het tot diens privaatieve taak die verklaring namens de erfgenamen te doen.⁹³

Art. 4:120 lid 4 tweede zin BW is van overeenkomstige toepassing op de inkorting van een legaat (art. 4:87 lid 4 tweede zin BW). Dat betekent dat voor zover de prestatie uit hoofde van het legaat reeds is verricht ten gunste van de legataris, de rechtsgrond daarvoor in stand blijft, behoudens de mogelijkheid van terugvordering en verhaal als bedoeld in art. 4:216 en art. 4:220 lid 3 BW. De door de rechtbank benoemde vereffenaar heeft in dat geval de bevoegdheid een aan een legataris uitgekeerd legaat ten behoeve van de boedel (en daarmee ten behoeve van de schuldeisers van de nalatenschap) van de legataris terug te vorderen (art. 4:216 BW). De nog niet voldaan zijnde schuldeisers van de nalatenschap als bedoeld in art. 4:7 lid 1 onder a t/m g BW hebben een extra verhaalsrecht na het verbindend worden van de uitdelingslijst in de vereffening. Zij kunnen zich gedurende drie jaar verhalen op hetgeen reeds aan een legataris is uitgekeerd (art. 4:220 lid 3 BW).

Quasi-legaat

Het is mogelijk dat de legitieme portie van een legitimaris wordt geschonden door voldoening van de quasi-legaten van art. 4:126 BW uit de nalatenschap. De inkorting vindt in dat geval plaats door een verklaring aan de quasi-legataris (art. 4:126 BW j° art. 4:87 lid 4 BW).

Begunstiging bij een sommenverzekering

Art. 4:127 BW bepaalt dat de inkorting van een begunstiging bij een sommenverzekering – en dat is een quasi-legaat voor zover de uitkering die door het overlijden van de verzekeringnemer verschuldigd wordt als gift geldt – tot gevolg heeft dat de begunstigde verplicht is tot vergoeding van de waarde van het ingekorte gedeelte aan de gezamenlijke erfgenamen (dan wel aan de langstlevende echtgenoot bij de wettelijke verdeling van de nalatenschap), voor zover dit niet alle omstandigheden in aanmerking genomen, onredelijk is. Een dergelijke begunstiging kan slechts worden ingekort binnen drie jaar nadat de begunstigde de prestatie heeft ontvangen.

21.4. Aansprakelijkheid voor de niet-opeisbare vordering van een legitimaris

Wij hebben hiervoor gezien dat op grond van Boek 4 BW dan wel een nadere testamentaire regeling de opeisbaarheid van de legitimaire vordering die ten laste komt van de langstlevende echtgenoot of de andere levensgezel uitgesteld kan worden (§ 15 en § 16). In dat geval is de legitimaire geldvordering gedurende langere tijd niet opeisbaar. Opeisbaarheid ontstaat veelal pas bij het overlijden van de langstlevende echtgenoot of de andere levensgezel. Uiteindelijk zal de legitimaire geldvordering van de legitimaris wel voldaan moeten worden. Op dat moment zal veelal niet meer te bepalen zijn welke goederen uit de nalatenschap afkomstig zijn en welke goederen tot het eigen vermogen van de langstlevende echtgenoot of de andere levensgezel behoren.

⁹³ Hoge Raad 17 mei 2013, [ECLI:NL:HR:2013:BZ3643](https://www.eclii.nl/HR:2013:BZ3643). Zie hoofdstuk 8 ('In the twilight zone van het erfrecht: de quasi-legaten van art. 4:126 BW', § 4).

Aan de uitgestelde opeisbaarheid van de legitimaire geldvordering ter bescherming van de langstlevende echtgenoot of de andere levensgezel hangt een prijskaartje.

Het spreekt vanzelf dat voor zover de geldvordering van de legitimaris ten laste komt van het *erfdeel* van de langstlevende echtgenoot dan wel de andere levensgezel, deze daarvoor uit dien hoofde aansprakelijk is. In lijn met art. 4:184 lid 2 onder a BW bepaalt art. 4:87 lid 5 BW dat de aansprakelijkheid van de langstlevende echtgenoot dan wel de andere levensgezel zich uitstrekt tot "*zijn gehele vermogen*". Het venijn schuilt in de staart van art. 4:87 lid 5 BW. Die aansprakelijkheid met het gehele vermogen voor de niet-opeisbare schuld aan de legitimaris geldt ook als de langstlevende echtgenoot of de andere levensgezel de nalatenschap beneficiair had aanvaard.

Het is mogelijk dat de niet-opeisbare schuld aan een legitimaris niet ten laste van een erfdeel komt, maar ten laste van een aan de langstlevende echtgenoot of de andere levensgezel gemaakt *legaat*. Als de erfgenamen in dat geval het legaat voldoen en daarbij op de voet van art. 4:87 lid 4 BW de inkortingsverklaring afleggen, komt deze niet opeisbare schuld aan de legitimaris te rusten op de langstlevende echtgenoot dan wel de andere levensgezel (art. 4:87 lid 6 BW). Als gevolg hiervan gaat de aansprakelijkheid voor de schuld aan de legitimaris over van de erfgenamen op de legataris. Aansprakelijkheid en draagplicht met betrekking tot de schuld aan de legitimaris zijn dan in één hand verenigd.

21.5 Wijziging van de inkortingsvolgorde en uitgestelde opeisbaarheid

Tussen art. 4:82 BW en art. 4:87 lid 2 BW bestaat een nauwe band. Art. 4:82 BW biedt de erflater de mogelijkheid om in een testament ten behoeve van de langstlevende echtgenoot of een andere levensgezel aan een uiterste wilsbeschikking een voorwaarde te verbinden, inhoudende dat de opeisbaarheid van de legitimaire geldvordering uitgesteld wordt tot diens overlijden, en wel "*voor zover deze vordering ten laste zou komen van de echtgenoot*" of de andere levensgezel (§ 16). De draagplicht voor de legitimaire geldvordering is daarbij maatgevend voor de mogelijkheid om de opeisbaarheid van de legitimaire geldvordering uit te stellen. Of anders verwoord: de draagplicht dicteert het uitstel. Die draagplicht is blijkens art. 4:87 BW geen vast gegeven. In zijn testament kan de erflater namelijk op grond van art. 4:87 lid 2 BW de inkortingsvolgorde van makingen wijzigen (§ 21.2). De inkortingsvolgorde van art. 4:87 lid 2 BW - inkorting van makingen naar evenredigheid (met een uitzondering voor makingen waarmee aan een natuurlijke verbintenis wordt voldaan) - geldt "*tenzij uit de uiterste wil iets anders voortvloeit*". Zo zou de erflater de langstlevende echtgenoot of een andere levensgezel kunnen belasten met een grotere draagplicht voor de legitimaire geldvordering, met als gevolg dat de opeisbaarheid van de legitimaire geldvordering dienovereenkomstig wordt uitgesteld.

De praktijk gaat ervan uit dat de mogelijkheid om de inkortingsvolgorde van makingen te wijzigen met als gevolg dat een groter deel van de legitimaire geldvordering niet-opeisbaar wordt, bestaat. In de literatuur is deze kwestie niet onomstreden.⁹⁴ Ondanks een

⁹⁴ C.A. Kraan en J.P. Schmal, 'De positie van de legitimaris bij wijziging van de inkortingsvolgorde', WPNR 6558. In dit artikel wordt betoogd dat het niet mogelijk is om door wijziging van de inkortingsvolgorde te bereiken dat de volledige schuld aan de legitimaris niet-opeisbaar wordt. De auteurs gaan er dan aan voorbij dat niet eenieder wil of kan werken met de wettelijke verdeling (art. 4:13 e.v. BW), in welk geval de langstlevende beschermd wordt tegen financiële claims van de legitimarissen (art. 4:81 lid 2 BW). Ook andere vormen van langstlevende-testamenten behoeven bescherming tegen financiële claims van legitimarissen. Zie ook de reactie van W. Burgerhart, B.M.E.M. Schols en F.W.J.M. Schols, 'Hoe schiet ik tekort door het *niet* wijzigen van de volgorde van inkorting?!', WPNR 6580.

advies van de commissie cassatie in het belang der wet is deze voor de praktijk belangrijke vraag niet aan de Hoge Raad voorgelegd naar aanleiding van een vonnis van de rechtbank Rotterdam (zie daarvoor § 25).

Voorbeeld

Erflater heeft een kind K. Hij heeft een partner met wie hij een gemeenschappelijke huishouding voert en een notarieel samenlevingsovereenkomst is aangegaan. De nalatenschap, tevens legitimaire massa, bedraagt 500. Erflater maakt een testament waarbij hij zijn partner en een derde, D, ieder voor de helft tot zijn erfgenamen benoemt. Erflater bepaalt voorts in zijn testament dat in de eerste plaats op de making van zijn partner moet worden ingekort (art. 4:87 lid 2 BW). Hij wijzigt dus de inkortingsvolgorde en daarmee wordt de draagplicht voor de schuld aan de legitimaris naar de partner verlegd. Zonder die wijziging van de inkortingsvolgorde zou de schuld aan de legitimaris gelijkelijk door de partner en de derde gedragen moeten worden. Verder schrijft erflater voor dat de geldvordering van de legitimaris eerst opeisbaar is na overlijden van zijn partner (art. 4:82 BW).

De partner en D zijn ieder voor de helft erfgenaam, dus ieder verkrijgt 250 uit de nalatenschap. Het legitimaire tekort van K bedraagt $1/2 \times 500 = 250$. Zonder wijziging bij uiterste wilsbeschikking van de inkortingsvolgorde, zouden de partner en D ieder voor de helft, dus ieder voor 125 draagplichtig zijn. De geldvordering van de legitimaris zou voor 125 zes maanden na het overlijden van de erflater opeisbaar zijn; met betrekking tot het restant van 125 dat ten laste van erflaters partner zou komen, is de opeisbaarheid uitgesteld tot het overlijden van de partner. Door wijziging van de inkortingsvolgorde is de partner enig draagplichtige geworden. Leidt dit er nu toe dat voor de gehele geldvordering van de legitimaris van 250 een uitgestelde opeisbaarheid geldt totdat de langstlevende is overleden? De praktijk gaat daar wel van uit.

22. Inkorting van giften

22.1 Wat is inkorting?

Indien hetgeen een legitimaris kan verkrijgen op grond van zijn legitimaire vordering op de erfgenamen respectievelijk de langstlevende echtgenoot in geval van de wettelijke verdeling (art. 4:79 en art. 4:80 lid 1 BW) onvoldoende is om hem zijn legitieme portie te verschaffen, kan hij ten slotte de daarvoor vatbare giften inkorten, voor zover deze giften althans aan zijn legitieme portie afbreuk doen (art. 4:89 lid 1 BW). De omvang van de geldvordering van de legitimaris op een begiftigde is gelijk aan hetgeen de legitimaris na inkorting bij de erfgenamen uit de nalatenschap tekort komt. Voor wat betreft de omvang van de legitimaire geldvordering is niet van belang of en wanneer deze vordering op de erfgenamen opeisbaar is. Men bedenke echter wel dat de legitimaris het niet-opeisbare gedeelte van zijn legitimaire geldvordering niet op de begiftigde kan verhalen.⁹⁵

⁹⁵ NW 6, Parl. Gesch. InvW. Boek 4 BW, p. 1961.

Omvang in mindering te brengen vordering op erfgenamen

Ter berekening van het (restant)bedrag dat door de legitimaris op (een) begiftigde(n) kan worden ingekort, wordt blijkens art. 4:89 lid 1 BW rekening gehouden met een eventuele vermindering van de legitimaire geldvordering op grond van: (i) art. 4:80 lid 2 BW (beperking van aansprakelijkheid tot de waarde van de nalatenschap) (§ 14) en (ii) art. 4:87 lid 3 BW (gelijke behandeling van legitimarissen) (§ 21.2). Dit zijn de grenzen van hetgeen de legitimaris volgens de wettelijke regeling van de legitieme portie van de erfgenamen kan verkrijgen.

Buiten beschouwing blijven eveneens volgens art. 4:89 lid 1 BW de verhoging, bedoeld in art. 4:84 BW (ofwel de rente) (§ 18), alsmede het deel van de legitimaire vordering dat ingevolge art. 4:85 lid 2 BW (in geval van samenloop met het verzorgingsvruchtgebruik van art. 4:30 BW) is vervallen (§ 20). Een eventuele verhoging van de legitimaire vordering op de erfgenamen met rente blijft tegenover de begiftigden buiten beschouwing, en beïnvloedt dus niet het bedrag dat op de begiftigden kan worden ingekort. Wat de legitimaris misloopt door zich niet tijdig te verklaren tegenover de langstlevende echtgenoot die aanspraak kan maken op een verzorgingsvruchtgebruik kan hij niet ten laste brengen van de begiftigden.

Wijze van inkorting

Inkorting van een gift geschiedt door een verklaring van de legitimaris aan de begiftigde (art. 4:90 lid 1 BW). De legitimaris verkrijgt rechtstreeks een vordering op de begiftigde door inkorting als bedoeld in art. 4:89 BW (art. 4:79 onder b BW).⁹⁶ Als gevolg van het uitbrengen van deze verklaring is de begiftigde verplicht de waarde van het ingekorte gedeelte van de gift aan de legitimaris te vergoeden.

22.2 Welke giften zijn voor inkorting vatbaar?

Vatbaar voor inkorting zijn de in art. 4:67 BW bedoelde giften (art. 4:89 lid 2 BW). Dat zijn de giften die meetellen bij de berekening van de legitieme portie (en die deel uitmaken van de legitimaire massa (art. 4:65 BW)) (§ 7). Dat betekent dat voor de inkorting van giften derhalve buiten beschouwing blijven:

- a. de giften van de erflater aan zijn echtgenoot (als bedoeld in art. 4:68 BW);
- b. de giften uit hoofde van een morele verplichting tot levensonderhoud, voor zover in overeenstemming met erflaters inkomen en vermogen (art. 4:69 lid 1 onder a BW); en
- c. de gebruikelijke giften voor zover niet bovenmatig (art. 4:69 lid 1 onder b BW).

Welke giften daadwerkelijk voor inkorting door de legitimaris in aanmerking komen, wordt in beginsel bepaald door de in art. 4:89 lid 3 BW genoemde volgorde van inkorting. Op deze regeling kent de wet evenwel enkele correcties en uitzonderingen (zie hierna).

Het staat de legitimaris vrij om een bepaalde daarvoor in aanmerking komende gift niet in te korten. Dat doet de legitimaris dan wel weer voor eigen rekening.

⁹⁶ Een dergelijke vordering kan niet worden ingesteld door de executeur, aldus rechtbank Rotterdam 17 november 2021, [ECLI:NL:RBROT:2021:11246](https://ecli.nl/RBROT:2021:11246).

Ik bespreek nog enkele thema's.

- *Incasso-risico bij inkorting van giften*

De eerste zin van art. 4:89 lid 3 BW luidt als volgt:

“Een gift komt voor inkorting slechts in aanmerking, voor zover de legitimaris zijn legitieme portie niet door inkorting van jongere giften kan verkrijgen.”

De woorden *“kan verkrijgen”* lijken het incasso-risico bij oudere begiftigden neer te leggen, in plaats van bij de legitimaris.⁹⁷ De legitimaris kan voor hetgeen hij op een (onvermogen) jongere begiftigde niet kan verhalen de oudere gift(en) inkorten. Aan te nemen valt dat de oudere begiftigde wordt gesubrogeerd in de rechten van de legitimaris jegens de jongere begiftigde (art. 6:150 BW).

- *Bepaling van de inkortingsvolgorde door erflater*

Met betrekking tot giften die voor inkorting vatbaar zijn, en wel uitsluitend omdat de erflater dit heeft bepaald of omdat hij deze altijd had kunnen herroepen (vgl. art. 4:67 onder b BW), kan de erflater tevens bepalen wanneer deze giften in relatie tot andere giften voor inkorting in aanmerking komen. De vraag is of de erflater dit ook kan bepalen voor giften die louter op grond van Boek 4 BW voor inkorting vatbaar zijn.

- *Uitzonderingen: giften die niet voor inkorting in aanmerking komen*

Sommige giften komen niet voor inkorting in aanmerking (ad (i)). Inkorting lijdt uitzondering bij toepassing van de hardheidsclausule (ad (ii)).

(i) Giften aan een mede-legitimaris

Een gift van de erflater aan een mede-legitimaris kan niet worden ingekort, als het gevolg hiervan zou zijn dat deze hierdoor zelf op zijn legitieme portie tekort komt (art. 4:90 lid 2 BW). Een bepaling als art. 4:87 lid 3 BW (dat een gelijke behandeling van de legitimarissen voorschrijft) ontbreekt hier.

(ii) Hardheidsclausule

Volgens de tweede zin van art. 4:90 lid 1 BW is de begiftigde op wiens gift wordt ingekort verplicht de waarde van het ingekorte gedeelte van de gift aan de legitimaris te vergoeden, *“voor zover dit niet, alle omstandigheden in aanmerking genomen, onredelijk is”*. Dat nakoming van de vergoedingsplicht door de begiftigde aan de legitimaris van de ontvangen gift *“onredelijk”* is, zal niet snel mogen worden aangenomen. De gevallen waarin een gift voor inkorting vatbaar zijn verklaard, zijn zeer beperkt (vgl. art. 4:67 BW) en bovendien van dien aard, dat over het algemeen van de begiftigde kan worden verlangd dat hij al sedert de ontvangst van de gift met een verplichting tot vergoeding aan legitimarissen rekening heeft te houden.⁹⁸ In de wetsgeschiedenis worden als voorbeelden van toepassing van de hardheidsclausule genoemd het geval van een sterke waardedaling

⁹⁷ De wetgever acht deze uitleg in elk geval *“redelijk”*. Zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 497.

⁹⁸ MvA II, Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 525.

van het geschonkene geheel buiten toedoen van de begiftigde als gevolg van bijzondere omstandigheden, die redelijkerwijze niet voor zijn rekening behoren te komen, en het geval van een gift die de erflater aan zijn echtgenoot heeft gedaan en die door hen samen is verteerd.⁹⁹

Kan de legitimaris het bedrag dat hem als gevolg van de toepassing van de hardheidsclausule ontgaat, vervolgens inkorten op een oudere voor inkorting vatbare gift? Zou daarvoor wellicht een beroep kunnen worden gedaan op de woorden van de eerste zin van art. 4:89 lid 3 BW ("*kan verkrijgen*")? De wetgever meent dat een beroep daarop inderdaad "*uitkomst zal kunnen bieden*".¹⁰⁰ De gedachte kan toch moeilijk zijn dat de inkortende mede-legitimaris uiteindelijk met lege handen blijft zitten?

22.3 Volgorde van inkorting

Giften komen voor inkorting in aanmerking in omgekeerde volgorde van verkrijging, dat wil zeggen dat de jongste gift het eerst voor inkorting in aanmerking komt, vervolgens een oudere gift en dan een nog oudere gift (art. 4:89 lid 3 BW). Giften die gelijktijdig zijn gedaan komen gelijkelijk voor inkorting in aanmerking, naar evenredigheid van hun waarde. Giften van een voordeel bestemd om pas na erflaters overlijden ten volle te worden genoten (bijvoorbeeld een schenking van een goed onder voorbehoud van vruchtgebruik tot erflaters overlijden), worden beschouwd als giften op het tijdstip van zijn overlijden. Deze giften komen dus als eerste (maar na giften die worden aangemerkt als quasi-legaten) voor inkorting in aanmerking.

Het zou in het systeem van de wet passen om het moment van het doen van de gift te stellen op het tijdstip van de prestatie (vgl. art. 4:66 BW).

22.4 Vervaltermijn

Wat de vervaltermijn voor de inkorting van een gift door een legitimaris betreft gelden overeenkomstige regelingen als ten aanzien van het geldend maken van de legitieme portie jegens de erfgenamen (§ 20). De bevoegdheid van een legitimaris tot inkorting van een gift bij een begiftigde vervalt na verloop van een hem daarvoor door de begiftigde gestelde redelijke termijn, en uiterlijk vijf jaar na het overlijden van de erflater (art. 4:90 lid 3 BW).

23. Stiefkinderen en de legitieme

De wetgever heeft gehoor gegeven aan de in de samenleving breed gedragen wens om in erfrechtelijke aangelegenheden eigen kinderen en stiefkinderen¹⁰¹ op gelijke voet te kunnen behandelen. Kinderen en stiefkinderen zullen immers allen van hetzelfde gezin deel uitgemaakt hebben. Zo biedt art. 4:27 BW een erflater de mogelijkheid om één of meer van zijn stiefkinderen als eigen kind in de wettelijke verdeling van de nalatenschap te betrekken.¹⁰² Het stiefkind krijgt daarmee eenzelfde positie als erfgenaam als het eigen kind

⁹⁹ MvA II, Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 525.

¹⁰⁰ MvT, Parl. Gesch. InvW. Boek 4 BW, p. 1865.

¹⁰¹ Als stiefkind wordt aangemerkt een kind van de echtgenoot of geregistreerde partner van de erflater, van welk kind de erflater niet zelf ouder is (art. 4:8 lid 3 BW).

¹⁰² Zie hoofdstuk 3 ('Het Staatstestament: de wettelijke verdeling van de nalatenschap', § 8).

van de erflater. Aan een stiefkind komt geen beroep toe op de legitieme portie. Een stiefkind is immers geen legitimaris van de erflater (art. 4:64 lid 2 BW) (§ 4). Indien één of meer stiefkinderen in de wettelijke verdeling van de nalatenschap door de erflater worden betrokken, kan de legitieme portie van een kind van de erflater in het gedrang komen, omdat de erflater in waarde te veel uitdeelt aan anderen. Schending van de legitieme portie kan ook spelen indien de erflater giften doet aan het stiefkind of een testamentaire regeling optuigt waarbij hij stiefkinderen betreft.

Art. 4:91 BW geeft de erflater de ruimte om kinderen en stiefkinderen gelijk te stellen, en niet meer dan dat. De regeling van art. 4:91 BW beperkt de inkortingsmogelijkheden van legitimarissen ten opzichte van makingen en giften die aan de stiefkinderen van de erflater zijn gedaan. De stiefkinderen worden aldus beschermd tegen de aanspraken van de eigen kinderen van de erflater uit hoofde van de legitieme portie. De tekst van art. 4:91 lid 1 eerste zin BW luidt als volgt:

“Indien de erflater makingen of giften heeft gedaan aan een stiefkind, wordt in afwijking van de artikelen 80 tot en met 89 op die makingen en giften niet ingekort, behoudens voor zover de waarde daarvan hoger is dan tweemaal hetgeen de legitieme portie van een kind van de erflater had belopen, indien de door de erflater aldus bevoordeelde stiefkinderen diens eigen kinderen waren geweest.”

Met een voorbeeld¹⁰³ kan deze moeilijk leesbare tekst verduidelijkt worden.

A heeft één kind en vijf stiefkinderen. A wil zijn kind en de kinderen van zijn overleden echtgenoot gelijkstellen. Hij benoemt alle zes kinderen tot zijn erfgenamen, ieder voor 1/6 gedeelte. De legitieme portie van het kind van A bedraagt $1/2 \times 1 = 1/2$ (art. 4:64 lid 1 BW). Het kind lijkt de door de erflater gewenste gelijkheid te kunnen doorbreken met een beroep op zijn legitieme portie. Hij heeft recht op de helft van de nalatenschap, maar verkrijgt slechts 1/6. Art. 4:91 lid 1 BW werkt dan als volgt uit. Indien de stiefkinderen eigen kinderen van A waren geweest, bedroeg de legitieme portie van ieder kind $1/2 \times 1/6 = 1/12$. Er kan slechts bij de stiefkinderen worden ingekort voor zover de erfrechtelijke verkrijging van een stiefkind (1/6) meer dan twee keer de legitieme portie bedraagt, dus groter is dan $2 \times 1/12 = 1/6$. Dat blijkt in dit voorbeeld niet het geval te zijn. Er kan door de legitimaris dus niet ingekort worden bij de stiefkinderen. Het kind van A schiet niets op met een beroep op zijn legitieme portie.

De bescherming die art. 4:91 BW aan het stiefkind biedt, vindt haar grens in tweemaal hetgeen de legitieme portie van een kind van de erflater had belopen, indien de door de erflater aldus bevoordeelde stiefkinderen diens eigen kinderen waren geweest. Indien het stiefkind meer verkrijgt dan – kort gezegd – het aldus berekende ‘dubbele’ van de legitieme portie kan daarop worden ingekort. In dat geval zou geen sprake meer zijn van een gelijke behandeling van de stiefkinderen met de legitimarissen, maar van een bevoordeling van de stiefkinderen.

Stiefkinderen die de erflater in zijn testament niet heeft begunstigd, hebben geen invloed op de mogelijkheid van inkorting.¹⁰⁴

Over het algemeen zal het in de wettelijke verdeling van de nalatenschap betrekken van een stiefkind niet ertoe leiden dat de legitieme portie van de legitimarissen in gevaar komt. Enig rekenwerk leert dat pas in het geval in de wettelijke verdeling het aantal

¹⁰³ Zie bijvoorbeeld rechtbank Midden-Nederland 2 september 2015, [ECLI:NL:RBMNE:2015:6265](https://www.eclii.nl/nl/RBMNE:2015:6265).

¹⁰⁴ NW Bezemwet, Parl. Gesch. Inw. Boek 4 BW, p. 1967.

stiefkinderen het aantal eigen kinderen met minimaal twee overtreft, het erfdeel van een eigen kind minder zou bedragen dan de helft van het erfdeel waarop dat eigen kind zonder stiefkinderen aanspraak zou hebben gehad.¹⁰⁵ In die situatie belet art. 4:91 lid 1 BW dat legitimarissen hun aanspraken uit hoofde van de legitieme portie jegens de stiefkinderen kunnen uitoefenen.

Ingezien dient te worden dat art. 4:91 BW geen sta-in-de-weg is voor legitimarissen om hun aanspraken uit hoofde van de legitieme portie jegens anderen dan de stiefkinderen - waaronder ook de langstlevende ouder - geldend te maken. De legitimaris verkrijgt daardoor uiteindelijk meer dan het stiefkind. De opeisbaarheid van deze legitimaire geldvordering op de langstlevende echtgenoot zal in de regel evenwel uitgesteld zijn (op grond van ofwel art. 4:81 BW, ofwel art. 4:82 BW), zodat verhaal voor deze vordering niet aanstonds mogelijk is.

Voorbeeld

Erflater A laat achter een echtgenoot B, twee kinderen C en D en vier stiefkinderen E, F, G en H. De nalatenschap bedraagt 420 en is gelijk aan de legitimaire massa. Erflater wenst zijn eigen kinderen en zijn stiefkinderen zo veel mogelijk gelijk te behandelen. Hij betreft zijn echtgenoot, zijn eigen kinderen én de stiefkinderen in de wettelijke verdeling, door deze van toepassing te verklaren en ieder voor 1/7 deel tot erfgenaam te benoemen (art. 4:27 BW).

De legitieme portie van C en D bedraagt de helft van 1/3 oftewel 1/6 van de legitimaire massa ten bedrage van 420, dus in waarde 70. Krachtens de erfstellingen in combinatie met de wettelijke verdeling kregen zij 60. Zonder art. 4:91 BW zouden C en D kunnen inkorten bij B en bij de stiefkinderen.

Art. 4:91 BW leidt ertoe dat de makingen aan de stiefkinderen buiten schot blijven. Zij verkrijgen immers 60, en dat is niet meer dan tweemaal hetgeen de legitieme portie van een kind had belopen, indien de door de erflater aldus bevoordeelde stiefkinderen diens eigen kinderen waren geweest. Maar C en D kunnen voor ieders legitimair tekort van 10 wel bij de langstlevende B aankloppen. Dit resulteert erin dat C en D in totaal 70 verkrijgen, terwijl de stiefkinderen het per saldo ieder met 60 moeten doen. Tussen de legitimarissen en de stiefkinderen is er dus toch een verschil. Daaraan doet niet principieel af dat de vorderingen van C en D jegens B veelal niet direct zullen kunnen worden opgeëist als gevolg van art. 4:13 j° art. 4:81 of art. 4:82 BW.

Giften aan een stiefkind

Hoe moet voor de toepassing van art. 4:91 BW omgegaan worden met giften die aan een stiefkind zijn gedaan? Giften aan stiefkinderen worden in de regel alleen in aanmerking genomen wanneer de prestatie binnen vijf jaar voor het overlijden van de erflater is geschied (art. 4:67 onder e BW) (§ 7). Deze beperking geldt niet bij giften aan de eigen kinderen (art. 4:67 onder d BW). Het verschil tussen giften aan eigen kinderen en stiefkinderen treedt niet alleen aan de dag bij de berekening van de legitimaire massa (art. 4:67 BW, ofwel de in aanmerking te nemen giften), maar is ook bepalend voor de vraag welke giften voor inkorting vatbaar zijn (§ 22.2). De voor inkorting vatbare giften zijn volgens art. 4:89 lid 2 BW de in aanmerking te nemen giften. Dit verschil kan ertoe leiden dat een

¹⁰⁵ Nota NE, Parl. Gesch. Inw. Boek 4 BW, p. 1517.

door de erflater gewenste gelijke behandeling van kinderen en stiefkinderen alsnog wordt doorkruist.

De wetgever heeft het verschil tussen giften aan eigen kinderen en stiefkinderen onder ogen gezien en dat tot op zekere hoogte gerelativeerd.¹⁰⁶ Dat kan als volgt worden toegelicht.

Voor de berekening van de legitimaire massa valt het verschil tussen giften aan eigen kinderen en stiefkinderen weg, hetgeen betekent dat *alle* giften aan eigen kinderen en stiefkinderen als in aanmerking te nemen giften worden meegeteld. De gelijke behandeling van eigen kinderen en stiefkinderen wordt gerealiseerd door uit te gaan van wat de legitieme portie van een eigen kind had belopen, *“indien de door de erflater aldus bevoordeelde stiefkinderen diens eigen kinderen waren geweest”* (art. 4:91 lid 1 BW). Als het stiefkind een eigen kind was, zouden de giften ouder dan vijf jaar ook in aanmerking zijn genomen.

Aan het verschil tussen giften aan eigen kinderen en stiefkinderen wordt door de wetgever vastgehouden in die gevallen waarin een stiefkind één of meer giften, ouder dan vijf jaar, heeft ontvangen. Op die oude giften is geen inkorting mogelijk (art. 4:67 onder e BW).

Voorbeeld

Erflater laat een kind K achter. Hij benoemt kind K tot zijn erfgenaam voor 1/3 deel en zijn stiefkind S voor 2/3 deel. Zijn nalatenschap bedraagt 300. Hij deed een gift aan S van 200, waarvan de prestatie zes jaar voor zijn overlijden geschiedde.

De legitieme portie van K bedraagt 1/2 van 300, oftewel 150. Hij verkreeg uit de nalatenschap 100, zodat zijn legitimaire tekort 50 bedraagt, Kan daarvoor inkorting plaatsvinden bij S?

De immuniteitsgrens voor S wordt als volgt berekend: $2 \times 1/4 \times (300 + 200) = 250$. S verkreeg als erfgenaam 200 en als begiftigde 200, totaal 400. De immuniteitsgrens is dus met 150 overschreden, zodat K voor 150 op de erfstelling van S kan inkorten.

Met aan een stiefkind gedane makingen en giften wordt rekening gehouden bij de berekening van de fictieve legitieme portie van art. 4:91 lid 1 eerste zin BW. In art. 4:91 lid 1 tweede zin BW wordt nog bepaald dat voor de berekening van de fictieve legitieme meegeteld moet worden *“een door de erflater ter nakoming van een natuurlijke verbintenis gesloten sommenverzekering die geen pensioenverzekering is en die door het overlijden van de erflater tot uitkering komt”* (art. 4:91 lid 1 tweede zin en art. 4:70 lid 3 BW). Een dergelijke sommenverzekering wordt voor de berekening van de legitimaire massa met een gift gelijkgesteld, en die gelijkstelling strekt zich ook uit tot de stiefkinderen.

Vermindering

Art. 4:91 lid 2 BW bepaalt dat, voor zover voor de in art. 4:80 BW bedoelde geldvordering van een legitimaris in verband met zijn beperkte inkortingsmogelijkheden niet overeenkomstig art. 4:87 BW kan worden ingekort, deze vordering wordt verminderd.

Als gevolg van deze vermindering wordt voorkomen dat een erfgenaam die geen legitimaris is (bijvoorbeeld de langstlevende echtgenoot), belast wordt met een gedeelte van de geldvordering van een legitimaris dat niet overeenkomstig art. 4:87 BW ten laste

¹⁰⁶ NW Bezemwet, Parl. Gesch. Inw. Boek 4 BW, p. 1967.

van de nalatenschap kan worden gebracht, maar waarvoor deze erfgenaam wel aansprakelijk is.¹⁰⁷ Deze bepaling maakt voor de toepassing van art. 4:89 lid 1 BW ook duidelijk dat de legitimaris het gedeelte van zijn vordering waarvoor niet overeenkomstig art. 4:87 BW kan worden ingekort, niet *“kan verkrijgen”*, zodat in zoverre inkorting van giften mogelijk is.

Regelend recht

De bescherming die art. 4:91 BW aan stiefkinderen kan bieden, is van regelend recht. Indien de erflater van oordeel is dat de stiefkinderen de bescherming van art. 4:91 BW niet behoeven, dan kan hij bij een gift aan een stiefkind of bij uiterste wilsbeschikking bepalen dat art. 4:91 BW geheel of ten dele buiten toepassing blijft (art. 4:91 lid 3 BW).

24. Uitoefening van de bevoegdheden van de legitimaris

Aan de legitimaris komt een wilsrecht toe om een beroep te doen op de legitieme portie; de legitimaris kan verkiezen dat wilsrecht al dan niet uit te oefenen. Art. 4:92 BW voorziet in een regeling met betrekking tot de overgang (art. 4:92 lid 1 BW) en overdracht (art. 4:92 lid 3 BW) van het wilsrecht van de legitimaris en de uitoefening van het wilsrecht in een insolventiescenario (art. 4:92 lid 2 BW). Deze regeling heeft dus geen betrekking op de situatie die ontstaat na uitoefening van het wilsrecht, ten gevolge waarvan de legitimaire geldvordering van een legitimaris tegenover erfgenamen en zo nodig ook begiftigden geldend gemaakt kan worden.

Overlijden

Een onderscheid kan worden gemaakt tussen twee situaties: (i) de legitimaris overlijdt *voordat* de erflater is overleden en (ii) de legitimaris overlijdt *nadat* de erflater is overleden.

Overlijdt de legitimaris als eerste, dan bepaalt art. 4:63 lid 2 BW wie de legitimarissen van de erflater zijn (§ 4). Legitimarissen zijn *“de afstammelingen van de erflater die door de wet als erfgenamen tot zijn nalatenschap worden geroepen, hetzij uit eigen hoofde, hetzij bij plaatsvervulling met betrekking tot personen die op het ogenblik van het openvallen der nalatenschap niet meer bestaan of onwaardig zijn”*. Dat betekent dat een kleinkind legitimaris kan zijn als hij bij plaatsvervulling opkomt voor zijn overleden ouder.

Overlijdt de legitimaris nadat de erflater is overleden, dan komen zijn bevoegdheden als legitimaris toe aan degenen die tot zijn nalatenschap gerechtigd zijn (art. 4:92 lid 1 BW). In beginsel zijn dat de erfgenamen volgens het versterfrecht (en in geval van de wettelijke verdeling van de nalatenschap, de langstlevende echtgenoot) dan wel het testamentair erfrecht als rechtsopvolgers onder algemene titel. De rechtverkrijgenden van de legitimaris kunnen deze bevoegdheden ieder voor hun aandeel uitoefenen.¹⁰⁸

¹⁰⁷ NW Bezemwet, Parl. Gesch. Invw. Boek 4 BW, p. 1968.

¹⁰⁸ Parl. Gesch. Boek 4 BW, p. 530: de vordering van de legitimaris is *“een voor deling vatbare vordering”*.

Overdracht

De bevoegdheden van de legitimaris kunnen slechts tezamen met zijn erfdeel worden overgedragen (art. 4:92 lid 3 BW). Heeft de legitimaris geen erfdeel (ofwel geen aandeel in de nalatenschap) omdat hij is onterfd, dan is overdracht niet mogelijk. In een dergelijk geval zou de legitimaris, nadat hij zijn wilsrecht heeft uitgeoefend door een beroep te doen op de legitieme portie, de daardoor ontstane legitimaire geldvordering kunnen overdragen (art. 3:94 BW).

Faillissement en schuldsanering

Is de legitimaris failliet of is de schuldsaneringsregeling op hem van toepassing, dan kunnen zijn bevoegdheden als legitimaris uitgeoefend worden door de curator respectievelijk de bewindvoerder (art. 4:92 lid 2 BW). Zij kunnen een beroep doen op de legitieme portie van de failliet onderscheidenlijk de saniet, zodat ten behoeve van de schuldeisers daarop verhaal kan worden genomen.

Ook in andere gevallen waarin de legitimaris een wettelijk vertegenwoordiger heeft (men denke daarbij aan minderjarigheid, ondercuratelestelling of beschermingsbewind) kan de wettelijk vertegenwoordiger de bevoegdheden van de legitimaris uitoefenen. Uitgangspunt behoort te zijn dat de wettelijk vertegenwoordiger een beroep doet op de legitieme portie, en deze niet in een onterving van de rechthebbende berust. Voor berusting in het testament heeft de bewindvoerder bij een beschermingsbewind of de wettelijk vertegenwoordiger van een minderjarige overigens machtiging van de kantonrechter nodig (vgl. art. 1:441 lid 2 onder a BW onderscheidenlijk art. 1:345 lid 1 onder a BW).

25. Legitieme in de rechtspraak

De rechtspraak die is geweest over de legitieme portie laat zien dat nog veel *issues* tot discussie aanleiding geven. De volgende thema's komen hierna aan de orde:

- informatieverstrekking aan legitimarissen;
- de tweetrapsmaking;
- draagplicht en aansprakelijkheid;
- is een finaal verrekenbeding een quasi-legaat?;
- het legaat van de legitieme portie;
- aansprakelijkheid van de executeur; en
- het vermogen van een stichting en de legitieme portie

Informatieverstrekking aan legitimarissen

Is voor de notaris een taak weggelegd of heeft de notaris wellicht zelfs een plicht om legitimarissen te traceren en op de hoogte te stellen van hun wettelijke rechten als zij in een testament onterfd zijn? Legitimarissen kunnen aanspraak maken op de legitieme portie (art. 4:63 e.v. BW), en dat is een schuld van de nalatenschap (art. 4:7 lid 1 onder g BW). Als de notaris een onterfde legitimaris hierover informeert, schendt hij dan zijn notariële ambtsgeheim? Lange tijd was men in notariële kringen verdeeld over de beantwoording

van deze belangwekkende vragen. Boek 4 BW geeft hier in elk geval geen duidelijke regels over. Bij gebreke daarvan komt de vraag op of de zorgplicht van de notaris met zich brengt dat hij gehouden is een onterfde legitimaris te informeren over zijn wettelijke rechten.

Ik noteer eerst enkele standpunten uit de polemiek die in notariële kringen hierover is gevoerd.

Naar aanleiding van de inwerkingtreding van Boek 4 BW heeft de KNB een werkgroep deontologie nieuw erfrecht ingesteld.¹⁰⁹ Deze werkgroep heeft zich gebogen over vragen die gingen over de rol van de notaris: moet de notaris al dan niet informatie verstrekken aan bepaalde belanghebbenden en moet hij dienst weigeren als een cliënt hem verzoekt bepaalde informatie voor zich te houden. De werkgroep heeft haar uitgangspunten geformuleerd en die in 2004 in een artikel in WPNR kenbaar gemaakt.¹¹⁰ Het soort opdracht dat de notaris heeft gekregen – het enkel afgeven van een verklaring van erfrecht of het verzorgen van de algehele boedelafwikkeling – maakt volgens de werkgroep geen verschil voor de wijze waarop de taak van de notaris moet worden uitgevoerd. Met betrekking tot de informatieverstrekking aan legitimarissen wordt het standpunt ingenomen dat de notaris niet de plicht heeft een legitimaris te traceren en te informeren, als hem verzocht wordt een verklaring van erfrecht af te geven. De werkgroep is verder van oordeel dat als de notaris tegen de wil van de opdrachtgever toch de legitimaris op de hoogte zou stellen, het beroepsgeheim wordt geschonden. De werkgroep onderkent evenwel dat er argumenten bestaan die pleiten voor een algemene onderzoeks- en informatieplicht van de notaris zoals het feit dat de rechten van een legitimaris vijf jaar na het overlijden vervallen, ongeacht of de legitimaris op de hoogte van het overlijden is of kan zijn (art. 4:85 BW).

In notariële kringen bleef men over deze kwestie – moet de notaris vanwege zijn zorgplicht een onterfde legitimaris informeren over zijn wettelijke rechten? – strijden. Er zijn *pro*-argumenten voor de informatieplicht van de notaris aangevoerd. Die *pro*-argumenten zijn:

- De notaris dient op grond van zijn maatschappelijke opdracht legitimarissen desgevraagd op de hoogte te kunnen stellen van hun wettelijke rechten. Dat beantwoordt ook aan de verwachtingen die men van een notaris heeft.
- De notaris dient een redelijke onderzoeksinspanning te leveren om legitimarissen op te sporen (bijvoorbeeld door raadpleging van de Basisregistratie Personen (BRP)).
- Het onderscheid tussen een legataris die zonder meer een vorderingsrecht op de nalatenschap heeft (art. 4:119 en art. 4:7 lid 1 onder h BW) en een legitimaris die een wilsrecht heeft waarmee een vorderingsrecht in het leven kan worden geroepen nadat aanspraak is gemaakt op de legitieme portie (art. 4:63 e.v. en art. 4:7 lid 1 onder g BW), is artificieel.

¹⁰⁹ De gebroeders Bernard en Freek Schols hebben als eersten een steen in de notariële vijver gegooid. In WPNR 2002/6513, 'Krijgt de legitimaris bericht?', betoogden zij dat de opdracht aan de notaris doorslaggevend is. Alleen als de notaris de opdracht heeft gekregen tot volledige boedelbehandeling houdt dit automatisch in dat hij alle schuldeisers – waaronder de legitimaris (art. 4:7 lid 1 onder g BW) – dient te benaderen. Is de opdracht beperkt tot het afgeven van een verklaring van erfrecht, dan behoeft de notaris de legitimaris niet op de hoogte te stellen. De onterfde legitimaris is geen erfgenaam meer en zal het ook niet meer worden. Uit art. 4:188 BW blijkt dat de legitimaris niet in de verklaring van erfrecht behoeft te worden opgenomen.

¹¹⁰ R.L. Albers-Dingemans, 'Enige beschouwingen over de notariële deontologie bij een nalatenschap', WPNR 2004/6585.

De *contra*-argumenten luiden als volgt:

- Legitimarissen zijn geen erfgenamen of legatarissen.
- Legatarissen hebben zonder meer een jegens de nalatenschap uit te oefenen vorderingsrecht (art. 4:119 BW). In art. 4:201 lid 1 BW is bepaald dat een legaat wordt verkregen zonder dat aanvaarding nodig is (behoudens de mogelijkheid van verwerping). Legitimarissen hebben eerst een jegens de nalatenschap uit te oefenen vorderingsrecht nadat aanspraak is gemaakt op de legitieme portie (art. 4:7 lid 1 onder g BW).
- Het is de taak van de erfgenamen om legitimarissen te benaderen, niet de taak van de notaris. Het leidt bovendien tot onwenselijk *shopping*-gedrag bij notarissen (met als eerste vraag: spoort u legitimarissen op of niet?).

De notariskamer heeft inmiddels bij beslissing van 8 januari 2013, [ECLI:NL:GHAMS:2013:1895](#), over deze kwestie geoordeeld. In de nalatenschap van erflaatster zijn zes kleinkinderen legitimarissen. Erflaatster heeft hen in haar testament niet met enige making bedacht. Eén van de kleinkinderen meldt zich bij een erfgenaam (dochter van erflaatster en klaagster) met de mededeling dat deze zich op zijn legitieme portie beroept. Klaagster informeert daarop de executeur, een oud-notaris. Nadien blijkt dat de executeur uit eigen beweging en tegen de wens van klaagster in alle legitimarissen heeft geïnformeerd over hun wettelijke rechten. Daaronder bevinden zich de kinderen van een zoon aan wie, naar zeggen van klaagster, de erflaatster uitdrukkelijk hun legitieme portie heeft willen ontzeggen.

In eerste aanleg oordeelt de Haagse kamer van toezicht (thans de kamer voor het notariaat genaamd) dat de executeur de legitimarissen niet had mogen informeren. De notaris heeft de tuchtnorm van de Wet op het notarisambt (Wna) overtreden, een norm die inhoudt dat de notaris de zorg in acht neemt die een notaris behoort te betrachten ten opzichte van degenen voor wie hij optreedt (art. 93 lid 1 Wna). De kamer overweegt:

“Naar het oordeel van de Kamer van Toezicht strekt deze zorg zich wel uit over de erfgenaam, maar niet tot de legitimaris, die immers geen erfgenaam is. Krachtens artikel 7 lid 1 sub g van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek is de legitimaris een schuldeiser op zijn deel uit de nalatenschap. Het behoort daarom niet tot de zorgplicht van de notaris om – gelet op het feit dat de kleinkinderen van erflaatster niet in haar testament tot haar erfgenamen zijn benoemd – eigener beweging deze kleinkinderen te traceren en op hun rechten als legitimaris te wijzen. Door aldus te handelen heeft de notaris, namens wie de oud-notaris in deze is opgetreden, gehandeld in strijd met zijn geheimhoudingsplicht.

Ter toelichting verwijst de Kamer van Toezicht naar hetgeen hierover gesteld is in het preadvies KNB 2006, p. 124-127, door B.M.E.M. Schols en in de leidraad gegeven door de Werkgroep Notariële Deontologie (KNB). Met deze leidraad heeft de KNB beoogd houvast te bieden aan diegenen in de notariële praktijk die zich met erfrecht bezighouden en worden geconfronteerd met de vraag hoe een notaris kan, mag of moet handelen in bepaalde gevallen. Van de notaris mag verwacht worden dat hij hiermee bekend is. De klacht is daarom als gericht tegen de notaris, onder wiens verantwoordelijkheid de verweten gedraging immers is geschied, op dit onderdeel gegrond.”

De gegrondverklaring van de klacht leidde tot de oplegging aan de notaris van de maatregel van een berisping.

In hoger beroep oordeelt de notariskamer:

“Met betrekking tot het informeren van legitiemarissen ten aanzien van hun rechten bestaan binnen het notariaat verschillende goed verdedigbare opvattingen. Eén van die opvattingen is dat de notaris legitiemarissen in een nalatenschap in voorkomend geval wijst op hun wettelijke rechten. Die opvatting vindt steun in de beschouwingen van de toenmalige Minister van Justitie zoals die blijken uit de parlementaire geschiedenis van Boek 4 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (Kamerstukken I, 2001/2002, 27 021, nr 111a, p. 4):

“Wel meen ik dat in voorkomende gevallen de algemene zorgverplichting van de notaris kan meebrengen dat hij een hem bekende legataris op de hoogte stelt van een uiterste wil, wanneer hij grond heeft om aan te nemen dat die legataris door de erfgenamen niet zal worden benaderd. Uit het bij wetsvoorstel 27 245 voorgestelde artikel 49b van de Wet op het notarisambt vloeit voort dat de geheimhoudingsplicht van de notaris daaraan niet in de weg staat. Mij is niet gebleken dat in de praktijk daadwerkelijk problemen optreden doordat notarissen die een uiterste wil bewaren, daarvan na het overlijden van de erflater veelal geen kennis geven aan belanghebbenden. In verband daarmee zie ik voor het alsnog in de wet opnemen van een ambtsplicht als in het thans geldende artikel 990 van Boek 4, waaraan de notaris in veel gevallen niet daadwerkelijk inhoud kan geven, onvoldoende grond.”

Op grond van het voorgaande kan het de notaris niet worden verweten dat de oud-notaris - nadat een van de kleinkinderen van erflaatster zich tot hem had gewend en een beroep op de legitieme portie had gedaan - tegen de wens van klaagster in alle kleinkinderen van erflaatster heeft aangeschreven en hen heeft geïnformeerd over hun rechten als legitiemarissen. Nu de oud-notaris hierbij heeft gehandeld onder verantwoordelijkheid van de notaris, is van een tuchtrechtelijk laakbaar handelen van de notaris derhalve niet gebleken, zodat dit klachtonderdeel eveneens ongegrond zal worden verklaard.”

Let wel: de notariskamer oordeelt in deze tuchtbeslissing dat de notaris de onderfde legitiemaris mag benaderen, niet dat hij dat ook moet doen. Opmerkelijk is dat in deze uitspraak door de notariskamer verwezen wordt naar een uitspraak van de minister over een zorgplicht jegens een legataris (en niet jegens een legitiemaris). Zoals gemeld, heeft de legataris een andere rechtspositie ten opzichte van de nalatenschap dan de legitiemaris.

In een andere aan de notariskamer voorgelegde tuchtzaak ging het om het volgende. Erflater heeft in zijn testament zijn drie kinderen onderfde en in een tweetrapsmaking zijn kleindochter tot enig (bezwaarde) erfgenaam benoemd. In zijn testament heeft erflater de uitdrukkelijke wens uitgesproken dat de erfgenaam de onderfde kinderen niet informeert over hun onterving. Verder is bepaald dat de notaris alleen inzage geeft in het testament van erflater voor zover dit voor de betreffende rechthebbende noodzakelijk is om zijn/haar positie te bepalen. Tijdens een bespreking vlak na het overlijden van erflater heeft de notaris de drie kinderen over hun onterving en hun legitieme rechten geïnformeerd. Klager is de vader van de kleindochter alsmede haar meerderjarigen- en testamentair bewindvoerder. Klager verwijt de notaris dat zij tegen de wil van erflater in heeft gehandeld door diens kinderen te informeren over hun onterving.

De notariskamer volgt in de beslissing van 5 juli 2022, [ECLI:NL:GHAMS:2022:1775](https://www.eclis.nl/ghams/2022/1775), het oordeel van de kamer voor het notariaat in eerste instantie en verklaart de klacht ongegrond:

“Ten aanzien van klachtonderdeel 1 heeft de kamer geoordeeld dat:

- de notaris niet de geadresseerde was van de in het testament opgenomen uitdrukkelijke wens van erflater;*
- op de notaris geen verplichting rustte om [kleindochter] als erfgenaam als eerst te informeren, alvorens zij de legitiemarissen informeerde;*
- de notaris haar geheimhoudingsplicht niet heeft geschonden, maar heeft voldaan aan haar zorgplicht door de legitiemarissen – op hun eigen verzoek – de voor hen benodigde informatie te verschaffen en hen te informeren over hun wettelijke rechten. Dit is gebeurd binnen het kader van het testament en de wet.*

Het hof verenigt zich met dit oordeel van de kamer en de gronden waarop het berust, en maakt deze tot de zijne; de notaris heeft niet uit eigen beweging de onderfde kinderen geïnformeerd. Het hof volgt klager niet in zijn stelling dat uit de ratio van het testament zou volgen dat erflater in het geheel niet wenste dat de onderfde kinderen over hun onterving zouden worden geïnformeerd. Uit artikel 49 lid 1 en 2 Wet op het notarisambt (Wna) volgt dat onderfde versterferfgenamen een recht ontlenen aan de inhoud van een testament waarin zij zijn onderfd en recht hebben op afgifte door de notaris aan hen van een uittreksel van dat testament met het betreffende onderdeel. Dat is trouwens ook verwoord in het testament met de bepaling dat de notaris alleen inzage mag geven in het testament voor zover dit voor de betreffende rechthebbende noodzakelijk is om zijn/haar positie te bepalen. Erflater moet zich er dus bewust van zijn geweest dat de notaris aan de onderfde kinderen deze informatie (de onterving) zou moeten verstrekken. Erflater kan bovendien niet verhinderen dat de notaris uitvoering geeft aan de ambtsplicht die is opgenomen in artikel 49 Wna. Het hof is daarom, net als de kamer, van oordeel dat klachtonderdeel 1 ongegrond is.”

De tweetrapsmaking

In zijn testament heeft erflater zijn partner, met wie hij ongeveer twintig jaar heeft samengewoond tot zijn overlijden in 2010, tot erfgenaam onder ontbindende voorwaarde (de bezwaarde) en executeur benoemd en twee van zijn drie kinderen tot erfgenamen onder een aansluitende opschortende voorwaarde (de verwachters). Hij heeft één van zijn drie kinderen onderfd. De partner heeft de nalatenschap zuiver aanvaard en zij heeft ook haar benoeming tot executeur aanvaard. De partner overlijdt in 2015. De twee kinderen hebben de nalatenschap van hun vader beneficiair aanvaard. Vader heeft in zijn testament de opeisbaarheid van de legitieme portie van het onderfde kind uitgesteld tot het overlijden van de partner (art. 4:82 BW) (§ 16).

Het onderfde kind beroept zich op zijn legitieme portie (ter grootte van ca. € 35.000). Zijn broer en zus zijn als erfgenamen hiervoor aansprakelijk na het overlijden van de partner. Zij hebben, met inachtneming van art. 4:80 lid 2 BW (de beperking van aansprakelijkheid tot de waarde van de nalatenschap (§ 14)), een deel van de legitimaire vordering van het onderfde kind voldaan.

Het onderfde kind spreekt vervolgens ook de erfgenamen van de partner aan tot betaling van het restant van de legitieme portie. Ook de partner was immers erfgenaam in de nalatenschap van vader. De erfgenamen van de partner hebben de nalatenschap van hun moeder beneficiair aanvaard. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden wijst deze vordering van de legitimaris af bij arrest van 16 februari 2021, [ECLI:NL:GHARL:2021:1673](https://www.eclinet.nl/zoek?query=ECLI:NL:GHARL:2021:1673). Het hof gaat eerst in op de positie en de vordering van de legitimaris, het onderfde kind, jegens zijn broer en zus, de gezamenlijke erfgenamen:

“Omdat appellant een beroep heeft gedaan op zijn legitieme, heeft hij als legitimaris een vordering in geld op de gezamenlijke erfgenamen (dat zijn hier [de broer] en [de zus]). De schuld ter zake van de legitieme portie van de legitimaris is geen schuld van erflater in de zin van artikel 4:182 lid 2 BW (zie ook artikel 7 lid 1 onder a BW), maar wel een schuld van de nalatenschap (artikel 4:7 lid 1 sub g BW). De erfgenamen zijn hiervoor naar evenredigheid van hun erfdeel gebonden (artikel 6:6 BW). Als het bedrag van de vordering van de legitimaris de waarde van de nalatenschap te boven gaat dan worden de vorderingen op de erfgenamen naar evenredigheid verminderd (artikel 4:80 lid 2 BW).”

Hoe moet vervolgens worden geoordeeld over de positie van de partner?

“Met het overlijden van erflater op 24 mei 2010 is eerst de partner (onder ontbindende voorwaarde) erfgenaam van zijn nalatenschap geworden en heeft de legitimaris op voet van artikel 4:80 lid 1 BW jegens haar aanspraak op betaling; op grond van het testament was de legitieme nog niet opeisbaar. Met het overlijden van de partner op 25 juli 2015 zijn de kinderen van erflater erfgenaam geworden (de vervulling van de opschortende voorwaarde) en daarmee is de tweetrapsmaking ‘voltooid’. [appellant] heeft daardoor vanaf het overlijden van de partner als legitimaris op voet van artikel 4:80 lid 1 BW jegens de bezwaarde erfgenamen aanspraak op betaling van zijn legitieme portie. Met het overlijden van de partner is ook háár nalatenschap opengevallen, die echter lós staat van de nalatenschap van erflater. Haar erfgenamen, onder wie geïntimeerde, hebben die nalatenschap beneficiair aanvaard. Over de afwikkeling van de nalatenschap van de partner van erflater is verder niets bekend in deze procedure.”

De frase in het arrest dat de tweetrapsmaking is ‘voltooid’ na het overlijden van de bezwaarde is niet juist. De tweetrapsmaking was reeds voltooid met het opmaken en passeren van het testament. Het testament bevatte immers benoemingen van erfgenamen, zij het onder een voorwaarde (de bezwaarde onder ontbindende voorwaarde en de verwachters onder opschortende voorwaarde).

Het onterfde kind stelt dat hij zijn gehele vordering van de legitieme portie kan verhalen op de erfgenamen van de partner. Het onterfde kind beroept zich voor zijn aanspraak op de legitieme portie op art. 4:79 BW, waarin onder meer is bepaald (sub a) dat de legitimaris een vordering verkrijgt op de gezamenlijke erfgenamen dan wel (sub b) op een begiftigde door inkorting als bedoeld in art. 4:89 BW. In het verlengde hiervan stelt het onterfde kind dat hij op grond van art. 4:80 lid 1 BW zijn vordering kan indienen bij de gezamenlijke erfgenamen, onder wie de partner van erflater die door de tweetrapsmaking enig erfgenaam was. Gezien de bepaling in het testament onder B.2 sub k. (dat luidt: *“Schulden en daarmee samenhangende renten en kosten die bestaan op het tijdstip van in vervulling gaan van een voorwaarde wordt tot het eigen vermogen gerekend en moeten daaruit worden voldaan. Pas als het eigen vermogen niet toereikend is, komen de schulden ten laste van het bezwaarde vermogen.”*) kan de schuldvordering van het onterfde kind als ‘bestaande schuld’ worden gedefinieerd, wordt deze schuld tot het eigen vermogen van de partner van erflater gerekend en moet daaruit worden voldaan, aldus nog steeds het onterfde kind.

Het hof wijst de legitimaire vordering van het onterfde kind echter af:

“De schuld ter zake van de legitieme portie van de legitimaris, is een schuld van de erfgenamen van de erflater. Hier is sprake van een tweetrapsmaking waarbij eerst de partner erfgenaam is geworden onder ontbindende voorwaarde(n). Met vervulling van die ontbindende voorwaarde (hier: het overlijden van de partner) zijn de kinderen [de broer] en [de zus] als verwachters erfgenaam van erflater geworden. De partner van erflater was met haar overlijden geen erfgenaam meer. De schuld ter zake van de legitieme portie is geen schuld van de bezwaarde die door haar overlijden is overgegaan op haar eigen erfgenamen, zodat geïntimeerde als erfgenaam van de partner van erflater (de bezwaarde) in die hoedanigheid niet aansprakelijk is voor voldoening van de restantschuld van de legitieme. Met inachtneming van de artikelen 4:79 en 4:80 lid 2 BW heeft appellant zijn vordering uit de legitieme op de erfgenamen [de broer] en [de zus] (die hiervoor als erfgenamen van erflater aansprakelijk waren) overigens betaald gekregen door evenredige vermindering van hetgeen nog resteerde uit de nalatenschap van erflater (...). Appellant meent dat hij het restant van de legitieme kan verhalen op geïntimeerde in haar hoedanigheid van erfgenaam van de partner van erflater en dat geïntimeerde gehouden is zijn vordering uit haar eigen vermogen te voldoen. Hij wijst hierbij op de bepaling in het testament onder B.2. sub k. Dit betoog gaat niet op. In de bepalingen onder B.2 van het testament zijn de rechten en verplichtingen van bezwaarde en verwachters nader ingevuld/geregeld. Alleen daarom al valt, zonder nadere toelichting of onderbouwing die ontbreekt, niet in te zien op welke grondslag appellant als derde in die rechtsverhouding hieraan rechten kan ontlene. Kennelijk verstaat appellant onder “schulden” als genoemd in die bepaling (ook) de schulden van de nalatenschap, waaronder de aanspraak op de legitieme en deze schuld van de partner van erflater is overgegaan op geïntimeerde als erfgenaam, zo verstaat het hof zijn stelling. Als het hof deze bepaling al moet uitleggen op de voet van artikel 4:46 lid 1 BW (daarover hebben partijen overigens geen debat gevoerd) dan kan redelijkerwijs uit de bewoordingen van sub k niet anders volgen dan dat het gaat om schulden van de bezwaarde die zij had op het moment van de vervulling van de voorwaarde en het einde van het bezwaar: die (eigen) schulden moest zij eerst voldoen uit haar eigen vermogen en als dat niet toereikend was dan kon/mocht de bezwaarde die schulden voldoen uit het bezwaarde vermogen (interen op de nalatenschap). Tot die schulden behoort niet de schuld ter zake van de legitieme portie die bij het einde van het bezwaar immers ‘overgaat’ op de bezwaarden.

Dat betekent dat appellant zijn vordering uit de legitieme niet geldend kan maken tegenover geïntimeerde, ongeacht of appellant geïntimeerde aanspreekt als erfgename van de partner van erflater of als vereffenaar van de nalatenschap van de partner van erflater, haar moeder.”

Kort gezegd, komt het erop neer dat het hof oordeelt dat de partner na zijn overlijden (ofwel met het in vervulling gaan van de ontbindende voorwaarde van de tweetrapsmaking) geen erfgenaam meer is en om die reden niet (meer) aansprakelijk is voor de legitieme portie, een schuld van de nalatenschap.

Het hof wijst het onterfde kind ook het beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 BW af. Het onterfde kind stelt alleen dat het naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat hem een rechtstreekse aanspraak en verhaalsmogelijkheid op de nalatenschap van de partner wordt ontnomen en dat hij daardoor onevenredig in zijn belangen als legitimaris wordt geschaad. Dat is – aldus het hof – onvoldoende om de wettelijke regels van Boek 4 BW opzij te zetten.

Was de aanspraak van het onterfde kind wel in strijd met die wettelijke regels van Boek 4 BW? Art. 4:82 BW bevat een bijzondere faciliteit om de geldvordering van de legitimaris op de partner van erflater niet-opeisbaar te maken (§ 16). Die faciliteit is geen papieren aangelegenheid en bepaald niet kosteloos, zo blijkt uit art. 4:87 lid 5 BW. Aldaar wordt bepaald:

“Voor zover de schuld aan een legitimaris ten laste komt van het erfdeel van de echtgenoot of andere levensgezel van de erflater en haar voldoening eerst kan worden verlangd op een met toepassing van artikel 81 lid 2, 82 of 83 vast te stellen tijdstip, is de echtgenoot of andere levensgezel daarvoor met zijn gehele vermogen aansprakelijk, ook als hij de nalatenschap beneficiair had aanvaard.”

De langstlevende echtgenoot of de andere levensgezel profiteert bij leven van de niet-opeisbaarheid van de legitieme portie. De legitimaris verblijft daardoor noodgedwongen in de erfrechtelijke wachtkamer. De keerzijde daarvan is dat art. 4:87 lid 5 BW de legitimaris een verhaalsrecht biedt op het eigen vermogen van de langstlevende echtgenoot of de andere levensgezel die de nalatenschap beneficiair heeft aanvaard, en wel voor zover de schuld aan de legitimaris ten laste van zijn erfdeel komt. Die schuld aan de legitimaris drukt mijns inziens ook op de erfgena(a)m(en) van de partner en die ‘verdwijnt’ niet opeens met het overlijden. Ik ben dus niet overtuigd van de juistheid van het oordeel van het hof.

Draagplicht en aansprakelijkheid

Erflater heeft zijn vijf (klein)kinderen onterfd, een stichting tot enig erfgenaam benoemd en twee geldlegaten gemaakt, aan zijn partner en aan een derde. Voorts heeft erflater bepaald dat de legitieme porties pas opeisbaar zijn bij het overlijden van de partner en dat het legaat aan de partner als eerste voor inkorting in aanmerking komt. Drie (klein)kinderen tekenen verzet aan tegen de uitdelingslijst van de (door de rechtbank benoemde) vereffenaar (art. 4:218 BW). Hun legitieme porties kunnen slechts ten dele uit de nalatenschap worden betaald. Zij willen dat de vereffenaar – op aanwijzing van de kantonrechter (art. 4:210 BW) – het legaat aan de derde inkort, zodat de legitieme porties volledig kunnen worden betaald.

De rechtbank Rotterdam wijst bij beschikking van 18 oktober 2021, [ECLI:NL:RBROT:2021:10145](https://www.rechtspraak.nl/ECLI:NL:RBROT:2021:10145), het verzet tegen de uitdelingslijst en de verzochte aanwijzing af. De drie (klein)kinderen stellen ten onrechte dat inkorting bij de partner pas kan plaatsvinden bij haar overlijden en dat dat reden is voor inkorting van het andere legaat. Volgens de rechtbank vindt de inkorting bij de partner wel degelijk plaats op het moment van verdeling. De (klein)kinderen krijgen een vordering op de partner, ook al is deze vordering pas later opeisbaar (art. 4:82 BW). De kantonrechter ziet in de wet geen aanknopingspunten voor het oordeel dat een deel van de vordering op de partner eerder opeisbaar wordt. Uitvoering van het testament is ook niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid. De wet bood erflater de mogelijkheid om dit zo te regelen. In de woorden van de rechtbank:

“Het saldo van de nalatenschap is onvoldoende om de legitieme porties van de vier nog levende kinderen van erflater en van het kleinkind dat in de plaats treedt van het overleden kind van erflater, volledig te betalen. Er komt een bedrag van € 109.824,52 te kort. Dit tekort

moet aangevuld worden door in te korten op de door erflater in zijn testament gedane 'makingen', de legaten zoals genoemd onder 2.3 onder B. en in artikel 3.

Het uitgangspunt van artikel 4:87 lid 2 BW is dat alle legaten gelijkelijk naar evenredigheid van hun waarde voor inkorting in aanmerking komen. Dit is anders als uit het testament iets anders voortvloeit en dat is in deze nalatenschap het geval. In artikel 7 van het testament (...) heeft erflater onder B. immers bepaald dat eerst het legaat aan zijn partner moet worden ingekort. Het legaat aan de partner (€ 150.000,-) is voldoende om het tekort van de legitiemarissen (€ 109.824,52) te voldoen. De partner hoeft dit bedrag echter niet nu aan de legitiemarissen te betalen. Erflater bepaalt in artikel 7 onder C van zijn testament immers dat een vordering van de legitiemarissen op zijn partner pas opeisbaar wordt na het overlijden van zijn partner. Verzoekers stellen dat hierdoor de inkorting pas kan plaatsvinden als de partner komt te overlijden. Dit standpunt is echter onjuist. De inkorting vindt wel degelijk op het moment van de verdeling plaats, waardoor de legitiemarissen op het moment van de verdeling een vordering op de partner krijgen. De partner hoeft deze vordering echter op dat moment niet te voldoen, omdat erflater heeft bepaald dat deze vordering nog niet opeisbaar is. Erflater heeft in zijn testament gebruik gemaakt van de mogelijkheden die de wet hem biedt.

Omdat het legaat aan de partner op het moment van verdeling wel degelijk wordt ingekort en ook voldoende is om het tekort van de legitiemarissen te voldoen, wordt aan inkorting van het legaat van legataris X niet toegekomen. Het feit dat de vordering op de partner niet opeisbaar is, leidt niet tot een ander oordeel. Ook in de door verzoekers aangehaalde literatuur wordt niet betoogd dat er in dat geval ingekort kan worden op de andere legataris dan de partner. In de literatuur is men verdeeld over de vraag of in dat geval nog steeds de gehele vordering op de partner niet opeisbaar is. De bezwaren van verzoekers zijn daar echter niet tegen gericht. De kantonrechter ziet overigens in de wet geen aanknopingspunten voor het oordeel dat een deel van de vordering op de partner opeisbaar wordt door de wijziging in de inkortingsvolgorde."

Volgens de rechtbank resulteert de wijziging van de inkortingsvolgorde - eerst vindt inkorting plaats op het legaat van de partner - in uitgestelde opeisbaarheid van de geldvordering van de legitiemarissen.

De legitiemarissen verkrijgen via de werking van art. 4:87 lid 6 BW een vordering op de langstlevende partner-legataris (§ 21.4). Hoewel de aansprakelijkheid voor de voldoening van de legitieme portie in aanvang bij de enig erfgenaam rust, komt deze na voldoening van het legaat te rusten bij de langstlevende partner-legataris. De langstlevende partner-legataris kan voor die schuld aan de legitiemarissen worden aangesproken.

Is een finaal verrekenbeding een quasi-legaat?

Om het belang van de vraag of een finaal verrekenbeding in huwelijkse voorwaarden aangemerkt kan worden als een quasi-legaat te illustreren, worden eerst enkele voorbeelden gegeven. Soms zeggen gestileerde rekenvoorbeelden nu eenmaal meer dan vele alinea's tekst.

Koude uitsluiting

Stel dat A gehuwd is met B onder uitsluiting van elke huwelijksgemeenschap (koude uitsluiting). A en B hebben één kind K. In het testament van A is K onterfd. De nalatenschap

van A ten tijde van zijn overlijden bedraagt 1.000. De legitimaire massa bedraagt in dat geval ook 1.000 (art. 4:65 BW). De legitieme portie van K bedraagt 250 ($1/2 \times 1/2 \times 1.000$) (art. 4:63 en art. 4:64 BW). Deze legitimaire vordering zal veelal eerst opeisbaar zijn bij het overlijden van langstlevende B (art. 4:82 BW).

Wettelijke gemeenschap van goederen

Stel nu dat A met B gehuwd is in de wettelijke (algehele of beperkte) gemeenschap van goederen. In dat geval bedraagt de legitimaire massa 500 en de legitieme portie van K 125 ($1/2 \times 1/2 \times 500$). Het huwelijksvermogensregime heeft de nalatenschap van A verkleind (die is gehalveerd). Daarvan ondervindt K wat betreft de omvang van zijn legitieme portie een nadeel.

Koude uitsluiting en een finaal verrekenbeding

Stel thans dat A en B in aanvulling op de koude uitsluiting een finaal verrekenbeding hebben afgesloten.¹¹¹ Zij spreken in huwelijksvoorwaarden met elkaar af dat bij overlijden afrekening plaatsvindt alsof zij in de wettelijke (algehele of beperkte) gemeenschap van goederen zijn gehuwd. Ná het overlijden van A ontstaat derhalve een verrekenvordering van B op A ter grootte van 500 (ervan uitgaande dat het vermogen van B nihil is).

De vraag is nu of de verrekenschuld van 500 in de nalatenschap van A een schuld is ex art. 4:7 lid 1 onder a BW (schuld van de erflater die niet met zijn dood tenietgaat) dan wel een schuld ex art. 4:7 lid 1 onder i BW (schulden uit giften en andere handelingen die ingevolge art. 4:126 BW worden aangemerkt als legaten). De gevolgen van de kwalificatie van de verrekenschuld verschillen aanmerkelijk. Te onderscheiden zijn de volgende situaties:

- is de schuld uit hoofde van het finaal verrekenbeding in de nalatenschap van A een gewone schuld als bedoeld in art. 4:7 lid 1 onder a BW, dan is de legitimaire massa gelijk aan het tweede voorbeeld: 500. De schuld uit hoofde van het verrekenbeding verkleint de nalatenschap van A (en halveert deze). De legitieme portie van K bedraagt 125.
- is de schuld uit hoofde van het finaal verrekenbeding in de nalatenschap van A daarentegen een quasi-legaat als bedoeld in art. 4:7 lid 1 onder i BW en art. 4:126 BW, dan geldt volgens de slotzin van art. 4:65 BW dat bij de berekening van de legitimaire massa "*giften waaruit schulden als bedoeld in artikel 7 lid 1 onder i zijn ontstaan*", buiten beschouwing blijven. De schuld uit hoofde van het finaal verrekenbeding komt bij deze kwalificatie als quasi-legaat derhalve *niet* in aftrek op de legitimaire massa, zodat de legitimaire masse gelijk is aan het eerste voorbeeld. De legitimaire massa bedraagt 1.000 en de legitieme portie van K bedraagt 250.

Ik wijs erop dat in de literatuur over deze kwestie verdeeldheid bestaat. Bij vonnis van de rechtbank Gelderland van 3 november 2021, [ECLI:NL:RBGEL:2021:5835](https://www.rechtspraak.nl/Juridische%20praktijk/2021/11/03/ECLI:NL:RBGEL:2021:5835), is vooralsnog geoordeeld dat een finaal verrekenbeding bij overlijden een quasi-legaat is (art. 4:126 lid 2 onder a BW). De feiten van deze zaak waren als volgt.

Vader is in 2020 overleden. In 2019 is hij een geregistreerd partnerschap aangegaan. In de partnerschapsvoorwaarden zijn vader en zijn partner uitsluitend voor het geval van

¹¹¹ Zie daarvoor hoofdstuk 21 ('Relatievermogensrecht en erfrecht', § 8.4).

overlijden een finaal verrekenbeding overeengekomen; zij rekenen bij overlijden met elkaar af alsof de partners in de wettelijke algehele gemeenschap van goederen waren gehuwd. Vader heeft zijn twee kinderen onterfd. Hij heeft zijn partner tot zijn enig erfgenaam en executeur benoemd. De twee onterfde kinderen beroepen zich op hun legitieme portie. De partner heeft de nalatenschap beneficiair aanvaard, evenals haar benoeming tot executeur. In haar hoedanigheid van executeur heeft de partner de zogenaamde ruimschoots toereikend-verklaring afgelegd, zodat de nalatenschap - ondanks de beneficiaire aanvaarding - niet vereffend behoeft te worden en de executele niet is geëindigd (vgl. art. 4:202 lid 1 onder a BW).

De rechtbank haalt in haar vonnis eerst uitvoerig de wetsgeschiedenis aan van art. 4:126 BW in de verschillende fases van de totstandkomingsgeschiedenis van Boek 4 BW. Op basis daarvan oordeelt de rechtbank dat art. 4:126 lid 2 onder a BW ("*een beding dat een goed van een der partijen onder opschortende voorwaarde of onder opschortende tijdsbepaling zonder redelijke tegenprestatie op een ander overgaat of kan overgaan, voor zover het beding wordt toegepast in geval van overlijden van degene aan wie het goed toebehoort; wederkerigheid van het beding geldt niet als tegenprestatie*") niet alleen ziet op het overgaan van goederen, maar ook op schulden die uit een overeenkomst ontstaan. Dat oordeel wordt ingegeven door de bedoeling van de wetgever zoals die blijkt uit de wetsgeschiedenis om met art. 4:126 BW schuldeisers, waaronder legitimarissen, te beschermen. Deze schuldeisers duiken na het overlijden van erflater opeens in de nalatenschap op als een 'duveltje uit een doosje'. Die schuldeisers behoren - evenals legatarissen - achteraan in de rij te staan (postconcurrente schuldeisers), en die behoren niet te concurreren met gewone schuldeisers. De overwegingen van de rechtbank luiden voluit weergegeven als volgt:

"Een alsof-verrekenbeding is uitdrukkelijk niet het aangaan van een goederengemeenschap maar bij overlijden wordt slechts de fictie gecreëerd alsof deze bestaat en bestaat de contractuele plicht tot verrekening. Een huwelijksgoederengemeenschap aangaan kort voor overlijden is anders. Onder oud recht is hierover al geoordeeld door de Hoge Raad waarbij hij heeft beslist dat hier geen sprake is van een schenking, zodat huwelijksvermogensrechtelijke verkrijgingen - in dat geval - geen deel uitmaken van de legitimaire massa (zie HR 17 maart 1971, BNB 1971, 94 (Schuttevâer). Het aangaan van een huwelijksgoederengemeenschap is daarom geen gift. Dit is een andere casuspositie dan de huidige waarbij tijdens leven geen gemeenschap van goederen is ontstaan tussen erflater en zijn geregistreerd partner. In deze zaak is een beding overeengekomen tussen erflater en [partner] waarbij zij - als langstlevende en minst vermogende - een vordering krijgt op de nalatenschap van erflater. Een vordering die niet teniet gaat door het overlijden maar juist daardoor ontstaat. Hierbij is van belang dat [partner] heeft aangegeven dat erflater en zij goed hebben nagedacht over de partnerschapsvoorwaarden. Erflater had meerdere relaties gehad en had hiervan geleerd, aldus de raadvrouw van [partner]. Dit heeft ertoe geleid dat in de partnerschapsvoorwaarden dus (slechts) sprake is van toepassing van enig verrekenbeding als de partners ten tijde van het overlijden van één van hen nog een affectieve relatie hebben. Dit is een heel ander uitgangspunt dan een huwelijksgoederengemeenschap of het opnemen van een tussentijds verrekenbeding en brengt voor de partners bij leven de zekerheid dat hun vermogens niet verrekend hoeven te worden. Niettemin is het niet aangaan van een huwelijksgoederengemeenschap of een tussentijds verrekenbeding een bewuste keuze, zoals ook toegelicht door [partner] en door [toegevoegd notaris] in zijn brief. Volgens [partner] is het alsof-verrekenbeding in de

partnerschapsvoorwaarden opgenomen om te zorgen dat zij en erflater elkaar bij overlijden verzorgd zouden achterlaten. Dit lijkt haaks te staan op de ingenomen stelling dat [partner] voldoende eigen middelen had. Bovendien blijkt uit de verklaring van [toegevoegd notaris] ook dat het beding is ingevoerd om de legitieme porties zo klein mogelijk te houden. Het beding diende, zo stelt de rechtbank vast, in ieder geval een dubbel doel. De bedoeling van partijen is evenwel niet van belang voor de vraag of sprake is van een quasi-legaat in de zin van artikel 4:126 BW.

Een verrekenbeding is geen verblijvings- of overnemingsbeding. Uit de hierboven geciteerde toelichtingen op de wet (...) volgt dat de wetgever bedoeld heeft om verblijvings- en overnemingsbedingen in samenlevingsovereenkomsten onder het artikel te laten vallen en daarbij heeft aangetekend dat de regeling de bescherming van de schuldeisers beoogt. Onder deze schuldeisers zijn ook de legitimarissen. De verblijvings- en overnemingsbedingen vervullen een rol van quasi-erfrecht (...). Er is in zekere zin sprake van "een legaat" indien er geen redelijke tegenprestatie tegenover staat. Nu het verrekenbeding geen verblijvings- of overnemingsbeding is, is het van belang te duiden wat het verrekenbeding inhoudt. Naar oordeel van de rechtbank is het een verplichting die leidt tot een voorwaardelijk vorderingsrecht dat de partners over en weer toekennen. De verplichting tot verrekening en de uitvoering daarvan leidt namelijk onder onbepaalde maar zekere tijdsvoorwaarde - de dood van één der partijen - en voorts voorwaardelijk op de hoogte van het eigen vermogen tot een vordering van de één op de ander, waarbij de minst vermogende de aanspraak verkrijgt. Men gaat hiermee derhalve een beding aan waarbij men een voorwaardelijk vorderingsrecht verstrekt bij dode. Indien men dit afzet tegen de wettelijke definitie van "legaat" zoals in artikel 4:117 lid 1 BW, - een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater aan een of meer personen een vorderingsrecht toekent, - dan brengt dit met zich dat het alsof-verrekenbeding voor erfrechtelijke toepassing moet worden beschouwd als een alsof-legaat. De rechtbank stelt hier eveneens vast dat door de contractuele aard van het beding geen sprake is van een gift, zodat artikel 4:126 lid 1 BW toepassing mist.

De rechtbank is in het licht van bovenstaande van oordeel dat deze vordering die [partner] heeft door toepassing van het alsof-verrekenbeding moet worden aangemerkt als quasi-legaat in de zin van artikel 4:126 lid 2 onder a. Hierbij komt dat artikel 4:126 lid 2 onder a een vijftal elementen noodzakelijk stelt voor haar toepassing. Dit zijn: i) er moet sprake zijn van een beding, ii) waarbij een goed overgaat of kan gaan, iii) onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling en iv) toepassing bij overlijden van degene aan wie het goed toebehoort en v) zonder redelijke tegenprestatie. Ter zitting is besproken en vastgesteld dat het alsof-verrekenbeding aan vier van bovengenoemde elementen voldoet; het is een beding: een overeenkomst tussen [partner] en erflater, onder opschortende voorwaarde van overlijden, dat wordt toegepast bij overlijden van degene aan wie het goed behoort en er is geen redelijke tegenprestatie. Partijen zijn niet in confesso of er een goed overgaat of kan gaan. Hierbij heeft [partner] aangevoerd dat er slechts een schuld ontstaat in de nalatenschap van erflater. Met [eisers] is de rechtbank van oordeel dat dit element niet alleen ziet op het overgaan van goederen (alle zaken en alle vermogensrechten in de zin van artikel 3:1 BW) maar ook op schulden die ontstaan. Dit oordeel is ingegeven door de bedoeling van de wetgever bij artikel 4:126 BW, zoals hierboven reeds toegelicht. In de in r.o. 4.5 - 4.7 geciteerde passage uit de Memorie van Toelichting volgt dat de regeling bescherming dient te bieden aan schuldeisers, legitimarissen en somgerechtigden wier vorderingen de wet laat voorgaan boven die welke bij uiterste wil in de vorm van legaat kunnen ontstaan. In deze beschermingsgedachte ligt besloten dat niet alleen het daadwerkelijk verlaten van het

vermogen van erflater van goederen onder vigeur van 4:126 BW valt maar ook het ontstaan van schulden in die nalatenschap door toepassing van een beding dat voor het overige voldoet aan de hierboven genoemde vereisten. De door toepassing van het beding gevormde "extra" schuld benadeelt immers genoemde schuldeisers. Voornoemde interpretatie strookt overigens ook met de ter zitting besproken spiegelbeeldige situatie waarin niet [partner] maar erflater de minst vermogende zou zijn geweest. In dat geval was er een vordering ontstaan in de nalatenschap van erflater op [partner]. Met de beschermingsgedachte in het achterhoofd is geen sprake van benadeling van schuldeisers van de nalatenschap. In de visie van [partner] ontstaat door toepassing van het alsof-verrekenbeding óf een schuld in de zin van artikel 4:7 lid 1 onder a (die niet door de dood teniet gaat) óf een actief indien zich de spiegelbeeldige situatie voordoet. Aan toepassing van deze redenering staat dan de schuldeisersbescherming die artikel 4:126 BW beoogt in de weg."

De rechtbank geeft ruim baan aan de strekking van de wettelijke regeling van quasi-legaten, te weten het nastreven van een zuivere rangorde tussen de verschillende schuldeisers van de nalatenschap. Die strekking heeft de rechtbank ertoe gebracht ruimhartig te zijn bij de uitleg van het vereiste van art. 4:126 lid 2 onder a BW dat een goed overgaat of kan overgaan, ten gevolge waarvan huwelijksvermogensrechtelijke quasi-legaten die leiden tot het ontstaan van een 'extra' schuld mede onder het bereik van art. 4:126 BW gevat kunnen worden.

Het beroep van de partner op de door de erflater beoogde bescherming van de langstlevende staat niet in de weg aan de kwalificatie van het alsof-verrekenbeding als quasi-legaat. De verzorgingsgedachte ten faveure van de langstlevende komt tot uitdrukking in het verrekenbeding en het testament. Beide zijn geldig. Toepassing van art. 4:126 BW leidt er slechts toe dat de verrekenvordering die ontstaat, niet meetelt bij het vaststellen van de omvang van de legitieme porties, maar resulteert er niet in dat de verrekenvordering op grond van het finaal verrekenbeding niet ontstaat en daarmee de verzorgingsgedachte doorkruist. Wel beperkt zij mogelijk de betaling daarvan. Dit is echter het gevolg van de bewuste keuze om geen huwelijksgoederengemeenschap aan te gaan of een periodiek verrekenbeding toe te passen, maar slechts een alsof-verrekenbeding bij dode.

De partner had nog vergeefs een beroep gedaan op art. 4:68 BW, een onderdeel van de wettelijke regeling van de legitieme. De rechtbank overweegt:

"Het beroep van [partner] op artikel 4:68 BW wordt gepasseerd. Dit artikel bepaalt dat giften van erflater aan zijn echtgenoot buiten beschouwing worden gelaten voor zover zich, ten gevolge van een gemeenschap van goederen waarin erflater en de echtgenoot ten tijde van de gift waren gehuwd of ten gevolge van een tussen hen op dat tijdstip geldend verrekenbeding, geen verrijking ten koste van het vermogen van de gever heeft voorgedaan. Dit artikel mist toepassing nu er geen sprake is van een gift maar van nakoming van een contractueel beding. Bovendien ziet het op giften die zijn gedaan tijdens het bestaan van een huwelijksgoederenvermogen of onder vigeur van een tussen de partners geldend verrekenbeding. Hiervan is in onderhavige zaak geen sprake. Er is slechts het alsof-verrekenbeding bij dode."

Het legaat van de legitieme portie

In plaats van een kind in een testament te onterven, waarna het kind een beroep kan doen op zijn legitieme portie, kan ervoor gekozen worden om aan een kind een legaat ter grootte van de legitieme portie toe te kennen. Dat oogt misschien vriendelijker, maar leidt dit ook tot hetzelfde resultaat?

Moeder heeft in haar testament het ene kind onterfd en het andere kind tot haar enig erfgenaam en executeur benoemd. Aan het onterfde kind heeft moeder gelegateerd *“een bedrag in kontanten gelijk aan haar wettelijk minimumerfdeel (legitieme portie) in mijn nalatenschap zoals dat geldt ten tijde van mijn overlijden”*. Eerder heeft moeder aan beide kinderen een papieren schenking van ca. € 43.000 gedaan (met een rente van 6% per jaar). Het testament bepaalt verder dat de kinderen vrijgesteld zijn van inbreng van de giften in de nalatenschap.¹¹² Deze bepaling wordt toch vaak in testamenten opgenomen om eenzelfde regeling te geven voor de giften die vóór 1 januari 2003 zijn gedaan, in welke periode het wettelijke regime anders luidde (te weten: inbreng van giften, tenzij). In geschil tussen broer en zus is de omvang van het legaat en daarmee van de omvang van de legitieme portie.

Bij vonnis van 24 februari 2021, [ECLI:NL:RBGEL:2021:916](#), gaat de rechtbank Gelderland onder meer in op de invloed van de schuldigerkenning uit hoofde van de papieren schenkingen op de omvang van het legaat. Wat dient met de reeds ontvangen giften gedaan te worden? Dit houdt verband met het gegeven dat art. 4:70 lid 1 BW bepaalt dat de waarde van giften die door de erflater aan een legitimaris zijn gedaan in mindering komt op diens legitieme portie (imputatie of toerekening). Komt de waarde van de schuldigerkenning uit vrijgevigheid (de papieren schenking) in dit geval in mindering op het legaat van het onterfde kind, of niet? Daarmee wordt de vraag aan de orde gesteld hoe het door erflaatster ten behoeve van het onterfde kind (de eiser in de procedure) gemaakte legaat - een legaat *“gelijk aan haar wettelijk minimumerfdeel (legitieme portie) in mijn nalatenschap”* - uitgelegd dient te worden (art. 4:46 BW). De rechtbank overweegt dienaangaande:

“De legitieme portie wordt in de wet gedefinieerd als het gedeelte van de waarde van het vermogen van erflater, waarop de legitimaris in weerwil van giften en uiterste wilsbeschikkingen van de erflater aanspraak kan maken (artikel 4:63 lid 1 BW). De legitimaire portie is een breukdeel van de legitimaire massa (4:64 lid 1 BW). De legitimaire portie moet worden onderscheiden van de legitimaire aanspraak. De legitimaire aanspraak is de legitimaire portie minus de waarde van de in aanmerking te nemen giften (artikel 4:70 BW). Van belang is voorts dat in punt V van het testament van erflaatster is vastgelegd dat de afstammelingen van erflaatster niet verplicht zijn tot inbreng van giften die zij hebben genoten, tenzij bij het doen van de gift uitdrukkelijk het tegendeel is bepaald. Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat het testament kennelijk wenst te regelen dat aan [eiser] word gelegateerd het bedrag ter hoogte van het breukdeel van de legitimaire massa waarop zij als kind aanspraak kan maken (artikel 4:64 lid 1 BW), zonder dat hierop eventuele giften in mindering worden gebracht.”

¹¹² Men vergelijk reeds de hoofdregel van art. 4:229 BW, zodat deze bepaling in het testament niet meer is dan een bevestiging van het wettelijke regime (inhoudende: geen inbreng van giften, tenzij).

Op de door de rechtbank gevolgde redenering is taalkundig niets aan te merken. De legitieme portie in abstracto (als bedoeld in art. 4:63 lid 1 BW) is een andere grootheid dan de niet-wettelijke term legitimaire aanspraak (ook wel genoemd de legitieme portie in concreto, waarbij rekening wordt gehouden met de ontvangen giften (art. 4:70 BW) en erfrechtelijke verkrijgingen (art. 4:71 BW) (§ 3). Dat is de reden dat de rechtbank bij de vaststelling van de omvang van het legaat de ontvangen giften buiten beschouwing laat. Het is echter de vraag of de erflater dan wel de notaris die de pen heeft gevoerd bij de redactie van het testament, met de verwijzing naar de legitieme portie in het legaat niet bedoeld heeft te verwijzen naar de gehele wettelijke regeling van de legitieme portie (derhalve met inbegrip van imputatie van de giften en de erfrechtelijke verkrijgingen)

De rechtbank legt voor de uitleg van het legaat nog een verband met de bepaling in het testament dat giften niet ingebracht behoeven te worden (en wel met de woorden *“voorts is van belang”*). Onderkend moet worden dat de context van inbreng van giften bij de verdeling van een nalatenschap (welke inbreng gebaseerd is op de vrije wil van de erflater om die inbreng al dan niet voor te schrijven) een geheel andere is dan de (in de wet dwingend voorgeschreven) imputatie van giften bij de vaststelling van de grootte van de legitieme portie. Aan de bepaling in het testament over de inbreng van giften zou uiteraard wel de notie ontleend kunnen worden dat het de kennelijke bedoeling van de erflater is geweest om het bij de afwikkeling van de nalatenschap niet meer over de giften te hebben.

Uit de uitspraak blijkt verder dat een legataris wiens aanspraak uit hoofde van het legaat gerelateerd is aan de legitieme portie de verstrekking van informatie door de erfgenamen kan verlangen om zijn erfrechtelijke aanspraak te kunnen berekenen, en wel op een met art. 4:78 BW vergelijkbare wijze (§ 17). Is een legaat toegekend waarvan de omvang gerelateerd is aan de legitieme portie, dan impliceert dat dat gegevens met betrekking tot de nalatenschap aan de legataris verstrekt moeten worden om de legitieme portie te kunnen berekenen.

Het onderfde kind heeft de wettelijke rente gevorderd over het bedrag van het legaat, en wel vanaf de datum van overlijden van erflaatster. Dat wordt afgewezen door de rechtbank, omdat de wettelijke rente pas verschuldigd is vanaf het moment dat het kind-erfgenaam met de betaling van de geldsom in verzuim is geraakt (art. 6:119 BW). Het verzuim is eerst ingetreden nadat de in de brief van 10 juli 2019 gegeven termijn van veertien dagen is verlopen zonder dat de betalingsverplichting is nagekomen (art. 6:82 lid 1 BW).

Over de papieren schenking onder schuldigerkenning wordt onder meer de in de notariële akte vastgelegde contractuele rente van 6% gevorderd. De rechtbank oordeelt daarover:

“In dit verband is van belang dat [gedaagde] als (enig) erfgenaam van rechtswege de rechtspositie van erflaatster voortzet en van rechtswege schuldenaar is geworden van de schulden van erflaatster die niet door haar dood teniet zijn gegaan (artikel 4:182 BW en artikel 6:249 BW). Op hem rust derhalve ook de verplichting om de in de schuldigerkenning afgesproken rente aan [eiser] te betalen. [gedaagde] heeft niet betwist dat deze rente vanaf 1 januari 2017 niet is betaald. Deze bedongen rente is hoger dan de wettelijke rente en loopt daarom op grond van artikel 6:119 lid 3 BW door in plaats van de wettelijke rente nadat [gedaagde] in verzuim is gekomen.”

De les uit deze uitspraak is ten slotte dat als het wettelijke regime van de legitieme portie *all the way* gevolgd moet worden, een legaat ter grootte van de legitieme portie volledig(er) in het testament moet worden uitgeschreven.

Er zijn overigens nog wel meer zaken waarop gelet moet worden als een legaat ter grootte van de legitieme portie aan een legitimaris wordt vermaakt. Zo kan de opeisbaarheid van het legaat worden uitgesteld met behulp van de voorwaarde van art. 4:82 BW (de niet-opeisbaarheidsclausule). Moet in dat geval bij de berekening van de omvang van het legaat rekening worden gehouden met de waardedruk ten gevolg van de niet-opeisbaarheid van het legaat (en een compensatie daarvoor), of niet? Eenzelfde vraag kan gesteld worden met betrekking tot de rentebepaling van art. 4:84 BW.

Aansprakelijkheid van de executeur

In 2015 is erflater overleden. Hij was de vader van eiser. Erflater en gedaagde waren samen vennoten van een vennootschap onder firma (vof). Erflater heeft gedaagde tot enig erfgenaam benoemd en een andere gedaagde tot executeur. De erfgenaam heeft de nalatenschap beneficiair aanvaard en na aanvaarding van zijn benoeming heeft de executeur verklaard dat de baten van de nalatenschap de lasten overtreffen. Eiser heeft tijdig een beroep op zijn legitieme portie gedaan.

In het vonnis van de rechtbank Midden-Nederland van 1 maart 2023, [ECLI:NL:RBMNE:2023:651](#), berekent de rechtbank de legitimaire massa (€ 186.390,60) en de omvang van de legitieme portie (€ 93.195,30). Eiser kan ter zake van de legitieme portie verhaal nemen op hetgeen de enig erfgenaam uit de nalatenschap heeft verkregen (en die beperking houdt verband met de beneficiaire aanvaarding van de nalatenschap). Daarmee houdt het verhaal niet op;

“Uit hetgeen [de executeur] aanvoert begrijpt de rechtbank dat hij stelt dat de nalatenschap is vereffend doordat hij uit de goederen van de nalatenschap (de verkoopopbrengst van de woonark) de schulden van [de erfgenaam] en/of de (voormalig) vof van [de erfgenaam] en erflater heeft voldaan en het overige, verminderd met zijn eigen beloning en door hem opgevoerde kosten, op 13 september 2016 aan [de erfgenaam] heeft uitgekeerd. [de executeur] heeft hiermee in strijd met zijn wettelijke plicht gehandeld. [de executeur] heeft bij de vereffening namelijk niet de aanspraak van [eiser] op zijn legitieme portie, als schuld van de nalatenschap, meegenomen terwijl [eiser] tijdig aanspraak had gemaakt op zijn legitieme portie. Dit klemt te meer omdat [de executeur] ook boekhouder en financieel adviseur was van [de erfgenaam] en dus wist of kon weten dat de verhaalsmogelijkheden van [eiser] hiermee ernstig in gevaar kwamen. Dit gevaar heeft zich daadwerkelijk gerealiseerd, omdat [de erfgenaam] geen verhaal lijkt te bieden. Hierdoor heeft [de executeur] onrechtmatig jegens [eiser] gehandeld.

Het onrechtmatig handelen kan [de executeur] worden toegerekend. [de executeur] had zich van zijn verplichtingen als executeur moeten vergewissen op het moment dat hij deze taak aanvaarde. Dat hij dit niet heeft gedaan komt voor zijn rekening en risico.

Als gevolg van het onrechtmatig handelen van [de executeur] dient [de executeur] de hierdoor door [eiser] geleden schade te vergoeden. [de executeur] heeft niet betwist dat de schade in ieder geval de vordering van [eiser] ter hoogte van zijn legitieme portie omvat. Hiervoor is reeds berekend dat de legitieme portie een bedrag van € 93.195,30 betreft.”

Terecht dat de executeur opdraait voor de fouten die zijn begaan bij de afwikkeling van deze nalatenschap. Het saldo van de nalatenschap was door de executeur uitgekeerd aan de erfgenaam (vgl. art. 4:150 lid 1 BW), terwijl de schuld uit hoofde van de legitieme portie nog niet was voldaan aan de legitimarissen. De erfgenaam biedt vervolgens voor deze schuld geen verhaal. Ook waren bepaalde schulden van de nalatenschap door de executeur voldaan (waaronder zijn eigen beloning en onkosten), maar de concurrente schuld aan de legitimarissen niet. De executeur wordt om die reden tezamen met de erfgenaam hoofdelijk veroordeeld tot betaling van de legitieme portie, en wel ten titel van schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad. De erfgenaam en de executeur mogen met elkaar erover strijden wie voor welk aandeel in de schuld draagplichtig is (art. 6:10 lid 1 BW).

Het vermogen van een stichting en de legitieme portie

Erflaatster heeft tijdens haar leven een stichting opgericht en daarin vermogen ingebracht. Bij testament heeft erflaatster één van haar kinderen, de zoon, tot enig erfgenaam benoemd en de twee dochters onterfd (waarvan er één was vooroverleden en haar plaats werd bij plaatsvervulling ingenomen door de kleinkinderen). In geschil is of het vermogen van de stichting moet worden opgeteld bij het vermogen van erflaatster in het kader van de berekening van de legitieme portie van de legitimarissen.

Het gerechtshof Den Haag is bij arrest van 2 mei 2023, [ECLI:NL:GHDHA:2023:848](#), van oordeel dat in dit geval bijzondere omstandigheden aanwezig zijn die rechtvaardigen dat het vermogen van de stichting wordt vereenzelvigd met het vermogen van erflaatster, en wel omdat de oprichting van de stichting door erflaatster is aan te merken als een schijnhandeling. Het bestaan van de stichting wordt als het ware genegeerd. Volgens het hof blijkt uit de correspondentie tussen erflaatster en de zoon dat de stichting is opgericht om te voorkomen dat de legitimarissen aanspraak zouden kunnen maken op hun legitieme portie. Daarom moet het vermogen van de stichting worden toegerekend aan het vermogen van erflaatster en wordt het meegenomen bij de berekening van de legitieme portie. In de woorden van het hof¹¹³:

“Het hof is van oordeel dat er in het onderhavige geval bijzondere omstandigheden zijn aan te wijzen die ook in civielrechtelijke zin rechtvaardigen dat het vermogen van [stichting] wordt vereenzelvigd met het vermogen van erflaatster nu de oprichting van de stichting door erflaatster naar het oordeel van het hof is aan te merken als een schijnhandeling. Het hof

¹¹³ De civiele kamer van het hof verwijst daarbij naar een uitspraak van de belastingkamer van het gerechtshof Den Haag 20 oktober 2021, [ECLI:NL:GHDHA:2021:2071](#). De Belastingdienst had aan belanghebbende een aanslag in de erfbelasting opgelegd. De Belastingdienst stelde zich daarbij op het standpunt dat het vermogen van de stichting een afgezonderd particulier vermogen (APV) is in de zin van art. 2.14a Wet IB 2001, dat moet worden aangemerkt als vermogen van erflaatster. Het hof heeft geoordeeld dat de stichting zich ten tijde van het overlijden van erflaatster alleen bezig hield met de exploitatie van de vier panden. Volgens het hof is niet gebleken dat de stichting ten tijde van het overlijden van erflaatster het in haar statuten opgenomen maatschappelijke doel feitelijk nastreefde. Verder heeft het hof geoordeeld dat erflaatster met het vermogen van de stichting een meer dan bijkomstig particulier belang in de zin van art. 2.14a, lid 2, Wet IB 2001 nastreefde. Vervolgens heeft het hof geoordeeld dat met betrekking tot de vier panden sprake is van het om niet of onder in het maatschappelijke verkeer ongebruikelijke voorwaarden rechtens dan wel in feite, direct of indirect afzonderen van vermogensbestanddelen in de stichting door erflaatster en dat daarom alle vermogensbestanddelen van de stichting worden geacht tot het bezit van erflaatster te behoren. Het cassatieberoep tegen de uitspraak van het hof is ongegrond verklaard (Hoge Raad 1 december 2023, [ECLI:NL:HR:2023:1664](#)).

verwijst hier heel specifiek naar (...) de memorie van grieven van appellant waar appellant verwijst naar een brief van erflaatster aan geïntimeerde alsmede naar (...) de uitspraak van het hof Den Haag van 20 oktober 2021 (belastingkamer). Erflaatster schrijft: "maar ik moet nog voor jou zorgen, want als jullie niet gratis dak (huis+kantoor) boven jullie hoofd hadden, zouden jullie nu in armoede leven, maar daar sta je geen seconde bij stil, je vindt het de gewoonste zaak van de wereld dat je door mij verzorgd wordt van de wieg tot het graf, want als ik nu doodga, zijn de huizen (meer dan een miljoen euro waard) allemaal van jou en heb je tot je dood een luizenleventje. Wat betreft jouw relatie tot de stichting het volgende. Ik heb de stichting alleen opgericht. Jouw naam wordt niet genoemd, wel later als bestuurslid d.w.z. dat je nu evenveel hebt in te brengen als ik in het bestuur. Wat nog steeds niet tot je doorgedrongen is dat ik dus voor jou vrijwillig afstand heb gedaan van mijn bezit om jou te beschermen tegen je zusters (opdat jij alles zou krijgen) en tegen betaling van successierechten. Alles heb ik alleen maar in jouw belang gedaan en huizen gekocht." Het hof is van oordeel dat louter en alleen al uit dit citaat van de brief van erflaatster volgt dat [stichting] enkel is opgericht als een vehikel om te voorkomen dat de legitimarissen aanspraak zouden kunnen maken op hun legitieme rechten en geïntimeerde het grootste deel van de nalatenschap van erflaatster verkreeg. Erflaatster wenste dat het vermogen van [stichting] volledig zou toekomen aan geïntimeerde [de zoon, JH] zodat hij van wieg tot graf verzorgd was.

Ook uit overige feiten en omstandigheden volgt dat [stichting] een schijnstichting was en is, een vehikel om de werkelijke bedoeling, namelijk het uithollen van het wettelijke recht van de legitimarissen, te verhullen. Erflaatster was de oprichtster van [stichting] en nagenoeg de gehele periode tot aan haar dood was zij voorzitter van het bestuur van deze stichting. Niet door geïntimeerde is bestreden dat hij langdurig penningmeester is geweest van voornoemde stichting. (...). Op 11 oktober 1996 hebben erflaatster en [stichting] een tweede stichting opgericht. Erflaatster is voorzitter van het bestuur geweest vanaf de oprichting. Uit de uitspraak van de belastingkamer van dit hof volgt dat geïntimeerde eveneens betrokken is geweest bij de tweede stichting en wel in de functie van penningmeester en voorzitter. Gezien de functies die geïntimeerde heeft gehad binnen de stichtingen acht het hof het aannemelijk dat geïntimeerde volledig op de hoogte is geweest van de gang van zaken binnen de stichtingen en of de stichtingen wel handelden conform hun doelstelling. Als penningmeester en bestuurslid kon hij zien of de stichtingen in financiële zin voldeden aan hun doelstelling of niet. Voorts wist hij dan wel kon hij geweten hebben dat het vermogen van [stichting] ten goede kwam van hem en dat als gevolg van de schijnconstructie de legitimarissen werden benadeeld. Het hof Den Haag (belastingkamer uitspraak 20 oktober 2021) heeft (...) onder meer overwogen: "Niet uitgesloten is dat het bedrag voor een particulier belang van erflaatster en belanghebbende is aangewend. Daarnaast wilde erflaatster een of meer panden voor bewoning ter beschikking stellen aan belanghebbende en leden van zijn gezin dan wel andere familieleden. Het gezin van belanghebbende is kort na de aankoop van het pand door de stichting gaan wonen in dat pand. Verder woont de zoon van belanghebbende vanaf 17 september 2013 met zijn gezin in pand adres 3. Voorts streefde erflaatster ernaar dat met het ter beschikking stellen van de panden in stichting 1 voor kamerverhuur gewaarborgd zou zijn dat de panden na haar overlijden inkomsten zouden blijven genereren, die ten goede zouden komen aan belanghebbende als enig erfgenaam dan wel dat familieleden tegen een lage prijs een pand zouden kunnen huren of kopen van de stichting. Uit de door de inspecteur overgelegde brieven van erflaatster kan niet anders worden opgemaakt dan dat het de bedoeling van erflaatster was dat de panden in stichting 1 voor belanghebbende zouden zijn. Tijdens leven hield erflaatster

administratief, voor zover zij kon, de touwtjes in handen om te zorgen dat er werd gehandeld overeenkomstig deze doelstellingen.” Deze schijnconstructie rechtvaardigt dat door [stichting] wordt heen gekeken en het handelen van erflaatster binnen de stichting kan worden aangemerkt als in ieder geval volledig in strijd met de gedachte achter het in Nederland geldende recht op de legitieme en wat vanuit dat perspectief als maatschappelijk aanvaardbare norm kan worden beschouwd die erflaatster jegens de legitiemarissen in acht had dienen te nemen.

De doelstelling van [stichting] was bij oprichting het bevorderen van onderwijs in de moderne talen, en de interculturele en intersociale uitwisseling van Nederland en België met volkeren uit de overige landen van Europa, en voorts al hetgeen met een en ander rechtstreeks of zijdelings verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn, alles in de ruimste zin des woords. Het doel van de tweede stichting was: het bevorderen en uitwisselen van taal en cultuur tussen de volkeren van Groot-Brittannië enerzijds en van Nederland en Vlaams-België anderzijds, en voorts al hetgeen met een en ander rechtstreeks of zijdelingsverband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn, alles in de ruimste zin des woords. De belastingkamer van dit hof is tot de conclusie gekomen dat de doelomschrijving van [stichting] weliswaar een maatschappelijk doel beoogt maar dat uit de door de stichting feitelijk uitgeoefende activiteiten niet volgt dat het maatschappelijk doel werd nagestreefd. Ook de vaststelling van de feiten door de fiscale kamer van dit hof geeft aan dat sprake is van een stichting die feitelijk een ander doel heeft dan uit haar doelomschrijving voortvloeit. De fiscale kamer van dit hof is van oordeel dat erflaatster een particulier belang nastreefde. Ook in civielrechtelijke zin is het hof van oordeel dat erflaatster een eigen belang nastreefde hetgeen zij expliciet heeft verwoord in de hierboven vermelde brief. Voorts is het hof van oordeel dat ook in civielrechtelijke zin sprake is van een doeloverschrijding door erflaatster en dat geïntimeerde dit wist dan wel kon weten. De handelswijze van erflaatster en geïntimeerde is in strijd met onder meer artikel 2:7 BW, artikel 2:8 BW en artikel 2:9 BW. Ook deze feiten en omstandigheden zijn in civielrechtelijke zin van belang om door [stichting] heen te kijken.”

Het hof merkt - opmerkelijk genoeg - de oprichting van de stichting aan als een schijnhandeling. Dat lijkt mij niet juist. De stichting is mijns inziens volkomen rechtsgeldig opgericht. Iets anders is dat bij de overeenkomst die erflaatster met de stichting heeft gesloten en de uitvoering daarvan kritische kanttekeningen kunnen worden geplaatst. De strekking van deze overeenkomst is dat door de erflaatster in de stichting ingebrachte goederen aan haar vermogen worden onttrokken teneinde de legitiemarissen te benadelen (art. 4:67 onder a BW). Het lijkt mij pleitbaar dat deze inbreng in de stichting als gift geldt en bij de berekening van de legitieme porties van de onterfde dochters in aanmerking dient te worden genomen. Ook is het mogelijk te oordelen dat de overeenkomst een verboden strekking heeft (en dus nietig is), dat die verboden strekking bekend was bij erflaatster en de stichting en dat de inbreng in de stichting daardoor geen gevolg heeft (vgl. art. 3:40 lid 1 BW). In dat geval zouden de goederen nog steeds tot de nalatenschap van erflaatster behoren.

26. Varia

26.1 Dwangsom

De dwangsom is een door de rechter op vordering van eiser (of verzoeker) vastgestelde geldsom, die de schuldenaar ten behoeve van eiser verbeurt wanneer hij de hoofdveroordeling niet nakomt (art. 611a Rv). De dwangsom moet niet worden gezien als een vorm van schadevergoeding. De vordering tot oplegging van een dwangsom is een nevenvordering ten opzichte van de hoofdvordering. De dwangsom vervult een nuttige functie als prikkel tot nakoming van een veroordeling waar reële executie niet mogelijk is. De rechter legt dan bijvoorbeeld op grond van art. 4:78 lid 1 BW aan een erfgenaam of de executeur de verplichting op om binnen een bepaalde (redelijke) termijn na de datum van de uitspraak bepaalde informatie aan eiser (of verzoeker) af te geven, op straffe van verbeurte van een dwangsom.¹¹⁴ De dwangsom vormt doorgaans een voldoende prikkel voor de erfgenaam of de executeur om de informatie tijdig aan te leveren.

Dwangsommen kunnen eerst verbeurd worden na betekening van de uitspraak waarbij zij zijn vastgesteld (art. 611a lid 3 Rv). De eventuele overige condities en modaliteiten worden vastgesteld door de rechter die de dwangsom oplegt (art. 611a lid 4 en art. 611b Rv). Zo kan de dwangsom worden opgelegd in de vorm van een bedrag ineens of in de vorm van een bepaald bedrag per overtreding of per tijdseenheid dat de schuldenaar in gebreke blijft. Ook kan de rechter bepalen dat de dwangsom pas na verloop van een zekere termijn wordt verbeurd. Als de rechter de dwangsom stelt op een bedrag per overtreding of per tijdseenheid, kan hij eveneens de dwangsom maximeren en een bedrag bepalen waarboven geen dwangsom meer verbeurd wordt.

De winnende partij mag de verbeurde dwangsommen incasseren, zo nodig door de uitspraak waarop zij berusten, te executeren (art. 611c Rv). Die executie geschiedt door betekening van een bevel tot betaling van de dwangsommen aan de geëxecuteerde.

De rechter mag een dwangsom niet ambtshalve opleggen. Wel mag de rechter ambtshalve de omvang van dwangsommen bepalen. Zelfs mag de rechter ambtshalve een hogere dwangsom opleggen dan wordt gevorderd.

Een dwangsom kan niet worden opgelegd indien de hoofdveroordeling strekt tot betaling van een geldsom door gedaagde (art. 611a lid 1 Rv). Behoudens deze beperking kan in beginsel elke verplichting door middel van een dwangsom worden afgedwongen.

De verschuldigdheid van dwangsommen kan worden opgeheven, door (i) vernietiging van de veroordelende uitspraak ten gevolge van de aanwending van een rechtsmiddel en (ii) succesvol gebruik van de bijzondere rechtsgang van art. 611d Rv tot opheffing, opschorting of vermindering van een opgelegde dwangsom. Art. 611d Rv biedt de mogelijkheid om onbillijkheden te voorkomen. Op grond van art. 611d Rv kan de rechter die de dwangsom heeft opgelegd (de dwangsomrechter, en dus niet een andere rechter), de dwangsom op vordering van de veroordeelde opheffen, opschorten of verminderen in geval van (gehele of gedeeltelijke) onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Van onmogelijkheid is sprake indien het onredelijk zou zijn meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan de veroordeelde heeft betracht, ondanks

¹¹⁴ Zie bijvoorbeeld het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 22 maart 2023, [ECLI:NL:RBAMS:2023:1467](https://www.rechtspraak.nl/ECLI/CLI:NL:RBAMS:2023:1467), in welk geval de erfgenaam-vereffenaar verplicht werd bepaalde informatie te verstrekken aan de legitimaris. Bepaald werd dat de erfgenaam-vereffenaar in privé een dwangsom verbeurt van € 1.500 voor iedere dag dat zij in gebreke blijft om aan de veroordeling te voldoen met een maximum van € 300.000.

dat niet tijdig aan de hoofdveroordeling is voldaan. In dat geval heeft de dwangsom haar zin verloren.¹¹⁵ Buiten het geval van onmogelijkheid in de zin van art. 611 d Rv kan de dwangsom niet worden opgeschort, opgeheven of verminderd.

Daarnaast kan het executiegeschil uitkomst bieden. Dat geschil wordt beslecht door de executierechter, de rechter die bevoegd is om van een executiegeschil kennis te nemen. De vraag in hoeverre aan de hoofdveroordeling is voldaan en de daaraan verbonden dwangsommen zijn verbeurd, dient door de executierechter beoordeeld te worden. Ook kan de executierechter, indien zich na verbeurte van een dwangsom een nieuwe, geen overmacht opleverende omstandigheid heeft voorgedaan, toetsen of de titel waarbij de dwangsom is opgelegd, nog doeltreffend en uitvoerbaar is.

26.2 Voorschot

Door het instellen van een provisionele vordering – een vordering waarin een voorlopige voorziening wordt gevorderd voor de duur van het geding (art. 223 Rv), bijvoorbeeld de betaling van een voorschot – wordt een incident¹¹⁶ geopend.

Op grond van een provisionele vordering – in te stellen bij dagvaarding, bij conclusie van antwoord of bij incidentele conclusie – kan in beginsel al datgene worden gevorderd en verkregen wat ook ten principale kan worden gevorderd, met dien verstande dat het steeds moet gaan om een voorlopige voorziening die voor de duur van het geding geldt. De provisionele vordering moet verband houden met de hoofdvordering. Een dergelijke provisionele vordering kan derhalve zien op bijvoorbeeld een voorschot op de betaling van de legitieme portie. Er zal wel sprake moeten zijn van een spoedeisend belang bij de gevorderde voorziening.

Toewijzing van een provisionele vordering geschiedt bij een provisioneel tussenvonnis. Vanaf de datum waarop het vonnis in de hoofdzaak is uitgesproken, vervangt dit vonnis het provisionele vonnis, voor zover daarin is beslist op een vordering die vooruitloopt op een zelfde vordering in de hoofdzaak.¹¹⁷ Dit betekent dat de toegewezen voorlopige voorziening in de einduitspraak verdisconteerd moet worden. Of anders gezegd: het provisionele vonnis cumuleert niet met de einduitspraak. Het provisionele tussenvonnis komt met het wijzen van de einduitspraak te vervallen.

Van een provisioneel tussenvonnis is tussentijds hoger beroep mogelijk (art. 337 lid 1 Rv).

Voor de vraag of plaats is voor toewijzing bij voorraad van een geldvordering in het kader van een voorlopige voorziening als bedoeld in art. 223 Rv dient de rechter, evenals in kort geding, te onderzoeken of de vordering van de eiser voorshands voldoende aannemelijk is, maar ook – kort gezegd – of een spoedeisend belang bestaat, terwijl de rechter bij de afweging van de belangen van partijen mede het restitutierisico zal hebben

¹¹⁵ Zie Hoge Raad 13 december 2019, [ECLI:NL:HR:2019:1941](#).

¹¹⁶ Incidenten worden wel omschreven als processuele verwickelingen die rechterlijke bemoeienis vereisen van andere aard dan de beslechting van materiële geschilpunten. De procedure voor incidenten is geregeld in art. 208 en art. 209 Rv. Deze incidenten zijn in feite mini-procedures, waarop door de rechter “*eerst en vooraf*” wordt beslist (art. 209 Rv). De beslissing op de hoofdzaak blijft dan even liggen. Voor zover de hoofdzaak niet gelijktijdig met het incident wordt afgedaan door de rechter, bepaalt de rechter bij de beslissing op het incident tevens de dag waarop de zaak weer op de rol zal komen voor de voortzetting van de procedure. Zie hoofdstuk 25 (‘Procederen over erfenissen’, § 12).

¹¹⁷ Hoge Raad 6 februari 2009, [ECLI:NL:HR:2009:BG5056](#) (Chipshol).

te betrekken.¹¹⁸ Een dergelijke vordering zal kunnen worden toegewezen als het in hoge mate aannemelijk is dat in een bodemprocedure geoordeeld zal worden dat eiser ten minste recht heeft op een bedrag ter hoogte van het gevorderde voorschot.

Op deze grond is een voorschot op de legitieme portie toegewezen bij vonnis van de rechtbank Amsterdam van 22 maart 2023, [ECLI:NL:RBAMS:2023:1467](#).

Ook zijn ingestelde vorderingen tot betaling van voorschotten afgewezen, bijvoorbeeld omdat de hoogte van de legitieme portie onvoldoende vaststaat (rechtbank Limburg 16 september 2020, [ECLI:NL:RBLIM:2020:6975](#)) of een spoedeisend belang bij betaling van een voorschot op de legitieme portie ontbreekt (rechtbank Rotterdam 8 september 2021, [ECLI:NL:RBROT:2021:9972](#)).

26.3 Positie van de executeur, de vereffenaar en de bewindvoerder

In verband met de legitieme portie besteed ik afzonderlijk aandacht aan de bijzondere positie die de executeur, de vereffenaar en de testamentair bewindvoerder in een nalatenschap innemen.

De executeur

Wie dient een legitimaris aan te spreken voor de voldoening van de legitieme portie, nadat daarop jegens de erfgenamen tijdig aanspraak is gemaakt (vgl. § 14)? Zijn dat ook de erfgenamen of is dat de executeur als vertegenwoordiger van de erfgenamen in en buiten rechte (art. 4:145 lid 2 BW)?

Uit het vonnis van de rechtbank Midden-Nederland van 2 september 2015, [ECLI:NL:RBMNE:2015:6265](#), volgt dat het tot de privaatieve bevoegdheid van de executeur behoort om de schulden van de nalatenschap, waaronder de legitieme portie, te voldoen:

“Door het geldend maken van de legitieme jegens de gezamenlijke erfgenamen, wordt eiseres als legitimaris schuldeiser. Art. 4:7 lid 1 onder g BW merkt schulden aan de legitimarissen aan als schulden van de nalatenschap. Ter zake van haar legitimaire aanspraak op de nalatenschap had eiseres zich als schuldeiser van de nalatenschap dienen te richten tot de executeur, nu uit de executele expliciet volgt dat het tot de taak van de executeur behoort om de schulden van de nalatenschap te voldoen die tijdens zijn beheer uit die goederen moeten worden voldaan. Als gezegd is de executeur ervan op de hoogte dat eiseres aanspraak maakt op haar legitieme. Anders dan eiseres bepleit, is de taak van de executeur dus nog niet geëindigd, aangezien de schuld aan eiseres als legitimaris nog niet is voldaan. Aangezien de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de executeur een privaatieve is, is hij ter zake van het voldoen van de legitieme aanspraak met uitsluiting van de erfgenamen bevoegd.”

Stel dat een legitimaris ontevreden is over het functioneren van de executeur. Kan deze legitimaris bij de kantonrechter op grond van art. 4:149 BW om het ontslag van de executeur verzoeken?

Deze weg staat niet open voor een legitimaris, omdat een legitimaris slechts schuldeiser van de nalatenschap is en geen erfgenaam (vgl. art. 4:149 lid 2 BW). Wel zou de legitimaris in voorkomend geval aan de rechtbank kunnen verzoeken om een

¹¹⁸ Hoge Raad 28 mei 2004, [ECLI:NL:HR:2004:AP0263](#). Onder restitutierisico wordt verstaan het risico van onmogelijkheid van terugbetaling.

vereffenaar te benoemen, ter vervanging van de executeur. Een dergelijke bevoegdheid komt een schuldeiser toe als het gevaar bestaat dat zijn vordering niet ten volle of niet binnen redelijke tijd zal worden voldaan, bijvoorbeeld omdat de nalatenschap niet toereikend is of niet behoorlijk wordt beheerd en afgewikkeld (art. 4:204 lid 1 aanhef en onder b BW).

Zie in dit verband de beschikking van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 3 december 2013, [ECLI:NL:GHSHE:2013:6616](#), in welk geval de executeur vervangen werd door een vereffenaar. Het hof bekrachtigde de beschikking van de rechtbank en overwoog in appel:

“Naar het oordeel van het hof had [appellant] als executeur van de nalatenschap van [erflaatster] de plicht om [de legitimaris] actief te informeren over de stand van zaken ten aanzien van de nalatenschap, zeker nu deze nalatenschap een behoorlijke financiële waarde lijkt te vertegenwoordigen; er is immers sprake van een onroerende zaak alsmede een collectie antiquiteiten. [de legitimaris] is immers – onbetwist – gerechtigd tot een legitieme portie van deze niet onaanzienlijke nalatenschap. Nu [de executeur] niet heeft kunnen of willen aantonen dat hij [de legitimaris] (voldoende) heeft geïnformeerd over de gang van zaken rond de nalatenschap, is het hof van oordeel dat hiermee het belang van de aanstelling van een vereffenaar gegeven is.

Aan deze constatering doet niet af dat [de legitimaris] is geïnformeerd door de erven [vooroverleden echtgenoot van erflaatster]. Immers, het is aan een executeur om de erfgenamen gevraagd en ongevraagd van informatie te voorzien. Dat een erfgenaam bij derden informatie inwint, doet aan die verplichting van de executeur niet af.

Voorts houdt het hof rekening met de angst die bij [de legitimaris] leeft omtrent de gang van zaken rond het pand te [woonplaats]. Er zijn aanwijzingen dat dit pand niet (voldoende) wordt onderhouden en dat schade is ontstaan (scheur in de muur) of dreigt te ontstaan (dakgoten vol bladeren). Bovendien is het pand mogelijk een tijd niet verzekerd geweest doordat de verzekering kennelijk is opgeschort wegens het niet betalen van premie. Dergelijke schade en/of het niet verzekerd zijn, is in het nadeel van de boedel. Het hof acht het dan ook van belang dat er een goed toezicht plaatsvindt op het pand. Nu er aanwijzingen zijn dat [de executeur], die het pand kennelijk enige tijd heeft bewoond en wellicht nog steeds bewoont, mogelijk steken heeft laten vallen ten aanzien van het onderhoud van het pand of het verzekerd zijn van het pand, is het hof van oordeel dat het aanstellen van een vereffenaar de vereffening van de boedel ten goede kan komen. Dat er geen verificatoire bescheiden zijn overgelegd over de staat van het betreffende pand, staat aan het toewijzen van het inleidend verzoek van [de legitimaris] niet in de weg, aangezien slechts van belang is of er gevaar bestaat dat de boedel niet behoorlijk wordt beheerd, artikel 4:204 lid 1, aanhef en sub b BW

Hetzelfde argument geldt ten aanzien van de inboedel van het pand en de antiquiteiten. Kennelijk is een deel van de inboedel vrijwel direct na het overlijden van [erflaatster] verkocht zonder rekening te houden met de belangen van [de legitimaris]. Bovendien is ter zitting in hoger beroep de vrees geuit dat antiquiteiten zouden worden verkocht of weggeschonken aan andere musea. Teneinde hierin duidelijkheid te scheppen, is de aanstelling van een vereffenaar naar het oordeel van het hof wenselijk.

Tot slot overweegt het hof dat er aanwijzingen zijn dat [de executeur] meermalen bedragen van ettelijke duizenden euro's heeft geleend van [vooroverleden echtgenoot van erflaatster] en/of van [erflaatster]. Om de schijn van partijdigheid tegen te gaan is het van belang dat een onafhankelijk persoon toezicht houdt op de vereffening van de nalatenschap van

[erflaatster], teneinde te verzekeren dat eenieders erfdeel zoveel mogelijk wordt geëerbiedigd en (mogelijke) belangenverstremgeling wordt tegengegaan. Daarbij komt dat ter zitting in hoger beroep is gebleken (althans door [de executeur] niet of onvoldoende gemotiveerd weersproken) dat inmiddels een boedelbeschrijving is opgesteld. Ook gelet op het gebrek aan informatieverstrekking door [de executeur] zelf zou het terugdraaien van de benoeming als gedaan door de rechtbank in de thans bestreden beschikking derhalve het gevaar (verder) vergroten dat [de legitimaris] niet binnen redelijke tijd zal worden voldaan.

Gelet op het bovenstaande is het hof met de rechtbank ex artikel 4:204 lid 1, aanhef en sub b BW van oordeel dat het aanstellen van een vereffenaar wenselijk is, aangezien voor [de legitimaris] als erfgenaam van een legitieme portie het gevaar bestaat dat de vereffening niet ten volle of niet binnen redelijke tijd zal worden gerealiseerd en er voor [de legitimaris] het gevaar bestaat dat de nalatenschap niet behoorlijk wordt beheerd en afgewikkeld wordt. De bezwaren van [de executeur] tegen de aanstelling van een vereffenaar in de nalatenschap van [erflaatster], worden aldus verworpen."

Stel dat een onderfde legitimaris overlijdt voordat hij een beslissing heeft genomen over het inroepen van de legitieme portie. Is de executeur in dat geval bevoegd om namens de overleden legitimaris een beroep te doen op de legitieme portie? Een bevestigende beantwoording van die vraag ligt voor de hand. Immers, de financiële aanspraak uit hoofde van de legitieme portie valt onder het beheer van de executeur (art. 4:145 lid 1 BW). Die aanspraak kan vererven, is niet hoogstpersoonlijk en derhalve ook overdraagbaar (vgl. art. 4:92 lid 1 BW en § 24). De executeur kan het tot zijn taak rekenen om die bevoegdheid uit te oefenen.

De vereffenaar

Is de nalatenschap door de erfgenamen beneficiair aanvaard, dan dient de nalatenschap in beginsel volgens de wettelijke regeling vereffend te worden. Een legitimaris zal zijn vordering uit hoofde van de legitieme portie bij de vereffenaars moeten indienen.¹¹⁹

De testamentair bewindvoerder

Moeder overlijdt in oktober 2008 en heeft kind X, geboren met het syndroom van Down, onderfd. De oom van X is van 2009 tot 2012 de meerderjarigenbewindvoerder van X. De oom is tevens testamentair bewindvoerder over de erfenis die aan een broer van X als enig erfgenaam is toegekomen. De meerderjarigenbewindvoerder van X, die de oom in 2012 is opgevolgd, vordert betaling van de legitieme portie van X. Volgens de rechtbank Noord-Nederland bij vonnis van 14 april 2021, [ECLI:NL:RBNNE:2021:1340](#), is de legitieme portie niet (tijdig) ingeroepen (art. 4:85 BW), omdat nooit een zodanige verklaring is uitgebracht aan de erfgenaam (de broer van X).

Volgens eiser kon de oom als meerderjarigenbewindvoerder van X het beroep op de legitieme portie formeel doen bij zichzelf als testamentair bewindvoerder van de

¹¹⁹ Zie bijvoorbeeld gerechtshof Den Haag 1 december 2015, [ECLI:NL:GHDHA:2015:3639](#): "Met betrekking tot hun vordering uit hoofde van hun legitieme portie dienen zij deze eveneens in te stellen tegen de vereffenaars van de nalatenschap van erflaatster en voor zover sprake is van een rechtens in aanmerking te nemen gift dienen zij bij de begiftigde in te korten voor zover de nalatenschap van erflaatster onvoldoende is om hen hun legitieme portie te verschaffen."

erfgenaar. Volgens de rechtbank is dat niet het geval. De verklaring kon alleen worden gericht aan de erfgenaar. Het testamentaire bewind heeft alleen betrekking op de aan de erfgenaar nagelaten of vermaakte goederen. Dát testamentair bewind geeft de oom geen bevoegdheden in het kader van de vereffening van de nalatenschap, zoals het in ontvangst nemen van een verklaring van een legitimaris. De oom was overigens ook niet tot executeur benoemd.

26.4 Positie van de curator

De curator heeft een machtiging van de kantonrechter ex art. 1:345 BW nodig om de legitieme portie namens de curandus niet in te roepen, ofwel om te berusten in de onterving.¹²⁰ Daartoe wordt wel aangevoerd dat de curandus bijvoorbeeld voldoende middelen heeft om in zijn behoeften te voorzien of dat de curandus geen bestedingsdoelen zou hebben. De vraag komt dan op of de curandus een belang heeft om af te zien van een beroep op de legitieme portie.

Bij beschikking van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 29 juni 2021, [ECLI:NL:GHARL:2021:6471](https://www.eclinet.nl/casus/2021/6471), werd het machtigingsverzoek in eerste aanleg en in appel afgewezen. Het hof overwoog:

“De “Aanbevelingen Meerderjarigenbewind” zoals vastgesteld door het Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel en Kanton & Toezicht, die ook in geval van curatele gelden, vermelden onder E “Erfrecht”, punt 10 als uitgangspunt dat als de betrokkene in het testament van de ouder onderd is, in beginsel aanspraak dient te worden gemaakt op de legitieme portie. Dat is niet anders bij een onterving door een grootouder, zoals in deze zaak.

Naar schatting zal de betrokkene volgens de curatoren ten minste gerechtigd zijn tot een bedrag van € 108.000,- als hij zich beroept op zijn legitieme portie. Ook wanneer hij – zoals is aangevoerd – daarover belasting moet betalen, wordt de betrokkene daardoor echter niet financieel benadeeld. Daaruit volgt dan ook niet dat het belang van de betrokkene vereist dat geen aanspraak wordt gemaakt op de legitieme portie.

Uit het feit dat de betrokkene – zoals de curatoren hebben aangevoerd – zelf reeds over vermogen beschikt en hij het vermogen uit de nalatenschap niet nodig heeft en/of daarover niet zal kunnen beschikken omdat hij, gelet op zijn persoonlijke omstandigheden, slechts weinig uitgaven heeft en geen bestedingsdoelen heeft, volgt op zichzelf evenmin dat afzien van de legitieme portie in zijn belang wenselijk is. Daarbij wordt opgemerkt dat niet te voorzien is wat de betrokkene, die nog jong is, in de toekomst nodig zal kunnen hebben.

De curatoren hebben verder aangegeven dat het de familieverhoudingen kan verstoren als aanspraak wordt gemaakt op de legitieme portie omdat daardoor niet iedere staak, oftewel familietak, een even grote aanspraak verkrijgt.

Aan de curatoren kan worden toegegeven dat het belang van de betrokkene uit meer dan het louter financiële belang kan bestaan, zoals zijn belang bij goede familieverhoudingen, aandacht en geregeld bezoek en in dat verband eventueel ook het draagvlak voor de beslissing bij omstanders zoals familieleden. Leidend hierin is echter het belang van de betrokkene zelf. De curatoren wijzen in dit verband weliswaar op de verhoudingen in de familie, maar niet gesteld of gebleken is dat de verhoudingen tussen de betrokkene zelf en zijn familie verstoord kunnen of zullen raken door een afwijzing van de verzochte

¹²⁰ Zie voor de beschermingsmaatregel curatele voor wilsonbekwame meerderjarigen verder hoofdstuk 38 (‘Het levenstestament gewikt en gewogen’, § 3.2).

toestemming (om af te zien van een beroep op de legitieme portie). Dit kan dan ook niet tot een andere beslissing leiden.

De curatoren hebben voorts aangevoerd dat zij de machtiging vragen omdat het beroep op de legitieme portie ingaat tegen de wens van de grootvader en zij de laatste wil van de grootvader willen volgen. Dat leidt evenwel niet tot een ander oordeel. De legitieme portie betreft immers steeds een recht waarop een legitimaris - zoals de betrokkene - aanspraak kan maken (juist) in weerwil van de uiterste wil van de erflater. Alleen al om die reden is de wil van de grootvader, wat daar verder ook van zij, niet doorslaggevend voor de beslissing in deze zaak."

26.5 Machtiging (art. 3:299 BW)

Voor zover iemand niet de prestatie verricht waartoe hij is gehouden en deze prestatie niet uitsluitend door de schuldenaar kan worden verricht, kan de schuldeiser op grond van art. 3:299 BW vorderen dat de rechter hem een machtiging verleent om zelf datgene te bewerken waartoe nakoming zou hebben geleid of om hetgeen in strijd met een verplichting is verricht teniet te doen. De rechter heeft bij een beoordeling van deze vordering een discretionaire bevoegdheid. De kosten van de tenuitvoerlegging komen voor rekening van de schuldenaar en kunnen reeds in het vonnis worden begroot op basis van de door eiser overgelegde bescheiden (art. 3:299 lid 3 BW). Ook bij de begroting van de kosten komt de rechter een zekere vrijheid toe.

De rechtbank Overijssel heeft bij incidenteel vonnis van 6 september 2017, [ECLI:NL:RBOVE:2017:3609](https://www.rechtspraak.nl/ECLI/CLI/RS/2017/3609), een inzagevordering ex art. 843a Rv toegewezen en eiseres (een erfgenaam en legitimaris) op de voet van art. 3:299 BW gemachtigd om op haar kosten, namens de gedaagde erfgenaam, bij de Rabobank de afschriften van alle bankproducten op te vragen vanaf 16 juli 2016 en bij de Rabobank, ABN Amro Bank en ING Bank op te vragen afschriften van alle bankrekeningen vanaf 18 augustus 2012. De daartoe door de rechtbank gebezigde motivering luidt als volgt:

"De rechtbank stelt voorop dat [eiseres] als erfgenaam van haar moeder en legitimaris van haar vader het recht heeft om kennis te nemen van alle benodigde gegevens om haar legitieme portie te kunnen berekenen. Het rechtmatig belang bij haar incidentele vorderingen is daarmee een gegeven. De stelling van [gedaagde] dat [eiseres] geen belang meer heeft bij haar vorderingen, omdat hij reeds gedocumenteerd inzicht heeft verschaft in de huurinkomsten en kosten van de woning, wordt verworpen. Om haar legitieme portie te kunnen berekenen zijn meer gegevens dan enkel die met betrekking tot de verhuur van de woning van belang. Bovendien moet [eiseres] over dezelfde gegevens als [gedaagde] kunnen beschikken en niet afhankelijk zijn van de selectie die [gedaagde] uit de beschikbare gegevens voor haar maakt.

De bescheiden hebben betrekking op een rechtsbetrekking waarin enerzijds [eiseres] als erfgenaam/legitimaris en anderzijds [gedaagde] als erfgenaam/executeur partij is. De rechtbank verwerpt het verweer van [gedaagde] dat dit niet geldt voor de bankafschriften van zijn eenmanszaak. Om haar legitieme portie te kunnen berekenen dient [eiseres] kennis te kunnen nemen van alle huurinkomsten en kosten die [gedaagde] heeft ontvangen en gemaakt in verband met de verhuur van de woning, ongeacht of dit via [gedaagde] in privé of via zijn eenmanszaak is gegaan.

De rechtbank is verder van oordeel dat de bescheiden waarvan inzage c.q. afschrift wordt gevorderd voldoende bepaald zijn. De vordering heeft betrekking op specifieke

bescheiden, namelijk bankafschriften van (de erven van) [Y] en/of [X] vanaf de overlijdensdatum van [Y] ([2006]) en de bankafschriften van [gedaagde] dan wel zijn eenmanszaak.

[eiseres] heeft onweersproken gesteld dat [gedaagde] over de gevorderde bescheiden kan beschikken, nu hij als erfgenaam gerechtigd is deze bij de bank op te vragen en beschikt over de daarvoor benodigde verklaring van erfrecht. Daarmee is aan alle voorwaarden van artikel 843a Rv voldaan en komt de rechtbank toe aan de beoordeling van de vraag of er een gewichtige reden bestaat tegen toewijzing van het gevorderde, zoals door [gedaagde] wordt gesteld. De gewichtige reden zou volgens hem bestaan uit het feit dat de vordering betrekking heeft op vertrouwelijke financiële gegevens. De rechtbank is van oordeel dat [gedaagde] geen concrete feiten heeft gesteld op grond waarvan de rechtbank tot het oordeel zou kunnen komen dat het door [gedaagde] aangevoerde privacybelang zwaarder zou moeten wegen dan het recht van [eiseres] op inzage c.q. afschrift van de gevorderde bankproducten om haar legitieme portie te kunnen berekenen. Het beroep van [gedaagde] op een gewichtige reden zal dan ook worden gepasseerd.”

26.6 Processueel ondeelbare rechtsverhouding

Processueel ondeelbare rechtsverhoudingen zijn rechtsverhoudingen waarbij het rechtens noodzakelijk is dat een beslissing daarover voor alle bij die rechtsverhouding betrokken partijen hetzelfde luidt.¹²¹ Een rechterlijke uitspraak moet namelijk ten uitvoer gelegd kunnen worden. Daarvoor is nodig dat alle betrokkenen bij de rechtsverhouding partij zijn in het geding, zodat de rechterlijke beslissing hen allen bindt. Wanneer een partij een dergelijke beslissing wil uitlokken, dienen dan ook alle bij de rechtsverhouding betrokken partijen in het geding te worden opgeroepen, zowel in eerste aanleg als in volgende instanties. Een voorbeeld van een processueel ondeelbare rechtsverhouding is de verdeling van een nalatenschap.¹²²

De rechtbank Limburg oordeelde bij vonnis van 25 mei 2022, [ECLI:NL:RBLIM:2022:4151](#), dat een beslissing over de omvang van de legitimaire massa een dergelijke processueel ondeelbare rechtsverhouding is, zodat een rechterlijke beslissing hierover in dezelfde zin moet luiden ten aanzien van alle legitimarissen van de nalatenschap.¹²³ Om die reden dient eenieder die bij de rechtsverhouding betrokken is, mee te doen in de procedure. Wordt die regel niet nageleefd, dan kunnen betrokkenen ex art. 118 Rv in het geding opgeroepen worden.¹²⁴

Hierover zou ook anders gedacht kunnen worden. De geldvordering van de legitimaris is een deelbare en de erfgenamen zijn daarvoor aansprakelijk naar evenredigheid van hun

¹²¹ Zie ook hoofdstuk 25 ('Procederen over erfenissen', § 21.1).

¹²² Zie reeds Hoge Raad 24 december 1982, NJ 1983/370 (*Schoonbrood/Schoonbrood*) voor een geval waarin de vernietiging van een ouderlijke boedelverdeling onder oud erfrecht werd gevorderd. Een ander voorbeeld van een processueel ondeelbare rechtsverhouding is de vordering tot boedelbeschrijving in een nalatenschap met meerdere erfgenamen. Geen processueel ondeelbare rechtsverhouding bestaat wanneer een vordering tot boedelbeschrijving wordt ingesteld door één van de verwachters tegen de bezwaarde erfgenaam. Zie daarvoor het vonnis van de rechtbank Den Haag van 17 mei 2023, [ECLI:NL:RBDHA:2023:7916](#). Het testament bepaalde ook met zoveel woorden dat de bezwaarde bij notariële akte en buiten aanwezigheid van de verwachters een beschrijving moest opmaken van het vermogen waarop de tweetrapsmaking van toepassing is.

¹²³ In deze zin ook gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 januari 2018, [ECLI:NL:GHSHE:2018:207](#), en rechtbank Rotterdam 8 augustus 2018, [ECLI:NL:RBROT:2018:7112](#).

¹²⁴ Hoge Raad 10 maart 2017, [ECLI:NL:HR:2017:411](#).

erfdeel (art. 4:80 lid 2 BW). De aard en inhoud van de rechtsverhouding nopen er - anders dan bij een vordering tot boedelbeschrijving en verdeling van een nalatenschap - dan ook niet toe dat alle erfgenamen, noch alle legitimarissen (indien zij aanspraak hebben gemaakt op hun legitieme portie), in het geding worden opgeroepen, hoe praktisch dat ook moge zijn. Het is daarom niet nodig dat de beslissing voor alle legitieme porties dezelfde is. Ook hoeft een legitimaris geen beroep te doen op de legitieme portie. De positie van legitimarissen kan verder verschillen, naar gelang zij giften en/of erfrechtelijke verkrijgingen hebben verkregen waardoor imputatie plaatsvindt.

26.7 Legitieme portie en de actio Pauliana

Moet de legitimaris lijdzaam toezien dat overbedelingsschulden van de langstlevende ouder uit hoofde van de wettelijke verdeling aan één of meer andere kinderen worden voldaan of dat op een andere wijze het vermogen van de langstlevende ouder in rook opgaat? In dit geval kan de actio Pauliana tegen benadeling van schuldeisers - waaronder de legitimaris - een zekere bescherming bieden. Doordat met behulp van de actio Pauliana benadelingshandelingen vernietigd kunnen worden, worden deze met terugwerkende kracht ten behoeve van de schuldeiser 'uitgewist'. Hierdoor blijft in het vermogen van de schuldenaar alles bij het oude en kan daarop door een schuldeiser verhaal worden genomen. Met name in erfrechtelijke wachtkamers vinden weinig verheffende strapatsen plaats van voorkruipende kinderen die met de loyale of afgedwongen medewerking van een ouder de erfrechtelijke buit eerder dan anderen proberen binnen te hengelen.

Op grond van art. 3:45 e.v. BW kan iedere schuldeiser opkomen tegen door zijn schuldenaar verrichte rechtshandelingen die de schuldeiser in zijn verhaalsmogelijkheden heeft benadeeld. Bij een beroep op de actio Pauliana dient de schuldeiser ingevolge de hoofdregel van art. 150 Rv het volgende te stellen, en bij gemotiveerde betwisting, te bewijzen:

a. de rechtshandeling is door de schuldenaar *onverplicht* verricht;

De mogelijkheid om met behulp van de actio Pauliana rechtshandelingen te vernietigen, is beperkt tot handelingen die de schuldenaar onverplicht heeft verricht. Onder een onverplichte rechtshandeling wordt verstaan een handeling die wordt verricht zonder dat daartoe een rechtsplicht bestaat. Wanneer de schuldenaar op grond van een overeenkomst of de wet tot een bepaalde handeling verplicht is, zal een dergelijke handeling (buiten faillissement) niet zijn aan te tasten met een beroep op de actio Pauliana.

De volgende voorbeelden van onverplichte rechtshandelingen zijn te noemen:

- betaling van een niet-opeisbare schuld;
- betaling van een - al dan niet opeisbare - schuld door middel van het overdragen van goederen (inbetalinggeving van art. 6:45 BW);
- verschaffing van zekerheid voor een eerder aangegane - al dan niet opeisbare - schuld en zonder dat hiertoe voor de schuldenaar reeds tevoren een verplichting bestond;
- verkoop van goederen, waarmee veelal wordt beoogd een mogelijkheid tot verrekening van de koopprijs met vorderingen op de verkoper-schuldenaar te creëren; en
- schenking of gift van geld of goederen.

b. de rechtshandeling heeft geleid tot *benadeling van schuldeisers*; en

De kern van de actio Pauliana is gelegen in een correctie van het nadeel dat door schuldeisers wordt geleden. Van benadeling in de zin van art. 3:45 lid 1 BW is sprake wanneer één of meer schuldeisers zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden. Dit betekent dat als gevolg van de door de schuldenaar verrichte rechtshandeling de bevredigingsmogelijkheden voor schuldeisers minder dienen te zijn geworden. Niet is vereist dat alle schuldeisers zijn benadeeld.

De benadeling moet aanwezig zijn op het moment dat een schuldeiser zijn rechten doet gelden en daartoe een beroep doet op art. 3:45 lid 1 BW. De benadeling van een schuldeiser in zijn verhaalsmogelijkheden kan reeds manifest en aantoonbaar zijn voordat de geldvordering op de langstlevende opeisbaar is.

De volgende vormen van benadeling van schuldeisers kunnen worden onderscheiden:

- vermindering van het actief;

Ten gevolge van de verrichte rechtshandeling is het vermogen van de schuldenaar kleiner dan het anders geweest zou zijn. Er zijn minder baten beschikbaar ter bevrediging van schuldeisers, zoals bij schenking of verkoop tegen een te lage prijs. Het gaat bij deze vorm van benadeling om vermogen dat door de schuldenaar onoorbaar aan zijn vermogen is onttrokken.

- toename (per saldo) van het passief; en

In dit geval zijn de schulden van de schuldenaar (per saldo) toegenomen bijvoorbeeld door een aangegane garantie of hoofdelijkheid voor de schuld van een ander, zodat de spoeling voor de schuldeisers dunner is geworden.

- verstoring van de onderlinge rangorde van de schuldeisers.

Bij deze laatste vorm van benadeling van schuldeisers is de *paritas creditorum* verstoord doordat één of meer schuldeisers zich een betere positie hebben verschaft, die zij eerst niet hadden. Die betere positie kan onder meer zijn verkregen als gevolg van zekerheidsverschaffing waardoor een vordering bij voorrang verhaald kan worden op het vermogen van de schuldenaar. Ook kan gewezen worden op betaling (in geld of goederen) aan één schuldeiser. Hierdoor ontvangt deze schuldeiser 100% van zijn vordering, en dat gaat ten koste van de andere schuldeisers. In geen van deze gevallen is het vermogen van de schuldenaar in bedrijfseconomische zin gewijzigd (immers, wie zijn schulden betaalt, wordt niet armer (maar raakt wel zijn centen kwijt)), doch is wel sprake van benadeling van schuldeisers.

- c. bij het verrichten van de rechtshandeling wist of behoorde de schuldenaar te weten dat die rechtshandeling zou leiden tot benadeling van schuldeisers; onder omstandigheden wordt deze *wetenschap van benadeling* ook vereist bij de wederpartij van de schuldenaar.

Ten slotte is voor een geslaagd beroep op de actio Pauliana vereist dat de schuldenaar bij het verrichten van de rechtshandeling wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn (art. 3:45 lid 1 BW). Uit de wettekst blijkt duidelijk dat

het wetenschapsvereiste geobjectiveerd is ("wist of behoorde te weten"). De vereiste wetenschap van benadeling dient in elk geval bij de schuldenaar aanwezig te zijn. In bepaalde gevallen is dat niet voldoende. Het volgende juridisch-technische onderscheid dient daarbij gemaakt te worden. Bij een rechtshandeling *om niet* (bijvoorbeeld een schenking) wordt slechts vereist dat de schuldenaar wist of behoorde te weten van de benadeling. Bij een rechtshandeling *om baat*, die hetzij meerzijdig is (bijvoorbeeld een koopovereenkomst of een overeenkomst tot zekerheidsverschaffing), hetzij eenzijdig en tot één of meer bepaalde personen gericht (bijvoorbeeld de opzegging van een wederkerige duurovereenkomst) dient óók de wederpartij de vereiste wetenschap van benadeling te hebben (art. 3:45 lid 2 BW).

Het is niet eenvoudig om aan te geven onder welke omstandigheden partijen de vereiste wetenschap van benadeling hebben. Niet voldoende is de wetenschap dat als gevolg van de handeling benadeling van schuldeisers kan intreden. Die wetenschap zal immers altijd wel door een schuldeiser kunnen worden aangetoond. Ook mag het wetenschapsvereiste niet worden uitgebreid tot een verwachting van een mogelijke benadeling. Het gaat om wetenschap dat de benadeling van schuldeisers zal intreden. Die wetenschap van benadeling moet bestaan op het moment waarop de aangevochten rechtshandeling wordt verricht.

Omdat het bewijs van wetenschap van benadeling bij de wederpartij van de schuldenaar dikwijls moeilijk te leveren is, heeft de wetgever de bewijslast van een schuldeiser verlicht door in bepaalde gevallen een vermoeden van wetenschap van benadeling aan te nemen (art. 3:46 en art. 3:47 BW).

Wanneer aan alle vereisten van de actio Pauliana is voldaan, kan de door de schuldenaar verrichte rechtshandeling worden vernietigd. Het verrichten van een paulianeuze rechtshandeling leidt tot vernietigbaarheid van de rechtshandeling. De rechtshandeling is gewoon geldig totdat door een schuldeiser een geslaagd beroep wordt gedaan op de actio Pauliana. Let wel: de vernietiging krachtens art. 3:45 BW heeft *relatieve werking*. Zij strekt slechts ten behoeve van de schuldeiser die zich op de actio Pauliana heeft beroepen en gaat niet verder dan nodig is ter opheffing van de door deze schuldeiser ondervonden benadeling (art. 3:45 lid 4 BW). Dit betekent dat het inroepen van de actio Pauliana door een schuldeiser niet ten voordele strekt van andere schuldeisers. De vernietiging heeft ook niet tot gevolg dat de rechtshandeling ten aanzien van de schuldenaar en degene, met of jegens wie hij handelde, als niet bestaande mag worden beschouwd.

De schuldeiser kan de paulianeuze rechtshandeling vernietigen door het uitbrengen van een vormvrije buitengerechtelijke verklaring (art. 3:49 BW). Deze buitengerechtelijke vernietigingsverklaring moet worden gericht tot de wederpartij van de schuldenaar (art. 3:50 lid 1 BW). De wederpartij van de schuldenaar kan uiteraard deze verklaring naast zich neerleggen, zodat alsnog moet worden geprocedeerd. De paulianeuze rechtshandeling kan ook worden vernietigd door een rechterlijke uitspraak (art. 3:49 j° art. 3:51 BW). De vernietiging vindt in dat geval eerst plaats doordat de rechter in zijn uitspraak het beroep op deze vernietigingsgrond aanvaardt.

De rechtsvordering tot vernietiging van een paulianeuze rechtshandeling verjaart drie jaar nadat de benadeling door de schuldeiser is ontdekt (art. 3:52 lid 1 onder c BW). De termijn van drie jaar geldt zowel voor de buitengerechtelijke verklaring als voor de vernietiging door een rechterlijke uitspraak. Binnen een termijn van drie jaar na de daadwerkelijke ontdekking van de benadeling dient een buitengerechtelijke verklaring of een dagvaarding uitgebracht te worden.

26.8 Legitieme portie en conservatoir beslag

Conservatoir beslag kan worden gelegd na verloop van de voorzieningenrechter, aldus art. 700 Rv. De voorzieningenrechter beslist op het verloop na summier onderzoek. In de parlementaire geschiedenis is hierbij opgemerkt dat uit de bepaling dat de voorzieningenrechter beslist na summier onderzoek volgt dat hij in de regel mag afgaan op de mededelingen van de verzoeker en de door deze overhandigde stukken. Wel zal de voorzieningenrechter bij dit summiere onderzoek de belangen van de verzoeker en de gerkwestreerde zo goed mogelijk moeten afwegen. Daarbij wordt getoetst aan aspecten van proportionaliteit en subsidiariteit.

Het conservatoir beslag moet worden opgeheven als summierlijk van de ondeugdelijkheid daarvan blijkt (art. 705 Rv). Het is aan degene die opheffing van het conservatoir beslag vordert om de ondeugdelijkheid daarvan aannemelijk te maken. Daarbij moet onder afweging van de wederzijdse belangen worden beoordeeld of de niet-opeisbaarheid van de vordering waarvoor beslag is gelegd, moet leiden tot opheffing van het conservatoir beslag.

Wat te denken van het volgende geval? De tweede echtgenote van erflater is diens enig erfgenaam en mede-executeur. Door een dochter uit het eerste huwelijk van erflater is - tot zekerheid van haar niet-opeisbare vordering uit hoofde van de legitieme portie (vgl. art. 4:81 en art. 4:82 BW) - conservatoir beslag gelegd op een tot de nalatenschap behorende woning. De executeurs vorderen opheffing van het beslag.

Opmerkelijk en met een mijns inziens onjuiste motivering heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Limburg bij vonnis van 22 februari 2022, [ECLI:NL:RBLIM:2022:1352](#), de vordering tot opheffing van het door de legitimaris gelegde conservatoir beslag afgewezen. De voorzieningenrechter verwijst daarbij naar een zaak die speelde onder het oude erfrecht (Hoge Raad 24 juni 2016, [ECLI:NL:HR:2016:1271](#)), in welk geval de verzorgingsbehoefte van de langstlevende bij een ouderlijke boedelverdeling maatgevend is. Is die verzorgingsbehoefte niet aanwezig, dan kunnen kinderen - kort gezegd - hun financiële aanspraken jegens de langstlevende geldend maken. Bij de wettelijke verdeling van de nalatenschap onder het huidige erfrecht is het uitgangspunt echter dat de langstlevende ongestoord moet kunnen voorleven. De langstlevende heeft vrije beschikkingsmacht over de goederen van de nalatenschap (behoudens het geval dat de langstlevende misbruik van bevoegdheid wordt gemaakt¹²⁵).

Uit de feiten van de zaak leidt de voorzieningenrechter af dat niet is aangetoond dat de langstlevende echtgenote over onvoldoende middelen beschikt om in haar levensonderhoud te voorzien. Ook blijkt dat zij tijdens het leven van erflater uit diens vermogen diverse schenkingen aan haar eigen kinderen heeft gedaan. Het is door deze vrijgevigheid dat (zonder het gelegde conservatoire beslag) de voldoening van de vordering van de dochter gevaar loopt. De voorzieningenrechter wijst de vordering van de executeurs tot opheffing van het beslag af.

“Het belang van [gedaagde, de dochter] het verhaal voor haar vordering uit hoofde van de verdeling van de nalatenschap zeker te stellen moet aldus het zwaarst te wegen, ook indien deze vorderingen bij leven van [eiseres sub 2, de langstlevende echtgenote] nog niet opeisbaar zijn. Het belang van [de langstlevende echtgenote] vrij over het beslagen

¹²⁵ Zie gerechtshof Den Haag 19 december 2019, [ECLI:NL:GHDHA:2019:3380](#).

onroerend goed te kunnen beschikken weegt daar niet tegen op, omdat voldoende aannemelijk is dat [de langstlevende echtgenote] over middelen beschikt om gedurende haar resterende levensjaren in haar behoeften te voorzien.

De voorzieningenrechter laat bovendien meewegen dat [de dochter] gemotiveerd heeft aangevoerd dat [de langstlevende echtgenote], al dan niet samen met [de andere executeur], reeds bij leven van [de erflater] door verschillende schenkingen aan haar eigen kinderen over het vermogen van [de erflater] heeft beschikt, alsof het haar eigen vermogen was, en dat zonder het beslag verhaal voor haar, [de dochter], vordering gezien deze vrijgevigheid gevaar loopt.”