

De legitieme portie: vrai ou faux?

De legitieme portie getoetst aan het Europees Verdrag tot de bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden.

Auteur: Wesley Fechter
(studentnummer: 9902249)

Ingeleverd op:
4 mei 2005



Voorwoord

C'est fini! Bijna zes jaar nadat ik voor het eerst een stap zette in de binnentuin van 'de Poort' en de beelden van Vossius en Barlaeus mocht aanschouwen loopt mijn studietijd alweer ten einde. En ondanks het feit dat ik nog steeds veel plezier aan het studeren beleef, besef ik dat het tijd is voor de volgende fase in het leven. Zodra alle stukjes op zijn plaats beginnen te vallen en de rechtsgebieden elkaar aanvullen tot een mooi geheel weet je dat je klaar bent om de vergaarde kennis in praktijk te brengen.

Een studie notarieel recht voltooi je echter niet in je eentje en daarom wil ik hierbij graag enkele mensen bedanken. Ten eerste mijn ouders. Hen wil ik bedanken voor de mogelijkheid om deze studie op mijn eigen manier te volgen en daarbij mezelf te ontwikkelen tot de persoon die ik nu ben. Ten tweede mijn steun en toeverlaat Denise. Haar wil ik bedanken voor de steun, het vertrouwen, de ruimte en de hulp die zij mij heeft gegeven gedurende de maanden dat ik deze het hardst nodig had. Uiteraard bedankt ik al mijn vrienden voor hun steun. In het bijzonder bedank ik Diana en Patrick voor het feit dat zij mijn scriptie hebben willen nalezen en hebben voorzien van nuttige commentaar. 'Last but not least' ben ik mijn scriptiebegeleidster mw. mr. Barbara Reinhartz zeer dankbaar voor de geboden begeleiding bij deze scriptie en bij de notariële opleiding.

Purmerend, 28 april 2005

Wesley Fechter



Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1. Inleiding	5
1.1. Inleiding	5
1.2. De legitieme portie als beperking van het eigendomsrecht	5
1.3. Probleemstelling	5
Hoofdstuk 2. Het eigendomsbegrip	7
2.1. Inleiding	7
2.2. Eigendom als grondrecht	7
2.2.1. Eigendom in het EVRM	7
2.2.2. Eigendom naar Nederlands recht	8
2.2.3. Anticipatie op nieuw recht?	10
2.2.4. Beperkingen op het eigendomsbegrip	11
Hoofdstuk 3. De legitieme portie	14
3.1. Inleiding	14
3.2. De legitieme portie in historisch perspectief	14
3.2.1. Variërende rechtsgronden	15
3.2.2. De legitieme portie binnen Nederland	16
3.2.3. Rechtspraak	17
3.3. De legitieme portie in drievoud	20
3.3.1. De legitieme portie binnen het goederenrechtelijke stelsel	20
3.3.1.1. De legitieme portie onder het oud Burgerlijk Wetboek	21
3.3.1.2. De legitieme portie in Frankrijk	23
3.3.2. De legitieme portie binnen het obligatoire stelsel	28
3.3.2.1. De legitieme portie onder het nieuwe Burgerlijk Wetboek	28
3.3.3. De legitieme portie in common law landen	31
3.3.3.1. De legitieme portie in Zuid-Afrika	31
Hoofdstuk 4. De legitieme portie als beperking van vrij genot van eigendom	33
4.1. Inleiding	33
4.2. De legitieme portie in samenhang met het eigendomsbegrip	33
4.2.1. Een kleine inbreuk, het obligatoire stelsel	33
4.2.2. Een grote inbreuk, het goederenrechtelijke stelsel	35
4.3. Van oud naar nieuw erfrecht	37
Hoofdstuk 5. Conclusie	39
Lijst van aangehaalde literatuur	40
Bijlage	45

Afkortingen

art.	Artikel
BW	Burgerlijk Wetboek
CC	Code Civil
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag van de Rechten van de Mens
GW	Grondwet
HR	Hoge Raad
JPF	Jurisprudentie Personen- en Familierecht
Juris. Gén.	Jurisprudence Générale
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM	Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten
OBW	Oude Burgerlijk Wetboek
PG	Parlementaire Geschiedenis
Publ. ECHR	Publications European Court for the Human Rights
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie



Hoofdstuk 1. Inleiding

1.1. Inleiding

Zodra je als beginnend rechtenstudent door de poorten van de rechtenfaculteit stapt, begin je aan een nieuwe fase in je leven. Langzaam maar zeker wordt je geïntroduceerd in de wereld van het recht. Naarmate je vordert, begin je kritischer na te denken. Hiermee eindigt tevens de fase dat je alles zomaar voor vaststaand aanneemt. Kan eigenrichting in bepaalde gevallen niet geoorloofd zijn, bestaat er wel zoiets als *fraus legis* en kunnen er zomaar beperkingen op het eigendomsrecht gemaakt worden?

Vooraf dat laatste fascineert mij. Het eigendomsrecht wordt binnen het Nederlandse recht omschreven als 'een door de rechtsorde erkende bevoegdheid van een persoon om, met inachtneming van de wettelijke en op ongeschreven recht berustende beperkingen, een zaak uit eigen macht te bezitten, te gebruiken en erover te beschikken'.¹ Het beginsel van de testeervrijheid zorgt ervoor dat dit eigendomsrecht niet alleen tijdens leven, maar ook bij dood geldt. In beginsel mag ieder persoon zijn opgebouwde vermogen nalaten aan een persoon naar keuze.

Op het eigendomsrecht wordt inbreuk gemaakt. De beperkingen vormen inmiddels eerder de regel dan de uitzondering. Beperkingen die hun grondslag vinden in de wet of in het ongeschreven recht. Maar ook beperkingen die te allen tijde de toetsing aan het eigendomsrecht moeten kunnen doorstaan.

1.2. De legitieme portie als beperking van het eigendomsrecht

Misschien wel de oudste en bekendste beperking op de testeervrijheid is de legitieme portie. De legitieme portie is 'een beperking van deze vrijheid, zowel met betrekking tot handelingen onder de levenden, als met betrekking tot uiterste wilsbeschikkingen ten behoeve van de bloedverwanten in de rechte lijn en soms ook ten behoeve van de echtgenoot'.² Deze legitieme portie bestaat in meerdere vormen, de één in een zwakkere vorm dan de ander.

1.3. Probleemstelling

De centrale probleemstelling in deze scriptie is in hoeverre de legitieme portie in strijd is met het eigendomsrecht. Om dit te kunnen beoordelen, moet gekeken worden naar de vrijheid van eigendom zoals deze is omschreven in het EVRM. De deelvragen die daarvoor beantwoord dienen te worden, zijn: hoever strekt het eigendomsrecht, en hoe groot is de inbreuk die de legitieme portie, in zijn verschillende vormen, maakt op dit eigendomsrecht? Er moet, gezien de discussie die hierover al geruime tijd gaande is, gewezen worden op het feit dat deze scriptie niet uitgebreid in zal gaan op

¹ Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, p. 352.

² Klaassen-Luijten- Meijer II, p. 293.

de wenselijkheid van de legitieme portie.³

Na deze inleiding zal in het tweede hoofdstuk het eigendomsbegrip centraal staan. Buiten het eigendom, zoals dat is vastgelegd in het EVRM en de Nederlandse wet, zal worden ingegaan op de testeervrijheid en de beperkingen op de vrijheid van eigendom. In het derde hoofdstuk wordt dieper ingegaan op de legitieme portie. Hierbij zal gekeken worden naar de historie, de rechtsgronden en de verschillende vormen waarin de legitieme portie voorkomt. Tevens zal er een rechtsvergelijking plaats vinden met het Franse recht zoals dat op dit moment geldt, alsmede met het Nederlands recht zoals dat gold voor de invoering van het nieuwe BW. Het vierde hoofdstuk bevat de kern van deze scriptie, de beperking van de vrijheid op eigendom door de legitieme portie. Er zal, voor de verschillende vormen waarin de legitieme portie bestaat, worden gekeken naar de inbreuk die gemaakt wordt. Hoofdstuk vijf zal nogmaals kort ingaan op de argumenten die besproken zijn, hierbij de nadruk leggend op een aantal kritische punten. Aansluitend bevat het vijfde hoofdstuk de conclusie.



³ Zie hiervoor onder andere; Van Mourik Studiepocket Privaatrecht 37, 2002, p. 125-135; Mellema-Kranenburg 1988; Klaassen-Luijten-Meijer, p. 498-502; Heuff 2004, p. 55-56; Van der Grinten 2004, p. 31-41; Van der Ploeg 1954.

Hoofdstuk 2. Het eigendomsbegrip

2.1. Inleiding

De maatschappij waarin wij leven, is gefixeerd op het vergaren van eigendom. Art. 3:109 en art. 3:107 van ons BW vertellen ons dat de houder van een goed vermoed wordt de bezitter van dit goed te zijn. De bezittingen van een persoon bepalen tegenwoordig in grote mate wie deze persoon is.

Om het belang van het eigendom te bevatten, dient eerst gekeken te worden naar het eigendomsbegrip.

2.2. Eigendom als grondrecht

Binnen Nederland gelden twee eigendomsbegrippen, die qua betekenis van elkaar verschillen. Aan de ene kant staat het eigendomsbegrip als grondrecht, zoals dit is opgenomen in art. 1 Protocol nr. 1 EVRM. Daartegenover staat het beperktere eigendomsbegrip, zoals dit is opgenomen in art. 5:1 BW. Dat uitgegaan wordt van twee verschillende eigendomsbegrippen is verwonderlijk te noemen. Ondanks het feit dat het Boek 5 van het BW later in werking is getreden, werd omstreeks dezelfde periode aan beide stukken wetgeving gewerkt.⁴

Misschien nog wel verwonderlijker is het feit dat, ondanks de rechtstreekse werking van het grondrechtelijke eigendomsbegrip, er geen algemeen eigendomsbegrip is opgenomen in de Nederlandse Grondwet. De regering gaf hiervoor bij de algehele grondwetsherziening als reden dat 'het recht door zijn onbepaaldheid aan de meest uiteenlopende beperkingen onderhevig is. Dat brengt mee dat een grondrecht tot erkenning van de eigendom meteen gevolgd zou moeten worden door een beperkingsclausule in de allerruimste zin.'⁵ Op zichzelf geen onlogische uitleg, ware het niet dat de Nederlandse burger alsnog het eigendom als grondrecht gekregen heeft in de vorm van de verdragsbepaling.

Het is echter niet zo dat er in de Grondwet niets te vinden is over het eigendom. In artikel 14 GW is bepaald dat onteigening alleen kan geschieden tegen een vooraf verzekerde schadeloosstelling. Op deze wijze is er nog enige bescherming van het eigendom genoemd in de Grondwet.

2.2.1. Eigendom in het EVRM

Onder het oorspronkelijke EVRM vond het eigendomsbegrip als grondrecht geen bescherming. Dit werd echter onder het later bij het Eerste Protocol toegevoegde recht wel opgenomen.⁶

Deze positieve garantie ter bescherming van het ongestoorde genot van eigendom staat in artikel 1 van dit Eerste Protocol en luidt als volgt:

'Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions.

⁴ Snijders 1991, p. 250.

⁵ Algehele grondwetsherziening 1979, p. 162-163 en p. 207-208.

⁶ Hartlief 1996, p. 129.

No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. The preceding provisions shall not, however in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.'

Het begrip 'possessions', zoals bedoeld in het verdrag, heeft echter een andere betekenis dan de term 'eigendom' zoals dat in de Nederlandse vertaling gebruikt wordt. Het EHRM benadrukte dit in zijn arrest, waarin het overwoog dat:

'The Court recalls that the notion of "possessions" in Article 1 Protocol no. 1 has an autonomous meaning which is certainly not limited to ownership of physical goods: certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as "propertyrights", and thus "possessions", for the purposes of this provisions'.⁷

Op deze wijze heeft het EHRM voor zichzelf een grote bewegingsvrijheid gecreëerd met betrekking tot het eigendomsbegrip, zonder daarbij het nationale recht volledig uit te sluiten.⁸ Voor de Nederlandse rechter is het echter niet altijd eenvoudig om te beoordelen of er in een bepaalde situatie inderdaad sprake is van eigendom in de zin van het EVRM.⁹ Buiten dat er sprake moet zijn van een 'voldoende bepaald en opvorderbaar recht',¹⁰ wat een vermogenswaarde moet vertegenwoordigen,¹¹ is het eigendomsbegrip erg ruim omschreven. Met betrekking tot een aantal situaties heeft het EHRM al uitsluitsel gegeven. Zo vallen zekerheidsrechten onder het eigendomsbegrip,¹² goodwill,¹³ contractuele rechten,¹⁴ vorderingen,¹⁵ vergunningen¹⁶ en in bepaalde situaties geldt dat ook voor het intellectuele eigendom en de vorderingsrechten uit contract of uit de onrechtmatige daad.¹⁷ De lijst is echter niet limitatief en in de toekomst zal in een aantal situaties nog moeten blijken hoe ruim het eigendomsbegrip werkelijk is.

2.2.2. Eigendom naar Nederlands recht

Naar Nederlands recht gaan we, sinds de invoering van het nieuwe BW, uit van een beperktere vorm van het eigendomsrecht. Art. 5:1 lid 1 BW geeft de volgende definitie:

'Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben.'

⁷ EHRM 23 februari 1995, Gasus Dosier- und Fördertechnik, Publ. ECHR, Series A vol. 306B, § 53.

⁸ EHRM 20 november 1995, Pressos Compania Naviera e.a., Publ. ECHR, Series A vol. 332, § 61.

⁹ Ploeger 2000, p. 688.

¹⁰ Van Dijk/Van Hoof 1990, p. 622.

¹¹ Van Dijk/Van Hoof 1990, p. 620.

¹² EHRM 23 februari 1995, Gasus Dosier- und Fördertechnik, Publ. ECHR, Series A vol. 306B, § 53.

¹³ EHRM 26 juni 1986, Van Marle, Publ. ECHR, Series A vol. 101, § 41.

¹⁴ EHRM 19 december 1989, Mellacher e.a., Publ. ECHR, Series A vol. 169, § 42.

¹⁵ EHRM 9 december 1994, Stan Greek Refineries, Publ. ECHR, Series A vol. 301B, § 61.

¹⁶ EHRM 7 juli 1989, Tre Traktörer AB, Publ. ECHR, Series A, vol. 159, § 53.

¹⁷ Van Dijk/Van Hoof 1990, p. 619.

Lid 2 voegt daar echter meteen aan toe dat:

'het de eigenaar met uitsluiting van een ieder vrij staat van de zaak gebruik te maken, mits dit gebruik niet strijdt met rechten van anderen en de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen daarbij in acht worden genomen.'

Een echte definitie van het eigendomsrecht wordt hier niet gegeven. In zijn toenmalig advies aan de koningin gaf de Minister van Justitie hiervoor als reden op dat:

'bedoelde bepaling ook niet een definitie in de gewone zin des woords wil zijn. Het geven van een definitie van de eigendom zou zeer moeilijk zijn in verband met de, in principe, onbeperkte van dit recht, en aan de andere kant kan men stellen, dat het geven van een definitie overbodig is, aangezien, wanneer men over eigendom spreekt, iedereen weet wat er wordt bedoeld.'¹⁸

Of er echter duidelijkheid bestaat over het eigendomsbegrip valt te betwijfelen. Het feit dat er binnen Nederland wordt uitgegaan van twee begrippen kan zorgen voor onduidelijkheid over de reikwijdte van het begrip. Opvallend is het verschil in de garantiebepalingen die in het nieuwe BW en in het EVRM staan. Waar het verdrag in beginsel uitgaat van 'vrij genot van eigendom, tenzij er een beperking is', gaat het BW uit van 'vrij gebruik, mits er geen beperking is'. Het BW legt hierbij de nadruk op de beperkingen, waar het verdrag de nadruk legt op de vrijheid van genot.

Centraal bij het eigendomsbegrip staat, volgens Nederlands recht, de verhouding tussen een persoon en een zaak. Een zaak is op grond van art. 3:2 BW een 'voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object'. Deze omschrijving is beperkter dan de 'possessions' onder het EVRM en is tevens minder omvattend dan het eigendomsbegrip zoals dat onder het oude burgerlijk recht gold. Zowel onder het EVRM als onder het oude burgerlijk recht was het mogelijk om een onstoffelijk goed in eigendom te verkrijgen. Het oude BW sprak echter, net als het nieuwe BW, over eigendom op zaken. De betekenis van zaken en goederen is door de invoering van het nieuwe BW veranderd. Waar onder het oude burgerlijk recht gesproken werd van goederen wordt onder het nieuwe burgerlijk recht gesproken van zaken. Meijers zegt hierover in de toelichting op zijn ontwerp voor een nieuw BW:

'In dit artikel wordt het begrip zaak omschreven als een stoffelijk voorwerp vatbaar voor bezit. In tegenstelling met hetgeen het tegenwoordige artikel 555 BW zegt, is in het ontwerp 'zaak' het engere, 'goed' het ruimere begrip. De onderlinge verhouding sluit niet alleen beter aan bij de betekenis, die 'zaak' in de moderne vreemde wetboeken heeft, maar ook het spraakgebruik van ons tegenwoordig recht is daarmee in overeenstemming.'¹⁹

Dat onder het nieuwe BW het eigendom gekoppeld werd aan het begrip 'zaak' was in feite een kleine wijziging ten opzichte van het oude recht. Onder het oude recht gold dat:

'art. 555 zegt dat men niet alleen eigendom kan hebben van een boek, maar ook van een vordering. Men dient echter in het oog te houden, dat men, sprekend van eigendom van een recht, gebruik maakt van een constructie, die het denken vergemakkelijkt, doch die de wetgever bij de uitwerking van de eigendom niet voor ogen heeft gestaan.'²⁰

¹⁸ PG Boek 5, p. 21-22.

¹⁹ Toelichting Meijers, p. 160.

²⁰ Pitlo/Brahn, Zakenrecht, p. 119.

Zodoende werd ook onder het oude recht in het algemeen aangenomen dat men alleen lichamelijke zaken in eigendom kon houden.²¹ Dat niet iedereen het hier mee eens was, bleek wel uit de kritiek die vanuit de literatuur op deze wijziging kwam.²²

Het eigendomsrecht wordt onder het nieuwe BW aangemerkt als het 'meest omvattende recht'. Een aantal kenmerken van het eigendomsrecht rechtvaardigt deze benaming. Allereerst is het eigendomsrecht het volledigste recht. Indien het eigendom onbezwaard en vrij is, is het in vergelijking met de andere zakelijke rechten het meest omvattend. In vergelijking met de persoonlijke rechten is het eigendomsbegrip ook het sterkst. Hieruit vloeit voort dat aan het eigendomsrecht de meeste bevoegdheden kunnen worden ontleend. De oorspronkelijke tekst van het Ontwerp Meijers bevatte ook niet de bewoordingen 'het meest omvattende recht', maar sprak van 'het meest volledige recht'. Om echter het verband met art. 3:8 BW nog duidelijker aan te geven werden deze woorden vervangen door de huidige tekst.²³

Uit het eigendomsrecht kunnen diverse beperkte rechten worden afgeleid, zoals het recht op vruchtgebruik (art. 3:201 BW) en het recht op hypotheek (art. 3:227 BW). Het eigendomsrecht zelf kan echter nooit een beperkt recht zijn. Een beperkt recht is een recht dat is afgeleid uit een meer omvattend recht (art. 3:8 BW). Het eigendomsrecht kan als meest omvattende recht nergens uit afgeleid worden en zal om die reden nooit een dochterrecht zijn. Als de beperkte rechten die gevestigd zijn op het eigendomsrecht tenietgaan, breidt het eigendomsrecht zich van rechtswege weer uit. Dit verschijnsel wordt wel de elasticiteit van het eigendomsrecht genoemd.²⁴ Het eigendomsrecht wordt dan ook als eenheid aangemerkt. Buiten de mogelijkheid om beperkte rechten te vestigen op het eigendomsrecht kan de eigenaar geen bevoegdheden van zijn eigendomsrecht afsplitsen.²⁵

Net als alle goederenrechtelijke rechten heeft het eigendomsbegrip een absoluut karakter. Het eigendomsbegrip kan, in beginsel, tegen een ieder worden ingeroepen. Het eigendomsrecht heeft ook 'droit de suite' en zal de zaak waarop het rust blijven volgen.²⁶

2.2.3. *Anticipatie op nieuw recht?*

Gezien recente ontwikkelingen lijkt mij dat deze scriptie niet compleet zou kunnen zijn zonder in ieder geval kort te hebben verwezen naar de Europese Grondwet die, zodra alle Staten deze hebben goedgekeurd, in werking zal treden. Deze grondwet bestaat voor een groot gedeelte uit bepalingen uit verdragen die al golden tussen de Europese Staten en voor een gedeelte uit nieuw gevormde of aangepaste bepalingen. Art. II-77 van de Europese Grondwet gaat over het vrije genot van eigendom en bepaalt dat:

'1. Een ieder heeft het recht de goederen die hij rechtmatig heeft verkregen, in eigendom te bezitten, te gebruiken, erover te beschikken en te vermaken. Aan niemand

²¹ Berenschot-Hoekstra-Vegter 1986, p. 21-22.

²² Oly 1984, p. 246.

²³ PG Boek 5, p. 26.

²⁴ Asser-Mijnsen-Van Dam-Van Velten 2002, p. 22.

²⁵ Asser-Mijnsen-Van Dam-Van Velten 2002, p. 22.

²⁶ Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, p. 348-349.

mag zijn eigendom worden ontnomen, behalve in het algemeen belang, in de gevallen en onder voorwaarden waarin de wet voorziet en mits zijn verlies tijdig op billijke wijze wordt vergoed. Het gebruik van de goederen kan bij wet worden geregeld, voorzover het algemeen belang dit vereist.

2. Intellectuele eigendom is beschermd.'

Zoals verwacht bevat ook de nieuwe Europese Grondwet weer de bescherming van het vrij genot van eigendom zoals dat ook gegarandeerd werd door het EVRM. Als aanvulling hierop wordt ook voor het intellectuele eigendom vrije genot van eigendom van toepassing verklaard. Dit vanwege het steeds meer toenemende belang van het intellectuele eigendom.

2.2.4. Beperkingen op het eigendomsbegrip

Pitlo opende zijn preadvies voor het Broederschap der Candidaat-Notarissen met de volgende woorden: "Overall en te allen tijde is de eigenaar beperkt in zijn beschikkingsmacht, zowel bij leven als bij dode."²⁷ Deze woorden gelden ook voor het eigendomsrecht onder het EVRM, want ondanks dat het vrije genot van eigendom wordt gegarandeerd, mag iedere Staat dit genot beperken. Art. 1 Eerste Protocol EVRM geeft de Staten de bevoegdheid om beperkingen te maken op het eigendomsrecht, zolang dit in het belang is van de 'general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties'.

De Nederlandse Staat heeft de beperkingen die hij maakt op het eigendomsrecht in het recht zelf opgenomen. Het eigendomsrecht, zoals bedoeld in artikel 5:1 BW, omvat dus tevens zijn beperkingen.²⁸ Lid 2 van art. 5:1 BW vertelt ons namelijk dat het de eigenaar vrij staat gebruik te maken van zijn eigendomsrechten zolang dit niet in strijd is met het geschreven of ongeschreven recht. Deze beperkingen kunnen worden onderverdeeld naar de grondslag, publiekrechtelijk of privaatrechtelijk, en naar de aard van de beperking. Naar haar aard kan de beperking betrekking hebben op het gebruiksrecht, op de beschikkingsbevoegdheid, op de revindicatie of op alle rechtsgevolgen van het eigendomsrecht.²⁹

Niet enkel het eigendomsrecht wordt beperkt, maar ook de beperkte rechten die uit het eigendomsrecht worden afgeleid. De testeerbevoegdheid, die is afgeleid uit het eigendomsrecht, is de bevoegdheid om als erflater bij testament over de nalatenschap te kunnen beschikken.³⁰ Deze bevoegdheid is echter, met de invoering van het nieuwe erfrecht, geminimaliseerd en de vraag is nog maar of je nog kunt spreken van een testeervrijheid. De legitieme portie, die in het nieuwe erfrecht in verzwakte vorm is teruggekeerd, zorgt er in combinatie met 'de andere wettelijke rechten' voor dat de werkelijke vrijheid van de erflater om over zijn nalatenschap te beschikken vrij klein is. Er valt zelfs te verdedigen dat, gezien de erfrechtelijke positie van de kinderen en langstlevende echtgenoot van de erflater, de testeervrijheid enkel op papier bestaat. In het volgende hoofdstuk zal ik dieper ingaan op deze materie aan de hand van de legitieme portie. De andere wettelijke rechten, zoals deze zijn opgenomen in het nieuwe BW, zullen verder niet behandeld worden.

²⁷ Pitlo 1954, p. 1.

²⁸ Asser-Mijnsen-Van Dam-Van Velten 2002, p. 27.

²⁹ Goederenrecht, Snijders nr. 179.

³⁰ Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht, Van Mourik, nr. 291.

Al deze beperkingen zullen echter, door de werking van art. 94 GW, moeten worden getoetst aan het EVRM. Door deze rechtstreekse werking van het verdrag heeft ieder persoon het recht op het vrije genot van eigendom, zoals dit gegarandeerd is in het verdrag. Bij een toetsing aan het EVRM zal het EHRM per situatie bekijken of er sprake is van eigendom, zoals bedoeld in het EVRM, of er sprake is van een stoornis en indien dit het geval is, of deze stoornis gerechtvaardigd is.³¹

In beginsel leidt ieder aantasting van de waarde van een goed tot een stoornis in de zin van artikel 1 Eerste Protocol EVRM.³² Een stoornis kan echter gerechtvaardigd zijn. Het EHRM heeft hiervoor met betrekking tot het bestaan van een stoornis in zijn arrest een aantal regels neergelegd:

'Article 1 compromises three distinct rules. The first, which is expressed in the first sentence of the first paragraph and is of a general nature, lays down the principle of peaceful enjoyment of property. The second rule, in the second sentence of the same paragraph, covers deprivation of possessions and subjects it to certain conditions. The third, contained in the second sentence of the paragraph, recognises that the Contracting States are entitled, amongst other things, to control the use of property in accordance with the general interest.'³³

Met betrekking tot deze regels overwoog het EHRM later:

'However, the rules are not "distinct" in the sense of being unconnected: the second and third rule are concerned with particular instances of interference with the right of peaceful enjoyment of property. They must therefore be construed in the light of the general principle laid down in the first rule.'³⁴

In eerste instantie zal het EHRM aan de hand van deze regels beoordelen of er sprake is van een stoornis.

In deze regels wordt echter nogmaals benadrukt dat de mogelijkheid bestaat om beperkingen te maken op het eigendomsrecht. De beperkingen moeten echter gerechtvaardigd zijn. Deze rechtvaardiging wordt beoordeeld naar de legitimiteit, het doel en aan de hand van de 'fair balance-test'.³⁵

Voor de legitimiteit dient te worden gekeken naar het nationale recht. Onder het nationale recht valt niet enkel de wet, maar ook de jurisprudentie die is geweest. Met betrekking tot het ongeschreven recht is het EHRM wat terughoudender, vanwege het abstracte karakter hiervan. Het ongeschreven recht zou vaak niet voldoende 'precies', 'toegankelijk' en 'voorzienbaar' zijn.³⁶ Het EHRM beoordeelt, met betrekking tot de legitimiteit, echter alleen of er voldaan is aan de minimum kwaliteitseisen.

De beperkingen welke gemaakt worden op het eigendomsrecht moeten het algemeen belang dienen. Overigens wil dit niet zeggen dat de gemeenschap rechtstreeks dient te profiteren van de beperkingen.³⁷

Met betrekking tot de legitimiteit en het dienen van het algemeen belang hebben de nationale autoriteiten een 'margin of appreciation'.³⁸ Het EHRM vond het,

³¹ Schutte 2004, p. 28.

³² Ploeger 2000, p. 691.

³³ EHRM 23 september 1982, Sporrang en Lönnroth, Publ. ECHR, Series A, vol. 52, § 61.

³⁴ EHRM 21 februari 1986, James e.a., Publ. ECHR, Series A, vol. 98B, § 37.

³⁵ Ploeger 2000, p. 692; Hartlief 1996, p. 138; Schutte 2004, p. 35; Ploeger 2005, p. 113;

³⁶ Schutte 2004, p.53.

³⁷ EHRM 21 februari 1986, James e.a., Publ. ECHR, Series A, vol. 98B, § 40.

³⁸ EHRM 8 juli 1986, Lithgow e.a., Publ. ECHR, Series A vol. 102, §122.

vanwege het feit dat de overheden meer kennis hebben omtrent hun eigen samenleving, niet zijn taak om integraal te toetsen welke beperkingen er op het eigendomsrecht noodzakelijk waren. Het EHRM kent de nationale overheid dus een zekere mate van vrijheid toe, omdat zij zelf het best kan beslissen wat in het belang van de samenleving is.

Het EHRM onderwerpt de beperking als laatst aan de 'fair balance-test'. Centraal staat daarbij of de middelen het doel niet voorbij gestreefd zijn. Bij deze beoordeling worden alle aspecten van de situatie bekeken en is er geen sprake van een 'margin of appreciation'. Dat hier wel alle aspecten worden meegenomen in de beoordeling komt door het belang van deze test. Het doel van het EVRM is om de grondrechten te beschermen die een persoon heeft. In eerste instantie dient deze bescherming geboden te worden ten opzichte van de overheid. Een stoornis in het genot van eigendom is dan ook alleen gerechtvaardigd als het middel en het doel proportioneel zijn.³⁹ Voorbeelden van relevante omstandigheden kunnen zijn het feitelijke optreden van de burger en de overheid,⁴⁰ het behartigde belang⁴¹ en de aard en de zwaarte van de stoornis.⁴²

Het EHRM zal dus per situatie moeten bekijken of er sprake is van eigendom, of het eigendom toebehoort aan de betrokken persoon, of er aan de legitimiteit van de inbreuk voldaan is, of de inbreuk in het algemeen belang is gedaan en of de middelen het doel niet zijn voorbij gestreefd. Indien dit het geval is, is de beperking die de overheid gemaakt heeft op het vrije genot van eigendom gerechtvaardigd. Mocht aan de legitimiteit van de beperking niet voldaan zijn, de beperking niet in het algemeen belang zijn, of de middelen en het doel niet proportioneel zijn, dan is de beperking niet toegestaan.

³⁹ EHRM 19 december 1989, Mellacher e.a., Publ. ECHR, Series A, vol. 169, § 48.

⁴⁰ EHRM 5 januari 2000, Beyeler, RJ&D, 2000-I, § 114.

⁴¹ EHRM 22 februari 1994, Raimondo, Publ. ECHR, Series A, vol. 281A, § 27.

⁴² EHRM 23 september 1982, Sporrang en Lönnroth, Publ. ECHR, Series A, vol. 52, § 73.

Hoofdstuk 3. De Legitieme portie

3.1. Inleiding

Een van de oudste beperkingen op het vrij genot van eigendom is de legitieme portie. In beginsel mag iedere persoon, zoals dit voortvloeit uit de testeervrijheid, bij zijn overlijden bepalen hoe het opgebouwde vermogen dient te worden nagelaten. Deze vrijheid dient echter te wijken voor de bloedverwantschap.

Om de legitieme portie te begrijpen dient er eerst te worden gekeken naar de ontwikkelingsgeschiedenis. Vervolgens zal er gekeken worden naar een aantal van de veel voorkomende varianten waarin de legitieme portie bestaat.

3.2. De legitieme portie in historisch perspectief

De legitieme portie vindt zijn oorsprong in het Romeinse recht. Waar men uitging van een absolute testeervrijheid, zoals deze afgeleid kon worden uit de wet der XII tafelen, ontwikkelde zich aan het einde van de Republiek de gedachte van de 'officium piëtatis' oftewel de zedelijke plicht van de erflater om zijn naaste bloedverwanten niet geheel te onterven.⁴³ Indien de bloedverwanten, zowel descendenten als ascendenten, minder dan een bepaald deel van het vermogen werd nagelaten, kon de nietigheid van het testament worden ingeroepen. In theorie werd de grootte van dit deel bepaald door de redelijkheid en billijkheid. In de praktijk werd de Lex Falcidia analoog toegepast en deze schreef voor dat er 1/4 aandeel van de erfdeel ab intestaat aan de bloedverwanten diende te worden nagelaten.⁴⁴ Dit wettelijke erfdeel, de 'portio legitima', werd ingrijpend gewijzigd door Justinianus. Hij wijzigde de omvang van de legitieme portie en zorgde er tevens voor dat de legitieme portie in duidelijke regels werd vastgelegd. Daarbuiten veranderde hij het rechtskarakter van de legitieme portie. Indien de erfgenaam wel erfgenaam was, maar tekortkwam, restte deze slechts een persoonlijke vordering tot aanvulling van het tekortkomende. De nadruk kwam hierbij te liggen op de eer van het erfgenaamschap, in plaats van het verschaffen van een vermogensrechtelijk voordeel.⁴⁵

Naast deze Romaanse variant van de legitieme portie, bestond er onder andere in het noordelijke gedeelte van Frankrijk, les pays du droit coutumier, een Germaanse variant. Deze gewoonterechtelijke 'réserve' ontnam de bevoegdheid om 'om niet' over viervijfde van de door hem geërfde onroerende zaken te beschikken.⁴⁶

Beide varianten hebben de tand des tijds doorstaan. Het is echter naïef om te denken dat de 'portio legitima' en de 'réserve' nog in hun oorspronkelijke vormen bestaan. Historische onderzoeken hebben uitgewezen dat 'er reeds eeuwen geen zuiverheid van systeem meer is te vinden, dat de bepalingen zijn verstrengeld en

⁴³ Asser-Perrick 2002, nr. 184.

⁴⁴ Mellema-Kranenburg 2000, p. 62.

⁴⁵ Heuff 2004, p. 1.

⁴⁶ Heuff 2004, p. 1.

versmolten.⁴⁷

3.2.1. Variërende rechtsgronden

Voor de legitieme portie en de réserve zijn diverse grondslagen aan te voeren, die met het verstrijken van de tijd in belang toe- en afnamen. De legitieme portie, zoals deze werd ontwikkeld in de Romeinse Republiek, was gebaseerd op de 'officium piëtatis' en berustte hiermee voornamelijk op de morele verplichting en op het natuurrecht. Het zou 'niet behoorlijk zijn om het vermogen aan vreemden te vermaken ten koste van de eigen verwanten in de rechte lijn.⁴⁸ De vraag rijst echter in hoeverre dit niet behoorlijk is. Er kan gesteld worden dat er sprake is van gezamenlijk opgebouwd vermogen en dat er sprake is van een bloedband, maar niettemin blijft het een gevoelskwestie of er gezegd kan worden dat het niet behoorlijk is. Daarbij kan nog gesteld worden dat het niet aan de wetgever is om te bepalen of iets niet behoorlijk zou zijn.

Een ander beginsel uit het natuurrecht is het beginsel van de beschikkingsvrijheid. Deze beschikkingsvrijheid wordt door de legitieme portie beperkt. Deze beginselen staan dus lijnrecht tegenover elkaar en het is dan de vraag aan welk beginsel je de meeste waarde toekent. Enkele andere argumenten tegen de legitieme portie zijn dat de plicht van ouders reeds voldaan is door een gedegen opvoeding en het feit dat in de hedendaagse maatschappij de familiebanden verzwakt zijn.⁴⁹

Aan de 'réserve' lag daarentegen het belang van de maatschappij ten grondslag. Voor de maatschappij was het van belang dat de families in stand werden gehouden en de familiebanden versterkt werden. Een belangrijk verschil met het moraalrechtelijk en natuurrechtelijk denken is dat gelijkheid tussen de descendenten niet beoogd wordt.

Hierover wordt gezegd dat:

'Dat de eigenaar noch bij leven, noch bij dode over zijn vermogen ten nadele van zijn kinderen vermag te beschikken, is een element der legitieme, dat voor de maatschappij, gezien als geheel der families, een gunstige werking heeft. Dat daarbij de ouder verplicht is tussen zijn descendenten een grote mate van gelijkheid te betrachten, is een element der legitieme, dat men, al naar eigen sociaal inzicht, als een voordeel of als een nadeel voor de maatschappij kan beschouwen.'⁵⁰

Ondanks het feit dat gelijkheid onder de descendenten als belangrijk beginsel werd gezien, was het niet in het belang van de maatschappij. Als het nagelaten vermogen onder een aantal descendenten verdeeld diende te worden, zou dit leiden tot verdeeldheid van het familievermogen en het zou op den duur zelfs kunnen leiden tot verlies van status.⁵¹

Een laatste rechtgrond waar op gewezen kan worden is het rechtsbewustzijn. Hiermee bevinden we ons echter op glad ijs. Het rechtsbewustzijn is een continu aan

⁴⁷ Pitlo 1954, p. 11.

⁴⁸ Van Mourik 1991, p. 621.

⁴⁹ Pitlo 1954, p. 38-43.

⁵⁰ Pitlo 1954, p. 25.

⁵¹ Grimaldi 1998, nr. 287.

verandering onderhavig en zeer moeilijk te bepalen fenomeen. Daarbij is het goed mogelijk dat het rechtsbewustzijn tegen de moraal en het belang van de maatschappij indruist. Het rechtsbewustzijn zal vaak gebaseerd zijn op het eigenbelang van de massa en op de doelmatigheid.⁵² Hiermee is het een gevaarlijk instrument om te bepalen wat rechtens zou moeten zijn.

Een aantal van de rechtsgronden gaan tegenwoordig niet meer op. Zelfs de grootste voorstanders van de legitieme portie kunnen niet ontkennen dat het idee van 'officium piëtatis' in het huidige recht bijna geheel is verdwenen.⁵³ Niettemin is ook onder het nieuwe BW de legitieme portie teruggekeerd, omdat 'voor de afschaffing van de legitieme portie thans niet de voor zo'n ingrijpende stap vereiste brede steun bestaat.'⁵⁴

3.2.2. De legitieme portie binnen Nederland

In Nederland zien we zowel de invloeden van de Romaanse 'portio legitima' als van de Germaanse 'réserve' terug. De ontwikkeling van de legitieme portie begint met de opmars van testamenten. Deze ontstaan rond het jaar 1250 als een middel om een gedeelte van het vermogen te vermaken aan de Romeins-Katholieke Kerk. Het canonieke recht hechtte veel waarde aan de familiale gebondenheid bij het beschikken over de onroerende zaken en namen om die redenen de bepalingen omtrent de legitieme portie over.⁵⁵ Zo bepaalde Paus Innocentius (1198-1216) in een decretale dat:

'een erfgenaam recht had op de legitima portio, iure naturae debita van de nalatenschap van verschillende categorieën verwanten.'⁵⁶

Niettemin was er in die tijd nog geen sprake van een uniform rechtsstelsel met betrekking tot de legitieme portie. Het recht was tot aan de Bataafse Omwenteling zelfs 'versplinterd, pluriform, onsystematisch en conservatief.'⁵⁷

Daar kwam een einde aan met de invoering van het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland in 1809. En na de invoering van het oude BW, welke grotendeels was gebaseerd op de Code Civil, kwam de legitieme portie in betrekkelijk rustig vaarwater terecht. De legitieme portie werd, op een enkeling na,⁵⁸ door ieder geaccepteerd en veel belangrijke arresten of wijzigingen in de wetgeving zijn er, tot halverwege de twintigste eeuw, niet te vinden.

Deze betrekkelijk rustige periode bleek de stilte voor de storm te zijn. Het arrest HR 30 november 1945 (De Visser/Harms) NJ 1946, 62, dat nog besproken zal worden, en de opkomst van de ouderlijke boedelverdeling in 1958 maakten een zeer grote beperking op het absolute karakter van de legitieme portie. Toen prof. mr. E.M. Meijers bij Koninklijk Besluit van 1947, nr. 20, de opdracht kreeg om een nieuw BW te ontwerpen, waarin Boek 4 aan het erfrecht gewijd zou worden, ontstond dan ook de discussie óf en in welke vorm de legitieme portie terug zou moeten keren. Het

⁵² Pitlo 1954, p. 44.

⁵³ Mellema-Kranenburg 1999, p. 659.

⁵⁴ Kamerstukken II 1996/97, nr. 17141, nr. 20, p. 3.

⁵⁵ Nève 1995, p. 11.

⁵⁶ Nève 1995, p. 11.

⁵⁷ Roes 2003, p. 13.

ontwerp voor Boek 4 werd in 1969 wet, maar de inwerkingtreding liet tot 1 januari 2003 op zich wachten. Dit mede dankzij de kritische houding van het notariaat ten opzichte van het Ontwerp Meijers.⁵⁹ Ondanks de aanhoudende andersluidende mening van diverse auteurs keerde de legitieme portie terug in het nieuwe BW, echter in een zeer beperkte vorm.

3.2.3. Rechtspraak

Veel baanbrekende arresten omtrent de legitieme portie zijn er gedurende lange tijd niet te vinden. De rechtspraak die te vinden is, gaat veelal over de hoogte van de legitieme portie en het erfgenaamschap. Een drietal arresten zijn echter te belangrijk om zonder behandeling aan voorbij te gaan.

Allereerst is er het 'De Visser/Harms-arrest'.⁶⁰ In dit arrest besloot de HR dat de positie van de langstlevende echtgenoot, die door de jaren heen een steeds belangrijkere plaats was gaan innemen in het gezinsleven, ten opzichte van de bloedverwanten versterkt diende te worden bij het overlijden van de erflater. De HR overweegt met betrekking tot de natuurlijke verbintenis tot verzorging van de langstlevende echtgenoot:

'dat daarom de nakoming van zoodanige verzorgingsverplichting – hetzij bij behandeling onder de levenden, hetzij bij uiterste wilsbeschikking – is voldoen aan een verbintenis en niet is schenking.'

Deze natuurlijke verbintenis tot verzorging van de langstlevende echtgenoot kon op deze wijze bij testament verheven worden tot een schuld van de nalatenschap. Als schuld van de nalatenschap is de natuurlijke verbintenis onaantastbaar geworden voor de legitimarissen en is het zelfs waarschijnlijk dat de legitieme portie tot nul wordt gereduceerd. Hiermee begon reeds in 1945 het onaantastbare karakter van de legitieme portie langzaam maar zeker af te brokkelen.

Dat de rol van de legitieme portie echter nog niet uitgespeeld was, blijkt uit het tweede arrest genaamd het 'Marckx-arrest'.⁶¹ In dit arrest liet het EHRM zich voor het eerst uit over de vraag of de legitieme portie in strijd zou zijn met art. 1 Protocol nr. 1 EVRM. Het Hof overweegt hieromtrent:

'Matters of intestate succession – and of disposition – between near relatives prove to be intimately connected with family life. Family life does not include only social, moral or cultural relations, for example in the sphere of children's education; it also compromises interests of a material kind, as is shown by, amongst other things, the obligations in respect of maintenance and the position occupied in the domestic legal systems of the majority of the Contracting States by the institution of the reserved portion of an estate (reserve héréditaire). Whilst inheritance rights are not normally exercised until the estate-owner's death, that is at a time when family life undergoes a change or even comes to an end, this does not mean that no issue concerning such rights may arise before the death: the distribution of the estate may be settled, and in practice fairly often is settled, by the making of a will or of a gift on account of a future inheritance (avance d'hoirie); it therefore represents a feature of family life that cannot

⁵⁸ Le Play 1901.

⁵⁹ Van Mourik 1994, p. 1132.

⁶⁰ HR 30 november 1945, NJ 1946, 62.

⁶¹ EHRM 13 juni 1979, Marckx, Publ. ECHR, Series A, vol. 31.

be disregarded.⁶²

Hierdoor komt het Hof tot de conclusie dat:

'The second paragraph of Article 1 (P1-1) nevertheless authorises a Contracting State to 'enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest'. This paragraph thus sets the Contracting States up as sole judges of the "necessity" for such a law. As regards "the general interest", it may in certain cases induce a legislature to "control the use of property" in the area of dispositions inter vivos or by will.⁶³

Het Hof komt hier dus tot de conclusie dat de legitieme portie op zichzelf niet in strijd is met het vrij genot van eigendom, omdat de Staten zelf kunnen bepalen of het in het 'algemeen belang' is. Daarbij wordt onder meer aansluiting gezocht bij het feit dat de meeste andere Europese landen ook een legitieme portie kennen. Niettemin bepaalt het Hof ook dat de legitieme portie niet verplicht is. Naar mijn mening gaat het Hof hier te kort door de bocht, iets wat ik verderop zal proberen te onderbouwen. Niettemin stuit deze overweging niet overal op kritiek. Zo blijkt uit de Parlementaire Geschiedenis die vooraf is gegaan aan de invoering van het nieuwe erfrecht. De vraag of de legitieme portie niet in strijd is met het Europese recht,⁶⁴ wordt simpelweg afgedaan met een verwijzing naar het 'Marckx-arrest'.⁶⁵

Een zeer recentelijk arrest dat daarentegen weer inbreuk maakt op de legitieme portie is het 'notaris-arrest'.⁶⁶ Om de strekking van dit arrest te bevatten, dient de casus kort samengevat te worden. De situatie was als volgt. Haas is geboren uit een relatie tussen zijn moeder en een notaris. Ondanks het feit dat de notaris en de moeder nooit getrouwd zijn geweest en niet samenwoonden, maakte de notaris regelmatig geld over voor de verzorging van Haas en verzaakte zijn vaderlijke plicht niet. Er werden zelfs uitstapjes gemaakt en verjaardagen gevierd. Van een wettelijke erkenning was echter geen sprake. De notaris overlijdt zonder een testament gemaakt te hebben en volgens het erfrecht bij versterf is een neef van de notaris zijn enige erfgenaam.⁶⁷ Haas is het hier niet mee eens en vordert dat de neef de nalatenschap aan hem afgeeft. Hij beroept zich hierbij op de bestaande family life tussen hem en zijn vader op grond van art. 8 EVRM. De Rechtbank Arnhem wijst deze vordering af. Het vonnis werd bekrachtigd door het Hof Arnhem. Haas stelt vervolgens beroep in cassatie in. Het feit dat alleen personen die in familierechtelijke betrekking stonden tot de erflater als wettige erfgenamen aangemerkt worden, is volgens Haas in strijd met art. 8 en art. 14 EVRM. De Hoge Raad verwerpt het hoger beroep en nuanceert daarbij de werking van het 'Marckx-arrest'. Ondanks het feit dat hier sprake is van een regeling die in strijd is met art. 8 juncto art. 14 EVRM, het niet-erkende onwettige kind wordt namelijk achtergesteld ten opzichte van het erkende onwettige kind, zijn er gronden die deze beperkingen rechtvaardigen. Haas legt zich hier echter niet bij neer en gaat naar het EHRM. Hij stelt zich eens te meer op het standpunt dat er sprake is

⁶² EHRM 13 juni 1979, Marckx, Publ. ECHR, Series A, vol. 31, § 52.

⁶³ EHRM 13 juni 1979, Marckx, Publ. ECHR, Series A, vol. 31, § 64.

⁶⁴ Kamerstukken II, 1991/92, 17 141, nr. 11, p. 16.

⁶⁵ Kamerstukken II, 1992/93, 17 141, nr. 12, p. 43.

⁶⁶ HR 17 januari 1997, NJ 1997, 483, m.nt. JdB; EHRM 13 januari 2004, Haas, nr. 36983/97.

⁶⁷ Heida 2004, p. 58.

van schending van zijn rechten die zijn gegarandeerd in art. 8 juncto art. 14 EVRM. Tussen de notaris en Haas bestaat family life en hij betoogt dat hij de dupe is van het verschil in behandeling tussen erkende en niet-erkende kinderen. Het EHRM stelt echter dat:

'The applicant brought a civil action against Mr K. and sought to persuade the courts of the merits of his claim to be the unrecognised illegitimate son of the deceased. In reality, the courts were faced, not with an issue of 'family life' within the meaning of Article 8 nor with an issue of 'private life' seen in the terms of personal identity, but with a question of evidence going to the issue of whether family-law ties between the applicant and the deceased should be recognised. The fact that the courts were reluctant to pronounce on the elements adduced by the applicant cannot be considered in the circumstances as raising an issue which falls within the scope of Article 8.'⁶⁸

Ook het EHRM stelt zich niet op het standpunt van Haas. Niettemin verwijst het EHRM hem wel door naar de volgende stap als gesteld wordt dat:

'The Court would note in conclusion that the possibility of seeking a judicial declaration of paternity (Article 1:207 of the Civil Code) is now open to the applicant.'⁶⁹

Nadat de rechtbank alsnog het verzoek tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap heeft toegewezen, stelt de neef appèl in. Ook het Hof Amsterdam stelt Haas echter in het gelijk. Het blijkt namelijk dat er nog brieven inclusief enveloppen van de notaris bewaard zijn. De likranden van deze enveloppen bevatten nog DNA van de notaris en bij een deskundigenonderzoek dat bij tussenbeschikking door het Hof is gelast, wordt vastgesteld dat de notaris inderdaad de verwekker van Haas is.⁷⁰ Gezien deze laatste ontwikkeling wordt het appèl van de neef afgewezen.⁷¹ De vraag is echter in hoeverre deze beslissing in het voordeel van Haas kan werken. Gezien het feit dat de vaststelling van vaderschap terugwerkende kracht tot het moment van geboorte heeft, is Haas alsnog erfgenaam bij versterf van de notaris. De vraag is echter of hij als erfgenaam nog recht heeft op een gedeelte van de nalatenschap. Art. 1:207 lid 5 BW stelt dat:

'De vaststelling van het vaderschap, mits de beschikking daartoe in kracht van gewijsde is gegaan, werkt terug tot het moment van de geboorte van het kind. Te goeder trouw door derden verkregen rechten worden hierdoor nochtans niet geschaad. Voorts ontstaat geen verplichting tot teruggave van vermogensrechtelijke voordelen, voor zover degene die hen heeft genoten ten tijde van het doen van het verzoek daardoor niet was gebaat.'

Centraal hierin staat wie er als derde aangemerkt kan worden. Betoogd wordt dat een erfgenaam niet als derde aangemerkt kan worden en de neef dus niet beschermd wordt als derde zijnde.⁷² Gezien de tekst van art. 1:207 lid 5 BW dient de neef dan datgene wat nog niet verbruikt is terug te geven aan Haas. Met betrekking tot de legitieme portie zit de problematiek in het feit dat de nalatenschap is opengevallen onder het oude erfrecht, maar de eventuele legitieme vordering wordt in gesteld onder het nieuwe erfrecht. Art. 128 lid 1 van de Overgangswet stelt dat de uitoefening van de rechten van de legitimaris afhangt van het moment van het openvallen van de

⁶⁸ EHRM 13 januari 2004, Haas, nr. 36983/97, § 43.

⁶⁹ EHRM 13 januari 2004, Haas, nr. 36983/97, § 44.

⁷⁰ Hof Amsterdam 20 november 2003, rekestnr. 477/2003.

⁷¹ Hof Amsterdam 8 juli 2004, JPF 2005, afl. 1, p. 4-10.

⁷² Asser-De Boer 2002, nr. 747; Reinhartz 2000, p. 90-92; Luijten 2004.

nalatenschap. De legitimaris zou dus volgens het goederenrechtelijke stelsel deelgenoot in de nalatenschap worden. Deze bevoegdheden behoudt de legitimaris op grond van art. 128 lid 2 Overgangswet tot 1 januari 2004. Gezien de lange procedure die aan de vaststelling tot het vaderschap is voorafgegaan, is het invoeren van de legitieme vordering niet meer mogelijk.

3.3. De legitieme portie in drievoud

Al met al heeft de legitieme portie een rijke historie. Voortkomend uit meerdere rechtsstelsels is de legitieme portie onderhevig geweest aan diverse externe invloeden. Buiten het feit dat met de jaren de mensheid is geëvolueerd, is ook onze manier van denken meegegroeid. Met die veranderingen heeft ook ons gevoel voor recht zich aangepast. Beïnvloed door al deze veranderingen is de legitieme portie op meerdere wijzen de 21^e eeuw ingegaan. Dat ieder land in beginsel als autonoom erkend wordt, leidt er toe dat ook ieder land zelf kan bepalen in hoeverre een legitieme portie nodig geacht wordt. Globaal gezien zijn er echter een aantal hoofdstromingen te herkennen die op een aantal essentiële punten van elkaar verschillen.

3.3.1. De legitieme portie binnen het goederenrechtelijke stelsel

De meest traditionele vorm van de legitieme portie is de legitieme binnen het goederenrechtelijke stelsel. Het goederenrechtelijke stelsel van de legitieme portie vindt zijn oorsprong bij de Romeinen en heeft in Europa zijn invoer gevonden door de Code Napoléon.⁷³ Het komt onder meer voor in landen als België, Frankrijk, Italië, Luxemburg, Malta, Portugal, San Marino en Spanje en wordt gekenmerkt als het meest klassieke en conservatieve stelsel dat tegenwoordig nog voorkomt.⁷⁴

Net als bij de oorspronkelijke 'portio legitima' wordt de nadruk gelegd op de bescherming van de erfgenamen. Dit uit zich onder meer in het karakter van de legitieme portie. Indien een legitimaris zich op zijn legitieme beroept verkrijgt hij een goederenrechtelijk recht op goederen uit de nalatenschap. Door middel van een beroep op de legitieme portie heeft de legitimaris dus een positie als erfgenaam en als zodanig deelgenoot in de nalatenschap verkregen en hoeft hij zich niet tevreden te stellen met een vordering in geld. Een goederenrechtelijk recht op goederen uit de nalatenschap betekent echter wel een vrij ingrijpende inbreuk op de beschikkingsvrijheid van de erflater. Indien de legitimarissen worden geschonden in hun legitieme, doordat de erflater door middel van schenkingen en legaten teveel goederen aan de nalatenschap heeft onttrokken, kunnen zij een vordering tot inkorting instellen. Voor zover de legitieme is geschonden, zullen legaten niet worden uitgevoerd en schenkingen ongedaan gemaakt moeten worden. Hieruit volgt dat deze legitieme vorderingen een absoluut karakter hebben, ze kunnen in beginsel tegen ieder worden ingeroepen.

Een tweetal stelsels waarin de legitieme portie een goederenrechtelijk karakter heeft, zullen we iets nader bekijken. Allereerst betreft dit het oude Nederlandse

⁷³ Coene 1995, p. 20.

⁷⁴ Verbeke 2002, p. 18.

erfrecht. Met de inwerkingtreding van het nieuwe BW is dit geen geldend recht meer, maar niettemin is het nog wel het bespreken waard. Buiten het feit dat op deze manier het verschil tussen het oude en nieuwe erfrecht duidelijk zichtbaar wordt, zal men in de praktijk de aankomende jaren nog regelmatig met het oude erfrecht te maken krijgen. Enige vorm van inzicht in dit recht is dus verre van overbodig. Het tweede stelsel dat uitgebreider behandeld wordt, is het Franse erfrecht. Zoals al eerder is gesteld, zijn de meeste goederenrechtelijke stelsels sterk beïnvloed door de het Franse recht. En het Franse recht kan dus gezien worden als de 'moeder van de hedendaagse goederenrechtelijke legitieme portie'. Uit de bespreking van deze twee stelsels zal tevens blijken dat de grenzen tussen de Romaanse en Germaanse variant van de legitieme portie in de loop der jaren zijn vervaagd, voorzover er überhaupt nog van grenzen gesproken kan worden.

3.3.1.1. De legitieme portie onder het oud Burgerlijk Wetboek

Onder het oude erfrecht, zoals dat gold tot de invoering van het nieuwe Boek 4 BW, werd de legitieme portie geregeld in art. 4:960 OBW tot en met art. 4:976 OBW (Bijlage I). De regeling van de legitieme portie valt daarmee onder de Twaalfde Titel, die betrekking heeft op de uiterste wil. Zoals uit de bepalingen omtrent de legitieme portie blijkt, is de legitieme portie een gedeelte van datgene wat bij versterf geërfd zou zijn. Van een schending van de legitieme portie kan dus in beginsel alleen sprake zijn als er bij testament is afgeweken van het erfrecht bij versterf. Hierop is echter een uitzondering mogelijk. Indien een groot deel van het vermogen voor het overlijden aan derden is geschonken zal een groot aandeel in de nalatenschap op het moment van overlijden kleiner zijn dan een kleiner aandeel in de legitimaire massa. Indien dit het geval is, kan het gunstig zijn om een aanvullende legitimaire vordering in te stellen zonder dat er van het erfrecht bij versterf is afgeweken bij uiterste wilsbeschikking. Dit is echter de uitzondering op de regel te noemen en de plaatsing van de legitieme portie onder de Twaalfde Titel is dan ook niet meer dan logisch te noemen.

Als definitie van de legitieme portie geeft art. 4:960 OBW:

'De legitieme portie of het wettelijk erfdeel is een gedeelte der goederen, hetwelk aan de bij de wet geroepene erfgenamen in de regte nederdalende linie wordt toegekend, en waarover de overledene, noch bij gifte onder de levenden, noch bij uiterste wil, heeft mogen beschikken.'

Uit deze definitie blijkt niet expliciet dat de legitimaris door het inroepen van zijn legitieme portie de positie van erfgenaam verkrijgt. Wel wordt er gesproken over een wettelijk erfdeel en aangenomen wordt dat er aan het wettelijk erfdeel tekort zou worden gedaan indien de legitimaris zijn wettelijke erfdeel niet als erfgenaam zou ontvangen. Daarbij wordt in verschillende artikelen in het oude BW de term 'erfgenaam' gebruikt waar 'legitimaris' wordt bedoeld.⁷⁵ Met betrekking tot de legitieme portie is het dus de keuze van de legitimaris zelf om erfgenaam te worden. Er is sprake van een wilsrecht en er bestaat dus geen verplichting om je te beroepen op de legitieme portie. Een wilsrecht is een recht met een vermogensrechtelijk

⁷⁵ Klaasen-Luijten-Meijer II, p. 299, Asser-Perrick 2002, nr. 187, Pitlo/Van der Burght, Ebben, Erfrecht, nr. 266.

karakter dat de macht geeft om veranderingen aan te brengen in een bestaande rechtstoestand.⁷⁶

Het beroepen op de legitieme portie maakt inbreuk op de beschikkingsvrijheid van de erflater. Ondanks het feit dat de door de erflater gedane giften of makingen niet nietig zijn, kunnen ze met een beroep op de legitieme worden vernietigd. Uit de definitie van de legitieme portie blijkt namelijk dat de 'overledene noch bij gifte onder levenden, noch bij uiterste wil, heeft mogen beschikken'. Waar de erflater tijdens leven volledig vrij wordt gelaten in zijn beschikkingshandelingen, hij heeft namelijk niet *mogen* beschikken maar wel *kunnen* beschikken, kunnen bepaalde beschikkingshandelingen bij zijn overlijden worden vernietigd. Onder deze bepaalde beschikkingshandelingen vallen schenkingen en andere rechtshandelingen uit vrijgevigheid. Handelingen uit nakoming van een natuurlijke verbintenis kunnen echter op grond van het 'De Visser/Harms-arrest' niet worden vernietigd. Het vernietigen van rechtshandelingen door zich te beroepen op de legitieme portie wordt onder het erfrecht inkorten genoemd. Op grond van art. 4:497 OBW is het voor de legitimarissen mogelijk om op makingen en giften in te korten indien zij door deze makingen en giften in hun wettelijke erfdeel werden geschonden. Dit echter met inachtneming van de bepalingen van art. 4:971 OBW tot en met art. 4:976 OBW.

De grootte van het wettelijk erfdeel wordt bepaald in art. 4:968 OBW juncto art. 4:961 OBW. Art. 4:961 OBW bepaalt dat de legitieme portie een gedeelte is van datgene wat zou zijn verkregen indien bij versterf geërfd zou zijn. Zoals uit de bewoordingen van art. 4:961 OBW blijkt, kende het oude erfrecht met betrekking tot de legitieme portie geen aanwas. De grootte van de legitieme portie was afhankelijk van de legitimaire massa en het aantal legitimarissen op het moment van overlijden. Indien niet iedere legitimaris een beroep deed op zijn legitieme portie had dit geen consequenties voor de andere legitimarissen, de grootte van iedere individuele legitieme portie bleef hetzelfde. De grootte van de legitimaire massa werd bepaald aan de hand van art. 4:968 OBW. De legitimaire massa bestaat uit de waarde van de goederen die tijdens het overlijden bij de erflater aanwezig waren, tezamen met de waarde van de schenkingen die hij tijdens leven heeft gedaan. Op grond van dit artikel wordt datgene wat reeds van de erflater is ontvangen bij leven in mindering gebracht op de vordering die de legitimaris heeft. Indien tijdens leven dus veel geschonken is, kan de vordering tot nul gereduceerd zijn. De legitimaris kan zich dan niet meer op zijn legitieme portie beroepen en zal niet aangemerkt worden als erfgenaam.

Indien de legitimarissen een beroep doen op hun legitieme portie hebben zij op grond van art. 4:960 OBW recht op 'een gedeelte der goederen'. Hier wordt expliciet bepaald dat de legitimaris geen genoegen hoeft te nemen met geld, maar recht heeft op goederen uit de nalatenschap. Hierin kunnen we lezen dat de nadruk op het erfgenaamschap ligt. Bij een vordering op goederen gaat het om het aandenken dat een kind van zijn ouders hoort te verkrijgen. Waar het bij een vordering op geld slechts gaat om de financiële band tussen de ouder en kind, is in de vordering op goederen tevens de emotionele band tussen ouder en kind terug te vinden.

Over het systeem waar onze wetgever voor gekozen heeft, bestond veel discussie. Aan de ene kant word betoogd dat onze wet is gebaseerd op het Romaanse systeem, omdat volgens de Romaanse legitieme aan sommige personen een vordering

⁷⁶ Van Mourik, Studiepockets Privaatrecht 37, 2002, p. 122.

tot het verkrijgen van een gedeelte van de nalatenschap wordt toegekend en volgens de Germaanse 'réserve' er niet geldig over een bepaald gedeelte van de nalatenschap beschikt kan worden.⁷⁷ Aan de andere kant wordt echter gesteld dat volgens de Germaanse 'réserve' de legitimaris als erfgenaam wordt aangemerkt en deze zowel lusten als de lasten van het erfgenaamschap op zich neemt, terwijl de Romaanse legitieme alleen van de lusten uitgaat. Waar de legitimaris wel een vorderingsrecht tot verkrijging van goederen uit de nalatenschap verkrijgt, is hij niet aansprakelijk voor de schulden van de nalatenschap.⁷⁸ Wat opvalt, is dat uit beide visies geen onwaarheden blijken. Beide opmerkingen zijn van toepassing op het oude erfrecht, maar toch worden ze als argumenten tegenover elkaar gebruikt. Hieruit blijkt dat er onder het hedendaagse recht bijna geen grenzen meer tussen het Romaanse en de Germaanse variant bestaan, omdat ze samengesmolten zijn tot één stelsel. Zoals wel wordt gesteld door Pitlo:

'De tegenstelling tussen beide rechtsinstituten is vaak met te scherpe kleuren aangegeven. De wens helder te onderscheiden draagt in zich het gevaar te scheiden. Reeds vroeg zijn, vooral in Frankrijk, de beide instellingen met elkander in contact gekomen en zijn zij met elkaar verstrengeld. De Code heeft uit beiden geput, onze wetgever heeft, met wijziging van sommige bestanddelen, de Code-bepalingen voor een groot deel overgenomen. Het behoeft geen betoog, dat men deze voorgeschiedenis in ons recht een conglomeraat vindt van aan de legitieme in den Romeinsrechtelijken zin en aan de réserve ontleende bepalingen.'⁷⁹

Beide varianten bestaan dus voort in een gezamenlijk stelsel, waarbij de wetgever uit beide varianten de positieve aspecten heeft gehaald en de negatieve aspecten achterwege heeft gelaten.

3.3.1.2. De legitieme portie in Frankrijk

Ook in Frankrijk kent men een legitieme portie die in de wet te vinden is in artikel 913 CC tot en met 930 CC (Bijlage II). De legitieme portie wordt in Frankrijk de 'réserve' genoemd. Hierbij moeten we echter opletten dat we de Franse 'réserve' niet verwarren met de Germaanse 'réserve' zoals deze oorspronkelijk bestond. Zoals we reeds hebben gezien zijn de meeste vormen van de legitieme portie die momenteel voorkomen een combinatie van de Germaanse 'réserve' en de Romaanse 'portia legitima'. De 'réserve' is in de Code Civil geplaatst onder 'Titre II "Des donations entre vifs et des testaments"' in 'Chapitre III "De la portion des biens disponible, et la reduction"'. Uit de plaatsing en omschrijving in de Code Civil van deze 'réserve' is één van de verschillen die bestaan tussen de oude Nederlandse legitieme en de Franse legitieme af te leiden. Art. 913 lid 1 CC bepaalt dat:

'Les libéralités, soit par actes entre vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens de disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant; le tiers, s'il laisse deux enfants; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre; sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les enfants légitimes et les enfants naturels.'

Hier wordt dus niet rechtstreeks bepaald wat de 'réserve' is. Er wordt slechts bepaald in hoeverre de erflater vrij over zijn goederen heeft mogen beschikken, datgene wat

⁷⁷ Hamaker 1902, p. 355.

⁷⁸ Land 1980, p. 314-315.

⁷⁹ Pitlo 1954, p. 5-6.

dan overblijft is de 'réserve'. Het betreft hier een verschil in de omschrijving van de legitieme portie. Waar bij ons de legitieme portie wordt omschreven als een gedeelte van de nalatenschap waar de legitimaris in strijd met de wil van de erflater aanspraak op kan maken, wordt in Frankrijk de 'réserve' niet direct omschreven.⁸⁰ Het gedeelte van de goederen waar vrij over beschikt mocht worden, kan worden bepaald. Het gedeelte wat vervolgens overblijft, is de 'réserve'. Dit verschil tussen de Nederlandse positieve omschrijving en de Franse negatieve omschrijving is overigens niet erg relevant. Zoals wordt betoogd, is 'het vrije deel het complement van de legitieme zoals een half volle fles het complement is van een half lege fles.'⁸¹ Deze negatieve omschrijving van de 'réserve' is een aanwijzing dat er van rechtswege een 'réserve' is voor de legitimarissen, er is dus geen sprake van een wilsrecht.⁸² Uit de omschrijving van de 'réserve' leiden wij tevens het tweeledige karakter die de legitieme binnen het Franse recht heeft af. Waar aan de ene kant rekening wordt gehouden met de gelijkheid tussen de legitimarissen, wordt aan de andere kant gezorgd dat het familievermogen behouden blijft binnen de familie. Dit is echter pas sinds 1972, toen art. 913 CC ging bepalen dat 'sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les enfants légitimes et les enfants naturels'. Op grond van art. 913-1 CC is het leerstuk van de plaatsvervangende van toepassing op de Franse legitieme portie. Indien één van de kinderen van de erflater reeds is overleden, is het voor de kleinkinderen mogelijk om de plaats van hun overleden ouder gezamenlijk in te nemen.

Een beroep op de 'réserve' hoeft, zoals gezegd, niet te worden gedaan. De legitimaris in kwestie wordt van rechtswege een 'héritier réservataire'.⁸³ Uit deze benaming en het feit dat de legitimaris een recht op goederen uit de nalatenschap heeft, kunnen we afleiden dat ook onder het Franse recht de legitimaris de positie van erfgenaam verkrijgt.

De groep legitimarissen is niet beperkt tot de descendentes van de erflater, zoals deze in art. 913 CC zijn bepaald. Art. 914 CC zorgt voor een uitbreiding van de groep legitimarissen. Waar art. 914 CC bepaalt dat indien er geen descendentes zijn ook de ascendentes van de erflater recht hebben op een legitieme portie, bepaalt art. 914-1 CC dat indien de erflater geen descendentes en ascendentes heeft de langstlevende echtgenoot onder bepaalde voorwaarden recht heeft op de legitieme portie. Deze echtgenoot mag op het moment van het overlijden van de erflater niet gescheiden zijn van de erflater, waarnaast er ook geen procedure tot echtscheiding aanhangig mag zijn. De groep gerechtigden is dus groter dan degene die wij in Nederland op grond van het OBW kennen.

Wellicht ten overvloede bepaalt art. 916 CC dat indien de erflater geen descendentes, ascendentes of langstlevende echtgenoot achterlaat er volledige beschikkingsbevoegdheid bestaat.

Onder het OBW waren slechts de directe descendentes legitimaris. Onder het nieuwe erfrecht kwam daar weliswaar het leerstuk van de plaatsvervulling bij, maar een legitieme portie voor ascendentes en de langstlevende echtgenoot is in Nederland tot op heden niet mogelijk.

⁸⁰ Malauri 1998, p. 327.

⁸¹ Kisch 1954, p. 96.

⁸² Van Mourik, Studiepockets Privaatrecht 37, p. 121.

⁸³ Grimaldi 1998, p. 268; Malauri 1998, p. 333; Terré 1997, p. 501.

De grootte van de 'réserve' is afhankelijk van het aantal legitimarissen. Art. 913 CC bepaalt dat bij één kind het 'quotité disponible' 1/2 deel van de goederen is, bij twee kinderen is dat 1/3 deel van de goederen en bij drie of meer kinderen is het 1/4 deel van de goederen. Waar het beschikbare gedeelte in beginsel variabel is, is er wel sprake van een platformbepaling bij drie of meer kinderen. De reden hiervoor is dat er anders totaal geen beschikkingsvrijheid zou overblijven indien er sprake zou zijn van een groot aantal kinderen.⁸⁴ Overigens is ook bij 3 kinderen de beschikkingsvrijheid al gereduceerd tot 25% (!) van de goederen. Met betrekking tot de 'descendant renonçant ou indigne' oftewel de afstammeling die zijn nalatenschap verwerpt of onwaardig is, kent het Franse recht een afwijkende regeling.⁸⁵ In een arrest uit 1818 besloot de 'Cour de cassation' dat de grootte van de collectieve 'réserve' niet zou veranderen indien één of meerdere legitimarissen zouden verwerpen.⁸⁶ Indien er door verwerping nog maar twee descendentes over zouden blijven, zou er niettemin een 'réserve' zijn ter grootte van 3/4 deel van de goederen. Indien er sprake is van onwaardigheid van één of meer van de legitimarissen wordt in de literatuur aangenomen dat hiervoor hetzelfde geldt.⁸⁷ De individuele 'réserve' kan echter wel veranderen als er sprake is van verwerping of onwaardigheid. In eerste instantie zal er gekeken worden of er sprake is van plaatsvervulling. Op grond van art. 913-1 CC zullen de afstammelingen van de verwerpende of onwaardige legitimaris tezamen tot zijn gedeelte gerechtigd zijn. Als er echter geen sprake is van plaatsvervulling zal er aanwas plaatsvinden bij de overige legitimarissen. Zodoende kunnen dan bijvoorbeeld twee legitimarissen gerechtigd zijn tot 3/4 van het vermogen van de erflater.

Voor de 'réserve' die bij gebrek aan descendentes aan de ascendenten wordt toegekend, wordt gekeken naar de beide families die een erflater kan hebben. Zowel ascendenten aan de kant van de vader als aan de kant van de moeder hebben recht op de 'réserve'. Indien er slechts aan één van de beiden kanten nog ascendenten zijn, bepaalt art. 914 CC dat de quotité disponible 3/4 deel van de goederen omvat, als er aan twee kanten nog ascendenten zijn zal dit 1/2 deel van de goederen zijn. Hieruit kunnen wij afleiden dat per lijn van ascendenten de 'réserve' 1/4 deel van de goederen bevat. Onwaardigheid en verwerping kunnen niet dezelfde problemen opleveren als bij de descendentes omdat hier de 'réserve' minder afhankelijk is van het aantal legitimarissen.⁸⁸

Het gedeelte van de collectieve 'réserve' waar iedere individuele legitimaris recht op heeft, wordt vervolgens bepaald aan de hand van de regels van het erfrecht bij versterf. Het ab intestaat erfrecht bepaalt hieromtrent dat er bij de eerste generatie descendentes of ascendenten gekeken wordt hoeveel legitimarissen er zijn en aan de hand daarvan wordt bepaald hoeveel iedere legitimaris, of zijn descendentes of ascendenten bij plaatsvervulling, verkrijgt.

⁸⁴ Terré 1997, p. 504.

⁸⁵ Grimaldi 1998, p. 276-277; Malauri 1998, p. 334; Terré 1997, p. 505-507.

⁸⁶ Civ., 18 février 1818, Laroque de Mons: D. jurisp. gén., V° Succession, n° 1028, S. chron.

⁸⁷ Grimaldi 1998, p. 277.

⁸⁸ Grimaldi 1998, p. 280.

Indien er geen descendentes of ascendenten bij het overlijden bestaan, komt de langstlevende echtgenoot aan de beurt. In dit geval bestaat de quotité disponible uit 3/4 deel van de goederen en is de 'réserve' die aan de langstlevende echtgenoot toekomt dus 1/4 deel. Wat hierbij opvalt, is dat in beginsel iedereen voorgaat op de langstlevende echtgenoot. Dat dit niet helemaal het geval is, blijkt uit de lex specialis die ten faveure van de langstlevende echtgenoot bestaat. Deze lex specialis, die we vinden in art. 1094 CC bevat de volgende bepalingen:

'Art. 1094 CC: L'époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, pourra, pour le cas où il ne laisserait point d'enfant ni de descendant légitime ou naturel, disposer en faveur de l'autre époux en propriété, de tout ce don til pourrait disposer en faveur d'un étranger, et, en outre, de la nue-propriété de la portion réservée aux ascendant par l'article 914 du présent code.

Art. 1094-1 CC: Pour le cas où l'époux laisserait des enfants ou descendants, soit légitimes, issus ou non du mariage, soit naturels, il pourra disposer en faveur de l'autre époux, soit de la propriété de ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, soit d'un quart de ses biens en propriété de ce don til pourrait disposer en faveur d'un étranger, soit d'un quart de ses biens en propriété et des trois autres quarts en usufruit, soit encore de la totalité de ses biens en usufruit seulement.'

Indien er dus ascendenten aanwezig zijn, mag de erflater aan de langstlevende echtgenoot de goederen uit de 'réserve' in bloot-eigendom overdragen. In zo'n geval zullen de legitimarissen het recht van vruchtgebruik op de goederen krijgen en de langstlevende echtgenoot het blote eigendom. Ook ten opzichte van de descendentes kan de erflater een keuze ten faveure van de langstlevende echtgenoot maken. Buiten het feit dat het 'quotité disponible' aan de langstlevende overgedragen kan worden, kan de erflater er ook voor kiezen om óf 1/4 deel van de nalatenschap in vol eigendom en 3/4 deel in vruchtgebruik over te dragen aan de langstlevende echtgenoot óf de totale nalatenschap in vruchtgebruik aan de langstlevende echtgenoot over te dragen. Hier zien we een vrij duidelijk verschil tussen de positie van een descendent en een ascendent. Waar een ascendent het vruchtgebruik verkrijgt, wordt de descendent bloot-eigenaar van de goederen. Een ascendent is als bloedverwant in de opklimmende lijn in de regel ouder dan de langstlevende echtgenoot en zal statistisch gezien eerder sterven. Bij het overlijden van de ascendent zal het bloot-eigendom van de langstlevende echtgenoot tot vol-eigendom aangroeien en kan de langstlevende echtgenoot het leven blijven voortzetten zoals het altijd was. Andersom groeit bij het overlijden van de langstlevende echtgenoot het bloot-eigendom van de descendent tot vol-eigendom aan en zullen de familiegoederen in de familie blijven. Voor de descendentes zijn nog een aantal extra zekerheden in art. 1094-3 CC en art. 1098 CC gegeven die ervoor moeten zorgen dat het vermogen voor de descendentes behouden blijft tijdens de vruchtgebruikperiode van de langstlevende echtgenoot. Uit deze extra bepalingen ten faveure van de langstlevende echtgenoot blijkt dat zijn rol in het gezin is veranderd. Ook hier kunnen we spreken van een zekere afzwakking van de legitieme portie.

Nu bekend is uit welk breukdeel de 'réserve' bestaat, is het van belang om te kijken waar de 'réserve' over berekend dient te worden. Deze legitimaire massa, zo wordt bepaald in art. 922 CC, bestaat uit de goederen die op het moment van overlijden in het bezit van de erflater zijn, verminderd met de schulden die er op dat moment zijn en fictief vermeerderd met de schenkingen die tijdens leven zijn gedaan. Bij deze schenkingen wordt de waarde op het moment van overlijden in acht genomen. De vraag die hierbij rijst, is wanneer er sprake is van een schenking. In de

literatuur wordt hierover gezegd dat:

‘ On ne doit pas tellement s’attacher à l’intention du disposant, car la reserve est d’ordre public. Ce qui devrait exclusivement compter, c’est l’appauvrissement du disposant puisque la reserve a pour objectif de protéger la famille contre la diminution de la fortune familiale.’⁸⁹

Er moet dus vanwege het karakter van de ‘réserve’ niet worden aangesloten bij de wil van de erflater, maar er moet worden gekeken naar de belangen van de legitimarissen. Is door de schenking in strijd met het gedachtegoed van de ‘réserve’ gehandeld, met andere woorden het familievermogen is aangetast, dan is er sprake van een schenking. Vandaar dat er ook aangesloten wordt bij ‘titre gratuit’ oftewel de overeenkomst ‘om niet’. Als de erflater over meer heeft beschikt dan over zijn ‘quotité disponible’ kan er een beroep op de ‘réserve’ gedaan worden. Op grond van art. 921 CC kunnen degene die als legitimaris aangemerkt kunnen worden een beroep hierop doen. Art. 922 CC bepaalt vervolgens dat over de beschikkingen die gedaan zijn in strijd met de ‘réserve’ ingekort mag worden. Dit op grond van art. 923 CC juncto art. 925 CC, beginnende met evenredige inkorting op de legaten, waarna de schenkingen tijdens leven aan de beurt zijn, beginnende met de laatste gedane schenking. Een erflater kan hier echter op grond van art. 927 CC van afwijken door te bepalen dat een bepaald legaat voorrang heeft op andere legaten. Een legitimaris die als erfgenaam meer verkrijgt dan op grond van art. 913 CC mogelijk zou zijn, kan dit op grond van art. 924 CC aanvaarden, maar zal dan wel de overwaarde in geld in moeten brengen in de nalatenschap. Ook hier komt weer de gelijkheid in legitimarissen naar voren. Maar niet enkel de gelijkheid valt hier uit af te leiden. Ook het feit dat zelfs het Franse recht obligatoire aspecten heeft, komt hier duidelijk naar voren. Inbreng en inkorting gebeurt namelijk in waarde en niet in natura, er is dus slechts een obligatoire vordering van de nalatenschap op de begiftigde.

Zoals al eerder is gebleken heeft de Franse ‘réserve’ een dubbele grondslag. In Frankrijk gold namelijk oorspronkelijk zowel de Romaanse legitieme als de Germaanse réserve. Hierover wordt wel gezegd dat: “Emprunant à la légitieme son fondement, ils lui ont donné l’aménagement technique de la réserve coutumière”.⁹⁰ Uit deze dubbele grondslag kunnen we ook het tweeledige karakter van de ‘réserve’ afleiden.⁹¹ De ‘réserve’ heeft namelijk een ‘fonction familiale’ en een ‘fonction individuelle’.⁹² De familierechtelijke functie komt voornamelijk naar voren vanuit het feit dat beschikkingsvrijheid beperkt wordt ten faveure van de familie. Het kan niet zo zijn dat een derde al het familievermogen kan verkrijgen waarbij de bloedverwanten met lege handen achterblijven. De individuele functie van de ‘réserve’ komt naar voren vanuit het feit dat de legitimarissen op gelijke voet behandeld worden. Iedere legitimaris heeft recht op een even groot deel van de nalatenschap en er worden geen bevoordelingen gemaakt.

Ook in Frankrijk is er kritiek op de ‘réserve’, zo zou het vermogen steeds verder verdeeld raken en zou het in strijd zijn met de vrijheid van eigendom.⁹³

⁸⁹ Malauri 1998, p. 338.

⁹⁰ Terré 1997, p. 497; Grimaldi 1998, p. 262-263.

⁹¹ Esmein 1956, p. 9-15.

⁹² Terré 1997, p. 496.

⁹³ Grimaldi 1998, p. 266-267.

3.3.2. De legitieme portie binnen het obligatoire stelsel

Binnen de landen die het obligatoire stelsel aanhangen, is een afgezwakte vorm terug te vinden van de legitieme portie. Afgezwakt in die zin dat de legitieme portie geen absoluut karakter meer heeft. In bepaalde gevallen dient de legitieme portie te wijken. Op deze wijze wordt als het ware de weegschaal van Vrouwe Justitia gebruikt. Per situatie zal moeten worden gekeken wat er zwaarder weegt, de testeervrijheid van de erflater aan de ene kant, of de morele verplichtingen ten opzichte van de legitimarissen aan de andere kant. Het obligatoire stelsel komt onder meer voor in Duitsland, Griekenland, Liechtenstein, Oostenrijk, Turkije en Zwitserland.⁹⁴

Het belangrijkste verschil tussen de goederenrechtelijke stelsels en de obligatoire stelsels is de positie die de legitimaris inneemt. Waar de legitimaris bij een goederenrechtelijk stelsel aangemerkt wordt als erfgenaam en in die hoedanigheid een goederenrechtelijke vordering heeft op goederen uit de nalatenschap, is de legitimaris bij een obligatoir stelsel niet meer dan een concurrerende schuldeiser die een verbintenisrechtelijke vordering in geld heeft. Ook hierin komt duidelijk de verzwakte vorm van de legitieme portie en de daarmee samenhangende legitimarissen naar voren. De legitimaris heeft slechts beperkte rechten en zal veelal afhankelijk zijn van de erfgenamen die zorg moeten dragen voor de voldoening van zijn vordering.

Verbeke stelt dat "rechtsvergelijkend een tendens is waar te nemen in de richting van een operatie 'striptease'."⁹⁵ Steeds meer landen nemen aspecten over uit het obligatoire stelsel waarmee de positie van de legitieme portie in onze samenleving steeds zwakker wordt. Waar landen als Frankrijk en Luxemburg, twee van de vaandel dragers van het goederenrechtelijk stelsel, reeds hun legitieme portie afzwakten, ging Nederland volledig overstag. Bij de invoering van het nieuwe BW werd er van het goederenrechtelijke stelsel overgestapt naar het obligatoire stelsel.

3.3.2.1. De legitieme portie onder het nieuwe Burgerlijk Wetboek

Sinds de invoering van het nieuwe erfrecht is de legitieme portie geregeld in art. 4:63 BW tot en met art. 4:92 BW (Bijlage III). Ook onder het nieuwe BW is de legitieme portie geplaatst onder de titel van 'Uiterste willen'. Hiervoor gaat dezelfde redenering op als onder het oude erfrecht, want ondanks dat het karakter van de legitieme portie is gewijzigd, geldt nog steeds dat er voor een beroep op de legitieme in beginsel bij uiterste wil afgeweken dient te zijn van het erfrecht bij versterf.

De definitie van de legitieme portie is echter wel gewijzigd. Art. 4:63 lid 1 BW bepaalt dat:

'De legitieme portie van een legitimaris is een gedeelte van de waarde van het vermogen van de erflater, waarop de legitimaris in weerwil van giften en uiterste wilsbeschikkingen van de erflater aanspraak kan maken.'

Het begrip 'wettelijk erfdeel' komt in de nieuwe definitie niet meer voor. Buiten het feit dat er verwarring zou kunnen ontstaan, het ab intestaat erfdeel kan ook worden aangemerkt als wettelijk erfdeel, wordt hiermee tevens afscheid genomen van het feit

⁹⁴ Coene 1995, p. 20.

⁹⁵ Verbeke 2002, p. 29.

dat een legitimaris door zich te beroepen op zijn legitieme erfgenaam wordt. Dit vloeit tevens voort uit het feit dat er wordt gesproken over 'een gedeelte van de waarde van het vermogen'. De legitimaris verkrijgt in de hoedanigheid van schuldeiser een vordering op geld en niet op goederen uit de nalatenschap. De legitimaris heeft nog steeds een wilsrecht, er is geen verplichting om een beroep te doen op de legitieme portie. Indien er een beroep gedaan wordt op de legitieme portie zal er een geldvordering ontstaan. Indien de legitimaris tevens als erfgenaam is benoemd in de uiterste wil kan hij zich alsnog op de legitieme portie beroepen indien hij voor een kleiner gedeelte erfgenaam is dan dat hij als legitimaris zou verkrijgen. In dit geval is de legitimaris dus tevens erfgenaam en verkrijgt hij een aanvullende geldvordering. Overigens wordt er in de literatuur ook wel betoogd dat er geen sprake meer kan zijn van een echte legitieme 'portie' gezien het feit dat het woord portie zou impliceren dat er gedeelte van de goederen verkregen zou worden.⁹⁶

De groep personen die als legitimaris aangemerkt kan worden, is onder het nieuwe erfrecht groter geworden. Allereerst is bepaald in art. 4:63 lid 2 dat in beginsel als legitimaris kan worden aangemerkt iedere afstammeling van de erflater die door de wet als erfgenaam tot zijn nalatenschap wordt geroepen. Een ieder die op grond van art. 4:10 BW aangemerkt kan worden als een erfgenaam in nederdalende linie is dus in beginsel legitimaris. De groep wordt echter uitgebreid door het leerstuk van de plaatsvervulling. Indien een legitimaris op het moment van overlijden niet meer bestaat of onwaardig is, wordt de plaats als legitimaris ingenomen door een afstammeling van deze legitimaris. Hiermee wordt een stapje richting het Franse recht genomen, want ook onder het nieuwe erfrecht is plaatsvervulling mogelijk. Daarentegen zijn ook onder het nieuwe erfrecht slechts de descendenten legitimaris.

Evenals onder het oude BW is bij de huidige regeling uitgegaan van een individuele legitieme portie. De grootte van de legitieme vordering is dus niet afhankelijk van het aantal legitimarissen wat een beroep doet op de legitieme portie. De grootte van de legitieme portie wordt berekend op grond van art. 4:64 lid 1 BW juncto art. 4:65 BW. Op grond van het eerste artikel bedraagt de legitieme portie van een kind de helft van de waarde van de legitimaire massa, gedeeld door het aantal erfgenamen op grond van art. 4:10 lid 1 sub. a BW. De legitimaire massa, zo bepaalt art. 4:65 BW, bestaat uit de waarde van de goederen van de nalatenschap vermeerderd met bepaalde giften en verminderd met bepaalde schulden. Het gaat hierbij om de giften, zijnde schenkingen en andere handelingen uit vrijgevigheid als bedoeld in art. 7:186 lid 2 BW, die zijn vermeld in art. 4:67 BW, voor zover hiervan niet is afgeweken bij art. 4:68 BW en art. 4:69 BW. De schulden die in aanmerkingen genomen moeten worden, zijn de schulden die vallen onder art. 7 lid 1 sub. a tot en met c BW en art. 7 lid 1 sub. f BW, voor zover hiervan niet is afgeweken bij art. 7 lid 1 sub. i BW. De mogelijkheid tot inkorting is hier beperkter dan onder het oude BW. Waar onder het oude BW de inkorting onbeperkte werking had, geldt hier in beginsel dat giften slechts voor inkorting in aanmerking komen indien ze niet langer dan vijf jaar voor het overlijden zijn gedaan. Opvallend is echter art. 4:87 lid 2 BW, waarin gedeeltelijk teruggekomen wordt op het 'De Visser/Harms-arrest'. Onder het oude BW kon er niet worden ingekort op rechtshandelingen die gedaan waren in de uitvoering

⁹⁶ Pitlo/Van der Burght, Ebben, Erfrecht, nr. 265.

van de natuurlijke verbintenis tot verzorging van de echtgenoot. Onder het nieuwe BW kan dit echter wel indien inkorting op de andere makingen niet voldoende blijkt te zijn. Door de andere zekerheden die ten behoeve van de langstlevende echtgenoot onder het nieuwe BW zijn ingevoerd, is duidelijk genoeg zekerheid ingebouwd. Op de legitieme portie komt nog in mindering datgene wat de legitimaris reeds heeft ontvangen van de erflater door middel van giften of krachtens erfrecht.

Deze legitimarissen hebben de mogelijkheid om een inbreuk te maken op de beschikkingsbevoegdheid van de erflater. Deze inbreuk is echter minder ingrijpend dan onder het oude erfrecht. Allereerst omdat de positie van de legitimaris veranderd is. De legitimaris is geen erfgenaam meer en dus geen deelgenoot in de nalatenschap, de rechten die hij heeft zijn slechts de rechten van een concurrente schuldeiser. Om te voorkomen dat de legitimaris echter te afhankelijk zou worden van de erfgenamen is in art. 4:78 BW bepaald dat de legitimaris kan verlangen dat hij inzage krijgt in alle bescheiden die voor de bepaling van de legitieme portie van belang zijn. De kantonrechter kan tevens op zijn verzoek de erfgenamen onder ede laten verklaren dat de boedelbeschrijving correct is. Op deze wijze wordt eventuele fraude ten nadele van de legitimaris voorkomen. Daarbij moet de erflater in bepaalde gevallen op grond van art. 4:74 BW genoegen nemen met betaling van de vordering in termijnen. De legitimaris staat als concurrerende schuldeiser op grond van art. 4:7 lid 2 BW vrijwel achteraan in de rij, de verhaalbaarheid kan dan ook ernstig worden gefrustreerd door de andere wettelijke rechten, zoals deze zijn bedoeld in art. 4:28 BW tot en met art. 4:38 BW. Daarnaast zijn de mogelijkheden die de erflater heeft groter geworden ten opzichte van de legitieme portie. Zo kan de erflater op grond van art. 4:81 BW bepalen dat de vordering van een legitimaris pas opeisbaar is bij het overlijden van de langstlevende echtgenoot. In beginsel is de vordering van de legitimaris op grond van art. 4:80 lid 1 BW na zes maanden opeisbaar. Tevens kan de erflater zijn stiefkind op grond van art. 4:27 BW voor het erfrecht laten behandelen als eigen kind. Op deze wijze zal het stiefkind betrokken worden bij de bepaling van de omvang van de legitieme portie en zal er dus een kleinere individuele legitieme portie zijn. Op giften en makingen die aan een stiefkind worden gedaan, kan op grond van art. 4:91 BW niet worden ingekort.

Al met al is van het absolute karakter van de legitieme portie niet veel meer over, ondanks het feit dat de legitieme op sommige punten vooruit is gegaan. In feite is onder het nieuwe BW de legitieme portie een soort 'David' tegenover de 'Goliaths' in de vorm van de rechten van de langstlevende echtgenoot. Maar waarom dan nog steeds een legitieme portie? Volgens sommigen vormt de legitieme portie nog steeds 'een ordenend instrument bij het opstellen van een testament, waarbij gelijke behandeling van de kinderen en de bescherming van het gezin tegen vreemde elementen voorop staat.'⁹⁷ Anderen beweren dat 'de legitieme aan de wens voldoet aan afstammelingen aan wie een erfdeel door de erflater is onthouden of die door giften tekort zijn gedaan, toch recht te geven een vermogenswaarde ten laste van erfgenamen of begiftigden te ontvangen.'⁹⁸

Een opmerkelijke conclusie naar mijn mening, want indien vanuit onze huidige maatschappij de wens komt om afstammelingen niet met lege handen achter te laten, waarom worden er dan toch afstammelingen bij uiterste wil onterfd? Feit is dat tot op

⁹⁷ Mellema-Kranenburg 1999, p. 659.

heden in geen enkel land in Europa de legitieme portie is afgeschaft, misschien dat de Nederlandse wetgever simpelweg niet de eerste durfde te zijn.

3.3.3. De legitieme portie in common law landen

Over het algemeen gezien bestaat de legitieme portie zoals wij deze kennen niet in de common law landen. Daar bestaan echter uitzonderingen op. Een aantal landen kent een legitieme portie met betrekking tot de langstlevende echtgenoot of de kinderen. Schotland bijvoorbeeld kent een 'legal right' voor de langstlevende echtgenoot en kinderen die recht geeft op een gedeelte van de roerende goederen uit de nalatenschap.⁹⁹ In Amerika verschilt het erfrecht zelfs van staat tot staat, het erfrecht is geen federale aangelegenheid. Zo kan het dat verschillende staten waaronder New York, Kansas, Missouri, Oklahoma, Utah en Vermont een regeling ten bate van de langstlevende echtgenoot kennen, genaamd de 'forced heirship', terwijl andere staten zoals Louisiana en Porto Rico een variant van onze legitieme portie kennen.¹⁰⁰ Een ander veel voorkomend rechtsfiguur is het voorbehouden deel in de vorm van een soort alimentatieverplichting. Na het overlijden blijft deze alimentatieverplichting bestaan ten bate van de langstlevende echtgenoot en de minderjarige kinderen voor zover deze niet in hun eigen onderhoud kunnen voorzien. Dit komt onder meer voor in landen als Mexico, Costa-Rica, Guatemala en Panama.¹⁰¹ Overigens kunnen we hier niet van een zuivere alimentatieverplichting spreken, omdat naar ons recht de alimentatieverplichting een persoonlijk karakter heeft. Zodra de persoon dan komt te overlijden, vervalt ook de verplichting tot betaling van alimentatie.

Veel van de landen buiten Europa zijn door middel van de kolonisatie beïnvloed door de landen binnen Europa. Die invloeden strekken zich onder meer uit tot de rechtsstelsels die ze tot op heden toepassen. Zo ook bijvoorbeeld Zuid-Afrika, waar meerdere invloeden tot op de dag van vandaag nog duidelijk zichtbaar zijn.

3.3.3.1. De legitieme portie in Zuid-Afrika

Over de rechtsgeschiedenis van Zuid-Afrika zou ongetwijfeld nog een hele scriptie geschreven kunnen worden en dit is dan ook niet de juiste plaats om hier te diep op in te gaan.¹⁰² Qua erfrecht kan er in ieder geval gezegd worden dat Zuid-Afrika van oorsprong het Rooms-Hollandse recht kende. Hieruit valt af te leiden dat in Zuid-Afrika dan ook de Nederlandse legitieme portie heeft bestaan.¹⁰³ Later werd Zuid-Afrika echter sterk beïnvloed door het Anglo-Amerikaanse recht en onder de

⁹⁸ Heuff 2004, p. 7.

⁹⁹ Verbeke 2002, p. 19.

¹⁰⁰ Coene 1995, p. 21.

¹⁰¹ Coene 1995, p. 21.

¹⁰² Zie hiervoor bijv. Zimmerman 1996, p. 1-33.

¹⁰³ Kisch 1954, p. 110.

invloed van Engeland werd tussen 1874 en 1905 de legitieme portie afgeschaft. Zoals in een aantal common law landen het geval is, gold ook in Zuid-Afrika op dat moment de absolute testeervrijheid.¹⁰⁴ Het Rooms-Hollandse recht is echter nooit compleet verdwenen, zoals wel wordt gesteld:

‘Duet to the length of its tradition and the strength of its principles Roman-Dutch law is able comfortably to accommodate, and indeed adapt itself to, extensive influences from other legal systems. There is much value in the view that Roman-Dutch law “must be purified of its purifications”, and much advantage in accepting that what has developed in South Africa is properly called South African law.’¹⁰⁵

Een van de eigenschappen die het Zuid-Afrikaanse recht momenteel bezit is dat de vrijheid van de erflater erg hoog in het vaandel staat. Dit houdt echter niet in dat de vrijheid onbeperkt is, in het geschreven en ongeschreven recht zijn nog steeds beperkingen te vinden.¹⁰⁶

De Zuid-Afrikaanse erfopvolging bestaat net als de Nederlandse uit twee soorten. Er kan sprake zijn van erfopvolging bij versterf of testamentaire erfopvolging. Indien er sprake is van erfopvolging bij versterf is het opvallend dat de Intestate Succession Act 81 van 1987 bepaalt dat indien de erflater een langstlevende echtgenoot en kinderen achterlaat er sprake is van een ‘child’s portion’ voor de langstlevende echtgenoot.¹⁰⁷ De grootte van deze ‘child’s portion’ wordt bepaald door de waarde van de bezittingen te delen door het aantal ‘stirps’ plus één. Een ‘stirp’ is hier kind of vooroverleden kind. Een kind wat dus overleden is voor de erflater wordt wel meegenomen in de berekening van de ‘child’s portion’. De terminologie die de Intestate Succession Act 81 hier gebruikt is opmerkelijk te noemen. Een ‘child’s portion’ is vrij vertaald het kindsdeel waar iemand recht op heeft. Het kindsdeel is tevens een veelgebruikte benaming voor onze legitieme portie onder het OBW. Dit ondanks het feit dat in Zuid-Afrika de legitieme portie niet bestaat!¹⁰⁸ Hier zien we, naar mijn mening, duidelijk dat het Zuid-Afrikaanse recht door twee verschillende rechtssystemen is beïnvloed. De ‘child’s portion’ is een term die is ingevoerd door het Rooms-Hollandse recht en is blijven hangen ondanks de invloeden van het common law. Het feit dat de langstlevende onder het Zuid-Afrikaanse recht een ‘child’s portion’ heeft, kunnen we zien als één van de invloeden van het common law regime.

Indien de erflater bij uiterste wil heeft beschikt, geldt in beginsel de testeervrijheid. Deze kan echter worden beperkt door een beroep van de kinderen of de langstlevende echtgenoot op de ‘claim for maintenance’.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Verbeke 2002, p. 44.

¹⁰⁵ Fagan 1996, p. 64.

¹⁰⁶ De Waal 2004, p. 170.

¹⁰⁷ De Waal 2004, p. 174.

¹⁰⁸ De Waal 2004, p. 170.

¹⁰⁹ De Waal 2004, p. 170.

Hoofdstuk 4. De legitieme portie als beperking van vrij genot van eigendom

4.1. Inleiding

Wetende wat het eigendomsbegrip omvat en wetende wat de legitieme portie is, hebben wij alle instrumenten voor handen om een afweging te kunnen maken. Is de legitieme portie een gerechtvaardigde inbreuk op het vrij genot van eigendom? Is het werkelijk toegestaan dat de wetgever voor ons bepaalt op welke wijze wij ons vermogen dienen na te laten aan de nabestaanden, of is hier sprake van détournement de pouvoir?

4.2. De legitieme portie in samenhang met het eigendomsbegrip

Zoals wij reeds hebben gezien is de legitieme portie in al zijn vormen een inbreuk op de testeervrijheid zoals die als beginsel geldt in alle rechtsstelsels. Om te beoordelen of deze inbreuk is toegestaan heeft het EHRM ons een vijfstappenplan voorgeschoteld dat hierbij dient te helpen om tot een antwoord te komen. Met betrekking tot de eerste drie vragen gaan wij in deze scriptie uit van een positief antwoord. De nalatenschap van de erflater behoort tot zijn 'possessions', de legitieme portie kan worden gezien als een 'interference' omdat hier sprake is van een duidelijk inbreuk op de testeervrijheid en deze 'interference' heeft een wettelijke basis vanwege het feit dat zowel onder het oude als het nieuwe Nederlandse erfrecht alsmede onder het Franse erfrecht de legitieme portie bij wet is toegestaan. De twee overgebleven stappen die dan nog met succes doorlopen moeten worden, zijn of er sprake is van een 'interference' die gemaakt is met het oog op het algemeen belang en of er sprake is van een 'fair balance' tussen het recht op vrij genot van de erflater en de 'interference'.¹¹⁰ Indien op één van beide vragen een negatief antwoord gegeven dient te worden, hoeft niet meer naar de volgende stap gekeken te worden. Beide vragen dienen positief beantwoord te worden om tot een gerechtvaardigde inbreuk van het vrij genot van eigendom te komen. Bij beantwoording van deze vragen dient uiteraard het Marckx-arrest in acht te worden genomen.

4.2.1. Een kleine inbreuk, het obligatoire stelsel

Zoals we reeds zagen is de legitieme portie in het obligatoire stelsel een legitieme in een afgezwakte vorm. Voorop staat hier een zekere balans tussen de testeervrijheid van de erflater en de verplichtingen tegenover de bloedverwanten. Dat de legitieme portie onder het obligatoire stelsel beperkter is, zien we onder meer terug in de kleinere groep van legitimarissen en de versterkte positie van bijvoorbeeld de langstlevende echtgenoot. Het belangrijkste verschil zagen we echter in de positie van de legitimaris zelf. De legitimaris heeft een verbintenisrechtelijke vordering in geld op de nalatenschap en neemt daarmee slechts de positie in van een concurrerende crediteur.

¹¹⁰ Schutte 2004, p. 35; Ploeger 2005, p. 113.

Wat centraal staat is het feit of het toekennen van een legitieme in het obligatoir stelsel in het algemeen belang is. Uiteraard kan een aantal argumenten bedacht worden die deze stelling ondersteunen.¹¹¹ Zo kan er gewezen worden op de gezinsband. De legitieme portie is onlosmakelijk verbonden met de gezinsband. Al in de tijd van de Romeinen leefde de gedachte van de 'officium piëtatis', uit het feit dat er sprake was van een gezinsband vloeide voort dat je verplicht was om in ieder geval iets aan je bloedverwanten na te laten. De vraag is echter wanneer er sprake is van een gezinsband. Is het voldoende dat er sprake is van bloedverwantschap? Of dient er ook nog een zekere emotionele band te zijn tussen de verschillende leden van het gezin? We zullen moeten accepteren dat door de jaren heen de rol van het gezin een hele andere rol is geworden. Door het feit dat de afgelopen jaren het aantal gescheiden ouders exponentieel is toegenomen, zijn er veel meer 'verscheurde' gezinnen. Ouders wonen gescheiden en kinderen worden tussen de ouders heen en weer geslingerd. Van een echte gezinsband kan in die situaties dan ook niet worden gesproken. Om in zulke situaties dan ook te spreken van een legitieme portie met als grond een verwijzing naar de gezinsband lijkt mij dan ook te ver te gaan, want van een gezinsband kan daar niet gesproken worden. In de normale situatie waarin de ouder wel samen met de kinderen een gezin vormen, kan de vraag geopperd worden waarom de langstlevende echtgenoot dan geen beroep op een legitieme portie toekomt. De langstlevende echtgenoot is namelijk net zo goed een onderdeel van het gezin als de kinderen die uit het huwelijk vandaan zijn gekomen.

Een ander argument is dat de legitieme portie problemen zou voorkomen. Het feit dat er een legitieme portie bestaat zou voorkomen dat er binnen het gezin problemen kunnen ontstaan. In feite wordt ook hier weer verwezen naar de gezinsband en gelden de argumenten die ik hiervoor al besproken heb. Daarbuiten kunnen we stellen dat we hier uitgaan van de meest negatieve benadering. Het merendeel van de ouders zal weloverwogen aan kinderen beginnen en zal een groot gedeelte van hun leven bezig zijn met het goed opvoeden en onderhouden van deze kinderen. Zij zullen uit zichzelf een gedeelte van hun vermogen nalaten aan hun kinderen. Als we de legitieme portie met een verwijzing naar de probleempreventie legitimeren gaan we er vanuit dat de ouders de eventuele onterving als machtsmiddel tegen de kinderen zullen gebruiken. Mijns inziens zullen de ouders alleen gebruik maken van de onterving als zij daar een gegronde reden voor hebben. Zij moeten ook de mogelijkheid hebben om in die situatie gebruik te kunnen maken van hun testeervrijheid. Waar wel op gewezen moet worden, is dat de mogelijk tot complete onterving waarschijnlijk het aantal beroepen op een gebrek aan wilsovereenstemming zal doen groeien. De ontferde kinderen zullen zich erop beroepen dat het testament niet in overeenstemming met de wil van de erflater was. Reden voor de notaris om bij de bespreking van een argument extra goed uit te leggen wat de gevolgen van een onterving bij testament zullen zijn.

Het laatste argument kan zijn dat het in het algemeen belang is dat de afstammelingen gelijk behandeld worden. Gelijkheid van de mens is echter slechts theoretische aangelegenheid.¹¹² Geen enkel mens is hetzelfde en iedere individu zal dan ook aan de hand van zijn situatie anders behandeld moeten worden. Stel dat een

¹¹¹ Van Mourik, Studiepockets Privaatrecht 37, 2002, p. 126-130.

¹¹² Pitlo 1954, p. 44.

erflater twee kinderen heeft waarvan er eentje een succesvol zakenman is en de ander een aan lager wal geraakte ex-alcoholist. Waarom zouden deze twee afstammelingen dan gelijk behandeld moeten worden en waarom zou het overlijden van de erflater niet gebruikt mogen worden om de ex-alcoholist een nieuwe kans te geven.

Al met al is het dus nog maar de vraag of de legitieme portie in het algemeen belang is. Naar mijn mening is de testeervrijheid een beginsel waaraan niet voorbij gegaan kan worden en waar niet zomaar vanaf gestapt dient te worden. Ondanks het feit dat ik het hiermee niet mee eens ben, valt het te betogen dat op grond van de gezinsband een legitieme portie in het algemeen belang is. De vraag die dan vervolgens rijst is of er sprake is van een 'fair balance' tussen het recht van de erflater op vrij genot van eigendom en het recht van de legitimarist op een legitieme portie. Om deze vraag te beantwoorden zullen we alle aspecten in onze afweging mee moeten nemen en op de juiste waarde moeten inschatten. Allereerst zal gekeken moeten worden naar de zwaarte van de stoornis. Op zichzelf is de legitieme portie een zware beperking op het vrij genot van eigendom. Waar de partner door bijvoorbeeld het huishouden op zich te nemen nog heeft bijgedragen aan de vermogensopbouw van de erflater zullen de kinderen hier in beginsel geen aandeel in hebben. Dat de kinderen bijdragen aan het levensgeluk en dat door dit geluk een groter vermogen vergaard kan worden, vind ik persoonlijk te ver gaan. Het is dan ook de vraag wat de wetgever hier heeft willen bereiken door het toekennen van een legitieme portie. Wat de wetgever hier heeft beoogd, is het in de wet waarborgen van een maatschappelijk denken. Vrijwel iedere weldenkende ouder wil iets nalaten aan zijn kinderen en de wetgever heeft het nodig geacht om dit te garanderen in de wet. Op zichzelf is de legitieme portie daar een goed instrument voor, echter is de vraag in hoeverre zich dit verhoudt met de vrijheid van het genot van eigendom. Tijdens leven zal de erflater geen hinder ondervinden, hij kan in beginsel doen en laten wat hij wil. Ook na zijn dood heeft hij een grote vrijheid, zo kan hij bepalen dat de legitieme portie pas opeisbaar is na overlijden van de langstlevende echtgenoot. Daarnaast kan hij over de goederen beschikken zoals hij wil, de kinderen hebben slechts een vordering in geld die zal moeten concurreren met andere schuldeisers van de nalatenschap. Het zal dan ook meer dan eens voorkomen dat de kinderen uiteindelijk met lege handen achterblijven. Naar mijn mening is hierin dan ook een mooie balans te vinden tussen het vrij genot van de erflater en de legitieme portie van de kinderen.

4.2.2. Een grote inbreuk, het goederenrechtelijke stelsel

De legitieme portie naar het goederenrechtelijke stelsel is een heel ander verhaal. Het is de meeste klassieke vorm van de legitieme portie. Voorop staat hier de bescherming van de erfgenamen die recht hebben op een legitieme portie. Als uitwerking hiervan hebben de legitimarissen een goederenrechtelijk recht op goederen uit de nalatenschap. Hieruit volgt dan ook direct dat er hier sprake is van een veel grotere inbreuk op het vrij genot van eigendom. De legitimarist is erfgenaam geworden en is als zodanig deelgenoot in de nalatenschap. Als de legitimarist een beroep doet op zijn legitieme portie zal meer dan eens de wil van de erflater genegeerd worden om aan het beroep op de legitieme te kunnen voldoen.

Of er hier sprake is van een handelen in het algemeen belang valt nog maar te bezien. Nog meer dan bij de obligatoire legitieme portie wordt de nadruk gelegd op de

gezinsband die bestaat tussen de ouders en hun kinderen. Er dient namelijk voorkomen te worden dat familiegoederen in vreemde handen terecht komen. De wetgever heeft zich daarom op het standpunt gesteld dat het zijn taak is om ervoor te zorgen dat familiegoederen binnen de familie blijven. Buiten het feit dat ik zojuist betoogd heb dat een 'gezin' in de traditionele zin van het woord niet meer zoveel voorkomt, is het ook nog maar de vraag in hoeverre we nog kunnen spreken van familiegoederen. Zoals Van Mourik terecht betoogt:

'Het recht van een legitimaris op goederen uit de nalatenschap past prima in een tijd waarin familiegoederen van generatie op generatie overgaan. In een tijd van wegwerp-goed, video en modieus meubelbewustzijn belemmert het beginsel onnodig een zakelijk verantwoorde boedelafwikkeling en vormt het een anker voor de chicaneus ingestelde deelgenoot.'¹¹³

Hoeveel mensen zitten er nog werkelijk te wachten op een oud antiek kastje wat bij moeder in de kamer stond, buiten het feit dat het door 'Tussen Kunst & Kitsch' nog een aardige duit zou kunnen opleveren. Tijden veranderen en met die tijden verandert tevens het algemeen belang. Het is nog maar de vraag of het de bedoeling is dat de wet iedere keer aangepast wordt als het maatschappelijk denken verandert. Maar in dit geval is de opvatting toch wel dermate verouderd en het geschonden recht dermate belangrijk dat we de goederenrechtelijke legitieme ook het label 'antiek' kunnen opplakken.

Ondanks het feit dat de goederenrechtelijke legitieme portie nog duidelijker dan bij de obligatoire legitieme portie niet (meer) in het algemeen belang is, zal ik voor de vorm naar de 'fair balance' kijken. De legitieme portie onder het goederenrechtelijke stelsel is een nog grotere beperking op het vrij genot van eigendom dan de legitieme onder het obligatoire stelsel. Want ondanks dat de erflater tijdens leven over zijn goederen zal kunnen beschikken, neemt de legitimaris bij het overlijden een bijna onaantastbare positie in. Waar in Nederland de uitoefening van de natuurlijke verbintenis tot verzorging van de langstlevende echtgenoot nog vooringing op de legitieme portie, werden eventuele legaten zonder pardon opzij gezet zodra de legitimaris een beroep deed op zijn legitieme portie. Het recht van vrij genot van eigendom van de erflater en het daarmee samenhangende recht om bij overlijden te bepalen aan wie hij zijn goederen zou nalaten, is hiermee tot een voorwaardelijk recht geworden. De erflater heeft namelijk het recht slechts voorzover de legitimaris hem dit toelaat. Pas bij toestemming van de legitimaris, in de vorm van het niet beroepen op de legitieme, kan de erflater bijvoorbeeld de kast van zijn ouders nalaten aan zijn jongere zusje. Het is niet zo moeilijk om de bedoeling van de wetgever te achterhalen. De gedachtegang hierachter is al zo oud als de weg naar Rome. De familiegoederen moeten in de familie blijven. De vraag is echter maar in hoeverre de wetgever hierin geslaagd is. De legitimaris heeft namelijk geen plicht om te goederen voor de familie te behouden. Indien de legitimaris slechts uit is op een financieel voordeel, iets wat tegenwoordig meer voor zal komen dan vroeger gezien de materialistische aard van de mens, kan het familiegoed de volgende dag voor een groot bedrag verkocht worden aan een derde. Aan de 'fair balance' wordt naar mijn mening dan ook niet voldaan. De inbreuk die gemaakt wordt op het vrij genot van eigendom is vrij groot, terwijl verre van zeker is dat het doel bereikt zal worden.

¹¹³ Van Mourik, Studiepockets Privaatrecht 37, 2002, p. 122.

Of iets genuanceerder gezegd, het doel op korte termijn wordt wel bereikt, maar voor de lange termijn is dat nog maar de vraag. Naar mijn mening had de wetgever hier dan ook beter gebruik kunnen maken van een vruchtgebruikconstructie.

Indien de legitimaris het bloot eigendom van de goederen krijgt en bijvoorbeeld de langstlevende echtgenoot het vruchtgebruik verkrijgt, is in beginsel voor een aantal jaar het familiegoed behouden voor de familie. Wat er na het overlijden van de langstlevende echtgenoot met het familiegoed gebeurt, is vervolgens alsnog aan de legitimaris. De Franse wetgever heeft wel gedeeltelijk aan deze constructie gedacht, waar in ieder geval het vrij genot van eigendom een stuk groter wordt. De Nederlandse wetgever deed dit niet en is hiermee dan ook gezakt voor de 'fair balance'-test.

4.3. Van oud naar nieuw erfrecht

Bij de overgang van het oude naar het nieuwe erfrecht heeft Nederland het karakter van zijn erfrecht rigoureuus gewijzigd. Waar in andere landen die de goederenrechtelijke legitieme portie hanteerden enige aanpassingen van obligatoire stelsel werden toegepast, besloot Nederland de goederenrechtelijke legitieme portie compleet te vervangen door zijn obligatoire tegenhanger. Tijdens de voorbereiding tot de invoering van het nieuwe erfrecht is uiteraard veel gediscussieerd over onder andere de legitieme portie. Zo komen sommigen zelfs tot de conclusie dat de legitieme portie onder het toekomstige erfrecht niet meer zou moeten terugkeren.¹¹⁴ Desalniettemin komt de legitieme portie terug onder het nieuwe erfrecht omdat 'voor zo'n ingrijpende stap de vereiste brede steun niet bestaat'.¹¹⁵ Wat echter opvalt, is dat tijdens de parlementaire geschiedenis voornamelijk wordt ingegaan op de wenselijkheid van de legitieme portie. Aan de ene kant is dit niet verwonderlijk, want daar was al tijden een verhitte discussie over gaande in de literatuur, maar aan de andere kant kom je aan die discussie niet eens meer toe als de legitieme portie in strijd met het geldende recht zou zijn. Er wordt slechts één vraag gesteld, met terugverwijzing naar een artikel van Van Mourik,¹¹⁶ die simpelweg wordt afgedaan met een verwijzing naar het Marckx-arrest.¹¹⁷ In dit arrest wordt vastgesteld dat een Staat een beperking op mag leggen aan het vrij genot van eigendom zolang dit op grond van de 'general interest' (vrij vertaald: algemeen belang) is. De Staat zelf is hierbij de enige die kan bepalen of iets in het algemeen belang is. Hierbij wordt echter aansluiting gezocht bij het feit dat het merendeel van de Staten in Europa het rechtsfiguur van de legitieme portie hanteren. Ik heb reeds geprobeerd te betogen dat de legitieme portie niet op grond van het algemeen belang te hanteren is. Het algemene belang is er juist gebaat bij een grote vrijheid van de individu.

Het tweede argument is in feite niet eens een argument te noemen en getuigt van 'meeloopgedrag'.

¹¹⁴ Kamerstukken II, 1991/92, 17 141, nr. 11, p. 2.

¹¹⁵ Kamerstukken II, 1996/97, 17 141, nr. 20, p. 3.

¹¹⁶ Van Mourik 1991.

¹¹⁷ Kamerstukken II, 1992/93, 17 141, nr. 12, p. 43.

Door een dergelijke omstandigheid te betrekken in de beoordeling van de vraag of de legitieme portie in strijd is met het EVRM komen we uit op een redentatie die ons zegt dat indien maar genoeg landen in strijd handelen met het EVRM dit een aanwijzing kan zijn dat er misschien niet in strijd wordt gehandeld met het EVRM. Dat het Hof hier de legitieme portie in het algemeen belang vindt, is als subjectief oordeel nog te respecteren, maar hiervoor moet geen aanwijzing gezocht worden in het feit dat meerdere landen de legitieme portie hanteren. Het Hof gaat verder totaal niet in op de vraag of er sprake is van 'fair balance' tussen de legitieme portie en het recht van vrij genot op eigendom. Dit is nog enigszins begrijpelijk gezien het feit dat het Hof pas later zou beslissen dat dit ook een vereiste was voor een gerechtvaardigde inbreuk op het vrij genot van eigendom. Minder begrip is echter op te brengen voor het feit dat de minister aansluiting heeft gezocht bij het Marckx-arrest. Buiten het feit dat dit arrest van groot belang is geweest,¹¹⁸ waren de tijden veranderd en bovendien nieuwe jurisprudentie reeds geweest. De minister heeft zich er dus makkelijk vanaf gedaan en de critici hebben zich misschien ook iets te makkelijk laten afschepen.



¹¹⁸ De Hondt 1986.

Hoofdstuk 5. Conclusie

De centrale vraag in deze scriptie was of de legitieme portie in zijn verschillende vormen in strijd zou zijn met het vrije genot van eigendom wat gegarandeerd is in het EVRM. Om deze vraag te beantwoorden, hebben we gekeken naar de inhoud van het eigendomsbegrip, we hebben gekeken naar wat een legitieme portie is, waar deze vandaan komt en waarom deze bestaat. Als laatst hebben we deze gegevens samen toegepast om te kijken wat de uitkomst van onze stelling zou zijn. Centraal hierbij stonden of een legitieme portie in het algemeen belang is en of deze voldoet aan de 'fair balance'-test die het EHRM ons gegeven heeft.

In het algemeen belang is de legitieme portie in ieder geval niet meer. Tijden veranderen en de gezinsband is niet meer de sterkste band die er bestaat. Tegenwoordig hebben we zelfs programma's als 'Het spijt me..' en 'Spoorloos' nodig om je gezin te (her)vinden. We leven in een tijd waarin termen als 'tweeverdieners', 'verscheurde gezinnen' en 'weggooiartikelen' hun invoer hebben gevonden. Tevens leven we in een tijd waarin het Kabinet Balkenende II ons moet vertellen wat normen en waarden zijn en volgens welke moraal wij dienen te leven. Maar we moeten ook realistisch zijn. Moeten deze normen en waarden vastgelegd worden in wettelijke regels? En kunnen we dan eigenlijk nog wel spreken van normen en waarden, of zijn het gewoon wettelijke regels geworden waar iedereen zich aan dient te houden? Ik denk dat dit laatste het geval is. Als wij inmiddels nog niet weten wat wel en niet hoort en we een wetgever nodig hebben die ons vertelt wat wij met ons vermogen moeten doen, zijn we niets meer dan holbewoners met grotere en luxere hollen die alleen technologisch zijn geëvolueerd. Het wordt tijd dat we uitgaan van de positieve kanten van de mensheid en we inzien dat de mens er inmiddels rijp voor is om op eigen benen te staan. Dat dit met vallen en opstaan zal moeten gebeuren, is onvermijdelijk.

De behoefte van de mens om te evolueren is een van onze positieve eigenschappen die we moeten koesteren. We zullen er echter ook naar moeten handelen. Of een legitieme portie wenselijk is, is een discussie die nog jaren zou kunnen voortduren. Het feit is echter dat de discussie zijn nut heeft verloren, want de legitieme portie is in strijd met het huidige recht.

Literatuurlijst

Algehele grondwetsherziening 1979

Algehele grondwetsherziening: eerste lezing. Deel 1a. Grondrechten: klassieke grondrechten, sociale grondrechten, 's-Gravenhage 1979.

Asser-De Boer 2002

J. de Boer, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 1. Personen- en familierecht*, Deventer 2002.

Asser-Mijnsen-Van Dam-Van Velten 2002

C.C. van Dam, F.H.J. Mijnsen & A.A. van Velten, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Goederenrecht. Deel II. Zakelijke rechten*, Deventer 2002.

Asser-Perrick 2002

S. Perrick, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Erfrecht*, Deventer 2002.

Berenschot-Hoekstra-Vegter 1986

E.B. Berenschot, J.M. Hoekstra & J.B. Vegter, *Eigendom en beperkte rechten naar BW en NBW*, Deventer 1986.

Coene 1995

M. Coene & N. Geelhand, 'De legitieme portie in rechtsvergelijkend perspectief' in: *Ars Notariatus LXIX. 30^{ste} Landelijk Notarieel Studentencongres. De legitieme portie*, Deventer 1995, p. 19-36.

De Hondt 1986

W.A. de Hondt & N. Holtrust, 'Het effect van het Marckx-arrest' in: *Recht als norm en als aspiratie*, Nijmegen 1986, p. 315-328.

De Waal 2004

M.J. de Waal, 'Law of Succession' in: C.G. van der Merwe & J.E. du Plessis, *Introduction to the law of South Africa*, 's-Gravenhage 2004, p. 169-200.

Esmein 1956

P. Esmein, *Aubry et Rau. Droit civil français. Tome onzième*, Paris: Edition Litec 1956.

Fagan 1996

E. Fagan, 'Roman-Dutch Law in its South African Historical Context' in: R. Zimmerman & D. Visser, *Southern Cross. Civil Law and Common Law in South Africa*, New York 1996, p. 33-64.

Goederenrecht

H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Studiereeks Burgerlijk Recht. Deel 2. Goederenrecht*, Deventer 2001.

Grimaldi 1998

M. Grimaldi, *Droit Civil: Successions*, Paris: Editions Litec 1998.

Hamaker 1902

H.J. Hamaker, 'De aard der legitieme', *WPNR* 1700 (1902), p. 353-356.

Hartlief 1996

T. Hartlief, 'Het recht op eigendom onder het EVRM', *NJCM-Bulletin* 1996-1, p. 129-146.

Heida 2004

A. Heida, 'Het Notarisarrest. Twaalf jaar na overlijden vader blijkt DNA-onderzoek nog mogelijk', *Nieuw Erfrecht* 2004-4, p. 58-61.

Heuff 2004

W. Heuff, *Monografieën Nieuw BW. B20. Legitieme portie*, Deventer 2004.

Klaasen-Luijten-Meijer II

E.A.A. Luijten & W.R. Meijer, *Klaassen-Eggens. Huwelijksgoederen- en Erfrecht. Tweede gedeelte. Erfrecht*, Deventer 2002.

Kisch 1954

I. Kisch, *De legitieme portie: praeadviezen uitgebracht door A. Pitlo en I. Kisch. 2. De legitieme in het buitenlandse recht en in het internationaal privaatrecht*, 's-Gravenhage 1954.

Land 1890

N.K.F. Land, 'Beschouwingen over de legitieme portie', *Rechtsgeleerd magazijn: tijdschrift voor binnen- en buitenlandse rechtsstudie* vol. 9 (1890), p. 301- 345.

Le Play 1901

M.F. Le Play, *La réforme sociale en France déduite de l'observation compare des peuples européens. I. La religion – La propriété – La famille*, Paris 1901.

Luijten

E.A.A. Luijten, 'De problemen rond artikel 1:207 lid 5 BW', *Nieuw Erfrecht* 2004-6, p. 100-101.

Malauri 1998

P. Malauri & L. Aynès, *Cours de droit civil. Tome V. Les successions, les libéralités*, Paris: Cujas 1998.

Mellema-Kranenburg 1988

T.J. Mellema-Kranenburg, *De legitieme portie* (diss. Leiden), Deventer 1988.

- Mellema-Kranenburg 1999
T.J. Mellema-Kranenburg, 'De metamorfose van de legitieme portie', *WPNR* 6370 (1999), p. 659-664.
- Mellema-Kranenburg 2000
T.J. Mellema-Kranenburg, 'De legitieme portie in rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief', *Nieuw Erfrecht* 2000-5, p. 62.
- Nève 1995
P.L. Nève, 'De legitieme portie in 1995' in: *Ars Notariatus LXIX. 30ste Landelijk Notarieel Studentencongres. De legitieme portie*, Deventer 1995, p. 7-19.
- Oly 1984
G.G. Oly, 'Over het behoud van het zakenrecht', *WPNR* 5694 (1984), p. 246-252.
- PG Boek 5
C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Boek 5. Zakelijke rechten*, Deventer, 1981.
- Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht
M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Studiereeks Burgerlijk Recht. Deel 1. Personen- en Familierecht, Huwelijksvermogensrecht en Erfrecht*, Deventer 2002.
- Pitlo 1954
A. Pitlo, *De legitieme portie: praeadviezen uitgebracht door A. Pitlo en I. Kisch. 1. De legitieme portie in het Nederlandse recht*, 's-Gravenhage 1954.
- Pitlo/Brahn, Zakenrecht
O.K. Brahn e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk wetboek. Deel 2. Zakenrecht: met verwijzing naar het NBW*, Arnhem 1987.
- Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht
W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Arnhem 2001.
- Pitlo/Van der Burght, Ebben, Erfrecht
Gr. van der Burght & E.W.J. Ebben, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 5. Erfrecht*, Deventer 2005.
- Ploeger 2000
H.D. Ploeger, 'Eigendom in het licht van het EVRM', *WPNR* 6419 (2000), p. 687-694.

Ploeger 2005

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & H.D. Ploeger, *Preadviezen 2005 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht. De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht*, Deventer 2005.

Reinhartz 2000

B.E. Reinhartz, 'Afstamming' in: *H. Lenters e.a., De familie geregeld?*, Lelystad 2000, p. 69-120.

Roes 2003

J.S.L.A.W.B. Roes, 'Het Nederlandse erfrecht in de negentiende eeuw', *WPNR* 6516 (2003), p. 13-19.

Schutte 2004

C.B. Schutte, *Studiekring 'Prof. Mr. J. Offerhaus' nieuwe reeks nr.9. The European Fundamental Right of Property: article 1 of protocol no. 1 to the European convention on human rights: it's origin, it's working and it's impact on national legal orders*, Deventer 2004.

Snijders 1991

W. Snijders, *De toekomst van de eigendom (Schoordijk-bundel)*, Deventer 1991.

Terré 1997

F. Terré & Y. Lequette, *Droit Civil. Les Successions. Les Libéralités*, Paris: Dalloz 1997.

Toelichting Meijers

E.M. Meijers, *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek: opgesteld door Prof. Mr. E.M. Meijers. Toelichting. Eerste gedeelte (Boek 1-4), Tweede gedeelte (Boek 5)*, 's-Gravenhage 1955.

Van der Grinten 2004

W.C.L. van der Grinten, *De legitieme; de crux van het erfrecht (Van der Ploeg-bundel)*, Deventer 2004.

Van der Ploeg 1954

P.W. van der Ploeg, 'De legitieme portie', *WPNR* 4351 (1954), p. 277-279.

Van Dijk/Van Hoof 1990

P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *De europese conventie in theorie en praktijk*, Nijmegen 1990.

Van Mourik 1991

M.J.A. van Mourik, 'De legitieme portie: Weg ermeel!', *WPNR* 6018 (1991), p. 621-625.

Van Mourik 1994

M.J.A. van Mourik, 'De legitieme portie in het komende Boek 4 (nieuw) BW: heroverweging dringend gewenst!', *NJB* afl. 33 (1994), p. 1132-1135.

Van Mourik, Studiepockets Privaatrecht 37, 2002

M.J.A. van Mourik, *Studiepockets Privaatrecht 37. Erfrecht*, Deventer 2002.

Van Mourik, Studiepockets Privaatrecht 64, 2002

M.J.A. van Mourik, *Studiepockets Privaatrecht 64. Nieuw Erfrecht*, Deventer 2002.

Zimmerman 1996

R. Zimmerman & D. Visser, 'South African Law as a Mixed Legal System' in: R. Zimmerman & D. Visser, *Southern Cross. Civil Law and Common Law in South Africa*, New York 1996, p. 1-33.



BIJLAGE I.

Derde afdeling. Van de legitime portie of het wettelijk erfdeel, en van de inkorting der giften, welke die portie zouden verminderen

Art. 960

De legitime portie of het wettelijk erfdeel is een gedeelte der goederen, hetwelk aan de bij de wet geroepene erfgenamen in de rechte nederdalende linie wordt toegekend, en waarover de overledene, noch bij gifte onder de levenden, noch bij uitersten wil, heeft mogen beschikken.

Art. 961

1. Indien de erflater slechts één kind nalaat, bestaat dat wettelijk erfdeel in de helft van de goederen, welke het kind bij versterf zou hebben geërfd.
2. Indien er twee kinderen overblijven, is het wettelijke erfdeel voor ieder kind twee derde gedeelten van hetgeen hetzelfde bij versterf zoude erven.
3. In geval de overledene drie of meer kinderen nalaat, zal het wettelijk erfdeel drie vierde gedeelte bedragen van hetgeen elk kind bij versterf zoude gehad hebben.
4. Onder den naam van *kinderen* worden begrepen de afstammelingen, in welken graad zij ook zijn; echter worden deze alleen gerekend in plaats van het kind, hetwelk zij in de nalatenschap van den erflater vertegenwoordigen.

Art. 962

[Vervallen.]

Art. 963a

1. In de gevallen, waarin voor het berekenen der legitieme portie rekening moet worden gehouden met erfgenamen, die wel zijn erfgenamen bij versterf, doch niet zijn legitimarissen, zullen wanneer aan anderen dan bedoelden erfgenamen, hetzij bij akte onder de levenden, hetzij bij uitersten wil, meer is geschonken dan het aandeel bedraagt, waarover men zou mogen beschikken, indien zoodanige erfgenamen niet aanwezig waren, bedoelde giften of schenkingen kunnen worden verminderd tot genoemd bedrag, zulks op de vordering en ten bate van de legitimarissen en van derzelver erfgenamen of regthebbenden.
2. De artikelen 967-976 vinden overeenkomstige toepassing.

Art. 964

Bij gebreke van legitimarissen mogen de giften, bij akte onder de levenden of bij uitersten wil gedaan, het geheele beloop der goederen van de nalatenschap bevatten.

Art. 965

Wanneer de beschikking, bij akte onder de levenden of bij uitersten wil gedaan, bestaat in een vruchtgebruik of in eene lijfrente, waarvan het beloop het wettelijk erfdeel benadeelt, hebben de erfgenamen, aan welke dat erfdeel is toegekend, de

keus of om deze beschikking uit te voeren, of wel om aan de begiftigden of legatarissen den eigendom van het beschikbaar gedeelte af te staan.

Art. 966

Het aandeel, waarover men beschikken mag, kan, het zij in het geheel of gedeeltelijk, bij akte onder de levenden of bij uitersten wil, aan vreemden, of wel aan kinderen of andere personen die tot eene erfenis gerechtigd zijn, worden weggeschonken, behoudens de gevallen waarin deze laatste, naar aanleiding van den zestienden titel van dit boek, tot inbreng gehouden zijn.

Art. 967

1. Legitimarissen en hun rechtverkrijgenden onder algemene titel kunnen makingen en giften die aan het wettelijk erfdeel tekort doen, door inkorting verminderen, indien voldaan is aan de vereisten, in deze afdeling daartoe gesteld. Door inkorting wordt een making of gift vernietigd, voor zover zij aan het wettelijk erfdeel tekort doet. Artikel 52 van Boek 3 is niet van toepassing.
2. Desniettegenstaande zullen de legitimarissen van die vermindering niets kunnen genieten ten nadeele van de schuldeischers van den overledene.

Art. 968

Om de hoegrootheid van het wettelijk erfdeel te bepalen, maakt men eene opsomming van alle de goederen, die op het tijdstip van het overlijden van den gever of erflater aanwezig waren; men voegt daarbij het beloop der goederen, waarover bij giften onder de levenden beschikt is, berekend naar den staat, waarin zij zich op het tijdstip der gift bevonden hebben, en hunne waarde op het oogenblik van het overlijden van den gever; men berekent over alle die goederen, na de schulden daarvan te hebben afgetrokken, hoeveel, naar mate van de betrekking der legitimarissen, het erfdeel is, hetwelk zij kunnen vorderen, en men trekt daarvan af hetgeen deze, zelfs met vrijstelling van inbreng, van den overledene hebben ontvangen.

Art. 969

Alle vervreemding van eenig goed, het zij onder den last eener lijfrente, het zij met voorbehoud van vruchtgebruik, aan een der erfgenamen in de regte linie gedaan, wordt beschouwd als eene gift.

Art. 970

1. Indien de gegevene zaak voor het overlijden van den schenker, buiten schuld van den begiftigde, is verloren gegaan, zal zij niet worden begrepen onder de massa der goederen over welke het wettelijk erfdeel moet worden berekend.
2. De gegevene zaak zal onder de massa worden begrepen, indien zij ter oorzaak van het onvermogen van den begiftigde niet kan worden terug verkregen.

Art. 971

De giften onder de levenden zullen nimmer mogen worden verminderd, dan nadat alle de goederen, welke bij uitersten wil zijn weggemaakt, zullen bevonden worden niet genoegzaam te zijn om het wettelijk aandeel te verzekeren. Wanneer alsdan eene vermindering van de giften onder de levenden moet plaats hebben, zal men dezelve aanvangen met de gift welke het laatst gedaan is, en alzoo verder van deze tot de vroegere opklimmen.

Art. 972

1. De teruggave van de goederen, welke naar aanleiding van het voorgaande artikel moet plaats hebben, geschiedt *in natura*, niettegenstaande alle tegenstrijdige bepalingen.
2. Indien echter de vermindering moet worden toegepast op een goed, hetwelk niet gevoegelijk kan worden verdeeld, zal de begiftigde, zelfs wanneer het een vreemde is, de bevoegdheid hebben om in gereed geld op te leggen hetgeen den legitimarist toekomt.

Art. 973

De vermindering der bij uitersten wil gedane makingen zal geschieden zonder onderscheid te maken tusschen de erfstellingen en legaten, ten zij de erfflater uitdrukkelijk mogt hebben bevolen dat deze of gene erfstelling of legaat bij voorkeur moest worden voldaan; in welk geval, zoodanige erfstelling of legaat niet zal worden verminderd, dan in geval de waarde van de andere makingen niet mogt toereikend zijn om het wettelijk erfdeel op te leveren.

Art. 974

De begiftigde zal de vruchten van hetgeen de gift meer bedraagt dan het gedeelte waarover beschikt kan worden terug geven, te rekenen van den dag dat de gever overleden is, indien de eisch tot vermindering is gedaan binnen het jaar, en anderszins van den dag dat die eisch gedaan zal zijn.

Art. 975

De goederen, die uit krachte van vermindering in den boedel moeten terug keeren, worden daardoor vrij van beperkte rechten die daarop sinds de uitvoering van de gift zijn gevestigd.

Art. 976

1. Tegenover derde-verkrijgers van vermaakte of gegeven goederen, aan wie niet een beroep op de artikelen 86-88 van Boek 3 toekomt, moet worden ingekort volgens de volgorde dier vervreemdingen, te beginnen met die vervreemding welke het laatst gedaan is.
2. Desniettemin zal de inkorting tegen derde verkrijgers geen plaats hebben, dan voor

zoo verre de begiftigde geene andere goederen mogt hebben overgehouden, welke in de gift begrepen waren, en deze niet genoegzaam zijn om het wettelijk erfdeel in zijn geheel te voldoen, of indien de waarde der vervreemde goederen niet op zijne persoonlijke goederen mogt kunnen worden verhaald.

3. De rechtsvordering tot inkorting jegens derde-verkrijgers verjaart door het tijdsverloop van drie jaren, te rekenen van den dag waarop de legitimaris de erfenis heeft aanvaard.



BIJLAGE II.

Section 1 : De la portion de biens disponible

Art. 913

Les libéralités, soit par actes entre vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant ; le tiers, s'il laisse deux enfants ; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre ; sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les enfants légitimes et les enfants naturels.

Art. 913-1

Sont compris dans l'article 913, sous le nom d'enfants, les descendants en quelque degré que ce soit, encore qu'ils ne doivent être comptés que pour l'enfant dont ils tiennent la place dans la succession du disposant.

Art. 914

Les libéralités, par actes entre vifs ou par testament, ne pourront excéder la moitié des biens, si, à défaut d'enfant, le défunt laisse un ou plusieurs ascendants dans chacune des lignes, paternelle et maternelle, et les trois quarts s'il ne laisse d'ascendants que dans une ligne.

Les biens ainsi réservés au profit des ascendants seront par eux recueillis dans l'ordre où la loi les appelle à succéder : ils auront seuls droit à cette réserve dans tous les cas où un partage en concurrence avec des collatéraux ne leur donnerait pas la quotité de biens à laquelle elle est fixée.

Art. 914-1

Les libéralités, par actes entre vifs ou par testament, ne pourront excéder les trois quarts des biens si, à défaut de descendant et d'ascendant, le défunt laisse un conjoint survivant, non divorcé, contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée et qui n'est pas engagé dans une instance en divorce ou séparation de corps.

Art. 915

[Vervallen]

Art. 916

A défaut de descendant, d'ascendant et de conjoint survivant non divorcé, contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée et qui n'est pas engagé dans une instance en divorce ou séparation de corps, les libéralités par actes entre vifs ou testamentaires pourront épuiser la totalité des biens.

Art. 917

Si la disposition par acte entre vifs ou par testament est d'un usufruit ou d'une rente viagère dont la valeur excède la quotité disponible, les héritiers au profit desquels la loi fait une réserve, auront l'option, ou d'exécuter cette disposition, ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible.

Art. 918

La valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit, à l'un des successibles en ligne directe, sera imputée sur la portion disponible ; et l'excédent, s'il y en a, sera rapporté à la masse. Cette imputation et ce rapport ne pourront être demandés par ceux des autres successibles en ligne directe qui auraient consenti à ces aliénations, ni, dans aucun cas, par les successibles en ligne collatérale.

Art. 919

La quotité disponible pourra être donnée en tout ou en partie, soit par acte entre vifs, soit par testament, aux enfants ou autres successibles du donateur, sans être sujette au rapport par le donataire ou le légataire venant à la succession, pourvu qu'en ce qui touche les dons la disposition ait été faite expressément à titre de préciput et hors part.

La déclaration que le don est à titre de préciput et hors part pourra être faite, soit par l'acte qui contiendra la disposition, soit postérieurement, dans la forme des dispositions entre vifs ou testamentaires.

Section 2 : De la réduction des donations et legs

Art. 920

Les dispositions soit entre vifs, soit à cause de mort, qui excéderont la quotité disponible, seront réductibles à cette quotité lors de l'ouverture de la succession.

Art. 921

La réduction des dispositions entre vifs ne pourra être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, par leurs héritiers ou ayants cause : les donataires, les légataires, ni les créanciers du défunt ne pourront demander cette réduction, ni en profiter.

Art. 922

La réduction se détermine en formant une masse de tous les biens existant au décès du donateur ou testateur.

On y réunit fictivement, après en avoir déduit les dettes, ceux dont il a été disposé par donation entre vifs d'après leur état à l'époque de la donation et leur valeur à l'ouverture de la succession. Si les biens ont été aliénés, il est tenu compte de leur

valeur à l'époque de l'aliénation et, s'il y a eu subrogation, de la valeur des nouveaux biens au jour de l'ouverture de la succession.

On calcule sur tous ces biens, eu égard à la qualité des héritiers qu'il laisse, quelle est la quotité dont le défunt a pu disposer.

Art. 923

Il n'y aura jamais lieu à réduire les donations entre vifs, qu'après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris dans les dispositions testamentaires ; et lorsqu'il y aura lieu à cette réduction, elle se fera en commençant par la dernière donation, et ainsi de suite en remontant des dernières aux plus anciennes.

Art. 924

L'héritier réservataire gratifié par préciput au-delà de la quotité disponible et qui accepte la succession supporte la réduction en valeur, comme il est dit à l'article 866 ; à concurrence de ses droits dans la réserve, cette réduction se fera en moins prenant. Il peut réclamer la totalité des objets légués, lorsque la portion réductible n'excède pas sa part de réserve.

Art. 925

Lorsque la valeur des donations entre vifs excédera ou égalera la quotité disponible, toutes les dispositions testamentaires seront caduques.

Art. 926

Lorsque les dispositions testamentaires excéderont, soit la quotité disponible, soit la portion de cette quotité qui resterait après avoir déduit la valeur des donations entre vifs, la réduction sera faite au marc le franc, sans aucune distinction entre les legs universels et les legs particuliers.

Art. 927

Néanmoins, dans tous les cas où le testateur aura expressément déclaré qu'il entend que tel legs soit acquitté de préférence aux autres, cette préférence aura lieu ; et le legs qui en sera l'objet ne sera réduit qu'autant que la valeur des autres ne remplirait pas la réserve légale.

Art. 928

Le donataire restituera les fruits de ce qui excédera la portion disponible, à compter du jour du décès du donateur, si la demande en réduction a été faite dans l'année ; sinon, du jour de la demande.

Art. 929

Les droits réels créés par le donataire s'éteindront par l'effet de la réduction. Ces

droits conserveront néanmoins leurs effets lorsque le donateur y aura consenti dans l'acte même de constitution ou dans un acte postérieur. Le donataire répondra alors de la dépréciation en résultant.

Art. 930

L'action en réduction ou revendication pourra être exercée par les héritiers contre les tiers détenteurs des immeubles faisant partie des donations et aliénés par les donataires, de la même manière et dans le même ordre que contre les donataires eux-mêmes, et discussion préalablement faite de leurs biens. Cette action devra être exercée suivant l'ordre des dates des aliénations, en commençant par la plus récente. Lorsque le donateur aura consenti à l'aliénation avec l'accord de tous les réservataires nés et vivants au moment de celle-ci, l'action ne pourra plus être exercée contre les tiers détenteurs.



BIJLAGE III.

Afdeling 3. Legitieme portie

§ 1. Algemene bepalingen

Art. 63

1. De legitieme portie van een legitimaris is het gedeelte van de waarde van het vermogen van de erflater, waarop de legitimaris in weerwil van giften en uiterste wilsbeschikkingen van de erflater aanspraak kan maken.
2. 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 overlijden der nalatenschap niet meer bestaan of die onwaardig zijn.
3. 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.

Art. 64

1. De legitieme portie van een kind van de erflater bedraagt de helft van de waarde waarover de legitieme porties worden berekend, gedeeld door het aantal in artikel 10 lid 1 onder a genoemde, door de erflater achtergelaten personen.
2. Afstammelingen van een kind van de erflater dat op het ogenblik van het overlijden van de nalatenschap niet meer bestaat, worden voor de toepassing van het eerste lid tezamen als een door de erflater achtergelaten kind geteld. Afstammelingen van een kind van de erflater die legitimaris zijn, kunnen ieder slechts voor hun deel opkomen.

§ 2. De omvang van de legitieme portie

Art. 65

De legitieme porties worden 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. Buiten beschouwing blijven giften waaruit schulden als bedoeld in artikel 7 lid 1 onder i zijn ontstaan.

Art. 66

1. Voor de toepassing van deze afdeling worden giften gewaardeerd naar het tijdstip van de prestatie, behoudens het in de volgende leden bepaalde. Met een mogelijkheid dat de erflater de gift had kunnen herroepen wordt geen rekening gehouden.
2. Giften waarbij de erflater zich het genot van het geschonkene gedurende zijn leven heeft voorbehouden, en andere giften van een voordeel bestemd om pas na zijn overlijden ten volle te worden genoten, worden geschat naar de waarde onmiddellijk

na zijn overlijden. Hetzelfde geldt voor giften van prestaties die de erflater bij zijn overlijden nog niet had verricht, met dien verstande dat met deze giften, evenals met de uit dien hoofde nagelaten schulden, geen rekening wordt gehouden voor zover de nalatenschap niet toereikend is. Een gift die bestaat in de aanwijzing van een begunstigde bij sommenverzekering, wordt in aanmerking genomen tot haar waarde overeenkomstig artikel 188 leden 2 en 3 van Boek 7.

3. Giften, bestaande in de vervreemding van een goed door de erflater tegen verschaffing door de wederpartij van een aan het leven van de erflater gebonden recht, worden gewaardeerd als een gift van dat goed, verminderd met de waarde van de door de erflater ontvangen of hem bij zijn overlijden nog verschuldigde prestaties, voor zover deze niet bestonden in genot van dat goed.

Art. 67

Bij de berekening van de legitieme porties worden de volgende door de erflater gedane giften in aanmerking genomen:

- a. giften die kennelijk gedaan en aanvaard zijn met het vooruitzicht dat daardoor legitimarissen worden benadeeld;
- 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;
- c. giften van een voordeel, bestemd om pas na zijn overlijden ten volle te worden genoten;
- d. giften, door de erflater aan een afstammeling gedaan, mits deze of een afstammeling van hem legitimaris van de erflater is;
- e. andere giften, voor zover de prestatie binnen vijf jaren voor zijn overlijden is geschied.

Art. 68

Giften van de erflater aan zijn echtgenoot worden voor de toepassing van deze afdeling buiten beschouwing gelaten 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 verrekenbeding, geen verrijking ten koste van het vermogen van de geveer heeft voorgedaan.

Art. 69

1. Voor de toepassing van deze afdeling worden niet als giften beschouwd:
 - a. 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, voorzover zij als uitvloeisel van die verplichting zijn aan te merken en in overeenstemming waren met het inkomen en het vermogen van de erflater;
 - b. gebruikelijke giften voor zover zij niet bovenmatig waren.

2. Lid 1 is niet van toepassing op giften als bedoeld in artikel 7 lid 1 onder i.

Art. 70

1. De waarde van giften, door de erflater aan een legitimaris gedaan, komt in mindering van diens legitieme portie.
2. Voor de toepassing van het vorige lid worden giften aan een afstammeling die legitimaris zou zijn geweest indien hij de erflater had overleefd of niet onwaardig was geweest, aangemerkt als giften aan de van hem afstammende legitimarissen, naar evenredigheid van hun legitieme portie.
3. Met een gift wordt 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.

Art. 71

De waarde van al hetgeen een legitimaris krachtens erfrecht verkrijgt, komt in mindering van zijn legitieme portie.

Art. 72

De waarde van hetgeen een legitimaris als erfgenaam kan verkrijgen, komt ook in mindering van zijn legitieme portie wanneer hij de nalatenschap verwerpt, tenzij

- a. de goederen onder een voorwaarde, een last of een bewind zijn nagelaten, of
- b. ten laste van de legitimaris legaten zijn gemaakt die verplichten tot iets anders dan betaling van een geldsom of overdracht van goederen der nalatenschap, en de verwerping binnen drie maanden na het overlijden van de erflater geschiedt.

Art. 73

1. De waarde van een legaat aan een legitimaris van een bepaalde geldsom of van niet in een vorderingsrecht bestaande goederen der nalatenschap komt ook in mindering van zijn legitieme portie wanneer hij het legaat verwerpt, tenzij
 - a. het legaat onder een voorwaarde, een last of een bewind is gemaakt, of
 - b. ten laste van de legitimaris sublegaten zijn gemaakt die verplichten tot iets anders dan betaling van een geldsom, of
 - c. het legaat later dan zes maanden na het overlijden van de erflater, of indien de legitimaris mede-erfgenaam is, pas na de verdeling der nalatenschap opeisbaar wordt, of
 - d. het legaat ten laste komt van een of meer erfgenamen wier erfdelen ontoereikend zijn om het legaat daaruit te voldoen, en de verwerping binnen drie maanden na het overlijden van de erflater geschiedt.
2. Heeft de erflater de in artikel 125 lid 2 bedoelde bevoegdheid ontzegd aan een

legitimarisch, dan kan deze het legaat binnen drie maanden na het overlijden van de erflater verwerpen, zonder dat de waarde ervan in mindering komt van zijn legitieme portie.

Art. 74

1. De contante waarde van een aan een legitimarisch 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. Met een beroep of bedrijf van de erflater wordt gelijkgesteld een onderneming, gedreven door een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid waarvan de erflater bestuurder was en waarin deze alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid der aandelen hield.

2. Is de vermelde grond onjuist, dan kan de legitimarisch binnen drie maanden na het overlijden van de erflater verklaren dat hij betaling van de contante waarde ineens verlangt. Degene die de juistheid van de grond staande houdt, moet haar bewijzen. Is de opgegeven grond juist, doch laat deze een snellere afbetaling toe, dan kan de rechter de verbintenis uit het legaat in die zin wijzigen.

3. Indien de legitimarisch zulks binnen drie maanden na het overlijden van de erflater verzoekt, kan de kantonrechter de met het legaat belaste personen bevelen zekerheid te stellen; de kantonrechter stelt het bedrag en de aard van de zekerheid vast. Wordt daaraan niet voldaan binnen de door de kantonrechter daarvoor gestelde termijn, dan komt het legaat niet in mindering van zijn legitieme portie indien de legitimarisch het alsnog verwerpt.

Art. 75

1. De waarde van hetgeen een legitimarisch krachtens erfrecht onder bewind kan verkrijgen, komt ook bij verwerping in mindering van zijn legitieme portie, indien het bewind is ingesteld op de in de uiterste wil vermelde grond:

a. dat de legitimarisch ongeschikt of onmachtig is in het beheer te voorzien, of

b. dat zonder bewind de goederen hoofdzakelijk diens schuldeisers zouden ten goede komen.

2. De legitimarisch die de nalatenschap of het legaat heeft aanvaard is gedurende drie maanden na het overlijden van de erflater bevoegd de juistheid van de opgegeven grond te betwisten; alsdan moet degene die haar staande houdt haar bewijzen. Is de opgegeven grond juist, doch rechtvaardigt dit de door de erflater vastgestelde regels van het bewind niet, dan kan de rechter die regels wijzigen of zelfs ten dele opheffen.

3. Is vermelde grond onjuist, dan kan de legitimarisch binnen een maand nadat de uitspraak waarbij de onjuistheid is vastgesteld, in kracht van gewijsde is gegaan, schriftelijk aan de bewindvoerder verklaren dat hij zijn legitieme in geld wenst te ontvangen. De bewindvoerder maakt daartoe het onder bewind gestelde met overeenkomstige toepassing van artikel 147 voor zover nodig te gelde; het restant van de goederen keert hij uit aan degenen aan wie deze zouden zijn toegekomen indien de legitimarisch de nalatenschap of het legaat had verwerpen.

4. Staan goederen onder bewind waarvan de waarde krachtens artikel 70 in mindering

van de legitieme komt en vermeldt de akte waarbij het bewind is ingesteld een grond als bedoeld in lid 1, dan zijn de leden 2 en 3 van overeenkomstige toepassing. Vermeldt de akte niet een grond als bedoeld in lid 1, dan kan de legitimaris aanspraak maken op ontvangst van zijn legitieme in geld op de wijze als voorzien in lid 3, met dien verstande dat de aldaar bedoelde verklaring binnen drie maanden na het overlijden van de erflater moet worden afgelegd.

5. Bij de vaststelling van de op de legitieme portie toe te rekenen waarde wordt met het bewind slechts rekening gehouden, indien de vermelde grond onjuist is verklaard doch de legitimaris geen gebruik maakt van de hem in lid 3, eerste zin, verleende bevoegdheid.

Art. 76

Bij de vaststelling van de waarde van hetgeen overeenkomstig de artikelen 70 tot en met 75 op de legitieme portie in mindering komt, wordt geen rekening gehouden met het vruchtgebruik dat daarop krachtens afdeling 1 of 2 van titel 3 kan komen te rusten.

Art. 77

De in de artikelen 72, 73 lid 1, laatste zinsnede, en lid 2, 74 leden 2 en 3 en 75 leden 2 en 4 bedoelde termijnen kunnen door de kantonrechter een of meermalen op grond van bijzondere omstandigheden worden verlengd, zelfs nadat de termijn reeds was verlopen.

Art. 78

1. 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.

2. Op zijn verzoek kan de kantonrechter een of meer der erfgenamen en met het beheer der nalatenschap belaste executeurs doen oproepen ten einde de deugdelijkheid van de boedelbeschrijving in tegenwoordigheid van de verzoeker onder ede te bevestigen.

§ 3. Het geldend maken van de legitieme portie

Art. 79

Terzake van zijn legitieme portie kan de legitimaris een vordering verkrijgen:

a. op de gezamenlijke erfgenamen dan wel de echtgenoot van de erflater, door daarop aanspraak te maken overeenkomstig artikel 80 lid 1, dan wel

b. op een begiftigde, door inkorting als bedoeld in artikel 89.

Art. 80

1. Een legitimaris die daarop aanspraak maakt, heeft terzake van hetgeen hem met inachtneming van de artikelen 70 tot en met 76 als legitieme portie toekomt, een vordering in geld op de gezamenlijke erfgenamen dan wel, wanneer de nalatenschap is verdeeld overeenkomstig artikel 13, op de als erfgenaam achtergelaten echtgenoot van de erflater.
2. De erfgenamen en, na verdeling overeenkomstig artikel 13, de echtgenoot zijn niet verplicht de vorderingen te voldoen, voor zover deze tezamen de waarde der nalatenschap te boven gaan; voor zover nodig ondergaan de vorderingen elk een evenredige vermindering. Onder de waarde van de nalatenschap wordt hier verstaan de waarde van de goederen van de nalatenschap, verminderd met de in artikel 7 lid 1 onder *a*, *b*, *c* en *f* vermelde schulden.

Art. 81

1. De vordering is niet opeisbaar voordat zes maanden zijn verstreken na het overlijden van de erflater.
2. Voor zover nodig in afwijking van lid 1 is de vordering, indien de nalatenschap is verdeeld overeenkomstig artikel 13, opeisbaar indien:
 - a. de echtgenoot in staat van faillissement is verklaard of ten aanzien van hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard;
 - b. de echtgenoot is overleden.Voorzover de vordering ten laste komt van een legaat aan een ander dan de echtgenoot, leidt de eerste zin niet tot een later tijdstip van opeisbaarheid dan voortvloeit uit lid 1.
3. Zolang goederen der nalatenschap kunnen worden belast met een vruchtgebruik krachtens artikel 29 of artikel 30, is de vordering niet opeisbaar. Bij de toepassing van de eerste zin blijft artikel 31 lid 4, eerste zin, buiten beschouwing.
4. Zolang een vruchtgebruik krachtens artikel 29 of artikel 30 bestaat, is de vordering niet opeisbaar, voor zover de echtgenoot daarvoor is verbonden. In geval van faillissement van de echtgenoot of het ten aanzien van hem van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen wordt de vordering opeisbaar, voor zover de echtgenoot daarvoor is verbonden.
5. Voor zover voor de vordering anderen dan de echtgenoot zijn verbonden, kan, zolang een vruchtgebruik krachtens artikel 29 of artikel 30 bestaat, van elk van die anderen slechts het gedeelte van de vordering worden opgeëist 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.
6. Is de vordering, bedoeld in artikel 80 lid 1, opeisbaar geworden doordat ten aanzien van de echtgenoot de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard, dan is de vordering, voor zover zij onvoldaan is gebleven, door beëindiging van de toepassing van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen op grond van artikel 356 lid 2 van de Faillissementswet wederom niet opeisbaar. Artikel 358 lid 1 van de Faillissementswet vindt ten aanzien van de vordering geen toepassing.

Art. 82

Een erflater kan aan een uiterste wilsbeschikking ten behoeve van zijn niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot de voorwaarde verbinden dat de vordering van een legitimaris, voor zover deze ten laste zou komen van de echtgenoot, eerst opeisbaar is na diens overlijden. Een voorwaarde als bedoeld in de vorige zin kan op overeenkomstige wijze worden verbonden aan een making ten behoeve van een andere levensgezel, indien deze met de erflater een gemeenschappelijke huishouding voert en een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst is aangegaan.

Art. 83

Bij uiterste wilsbeschikking kan de erflater de opeisbaarheid van de vordering van de legitimaris, voorzover deze ten laste zou komen van de echtgenoot of de in artikel 82, tweede zin, bedoelde andere levensgezel, ook doen afhangen van andere omstandigheden dan die welke genoemd zijn in de artikelen 81 lid 2 en 82.

Art. 84

De vorderingen worden verhoogd met een percentage dat overeenkomt met dat van de wettelijke rente, voor zover dit percentage hoger is dan zes, berekend per jaar vanaf de dag waarop aanspraak op de legitieme portie is gemaakt, bij welke berekening telkens uitsluitend de hoofdsom in aanmerking wordt genomen.

Art. 85

1. De mogelijkheid om aanspraak te maken op de legitieme portie vervalt, indien de legitimaris niet binnen een hem door een belanghebbende gestelde redelijke termijn, en uiterlijk vijf jaren na het overlijden van de erflater, heeft verklaard dat hij zijn legitieme portie wenst te ontvangen.
2. Indien negen maanden na het overlijden van de erflater niet vaststaat in hoeverre diens echtgenoot aanspraak zal maken op vestiging van een vruchtgebruik krachtens artikel 30, vervalt het deel van de vordering dat ten laste van de echtgenoot zou komen, tenzij de legitimaris binnen die termijn aan de echtgenoot heeft verklaard dat hij zijn legitieme portie wenst te ontvangen. Artikel 77 is op deze termijn van overeenkomstige toepassing.

Art. 86.

Indien ten aanzien van de erflater afdeling 2 of 3 van titel 18 van Boek 1 is toegepast, lopen de termijnen, genoemd in lid 1 van artikel 81 en de leden 1 en 2 van artikel 85 vanaf de dag waarop de beschikking, bedoeld in artikel 417 lid 1 onderscheidenlijk artikel 427 lid 1 van Boek 1, in kracht van gewijsde is gegaan.

Art. 87

1. De voldoening van de schulden aan de legitimarissen komt als eerste ten laste van het gedeelte der nalatenschap waarover de erflater niet door erfstellingen of legaten

heeft beschikt. Erft een afstammeling van een overleden legitiemaris bij plaatsvervulling, dan wordt voor de vordering van die legitiemaris als eerste het aan de afstammeling toekomende gedeelte van de nalatenschap ingekort, tenzij uit de uiterste wil iets anders voortvloeit.

2. Indien inkorting overeenkomstig lid 1 onvoldoende is, worden de makingen ingekort. Tenzij uit de uiterste wil iets anders voortvloeit, komen alle erfstellingen en legaten gelijkelijk 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.

3. Het gedeelte van de nalatenschap dat aan een legitiemaris toekomt en zijn legitieme portie niet te boven gaat, kan in afwijking van de leden 1 en 2 pas als laatste worden ingekort. De inkorting van dat gedeelte geschiedt alsdan, met vermindering van de vordering waarvoor wordt ingekort, zodanig dat beide legitiemarissen een zelfde evenredig deel van hun legitieme porties verkrijgen.

4. Inkorting van een legaat geschiedt door een verklaring aan de legataris door de met het legaat belaste erfgenamen of, indien de nalatenschap is verdeeld overeenkomstig artikel 13, de echtgenoot van de erflater. Artikel 120 lid 4, tweede zin, is van overeenkomstige toepassing.

5. Voor zover de schuld aan een legitiemaris 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.

6. Voor zover de schuld aan een legitiemaris ten laste komt van een aan de echtgenoot of andere levensgezel gemaakt legaat waaraan een voorwaarde als bedoeld in artikel 82 of 83 is verbonden, komt zij, onder de bedoelde voorwaarde, door voldoening van het legaat en een verklaring overeenkomstig lid 4 op de echtgenoot of andere levensgezel te rusten.

7. Voor de toepassing van dit artikel wordt een last die strekt tot een uitgave van geld of een goed uit de nalatenschap, gelijkgesteld met een legaat.

Art. 88

Voor zover de vordering van de legitiemaris ingevolge artikel 81 lid 2 of een voorwaarde als bedoeld in artikel 82 niet opeisbaar is, is de echtgenoot of de andere levensgezel, bedoeld in artikel 82, op verzoek van de legitiemaris verplicht tot voldoening voor hem van de belasting, geheven ter zake van de verkrijging van zijn vordering. De vordering van de legitiemaris wordt verminderd met het ingevolge de eerste zin voor de legitiemaris voldane bedrag.

Art. 89

1. Is hetgeen een legitiemaris op grond van zijn in artikel 80 lid 1 bedoelde vordering kan verkrijgen onvoldoende om hem zijn legitieme portie te verschaffen, dan kan hij de daarvoor vatbare giften inkorten, voor zover zij aan zijn legitieme portie afbreuk doen. Bij de bepaling van de vordering, bedoeld in de eerste zin, wordt rekening gehouden met een eventuele vermindering ingevolge de artikelen 80 lid 2 en 87 lid 3.

Buiten beschouwing blijven de verhoging, bedoeld in artikel 84, alsmede het deel van de vordering dat ingevolge artikel 85 lid 2 is vervallen.

2. Voor inkorting vatbaar zijn de in artikel 67 bedoelde giften.

3. Een gift komt voor inkorting slechts in aanmerking, voor zover de legitimaris zijn legitieme portie niet door inkorting van jongere giften kan verkrijgen. Giften van een voordeel bestemd om pas na het overlijden van de erflater ten volle te worden genoten, worden hierbij beschouwd als giften op het tijdstip van zijn overlijden.

Art. 90

1. Inkorting van een gift geschiedt door een verklaring aan de begiftigde. Deze is 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.

2. Een gift kan niet worden ingekort voor zover zij in mindering van de legitieme portie van een mede-legitimaris komt.

3. De bevoegdheid van een legitimaris tot inkorting van een gift vervalt na verloop van een hem daarvoor door de begiftigde gestelde redelijke termijn, en uiterlijk vijf jaren na het overlijden van de erflater.

Art. 91

1. 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 voorzover de waarde daarvan hoger is dan twee maal 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. De in de eerste zin bedoelde waarde wordt vermeerderd met de waarde van hetgeen alsdan overeenkomstig artikel 70 lid 3 met een gift gelijkgesteld zou worden.

2. Voorzover voor de in artikel 80 bedoelde vordering van de legitimaris in verband met lid 1 niet overeenkomstig artikel 87 kan worden ingekort, wordt deze verminderd.

3. De erflater kan bij een gift aan een stiefkind of bij uiterste wilsbeschikking bepalen dat lid 1 geheel of ten dele buiten toepassing blijft.

Art. 92

1. Na het overlijden van de legitimaris komen zijn bevoegdheden toe aan hen die tot zijn nalatenschap gerechtigd zijn.

2. In het geval van faillissement van de legitimaris of het ten aanzien van hem van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen kunnen zijn bevoegdheden worden uitgeoefend door de curator in het faillissement onderscheidenlijk de bewindvoerder in de schuldsaneringsregeling.

3. De bevoegdheden van een legitimaris kunnen slechts tezamen met zijn erfdeel worden overgedragen.