University of Groningen

Aansprakelijkheid, verhaal en draagplicht bij de legitieme portie

Brinkman, Ronald

Published in:
Tijdschrift Erfrecht

DOI:
[10.5553/TE/187416812021022003002](https://doi.org/10.5553/TE/187416812021022003002)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2021

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Brinkman, R. (2021). Aansprakelijkheid, verhaal en draagplicht bij de legitieme portie. *Tijdschrift Erfrecht*, 2021(3), 47-53. <https://doi.org/10.5553/TE/187416812021022003002>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Artikel

Aansprakelijkheid, verhaal en draagplicht bij de legitieme portie

Mr. dr. R.E. Brinkman*

1 Inleiding

Het leven van de notaris biedt genoeg inspiratie voor interessante juridische problematiek. Zo liep ik recent tegen de volgende casus aan. Vader heeft twee zonen, A en B. Zoon B heeft drie dochters: X, Y en Z. Vader heeft geen contact meer met B en ook niet met zijn kleindochters X en Y. Met zijn zoon A en kleindochter Z heeft vader goed contact. Vader stelt een testament op, waarin hij zoon A en kleindochter Z tot erfgenamen benoemt, ieder voor de helft. Als zoon B een beroep op zijn legitieme doet, dan komt dit volgens het testament van vader als eerste ten laste van kleindochter Z (de dochter van zoon B). Het saldo van de nalatenschap van vader ten tijde van zijn overlijden is 100. Dit is gelijk aan de legitimaire massa. De legitieme portie van B is 25.¹ Vader stelt mij de eenvoudige vraag: kan A ook geraakt worden door de legitieme portie van B, bijvoorbeeld omdat Z haar erfdeel opmaakt en een ‘kale kip’

blijkt te zijn? Vragen naar aansprakelijkheid, draagplicht en verhaal kwamen op. Hierover is al de nodige discussie gevoerd in de literatuur. Toch bevredigt die mij nog niet geheel. In deze bijdrage zoek ik een verdere verdieping. Ik zal bepleiten dat, anders dan soms wordt aangenomen, de aansprakelijkheid van de erfgenamen steeds aansluit bij de evenredigheid van de erfdelen en niet bij de draagplicht.² Een andere belangrijke conclusie is dat door de erflater gewijzigde draagplicht nooit verder strekt dan door de erflater verleende ‘draagkracht’.

Ik bespreek achtereenvolgens de draagplicht (par. 2), aansprakelijkheid (par. 3) en het verhaal (par. 4), alles met het oog op de legitimaris, veelal aan de hand van de hierboven geschetste casus en varianten daarop. Ik probeer daarnaast algemene inzichten te geven. Daarna (par. 5) wordt een alternatief scenario bekeken, waarbij A een legaat krijgt en alléén Z erfgenaam is en dus ook alléén Z aansprakelijk is voor de schuld uit de legitieme. Na nog een kort uitstapje over de formulering van de inkortingsvolgorde bij plaatsvervulling (par. 6), sluit dit artikel af met een korte conclusie (par. 7).

2 Draagplicht

Het lijkt in deze casus niet zo moeilijk te bepalen wie draagplichtig is voor de legitieme. Vader heeft gebruik-

47

* Mr. dr. R.E. Brinkman is notaris te Hardenberg, docent aan de Rijksuniversiteit Groningen en raadsheer-plaatsvervanger bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Ik bedank Marten Reijntjes en Joe van Anken, beiden werkzaam op mijn kantoor, voor hun commentaar bij eerdere versies van dit artikel.

1. Deze gegevens veronderstel ik voor dit artikel. Onder het saldo van de nalatenschap versta ik steeds de waarde van de goederen van de nalatenschap verminderd met de schulden als bedoeld in art. 4:7 lid 1 onder a t/m f BW, zodat de schulden uit de legitieme en eventueel uit legaten daarvan nog niet zijn afgetrokken. Omdat ik dat saldo gelijk veronderstel aan de legitimaire massa (ervan uitgaande dat er geen in aanmerking te nemen giften zijn gedaan) en daarmee ook aan het saldo van art. 4:80 lid 2 BW, abstraheer ik dus, tenzij hierna anders aangegeven, van de schulden bedoeld in art. 4:7 lid 1 onder d (executelekosten) en onder e (met name: erfbelasting) BW.

2. In normale omstandigheden zal de draagplicht voor de legitimaire schulden (naar evenredigheid van de erfdelen) ‘toevallig’ synchroon lopen met de aansprakelijkheid van de erfgenamen (eveneens naar evenredigheid van de erfdelen). Als de draagplicht afwijkt van de erfdelen (als er bijvoorbeeld legaten zijn gemaakt ten laste van een of meer bepaalde erfgenamen of door wijziging van de inkortingsvolgorde), betekent dat echter niet dat de aansprakelijkheid ook wijzigt, zo zal ik betogen.

gemaakt van de bevoegdheid om de inkortingsvolgorde van artikel 4:87 van het Burgerlijk Wetboek (BW) te wijzigen. Omdat lid 1 van bedoeld artikel niet speelt (er is geen sprake van een gedeelte van de nalatenschap waarover de erflater niet heeft beschikt), zou normaal gesproken artikel 4:87 lid 2 BW spelen: inkorting naar evenredigheid van de waarde van de makingen. Als vader niets anders zou hebben bepaald, zou dat betekenen dat A en Z ieder de helft van de legitieme zouden moeten dragen. In afwijking van de hoofdregel van lid 2 bepaalt vader in zijn testament echter dat de legitieme portie van zoon B 'ten laste komt' van het erfdeel van kleindochter Z. Daarmee lijkt Z de enige draagplichtige: de legitieme portie moet immers uiteindelijk voor rekening komen van Z, aldus vader.

Blijft de nalatenschap gedurende de afwikkeling groot genoeg, bijvoorbeeld 100, en wordt daaruit de legitieme portie van 25 voldaan, dan zal bij de verdeling van de overige 75 een gedeelte ter grootte van 50 aan A toekomen en van 25 aan Z. Daarmee ligt de draagplicht voor de legitieme inderdaad bij Z.

Dat is anders als het erfdeel van Z te klein is om daaruit de legitieme te voldoen. In dat geval moet A ook dragen in de legitieme portie. B zal als legitimaris betaald worden uit of verhaal nemen op de (goederen van de) nalatenschap (art. 4:184 lid 1 BW) en niet uit of op *het erfdeel van Z*. Zie ook hierna paragraaf 3 en 4. Dat het erfdeel van Z te klein is om de legitieme van B te voldoen is voor B niet van belang als de nalatenschap als geheel groot genoeg is om de legitieme te voldoen. Het geval dat het erfdeel van Z te klein is, kan zich voordoen als het saldo van de nalatenschap gedurende de afwikkeling van de nalatenschap daalt. Dit kan bijvoorbeeld gebeuren doordat een of meer goederen van de nalatenschap (sterker) in waarde dalen (dan andere in waarde stijgen of gelijk blijven) of dat meer schuldeisers, die voorrang hebben boven de legitimaris, blijken op te komen dan eerst werd verondersteld.³ Ik ga hierna eerst uit van een daling van het saldo van de nalatenschap van 100 naar 40. De macht van de erflater bij het bepalen van de inkortingsvolgorde gaat niet zover dat hij *de draagplicht* voor de legitieme *met externe werking jegens de legitimaris* kan beperken tot het erfdeel van Z.⁴ De erflater kan slechts bepalen dat de legitieme 'eerst' ten laste van het erfdeel van Z dient te komen.⁵ De wet legt de draagplicht *in eerste instantie* bij de nalatenschap *als geheel* (zie met name art. 4:7 lid 1 onder g BW en indirect ook art. 4:184 lid 1 BW) en pas daarna, als er bij de verdeling van de nalatenschap nog iets over is, bij de onderscheiden erfgenamen die tot het overschot gerechtigd zijn. Bij de verdeling van de nalatenschap zullen de erfgenamen rekening moeten houden met hun onderlinge draagplicht voor de schulden uit de legi-

tieme. Dat ziet er in onze casus als volgt uit. Het saldo is gedaald naar 40. Daarop zouden A en Z in beginsel ieder voor 20 recht hebben. Van die 40 moet echter eerst de legitieme portie nog betaald worden. Er blijft dus maar $(40 - 25 =) 15$ over. Omdat vader heeft bepaald dat de legitieme portie eerst ten laste van Z komt, zal bij de verdeling de uitgekeerde legitieme van 25 voor 20 aan het erfdeel van Z toegerekend worden en voor 5 aan het erfdeel van A. Z krijgt dus niets meer en A krijgt de 15 die over is.⁶ De draagplichtwijziging heeft hier dus een beperkt effect gehad: de erflater wilde dat Z de legitieme zou dragen, maar A heeft in dit geval de schuld ook deels moeten dragen. Het maakt in dit geval niet uit of Z (of A) beneficiair of zuiver aanvaardt.⁷ Het is niet zo dat A een regresvordering krijgt op het eigen vermogen van Z.⁸ Z is namelijk niet verder draagplichtig dan de bij de verdeling aan haar toegerekende schuld aan B van 20.

Zou bij de verdeling de legitieme portie nog niet zijn voldaan en A en Z ieder in waarde 20 krijgen uit de verdeling, dan zou bij een toekomstige betaling aan/verhaal door de legitimaris,⁹ bovenstaande draagplicht alsnog gelden: de legitieme dient voor 20 door Z te worden gedragen en voor 5 door A.

Kan de legitieme niet geheel uit de nalatenschap voldaan worden omdat het saldo van de nalatenschap gedurende

3. In het laatste geval zou dat, bij schulden als bedoeld in art. 4:7 lid 1 onder a, b, c of f BW ook invloed kunnen hebben op de omvang van de legitieme portie (art. 4:65 BW). Daarvan abstraheer ik in dit artikel.
4. Zie art. 4:63 lid 1 BW: 'in weerwil van (...) uiterste wilsbeschikkingen'.
5. Dit vloeit voort uit art. 4:63 lid 1 BW jo. art. 4:87 lid 1 en lid 2, eerste zin, BW in samenhang met art. 4:7 lid 1 onder g BW jo. art. 4:184 lid 1 BW.

6. Bijzonder hieraan is dat als de waarde van de nalatenschap onder de 50 zakt, zoals in onze casus tot 40, A ook minder dan 25 lijkt over te houden (in onze casus 15), dus minder dan zijn eigen legitieme portie. Wellicht is aanvullend beroep voor A op zijn legitieme portie of een beroep op de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW) nog een oplossing, op grond waarvan hij zou kunnen stellen dat B niet kan verlangen meer te ontvangen dat zijn medelegitimaris A (vgl. Asser/Perrick 4 2017/334). Overigens ben ik, anders dan Perrick (vgl. Asser/Perrick 4 2017/323), van mening dat een erfgenaam die tevens legitimaire schuldeiser is, zowel schuldeiser ('in privé') is als schuldenaar ('als erfgenaam'), omdat de vordering en schuld zich niet in één vermogen bevinden. Per welke peildatum (bijvoorbeeld: overlijden of moment uitkering aan B of moment verdeling van de nalatenschap) de eventuele imputatie op grond van art. 4:71 BW berekend moet worden, is niet duidelijk. B.C.M. Waaijer, Handboek Erfrecht 2020/5.1, lijkt met de woorden 'daadwerkelijk verkrijgt' aan te sluiten bij de waarde ten tijde van de verdeling, maar maakt dit niet duidelijk (vgl. Hof 's-Hertogenbosch 18 april 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1733, welke uitspraak hieraan echter geen expliciete overwegingen wijdt). Zie ook de conclusie van de A-G van de Hoge Raad bij HR 17 juli 2020, ECLI:HR:2020:1306 (peildatum is verdelingsmoment). Anders: J.H. Lieber in zijn noot in JERF 2021/1 onder Hof Den Bosch 8 september 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2757 en (overtuigend) P. van Es, De peildatum bij toerekening op grond van art. 4:71 BW, WPNR 2020, afl. 7289, p. 467-468 (peildatum is overlijdensmoment). Is de verkrijging voor erfgenaam A inferieur, dan zou een verwerpslegitieme uitkomst kunnen bieden.
7. Zie par. 4 voor een situatie waarin een zuivere aanvaarding wel betekenis zou kunnen hebben.
8. Zie noot 30.
9. Zie par. 3 en 4 voor de aansprakelijkheid en het verhaal in dat geval.

de vereffening nog verder daalt, bijvoorbeeld tot 20,^{10, 11} dan zal:

- de legitimaris bij een zuivere aanvaarding ook verhaal buiten de nalatenschap om kunnen nemen (zie hierna par. 4); en
- bij een beneficiaire aanvaarding geen verhaal buiten de nalatenschap om genomen kunnen worden.¹² In dat geval heeft dus ook de legitimaris pech (hij krijgt van zijn 25 dan maar 20 voldaan en komt dus ook 5 tekort).

In het eerstgenoemde geval van zuivere aanvaarding dient mijns inziens aangenomen te worden dat de draagplicht voor het tekort (waar de beschikking van de erflater zich niet toe uitstrekt, omdat hij daarvoor geen draagkracht¹³ verleent) aansluit bij de aansprakelijkheid: hierna (par. 3) zal ik betogen dat die aansprakelijkheid steeds naar evenredigheid van de erfdelen wordt vastgesteld.

Ik zet voor een goed begrip de legitiemeregeling af tegen de legatenregeling. Ik vervang daartoe de legitieme in ons voorbeeld door een legaat. Stel dat de goederen van de nalatenschap gedurende de afwikkeling zijn gedaald van 100 naar 40 en dat de erflater een *legaat* heeft gemaakt van 25 en dat alleen Z hiervoor *verbonden* en *draagplichtig* is. Door het legaat rust er een schuld op Z van 25. Artikel 4:120 lid 2 BW vermindert het legaat nu tot 20.¹⁴ Uit artikel 4:120 lid 5 BW vloeit voort dat als A zuiver aanvaardt,¹⁵ hij gehouden blijft tot voldoening voor het geheel, hetgeen verhaal op zijn eigen vermogen mogelijk maakt. De erflater ‘beschikt’ zo over meer dan hij nalaat.¹⁶ De erfgenaam kan dat echter voorkomen door beneficiair te aanvaarden.

In ons oorspronkelijke voorbeeld (met de *legitieme* van 25) kan de erflater niet bepalen dat de legitieme *alleen* op Z rust en al helemaal niet dat *alleen* Z verbonden is voor de legitieme. De erflater kan als gezegd hoogstens bepalen dat deze *eerst en voor zo veel mogelijk ten laste van Z* komt. Met andere woorden: hij kan slechts *draagplicht* opleggen, voor zover hij de erfgenaam ook daarvoor benodigde *draagkracht* verleent. Met draagkracht bedoel ik (de waarde van) het deel van de nalatenschap dat aan de erfgenaam toekomt op wie de draagplicht rust. Als deze draagkracht groot genoeg is, kan hij daarmee de schuld uit de legitieme dragen. In ons voorbeeld (met de legitieme van 25) leek het aandeel van Z in de nalatenschap aanvankelijk groot genoeg (namelijk de helft van 100, ofwel 50). Omdat gedurende de afwikkeling de draagkracht minder werd (namelijk de helft van 40, ofwel 20), werd ook de draagplicht van Z verlaagd tot 20: zijn draagkracht is daarmee precies even groot als de draagplicht, verder dan dat kan de erflater de draagplicht niet wijzigen. De resterende draagplicht voor de legitieme (van 25 – 20 = 5) ligt, op grond van artikel 4:87 lid 2 eerste zin BW, bij A.

Nog anders gezegd: de erflater *creëert* met de draagplichtwijziging voor de legitieme *geen schuld* van de nalatenschap (zoals bij het legaat), maar *verlegt* slechts de (interne) draagplicht voor een schuld die op grond van de wet ontstaat. Die verlegging reikt niet verder dan tot waar de erfgenaam die schuld kan dragen.

3 Aansprakelijkheid

Bij de aansprakelijkheid voor schulden uit de legitieme bestaan in beginsel twee smaken:

- de erfgenamen zijn op grond van art. 6:6 BW aansprakelijk voor gelijke delen, ongeacht de omvang van hun erfdelen (hierna: de *gelijkedelenvisie*);
- de erfgenamen zijn aansprakelijk naar evenredigheid van hun erfdelen (hierna: de *evenredigheidsvisie*).

Kolkman betoogt uitgebreid en overtuigend dat de evenredigheidsvisie de voorkeur geniet.¹⁷ Dat is van belang als sprake is van ongelijke erfdelen, bijvoorbeeld $\frac{1}{4} - \frac{1}{4} - \frac{1}{2}$.¹⁸ De literatuur is overwegend dezelfde mening toegedaan.¹⁹ Ik sluit mij aan bij de evenredigheidsvisie. De vraag rijst of de aansprakelijkheid niet alleen door de omvang van de erfdelen beïnvloed wordt, maar ook door de draagplicht voor de legitieme portie.

- Hier bedoel ik dus niet de ontoereikendheid als bedoeld in art. 4:80 lid 2 BW, in welk geval de legitieme zelf immers verminderd zou worden. Op het peilmoment van art. 4:80 lid 2 BW (het moment van overlijden) is het saldo van de nalatenschap volgens die maatstaven toereikend (namelijk 100). Het gaat hier om de ontoereikendheid van de nalatenschap op het moment waarop de legitimaris voldaan moet worden (namelijk 20).
- De onderhavige problematiek speelt ook als niet het saldo van de nalatenschap gedurende de afwikkeling daalt, maar de legitieme portie zelf uitstijgt boven het erfdeel van degene die de erflater met de draagplicht wil belasten. Als in ons voorbeeld de legitieme portie 60 zou zijn (ten gevolge van giften die vader bij leven heeft gedaan), zouden de problemen identiek zijn.
- Tenzij een van de gevallen van art. 4:184 lid 2 onder b, c of d BW zich voordoet.
- Hierna wordt in de hoofdttekst het begrip ‘draagkracht’ verder uitgelegd.
- De vermindering geschiedt door een verklaring aan de legataris door Z (zie art. 4:120 lid 4 BW). Naar mijn mening is hier de peildatum voor de toets of het erfdeel (on)toereikend is, gelegen op het moment dat aan uitkering van de legaten wordt toegekomen (bij een zuivere aanvaarding doet dat, gelet op art. 4:120 lid 5 BW niet zo ter zake; bij een beneficiaire aanvaarding zou dat het moment van de *uitdeling* zijn). Heel anders is dat in art. 4:80 lid 2 BW (in verbinding met art. 4:6 BW), waar de wetgever als peildatum het tijdstip onmiddellijk na het overlijden van de erflater heeft gekozen, die aansluit bij de peildatum voor de berekening van de legitieme (art. 4:65 BW in verbinding met art. 4:6 BW).
- Of een van de andere gevallen van art. 4:184 lid 2 BW zich voordoet.
- Althans, hij *creëert* met het legaat een grotere schuld dan de waarde van de aan die erfgenaam nagelaten goederen.

- W.D. Kolkman, *Schulden der nalatenschap* (diss. Groningen), Kluwer: Deventer 2006, par. 2.3.4.2.
- In de casus zou dat bijvoorbeeld kunnen gebeuren als A vóór moeder overlijdt en zijn erfdeel doorschuift naar zijn twee kinderen. In de gelijkedelenvisie zouden de kinderen van A en B dan ieder draagplichtig zijn voor een derde.
- Zie o.a. B.C.M. Waaijer, *Handboek Erfrecht 2020/18.2*, Asser/Perrick 4 2017/334, T.J. Mellema-Kranenburg, *GS Erfrecht*, art. 4:79 BW, aant. 4 (die echter, zichzelf tegensprekend, in *GS Erfrecht*, art. 4:80 BW, aant. 3 opmerkt dat aangesloten moet worden bij art. 6:6 BW (aansprakelijkheid voor gelijke delen)); anders: Van Mourik & Schols, *Erfrecht* (Mon. Pr. nr. 1) 2018/61.0, die uitgaan van aansprakelijkheid voor gelijke delen.

Perrick is ongeclausuleerd van mening dat de aansprakelijkheid de draagplicht volgt.²⁰ Kolkman neigt ernaar hem daarin te volgen.²¹ Ik ga niet mee in de visie van Perrick.²² De legitimaris dient als schuldeiser van de nalatenschap niet belast te worden met de interne verhoudingen tussen de erfgenamen onderling en tussen de erfgenamen en eventuele legatarissen.²³

Hoewel de legitimaris nog net niet de allerlaatste plaats inneemt op de rangordelijst van artikel 4:7 lid 2 BW,²⁴ is wel de *een-na-laatste plaats* voor de legitimaris gereserveerd. Dat betekent ook dat de *draagplicht* voor de legitieme pas *na voldoening van alle andere schulden* van de nalatenschap (anders dan bedoeld in art. 4:7 lid 1 onder h en i BW) kan worden vastgesteld. Dat betekent dat ook pas dan bezien kan worden of de door de erflater aangebrachte draagplichtwijziging (volledig) effect sorteert. Dat is niet zo als het erfdeel van de draagplichtige erfgenaam te klein blijkt te zijn. Het is voor de legitimaris in dat systeem dus onmogelijk om *vóór de verdeling van de nalatenschap* te weten welke erfgenaam hij voor welk bedrag zou kunnen aanspreken, als voor de aansprakelijkheid aangesloten zou moeten worden bij de draagplicht. Wie van de erfgenamen zal de legitimaris, in de visie van Perrick, moeten laten veroordelen tot betaling en tot welk bedrag?²⁵ Veel beter en logischer is het om de wettelijke volgorde aan te houden: de legitimaris spreekt de *gezamenlijke erfgenamen* (naar evenredigheid van ieders erfdeel) aan tot betaling, die daartoe dan eventueel ook veroordeeld kunnen worden (art. 3:296 BW). De erfgenamen dienen die schuld uit *de nalatenschap* (als geheel) te voldoen, bij gebreke waarvan de legitimaris verhaal kan nemen op de nalatenschap, al dan niet via een vereffeningprocedure (zie par. 4).

Een (indirecte²⁶) aanwijzing *door de erflater* van de voor de legitieme aansprakelijke erfgenaam, past niet bij de aard van de legitieme als *dwingende aanspraak op de nalatenschap als geheel* (art. 4:7 lid 1 onder g BW jo. art. 4:184 lid 1 BW). Anders dan bij het legaat, laat de wetgever slechts ruimte aan de erflater bij de *interne ver-*

deling van die schuld, niet bij het vaststellen van de *externe aansprakelijkheid*.

Bij het aansprakelijkheidsvraagstuk is het verschil tussen de evenredigheidsvisie en de gelijkedelensvisie voor de legitimaris met name van belang wanneer de nalatenschap niet toereikend is en verhaal *buiten de nalatenschap* om mogelijk is, bijvoorbeeld als de erfgenamen zuiver aanvaarden (art. 4:184 lid 2 BW). In dat geval is de draagplicht voor het tekort, als gezegd, mijns inziens evenredig aan de erfdelen. Als in onze casus het saldo van de nalatenschap tot 20 gedaald is en na betaling aan legitimaris B van die 20 het tekort voor B nog 5 is, zijn er twee mogelijkheden:²⁷

1. A en Z zijn als erfgenamen naar evenredigheid van hun erfdelen, hier $\frac{1}{2} - \frac{1}{2}$, aansprakelijk voor het tekort (dus ieder voor 2,5);
2. A en Z zijn als erfgenamen aansprakelijk voor 12,5, dus zolang als de legitieme portie niet geheel is voldaan, ieder volledig aansprakelijk voor het tekort van 5 (vgl. art. 136 van de Faillissementswet; Fw).

Gelet op het ontbreken van een wettelijke grondslag voor mogelijkheid 2, kies ik hier voor mogelijkheid 1, waarin de aansprakelijkheid ook direct congrueert met de draagplicht.²⁸ Zou mogelijkheid 2 als geldend recht aangenomen moeten worden, dan zou bij verhaal op A voor 5, A mijns inziens regres op Z hebben voor 2,5 (en omgekeerd), ook al zijn ze niet hoofdelijk verbonden (art. 6:10 BW en art. 6:12 BW zijn dus niet rechtstreeks van toepassing).²⁹ Maar nu zijn we in feite al aanbeland bij het verhaalsrecht van de legitimaris. Daarover meer in paragraaf 4. Ik maak in laatstbedoelde situatie waarin de erfgenamen zuiver aanvaarden en het saldo van de nalatenschap is gedaald tot 20, in aansluiting op en terugverwijzend naar paragraaf 2, nog graag onderscheid tussen twee ‘draagplichten’:

1. de draagplicht voor de legitieme ‘binnen de nalatenschap’ (ter grootte van 20): hoewel vader wilde dat de schuld uit de legitieme portie eerst ten laste van Z zou komen, was er in feite geen ‘volgorde’ te bepalen, nu de nalatenschap als geheel niet voldoende draagkracht bood om de hele legitieme te voldoen. De draagplichtwijziging van vader had ‘binnen de nalatenschap’ dus geen effect;
2. de draagplicht voor de legitieme ‘buiten de nalatenschap om’ (ter grootte van 5): hierover heeft vader niets te zeggen. Door de zuivere aanvaarding, ontstaat de plicht voor de erfgenamen om het tekort te dragen (draagplicht) en deze te voldoen (aansprakelijkheid). Dat hadden de erfgenamen kunnen voor-

20. Asser/Perrick 4 2017/334.

21. Kolkman, Schulden der nalatenschap, par. 2.3.5.7. Ik begrijp de twijfel van Kolkman als hij daarbij heeft gedacht aan de situatie als in par. 4 beschreven, waarin de aan de draagplichtige erfgenaam toegedeelde goederen bij de verdeling van de nalatenschap toereikend zijn om de schuld uit de legitieme te voldoen.

22. Zie ook de summier kritiek van F.R. Salomons, WPNR 2005, afl. 6619, p. 339-344 (in zijn recensie van Asser, deel 6A, Erfrecht en schenking, bewerkt door mr. S. Perrick, Deventer: Kluwer 2002).

23. Lasten die strekken tot een uitgave van geld of goed worden aan een legaat gelijkgesteld, art. 4:87 lid 7 BW.

24. Waaruit immers volgt dat legaten en quasilegaten de allerlaatste plaats innemen.

25. B moet (als hij de vordering instelt vóór de verdeling) zowel Z als A dagvaarden (en/of andere betrokken derden, zoals een vereffenaar of executeur). Betreft B alleen Z in het geding, dan dient de rechter, zo nodig ambtshalve, aan B (op straffe van niet-ontvankelijkheid) gelegenheid te geven om (in ieder geval) A alsnog als partij in het geding te betrekken door oproeping op de voet van art. 118 (of bij digitaal procederen: 30g) van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) binnen een daartoe door de rechter te stellen termijn. Zie HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, NJ 2018/81 m.nt. H.B. Krans. Er is sprake van een zogenoemde processueel ondeelbare rechtsverhouding.

26. In de visie van Perrick zou dit *indirect* kunnen door de draagplicht te wijzigen.

27. Zie ook noot 7.

28. Dat laat overigens onverlet dat de legitimaris in theorie (tenzij de redelijkheid en billijkheid hiertegen pleiten) eerst voor 5 bij A verhaal kan zoeken (die immers, zolang de vordering niet is voldaan zeker aansprakelijk is voor 12,5), om vervolgens de overige 20 bij de nalatenschap op te halen. Dat zou wellicht toch vóór mogelijkheid 2 spreken.

29. Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9521, welke uitspraak – m.i. terecht – via een Quint te Poel-redenering het probleem oplost waarin een niet-erfgenaam (voor wie art. 4:200 lid 3 BW niet geldt) de uitvaartkosten betaalt: deze derde krijgt alsnog regres op de nalatenschap.

komen door de nalatenschap beneficiair te aanvaarden.

Ik vergelijk deze situatie nog eens met de situatie dat de erfflater een legaat van 25 heeft gemaakt waarvan alléén Z de schuldenaar is. Ik ga ervan uit dat het saldo van de nalatenschap nog maar 20 is. Het legaat moet dan nog voldaan worden. Als Z het legaat vermindert (art. 4:120 lid 2 en 4 BW), bedraagt het ‘verminderde’ legaat nog maar 10.³⁰ In dat geval:

1. dient die 10 uit de nalatenschap te worden voldaan aan de legataris, waarna A en Z bij de verdeling deze voldoening rechte trekken, door de resterende 10 aan A toe te delen. Daarmee is het verminderde legaat van 10 alleen ten laste van Z gekomen;
2. is Z bij een zuivere aanvaarding verplicht het na vermindering nog niet voldane deel van het legaat van 15 ten laste van zijn eigen vermogen te voldoen (art. 4:120 lid 5 BW in verbinding met art. 4:184 lid 2 onder a BW). In dat geval congrueert de aansprakelijkheid voor die 15 dus met de draagplicht. A is niet verplicht om die 15 ten laste van zijn eigen vermogen te voldoen, ook niet bij een zuivere aanvaarding, omdat het legaat niet op hem rust (art. 4:184 lid 2 onder a BW).

Terug naar de schuld uit de legitieme. Ik kaart hier nog één punt aan. Stel dat A en Z de nalatenschap verdelen en het saldo van de nalatenschap op dat moment nog 100 is. A en Z krijgen dan ieder goederen en/of schulden en/of een overbedelingsvordering (met een saldo) van 50. Op Z rust verder de plicht om de schuld aan B (ongeacht of deze al een beroep op de legitieme portie heeft gedaan of nog zal doen) te voldoen. Hoewel in deze constellatie aansprakelijkheid *naar draagplicht* wellicht wenselijk zou zijn,³¹ is dit mijns inziens geen geldend recht. Zou dat wel zo zijn, dan zou de wetgever de legitimaris in dit geval belasten met het bewijs dat er (a) al verdeeld is³² en (b) aan Z voldoende is toegedeeld om daarmee de legitieme schuld te voldoen. Dat past niet bij de aard van de legitimaire schuld. Aansprakelijkheid en draagplicht voor de legitieme portie dienen daarom afzonderlijk beschouwd te worden. A zou, uitgaande van aansprakelijkheid naar evenredigheid van erfden, alleen verlost kunnen worden van zijn aansprakelijkheid met medewerking van Z en toestemming van B (vgl. art. 6:155 BW). Aangezien A niet per se aan de verdeling hoeft mee te werken voordat duidelijk is of B aanspraak maakt op zijn legitieme portie en deze is voldaan,³³ is hier het nadeel voor A (wel aansprakelijk, niet draagplichtig) door A zelf te voorkomen.

4 Verhaal

Over het verhaalsrecht van de legitimaris merk ik in het algemeen het volgende op. Zolang de nalatenschap niet verdeeld is of door zuivere aanvaarding is ‘opgegaan’ in het eigen vermogen van de enige erfgenaam, kan de legitimaris verhaal nemen *op de nalatenschap* als zodanig (art. 4:184 lid 1 BW), door daarop beslag te leggen of, als de nalatenschap vereffend wordt, door indiening van de vordering in de vereffening. Door een beneficiaire aanvaarding wordt het verhaal, ongeacht de omvang van de legitieme portie, beperkt tot de nalatenschap.³⁴ Heeft de erfgenaam zuiver aanvaard, dan is ook verhaal mogelijk op zijn eigen vermogen.

Stel nu dat de legitimaris pas opkomt nadat de uitdelingslijst verbindend is geworden, maar voordat de nalatenschap is verdeeld. In dat geval bepaalt artikel 4:220 BW:

- in lid 2: dat de legitimaris recht van verhaal houdt op de alsdan nog onverkochte goederen en op het saldo van de nalatenschap en dat hij, evenals andere schuldeisers, daaruit voldaan wordt naar gelang zij zich aanmelden;
- in lid 3: dat de legitimaris ook nog een recht van verhaal tegen legatarissen heeft, voor zover dezen een uitkering hebben ontvangen en niet voldoende goederen voor verhaal als bedoeld in lid 2 aanwijken. Het recht van verhaal tegen een legataris vervalt drie jaren na het verbindend worden van de uitdelingslijst, volgens welke de uitkering aan hem is geschied.

En wat gebeurt er dan als de nalatenschap, tijdens of na een vereffening, al wel is verdeeld? Als de erfgenaam bij de verdeling van de nalatenschap een ‘uitkering’ heeft ontvangen,³⁵ dan kan de legitimaris zich verhalen op het vermogen van die erfgenaam tot maximaal het bedrag waarvoor de erfgenaam aansprakelijk is (evenredig aan zijn erfdeel) of, als hij beneficiair heeft aanvaard, zoveel minder als de waarde van hetgeen hij uit de nalatenschap heeft verkregen (art. 4:184 lid 3 BW).

In onze casus geldt het bovenstaande in gelijke zin. Stel dat de legitimaris zich niet vóór de verdeling meldt bij de erfgenamen en zij tot verdeling overgaan voordat de legitimaris een beroep op zijn legitieme portie heeft gedaan. A loopt dan het risico dat de legitimaris bij hem verhaal komt zoeken.³⁶ Hoewel hij dan mogelijk een regresvordering op Z krijgt,³⁷ kan blijken dat Z een kale kip is. Wil A geen enkel risico lopen dat verhaal bij hem mogelijk is door de legitimaris, dan kan A, als *belanghebbende*, aan de legitimaris vóór de verdeling een redelijke

30. Zie hierover ook Kolkman, *Schulden der nalatenschap*, par. 3.6.2.2.

31. B zou bij aansprakelijkheid *naar draagplicht* dan voor de volle 25 bij Z terecht kunnen, in plaats van dat hij voor 12,5 bij A en voor 12,5 bij Z verhaal zou moeten nemen (in welk geval A regres op Z zou krijgen).

32. Welke verdeling in beginsel ook nog eens vormvrij en niet ‘openbaar’ is.

33. A kan vóór de verdeling, als *belanghebbende*, aan de legitimaris een redelijke termijn stellen voor het inroepen van zijn legitieme (art. 4:85 BW). Ook kan A, als Z verdeling verlangt, de rechter vragen te bepalen dat de legitimaire schuld moet worden voldaan alvorens tot de verdeling wordt overgegaan (art. 3:178 lid 2 BW).

34. Op het eigen vermogen van de beneficiair aanvaardende erfgenaam is dan geen verhaal mogelijk, tenzij de strafsancie van art. 4:184 lid 2 onder b, c of d BW geldt.

35. Welke ‘uitkering’ ook kan bestaan in de toedeling van andere goederen dan geld.

36. Anders Perrick (Asser/Perrick 4 2017/334), die in de onderhavige casus waarschijnlijk zou stellen dat alleen Z aansprakelijk is, vanwege de op hem rustende draagplicht. Zie daarover echter het slot van par. 3.

37. Zie par. 3 en noot 30.

termijn stellen voor het invoeren van zijn legitieme (art. 4:85 BW). Maar er bestaat nóg een risico voor A, ervan uitgaande dat als de waarde van het erfdeel van Z gedurende de vereffening lager wordt dan de legitieme portie, A uiteindelijk ook moet bloeden voor de legitieme (zie par. 2): zou A of een andere belanghebbende (bijvoorbeeld Z) de legitimaris géén termijn stellen en zou de legitimaris niet binnen vijf jaar reageren, dan vervalt immers het recht op de legitieme portie (art. 4:85 BW) en zou A dus toch méér kunnen overhouden als de waarde van het erfdeel van Z gedurende de vereffening lager zou zijn geworden dan de (niet-ingeroepen) legitieme portie. A zit dus in een spagaat: doet hij er verstandig aan de legitimaris op te roepen en een termijn te stellen, of verroert hij zich beter niet? Met de eerste keuze voorkomt A dat de legitimaris zich op zijn eigen vermogen kan verhalen, maar met de tweede keuze krijgt A misschien meer doordat de legitimaris zich nooit meldt.

5 Alternatief

Als vader niet wil dat A met het risico van aansprakelijkheid voor de legitieme wordt opgezaald, kan hij de casus dan nog anders oplossen? Vader zou Z tot enig erfgenaam kunnen benoemen, onder de verplichting om een legaat in geld aan A uit te keren ter grootte van de helft van het saldo van de nalatenschap. Omdat vader wil dat de legitieme portie ten laste van Z komt, bepaalt hij (a) dat bij het vaststellen van het legaat bij het saldo van de nalatenschap geen rekening wordt gehouden met de schuld uit de legitieme en (b) dat de inkorting als eerste ten laste van Z komt (art. 4:87 lid 2 BW). In dat geval is alleen Z aansprakelijk voor de legitieme portie. Of Z echter ook alléén draagplichtig is, hangt af van de vraag wat het saldo van de nalatenschap is en hoe groot het legaat is.

Stel dat Z beneficiair aanvaardt en dat het saldo van de nalatenschap is teruggelopen van 100 naar 40. De nalatenschap zou dan niet toereikend zijn om de legitieme (25) en het legaat (stel 50³⁸) te voldoen, want er is nog maar 40. B krijgt als legitimaris dan in beginsel voorrang (art. 4:7 lid 2 BW) en zou 25 krijgen, waarna voor A nog maar 15 zou resteren. A heeft dan indirect alsnog bijgedragen in de legitieme. Wellicht is dat gevolg te voorkomen als A een aanvullend beroep doet op zijn legitieme portie of deze, als ze inferieur is in de zin van artikel 4:73 BW, verwierpt en een beroep op zijn legitieme

portie doet,³⁹ in welk geval A en B ieder 20 (waarschijnlijk) zouden krijgen.

Zou Z zuiver aanvaarden, dan is Z in beginsel als enige aansprakelijk en draagplichtig voor de schuld aan de legitimaris, ook als zij later een kale kip blijkt te zijn. De aansprakelijkheid van Z volgt dan uit artikel 4:80 lid 1 BW; het verhaalsrecht strekt zich dan uit over de nalatenschap en het eigen vermogen van Z (art. 4:184 lid 1 en lid 2 onder a BW). Een eventuele daling van het saldo van de nalatenschap (die met zijn eigen vermogen is vermengd) komt in dat geval dus in beginsel voor rekening en risico van Z (en indirect mogelijk ook van B). Toch blijft A nog een risico lopen: als de legitimaris *binnen vijf jaar* na het overlijden jegens Z aanspraak maakt op zijn legitieme portie, zou de legitimaris alsnog een vereffening kunnen aanvragen. Stel dat het vermogen van Z dan al op is. In dat geval resteert voor de vereffenaar de mogelijkheid het legaat *binnen drie jaar* na de uitkering aan A terug te vorderen, voor zover dit nodig is om de schuld aan de legitimaris te voldoen (art. 4:216 BW). Stel dat Z zuiver aanvaardt, maar de rechter een vereffenaar heeft benoemd op verzoek van een derde (of A). Als de legitimaris pas *na* de vereffening opkomt, kan hij op grond van artikel 4:220 lid 3 BW, binnen drie jaar na het verbindend worden van de uitdelingslijst, alsnog rechtstreeks verhaal nemen op het vermogen van A (gesteld dat A niet voldoende goederen van Z voor verhaal aan kan wijzen als bedoeld in art. 4:220 lid 2 BW). A blijft dus ook in dat geval een risico lopen. Dat zou in beide gevallen anders zijn als B ná drie jaren na (a) de uitkering of (b) het verbindend worden van de uitdelingslijst, maar vóór het verstrijken van de vijfjaarstermijn van artikel 4:85 BW, een beroep zou doen op zijn legitieme portie. Ik denk, al met al, niet dat het legaat als een goede oplossing voelt voor vader en A.

6 Nog een laatste uitstapje

Leerzaam in deze casus was tot slot dat vader in een eerder testament A en Z ook tot erfgenamen had benoemd, ieder voor de helft, maar bij de inkorting slechts had bepaald dat als een legitimaris zou inkorten, de voldoening als eerste ten laste van *zijn afstammelingen* kwam.⁴⁰ Als B in dat geval een beroep op zijn legitieme portie doet, wordt het erfdeel van Z (als afstammeling van B) als eerste ingekort. Dat was de bedoeling van vader. Zou echter niet B maar X of Y legitimaris zijn, dan zou inkorting bij de afstammelingen van X of Y echter niet slagen, omdat deze geen erfgenaam zijn. Dan zou men op de hoofdregel terugvallen (art. 4:87 lid 2

38. Als het peilmoment voor de berekening van het legaat op het moment van de verdeling zou liggen, wat beter past bij een alternatief voor de situatie dat A erfgenaam zou zijn geweest, zou het legaat 20 zijn geweest, hetgeen echter aan de casus niets wijzigt.

39. Bij een beroep doen op de verwerpingslegitieme rijst de vraag of het legaat inferieur was (art. 4:73 BW). Zo ja, dan zou zijn legitieme portie ook 25 zijn en zouden A en B ieder 20 hebben ontvangen. Zo nee, dan zou zijn legitieme portie tot nihil zijn teruggelopen, tenzij een aanvullend beroep mogelijk is en/of gesteld kan worden dat zijn legaat minder waard is. Ook hier is onduidelijk wat het peilmoment is voor de vaststel-

ling van wat A als legataris verkrijgt. Onzeker is hoe bij de aanvullende legitieme het te imputeren legaat moet worden gewaardeerd (art. 4:71 BW). Vgl. noot 7. Zie over de lastige verhouding tussen de vermindering en inkorting van legaten ook W.D. Kolkman & J.H.M. ter Haar, De lastige verhouding tussen inkorting en vermindering, TE 2019, afl. 1, p. 14-17.

40. Vgl. art. 4:87 lid 1, tweede zin, BW.

BW): inkorten bij A en Z, ieder voor de helft. Dat was niet de bedoeling van vader. Ik wil maar zeggen dat de erflater en de notaris er goed aan doen na te denken over het geval dat een ‘primaire’ legitimaris vooroverlijdt of onwaardig is en diens afstammelingen als legitimaris opkomen.

7 Conclusie

In het bovenstaande heb ik getracht het inzicht te vergroten in de drie aspecten die bij de legitieme portie van groot belang zijn: draagplicht, aansprakelijkheid en verhaal. Mijn belangrijkste conclusies zijn (1) dat door de erflater gewijzigde draagplicht voor de legitieme nooit verder strekt dan door de erflater verleende draagkracht, (2) dat wijziging van de inkortingsvolgorde (art. 4:87 lid 2 BW) geen invloed op de aansprakelijkheid heeft, (3) dat bij de aansprakelijkheid voor de legitieme altijd uitgegaan moet worden van aansprakelijkheid naar evenredigheid van de erfdelen en (4) dat splitsing in erfgenaamschap en legaat, op grond waarvan de legitimaris slechts jegens de erfgenaam een aanspraak heeft (art. 4:79/4:80 BW), nog steeds geen sluitende oplossing biedt als de vereffenaar of legitimaris rechtstreeks verhaal kan nemen bij de legataris aan wie het legaat is uitgekeerd (art. 4:216/4:220 lid 3 BW).