

Boom Juridische uitgevers
Postbus 85576
2508 CG Den Haag
T (070) 330 70 33
F (070) 330 70 30
E info@bju.nl
I www.bju.nl

EstateTip

Afl. 2005-29

22 juni 2005

Bezint eer ge begint Ontervan of legaat met bewind?

In de praktijk stuiten wij nog wel eens op de volgende bepaling ten aanzien van een *ontervde* legitimaris:

‘Indien X een beroep doet op zijn legitieme, dan stel ik hetgeen hij verkrijgt onder bewind. Dit bewind wordt dan ingesteld op de gronden als bedoeld in art. 4:75 BW.’

Is deze bepaling technisch mogelijk? Dit zou mooi zijn. Men eet dan immers van twee walletjes. De erflater hoopt er wellicht op dat de ontervde legitimaris zich, als gevolg van bijvoorbeeld zijn verslaving, niet zal melden en artikel 4:85 BW met zich brengt dat een beroep op de legitieme na vijf jaar na het overlijden niet meer mogelijk is. Meldt de legitimaris zich onverhoopt wel, dan voorkomt een bewind, versterkt met de gronden van artikel 4:75 BW, dat de legitieme met de knollen de pot in gaat.

Een bewind maakt, zoals bekend, een verkrijging inferieur. Dit volgt uit artikel 4:72 letter a BW (erfstellingen) en artikel 4:73 lid 1 letter a BW (legaten). Hier geldt ‘slikken of stikken’: degene die verkrijgt onder bewind moet dus óf ‘blijven zitten’ en ‘meelopen’ in de pas van het bewind (art. 4:71 BW), dan wel de verkrijging verwerpen en een beroep doen op zijn legitieme (art. 4:63 BW). Op grond van artikel 4:75 BW kan de testateur met één pennenstreek het bewind evenwel van de ‘zwarte lijst’ van uiterste wilsbeschikkingen halen.

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

- a. dat de legitimaris ongeschikt of onmachtig is in het beheer te voorzien; of
- b. dat zonder bewind de goederen hoofdzakelijk diens schuldeisers zouden ten goede komen.

Maar kan een bewind met de gronden van artikel 4:75 BW worden ingesteld *op de legitieme*? Dit lijkt ons niet mogelijk. Waarom niet?

1) De aanhef van artikel 4:75 BW bepaalt:

‘De waarde van hetgeen een legitimaris krachtens erfrecht onder bewind kan verkrijgen, komt ook bij verwerping in mindering [...]’

Deze zinsnede impliceert dat de betrokken erfgenaam iets moet zijn *toebedacht* (versterferfrecht, erfstelling, legaat, ‘lastbevoordeling’). Anders kan van een verwerping geen sprake zijn. In artikel 4:74 BW (legaat in termijnen in verband met de continuïteit van de onderneming) komt dit overigens sprekender naar voren.

2) Indien een onterfde legitimaris – die ook niets verkrijgt uit hoofde van een legaat – een beroep doet op zijn legitieme, krijgt hij ons inziens dan ook zijn legitieme vrij en onbezwaard, behoudens *op de wet* gebaseerde inbreuken als bijvoorbeeld de niet-opeisbaarheid (art. 4:81 en 4:82 BW). De legitieme *als zodanig* leent zich niet voor een onderbewindstelling en derhalve ook niet voor de toepassing van artikel 4:75 BW.

3) In voorlopers van artikel 4:153 BW was een *limitatieve* opsomming opgenomen van hetgeen testamentair onder bewind kon worden gesteld. De legitieme als zodanig kwam daarop niet voor (MvT, 17 141, nr. 3, p. 64). Ook kan men niet zeggen dat sprake is van ‘*nagelaten of vermaakte goederen*’.

4) Ook artikel 4:4 lid 1 BW, waarin is bepaald dat een voor het openvallen van een nalatenschap verrichte rechtshandeling nietig is, voorzover zij de strekking heeft een persoon te belemmeren in zijn vrijheid om bevoegdheden uit te oefenen, welke hem krachtens Boek 4 met betrekking tot die nalatenschap toekomen, kan gezien worden als een obstakel om bij een beroep op de legitieme, deze *alsnog* onder bewind te stellen.

Concluderend: indien men gebruik wil maken van artikel 4:75 BW en een bewind wenst in te stellen, dan moet men de legitimaris iets *toekennen*. Wil men de ‘legitieme’ indirect onder bewind stellen, dan zal men de betrokken legitimaris met een erfdeel of legaat moeten *bedenken*. Het lijkt derhalve *kiezen of delen: óf* onterven en hopen dat er geen beroep wordt gedaan of kan worden gedaan op de legitieme (art. 4:85 BW [vijf jaar/vervaltermijn]), *óf* een verkrijging toekennen onder bewind, en daarmee wellicht te veel weggeven.

Wil de cliënt gaan voor ‘én-én’, dan kan dat. Men dient cliënt dan wel te wijzen op het risico: te weten dat met bovenstaande argumenten de legitimaris zijn legitieme zou kunnen verkrijgen zonder bewind.

Wordt de angel – het feit dat *geen verkrijging* wordt toegekend – er niet uitgehaald door te werken met een *voorwaardelijke* verkrijging onder bewind, te weten een legaat/erfstelling *voor het geval* er een beroep wordt gedaan op de legitieme? De argumenten 1 tot en met 3 zijn dan immers van tafel.

Wil men van beide walletjes eten, dan verdient een redactie waarbij een voorwaardelijke verkrijging wordt toegekend de voorkeur, maar hiermee is niet gezegd dat het bewind zal kleven aan de verkrijging.

Artikel 4:4 lid 1 BW zou nog roet in het eten kunnen gooien. Een beroep op de legitieme is een beroep op de legitieme. Dit wil zeggen: een nadere clausulering, als er eenmaal een beroep op de legitieme is gedaan, lijkt niet mogelijk.

We brengen hetgeen minister Polak betoogde (MvA, 3771, nr. 133, p. 40-41) in herinnering:

‘Voor het overige snijdt artikel 4.1.3b *directe en indirecte* belemmeringen in erfrechtelijke vrijheden naar het oordeel van ondergetekende echter terecht af. [cursivering van ons, SBS]’

Voor nadere achtergronden betreffende de onderhavige materie: F.W.J.M. Schols, *Testamentair bewind naar nieuw erfrecht, theoretische en praktische varia* (preadvies KNB 2004), Den Haag: Vermande 2004.

Tot volgende week!



ScholsBurgerhartSchols



Boom Juridische uitgevers

www.scholsburgerhartschols.nl

www.bju.nl

© 2005 Boom Juridische uitgevers / ScholsBurgerhartSchols

Hoewel de uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *EstateTip* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid.