

De vangnet-beschikking (art. 4:30 BW): de allereerste uitspraak van de Hoge Raad over het sinds 2003 geldende erfrecht

Prof.mr. A.J.M. Nuytinck

AA2007-26

HR 8 juni 2007, LJN: BA2507 (mrs. J.B. Fleers, A.M.J. van Buchem-Spapens, A. Hammerstein, C.A. Streefkerk en W.D.H. Asser; plaatsvervangend P-G mr. C.L. de Vries Lentsch-Kostense)

Erfrecht. Afgewezen verzoek van ontferde echtgenote van erflater op voet van artikel 4:30 BW tot bevel aan testamentair erfgenaam mee te werken aan vestiging van verzorgingsvruchtgebruik en aan executeurs tot boedelbeschrijving; strekking artikel 4:30 BW en opheffingsgronden als bedoeld in artikel 4:33 lid 2 BW; bepaling behoefte

De feiten¹

- 1 De vrouw is op 3 november 2000 op huwelijkse voorwaarden gehuwd met de man (hierna ook: de erflater). Uit het huwelijk van partijen is in 2001 een zoon geboren.
- 2 De vrouw en de man zijn op 1 oktober 2001 gescheiden gaan wonen. Zij hebben zich daarna weer verzoend, maar omstreeks juni 2002 zijn zij definitief uit elkaar gegaan.
- 3 De man heeft op 21 juni 2002 een verzoekschrift bij de rechtbank ingediend, strekkende tot echtscheiding. Bij beschikking van 14 augustus 2002 heeft de rechtbank bepaald dat de man aan de vrouw ter zake van kinderalimentatie in het kader van voorlopige voorzieningen zal dienen te betalen een bedrag van € 300,- per maand en ter zake van partneralimentatie een bijdrage van € 2.000,- bruto per maand.
- 4 De man is op 12 januari 2003 overleden, waardoor het huwelijk tussen hem en de vrouw nog voordat de echtscheiding op 21 januari 2003 werd uitgesproken, is ontbonden.²
- 5 De man had bij uiterste wil over zijn nalatenschap beschikt. Bij uiterste wilsbeschikking van 26 oktober 2001 is de vrouw als wettelijk erfgenaam uitgesloten en is een broer van de erflater benoemd tot enige erfgenaam van de gehele nalatenschap.
- 6 Tot executeurs zijn twee personen benoemd, onder wie mr. L.W. Groeneweg, notaris te Heesch (gemeente Bernheze), die in deze pro-

cedure optreedt in de hoedanigheid van boedelnotaris in de nalatenschap van de man.³

- 7 De vrouw heeft op 24 april 2003 een beroep gedaan op artikel 4:30 BW en jegens de erfgenaam aanspraak gemaakt op vestiging van een vruchtgebruik op de goederen der nalatenschap.

Het geding in feitelijke instanties⁴

De vrouw heeft op de voet van artikel 4:30 BW een verzoekschrift ingediend, kort gezegd strekkende tot een bevel aan de broer van de erflater, de testamentaire erfgenaam, mee te werken aan het vestigen van een vruchtgebruik op alle goederen van de nalatenschap, alsmede tot een bevel aan de broer en de met het beheer van de nalatenschap belaste executeur(s) over te gaan tot boedelbeschrijving. De broer heeft de stelling van de vrouw dat zij voor haar verzorging behoefte heeft aan vestiging van het vruchtgebruik, bestreden. De kantonrechter heeft de verzoeken van de vrouw afgewezen.

Het hof heeft, met wijziging en aanvulling van de gronden, de beschikking van de kantonrechter bekrachtigd. Het hof heeft daartoe, samengevat en voor zover in cassatie van belang, het volgende overwogen.

Bij de beoordeling van de vraag of de broer verplicht is mee te werken aan het vestigen van een verzorgingsvruchtgebruik in de zin van artikel 4:30 BW, dient blijkens de tekst van dat artikel rekening te worden gehouden met alle relevante omstandigheden. Daartoe moeten, gelet op artikel 4:33 lid 2 in verband met lid 5 BW, in ieder geval worden gerekend:

- de omvang van het verzorgingsniveau dat in de gegeven omstandigheden als passend kan worden aangemerkt;
- het eigen inkomen van de vrouw;
- het inkomen dat zij, mede gelet op haar leeftijd, werkervaring en opleiding, redelijkerwijs kan verwerven;

1 Ontleend aan punt 3.1 (onder *Beoordeling van het middel*) van de beschikking van de Hoge Raad.
2 Blijkbaar wist de rechtbank, toen zij de echtscheiding uitsprak, nog niet dat de man al was overleden. De echtscheidingsbeschikking sorteert dus geen effect en zal zeer waarschijnlijk evenmin zijn ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand (art. 1:163), want het huwelijk was reeds door de dood van de man

ontbonden (art. 1:149, aanhef en onder a, dus niet onder c).

3 Zie de art. 4:146 en 197, waarover M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1, Deventer: Kluwer 2006, nr. 333.

4 Ontleend aan punt 3.2 (onder *Beoordeling van het middel*) van de beschikking van de Hoge Raad.

- de omstandigheid dat de verzorging en de opvoeding van de zoon ten laste van de vrouw komen (rov. 4.3).

Voor het bepalen van het passende verzorgingsniveau moet mede acht worden geslagen op het gezinsinkomen ten tijde van het huwelijk, alsmede op de (in dit geval beperkte) duur van de samenleving. De alimentatiebedragen die zijn genoemd in de echtscheidingsbeschikking van 21 januari 2003, zijn niet goed bruikbaar voor de vaststelling van het passende verzorgingsniveau (rov. 4.4).

Het hof heeft in rov. 4.5-4.8 een opsomming gegeven van de bestanddelen waaruit het inkomen van de vrouw bestaat, en is tot de slotsom gekomen dat de vrouw maandelijks kan beschikken over een bedrag van € 1.676,64. Het hof heeft overwogen dat de vrouw, gelet op haar leeftijd en werkervaring, alsmede op de omstandigheid dat de zoon inmiddels naar school gaat, in staat moet worden geacht (enige) aanvullende inkomsten uit arbeid te verwerven (rov. 4.9).

De lasten van de vrouw zijn beperkt. Zij woont sinds haar vertrek uit de voormalige echtelijke woning bij haar ouders, aan wie zij € 400,- per maand kostgeld betaalt. Ook betaalt zij een ziektekostenverzekering en € 40,- per maand voor meubelopslag. Verdere bijzondere lasten heeft zij niet, aldus het hof (rov. 4.10).

De omvang van de nalatenschap acht het hof voor de beantwoording van de vraag wat onder een passend verzorgingsniveau moet worden verstaan, niet van belang (rov. 4.11).

Het hof is van oordeel dat de vrouw, gelet op de door het hof vermelde feiten en omstandigheden, geen behoefte heeft aan de vestiging van een verzorgingsvruchtgebruik zoals door haar verzocht en dat zij, gelet op de afwijzing van dit verzoek, geen belang heeft bij haar overige verzoeken (rov. 4.12-4.13).

Beoordeling van het middel door de Hoge Raad

De Hoge Raad beoordeelt het door de vrouw tegen de beschikking van het hof gericht cassatiemiddel in zijn verschillende onderdelen als volgt.⁵

3.3.1 Onderdeel II, dat de Hoge Raad eerst zal behandelen en dat zich richt tegen rov. 4.3, behelst onder meer de klacht dat het hof heeft miskend dat de wetgever ervan is uitgegaan dat de langstlevende echtgenoot die door de uiterste wilsbeschikkingen van de erflater geen rechthebbende is op de goederen van de nalatenschap, in beginsel recht heeft op de vestiging van een vruchtgebruik als bedoeld in art. 4:30 lid 1 BW. De klacht faalt. Ingevolge art. 4:30 lid 1 BW zijn de erfgenamen verplicht tot medewerking aan de vestiging van een vruchtgebruik op andere goederen van de nalatenschap dan bedoeld in art. 4:29 BW ten behoeve

van de echtgenoot van de erflater, voorzover de echtgenoot daaraan, de omstandigheden in aanmerking genomen, voor zijn verzorging behoefte heeft en die medewerking van hen verlangt. De ontferde echtgenoot zal dan ook – anders dan wanneer hij medewerking verlangt aan de vestiging van een vruchtgebruik op de tot de nalatenschap behorende woning en inboedel zoals bedoeld in art. 4:29 BW – aanneemelijk moeten maken dat hij voor zijn verzorging behoefte heeft aan een vruchtgebruik als bedoeld in art. 4:30 BW. Met beide soorten van vruchtgebruik wordt beoogd hem niet meer dan een vangnet te bieden in de vorm van een passende voorziening indien en voorzover zijn verzorging niet is gewaarborgd (zie omtrent een en ander ook Parl. Gesch. Invoeringswet Boek 4, blz. 1723-1724). Anders dan het onderdeel betoogt, is de wetgever dus niet ervan uitgegaan dat in beginsel aan de echtgenoot een verzorgingsvruchtgebruik in de zin van art. 4:30 BW toekomt.

3.3.2 Voorzover het onderdeel zijn betoog baseert op art. 4:33 lid 5 BW in samenhang met art. 4:33 lid 2 BW, faalt het eveneens. Anders dan het onderdeel kennelijk voorstaat, volgt ook uit laatstgenoemde bepaling niet dat de echtgenoot in beginsel recht heeft op vestiging van een vruchtgebruik en dat de beoordeling van de behoefte eerst plaatsvindt in een door de erfgenaam of rechthebbende op de voet van art. 4:33 lid 2 BW aangespannen procedure. Integendeel, blijkens lid 4 kan juist te allen tijde, ter afwijking van een vordering tot nakoming van een verplichting tot medewerking aan de vestiging van een vruchtgebruik (zoals ook in de onderhavige procedure aan de orde is), een beroep in rechte gedaan worden op de in lid 2 genoemde grond voor opheffing van die verplichting, namelijk dat de echtgenoot geen behoefte heeft aan het vruchtgebruik.

3.3.3 Het onderdeel bevat tot slot de klacht dat het hof de strekking van het verzorgingsvruchtgebruik heeft miskend. Ook deze klacht is tevergeefs voorgesteld. Het hof heeft in overeenstemming met art. 4:30 BW beoordeeld of de vrouw voor haar verzorging behoefte heeft aan het vruchtgebruik en heeft, na te hebben vastgesteld dat een dergelijke behoefte niet aanwezig is, het verzoek van de vrouw afgewezen.

3.4 Onderdeel V richt zich tegen rov. 4.10, waarin het hof heeft geoordeeld dat de lasten van de vrouw beperkt zijn. Het hof heeft in dit verband overwogen dat de vrouw bij haar ouders woont aan wie zij € 400,- per maand kostgeld betaalt, dat zij een ziektekostenverzekering betaalt alsmede € 40,- per maand voor meubelopslag, en dat zij geen verdere bijzondere lasten heeft.

Volgens het onderdeel had het hof rekening moeten houden met de behoefte van de vrouw indien zij over eigen woonruimte zou beschikken.

Het onderdeel betoogt op zichzelf terecht dat bij het vaststellen van de behoefte niet slechts de huidige situatie tot uitgangspunt kan worden genomen, maar tevens moet worden gelet op in redelijkheid te verwachten toekomstige ontwikkelingen. Het hof heeft dit echter niet miskend. Het hof, dat in rov. 4.9 heeft overwogen dat de vrouw in staat moet worden geacht (enige) aanvullende inkomsten uit arbeid te verwerven, was kennelijk van oordeel dat die inkomsten toereikend moeten worden geacht om zelf-

⁵ Gemakshalve heb ik in de tekst van de beschikking van de Hoge Raad overal 'verzoekster (tot cassatie)' vervangen door 'de

vrouw'.

standige woonruimte te betalen. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat het verzorgingsvruchtgebruik, zoals in 3.3.1 vermeld, slechts de functie van een vangnet heeft en de vrouw haar standpunt dat zij behoeftig is nauwelijks verder heeft toegelicht. Het onderdeel faalt dus.

3.5 De overige in het middel aangevoerde klachten kunnen evenmin tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

De beslissing van de Hoge Raad

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep van de vrouw en veroordeelt haar in de kosten van het geding in cassatie.

NOOT

1 Inleiding

Na bijna vier en een half jaar (1 januari 2003 – 8 juni 2007) is het dan zover: de Hoge Raad doet voor de allereerste keer uitspraak in een zaak betreffende het sinds 2003 geldende erfrecht. Het gaat om een heel belangrijke en nieuwe materie, te weten de zogenaamde andere wettelijke rechten van afdeling 4.3.2 BW, in dit concrete geval het verzorgingsvruchtgebruik van artikel 4:30. Hierna ga ik kort in op deze afdeling en besteed ik ook nog even aandacht aan de legitieme portie van de zoon (van de erflater en diens vrouw) in deze procedure, welke rechtsfiguur bij de Hoge Raad niet aan de orde is gesteld, maar wel ter sprake is gekomen in de beschikking van het hof in hoger beroep.⁶

2 Andere wettelijke rechten

In de artikelen 4:28-41 regelt de wetgever in het kader van de andere wettelijke rechten in totaal zes gevallen. Het gaat achtereenvolgens om:

- 1 het voortgezet gebruik van woning en inboedel (art. 4:28);
- 2 het vruchtgebruik van woning en inboedel (art. 4:29);
- 3 het verzorgingsvruchtgebruik van andere goederen dan woning en inboedel (art. 4:30);
- 4 de som ineens in verband met verzorging en opvoeding dan wel levensonderhoud en studie (art. 4:35);
- 5 de som ineens in verband met het zogenaamde 'salaire différé' of uitgesteld loon (art. 4:36);
- 6 de verplichting tot overdracht aan de voortzet-

ter tegen een redelijke prijs van bepaalde, aan het beroep of bedrijf van de erflater dienstbare goederen of aandelen van laatstgenoemde in een NV of BV (art. 4:38).

De gehele afdeling 4.3.2 is dwingendrechtelijk van karakter. Artikel 4:41 bepaalt immers dat bij uiterste wilsbeschikking van het in afdeling 4.3.2 bepaalde niet kan worden afgeweken.

In de onderhavige zaak heeft de man op 26 oktober 2001 een uiterste wil gemaakt, dus nog onder vigeur van het oude erfrecht. Hij is vlak na de invoering van het nieuwe erfrecht, namelijk op 12 januari 2003, overleden. Op grond van het overgangsrecht is de datum van de uiterste wil niet van belang. Het gaat om de datum van het overlijden van de erflater. Artikel 68a Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (Ow) gaat in beginsel uit van de onmiddellijke werking van het nieuwe recht, in dit geval dus werking vanaf 1 januari 2003. Als bijzondere regel voegt artikel 126 lid 1 Ow hieraan nog toe dat afdeling 4.3.2 uitsluitend van toepassing is indien de erflater na het in werking treden van de wet is overleden, hetgeen hier dus het geval was. Laatstgenoemde bepaling rept met geen woord over de datum van een eventuele uiterste wil, zodat deze datum in dit verband irrelevant is.

In de Vaststellingswet⁷ waren de andere wettelijke rechten nog opgenomen in de thans vervallen afdeling 4.3.4, meteen na afdeling 4.3.3 betreffende de legitieme portie.⁸ Zo kan ook het gebruik van het woord 'andere' in het opschrift van afdeling 4.3.2 worden verklaard, te weten andere rechten dan het recht op de legitieme portie. Het gaat hier om een soort legitimaire rechten, niet te verwarren met de legitieme portie, maar wel dwingendrechtelijk van karakter.

Op de beschikking van de Hoge Raad valt niets aan te merken. Zij is inhoudelijk volkomen juist en laat duidelijk de beperkte strekking van de beide rechten van vruchtgebruik van de artikelen 4:29 en 30 zien. Met beide soorten van vruchtgebruik wordt beoogd de onterfde echtgenoot niet meer dan een vangnet te bieden in de vorm van een passende voorziening indien en voor zover zijn verzorging niet is gewaarborgd, aldus de Hoge Raad in de voorlaatste zin van rov. 3.3.1, terwijl hij in de voorlaatste zin van rov. 3.4 het woord 'vangnet' herhaalt.

In de 'passende voorziening' waarop de Hoge Raad doelt – vergelijk ook de woorden 'passend verzorgingsniveau' in artikel 4:33 lid 5, onder d – ligt een belangrijk verschil opgesloten tussen afdeling

6 Hof 's-Hertogenbosch 7 februari 2006, LJN: AV1464 (in het bijzonder rov. 4.7), besproken door W.D. Kolkman, 'De grenzen van het verzorgingsvruchtgebruik', *Tijdschrift Nieuw Erfrecht* 2006, nr. 2, p. 27-30.

7 Wet van 11 september 1969, *Stb.* 1969, 392, tot vaststelling van Boek 4 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek.

8 Afdeling 4.3.3 betreffende de legitieme portie is ter gelegenheid van de invoering van het nieuwe erfrecht vernoemd tot afdeling 4.4.3. Dit hangt samen met de invoering van titel 4.2A, die in 2003 is vernoemd tot titel 4.3, waardoor alle opvolgende titels met één nummer zijn opgeschoven.

4.3.1 enerzijds en afdeling 4.3.2 anderzijds. Gaat het in eerstgenoemde afdeling vooral om het 'ongestoord kunnen voortleven' door de langstlevende echtgenoot, in laatstgenoemde afdeling staat het 'passend verzorgingsniveau' of de 'passende voorziening' centraal. Dit betekent dat de echtgenoot in geval van toepassing van de andere wettelijke rechten een stapje terug moet doen ten opzichte van de situatie waarin hij zou hebben verkeerd als de wettelijke verdeling (art. 4:13 e.v.) van toepassing zou zijn geweest. 'Passend verzorgingsniveau' of 'passende voorziening' bevredigt de verzorgingsbehoefte immers minder dan 'ongestoord voortleven'.⁹

De Hoge Raad wijst in rov. 3.3.1 ook op het belangrijke verschil tussen artikel 4:29 enerzijds en artikel 4:30 anderzijds. Dit verschil is hierin gelegen dat, als de geheel of gedeeltelijk onterfde echtgenoot het vruchtgebruik verlangt en de erfgenamen het daarmee niet eens zijn, de erfgenamen de afwezigheid van de verzorgingsbehoefte bij de echtgenoot aannemelijk moeten maken in het geval van artikel 4:29¹⁰ en de echtgenoot de aanwezigheid van de verzorgingsbehoefte bij hem aannemelijk moet maken in het geval van artikel 4:30. De Hoge Raad gebruikt in rov. 3.3.1 terecht niet de term 'bewijzen' of 'aantonen', maar de zwakkere term 'aannemelijk maken'.¹¹ Overigens bestaan er nog meer verschillen tussen de beide artikelen. Anders dan in artikel 4:29 lid 2, waarin sprake is van beschikkingsonbevoegdheid van de erfgenamen zolang de echtgenoot een vruchtgebruik op woning en inboedel kan verlangen, is in artikel 4:30 lid 2, eerste zin, geregeld dat de verplichting van de erfgenamen tot medewerking aan de vestiging van een vruchtgebruik op andere goederen dan woning en inboedel mede van toepassing is met betrekking tot hetgeen moet worden geacht in de plaats te zijn gekomen van goederen van de nalatenschap. Er is hier dus sprake van substitutie of zaaksvervanging. Ten slotte zit er nog een verschil in de vervalt termijn waarbinnen de echtgenoot aanspraak op het vruchtgebruik moet maken. Deze termijn bedraagt in het geval van artikel 4:29 zes maanden en in het geval van artikel 4:30 een jaar, in beide gevallen gerekend vanaf het overlijden van de erflater (art. 4:31 lid 2). De verjaringstermijn is in beide gevallen gelijk, te weten vijftien maanden na het opvallen van de nalatenschap (art. 4:31 lid 3).

In het onderhavige geval was de echtscheiding nog niet voltooid ten tijde van het overlijden van de erflater.¹² Op een ondeelbaar moment vóór diens overlijden was de vrouw dus nog zijn echtgenote. Dit laatste is van belang, omdat titel 4.3 blijkens zijn opschrift alleen van toepassing is op de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot. Dat geldt zowel voor afdeling 4.3.1 als voor afdeling 4.3.2 (zie immers ook het opschrift van afdeling 4.3.1, alsmede de art. 4:10 lid 1, onder a, en 13 lid 6). In beginsel kan de vrouw dus een beroep doen op afdeling 4.3.2, in casu artikel 4:30. Dat dit hier niet lukt, is te verklaren uit het feit dat zij haar verzorgingsbehoefte niet aannemelijk heeft gemaakt. Artikel 4:32 is hier dus niet de spelbreker. Laatstgenoemd artikel zou een rol kunnen spelen in het volgende voorbeeld. Stel dat een ernstig zieke erflater zijn echtgenote onterft en een echtscheidingsprocedure start. Laatstgenoemde, op de hoogte van de ziekte van haar man, probeert met alle middelen de echtscheidingsprocedure te vertragen in de hoop dat haar man komt te overlijden voordat de rechter de echtscheiding heeft uitgesproken. Zij zou dan in geval van overlijden van haar man weliswaar zijn onterfd, maar niettemin een beroep kunnen doen op de artikelen 4:29 en 30, omdat zij op een ondeelbaar moment vóór het overlijden nog steeds echtgenote van de erflater was. Artikel 4:32 voorkomt nu dat zij een beroep kan doen op de beide genoemde bepalingen: de echtgenoot kan geen aanspraak maken op vestiging van het vruchtgebruik ingevolge de artikelen 4:29 en 30, wanneer een procedure tot echtscheiding of tot scheiding van tafel en bed van de erflater en de echtgenoot meer dan een jaar voor het opvallen van de nalatenschap was aangevangen en de echtscheiding of de scheiding van tafel en bed niet meer tot stand heeft kunnen komen. Dit is slechts anders indien de omstandigheid dat de echtscheiding of de scheiding van tafel en bed niet meer tot stand heeft kunnen komen, niet in overwegende mate de echtgenoot kan worden aangerekend, bijvoorbeeld als de erflater zelf de echtscheidingsprocedure heeft vertraagd. In het onderhavige geval is van dit alles echter geen sprake. De man heeft het echtscheidingsverzoek bij de rechtbank ingediend op 21 juni 2002, dus ongeveer zeven maanden vóór zijn overlijden op 12 januari 2003 en niet meer dan een jaar vóór zijn overlijden, zoals artikel 4:32 eist.

9 De Hoge Raad verwijst in dit verband terecht naar de parlementaire geschiedenis van art. 4:30; zie Van der Burght c.s., *Parl. Gesch. Invoeringswet Boek 4*, Deventer: Kluwer 2003, p. 1723-1724 (MvA I, p. 2).

10 Dit blijkt uit art. 4:29 lid 1, laatste zin: de verplichting tot medewerking van de erfgenamen aan de vestiging van een vruchtgebruik op woning en inboedel geldt niet voor zover de kantonrechter op een daartoe strekkend verzoek art. 4:33 lid 2, onder a, heeft toegepast, d.w.z. op verzoek van de erfgenamen deze verplichting heeft opgeheven, waarbij hij in ieder geval re-

kening houdt met de in art. 4:33 lid 5, onder a t/m d, genoemde omstandigheden. Zie ook rov. 4.3 van de beschikking van het hof, zoals geciteerd in punt 3.2 van de beschikking van de Hoge Raad (hierboven onder *Het geding in feitelijke instanties*).

11 De terminologie van de Hoge Raad is op dit punt in overeenstemming met de parlementaire geschiedenis; zie immers Van der Burght c.s., *Parl. Gesch. Invoeringswet Boek 4*, Deventer: Kluwer 2003, p. 1742 (MvT Bezemwet).

12 Zie noot 2.

3 Legitieme portie en som ineens

De man heeft in dit geval zijn echtgenote expliciet ontferd en deze onterving is geldig op grond van artikel 4:1 lid 2, slot. De echtgenote kan hier tegen alleen opkomen met een beroep op de andere wettelijke rechten van de artikelen 4:28, 29 en 30. Hier werd alleen artikel 4:30 in stelling gebracht, zij het tevergeefs, zoals wij zojuist hebben gezien, bij gebreke van het aannemelijk maken van de verzorgingsbehoefte. Maar hoe zit het dan met de zoon van de erflater en diens vrouw? De zoon is hier impliciet ontferd door de benoeming van de broer van de erflater tot enige erfgenaam van de gehele nalatenschap. Wat kan de zoon ondernemen tegen deze impliciete onterving? Hij kan een beroep op zijn legitieme portie doen (art. 4:63 e.v.). Ten tijde van het overlijden van de erflater was de zoon nog geen twee jaren oud. Hij kwam toen onder eenhoofdig gezag van zijn moeder te staan op grond van artikel 1:253f. Zij kan dus als wettelijke vertegenwoordigster (art. 1:245 lid 4) een beroep doen op de legitieme portie van haar zoon. Deze bedraagt $\frac{1}{2} \times \frac{1}{2} = \frac{1}{4}$ (art. 4:64 lid 1 jo. art. 4:10 lid 1, onder a), te berekenen over de waarde van de goederen van de nalatenschap, welke waarde wordt vermeerderd met *bepaalde* giften en verminderd met *bepaalde* schulden van de nalatenschap (de zogenaamde legitimaire massa van art. 4:65), waarna uiteindelijk – na aftrek van de door de legitimaris ontvangen giften en/of verkrijgingen krachtens erfrecht met toepassing van een aantal imputatieregels (art. 4:70-73) – de legitimaire aanspraak resteert. Ondanks haar onterving telt de vrouw dus mee ter berekening van de legitieme portie van de zoon, hetgeen blijkt uit de tekst van de wet, die aan het slot van artikel 4:64 lid 1 spreekt over ‘door de erflater achtergelaten personen’ en niet over ‘door de erflater *als erfgenamen* achtergelaten personen’. De broer van de erflater, de enige erfgenaam, heeft van deze legitieme portie van de zoon geen enkel probleem gemaakt. De broer heeft zich tijdens de procedure voor het hof zelfs bereid verklaard om het bedrag van de legitieme portie al uit te betalen aan de vrouw q.q., dus in haar hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordigster van haar zoon, terwijl deze legitieme portie toen nog niet eens opeisbaar was op grond van artikel 4:81 lid 3 (de zes maanden van art. 4:81 lid 1 waren toen wél al verstreken).¹³

Kolkman en anderen¹⁴ hebben op overtuigende wijze aangetoond dat onder de schulden van

de nalatenschap als bedoeld in artikel 4:7 lid 1, aanhef en onder f, dus de schulden die ontstaan door toepassing van afdeling 4.3.2, uitsluitend de sommen ineens van de artikelen 4:35 en 36 kunnen zijn begrepen en niet de rechten van vruchtgebruik van de artikelen 4:29 en 30. Een en ander heeft uiteraard gevolgen voor de berekening van de legitimaire massa, nu artikel 4:65 onder meer de schulden van artikel 4:7 lid 1, onder f, in aftrek brengt. Ik zal hier niet alle argumenten vóór dit standpunt herhalen, maar mij beperken tot het noemen van het volgens Kolkman doorslaggevende argument. Vallen de rechten van vruchtgebruik van de artikelen 4:29 en 30 onder artikel 4:7 lid 1, onder f, dan blijkt een legitimaris tweemaal te moeten boeten. Eerst strekken de beide rechten in mindering van de legitimaire massa (art. 4:65) en vervolgens wordt de legitimaris geconfronteerd met de niet-opeisbaarheid van zijn vordering voor zover de echtgenoot daarvoor is verbonden (art. 4:81 lid 4, eerste zin). Dat gaat inderdaad te ver.

Kan de zoon, naast zijn mogelijk beroep op de legitieme portie, ook nog aanspraak maken op een som ineens, voor zover deze nodig is voor zijn verzorging en opvoeding tot het bereiken van de leeftijd van achttien jaren (art. 4:35 lid 1, aanhef en onder a)? In dit geval moet het antwoord op deze vraag ontkennend luiden, omdat zijn moeder jegens hem onderhoudsplichtig is (art. 1:247 jis. art. 1:392 en 404). De wet bepaalt immers dat de som ter zake van de verzorging en opvoeding het kind niet toekomt, voor zover de echtgenoot of een erfgenaam van de erflater krachtens wet of overeenkomst is gehouden om in de kosten daarvan te voorzien (art. 4:35 lid 2, eerste zin). Mocht in een concreet geval wél aanspraak bestaan op een som ineens, dan verdient nog opmerking dat deze som in aftrek komt bij de berekening van de legitimaire massa (art. 4:65 jo. art. 4:7 lid 1, onder f) en bovendien wordt geïmputeerd in de zin van artikel 4:71, omdat een dergelijke som ineens moet worden beschouwd als een verkrijging krachtens erfrecht in de zin van laatstgenoemde bepaling. Dat lijkt echter ook hier weer op tweemaal moeten boeten door de legitimaris. Kolkman¹⁵ heeft geprobeerd dit probleem op te lossen met behulp van het concept van de relatieve legitimaire massa. Studenten en anderen die van rekenen en vergelijkingen met twee onbekenden houden, verwijs ik graag naar de beide in de laatste voetnoot genoemde publicaties.✂

¹³ Hof 's-Hertogenbosch 7 februari 2006, LJN: AV1464, rov. 4.7 (zie ook noot 6).

¹⁴ W.D. Kolkman, 'De grenzen van het verzorgingsvruchtgebruik', *Tijdschrift Nieuw Erfrecht* 2006, nr. 2, p. 27-30, in het bijzonder p. 28-29 onder punt 5 (verhouding verzorgingsvruchtgebruik en legitieme), alsmede de door hem aldaar genoemde auteurs. Zie ook W.D. Kolkman, *Schulden der nalatenschap* (diss. Gro-

ningen), serie Ars Notarius, deel 132, Deventer: Kluwer 2006, p. 81-98, alsmede de door hem aldaar genoemde auteurs.

¹⁵ W.D. Kolkman, 'De sommen ineens en de legitieme portie in het nieuwe erfrecht', *WPNR* 2003-6553, p. 833-840. Enigszins anders W.G. Huijgen, J.E. Kasdorp, B.E. Reinhartz en J.W. Zwemmer, *Compendium Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 129, p. 121-122 (Kasdorp).