

Publicatie	WPNR: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Uitgever	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
Jaargang	135
Publicatiedatum	29-05-2004
Afleveringsnummer	6580
Titel	De Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap Mr. W. Burgerhart, Docent notarieel recht aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen, kandidaat-notaris Mr. B.M.E.M. Schols, Docent notarieel recht aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen, notaris, rechter-plv.
Auteurs	Mr. F.W.J.M. Schols, Docent notarieel recht aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen, kandidaat-notaris.
Samenvatting	Hoe schiet ik tekort door het niet wijzigen van de volgorde van inkorting?! Reactie op “De positie van de legitimaris bij wijziging van de inkortingsvolgorde” van mr. C.A. Kraan en mr. J.P. Schmal in WPNR (2003) 6558
Trefwoorden	Erfrecht Inkorting Legitieme
Paginanummers	437-440
Rubriek	Artikel

WPNR 2004(6580) De Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap

De Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap

*Hoe schiet ik tekort door het niet wijzigen van de volgorde van inkorting?!
Reactie op “De positie van de legitimaris bij wijziging van de inkortingsvolgorde” van mr. C.A. Kraan en mr. J.P. Schmal in WPNR (2003) 6558*

Verwarring zaaien

In deze zware tijden is de notaris-ambachtsman, die het van ‘doorpakken’ op de werkvloer moet hebben, niet te benijden. En zeker niet als hij geconfronteerd wordt met de bijdrage van Kraan en Schmal in WPNR (2003) 6558. Zij waarschuwen met betrekking tot inkortingsclausules de notariële praktijk voor de ‘toverformule’ van de ‘Gebroeders Schols’. Het lijkt in hun ogen raadzaam om ‘onze’ clausule, waarbij de *inkortingsvolgorde* voor de legitieme portie *gewijzigd* wordt, niet meer op te nemen.

Zij het dat men aan het slot van het artikel mild wordt en oordeelt dat de clausule weliswaar het beoogde gevolg mist (volledige niet-opeisbaarheid), maar verdedigbaar is dat het gebruik van de clausule niet tot een grotere inkorting ten laste van de echtgenoot leidt.

Ook als men niets weet van het nieuwe erfrecht, dan beseft men nog dat de essentie van een ‘goed langstlevendetestament’ onder nieuw erfrecht staat of valt met het behoorlijk neerzetten van de inkortingsvolgorde in combinatie met de clausule van art. 4:82. Kraan en Schmal komen met iets nieuws. De wijziging van de inkortingsvolgorde heeft in hun visie een averechts effect. Vreemd genoeg heeft Kraan in WPNR (2003) 6521 nog gewezen op de

mogelijke effecten van de bepaling dat de legitimaris ‘op de echtgenote’ dient in te korten, waarbij hij – zij het na twijfel – opmerkt:

‘uit het voorgaande blijkt mijns inziens wel dat men in het testament het beste de laatste weg (inkorting bij de langstlevende toev. BSS) kan volgen om te bereiken dat de legitimaris genoeg moeten nemen met een onopeisbare vordering indien hij zich bij een testamentaire beschikking niet neerlegt’.

Kraan is blijkbaar van zijn inkortingsgeloof gevallen. Wat hiervan ook zij, de thans door Kraan en Schmal gehanteerde argumentatie snijdt in ieder geval geen enkel hout. Er wordt slechts verwarring gezaaid. Ieder juridisch argument ontbreekt. Wetteksten worden verkeerd gelezen. In de KNB-modellen van het Notarieel Juridisch Buro zijn overigens ook heel ‘eigentijdse’ inkortingsclausules gebruikt.

Op enkele inkortingsaspecten zullen we hierna puntsgewijs ingaan.

2. Vooraf

Aansprakelijkheid en draagplicht zijn begrippen die ook voor de regeling van de legitieme goed uit elkaar gehouden dienen te worden. Art. 4:79 en art. 4:80 bepaalt wie *aansprakelijk* is voor de legitieme. De wetgever spreekt van ‘een vordering op’. In art. 4:87 leden 5 en 6 is een nadere regeling gegeven voor de aansprakelijkheid, die verband houdt met de niet-opeisbaarheid van de legitieme.

De *draagplicht* voor de legitieme wordt geregeld in de overige leden van art. 4:87. De draagplicht komt tot uitdrukking door het gebruik van de woorden ‘*ten laste van*’. De erflater is vrij de draagplicht in te kleden zoals hij dit wenst, hetgeen expliciet bepaald is in art. 4:87 lid 2.

De eventuele *niet-opeisbaarheid* van art. 4:81 en 4:82 is gekoppeld aan de draagplicht. Ook in deze artikelen spelen de woorden ‘ten laste van’ een belangrijke rol.

3. Enkele aandachtspunten

a. Kraan en Schmal doen een beroep op art. 4:81 lid 2 tweede zin. In de eerste zin van lid 2 is bepaald dat – indien de wettelijke verdeling werkt – de vordering van een legitimaris pas opeisbaar is in geval van overlijden van de echtgenoot en faillissement en dergelijke. Deze bepaling zou als een ‘blind kanon’ werken in die zin dat indien de wettelijke verdeling van toepassing zou zijn derden heel eenvoudig met de niet-opeisbaarheid van de legitieme zouden kunnen ‘meeliften’. De wetgever heeft in de tweede zin dan ook terecht toegevoegd (Nota naar aanleiding van het verslag, 27 021, nr. 5, p. 5) dat voor zover de vordering *ten laste komt van* een legaat aan een ander dan de langstlevende, de niet-opeisbaarheid wordt teruggenomen. Deze bepaling geeft geen enkele steun voor de visie van Kraan en Schmal. Hier gaat het immers over een legitieme die *niet* ten laste van de echtgenoot komt. Vanzelfsprekend is er dan geen reden om de legitieme niet-opeisbaar te laten zijn. Art. 4:81 lid 2 bevestigt juist dat het dragen en de niet-opeisbaarheid hand in hand gaan. De woorden ‘voor zover ten laste’ geven dit keurig aan.

Anders gezegd. Indien de inkorting *niet* ten laste van het betreffende legaat dient te geschieden (naar inzicht van erfflater), en derhalve ten laste van de echtgenoot komt, geldt de hoofdregel van niet-opeisbaarheid van art. 4:81 weer.

Door het feit dat in art. 4:82 reeds de woorden ‘*ten laste van*’ gebezigd werden, kon daar van ‘meeliften’ door personen die wel voor de legitieme *draagplichtig* waren geen sprake zijn.

De aanpassing van art. 4:81 lid 1 tweede zin bevestigt onze stelling dat dragen cruciaal is. De wetgever maakt daarbij geen onderscheid naar de gronden waarop de draagplicht bestaat, de wet of een uiterste wilsbeschikking.

b. De artikelen 4:87 leden 5 en 6 geven mooi aan wat de gevolgen zijn van een gewijzigde draagplicht (inkortingsvolgorde) en werken in die zin art. 4:82 nader uit. De echtgenoot en de andere levensgezel krijgen de betreffende (niet-opeisbare) schuld aan de legitimaris uitdrukkelijk ‘privé aan de broek’. Dit als een extra waarborg voor de in de wachtkamer zittende legitimaris. Het wijzigen van de inkortingsvolgorde is derhalve allesbehalve een ‘papieren’ aangelegenheid.

Overigens spreken de leden 5 en 6 ook uitdrukkelijk van ‘*ten laste komt*’ en *niet* zoals door Kraan en Schmal indirect gesuggereerd, ‘*zou komen*’.

De lezer zal overigens ook niet meer verbaasd opkijken als wij hem er op wijzen dat *ook* art 4:81 lid 2 spreekt van ‘ten laste komt’ en niet van ‘ten laste zou komen’. Duidelijker kunnen we het niet maken.

c. In de visie van Kraan en Schmal zouden nooit goede ‘langstlevendetestamenten’ – anders dan onder instandhouding van de wettelijke verdeling – gemaakt kunnen worden, waarbij men de kinderen erfrechtelijk bedenkt. Een voorbeeld.

Stel een samenwoner benoemt zijn levensgezel tot enig erfgenaam en legateert aan ieder van de twee gezamenlijke kinderen een bedrag ter grootte van een derde van het saldo van de nalatenschap. Ieder krijgt derhalve in economische zin één/derde gedeelte van de nalatenschap, zij het dat het legaat aan de kinderen niet-opeisbaar is gemaakt, behoudens in de ‘gebruikelijke’ gevallen. Indien een kind zich op de legitieme beroept (verwerping met contentenverklaring in de zin van art. 4:63 lid 3) krijgt hij een vordering op de erfgenamen. Wie moet de legitieme dragen? Het kind dat geen beroep op de legitieme portie heeft gedaan krijgt dan de rekening gepresenteerd, ervanuitgaande dat de making ten behoeve van de levensgezel als de voldoening aan een natuurlijke verbintenis kan worden aangemerkt, hetgeen vaak het geval zal zijn. Het bedrag is ‘onmiddellijk’ (zes maanden) opeisbaar, ondanks de nietopeisbaarheidsclausule. Kraan en Schmal leggen zich blijkbaar hierbij neer en verklaren derhalve dit probleem onoplosbaar. Dit geldt dan ook niet alleen voor het onderhavige testament, maar voor alle gangbare testamenten voor gehuwden en samenwoners, zoals vruchtgebruiktestamenten, keuzelegaten en quasi-wettelijke verdelingen etcetera. Kraan en Schmal kunnen zich dan alleen bedienen van een ‘enig erfgenaamschap *sec*’ en de wettelijke verdeling, terwijl voor de andersoortige testamenten art. 4:82 juist is ontworpen.

Ons inziens zou door de wijziging van de inkortingsvolgorde, in die zin dat de langstlevende het betreffende bedrag moet dragen, de opeisbaarheid voorkomen worden. Voor de goede orde merken wij dan ook op dat hier geen sprake is van ‘meeliften’ door het kind dat zich niet

op de legitieme beroept. Het is de langstlevende die de rekeningen gepresenteerd krijgt. Het *niet* verwerpende kind verkrijgt slechts een deel dat ‘beschikbaar’ is, zoals wij hierna nader zullen omschrijven.

Het zou zelfs zo zijn dat als in ons voorbeeld beide kinderen een beroep op hun legitieme portie zouden doen en door verwerping hun verkrijging bij de langstlevende terecht zou komen, de legitieme weer niet opeisbaar zou zijn. Ook hier is de niet-opeisbaarheid derhalve onderhevig aan subjectieve beslissingen, oftewel toevalligheden. Het zou toch ridicuul zijn als de erflater deze problematiek niet van te voren met een uiterste wilsbeschikking zou kunnen regisseren.

Indien erflater ‘toevallig’ beslist dat de kinderen niets krijgen en de langstlevende tot enig erfgename benoemt, zou de legitieme met de clause van art. 4:82 zonder meer niet opeisbaar zijn, terwijl als de langstlevende ‘ietsje minder’ dan de gehele nalatenschap zou krijgen, de legitieme in de visie van Kraan en Schmal weer gedeeltelijk opeisbaar zou zijn.

d. In art. 4:87 lid 2 staat uitdrukkelijk ‘tenzij uit de uiterste wil iets anders voortvloeit.’ Men kan derhalve naar hartelust de inkortingsvolgorde wijzigen. Logischerwijs heeft dit dan ook gevolgen voor art. 4:87 leden 5 en 6, waarbij de aanprakelijkheid gekoppeld is aan de woorden: ‘ten laste komt van’. Vervolgens heeft dit weer gevolgen voor de niet-opeisbaarheid.

e. Het is niet vreemd dat de erflater het ‘ongestoord voortleven’ van de langstlevende zelf kan inkleden, door met de inkortingsvolgorde te ‘spelen’. Men heeft immers bewust het objectieve criterium van de natuurlijke verbintenis vervangen door de subjectieve invulling van de nietopeisbaarheidsclausule.

De door Kraan en Schmal gegeven voorbeelden van de wettelijke verdeling en andere wettelijke rechten zijn van heel andere orde dan het testamentaire maatwerk dat op grond van art. 4:82 mogelijk is.

Bovendien moet niet uit het oog verloren worden dat er nog zo iets bestaat als het ‘economisch beschikbaar deel’, te weten dat gedeelte van de nalatenschap dat in *waarde* onaantastbaar aan iemand kan worden toegekend.

Met de visie van Kraan en Schmal wordt dit genegeerd. Een voorbeeld.

De nalatenschap is 100. Vader heeft een vriendin en een zoon. Hij heeft de wens bedoeld economisch beschikbaar deel, te weten 50, aan Greenpeace te doen toekomen. Zijn vriendin moet niet op straat komen te staan, maar moet ongestoord voortleven in de zin van art. 4:82 met de andere 50. Door het feit dat er in economische zin nog steeds een beschikbaar deel is (zo zal toch niemand ontkennen), zal, wat er ook gebeurt op legitiem gebied, de 50 voor Greenpeace volledig intact blijven. Van ‘meeliften’ op een niet-opeisbaarheidsclausule door Greenpeace kan in dit kader dan ook zeker niet gesproken worden. Om Greenpeace inderdaad buiten schot te houden, zal de legitieme voor rekening van de vriendin moeten komen. De draagplicht, oftewel inkortingsvolgorde, moet worden verlegd naar de vriendin. Vervolgens is de legitieme in het geheel niet opeisbaar, zodat de vriendin ongestoord kan voortleven, zij het dat zij de ‘rest van haar leven’ de aansprakelijkheid van art. 4:87 lid 5 dan wel lid 6 met zich torst.

In de visie van Kraan en Schmal die de gewraakte inkortingsclausule niet gebruiken, dient de 50 van de legitimaris volledig ten laste van Greenpeace te komen. Van een economisch beschikbaar deel zou dan in feite geen sprake meer zijn.

Niemand zal ons toch tegenwerpen dat de vriendin maar bedacht had moeten worden met gebruikmaking van het beschikbaar deel. Hier is geen enkel aanknopingspunt voor te vinden in de wet. Sterker nog. Er zal toch ook niemand op het idee komen dat indien erflater de betreffende vriendin bedenkt met de gehele nalatenschap, te weten in waarde 100, dat de niet-opeisbaarheidsclausule niet voor de volledige legitieme (50) zou werken.

f. Voor het overgangsrecht, heeft de minister hulp geboden voor het oplossen van de problemen die ontstaan door het inkorten bij broers en zussen. De minister heeft de praktijk als redmiddel gewezen op de betalingsregeling van art. 4:5 (Memorie van Antwoord, 26 822, nr. 112a, p. 3). Voor de nieuwe gevallen lost de gewijzigde inkortingsvolgorde de problematiek op. Hieraan hoefde de minister derhalve geen aandacht te besteden.

g. De auteurs hebben blijkbaar geen kennis genomen van de publicatie van Peter Blokland in JBN maart 2003, nr. 14 waar ook Blokland wijst op de zo belangrijke techniek van wijziging van de inkortingsvolgorde. Terecht geeft ook Blokland het voorbeeld van het geval dat de partner tot enig erfgename benoemd is. In dat geval bestaan er, zoals hiervoor gezien, geen problemen, omdat de inkorting op de langstlevende drukt, terwijl als ook aan een derde iets vermaakt is, en aan de langstlevende toevallig ‘ietsje minder’, de legitieme (in de visie van Kraan en Schmal) wel opeens gedeeltelijk opeisbaar zou zijn. De logica is ver te zoeken.

4. Een gewaarschuwd mens telt voor twee

We sluiten af.

Als het erom gaat legitimarissen buiten de deur te houden, telt een gewaarschuwd mens voor twee. Oftewel: het wijzigen van de inkortingsvolgorde is het ‘geheim van de erfrechtelijke smid’ bij het ontwerpen van het waterdichte ‘langstlevendetestament’. Het lijkt ook tijd om de KNB- modellen aan te passen.



» [Help](#) Gebruiker: kunrecht (netwerk) » [Sluiten](#)