

Artikel

Vermogens- en beslagrechtelijke kanttekeningen bij de legitieme portie als wilsrecht

Prof. mr. J.W.A. Biemans*

62

1 Inleiding

In het vermogensrecht en het beslag- en executierecht is het mogelijk om onder voorwaarden goederen over te dragen, te verpanden en daarop beslag te leggen. In dat kader is het de vraag of het recht op de legitieme portie waarop door de legitimaris nog geen aanspraak is gemaakt, een dergelijk goed is. In dat verband zijn niet alleen de verschillende bepalingen in Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek (BW) van belang waarin het beroep op de legitieme portie voorkomt, en waaruit de aard van de legitieme portie als vermogensrecht blijkt, maar ook artikel 4:92 lid 1 t/m 3 BW, waarin de bevoegdheden van de legitimaris aan bod komen in het kader van overgang krachtens erfopvolging, uitoefening door de curator in het faillissement en de bewindvoerder in de schuldsaneringsregeling respectievelijk overdracht. In de literatuur wordt de vraag of het recht op de legitieme portie waarop door de legitimaris nog geen aanspraak is gemaakt, kan worden overgedragen, en zo ja, onder welke voorwaarden kan worden verpand en/of daarop beslag kan worden gelegd (en worden uitgeoefend door de beslaglegger), niet eenduidig beantwoord. Omdat artikel 4:92 BW niet is gewijzigd, terwijl het karakter van de legitieme portie door de Invoeringswet wél ingrijpend is veranderd, is voor een goed begrip van deze bepaling de

ontstaansgeschiedenis van deze bepaling van belang. In het onderstaande wordt achtereenvolgens ingegaan op de bevoegdheden van de legitimaris naar huidig recht (par. 2), de ontstaansgeschiedenis van artikel 4:92 BW (par. 3 en 4), de legitieme portie als vermogensrecht, waaronder overdraagbaarheid (par. 5), overgang onder algemene titel (par. 6), uitoefening door een derde: faillissement, schuldsanering, bewind, executele en vereffening (par. 7), overgang onder bijzondere titel: overdracht, levering en toedeling (par. 8), en uitoefening door een derde: bezwaring van en beslag op de legitieme portie (par. 9). Afgesloten wordt met een conclusie (par. 10).

2 Legitieme portie: bevoegdheden van de legitimaris naar huidig recht

Een legitimaris is een afstammeling van de erflater die, uit eigen hoofde of bij plaatsvervulling,¹ door de wet als erfgenaam tot zijn nalatenschap wordt geroepen (art. 4:63 lid 2 BW). Een legitimaris kan erfgenaam zijn of kan (geheel of gedeeltelijk) onterfd zijn.² De legitieme portie³ van een legitimaris is het gedeelte van de waarde

* Prof. mr. J.W.A. Biemans is hoogleraar Burgerlijk recht, in het bijzonder Goederenrecht en Notarieel recht, aan de Universiteit Utrecht en raadsheer-plaatsvervanger bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

1 Bij plaatsvervulling met betrekking tot personen die op het ogenblik van het openvallen van de nalatenschap niet meer bestaan of die onwaardig zijn.
2 Zie o.a. MvT, Parl. Gesch. Boek 4 (Inv.), p. 1883. Vgl. art. 4:78 lid 1 BW: 'Een legitimaris die niet erfgenaam is (...).'
3 Zie over de legitieme portie o.a. Asser/Perrick 4 2021/hoofdstuk 8; B.C.M. Waaijer, 'Hoofdstuk X. De legitieme portie', in: M.J.A. van Mourik (red.),

van het vermogen van de erflater waarop de legitimaris in weerwil van giften en uiterste wilsbeschikkingen van de erflater aanspraak kan maken (art. 4:63 lid 1 BW), zoals uitgewerkt in artikel 4:64 lid 1 en 4:65 e.v. BW. De term legitieme portie zoals hiervoor omschreven wordt in het spraakgebruik ook gebruikt om het ‘legitimair tekort’ te benoemen dat resteert na het in mindering brengen van de door de legitimaris verkregen giften (art. 4:70 BW) en verkrijgingen uit de nalatenschap van de erflater (art. 4:71 e.v. BW). Indien de legitimaris aanspraak heeft gemaakt op zijn legitieme portie is sprake van een geldvordering op de gezamenlijke erfgenamen en/of een of meer begiftigden (art. 4:79–80 BW). Met betrekking tot die geldvordering wordt algemeen aanvaard dat deze vordering overdraagbaar is (art. 3:83 BW), kan worden gecedeerd (art. 3:84 lid 1 jo. art. 3:94 BW), stil of openbaar kan worden verpand (art. 3:94 lid 1 jo. art. 3:236 lid 2 respectievelijk art. 3:239 lid 1 BW) en daarop derdenbeslag kan worden gelegd (art. 475 e.v. van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering; Rv), en dat alles zelfstandig, dus onafhankelijk van het eventuele erfdeel van de legitimaris.⁴ De aspecten daarvan blijven in deze bijdrage verder buiten beschouwing.⁵

De legitimaris kan door uitoefening van twee verschillende bevoegdheden aanspraak maken op zijn legitieme portie,⁶ waardoor in beginsel steeds een vordering zal ontstaan. De legitimaris kan ten eerste als zodanig verklaren dat hij zijn legitieme portie ‘wenst te ontvangen’.⁷ In dat geval ‘maakt’ hij ‘aanspraak’ op zijn legitieme portie (art. 4:79 onder a jo. art. 4:80 BW). De legitimaris dient dit te verklaren binnen een hem door een belanghebbende gestelde redelijke termijn en uiterlijk vijf jaar na het overlijden van de erflater, op straffe van verval van de mogelijkheid om aanspraak te maken op zijn legitieme portie (art. 4:85 lid 1 BW).⁸ De legitimaris die verklaart de nalatenschap te verwerpen (door een daartoe strekkende verklaring ter griffie van de rechtbank van het sterfhuis, die wordt ingeschreven in het boedelregister)⁹ dient reeds bij het afleggen van dié verklaring te verklaren dat hij aanspraak maakt op zijn legitieme portie, op straffe van verval van zijn recht daarop (art. 4:63 lid 3 BW). Door het afleggen van de verklaring bedoeld in artikel 4:80 BW verkrijgt de legitimaris een vordering op de gezamenlijke erfgenamen dan wel de echtgenoot van de erflater (de langstlevende, bij de wettelijke verdeling), die verhaalbaar is op de goederen van de nalatenschap in de zin van artikel 4:7 lid 1 onder g jo. art. 4:184 lid 1 BW. De legitimaris heeft daarnaast de bevoegdheid om giften in te korten. Inkorting van een gift

geschiedt door een verklaring van de legitimaris aan de begiftigde. De legitimaris verkrijgt daardoor een vordering op de desbetreffende begiftigde (art. 4:79 onder b BW). Omgekeerd wordt de begiftigde verplicht om 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 (art. 4:90 lid 1 BW). Met betrekking tot deze verklaring geldt dezelfde termijn als genoemd in artikel 4:85 lid 1 BW (art. 4:90 lid 3 BW). Uit artikel 4:80 lid 2 jo. art. 4:89 lid 1 BW volgt dat de legitimaris in beginsel pas een beroep kan doen op artikel 4:90 lid 1 BW indien de goederen van de nalatenschap met inachtneming van de rangorde van de hoger gerangschikte schulden onvoldoende verhaal bieden voor de legitimaris. In zoverre kan de legitimaris in beginsel slechts een geldvordering op een begiftigde verkrijgen nádat hij aanspraak heeft gemaakt op zijn geldvordering jegens de gezamenlijke erfgenamen, derhalve ‘subsidiar’.

Hoofdzakelijk¹⁰ vier scenario’s kunnen zich voordoen:

1. Indien de legitimaris was onterfd en aanspraak maakt op zijn legitieme portie, promoveert hij tot schuldeiser van de nalatenschap dan wel tot schuldeiser van een of meer begiftigden. Van een erfdeel is in dit scenario geen sprake.
2. Indien de legitimaris erfgenaam is maar verwerpt, en daarbij aanspraak maakt op zijn legitieme portie, wisselt hij zijn erfdeel in voor een geldvordering.
3. Indien de legitimaris erfgenaam is met een legitimair tekort – bijvoorbeeld door een te klein erfdeel of door giften die zijn gedaan vóór overlijden – kan deze erfgenaam door de verklaring(en) als bedoeld in artikel 4:79 BW af te leggen ‘aanvullend’ aanspraak maken op zijn legitieme portie zonder te verwerpen.
4. Ten slotte zal de legitimaris die erfgenaam is een ‘goederenrechtelijk’ beroep kunnen doen op zijn legitieme portie – goederenrechtelijk: zonder een van de verklaringen af te leggen waardoor een geldvordering ontstaat – indien hij zich op grond van artikel 4:87 lid 3 of 4:90 lid 2 BW ‘verweert’ tegen de inkorting door een legitimaris die wél aanspraak maakt op zijn geldvordering.¹¹

Handboek Erfrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 327 e.v. en T.J. Mellema-Kranenburg, De legitieme portie (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988.

4 Zie ook MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 531.

5 Omdat het in deze bijdrage gaat om de bevoegdheden die de legitimaris heeft vóórdat een of meer van dergelijke vorderingen zijn ontstaan.

6 Zie ook MvT Bezemwet, Parl. Gesch. Boek 4 (Inv.), p. 1910.

7 Vgl. de tekst van art. 4:63 lid 3 en art. 4:85 lid 1 BW.

8 Met afwijkende termijnen in art. 4:86 BW in het geval van vermissing en vaststelling van overlijden.

9 Zie art. 4:190 lid 1 jo. art. 4:191 lid 1 BW.

10 Meer scenario’s zijn denkbaar. De legitimaris kan bijvoorbeeld een erfgenaam onder voorwaarde zijn, waarbij een beroep op de legitieme portie zorgt voor verval van zijn erfdeel, maar niet met terugwerkende kracht. Zie daarover R.E. Brinkman, ‘Het fideicommiss en de legitieme portie: verwerping, cautio Socini, aanvullende legitieme en inkorting’, FtV 2022/39.

11 Volgens art. 4:87 lid 3 BW kan het gedeelte van de nalatenschap dat aan een erfgenaam-legitimaris toekomt in afwijking van art. 4:87 lid 1 en 2 BW slechts worden ingekort voor de geldvordering uit hoofde van de legitieme portie voor zover de inkorting zijn (eigen) legitieme portie (die van de erfgenaam) niet te boven gaat. De vordering van de legitimaris wordt zodanig verminderd dat beide legitimarissen eenzelfde evenredig deel van hun legitieme porties verkrijgen. Hetzelfde volgt uit art. 4:90 lid 2 BW met betrekking tot inkorting op giften die zijn gedaan aan legitimarissen. In beide gevallen zal de erfgenaam-legitimaris zich in goederenrechtelijke zin kunnen beroepen op zijn legitieme portie, zonder daarop daadwerkelijk aanspraak te maken in de zin van art. 4:79 jo. art. 4:80 en 4:90 BW.

Naast de hiervoor genoemde bevoegdheden kan de legitimaris die niet erfgenaam is tegenover de erfgenamen en met het beheer van de nalatenschap belaste executeurs aanspraak maken op inzage en een afschrift van alle bescheiden die hij voor de berekening van zijn legitieme portie behoeft (art. 4:78 lid 1 BW). Deze bevoegdheid blijft hieronder buiten beschouwing.

3 Ontstaansgeschiedenis van artikel 4:92 BW (I): legitieme portie als een recht op goederen

In het Ontwerp Meijers (OM) kwam artikel 4:92 BW reeds voor.¹² De bepaling (art. 4.3.3.15 Ontw. BW) luidde toen nog als volgt:

‘Lid 1. Na het overlijden van de legitimaris komt de vordering tot inkorting toe aan hen die tot zijn nalatenschap gerechtigd zijn.

Lid 2. In geval van faillissement van de legitimaris kan de vordering door de curator in het faillissement worden ingesteld.

Lid 3. Overdracht of toescheiding der vordering tot inkorting is slechts mogelijk tezamen met het door de inkorting te verkrijgen erfdeel.¹³

64

In het Ontwerp Meijers was de legitieme portie nog geen geldvordering. Net als onder het oude recht had de legitimaris recht op een deel van de nalatenschap. Het huidige artikel 4:87 BW bestond in het Ontwerp Meijers uit twee bepalingen, te weten artikel 4.3.3.11 en 4.3.3.12 Ontw. BW.¹⁴ Artikel 4.3.3.11 lid 2 OM bepaalde over inkorting het volgende (overeenkomstig art. 967 lid 1 OBW¹⁵):

‘Is het deel der nalatenschap, waarover niet beschikt is, onvoldoende om een legitimaris zijn wettelijk erfdeel te verschaffen, dan kan de legitimaris dit verkrijgen door inkorting, dat is vernietiging te zijnen behoeve van de uiterste wilsbeschikkingen en van de voor inkorting vatbare giften, voor zover zij aan zijn wettelijk erfdeel afbreuk doen.’

Met andere woorden, de inkorting geschiedde oorspronkelijk door de uitoefening van de bevoegdheid tot vernietiging van de uiterste wilsbeschikkingen en/of van de giften, welke rechtshandeling werd verricht door het uitbrengen van een verklaring. Uit de Toelichting

12 In het Ontwerp Meijers komt reeds ook een bepaling voor die de termijn van inkorting beperkt tot drie jaar (art. 4.3.3.16 OM). Zie OM, Parl. Gesch. Boek 4, p. 531. De bepaling komt vervolgens op verschillende plaatsen met termijnen van drie en vijf jaar terug. Zie o.a. art. 4.3.3.16, GO, Parl. Gesch. Boek 4, p. 532, art. 4.3.3.14 lid 3, GO, Parl. Gesch. Boek 4, p. 525-526, alsmede art. 3.2.18 Ontw. BW, zie GO, Parl. Gesch. Boek 4, p. 532.

13 OM, Parl. Gesch. Boek 4, p. 530.

14 OM, Parl. Gesch. Boek 4, p. 493 respectievelijk p. 496.

15 TM, Parl. Gesch. Boek 4, p. 494.

Meijers blijkt dat Meijers (begrijpelijk of niet) een ‘vordering op naam’ op het oog had. Volgens Meijers is de overdracht van deze vordering volgens de algemene bepalingen over overdracht mogelijk, maar niet zonder overdracht van het daardoor te verkrijgen erfdeel, zoals in lid 3 vermeld.¹⁶

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever bij nader inzien de kwalificatie ‘vordering’ (mijns inziens terecht) niet juist acht. De legitimaris heeft geen vordering op naam, maar een bevoegdheid tot vernietiging. Een met de bevoegdheid tot vernietiging samenhangende *rechtsvordering* is denkbaar, maar valt daarmee niet gelijk te stellen, aangezien de legitimaris ook kan volstaan met het afleggen van een buitengerechtigde verklaring.¹⁷ De tekst in het Ontwerp Meijers ‘komt de vordering tot inkorting toe’¹⁸ in lid 1 wordt daarom in dat proces van de wetgeving vervangen door ‘komen zijn bevoegdheden toe’. Ook lid 2 en 3 worden dienovereenkomstig aangepast.

In een later stadium wordt besloten dat de legitimaris in plaats van vernietiging van een making in een uiterste wilsbeschikking bij wijze van inkorting ervoor kan kiezen de waarde die hij daardoor zou verkrijgen in geld te vorderen (art. 4.3.3.12b Ontw. BW),¹⁹ en bij inkorting jegens een begiftigde alléén nog maar aanspraak kan maken op de vergoeding van deze waarde (art. 4.3.3.14 lid 1 Ontw. BW).²⁰ Deze vorderingen zijn een aankondiging van de huidige legitieme geldvordering, met de kanttekening dat de keuze voor geld in artikel 4.3.3.12b Ontw. BW in een tussenversie weer is geschrapt.²¹ Vanwege deze genoemde aanpassingen – ‘inkorting’ kan op andere wijze plaatsvinden dan door vernietiging – én om de reden dat de legitimaris reeds erfgenaam kan zijn, wordt de term ‘het door de inkorting te verkrijgen erfdeel’ in artikel 4:92 lid 3 BW gewijzigd in ‘zijn erfdeel’.²² Uit deze wijziging kan worden afgeleid dat het vereiste dat de legitimaris zijn bevoegdheden slechts mét zijn erfdeel kan overdragen, ziet op het geval waarin de legitimaris reeds erfgenaam is, en derhalve niet (meer) op het geval waar-

16 TM, Parl. Gesch. Boek 4, p. 530.

17 Zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 518.

18 Een met de bevoegdheid tot vernietiging samenhangende *rechtsvordering* daarentegen is wel verdedigbaar. Zoals de wetgever in MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 518 echter ook opmerkt, is een rechtsvordering tot vernietiging niet nodig, en kan de legitimaris ook volstaan met het afleggen van een verklaring.

19 Art. 4.3.3.12b Ontw. BW: ‘Inkorting van een making geschiedt door een verklaring aan de erfgenaam of legataris. Door de inkorting vernietigt de legitimaris de making geheel of ten dele, doch hij kan bij de inkorting van een erfstelling verklaren dat hij in plaats van te vernietigen de waarde die hij daardoor zou verkrijgen, in geld vordert.’ Zie GO, Parl. Gesch. Boek 4, p. 519.

20 Art. 4.3.3.14 lid 1 Ontw. BW: ‘Inkorting van een gift geschiedt door een verklaring aan de begiftigde. Deze is verplicht om de waarde van het ingekorte gedeelte van de gift, vermeerderd met de wettelijke rente sedert het overlijden van de erflater, aan de legitimaris te vergoeden, voor zover dit niet, alle omstandigheden in aanmerking genomen, onredelijk is.’ Zie GO, Parl. Gesch. Boek 4, p. 525.

21 Zie NvW 1, Parl. Gesch. Boek 4, p. 520.

22 Zie Parl. Gesch. Boek 4, p. 530-531.

in de legitimaris onterfd is. Ik kom daar hieronder op terug.

In de parlementaire geschiedenis wordt toegelicht wat de rechtsgevolgen van de overdracht zijn. Indien het erfdeel met de bevoegdheid tot inkorting wordt overgedragen, en de verkrijger daarvan de bevoegdheid tot inkorting uitoefent, wordt het overgedragen erfdeel ‘ten faveure van de verkrijger’ vergroot dan wel verkrijgt hij de omschreven geldvordering.²³ Uit deze toelichting kan worden afgeleid dat degene die de bevoegdheden van legitimaris krachtens overdracht verkrijgt door de uitoefening daarvan (vernietiging van de making dan wel vergoeding van de waarde) vervolgens in zijn vermogen het erfdeel dan wel de geldvordering verkrijgt. Volgens de wetgever kan de legitimaris zijn erfdeel met bevoegdheden ook *partieel* (gedeeltelijk) overdragen en daaraan voorafgaand bijvoorbeeld één erfstelling inkorten en een keuze uitbrengen voor een geldvordering – het wordt er niet eenvoudiger op. Indien de legitimaris een gift inkort, kan hij volgens de parlementaire geschiedenis – zoals hiervoor genoemd in de eerste alinea van paragraaf 2 – de vordering op de begiftigde tot vergoeding van de waarde daarvan cederen.²⁴

4 Ontstaansgeschiedenis van artikel 4:92 BW (II): legitieme portie als een recht op geld

Zoals hiervoor beschreven bestaat de legitieme portie in het huidige erfrecht niet langer uit een erfdeel, maar louter uit een geldvordering.²⁵ Deze koerswijziging heeft zich in een betrekkelijk laat stadium van het wetgevingsproces voltrokken. Niet alleen uit de wettekst, maar ook uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de legitimaris door het afleggen van de verklaring zoals bedoeld in artikel 4:63 lid 3, 4:80 en 4:85 lid 1 BW ‘een vordering tegen de erfgenamen [doet] ontstaan’.²⁶ Een gevolg van de ontwikkeling van de legitieme portie van een recht op goederen naar een recht op waarde (een uitkering in contant geld ten laste van de nalatenschap) is dat de legitimaris niet langer de bevoegdheid heeft om makingen in uiterste wilsbeschikkingen of giften te vernietigen. In plaats van ‘inkorting’ door vernietiging ‘kort’ de legitimaris ‘in’ (maakt hij aanspraak op zijn legitieme portie) door een geldvordering te laten ontstaan jegens de gezamenlijke erfgenamen en/of een begiftigde.

23 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 530-531.

24 MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 531.

25 O.a. MvT, Parl. Gesch. Boek 4 (Inv.), p. 1837 en MvT, Parl. Gesch. Boek 4 (Inv.), p. 1883-1884 (onder 6).

26 NvW 6, Parl. Gesch. Boek 4 (Inv.), p. 1939. Ook een eerdere zinsnede die nog spreekt van ‘de vordering opeisen’ wordt later geschrapt. Zie RO Bezemwet, Parl. Gesch. Boek 4, p. 1940.

Ondanks deze fundamentele wijzigingen van het rechtskarakter van de legitieme portie is artikel 4:92 BW (art. 4.3.3.15 Ontw. BW) in de parlementaire geschiedenis ongewijzigd gebleven en is de bepaling niet meer toegelicht in de nieuwe context,²⁷ met uitzondering van een uitbreiding van lid 2 tot de wettelijke schuldsanering.²⁸ Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat met de bevoegdheden van de legitimaris *in de zin van artikel 4:92 BW* wordt bedoeld op, primair, de bevoegdheid om aanspraak te maken op de legitieme portie, waardoor de legitimaire geldvordering jegens de gezamenlijke erfgenamen of de langstlevende ontstaat (art. 4:80 lid 1 BW), en, subsidiair, de bevoegdheid om jegens een begiftigde aanspraak te maken op vergoeding van de waarde van het ingekorte deel van de gift, waardoor eveneens een geldvordering ontstaat (art. 4:90 lid 1 BW), zoals hiervoor ook beschreven in de tweede alinea van paragraaf 2. Het ‘recht’ van de legitimaris op informatie zoals bedoeld in artikel 4:78 BW valt daar bijvoorbeeld niet onder,²⁹ althans dat volgt niet uit de parlementaire geschiedenis. Dat is ook niet nodig, zo kan worden betoogd, omdat die bevoegdheid of dat (neven)recht kan worden uitgeoefend door degene die bevoegd is om de legitimaire geldvordering van de legitimaris te innen (onder wie de erfgenamen van de legitimaris, de curator in faillissement, de bewindvoerder in de schuldsanering en de verkrijger krachtens overdracht), en bovendien alleen ter zake van de legitieme portie van de legitimaris die geen erfgenaam is.³⁰ De bevoegdheden zoals bedoeld in artikel 4:92 BW beperken zich derhalve tot de vermogensrechtelijke aanspraken van de legitimaris.

5 De legitieme portie (waarop nog geen aanspraak is gemaakt) als vermogensrecht; overdraagbaarheid

Uit het voorgaande volgt dat de legitieme portie een bevoegdheid is waarvan de uitoefening leidt tot het ontstaan van een geldvordering jegens de gezamenlijke erfgenamen of de langstlevende dan wel een of meer begiftigden. De legitieme portie waarop de legitimaris nog geen aanspraak heeft gemaakt, is níét een reeds bestaande vordering, en de legitimaris is daarom níét een

27 Parl. Gesch. Boek 4 (Inv.), p. 1969-1971.

28 Zie RO Bezemwet, Parl. Gesch. Boek 4 (Inv.), p. 1970, en MvT Bezemwet, Parl. Gesch. Boek 4 (Inv.), p. 1971.

29 Anders: Waaijer, in: Handboek Erfrecht 2020, p. 425 (par. X.26.1); T.J. Mellem-Kranenburg, in: T&C BW 2023, art. 4:92 BW, aant. 2; Asser/Perrick 4 2021/359 en 360.

30 Vgl. in dit verband ook het recht op informatie van de inningsbevoegde pandhouder jegens de curator van de gefailleerde pandgever in HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, NJ 2010/96 (Hamm q.q./ABN Amro).

(reeds bestaande) schuldeiser (vanaf het moment van het openvallen van de nalatenschap), die bijvoorbeeld in een vereffening aangeschreven zou moeten worden in de zin van artikel 4:214 BW om zijn geldvordering ter verificatie in te dienen. In plaats daarvan leidt de uitoefening van de in artikel 4:92 BW bedoelde bevoegdheden tot het ontstaan van een vordering.³¹ Het gaat om de bevoegdheden genoemd in artikel 4:79 BW, namelijk de bevoegdheid om jegens de gezamenlijke erfgenamen of de langstlevende een vordering te verkrijgen overeenkomstig artikel 4:80 lid 1 BW (onder a) en de bevoegdheid om op een begiftigde een vordering te verkrijgen door inkorting zoals bedoeld in artikel 4:89 BW overeenkomstig artikel 4:90 lid 1 BW. Op grond van artikel 4:92 lid 3 BW, waarop hieronder nog nader wordt ingegaan, zijn deze twee hiervoor genoemde bevoegdheden van de legitimaris (art. 4:79 onder a jo. art. 4:80 lid 1 en art. 4:79 onder b jo. art. 4:89 jo 4:90 lid 1 BW), tezamen met het erfdeel, overdraagbaar. De keuze voor het begrip bevoegdheid in combinatie met artikel 4:92 lid 3 BW is opmerkelijk. In het stelsel van het BW – denk aan artikel 3:1, 3:6, 3:83 en 3:84 lid 1 BW – zijn niet zo zeer afzonderlijke *bevoegdheden* overdraagbaar, maar eerder afzonderlijke (vermogens)rechten.³² Het ligt daarom voor de hand dat de hier bedoelde bevoegdheden van de legitimarissen ook subjectieve rechten zijn, en vanwege de aard van deze rechten tevens wilsrechten. Op grond van artikel 4:92 BW zijn deze wilsrechten overdraagbaar in de zin van artikel 3:83 lid 3 BW. Omdat deze rechten ertoe strekken de legitimaris stoffelijk voordeel te verschaffen (en daarmee op geld waardebaar zijn) en tevens tezamen met het erfdeel overdraagbaar zijn, zijn deze rechten gelet op de definitie van artikel 3:6 BW bovendien vermogensrechten.³³ Indien de legitimaris kan inkorten op giften is het ten slotte goed verdedigbaar dat niet sprake is van één wilsrecht, maar van twee te onderscheiden wilsrechten (vermogensrechten) van de legitimaris.

Zoals gezegd kan (en dient) de legitieme portie slechts tezamen met het erfdeel (te) worden overgedragen. Juist om die reden is de legitieme portie kennelijk te be-

schouwen als een zelfstandig wilsrecht, in tegenstelling tot een afhankelijk wilsrecht, dat als accessoir van rechtswege met het andere recht waaraan het verbonden is, zou overgaan bij overdracht van dat andere recht (vergelijk art. 3:7 BW). Omdat de uitoefening ervan leidt tot het ontstaan van een geldvordering, is de legitieme portie een *bijzonder soort* (zelfstandig) wilsrecht.³⁴ Wilsrechten zijn in beginsel te onderscheiden in zelfstandige en afhankelijke wilsrechten.³⁵ Zelfstandige wilsrechten – zoals (koop)opties of het recht op kredietruimte – ontstaan meestal vanwege een onherroepelijk aanbod van een wederpartij (art. 6:219 lid 3 BW). De uitoefening ervan leidt doorgaans tot het ontstaan van een rechtsverhouding uit overeenkomst, met over en weer verbintenissen, derhalve met actief- en passiefzijden. In het andere geval zijn wilsrechten afhankelijk van een vordering of rechtsverhouding uit overeenkomst. Zij kunnen niet afzonderlijk daarvan worden overgedragen, maar volgen de vordering of rechtsverhouding waaraan zij verbonden zijn. De persoon die de vordering bijvoorbeeld kan innen, is meestal ook bevoegd om deze afhankelijke wilsrechten uit te oefenen, bijvoorbeeld de keuzebevoegdheid bij een alternatieve verbintenis (art. 6:17 e.v. BW). In dit geval is echter sprake van een zelfstandig wilsrecht, waarvan de uitoefening niet leidt tot het ontstaan van een rechtsverhouding uit overeenkomst, maar slechts tot het ontstaan van een geldvordering (een actief) in het vermogen van de legitimaris. Dit werkt door in de mogelijkheid van en vereisten voor levering, verpanding en beslag, waarop hieronder wordt ingegaan.

6 Overgang onder algemene titel: erfopvolging en boedelmenging

Uit artikel 4:92 BW volgt dat de wetgever niet van mening is geweest dat de legitieme portie een hoogstpersoonlijk recht is.³⁶ Artikel 4:92 lid 1 BW bepaalt dat na het overlijden van de legitimaris zijn bevoegdheden toekomen aan hen die tot zijn nalatenschap gerechtigd zijn. Omdat de legitieme portie ook voor overdracht vatbaar is (art. 4:92 lid 3 BW), had deze uitkomst, de overerfbaarheid van de legitimaire wilsrechten, ook op grond van artikel 4:182 lid 1 BW voor de hand gelegen. Om dezelfde reden kan worden aangenomen dat de legitieme portie voor overgang onder algemene titel vatbaar is en

31 Gelet op louter de tekst van de wet zou ook verdedigbaar zijn dat indien de beide bepalingen (art. 4:80 lid 1 en 4:90 lid 1 BW) slechts betrekking hebben op de *ontervde* legitimaris, de legitieme portie vanaf het openvallen van de nalatenschap een reeds bestaande vordering is, waarop hij slechts aanspraak behoeft te maken om deze te behouden (dus om deze niet te laten vervallen). Ook andere wetsbepalingen stellen het vereiste dat de schuldeiser binnen een bepaalde tijd een beroep dient te doen op zijn *reeds bestaande* vordering, wil hij deze *behouden* (denk aan de klachtplicht in art. 6:89 en 7:23 BW). Omdat een legitimaris ook erfgenaam kan zijn, en in dat geval dient te kiezen tussen zijn erfdeel en zijn legitimaire geldvordering (o.a. MvT, Parl. Gesch. Boek 4 (Inv.), p. 1883), ligt de benadering (in het algemeen) dat de legitimaris aanspraak dient te maken op zijn geldvordering om deze te laten ontstaan, meer voor de hand.

32 Zie J.W.A. Biemans, 'Bevoegdheid en subjectief recht', in: E.F. Verheul (red.), *Op het spoor van het goederenrecht. Liber amicorum Wim Reehuis*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 23 e.v.

33 Zie reeds HR 23 april 1936, NJ 1936/711, alsmede de conclusie van A-G Van Lier vóór dit arrest, en de noot van P. Scholten onder het arrest, alsmede HR 5 januari 1937, NJ 1937/551, waarover H.A. Drielsma, 'Beschouwingen over eenige wilsrechten in verband met art. 555 BW (III, slot)', WPNR 1940, afl. 3683, p. 321-322.

34 Zie W. Sniijders, 'E.J.H. Schrage, Partij en derde. De bevoegdheden van crediteuren ten aanzien van het wilsrecht van de legitimaris (boekbespreking)', RMThemis 1995, afl. 1, p. 61, r.k., waar hij schrijft dat de uitoefening van het zelfstandige wilsrecht tot het ontstaan van vorderingsrecht leidt, zonder dat een nieuwe rechtsbetrekking uit overeenkomst ontstaat.

35 Zie J.W.A. Biemans, 'H.A. Drielsma en W. Sniijders over wilsrechten', WPNR 2019, afl. 7239, par. 4.

36 Zo ook: Waaier, in: *Handboek Erfrecht 2020*, p. 425 (par. X.26.1); T.J. Mellem-Kranenburg, in: *T&C BW 2023*, art. 4:92 BW, aant. 1; Asser/Perrick 4 2021/359.

daarom in de huwelijksgemeenschap kan vallen.³⁷ In het kader van erfopvolging en boedelmenging geldt dan het volgende.

Indien de legitimaris overlijdt, en hij twee of meer erfgenamen heeft, dienen de erfgenamen deze bevoegdheden mijns inziens *gezamenlijk* uit te oefenen; er ontstaan met name niet evenzoveel wilsrechten als erfgenamen. De opmerking in de Toelichting Meijers dat de ‘vordering tot inkorting’ deelbaar zou zijn, dient te worden begrepen in het licht van de gedachte van Meijers dat de vordering tot inkorting een *vordering op naam* zou zijn, die kan worden gecedeerd. Indien echter wordt aangenomen dat de legitieme portie (waarop nog geen aanspraak is gemaakt) een wilsrecht is (een bevoegdheid die nog moet worden uitgeoefend), is de deelbaarheid ervan geen gegeven, en geldt de hoofdregel van artikel 3:170 lid 2 BW, namelijk *gezamenlijke* uitoefening.³⁸ De deelbaarheid van deze bevoegdheid ligt met name niet voor de hand, omdat de uitoefening daarvan bij artikel 4:63 lid 3 BW afhankelijk is van de uitoefening van de bevoegdheid tot verwerping. Het is immers denkbaar dat een legitimaris overlijdt, voordat hij zijn keuze tot (beneficiaire) aanvaarding of verwerping heeft uitgebracht. De erfgenamen zullen die bevoegdheid ook *gezamenlijk* dienen uit te oefenen. Indien de erfgenamen van de legitimaris aanspraak maken op de legitieme portie, waardoor de geldvordering ontstaat, is het op grond van artikel 6:15 lid 1 BW verdedigbaar dat ieder van de erfgenamen voor een gelijk deel een vordering heeft (in afwijking van één *gezamenlijke* geldvordering, waarop art. 3:170 BW van toepassing is).

Valt het wilsrecht in de huwelijksgemeenschap, dan zal de echtgenoot die erfgenaam is bevoegd zijn tot het bestuur daarover en op grond daarvan met uitzondering van de andere echtgenoot bevoegd zijn tot het aanspraak maken op de legitieme portie (art. 1:90 BW). Indien de legitieme portie buiten de gemeenschap van goederen viel, zal ook de door uitoefening ontstane legitieme geldvordering daarbuiten vallen.³⁹

37 Zie ook Asser/Perrick 4 2021/359; T.J. Mellema-Kranenburg, in: T&C BW 2023, art. 4:92 BW, aant. 1. Zie reeds onder het oude recht HR 5 januari 1937, NJ 1937/551.

38 Anders: Waaijer, in: Handboek Erfrecht 2020, p. 425 (par. X.26.1); T.J. Mellema-Kranenburg, in: T&C BW 2023, art. 4:92 BW, aant. 2; Asser/Perrick 4 2021/360; allen onder verwijzing naar TM, Parl. Gesch. Boek 4, p. 530, waarin staat dat de ‘legitieme vordering’ een voor deling vatbare vordering is. Zoals hiervoor betoogd, volstaat deze onderbouwing naar de Toelichting Meijers mijns inziens niet, gelet op het gewijzigde karakter van de legitieme portie.

39 Zo ook Asser/Perrick 4 2021/361.

7 Uitoefening door een derde (I): faillissement en schuldsanering, ‘wettelijk vertegenwoordiger’ en testamentair bewind, executele en vereffening

7.1 Faillissement en schuldsanering

Volgens artikel 4:92 lid 2 BW kunnen in het geval van zijn faillissement of het ten aanzien van hem van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen de bevoegdheden van de legitimaris worden uitgeoefend door zijn curator onderscheidenlijk bewindvoerder in de schuldsaneringsregeling. Indien wordt aangenomen dat de legitieme portie niet hoogstpersoonlijk is, is de bepaling strikt genomen overbodig: het bepaalde in lid 2 volgt reeds uit artikel 68 respectievelijk artikel 316 lid 1 onder b van de Faillissementswet (Fw). De curator en de bewindvoerder zijn niet alleen bevoegd, maar in beginsel, in het belang van de boedel, ook verplicht om aanspraak te maken op de legitieme portie, indien daarmee bekend. Op de gefailleerde rust in dit verband een inlichtingenplicht jegens de curator (art. 105 lid 1 Fw). Na uitoefening omvat de boedel de legitieme geldvordering (art. 20 en 295 lid 1 Fw).

Het is denkbaar dat een beroep op de legitieme portie samenvalt met de verwerping van de nalatenschap (art. 4:63 lid 2 BW). In dat geval is de faillissementscurator gebonden aan artikel 41 Fw: indien de gefailleerde tijdens het faillissement erfgenaam wordt, kan de curator de nalatenschap niet anders dan beneficiair aanvaarden (lid 1) én behoeft hij voor het verwerpen van de nalatenschap de machtiging van de rechter-commissaris (lid 2). Anders gezegd, indien de curator de bevoegdheden van de legitimaris tegelijkertijd met de verwerping van de nalatenschap (art. 4:63 lid 3 BW) wil uitoefenen, zal hij naar de rechter-commissaris moeten.

7.2 Wettelijk vertegenwoordiger; beschermingsbewind

Hoewel artikel 4:92 BW daarover niets vermeldt, ligt het op gelijke wijze voor de hand dat de wettelijk vertegenwoordiger van een minderjarige of een onder curatele gestelde, en in het geval van beschermingsbewind de bewindvoerder van de legitimaris, bevoegd (en in beginsel eveneens verplicht⁴⁰) is om aanspraak te maken op de legitieme portie.⁴¹ Indien de wettelijk vertegenwoordiger dan wel de bewindvoerder de aanspraak op de legitieme wil combineren met de verwerping van de nalatenschap is artikel 4:193 respectievelijk artikel 1:441

40 Zie voor nuanceringen, met rechtspraakverwijzingen, Waaijer, in: Handboek Erfrecht 2020, p. 428 (par. X.26.2).

41 Zie T.J. Mellema-Kranenburg, in: T&C BW 2023, art. 4:92 BW, aant. 3; Asser/Perrick 4 2021/361.

lid 5 BW van toepassing op de voorvraag of hij in de eerste plaats mag verwerpen.

7.3 Testamentair bewind, executele en vereffening

Indien de legitimaris is overleden, en de legitieme portie in beginsel door zijn erfgenamen kan worden uitgeoefend (art. 4:92 lid 1 BW) én de goederen van de nalatenschap onder testamentair (afwikkelings)bewind staan, een executeur is benoemd of de nalatenschap wordt vereffend door de erfgenamen-vereffenaars of een benoemde vereffenaar, zijn de bewindvoerder, de executeur dan wel de vereffenaar(s) op grond van hun bevoegdheid tot beheer dan wel (indien aanwezig) vereffening hiertoe bevoegd, alsook verplicht.⁴² Het is denkbaar dat de legitimaris kort na het ontstaan van de aanspraak op de legitieme portie overlijdt, zonder dat de legitimaris zijn keuze voor (beneficiaire) aanvaarding of verwerping heeft uitgebracht. Het is verdedigbaar dat in dat geval de testamentair bewindvoerder, executeur en vereffenaar op dezelfde wijze zijn gebonden als bepaald in artikel 4:193 lid 1 BW indien zij willen verwerpen. Voor de vereffenaar(s) kan daarvoor ook een beroep worden gedaan op de overeenkomstige toepassing van artikel 41 Fw, met dien verstande dat de vereffenaar machtiging van de kantonrechter dient te krijgen, indien geen rechter-commissaris is benoemd (vergelijk art. 4:215 lid 5 BW). Hoewel voor de testamentair bewindvoerder de overeenkomstige toepassing van artikel 1:441 lid 5 BW ook denkbaar zou zijn, is dat om verschillende redenen een onwenselijke oplossing. Vaak zijn de hoedanigheid van bewindvoerder en executeur in één persoon verenigd en artikel 4:193 lid 1 en 2 en 1:441 lid 5 BW bevatten onderling afwijkende regelingen,⁴³ terwijl artikel 1:441 lid 5 BW specifiek voor het beschermingsbewind is geschreven.

8 Overgang onder bijzondere titel: overdracht, levering en toedeling van de legitieme portie (waarop nog geen aanspraak is gemaakt)

8.1 Inleiding

Artikel 4:92 lid 3 BW bepaalt dat de bevoegdheden van een legitimaris 'slechts tezamen' met zijn erfdeel kunnen worden overgedragen. Van de drie leden van artikel 4:92 BW lijkt deze bepaling de meeste vragen op te roepen in de literatuur.

Anders dan hiervoor zal de overdracht van de legitimaris van zijn erfdeel impliceren dat hij (zuiver) aanvaardt

door gedragingen (art. 4:192 lid 1 BW), en derhalve is de mogelijkheid van verwerping door de verkrijger van het erfdeel uitgesloten (anders dan hiervóór, bijvoorbeeld door de erfgenamen van de legitimaris of diens curator). Indien een erfdeel ten titel van koop wordt overgedragen, is artikel 7:48 BW van toepassing.

8.2 Legitimaris is erfgenaam – ratio van artikel 4:92 lid 3 BW

Uit artikel 4:92 lid 3 BW volgt dat *indien* een erfdeel aanwezig is (indien de legitimaris tevens erfgenaam is) de overdracht van de wilsrechten in beginsel slechts tezamen met dat erfdeel kan plaatsvinden. Volgens Waaijer is de ratio van deze bepaling niet duidelijk.⁴⁴ Het lijkt mij dat de ratio van deze bepaling dezelfde zou moeten zijn als die van artikel 3:190 en 3:191 BW. Uit artikel 3:190 lid 1 en 3:191 lid 1 BW volgt dat een erfgenaam zijn aandeel in *afzonderlijke* goederen van de nalatenschap niet kan overdragen, maar wel zijn aandeel in de *gehele* nalatenschap. De erfgenaam dient in dat geval zijn aandelen in *alle* goederen van de nalatenschap over te dragen.⁴⁵ Volgens de Hoge Raad is de ratio van artikel 3:190 lid 1 BW dat een deelgenoot zonder toestemming van de overige deelgenoten de gemeenschap niet in een aantal kleinere gemeenschappen kan oplossen, waardoor de oorspronkelijke deelgenoten telkens tegenover andere medegerechtigden komen te staan, hetgeen een verdeling van een gemeenschap zou kunnen bemoeilijken.⁴⁶ Deze ratio geldt ook voor artikel 4:92 lid 3 BW, zo kan worden verdedigd:⁴⁷ het is niet handig als de gezamenlijke erfgenamen een legitimaris hebben die geen erfgenaam is. Indien dit de ratio zou zijn, heeft artikel 4:92 lid 3 BW een toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 3:190 en 3:191 BW, omdat de wilsrechten geen onderdeel uitmaken van het erfdeel van de legitimaris, maar *zelfstandig* aan hem toekomen. Anders gezegd: de legitimaire wilsrechten vallen niet onder het bereik van artikel 3:191 lid 1 BW en artikel 4:92 lid 3 BW is daarom een noodzakelijke aanvulling op die bepaling. Uit deze ratio zou niet alleen volgen dat de legitieme portie slechts tezamen met het erfdeel kan worden overgedragen, maar logischerwijs ook dat (omgekeerd) het erfdeel slechts tezamen met de legitieme portie kan worden overgedragen.⁴⁸ Uit dezelfde ratio zou dan ook volgen dat, overeenkomstig artikel 3:191 lid 1 en 3:175 BW, afzonderlijke overdracht van de legitimaire wilsrechten wél mogelijk dient te zijn, indien de overige erfgenamen daarmee instemmen.

⁴² Zie ook Asser/Perrick 4 2021/361.

⁴³ Vgl. bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 11 oktober 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:8787, JERF 2023/14 en Rb. Oost-Brabant 10 februari 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:743.

⁴⁴ Zie Waaijer, in: Handboek Erfrecht 2020, p. 426-427 (par. X.26.1), met een overzicht van de verschillende verklaringen.

⁴⁵ Zie TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 625; Asser/Perrick 3-V 2023/66.

⁴⁶ Zie HR 28 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG0973, NJ 2009/145.

⁴⁷ Vgl. Snijders, RMThemis 1995, afl. 1, p. 63, l.k.-m.k.

⁴⁸ Zie anders Asser/Perrick 4 2021/360, en mogelijk ook Waaijer, in: Handboek Erfrecht 2020, p. 427 (par. X.26.1), die opmerkt dat de legitimaris zijn bevoegdheden als legitimaris *geheel* kan behouden; dat volgt echter niet uit MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 531, aangezien daar alleen wordt gesproken over de overdracht van 'een deel van zijn bevoegdheden met zijn erfdeel', waarbij onduidelijk is of het deel van bevoegdheden dient te corresponderen met eenzelfde deel van een erfdeel.

8.3 Legitimar is erfgenaam – wat moeten we doen met MvA II?

Hoe mooi de hiervoor genoemde ratio ook is, met Waaijer moet worden ingestemd dat de MvA II bij artikel 4:92 lid 2 BW afbreuk doet aan deze ratio en, meer algemeen, aan het bestaan van de bepaling *als zodanig*.⁴⁹ In de MvA II bij artikel 4:92 lid 3 BW wordt onder de vlag van de ‘oude’ legitieme portie opgemerkt dat de legitimar is ‘een deel van zijn bevoegdheden met zijn erfdeel [kan] overdragen’ en dat het hem vrijstaat zelf tot inkorting van een erfstelling over te gaan en daarbij te kiezen voor de geldvordering (in plaats van de making te vernietigen waarop hij wil inkorten), waarna

‘hij desgewenst zijn erfdeel, *al dan niet tezamen met de verkregen vordering en met andere inkortingsbevoegdheden* [cursivering JB], aan iemand kan overdragen. Is er geen sprake van inkorting van makingen of ziet de legitimar is hiervan af, maar kan hij een gift inkorten, dan oefene hij de bevoegdheid zelf uit, waarna hij desgewenst de vergoedingsvordering op de begiftigde aan iemand kan cederen.’⁵⁰

Wat is het nut van lid 3 met een dergelijke toelichting, met name gelet op het recursieve gedeelte in de eena-laatste zin? Uit de laatste zin lijkt overigens te volgen dat indien door aanspraak te maken op de legitieme portie een legitimaire geldvordering ontstaat, zoals onder het huidige recht het geval is, de legitimar is beter deze vordering kan overdragen in plaats van zijn legitieme portie. Dat lijkt inderdaad de meest eenvoudige route, ook omdat de leveringsvereisten toch dezelfde zijn (zie hieronder).

8.4 Legitimar is geen erfgenaam

Indien de legitimar is geen erfgenaam is (onterfd is of heeft verworpen met aanspraak op zijn legitieme portie), is er geen erfdeel om tezamen met de legitieme portie over te dragen. Omdat de legitieme portie niet hoogstpersoonlijk is, ligt het in dat geval voor de hand dat de legitimar is zijn legitieme portie zelfstandig kan overdragen. Ook Perrick en Waaijer zijn van mening dat artikel 4:92 lid 3 BW er niet aan in de weg staat dat in dit geval de legitimar is zijn legitimaire wilsrechten kan overdragen.⁵¹ In de literatuur wordt door onder anderen Mellema-Kranenburg en W. Snijders aangenomen dat dit niet mogelijk zou zijn.⁵² Zij beroepen zich op de parlementaire geschiedenis, waarin in MvA II wordt opgemerkt: ‘Zoals lid 3 nu luidt, is overdracht van de bevoegdheid tot inkorting alleen mogelijk als de legitimaire erfgenaam is en dan slechts tezamen met zijn erf-

deel.’⁵³ Het is de vraag welke betekenis aan deze zin nog kan of moet worden toegekend voor de uitleg van artikel 4:92 lid 3 BW naar huidig recht. Ik licht twee aspecten eruit. Ten eerste, uit het Ontwerp Meijers volgt dat de legitimar is zijn legitieme portie (zijn ‘vordering tot inkorting’) slechts tezamen met ‘het daardoor te verkrijgen erfdeel’ kon overdragen. Zoals artikel 4:92 lid 3 BW in eerste instantie was opgeschreven, lijkt de bepaling daarom naar mijn mening met name te zien op de *onterfde* legitimar is (die zijn legitieme portie kon overdragen).⁵⁴ De MvA II bevestigt mijns inziens deze lezing, omdat daar wordt opgemerkt:

‘De term “het door inkorting te verkrijgen erfdeel” kwam de ondergetekende niet geheel duidelijk voor ingeval de legitimar is reeds erfgenaam [bij versterf of krachtens uiterste wil] was (...) en hij door de inkorting slechts een vergroting van zijn erfdeel zou kunnen verkrijgen.’⁵⁵

Met andere woorden, volgens de wetgever zag lid 3 dus ook (of nog beter: vooral) op het geval waarin de legitimar is onterfd was. Hij heeft lid 3 vervolgens (meer) willen toeschrijven naar het geval waarin een erfgenaam een *aanvullend* beroep doet op zijn legitieme portie. Ten tweede, aan het oorspronkelijke lid 3 lag kennelijk de gedachte ten grondslag dat de overdracht van de vordering tot inkorting (lees: de bevoegdheid tot vernietiging) gepaard diende te gaan met de overdracht van het (daardoor te verkrijgen) erfdeel. Niet toegelicht wordt hoe dat bereikt moet worden of wat Meijers zich daarbij voorstelde. De onterfde legitimar is *werd* onder het oude recht en oorspronkelijke wetsontwerp erfgenaam door een beroep te doen op zijn legitieme portie. Kennelijk heeft de wetgever bij aanpassing van lid 3 gemeend dat de legitimar is, om te kunnen bereiken dat hij door inkorting (vernietiging van de making) een erfdeel zou verkrijgen, reeds erfgenaam diende te zijn, zodat feitelijk de inkorting van de making alleen tot *vergroting* van het erfdeel zou leiden.⁵⁶ Het lijkt een goederenrechtelijke puzzel te zijn geweest. In een stelsel waarin de verkrijger van de legitieme portie door de uitoefening daarvan een geldvordering in zijn vermogen kan laten ontstaan, is een dergelijke ingewikkelde constructie echter niet nodig. Naar huidig recht dient de lezing van artikel 4:92 lid 3 BW waarin een legitieme portie niet kan worden overgedragen indien de legitimar is niet tevens een erfdeel heeft, dan ook geen redelijk doel meer. Omdat de wetgever zich na de hervorming van de legitieme portie niet meer heeft bezonnen op artikel 4:92 BW, spreekt het naar mijn mening voor zich dat een legitimar is die geen erfgenaam is, zijn legitimaire wilsrechten kan overdragen (dus zonder een erfdeel, omdat

49 Zie Waaijer, in: Handboek Erfrecht 2020, p. 427 (par. X.26.1).

50 Zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 531.

51 Zie Asser/Perrick 4 2021/360, alsmede S. Perrick, ‘De overdraagbaarheid van wilsrechten, in het bijzonder van rechten tot het nemen van aandelen’, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Op Recht. Liber amicorum A.V.M. Struycken*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 248, respectievelijk (mij minder duidelijk) Waaijer, in: Handboek Erfrecht 2020, par. X.26.1.

52 Zie T.J. Mellema-Kranenburg, in: T&C BW 2023, art. 4:92 BW, aant. 3, alsmede T.J. Mellema-Kranenburg, *De legitieme portie 1988*, p. 88 en Snijders, *RMThemis 1995*, afl. 1, p. 63, r.k.

53 Zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 530.

54 In dezelfde zin: Snijders, *RMThemis 1995*, afl. 1, p. 63, l.k.

55 Zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 530.

56 Zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 4, p. 530-531: ‘Gaat de verkrijger van het erfdeel, aan wie de legitimar is zijn bevoegdheid tot inkorting mee heeft overgedragen, hiertoe over, dan wordt door de vernietiging van erfstellingen, het overgedragen erfdeel ten faveure van de verkrijger vergroot (...)’

dat er niet is). De vraag is met name of de legitimaris die tevens erfgenaam is vanwege het voorgaande nog gehouden is om zijn legitimaire wilsrechten tezamen met zijn erfdeel over te dragen. Die vraag is met name van belang omdat de uitoefening van de bevoegdheid tot verwerping niet meer aan de orde is (art. 4:63 lid 3 BW), én omdat de legitimaris ook een aanvullend beroep zou kunnen doen op zijn legitieme portie en deze geldvordering(en) vervolgens wél afzonderlijk zou kunnen overdragen. De vraag dient mijns inziens ontkennend te worden beantwoord. Ik zal in het onderstaande voor het gemak uitgaan van de ‘letterlijke’ lezing van artikel 4:92 lid 3 BW, indien de legitimaris tevens erfgenaam is.

8.5 Wijze van levering

De wijze waarop de wilsrechten (de legitieme portie waarop nog geen aanspraak is gemaakt) dienen te worden geleverd, is krachtens artikel 3:94 lid 1 of lid 3 BW.⁵⁷ Niet alleen is het wilsrecht zelf een ‘tegen een of meer bepaalde personen uit te oefenen recht’, zoals bedoeld in artikel 3:94 BW, maar ook ontstaat door de uitoefening van het wilsrecht een geldvordering die op grond van artikel 3:94 BW kan worden geleverd.⁵⁸ Een bijzondere bepaling die derogert aan artikel 3:94 BW is niet voorhanden, zodat artikel 3:94 BW van toepassing is.

9 Uitoefening door een derde (II): bezwaring van en beslag op de legitieme portie (waarop nog geen aanspraak is gemaakt)

9.1 Bezwaring

Volgens artikel 3:81 lid 1 BW kan hij aan wie een zelfstandig en overdraagbaar recht toekomt, binnen de grenzen van dat recht de in de wet genoemde beperkte rechten vestigen. Artikel 3:228 BW herhaalt dat op alle goederen die voor overdracht vatbaar zijn, hetzij een recht van pand, hetzij een recht van hypotheek wordt gevestigd. Indien deze bepalingen worden gecombineerd met artikel 4:92 lid 3 BW alsmede artikel 3:191 lid 1 BW, volgt daaruit dat de legitimaris zijn aandelen in de goederen in de nalatenschap alsmede zijn legitimaire wilsrechten tezamen kan bezwaren met pand- en hypotheekrechten, of met rechten van vruchtgebruik. Indien de legitimaris onterfd is, kan de legitimaris zijn legitimaire wilsrechten overdragen, zoals hiervoor beschreven, waaruit volgt dat de legitimaris deze rechten kan verpanden of daarop een recht van vruchtgebruik kan vestigen. Een dergelijke bezwaring kan specifiek en ‘bewust’ plaatsvinden; de bezwaring kan ook, minder

57 Zie Waaijer, in: Handboek Erfrecht 2020, p. 425 (par. X.26.1); T.J. Mellema-Kranenburg, in: T&C BW 2023, art. 4:92 BW, aant. 4; Asser/Perrick 4 2021/360.

58 Zie TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 314.

bewust, onderdeel zijn van een groter geheel, denk aan een algemeen omschreven verpanding van activa⁵⁹ en aan een vruchtgebruiklegaat.

De verpanding van de legitimaire wilsrechten (als zodanig) dient plaats te vinden overeenkomstig artikel 3:94 lid 1 jo. art. 3:236 lid 2 BW (openbaar pandrecht) of artikel 3:239 lid 1 BW (stil pandrecht) en de vestiging van een recht van vruchtgebruik overeenkomstig artikel 3:94 lid 1 of lid 3 jo. art. 3:98 BW. Omdat artikel 3:246 BW spreekt van *vorderingen* (in tegenstelling tot het algemenere ‘tegen een of meer bepaalde personen uit te oefenen rechten’) is het onduidelijk of de pandhouder met een pandrecht op de legitieme portie deze wilsrechten bij het verzuim van de legitimaris kan *uitoefenen* in de zin van artikel 3:246 BW, waardoor geldvorderingen in het vermogen van de legitimaris ontstaan, waarop de pandhouder zich vervolgens eventueel door inning kan verhalen als het om een opeisbare legitieme geldvordering gaat. Indien artikel 3:246 BW niet van toepassing is, hetgeen mij het meest waarschijnlijk lijkt, is de pandhouder aangewezen op parate executie door middel van openbare of onderhandse verkoop (art. 3:248 e.v. respectievelijk art. 3:251 BW). In beide gevallen zal, omdat het om overdracht gaat, de zekerheidsgerechtigde op grond van artikel 4:92 lid 3 en 3:191 BW gehouden zijn de legitimaire wilsrechten tezamen met het aandeel in de nalatenschap te gelde te maken, indien dat erfdeel er is. In het geval dat de legitimaris niet tevens erfgenaam is en hij pandrechten op de legitimaire wilsrechten heeft gevestigd, kan de pandhouder deze paraat executeren door verkoop en overdracht. Deze route zal ook lonken indien de legitimaire geldvordering die ontstaat door aanspraak op de legitieme portie voorlopig nog niet opeisbaar is.

9.2 Beslag – uitoefening of executoriale verkoop?

De vraag of een schuldeiser beslag kan leggen op de legitieme portie wordt in de literatuur niet altijd als zodanig beantwoord. In plaats daarvan merken Schrage en Waaijer bijvoorbeeld op dat een schuldeiser de bevoegdheden van de legitimaris niet kan uitoefenen onder verwijzing naar een zeer summier gemotiveerde uitspraak van de president van de rechtbank Amsterdam uit 1997.⁶⁰ W. Sniijders lijkt van oordeel te zijn dat *afzonderlijk* beslag op de legitimaire wilsrechten, zonder een beslag op ‘het erfdeel’, niet mogelijk is.⁶¹ Volgens Perrick kan, onder verwijzing naar artikel 3:175 en 3:191 BW, een schuldeiser de ‘bevoegdheden’ van de legitimaris

59 Zoals aan de orde in HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, NJ 2012/261 (Dix q.q./ING) en HR 1 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4134, NJ 2013/156 (Van Leuven q.q./ING) of in HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:590, JOR 2020/187 (ING/Schepel q.q.).

60 Rb. Amsterdam 5 juni 1997, rolnummer KG 97/1302G, instemmend besproken in E.J.H. Schrage, ‘Wilsrechten en de Action Oblique. Over hoogst persoonlijke bevoegdheden en de uitoefening daarvan door crediteuren en andere derden’, WPNR 2003, afl. 6539, par. 1. E.J.H. Schrage, Partij en derde (oratie Amsterdam VU), Amsterdam: Vossius AUP 1999, p. 24 en Waaijer, in: Handboek Erfrecht 2020, p. 427 (par. X.26.2).

61 Sniijders, RMThemis 1995, afl. 1, p. 63, m.k.

uitwinnen. Onduidelijk is of dat volgens hem afzonderlijk van het erfdeel kan gebeuren⁶² of juist tezamen daarmee in verband met artikel 3:191 BW.⁶³

Omdat de legitieme portie geen hoogstpersoonlijke aanspraak is, zoals blijkt uit artikel 4:92 BW, in faillissement of schuldsanering te gelde kan worden gemaakt door de curator of de bewindvoerder en voor overdracht vatbaar is, spreekt het naar mijn mening voor zich dat de legitieme portie vatbaar is voor beslag. Omdat artikel 475 Rv (derdenbeslag) spreekt over beslag op *vorderingen*, en wilsrechten dat niet zijn, ligt het voor de hand om voor de wijze van beslag en executie aansluiting te zoeken bij de restbepaling van artikel 474bb Rv. Die is van toepassing op ‘rechten waarvan de executie niet elders geregeld is’ en ‘niet opeisbare rechten waarop beslag onder derden mogelijk is’. Uit artikel 474bb lid 1 Rv volgt dat het wilsrecht met overeenkomstige toepassing van de bepalingen inzake het beslag op roerende zaken-niet-registergoederen dient te worden geëxecuteerd, derhalve door executoriale verkoop. Omdat het gaat om een recht dat jegens een derde moet worden uitgeoefend, is op grond van artikel 474bb lid 3 Rv voor het beslag tevens betekening van het beslagexploot aan de gezamenlijke erfgenamen dan wel de langstlevende (art. 4:80 lid 1 BW) respectievelijk de begiftigde (art. 4:90 lid 1 BW) vereist.

Indien de legitimaris tevens erfgenaam is, ligt het op grond van artikel 4:92 lid 3 en 3:191 BW, in onderlinge samenhang gelezen, voor de hand om het beslag op de legitimaire wilsrechten alleen toe te staan indien dat gebeurt tezamen met het beslag op de aandelen in alle goederen van de nalatenschap.⁶⁴ Indien en voor zover een ‘tezamen’-beslag niet vereist is, zal het niettemin aanbeveling verdienen, gelet op de executoriale verkoop van legitimaire wilsrechten, waarvoor de executoriale verkoop van het erfdeel vereist is op grond van artikel 4:92 lid 3 BW.

Indien de legitimaris onterfd is, kan het beslag worden gelegd op louter de legitimaire wilsrechten. Het is vanwege een gebrek aan een bijzondere regeling hiervoor dat de beslaglegger de wilsrechten niet zelf kan (laten) uitoefenen, zoals een derde-beslaglegger een beslagen vordering kan laten innen door de deurwaarder (art. 477 e.v. Rv). In zoverre klopt het mijns inziens dat de schuldeiser niet de bevoegdheden (legitimaire wilsrechten) als zodanig kan uitoefenen. Hij is aangewezen op de wijze van executie zoals hiervoor beschreven, derhalve op een executoriale verkoop van de wilsrechten (art. 474bb Rv).

10 Conclusie

Artikel 4:92 BW inzake de uitoefening en overdracht van de nog niet uitgeoefende legitieme portie is niet zonder meer duidelijk en behoeft nadere duiding. De nog niet uitgeoefende legitimaire aanspraak bestaat uit twee bevoegdheden waarvan de uitoefening leidt tot het ontstaan van een geldvordering jegens de gezamenlijke erfgenamen of de langstlevende respectievelijk een of meer begiftigden. Deze bevoegdheden zijn wilsrechten en vermogensrechten, en zijn overdraagbaar (al dan niet tezamen met het erfdeel van de legitimaris). Deze bevoegdheden kunnen, met enig voorbehouden, worden uitgeoefend door een curator of schuldsaneringsbewindvoerder van de legitimaris of door de vereffenaar, executeur en/of testamentair bewindvoerder van de legitimaris. De bevoegdheden zijn voor overgang vatbaar, en kunnen daarvan overgaan op erfgenamen of in de huwelijksgemeenschap vallen. Zij zijn tezamen met het eventuele erfdeel van de legitimaris voor overdracht vatbaar. De levering en verpanding vinden plaats overeenkomstig artikel 3:94 (jo. art. 3:236 lid 2) en 3:246 BW. Het beslag daarop vindt overeenkomstig artikel 477bb Rv plaats. In de praktijk zal het bij levering en bezwaring het eenvoudigst zijn om een beroep te doen op de legitieme portie en vervolgens de afzonderlijk voor overdracht vatbare vordering(en) te leveren of daarop pandrecht of recht van vruchtgebruik te vestigen.

62 Asser/Perrick 4 2021/362, voorlaatste alinea.

63 Asser/Perrick 4 2021/362, laatste alinea.

64 Schrage, Partij en derde 1999, p. 24 miskent deze mogelijkheid, waar hij schrijft: ‘Los van de erfportie valt het recht op de legitieme portie niet over te dragen. En daarom is er ook niets te beslaan.’