

Artikel

Hoe legitiem is de breukdelengemeenschap voor de legitimaris?

Mr. dr. M. de Vries*

1 Inleiding

De belastingkamer van de Hoge Raad wees op 16 februari 2024 een arrest over de breukdelengemeenschap. Over dit fiscale arrest, dat nu al het estateplanningsarrest van de eeuw wordt genoemd,¹ is al het nodige geschreven. Civielrechtelijk heeft deze uitspraak ook consequenties. Bijvoorbeeld op het gebied van de legitieme portie. Deze dwingendrechtelijke aanspraak kan behoorlijk worden uitgehouden door het wijzigen van de breukdelen van de huwelijksgemeenschap. Is deze handelwijze onder omstandigheden niet paulianeus ten opzichte van de legitimaris? Dat is de vraag die centraal staat in deze bijdrage.

2 Feiten

Na een affectieve relatie van 33 jaar stappen M en V in september 2015 in het huwelijksbootje. Zij trouwen in algehele gemeenschap van goederen (50%-50%). Op 19 oktober 2017 zijn M en V huwelijkse voorwaarden aangegaan waarbij zij zijn overeengekomen dat M gerechtigd zal zijn tot 10% van zowel de schulden als de goederen van de gemeenschap en V tot 90%. Op het moment van het aangaan van de huwelijkse voorwaarden was M reeds ernstig ziek. Op 9 december 2017, 52 dagen na het aangaan van de huwelijkse voorwaarden, over-

lijdt M. V is zijn enige erfgenaam. M en V hadden geen kinderen.

3 Wijzigen breukdelen is geen schenking

De vraag ligt voor of in het wijzigen van de breukdelen van 50-50 naar 90-10 een schenking besloten ligt ter grootte van 40% van de omvang van de toenmalige gemeenschap. De Hoge Raad oordeelt als volgt:

‘Het Hof is terecht ervan uitgegaan dat het aangaan van huwelijkse voorwaarden als de *onderhavige* geen schenking inhoudt. Daarmee heeft zich immers nog niet een eenzijdige vermogensverschuiving uit het vermogen van de ene, in het vermogen van de andere echtgenoot voltrokken, die kenmerkend is voor een schenking.² Dit is niet anders als de echtgenoten, zoals in dit geval, volgens de huwelijkse voorwaarden voor ongelijke delen zullen zijn gerechtigd tot de goederen die tot de huwelijksgemeenschap behoren.’ (cursivering MdV)

De Hoge Raad verwijst in deze overweging in een voetnoot naar drie eerdere arresten over schenkingsvrije boedelmenging. In alle gevallen was geen sprake van een schenking wegens het ontbreken van een eenzijdige vermogensverschuiving. In de zaken uit 1959 en 1971 werd staande het huwelijk bij huwelijkse voorwaarden het regime van koude uitsluiting gewijzigd in een algehele gemeenschap van goederen. In 2021 gingen de ech-

* Mw. mr. dr. M. de Vries is bestuurssecretaris bij Stichting Quadraten en jurist erfrecht.

1 B.M.E.M. Schols, Zo goed als zeker, WFR 2024/75.

2 Vgl. HR 28 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AY1786, HR 17 maart 1971, ECLI:NL:HR:1971:AX5018 en HR 7 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:708, r.o. 4.2.

telieden trouwen in een beperkte gemeenschap van goederen bestaande uit één goed, te weten: een bankrekening. De breukdelengemeenschap kan nu aan deze lijst worden toegevoegd. Hoewel de Hoge Raad spreekt over ‘onderhavige’ huwelijkse voorwaarden, lees ik daarin geen beperking tot de 90-10-gemeenschap. Het springende punt in de overweging van de Hoge Raad is niet het percentage van de breukdelengemeenschap, maar de eenzijdige vermogensverschuiving. Een breukdelengemeenschap van bijvoorbeeld 70-30 of 99-1 levert dan evenmin een schenking op.³

Deze uitspraken van de Hoge Raad over boedelmenging zijn fiscaal van aard. Dat neemt niet weg dat deze oordelen in het civiele recht doorwerken. De Successiewet 1956 (SW) sluit in artikel 1 lid 7 SW aan bij het civiele giftbegrip uit artikel 7:186 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Dat betekent dat het aangaan van een huwelijksgemeenschap met breukdelen niet alleen fiscaal gezien geen schenking/gift is, maar civielrechtelijk ook niet als gift kwalificeert.⁴

4 Legitieme portie

Voor de berekening van de legitieme portie wordt met bepaalde giften rekening gehouden (art. 4:67 e.v. BW). Nu het aangaan van een breukdelengemeenschap vanaf het begin van het huwelijk, dan wel staande het huwelijk geen gift is, blijft deze wijziging buiten beeld bij het berekenen van de legitimaire massa. De breukdelengemeenschap kan daarmee door echtelieden ook worden ingezet als instrument om de legitieme portie te verkleinen.⁵ Stel M – uit de casus die voorlag bij de Hoge Raad – heeft een kind uit een eerder huwelijk. Dat kind (K) is door M ontferd. Dan heeft de breukdelengemeenschap van M en V tot gevolg dat K’s legitieme portie aanzienlijk wordt verkleind. Indien de legitieme portie op deze wijze bewust wordt uitgehouden, dan is dat lastig te rijmen

met het bestaan en het dwingendrechtelijke karakter van de legitieme portie.

Voordat bezien wordt of het aangaan van een breukdelengemeenschap al dan niet paulianeus is, wordt eerst kort stilgestaan bij de regeling van de quasi-legaten.

5 Quasi-legaat

Door de werking tijdens leven is het aangaan van een breukdelengemeenschap geen quasi-legaat.⁶ De regeling van artikel 4:126 e.v. BW zal de legitimaris in de casus hierboven niet helpen. Varianten op deze casus zijn denkbaar. Niet alleen als het gaat om het percentage van de breukdelen. Het is ook mogelijk dat partijen in de huwelijkse voorwaarden een breukdelengemeenschap aangaan met daarbij een finaal verrekenbeding dat bij het einde van het huwelijk anders dan door overlijden uitgaat van een 50/50-verdeling.⁷ Tijdens het bestaan van de huwelijksgemeenschap komen de aandelen praktisch niet tot uitdrukking.⁸ Met andere woorden: bij een dergelijke constructie komt de waarde van de breukdelen de facto tot uiting bij overlijden. Komt het quasi-legaat dan niet in het vizier? Daarvoor zijn behoorlijk wat hobbels te nemen en het is de vraag of de rechter zover zal gaan. Niet aan alle voorwaarden van artikel 4:126 lid 2 sub a BW wordt voldaan. De langstlevende echtgenoot komt na het overlijden van de andere echtgenoot het aandeel toe in de gemeenschappelijke goederen waartoe hij reeds gerechtigd was op grond van de huwelijkse voorwaarden vóór de ontbinding ervan, zo volgt uit de uitspraak van de Hoge Raad. Van een verblijvingsbeding of finaal verrekenbeding is geen sprake.⁹ Van een beding dat een goed van een der echtgenoten onder opschortende voorwaarde of onder opschortende tijdsbepaling op de andere echtgenoot overgaat of kan overgaan, zoals artikel 4:126 lid 2 sub a BW vereist, is dus geen sprake. Voorts is het bepalen van de omvang van het eventuele quasi-legaat een complicerende factor. Wat is bijvoorbeeld de omvang als partijen vanaf de aanvang van het huwelijk een breukdelengemeenschap aangaan? Is dat al hetgeen wat de echtgenoot meer verkrijgt dan 50% van de huwelijksgemeenschap? Artikel 4:126 BW geeft geen antwoord op die vraag.

3 S. Ballah in haar noot bij HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, JIN 2024/39, P. Blokland, Een civielrechtelijke kanttekening bij het HR-arrest over de breukdelengemeenschap: de legitimaris heeft het nakijken!, JBN 2024, afl. 5, p. 7-8, E.J.M. Cornelissen in zijn noot bij HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, JPF 2024/33, Redactie Vakstudie Nieuws (alinea ‘Fraus legis’) in haar noot bij HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, RN 2024/40 (Wenk), B.M.E.M. Schols in zijn noot bij HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, NTFR 2024/359 en Vakstudie Successiewet, art. 1 SW 1956, aant. 5.2.2 concluderen eveneens in algemene zin dat het aangaan van een breukdelengemeenschap geen schenking inhoudt.

4 Vgl. ook Blokland, Een civielrechtelijke kanttekening bij het HR-arrest over de breukdelengemeenschap: de legitimaris heeft het nakijken!, p. 8, A.E. de Leeuw in haar noot bij HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, FED 2024/41, RN 2024/40 (Wenk), B.M.E.M. Schols, Een liefdesleven in het zicht van overlijden, WFR 2022/29 en L.C.A. Verstappen in zijn noot bij HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, NJ 2024/111.

5 Vgl. ook P.G.H. Albert, Aangaan of wijzigen huwelijksvoorwaarden: fraus legis?, WFR 2024/109 (par. 6.3), Blokland, Een civielrechtelijke kanttekening bij het HR-arrest over de breukdelengemeenschap: de legitimaris heeft het nakijken!, p. 8, RN 2024/40 (Wenk), B.M.E.M. Schols, Nog zeker niet dood, FBN 2024, afl. 3, p. 7 en Verstappen in zijn noot bij HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, NJ 2024/111.

6 RN 2024/40 (Wenk), Schols, Een liefdesleven in het zicht van overlijden en Schols, Nog zeker niet dood, p. 7.

7 Vgl. ook Blokland, Een civielrechtelijke kanttekening bij het HR-arrest over de breukdelengemeenschap: de legitimaris heeft het nakijken!, p. 8. In het vervolg kortweg een finaal verrekenbeding bij echtscheiding genoemd.

8 L.C.A. Verstappen in zijn noot bij HR 5 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9239, NJ 2013/140. Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om uitgebreider in te gaan op de discussie in de literatuur over de aandelenvisie versus de gezamendehandsevisie. Ik verwijs naar de literatuurverwijzingen in de noot van Verstappen in NJ 2013/140 alsmede in die van NJ 2024/111.

9 De rechtbank Gelderland heeft een alsof-verrekenbeding in huwelijkse voorwaarden aangemerkt als quasi-legaat, Rb. Gelderland 3 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5835.

Voor het aannemen van een quasi-legaat pleit daarentegen de bescherming van schuldeisers, waaronder legitimarissen. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de belangen van de legitimaris nadrukkelijk in ogenschouw zijn genomen bij de regeling van de quasi-legaten.¹⁰ De rechtbank Gelderland heeft een alsof-beding aangemerkt als quasi-legaat, met als gevolg dat het de legitieme portie niet verlaagt.¹¹ Anders dan een dergelijk alsof-beding is een breukdelengemeenschap geen verrekenbeding. Er valt echter wel een andere overeenkomst te ontwaren als de echtelieden een breukdelengemeenschap zijn aangegaan en in hun huwelijkse voorwaarden tevens een finaal verrekenbeding bij echtscheiding hebben opgenomen. De waarde van de breukdelen komt dan, zoals hiervoor reeds is opgemerkt, de facto tot uiting bij overlijden. Een alsof-beding bij het einde van het huwelijk door overlijden komt ook op dat moment tot uiting. Dient een dergelijke breukdelengemeenschap dan niet vanuit de beschermingsgedachte van de legitimaris, die mede ten grondslag ligt aan de quasi-legatenregeling, ook onder artikel 4:126 BW te worden geschaard? Doel en strekking van de regeling van het quasi-legaat staan hier niet aan in de weg.

De Leeuw ziet ruimte om bij een breukdelengemeenschap – ook als geen finaal verrekenbeding bij echtscheiding is overeengekomen – een quasi-legaat aan te nemen. Zij wijst erop dat zolang het wettelijke uitgangspunt is dat de positie van legitimarissen beschermd wordt door hun een legitieme portie toe te kennen, het in overeenstemming met de strekking van het uitgangspunt is om huwelijkse voorwaarden waarbij een breukdelengemeenschap wordt aangegaan aan te merken als een quasi-legaat.¹² Gelet op de tegenargumenten die hiervoor zijn omschreven, is het nog maar zeer de vraag of de rechter hierin mee zal gaan.

Blokland merkt nog op dat mocht al sprake zijn van een quasi-legaat in deze situatie, de legitimaris daarmee alleen is geholpen als de echtgenoot van wie de legitimaris afstamt als eerste overlijdt en niet de stiefouder.¹³

Uit het voorgaande volgt dat aan de toepasselijkheid van de quasi-legatenregeling de nodige haken en ogen zitten. In het navolgende wordt gezien of de legitimaris nog een andere troef in handen heeft met artikel 3:45 BW, de Pauliana.

6 Paulianeus handelen

Indien een schuldenaar bij het verrichten van een onverplichte rechtshandeling wist of behoorde te weten

- 10 Kamerstukken II 1981/82, 17213, nr. 3, p. 13 e.v. (MvT). Vgl. ook Rb. Gelderland 3 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5835.
- 11 Rb. Gelderland 3 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5835.
- 12 De Leeuw in haar noot bij HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, FED 2024/41.
- 13 Blokland, Een civielrechtelijke kanttekening bij het HR-arrest over de breukdelengemeenschap: de legitimaris heeft het nakijken!, p. 8.

dat daarvan benadeling van een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden het gevolg zou zijn, is de rechtshandeling vernietigbaar en kan de vernietigingsgrond worden ingeroepen door iedere door de rechtshandeling in zijn verhaalsmogelijkheden benadeelde schuldeiser, onverschillig of zijn vordering vóór of na de handeling is ontstaan, aldus artikel 3:45 BW.

Allereerst dient dus sprake te zijn van een onverplichte rechtshandeling. Een breukdelengemeenschap kan enkel worden aangegaan bij huwelijkse voorwaarden. Het opmaken dan wel wijzigen van huwelijkse voorwaarden is een onverplichte rechtshandeling. Aan die voorwaarde wordt voldaan. Voorts is vereist dat de legitimaris wordt benadeeld. De benadeling moet aanwezig zijn op het tijdstip waarop de legitimaris zijn rechten doet gelden. Indien geprocedeerd wordt over de vraag of terecht een beroep wordt gedaan op artikel 3:45 BW is het voor de vereiste benadeling nodig, maar ook voldoende, dat zij aanwezig is op het moment dat op het beroep wordt beslist (middellijke benadeling).¹⁴ Voor de vraag of benadeling aanwezig is, dient de hypothetische situatie waarin de legitimaris zou hebben verkeerd zonder de gewraakte rechtshandeling vergeleken te worden met de situatie waarin hij feitelijk verkeert als die handeling onaangetast blijft.¹⁵

De legitimaris moet beperkt worden in zijn verhaalsmogelijkheden, zo volgt uit de tekst van de wet. Is de legitimaris een afstamming van de echtgenoot die het kleinste breukdeel heeft, dan zit de benadeling voor de legitimaris eerst en vooral in het feit dat zijn vordering veel lager uitvalt door het aangaan van de breukdelengemeenschap.¹⁶ Het is de vraag of de Pauliana daarop van toepassing is.¹⁷ Het dwingendrechtelijke karakter van de legitieme portie en de beschermingsgedachte van schuldeisers die aan artikel 3:45 BW ten grondslag ligt,¹⁸ staan een ruime uitleg voor en wel aldus dat onder de eis van benadeling in de verhaalsmogelijkheden ook valt dat door de onverplichte rechtshandeling de vorde-

14 HR 22 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1814, NJ 1996/706 m.nt. H.J. Snijders (Ravast e.a./Ontvanger). Vgl. hierover ook T.J. Mellema-Kranenburg, in: GS Vermogensrecht, art. 3:45 BW, aant. 6.1.

15 Vgl. HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3654, NJ 2001/654 (Diepstraten/Gilhuis), waarin dit criterium wordt gehanteerd bij de benadeling van schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden.

16 Ik ga in het navolgende uit van de situatie waarin de echtgenoot met achterlating van (een) legitimaris(sen) én het kleinste breukdeel als eerste overlijdt. De legitimaris had in dat geval nog geen vordering, maar deze ontstaat door het overlijden van die echtgenoot. De situatie dat de legitimaris reeds een niet-opeisbare legitieme portie heeft uit een nalatenschap van een vooroverleden (groot)ouder laat ik buiten beschouwing. In dat geval kan er door het aangaan van een breukdelengemeenschap wel degelijk een vermindering aan verhaalsmogelijkheden zijn indien de echtgenoot met het kleinste breukdeel aansprakelijk is voor voldoening van die legitieme portie.

17 Van een zogenaamde 'verruimde Pauliana' wilde de wetgever niet weten, Parl. Gesch. BW Boek 3 1981, p. 216. De verruimde Pauliana en de voorbeelden die daarbij zijn genoemd in de parlementaire geschiedenis zijn van geheel andere orde dan een lagere legitieme portie als gevolg van een breukdelengemeenschap. Daarom ga ik hier niet verder op in. Vgl. over de verruimde Pauliana ook Asser/Sieburgh 6-III 2022/593.

18 Mellema-Kranenburg, in: GS Vermogensrecht, art. 3:45 BW, aant. 1.2 en 1.3.

ring in omvang wordt beperkt. De wetgever wil met artikel 3:45 BW voorkomen dat de schuldenaar misbruik maakt van zijn vrijheid om over zijn vermogen te beschikken door zijn vermogen ten nadele van zijn schuldeisers te verzwakken.¹⁹ Het is in lijn met deze gedachte als de situatie van de benadeelde legitimaris bij een breukdelengemeenschap onder het bereik van artikel 3:45 BW wordt gebracht.

Over de benadeling wordt nog het volgende opgemerkt. Tot 1 januari 2012 toetste de rechter bij het maken of wijzigen van huwelijkse voorwaarden staande het huwelijk of geen gevaar voor benadeling van schuldeisers bestond. Sinds 1 januari 2012 is de rechterlijke toets of sprake is van benadeling van schuldeisers door de notaris overgenomen.²⁰ De notaris dient sindsdien extra zorgvuldig te onderzoeken of de wijziging van de huwelijkse voorwaarden geen benadeling van schuldeisers inhoudt.²¹ Ingevolge artikel 43 lid 1 van de Wet op het notarisambt moet een notaris partijen wijzen op de rechtsgevolgen die uit de inhoud van de huwelijkse voorwaarden kunnen voortvloeien, waarbij niet kan worden volstaan met het geven van een algemene toelichting.²² Dat heeft mijns inziens tot gevolg dat de zorgplicht van de notaris meebrengt dat hij partijen informeert over het mogelijke paulianeuze karakter van de breukdelengemeenschap indien legitimarissen daarvoor worden benadeeld.

Dat de notaris zich een oordeel moet vormen of sprake is van benadeling van schuldeisers betekent overigens niet dat nadien de huwelijkse voorwaarden onaantastbaar zijn.²³ De legitimaris kan met een beroep op artikel 3:45 BW het oordeel van de rechter inroepen over de huwelijkse voorwaarden of deze zelf buiten rechte vernietigen (art. 3:49 BW).

Naast een onverplichte rechtshandeling en benadeling van een of meer schuldeisers dient voldaan te worden aan het wetenschapsvereiste. De schuldenaar wist of behoorde te weten dat benadeling van – in dit geval – de legitimaris het gevolg zou zijn. Niet is vereist dat de schuldenaar de bedoeling heeft om legitimarissen te benadelen met de breukdelengemeenschap.²⁴ Op grond van artikel 3:45 lid 2 BW is bij wijziging van huwelijkse voorwaarden in een breukdelengemeenschap slechts van belang of de schuldenaar wetenschap van benadeling had. Wetenschap bij de andere echtgenoot is niet vereist. De schuldenaar ontvangt geen enkele tegenprestatie als een breukdelengemeenschap wordt aangegaan (al dan niet in combinatie met een finaal verrekenbeding bij echtscheiding).²⁵ Het voorgaande betekent

dat als een breukdelengemeenschap wordt aangegaan om erfbelasting te besparen, en niet met de bedoeling om legitimarissen te benadelen, er niettemin sprake kan zijn van paulianeus handelen.

Dat de hoogte van de legitieme portie niet bekend is op het moment dat de breukdelengemeenschap wordt aangegaan, vormt geen beletsel. Voor paulianeus handelen is niet vereist dat de handeling wordt verricht terwijl de hoogte van de vordering, die daardoor niet of niet volledig kan worden voldaan, bekend is. Voldoende is dat wetenschap bestaat omtrent benadeling van de legitimaris, waarvoor wetenschap omtrent het bestaan van die vordering noodzakelijk is.²⁶ Het bestaan van de (toekomstige) vordering van de legitimaris zal vrijwel altijd bekend zijn. Te meer als sprake is van een onterving. Daarbij kan de zorgplicht van de notaris bij het opmaken van de huwelijkse voorwaarden met zich brengen dat eventuele legitieme porties ter sprake zijn gekomen. Aan het vereiste ‘wist of behoorde te weten dat de legitimaris benadeeld zou worden’ zal daarmee vrij snel worden voldaan.

Hierbij verdient het nog opmerking dat de wet de legitimaris met meerdere bewijsvermoedens ook nog tegemoetkomt, te weten in artikel 3:46 lid 1 onder 3 sub a en 3:47 BW. Wel werpen deze bewijsvermoedens een beperking op in tijd. De huwelijkse voorwaarden dienen binnen één jaar voor het inroepen van de Pauliana te zijn gemaakt.

Naast het feit dat de hoogte van de legitieme portie nog onbekend zal zijn, bestaat de vordering ook nog niet op het moment dat de huwelijkse voorwaarden worden aangegaan. Dit is evenmin problematisch. De Pauliana biedt eveneens bescherming aan degene die eerst schuldeiser werd na het plaatsvinden van de benadelende handeling.²⁷

Het maken of wijzigen van huwelijkse voorwaarden tijdens het huwelijk is in diverse zaken als paulianeus aangemerkt.²⁸ Dit waren geen zaken waarbij een breukdelengemeenschap is aangegaan bij huwelijkse voorwaarden. Indien de eis van benadeling van schuldeisers ruim wordt uitgelegd, dan is het naar mijn mening voor de legitimaris mogelijk met een beroep op artikel 3:45 BW op te komen tegen huwelijkse voorwaarden waarin een breukdelengemeenschap is aangegaan. Wat mij betreft is die conclusie niet beperkt tot huwelijkse voorwaarden die staande het huwelijk worden gemaakt, maar kan hiervan tevens sprake zijn bij huwelijkse voorwaarden die voorafgaand aan het huwelijk worden opgesteld.²⁹ Voorts is niet van belang of de breukdelenge-

19 Mellema-Kranenburg, in: GS Vermogensrecht, art. 3:45 BW, aant. 1.2.

20 Rb. Gelderland 5 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1980.

21 Mellema-Kranenburg, in: GS Vermogensrecht, art. 3:45 BW, aant. 4.14.

22 Kamer voor het notariaat 's-Hertogenbosch 18 april 2016, ECLI:NL:TNORSHE:2016:5 en Hof Amsterdam 13 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5343.

23 Rb. Gelderland 5 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1980.

24 Rb. Rotterdam 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8027.

25 Vgl. Rb. Rotterdam 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8027.

26 Rb. Rotterdam 25 september 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:7531.

27 Asser/Sieburgh 6-III 2022/589 en J. Hijma & M.M. Olthof, Compendium Nederlands vermogensrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2023/58.

28 Vgl. Rb. Rotterdam 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8027, Rb. Gelderland 13 augustus 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:5276 en Rb. Gelderland 5 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1980.

29 Terzijde merk ik op dat ik een succesvol beroep op art. 3:40 BW niet mogelijk acht. Art. 3:40 BW heeft als sanctie nietigheid. Huwelijkse voorwaarden waarin een breukdelengemeenschap wordt aangegaan zijn niet nietig. De toelaatbaarheid volgt nadrukkelijk uit het arrest van de Hoge

meenschap al dan niet gecombineerd wordt met een finaal verrekenbeding bij echtscheiding. Daaruit komt wellicht nog sterker de bedoeling naar voren om legitimarissen te benadelen, maar dat is geen vereiste voor een geslaagd beroep op paulianeus handelen.

Slaagt het beroep van de legitimaris op paulianeus handelen, dan is sprake van relatieve nietigheid: de vernietiging werkt slechts ten behoeve van deze legitimaris en strekt niet verder dan nodig is ter opheffing van de door hem ondervonden benadeling (art. 3:45 lid 4 BW).³⁰ Het zij nog vermeld dat de vordering tot vernietiging aan verjaringstermijnen onderhevig is. De verjaringstermijn bedraagt op grond van artikel 3:52 lid 1 sub c BW drie jaren nadat de benadeling door de legitimaris is ontdekt.³¹

Komen we terug op de casus dat M een kind zou hebben uit een vorig huwelijk, welk kind is ontferd. Uitgaand van een totaal vermogen van M en V van € 4.000.000 leidt dat tot het volgende. Op basis van de breukdelengemeenschap van 90/10 is de nalatenschap van M € 400.000. K's legitieme portie bedraagt dan $(1/2 \times 1/2 \times € 400.000) € 100.000$. Als K een geslaagd beroep doet op artikel 3:45 BW, dan wordt gekeken naar de situatie waarin K zou hebben verkeerdt als M en V de breukdelengemeenschap niet waren aangegaan. Dat betekent dat voor de berekening van de legitieme portie van K uitgegaan dient te worden van een algehele gemeenschap van goederen tussen M en V, de situatie zoals deze was voorafgaand aan het sluiten van de litigieuze huwelijkse voorwaarden. De hoogte van de legitimaire massa voor de berekening van de legitieme portie van K is dan $(1/2$

van € 4.000.000) € 2.000.000. De legitieme portie bedraagt daarmee $(1/2 \times 1/2 \times € 2.000.000) € 500.000$. Een verschil van maar liefst € 400.000.

7 Conclusie

Indien de breukdelengemeenschap – al dan niet gecombineerd met een finaal verrekenbeding bij echtscheiding – civielrechtelijk zonder consequenties blijft, dan kan dat voor de legitimaris tot onbevredigende uitkomsten leiden. In dat geval is de conclusie dat de breukdelengemeenschap niet legitiem is voor de legitimaris. De praktijk moet uitwijzen of de regeling van het quasi-legaat of de Pauliana een correctie kan vormen om tot een rechtvaardiger resultaat te komen voor de legitimaris. Voor de Pauliana schat ik de kansen daarbij groter in dan voor het quasi-legaat. Totdat duidelijkheid is verkregen dienen notarissen in hun advisering erop bedacht te zijn dat de breukdelengemeenschap civielrechtelijk nog niet is uitgekristalliseerd en strekt hun zorgplicht zich ook uit tot het wijzen van hun cliënten op de mogelijke civielrechtelijke gevolgen. Kortom, de Hoge Raad heeft een aantal fiscale vragen beantwoord, maar daarmee minstens zoveel civiele vragen in het leven geroepen.

Raad van 16 februari 2024. Voorts verdient het opmerking dat de Hoge Raad geen onderscheid maakt tussen benadeling in de zin van art. 3:45 BW en benadeling bij art. 3:40 BW. Ook bij art. 3:40 BW gaat het derhalve om benadeling in de verhaalsmogelijkheden, zie B. Hoops, Het verbod van de opzettelijke en onevenredige benadeling van schuldeisers als een sub-norm van de goede zeden: lessen uit het arrest Van Boekhold/Haveman van de Hoge Raad, WPNR 2015, afl. 7063, p. 445. Mocht de rechter niet meegaan in de ruime benadering van de benadelingseis bij art. 3:45 BW, dan geldt dat dus evengoed voor art. 3:40 BW. Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten verder op deze bepaling en haar voorwaarden in te gaan. Verwezen wordt naar het artikel van Hoops en de daarin genoemde literatuurverwijzingen.

30 Vgl. Asser/Sieburgh 6-III 2022/598.

31 Terzijde wordt nog kort het volgende aangestipt. Het is niet zo dat de legitimaris – als aan de voorwaarden van de Pauliana wordt voldaan – uitsluitend op die bepaling een beroep mag doen. De legitimaris kan er ook voor kiezen een beroep te doen op art. 6:162 BW. De verjaringstermijn bij een onrechtmatige daad bedraagt twintig jaren. Wanneer de legitimaris de verjaringstermijn voor een geslaagd beroep op art. 3:45 BW heeft laten verstrijken, kan alsnog een vordering worden ingesteld ex art. 6:162 BW, zie Mellema, in GS Vermogensrecht, art. 3:45 BW, aant. 11.3 en 11.6 en K.J.O. Jansen, in: GS Onrechtmatige daad, art. 6:162 BW, aant. 6.2.11. De rechtsgevolgen van beide acties verschillen. Een geslaagd beroep op art. 6:162 BW levert een schadevergoeding op. De verhaalsmogelijkheden worden door deze actie niet verruimd. De breukdelengemeenschap blijft intact. De omvang van de nalatenschap blijft gelijk aan het breukdeel uit de huwelijkse voorwaarden. Bij een nalatenschap die door alle erfgenamen beneficiair is aanvaard, kan de legitimaris daardoor alsnog aan het kortste eind trekken. Het gaat deze bijdrage te buiten verder in te gaan op de onrechtmatigedaadsactie bij een breukdelengemeenschap. Hetzelfde geldt voor de samenloop tussen onrechtmatig en paulianeus handelen. Daarvoor wordt verwezen naar de hiervoor aangehaalde bronnen en de literatuurverwijzingen daarin.