

DE LEGITIEME ONTBLOOT OF DOOD? LEVE DE ECHTGENOOT!(1)

door

Alain VERBEKE(2)

In deze bijdrage wordt onderzocht in welke mate de techniek van het voorbehouden erfdeel, legitieme portie of reserve in het erfrecht kan worden verantwoord.

Vooreerst wordt aan de hand van een rechtsvergelijkende typologie nagegaan welke de diverse opties zijn rond deze probleemstelling: gaande van de klassieke reserve-regeling uit de Romaanse rechtsfamilie (Leve de legitieme), over de meer uitgeholde en beperktere reservebescherming in de Germaanse en Scandinavische rechtsstelsels (De legitieme ontbloot) tot de Anglo-Amerikaanse rechtsfamilie waar de reserve quasi onbestaand is (De legitieme dood) (Hoofdstukken II-IV).

Op basis van deze analyse wordt de vraag gesteld naar de wenselijkheid van de afschaffing van de erfrechtelijke reserve. Na onderzoek van argumenten pro en contra, wordt geconcludeerd dat de reserve voor bloedverwanten niet verdedigbaar is (Hoofdstuk IV).

Het rechtsvergelijkend onderzoek toont tevens een tendens aan tot bescherming van de langstlevende echtgenoot. In Hoofdstuk V (Leve de echtgenoot) wordt nagegaan hoe dergelijke bescherming kan worden tot stand gebracht: via huwelijksvermogensrecht en/of via erfrecht. Bijzondere aandacht gaat hierbij naar het nieuwe Nederlandse erfrecht dat wellicht begin 2002 in werking zal treden.

Tot slot wordt in het laatste hoofdstuk gepoogd een coherent voorstel te formuleren waarbij op een meer genuanceerde wijze dan vandaag in ons recht het geval is een evenwicht wordt gerealiseerd tussen beschikkingsvrijheid en verantwoordelijkheid. Het uitgangspunt hierbij is de beschikkingsvrijheid die enkel aan de kant kan worden gezet op basis van een verantwoorde grondslag en met respect voor het evenredigheidsbeginsel. De conclusie is dat er nood is aan minimale dwingende rechten voor de langstlevende echtgenoot via huwelijksvermogensrecht. In het erfrecht daarentegen moet de testeervrijheid in ere worden hersteld. Zowel de reserve van kinderen en ouders, als deze van echtgenoten moet worden afgeschaft. Wel zijn eventuele vermogensaanspraken tegen de nalatenschap op grond van verzorgings- en bijdrage-idee aanvaardbaar.

Rekening houdend met de Belgische en Nederlandse sociale realiteit wordt dit voorstel tot slot nog afgezwakt in die zin dat kan worden aangenomen dat afschaffing van de reserve voor kinderen voor velen onbespreekbaar zou kunnen zijn. Daarom wordt het voorstel gematigd door te poneren dat dan op zijn minst de bestaande reserveregeling op een aantal fundamentele punten moet worden bijgesteld. In Nederland wordt daaraan tegemoet gekomen met het nieuwe erfrecht. België zou daaraan een voorbeeld moeten nemen.

(1) Inaugurale rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van Gewoon Hoogleraar Privaatrecht in het bijzonder in de Rechtsvergelijking aan de Katholieke Universiteit Brabant te Tilburg op vrijdag 16 juni 2000 om 16 u 15 in de grote aula van de KUB.

(2) Tevens Buitengewoon Hoogleraar K.U.Leuven en Hoogleraar U.I.Antwerpen.

INHOUD

PROBLEEMSTELLING (1-3)

- I. KERNCONCEPTEN (4-34)
 - A. Huwelijksvermogensrecht - Erfrecht - Schenkingen (4-7)
 - B. Drie soorten van regels (8-21)
 - 1. Aanvullend recht (9-14)
 - 2. Wils- en contractsvrijheid (15-16)
 - 3. Dwingend recht (17-21)
 - C. Belangenafweging (22-25)
 - D. Drie rechtsvergelijkende types (26-32)
 - 1. Leve de legitieme - Romaanse traditie (28-30)
 - 2. De legitieme ontbloomt - Germaanse en Scandinavische traditie (31)
 - 3. De legitieme dood - Anglo-Amerikaanse traditie (32-34)
- II. LEVE DE LEGITIEME! (35-54)
 - A. Eerste vraag: Wie kan een reserve opeisen? (36-37)
 - B. Tweede vraag: Berekeningsbasis voor de reserve? (38-41)
 - C. Derde vraag: Hoeveel kan een reservatair opeisen? (42-44)
 - D. Vierde vraag: Aard van de reserve? (45-47)
 - E. Vijfde vraag: Ontneming van reserve? (48-51)
 - F. Het verhaal van Jip en Janneke. Over de hypocrisie van de reserve (52-54)
- III. DE LEGITIEME ONTBLOOT! (55-76)
 - A. Eerste vraag: Wie kan een reserve opeisen? (57-59)
 - B. Tweede vraag: Berekeningsbasis voor de reserve (60-63)
 - C. Derde vraag: Omvang van de reserve (64-65)
 - D. Vierde vraag: Aard van de reserve (66-71)
 - E. Vijfde vraag: Ontneming van de reserve? (72-76)
- IV. DE LEGITIEME DOOD! (77-126)
 - A. Anglo-Amerikaanse rechtsfamilie (77-92)
 - 1. Engeland (79-82)
 - 2. British Columbia (83-84)
 - 3. Québec (85-89)
 - 4. Zuid-Afrika (90-92)
 - B. Naar een afschaffing van de reserve? (93-126)
 - 1. Rechtsvergelijkende conclusies (93-100)
 - 2. Argumenten ter verantwoording van de reserve (101-105)
 - a. Moraal en fatsoen (101-102)
 - b. Verzorging (103)
 - c. Sociaal adequaat (104-105)
 - 3. Kritische beschouwingen — Argumenten voor afschaffing van de reserve (106-126)
 - a. Moraal, natuurrecht en rechtsbewustzijn anders ingevuld (106-107)
 - b. Elitair (108-112)
 - c. Gelijke behandeling niet louter financieel (113-115)
 - d. Beschikkingsvrijheid is een grondrecht (116-119)
 - e. Individualisering (120-121)
 - f. Vereenvoudiging (122)
 - g. Verzorgingsidee (123-125)

- h. Bijdrage-idee (126)
- V. LEVE DE ECHTGENOOT! (127-172)
 - A. Primaat van de echtgenoot (128-134)
 - B. Bescherming van de langstlevende echtgenoot (135-172)
 - 1. Bescherming via huwelijksvermogensrecht (136-157)
 - a. Aanvullend recht (wettelijk stelsel) (139-150)
 - i) Stelsels van gemeenschap van goederen (140-143)
 - ii) Stelsels van scheiding van goederen (144-150)
 - b. Contractsvrijheid (151-153)
 - c. Dwingend recht (154-157)
 - 2. Bescherming via erfrecht (158-172)
 - a. Reserve of legitieme portie (158-163)
 - b. Andere vormen van erfrechtelijke bescherming (164-166)
 - c. Nederland nu en straks (167-172)
- VI. NAAR EEN BETER EVENWICHT TUSSEN BESCHIKKINGSVRIJHEID EN VERANTWOORDELIJKHEID (173-214)
 - A. Beschikkingsvrijheid als uitgangspunt (173-175)
 - B. Verantwoorde grondslag voor vermogensaanspraak (176-184)
 - 1. Bloedverwantschap (177-178)
 - 2. Verzorgingsidee (179-181)
 - 3. Bijdrage-idee (182-184)
 - C. Vermogensaanspraak conform het proportionaliteitsbeginsel. Een concreet voorstel (185-214)
 - 1. Primaat van de echtgenoot en van het huwelijksvermogensrecht (186-193)
 - 2. Geen reserve of legitieme. Wel dwingende vermogensaanspraken (194-209)
 - a. Omkering van de bewijslast (198-201)
 - b. Dwingende vermogensaanspraken op basis van verzorgingsidee (202-206)
 - c. Dwingende vermogensaanspraken op basis van bijdrage-idee (207-209)
 - 3. Concrete illustraties van het voorgestelde systeem (210-214)
- VII. CONCLUSIE EN STELLINGEN (215-221)
- DANKZEGGINGEN

Verkort aangehaalde werken

- European Succession Laws*
MCGOVERN e.a. 1988
VAN MOURIK 2000
PITLO/VAN DER BURGHT 1997
Reserve in vraag I
Reserve in vraag II
Reserve in vraag III
VERBEKE 1995
- HAYTON, D. (ed.), *European Succession Laws*, Bristol, Jordans, 1998
MCGOVERN, W.M. Jr., KURTZ, S.F. en REIN, J.E., *Wills, Trusts and Estates*, St.Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1988
VAN MOURIK, M.J.A., *Nieuw erfrecht*, Studiepockets privaatrecht nr. 59, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Wilink, 2000, tweede druk
PITLO en VAN DER BURGHT, *Erfrecht*, Deventer, Gouda Quint, 1997, negende druk
KFBN (ed.), *De erfrechtelijke reserve in vraag gesteld*, Deel I, Rechtsvergelijking, Brussel, Bruylant, 1997
KFBN (ed.), *De erfrechtelijke reserve in vraag gesteld*, Deel II, Belgisch recht, Brussel, Bruylant, 1997
KFBN (ed.), *De erfrechtelijke reserve in vraag gesteld*, Deel III, Voorstellen, Brussel, Bruylant, 2000
VERBEKE, A., *Goederenverdeling bij echtscheiding*, Antwerpen, Maklu, 1995, tweede ongewijzigde druk

Mijnheer de Rector Magnificus,
Mijnheer de Decaan,
Collega's,
Dames en Heren,
Vrienden,

Het is voor mij een grote eer om u vandaag te mogen toespreken naar aanleiding van de aanvaarding van mijn ambt als hoogleraar privaatrecht in het bijzonder rechtsvergelijking aan de Katholieke Universiteit Brabant. Sinds september vorig jaar heb ik bijna wekelijks kunnen ondervinden dat het deel mogen uitmaken van de prestigieuze Tilburgse rechtsfaculteit en zijn vakgroep privaatrecht niet alleen een voorrecht is, maar nog veel meer een waar genoegen. Met oprechte blijdschap en dank begroet ik dan ook u allen, zo talrijk hier aanwezig, die zich de moeite hebben getroost, velen van over de landsgrenzen heen, om tot hier te komen. Van harte welkom.

Sommigen onder u meldden mij reeds dat de titel die ik voor deze inaugurale rede heb gekozen, hun nieuwsgierigheid prikkelt. Ik hoop dat ik er zal in slagen om deze interesse en belangstelling op een boeiende wijze te beantwoorden.

Probleemstelling

1. De probleemstelling die ik aan u wens voor te leggen, bevindt zich op het raakvlak tussen huwelijksvermogensrecht en erfrecht, en omvat tevens een belangrijke rechtsvergelijkende component. Het betreft vooral een fundamenteel menselijke vraagstelling, die elk van ons raakt.

„Mag ik vrij beslissen om vrijwel niets van mijn bezittingen na mijn overlijden te vermaken aan mijn echtgenote Els en mijn kinderen Alexander, Charlotte en Jan-Willem?

Mag ik via schenking en testament bewerkstellingen dat bijna geheel mijn vermogen toekomt aan het Rode Kruis en de Stichting KUBrabant?”

2. Deze vraag kan op verschillende manieren worden beantwoord, al naargelang de belangen die men wenst te laten primeren. Het is mijn bedoeling om u mee te nemen op een internationale wandeling die illustreert hoe verschillend op deze problematiek wordt gereageerd. Na deze rechtsvergelijkende promenade zal ik pogen mijn betoog te beëindigen met een duidelijke en onderbouwde stelling.

Zonder enige twijfel zal elk van u een opinie hebben en vormen omtrent deze wezenlijke vraag. Misschien zullen we geheel of gedeeltelijk van mening verschillen. Dat is prima. Ik daag u uit om mij kritisch te bejegenen. Ik reken zelfs op uw weerstand en tegenspraak, zoals ik het dagelijks gewoon ben van mijn echtgenote en kinderen. Wel vraag ik u om mij te aanhoren met een open geest, zonder vooroordelen, zonder vastgeklemd te zitten in een traditionele opvatting. Alleen door een open en constructieve dialoog, die alle mogelijkheden zonder schroom of vrees onderzoekt en exploreert, kan een degelijke en weloverwogen oplossing worden gevonden voor de fundamentele maatschappelijke vragen die hier aan de orde zijn.

3. De uiteenzetting is onderverdeeld in zes hoofdstukken en een finale conclusie waarin een aantal stellingen worden geponoerd.

I — Kernconcepten

II. — Leve de legitieme!

III. — De legitieme ontbloot!

IV. — De legitieme dood!

V. — Leve de echtgenoot!

VI. — Naar een beter evenwicht tussen beschikkingsvrijheid en verantwoordelijkheid

VII. Conclusie en stellingen

I. Kernconcepten

A. HUWELIJKSVERMOGENSRECHT — ERFRECHT — SCHENKINGEN

4. Het huwelijksvermogensrecht is het geheel van regels dat bepaalt wat er gebeurt met het vermogen ingevolge een huwelijk. Het betreft dus noodzakelijkerwijze de vermogenspositie van twee natuurlijke personen, de echtgenoten.

5. In onze moderne maatschappij worden terecht naast het klassieke huwelijk ook meer en meer andere samenlevingsvormen erkend en wettelijk geregeld. In Nederland is er het geregistreerd partnerschap⁽³⁾ waarop alle regels van huwelijksvermogensrecht evenzeer

(3) Wet op het geregistreerd partnerschap, in werking getreden op 1 januari 1998, geregeld in artikel 80a tot 80e Boek 1 Ned. B.W. Zie onder meer PITLO en VAN DER BURGHT, *Personen- en familierecht*, Gouda Quint, 1998, elfde druk, 426-440.

toepasselijk zijn (artikel 80b Boek 1 Ned. B.W.). Behalve in de Scandinavische wereld, is men in vele andere landen nog niet zover. Toch is b.v. in België sinds 1 januari 2000 de regeling inzake wettelijke samenwoning in werking getreden waarbij een — weliswaar beperkt — aantal huwelijksvermogensrechtelijke regels naar analogie van toepassing wordt gemaakt op de samenwoners(4). In Frankrijk kent men sinds kort de „*pacte civil de solidarité*” ingevolge waarvan op geregistreerde samenwoners bepaalde aan het huwelijksvermogensrecht analoge regels van toepassing zijn(5).

Naar mijn oordeel verdient het Nederlandse voorbeeld navolging. In de mate dat de samenwoning enige duurzaamheid vertoont, waartoe door de wetgever criteria kunnen worden vastgelegd, verdient de samenwonende partner te worden gelijk geschakeld met een echtgenoot(6). Wat hierna zal worden gezegd over echtgenoot en langstlevende echtgenoot, geldt derhalve *mutatis mutandis* ook voor de partner in een duurzaam samenwoningsverband zoals het Nederlandse geregistreerde partnerschap of enige daarmee vergelijkbare vorm.

6. Het erfrecht is het geheel van regels dat bepaalt wat er gebeurt met het vermogen van één welbepaalde natuurlijke persoon indien hij komt te overlijden. Kenmerkend voor de verkrijging door erfgenamen is dat dit gebeurt om niet, dit wil zeggen kosteloos, behoudens uiteraard hetgeen moet worden betaald aan de gretige overheid die zoals gewoonlijk te pas en te onpas aan de kassa wenst te passeren (successierechten en rechten van overgang bij overlijden).

7. Dit kosteloze karakter van de verkrijging uit erfrecht verklaart ook de natuurlijke link tussen het erfrecht en het schenkingenrecht. Door een schenking verkrijgt de begiftigde evenzeer een bepaald goed zonder er

(4) Wet van 23 november 1998, *B.S.* 12 januari 1999, die de nieuwe artikelen 1475-1479 invoert in het Belg. B.W. Zie onder meer C. DE BUSSCHERE, „Het wettelijk samenwonen: wet van 23 november 1998”, *Notarius* 1999, 18-25; E. DE KEZEL, „De wet tot invoering van de wettelijke samenwoning: een maat voor niets?”, *A.J.T.* 1999-2000, 129-139; Y.-H. LELEU, „De vermogensrechtelijke gevolgen van de wettelijke samenwoning. Commentaar bij de virtuele wet van 23 november 1998”, *Not. Fisc. M.* 1999, 123-134; J.-L. RENCHON, „Mariage, cohabitation légale et union libre”, in *Liber amicorum M.-T. Meulders-Klein*, Brussel, Bruylant, 1998, 549-573; P. SENAËVE en E. COENE, „De Wet van 23 november 1998 tot invoering van de wettelijke samenwoning”, *E.J.* 1998, 150-165. Zie ook de bijdrage van SENAËVE in de voetnoot hierna.

(5) Loi no 99-944 van 15 november 1999, *Journal Officiel* 16 november 1999, p. 16959 e.v. Zie daarover P. SENAËVE, „De Belgische 'wettelijke samenwoning' en het Franse 'pacte civil de solidarité': enkele rechtsvergelijkende beschouwingen”, in A. VERBEKE, J. VERSTRAETE en L. WEYTS (eds.), *Facetten van ondernemingsrecht. Liber amicorum Professor Frans Bouckaert*, Leuven, UPL, 2000, 437-453.

(6) Een grondige bespreking daaromtrent past niet binnen het bestek van dit werk. Ik beperk mij hier tot een verwijzing naar het Nederlandse recht.

voor te moeten betalen (opnieuw met uitzondering van aan de overheid te betalen registratierechten). Het verschil is dat de persoon die dit geeft, nog in leven is. De schenking is zoals men zegt een akte onder de levenden. Daarom ook is de schenking een contract. Diegene die geeft is in leven en diegene die krijgt, gaat akkoord en aanvaardt. Hierna verwijst ik met de term erfrecht in de ruimste zin ook naar schenkingen.

B. DRIE SOORTEN VAN REGELS

8. Zowel in het huwelijksvermogensrecht als in het erfrecht kan men drie soorten van regels onderscheiden. Inzake het huwelijksvermogensrecht zal ik hier volstaan met een beknopte toelichting en zal ik de toepassing van deze regels nader illustreren in Hoofdstuk V.

1. *Aanvullend recht*

9. Vooreerst zijn er regels die van toepassing zijn voor het geval de burger zelf niets doet of regelt. Dit is aanvullend of suppletief recht.

10. Inzake huwelijksvermogensrecht bepaalt de wetgever (of in de Anglo-Amerikaanse jurisdicties soms de rechtspraak) welke de vermogensrechtelijke gevolgen zijn van het huwelijk tussen twee personen. Men noemt dit het wettelijk stelsel. In Hoofdstuk V zal ik de types toelichten die hierbij rechtsvergelijkend kunnen worden onderscheiden.

11. Ook in geval van overlijden zal de overheid bepalen wat er gebeurt met het vermogen van een persoon die zelf geen regeling heeft getroffen. Wie wat zal krijgen, wordt bepaald door het intestaatserfrecht: het erfrecht van toepassing *ab intestato*, dit wil zeggen bij ontstentenis van testament. Hoewel het intestaatserfrecht danig verschilt van land tot land, zijn er een aantal grote lijnen waar te nemen inzake de personen die in aanmerking komen om te erven.

12. Het fundamentele principe waarop het erfrecht zich van oudsher heeft gebaseerd is bloedverwantschap. Erfrecht is bloedrecht⁽⁷⁾. Het bloed wordt opgedeeld in drie lijnen: de rechte lijn naar beneden (descendenten), de rechte lijn naar boven (ascendenten) en de zijlijn (collateralen).

(7) Cf. F.W.J.M. SCHOLS, „Das nächste Blut erbt das Gut; Is het zonder bloed ook goed?!\", *FJR* 2000, 254-258.

Aldus is het voor velen vanzelfsprekend en bijna universeel dat als er kinderen zijn, deze in gelijke delen zullen kunnen erven(8). In tweede instantie komen dan de ouders en broers en zusters, verder de andere ascendenten (grootouders enzovoort) en nog verder de andere collateralen.

13. De confrontatie met een echtgenote van de overledene doet het bloed enigszins klonteren. Lange tijd voelde het erfrecht zich wat ongemakkelijk met deze intieme en geprivilegieerde buitenstaander(9). Het is in vele landen nog niet zo lang geleden dat de langstlevende echtgenote werd erkend als een volwaardige erfgenaam. In België b.v. pas sinds de Wet van 14 mei 1981.

De intestaatsbehandeling van de echtgenote verschilt grondig, zowel qua methode als qua omvang(10): soms een gelijk deel uit de pot in volle eigendom (kindsdeel)(11), soms een forfaitair breukdeel in volle eigendom(12), soms een deel(13) of alles in vruchtgebruik(14), soms

(8) Deze evidentie geldt niet voor de tegenstanders van het erfrecht op grond van bloedverwantschap, hetgeen verder in hoofdstuk IV nog wordt besproken. Evenmin was dit de regel in de feodaliteit waar ongelijke verdeling van grondbezit wezenlijk was om het vermogen in de familie te houden. Zie daarover en over nog andere toepassingen van het erfrecht, onder meer publiekrechtelijk: M. PUELINCKX-COENE, „Erfrecht anders bekeken”, *WPNR* 2000, nr. 6423, 812.

(9) Zie voor Nederland het historisch overzicht bij M.J.A. VAN MOURIK., „De meeslepende avonturen van de langstlevende echtgenoot (I)”, *NJB* 1982, 1-8.

(10) Cf. het schematische overzicht bij Ph. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, Parijs, Cujas, 1998, vierde druk, 77.

(11) Zoals b.v. in het huidige Nederlandse recht (artikel 899a Boek 4 Ned. B.W.). In Portugal krijgt de langstlevende een kindsdeel met een minimum van een kwart. Indien er dus vier of meer kinderen zijn, zullen de kinderen de resterende drie vierde in gelijke delen verkrijgen (zie GRUPO LEGAL PORTUGUES, „Succession Law in Portugal”, in *European Succession Laws*, p. 285, nr. 12.61).

(12) Een ruim deel wordt toegekend aan de langstlevende in het Zwitserse recht: de helft bij samenloop met kinderen en drie vierde bij samenloop met andere erfgenamen (D. BERTHER, „Succession Law in Switzerland”, in *European Succession Laws*, p. 335, nr. 14.50). Iets minder in Italië: de helft indien samenloop met één kind en een derde indien meerdere kinderen (artikel 581 CC) D.B. MACFARLANE, „Succession Law in Italy”, in *European Succession Laws*, 243); en in Denemarken een derde bij samenloop met kinderen (Wet 1 september 1986). Nog minder in het Griekse recht: een kwart bij samenloop met kinderen en de helft bij samenloop met andere erfgenamen (K.D. MAGLIVERAS, „Succession Law in Greece”, in *European Succession Laws*, 220 in fine). Ook in Duitsland erft de langstlevende slechts een kwart in geval van samenloop met kinderen, en de helft bij samenloop met ouders en hun afstammelingen (zie § 1931 I 1 BGB). Afhankelijk van het huwelijksvermogensstelsel wordt hier echter nog een correctie op toegepast (zie in Hoofdstuk V).

(13) Frankrijk: zie onder het hierna volgend randnummer. In Spanje verkrijgt de langstlevende dwingend als legitieme een derde, de helft of twee derde van de nalatenschap in vruchtgebruik (zie hoofdstuk V). *Ab intestato* verkrijgt zij geheel de nalatenschap in volle eigendom indien er geen kinderen en ascendenten zijn (artikel 944 Spaans B.W.).

(14) Zo in België (artikel 745bis e.v. B.W.). In Denemarken kan de langstlevende er voor opteren om, in geval er gemeenschappelijke kinderen zijn, vruchtgebruik te nemen op het totale onverdeelde gemeenschappelijk vermogen (J. QVISTE, „Succession Law in Denmark”, in *European Succession Laws*, 139).

een forfaitair maximumbedrag of ook nog alles beneden een bepaald plafond(15) en een breukdeel, in volle eigendom of vruchtgebruik, van het saldo daarboven(16). In bepaalde gevallen wordt een onderscheid gemaakt tussen onroerende en roerende goederen, met bijzondere aandacht voor de gezinswoning(17).

In de Amerikaanse Uniform Probate Code(18) wordt vrij radicaal de kaart van de langstlevende echtgenoot getrokken. Deze erft *ab intestato* de gehele nalatenschap indien hij in samenloop komt met kinderen die allen gemeenschappelijke kinderen zijn, alsook bij samenloop met andere bloedverwanten dan ouders(19).

(15) Zie b.v. in Schotland waar de langstlevende *prior rights* verkrijgt, die evenwel bij testament kunnen worden ontnomen. Zij heeft aldus recht op de gezinswoning of cash indien deze meer waard is dan 110.000 pond, huisraad ten belope van maximum 20.000 pond en daarbovenop nog een cash bedrag van 35.000 pond als er kinderen zijn en 50.000 pond indien geen kinderen (zie R. MACDONALD, „Succession Law in Scotland”, in *European Succession Laws*, 94).

(16) Vergelijk British Columbia: artikel 85 Estate Administration Act: de echtgenote in samenloop met kinderen krijgt alles indien de netto nalatenschap niet meer bedraagt dan 65.000 CAD. Boven dit bedrag gaat de helft naar de echtgenote bij samenloop met één kind en een derde bij samenloop met meerdere kinderen. In Engeland en Wales wordt een onderscheid gemaakt naargelang de omvang van de nalatenschap. Als de nalatenschap niet meer bedraagt dan 125.000 pond, dan krijgt de langstlevende alles. Is dat wel het geval en er zijn kinderen, dan krijgt de langstlevende 125.000 pond, alle „*personal chattels*”, en een „*life income*” op de helft van het saldo. Zijn er geen kinderen, maar wel ouders of volle broers en zusters, en bedraagt de omvang van de nalatenschap meer dan 200.000 pond, dan krijgt de langstlevende 200.000 pond, *personal chattels* en de volle eigendom van de helft van het saldo. Zijn er geen kinderen of afstammelingen, noch ouders, broers en zusters of hun afstammelingen, dan krijgt de langstlevende alles. Zie de tabel bij J. DENKER, „Succession Law in the British Isles”, in *European Succession Laws*, 132-133. Vergelijkbaar met de Engelse regeling is deze in het Isle of Man, sinds de wetwijziging van 1 april 1994 (zie bij N. MORRIS, „Succession Law in the Isle of Man”, in *European Succession Laws*, 129).

(17) In Jersey krijgt de langstlevende de volle eigendom van de onroerende goederen als er geen kinderen zijn en een kinsdeel daarvan als er kinderen zijn. Van de roerende goederen krijgt de langstlevende alles als er geen kinderen zijn, en alle huisraad, roerende goederen ter waarde van 30.000 pond en de helft van het saldo, als er wel kinderen zijn. In elk geval krijgt de langstlevende een recht van vruchtgebruik op de gezinswoning (artikelen 5-8 van de Wills and Succession Jersey Law 1993). Zie bij S. MEIKLEJOHN, „Succession Law in Jersey”, in *European Succession Laws*, 112-115.

(18) Deze uniforme wet is integraal ingevoerd als wettelijke regeling in verschillende Amerikaanse staten. In andere staten zijn grote delen van de Code als wet ingevoerd. Daarnaast oefent de UPC een belangrijke invloed uit op de rechtspraak. Diverse afzonderlijke Uniform Acts zijn in de loop der jaren geïntegreerd als onderdeel van de UPC. Zo werd b.v. artikel II van de UPC afzonderlijk afgekondigd als de Uniform Intestacy, Wills and Donative Transfers Act 1991. Zie L.H. AVERILL, *Uniform Probate Code in a nutshell*, St. Paul, Minnesota, West, 1993, derde druk, 7-10. Zie ook de vele verwijzingen en bibliografie aldaar.

(19) In samenloop met gemeenschappelijke kinderen en kinderen van de erflater die niet gemeenschappelijk zijn, krijgt de langstlevende van de netto-nalatenschap eerst 150.000 USD en de helft van het saldo; in samenloop met enkel kinderen van de erflater die geen kinderen zijn van de langstlevende wordt dat 100.000 USD en de helft van het saldo; in samenloop met ouders krijgt de langstlevende 200.000 USD en 3/4 van het saldo.

14. In Frankrijk daarentegen bevindt de langstlevende echtgenoot zich tot op vandaag in een benarde intestaatspositie, zowel bij overlijden van haar man zonder afstammelingen(20), als — en zelfs nog meer — in samenloop met kinderen(21). Zeer schrijnend is de situatie van de langstlevende geconfronteerd met overspelige kinderen, nu deze onlangs met het arrest *Mazurek* van het E.H.R.M. qua erfrecht op gelijke voet worden geplaatst als andere kinderen (zie verder in Hoofdstuk III.)(22).

Blijkens het verslag van de commissie Dekeuwer-Defosse is het de bedoeling deze intestaatsregeling te wijzigen en de positie van de langstlevende te versterken. De echtgenote die opkomt zonder afstammelingen zou nu toch ten minste voorgaan op de broers en zusters(23). Indien er kinderen zijn, zou de echtgenote vruchtgebruik krijgen op de totale nalatenschap (cf. België), maar alle kinderen van de overledene (gemeenschappelijke of niet) zouden over de mogelijkheid beschikken om hun reserve op te eisen in volle eigendom, op voorwaarde dat zij dan verzaken ten gunste van de echtgenote aan hun rechten in het beschikbaar gedeelte(24).

2. *Wils- en contractsvrijheid*

15. Een tweede type zijn de regels die van toepassing zijn omdat ze uitdrukkelijk zo door de betrokkene zijn gekozen en uitgewerkt. Hier geldt het beginsel van de wilsvrijheid of contractuele autonomie.

(20) M. GRIMALDI, *Droit patrimonial de la famille*, Parijs, Dalloz, 1998, 399-410; Ph. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, Parijs, Cujas, 1998, vierde druk, 79-83. Enkele voorbeelden: Ten eerste: Erflater zonder kinderen laat zijn echtgenote na en zijn ouders: Intestaatsoplossing: alles voor de ouders en de helft in vruchtgebruik voor de echtgenote. Ten tweede: Erflater zonder kinderen laat zijn echtgenote na, zijn moeder en twee zusters: Intestaatsoplossing: een vierde voor de moeder; drie achtste voor elke zuster; de helft in vruchtgebruik voor de echtgenote uit te oefenen op het erfdeel van de zusters. De echtgenote erft slechts rechten in volle eigendom in de nalatenschap indien er geen ascendenten noch bevoorrechte collateralen (broers, zusters, neven en nichten) opkomen.

(21) Hier is de toestand nog erger: vruchtgebruik voor de echtgenote op een kwart van de nalatenschap.

(22) Het zou fundamenteel onbillijk zijn dat de aanwezigheid van een overspelig kind het intestaats-erfdeel van een langstlevende echtgenoot reduceert tot een vierde van de nalatenschap in vruchtgebruik of dat dergelijk kind zelfs zou kunnen eisen dat de langstlevende de gezinswoning verlaat (*Defrénois* 2000, art. 37179, 657). Aldus wordt de ene discriminatie vervangen door een andere (J. THIERRY, „Noot onder E.H.R.M. 1 februari 2000”, *Dalloz* 2000, 335, in fine).

(23) Verslag van de commissie, 4 januari 2000, 87-88. Zie ook *La documentation française*, 1999, 147 e.v.

(24) Verslag van de commissie, 4 januari 2000, 92.

Dit is de vrijheid voor elke burger om zijn zaken te regelen op de wijze die hij het meest geschikt acht en om contracten aan te gaan zoals hij dit wenst, voor zover zijn medecontractant daar ook mee akkoord kan gaan. Wils- en contractsvrijheid is een fundamenteel principe in het Westerse recht, dat moet worden verdedigd en gevrijwaard, en enkel moet wijken voor verantwoorde en legitieme hogere belangen. Deze worden verwoord in regels van dwingend recht of openbare orde (zie hierna onder 3).

16. In het huwelijksvermogensrecht komt dit beginsel tot uiting in de mogelijkheid om een overeenkomst van huwelijksvoorwaarden (huwelijkscontract) aan te gaan. Dit is vrijwel overal ter wereld mogelijk, hoewel dit in de praktijk minder voorkomt in Anglo-Amerikaanse jurisdicties. Dit heeft ongetwijfeld iets te maken met de afwezigheid van een notarieel beroep zoals bij ons bekend(25).

In het erfrecht komt de wilsvrijheid tot uiting via testament en de contractsvrijheid via schenking. Beide rechtsfiguren zijn vrij universeel.

3. Dwingend recht

17. Ongebreidelde en absolute wils- en contractsvrijheid is niet mogelijk, in geen enkele materie. Zeer vaak is de wetgever van oordeel dat het nodig is om preventief tussen te komen en te vermijden dat onevenwichtige of onbillijke contracten zouden kunnen worden gemaakt.

18. Via dwingend recht legt de wetgever dan de wilsvrijheid aan banden. De term zegt het zelf: de overheid dwingt de burger om deze regels te aanvaarden. De wilsvrijheid of contractuele autonomie moet wijken. Enkel en alleen zoals de wetgever het voorschrijft, kan het gebeuren. Een mogelijkheid om daaraan te sleutelen of ervan af te wijken is er niet.

In de Anglo-Amerikaanse rechtsfamilie durven ook rechters, meer dan bij ons, op dergelijke wijze tussenkomen in overeenkomsten. In Nederland bieden de beginselen van de redelijkheid en billijkheid en artikel 6: 258 Ned. B.W. aan de rechter een zekere marge. Maar ook in België is dit onder omstandigheden denkbaar b.v. op grond van de theorie van het rechtsmisbruik, rechtsverwerking, beperkende wer-

(25) Cf. A. VERBEKE, „Contextuele benadering bij huwelijkscontracten”, *Not. Fisc. M.* 2000, nr. 3, 71-73.

king van de goede trouw en de m.i. correctere(26) doch in mindere mate aanvaarde normatieve uitleg van rechtshandelingen(27).

19. In het huwelijksvermogensrecht wordt dit dwingend recht ondergebracht in een aantal regels die worden aangeduid als de rechten en plichten van de echtgenoten, in België en Frankrijk ook het primair stelsel genoemd. Daarnaast zijn er een aantal (voornamelijk Anglo-Amerikaanse) landen die aan de rechter de mogelijkheid geven om tussen te komen in de vermogensverhouding tussen echtgenoten. Zie nader in Hoofdstuk V.

20. Fundamenteel in het erfrecht zijn de regels van dwingend recht (volgens sommigen zelfs van openbare orde) inzake de reserve of legitieme. Ik zal hierna de termen legitieme, legitieme portie, reserve en voorbehouden erfdeel als synoniemen door elkaar gebruiken, ook al zijn er landen waar de legitieme en de reserve naast elkaar bestaan en een onderscheiden betekenis hebben(28). Ook de termen langstlevende echtgenoot en echtgenote zal ik door elkaar hanteren, hoewel het *quod plerumque fit* zou nopen tot het gebruik van de term langstlevende echtgenote.

21. De legitieme geeft recht op een forfaitair vastgesteld deel van het vermogen van de overledene, dat de legitimaris of reservataire na het overlijden vrij en onbezwaard kan opeisen, in natura in erfgoederen of minstens de waarde daarvan, ook al heeft de erflater totaal anders beschikt. De legitimaris dient geen verantwoording te geven voor dergelijke aanspraak. Het loutere feit dat hij legitimaris is, volstaat. Het gaat om een dwingende wettelijke regel die de beschikkingsvrijheid van een persoon beperkt.

Men kan derhalve niet onbeperkt kosteloos beschikken over zijn vermogen. Dit kan niet bij leven en evenmin na overlijden. De reserve is een wilsrecht, zoals men dit in Nederland noemt: slechts als men er

(26) Zie het magistrale betoog van H.C.F. SCHOORDIJK, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer, Kluwer, 1979, 21-43.

(27) Zie daarover J. VAN DUNNÉ, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1971.

(28) Met name in Spanje waar een onderscheid bestaat tussen de *legitima* en de *reserva* (zie daarover in Hoofdstuk II).

aanspraak op maakt krijgt het recht op een legitieme daadwerkelijk zijn uitwerking(29).

Kenmerkend is dat de legitieme in oorsprong toekomt aan bloedverwanten, waarbij wordt gestreefd naar een gelijke behandeling. Mogelijke kritiek tegen het bestaan van de reserve is dan ook in de eerste plaats gericht tegen deze klassieke bloedverwanten-reserve. De aanvaardbaarheid van een reserve voor een langstlevende echtgenoot, die in bepaalde landen geldt, moet op een andere manier worden beoordeeld dan deze klassieke bloedverwanten-reserve.

C. BELANGENAFWEGING

22. Het leven is niets anders dan een belangenafweging. Elke dag weer bedrijft elk van u, honderden keren, deze nu eens evidente, dan weer moeilijke oefening, vaak onbewust. Elke keuze die u maakt, hoe klein of banaal ook (Welke das? Koffie of thee? Witte of rode wijn?) is het gevolg van een vaak supersnelle belangenafweging. Daarbij voegt zich een natuurwet: kiezen is verliezen. Het laten doorwegen van het ene belang gaat (minstens gedeeltelijk) ten koste van het andere belang.

In het recht is het niet anders. Niet alleen is elke wet of elk vonnis het resultaat van een hopelijk zorgvuldige en weldoordachte belangenafweging. Elke dagdagelijkse handeling, beslissing of advies van welke jurist ook zou steeds het gevolg moeten zijn van een weloverwogen belangenafweging. Het behoort tot het wezen van de opdracht van elke jurist, binnen zijn eigen activiteit en vanuit zijn specifieke invalshoek, te werken aan een dagelijkse attitude en alertheid die bijdraagt tot een betere balans in de verhoudingen tussen mensen(30).

23. De laatste jaren ben ik er mij steeds meer en sterker van bewust geworden dat dergelijke belangenafweging ook tot de wezenlijke opdracht behoort van een hoogleraar in de rechten. Het komt hem of haar niet toe om vanuit een superieure positie of ivoren toren interpretaties en redeneringen op de maatschappij los te laten die

(29) In een ruime omschrijving wordt onder wilsrecht begrepen elke uitdrukkelijk in de wet neergelegde, eenzijdig uit te oefenen bevoegdheid. Zie voor een uitvoerige analyse van het wilsrecht in het gehele privaatrecht: W. SNIDERS, „Wilsrechten, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht”, *WPNR* 1999, nrs. 6365, 6366, 6367, p. 558-565, p. 583-589 en p. 601-608.

(30) Zie mijn openingsrede voor de Conferentie van de Jonge Balie te Leuven en te Ieper, te verschijnen in het *Rechtskundig Weekblad* 2000-2001, december/januari, onder de titel „Recht is Balans is een Werkwoord”.

louter dogmatisch, technisch of intellectueel kloppen. Zoals alle actoren in het rechtsbedrijf heeft ook een hoogleraar de deontologische verplichting om in al zijn uitspraken omtrent het recht de finaliteit van dit recht voor ogen te houden. Als een kritische rebel moet hij steeds opnieuw het systeem en de regels in vraag stellen, in dienst van de maatschappij.

Recht is een relatief en louter toevallig gegeven, een keuze, een machtig instrument dat zorgvuldig moet worden gehanteerd om een bijdrage te leveren tot het uiteindelijke doel waarvoor het in het leven is geroepen: het regelen van verhoudingen tussen mensen op een zo redelijk en billijk mogelijke wijze. Het recht is een middel, geen doel op zich.

24. Ook de vraag naar de reserve of legitieme in het erfrecht betreft de afweging van diverse met elkaar conflicterende belangen. Eenvoudig gesteld is er het belang van familieleden om een deel van het vermogen te krijgen, het belang van gelijke behandeling voornamelijk van kinderen, dat staat tegenover het belang van een persoon om vrij en naar goeddunken te kunnen beschikken over zijn vermogen, ook kosteloos(31).

Dit conflict komt zeer duidelijk tot uiting in de vele parlementaire discussies en debatten op het einde van de achttiende eeuw, voorafgaandelijk aan de invoering van de Code Napoléon in 1804. Uit de voorbereidende besprekingen blijkt hoe de revolutionaire wetgever een afweging poogde te maken tussen de *égalité* (van de kinderen) en de *liberté* (van vermogensbeschikking)(32).

25. In principe omvat het eigendomsrecht het recht om van zijn zaak te genieten zoals men dat wil: het *ius utendi, fruendi et abutendi*. Als ik zin heb om een Chinese vaas met een waarde van 20.000 NLG aan scherven te gooien, dan mag ik dit doen (uiteraard op voorwaarde dat de scherven niemand verwonden). Logischerwijze moet hieruit dan toch volgen dat ik die vaas ook aan iemand mag weggeven of ze na mijn overlijden mag vermaken (legateren) in een testament; of dat ik na een copieuze maaltijd aan de ober een fooi van tien miljoen Bef mag geven, als ik dat per se zou willen?

Deze veronderstelling klopt wel, maar niet in onbeperkte mate. Dergelijke handelingen zullen worden getoetst ten aanzien van mijn totale

(31) Er zijn natuurlijk nog tal van andere belangen in het spel. Zie voor een opsomming: K.D. MAGLIVERAS, „Succession Law in Greece”, in *European Succession Laws*, 208.

(32) F. STEVENS, „De reserve in historisch perspectief”, in *Reserve in vraag II*, 21.

vermogen en zodra ik bepaalde grenzen overschrijd (het zgn. beschikbaar deel), zal een correctie mogelijk zijn op grond van de reservebescherming (vordering tot inkorting). De reserve garandeert immers voor bepaalde dichte familieleden dat zij na het overlijden een deel van het vermogen zullen ontvangen.

D. DRIE RECHTSVERGELIJKENDE TYPES

26. In een tijd waarin wordt gezocht naar de „*common core*” van het Europese privaatrecht biedt de legitieme eigenlijk een prachtig voorbeeld van een gemeenschappelijk kenmerk in het erfrecht van bijna alle Europese landen(33). Zowel in de landen van de Romaanse(34), de Germaanse(35) als de Scandinavische(36) rechtsfamilie behoort de reserve tot de kern van het erfrecht. In Europa is enkel in Engeland, notoir vertegenwoordiger van de Anglo-Amerikaanse rechtsfamilie, de reserve totaal onbestaand.

27. Toch is de draagwijdte van de reserve in deze Europese traditie niet gelijkwaardig. Wel integendeel. Het is opmerkelijk dat de volgende drie hoofdstukken rechtsvergelijkend mooi corresponderen met drie types van benadering van de legitieme:

- Leve de legitieme = de Romaanse traditie
- De legitieme ontbloot = de Germaanse en Scandinavische traditie
- De legitieme dood = de Anglo-Amerikaanse traditie.

1. Leve de legitieme — Romaanse traditie (zie Hoofdstuk II)

28. Enigszins veralgemenend kan inderdaad worden geponeerd dat de Romaanse rechtsfamilie de meest klassieke en conservatieve reserveregeling kent, gebaseerd op de Code Napoléon van 1804. Hier wordt de nadruk gelegd op een sterke bescherming van reservataire erfgenamen.

(33) Cf. A. VERBEKE en Y.-H. LELEU, „Harmonization of the Law of Succession in Europe”, in *Towards a European Civil Code II*, Kluwer Law International, 1998, 180-181.

(34) Type Frankrijk en verder onder meer België, Luxemburg, Italië, Spanje, Portugal, San Marino, Malta en het huidige Nederlandse recht.

(35) Type Duitsland en verder onder meer Oostenrijk, Liechtenstein, Zwitserland, Turkije, Griekenland en het nieuwe Nederlandse erfrecht.

(36) Zweden, Noorwegen, Finland, IJsland, Denemarken.

29. Frankrijk, nochtans *leading country* van de Romaanse rechtsfamilie, hierin gevolgd door het Groot-Hertogdom Luxemburg(37), heeft evenwel op essentiële punten een aanpassing doorgevoerd in de richting van een ontbloting van de reserve. Na de invoering van het nieuwe erfrecht, verwacht rond begin 2002, zal Nederland definitief deze groep van de legitieme-goeroes hebben verlaten en de overstap hebben gemaakt naar de groep van de legitieme-ontbloters.

30. Het Belgische recht kan worden beschouwd als kenmerkend voor een conservatieve en sterke reserveregeling, die niet meer aangepast is aan de omstandigheden van de huidige samenleving. Nederland daarentegen heeft met zijn nieuwe erfrecht(38) de juiste richting gekozen en zit op het goede spoor.

(37) Met de wet van 12 maart 1982 heeft het Luxemburgse recht bijna volledig de bestaande Franse erfwet overgenomen.

(38) Invoeringswet Boek 4 en titel 3 van Boek 7 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, eerste gedeelte (wijziging van Boek 4), aanvaard door de Tweede Kamer op 8 april 1998 en door de Eerste Kamer op 1 juni 1999, vastgesteld op 3 juni 1999 (*Stb.* 1999, 300). In de Eerste Kamer levert de bijzondere commissie voor de herziening van het Burgerlijk Wetboek kritiek in een Voorlopig verslag van 8 december 1998 en in een Verslag van 27 april 1999. De Memorie van Antwoord van 29 maart 1999 bevat een aantal tegemoetkomingen aan de opmerkingen vanwege de Eerste Kamer, dewelke, samen met nog enige technische aanpassingen, in de wet zouden worden verwerkt via een zogenaamde Bezemwet. Op 4 februari 2000 werd advies verleend door de Raad van State, dat met een nader rapport van 17 februari 2000 is gepubliceerd in *Tweede Kamer* 1999-2000, 27 021, B. Op 23 februari 2000 werd de Bezemwet bij de Tweede Kamer ingediend (*Tweede Kamer* 1999-2000, 27 021, nrs. 1-3). Inzake het overgangsrecht, zie Voorstel van Wet Invoering Boek 4 en Titel 3 van Boek 7 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, derde gedeelte (Overgangsrecht), *Tweede Kamer* 1999-2000, 26 822, nrs. 1-7 en A-B. Tot slot werd op 22 juli 2000 bij de Tweede Kamer ingediend de Invoeringswet Boek 4 en titel 3 van Boek 7 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, vierde gedeelte (aanpassing van de wetgeving aan het nieuwe erfrecht en schenkingenwet), de zgn. Aanpassingswet, *Tweede Kamer* 1999-2000, 27 245, nrs. 1-3 en A-B. Zie A. NUYTINCK „De gevolgen van het nieuwe erfrecht voor Boek 1 BW”, *FJR* 2000, 243-244.

De literatuur over het nieuwe Nederlandse erfrecht is uitgebreid. Zie onder meer: E.W.J. EBBEN, *De positie van de langstlevende echtgenoot en kinderen in het nieuwe erfrecht*, s.l., Boom Juridische Uitgevers, 2000; E.A.A. LUITEN, *Erfrecht; algemene inleiding en erfrecht bij versterf*, *Monografieën Nieuw BW B18*, Deventer, Kluwer, 2000; M.J.A. VAN MOURIK., *Nieuw erfrecht, Studiepockets privaatrecht 59*, Zwolle, Tjeenk Willink, 2000, tweede druk; M.J.A. VAN MOURIK, e.a., *Nieuw erfrecht. Overgangsrecht en anticipatie*, Deventer, Kluwer, 1999; M.J.A. VAN MOURIK (ed.), *Handboek nieuw erfrecht*, Deventer, Tjeenk Willink, 1998, eerste druk en 2000, tweede druk; *Nieuw Erfrecht. De consequenties voor de praktijk*, Zeist, Kerckebosch, 1998, eerste druk, en 2000, tweede druk; *Nieuw Erfrecht Tijdschrift*, Boom Juridische uitgevers, maart 2000, nr. 1; juni 2000, nr. 2; augustus 2000, nr. 3. Vigerend en nieuw erfrecht worden mooi naast elkaar geplaatst in het *Compendium Erfrecht*, Kluwer, Deventer, 1998, vijfde druk.

Overal waar ik verder bepaalde aspecten van het nieuwe Nederlandse erfrecht behandel, gelden voornoemde werken als referentie. Ik zal de verwijzing ernaar niet steeds herhalen en in de regel volstaan met enige bijkomende verwijzingen.

2. *De legitieme ontbloot — Germaanse en Scandinavische traditie*
(zie Hoofdstuk III)

31. De Germaanse en Scandinavische rechtsfamilies hebben nooit een zo sterke reserveregeling gekend als de Romaanse landen. Op diverse punten is hun regeling dan ook veel beter verteerbaar. In deze landen is tot op zekere hoogte een meer acceptabel evenwicht tot stand gebracht tussen de zgn. morele verplichtingen ten aanzien van legitimarissen en de rechtmatige wens van de overledene om in vrijheid en naar goeddunken over zijn vermogen te kunnen beschikken. Beschouwd ten aanzien van de sterke Romaanse reserveregeling kan hier zeker worden gewaagd van een ontblote reserve.

3. *De legitieme dood — Anglo-Amerikaanse traditie*
(zie Hoofdstuk IV)

32. Tot slot is er de Anglo-Amerikaanse traditie waar over het algemeen geen reservebescherming bekend is, althans niet ten gunste van bloedverwanten. Enige nuanceringen zijn hier nodig. Vooreerst zijn er enkele jurisdicties waar toch een vorm van reserve bestaat voor bloedverwanten. Daarnaast wordt in vele gevallen weliswaar niet voorzien in een reserve voor bloedverwanten, maar wel ten voordele van de langstlevende.

33. Hoewel de Schotse Succession Act in 1964 de bestaande reserveregeling afschaft, blijft ook daar een beperkt beschermd recht (*legal right*) bestaan voor echtgenote en kinderen op een deel van de roerende goederen(39). In Jersey, waar het erfrecht nog werd aangepast in 1993, blijft een legitieme portie voor echtgenoot en kinderen bestaan(40). Zoals in het intestaatserfrecht (zie hoger) wordt ook hier

(39) De Schotse reserve geldt enkel ten aanzien van roerende goederen. Deze *legal rights* komen na de *prior rights* van de langstlevende, die bij testament kunnen worden buiten werking gesteld (zie hoger). Er is een zgn. *ius relictæ* voor de langstlevende, met name de helft van de roerende nalatenschap als er geen kinderen zijn en een derde als er wel kinderen zijn. Daarnaast is er de zgn. *legitim* voor de kinderen, met name de helft van de roerende nalatenschap als er geen echtgenoot is en een derde als er wel een is. Er zijn voorstellen van de Law Commission om een en ander aan te passen (R. MACDONALD, „Succession Law in Scotland”, in *European Succession Laws*, 96).

(40) Op de onroerende goederen een *right of dower* voor de weduwe, met name een „*life interest*” in een derde, en een *droit de viduité* voor de weduwnaar, met name een „*life interest*” in alles op voorwaarde dat er kinderen zijn en tot een einde komend als hij hertrouwt. Ten aanzien van roerende goederen is er een legitieme voor de echtgenoot ten aanzien van huisraad en een derde van het saldo en voor de kinderen ook een derde. Bij afwezigheid van kinderen bedraagt de legitieme van de langstlevende het huisraad en twee derde van het saldo. Zie S. MEIKLEJOHN, „Succession Law in Jersey”, in *European Succession Laws*, 111 en p. 114.

onderscheid gemaakt tussen roerend en onroerend vermogen, en in het laatste geval zelfs tussen weduwe en weduwnaar. Ook in de Amerikaanse staat Louisiana bestaat een klassieke reserve(41).

34. Tal van Amerikaanse *common law* jurisdicties voorzien in een reservataire bescherming ten gunste van de langstlevende echtgenoot, doch niet ten aanzien van bloedverwanten noch kinderen. Ook in Ierland bestaat een reserve ten gunste van de langstlevende, doch niet voor kinderen. Zie verder daarover in Hoofdstuk V.

II. Leve de legitieme!

35. Bekijken we nu op beknopte wijze hoe de techniek van de reserve werkt in een systeem waar dit nog in zijn meest conservatieve vorm wordt toegepast, met name het Belgische recht(42). De volgende vijf vragen worden behandeld:

- *Eerste vraag*: Wie kan een reserve opeisen?
- *Tweede vraag*: Welke goederen komen in aanmerking als berekeningsbasis voor het voorbehouden erfdeel?
- *Derde vraag*: Hoeveel kan een reservataire opeisen?
- *Vierde vraag*: Wat is de aard van het recht van een reservataire?
- *Vijfde vraag*: Onder welke omstandigheden kan aan een reservataire het recht op zijn reserve worden ontnomen?

A. EERSTE VRAAG — WIE KAN EEN RESERVE OPEISEN?

36. Ik heb er al op gewezen dat het erfrecht van bloed is doordrenkt. *A fortiori* is dit het geval voor de reserve. In de *Code Civil* komt aan de kinderen en de ascendenten van de overledene een reservataire erfrecht toe.

Onder invloed van de rechtspraak van het E.H.R.M. (met in België vooral het bekende *Marckx* arrest) geldt de reservataire bescherming voor alle kinderen, ook deze geboren buiten het huwelijk. In het reeds genoemde recente arrest *Mazurek* veroordeelt het Europese Hof ook

(41) B. HANOTIAU, „Rapport sur la réserve en droit Anglais et en droit Américain”, in *Reserve in vraag I*, 262-263.

(42) Voor een prachtige uiteenzetting over de klassieke reserve, zie R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Leuven, KUL, 1960.

de Franse regeling van artikel 760 Fr. C.C. die overspelige kinderen qua erfrecht benadeelt, als ontoelaatbaar discriminatoir en in strijd met artikel 1 van het eerste Protocol en artikel 14 van het E.V.R.M.(43).

37. De aanspraak van ascendenten werd in België een kleine twintig jaar geleden afgezwakt in die zin dat een ascendent zijn reserve niet kan inroepen tegen een echtgenoot van de overledene (artikel 915, lid 2 Belg. B.W.).

Aan broers en zusters kwam in het Belgische recht nooit een voorbehouden erfdeel toe, hetgeen vrijwel een algemene regel blijkt te zijn. Slechts uitzonderlijk is dit het geval zoals b.v. in Turkije(44).

B. TWEEDE VRAAG — BEREKENINGSBASIS VOOR DE RESERVE?

38. Dit is een zeer cruciaal punt. Daar men er in de klassieke visie van uitgaat dat de reservataire recht hebben op een voorbehouden deel van het vermogen, moet worden voorkomen dat de erflater dit recht zou kunnen frustreren door zijn vermogen uit te hollen zodat er niet veel meer zou overblijven op het ogenblik van zijn overlijden. Daarom worden de reservataire rechten niet louter berekend op de bestaande goederen die de erflater nalaat op het ogenblik van zijn overlijden, maar moeten daar fictief alle goederen aan worden toegevoegd waarover de erflater tijdens zijn leven gratis heeft beschikt; de schenkingen dus.

39. In het Belgische recht wordt deze fictieve hereditaire massa samengesteld door eerst van de bestaande goederen de schulden af te trekken(45), en dan daaraan alle tijdens het leven gedane schenkin-

(43) E.H.R.M. 1 februari 2000, *Dalloz* 2000, 332, noot THIERRY; voor talloze andere plaatsen van publicatie en annotatie: zie *Defrénois* 2000, 654, nr. 29 ten aanhef. De verwijzing naar artikel 1 van het eerste additionele Protocol, dat het respect garandeert voor het eigendomsrecht, lokt verwondering en kritiek uit (zie de commentaar in *Defrénois* 2000, art. 37179, 656 medio). Zie meer algemeen over artikel 8 en 14 E.V.R.M.: A. BRÔTEL „Schutz des Familienlebens”, *RabelsZ* 1999, 580-599.

(44) Artikel 453 Turks B.W. Vroeger ook in artikel 471 Zwitsers BGB, maar afgeschaft door de Wet van 5 oktober 1984 in werking getreden op 1 januari 1988 (FERID/FIRSCHING, *Internationales Erbrecht, V^o Schweiz*, Munchen, C.H. Beck, p. 69, nr. 83).

(45) In de praktijk worden van de bestaande goederen eerst de schulden afgetrokken, waarna dan de schenkingen worden toegevoegd. Een letterlijke toepassing van artikel 922 Belg. B.W. noopt evenwel tot een schuldenaftrek na toevoeging van de schenkingen, hetgeen in het voordeel uitpakt van de reservataire. Zie daarover bij M. COENE, *Erfrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1996, tweede druk, p. 328-329, nr. 257.

gen toe te voegen, berekend tegen hun waarde op het ogenblik van het overlijden volgens hun staat of toestand op het ogenblik van de schenking(46).

40. De reden waarom alleen schenkingen moeten worden toegevoegd is gelegen in het feit dat men er vanuit ging dat alleen dergelijke kosteloze handelingen de rechten van reservataireen zouden kunnen uithollen. Voor handelingen onder bezwarende titel zag men geen probleem omdat er een tegenprestatie in het vermogen terecht komt, die dan in de plaats komt van het goed dat er uit is verdwenen: ik verkoop mijn twee jaar oude goudkleurige Skoda Favorit break en in de plaats ervan komt een som geld in mijn vermogen.

Vandaag worden er evenwel tal van handelingen onder bezwarende titel gesteld zonder dat enige return in het vermogen terecht komt, met name bij diverse vormen van dienstverlening. De weduwnaar die elke middag gaat lunchen in de Tilburgse Auberge du Bonheur en in het weekend regelmatig enkele vriendinnen uitnodigt in de Brusselse *Comme chez soi*, die frequent de drang voelt om een ver strand of een vreemde cultuur te verkennen, zou na verloop van tijd wel eens zijn vermogen kunnen uithollen op dezelfde wijze als het geval is met schenkingen. Nochtans kunnen de kinderen, m.i. zeer terecht trouwens, daar niet tegen reageren.

41. In het (Belgische) recht is het daarenboven niet altijd duidelijk wanneer precies sprake is van een schenking in de technische betekenis(47). Door diverse transacties niet als schenking aan te merken, of de verrekening ervan met het oog op de reserve te beperken of uit te sluiten, wordt de reserveregeling geleidelijk aan meer uitgehold(48). Transparantie en coherentie zijn hierbij vaak ver te zoeken.

Denken we vooreerst aan de klassieke regeling van de huwelijksvoordelen tussen echtgenoten die worden geacht, tot een bepaald plafond, te zijn aangegaan onder bezwarende titel (artikelen 1458 en 1464

(46) Een vergelijkbare regeling geldt in de andere landen van de Romaanse rechtsfamilie.

(47) Zie meer uitvoerig bij M. COENE, „De testeervrijheid en de verzorging van nabestaanden”, *T.P.R.* 1994, 1944-1962.

(48) Vergelijk M. PUELINCKX-COENE, „Een doorlichting van dertig jaar erfrecht”, in *Liber amicorum Roger Dillemans I*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 228-230.

Belg. B.W.)(49). Een ander voorbeeld is de tontine en het aanwasbeding, dat wordt geacht te zijn aangegaan onder bezwarende titel, met name als een kanscontract bij gelijke inbreng en gelijke leeftijd, en voor zover geen intentie van vrijgevigheid wordt aangetoond(50). Ik verwijst tenslotte naar de levensverzekering die de mogelijkheid biedt om kapitalen te laten toekomen aan derden, vaak gekwalificeerd als een onrechtstreekse schenking, terwijl enige reservataire aanval hier tegen zeer beperkt is(51).

C. DERDE VRAAG — HOEVEEL KAN EEN RESERVATAIR OPEISEN?

42. In de landen van de Romaanse rechtsfamilie wordt het voorbehouden erfdeel bepaald als een vastgesteld forfaitair breukdeel van de genoemde fictieve hereditaire massa. In Frankrijk en België heeft een kind recht op de helft, twee kinderen samen op twee derde, drie en meer kinderen samen op drie vierden(52). Het beschikbaar deel, dit is het gedeelte van zijn vermogen waarover iemand dan vrij mag beschikken, is dan respectievelijk beperkt tot de helft, een derde of een vierde. Als vader van drie kinderen kan ik dus slechts over een kwart van mijn goederen beschikken bij wijze van schenking of testament.

(49) Een vergelijkbare regeling bestaat in Frankrijk (A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux*, Parijs, Litec, 1998, nr. 1166). Aanvankelijk in tegenstelling tot de geplande regeling in Nederland (in titel 7.3) waar verblijvingsbedingen zouden worden vermoed giften te zijn indien gedaan zonder redelijke tegenprestatie, en waarbij werd bepaald dat de loutere wederkerigheid of de uitvoering van een natuurlijke verbintenis niet zou gelden als een redelijke tegenprestatie. Intussen is men hierop teruggekomen en wordt het verblijvingsbeding ook onder het nieuwe recht *in principe* niet beschouwd als een schenking, maar als kanscontract. Voor het erfrecht moet dit evenwel worden genuanceerd omdat wederkerigheid geen redelijke tegenprestatie vormt, evenmin als het voldoen aan een natuurlijke verbintenis. Aldus is een verblijvingsbeding wel geen gift, maar in de erfelijke sfeer wordt het beding gekwalificeerd als een „quasi-legaat” zo op het ogenblik van overlijden een redelijke tegenprestatie ontbreekt. Aldus wordt het verblijvingsbeding voor de toepassing van de regels van inkorting en vermindering als een legaat beschouwd (artikel 4.4.2.7b). Dit is de regeling der „quasi-legaten”. Zie daarover VAN MOURIK, 2000, 84 en 117; S. PERRICK, „Over giften terzake des doods, andere fictieve legaten en verwante rechtshandelingen onder het komende recht”, *WPNR* 2000, nr. 6422, 785-795. F.W.J.M. SCHOLS, in VAN MOURIK (ed.), *Handboek nieuw erfrecht*, Deventer, Tjeenk Willink, 2000, 2e druk, 144-150; J.B. VEGTER, „Het nieuwe schenkingsrecht”, *WPNR* 1999, nr. 6373, 730.

(50) Zie M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND en F. BUYSSSENS, „Overzicht van rechtspraak. Giften”, *T.P.R.* 1999, 851-853.

(51) Artikel 124 van de Wet op de landverzekeringsovereenkomst van 1992 bepaalt immers dat de premies betaald voor de verzekering niet onderworpen zijn aan inbreng en inkorting, op voorwaarde dat de premies niet kennelijk buiten verhouding staan tot de vermogenstoestand van de verzekeringnemer (M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND en F. BUYSSSENS, *l.c.*, *T.P.R.* 1999, 1069-1070). Over de problemen met deze wet ingevolge recente rechtspraak van het Arbitragehof, zie verder in hoofdstuk V.

(52) Artikel 913 Fr. C.C. en Belg. B.W.

In Italië en Portugal is één kind gerechtigd op de helft en meerdere kinderen samen op twee derden(53).

43. In Spanje(54) genieten de kinderen samen van een *legitima* ten belope van twee derden(55). Uniek voor het Spaanse recht is de techniek van de *mejora* die een correctiemogelijkheid biedt voor de testator om één of meerdere van zijn kinderen extra te bevoordeligen. De testator kan namelijk via schenking of testament beschikken over één derde van het vermogen bij wijze van *mejora*, zodat de legitieme voor het overige wordt beperkt tot één derde(56).

Nog een bijzonderheid in het Spaanse recht is de *reserva* die betrekking heeft op welbepaalde activa, b.v. ten gunste van kinderen op erfgoederen die de weduwe verkreeg uit de nalatenschap van de eerststervende ouder, in geval de weduwe hertrouwt(57).

44. Bij overlijden zonder kinderen komt in Frankrijk en België aan de dichtste ascendenten van elke lijn (vaderlijk en moederlijke) een voorbehouden deel van een vierde toe(58). Deze reserve kan in het Belgische recht evenwel niet worden ingeroepen tegen een langstlevende echtgenoot(59). Ook in Spanje en Portugal bestaat een reserveregeling voor ascendenten(60).

D. VIERDE VRAAG — AARD VAN DE RESERVE?

45. In de klassieke Romaanse stelsels wordt de reserve gekwalificeerd als een *pars hereditatis*. Dit betekent dat de reservatairen een

(53) Artikel 537 It. CC; GRUPO LEGAL PORTUGUES, „Succession Law in Portugal”, in *European Succession Laws*, p. 283, nr. 12.51.

(54) Wanneer sprake is van Spanje, dan worden daarmee niet de diverse autonome gemeenschappen bedoeld die vaak afwijkende regelingen kennen. Zie nader bij FERID/FIRSCHING, *Internationales Erbrecht, V^o Spanien*.

(55) Artikel 808 Spaans B.W.

(56) Artikel 823-833 Spaans B.W.; J.D. GONZALEZ en A. BORRAS, „Succession Law in Spain”, in *European Succession Laws*, p. 304, nr. 13.41.

(57) Artikelen 968-980 Spaans B.W.; J.D. GONZALEZ en A. BORRAS, „Succession Law in Spain”, in *European Succession Laws*, p. 304, nr. 13.43. Vergelijk met de verder in hoofdstuk V te bespreken wilsrechten in het nieuwe Nederlandse erfrecht.

(58) Artikel 914 Fr. C.C.; artikel 915, lid 1 Belg. B.W.

(59) Artikel 915, lid 2 Belg. B.W.

(60) In Spanje de helft, te verminderen tot een derde in geval van samenloop met een langstlevende echtgenoot (zie artikel 809 e.v. Spaans B.W. en bij J.D. GONZALEZ en A. BORRAS, „Succession Law in Spain”, in *European Succession Laws*, 304). Zie ook GRUPO LEGAL PORTUGUES, „Succession Law in Portugal”, in *European Succession Laws*, p. 283, nr. 12.53.

zakelijk recht hebben op de erfgoederen. Met andere woorden: zij hebben een recht op deze welbepaalde goederen in natura en moeten zich niet tevreden stellen met een loutere vordering in geld. Als inbreuk op de beschikkingsvrijheid van de overledene kan dit tellen.

46. Dit is vooreerst het geval voor schenkingen of legaten aan derden of schenkingen aan een erfgenaam buiten deel, dit is een schenking die moet worden aangerekend op het beschikbaar gedeelte(61). Wanneer ten gevolge van dergelijke schenkingen of legaten het beschikbaar gedeelte wordt overschreden, dan is de reserve geschonden, zodat de reservataire in de mate van deze schending een vordering tot inkorting kunnen instellen, eerst van legaten en indien dit nog niet voldoende is om hen in hun rechten te voldoen, ook van schenkingen.

De inkorting in natura van een schenking betekent dat de begiftigde die twintig jaar geleden een huis heeft gekregen dit zal moeten teruggeven, vrij van alle lasten waarmee hij dit goed zou hebben bezwaard, b.v. een hypotheek. Het is duidelijk dat de rechtszekerheid hiermee niet gediend is en dat de eigendomstitel ingevolge schenking op zijn minst precair is.

De reserve in natura heeft ook gevolgen tussen de erfgenamen zelf, ook al ontvingen zij een schenking als voorschot op erfenis(62). Immers, deze schenking (althans voor onroerende goederen) moet in beginsel worden ingebracht in natura. Aldus is het in principe niet mogelijk dat deze erfgenaam dit onroerend goed zou behouden mits betaling van een opleg aan de andere erfgenamen.

47. De regel van de reserve in natura maakt het bijgevolg zeer moeilijk om op een degelijke wijze een bedrijfsopvolging te regelen.

(61) Omwille van de gelijkheid tussen de erfgenamen is een *schenking aan een erfgenaam*, in het klassieke systeem, zoals in het Belgische recht, normaliter, dit is als daaromtrent niets uitdrukkelijk wordt bepaald, een schenking die geldt als *voorschot op erfdeel*. Dit betekent dat de begiftigde erfgenaam bij leven van de schenker eigenlijk enkel een voorschot krijgt op wat hij later bij overlijden van de schenker zou erven. Wat hij al op voorhand heeft gekregen, zal hij dan moeten teruggeven. Dit is de inbreng van schenkingen. Voor onroerende goederen is in principe vereist dat het geschonken goed in natura wordt ingebracht in de te verdelen nalatenschap (zie artikel 859 Belg. B.W.) (zie ook verder in de tekst). Voor roerende goederen geschiedt de inbreng door mindere ontvangst, dus door aanrekening op het erfdeel van de begiftigde, zodat deze het gekregene niet moet teruggeven maar gewoon minder zal krijgen uit de bestaande goederen nagelaten bij overlijden (artikel 868 Belg. B.W.).

Dergelijke schenkingen staan tegenover de genoemde *schenkingen buiten (erf)deel* aan een erfgenaam, ook genoemd *schenkingen met vrijstelling van inbreng*. Dergelijke schenking moet immers niet worden ingebracht of aangerekend op het erfdeel (daarom dus buiten deel), maar komt als een extra verkrijging bovenop het gewone erfdeel (daarom dus aan te rekenen op het beschikbaar gedeelte). Zie over dit alles de heldere en zeer volledige commentaar bij M. COENE, *o.c.*, 394-449).

(62) Voor enige uitleg omtrent deze regeling, zie de voetnoot hierboven.

Zeer vaak zal het niet mogelijk zijn voor vader om te bepalen dat de zoon of dochter die in het bedrijf actief is en met vader al jaren de zaken runt, al de aandelen in het bedrijf krijgt en dat de andere kinderen zich moeten tevreden stellen met geld en kunstvoorwerpen.

E. VIJFDE VRAAG — ONTNEMING VAN RESERVE?

48. Daar de reserve een regeling van dwingend recht is, is het voor de erfflater of testator niet mogelijk om iemand zijn reservataire rechten te ontnemen. Wel bepaalt de wetgever dat onder omstandigheden een reservataire zijn rechten niet zal kunnen claimen. Dit is het geval bij erfrechtelijke onwaardigheid, die onder strikte voorwaarden van rechtswege optreedt, los van enige vergiffenis door de schenker of testator(63).

49. Het dwingendrechtelijke karakter van de reserve impliceert eveneens dat de reservataire niet op voorhand afstand kan doen van zijn reserve of er kan aan verzaken. Dit zou trouwens ook indruisen tegen het in diverse stelsels bestaande verbod om overeenkomsten te sluiten over een nog niet opgevallen nalatenschap(64).

50. Daar hij de reservebescherming moet opeisen via een vordering tot inkorting, kan een reservataire erfgenaam wel na het openvallen van de nalatenschap waarin zijn reservataire rechten zijn geschonden, door een louter passieve houding en door dus niets te vorderen, berusten in de schending van zijn reserve. Deze mogelijkheid van berusting verklaart ook waarom de reserve slechts van dwingend recht is, en niet van openbare orde. Immers, in dit laatste geval zou berusting niet mogelijk zijn.

51. In de testamentaire praktijk wordt vaak(65) gebruik gemaakt van deze mogelijkheid van berusting. Wanneer een testator bepaalde beschikkingen wenst op te nemen die door de reservataire geheel

(63) Zie b.v. A. VERBEKE, „Commentaar bij artikelen 725-730 Belg. B.W.”, in *Commentaar Erfrecht, schenkingen en testamenten*, Antwerpen, Kluwer, 1992.

(64) Zie b.v. voor België: M. PUELINCKX-COENE, J. VERSTRAETE en N. GEELHAND, „Overzicht van rechtspraak. Erfenissen”, *T.P.R.* 1997, 149-161 en de vele verwijzingen aldaar; J. VERSTRAETE, (m.m.v. J. FACQ en A. VERSTRAETE), „Overeenkomsten over niet opgevallen nalatenschappen. A contrario bij artikel 791 B.W.”, in *Commentaar Erfrecht, schenkingen en testamenten*, Antwerpen, Kluwer, 1987.

(65) Althans in Nederland. In België is deze mogelijkheid grotendeels onbekend of ongebruikt.

of ten dele zouden kunnen worden aangevochten, dan is het nuttig om in het testament een beding op te nemen dat de reservatairen opdraagt om binnen een bepaalde termijn en schriftelijk bij een notaris van hun keuze een verklaring van berusting af te leggen.

Indien de verklaring wordt afgelegd, dan kan het testament volledig worden uitgevoerd, ook al bevat het bepalingen die niet verenigbaar zijn met de reserve of legitieme portie. Dit is b.v. het geval voor bedingen zoals bewindvoering of *fideicommissum de residuo* die de reserve schenden als zijnde een ontoelaatbare bezwaring van de rechten van de reservataire.

Indien dergelijke verklaring niet of niet tijdig wordt afgelegd, dan treedt een in het testament opgenomen alternatieve beschikking(66) in werking die bepaalt dat de betrokken reservataire dan niet meer kan ontvangen dan zijn reservataire erfgedeelte. Aldus heeft de reservataire de keuze tussen een groter erfdeel met een bepaalde last daarop of een kleiner erfdeel, met name zijn reserve, zonder dergelijke last.

F. HET VERHAAL VAN JIP en JANNEKE. OVER DE HYPOCRISIE VAN DE RESERVE

52. Het hiernavolgende verhaal van Jip en Janneke(67) illustreert dat een ongelijke behandeling van de kinderen inherent is aan de klassieke (Belgische) reserveregeling. Jip en Janneke zijn goedmenende ouders met vijf kinderen. Na het overlijden van haar man, treft weduwe Janneke enkele schikkingen in de overtuiging dat ze daarmee haar kinderen gelijk behandelt.

Dochter Annelien krijgt een stuk bouwgrond ter waarde van vier miljoen Bef, zoon Bernard een som geld van vier miljoen Bef waarmee hij zelf een stuk bouwgrond aankoopt, voor zoon Gerard wordt een (kleine) apotheek overgenomen voor vier miljoen Bef, dochter Eline mag twee jaar in de States studeren voor een kostprijs van vier miljoen Bef.

Tenslotte is er nog dochter Valérie. Zij is een kordate BOM(68) met vier kinderen. Om rond te komen moet zij uren en vooral overuren kloppen als kassierster in een supermarkt. Mama Janneke heeft gedurende vele jaren op de kinderen gepast en is dagelijks bijgesprongen

(66) In Nederland *Cautio Socini* genoemd.

(67) Gebaseerd op het voorbeeld van M. COENE, „Doorlichting van de reserverbescherming. Enkele bedenkingen”, in *Reserve in vraag II*, 156-159.

(68) Bewust Ongehuwde Moeder.

in allerhande huishoudelijke aangelegenheden. Mama deed boodschappen, kookte, waste, streek, poetste. Vader Jip onderhield toen hij nog leefde de tuin en deed ook allerlei kleine klusjes in het huis. Telkens Valérie naar een ander huurhuis verhuisde, kon zij er ook op rekenen dat papa Jip kwam behangen en schilderen. Door het wegvallen van kosten van crèche, kinderopvang, poetsvrouw, schilder, tuinman en dergelijke meer betekent dit over de jaren heen voor Valérie een besparing van vier miljoen Bef.

Prima geregeld, toch? Elk kind krijgt vier miljoen Bef.

53. Mama Janneke komt te overlijden. Zijn de kinderen nu echt gelijk behandeld?

- Annelien moet haar bouwgrond inbrengen in natura. Als de anderen akkoord gaan, kan zij dit wel aanrekenen op haar erfdeel maar dan wel tegen de waarde die de bouwgrond vandaag heeft, bij het overlijden van Janneke, met name zes miljoen Bef.
- De grond van Bernard is gelegen in een wijk die de laatste vijf jaar erg „en vogue” is bij een aantal nouveaux riches. Zijn perceel is vandaag tien miljoen Bef waard. Nochtans zal hij slechts de ontvangen geldsom van vier miljoen moeten inbrengen, en dan nog mits verrekening op zijn erfdeel (door mindere ontvangst). Wat een gelijkheid! Annelien heeft zes en moet deze volledig in rekening brengen, winst is nihil. Bernard heeft tien en moet slechts vier in rekening brengen, winst is zes.
- Bekijken we ook even de situatie van Gerard. De financiering voor de overname van de apotheek wordt bij Gerard aangemerkt als een kost van standverschaffing (artikel 851 Belg. B.W.) die moet worden ingebracht. Ook hier geldt het principe van het nominalisme, dus vier miljoen. In tegenstelling tot de situatie bij Bernard echter, heeft de apotheek geen meerwaarde verkregen, maar is deze integendeel bijna op de fles.
- Eline daarentegen heeft haar studies in de States goed weten te verzilveren en is nu een duur betaalde chirurg in een Brussels ziekenhuis. Het kind is steenrijk. Toch moet zij van de vier miljoen die zij van haar ouders ontving niets in rekening brengen. Het zijn immers kosten voor opvoeding en opleiding (artikel 852 Belg. B.W.). Wat is dat toch een gelijke en vooral billijke regeling?
- Wij eindigen met Valérie. De vele diensten die papa en mama haar gedurende jaren bewezen worden niet als een gift of schenking beschouwd. Ook zij moet bijgevolg niets in rekening brengen van wat zij gekregen heeft.

De reden hiervoor is dat voor het bestaan van een schenking of gift technisch-juridisch is vereist dat er een zgn. zakelijke verarming bestaat in hoofde van de schenker. Met andere woorden, een vermogensbestanddeel moet het vermogen van de schenker verlaten. Gederfde winst (mama had tegen betaling in een crèche voor kinderen kunnen zorgen of had bij derden kunnen poetsen en vader had elders tegen betaling kunnen schilderen, behangen of tuinieren) valt daar niet onder.

Dat het presteren van diensten een onvoldoende zakelijke verarming zou zijn om tot een schenking te besluiten, is zeer bekritiseerbaar. Immers, bij handelingen onder bezwarende titel wordt het leveren van een dienst zoals eerder gezegd toch wel als een volwaardige tegenprestatie beschouwd? In een tijd waar de facturen doorslaan door de werkuren veeleer dan door de geleverde materialen, kan toch moeilijk worden beweerd dat een dienstverlening economisch minder belangrijk is dan het kosteloos afstaan van een vermogensbestanddeel(69)?

54. Dit voorbeeld illustreert hoe arbitrair de reservebescherming werkt en hoe deze tot verregaande ongelijkheden leidt. Transparantie en duidelijkheid in het leven zijn een groot en jammer genoeg schaars goed. Het is weerom niet anders in het recht. Een situatie waarbij helder blijkt dat de behandeling ongelijk is, is te verkiezen boven een ontransparante toestand waarvan beweerd wordt dat er gelijke behandeling is, waarvan dat ook op het eerste gezicht zo lijkt te zijn, maar die bij nader inzien zeer ongelijk is. Dergelijke ontransparantie leidt tot de hypocrisie en/of de illusie dat men elk van zijn kinderen gelijk behandelt.

Ik verkies de transparantie en duidelijkheid van een eventueel ongelijke behandeling boven de intransparantie van de beweerde gelijkheid die uiteindelijk tot ernstige ongelijkheid aanleiding blijkt te geven. Immers, indien men als ouder bewust opteert voor ongelijkheid, dan kan men er op zijn minst van uitgaan dat die ouder zijn beslissing met kennis van zaken heeft genomen. In de huidige onduidelijke situatie beseffen ouders vaak niet welke ongelijke en oneerlijke gevolgen een bepaalde regeling met zich mee kan brengen.

(69) Zie nader bij M. PUELINCKX-COENE, „Bedenkingen bij de schenkingen”, *T.P.R.* 2000, 613-620 en van dezelfde auteur „Bedenkingen bij de schenking naar Belgisch burgerlijk recht”, in *Yin-Yang. Van Mourik Bundel*, Deventer, Kluwer, 2000, 11-18.

III. De legitieme ontbloot!

55. De Germaanse en Scandinavische rechtsfamilie heeft zich van in den beginne gematigder opgesteld en gekozen voor een minder drastische reservebescherming. Daardoor is hier meer evenwicht merkbaar tussen de belangen van reservataire en de beschikkingsvrijheid van de overledene.

Rechtsvergelijkend is overduidelijk een tendens waar te nemen in de richting van een operatie „striptease”. Vooreerst is er een verdere afbouw waarneembaar van de reserve in de landen van de Germaanse en Scandinavische traditie.

Maar ook in de Romaanse rechtsfamilie is enige evolutie aan de gang. Zelfs bij de hardliners, zoals het Belgische recht, wordt de reserve op een aantal, weliswaar eerder geringe punten, afgezwakt. Voorts zien wij dat Frankrijk en Luxemburg op essentiële punten de reservebescherming hebben afgezwakt. Tot slot is er nog een echte overloper uit de Romaanse traditie, die helemaal aansluiting zoekt bij de Germaanse rechtsfamilie, met name het nieuwe Nederlandse erfrecht.

56. We bekijken kort het rechtsvergelijkende landschap van deze ontbloting, aan de hand van dezelfde vijf vragen die daarnet reeds aan de orde waren.

- *Eerste vraag:* Wie kan een reserve opeisen?
- *Tweede vraag:* Welke goederen komen in aanmerking als berekeningsbasis voor het voorbehouden erfdeel?
- *Derde vraag:* Hoeveel kan een reservataire opeisen?
- *Vierde vraag:* Wat is de aard van het recht van een reservataire?
- *Vijfde vraag:* Onder welke omstandigheden kan aan een reservataire het recht op zijn reserve worden ontnomen?

A. EERSTE VRAAG — WIE KAN EEN RESERVE OPEISEN?

57. Rechtsvergelijkend blijkt dat de ontbloting van de reserve, betreffende de personen die gerechtigd zijn op een reserve, op een dubbele wijze tot uiting komt. Enerzijds wordt de kring der reservataire bloedverwanten van binnenuit uitgehold (door een vermindering van het aantal bloedverwanten dat gerechtigd is op een reserve) en anderzijds, en dit is het belangrijkste, wordt deze ook van buitenuit aangevallen door de toevoeging van een buitenstaander, met name de langstlevende echtgenoot. Aldus is eenzelfde evolutie merkbaar als in

het intestaatserfrecht, met name van een familiale bloedreserve naar een gezinsreserve (zie hoofdstuk I)(70).

58. Naast het feit dat vrijwel nergens broers en zusters in aanmerking komen voor een legitieme, kan ook worden vastgesteld dat de legitieme rechten van ascendenten worden afgebouwd. In de Scandinavische rechtsfamilie, in Nederland(71) en in Luxemburg(72) is deze legitieme afgeschaft. In de Germaanse rechtsfamilie komt een legitieme enkel toe aan de ouders en niet aan de verdere ascendenten(73). In België is de reserve van ascendenten afgezwakt doordat zij deze niet kunnen claimen ten aanzien van een echtgenoot. Ook in het Franse recht is een vermindering van de ascendentenreserve tot het vruchtgebruik mogelijk, ten gunste van de langstlevende echtgenoot(74).

59. Van groot belang is de tendens dat de reserve in een aantal landen niet meer wordt beperkt tot bloedverwanten maar ook wordt toegekend aan de langstlevende echtgenoot. Dit is niet alleen het geval in bepaalde landen van de Germaanse rechtsfamilie, maar ook in diverse landen van de Romaanse familie en zelfs in de Anglo-Amerikaanse wereld. Hierna zal blijken dat de grondslag van dergelijke reserve totaal verschillend is van de klassieke bloedverwantenreserve, hetgeen met zich meebrengt dat deze reserve ook op een andere manier moet worden beoordeeld en geëvalueerd.

Toekenning van een reservatair erfrecht aan de langstlevende is een emanatie van een algemene en internationale evolutie van betere en sterkere bescherming van de langstlevende echtgenoot. Op de positie van de langstlevende en de vraag op welke wijze deze het best kan worden gevrijwaard, wordt uitvoerig ingegaan in hoofdstuk V.

(70) M. COENE, „(Rechtsvergelijkend) Syntheserapport”, in *Reserve in vraag I*, p. 407, nr. 13.

(71) W. HEUFF, „Afschaffing van de legitieme portie van de ascendenten”, *WPNR* 1995, nr. 6206, 870-873.

(72) Reserve afgeschaft door de wet van 26 april 1979. Aldus heeft het Luxemburgse recht het Franse recht niet gevolgd voor wat dit aspect betreft.

(73) Zo b.v. § 1925 BGB; § 765 ABGB; artikel 471, 2 Zwitsers ZGB; artikel 1825 § 1 Grieks B.W.

(74) Artikel 1094 Fr. C.C.

B. TWEEDE VRAAG — BEREKENINGSBASIS VOOR DE RESERVE

60. De vereiste van toevoeging van schenkingen aan de fictieve massa ter berekening van de reserve, is in deze rechtsfamilie van minder strakke toepassing dan in de klassieke reserveregeling.

61. In de Scandinavische rechtsfamilie blijken schenkingen aan derden niet bij de massa te moeten worden geteld(75). In de Germaanse rechtsfamilie wordt bij schenkingen aan een niet reservataire erfgenaam enkel rekening gehouden met schenkingen die recent werden gedaan, in Liechtenstein b.v. twee jaar voor het overlijden en in Turkije vijf jaar(76). In Duitsland wordt geen rekening gehouden met schenkingen aan om het even wie indien deze meer dan tien jaar voor het overlijden plaatsvonden(77).

In Oostenrijk en Liechtenstein geldt ook nog de regel dat kinderen enkel aanrekening kunnen vragen van schenkingen gedaan na hun geboorte en echtgenoten van schenkingen tijdens het huwelijk(78).

62. Soms wordt inzake deze schenkingen enkel rekening gehouden met de waarde op datum van de schenking (en dus niet op datum van overlijden zoals in de klassieke regeling), zodat de meerwaarde niet in rekening wordt gebracht, hetgeen uiteraard de rechten van de legitimaris beperkt.

Dat dit niet noodzakelijk een betere regeling is, wordt geïllustreerd door de Franse ervaring(79). In 1938 werd als waarderingstijdstip de datum van de schenking ingevoerd. Al gauw werd dit als onbillijk ervaren wegens onevenwichtige voordelen voor de begiftigde van de schenking. In de naoorlogse periode van inflatie en muntontwaarding leidde dergelijk nominalisme er immers toe dat grote meerwaarden niet in rekening werden gebracht voor de berekening van de reserve. Aan de kritiek werd tegemoet gekomen door een wet van 3 juli 1971 die het principe

(75) N. GEELHAND, „Overzicht van de wettelijke regels in verband met de reserve in enkele landen die het E.V.R.M. hebben geratificeerd (Cyprus, Denemarken, Finland, IJsland, Italië, Liechtenstein, Malta, Noorwegen, Portugal, San Marino, Spanje, Turkije, Zweden)”, in *Reserve in vraag I*, p. 184, nr. 82.

(76) § 785 lid 3 Liechtenst. ABGB; artikel 507, lid 3 Turks B.W.

(77) § 2325 laatste lid BGB. In Griekenland geldt de tienjaarstermijn voor schenkingen aan derden, en geldt geen termijn voor schenkingen ten aanzien van reservataire (K.D. MAGLIVERAS, „Succession Law in Greece”, in *European Succession Laws*, 223).

(78) § 785 lid 2 Liechtenst. ABGB.

(79) Ph. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, Parijs, Cujas, 1998, vierde druk, 358-360.

introduceert van het „valorisme” of de „waardeschuld”(80), geïnspireerd op het Duitse concept van de „*Wertschuld*”.

Deze techniek vormt eigenlijk een combinatie tussen de regeling in natura(81) en de loutere regeling in waarde, door de schuldvordering te linken aan een onderliggend referentiegoed en de waardebepaling van de vordering te verschuiven naar het tijdstip van de verdeling(82). De wet van 1971 komt aldus terug op de gewijzigde waardebepaling die in 1938 was ingevoerd. De waardebepaling geschiedt volgens de *staat* van het referentiegoed op het ogenblik van de schenking en de *waarde* daarvan op het tijdstip van verdeling (en dus niet die van overlijden, zoals in de klassieke Belgische regel). De bedoeling is duidelijk om toevallige en inflatoire meerwaarde ten goede te laten komen aan de reservataire, terwijl de meerwaarde die het gevolg is van de inspanningen van de begiftigde voor deze laatste bestemd blijven.

Wel wordt een uitzondering op deze regel geformuleerd indien de begiftigde het geschonken goed heeft vervreemd. In geval van wederbelegging wordt het principe van de zaakvervanging toegepast en wordt het nieuwe goed als referentie genomen, gewaardeerd volgens zijn toestand op het ogenblik van de verwerving tegen de waarde bij verdeling. Indien er geen wederbelegging is, wordt de waarde(83) van het geschonken goed in rekening gebracht volgens de toestand van dit goed op het ogenblik van de vervreemding en zijn waarde op datzelfde tijdstip.

Deze regeling geeft aan de begiftigde die het geschonken goed vervreemdt, een belangrijke zekerheid die in het klassieke systeem, zoals nu nog geldend in België, totaal ontbreekt. In dit laatste systeem wordt de begiftigde immers blijvend aangesproken op de waarde bij overlijden, ook al heeft hij de goederen al twintig jaar geleden verkocht.

63. Ook voor dit belangrijke aspect inzake de samenstelling van de fictieve hereditaire massa verlaat het nieuwe Nederlandse erfrecht de

(80) Zie Y.-H. LELEU, „De waardering van de reservataire schuldvorderingen. Enkele bedenkingen de lege lata en voorstellen de lege ferenda”, in *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 117-155 e.v.

(81) Zie daarover nader in nrs. 45-47 en 66-67.

(82) Y.-H. LELEU, „Suggestion de loi visant à introduire le principe de l'égalité en valeur dans les règlements successoraux”, in *Reserve in vraag III*, p. 25-46 met kritische bedenkingen van C. DE WULF op p. 47-55.

(83) Dus niet de prijs zoals in artikel 1435 Belg. B.W. wel het geval is.

Romaanse stal om terecht aansluiting te vinden bij de Germaanse broeders. Giften aan anderen dan afstammelingen gedaan komen slechts in aanmerking om bij de fictieve massa te worden gevoegd voor zover de prestatie is geschied binnen de vijf jaar voor het overlijden(84).

Enkel schenkingen aan een afstammeling, mits deze of een afstammeling van hem legitimaris is van de erflater, moeten worden toegevoegd aan de fictieve massa ongeacht het tijdstip waarop de schenking plaats vond(85). Ook giften die kennelijk gedaan zijn met het vooruitzicht de legitieme te schenden, moeten in rekening worden gebracht ongeacht het tijdstip(86).

Fundamenteel is hierbij ook dat het nieuwe Nederlandse erfrecht afstapt van het klassieke waarderingstijdstip van gedane schenkingen op datum van overlijden en kiest voor de datum van de prestatie van de schenking als tijdstip voor de in rekening te brengen waarde van de schenking(87).

Tenslotte is het nog belangwekkend om vast te stellen dat in het nieuwe Nederlandse recht ook de klassieke regel inzake automatische inbrengplicht door een erfgenaam van ontvangen schenkingen, behoudens uitdrukkelijke vrijstelling door de schenker of testator, wordt omgekeerd. Hier geldt nu als regel dat de erfgenaam, ook een kind, de schenking niet moet inbrengen tenzij hij daar uitdrukkelijk toe wordt verplicht door de schenker of testator(88).

C. DERDE VRAAG — OMVANG VAN DE RESERVE

64. Rechtsvergelijkend onderzoek leert dat er een drietal methodes zijn om de omvang van de reserve te bepalen. Er is vooreerst de methode uit de Code Napoléon waarbij de reserve wordt vastgesteld als een forfaitair breukdeel. In een tweede methode, gehanteerd in de Germaanse en Scandinavische rechtsfamilies, wordt de legitieme rechtstreeks en individueel bepaald als een breukdeel van het intes-

(84) Artikel 4.3.3.5.e.

(85) Artikel 4.3.3.5.d.

(86) Artikel 4.3.3.5.a.

(87) Artikel 4.3.3.4a lid 1.

(88) Artikel 4.5.4.3b (nog gewijzigd door de Bezemwet). Zie b.v. W. BURGERHART, „Is ‘inbreng’ een fait accompli?“, *WPNR* 1999, nr. 6376, 798-800.

taatsersfeel van de betrokkenen(89). Minder voorkomend tenslotte is de methode waarbij een vast bedrag als maatstaf wordt genomen(90) of een minimum of maximum wordt bepaald(91).

Opnieuw brengt de klassieke Romaanse methode de meest verregaande inbreuk op de beschikkingsvrijheid teweeg, omdat de opgelegde breukdelen van het voorbehouden gedeelte meestal groter zijn dan het beschikbare gedeelte. Bij de tweede methode blijft over het algemeen minstens de helft van het vermogen beschikbaar.

65. Ook hier heeft het nieuwe Nederlandse erfrecht aansluiting gevonden bij de Germaanse traditie. In de nieuwe regeling kan de legitieme in totaal niet meer bedragen dan de helft van de legitimaire massa (bestaande goederen vermeerderd met schenkingen zoals bepaald). Een kind heeft dan recht op een legitieme portie die gelijk is aan deze helft gedeeld door het aantal kinderen plus één indien er een langstlevende echtgenote is (voor zover niet van tafel en bed gescheiden)(92).

D. VIERDE VRAAG — AARD VAN DE RESERVE

66. Op dit punt situeert zich wellicht het meest cruciale verschilpunt met de Romaanse traditie. In de Germaanse en Scandinavische rechtsfamilies heeft een reservatair geen zakelijk recht in natura op de erfgoederen. Aldus is de reservatair geen erfgenaam, maar slechts een schuldeiser van een verbintenisrechtelijke vordering in geld.

Als ontbloting van de reservebescherming is dit fundamenteel. De positie van de reservatair is hier immers beduidend zwakker. Daar hij slechts een schuldeiser is, neemt hij niet deel aan de werkzaamheden van vereffening en verdeling van de nalatenschap. Ter bescherming van zijn rechten heeft hij wel een recht op informatie omtrent actief en passief van het vermogen. Tevens zou hij, zoals eender welke schuld-

(89) Zo is b.v. het *Pflichtteil* in Duitsland gelijk aan de helft van de waarde van het wettelijk erfdeel (§ 2303 I 2 BGB), evenals in Finland (G.O.Z. SUNDSTRÖM, „Succession Law in Finland”, in *European Succession Laws*, 150) en Griekenland (K.D. MAGLIVERAS, „Succession Law in Greece”, in *European Succession Laws*, 222). Zo ook in Denemarken waar het beschikbaar deel altijd minstens de helft van het vermogen bedraagt (J. QVISTE, „Succession Law in Denmark”, in *European Succession Laws*, 138 in fine). In Zwitserland varieert het breukdeel: drie vierde van het instestaats-erfdeel voor descendentes; de helft voor de langstlevende en voor ouders (zie D. BERTHER, „Succession Law in Switzerland”, in *European Succession Laws*, p. 338, nr. 14.67).

(90) Artikel 1, lid 2 in fine Zweedse Erfwet.

(91) Artikel 29 Noors B.W.

(92) Artikel 4.3.3.1; 4.3.3.2.; 4.3.3.4 (met mineure wijziging door de Bezemwet).

eiser, verzet kunnen doen tegen de verdeling zodat deze niet (althans niet aan hem tegenwerpeijk) kan doorgaan buiten zijn aanwezigheid. De reserve als een vordering in geld brengt tevens met zich mee dat moet worden voorzien in de mogelijkheid van uitbetaling in schijven of in andere faciliteiten teneinde te vermijden dat de erfgenaam-schuldenaar in liquiditeitsproblemen zou geraken.

67. Het is ten aanzien van dit fundamentele aspect van de klassieke reserveregeling dat men ook in de Romaanse rechtsfamilie, met name in het Franse en ook het Luxemburgse recht, is overgegaan tot een belangrijke „ontbloting” van de reserve(93). In 1938 reeds week het Franse recht af van de reserve in natura inzake schenkingen ten aanzien van erfgenamen. Om rechtszekerheid te bieden aan de begiftigde en de bedrijfsopvolging in agrarische ondernemingen mogelijk te maken, hiermee ook pogend de plattelandsvlucht tegen te gaan, bepaalde de Franse wetgever dat inbreng en inkorting in waarde zou gebeuren en niet meer in natura(94).

68. Andermaal gaat het nieuwe Nederlandse erfrecht, ook op dit wezenlijke punt, in de goede richting(95). De legitieme portie biedt geen goederenrechtelijke aanspraak meer, maar is slechts een gedeelte van de *waarde* van het vermogen van de erflater. De legitimaris is slechts *schuldeiser van een geldvordering* die hij moet opeisen ten aanzien van diegene tegen wie hij een inkortingsrecht kan inroepen. De legitimaris is zelfs geen erfgenaam, zodat hij geen automatisch inzagerecht heeft in de stukken van de nalatenschap, maar slechts aanspraak kan maken op inzage en afschrift van bescheiden nodig voor de berekening van zijn legitieme(96).

69. In beginsel is de vordering van een legitimaris opeisbaar vanaf zes maanden na het overlijden van de erflater. Ook op dit vlak wordt de positie van de legitimaris echter verder afgezwakt. Zijn vordering is immers niet opeisbaar indien de wettelijke verdeling van toepassing is, dit is de intestaatsregeling die verder in hoofdstuk V wordt toegelicht. In dergelijk geval is de vordering van de legitimaris niet op-

(93) Zie Y.-H. LELEU, „La réserve héréditaire en droit français et en droit luxembourgeois”, in *Reserve in vraag I*, 81-120.

(94) Over de waarderingsmethode van het valorisme: zie hoger nr. 62.

(95) Cf. T.J. MELLEMA-KRANENBURG, „De metamorfose van de legitieme portie”, *WPNR* 1999, nr. 6370, 659-664.

(96) Artikel 4.3.3.9.

eisbaar zolang de langstlevende echtgenoot in leven is, behoudens in geval van diens faillissement(97). Hetzelfde geldt zolang de goederen van de nalatenschap kunnen worden belast met een vruchtgebruik uit de afdeling wettelijke rechten (zie verder in hoofdstukken V en VI), alsook zolang een dergelijk vruchtgebruik daadwerkelijk bestaat, voor zover de langstlevende echtgenoot is verbonden betreffende de vordering van de legitimaris(98).

Ontbloting van de legitieme, ten gunste van de langstlevende, blijkt voorts uit de mogelijkheid voor de erflater om in een testament te bedingen dat de vordering van de legitimaris, voor zover deze ten laste zou komen van de echtgenoot, pas opeisbaar zal zijn na overlijden van deze laatste(99). Deze clausuleringsmogelijkheid geldt onbeperkt en ten aanzien van elke partner of levensgezel. Het is dus niet vereist dat de niet opeisbaarheid wordt gegrond op een verzorgingsplicht. Wanneer de partner vijftientig jaar jonger is dan de erflater, bestaat bijgevolg de kans dat de kinderen de betaling van hun vordering zullen mogen vergeten(100). Teneinde een en ander duidelijk te stellen voegt de Bezemwet een artikel 4.3.3.11ba(101) in luidens hetwelk de erflater bij uiterste wilsbeschikking de opeisbaarheid van de vordering van de legitimaris kan doen afhangen van andere omstandigheden dan deze die hoger in de wet zijn genoemd.

70. Op de legitieme portie moeten een aantal zaken in mindering worden gebracht (geïmputeerd) ten einde de concrete legitimaire aanspraak of vordering te bekomen. Het betreft de waarde van de door de erflater aan de legitimaris gedane giften; de waarde van hetgeen door de legitimaris wordt verkregen krachtens erfrecht en de waarde van al hetgeen de legitimaris als erfgenaam via erfrecht of via legaat had kunnen verkrijgen (b.v. zo hij niet had verworpen)(102), tenzij het gaat om een zogenaamde inferieure verkrijging(103).

(97) Artikel 4.3.3.11a lid 2 (gewijzigd door de Bezemwet door toevoeging van schuldsaneringsregeling natuurlijke personen).

(98) Artikel 4.3.3.11a lid 3 en 4 (gewijzigd door de Bezemwet onder meer in voornoemde zin).

(99) Artikel 4.3.3.11b (eerste zin gewijzigd door de Bezemwet).

(100) Reden waarom VAN MOURIK dit de „Monica Lewinsky-clausule” noemt (VAN MOURIK 2000, p. 134).

(101) Als eenvoudige Belg heb ik zeer veel problemen met de bijzonder complexe en ondoorzichtige nummeringswijze van de wettelijke bepalingen.

(102) Artikel 4.3.3.8.; 4.3.3.8a; 4.3.3.8aa; 4.3.3.8ab.

(103) Zie daarover de heldere uitleg bij F.W.J.M. SCHOLS, „Het systeem van de legitieme in kort bestek”, *WPNR* 1999, nr. 6351, 229-230.

71. Inferieure verkrijgingen zijn deze waarvan de wetgever oordeelt dat zij te zeer zijn belast om ervan te kunnen eisen dat zij op de legitieme portie in mindering zouden worden gebracht. Zo zijn in hoofde van een erfgenaam inferieur de verkrijgingen onder voorwaarde, last of bewind of deze die verplichten tot iets anders dan betaling van een geldsom of overdracht van erfgoederen(104).

Indien een legitimaris zijn erfdeel of een making verwerpt, zonder beperkende bepalingen in voornoemde zin, dan is dit een niet-inferieure verkrijging die moet worden geïmputeerd op de legitieme portie voor de bepaling van de concrete legitimaire aanspraak. Stel dat een legitimaris een legitieme portie heeft van 500 en een legaat van een appartement ter waarde van 400, vrij en onbezwaard, weigert; dan zal deze 400 in mindering moeten worden gebracht voor de vaststelling van zijn legitimaire vordering die dan nog hoogstens 100 zal bedragen.

Een inferieure verkrijging daarentegen dient een legitimaris niet te accepteren, zodat deze ook niet in mindering zal worden gebracht voor de vaststelling van zijn vordering. De niet-aanvaarding moet dan wel geschieden binnen de drie maanden. Indien het legaat van het genoemde appartement zou gedaan zijn onder bewind, dan is de verkrijging inferieur en moet de waarde van 400 niet in mindering worden gebracht voor de bepaling van de vordering van de legitimaris.

Toch gelden ook hieromtrent weer enige uitzonderingen. Zo bijvoorbeeld inzake bewind. Indien dit is ingesteld omdat de legitimaris ongeschikt of onmachtig is om in het beheer te voorzien of omdat zonder dit bewind de goederen hoofdzakelijk de schuldeisers van de legitimaris zouden ten goede komen, dan wordt dergelijke verkrijging niet als inferieur beschouwd, zodat deze toch in mindering moet worden gebracht voor de vaststelling van de legitimaire vordering(105).

E. VIJFDE VRAAG — ONTNEMING VAN DE RESERVE?

72. Ook op dit vlak kenmerken de Germaanse en Scandinavische tradities zich door een zwakkere reservebescherming.

(104) Artikel 4.3.3.8.aa. Voor verkrijgingen als legataris gelden vergelijkbare doch niet geheel identieke regels inzake inferioriteit (zie nader in artikel 4.3.3.8ab).

(105) Zie E.W.J. EBBEN, „Bewind en legitieme”, *Fiscaal Tijdschrift Vermogen* 2000, 20-26.

73. Vooreerst is hier vaak voorzien in een mogelijkheid van sanctio-nerende onterving, die verder gaat dan de klassieke erfrechtelijke onwaardigheid(106). Dergelijke onterving is mogelijk indien de reservataire tekort schoot aan zijn familiale verplichtingen of er een levenswijze op nahield die indruist tegen de openbare orde of de goede zeden(107). Hier valt veel voor te zeggen: in de mate dat de reserve een uiting is van een morele plicht van de erflater jegens zijn bloedverwanten, geldt als pendant daarvan dat deze morele plicht komt te vervallen zo de betrokken bloedverwant zelf zijn morele verplichtingen jegens de erflater niet nakomt.

Deze idee wordt op verregaande doch consequente wijze doorgetrokken in Oostenrijk en Liechtenstein, waar de testator kan bedingen dat de reserve van kinderen of ascendenten tot de helft wordt verminderd omdat tussen hem en het kind of ouder nooit een hechte verhouding heeft bestaan zoals deze normaliter tussen ouders en kinderen bestaat(108).

74. Daarnaast kennen bepaalde landen uit de Germaanse traditie het systeem van de beschermende of preventieve onterving. Een reservataire die onvermogen is geworden, zijn vermogen verkwist of onbekwaam is verklaard wegens verkwisting, kan ten belope van de helft of zelfs geheel worden ontferd, op voorwaarde dat het deel dat hem wordt ontnomen dan toekomt aan zijn kinderen of afstammelingen(109). In het Duitse recht wordt dit de *Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht* genoemd(110). In dergelijke gevallen bestaat de mogelijkheid om de reservataire als *Vorerbe* te beperken in zijn rechten op het erfdeel, waarbij dan zijn wettelijke erfgenamen worden aangesteld als *Nacherben*(111). Ook is het mogelijk om de reserve in dergelijke omstandigheden onder bewind te stellen(112).

75. Een ander aspect, waaruit andermaal blijkt dat de legitieme in de Germaanse traditie beduidend zwakker is dan deze uit de Code

(106) Zo b.v. de Duitse Pflichtteilsentziehung (§ 2333 e.v. BGB). Zie verder ook bij N. GEELHAND, *l.c.*, 167-170.

(107) Cf. K.D. MAGLIVERAS, „Succession Law in Greece”, in *European Succession Laws*, 224.

(108) A. LINTL, „Succession law in Austria”, in *European Succession Laws*, 30; § 773a lid 1 Oost. en Liechtenst. ABGB.

(109) Zie onder meer artikel 460 Turks B.W.; artikel 630 Maltees B.W.; § 773 Liechtenst. ABGB.

(110) § 2338 BGB. Vergelijk ook artikel 480 Zwits. BGB.

(111) H. LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, München, CH Beck, 1995, vierde druk, 531 e.v.

(112) H. BROX, *Erbrecht*, Keulen, Carl Heymanns Verlag, 1998, 17e druk, 344.

Napoléon, betreft de mogelijkheid om voor het overlijden van de erflater aan zijn reservataire rechten te verzaken (*Erbverzicht*)(113). In diverse landen van de Germaanse en Scandinavische rechtsfamilies wordt vrij algemeen aanvaard dat overeenkomsten kunnen worden afgesloten omtrent verzaking aan de reserve(114).

In meer algemene zin is het in het Duitse recht mogelijk om een *Erbvertrag* af te sluiten(115). Dit is een overeenkomst tussen de erflater en een derde met bindende beschikkingen zoals deze anders in een (herroepbaar) testament kunnen worden opgenomen(116).

Het behoeft weinig uitleg dat deze mechanismen veel mogelijkheden bieden om op een efficiënte wijze de opvolging in een familiebedrijf te regelen en meer in het algemeen om aangepaste familiale schikkingen te treffen.

76. Door de evolutie naar een gezinsreserve, ook in de landen van de Romaanse traditie, valt ook in deze stelsels op het vlak van de mogelijkheid tot ontneming van de reserve enige uitholling en afzwakking waar te nemen. De introductie van een reserve (of een vorm van bescherming) voor de langstlevende maakt dat de reserve van ascendenten kan worden aangetast (zie hoger in België en in Frankrijk).

Bovendien is het zo dat de reserve van de langstlevende — zo er één is — als minder onaantastbaar wordt geacht dan deze van kinderen(117). De langstlevende blijft al bij al toch maar een buitenstaander, die blijkbaar niet de band en kracht van het bloed kan evenaren(118). Zo kan een echtgenote in het Belgische recht onder strikte voorwaarden, onder meer van onafgebroken feitelijke scheiding van zes maanden, worden onterfd(119).

(113) H. LANGE, *o.c.*, 154 e.v.

(114) § 2346 BGB; § 767 (1) Oostenr. ABGB; § 551 Liechtenst. ABGB; artikel 494 e.v. Zwits. BGB; artikel 31 Deense erfwet; artikel 45 Noorse erfwet.

(115) § 1941 BGB.

(116) Zie D. LEIPOLD, *Erbrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, 12e druk, 163-179.

(117) De Franse commissie Dekeuwer-Defosse haalt dit aan als argument tegen de invoering van een reserve voor de langstlevende omdat er in zo een geval eigenlijk geen sprake meer zou zijn van een werkelijke reserve (p. 92 in fine).

(118) Vergelijk de opmerkelijke regeling in Griekenland voor afstand door een buitenlandse echtgenoot van diens erfrechten (zie K.D. MAGLIVERAS, „Succession Law in Greece”, in *European Succession Laws*, 227 in fine).

(119) Artikel 915bis § 3 Belg. B.W.

IV. De legitieme dood!

A. ANGLO-AMERIKAANSE RECHTSFAMILIE

77. Behoudens een aantal reeds aangehaalde uitzonderingen(120) is de (bloedverwanten)-reserve of legitieme in de Anglo-Amerikaanse traditie in principe onbekend. Zij is er dood, of beter: zij is er meestal nooit in leven geweest. Hier wordt vrij resoluut gekozen voor de beschikkingsvrijheid van een persoon over zijn vermogen. Dit is het geval in Engeland en in de meeste staten van de USA.

Zoals gezegd is de situatie in de Anglo-Amerikaanse wereld minder eenduidig voor de langstlevende echtgenoot. In de meeste Amerikaanse staten geniet deze niet alleen van een vrij verregaande intestaatsbescherming, maar ook van een reserve. Dit aspect wordt nader onderzocht in hoofdstuk V.

In bepaalde rechtssystemen van civielrechtelijke oorsprong die gaandeweg onder sterke Anglo-Amerikaanse invloed kwamen, kan in de werkelijke zin van het woord worden gewaagd van de dood van de legitieme. Zowel in Québec als Zuid-Afrika bestond immers een reservatair erfrecht. Na rijp beraad is daar besloten tot de afschaffing ervan.

78. Hierna bekijken we een aantal jurisdicties waar in het geheel geen reserve bestaat, niet voor bloedverwanten, maar evenmin voor de langstlevende echtgenoot. Betekent dit nu dat in deze jurisdicties een barbaars systeem in werking is, waarbij alleen maar rekening wordt gehouden met het belang van de eigenaar om volgens zijn grillen te beschikken over zijn vermogen zonder dat op enige wijze het belang van kinderen of echtgenote in het verhaal voorkomen? Niets is minder waar.

Net zoals bij ons wordt hier een belangenafweging doorgevoerd. Met de belangen van kinderen en echtgenote wordt wel degelijk rekening gehouden, doch niet op een forfaitaire en absolute wijze zoals in principe het geval is bij toekenning van een legitieme. De idee die in deze landen sterk naar voren wordt geschoven is dat een inbreuk op de beschikkingsvrijheid van een persoon slechts gerechtvaardigd is in de mate dat diegene die deze inbreuk claimt een verantwoorde grondslag daarvoor kan voorleggen.

(120) Zie Hoofdstuk I in fine.

Aldus wordt geheel het verhaal verschoven van forfaitaire rechten op basis van bloedverwantschap naar concrete en aangepaste rechten op basis van verzorgingsbehoefte of geleverde bijdragen(121).

Hierna volgen enkele illustraties van deze benadering, eerst van typisch Anglo-Amerikaanse jurisdicties, met name Engeland en British Columbia, dan van jurisdicties die onder invloed van het Anglo-Amerikaanse recht de ooit bestaande reserveregeling hebben afgeschaft, met name Québec en Zuid-Afrika.

1. Engeland

79. In het Engelse recht is het klassieke uitgangspunt van onbeperkt en absoluut beschikkingsrecht met ongelimiteerde mogelijkheid tot onterving van echtgenote en kinderen, sinds enige tijd gemilderd(122). De Engelse Inheritance Family Provision Act 1938, verder aangepast door de Inheritance Provision for Family and Dependents Act 1975(123) geeft aan de rechter de discretionaire mogelijkheid om

(121) Van een andere, meer beperkte aard, maar evenzeer geïnspireerd op het streven naar een evenwicht, is het mechanisme dat in bepaalde Amerikaanse staten, en ook in de Uniform Probate Code, bestaat en wordt omschreven als „*pretermitted heir statutes*”. Deze wetten bepalen dat wanneer de testator in een testament een kind „vergeet”, dit kind toch het intestaatserfdeel zal krijgen, tenzij blijkt dat de niet vermelding van het kind „intentioneel” was (L.H. AVERILL, *Uniform Probate Code in a nutshell*, St. Paul, Minnesota, West, 1993, derde druk, 116-120). De wetgeving is gevarieerd rond de vraag welke bewijsmiddelen voor het bestaan van dergelijke intentie kunnen worden aanvaard (zie daarover MCGOVERN e.a. 1988, 106-112). Een vergelijkbare figuur zijn de „*omitted spouse statutes*”, die het lot regelen van een echtgenote die met de testator is gehuwd na het opmaken van het testament (zie daarover in hoofdstuk V). Tenslotte kan ook nog worden verwezen naar „*mortmain statutes*” die in bepaalde Amerikaanse staten testamentaire beschikkingen ten aanzien van „*charities*” aan banden leggen (MCGOVERN e.a. 1988, 150-154).

(122) Een auteur wijst er op dat deze nuancering ook een gevolg is van veel gebruikte technieken zoals trust en wederkerige testamenten waardoor het vrije beschikkingsrecht over vermogen sterk zou beperkt zijn (C. DE WULF, „Een synthese en enkele persoonlijke bedenkingen”, in *Reserve in vraag III*, 120-121). Hoewel de vaststelling natuurlijk correct is, mag men niet uit het oog verliezen dat de genoemde technieken precies een gevolg zijn van wils- en beschikkingsvrijheid en niet van een dwingend wettelijk mechanisme. De argumentatie kan dan ook niet overtuigen, vermits deze er op neerkomt te stellen dat de beschikkingsvrijheid wordt beperkt door het sluiten van een overeenkomst ingevolge waarvan men dan niet meer op een andere wijze vrij kan beschikken. Zo gesteld impliceert elke contracts- of beschikkingsvrijheid noodzakelijkerwijze zijn eigen beperking. Het is duidelijk dat ik met de term beperking van de beschikkingsvrijheid niet een dergelijke beperking voor ogen heb.

(123) Zie onder meer A. BORKOWSKI, *Textbook on succession*, London, Blackstone Press Ltd, 1997, 237-284; J.B. CLARK en J.G. ROSS MARTYN, *Theobald on Wills*, London, Sweet & Maxwell, 1993, 156-198; C.V. MARGRAVE-JONES, *Mellows: The law of succession*, London, Butterworths, 1993, 203-235.

op verzoek van bepaalde in de wet gedetermineerde personen de testamentaire beschikkingen naast zich neer te leggen(124).

In weerwil van het testament kan de rechter aan de verzoeker lastens de nalatenschap een periodieke uitkering of een som ineens (*lump sum*) toekennen, de overdracht van een goed bevelen (*reallocation of property*), de aankoop van een goed en de daaropvolgende overdracht bevelen, de wijziging van de termen van een huwelijkscontract opleggen(125). De rechter kan dergelijke maatregelen treffen telkens hij ervan overtuigd is dat de toebedeling van de erfenis ten aanzien van de betrokken verzoeker als onredelijk (*unreasonable*) kan worden beschouwd.

80. De personen die als verzoeker in aanmerking komen zijn de echtgenote, een vroegere echtgenote die nog niet hertrouwd is, een kind van de overledene, en ook elke andere persoon die in de concrete context van het gezin door de erflater als een kind van het gezin werd beschouwd(126).

Evenzeer komt in aanmerking iedere persoon die onmiddellijk voor het overlijden geheel of gedeeltelijk financieel door de erflater werd onderhouden. Deze categorie is ruim en wordt niet beperkt tot bloedverwanten. Het criterium is immers de financiële afhankelijkheid die in de wet wordt omschreven als de situatie waarbij ten aanzien van de betrokkene een substantiële bijdrage wordt geleverd door de erflater in geld of equivalent daarvan teneinde te voldoen aan de redelijke

(124) Vergelijkbare systemen bestaan in Nieuw Zeeland, Australië, Canada en Noord-Ierland (J.G. MILLER, „Family Provision on Death. The International Dimension”, *I.C.L.Q.* 1990, 261; MCGOVERN e.a. 1988, 99), evenals in het Isle of Man (Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1982; zie N. MORRIS, „Succession Law in the Isle of Man”, in *European Succession Laws*, 128). Een analoog maar beperkter systeem bestaat voor langstlevende en voor kinderen, in de meeste Amerikaanse staten, en in de Uniform Probate Code, doch beperkt tot de periode van vereffening van de nalatenschap (*administration of the estate* in het raam van een *probate procedure*), in de vorm van „*family allowances*”, die discretionair worden toegekend door de rechter. Daarnaast voorziet de Uniform Probate Code in een „*homestead allowance*” en in „*exempt property allowance*”, dewelke in de regel forfaitair zijn vastgelegd en minimale bedragen betreffen (15.000 USD in het eerste en 10.000 USD in het tweede geval). Al deze vormen van „*family protection*” zijn dwingend, dus ongeacht testamentaire bepalingen, en hebben voorrang op de schuldeisers (zie L.H. AVERILL, *Uniform Probate Code in a nutshell*, St. Paul, Minnesota, West, 1993, derde druk, 121-125; J. DUKEMINER en S.M. JOHANSON, *Wills, Trusts and Estates*, Boston, Little Brown, 1990, vierde druk, 372-377; MCGOVERN e.a. 1988, 102-106).

(125) Section 2 1 c d e f van de geciteerde wet.

(126) Section 117 van de Ierse Succession Act geeft aan een kind het recht om bij de rechtbank te verzoeken om een *discretionary provision*. Een echtgenote geniet van een reserve (zie Hoofdstuk V, 2).

noden en behoeften van de betrokkene(127). Aldus kan ook de maîtresse van de erflater een dergelijke vordering tegen de nalatenschap instellen(128).

81. Een onvermijdelijk gevolg van een op concrete behoeften gerichte oplossing is uiteraard dat een en ander berust op een feitenkwestie met alle problemen van dien qua bewijsvoering.

Een echtgenote zal moeten aantonen dat de erfenistoebedeling te haren opzichte en gelet op de omstandigheden van de zaak niet kan worden gekwalificeerd als een *reasonable financial provision*(129). Hierbij is niet alleen het criterium van behoeftigheid (*maintenance*) aan de orde, maar ook datgene wat een echtgenote redelijkerwijze kon verwachten te ontvangen indien het huwelijk door echtscheiding zou zijn ontbonden (zie daarover verder in Hoofdstuk V).

Een andere verzoeker dan een echtgenote, moet aantonen dat hij uit de erfenis niet voldoende middelen krijgt voor zijn „*maintenance*”, dus geen financiële bijdrage ontvangt die hem redelijkerwijze gelet op alle concrete omstandigheden toelaat om zelf op gepaste wijze in zijn onderhoud te voorzien. *Maintenance* betreft de courante noden van het dagelijkse leven zoals huisvesting, voeding, kledij en courante ontspanning. Men zoekt naar een evenwichtig compromis: „*It is clear on the one hand that one must not put too limited a meaning on it, it does not mean just enough to enable a person to get by, on the other hand it does not mean anything which may be regarded as reasonably desirable for his general benefit or welfare*”(130). Een minderjarig kind van de overledene zal in de regel vlot een *provision* bekomen, hetgeen veel minder zeker is voor de meerderjarige zoon met een job(131).

82. Bij de beoordeling van de behoefte van de verzoeker zal de rechtbank rekening houden met diens financiële middelen en behoeften, nu en in de nabije toekomst; de verplichtingen van de overledene ten aanzien van de verzoeker; de netto-omvang en de aard van de

(127) Section 1 (3): „*a person shall be treated as being maintained by the deceased, either wholly or partly, as the case may be, if the deceased, otherwise than for full valuable consideration, was making a substantial contribution in money or money's worth towards the reasonable needs of that person*”.

(128) *Jelley v. Iliffe* (1981) 2 All ER 29 (CA); *Bishop v. Plumley* (1991) 1 All ER 236 (CA).

(129) Cf. J.G. MILLER, „Provision for a Surviving Spouse”, L.Q.R. 1986, 445 e.v.

(130) *Re Coventry* (1979) 3 All ER 815 (CA).

(131) J. DENKER, „Succession Law in England”, in *European Succession Laws*, 77.

nalatenschap; een eventuele fysieke of mentale onbekwaamheid van de verzoeker; en enige andere relevante overweging met inbegrip van het zowel positieve als negatieve gedrag van de verzoeker(132).

2. *British Columbia*

83. Ook in het recht van British Columbia zien wij dat de afwezigheid van een legitieme niet impliceert dat er geen aanspraken op de nalatenschap kunnen worden geformuleerd die de gedeeltelijke negatie van het testament met zich meebrengen.

Zo bepaalt de Wills Variation Act dat wanneer de rechter van oordeel is dat het testament geen adequate voldoening biedt voor het gepast onderhoud en ondersteuning (*proper maintenance and support*) van de echtgenote of kinderen van de testator, het aan de rechtbank toekomt om discretionair te oordelen en te bevelen dat aan dergelijke echtgenote of kind een betaling wordt gedaan die volgens de rechtbank adequaat, eerlijk en billijk (*adequate, just and equitable*) is gelet op de concrete omstandigheden van de zaak (section 2). De rechtbank kan een periodieke uitkering of een som ineens toekennen (section 7). Tevens kan de rechter hieraan alle voorwaarden verbinden die hij gepast acht (section 6). Ook later behoudt de rechter een vrij grote discretionaire bevoegdheid derwijze dat de beschikking kan worden opgeheven, gewijzigd of opgeschort, of dat een nieuwe beschikking kan worden genomen die gelet op de concrete omstandigheden billijk wordt geacht (section 14 b).

84. Uit de recente rechtspraak blijkt dat bepaalde rechtbanken een en ander vrij ruim interpreteren en dit niet beperken tot de strikte onderhoudsverplichting (*relief of need*), maar ook een morele verplichting ten aanzien van echtgenote of kinderen blijken in aanmerking te nemen (*moral obligation: What a just testator would have provided for a family member*)(133). Deze ontwikkeling stuit op nogal wat kritiek.

(132) Section 3 (1).

(133) Zie daarover H.M. SASSE, „De legitieme van afstammelingen”, *WPNR* 1995, nr. 6171, 168.

3. Québec(134)

85. In Québec werd de reserve, onder Anglo-Amerikaanse invloed, reeds tweehonderd jaar geleden afgeschaft. In de laatste decennia is bij herhaling nagedacht over hervorming van onder meer het erfrecht, waarbij ook de herinvoering van de reserve aan de orde was. Uiteindelijk werd daarvoor niet gekozen en ging de voorkeur uit naar een verzorgingsaanpak die probeert de concrete noden te lenigen. In 1989 werd, met het oog op de totstandbrenging van economische gelijkheid tussen echtgenoten, in het huwelijksvermogensrecht het systeem van de *patrimoine familial* ingevoerd (zie verder in Hoofdstuk V), evenals een onderhoudsvordering *post mortem* tegen de nalatenschap van de eerststervende.

86. Zowel de echtgenote, als de ascendenten en descendenten van de overledene kunnen *post mortem*, binnen de zes maanden na het overlijden, tegen de nalatenschap een onderhoudsuitkering vorderen(135). Deze alimentatie kan enkel als een som ineens (*lump sum*) worden toegekend(136). Periodieke uitkeringen zijn niet mogelijk teneinde snel een klare en afgehandelde toestand te verkrijgen (*clear cut*) en de vereffening-verdeling van de nalatenschap niet te bemoeilijken. De vaststelling van het bedrag kan minnelijk gebeuren, door de vereffenaar (*administrator*) van de nalatenschap, of bij gebreke van akkoord, gerechtelijk door de rechtbank.

87. Bij de vaststelling van deze alimentatie dient met verschillende factoren rekening te worden gehouden(137). Zo onder meer de (a) behoeften en mogelijkheden van de verzoeker; de omstandigheden waarin hij zich bevindt en de tijd die hij nodig heeft om een voldoende autonomie te verwerven; (b) de omvang van de nalatenschap; de behoeften en mogelijkheden van de erfgenamen en legatarissen; de rechten van andere alimentatieschuldeisers(138). Zo de verzoeker reeds voor het overlijden alimentatie genoot vanwege de overledene zal uitgegaan worden van dit bedrag en zullen in beginsel enkel nog de onder (b) genoemde factoren in rekening worden gebracht.

(134) Zie M.F. CARLIER, „A propos du droit Québécois”, in *Reserve in vraag I*, 275-300 en de verwijzingen en bibliografie aldaar.

(135) Artikel 684 Québec C.C.

(136) Artikel 685 Québec C.C.

(137) Artikel 686 Québec C.C.

(138) Zonder dat hieromtrent in de wet een rangorde is opgenomen.

88. Bij een verzoek vanwege de echtgenote of een afstammeling moeten schenkingen gedurende de laatste drie jaar voor het overlijden en schenkingen met uitwerking op het ogenblik van het overlijden geacht worden te behoren tot het actief van de nalatenschap(139).

Aldus wordt een soort van fictieve massa tot stand gebracht, vergelijkbaar met de techniek uit de reservestelsels(140). Logischerwijze wordt ook voorzien in een mogelijkheid van inkorting in waarde van legaten en schenkingen, weliswaar verschillend van de continentale traditie vermits de inkorting in principe simultaan en proportioneel gebeurt(141). Voor de waardering van de geschonken goederen is een regeling uitgewerkt die vergelijkbaar is met het Franse valorisme(142).

89. Tevens wordt een maximum-plafond bepaald dat niet door alimentatie-uitkeringen kan worden overschreden(143). Indien de alimentatiegerechtigde een echtgenoot of afstammeling is, dan mag de alimentatie niet meer bedragen dan het verschil tussen de helft van het intestaatserfdeel en hetgeen hij of zij effectief ontvangt. Bij andere verzoekers is de bijdrage beperkt tot twaalf (voor ex-echtgenote) of zes maanden alimentatie (voor anderen) of tien procent van de waarde van de fictieve massa.

4. Zuid-Afrika

90. Ook in Zuid-Afrika, van oorsprong Rooms-Hollands recht, maar gaandeweg zeer sterk beïnvloed door het Anglo-Amerikaanse recht, werd de aanvankelijk bestaande legitieme afgeschaft. Dit gebeurde een dikke eeuw geleden, tussen 1874 en 1905, onder sterke Engelse invloed van het daar toen nog absoluut en onbeperkt geldende beginsel van de testeervrijheid.

Ook hier worden de belangen van kinderen en echtgenote voldaan in de mate dat deze een verzorgingsaanspraak kunnen laten gelden. Zo hebben de kinderen een eventuele onderhoudsaanspraak tegen de nalatenschap van hun ouder en beschikt de langstlevende echtgenote

(139) Artikel 687 Québec C.C.

(140) Zie de bespreking daarvan in Hoofdstukken II en III.

(141) Artikelen 690-693 Québec C.C.

(142) Artikel 695 Québec C.C.

(143) Artikel 688 Québec C.C.

sinds de wet van 1 juli 1990 over een onderhoudsvordering tegen de boedel van de eerststervende(144).

91. Opnieuw worden in de wet verschillende factoren opgesomd waarmee rekening moet worden gehouden teneinde de redelijke onderhoudsbehoefte te bepalen. Zo is er onder meer de draagkracht van de boedel; de duur van het huwelijk; het levenspeil tijdens het huwelijk en de leeftijd van de langstlevende(145).

92. De toegekende alimentatie kan worden voldaan door een periodieke uitkering, maar ook door afstand van een som ineens, b.v. via creatie van een trust en kan worden gekoppeld aan een bepaalde ontbindende voorwaarde zoals hertrouwen van de gerechtigde. De verzorgingsaanspraak kan eveneens worden voldaan door toekenning van een recht van vruchtgebruik, of gebruik en bewoning van gezinswoning en aldaar aanwezig inboedel en huisraad.

De wet blijkt voldoende soepel te zijn om naargelang de omstandigheden van het geval een billijke oplossing te vinden zonder dat de vereffening en verdeling van de nalatenschap onnodig wordt bemoeilijkt of vertraagd.

B. NAAR EEN AFSCHAFFING VAN DE RESERVE?

1. *Rechtsvergelijkende conclusies*

93. Hier beëindigen we onze (eerste — met name erfrechtelijke —) rechtsvergelijkende wandeling(146). Nu moeten er conclusies worden getrokken.

94. *Eerste conclusie* — Vooreerst is gebleken dat de reserve of legitieme, hoewel wijd verspreid, *geen noodzakelijke rechtsfiguur* is. Diverse rechtsstelsels functioneren zonder een reserve. Sommige hebben deze figuur nooit gekend, andere hebben besloten tot de afschaffing ervan. In geen van deze stelsels is ten gevolge van deze afwezigheid of afschaffing van reserve sprake van grote rampspoed.

(144) Zie de uitvoerige bespreking bij J.C. SONNEKUS, „Verlengde onderhoudsaansprake en volwasse zelfversorging in 'n reserwelose Suid-Afrikaanse reg”, in *Reserve in vraag I*, 320-351.

(145) Artikel 3 van de wet van 1 juli 1990.

(146) Verder in Hoofdstuk V volgt nog een beknopte rechtsvergelijkende schets inzake huwelijksvermogensrecht.

Zonder schroom kunnen wij derhalve stellen dat er leven is zonder of na een reserve. Dit is een belangrijk element bij de overweging of de reserve al dan niet moet behouden blijven. Er is empirisch bewijs dat het kan zonder.

95. Tweede conclusie — Daarnaast leert de comparatieve rondblik ons dat er ook in de continentale rechtstraditie, waar de reserve wordt beschouwd als een onmisbaar goed, een duidelijke tendens bestaat in de richting van de *uitholling en ontbloting van de conservatieve bloedverwantenreserve in natura*.

Waar de reserve nog behouden blijft, ontwikkelt men zich meer en meer in de richting van een reserve in waarde, een beperking van de omvang van de reserve, een beperking van de schenkingen die aan de fictieve massa moeten worden toegevoegd en een beperking van het aantal bloedverwanten-reservatairen.

96. Derde conclusie — Tenslotte is er in alle stelsels, of ze nu de reserve kennen of niet, een duidelijke tendens merkbaar in de richting van *bescherming van de langstlevende echtgenote* (zie meer uitvoerig in hoofdstuk V)(147). De wijze waarop deze bescherming vorm krijgt, verschilt, doch het doel is vrijwel overal vergelijkbaar: zorgen dat de langstlevende echtgenoot op voldoende verzorgde wijze achterblijft zodat hij of zij op een redelijke wijze kan verder leven(148). Hierbij is de woonomgeving van de langstlevende in diverse systemen een belangrijk element.

97. Vierde conclusie — Gelet op de internationale tendens van afbouw of ontbloting van de reserve, lijkt het gepast om na te gaan of de reserve überhaupt moet behouden blijven. De rechtsvergelijkende voorbeelden tonen aan dat de belangenafweging tussen beschikkingsvrijheid en belangen van de familie en nabestaanden ook op een andere manier dan via de reserve kan worden gerealiseerd.

Fundamenteel is de vraag of de reserve een voldoende genuanceerde en aanvaardbare oplossing biedt voor deze belangenafweging. Indien zou blijken dat de reserve niet echt een aangepast resultaat biedt, dan moeten we durven pleiten voor de afschaffing ervan.

(147) In die zin ook MCGOVERN e.a. 1988, 87.

(148) Zelfs ten aanzien van het conservatieve Belgische recht wordt opgemerkt dat „langzaam maar zeker, de verzorgingsprioriteiten van de erflater voorrang krijgen op de reservebescherming” (M. COENE, „De testeervrijheid en de verzorging van nabestaanden”, *T.P.R.* 1994, 1965 in fine).

98. Een eventuele afschaffing van de reserve is in de meeste landen waar zij bestaat, juridisch-technisch haalbaar. Immers, hoewel de reserve van dwingend recht is, is deze rechtsfiguur vrijwel nergens absoluut onaantastbaar in die zin dat zij niet bij wet zou kunnen worden afgeschaft.

Slechts in Duitsland en in de Amerikaanse staat Louisiana wordt een grondwettelijke bescherming geboden voor de reserve. In 1993 werd een wet in Louisiana, die een radicale beperking van de reserve-regeling invoerde, door de Supreme Court ongrondwettelijk verklaard. Twee jaar later werd de Grondwet evenwel geamendeerd in de zin van de voornoemde wet, zodat de reservebeperking rechtsgeldig in werking is getreden op 1 januari 1996(149).

Evenmin lijkt het E.V.R.M. een grondslag te bieden om het recht op een reserve te kwalificeren als een fundamenteel grondrecht. Aldus zijn er geen hogere constitutionele of internationale normen die een afschaffing van de reserve in de weg staan.

99. Ter beantwoording van de vraag of de reserve al dan niet moet worden afgeschaft, bekijken we eerst de argumenten die kunnen worden aangehaald ter verantwoording van het bestaan van een reserve (2). Daarna zullen wij deze argumenten kritisch becommentariëren (3). Deze kritische commentaar zal meteen ook een aantal argumenten bieden voor de afschaffing van de reserve.

100. In het vijfde hoofdstuk wordt dan nader ingegaan op de bescherming van de langstlevende echtgenoot.

In het zesde en laatste hoofdstuk wordt gepoogd om met alle elementen uit de eerste vijf hoofdstukken een concreet voorstel te formuleren dat een beter evenwicht zou moeten tot stand brengen tussen de beschikkingsvrijheid van een persoon en zijn verantwoordelijkheid jegens nabestaanden.

2. Argumenten ter verantwoording van de reserve

(a) Moraal en fatsoen

101. De essentiële ratio voor de reserve is de morele verplichting tegenover bloedverwanten. Dit gaat terug op de Romeinsrechtelijke *portio legitima*, die haar grondslag vond in het *officium pietatis*, dit is

(149) Zie daarover J.W. MCKNIGHT, *l.c.*, *Am.J.Comp.L.* 1996, 102-103.

een plichtsbetrachting ten aanzien van personen waarmee men verbonden is(150). Deze morele plicht wordt zo belangrijk geacht dat hij een inbreuk rechtvaardigt op het principe van de beschikkingsvrijheid over het eigen vermogen. Vooral naar de kinderen toe weegt de morele plicht zwaar. Aanvankelijk zo zwaar dat zelfs beschikkingen ten gunste van de echtgenote, ter voorziening in een verzorgingsbehoefte, daarvoor moesten wijken.

102. In Nederland is de discussie over de legitimiteit van de legitieme al enkele decennia aan de gang. In een preadvies uit 1954 van de eminente hoogleraar Pitlo(151) kunnen diverse argumenten ten gunste van de legitieme worden gevonden(152). Zo wordt onder meer verwezen naar:

- moraal: het is onbehoorlijk vreemdelingen te bevoordelen boven afstammelingen of afstammelingen onderling ongelijk te behandelen;
- natuurrecht: dit zou aan afstammelingen een recht geven op een gelijke aanspraak op de nalatenschap, die niet door vreemdelingen zou mogen worden gefrustreerd;
- rechtsbewustzijn: waarin diezelfde gedachte zou leven van gelijke behandeling van afstammelingen en primaat van afstammelingen boven vreemdelingen;
- symbolische waarde: de legitieme zou de eenheid van het gezin symboliseren;
- psychologie: ouders zouden niet in staat zijn om een zuiver oordeel te vellen omtrent de behandeling van kinderen anders dan een gelijke behandeling; kinderen moeten worden beschermd tegen te impulsieve reacties van de ouders;
- democratie: gelijke behandeling van kinderen is in overeenstemming met de democratische grondwaarde van gelijkheid; meteen biedt ook de daaruit volgende vermogensversnippering een interessant nivellerend effect, geheel in de lijn van de wens van de Franse revolutionairen om vermogensconcentratie tegen te gaan;

(150) De zgn. costumiere reserve werd afgeschaft (zie daarover uitvoerig F. STEVENS, „De reserve in historisch perspectief”, in *Reserve in vraag II*, 5-31).

(151) A. PITLO, *De legitieme portie in het Nederlandse recht*, Preadvies Broederschap der Candidaat-Notarissen, 1954, 1-89. Zie in hetzelfde boekje ook het preadvies I. VAN KISCH, *De legitieme in het buitenlandse recht en in het internationaal privaatrecht*, 93-139.

(152) Zie verder in Nederland ook pro legitieme: E.A.A. LUIJTEN, „Het erfrecht van de langstlevende echtgenoot: een continuïng story?”, *WPNR* 1991, nr. 6018, 614 e.v.; T.J. MELLEMA-KRANENBURG, *De legitieme portie*, Deventer, Kluwer, 1988, proefschrift Leiden.

- vrede: zou worden gediend door gelijke behandeling van afstammelingen. In het verlengde hiervan ligt het argument van de ordenende functie van de legitieme die preventief zou verhinderen dat tussen erfgenamen onenigheid zou ontstaan(153). Vergelijkbaar zijn ook de overwegingen dat de reserve erfenisbejag en beïnvloeding van minder weerbare erflaters voorkomt, alsook dat vermeden wordt dat de gezinsrelaties worden vertroebeld door chantage van onterving(154).

(b) Verzorging

103. Voorstanders van de legitieme plegen soms ook de verzorgingsbehoefte naar voren te schuiven als een grond van verantwoording voor de reserve. De kinderen zouden dan met het verkregen vermogen beter of goed kunnen leven(155).

Het is duidelijk dat het verzorgingsargument op een verschillende wijze dient te worden geëvalueerd indien het wordt ingeroepen ten gunste van een bloedverwant dan wel ten gunste van de langstlevende echtgenoot (zie verder daarover sub 3 en ook nog in Hoofdstuk V).

(c) Sociaal adequaat

104. In België is tot op heden geen breed maatschappelijk debat gevoerd over pro en contra behoud van de reserve. Wel heeft de Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen het jaarcongres van 1997 georganiseerd rond het thema „De erfrechtelijke reserve in vraag gesteld”. In drie prachtige volumes(156) wordt een schat aan informatie, kritische reflectie en concrete voorstellen aangeboden(157).

(153) T.J. MELLEMA-KRANENBURG, „Dient de legitieme portie werkelijk te verdwijnen?”, *WPNR* 1992, nr. 6031, 15-16 en van dezelfde auteur „De legitieme portie”, *NJB* 1994, 1533.

(154) Zie C. DE WULF, „Een synthese en enkele persoonlijke bedenkingen”, in *Reserve in vraag III*, 115.

(155) Cf. VAN DER BURGHT die cynisch opmerkt: „Als een vermogend man tien kinderen nalaat en hij kan zijn gehele nalatenschap aan een van zijn kinderen vermaken, dan leeft één van zijn kinderen aangenaam en de negen anderen leven onaangenaam. Laat hij aan ieder van zijn tien kinderen ongeveer evenveel na, dan leven zij alle tien tamelijk onaangenaam” (PITLO/VAN DER BURGHT 1997, 103).

(156) Het eerste inzake rechtsvergelijking, het tweede inzake Belgisch recht, het derde met voorstellen.

(157) KFBN (ed.), *De erfrechtelijke reserve in vraag gesteld*, drie volumes, Brussel, Bruylant, 1997 en 2000.

In het tweede volume is een bijdrage opgenomen over „De sociale betekenis van de erfrechtelijke reserve” in België(158). In het bijzonder werd nagegaan in welke mate de reserve sociaal adequaat is, waarmee wordt bedoeld of de rechtsfiguur past in de heersende waarden en sociale praktijk van de (Belgische) samenleving.

105. Uit het onderzoek, met bevragingen zowel bij gewone burgers als bij notarissen, blijkt dat de reserve in België sociaal adequaat wordt geacht.

- De Belgische notarissen zijn over het algemeen voorstander van het behoud van de reserve, hoewel zij aandringen op enige aanpassingen. Een ontbloting dus, met onder meer de wens tot afschaffing van de reserve in natura en de invoering van de mogelijkheid tot verzekering voor overlijden van de erflater(159).
- Ook de Belgische burger zou in grote meerderheid achter de reserve staan. Hij zou doordrongen zijn van de idee dat hij niet vrij is om onbepaald en naar goeddunken over zijn goederen te beschikken, en dat zijn individuele handelen plaats vindt in een sociale context met waarden, normen en structuren. De rol van de familie als sociaal netwerk van wederzijdse steun en hulp zou verplichten om een deel van het vermogen door te geven aan de volgende generatie(160). Wel opmerkelijk is dat de antwoorden op de negatieve vraag „Mogen broers en zusters worden onterfd?” (neen), manifest inconsistent zijn met de antwoorden op de positieve vraag „Moeten broers en zusters altijd een deel erven, ook al is er een testament ten voordele van andere personen?” (evenzeer neen).
- De auteurs concluderen dat de reserve in België sociaal adequaat is en dat zij de idee van gezins- en familiesolidariteit over de dood heen tot uitdrukking brengt, hetgeen uiting zou zijn van de heersende sociale waarden en normen.

(158) VANHOUTTE, FRANSSEN, WAMBEKE, 39-117.

(159) *Idem*, 113.

(160) *Idem*, 112.

3. Kritische beschouwingen — Argumenten voor afschaffing van de reserve

(a) Moraal, natuurrecht en rechtsbewustzijn anders ingevuld

106. Zeer overtuigend zijn de argumenten pro reserve niet(161). De op het eerste zicht indrukwekkende lijst argumenten, blijkt bij nader inzien niet meer te zijn dan een variatie op hetzelfde thema van moraal en fatsoen.

107. De overwegingen van moraal, natuurrecht en rechtsbewustzijn kunnen echter evengoed worden ingeroepen om het tegendeel te verdedigen. Zo schrijft Sonnekus omtrent het rechtsbewustzijn en de moraal zoals deze wordt beleefd in Zuid-Afrika:

„(..) is die testeervryheid in die Suid-Afrikaanse reg byna 'n spreekwoordelijke heilige koei waaraan nie ligtelik te sny is niet. Dit druis in teen die regsgevoel van die meerderheid juriste en leke-landsburgers in dat 'n persoon bloot danksy sy verwantskap met 'n erflater 'n regtens afdwingbare aanspraak op 'n deel van die oorledene se bates kan verwerf selfs teen sy sin”(162).

(b) Elitair

108. Eigenlijk is het belangrijkste argument voor het behoud van de legitieme het feit dat het altijd zo geweest is(163). Het is niet onbelangrijk zich te realiseren dat de reserve, als eeuwenoude figuur die zagezegd diep geworteld zou zijn in het rechtsbewustzijn van onze burgers, een consoliderend instrument is in handen van het establishment.

109. De reserve wordt voorgesteld als een democratische techniek omdat deze de gelijke behandeling van kinderen voorop stelt en aldus ook tot een vermogensversnippering leidt. Bij nader inzien blijft het erfrecht, ten dele zelfs door de reserve, even elitair als in het Ancien Régime. Dankzij de reserve blijft het vermogen, weliswaar versnip-

(161) Zie de weerlegging bij M.J.A. VAN MOURIK, „De legitieme portie: weg ermee!”, *WPNR* 1991, nr. 6018.

(162) J.C. SONNEKUS, *l.c.*, in *Reserve in vraag I*, 310.

(163) Cf. SCHUT, „Legitieme portie: zinvolle bescherming of ouderwetse bevoogding?”, *RMThemis* 1988, 105.

perd en min of meer gelijk verdeeld over de kinderen, immers binnen eenzelfde (bloed-)familie.

Meer dan ooit is het erfrecht vandaag een zaak van de welstellende elite, de zogenaamde hogere klasse. Enkel in zeer vermogende families is het erfrecht (met het schenkingenrecht als voorsmaakje(164)) van daadwerkelijk belang(165). Enkel vermogende ouders kunnen activa doorgeven die voor (de levensstandaard van) hun kinderen een serieus verschil uitmaken. Enkel bij deze hogere klasse vormt rijkdom verworven uit erfenis of schenking een belangrijk onderdeel van het vermogen. Een en ander wordt nog versterkt doordat de kinderen uit deze klasse in de regel ook huwen binnen dezelfde groep. God verhoede dat dochterlief zou trouwen met iemand uit de *high middle class*.

110. Helemaal anders is het bij „gewone” mensen, tot nader order nog altijd de overgrote meerderheid van de bevolking. De vermogenspositie van de lagere en de middenklasse wordt niet bepaald door schenkingen of erfrecht, maar door hetgeen zij verwerven uit arbeid. Dit wordt beïnvloed door de opvoeding en opleiding die men heeft genoten. De meeste ouders hebben maar een gering, uit arbeid opgebouwd, vermogen. Het belangrijkste wat men vandaag aan zijn kinderen kan bieden is niet een deel van een grote erfenis, maar wel een goede opvoeding en opleiding die het kind in staat moet stellen om volgens zijn capaciteiten en talenten een goede arbeidspositie te verwerven (zie nog verder daarover).

(164) Uit onderzoek in Frankrijk is gebleken dat schenkingen een „upper class” fenomeen zijn: 54% van de schenkingen wordt gedaan door de top 1% rijksten (L. ARRONDEL, A. MASSON en P. PESTIEAU, „Bequest and Inheritance: Empirical Issues and France-U.S. Comparison”, in G. ERREYERS en T. VANDEVELDE (eds.), *Is inheritance legitimate?*, Berlijn, Heidelberg, New-York, Springer Verlag, 1997, 106-107).

(165) De booming sector van de estate planning zorgt ervoor dat vermogende families er bovendien in slagen om substantieel vermogen door te geven tegen een zeer gunstig fiscaal regime. Soms snelt de wetgever hen daarbij expliciet ter hulp zoals in Vlaanderen met een aanpassing van de successierechten tegen een nultarief voor vererving van aandelen in een familievennootschap (artikel 60bis W.Succ.) en in België met een aanpassing van de schenkingsrechten tegen een flat rate van 3% voor de schenking van bepaalde aandelen of van bedrijfstak e.d. (artikel 140bis-140octies W. Reg.). Zie over het eerste bij J. VERSTAPPEN, *Vlaamse successierechten*, Antwerpen, Kluwer, 1997 en van dezelfde auteur „Successierechten in Vlaanderen: tekst en uitleg bij de verervingen van familiale ondernemingen en vennootschappen”, in A. VERBEKE, J. VERSTRAETE en L. WEYTS (eds.), *Facetten van ondernemingsrecht. Liber amicorum Professor Frans Bouckaert*, Leuven, UPL, 2000, 305-333. Zie over het tweede, in hetzelfde Liber amicorum, de bijdragen van Ch. SLUYTS, „De gewijzigde artikelen 826 en 922 van het Burgerlijk Wetboek”, 455-475; J. VERSTRAETE, „Schenking van familieondernemingen en de Wet van 22 december 1998. Civielrechtelijke bepalingen. Een nieuwe vracht ongerijmdheden en onzekerheden”, 497-530 en van E. GOOVAERTS, „Schenking van familieonderneming. De Wet van 22 december 1998. Naar een model van de akten”, 381-396.

Bepaalde auteurs trekken deze vaststelling op radicale wijze door en stellen dat kinderen uit de hogere klassen aldus op een dubbele wijze worden bevoordeeld. Niet alleen genieten zij reeds automatisch een voorsprong op het vlak van cultureel kapitaal (opvoeding en opleiding), maar dankzij het erfrecht en de bescherming van de reserve krijgen zij daarbovenop nog een voorsprong op het vlak van economisch kapitaal. Aldus wordt betoogd dat het recht om gratis vermogen te verwerven in strijd zou zijn met de gelijkheid van kansen. In deze opvatting zou inkomen en vermogen slechts mogen worden verworven in evenredigheid met de productiviteit van de geleverde arbeid. Eerder dan schenkingen- en erfrecht volledig af te schaffen, wordt bij wijze van „compromis” voorgesteld om een quotasysteem in te voeren(166). Dit zou een maximum plafond aangeven van vermogen dat iemand gedurende zijn leven gratis kan verwerven via schenking, erfenis of testament(167). Het spreekt voor zich dat dergelijke radicale visie, m.i. terecht, op veel kritiek stuit(168).

111. Tenslotte lijkt het beweerde democratische gehalte van de reserveregeling niet compatibel te zijn met de vaststelling dat in onze patriarchale maatschappij de macht (vandaag nog steeds) door de mannen stevig in handen wordt gehouden. Vermits het vermogen zich meestal in handen van de man bevond (en vaak nog bevindt in die gevallen waar men gehuwd is onder scheiding van goederen), en de langstlevende meestal de vrouw is, kwam de positie van de langstlevende pas recent op de voorgrond(169).

(166) Bemerkt dat reeds eeuwen geleden door de befaamde Engelse rechtsgeleerde Blackstone werd geponereerd dat beginselen zoals contractsvrijheid en beschikkingsvrijheid over vermogen moeten worden beperkt omdat zij leiden tot een ongelijke verdeling van rijkdom: „*For this, it is alleged, maintained the balance of property, and prevented one man from growing too big of powerful for his neighbours*” (W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England, Volume II*, Facsimile of the First Edition of 1765-1769, Chicago, University of Chicago Press, 1979, 373 in fine).

(167) D.W. HASLETT, „Distributive Justice and Inheritance”, in G. ERREYERS en T. VANDEVELDE (eds.), *Is inheritance legitimate?*, Berlijn, Heidelberg, New-York, Springer Verlag, 1997, 141-151.

(168) Zie onder meer B. BRACEWELL-MINES, „The Hidden Costs of Inheritance Taxation”, in G. ERREYERS en T. VANDEVELDE (eds.), *Is inheritance legitimate?*, Berlijn, Heidelberg, New-York, Springer Verlag, 1997, 156-201; Ph. VAN PARIJS, „Nothing Wrong with Unearned Wealth?”, in G. ERREYERS en T. VANDEVELDE (eds.), *Is inheritance legitimate?*, Berlijn, Heidelberg, New-York, Springer Verlag, 1997, 202-209.

(169) M.J.A. VAN MOURIK, „Erfrecht en emotie”, *WPNR*, nr. 6067, p. 777, nr. 4. Vgl. M. PUELINCKX-COENE, *l.c.*, *WPNR* 2000, nr. 6423, 814 die opmerkt dat de verbeterde positie van de langstlevende een gevolg zou kunnen zijn van het verminderde economische belang van het erfrecht: het is toch niet meer zo belangrijk.

112. Om al deze redenen kan het argument dat de reserve democratisch is, en daarom zou moeten worden verdedigd, alleen maar op een licht ironische glimlach worden onthaald.

(c) Gelijke behandeling niet louter financieel

113. De overweging dat ouders niet zuiver zouden kunnen beoordelen hoe zij het best hun vermogen tussen hun kinderen kunnen verdelen, is ronduit een motie van wantrouwen tegen het nuchtere en gezonde oordeel van de meeste ouders. De overweging van Pitlo „dat ouders in hun bevoorrechtiging van een of meer hunner kinderen boven de anderen geen overmaat aan intelligentie aan de dag leggen”(170) is beledigend voor elke goedmenende ouder.

Het is eerder niet erg intelligent om gelijkheid tussen kinderen enkel en uitsluitend vanuit financieel-economisch standpunt te benaderen. Het verhaal van Jip en Janneke toont trouwens aan dat de klassieke reserve, zoals geldend in België, ook financieel vaak tot ongelijke behandeling van de kinderen leidt.

Het argument tot behoud van de reserve omwille van de familie- of gezinsvrede gaat dus evenmin op. De legitieme brengt immers geen gelijke behandeling. Door het gebrek aan transparantie daaromtrent, met name beweren gelijkheid te realiseren en dat in feite niet doen, is de kans op onvrede groter(171) dan wanneer open en duidelijk geweten is dat ouders in eer en geweten, rekening houdend met alle omstandigheden, vrij en autonoom beslissen wat ze met hun goederen zullen doen.

114. Gelijke behandeling van kinderen kan niet (enkel) in geld worden gemeten en gevat.

Waarom zou een ouder niet mogen rekening houden met de specificiteit van elk van zijn kinderen, diens mogelijkheden en situatie?

Waarom zou ik niet kunnen beslissen om ten gunste van mijn licht verstandelijk gehandicapt kind voorzieningen te treffen die bijna geheel mijn nalatenschap opslorpen, omdat ik vind dat mijn twee andere kinderen met een goede opleiding en salaris dat niet nodig hebben?

(170) Hoger geciteerd preadvies, p. 46.

(171) In die zin ook VAN MOURIK, die terecht opmerkt dat het bestaan van de legitieme tot veel onvrede en ruzie aanleiding geeft (*l.c.*, *NJB* 1994, 1135, voetnoot 7, evenals in *NJB* 1994, 1534).

115. Gelijke behandeling betekent ook dat men ongelijk behandelt wie zich in ongelijke omstandigheden bevindt. Het grote probleem van de reserve is dat het een forfaitair mechanisme is dat blind wordt toegepast, zonder op enigerlei wijze rekening te houden met de concrete omstandigheden. Aldus laat de testeervrijheid een meer intelligente en aangepaste estate planning toe(172), hetgeen door de reserve vaak onmogelijk wordt gemaakt of minstens bemoeilijkt.

(d) Beschikkingsvrijheid is een grondrecht

116. Het is niet omdat het in de overgrote meerderheid der gevallen evident is dat men zijn vermogen zal doorgeven aan zijn echtgenote en finaal aan zijn kinderen(173), dat de wetgever dit als een dwingende verplichting moet opleggen. Persoonlijk vind ik het inderdaad vanzelfsprekend dat mijn geringe bezittingen na mijn dood toekomen aan mijn vrouw en drie schatten van kinderen, maar dit belet niet dat het een verstikkende gewaarwording is dat ik slechts over een kwart van mijn goederen vrij mag beschikken(174).

De overheid is een tiran die mij in de greep houdt en zegt wat ik mag en niet mag doen. Zelfs na betaling van een immoreel percentage aan personenbelasting ben ik nog niet vrij om met het weinige wat ik overhoud te doen wat ik wil! Als u het geen tirannie wil noemen, dan is het op zijn minst een vorm van curatele.

117. De beschikkingsvrijheid over het vermogen is nochtans een fundamenteel grondrecht(175). Artikel 1 van het Eerste Protocol bij

(172) In die zin MCGOVERN e.a. 1988, 88.

(173) Een auteur merkt op dat het verschil tussen systemen met testeervrijheid en deze waar een reserve bestaat in de praktijk bijna niet merkbaar is „because in the vast majority of instances free testamentary power is exercised in favor of those who would be forced heirs under a mandatory system” (J.W. MCKNIGHT, „Spanish Legitim in the United States. Its Survival and Decline”, *Am.J.Comp.L.* 1996, 75). De praktijk toont aan dat deze vaststelling niet klopt. Kwantitatief is de stelling misschien wel correct, maar kwalitatief zeker niet, in die zin dat in een aantal gevallen de reserve een zeer ernstige en vaak onoverkoombare hinderpaal vormen om het vermogen te vermaken op de wijze dat de testator het zou willen.

(174) In die zin W.C.L. VAN DER GRINTEN, „De legitieme: de crux van het erfrecht”, in *Recht zo die gaat*, Opstellen aangeboden aan Mr. P.W. van der Ploeg, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1976, 38: „Ik wil gaarne erkennen dat ik dit natuurlijke gevoel heb, doch ik heb er overwegend bezwaar tegen, dat de wetgever als zedenmeester gaat fungeren. Mogen wij niet veeleer van de wetgever verlangen dat hij ons in vrijheid laat om naar persoonlijk moreel en ethisch inzicht van ieder van ons, te beslissen over ons eigen vermogen?”. Zie ook al de befaamde Engelse auteur H. Bracton die fulmineerde dat „a citizen could hardly be expected to accumulate great wealth in his lifetime if he were compelled unwillingly to leave his goods to unlearned and dissolute children and an undeserving wife” (zie MCGOVERN e.a. 1988, 97).

(175) Zie het mooie pleidooi van A.J. VERDAAS, „De legitieme portie in het nieuwe erfrecht: reeds lang bedorven wijn in een nieuw jasje”, *NJB* 2000, 156-157.

het E.V.R.M. garandeert ons een ongestoord genot van onze eigendom(176). Ik geef toe dat wordt aangenomen dat de rechtsfiguur van de legitieme geen ontoelaatbare inbreuk vormt op dit grondrecht, hoewel sommigen daar — misschien wel terecht — anders over denken(177).

118. Daarenboven zal onterving van kinderen slechts uitzonderlijk voorkomen. Als het gebeurt, kunnen er goede positieve redenen voor zijn (zie hoger). Er kunnen ook acceptabele negatieve overwegingen aan een onterving ten grondslag liggen(178). Het uitgangspunt moet niet zijn dat een erfflater domme schikkingen zal treffen, maar wel dat hij in de regel datgene zal doen wat in zijn geval en rekening houdende met de omstandigheden, die genuanceerd en gevarieerd zijn, het beste lijkt.

Waarom zou ik b.v. niet mogen beslissen een kind dat zich door zijn gedrag of leefwijze geheel van mij heeft vervreemd, te onterven(179).

Waarom zou ik het erfdeel van mijn zwaar aan drugs verslaafde dochter niet mogen onder bewind stellen?

Waarom mag ik de kinderen van mijn vooroverleden zoon, die ik in geen twintig jaar meer heb gezien of gehoord omdat zij na de echtscheiding van mijn zoon zijn toegewezen aan de moeder, niet onterven?

119. De eminente Nederlandse hoogleraar van der Grinten betoogde dat het respect voor de individuele vrijheid van elk mens ook inhoudt „dat hij ook in zijn domheid, in zijn ijdelheid, in zijn gebrek aan kennis gerespecteerd wordt”(180).

(176) Cf. W.G. HUIJGHEN, „Het beginsel van de testeervrijheid in het erfrecht”, in *Yin-Yang van Mourik Bundel*, Deventer, Kluwer, 2000, 88-89.

(177) VAN MOURIK betoogt dat „met een ruim gemoed” wel strijdigheid met deze bepaling zou kunnen worden bepleit (*l.c.*, *WPNR* 1991, nr. 6018, 625 in fine).

(178) Cf. VAN DER BURGHT: „Waarom mag een ouder niet over zijn vermogen beschikken zoals hij wil? Laat hij het ene kind boven het andere bevoordelen of zijn echtgenoot boven de kinderen. Hij zal daartoe zijn redenen hebben. De meeste testateurs weten wat zij doen en redelijk handelen is ook bij hen normaal” (PITLO/VAN DER BURGHT, 1997, 103 in fine). In Texas werd in het midden van de negentiende eeuw de Spaanse reserveregeling afgeschaft, onder meer met als doel om via testeervrijheid aan een ouder een controlemiddel over de kinderen te geven (J.W. MCKNIGHT, *l.c.*, *Am.J.Comp.L.* 1996, 92).

(179) Voorlopig Verslag (eerste gedeelte) van de Bijzondere Commissie voor de herziening van het Burgerlijk Wetboek, omtrent het ontwerp van wet tot vaststelling van Boek 4 van het nieuw Burgerlijk Wetboek (Nieuw Erfrecht), Zitting Eerste Kamer der Staten-Generaal, 1967-1968, stuk nr. 73, p. 13.

(180) VAN DER GRINTEN, *l.c.*, p. 38, nr. 8.

Overigens biedt het gemene recht voldoende bescherming indien de schenker of testator werkelijk compleet zou doorslaan of zijn wilsvrijheid om andere redenen zou aangetast zijn. Ten aanzien van een schenking is de gemeenrechtelijke theorie der wilsgebreken van toepassing (vrije toestemming, dwaling, bedrog, geweld). Ten aanzien van een testament geldt algemeen de regel dat de testator gezond van geest dient te zijn.

In vele landen van de continentale rechtstraditie is er, inzake de wilsvorming en vrije toestemming, bovendien nog de bijkomende garantie van notariële controle bij schenkingen en vaak ook bij testament (behoudens in de gevallen waarin een geldig eigenhandig testament kan worden gemaakt, zoals in België het geval is).

(e) Individualisering

120. Een argument pro afschaffing van de legitieme, dat door bepaalde Nederlandse auteurs naar voor wordt geschoven, is de verdergaande individualisering van de maatschappij. Jongeren worden sneller onafhankelijk. Via studieleningen en allerhande sociale voorzieningen zijn zij al vrij vroeg niet meer, of in veel mindere mate dan vroeger, economisch afhankelijk van hun ouders. Aldus besluit men dat de economische noodzaak om zich maatschappelijk vooral binnen familie of gezin te bewegen, is verdwenen(181). Hiermee wordt het symbolische argument ten gunste van de reserve als factor tot behoud van de eenheid van het gezin weerlegd. Volgens een auteur komt de eenheid van de familie hoogstens nog tot uiting op begrafenissen en trouwpartijen(182).

Wellicht zijn deze vaststellingen correct voor de Nederlandse maatschappij. Voor België kan ik ze evenwel niet volledig beamen, althans niet voor wat de snellere onafhankelijkheid van jongeren betreft. Ik heb eerder de indruk dat jongeren in België vandaag hoe langer hoe meer in en rond het ouderlijk huis blijven hangen en daaraan met de jaren meer en meer een soort van hotelfunctie geven. Hetzelfde geldt blijkbaar ook voor Frankrijk nu ik in het rapport van de commissie Dekeuwer-Defossez lees dat vandaag „*les jeunes adultes demeurent de plus en plus longtemps dépendants économiquement de leurs parents*”(183).

(181) M.J.A. VAN MOURIK, „De legitieme portie in het komende Boek 4 (nieuw) BW: heroverweging dringend gewenst!”, *NJB* 1994, 1134 in fine.

(182) PITLO/VAN DER BURGHT 1997, 103.

(183) Verslag van de commissie, 4 januari 2000, 96 medio.

121. Deze vaststelling van verschillen in sociale realiteit in landen die zo dicht bij elkaar liggen — niet alleen geografisch — is een belangrijk gegeven in de discussie over de afschaffing en/of de verdere ontbloting van de reserve. Het is een waarschuwing dat wij bij een debat daarover in een bepaald land of cultuur niet zonder voorbehoud belevingen en waarden uit een ander, zelfs naburig, land kunnen overhevelen.

Waar men normaal zou kunnen verwachten dat deze waarden en sociale realiteit in België en Nederland min of meer gelijklopend zijn, is dit blijkbaar niet het geval. Uiteraard doe ik hierover niet echt een uitspraak. Dat is werk voor degelijk sociologisch onderzoek. Maar de loutere tegenspraak in geschriften van Nederlandse en Franse auteurs en commissies is toch wel een indicatie van een mogelijkerwijze verschillende context. Bij de formulering van stellingen en voorstellen, verder in de conclusies, zal ik terdege rekening houden met deze waarschuwing.

(f) Vereenvoudiging

122. Sommigen roepen nog andere argumenten in ter verdediging van de afschaffing van de legitieme zoals het feit dat het erfrecht eenvoudiger zou worden(184), dat in de praktijk meer geschillen en problemen ontstaan door de legitieme dan wanneer deze er niet zou zijn of dat bedrijfsopvolging erdoor wordt vergemakkelijkt(185).

Vereenvoudiging van het erfrecht is uiteraard niet te versmaden, maar vormt m.i. geen doelstelling op zich. Overigens blijkt dat de afschaffing van de legitieme niet noodzakelijk leidt tot een vereenvoudiging van het erfrecht: zo bestaat in Québec ter vrijwaring van de verzorgingsaanspraken een soort van fictieve hereditaire massa(186).

Het aspect van de bedrijfsopvolging kan ook op aanvaardbare wijze worden opgelost via een reserve in waarde (zie in Hoofdstuk III), zodat dit niet noodzakelijk een argument is voor afschaffing van de reserve.

(184) M. PUELINCKX-COENE, „Pleidooi voor een vernieuwd erfrecht”, *T.P.R.* 1992, 294; M.J.A. VAN MOURIK, *l.c.*, *WPNR* 1991, nr. 6018, 624, nr. 7.

(185) M.J.A. VAN MOURIK, *l.c.*, *NJB* 1994, 1134 linkerkolom in fine.

(186) In die zin ook H.M. SASSE, „De legitieme van afstammelingen”, *WPNR* 1995, nr. 6171, 167 rechterkolom medio.

(g) Verzorgingsidee

123. Zoals gezegd wordt door sommigen de verzorgingsidee ten aanzien van bloedverwanten(187) ingeroepen als argument ten gunste van het behoud van de reserve. Hiertegen kunnen fundamentele bezwaren worden geformuleerd, zowel van praktisch-feitelijke aard als in meer conceptuele zin.

124. In de eerste plaats is de feitelijke toestand in onze huidige samenleving zo dat het erfrecht voor de meerderheid van de bevolking (de reeds hoger besproken vermogende elite uitgezonderd) geen of slechts een zeer gering nut heeft voor de bestaanszekerheid of verzorging van een individu.

Vooreerst is de gemiddelde nalatenschap van eerder beperkte omvang(188). Daarenboven valt de gemiddelde nalatenschap steeds later open zodat het ervende kind soms al (brug)gepensioneerd is wanneer de ouderlijke appels hem in de bijna bejaarde schoot vallen(189). Of hij er dan nog veel boodschap aan heeft, althans voor verzorging, is zeer de vraag(190).

Vandaag wordt de sociale status en welvaart van een persoon in de meeste gevallen bepaald door de genoten opvoeding en opleiding, het

(187) Ten aanzien van een langstlevende echtgenoot is de context totaal verschillend; dit wordt behandeld in Hoofdstuk V.

(188) Wellicht is dit in eerste instantie het gevolg van het feit dat de meeste mensen nu eenmaal niet vermogend zijn. Dit wordt nog versterkt door de vermogensversnippering die het gevolg is van de gelijke behandeling van de kinderen, die ook geldt als basis voor de reserve (zie hoger). Een auteur maakt hierbij de bedenking — uitgaande van de collectivistische stelling dat het wezen van het erfrecht er zou in bestaan dat het een middel is om de goederen van een overleden lid van de gemeenschap te behouden binnen de maatschappelijke groep die bestaanszekerheid verschafte aan de overledene — dat het individualistisch kapitalistisch erfrechtelijk systeem aldus zelf het wezen van het erfrecht zou ondergraven. Immers, door de zich steeds herhalende vermogensversnippering kan het erfrecht niet meer de taak vervullen van het voorzien in bestaanszekerheid voor nabestaanden (A. HEYVAERT, „Contestatie van ons erfrecht”, *R.W.* 1968-1969, 488).

(189) Een onderzoek in Frankrijk toont aan dat de gemiddelde leeftijd van een erfgenaam 48 jaar zou zijn (zie L. ARRONDEL, A. MASSON en P. PIERREAU, *l.c.*, in G. ERREYERS en T. VANDEVELDE (eds.), *Is inheritance legitimate?*, Berlijn, Heidelberg, New-York, Springer Verlag, 1997, 101-102).

(190) Contra W. GRUNSKY, „Boekbespreking van Ritter, J., *Der Konflikt zwischen einer erbrechtlichen Bindung aus erster Ehe und einer Verfügung des überlebenden Ehegatten zugunsten eines neuen Ehepartners*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1999”, *AcP* 1999, 707 in fine, die meent dat het erfrecht voor kinderen wel van belang blijft, ook al erven zij pas op latere leeftijd, omdat hun economische toestand vaak gebaseerd is op kredieten, die dan met de nalatenschap kunnen worden terugbetaald. De auteur gaat zelfs nog verder door te bepleiten dat ingevolge de latere overlijdensleeftijd aan de kinderen reeds tijdens het leven een recht op het vermogen van hun ouders zou moeten toekomen. Met deze visie ben ik het grondig oneens. Vermogensaanspraken van kinderen kunnen m.i. enkel worden gebaseerd op verzorgingsgedachte of bijdrage-idee, zoals ik hierna zal toelichten.

„human capital” waarmee een bepaalde arbeidspositie kan worden verworven(191). Ouders moeten niet zozeer economisch kapitaal doorgeven aan hun kinderen (wat zij in de meeste gevallen toch niet — of minstens niet in substantiële mate — hebben), maar wel dit culturele of intellectuele kapitaal(192). Het is de fundamentele en wezenlijke plicht van ouders om aan elk van hun kinderen een zo goed mogelijke opvoeding te geven en hen gelijke kansen te bieden voor een degelijke opleiding, aangepast aan de mogelijkheden en persoonlijkheid van elk kind.

Daaruit volgt dan ook, logischerwijze, dat een kind, eens meerderjarig en goed opgeleid, onafhankelijk zijn weg moet maken. Een claim op het vermogen van ouders, behoudens in geval van werkelijke behoefte, is dan niet meer aanvaardbaar (zie uitvoerig hierna).

125. Ten tweede valt het op conceptueel vlak moeilijk in te zien hoe de reserve een geschikt instrument zou kunnen zijn om tegemoet te komen aan verzorgingsaanspraken. Met de reserve worden forfaitaire breukdelen van het vermogen toegekend aan bloedverwanten. Noch hetgeen wordt gegeven, noch diegene die ontvangt, wordt onderworpen aan de normale alimentatietest van nood en behoefteigheid.

Door de techniek van het forfaitaire breukdeel is het mogelijk dat iemand te veel of te weinig ontvangt, bekeken vanuit zijn noden en behoeften(193). Door de techniek van de automatische toekenning aan bloedverwanten zonder onderscheid, is het evenzeer mogelijk dat iemand een cadeau krijgt dat hij helemaal niet nodig heeft of niet verdient(194).

Dit betekent dat als de legitieme in bepaalde gevallen een verzorgingseffect heeft, dit een louter neveneffect is. Verzorgingsaanspraken hebben niets te maken met reserve of legitieme portie(195).

(191) De hogere klasse staat zoals gezegd sterker, zowel op het vlak van human capital als op het vlak van economisch kapitaal (zie hoger).

(192) M. PUELINCKX-COENE, *l.c.*, *T.P.R.* 1992, 293 in fine.

(193) Cf. MCGOVERN e.a. 1988, 89.

(194) Een voorstander van de reserve brengt hier tegen in dat een reservataire die geen verzorging nodig heeft bij het opvallen van de nalatenschap, later nog behoeftig kan worden en daarom dus een forfaitaire reserve verdient (C. DE WULF, *l.c.*, in *Reserve in vraag III*, 123). De logica van deze redenering ontgaat mij volkomen. In een systeem van dwingende vermogensaanspraken ten aanzien van de nalatenschap, zoals in Engeland, op grond van behoefte, wordt overigens ook rekening gehouden met de *toekomstige* mogelijkheden en behoeften van de betrokkene (zie hoger nr. 82).

(195) In dezelfde zin M.J.A. VAN MOURIK, *l.c.*, *WPNR* 1991, nr. 6018, 622, nr. 4.

(h) Bijdrage-idee

126. Wanneer een persoon een bijdrage heeft geleverd tot het vermogen van iemand anders, dan is deze bijdrage een acceptabele grondslag voor de formulering van een aanspraak op dit vermogen ter compensatie van de geleverde bijdrage.

Vandaag is er meestal geen sprake meer van een familievermogen, en evenmin van een gezinsvermogen, maar wel van een huwelijksvermogen, dit is een vermogen opgebouwd door de gezamenlijke inspanningen van man en vrouw(196). Waar de bijdrage-idee voor een vermogensaanspraak tussen echtgenoten zeer wezenlijk is (zie hoofdstuk V), kan deze idee niet gelden als rechtvaardiging van een bloedverwantenreserve(197).

De kinderen hebben immers meestal op geen enkele wijze een bijdrage geleverd tot de opbouw van het vermogen, wel integendeel, vaak zijn zij een der belangrijkste factoren voor uitgaven(198). Maar ook als zij daadwerkelijk een aantoonbare bijdrage hebben geleverd, dan is een reserve ter compensatie uit den boze. Een vermogensaanspraak is aanvaardbaar, maar wel naar evenredigheid van de geleverde bijdrage, hetgeen uiteraard niet kan worden gerealiseerd via de erfrechtelijke reserve (zie verder in Hoofdstuk VI).

V. Leve de echtgenoot!

127. Rechtsvergelijkend valt zoals gezegd een duidelijke tendens op tot bescherming en versterking van de positie van de langstlevende echtgenoot. Hierna zal ik bepleiten dat deze evolutie zo moet worden ondersteund dat deze uiteindelijk leidt tot een primaat van de echtgenoot. In een tweede paragraaf wordt onderzocht welke vehikels beschikbaar zijn om de positie van de langstlevende te vrijwaren.

(196) Voor zover men geregistreerd partnerschap of een of andere vorm van duurzame samenwoning met het huwelijk gelijk wil stellen (wat mij zoals gezegd zeer verdedigbaar lijkt; zie Hoofdstuk I), moet hier dan ook naar analogie worden gesproken over het partner- of relatievermogen, of het samenwoningsvermogen.

(197) In die zin ook McGOVERN e.a. 1988, 87.

(198) Vroeger kon misschien nog worden geargumenteerd dat in bepaalde gevallen de kinderen door op het land te werken zelf ook een bijdrage hadden geleverd tot de opbouw van het (meestal geringe) vermogen van de ouder. Dit gaat in onze huidige samenleving uiteraard niet meer op, behoudens in uitzonderlijke gevallen waar dan een vermogensclaim kan worden aanvaard, doch niet via de techniek van de reserve.

Aldus zijn alle elementen beschikbaar om in het laatste hoofdstuk een concreet voorstel te formuleren dat een beter evenwicht zou moeten tot stand brengen tussen de beschikkingsvrijheid van een persoon en diens verantwoordelijkheid jegens nabestaanden.

A. PRIMAAT VAN DE ECHTGENOOT

128. De langstlevende echtgenoot(199) is de eerste en voornaamste partij die echt recht van spreken heeft om dwingend bepaalde vermogensaanspraken te laten gelden ten aanzien van (een bepaald deel van) het vermogen van de overledene (zonder de rechtmatigheid van dwingende vermogensaanspraken van kinderen of andere bloedverwanten lastens de nalatenschap te willen ontkennen; zie Hoofdstuk VI). Ik noem dit het *primaat van de (langstlevende) echtgenoot*.

129. Voor de goede orde weze benadrukt dat de discussie over dwingende vermogensaanspraken voor een echtgenoot uiteraard fundamenteel verschilt naargelang de hypothese van echtscheiding dan wel overlijden. De situatie is prangender bij echtscheiding omdat het risico veel groter is dat de ene echtgenoot de andere in de kou wil zetten, dan dat dit bij overlijden het geval is. Bij overlijden zal men in de praktijk zeer vaak een goede en stevige regeling willen treffen voor de langstlevende echtgenoot, vaak tegen de kinderen in. Dit belet niet dat er situaties zijn waarin dit niet het geval is.

Enkel de hypothese van bescherming van de langstlevende echtgenoot in geval van overlijden is hier aan de orde. De hypothese van echtscheiding heb ik elders reeds uitvoerig onderzocht, en blijft hier verder buiten beschouwing(200). Met de langstlevende echtgenoot heb ik ook enkel deze echtgenoot op het oog die op het ogenblik van het overlijden niet verwickeld is in een procedure van scheiding van tafel en bed of echtscheiding, en die evenmin feitelijk gescheiden leefde van de erflater.

130. Diverse grondslagen kunnen worden onderscheiden ter verantwoording van een dwingende vermogensaanspraak van de langstlevende echtgenoot ten aanzien van het vermogen van de overledene. Hierna wordt kort ingegaan op de bijdrage-idee (direct en indirect), vergoedingsidee en verzorgingsgedachte.

(199) Begrijp hieronder ook bij uitbreiding naar analogie, eventueel, zoals hoger al uitgelegd, de partner of concubant.

(200) Zie VERBEKE 1995.

131. De bijdrage-idee betreft het feit dat beide echtgenoten tot het huwelijk toetraden als zijnde een *joint venture* van twee gelijkwaardige partners, waarin beiden gelijkkelijk bijdragen, elk volgens zijn mogelijkheden en op zijn manier(201). In die optiek maakt het niet uit wie van de echtgenoten (meer) op de arbeidsmarkt beroepsactief is en wie inkomen genereert. Het maakt niet uit of er sprake is van een klassiek model van beroepsactieve man en huisvrouw, of van een dubbelverdienerskoppel waarbij de vrouw qua carrière de meeste toegevingen moet doen en deeltijds gaat werken of gedurende jaren een loopbaanonderbreking neemt en daarenboven ook nog eens het overgrote deel van het huishouden en de kinderopvang op zich neemt. Het uitgangspunt is dat wat elk van de echtgenoten ook doet, elk van hen op zijn manier, zoals tussen hen afgesproken in de specifieke en concrete invulling van hun partnership, een gelijkwaardige bijdrage levert tot de opbouw van het vermogen verkregen uit arbeid tijdens de duur van het huwelijk of de relatie.

132. Dergelijke bijdrage kan rechtstreeks zijn, met name telkens een echtgenoot daadwerkelijk beroepsactief is en op deze wijze inkomen genereert dat leidt tot vermogensopbouw. Direct is ook de bijdrage van de echtgenoot die meewerkt in het beroep van de ander, doch hiervoor niet, of slechts voor zover fiscaal interessant, wordt betaald. De bijdrage kan echter ook onrechtstreeks zijn, zoals deze van de huisvrouw of deeltijds werkende vrouw die alle of het gros van de huishoudelijke taken op zich neemt, alsook van de zorg voor de kinderen. Dit zijn even fundamentele taken en lasten van het huwelijk, waarvoor beide echtgenoten op gelijke wijze verantwoordelijk zijn. Indien een echtgenoot deze taken (bijna) geheel alleen op zich neemt, dan levert deze ontegensprekelijk een minstens indirecte bijdrage tot de vermogensopbouw van en door de andere (meer) beroepsactieve echtgenoot. Deze laatste wordt dan immers in grote mate van deze taken ontlast, zodat er tijd en geld vrijkomt dat anders had moeten worden gependend aan deze taken. Bovendien heeft dergelijke ontlasting vaak belangrijke psychologische voordelen die er toe leiden dat de beroepsactieve echtgenoot zijn arbeid op een betere en efficiëntere wijze kan uitoefenen, hetgeen tot verhoogde inkomsten kan leiden.

133. Parallel met deze indirecte bijdrage kan ook nog de vergoedings-idee als grondslag voor een vermogensaanspraak tussen echtgenoten

(201) In die zin ook McGOVERN e.a. 1988, 136-137.

worden onderkend. Indien een echtgenoot zich voornamelijk heeft gewijd aan huishouden en kinderen, of onbetaald heeft meegewerkt in het beroep van de andere echtgenoot, dan dringt een vermogensaanspraak zich niet alleen op omwille van de hierdoor aan de vermogensopbouw geleverde (directe of indirecte) bijdrage, maar ook omwille van de geleverde inspanning. Deze verdient te worden vergoed. Hoe vaak gebeurt het niet dat een intelligente en competente vrouw haar eigen carrièrekansen opoffert voor de loopbaan van haar man(202)? Het gaat hier zowel over de vrouw die haar studies niet voltooit, als over de vrouw die met het behaalde diploma nooit aan de slag gaat, als over de vrouw die geen (full-time) job (meer) uitoefent en enkel (of voornamelijk) voor de kinderen zorgt en het huishouden doet, als over de briljante juriste die meewerkt in het notariskantoor van haar man in de plaats van venoot te worden bij een groot Amerikaans advocatenkantoor.

134. Tot slot is er nog de verzorgingsgedachte(203). Door met elkaar te huwen, hebben de echtgenoten de verplichting en verbintenis op zich genomen om zich te bekommeren over elkanders lot. Deze plicht bestaat niet enkel tijdens het huwelijk, maar ook als het huwelijk door het overlijden van één der echtgenoten tot een einde is gekomen. Deze verzorgingsplicht bestaat zelfs indien het huwelijk wordt ontbonden door echtscheiding (via alimentatie); hoe zou deze dan niet bestaan in geval van overlijden?

B. BESCHERMING VAN DE LANGSTLEVENDE ECHTGENOOT

135. Dat er internationaal meer en meer overeenstemming is omtrent de noodzaak van een voldoende bescherming van de langstlevende echtgenoot, betekent uiteraard niet dat de wijze waarop dit wordt tot stand gebracht zeer gelijklopend zou zijn. Er is onder meer bescher-

(202) Men kan en moet het betreuren, maar de sociale realiteit is en blijft dat het in de overgrote meerderheid der gevallen de vrouw is en niet de man die zich dergelijke opofferingen getroost. Het zal wel zo zijn dat de overheid „oproept tot economische zelfstandigheid en het tussen echtgenoten op evenredige wijze verdelen van de arbeids- en zorgtaken” (W.G. HUIJGHEN, „Het beginsel van de testeervrijheid in het erfrecht”, in *Yin-Yang, van Mourik Bundel*, Deventer, Kluwer, 2000, 92). Met de conclusie dat dit de laatste decennia „inmiddels ook in forse mate realiteit” is geworden, kan ik niet instemmen. De realiteit is dat vrouwen worden gedwongen in een (semi-)traditioneel patroon waarin zij in beduidend meerdere mate dan de man de zorg voor huishouden en kinderen op zich nemen. Dat veel meer vrouwen dan vroeger beroepsactief zijn, doet daaraan niet af, daar dit vaak deeltijds is, en vrouwen veel vaker een langdurige loopbaanonderbreking doorvoeren, vaak tijdens de belangrijkste periode van opbouw van een loopbaan, tussen 25 en 40 jaar.

(203) „(...) de wil in de eerste plaats te voorzien in de behoeften van diegene die onbetwistbaar samen met de overledene dankzij dezelfde goederen bestaanszekerheid genoten heeft” (A. HEYVAERT, *l.c.*, *R.W.* 1968-1969, 491 medio).

ming mogelijk via huwelijksvermogensrecht en/of via erfrecht. In het erfrecht kan worden geopteerd voor varianten zoals een forfaitaire reserve of variabele dwingende wettelijke rechten die door de rechter kunnen worden toegekend.

1. Bescherming via huwelijksvermogensrecht

136. De positie van een langstlevende echtgenoot kan niet worden bekeken zonder oog te hebben voor het huwelijksvermogensrecht. De economische en financiële toestand van een echtgenoot zal immers ingrijpend verschillen naargelang het toepasselijke of gekozen huwelijksvermogensregime(204).

Stel een vermogen opgebouwd door de man, waard 1000. Als de vrouw reeds de helft daarvan verkrijgt via het huwelijksvermogensstelsel van gemeenschap van goederen, dan is de vraag of een dwingende vermogensaanspraak op de nalatenschap (zijnde de andere helft van dit vermogen dus 500) vereist is, totaal verschillend dan wanneer deze vraag wordt gesteld ten aanzien van de vrouw gehuwd onder scheiding van goederen, waarbij de nalatenschap van haar man 1000 is. Het is duidelijk dat bij de evaluatie van de positie van de langstlevende echtgenoot in de eerste plaats moet worden gekeken naar het huwelijksvermogensrecht en pas in tweede instantie naar het erfrecht.

137. Hierna zal in hoofdstuk VI worden gepoogd om een concreet voorstel te formuleren ter vrijwaring van de positie van de langstlevende echtgenoot op een evenwichtige wijze. Dit voorstel is gebaseerd op voornoemde combinatie van huwelijksvermogensrecht en erfrecht en wordt beschouwd vanuit de werking daarvan binnen een en hetzelfde rechtssysteem.

De enerzijds nauwe verhouding tussen huwelijksvermogensrecht en erfrecht, maar het anderzijds hoedanook gescheiden karakter van beide regels, brengt internationaal privaatrechtelijk vele problemen met zich mee. De symmetrie die tussen huwelijksvermogensrecht en erfrecht binnen eenzelfde rechtssysteem kan worden tot stand gebracht, kan immers danig verstoord geraken door de introductie van een internationaal element. Wanneer huwelijksvermogensrecht en erfrecht internationaalprivaatrechtelijk leiden tot een verschillend materieel toepasselijk recht, dan kan het beoogde evenwicht worden

(204) In die zin ook A. AGELL, „The Division of Property Upon Divorce from a European Perspective”, in *Liber amicorum M.T. Meulders-Klein*, Brussel, Bruylant, 1998, 5 in het bijzonder voetnoot 6.

verstoord. Het is denkbaar dat de langstlevende op die manier in het geheel geen bescherming geniet, of dat zij een dubbele bescherming geniet(205). Het is niet mogelijk om deze interessante problematiek hier verder uit te diepen(206).

138. Het belang van het huwelijksvermogensrecht voor de positie van de langstlevende echtgenoot noopt er ons toe om de in de vorige hoofdstukken gemaakte erfrechtelijke rechtsvergelijkende schets aan te vullen met een comparatieve pennetrek van de diverse types van regelingen en benaderingen die in het huwelijksvermogensrecht bestaan.

Ik baseer de hiernavolgende typologie op de drie soorten van regels die ik bij de aanvang schetste (aanvullend recht, wilsvrijheid en dwingend recht) en die, evenals in het erfrecht, ook in het huwelijksvermogensrecht kunnen worden onderscheiden(207).

(a) Aanvullend recht (wettelijk stelsel)

139. Inzake aanvullend recht zijn er in het huwelijksvermogensrecht twee grote types te onderscheiden. Het wettelijk stelsel, dit is het huwelijksvermogensrecht dat van toepassing is als echtgenoten geen huwelijkscontract afsluiten, is in de regel ofwel een stelsel van gemeenschap van goederen ofwel een stelsel van scheiding van goederen.

i) Stelsels van gemeenschap van goederen

140. Bij een stelsel van gemeenschap van goederen ontstaat er vanaf de aanvang van het huwelijk een zakenrechtelijk gemeenschappelijk vermogen tussen de echtgenoten. Zodra man en vrouw het ja-woord uitspreken valt er automatisch en van rechtswege een gemeenschappelijk vermogen op hun dak.

Voor een stelsel van gemeenschap van goederen is wezenlijk dat het gaat om een zaken- of goederenrechtelijk gemeenschappelijk vermogen waarin beide echtgenoten gelijke zakelijke rechten hebben.

(205) In die zin ook M.L. REVILLARD, „Succession Law in France”, in *European Succession Laws*, 183-184.

(206) Zie de treffende illustraties bij J.G. MILLER, „Family Provision on Death. The international dimension”, *Int. Comp. L.Q.* 1990, 263 e.v. Zie ook bij D. HAYTON, „The problems of Diversity”, in *European Succession Laws*, 7.

(207) Deze schets is gebaseerd op mijn bijdrage „Rechtsvergelijkende beschouwingen over contractuele relaties in het huwelijksvermogensrecht”, in *De internationale contractuele relaties. De rol van de notaris*, Antwerpen, Maklu, 1995, 467-492, en de verwijzingen aldaar.

Beide echtgenoten zijn eigenaar van het gemeenschappelijk vermogen. Bij de ontbinding van het stelsel verkrijgen zij in principe elk de helft van dit gemeenschappelijk vermogen.

Tussen de talloze systemen van gemeenschap van goederen bestaan er uiteraard grotere en kleinere verschillen en nuances. Een inzichtelijke vergelijking tussen de diverse stelsels kan worden bekomen door deze te analyseren volgens de samenstelling van de vermogens, het bestuur van de vermogens, de rechten van de schuldeisers, en de regels bij ontbinding, vereffening- en verdeling. Dergelijke analyse kan uiteraard niet worden gedaan binnen het bestek van deze uiteenzetting. Ik beperk mij hierna tot een beknopte toelichting inzake de samenstelling van het gemeenschappelijk vermogen, vermits voornamelijk dit aspect van belang is voor de verdere ontwikkeling van mijn betoog.

141. Qua samenstelling der vermogens is de gemeenschap van aanwinsten het meest voorkomend. Hier is alles wat de echtgenoten onder bezwarende titel, door hun arbeidsinspanningen, in de loop van het huwelijk verwerven, gemeenschappelijk. De man met een mooi salaris die huwt met de prachtige jonge dame zonder wedde, ziet derhalve ogenblikkelijk de helft van zijn inkomen toekomen aan zijn vrouw.

Dit systeem biedt een vrij evenwichtig en billijk wettelijk stelsel(208). Alleen wat men tijdens het huwelijk verwerft, is gemeenschappelijk. Wat de echtgenoten bezaten voor dit huwelijk, blijft hun eigen vermogen. Wat zij tijdens het huwelijk verkrijgen uit een schenking van een suikeroom of een erfenis of testament van opa, blijft evenzeer eigen. Dergelijk regime is van toepassing in tal van landen, onder meer Frankrijk, België, Spanje, Portugal en de Amerikaanse gemeenschapstaten.

142. Een buitenbeentje vormt het Nederlandse recht, waar als wettelijk stelsel een algehele gemeenschap van goederen geldt(209). Dit is overdreven, op zijn minst in geval van echtscheiding, vermits vrijwel alles gemeenschappelijk wordt, ook vermogen dat men voor het huwelijk had opgebouwd of dat men tijdens het huwelijk verkrijgt door schenking, erfenis of testament(210). Hieraan doet niet af het feit dat in de Nederlandse rechtspraktijk vrijwel nooit schenkingen of

(208) Zie daarover b.v. mijn bijdrage „Redelijkheid en billijkheid in het huwelijksvermogensrecht. Een rechtsvergelijkende benadering”, *R.W.* 1990-1991, 1315-1321.

(209) Zie nader in mijn bijdrage „Marriage and Property. The Dutch Approach”, *ERPL* 1993, 290-298.

(210) Behoudens de verknochte goederen en toepassing van de zgn. uitsluitingsclausule of privé-clausule.

testamenten worden gemaakt zonder een uitsluitingsclausule waarin met name wordt bepaald dat hetgeen de begiftigde heeft verkregen niet kan vallen in enig huwelijksvermogensrechtelijk gemeenschap-pelijk vermogen of betrokken kan worden bij enig verrekeningsbe-ding(211).

Om voor mij onbegrijpelijke redenen was men in Nederland tot voor kort van oordeel dat dit stelsel van de algehele gemeenschap van goederen behoort tot de traditie en de cultuur van het Nederlandse volk. Wat dit aspect betreft, heeft van Mourik de Nederlanders terecht betiteld als de „Chinezen van Europa”(212). Gelukkig heeft het Nederlandse Ministerie van Justitie ingezien dat op zijn minst op grondige wijze moet worden onderzocht of een aanpassing van dit wettelijk stelsel niet aangewezen is. Een ontwerp van wet inzake de regeling van het basishuwelijksvermogensstelsel zou rond de millen-niumwisseling voor advies aan de Raad van State worden aangeboden (wijziging titel 7(213) van Boek 1 Ned. B.W.)(214). Naar mijn oor-deel zou het best worden gekozen voor een basisregime van gemeen-schap van aanwinsten zonder externe effecten(215).

(211) Zie over de uitsluitingsclausule recent de bijdragen in *Yin-Yang. van Mourik Bundel*, Deventer, Kluwer, 2000, door Gr. VAN DER BURGHT, „Vernietiging van de uitsluitingsclausule wegens schending van de legitieme”, 1-10 en L.C.A. VERSTAPPEN, „Aard, reikwijdte en toepassingsmogelijkheden van de uitsluitingsclausule”, 399-410. In de reeds geciteerde Aan-passingswet is bepaald dat vruchtgebruik van de langstlevende op woning en inboedel en verzorgingsvruchtgebruik in de zin van de artikelen 4. 2A. 2. 2 en 3 niet in een nieuwe gemeenschap van goederen kunnen vallen bij hertrouwen van de langstlevende. Deze regel is van dwingend recht (*Tweede Kamer* 1999-2000, 27 245, nr. 3, p. 2).

(212) M.J.A. VAN MOURIK, „*Huwelijk en vermogensrecht*”, Zwolle, Tjeenk Willink, 1991, zesde druk, p. 70, nr. 23.

(213) Op 17 april 2000 werd reeds een Voorstel van Wet ingediend inhoudende de wijziging van de titels 6 en 8 van Boek 1 van het B.W. Zie *Tweede Kamer*, Vergaderjaar 1999-2000, 27 084, nrs. 1-2, nr. 3 (Memorie van Toelichting), nr. 4 (Verslag vastgesteld 14 juli 2000), stukken A en B. Tevens zou ook nog een voorstel worden ingediend inhoudende de opneming in Boek 1 van algemene regels met betrekking tot verrekenbedingen. Zie onder meer C.A. KRAAN, „Wijzigingen in het huwelijksvermogensrecht”, *WPNR* 1998, nrs. 6306 en 6307, 200-201 en 214-215; Gr. VAN DER BURGHT, „Wetsvoorstel Nieuw Huwelijksvermogensrecht. Eerste deel: titel 6 en 8 Boek 1 BW; kamerstuk 27 084”, *WPNR* 2000, nr. 6409, 493-501. Zie ook het boek *Naar een nieuw huwelijksvermogensrecht?*, *Ars Notariatus XCIII*, Deventer, Kluwer, 1999, waarin ook het Rapport van de Commissie rechten en plichten van echtgenoten, is opgenomen, met name op p. 63-113.

(214) Op 22 november 2000 werd hieraan een congres gewijd aan de Universiteit te Utrecht in samenwerking met het Nederlandse Ministerie van Justitie, onder de titel „Naar een afschaffing van de algehele gemeenschap van goederen?”, waarvan de bijdragen worden gepubliceerd in *Ars Notariatus*. Zie reeds eerder de studiedag op 21 januari 1998 te Utrecht rond het rapport van de Commissie rechten en plichten van echtgenoten (verslag in *FJR* 1998, 85-88).

(215) Zie daarover mijn bijdrage „Krachtlijnen voor een wettelijk huwelijksvermogensstel-sel”, in het Verslagboek van voornoemd Congres te Utrecht.

143. Nochtans moet men de verschillen niet overdrijven. In de wettelijke stelsels van gemeenschap van aanwinsten geldt in de regel een vermoeden van gemeenschappelijkheid van zowel activa als passiva. Opdat een vermogensbestanddeel aan een echtgenoot eigen zou zijn, dient het te behoren tot een beperkend opgesomde categorie van eigen goederen en moeten daaromtrent de nodige concrete bewijzen worden geleverd. Tussen echtgenoten is deze bewijsvoering over het algemeen vrij, maar tegenover derden zoals schuldeisers gelden strengere vereisten.

Ook tussen echtgenoten zal het vaak moeilijk aantoonbaar zijn dat de gelden op een welbepaalde termijnrekening afkomstig zijn van de erfenis van tante Clara die overleed in 1974. Aldus worden eigen gelden zeer vaak vermengd met gemeenschapsgelden op een wijze dat zij niet meer traceerbaar zijn. *De facto* blijkt het stelsel van de gemeenschap van aanwinsten in vele gevallen uit te pakken als een algehele gemeenschap.

ii) Stelsels van scheiding van goederen

144. In een aantal andere landen wordt tijdens het huwelijk gekozen voor meer autonomie voor elk van de echtgenoten via een scheiding van goederen. Elk der echtgenoten is en blijft eigenaar van zijn goederen en van hetgeen hij of zij tijdens het huwelijk verwerft, en hij bestuurt dit eigen vermogen volledig autonoom. Van een gemeenschappelijke pot die automatisch door het huwelijk tot stand komt, is geen sprake. Dit belet uiteraard niet dat echtgenoten vrij kunnen beslissen om bepaalde goederen gezamenlijk en op beider naam aan te kopen.

Ondanks de schijnbare eenvoud van dit systeem bestaat ook hier een grote variëteit aan nuances, die kan worden bestudeerd volgens dezelfde structuur van samenstelling der vermogens, bestuur der vermogens, rechten van schuldeisers en regels bij ontbinding, vereffening- en verdeling. Ik beperk mij opnieuw tot de aspecten die relevant zijn voor de ontwikkeling van mijn redenering. Het betreft hier in het bijzonder de regeling in geval van ontbinding van het stelsel.

145. Bij de ontbinding van het stelsel, bij overlijden of echtscheiding, neemt elke echtgenoot in principe wat op zijn of haar naam staat. Sinds enkele decennia heeft men evenwel ingezien dat een dergelijke zuivere scheiding van goederen (of koude uitsluiting) vaak tot schrijnende onbillijke toestanden aanleiding kan geven bij de ontbinding

van het stelsel. Dit is met name het geval bij ontbinding door echtscheiding, een omstandigheid waarbij de meeste echtgenoten elkaar, in het beste geval, met een vrij geringe dosis sympathie in de ogen kijken. Als in zo een geval het grootste deel van het vermogen op naam van de man staat, dan zal deze niet erg geneigd zijn om — vrijwillig — een stukje daarvan aan zijn gewezen echtgenote te geven, ook al zou dit volstrekt redelijk en billijk zijn.

Daarom wordt in vrijwel alle landen waar de scheiding van goederen geldt als wettelijk stelsel, zij het op zeer uiteenlopende wijze, en in meerdere of mindere mate, bij de ontbinding van het stelsel door echtscheiding, soms ook bij overlijden, voorzien in een vorm van vermogensrechtelijke solidariteit(216). Deze moet worden onderscheiden van de klassieke alimentatie of onderhoudsuitkering die in de meeste rechtssystemen na een echtscheiding aan een echtgenoot kan worden toegekend.

Ondanks de scheiding van goederen wordt voorzien in een soort van correctie zodat ook een echtgenoot die geen vermogen op zijn naam heeft, toch op een of andere wijze kan participeren in het vermogen dat tijdens het huwelijk werd opgebouwd.

In sommige landen is er sprake van een daadwerkelijk participatiestelsel, hetgeen betekent dat elk der echtgenoten aldus recht heeft op een gelijk aandeel in bepaalde goederen.

In andere landen is er geen vaststaand recht op participatie, maar kan de rechter naar billijkheid en discretionair oordelen of en in welke mate een participatie voor een echtgenoot in bepaalde goederen aangewezen is.

146. Binnen het eerste type van de participatiestelsels zijn ook weer een aantal nuanceringen te noteren. De participatie kan louter ver-

(216) Dit is in de regel niet het geval in rechtsstelsels waar de scheiding van goederen of uitsluiting van gemeenschap niet geldt als wettelijk stelsel, maar kan worden gekozen bij huwelijkscontract of overeenkomst van huwelijkse voorwaarden, zoals onder meer België en Nederland. Dit belet niet dat ook daar de houding van de rechtspraak ten aanzien van dergelijke huwelijkscontracten grondig kan verschillen. Zo heeft de Nederlandse Hoge Raad in de jaren tachtig en negentig een opmerkelijke en genuanceerde rechtspraak ontwikkeld die het mogelijk maakt in zekere mate de gevolgen van de zgn. „koude uitsluiting” te matigen onder meer op grond van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid (zie M.J.A. VAN MOURIK, *Huwelijksvermogensrecht, Studiepockets privaatrecht nr. 5*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1998, negende druk, 166-180; zie ook het interessante overzichtsartikel van P. ABAS, „De invloed van redelijkheid en billijkheid op de (afwikkeling van de) overeenkomst van huwelijkse voorwaarden”, *WPNR* 1999, nr. 6371, 681-688; alsook van J. DUIJVENDIJK-BRAND, „Het Anglo-Amerikaanse recht als inspiratiebron bij het oplossen van de Nederlandse problematiek rond de koude uitsluiting”, *AA* 1998, 437-447, voor wie de analyse van het Anglo-Amerikaanse recht in mijn hierna geciteerde boek (blijkbaar onbekend is). Het Belgische Hof van Cassatie daarentegen is de echtgenoten gehuwd onder scheiding van goederen maar in zeer geringe mate ter hulp gekomen (zie onder meer bij VERBEKE 1995, 342-393).

bintenisrechtelijk zijn, via een vordering, hetgeen wij een verrekenstelsel noemen(217). De participatie kan echter ook zakenrechtelijk zijn zodat een echtgenoot een werkelijk eigendomsrecht verkrijgt ten aanzien van bepaalde goederen.

Eveneens betreffende de goederen die in de participatie kunnen worden betrokken, zijn er verschillende benaderingen: enkel de huwelijksaanwinsten of alle goederen, met inbegrip van deze verworven voor het huwelijk of tijdens het huwelijk via erfenis, schenking of testament(218).

Op te merken valt dat ondanks het uitgangspunt van een recht op gelijke participatie in diverse gevallen afwijkingen mogelijk zijn op grond van de billijkheid. Deze correctiemogelijkheid varieert sterk qua omvang, zowel in theorie(219) als in de praktische toepassing ervan(220). Dit is met name het geval in de Scandinavische rechtsfamilie

147. Het tweede type van participatie, waarbij slechts een mogelijkheid tot participatie bestaat indien dit billijk wordt geacht door de rechter, is typisch Anglo-Amerikaans. De *Common Law* jurisdicties kennen traditioneel geen huwelijksvermogensrecht. Klassiek had het huwelijk geen gevolgen voor de vermogensrechtelijke en financiële positie van de echtgenoten: een zuivere scheiding van goederen dus. Omwille van de onbillijke gevolgen die dit bij echtscheiding teweeg bracht, werden in de jaren zestig en zeventig in vrijwel alle Anglo-Amerikaanse landen „*sharing principles*” geïntroduceerd. Meestal wordt hierbij toepassing gemaakt van de „*equitable distribution*”, of

(217) Een voorbeeld zijn het Duitse en de meeste Scandinavische wettelijke stelsels. Bij de Duitse *Zugewinnngemeinschaft* ontstaat, ondanks de misleidende terminologie, geen gemeenschappelijk vermogen. Elk der echtgenoten behoudt zijn of haar vermogen, conform het fundamentele principe van de scheiding van goederen. Wat er tijdens het huwelijk is opgebouwd als aanwinsten wordt evenwel samengevoegd en gedeeld door twee. Diegene van de echtgenoten die minder heeft dan dit resultaat heeft een verbintenisrechtelijke of obligatoire vordering op de andere voor het saldo tussen zijn eigen goederen en voornoemd bedrag.

Ter illustratie: Als de man een vermogen heeft met 1000 aanwinsten (huis 500; wagen 100 en effectenportefeuille 400) en de vrouw met 200 aanwinsten (appartement), dan kan de man zijn huis, wagen en effecten behouden evenals de vrouw haar appartement. Elk van de echtgenoten heeft evenwel recht op een economisch resultaat dat gelijk is aan de helft van het totaal der aanwinsten, dus in casu 1200 gedeeld door twee of 600. De vrouw kan dus haar appartement ter waarde van 200 behouden en beschikt daarenboven over een vordering op haar man ten belope van 400.

(218) Vergelijk met de samenstelling van een gemeenschappelijk vermogen van aanwinsten en een algehele gemeenschap van goederen.

(219) B.v. ruimer in de Scandinavische landen dan in Duitsland. Zie meer uitvoerig bij VERBEKE 1995, 222-239.

(220) B.v. blijkbaar minder restrictief in Denemarken dan in Noorwegen en Zweden (L. JÖNSSON, „Toetsing van huwelijksvoorwaarden aan redelijkheid en billijkheid in Scandinavië, met name in Denemarken”, *FJR* 1999, 250-254).

verdeling naar billijkheid van bepaalde goederen (*marital property*), die zelfs een *reallocation of property* tot gevolg kan hebben. Aldus kan de rechter beslissen dat een goed dat op naam staat van de man (conform de scheiding van goederen) aan de vrouw wordt toebedeeld.

148. Hoger heb ik reeds benadrukt dat de problematiek van de mogelijke onbillijkheid van de zuivere scheiding van goederen zich uiteraard het scherpst aandient in geval van echtscheiding. De aandachtige lezer zal opmerken dat dergelijke participatie-correcties als onderdeel van het wettelijk stelsel van scheiding van goederen weinig zin hebben als bescherming tegen mogelijke onbillijkheid van scheiding van goederen in geval van echtscheiding, om de eenvoudige reden dat het wettelijk stelsel aanvullend en dus regelend recht is, waarvan contractueel kan worden afgeweken.

Deze bedenking is pertinent. Dit is dan ook de reden waarom in verschillende van deze landen het participatie-aspect van het wettelijk stelsel geen suppletief karakter heeft, maar wel een dwingend karakter, zodanig zelfs dat in bepaalde van deze stelsels kan worden gewaagd van een „quasi-dwingend” wettelijk stelsel(221) (zie verder onder c).

149. In deze uiteenzetting wordt enkel ingegaan op de hypothese van ontbinding van het stelsel door overlijden. Natuurlijk is de situatie van de langstlevende minder penibel dan van de gewezen echtgenoot na echtscheiding, omdat de eerststervende rijkere echtgenoot vaak maatregelen heeft genomen ter bescherming en verzorging van de langstlevende echtgenoot.

Nochtans geldt de participatie-correctie in een aantal landen ongeacht de hypothese van echtscheiding of overlijden(222). In andere landen geldt de correctie enkel voor echtscheiding en wordt meestal een intestaats-erfrecht toegekend aan de langstlevende echtgenoot(223). In een aantal gevallen wordt aan de langstlevende ook een dwingend reservatair erfrecht toegekend (zie verder onder 2).

150. De Duitse *Zugewinnausgleich* illustreert mooi de onverbrekelijke link tussen huwelijksvermogensrecht en erfrecht voor de langst-

(221) Dit is het geval in de Anglo-Amerikaanse jurisdicties en in zekere mate ook in de Scandinavische stelsels. Niet zo echter in Duitsland waar de *Zugewinnngemeinschaft* een werkelijk wettelijk stelsel van aanvullende aard is.

(222) Zo b.v. in de Scandinavische landen en in Griekenland.

(223) Zo b.v. in Duitsland, Oostenrijk en Anglo-Amerikaanse jurisdicties.

levende. De keuze van huwelijksvermogensregime heeft een determinerende invloed op zowel het intestaatserfdeel (zie hierna) als de reserve (zie verder) van de langstlevende echtgenoot(224).

Indien het wettelijk stelsel van de *Zugewinnngemeinschaft* van toepassing is, wordt bij ontbinding van het stelsel door overlijden, behoudens in geval van onterving of verwerping (zie daarover in 2), geen effectieve vermogensverrekening doorgevoerd. Men noemt dit de *erbrechtliche Lösung*: ten aanzien van het vermogen van de eerststervende wordt op forfaitaire wijze het intestaatserfdeel van de langstlevende verhoogd met een vierde. Indien de langstlevende in samenloop komt met kinderen, wordt zijn erfdeel gebracht van een vierde op de helft, en in samenloop met anderen dan kinderen van de helft op drie vierde (§ 1371 I jo 1931 BGB).

Indien de echtgenoten kozen voor een zuivere scheiding van goederen (*Gütertrennung*) dan geldt de algemene intestaatsregel volgens welke de langstlevende een vierde verkrijgt in samenloop met kinderen, de helft in samenloop met anderen of alles indien hij alleen opkomt. Deze regel wordt wel gecorrigeerd indien de langstlevende opkomt met slechts één of twee kinderen. In dergelijk geval krijgt de echtgenoot meer dan een kwart, met name een kindsdeel (dus respectievelijk de helft of een derde) (§ 1391 IV BGB).

(b) Contractsvrijheid

151. In het huwelijksvermogensrecht betekent contractsvrijheid het afsluiten van een huwelijkscontract waarin men vrij en naar goeddunken de vermogensrechtelijke verhoudingen die het huwelijk beheersen, kan regelen.

Hieromtrent bestaat een vrij gelijklopende visie op het Europese continent, zowel in de Romaanse als in de Germaanse en in de Scandinavische rechtsfamilie. In al deze landen is het mogelijk en ook vrij gebruikelijk om een huwelijkscontract af te sluiten. Meestal gaat het hier om een plechtig contract dat moet worden gepasseerd voor een notaris. In de regel wordt een vrij verregaande contractsvrijheid aangenomen.

152. Interessant is de mogelijkheid in Denemarken om een huwelijkscontract van scheiding van goederen te maken dat verschillend uitpakt bij echtscheiding en bij overlijden. De volledige scheiding van goederen heeft dezelfde uitwerking in beide gevallen, doch de „echt-

(224) H. BROX, *Erbrecht*, Keulen, Carl Heymanns Verlag, 1998, 17e druk, 49-51.

scheidings"-scheiding van goederen leidt enkel in geval van echtscheiding tot een effectieve scheiding van goederen. Bij overlijden geldt een gemeenschapssysteem(225). Tevens is een combinatie mogelijk: bij overlijden blijven goederen van de langstlevende eigen, deze van de eerststervende zijn gemeenschappelijk(226).

153. Het Anglo-Amerikaanse recht neemt opnieuw een aparte positie in, wellicht onder meer door de afwezigheid van notariële tussenkomst. Huwelijkscontracten komen hier minder vaak voor, hoewel daarin de laatste jaren enige verandering lijkt te komen.

Tevens brengt de toepassing van het gemeenrechtelijke contractenrecht met zich mee dat een huwelijkscontract slechts afdwingbaar is in de mate dat de rechter dit billijk acht, zodat de contractsvrijheid als onaantastbaar gevolg van de wil van partijen beperkter is (zie daarover hierna onder c).

(c) Dwingend recht

154. Beperkingen van de contractsvrijheid in het huwelijksvermogensrecht komen overal voor, doch de gradatie van deze beperkingen verschilt sterk. Diverse types van dwingende regels kunnen worden onderkend(227).

Zo bestaat in sommige landen een dwingende keuze tussen een aantal door de wetgever uitgewerkte stelsels, zodat het niet mogelijk is om zelf een eigen huwelijksvermogensregime uit te werken (*Typenzwang*). Een ander type van dwingende regels zijn deze die enkel dwingende werking hebben binnen een bepaald gekozen stelsel.

(225) In het Belgische recht bestaat betwisting over de vraag of het mogelijk is om voor echtscheiding een wettelijke gemeenschap van aanwinsten te bedingen en een algehele gemeenschap voor het geval van overlijden. In de regel wijst men dit af als zijnde in strijd met het normatief statuut van het huwelijksvermogensstelsel. Toch wordt aanvaard dat een inbreng van een bepaald goed in het gemeenschappelijk vermogen voorwaardelijk kan worden gedaan, met name dat het goed in geval van echtscheiding terugkeert naar de inbrenger zonder aanrekening op zijn kavel. Als een algehele gemeenschap een doorgedreven algemene en wederkerige inbreng is, door beide echtgenoten, dan rijst de vraag waarom het niet mogelijk zou zijn om voor het geval van echtscheiding te voorzien in een terugneming van voorhuwelijkse goederen en goederen verkregen via schenking, erfenis of testament, zonder aanrekening op de kavel van de inbrenger (zie J. GERLO, „Huwelijkscontract. Algemene beginselen”, in *De evolutie in de huwelijkscontracten*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 13-16 en de verwijzingen aldaar). Eenzelfde idee is terug te vinden in de Notitie van Prof. L. VERSTAPPEN, tweede variant, in het Verslagboek van het Congres van 22 november 2000 te Utrecht.

(226) J. QVISTE, „Succession Law in Denmark”, in *European Succession Laws*, 136.

(227) Zie het overzicht in mijn bijdrage „Rechtsvergelijkende beschouwingen over contractuele relaties in het huwelijksvermogensrecht”, in *De internationale contractuele relaties. De rol van de notaris*, Antwerpen, Maklu, 1995, 484-492 en de verwijzingen aldaar.

Ten derde zijn er bepalingen die van dwingende toepassing zijn op alle gehuwden, ongeacht het gekozen stelsel. Hier kan een onderscheid worden gemaakt tussen dwingende regels inzake rechten en plichten van echtgenoten tijdens het huwelijk en dwingende regels inzake goederenverdeling bij ontbinding van het stelsel. In bepaalde landen gaan de dwingende regels zelfs zo ver dat bijna sprake is van een quasi-dwingend wettelijk stelsel. Laatstgenoemde twee types licht ik hierna kort toe.

155. In vele landen zijn er een aantal dwingende bepalingen van toepassing op alle gehuwden die samengebracht worden onder de noemer „rechten en plichten van echtgenoten”, in België en Frankrijk het primair stelsel(228) genoemd (artikelen 212 - 224 Belg. B.W.; artikelen 212-226 Franse en Lux. C.C.; cf. Titel 6 in Nederland).

Meestal zijn hier een aantal regels van meer personele aard in te vinden (b.v. de plichten van getrouwheid, samenwoning, hulp en bijstand), maar toch ook een aantal belangrijke vermogensrechtelijke bepalingen, die zelfs als vrij universeel kunnen worden beschouwd. Het betreft regels inzake bescherming van de gezinswoning, hoofdelijke aansprakelijkheid voor huishoudelijke schulden(229) en toestemmingsvereiste voor of vernietigbaarheid van gevaarlijke handelingen zoals persoonlijke zekerheden en schenkingen(230).

156. Dwingende regels inzake goederenverdeling komen voor in landen waar de scheiding van goederen als wettelijk stelsel geldt. Gelet op de onbillijkheid van scheiding van goederen, met name bij echtscheiding, wordt vaak voorzien in een dwingende verdelingsregeling, meestal enkel voor echtscheiding, soms ook geldend bij overlijden.

Dit is het geval voor de *equitable distribution* in Anglo-Amerikaanse rechtsstelsels, alsook voor de dwingende mogelijkheid van billijk-

(228) Ik vermijd deze term liever vermits hij in Nederland soms wordt gehanteerd ter aanduiding van wat ik het wettelijk stelsel heb genoemd, hetgeen dus geen dwingend maar aanvullend recht is.

(229) Deze regel werd afgeschaft in Zweden (A. AGELL, „Die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe in Schweden”, in *Entwicklungen im Recht der Familie und der ausserehelichen Lebensgemeinschaften*, Frankfurt a/M, Metzner Verlag, 1989, p. 86-87, nr. 2). In het Nederlandse wetsvoorstel Nieuw Huwelijksvermogensrecht, tot wijziging van titel 6 Ned. B.W., wordt voorgesteld om deze regel af te schaffen (nu artikel 1:85 Ned. B.W.). Zie de kritiek bij Gr. VAN DER BURGH, *l.c.*, *WPNR* 2000, nr. 6409, 499-500.

(230) Zie meer uitvoerig bij A. VERBEKE (General Reporter) & S. CRETNEY, F. GRAUERS, Ph. MALAURIE, H. OFNER, M. SAVOLAINEN, F. SKORINI-PAPARRIGOPOULOU, Gr. VAN DER BURGH, (Country Reporters), „European Marital Property Law. Survey 1988-1994”, *ERPL* 1995, 449-458.

heidscorrectie op eender welk huwelijkscontract(231). Beperktere vormen zijn de dwingende verdeling naar billijkheid in Oostenrijk van het *Gebrauchsvermögen* en van de *Eheliche Ersparnisse*.

Interessant in dit verband is het *patrimoine familial* dat in 1989 in Québec werd ingevoerd als bescherming van echtgenoten tegen de al te frequent gekozen zuivere scheiding van goederen. In dit systeem wordt voor een ruime categorie van goederen (omschreven als *patrimoine familial*) een dwingende regeling opgelegd(232). Het zijn de voornaamste gezinswoning met huisraad, de tweede verblijfplaats van het gezin, de wagens gebruikt voor verplaatsingen van het gezin (artikel 462.2 Québec C.C.)(233). De dwingende wettelijke regeling bestaat hierin dat de goederen van de *patrimoine familial* bij de ontbinding van het huwelijk (zowel door echtscheiding als door overlijden) op gelijke wijze tussen de echtgenoten moeten worden verdeeld.

Ter correctie komt aan de rechter een ruime appreciatiebevoegdheid toe om van deze gelijke verdeling af te wijken indien hij dit onbillijk acht, in het bijzonder omwille van de duur van het huwelijk en de gedragingen der echtgenoten.

Naast vurige voorstanders kent dit systeem ook hevige tegenstanders. Zo heeft een auteur de *patrimoine familial* recent nog verguisd als een „koekoeksei” dat enkel om electorale redenen werd ingevoerd en dat een staaltje is van slechte en slordige wetgeving, zodat alleen maar een balans van verlies en nadelen zou kunnen worden opge maakt(234).

157. Tenslotte kan in bepaalde gevallen worden betoogd dat de dwingende regels een zo verregaand impact hebben, dat eigenlijk sprake is van een quasi dwingend wettelijk stelsel.

In bepaalde Scandinavische landen b.v. zijn de principes van scheiding van goederen en de gevolgen daarvan voor het bestuur van het vermogen, de rechten van schuldeisers en de regels inzake goederenverdeling van dwingende aard, zodat de manoeuvreerruimte beperkt is.

(231) VERBEKE 1995, 359. Naast ook de reeds vermelde billijkheidscorrectie op de gelijke participatie in het wettelijk stelsel (zie hoger).

(232) Zie onder meer A. POPOVICI en PARIZEAU-POPOVICI, *Le patrimoine familial*, Québec, Wilson & Lafleur, 1989.

(233) En ook, doch enkel voor het geval van echtscheiding, tijdens het huwelijk opgebouwde pensioenrechten.

(234) E. CAPARROS, „Evolutions et involutions: Les réformes des régimes matrimoniaux au Québec”, in *Liber amicorum De Valkeneer*, 2000, 130-143.

Eenzelfde tendens bestaat in de Anglo-Amerikaanse rechtsfamilie waar de scheiding van goederen tijdens het huwelijk geldt als dwingend recht, evenals de principes van de verdeling naar billijkheid in geval van echtscheiding (zie hoger). Ook al wordt bij huwelijkscontract gekozen voor een zuivere scheiding van goederen; het staat de rechter te allen tijde vrij, na overweging van diverse factoren en omstandigheden (vaak wettelijk vastgelegd(235)), om de goederenrechtelijke consequenties van de scheiding van goederen naast zich neer te leggen en toebedeling van goederen op te leggen „*as he thinks fit*”. Aldus kan de eigendomstitel van een goed worden gewijzigd (zie hoger).

2. *Bescherming via erfrecht*

(a) Reserve of legitieme portie

158. In vele landen van de Germaanse rechtsfamilie geniet de langstlevende een reservatair erfrecht(236). Vooral de Duitse regeling is zoals gezegd interessant omdat zij sterk verbonden is met het huwelijksvermogensrecht. De reserve of *Pflichtteil* van een langstlevende bedraagt de helft van diens intestaatserfdeel.

Voor de langstlevende gehuwd onder het wettelijk stelsel van de *Zugewinnngemeinschaft* en ingesteld als erfgenaam of legataris wordt de reserve gebracht op de helft van zijn verhoogde intestaatserfdeel (*grosser Pflichtteil*) (zie hoger). Indien dergelijke langstlevende ontferd is, of zelf de nalatenschap heeft verworpen, wordt door de heersende leer(237) aangenomen dat de zogenaamde *erbrechtliche Lösung* niet kan worden toegepast, zodat de *Zugewinnausgleich* daadwerkelijk moet worden toegepast en de reserve wordt berekend op basis van het niet vermeerderde erfrecht van een vierde of de helft (*kleiner Pflichtteil*).

159. Naast een reserve voor de langstlevende echtgenoot biedt het Zwitserse recht aan de testator ook de mogelijkheid om de langst-

(235) Zie b.v. in New York: A. VERBEKE, „Judicial Application of Statutory Factors for an Equitable Distribution upon Dissolution of the Marriage in New York”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1989, 170-214.

(236) Zo b.v. § 1391 BGB; § 765 ABGB; artikel 471, 4 Zwitsers ZGB; artikel 1825 § 2-3 Grieks B.W.

(237) Dit is de *Einheitstheorie* die staat tegenover de *Wahltheorie* die de langstlevende de keuze laat tussen het kleine of grote *Pflichtteil*. Zie daarover H. BROX, *Erbrecht*, Keulen, Carl Heimanns Verlag, 1998, 17e druk, 331-332.

levende echtgenoot te bevoordeligen door hem of haar het vruchtgebruik te vermaken op het volledige erfdeel van de kinderen(238).

160. Ontbloting van de reserve door deze niet meer exclusief te vrijwaren voor bloedverwanten, maar ook open te stellen voor een langstlevende echtgenoot, is ook in de meer conservatieve Romaanse rechtsfamilie sterk doorgedrongen(239).

Zo werd de langstlevende echtgenote in België bedacht met een reserve (Wet van 14 mei 1981). Het betreft een dubbel voorbehouden erfdeel: enerzijds abstract, met name de helft van de nalatenschap in vruchtgebruik en anderzijds concreet, met name vruchtgebruik op gezinswoning en huisraad(240). Ook in Spanje heeft de langstlevende een reserve in vruchtgebruik, met name op één derde bij samenloop met kinderen(241), op de helft bij samenloop met ascendenten of hun afstammelingen(242) en op twee derden bij samenloop met andere erfgenamen(243).

In Italië geniet de langstlevende echtgenoot een reserve van de helft van de nalatenschap als er geen kinderen zijn(244), een derde in samenloop met één kind en een kwart in samenloop met meerdere kinderen(245). De langstlevende heeft in elk geval ook recht op het gebruik van de gezinswoning en inboedel(246). In Portugal heeft de langstlevende een reserve van de helft indien er geen andere wettelijke erfgenamen zijn, bij samenloop met kinderen of ascendenten is er een globale reserve van twee derden(247).

(238) Dit is de „*Nutzniessung*”: artikel 473 Zwitsers ZGB (zie D. BERTHER, „Succession Law in Switzerland”, in *European Succession Laws*, p. 338, nr. 14.68; M. en H. NÄF-HOFMANN, *Schweizerisches Ehe- und Erbrecht*, Zurich, Schulthess, 1998, 670-691).

(239) Cf. het schematische overzicht bij Ph. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, Parijs, Cujas, 1998, vierde druk, 77.

(240) Artikel 915bis Belg. B.W.

(241) Vruchtgebruik op het voor het *mejoras* bestemde gedeelte (artikel 834 Spaans B.W.). Vruchtgebruik op de helft als er samenloop is met enkel niet-gemeenschappelijke kinderen van de erflater (artikel 837 lid 2 Spaans B.W.).

(242) Artikel 837 lid 1 Spaans B.W.

(243) Artikel 838 Spaans B.W.; J.D. GONZALEZ en A. BORRAS, „Succession Law in Spain”, in *European Succession Laws*, p. 304, nr. 13.40.

(244) Artikel 540 CC.

(245) In het eerste geval krijgt het kind ook een derde, in het tweede geval krijgen de kinderen samen de helft (artikel 542 CC), zodat het beschikbaar deel minimaal een kwart bedraagt.

(246) D.B. MACFARLANE, „Succession Law in Italy”, in *European Succession Laws*, p. 240, nr. 10.20.

(247) GRUPO LEGAL PORTUGUES, „Succession Law in Portugal”, in *European Succession Laws*, p. 283, nr. 12.51-12.53.

161. Zelfs Anglo-Amerikaanse jurisdicties, die traditiegetrouw hui-
veren voor een bloedverwanten-reserve, hebben in talloze gevallen
een reservatair erfrecht ingevoerd ter bescherming van de langstle-
vende echtgenoot.

Volgens de Ierse Succession Act heeft de langstlevende een *legal right* op de helft van de nalatenschap indien er geen kinderen zijn en op een derde indien er kinderen zijn(248).

Zo kennen ook diverse Amerikaanse *common law* jurisdicties een *forced heirship* of *fixed share* regeling die inhoudt dat een voorbe-
houden erfgedeelte toekomt aan de langstlevende echtgenote, doch
niet aan kinderen(249). In principe is dergelijk recht niet gekoppeld
aan de duur van het huwelijk (anders evenwel in de Uniform Probate
Code; zie hierna), en evenmin gelinkt aan behoefte.

Interessant zijn ook de in sommige staten bestaande „*omitted spouse statutes*” die bepalen dat wanneer een testator na het maken van een
testament huwt, en de echtgenote nog leeft op het ogenblik van zijn
overlijden, deze echtgenote ongeacht het testament haar intestaatserf-
deel zal verkrijgen(250).

162. Waar de reserve van de langstlevende in vele Amerikaanse
staten beperkt is tot de *probate estate*(251), dit zijn de bestaande
goederen bij overlijden (en die dus het voorwerp vormen van de
probate procedure tot vereffening van de nalatenschap), is dit niet
het geval voor de *elective share* uit de Uniform Probate Code.

Hier krijgt de langstlevende een variabel breukdeel van de *augmented estate*. Dit laatste is conceptueel en functioneel vergelijkbaar met de
fictieve hereditaire massa uit het klassieke continentale erfrecht, en
omvat derhalve ook *non-probate assets*, zoals b.v. activa die door de
overledene op onherroepelijke wijze aan een derde werden overge-
dragen binnen de twee jaar voor zijn overlijden(252).

(248) Section 111.

(249) J. DUKEMINER en S.M. JOHANSON, *Wills, Trusts and Estates*, Boston, Little Brown, 1990, vierde druk, 377-402; B. HANOTIAU, *l.c.*, *Reserve in vraag I*, 261; MCGOVERN e.a. 1988, 117-131. In bepaalde staten is ook sprake van „*dower*” en „*curtesy*”, ontstaan vanuit de *common law*, oorspronkelijk enkel van toepassing op onroerend goed, maar in een aantal staten uitgebreid en gemoderniseerd. In de Uniform Probate Code daarentegen is enkel sprake van een „*elective share*” voor de langstlevende en zijn *dower* en *curtesy* afgeschaft.

(250) Te vergelijken met de hoger reeds aangehaalde „*pretermitted heir statutes*” ten gunste van „vergeten” kinderen. Zie L.H. AVERILL, *Uniform Probate Code in a nutshell*, St. Paul, Minnesota, West, 1993, derde druk, p. 113-116.

(251) Idem voor het erfdeel verkregen in toepassing van een *omitted spouse statute*.

(252) En nog tal van andere activa. Zo wordt b.v. ook rekening gehouden met het eigen vermogen van de langstlevende. De regeling is vrij complex. Zie nader bij L.H. AVERILL, *Uniform Probate Code in a nutshell*, St. Paul, Minnesota, West, 1993, derde druk, 84-112.

Het percentage dat de langstlevende echtgenoot van de *augmented estate* bekommt, varieert naargelang de duur van het huwelijk, van 3% voor 1 jaar huwelijk tot maximaal 50% voor een huwelijk dat minstens vijftien jaar duurde. Daarenboven geldt er een minimum bedrag(253).

163. Meestal wordt aanvaard dat een echtgenoot van dergelijke reserve (schriftelijk) afstand kan doen, b.v. aan de vooravond van een tweede huwelijk ter bescherming van de kinderen uit het eerste huwelijk. Zoals voor huwelijkscontracten zal de geldigheid van dergelijke *waiver* in de regel afhangen van „*full disclosure*”(254) en „*fair consideration*”(255).

De eerste vereiste impliceert dat de echtgenoot die afstand doet volledige inzage heeft verkregen in alle relevante feiten, en derhalve inzicht heeft in de aard en omvang van de rechten van *elective share*(256). Bij de vereiste van *fairness* wordt in sterke mate rekening gehouden met de behoefte van een langstlevende, hoewel dit door sommigen terecht wordt bekritiseerd. Met name op basis van geleverde bijdragen zou de langstlevende een gerechtvaardigde claim op het vermogen hebben (zie verder daarover)(257).

(b) Andere vormen van erfrechtelijke bescherming

164. In Frankrijk en Luxemburg bestaat er geen legitieme ten gunste van de langstlevende, maar is wel voorzien in de mogelijkheid voor de testator om het beschikbaar deel in zijn of haar voordeel uit te breiden(258).

165. Het klassieke erfrechtelijke alternatief voor de reserve ter bescherming van de langstlevende is de variabele vermogensaanspraak

(253) In de UPC is dit 50.000 USD doch dit kan variëren van staat tot staat.

(254) Zie onlangs in comparatief perspectief, M. VAN ROSSUM, „The Duty of Disclosure: Tendencies in French Law, Dutch Law and English Law; Criteria, Differences and Similarities between the Legal Systems”, *MJ* 2000, 300-325.

(255) Zie daarover in mijn bijdrage „Rechtsvergelijkende beschouwingen over contractuele relaties in het huwelijksvermogensrecht”, in *De internationale contractuele relaties. De rol van de notaris*, Antwerpen, Maklu, 1995, 482-484.

(256) Dit is een belangrijke overweging die ook meespeelde in een beschikking van het Hof Amsterdam (22 april 1999) om de geldigheid van een nihilbeding in huwelijkse voorwaarden, opgemaakt volgens het recht van de Amerikaanse staat Pennsylvania, te aanvaarden, met name het feit dat de echtgenoten de overeenkomst grondig hadden voorbereid en beiden waren bijgestaan door een advocaat (zie S. VAN GESTEL, „Nihilbeding in huwelijksevoorwaarden geaccepteerd”, *Advocatenblad* 1999, 824-825).

(257) In die zin MCGOVERN e.a. 1988, 132.

(258) Artikel 1094 Fr. C.C.

die door een rechter wordt toegekend, zoals bekend in het Engelse recht (zie Hoofdstuk IV, A).

166. Dit alternatief maakt ook opgang in continentale landen.

In het verslag van de Franse commissie Dekeuwer-Defosse wordt zoals gezegd gepleit voor een versterking van de intestaatspositie van de langstlevende. Na grondig en rijp beraad is besloten om geen reserve in te voeren voor de echtgenoot(259). Een dwingende en minimale bescherming van de rechten van de langstlevende wordt gezocht in bepaalde rechten van bewoning van de gezinswoning (onder meer via huur) en ook een aangepast recht op alimentatie(260) lastens de nalatenschap in geval van behoefte en eindigend bij hertrouwen of concubinaat. Deze verzorgingsaanspraak zou gemodelleerd worden naar analogie van de bestaande *pension alimentaire* na echtscheiding en zou kunnen bestaan in de toekenning van een rente maar ook in toebedeling van erfgoederen(261).

Ook het nieuwe Nederlandse erfrecht gaat in deze richting. Evenals in het huidige recht wordt de langstlevende niet bedeed met een legitieme portie(262). Nochtans komt de langstlevende goed beschermd uit de strijd(263). Dit is het gevolg van enerzijds de sterke intestaatspositie en anderzijds de invoering van dwingende wettelijke rechten.

(c) Nederland nu en straks

167. De sterke intestaatspositie van de langstlevende krijgt vorm in een bijzondere regeling, de wettelijke verdeling genoemd, die geba-

(259) Dit bleek ook al uit een eerder ontwerp van wet, nr. 2530 van 30 december 1991 (cf. E.N. FROHN, „The position of the surviving spouse in the law of succession. Some comparative remarks”, in *Comparability and Evaluation*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, 49). Zie ook bij A.L.G.A. STILLE, „Franse plannen met de langstlevende echtgenoot”, in *Yin-Yang, van Mourik Bundel*, Deventer, Kluwer, 2000, 369-375.

(260) Ook nu bestaat er een recht op „*pension alimentaire*” bij overlijden (artikel 207-1 Fr. C.C.), dat echter niet vaak wordt gebruikt (Ph. MALAURIE, *Les successions. Les libéralités*, Parijs, Cujas, 1998, vierde druk, 83-84).

(261) Verslag van de commissie, 4 januari 2000, 92-93.

(262) Hoewel daar in Nederland in de twintigste eeuw langdurig discussie is over gevoerd en b.v. werd voorzien in een legitieme voor de langstlevende in het ontwerp Meijers van 1954.

(263) M.J.A. VAN MOURIK, „De meeslepende avonturen van de langstlevende echtgenoot (IV)”, *NJB* 1997, 839-845. Volgens sommige critici, onder meer in het Verslag van de bijzondere commissie van de Eerste Kamer van 27 april 1999 (zie de heftige reactie op dit Verslag van A.J.M. NUYTINCK, „Het Verslag van de Eerste Kamer inzake het nieuwe erfrecht: een eenzijdig stuk!”, *WPNR* 1999, nr. 6361, 445-447), is men te ver gegaan met de bescherming van de langstlevende (zie onder meer DE BOER, „De hangmat van de langstlevende”, *NJB* 1997, 1380-1381; VAN OPSTALL, „De langstlevende alles en de kinderen de rest”, *RMThemis* 1997, 313). In die laatste zin ook W. SNIJDERS, „Wilsrechten, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht”, *WPNR* 1999, nr. 6367, 607.

seerd is op de in Nederland sinds jaren bestaande succesvolle praktijk van de ouderlijke boedelverdeling (zie verder)(264).

De wettelijke verdeling betekent dat de langstlevende echtgenote van rechtswege alle activa verkrijgt, terwijl de kinderen van rechtswege een geldvordering verkrijgen ten belope van de waarde van hun erfdeel(265). De vordering van de kinderen is rentedragend, maar is slechts opeisbaar bij overlijden van de langstlevende, of eerder in geval van faillissement(266).

Het is duidelijk dat de positie van de kinderen, met een lange tijd onopeisbare vordering, redelijk zwak is. Als de langstlevende hun eigen moeder is, en zolang zij niet hertrouwt of duurzaam gaat samenwonen, zullen de kinderen er in de meeste gevallen gerust kunnen in zijn dat hun vordering bij overlijden van hun moeder zal worden voldaan. Helemaal anders is het wanneer de langstlevende een stiefmoeder is, of wanneer de eigen moeder op een bepaald moment hertrouwt met een groen blaadje.

168. Om de kinderen te beschermen tegen stiefouders en stieffamilie, is voorzien in een interessant correctief in de vorm van vier wilsrechten (artikelen 4.2A.1. 7 tot 10). Op een originele wijze wordt hiermee gepoogd om de belangen van de kinderen van de overledene en de betrokken langstlevende echtgenoot in evenwicht te brengen. Door sommigen wordt betoogd dat een evenwicht moet worden tot stand gebracht door de praktijk, via een ruime toepassing van deze wilsrechten van de kinderen aan de hand van de eisen van redelijkheid en billijkheid(267). Op die manier kan overbescherming van de langstlevende worden vermeden(268). Anderen zijn van oordeel dat de verzorgingsbehoefte van de langstlevende in elk geval voorgaat op-

(264) Zie de interessante schematische vergelijking tussen obv en nieuwe wettelijke verdeling in E.A.A. LUIJTEN, *Erfrecht; algemene inleiding en erfrecht bij versterf, Monografieën nieuw BW B18*, Deventer, Kluwer, 2000, 9.

(265) Het lijkt in de huidige stand van zaken niet mogelijk te zijn om de erfdelen in het raam van de wettelijke verdeling te wijzigen, b.v. om fiscale redenen 1/100 voor de echtgenoot en 99/100 voor de kinderen, zoals vandaag vaak wordt gedaan in ouderlijke boedelverdelings-testamenten. Zie daarover C.A. KRAAN, „Onzekerheid over de wettelijke verdeling”, *WPNR* 2000, nr. 6406, 428 linkerkolom in fine.

(266) Artikel 4.2A.1.1 (mineur gewijzigd door de Bezemwet: verwijzing naar schuldsaneringsregeling natuurlijke personen). Verder worden door de Bezemwet aan de wettelijke verdeling diverse technische aanpassingen aangebracht, waar binnen het bestek van deze uiteenzetting niet kan worden op ingegaan.

(267) W. SNIJERS, „Wilsrechten, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht”, *WPNR* 1999, nr. 6367, 607, rechterkolom medio.

(268) Eventueel in combinatie met een beperkte uitleg van de dwingende wettelijke rechten ten gunste van de langstlevende (zie verder daarover).

de belangen van de kinderen met het oog op de verzekering van hun vordering(269).

Wel is het zo dat de verplichtingen van de langstlevende ingevolge wilsrechten bij testament kunnen worden beperkt, opgeheven of uitgebreid(270). Dit is noodzakelijk om een flexibele regeling te kunnen uitwerken(271)

169. Waar het kind normaal vrede moet nemen met een lange tijd onopeisbare vordering, biedt dergelijk wilsrecht aan het kind het recht om overdracht van goederen te eisen. Dit recht strekt zich niet alleen uit over goederen die deel uitmaakten van de nalatenschap maar ook over hetgeen daar bij wijze van zaakvervanging voor in de plaats is gekomen.

Een kind beschikt in twee gevallen, ten aanzien van een niet opeisbare vordering, over een blote-eigendomswilsrecht en in twee gevallen, ten aanzien van een opeisbare vordering, over een volle-eigendomswilsrecht.

Het eerste type van het blote-eigendomswilsrecht doet zich voor wanneer de langstlevende ouder aangifte doet van het voornemen om te hertrouwen. De vordering is nog niet opeisbaar, maar ter beveiliging van de belangen van het kind, kan deze overdracht van goederen in blote eigendom eisen, terwijl het vruchtgebruik weliswaar bij de langstlevende blijft. Hetzelfde geldt indien het kind een vordering verkrijgt op een langstlevende die niet zijn ouder maar een stiefouder is(272). Ook hier kan het kind overdracht van goederen in blote eigendom vragen(273).

Het tweede type is het volle-eigendomswilsrecht dat zich vooreerst voordoet in de situatie waar de hertrouwde langstlevende ouder overlijdt en de vordering tegen deze langstlevende terzake van de nalaten-

(269) L.C.A. VERSTAPPEN, „Het Voorlopig Verslag van de Eerste Kamer op het wetsvoorstel Erfrecht”, *WPNR* 1999, nr. 6349, 193. Beide argumentaties beroepen zich op artikel 4.2A.1.12 lid 5 dat de kantonrechter oplegt een beslissing te nemen rekening houdend naar billijkheid met de belangen van ieder van hen.

(270) Zie de vraagpunten daaromtrent bij C.A. KRAAN, *l.c.*, *WPNR* 2000, nr. 6406, 431 linker kolom.

(271) L.C.A. VERSTAPPEN, *l.c.*, *WPNR* 1999, nr. 6349, 192.

(272) Het betreft hier stiefkinderen ten aanzien van de langstlevende, die staan tegenover stiefkinderen ten aanzien van de eerststervende. Deze laatste zijn kinderen van de langstlevende die niet ook kinderen zijn van de eerststervende en die in principe erfrechtelijk volledige buitenstaanders zijn. Het nieuwe erfrecht verandert ook daaraan in die zin dat dergelijke stiefkinderen kunnen worden betrokken bij de wettelijke verdeling (artikel 4.2A.1.14; zie bij C.A. KRAAN, *l.c.*, *WPNR* 2000, nr. 6406, 431 rechter kolom).

(273) Cf. W. BURGERHART, „Erfrechtelijk rekenwerk bij een beroep op een bloot-eigendomswilsrecht”, *WPNR* 2000, nr. 6424, 827-830.

schap van de eerst gestorven ouder opeisbaar wordt(274). Hetzelfde geldt wanneer de langstlevende stiefouder overlijdt en de vordering in de nalatenschap van de eerder gestorven ouder opeisbaar wordt.

170. Naast de sterke intestaatspositie van de langstlevende voorziet het nieuwe Nederlandse erfrecht ook in een aantal *dwingende wettelijke rechten* die op substantiële wijze de rechten van de langstlevende (ook van kinderen) beschermen. Daar het hier gaat om dwingende rechten zou kunnen worden betoogd dat deze legitiemair van aard zijn. Dit is niet het geval in de mate dat deze rechten in de regel slechts kunnen worden toegekend voor zover daaraan een behoefte bestaat(275) (zie in hoofdstuk VI).

171. Maar ook reeds het vigerende Nederlandse erfrecht heeft, ondanks het strakke korset van het klassieke Napoleontische erfrecht waarin de Belgische zuster veel meer geklemd zit, aan de tendens van bescherming van de langstlevende op een opmerkelijke wijze vorm gegeven.

Met het *De Visser-Harms* arrest van de Hoge Raad(276) is de verzorging van een langstlevende echtgenoot erkend als een plicht van moraal en fatsoen die onder omstandigheden kan worden beschouwd als de nakoming van een natuurlijke verbintenis. Hetgeen men ontvangt ingevolge de nakoming van een natuurlijke verbintenis is geen verkrijging om niet, geen legaat, maar een verkrijging onder bezwarende titel. Aldus is een verkrijging ingevolge natuurlijke verbintenis niet aantastbaar door beroep op de legitieme(277).

Gesterkt door deze doctrine heeft de Nederlandse praktijk(278) de techniek van de ouderlijke boedelverdeling (obv) ontwikkeld op een totaal verschillende wijze als b.v. in België. De Nederlandse obv die de laatste decennia zo een succesvolle ontwikkeling heeft gekend, dat zij niet alleen in de overgrote meerderheid van de Nederlandse

(274) Dit is uiteraard in de hypothese dat eerder geen bloot-eigendomswilsrecht is uitgeoefend. In dit laatste geval wast bij overlijden het vruchtgebruik gewoon aan bij de reeds verkregen blote eigendom.

(275) Artikelen 4.2A.2.1-3.

(276) HR 30 november 1945, *NJ* 1946, nr. 62; zie de bespreking bij PITLO/VAN DER BURGH 1997, 110-119 en de verwijzingen aldaar.

(277) In Griekenland wordt een vergelijkbare redenering aanvaard, niet alleen ten aanzien van de langstlevende, maar ook ten aanzien van kinderen (K.D. MAGLIVERAS „Succession Law in Greece”, in *European Succession Laws*, 223).

(278) De obv in Nederland biedt een mooi voorbeeld van rechtsvorming door de rechtspraak in samenwerking met de notariële praktijk (S. PERRICK, „Testeervrijheid en de zorg voor nabestaanden”, *T.P.R.* 1994, 1888-1894).

testamenten voorkomt maar tevens als grondslag heeft gediend voor het nieuwe intestaatserfrecht, brengt het „langst leeft al” principe tot stand door alle activa en passiva van de nalatenschap aan de langstlevende toe te delen, mits erkenning van een schuld wegens overbedeling aan de kinderen, die dus een vordering erven(279).

- De klassieke uitleg dat bij een ouderlijke boedelverdeling aan alle descendenten goederen uit de nalatenschap moeten worden toebedeeld, wordt aan de kant gezet door een arrest van de Hoge Raad uit 1969 (Makkumse boedelverdeling)(280).

Hier oordeelt het hoogste Nederlandse Hof dat een testamentaire beschikking waarbij alle goederen worden toebedeeld aan de langstlevende tegen overname van de schulden en uitkering aan de andere erfgenamen (de kinderen) in contanten wegens overbedeling, een ouderlijke boedelverdeling is in de zin van artikel 1167 Ned. B.W. De kinderen erven dus geen erfgoederen, maar een vordering.

- Het feit dat dit een rechtsgeldige ouderlijke boedelverdeling zou zijn, verhindert niet dat deze constructie binnen het klassieke (b.v. Belgische) erfrecht met het principe van de reserve in natura geen oplossing biedt voor de langstlevende. De kinderen hebben immers recht op een reserve, vrij en onbezwaard, maar ook in erfgoederen. De betrokken geldvordering wegens overbedeling is geen erfgoed, zodat de hele operatie vanuit de schending van de reserve kan worden aangevallen(281).

Dit bezwaar wordt enige jaren later evenzeer door de Hoge Raad van tafel geveegd in het arrest *Erven Mulder*. Hier bevestigt de Hoge Raad dat de kinderen weliswaar hun legitieme behouden, maar dat deze door de ouderlijke boedelverdeling is gereduceerd tot een legitieme in waarde (en dus niet meer in natura)(282). De kinderen moeten zich dus tevreden stellen met een vordering.

- Er rijst evenwel nog een ander probleem. Als de vordering van de kinderen gewoon opeisbaar is, dan schiet de regeling zijn doel voorbij. Dit bestond er immers in de langstlevende te beschermen in die zin dat zij verder ongestoord kan blijven leven en beschikken

(279) Voor een praktische en actuele bespreking, zie B.M.E.M. SCHOLS en F.W.J.M. SCHOLS, „De ouderlijke boedelverdeling heeft de kraaienmars nog niet geblazen”, *WPNR* 1998, nrs. 6317 en 6318, 369-370 en 390-392.

(280) HR 19 september 1969, *NJ* 1969, nr. 402.

(281) Dit is dan ook een risico dat zgn. Nederbelgen lopen wanneer zij een Nederlands obv-testament hebben, maar overlijden met laatste woonplaats in België zodat het Belgische erfrecht en bijgevolg ook de dwingende Belgische reserveregeling op hun nalatenschap van toepassing is.

(282) HR 21 december 1973, *NJ* 1974, nr. 308.

over het vermogen van de erflater. Dit objectief wordt natuurlijk niet bereikt als de langstlevende weliswaar langs de voordeur alle goederen verkrijgt, maar moet toezien hoeveel van deze goederen langs een achterpoortje haar weer ontschieten omdat zij talloze activa moet verkopen om de vordering van de kinderen te kunnen betalen. Daarom wordt de vordering van de kinderen, ter bescherming van de langstlevende, meestal onopeisbaar gemaakt (behoudens enkele uitzonderingsgevallen van vervroegde opeisbaarheid(283)) tot aan het overlijden van de langstlevende.

- Dergelijk uitstel van opeisbaarheid leidt er echter toe dat de actuele waarde van de vordering van de kinderen sterk beneden de nominale waarde kan dalen, hetgeen een dubbel risico met zich mee brengt. Zowel een schending van de legitieme in waarde als een benadeling voor meer dan één vierde (artikel 1170 Ned.B.W.) kan dan in zicht komen.

Om dit euvel te vermijden, wordt meestal bedongen dat de vordering van de kinderen rentedragend is(284), zodat de actuele waarde van de vordering wordt geconsolideerd. De rente is dan opeisbaar onder dezelfde modaliteiten als de vordering zelf.

- De ouderlijke boedelverdeling met overbedelingsvorderingen die onopeisbaar en renteloos zijn, kan worden aangevallen op grond van schending van de legitieme indien de kinderen door de vordering minder krijgen dan de waarde van hun legitieme(285). In dergelijk geval blijft de verdeling onaangetast, maar kunnen de kinderen een aanvulling van de waarde ten belope van hun legitieme opeisen.

Dergelijke aanvallen van de kinderen kunnen echter worden gepareerd in de mate dat bedingen als onopeisbaarheid en renteloosheid door de testator zijn opgenomen om de door hem in een afdwingbare omgezette natuurlijke verzorgingsverbintenis ten aanzien van de langstlevende na te komen. In de mate dat een en ander is gebaseerd op de verzorgingsbehoefte kan er geen sprake zijn van schending van de legitieme. In de mate dat de onopeisbaarheid niet wordt gerechtvaardigd door de verzorgingsbehoefte van de langstlevende, kan de clause van onopeisbaarheid worden aangevallen.

(283) Bijvoorbeeld faillissement van de langstlevende, geestesziekte, onder bewindstelling, of ook vaak hertrouwen of duurzaam samenwonen als was zij gehuwd.

(284) Zie b.v. HR 10 mei 1996, *NJ* 1996, nr. 692 (Van Severter). Om fiscale redenen moet de rente zakelijk en enkelvoudig zijn (zie HR 11 juni 1989, *BNB* 1989, 260) en verder ook de verwijzingen bij PITLO/VAN DER BURGHT 1997, 407, voetnoot 253.

(285) Cf. M.J.A. VAN MOURIK, „Inkorting bij obv en wettelijke verdeling”, *WPNR* 1999, nr. 6342, 52.

Het recht van een legitimaris om vrij en onbezwaard de waarde van zijn legitieme portie te verkrijgen is derhalve lager in rang dan het natuurlijke recht van de langstlevende om verzorgd achter te blijven(286).

- De verzorgingsbehoefte van de langstlevende kan evenwel niet de vernietigingsvordering wegens benadeling voor meer dan één vierde voorkomen. Dergelijke vordering kan leiden tot vernietiging van de ouderlijke boedelverdeling, hetgeen kan worden voorkomen door een opleg in geld of in natura aan te bieden (artikel 3:197 Ned. B.W.)(287).

172. Tegen voornoemde ruime draagwijdte van de natuurlijke verbintenis werd reeds lang geleden gewaarschuwd door Meijers. Naar aanleiding van een arrest van de Hoge Raad (*Gouds Bouwmeester*) van 1926(288) voorspelde hij dat dergelijke werking van de natuurlijke verbintenis de legitieme portie zou ontwrichten(289).

Met het nieuwe Nederlandse erfrecht wordt de natuurlijke verbintenis weer teruggebracht tot zijn beperktere betekenis, zodat de De Visser-Harms constructie onwerkzaam wordt(290). Immers, in het nieuwe erfrecht wordt de natuurlijke verbintenis wel beschouwd als een erfrechtelijke verkrijging, dus een verkrijging om niet, die kan worden aangevallen op grond van schending van de legitieme (hoewel pas in laatste instantie, als alle andere mogelijkheden zijn uitgeput). Men stelt dat de langstlevende in het nieuwe recht voor zijn verzorging geen nood meer heeft aan de natuurlijke verbintenis, dankzij enerzijds de wettelijke verdeling en anderzijds de dwingende wettelijke rechten(291).

(286) S. PERRICK, „De ouderlijke boedelverdeling en het onterfde kind dat een beroep op zijn legitieme doet”, *WPNR* 1996, nr. 6244, 812 rechterkolom medio.

(287) S. PERRICK, *l.c.*, 813, nr. 5.

(288) H.R. 12 maart 1926, *NJ* 1926, nr. 777.

(289) Zie hierover meer uitvoerig F.R. SALOMONS, „Het nieuwe erfrecht”, *AA* 2000, 47.

(290) Zie b.v. de kritiek van W. HEUFF, „Afrekenen in het erfrecht vanuit een ander perspectief”, in *Yin-Yang, van Mourik Bundel*, Deventer, Kluwer, 2000, 47.

(291) Onder het nieuwe erfrecht kan geen ouderlijke boedelverdeling meer worden gemaakt. Bestaande obv testamenten die onder het nieuwe recht openvallen zijn wel geldig (C.A. KRAAN, „De ouderlijke boedelverdeling en het nieuwe erfrecht”, in *Actualiteitencyclus Notariaat*, PAO cursus, najaar 2000).

VI. Naar een beter evenwicht tussen beschikkingsvrijheid en verantwoordelijkheid

A. BESCHIKKINGSVRIJHEID ALS UITGANGSPUNT

173. De fundamentele kernvraag is en blijft hoe het best de belangenafweging tussen de beschikkingsvrijheid over mijn vermogen en belangen van dierbaren ten aanzien van dit vermogen kan worden doorgevoerd.

Het wezenlijke uitgangspunt hierbij is dat het mijn vermogen is waarover ik vrij mag beschikken. Wils- en beschikkingsvrijheid moeten in beginsel worden gerespecteerd. Voor een aantasting van dit grondrecht op beschikkingsvrijheid zullen goede redenen moeten worden gegeven.

Onder bepaalde voorwaarden kan worden aanvaard dat de erflater een verantwoordelijkheid heeft ten aanzien van bepaalde personen die met zich meebrengt dat zijn beschikkingsvrijheid daarvoor moet wijken.

174. In de lijn van de constante rechtspraak van het E.H.R.M. kan een aantasting van een grondrecht worden aanvaard in de mate dat voldaan is aan de dubbele vereiste van wettelijke en verantwoorde grondslag en proportionaliteitsbeginsel.

- Verantwoorde grondslag — Wie een claim of aanspraak formuleert ten aanzien van mijn vermogen moet daarvoor een verantwoording of grondslag kunnen voorleggen.
- Proportionaliteit — Ten tweede is vereist dat het proportionaliteitsbeginsel wordt gerespecteerd. Een inbreuk op mijn beschikkingsvrijheid op grond van een verantwoorde grondslag is toelaatbaar in de mate dat dit nodig is om de doelstelling van genoemde grondslag tot stand te brengen. De inbreuk is dus begrensd in evenredigheid tot de realisatie van de verantwoorde doelstelling.

175. Te onderzoeken valt nu ten aanzien van wie een verantwoorde grondslag kan worden aanvaard om een claim te formuleren op het vermogen van een erflater. Indien dergelijke grondslag kan worden aangenomen, moet dan in tweede instantie worden bepaald op welke wijze deze claim vorm moet krijgen. De gekozen techniek zal moeten voldoen aan de proportionaliteitsvereiste.

B. VERANTWOORDE GRONDSLAG VOOR VERMOGENSAANSPRAAK

176. Ter ondersteuning van een aanspraak of vordering ten opzichte van andermans vermogen kunnen vele grondslagen naar voren worden geschoven.

Een vordering kan gebaseerd zijn op een contract (lening, verkoop, dienstverlening, verhuring), een onrechtmatige daad, zaakwaarneming, onverschuldigde betaling, verrijking zonder oorzaak.

1. *Bloedverwantschap*

177. In ons recht kan een vermogensclaim ook worden gebaseerd op het intestaatserfrecht. Indien de overledene zelf geen schikkingen in andere zin heeft getroffen, wordt meestal aanvaard dat het verantwoord is dat ik als bloedverwant een aanspraak kan maken op (een deel van) het nagelaten vermogen, conform het intestaatserfrecht.

Nochtans is niet iedereen het daarmee eens. Sommigen wijzen loutere bloedverwantschap af als grondslag voor vererving in het algemeen, dus ook *ab intestato*. Het is duidelijk dat dit standpunt wezenlijk verder gaat dan mijn opvatting dat een dwingend erfdeel niet kan worden toegestaan op loutere grond van bloedverwantschap. Volgens voornoemde stelling is bloedverwantschap geen acceptabele grondslag voor vererving op zich.

Zo werd in België in 1968 (misschien niet toevallig in dat jaar?) betoogd dat het criterium om uit te maken wie erfgenaam is, niet noodzakelijk bepaald moet worden door bloedverwantschap met de overledene. Aldus komt in de plaats van de regel van de absolute gelijkheid onder de erfgenamen, het beginsel dat iedere groepene erft volgens zijn behoeften(292). Hoger werd reeds verwezen naar de strekking die betoogt dat het erfrecht op zichzelf een ongelijkheid installeert die zou moeten worden afgeschaft(293).

178. Waar ik persoonlijk nog kan aanvaarden dat bloedverwanten erven zo de erflater niet in andere zin heeft bepaald, is het m.i. niet acceptabel dat loutere bloedverwantschap een dwingende vermogensaanspraak zou rechtvaardigen ongeacht wat de erflater heeft gewild. Indien de erflater zelf bepaalt wat er met zijn vermogen moet ge-

(292) A. HEYVAERT, „Contestatie van ons erfrecht”, *R.W.* 1968-1969, 489 in fine.

(293) D.W. HASLETT, „Distributive Justice and Inheritance”, in G. ERREYERS en T. VANDEVELDE (eds.), *Is inheritance legitimate?*, Berlijn, Heidelberg, New-York, Springer Verlag, 1997, 141-151.

beuren, via schenking of testament, en b.v. alles vermaakt aan de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, dan kan *het loutere feit van bloedverwant te zijn* geen verantwoorde grondslag bieden om ten dele deze beschikkingsvrijheid aan de kant te zetten en een dwingende aanspraak te verkrijgen op het vermogen van de erflater.

2. *Verzorgingsidee*

179. Het is daarentegen perfect aanvaardbaar dat sommige personen uit de onmiddellijke omgeving van de erflater op grond van een verzorgingsbehoefte een dwingende aanspraak kunnen formuleren ten aanzien van de nalatenschap(294).

180. Ik denk hierbij in de eerste plaats aan de kinderen van de erflater. Het behoort immers tot het wezen van de opdracht van ouders om hun kinderen een goede opvoeding en opleiding aan te bieden, alles in overeenstemming met de eigenheid en capaciteit van het kind (zie hoger).

Uiteraard komt ook aan een langstlevende echtgenoot een verzorgingsaanspraak toe in de mate dat de erflater hem of haar onvoldoende verzorgd heeft achtergelaten. Dit dient evenwel in eerste instantie via huwelijksvermogensrecht te worden geregeld, zoals hierna nog wordt toegelicht (zie C).

181. Daarnaast kan m.i. zelfs worden aanvaard dat een persoon die van de erflater afhankelijk was en door hem onmiddellijk voor het overlijden werd onderhouden onder bepaalde voorwaarden een verzorgingsaanspraak zou kunnen formuleren tegen de nalatenschap (cf. Engels recht; zie Hoofdstuk IV).

3. *Bijdrage-idee*

182. De naar mijn mening, in deze context, meest acceptabele grondslag voor een aanspraak jegens andermans vermogen is het feit dat de verzoeker kan aantonen dat hij of zij een bijdrage heeft geleverd tot de opbouw van het vermogen, zonder daarvoor op billijke wijze te zijn vergoed of gecompenseerd. Hierbij moet een onderscheid worden

(294) Over de vraag ten aanzien van wie een persoon onderhoudsverplichtingen zou kunnen hebben, zie J. SOSSON, „L’obligation alimentaire. Miroir des conceptions de la famille?“, in *Liber amicorum M.T. Meulders-Klein*, Brussel, Bruylant, 1998, 575-600.

gemaakt naarmate de aanspraakmaker een echtgenoot dan wel een bloedverwant is.

183. Indien de erflater gehuwd is of duurzaam samenwonend, dan is zijn vermogen of een groot deel daarvan vaak eerder een huwelijks- of relatievermogen dan een eigen privé-vermogen. Het huwelijk is een *joint venture* of *partnership* waarbij elk der partners op zijn manier, in geld of in natura, bijdraagt tot de opbouw van het vermogen. De bijdrage-idee is inherent aan het huwelijk, zodat derhalve ook een zekere vorm van vermogensrechtelijke solidariteit het noodzakelijk gevolg is van het aangaan van een huwelijk. Uit het huwelijk volgt derhalve een vermoeden van een gelijkwaardige bijdrage door elk van de echtgenoten tot de opbouw van vermogen uit aanwinsten verworven tijdens het huwelijk (zie in Hoofdstuk V).

Ook al zou geheel het vermogen op naam van de overledene staan, dan nog kan de langstlevende daartegen een rechtmatige aanspraak formuleren op grond van deze bijdrage-idee die inherent voortvloeit uit de huwelijksband. Deze compensatie moet echter in eerste instantie worden gezocht in het huwelijksvermogensrecht, en pas daarna en in subsidiaire orde in het erfrecht.

184. Ook bloedverwanten leveren soms direct of indirect een bijdrage tot de vermogensopbouw van de erflater. Onder omstandigheden past het dat een aanspraak tot herstel van het vermogensevenwicht wordt toegekend. Het gaat hier over bijdragen die geen aanleiding geven tot het ontstaan van een gewone gemeenrechtelijke vordering. Evenmin gaat het over bijdragen die zouden kunnen worden beschouwd als schenking, want deze is onherroepelijk en kan geen aanleiding geven tot compensatie. Het zijn bijdragen geleverd op een vrijwillige basis zonder dat daarvoor een betaling werd gevraagd of verwacht. Eigenlijk kan men gewagen van een soort van natuurlijke verbintenis in hoofde van de erflater voor de geleverde prestaties en diensten.

Kinderen of andere bloedverwanten (of zelfs bepaalde aanverwanten) kunnen in de mate dat zij aantonen een bijdrage te hebben geleverd tot de vermogensopbouw van de erflater op grond daarvan een zekere claim tegen dit vermogen formuleren.

Te denken valt aan dochter Anita die gedurende vele jaren belangeloos elke avond voor moeder boodschappen doet, kookt, poetst, enzovoort. Het gaat hier niet over een schenking. Het gaat duidelijk ook niet over prestaties die aanleiding kunnen geven tot het instellen van een gemeenrechtelijke vordering tot betaling. Maar als Anita

compleet wordt ontferd ten gunste van broer Johnny, een Hells Angel die moeder de laatste maanden van haar leven als de verloren zoon heeft ingepakt met zijn ruige charmes; kan dan niet worden aanvaard dat Anita, ook al is zij niet behoeftig, op grond van deze bijdrage tot moeders vermogensopbouw, een bepaalde vermogensaanspraak kan laten gelden op de nalatenschap?

C. VERMOGENSAANSPRAAK CONFORM HET PROPORTIONALITEITS-
BEGINSEL. EEN CONCREET VOORSTEL

185. Ervan uitgaand dat enkel de verzorgingsidee en de bijdrage-idee aanvaardbaar zijn als grondslag voor een vermogensaanspraak tegenover de erflater, moet nu worden nagegaan hoe dit op een concrete wijze kan worden uitgewerkt zonder dat het evenredigheidsbeginsel wordt geschonden(295).

Bij de verzorgingsidee zal de inbreuk op de beschikkingsvrijheid aanvaardbaar zijn in de mate dat niet meer wordt gegeven aan de betrokkene zoals nodig voor zijn verzorging. Het is duidelijk dat de precieze invulling van het begrip verzorging tot discussie aanleiding zal geven(296): louter behoeftigheid of continueren van een bepaalde levensstandaard. Hiervoor moeten criteria worden uitgewerkt. Inspiratie hiervoor is te vinden in de vele buitenlandse stelsels die dwingende verzorgingsaanspraken kennen (zie verder).

Bij de bijdrage-idee is voldaan aan het evenredigheidsbeginsel in de mate dat de betrokkene niet meer krijgt als nodig ter compensatie van de door hem geleverde bijdragen.

(295) Indien men aanvaardt dat bloedverwantschap een legitieme grondslag is voor een inbreuk op de beschikkingsvrijheid, dan is automatisch ook aan de proportionaliteitstest voldaan. Immers, de evenredigheidsregel vereist dat de inbreuk op de beschikkingsvrijheid in evenredigheid staat tot het beoogde doel. Als het doel is dat bloedverwanten een bepaald gelijk en minimaal aandeel van het vermogen verkrijgen, dan sluit deze grondslag in zich reeds het voldoen aan het evenredigheidsbeginsel. Het is immers de wetgever die bij de vaststelling van de verantwoorde grondslag bepaalt welk een acceptabel en verantwoord minimaal aandeel is dat aan bloedverwanten moet toekomen. Hiermee is meteen ook gezegd dat de inbreuk op de beschikkingsvrijheid in evenredigheid staat tot de grondslag, daar deze zelf aangeeft wat de omvang van de inbreuk mag zijn. Dit loutere feit, dat met bloedverwantschap als grondslag automatisch is voldaan aan de proportionaliteitsvereiste, toont het arbitraire en subjectieve karakter van deze grondslag aan. Alleen al hierom zou men moeten concluderen dat een dwingende vermogensaanspraak nooit kan worden gebaseerd op bloedverwantschap.

(296) Cf. G.G. ZWANNIKEN, „Modernisering van het verzorgingsbegrip”, *WPNR* 1995, nr. 6169, 121-122 en de reactie van M.J.A. VAN MOURIK, *WPNR* 1995, nr. 6170, 146-147.

1. Primaat van de echtgenoot en van het huwelijksvermogensrecht

186. Gegeven het reeds toegelichte primaat van de langstlevende echtgenoot (zie Hoofdstuk V), rijst de vraag welke het beste vehikel is om de dwingende vermogensaanspraak van een langstlevende echtgenoot tot stand te brengen.

Naar mijn oordeel volgt uit het primaat van de echtgenoot ook het primaat van het huwelijksvermogensrecht. Dwingende regels ter bescherming van de langstlevende echtgenoot dienen zich bij voorkeur te situeren in het huwelijksvermogensrecht, dat immers de vermogensrechtelijke consequenties van het huwelijk en de tijdens dat huwelijk gerealiseerde vermogensopbouw moet regelen. De dwingende vermogensaanspraak van de echtgenoot is immers direct gerelateerd aan het huwelijk en moet derhalve worden ingebed in het huwelijksvermogensrecht⁽²⁹⁷⁾.

187. Het is daarom niet in overeenstemming met de proportionaliteitsvereiste om een echtgenoot (met een aanspraak op grond van deze huwelijkse bijdrage-idee) dwingende rechten te geven op goederen die niets met het huwelijk te maken hebben. Dit is nochtans hetgeen gebeurt bij de Belgische vruchtgebruikreserve ten voordele van de langstlevende echtgenoot. Ten gevolge hiervan kan een langstlevende echtgenoot rechten van vruchtgebruik verkrijgen op eigen goederen die de overleden echtgenoot erfde of geschonken kreeg van zijn grootvader, of die hij reeds lang voor het huwelijk bezat.

Bovendien is de aanspraak hier steeds forfaitair de helft, zodat op generlei wijze rekening wordt gehouden met de duur van het huwelijk, hetgeen nochtans essentieel gelieerd is met de bijdrage die de langstlevende heeft geleverd. Dit laatste euvel wordt wel ondervangen bij de reserve zoals deze in de Amerikaanse Uniform Probate Code bestaat: het breukdeel dat aan de langstlevende (in volle eigendom) toekomt, ook op voorhuwelijkse goederen en goederen door de erflater verworven via schenking, erfenis of testament, varieert volgens de duur van het huwelijk (zie hoger). Desondanks meen ik dat ook hier het evenredigheidsbeginsel niet voldoende wordt gerespecteerd, doordat rechten worden gegeven op andere goederen dan huwelijkse aanwin-

(297) Zie in die zin ook in het rapport van de Franse Commissie Dekeuwer-Defossez, *La Documentation Française*, 1999, p. 148, nr. 2.

sten(298). Dit laatste is m.i. wel verantwoord vanuit de verzorgingsgedachte als grondslag, maar moet dan subsidiair gelden, via dwingende vermogensaanspraak op de nalatenschap (zie verder).

188. De stelling luidt dan ook dat dwingende vermogensaanspraken voor een echtgenoot in eerste instantie vorm moeten krijgen via huwelijksvermogensrecht en niet via erfrecht(299).

Ik ben er mij van bewust dat de consequentie van deze stelling is dat de contractvrijheid in het huwelijksvermogensrecht ten dele wordt uitgehold door de invoering van een beperkt dwingend systeem. Daar staat wel tegenover dat de testeervrijheid in ere wordt hersteld, vermits in mijn voorstel de reserve van echtgenoten (zo deze bestaat), wordt afgeschafte (zie verder)(300). Tevens denk ik dat een minimale

(298) Men verantwoordt dit vanuit praktische overwegingen, met name dat op die manier geen „tracing” van de activa moet worden doorgevoerd en vanuit de beschouwing dat de meeste echtgenoten toch alles vermengen en geen onderscheid maken tussen huwelijksaanwinsten en andere activa (L.H. AVERILL, *Uniform Probate Code in a nutshell*, St. Paul, Minnesota, West, 1993, derde druk, p. 81 in fine). Deze argumenten kunnen niet overtuigen. Voor de vaststelling wat huwelijksaanwinsten zijn en wat niet, gelden bewijsregels. Aan de hand daarvan hebben echtgenoten minstens de mogelijkheid om een onderscheid te maken tussen eigen goederen en aanwinsten. Willen zij dit niet, en blijkt alles vermengd, dan is dit hun keuze. Het is evenwel niet goed, gelet op het evenredigheidsbeginsel en de bijdrage-idee als grondslag voor een vermogensaanspraak, dat de mogelijkheid om bewezen eigen goederen buiten de (hierna beschreven) dwingende vermogensaanspraak te houden, wordt uitgesloten.

(299) Ik kan mij niet vinden in de kwalificatie van Geelhand die huwelijksvermogensrechtelijke mechanismen ten gunste van de langstlevende bestempelt als een „bijzondere reserve” (N. GEELHAND, *l.c.*, in *Reserve in vraag I*, 207-208). Op die manier wordt de discussie vertroebeld. Huwelijksvermogensrecht komt voor het erfrecht. Huwelijksvermogensrecht betreft de vermogensrechtelijke aspecten van de relatie tussen echtgenoten (of bij uitbreiding concubanten) en heeft in se niets van doen met erfrecht. Het is niet omdat huwelijksvermogensrecht en erfrecht diverse raakvlakken hebben en nauw samenhangen, dat men beiden conceptueel door elkaar mag halen. Pas nadat huwelijksvermogensrechtelijk, volgens de logica van de relatie en eventuele afspraken daarin, de vermogensafwikkeling is gebeurd, is het erfrecht aan de orde dat enkel en alleen van toepassing is op het vermogen van de overledene. De term legitieme of reserve duidt dan op erfrechtelijke technieken die op forfaitaire basis aanspraken toekennen op het vermogen van deze overledene.

(300) Een auteur bekritiseert de auteurs die aan de ene kant de testeervrijheid verdedigen en deze aan de andere kant beperken door dwingende verzorgingsaanspraken voor de langstlevende (W.G. HUIJGHEN, „Het beginsel van de testeervrijheid in het erfrecht”, in *Yin-Yang, Van Mourik Bundel*, Deventer, Kluwer, 2000, 92 in fine). Ik meen dat mijn voorstel niet inconsequent is: het uitgangspunt is contracts- en testeervrijheid, hetgeen echter op grond van een verantwoorde grondslag op proportionele wijze kan worden aan de kant gezet. De door echtgenoten geleverde bijdrage tot de huwelijksaanwinsten is m.i. een uitermate verantwoorde grondslag om in evenredigheid van de geleverde bijdrage (vermoeden van gelijkheid met mogelijkheid af te wijken; zie verder), een dwingende aanspraak te rechtvaardigen waarvoor de contractsvrijheid moet wijken.

dwingende regeling in het huwelijksvermogensrecht genuanceerder en dus rechtvaardiger is(301).

189. Aldus zou kunnen worden nagedacht, steeds voor het geval van ontbinding van het huwelijk door overlijden, over:

- een minimale dwingende huwelijksvermogensrechtelijke regeling inzake bescherming van de gezinswoning en huisraad, via een recht van bewoning of van vruchtgebruik (vergelijk b.v. met de huidige Belgische concrete reserve);
- Iets verdergaand, een formule vergelijkbaar aan de *patrimoine familial* in Québec.

190. Ik wil echter nog verder gaan.

- a) Voornamelijk op grond van de bijdrage-idee, met name op basis van het *vermoeden van gelijkwaardige bijdrage door elke echtgenoot tot de huwelijkse partnership*.
- b) heeft elke echtgenoot, in geval van ontbinding van het huwelijk door overlijden(302), recht op *een gelijke participatie in hetgeen tijdens het huwelijk door arbeid is opgebouwd*. Het gaat hier dan om (netto-(303)) aanwinsten verworven tijdens het huwelijk(304). Het is verdedigbaar dat elke echtgenoot daarop een gelijk recht heeft, vanuit de idee van het huwelijk als een *joint venture* en de

(301) Zie evenwel de commissie Dekeuwer in Frankrijk die op p. 92 van haar rapport stelt dat „*A priori, le domaine des relations conjugales est celui de la liberté des sentiments, plutôt que celui des interdits*”. Ik ben het hier mee eens in die zin dat ik eveneens van mening ben dat zoveel mogelijk moet worden overgelaten aan de contractsvrijheid. Men kan evenwel niet ontkennen dat bescherming van een echtgenoot vereist is en dat het aan de wetgever toekomt om deze op te leggen in die gevallen dat het contractueel of vrijwillig niet is gebeurd. Dergelijke dwingende tussenkomst acht ik dan toch beter op zijn plaats in het huwelijksvermogensrecht, eerder dan in het erfrecht.

(302) Zoals hoger reeds aangegeven, geldt de regeling niet indien wordt aangetoond dat op het ogenblik van het overlijden een procedure van scheiding van tafel en bed of echtscheiding was aangevat of de echtgenoten op dat ogenblik feitelijk gescheiden leefden (behalve natuurlijk indien de regeling sowieso ook zou gelden in geval van echtscheiding; zie verder daarover enige voetnoten hierna). Vergelijk artikel 915bis § 3 Belg. B.W. Zie daarover ook in mijn bijdrage „Het huwelijkscontract van scheiding van goederen. Pleidooi voor een warme uitsluiting”, in *De evolutie in de huwelijkscontracten*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 89-90.

(303) Vast te stellen na een vereffening en betaling van schuldeisers.

(304) Vergelijk hoger mijn kritiek op de regeling in de Amerikaanse Uniform Probate Code. Het is duidelijk dat bewijsregels moeten worden uitgewerkt evenals regels inzake wederbelegging en zaakvervangning. Zie daarover mijn geciteerde bijdrage in het Verslagboek van het Congres van 22 november 2000 te Utrecht.

gelijkwaardigheid van de bijdrage van elk van de echtgenoten, in natura of anderszins(305).

- c) De term *participatie is te begrijpen in economische zin*. Het maakt mij niets uit of het gaat om een goederenrechtelijke aanspraak in een gemeenschappelijk vermogen dan wel een verbintenisrechtelijke vordering. Een uitzondering evenwel is de gezinswoning en aldaar aanwezige huisraad. Voor zover deze goederen tot de aanwinsten behoren, zou de langstlevende daarop een preferentieel toebedelingsrecht moeten kunnen laten gelden (vgl. artikel 1446 Belg. B.W.). In de mate dat deze goederen geen aanwinsten zijn, moet in een regeling worden voorzien via erfrecht (zie verder).

- d) Daar het slechts om *aanwinsten* gaat, is de participatie ook *proportioneel* en beperkt tot de duur van het huwelijk en datgene wat tijdens het huwelijk werd opgebouwd door arbeid.

Op die manier wordt voldoende recht gedaan aan de verschillende context van een eerste huwelijk tussen twee vijftwintigers dat na dertig jaar wordt ontbonden door overlijden en het derde huwelijk tussen twee vijftenzestigers dat na vijf jaar wordt ontbonden door overlijden.

Op voorhuwelijksse goederen en activa verkregen tijdens het huwelijk door schenking, erfenis of testament, kan de langstlevende geen dwingende huwelijksvermogensrechtelijke aanspraak formuleren(306). Aldus worden ook kinderen uit een vorig huwelijk niet benadeeld door deze dwingende aanspraak.

- e) De keuze voor een *gelijke participatie* voldoet aan het evenredigheidsbeginsel omdat de bijdrage tot de opbouw van de huwelijksse aanwinsten door beide echtgenoten in principe gelijk of gelijkwaardig is, in geld of in natura, elk op zijn manier.
- f) Omwille van het evenredigheidsbeginsel en het feit dat de gelijke participatie in de aanwinsten is gebaseerd op een vermoeden van gelijkwaardige bijdrage, moet in uitzonderlijke gevallen, om redenen van billijkheid en indien wordt aangetoond dat er geen gelijkwaardige bijdrage voorligt, door de rechter kunnen worden beslist

(305) Een vergelijkbare redenering, met name gelijke rechten in een vermogensbestanddeel gebaseerd op de gelijkwaardigheid van de bijdragen van elke echtgenoot, in natura of anders, werd reeds meer dan twintig jaar geleden toegepast door het Belgische Hof van Cassatie in een opmerkelijk arrest (van 22 april 1976) dat in België tot op vandaag nog steeds een van de enige reddingsboeien is die beschikbaar zijn voor een echtgenote tegen de uitwerking van een zuivere scheiding van goederen bij echtscheiding (zie VERBEKE 1995, 348-353).

(306) Eventueel wel erfrechtelijk indien een verzorgingsbehoefte wordt aangetoond (zie verder).

af te wijken van de gelijke participatie. Dit kan worden vergeleken met de uitzonderlijke mogelijkheid, die in bepaalde landen bestaat, om af te wijken van een gelijke verdeling van een gemeenschappelijk vermogen, om redenen van billijkheid(307).

- g) Aan de proportionaliteitsvereiste zou ook kunnen worden voldaan via een systeem van billijke verdeling van de aanwinsten die door de rechter wordt vastgesteld (vergelijkbaar met de Anglo-Amerikaanse *equitable distribution*). Dergelijk systeem dat gebaseerd is op een verregaande discretionaire appreciatie van de rechter is wel flexibel maar daardoor meteen ook minder „hanteerbaar”(308) en voorspelbaar of rechtszeker, en ook meer tijdrovend en duur. Het vereist hooggekwalificeerde rechters en een context binnen dewelke dergelijke manier van oordelen past. Waar de Anglo-Amerikaanse traditie aan deze vereiste voldoet, lijkt dit m.i. niet het geval te zijn voor onze continentale traditie(309). Daarom geef ik de voorkeur aan een systeem van gelijke participatie met beperkte afwijkingsmogelijkheid om redenen van billijkheid. Overigens valt ook in het Anglo-Amerikaanse familiaal vermogensrecht meer en meer een tendens waar te nemen in de richting van minder discretionaire macht en meer vaste regels(310).

191. Aldus stel ik voor dat, in geval van ontbinding van het huwelijk door overlijden(311), ongeacht het huwelijkscontract, aan elke echtgenoot een participatie zou toekomen gelijk aan de helft van de aanwinsten die opgebouwd zijn tijdens het huwelijk. Afwijkingen op de gelijke participatie moeten mogelijk zijn op grond van de billijkheid, eventueel door de wetgever nog te concretiseren en door de rechter te beoordelen. Nuttige inspiratie kan hiervoor gevonden worden in verschillende buitenlandse systemen.

(307) Zie VERBEKE 1995, 222-239.

(308) Zie over dit criterium *Huwelijksvermogensrecht in rechtsvergelijkend perspectief*. Deventer, Kluwer, 2000, 258-260.

(309) Ook in Oost-Europa lijkt grote aarzeling te bestaan om te veel discretionaire bevoegdheden te verlenen aan de rechter (K. BOELE-WOELKI, „Nieuw familierecht in Oost-Europa”, *FJR* 1998, 221).

(310) J. DEWAR, „Reducing Discretion in Family Law”, in *The Changing Family. Family Forms & Family Law*, Oxford, Hart Publishing, 1998, 231-250.

(311) Gelet op de problematiek die hier wordt onderzocht, benadruk ik dat mijn voorstel in principe enkel geldt voor de hypothese van overlijden. De hier ontwikkelde argumentatie zou wellicht echter ook kunnen gelden voor ontbinding in geval van echtscheiding. Het lijkt mij niet uitgesloten dat een dergelijk systeem verdedigbaar kan zijn. Zie daarover ook nader in mijn bijdrage in het Verslagboek van het Congres te Utrecht van 22 november 2000.

Ik pleit derhalve min of meer voor een omgekeerde benadering als deze die vandaag in vele continentale rechtssystemen, zoals onder meer in België en Nederland, geldend is.

In de plaats van dwingende regels die vooral en in eerste instantie bestaan ter bescherming van bloedverwanten en vooral en in eerste instantie bestaan in het erfrecht, via reserve of legitieme portie, pleit ik voor dwingende regels die vooral en in eerste instantie bestaan ter bescherming van de langstlevende echtgenoot en vooral en in eerste instantie bestaan in het huwelijksvermogensrecht. Dwingende regels ter bescherming van bloedverwanten en dwingende regels via erfrecht zouden dan tot een strikt minimum kunnen worden beperkt.

192. Bijkomend zou nog kunnen worden overwogen om ook in andere mechanismen zoals pensioenplannen en levensverzekering een dwingende bescherming van de langstlevende op te nemen.

Ik denk b.v. aan de Amerikaanse ERISA (wetgeving over private pensioenplannen) waarin wordt bepaald dat aan een langstlevende echtgenoot minstens de helft van de inkomsten uit het plan moet toekomen⁽³¹²⁾. Het afsluiten van zo een plan is volkomen vrij, maar als men het doet, dan bepaalt de wetgever dat dwingend bepaalde aanspraken toekomen aan de echtgenoot.

193. Vanuit diezelfde optiek kan ik ook alleen maar het arrest van het Belgische Arbitragehof van 26 mei 1999 inzake de levensverzekering toejuichen⁽³¹³⁾. In dit arrest worden de artikelen 127 en 128 van de Belgische Landverzekeringwet van 1992 ongrondwettelijk verklaard. Deze artikelen maakten het immers mogelijk om met gemeenschapsgelden een levensverzekering af te sluiten waarbij de kapitaalsuitkering werd beschouwd als een eigen goed van de begunstigde echtgenoot. Het Arbitragehof reageert omdat op die manier spaarfor-

(312) Zie daarover J.H. LANGBEIN en B.A. WOLK, *Pension and Employee Benefit Law*, New York, Foundation Press, 2000, derde druk.

(313) Arrest nr. 54/99, B.S. 18 augustus 1999.

mules worden gecreëerd en gefinancierd met gemeenschapsgelden ten gunste van één echtgenoot alleen(314).

2. *Geen reserve of legitieme. Wel dwingende vermogensaanspraken*

194. Als de langstlevende echtgenoot via huwelijksvermogensrecht een participatie heeft verkregen ten belope van de helft van de huwelijkse aanwinsten, dan valt de andere helft van deze aanwinsten toe aan de overledene, toe te voegen aan de nalatenschap. De vraag rijst of en in welke mate de echtgenoot op de nalatenschap nog dwingende aanspraken kan laten gelden. Daarenboven rijst de vraag of ook nog anderen zoals kinderen dwingende aanspraken kunnen laten gelden ten aanzien van deze nalatenschap.

195. Opnieuw geldt als uitgangspunt de vrije beschikking. Een inbreuk daarop is slechts gerechtvaardigd op grond van een verantwoorde grondslag, met name verzorgings- of bijdrage-idee en voor zover is voldaan aan de proportionaliteitseis.

Cruciaal is de vraag of de rechtsfiguur van de reserve of de legitieme portie het geschikte middel is om deze doelstellingen te realiseren. Met andere woorden, is de legitieme een instrument dat voldoet aan het evenredigheidsbeginsel dat vereist dat de inbreuk op het vrije beschikkingsrecht zo beperkt mogelijk wordt gehouden en enkel wordt toegelaten voor zoveel als nodig om een verantwoorde doelstelling te realiseren?

Met de verzorgings- of bijdrage-idee als grondslag, lijkt het moeilijk te concluderen dat de legitieme voldoet aan de proportionaliteitstest, noch qua voorwerp, noch qua persoon.

(314) Zie onder meer F. BUYSSENS, „De comeback van het huwelijksvermogensrecht in de wereld van de personenverzekeringen”, *E.J.* 2000, 25; Y.-H. LELEU, „L’arrêt de la Cour d’arbitrage du 26 mai 1999 concernant les articles 127, 128 et 148, § 3, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d’assurance terrestre”, in *Chronique de droit à l’usage du notariat*, XXX, Brussel, Larcier, 1999, 333; zelfde auteur, „La mise en oeuvre par le notaire et le juge du nouveau statut de certaines prestations d’assurance-vie entre époux communs en biens”, in *Mélanges offerts à Roland de Valkeneer*, Brussel, Bruylant, 2000, 341; Y.-H. LELEU en D. SCHUERMANS, „Une nouvelle qualification pour certaines prestations d’assurance-vie entre époux communs en biens”, *Bull. Ass.* 1999, 474; J.-L. RENCHON, „La Cour d’arbitrage et le statut des assurances sur la vie dans le droit des régimes matrimoniaux”, *Rev. Trim. Dr. Fam.* 2000, nr. 1; N. TORFS, „De levensverzekering en het huwelijksvermogensrecht. Het gelijkheidsbeginsel geschonden”, *T. Not.* 2000, 230-242; K. VANBEYLEN en G. DEBOODT, „Behoren (gemengde) levensverzekeringen tot het eigen of gemeenschappelijke vermogen?”, in A. VERBEKE, J. VERSTRAETE en L. WEYTS (eds.), *Facetten van Ondernemingsrecht, Liber amicorum Professor F. Bouckaert*, Leuven, UPL, 2000, 477-495.

Qua voorwerp betekent een forfaitair breukdeel dat hetgeen wordt toegekend te weinig of te veel kan zijn gelet op de concrete behoefte of de concrete bijdrage.

Qua persoon betekent de vaststaande aanduiding van legitimarissen dat een aanspraak kan worden toegekend aan wie het niet nodig heeft of niet verdient.

196. Legitieme en verzorgings- of bijdrage-idee hebben m.i. niets met elkaar te maken en staan eigenlijk haaks op mekaar. Bij de legitieme wordt geredeneerd vanuit forfaitaire rechten op grond van moraal en fatsoen. De legitieme is een blind projectiel. Bij een verzorgingsaanspraak of aanspraak op grond van geleverde bijdrage wordt rekening gehouden met de concrete omstandigheden, zowel wat de persoon van de verzoeker betreft, als betreffende de omvang van zijn eventuele aanspraak.

197. Aangezien enerzijds enkel de verzorgingsidee en de bijdrage-idee kunnen worden aanvaard als legitieme grondslag voor een aanspraak op het vermogen van de overledene, en aangezien anderzijds de reserve of legitieme geen vehikel is dat dergelijke aanspraken kan concretiseren met respect voor het evenredigheidsbeginsel, kan ik niet anders dan concluderen dat de legitieme of reserve beter wordt afgeschaft.

(a) Omkering van de bewijslast

198. Het komt er dan op aan om verantwoorde aanspraken op het vermogen van de overledene, op grond van een verzorgingsbehoefte of een geleverde bijdrage, vorm te geven op een andere en meer aangepaste wijze dan via de reserve, met name via dwingende vermogensaanspraken(315).

Dergelijke vermogensaanspraken zijn dwingend in die zin dat de verzoeker die zich in de wettelijke voorwaarden bevindt steeds het recht heeft om dergelijke aanspraak te formuleren, en dat testamentaire beschikkingen kunnen worden aan de kant gezet in de mate dat dit nodig is om te voldoen aan deze rechtmatige aanspraken.

Het dwingende karakter bestaat er dus niet in, in tegenstelling tot de reserve, dat een automatische en/of forfaitaire aanspraak op de nalatenschap zou worden toegekend.

(315) Geheel in deze zin ook M. COENE, „Voorstel tot een meer eigentijdse invulling van de minimale patrimoniale solidariteitsverplichting tussen nauwe verwanten”, in *Reserve in vraag III*, 105-112.

199. In vergelijking met de reserve gaat het hier eigenlijk om een omkering van de bewijslast en wijziging van de procespositie.

Met de legitieme bevindt de legitimaris zich in de comfortabele positie dat hij niets dient te bewijzen: geen grondslag voor een aanspraak, geen evenredigheidstest. De wetgever gaat gewoon uit van het in de regel onweerlegbare vermoeden dat aan de legitimaris een dergelijke aanspraak toekomt.

Met dwingende aanspraken voor verzorging of compensatie voor geleverde bijdragen wordt de bewijslast omgekeerd. Het comfortabele uitgangspunt ligt nu bij de testator en zij die ingevolge diens beschikingsvrijheid een en ander hebben verkregen. Wie daar wil tegen ingaan en een aanspraak op de nalatenschap wil afdwingen, moet daarvoor een degelijk bewijs leveren: een verantwoorde grondslag en proportionaliteit. Persoonlijk vind ik dit systeem genuanceerder en daarom correcter en rechtvaardiger.

200. Voor de uitwerking van criteria en praktische uitvoering daarvan kan nuttig inspiratie worden gevonden bij Anglo-Amerikaanse stelsels. Het bezwaar dat hiermee eventueel meer litigatie zou kunnen ontstaan en een verzwaring van de werklast van de rechtbanken, blijkt niet geheel op te gaan, gelet op de ervaring in de landen waar dergelijk systeem bestaat(316).

Overigens kennen wij bij ons toch ook niet enkel de alimentatie na echtscheiding, maar evenzeer de techniek van onderhoudsvorderingen ten aanzien van de nalatenschap. In de Belgische doctrine wordt trouwens betoogd dat de techniek van de onderhoudsvorderingen ten laste van nalatenschappen duidelijk in opmars is(317).

201. Het lijkt mij tenslotte evident dat de verzorgingsaanspraken, die van geval tot geval moeten worden beoordeeld, de consequentie in zich dragen van een omslachtiger en duurder systeem dan de werking van een legitieme die forfaitair geldt in alle gevallen(318). Dit is de prijs die moet worden betaald voor een genuanceerd en evenwichtig systeem.

(316) MCGOVERN e.a. 1988, 91.

(317) Zie de overzichtelijke bespreking bij P. SENAËVE, „De onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap”, in *Vereffening-verdeling van de nalatenschap*, Antwerpen, Maklu, 1993, 225-255. Een andere auteur stelt dan weer dat in de Belgische praktijk zelden op deze onderhoudsvorderingen beroep wordt gedaan (M. COENE, „De testevrijheid en de verzorging van nabestaanden”, *T.P.R.* 1994, p. 1938, nr. 25 in fine). Dit lijkt mij plausibel, gelet op de zeer sterke reservataire positie van zowel kinderen als langstlevende in het Belgische recht.

(318) Zo de kritiek van SASSE, geciteerd door L.C.A. VERSTAPPEN, „De legitieme portie. Verslag van het XXXste Landelijk Notarieel Studentencongres 1995 te Nijmegen”, *FJR* 1995, 253.

(b) Dwingende vermogensaanspraken op basis van verzorgingsidee

202. Rechtmatige verzorgingsbehoeften van een echtgenote, afstammelingen, ascendenten en zelfs derden kunnen worden voldaan via een systeem van alimentatievorderingen op de nalatenschap. De verzorgingsaanspraak zal afhangen van de concrete toestand van de verzoeker en de verplichtingen die de erflater jegens hem of haar kan worden geacht te hebben.

203. Als een ouder komt te overlijden op een ogenblik dat zijn taak van opvoeding en opleiding nog niet is volbracht, is het normaal dat dit kind een aanspraak kan formuleren ten aanzien van het vermogen van de overleden ouder opdat hem toekomt waarop hij recht heeft qua opvoeding en opleiding.

Tevens is aanvaardbaar dat een minimale onderhoudsverplichting van ouders jegens kinderen (maar ook omgekeerd) wordt doorgetrokken na het overlijden. In de mate dat een kind of omgekeerd een ouder kan aantonen dat hij behoeftig is, dan is het verantwoord dat deze zich ter voldoening van een minimale levensstandaard kan verhalen op het vermogen van de erflater. Ik geef er de voorkeur aan dat de nalatenschap van een erflater voor dergelijke minimale voorziening kan worden aangesproken, vooraleer de belastingbetaler en de gemeenschap voor de kosten moeten opdraaien. Het argument dat in onze sociale welvaartsstaat voor eenieder een afdwingbaar recht op sociale uitkering jegens de overheid bestaat, belet m.i. niet dat de gemeenschap eventueel over een verhaalsrecht moet beschikken tegen het vermogen van een erflater die tot een minimale onderhoudsplicht ten aanzien van de betrokkene kan worden gehouden(319).

Een dwingende aanspraak op grond van verzorgingsbehoefte kan ook worden aanvaard ten gunste van de langstlevende echtgenoot, voor zover deze via het hoger voorgestelde huwelijksvermogensrechtelijk mechanisme nog niet is voldaan, en nog aanspraken op grond van behoefte zou kunnen laten gelden. Dit zou in het bijzonder het geval kunnen zijn in situaties waar gezinswoning en huisraad niet tot de aanwinsten behoren. Bepaalde rechten van gebruik en bewoning zouden dan door de langstlevende moeten kunnen worden opgeëist.

(319) Contra W.G. HUYGHEN, „Het beginsel van de testeervrijheid in het erfrecht”, in *Yin-Yang, van Mourik Bundel*, Deventer, Kluwer, 2000, 91-92 die blijkt te suggereren dat op basis hiervan de testeervrijheid niet mag worden beperkt door dwingendrechtelijke verzorgingsaanspraken.

204. Zoals gezegd zijn de wettelijke rechten (Boek 4, titel 2A, afdeling 2) die in het nieuwe Nederlandse erfrecht worden ingevoerd van deze aard, zowel ten aanzien van de kinderen als van de echtgenoot(320). Dergelijk systeem bestaat ook in Finland(321). Ook in Frankrijk wordt gedacht aan een minimale bescherming van de echtgenoot bij overlijden middels rechten van bewoning op de gezinswoning en verzorgingsaanspraken lastens de nalatenschap(322).

205. In het nieuwe Nederlandse erfrecht wordt voorzien in een aanspraak op een som ineens voor een minderjarig kind voor zover nodig voor zijn verzorging en opvoeding en ook voor een meerderjarig kind jonger dan 21 jaar voor zover nodig voor zijn levensonderhoud en studie(323).

Tevens is er voor de langstlevende echtgenoot een recht van gebruik van woning en inboedel gedurende een termijn van zes maanden(324), een recht van vestiging van vruchtgebruik op woning en inboedel(325) en een recht van vruchtgebruik op andere goederen voor zover behoefte bestaat ter verzorging(326).

206. Rond het verzorgingsrecht ten behoeve van de langstlevende echtgenoot diende de Nederlandse Bezemwet enige verduidelijking te brengen.

Vooreerst wordt gepreciseerd dat ook het vruchtgebruik op woning en inboedel slechts bestaat voor zover de langstlevende daaraan behoefte heeft voor zijn verzorging. Hoewel de langstlevende voor de vestiging van dit vruchtgebruik deze verzorgingsbehoefte niet moet aantonen, kunnen erfgenamen en andere rechthebbers, nog voor de vestiging van dit vruchtgebruik, de kantonrechter verzoeken hen te ontheffen van de plicht tot medewerking aan vestiging van het vruchtgebruik, voor zover deze verzoeker aannemelijk kan maken dat de langst-

(320) Voor de kinderen komen deze wettelijke rechten wel bovenop de (weliswaar ontblote) legitieme.

(321) G.O.Z. SUNDSTRÖM, „Succession Law in Finland”, in *European Succession Laws*, 151.

(322) Verslag van de commissie, 4 januari 2000, 93.

(323) Artikel 4.2A.2.6.

(324) Artikel 4.2A.2.1. Dit recht geldt ook voor de personen die tot het overlijden met de erflater een duurzame gemeenschappelijke huishouding voerden.

(325) Artikel 4.2A.2.2.

(326) Artikel 4.2A.2.3. Het vruchtgebruik op de woning is van een andere aard dan dit op andere goederen. De langstlevende moet straffeloos kunnen besluiten de woning te verlaten, en daarnaast dus beroep kunnen doen op het verzorgingsvruchtgebruik op andere goederen (M.J.A. VAN MOURIK, „Erfrecht en vruchtgebruik”, *WPNR* 1999, nr. 6368, 623, nr. 5).

levende daaraan voor zijn verzorging geen behoefte heeft(327). Het verschil met het vruchtgebruik op andere goederen bestaat hierin dat de langstlevende in dit laatste geval zelf moet aannemelijk maken dat hij aan dit vruchtgebruik behoefte heeft voor zijn verzorging.

Over het begrip verzorging en de concrete invulling daarvan werd heel wat discussie gevoerd(328). Dit concept lijkt genuanceerd te moeten worden ingevuld, niet minimalistisch(329), maar ook niet maximalistisch in de zin dat de langstlevende ongestoord zou kunnen verder leven volgens de voorheen bestaande levensstandaard(330). Het moet gaan om een passende voorziening hetgeen meer is dan strikte behoefte en minder dan het voortzetten van het bestaande leefpatroon(331). Deze benadering stemt overeen met deze in het Engelse recht (zie hoger). De verzorgingsbehoefte in het raam van de wettelijke rechten moet derhalve beperkter worden opgevat dan dat dit het geval is in het raam van de wettelijke verdeling(332).

Teneinde meer duidelijkheid te scheppen rond het verzorgingsbegrip in de context van de wettelijke rechten, wordt in de Bezemwet een niet-limitatieve opsomming opgenomen van enige elementen die relevant zijn voor de bepaling van de verzorgingsbehoefte(333). Aldus dient de kantonrechter in ieder geval rekening te houden met (a) de leeftijd van de echtgenoot, (b) de samenstelling van de huishouding waartoe de echtgenoot behoort, (c) de mogelijkheden van een echtgenoot om zelf in de verzorging te voorzien door middel van arbeid, pensioen, eigen vermogen dan wel andere middelen of voor-

(327) Artikel 4.2A.2.5, lid 2. Zie de Memorie van Toelichting bij de Bezemwet, Tweede Kamer 1999-2000, 27 021, nr. 3, p. 1 medio en p. 9, R, a.

(328) Zie onder meer de kritiek in de Eerste Kamer op het wetsvoorstel, besproken bij C.A. KRAAN, „Wijzigingen in het ontwerp-erfrecht”, *WPNR* 1999, nr. 6358, 406-408; Gr. VAN DER BURGH en E.W.J. EBBEN, „De Eerste Kamer en het wetsvoorstel erfrecht”, *WPNR* 1999, nr. 6349, 199-200 en L.C.A. VERSTAPPEN, „Het Voorlopig Verslag van de Eerste Kamer op het wetsvoorstel Erfrecht”, *WPNR* 1999, nr. 6349, 190.

(329) Snijders bepleit een beperkte uitleg: „Tegen de achtergrond van het feit dat de erflater reden gezien heeft de echtgenoot te onterven, dienen aan het bewijs van deze behoefte geen lichte eisen te worden gesteld. B.v. de aannemelijkheid van een redelijke mogelijkheid voor de echtgenoot om zich inkomsten te verschaffen, dient m.i. aan toekenning van een vruchtgebruik in de weg te staan” (W. SNIJDERS, „Wilsrechten, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht”, *WPNR* 1999, nr. 6367, 607-608). Verder wijst de auteur op de duur van het huwelijk en de hangende echtscheiding als omstandigheden die een verzorgingsbehoefte beperken of in de weg staan.

(330) VAN MOURIK 2000, 155.

(331) De vereiste van een passende voorziening maakt dat de aanspraak van de langstlevende niet kan worden toegekend in de mate dat dit niet in overeenstemming zou zijn met de eisen van redelijkheid en billijkheid (zie SNIJDERS, hierboven geciteerd).

(332) Memorie van Toelichting bij de Bezemwet, *l.c.*, 10.

(333) Artikel 4.2A.2.5, lid 5.

zeningen, (d) hetgeen in de gegeven omstandigheden als een passend verzorgingsniveau voor de echtgenoot kan worden beschouwd(334).

(c) Dwingende vermogensaanspraken op basis van bijdrage-idee

207. Een vermogensaanspraak kan ook worden toegekend aan diegene die beweert een bijdrage te hebben geleverd tot de vermogensopbouw van de erflater.

208. Voor een langstlevende echtgenoot kan deze grondslag in het erfrecht nog slechts uitzonderlijk ter sprake komen vermits daaraan in beginsel zou moeten zijn tegemoet gekomen via huwelijksvermogensrecht. De voorgestelde dwingende gelijke participatie in de huwelijksaanwinsten is immers voornamelijk gebaseerd op een vermoeden van gelijk(waardige) bijdrage tot de huwelijks-partnership. Uitzonderlijk zou een bewijs van meer dan gelijke bijdrage eventueel een bijkomende vermogensaanspraak op deze grondslag kunnen rechtvaardigen.

209. Compensaties voor geleverde prestaties kunnen in het Finse recht worden gevorderd(335). In het nieuwe Nederlandse erfrecht is deze bijdrage-idee opnieuw terug te vinden in een aantal dwingende wettelijke rechten ten gunste van kinderen of kleinkinderen van de erflater.

Zo is er een mogelijke aanspraak op een som ineens strekkend tot billijke vergoeding voor het zonder passende beloning gedurende de meerderjarigheid verrichten van arbeid in de huishouding van de erflater of in het door hem uitgeoefende bedrijf of vrij beroep(336). Tevens is voorzien in een aanspraak voor kind of stiefkind op overdracht tegen een redelijke prijs aan dat kind of stiefkind, dan wel aan diens echtgenoot, van goederen die dienstbaar waren aan een door de erflater uitgeoefend bedrijf of vrij beroep dat door het kind, stiefkind of diens echtgenoot wordt voortgezet(337). Een analoge aanspraak kan worden geformuleerd ten aanzien van de aandelen in een N.V. of B.V.

(334) Zie nadere commentaar bij elk van deze elementen in de Memorie van Toelichting bij de Bezemwet, *ibidem*.

(335) G.O.Z. SUNDSTRÖM, „Succession Law in Finland”, in *European Succession Laws*, 151-152.

(336) Artikel 4.2A.2.7.

(337) Artikel 4.2A.2.9. Zie daarover W. BURGERHART, „Bedrijfsopvolging en Boek 4 NBW”, *WPNR* 1999, nr. 6355, 297-301; R.J. HOLTMAN, „Vererving van het ouderlijk bedrijf onder nieuw erfrecht”, *JBN* 1999, september, 7-11.

3. Concrete illustraties van het voorgestelde systeem

210. Om een en ander op praktische wijze te verduidelijken, vergelijk ik het geformuleerde voorstel met enige bestaande rechtssituaties.

211. Vooreerst een vergelijking met het huidige (Belgische en Nederlandse) recht voor een koppel gehuwd onder uitsluiting van gemeenschap van goederen of zuivere scheiding van goederen.

- **CASUS:** Man en vrouw zijn kinderloos en gehuwd onder zuivere scheiding van goederen. De man heeft 1000 en de vrouw heeft 200 eigen goederen. De goederen van de man bestaan uit 400 huwelijkse aanwinsten(338) en 600 goederen verkregen uit schenkingen van zijn vader. De goederen van de vrouw komen voort uit een erfenis van haar moeder. Er zijn geen onverdeeldheden. De man overlijdt met achterlating van een testament waarin hij alles vermaakt aan zijn vriendin.
- **BELGISCH RECHT:** Bij overlijden van de man krijgt de vrouw krachtens huwelijksvermogensrecht niets. De nalatenschap van de man bedraagt 1000. De vrouw kan haar reserve opeisen. Aldus verkrijgt zij vruchtgebruik op de helft van de nalatenschap, met name 500.
- **HUIDIG NEDERLANDS RECHT:** Bij overlijden van de man krijgt de vrouw krachtens huwelijksvermogensrecht in principe niets, tenzij eventueel zeer uitzonderlijk een correctie wegens redelijkheid en billijkheid(339). Daar de vrouw geen legitieme portie heeft, krijgt zij ook niets krachtens erfrecht.
- **NIEUW NEDERLANDS (ERF(340))RECHT:** In het nieuwe Nederlandse erfrecht zou de vrouw wettelijke rechten kunnen inroepen en voor zover nodig voor haar verzorging vruchtgebruik kunnen verkrijgen op goederen van de nalatenschap.
- **VOORSTEL:** In het hier geformuleerde voorstel wordt het effect van het huwelijkscontract van scheiding van goederen gecorrigeerd via een dwingende vermogensaanspraak van de vrouw. Zij verkrijgt krachtens dwingend huwelijksvermogensrecht een vordering ten belope van de helft van de huwelijkse aanwinsten, zijnde 200 in volle eigendom. De nalatenschap van de man bestaat dan uit 800.

(338) Dit zijn goederen verworven tijdens het huwelijk onder bezwarende titel, met inkomsten uit of besparingen daarop.

(339) Zie onder meer P. ABAS, „De invloed van redelijkheid en billijkheid op de (afwikkeling van de) overeenkomst van huwelijkse voorwaarden”, *WPNR* 1999, nr. 6371, 681-688.

(340) Met mogelijk nieuw Nederlands huwelijksvermogensrecht kan op dit ogenblik nog geen rekening worden gehouden, omdat nog niet duidelijk is in welke richting dit zal evolueren.

Daarvan krijgt de vrouw ingevolge het testament van de man niets (er is immers geen reserve), behoudens indien zij nog dwingende vermogensaanspraken zou kunnen invoeren (in eerste instantie op grond van de verzorgingsidee en uitzonderlijk op grond van de bijdrage-idee).

Tegenover het huidige Nederlandse recht is de vrouw in het voorstel duidelijk beter beschermd. Met het nieuwe erfrecht zou de situatie wat gemilderd worden door het invoeren van wettelijke rechten ter verzorging. In vergelijking met het huidige Belgische recht heeft de vrouw in mijn voorstel meer rechten op aanwinsten dan nu in het Belgisch recht (via reserve) het geval is (namelijk volle eigendom in plaats van vruchtgebruik), maar minder rechten op familiegoederen van de man (voorhuwelijks of verkregen door schenking, erfrecht of testament) (namelijk niets in plaats van vruchtgebruik). De vrouw verkrijgt geen rechten op goederen die de man vanwege zijn familie verkreeg of voor het huwelijk bezat, ook geen rechten van vruchtgebruik. Van huwelijkse aanwinsten krijgt zij de helft in volle eigendom. Dit lijkt mij een evenwichtige regeling, gelet op de bijdrage-idee die aan elk huwelijk ten grondslag ligt.

Ook erfrechtelijk is de situatie correct. Er worden aan de vrouw geen automatische rechten gegeven op goederen waar zij eigenlijk niets mee te maken heeft, zoals voorhuwelijks goederen en goederen verkregen via schenking, erfenis of testament. Slechts indien zij b.v. omwille van behoefte een vermogensaanspraak formuleert, zal zij daarop rechten kunnen laten gelden.

Men zal hier misschien tegen opwerpen dat in de praktijk de meeste vermogens quasi exclusief uit aanwinsten⁽³⁴¹⁾ bestaan zodat de vrouw hier dus meer krijgt dan onder de huidige Belgische reserve-regeling. Ik vraag mij af of dit geen argument is *a fortiori*: als het gehele vermogen bestaat uit huwelijkse aanwinsten, dan bevestigt dit de bijdrage vanwege de langstlevende echtgenoot in dit huwelijksvermogen.

Men zal mij misschien ook voor de voeten werpen dat ik de scheiding van goederen bij overlijden volledig uithol en tot nihil herleid. Ook dit klopt niet. Eigen goederen die geen aanwinsten zijn, blijven zoals aangetoond volledig buiten schot. De scheiding van goederen wordt alleen maar „ontbloot” voor zover zij betrekking heeft op aanwinsten. Vergeet niet dat, in de context van het Belgische recht, in ruil daarvoor

(341) Ik benadruk nogmaals het belang van een goede regeling inzake bewijs en zaakvervang (zie hoger).

de reserve van de langstlevende vervalt. Deze reserve holt m.i. veel meer de scheiding van goederen uit vermits zij er toe leidt dat de langstlevende rechten verkrijgt op goederen die geen huwelijkse aanwinsten zijn.

212. Vergelijken we nu met het huidige Belgische recht voor een koppel gehuwd onder het wettelijk stelsel van de gemeenschap van aanwinsten.

- **CASUS:** Man en vrouw zijn kinderloos en gehuwd onder het Belgische wettelijk stelsel. De man heeft een eigen vermogen van 500. De vrouw heeft een eigen vermogen van 400. Het gemeenschappelijk vermogen is 2000. De man overlijdt met achterlating van een testament waarin hij alles vermaakt aan zijn vriendin.
- **BELGISCH RECHT:** Bij overlijden van de man krijgt de vrouw krachtens huwelijksvermogensrecht de helft van de gemeenschap, met name 1000. De nalatenschap van de man bedraagt de andere helft zijnde 1000, vermeerderd met zijn eigen vermogen van 500, dus in totaal 1500. De vrouw kan ten aanzien daarvan haar reserve opeisen. Aldus verkrijgt zij vruchtgebruik op de helft van de nalatenschap, met name 750.
- **VOORSTEL:** In het hier gedane voorstel moet de vrouw krachtens huwelijksvermogensrecht minstens een vordering krijgen ten belope van de helft van de huwelijkse aanwinsten, zijnde 1000 in volle eigendom. De huwelijksvermogensrechtelijke regeling van het koppel, dat opteerde voor het huidige Belgische wettelijk stelsel, voldoet aan dit minimum. De vrouw verkrijgt immers meer, namelijk een zakenrechtelijk eigendomsrecht in een gemeenschappelijk vermogen in de plaats van een louter verbintenisrechtelijke vordering. Van de nalatenschap van de man krijgt zij ingevolge het testament niets, behoudens indien zij nog dwingende vermogensaanspraken op grond van de verzorgings- of bijdrage-idee zou kunnen inroepen.

In vergelijking met het huidige Belgische recht is de vrouw mogelijks minder goed af. De huwelijksvermogensrechtelijke regeling wordt gerespecteerd omdat deze voldoet aan het dwingend minimum. Van de nalatenschap krijgt zij evenwel slechts zoveel als zij kan aantonen naar behoefte of uitzonderlijk op grond van geleverde bijdrage. Theoretisch zou dit meer kunnen zijn dan de huidige Belgische vruchtgebruikreserve, maar het kan evengoed minder zijn of helemaal niets. Dit is niet erg. De beschikkingsvrijheid wordt gerespecteerd en

slechts aan de kant geschoven voor zover verantwoord en naar evenredigheid daarvan.

213. Vergelijken we tenslotte met het huidige Nederlandse recht voor een koppel gehuwd onder het wettelijk stelsel van de algehele gemeenschap.

- **CASUS:** Man en vrouw zijn kinderloos en gehuwd onder het Nederlandse wettelijk stelsel. De man heeft een eigen vermogen van 100, verkregen via schenking met uitsluitingsclausule. De vrouw heeft geen eigen vermogen. Het gemeenschappelijk vermogen is 2000. Daarin zit een erfenis van de vader van de man ten belope van 500. Voor het overige zijn het huwelijksaanwinsten. De man overlijdt met achterlating van een testament waarin hij alles vermaakt aan zijn vriendin.
- **HUIDIG NEDERLANDS RECHT:** De vrouw verkrijgt van de gemeenschap de helft zijnde 1000. De nalatenschap bestaat uit de resterende helft van 1000 vermeerderd met het eigen vermogen van de man, dus in totaal 1100. Daarvan krijgt de vrouw niets, vermits zij geen legitieme portie heeft.
- **NIEUW NEDERLANDS (ERF)RECHT:** In het nieuwe Nederlandse erfrecht zou de vrouw wettelijke rechten kunnen invoeren en voor zover nodig voor haar verzorging vruchtgebruik kunnen verkrijgen op goederen van de nalatenschap.
- **VOORSTEL:** In het geformuleerde voorstel moet de vrouw krachtens huwelijksvermogensrecht minstens een vordering krijgen ten belope van de helft van de huwelijkse aanwinsten. Ervan uitgaande dat bewijsbaar is dat 500 afkomstig is van een erfenis van de vader van de man, heeft de vrouw recht op een vordering ten belope van de helft van 1500, dus 750. De huwelijksvermogensrechtelijke regeling van het koppel, dat opteerde voor het huidige Nederlandse wettelijk stelsel, voldoet aan dit minimum. De vrouw verkrijgt immers meer, met name een zakenrechtelijk eigendomsrecht in een gemeenschappelijk vermogen in de plaats van een louter verbintenisrechtelijke vordering en bovendien niet ten belope van 750 maar ten belope van 1000. Van de nalatenschap van de man krijgt zij ingevolge het testament niets, behoudens indien zij nog dwingende vermogensaanspraken zou kunnen invoeren (op grond van verzorgings- of bijdrage-idee).

De huwelijksvermogensrechtelijke regeling wordt gerespecteerd omdat deze voldoet aan het dwingend minimum. Van de nalatenschap krijgt zij zoveel als zij kan aantonen naar behoefte of geleverde

bijdrage. In het huidige Nederlandse erfrecht krijgt zij niets uit de nalatenschap, in het nieuwe erfrecht een vergelijkbaar wettelijk recht.

214. Concluderend kan worden gesteld dat het geformuleerde voorstel de huwelijksvermogensrechtelijke positie van echtgenoten gehuwd onder een gemeenschapsstelsel (van aanwinsten) niet wijzigt. Erfrechtelijk is de positie verschillend ten aanzien van het Belgische recht (geen reserve maar enkel een vermogensaanspraak in geval van bewezen behoefte of geleverde bijdrage) en ten aanzien van het huidige Nederlandse recht (vermogensaanspraak in plaats van niets). Met het nieuwe Nederlandse erfrecht is het voorstel op erfrechtelijk vlak vergelijkbaar althans voor wat betreft de wettelijke rechten.

Voor echtgenoten gehuwd onder uitsluiting van gemeenschap of scheiding van goederen wijzigt het voorstel drastisch de positie van de echtgenoot onder Nederlands recht. Naar Belgisch recht is de verbetering van positie minder radicaal, gelet op de reserve van de langstlevende.

VII. Conclusie en stellingen

215. Samenvattend kunnen volgende stellingen worden geponeerd:

- *Eerste stelling — Primaat van de wilsvrijheid*

Bij overlijden van een persoon moet zoveel mogelijk worden uitgegaan van de beschikkingsvrijheid over zijn vermogen.

- *Tweede stelling — Vereisten van verantwoorde grondslag en proportionaliteit*

Inbreuken op deze beschikkingsvrijheid zijn enkel aanvaardbaar in de mate dat deze gebaseerd zijn op een verantwoorde grondslag en voldoen aan het proportionaliteitsbeginsel.

- *Derde stelling — Primaat van de langstlevende echtgenoot*

Indien dwingende regels nodig zijn, dan vooral en minstens in eerste instantie ter bescherming van de langstlevende echtgenoot.

- *Vierde stelling — Primaat van het huwelijksvermogensrecht*

Bescherming van de langstlevende echtgenoot moet wegens de verbondenheid met het huwelijk in eerste instantie gebeuren via huwelijksvermogensrecht.

- *Vijfde stelling — Reserve geen verantwoorde grondslag noch proportioneel*

Een reserve of legitieme portie voldoet niet aan de genoemde vereisten van verantwoorde grondslag en proportionaliteit om een inbreuk op de beschikkingsvrijheid te verantwoorden.

- *Zesde stelling — Dwingende vermogensaanspraken wel verantwoorde grondslag en proportioneel*

Dwingende vermogensaanspraken op basis van verzorgings- of bijdrage-idee kunnen een acceptabele inbreuk uitmaken op de beschikkingsvrijheid van de overledene.

- *Zevende stelling — Subsidiariteit van het erfrecht inzake echtgenoot*
Als ondanks de uitwerking via huwelijksvermogensrecht ter bescherming van de langstlevende echtgenoot nog dwingende regels zouden nodig zijn via erfrecht, dan moet dit vorm krijgen via dwingende vermogensaanspraken die gebaseerd worden op een verantwoorde grondslag en voldoen aan de proportionaliteitseis.

216. Uitgaande van het primaat van de beschikkingsvrijheid van de overledene over zijn vermogen en de vereisten van verantwoorde grondslag en evenredigheid voor een inbreuk daarop, kan als volgt worden geconcludeerd:

- a) Het vermogen van een gehuwde of samenwonende is in de eerste plaats een huwelijksvermogen. In geval van ontbinding door overlijden moet de beschikkings- of contractsvrijheid van de ene echtgenoot wijken voor de gerechtvaardigde vermogensaanspraak van de andere echtgenoot.

In principe komt in geval van overlijden op dwingende wijze aan elke echtgenoot een participatie toe ten belope van de helft van de tijdens het huwelijk opgebouwde aanwinsten. Een bijzondere regeling voor gezinswoning en huisraad is hierbij aangewezen. Voorhuwelijkse goederen en goederen verworven door schenking, erfenis of testament vallen buiten de participatie.

- b) In de mate dat de echtgenoten dit contractueel proberen te omzeilen is het acceptabel dat de wetgever dit dwingend zou corrigeren. Voor dergelijke vermogensaanspraak is de grondslag immers verantwoord op basis van de bijdrage-idee, vergoedingsidee en verzorgingsgedachte.
- c) Aan de proportionaliteitsvereiste is voldaan doordat de participatie beperkt wordt tot aanwinsten die tijdens het huwelijk zijn verworven en in de mate dat op de gelijke participatie uitzonderingen kunnen worden gemaakt, om redenen van billijkheid, door de

rechter te beoordelen volgens de concrete omstandigheden van het geval.

- d) De legitieme of reserve, voor om het even wie, moet worden afgeschaft omdat geen verantwoorde grondslag voor dergelijke aanspraak op andermans vermogen wordt aangegeven, en het vehikel niet in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel.
Dus niet alleen de legitieme van kinderen en ascendenten, maar ook deze van de echtgenoot zou moeten worden afgeschaft. Op die manier krijgt een echtgenoot niet meer automatisch rechten op goederen die geen aanwinsten zijn uit het huwelijk.
- e) Als de langstlevende echtgenoot niet voldoende verzorgd is via huwelijksvermogensrecht kan hij of zij zich beroepen op een dwingende vermogensaanspraak lastens de nalatenschap (in de eerste plaats op grond van de verzorgingsgedachte, uitzonderlijk omwille van geleverde bijdrage). Opnieuw is bijzondere aandacht vereist voor gezinswoning en huisraad.
- f) Afstammelingen en descendanten die behoeftig zijn kunnen een dwingende vermogensaanspraak formuleren tegen de nalatenschap. Het is ook denkbaar dat zij een aanspraak op grond van geleverde bijdragen zouden kunnen formuleren.

217. Zijn deze voorstellen haalbaar?

Misschien zijn een aantal elementen provocerend. Misschien kunnen sommigen het voorstel van dwingende regels inzake huwelijksvermogensrecht, ook bij scheiding van goederen, niet aanvaarden. Misschien zal men mij verwijten de contractvrijheid, die ik nochtans zelf verdedig(342), op te offeren. Misschien zal men zelfs argumenteren, zoals door een auteur werd geopperd ten aanzien van de *patrimoine familial* in Québec, dat dergelijke inbreuk op de contractuele autonomie zal leiden tot minder huwelijken en meer feitelijke samenwoning(343).

Ten onrechte, want mijn voorstel geldt vooralsnog enkel voor geval van overlijden en is beperkt tot de aanwinsten. De inbreuk op de contractsvrijheid is gebaseerd op een verantwoorde grondslag en is proportioneel.

Wellicht zal de scherpste kritiek worden geopperd tegen mijn voorstel om de reserve, niet alleen van de echtgenoot, maar ook van de

(342) Cf. mijn bijdrage „Contractvrijheid in het huwelijksvermogensrecht. Opdracht voor een waakzaam notariaat”, in *Liber amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 327-354.

(343) E. CAPARROS, *l.c.*, in *Liber amicorum De Valkeneer*, 2000, 134 in fine.

kinderen, af te schaffen. Wellicht zal deze kritiek vooral worden geuit door Belgische juristen, eerder dan door Nederlanders. Ik wil aannemen dat de reserve door het Belgische volk wordt beschouwd als een belangrijk principe dat moet worden behouden. Niet alleen de conclusie in het geciteerde onderzoek dat de reserve in België sociaal adequaat is, bevestigt dit. Ook in mijn directe omgeving merk ik dat bijna iedereen voorstander is van de reserve en dat mijn opvatting terzake wordt beschouwd als uiting van mijn drang om te provoceren of speciaal te doen. Bij wijze van boutade denk ik dat er op de tien miljoen Belgen een tiental tegenstanders van de reserve zijn, met name de hoogleraren erfrecht.

Aangezien men bij de formulering van welk voorstel dan ook, rekening moet houden met de sociale realiteit, kan ik mij inbeelden dat afschaffing van de reserve voor kinderen in België niet aangewezen is. Hoewel de Nederlandse geesten terzake duidelijk meer gerijpt zijn, blijkt uit de debatten rond het nieuwe erfrecht dat ook in Nederland de afschaffing van de legitieme van de kinderen nog niet acceptabel is.

Wel wil ik enig voorbehoud maken bij de bewering dat in België de reserve sociaal adequaat is en deze op substantiële wijze wordt gedragen door de maatschappij en het rechtsbewustzijn in die samenleving. Ik blijf benieuwd naar het resultaat van een grondig, open en kritisch maatschappelijk debat hierover.

218. Rekening houdend met de maatschappelijke context en het feit dat de Belgische maar blijkbaar ook de Nederlandse samenleving nog niet rijp is voor een algehele afschaffing van de reserve of legitieme voor kinderen, moet ik derhalve wat gas terugnemen. Gelet op de maatschappelijke realiteit en haalbaarheid, probeer ik hierbij een meer genuanceerd voorstel te doen.

219. *Ten eerste — Invoering van minimaal dwingend huwelijksvermogensrecht*

Vooreerst zie ik geen reden om mijn voorstel te matigen op het vlak van het huwelijksvermogensrecht. Aldus bepleit ik het primaat van de echtgenoot, via minimaal dwingend huwelijksvermogensrecht, zodat in België de reserve van echtgenoten kan worden afgeschaft.

In Nederland, waar een echtgenoten-legitieme niet bestaat, zou de invoering van dergelijk minimaal dwingend huwelijksvermogensrecht, ook onder vigeur van het nieuwe erfrecht, een gevoelige verbetering betekenen voor de positie van de langstlevende echtgenoot. De dwingende wettelijke rechten voor een echtgenoot zouden dan een

meer restrictieve invulling kunnen krijgen en kunnen worden beperkt tot de flagrante gevallen van verzorgingsbehoefte die blijft bestaan zelfs na voldoening via huwelijksvermogensrecht.

Door een gelijke participatie te garanderen in de huwelijkse aanwinsten voor elke echtgenoot, wordt recht gedaan aan de gelijkwaardige bijdrage van elke echtgenoot tot de vermogensopbouw gedurende het huwelijk. In het erfrecht kan dan de testeervrijheid in ere worden hersteld.

220. Ten tweede — Afzwakking van de reserveregeling voor kinderen

Nuancering van mijn voorstel is omwille van de maatschappelijke toestand wel nodig terzake van de reserve voor kinderen. In de mate dat de afschaffing ervan blijkbaar (nog) niet haalbaar is, bepleit ik op dit ogenblik niet de afschaffing van de reserve voor kinderen, maar is het m.i. wel hoogdringend tijd dat de reserve zoveel als mogelijk wordt ontbloot(344), waarbij met name van belang is:

- dat de reservatair louter een schuldeiser is van een geldvordering (en geen erfgenaam met rechten in natura);
- dat de categorieën van reservatairen zoveel mogelijk worden beperkt (alleen nog de kinderen);
- dat de legitimaire aanspraken zo beperkt mogelijk worden gehouden zodat er nog een aanvaardbaar beschikbaar gedeelte (minstens de helft van het vermogen) overblijft;
- dat slechts schenkingen van een bepaalde korte periode voor het overlijden bij de fictieve massa worden gevoegd;
- dat het begrip schenkingen dat daarvoor in aanmerking komt op een realistische en economische wijze wordt ingevuld;
- dat de waardering van dergelijke schenkingen wordt gedaan volgens het valorisme of volgens de waarde op het tijdstip van de schenking(345)
- dat voor het overlijden van de erflater aan de reserve kan worden verzaakt en dat overeenkomsten kunnen worden afgesloten over een nog niet opengevallen nalatenschap (zodat een degelijke regeling kan worden getroffen rond bedrijfsopvolging)(346)

(344) Vergelijk ook C. DE WULF, *l.c.*, in *Reserve in vraag III*, p. 127-131.

(345) Cf. Y.-H. LELEU, *l.c.*, in *Reserve in vraag III*, p. 29-32.

(346) Vergelijk in die zin J. VERSTRAETE, „De vervroegde verzaking aan de reserve, met voorstel van teksten *de lege ferenda*”, in *Reserve in vraag III*, p. 57-78; alsook tussen echtgenoten: P. VAN DEN EYNDE, „Droits successoraux du conjoint survivant”, in *Reserve in vraag III*, p. 81-86; en betreffende gehandicapte kinderen: P. DELNOY, „Organisation d’un régime de dévolution successorale conventionnelle permettant d’assurer la survie d’un enfant handicapé”, in *Reserve in vraag III*, p. 91-102.

- dat rechten van reservatairenen moeten wijken voor rechten van een langstlevende echtgenoot zolang deze in leven is en voorzover dit zo is gewenst door de testator;
- dat de testator de reserve kan bezwaren met lasten zoals bewind(347)
- dat de testator onder omstandigheden waarbij redelijkerwijze en naar billijkheid niet van hem kan worden verwacht dat hij de reserve respecteert, toch tot onterving of vermindering van de reserve kan overgaan (cf. Oostenrijk en Liechtenstein; zie Hoofdstuk III).

Het is duidelijk dat voor het Belgische erfrecht nog veel werk aan de winkel is om aan deze ontblotingscriteria te voldoen. Geheel anders is het voor het Nederlandse erfrecht. Hoewel het nieuwe erfrecht het niet heeft aangedurfd om het doodsvonniss van de legitieme te tekenen, is men met deze hervorming toch de juiste weg ingeslagen(348). Veel van de hierboven opgesomde punten worden in het nieuwe erfrecht ingevoerd. Ook de dwingende wettelijke rechten, hoewel voor kinderen bestaand naast de legitieme, zijn een stap in de goede richting(349).

221. Ik wil eindigen met een positieve boodschap. Qua huwelijksvermogensrecht en erfrecht kunnen we van elkaar leren. België meer van Nederland dan omgekeerd, maar toch. Daar ik in Tilburg het Nederlandse huwelijksvermogensrecht en erfrecht mag doceren, en in Leuven (in de licentie notariaat) het Belgische huwelijksvermogensrecht en erfrecht, durf ik hopen dat ik vanuit die positie kan pogen een brug te slaan tussen de Nederlandse en de Belgische rechtscultuur. In een tijd waar iedereen zoekt naar de *common core* van het Europese privaatrecht, kunnen wij het ons niet veroorloven dat van nature verwante landen als België en Nederland op juridisch vlak fundamenteel verder uit elkaar blijven groeien.

(347) Vergelijk ook voor andere voorstellen C. DE WULF, „Voorstellen *de lege ferenda*” en J. VERSTRAETE, „Bedenkingen”, in *Reserve in vraag III*, 13-20 en 21-24.

(348) De Nederlandse afzwakking of ontbloting van de legitieme wordt ook gesteund door voorstanders van de legitieme portie die de nieuwe regeling beschouwen als een beter evenwicht tussen „*le droit de disposer et les devoirs de parenté*” (T.J. MELLEMA-KRANENBURG, „De metamorfose van de legitieme portie”, *WPNR* 1999, nr. 6370, 664).

(349) Dit belet niet dat het nieuwe erfrecht in Nederland niet alleen positief is onthaald, maar ook veel kritische commentaren moet verwerken. Zie voor een overzicht van de diverse literatuur in de ene en in de andere zin, bij W.G. HUIJGEN, „Kroniek Erfrecht”, *NTBR* 2000, 22-23.

Dankzeggingen

Rest mij nog de aangename taak om dank te zeggen.

- Dank aan u allen voor uw zo talrijke en sympathieke aanwezigheid;
- Dank aan mijn Alma Mater van het eerste uur, de K.U.Leuven, voor de vele mogelijkheden die mij al zovele jaren worden geboden;
- Dank aan de U.I.Antwerpen die in mij geloofde en het aandurfde om mij in het prille begin van mijn loopbaan een belangrijk basisvak toe te vertrouwen;
- Dank aan de K.U.Brabant die mij de grote eer verschaft om hier als jonge Belg een onderdeel van het Nederlandse privaatrecht te mogen doceren;
- Dank aan de Vakgroep Privaatrecht te Tilburg die mij van in het begin met warme hartelijkheid heeft opgenomen zodat ik mij hier onmiddellijk thuis heb gevoeld;
- Dank, heel in het bijzonder, aan mijn oud-studenten van de licentie notariaat van de K.U.Leuven voor wie ik een speciale sympathie heb en die mij het grote genoegen doen om hier met zovelen aanwezig te zijn;
- Dank aan mijn familie, ouders en schoonouders, bloed- en aanverwanten allerhande, omdat zij er zijn en mij meestal aanvaarden zoals ik ben;
- Dank tenslotte aan mijn lieve vrouw Els en mijn fantastische kinderen Alexander, Charlotte en Jan-Willem omdat zij iedere dag weer tonen waar het echt over gaat en al het overige eigenlijk overbodig maken.