



commentaar op	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 01-05-2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4125
datum	19-09-2018
auteur	F.W.J.M. Schols

## Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 01-05-2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4125

### Het fidei-commis bestaat niet meer; annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 1 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4125 en Rb. Gelderland 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6592

Hoewel ook ik geneigd ben om te zeggen dat het in deze te annoteren zaken een tweetrapsmaking betreft, spreek ik thans bewust van een voorwaardelijke making. De term tweetrapsmaking is prima, helder en treffend, doch we moeten niet vergeten dat de tweetrapsmaking niet bestaat. In beide gevallen ging het om een bijzondere voorwaardelijke making, te weten een verkrijging onder voorwaarde in de zin van artikel 4:141 BW. Hierbij is sprake van (1) een benoeming onder ontbindende voorwaarde, (2) een aansluitende benoeming onder opschortende voorwaarde en (3) een overlevingselement. Dit maakt in die zin de voorwaarde bijzonder dat bij een dergelijke voorwaardelijke verkrijging de 30-jaarsregel van artikel 4:140 BW niet geldt en er uitzonderingen bestaan op de bestaansis van artikel 4:56 lid 1 BW (zie art. 4:56 lid 2-4 BW). In mijn annotatie bij Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 22 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7099 (zie ERF 2015-0323) wees ik op het feit dat het mij opviel dat het hof hier nog de term 'fidei-commis de residuo' bezigt. Het fidei-commis kennen wij evenwel niet meer in het huidige Boek 4 BW. Ook in de onderhavige zaken wordt de term gebruikt. Ik maak me daar zorgen over. Het gevaar bestaat dat oude fidei-commissaire denkbeelden (en daarmee beperkingen) ten onrechte vat krijgen op het denken over voorwaardelijke erfstellingen en legaten. Ook het gebruik van de term tweetrapsmaking mag niet doen vergeten dat we niet met een erfrechtelijk instituut te maken hebben maar slechts erfstellingen en legaten onder voorwaarde aan de orde zijn. Hof Arnhem-Leeuwarden kijkt in overweging 4.9 zelfs terug naar het oude recht, terwijl er nieuw recht van toepassing is: 'Onder het hier overigens niet toepasselijke oude erfrecht zoals dat gold tot 1 januari 2003 zou artikel 4:1036 BW (oud) ertoe hebben geleid dat [echtgenote] bevoegd zou zijn geweest tot het doen van schenkingen. Dat artikel bepaalde immers dat de bezwaarde erfgenaam bevoegd was om het aan hem gemaakte te vervreemden en te verteren en zelfs bij schenking onder de levenden daarover te beschikken, tenzij dit laatste door de erfflater mocht zijn verboden.'

Waarom dit gebeurt, is niet duidelijk en versterkt het vermoeden dat men zich laat leiden door vervlogen fidei-commissaire tijden.

Hoe dit ook zij, de voorwaardelijke making leidt tot jurisprudentie die zowel leerzaam is voor de testamentenmaker als degene die met de uitvoering van de regeling, het sussen dan wel uitvechten van conflicten belast is.

### Dwingendrechtelijke bepalingen vruchtgebruik?

Daar waar het de erfstelling onder voorwaarde betreft, is artikel 4:138 lid 2 BW van belang voor de rechtsverhouding tussen de erfgenaam onder ontbindende voorwaarde en de erfgenaam onder opschortende voorwaarde: 'Voor het overige vinden, zolang de vervulling der voorwaarden onzeker is, de wettelijke voorschriften betreffende het vruchtgebruik, zoals geregeld in titel 8 van Boek 3, overeenkomstige toepassing. Dientengevolge is hij verplicht het vermaakte gelijk een vruchtgebruiker te bewaren en in stand te houden, tenzij de erfflater hem de bevoegdheid heeft toegekend om de goederen te verteren en onvoorwaardelijk te vervreemden.'

De vruchtgebruikregels zijn derhalve van overeenkomstige toepassing. Hiermee stuiten we onder meer op artikel 3:205 BW, waarin vervat de boedelbeschrijving (lid 1) en de jaarlijkse opgave (lid 4). Voor het vruchtgebruikregime zijn deze verplichtingen dwingend, zo bepaalt lid 5 van artikel 3:205 BW: 'De vruchtgebruiker kan van de verplichtingen die ingevolge de voorgaande leden op hem rusten, niet worden vrijgesteld.'

Gelden deze verplichtingen ook dwingend voor de erfgenaam onder ontbindende voorwaarde? Hierover bestaat verschil van mening in de literatuur. Op de dwingende toer gaan, bijvoorbeeld, Verstappen, *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 307 e.v. en Brinkman in zijn dissertatie *Het fidei-commis in de notariële praktijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 95. Vegter, *WPNR* 2020/6486 en in zijn kielzog F. Schols en B. Schols, *FTV* 2003/7, zien meer vrijheid bij de voorwaardelijke erfstelling dan bij het vruchtgebruik, mede gelet op uitingen van de minister die erop duiden dat de verwijzing naar de vruchtgebruikbepalingen slechts als een hulpmiddel dient om zwiiggende testamenten nader in te kleuren. In de woorden van de minister (*Kamerstukken II* 1992/93, 17141, 12, p. 53): 'Het voorgaande komt erop neer dat de verwijzing naar de vruchtgebruikbepalingen inderdaad lang niet alle bepalingen betreft en dan ook slechts dient als een hulpmiddel om bij gebreke van een regeling in het testament tot een redelijk uitkomst te komen.'

Rechtbank Gelderland van 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6592 (zie ERF 2018-0006) doet in deze kwestie een uitspraak. Het belang van de uitspraak is evenwel niet heel groot omdat het in casu een voorwaardelijke erfstelling betrof waar de jaarlijkse opgave in het testament niet uitdrukkelijk of impliciet is uitgesloten. Hoewel de rechter zijn voorkeur uitspreekt, spaart hij de dwingendrechtelijke kool en de geit van regelend recht in rechtsoverweging 5.5. De zaak was interessanter geweest als de jaarlijkse opleg en toonplicht uitdrukkelijk was uitgesloten. Nu is het per saldo een uitlegkwestie. Zie *EstateTip Review* 2018-2.

## Schenken?

Datzelfde geldt ook voor de zaak die speelde bij Hof Arnhem-Leeuwarden 1 mei 2018 ECLI:NL:GHARL:2018:4125. Mag de bezwaarde schenken, zo luidt hier de interessante rechtsvraag. Het testament bepaalde het volgende:

*‘Beheer.*

De bezwaarde is naast de overige bevoegdheden die zij ingevolge deze bepalingen heeft, bevoegd tot alle beheers- en beschikkingshandelingen. (...)

*Vervreemding en bezwaring.*

De bezwaarde is bevoegd de goederen te vervreemden en te bezwaren.

*Verteringsbevoegdheid.*

De bezwaarde is bevoegd de goederen te verteren.’

Zoals gezegd kan het spreken over fidei-commissaire aangelegenheden mijn goedkeuring niet wegdragen en doen overwegingen als deze geen recht aan het nieuwe erfrecht maar het hof komt in overweging 4.10 weer op het juiste pad door het antwoord te zoeken in artikel 4:138 lid 2 BW in combinatie met artikel 3:215 lid 3 BW. We weten dan dat ‘de vruchtgebruiker (lees bij overeenkomstige toepassing: de bezwaarde) die zoals hier de bevoegdheid heeft gekregen tot vervreemding en vertering van de goederen, deze goederen ook mag bestemmen voor gebruikelijke kleine geschenken’. Terecht oordeelt het hof in overweging 4.11 dat deze bepaling regelend recht vormt, zodat uitbreiding van de bevoegdheid tot schenkingsbevoegdheid ontbreekt. Een plausibel oordeel. De visie van de notaris op het geheel is in dat kader van belang. Zie overweging 4.17. Apart is dat het erop lijkt dat een advies van een extern adviesbureau een rol lijkt te spelen bij de invulling van hetgeen de notaris met de redactie van het testament bedoeld heeft. Ik hou het erop dat dit wat ongelukkig verwoord is. Moraal van het verhaal: de testamentenmaker doet er wijs aan een uitdrukkelijke uitspraak over de schenkingsbevoegdheid te doen.

De goede lezer ziet overigens dat rechtsoverweging 4.10 de onderhavige uitspraak linkt aan die van Rechtbank Gelderland van 11 oktober 2017: ‘De bepalingen van vruchtgebruik zijn, *in elk geval voor zover deze van regelend recht zijn*, alleen van overeenkomstige toepassing voor zover de erfflater in zijn testament niet anders heeft bepaald.’ [cursv. FS]

Het hof laat terecht de hamvraag of de dwingende vruchtgebruikbepalingen dwingend zijn voor de voorwaardelijke making onbeantwoord nu dat als zodanig geen onderwerp van geschil is.

*F.W.J.M. Schols*