



Het fideicommissum in de notariële praktijk

Ronald Brinkman

Dit proefschrift onderzoekt de juridische ins en outs van het 'fideicommiss', dat in de praktijk ook wel de tweetrapsmaking wordt genoemd. Met een fideicommiss kan iemand zijn vermogen niet één keer, maar vaker laten vererven. De persoon die het vermogen als eerste erft, is de bezwaarde. De persoon die het vermogen als tweede erft, wordt verwachter genoemd. De wet regelt de verhouding tussen de bezwaarde en de verwachter. Omdat die verhouding lijkt op die van een vruchtgebruiker en blote eigenaar, zijn de wettelijke vruchtgebruikbepalingen grotendeels van overeenkomstige toepassing.

In dit boek wordt gekeken naar complicaties in de verhouding tussen de bezwaarde en de verwachter. Besproken wordt waar men aan moet denken bij het opstellen van het testament en bij het afwikkelen van de erfenis (zowel als de nalatenschap op de bezwaarde overgaat, als wanneer de nalatenschap op de verwachter overgaat). Daarnaast wordt antwoord gegeven op vragen die rijzen over de (meestal lange) tijd dat de bezwaarde de erfenis onder zich heeft. Bezien wordt welke rechten en plichten de bezwaarde en de verwachter hebben. Het gaat over zowel fideicommissaire erfstellingen als legaten.

Tot slot wordt belicht wat er gebeurt als meerdere bezwaarden of meerdere verwachters hun rechten op de erfenis verdelen of wanneer een bezwaarde of verwachter in een gemeenschap van goederen trouwt.

De reeks **Familie & Recht** is gericht op debat tussen theorie en praktijk op het terrein van het familierecht in brede zin. Kennisuitwisseling met andere wetenschapsgebieden, zoals de sociale wetenschappen speelt hierbij een belangrijke rol. Monografieën, proefschriften, conferentiebundels en commentaren maken deel uit van de reeks. De reeks **Familie & Recht** is onderdeel van de samenwerking van Nederlandse specialisten op het gebied van het familierecht in het kader van de **Alliantie Familie & Recht**. De uitgaven zijn bestemd voor advocaten, notarissen, rechters, wetenschappers en ambtenaren van de burgerlijke stand.

De reeks **Familie & Recht** is onderdeel van de samenwerking van Nederlandse specialisten op het gebied van het familierecht in het kader van de **Alliantie Familie & Recht** en maakt deel uit van de boekenreeks van het **Netherlands Institute for Law and Governance (NILG)**. Het NILG is een samenwerkingsverband van universiteiten en andere onderzoeksinstituten dat zich tot doel stelt onderzoek op het terrein van Law and Governance te bevorderen. Centraal staat de balans tussen publieke en private belangen in het recht en de wijze waarop de regulering van die belangen door de publieke en de private sector plaatsvindt.

ISBN 978-90-8974-965-9



9 789089 749659

Het fideicommiss in de notariële praktijk

Redactie reeks Familie & Recht

Prof. mr. dr. Masha Antokolskaia, Vrije Universiteit Amsterdam

Prof. dr. Katharina Boele-Woelki, Universiteit Utrecht

Prof. mr. dr. Leon Verstappen, Rijksuniversiteit Groningen

De reeks Familie & Recht is onderdeel van de samenwerking van Nederlandse specialisten op het gebied van het familierecht in het kader van de Alliantie Familie & Recht. De Alliantie beoogt de bestudering van het nationale, internationale en vergelijkende familierecht vanuit mono- en multidisciplinair perspectief te bevorderen. Zij maakt deel uit van het *Netherlands Institute for Law and Governance* (NILG).

www.nilg.nl

© 2014 R.E. Brinkman / Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/stichtingen/stichting-pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-965-9

ISBN 978-94-6274-130-0 (e-book)

NUR 822

www.bju.nl



rijksuniversiteit
 groningen

Het fideicommiss in de notariële praktijk

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Rijksuniversiteit Groningen
op gezag van de
rector magnificus prof. dr. E. Sterken
en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op

donderdag 11 september 2014 om 16.15 uur

door

Ronald Edwin Brinkman
geboren op 19 mei 1976
te Zwolle

Promotores:

Prof. mr. dr. W.D. Kolkman

Prof. mr. dr. L.C.A. Verstappen

Beoordelingscommissie:

Prof. mr. dr. W. Burgerhart

Prof. mr. F. Salomons

Prof. mr. A.H.N. Stollenwerck

Voorwoord

Hoe het begon

Na het afronden van mijn studie eind jaren negentig van de vorige eeuw, solliciteerde ik op een promotieplaats bij de Rijksuniversiteit Groningen. Iemand ging mij voor.¹ Ik besloot de praktijk in te gaan, maar hield promoveren in mijn achterhoofd. Tijdens mijn beroepsopleiding, begin deze eeuw, had ik les van wijlen professor Wim Kleijn. Hij vertelde dat hij na 13 jaar in de praktijk te hebben gewerkt, een proefschrift had geschreven.² Het was voor mij een voorbeeld dat promoveren te combineren was met werken in de praktijk. Sterker nog, misschien was het wel een voordeel om vanuit de praktijk wetenschap te bedrijven. Ik kon aan professor Kleijn merken dat hij bij de dagelijkse praktijk betrokken was geweest en nog steeds betrokken was. Als hij over het recht vertelde, leefde het recht echt!

In de loop der jaren werd het verlangen om te promoveren groter, maar ik wist niet precies hoe dat aan te pakken. Tot ik begin 2010 Wilbert Kolkman tegenkwam en hem van mijn plannen vertelde. Wilbert was direct positief en gaf aan dat op de Rijksuniversiteit Groningen mogelijkheden bestonden om als buitenpromovendus aan de slag te gaan. Na de zomer van 2010 ging ik op bezoek bij Leon Verstappen, die mij voorhield dat promoveren veel van een mens vergt. Ondanks of juist dankzij zijn woorden raakte ik zo enthousiast dat ik besloot het te gaan doen. Ik was al jaren bezig met kennis vergaren. Ik had het gevoel dat die kennis er in enigerlei vorm weer uit moest komen. Mijn onderwerp stond eigenlijk al jaren in mijn hoofd vast: het fideicommis! Vraag me niet waarom. Het is gewoon een boeiende rechtsfiguur. Ik raak er niet over uitgedacht. Dat laatste maakte het overigens wel moeilijk om dit proefschrift af te ronden. Dat zal meer promovendi overkomen.

Een praktijkjurist

Als praktijkjurist wilde ik inzicht krijgen in zoveel mogelijk aspecten van het fideicommis waar de praktijk mee te maken krijgt. Het wetenschappelijk onderzoek heeft mijn eigen praktijkkennis op allerlei gebied verdiept. Het ‘inbrengen’ van mijn praktijkervaring in het onderzoek heeft hopelijk tot uitkomsten geleid waar andere praktijkjuristen hun voordeel mee kunnen doen.

¹ Dat was mevrouw A.H. Santing-Wubs, die een prachtig proefschrift schreef: *Kerken in geding. De burgerlijke rechter en de kerkelijke geschillen*, Boom: Meppel 2002.

² W.M. Kleijn, *De Boedelscheiding*, Gouda Quint: Arnhem 1969.

Veel plezier heb ik gehad in het samenbrengen van de twee werelden. En wat heerlijk om te ‘worstelen’ met het onderwerp. Op sommige nachten kroop ik uit mijn bed om een bepaalde gedachtegang uit te schrijven. Een tijd later had mijn geest de eerdere gedachten alweer ingehaald met nieuwe ideeën.

Op artikelen

Oorspronkelijk sprak ik met mijn promotoren, de al eerder genoemde Leon Verstappen en Wilbert Kolkman, af dat ik ‘op artikelen’ zou promoveren. In 2011 en 2013 publiceerde ik in totaal vijf wetenschappelijke artikelen in het WPNR.³ Omdat ik veel meer gedachten op papier had staan, besloot ik een uitgebreider proefschrift te schrijven. Uiteraard is daarin de kern van de inhoud van de gepubliceerde artikelen verwerkt. Na mijn publicaties ben ik tot nadere en soms andere gedachten gekomen over de in die artikelen besproken onderwerpen. Waar dat van toepassing is, vermeld ik dat.

Terminologie

Ik kies in dit proefschrift voor de term fideicommiss.⁴ Ik prefereer deze term boven de te algemene term voorwaardelijke making en boven de term tweetrapsmaking. Het predicaat tweetrapsmaking is niet altijd juist: er kunnen drie, vier of nog meer ‘trappen’ zijn ingebouwd. Daarnaast dient men onderscheid te maken tussen het zuiver fideicommiss en het fideicommiss de residuo. Bij de term tweetrapsmaking moet dan de (te) lange terminologie ‘gewone tweetrapsmaking’ of ‘tweetrapsmaking zonder vervreemdings- en verteringsbevoegdheid’ (zuiver fideicommiss) respectievelijk ‘tweetrapsmaking met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid’ (fideicommiss de residuo) gebruikt worden.⁵ Overigens kies ik voor de (Romeinse) schrijfwijze ‘fideicommiss’ en niet voor de schrijfwijzen ‘fideïcommiss’ of ‘fidei-commis’. Het is daarmee ook een eerbetoon aan mijn leraar Latijn, Piet Dorland, die mij

³ *Het fideicommiss: over de rechtsposities van de bezwaarde en de verwachter en het aanvaarden van een voorwaardelijke erfstelling I en II (slot)*, WPNR 2011/6894 en 6895, *Fideicommissaire legaten, lasten en giften*, WPNR 2011/6902, *Fideicommiss en plaatsvervulling*, WPNR 2013/6978 en *Het fideicommiss, de executele en de vereffening*, WPNR 2013/6985. Ook verscheen nog een korte bijdrage van mijn hand in WPNR 2013/7000, *Drie stellingen over het fideicommiss*, ter gelegenheid van het afscheid op 20 november 2013 van Van Mourik als redacteur van het WPNR (jonge onderzoekers in discours met Martin-Jan van Mourik). In laatstgenoemde bijdrage zijn gedachten te vinden die ook terugkomen in dit boek.

⁴ En de daarmee verwante termen zoals fideicommissaire erfstelling, fideicommissair legaat, fideicommissaire gift, fideicommissaire last, fideicommissair vermogen. Tenzij anders vermeld, duid ik met de term *fideicommiss* de rechtsfiguur van de *fideicommissaire erfstelling* aan.

⁵ Dat laat onverlet dat de term tweetrapsmaking in de notariële praktijk al is ingeburgerd en in het dagelijks spraakgebruik aansprekender is dan de term fideicommiss. Vanuit didactisch oogpunt helpen dit soort – niet wettelijke – termen om de rechtsfiguur uit te beelden.

op de middelbare school leerde dat als een professor tijdens een college begint met: ‘Dames en heren, u weet allemaal dat... en dus ga ik verder in op...’, je niet benauwd hoeft te zijn om je vinger op te steken en om uitleg te vragen over wat de professor als bekend veronderstelt. Ik heb zijn wijze woorden vaak in de praktijk gebracht. Vraag het als je iets niet weet, ook als je in een zaal met 600 studenten zit! En wees een beetje eigenwijs.

Woorden van dank

Tot slot van dit voorwoord wil ik een aantal personen bedanken, die mij tijdens het schrijven en werken aan dit proefschrift bijzonder veel hebben geholpen. Allereerst mijn promotoren Leon Verstappen en Wilbert Kolkman. Zij waren ieder moment, zelfs tot ’s avonds laat, bereid om mijn gedachten te spiegelen en de hunne aan de mijne toe te voegen. Dat waren leerzame en aangename momenten. Ook wil ik mijn kantoorgenoten dank zeggen, die mij ruimte gaven om met mijn proefschrift bezig te zijn. In het bijzonder noem ik Rieks Bulthuis, de nestor van ons kantoor, en Joe van Anken, de werkelijk briljante student, die een eerdere versie van dit proefschrift met mij meelazen en mij op verrassende punten hebben gewezen. Ik bedank ook mijn zeer gewaardeerde Duitse collega Wolfgang Eule voor de aangereikte literatuur over het Duitse recht. En ook voor het op sublieme wijze corrigeren van de Duitse vertaling van de samenvatting en conclusies. Wolfgang, danke vielmals! Daarnaast wil ik mijn broer Hans noemen, die, zonder zelf jurist te zijn, mij bij de voorbereiding van mijn presentaties over het fideicommissum avond aan avond heeft doorgezaagd over ‘wat ik nou eigenlijk wilde zeggen’. Dat heeft ontzettend veel geholpen om mijn gedachten te ordenen en de theorie te verbinden met de praktijk van iedere dag. Broer, dank je wel voor je wijze adviezen en je luisterende oor. Ik ben blij dat jij en ook Sebastiaan Dam, mijn goede vriend sinds meer dan 20 jaar, de rol van paranimf willen vervullen. Mijn zus Marleen was mij bijzonder behulpzaam bij het altijd zware eind van een proefschrift: de opmaak. Dank je zus!

Ten slotte noem ik het thuisfront. Zonder een fijne thuisbasis was het nooit mogelijk geweest om al die uren te werken aan mijn artikelen, presentaties en dit boek. Vooral mijn vrouw Marjella, maar ook onze kinderen Anne Margé en Berend Jan, dank jullie wel!

Inhoudsopgave

Voorwoord.....	v
Inhoudsopgave	ix
Inleiding	1
1 Algemene beschouwingen over het fideicommis.....	11
1.1 Inleiding	11
1.2 De fideicommissaire erfstelling	12
1.3 De overgang op de bezwaarde	15
1.3.1 De goederen	15
1.3.2 De schulden.....	17
1.4 De overgang op de verwachter.....	18
1.4.1 De positie van de verwachter hangende de voorwaarde met betrekking tot de goederen.....	18
1.4.1.1 De goederenrechtelijke werking van het fideicommis: drie benaderingswijzen	21
1.4.1.2 Gedifferentieerd toebehoren	22
1.4.1.3 Het recht van de verwachter als beperkt recht.....	25
1.4.1.4 Er is slechts sprake van een verwachting	27
1.4.1.5 Conclusie over de drie benaderingswijzen	28
1.4.2 De positie van de verwachter hangende de voorwaarde met betrekking tot de schulden	29
1.4.3 De overgang van de goederen bij vervulling van de voorwaarde ...	30
1.4.4 De overgang van de schulden bij vervulling van de voorwaarde....	30
1.5 Plaatsvervulling voor de verwachter en meerdere overgangen	34
1.5.1 Primaire en subsidiaire verwachters	35
1.5.2 Kwalificatie positie subsidiaire verwachter	37
1.5.3 Gevolgen kwalificatie positie subsidiaire verwachter als ‘plaatsvervuller’	39
1.5.4 Tussenconclusie over de plaatsvervulling.....	41
1.5.5 Omgekeerde plaatsvervulling bij ongeborenen.....	42
1.5.6 Meerdere overgangen.....	46
1.6 Wil de ‘echte’ fideicommissaire voorwaarde opstaan?.....	47
1.6.1 Een bijkomende voorwaarde: het rijbewijs.....	48
1.6.2 Kwalificatie van het boerenplaatsje-arrest	49
1.6.2.1 Er is sprake van een voorwaarde	51
1.6.2.2 Er is sprake van een bevoegdheid.....	54
1.6.2.3 Gevolgen.....	55

1.6.3	De ‘voorwaarde’ van het overschot	58
1.6.3.1	Geen bijkomende voorwaarde	58
1.6.3.2	Saldo- en activa-theorie	59
1.6.3.3	Toch een bijkomende voorwaarde: de insteller spreekt.....	61
1.6.3.4	Conclusies over de ‘voorwaarde’ van het overschot	62
1.7	Conclusies	63
2	De verhouding tussen de bezwaarde en de verwachter	67
2.1	Inleiding	67
2.2	De ‘externe’ positie van de bezwaarde, de verwachter en derden.....	70
2.2.1	Derden jegens wie door de bezwaarde bevoegdheden en rechtsvorderingen uitgeoefend/ingesteld kunnen worden.....	70
2.2.2	Derden die jegens de bezwaarde bevoegdheden en rechtsvorderingen kunnen uitoefenen/instellen.....	72
2.3	Het kruispunt tussen extern en intern: onvoorwaardelijk vervreemden/bezwaren.....	74
2.3.1	De totstandkoming van art. 4:138 BW.....	76
2.3.2	Hoe wordt onvoorwaardelijk vervreemd of bezwaard?	79
2.4	De ‘interne’ positie van de bezwaarde en de verwachter	80
2.4.1	De belangen van de bezwaarde en de verwachter.....	80
2.4.2	Zijn de bepalingen van titel 3.8 BW dwingend?.....	83
2.4.3	Criteria voor overeenkomstige toepassing vruchtgebruikbepaling.	87
2.5	Toepasselijke bepalingen van titel 3.8 BW	89
2.5.1	Bepalingen die bij het fideicommiss de residuo buiten toepassing blijven	89
2.5.2	Bepalingen die voor alle fideicommissen van toepassing zijn.....	92
2.5.2.1	Substitutie	92
2.5.2.2	Overdracht en afstand.....	92
2.5.2.3	Bevoegdheden van de bezwaarde met betrekking tot het gebruik en beheer	93
2.5.2.4	Verplichtingen van de bezwaarde.....	94
2.5.2.5	Gebruik en vruchten	100
2.5.3	Bepalingen die voor alle fideicommissen niet van toepassing zijn	101
2.5.4	Overgangsrecht	106
2.6	Herschrijving van art. 4:138 lid 1 en 2 BW	106
2.7	Zaaksvervanging	107
2.7.1	Zaaksvervanging en registergoederen.....	109
2.7.1.1	Soms zaaksvervanging	109
2.7.1.2	Volledige zaaksvervanging.....	111
2.7.1.3	Conclusie	112

2.7.1.4	Nog enkele aspecten van zaaksvervanging.....	113
2.7.2	Zaaksvervanging en vergoedingsrechten en -plichten	114
2.8	Vertering: het fideicommis de residuo	117
2.8.1	De goederenrechtelijke route van de vertering	118
2.8.2	Het voldoen van welke schulden betreft een vertering?	122
2.8.3	Indirecte vertering	124
2.9	Omslagstelsel	125
2.9.1	Wat is een omslagstelsel?	126
2.9.2	Vormgeving van het omslagstelsel	126
2.9.3	Problemen bij het omslagstelsel.....	128
2.10	Toepasselijke bepalingen boeken 2, 5, 6 en 7 BW	129
2.10.1	Boek 2 BW	129
2.10.2	Boek 5 BW	130
2.10.3	Boek 6 BW	132
2.10.4	Boek 7 BW	134
2.11	De kenbaarheid van de rechtsverhouding tussen de bezwaarde en de verwachter	134
2.12	Conclusies	135
3	De afwikkeling van de fideicommissaire overgangen.....	139
3.1	Inleiding	139
3.2	Aanvaarding en verwerping door de bezwaarde	140
3.3	Aanvaarding en verwerping door de verwachter.....	142
3.3.1	Daden van zuivere aanvaarding	143
3.3.1.1	Beschikken over het recht onder opschortende voorwaarde	144
3.3.1.2	Gebruikmaking van de interne bevoegdheden met externe werking	144
3.3.1.3	Gebruikmaking van de overige interne bevoegdheden.....	145
3.3.2	Gevolgen van zuivere en beneficiaire aanvaarding.....	147
3.3.3	Gevolgen van verwerping	151
3.4	Legitieme portie	153
3.5	Executele	155
3.5.1	Hoe lang duurt de executele?	155
3.5.2	Executele voor de verwachters	156
3.5.3	Toepasselijke bepalingen	159
3.6	Vereffening	162
3.6.1	Hoe lang duurt de vereffening	162
3.6.2	Vereffening voor de verwachters	163

3.7	De verklaring van erfrecht.....	163
3.8	Conclusies	168
4	Testamentair bewind.....	171
4.1	Inleiding	171
4.2	Bewind ingesteld in het belang van ‘de rechthebbende’: het beschermingsbewind	173
4.2.1	Bewind uitsluitend in het belang van de bezwaarde	173
4.2.2	Bewind uitsluitend in het belang van de verwachter.....	177
4.3	Het ‘conflictbewind-sec’ en ‘conflictbewind-mede’	178
4.3.1	Bewind over de goederen van de bezwaarde, uitsluitend of mede in het belang van de verwachter	179
4.3.2	Bewind over de goederen van de (ongeboren) verwachter, uitsluitend of mede in het belang van de bezwaarde.....	181
4.3.3	Nadere gevolgen van de strekking van het bewind.....	181
4.4	Een overzicht van de toepasselijke bewindbepalingen	186
4.5	Bewind in een gemeenschappelijk belang.....	187
4.6	Conclusies	188
5	De bijzondere gemeenschappen van nalatenschap en huwelijksgemeenschap.....	191
5.1	Inleiding	191
5.2	Het fideicommis en de gemeenschap van nalatenschap.....	192
5.2.1	Verdeling van de fideicommissaire nalatenschap door de bezwaarden	192
5.2.2	Vervulling van de voorwaarde tijdens het bestaan van de onverdeeldheid.....	196
5.2.3	De verdeling van de rechten van de verwachters	197
5.2.4	Afgescheiden vermogen.....	199
5.2.5	Inbreng	200
5.2.6	Het fideicommis en de wettelijke verdeling.....	202
5.3	Het fideicommis en de huwelijksgemeenschap.....	205
5.3.1	Positie bezwaarde tijdens bestaan gemeenschap.....	206
5.3.1.1	Zuiver fideicommis	206
5.3.1.2	Fideicommis de residuo.....	209
5.3.2	Positie bezwaarde na ontbinding gemeenschap	212
5.3.2.1	Bij leven bezwaarde; zuiver fideicommis.....	213
5.3.2.2	Bij leven bezwaarde; fideicommis de residuo	214
5.3.2.3	Door overlijden bezwaarde; zuiver fideicommis.....	215
5.3.2.4	Door overlijden bezwaarde; fideicommis de residuo	216
5.3.3	Positie verwachter tijdens bestaan gemeenschap	216

5.3.4	Positie verwachter na ontbinding gemeenschap	217
5.3.4.1	Bij leven verwachter.....	217
5.3.4.2	Door overlijden verwachter	217
5.4	Conclusies	217
6	Legaten, lasten en giften	221
6.1	Inleiding	221
6.2	Vormgeving van het fideicommissaire legaat en de fideicommissaire gift	222
6.2.1	Het fideicommissaire legaat.....	223
6.2.1.1	Problemen bij een residuair fideicommissair legaat	223
6.2.1.2	Problemen bij alle vormen van een fideicommissair legaat	224
6.2.2	Het fideicommissaire sublegaat	225
6.2.2.1	Problemen bij een fideicommissair sublegaat	225
6.2.3	Algemene opmerkingen over fideicommissaire (sub)legaten	227
6.3	Overeenkomstige toepassing art. 4:138 lid 1 en 2 BW	229
6.4	De fideicommissaire gift en last	231
6.5	Voorwaardelijke of onvoorwaardelijke vervreemding of bezwaring	232
6.6	Aanvaarden of verwerpen van het legaat en de gevolgen daarvan.....	233
6.7	Conclusies	235
	Samenvatting en conclusies.....	237
	Zusammenfassung und Schlussfolgerungen.....	247
	Summary and conclusions.....	253
	Geraadpleegde literatuur	259
	Jurisprudentieregister	269
	Artikelenregister	271
	Trefwoordenregister	277

Inleiding

De opbouw van dit boek

De eerste twee – verreweg langste – hoofdstukken vormen de kern van dit boek. In de daarop volgende – kortere – hoofdstukken grijp ik veelvuldig terug op die eerste hoofdstukken.

In hoofdstuk 1 begin ik met een algemene beschouwing over het fideicommis. Eerst wordt ingegaan op hoe een fideicommis werkt. De twee of meerdere overgangen van het vermogen van de insteller op de bezwaarde en verwachters kan men in de kern opvatten als het twee keer of meerdere keren (opnieuw) openvallen van de nalatenschap. Deze opvatting biedt handvatten bij het nadenken over de meerdere overgangen van zowel de goederen als de schulden der nalatenschap. De complicerende factor als de nalatenschap niet één keer, maar vaker openvalt, is dat deze er dan meestal niet hetzelfde uitziet als bij de eerste keer. Allerlei factoren (een vervreemding, een bezwaring, een vertering, zaaksvervanging, verhaal door schuldeisers, een verdeling, et cetera) kunnen ertoe leiden dat de nalatenschap bij de overgang op de verwachter anders is samengesteld dan bij de eerdere overgang op de bezwaarde. Hoofdstuk 1 beschouwt de goederenrechtelijke posities van zowel de bezwaarde als de verwachter. De wijze waarop de goederen en schulden der nalatenschap op hen overgaan, wordt onder de loep genomen. In hoofdstuk 1 komt vooral de positie van de verwachter in het geding. Diens goederenrechtelijke positie hangende de voorwaarde past niet binnen een bestaande rechtsfiguur en draagt mijns inziens een sui generis karakter. Het fideicommis is mede zo bijzonder en systematisch zelfs strijdig met ons rechtssysteem, als bedacht wordt dat bij de fideicommissaire erfstelling de ‘vestiging’ van het recht van de verwachter op alle goederen der nalatenschap van rechtswege en ‘ineens’ plaatsvindt. Bij het beperkte recht van art. 3:8 BW (als voorbeeld bij uitstek van een goederenrechtelijk recht), komt de rechtsverhouding tussen betrokkenen pas tot stand na vestiging (conform art. 3:98 BW). Vestiging van een beperkt recht op een algemeenheid van goederen is niet mogelijk. Legateert de erflater bijvoorbeeld het vruchtgebruik van zijn nalatenschap, dan dient het vruchtgebruik op elk goed afzonderlijk gevestigd te worden. Dat dit bij een fideicommis anders is, maakt de figuur daarom ook zo interessant.

Hoofdstuk 1 vervolgt zijn pad door ook de posities van de plaatsvervuller van de verwachter en van de zogenaamde ‘tweede’ bezwaarde en verwachter te onderzoeken. De kwalificatie van het recht van de plaatsvervuller en van de ‘tweede’ verwachter is van groot belang voor de praktijk. Met name als aan de orde komt of de bezwaarde jegens *alle* in het testament genoemde verwachters vruchtgebruikverplichtingen heeft en of al die verwachters recht op informatie (over hun positie) van de notaris hebben. Aan bod komt daarnaast wanneer men van een ‘echte’ fideicommissaire voorwaarde kan spreken en welke invloed andere (testamentaire) ‘voorwaarden’ op het fideicommis hebben. In dat kader bespreek ik of zogenaamde ‘boerenplaatsje-clausules’ en het aanwezig zijn van een ‘overschot’ bij het fideicommis de residuo, ‘echte’ fideicommissaire voorwaarden zijn.

Hoofdstuk 2 werpt zich op de verhouding tussen de bezwaarde en de verwachter. Zowel de externe als interne aspecten krijgen aandacht. Het externe aspect betreft de relatie tussen de derde en de bezwaarde en de invloed van het recht van de verwachter op die relatie. Het interne aspect raakt het externe aspect vooral als de bezwaarde vervreemdt of bezwaart. Over de interne verhouding tussen de bezwaarde en de verwachter is veel te zeggen. Ik begin met een aantal algemene opmerkingen over die verhouding en bespreek welke criteria gelden voor de (krachtens art. 4:138 lid 2 BW) overeenkomstige toepassing van de bepalingen uit titel 3.8 BW. Daarbij hoort de vraag of de vruchtgebruikbepalingen dwingend zijn. Voor zover daarop bevestigend geantwoord kan worden, kan de insteller, mocht hij die dwingende bepalingen niet willen opleggen aan de bezwaarde, proberen dit nadeel te ondervangen door het fideicommis niet op goederenrechtelijke wijze (fideicommissaire erfstelling), maar op obligatoire wijze (fideicommissair legaat) vorm te geven. Helaas blijkt dat geen panacee te zijn.

De van overeenkomstige toepassing zijnde bepalingen uit titel 3.8 BW komen één voor één aan bod. Daarna wordt geprobeerd het ontdekte en beschrevene te vertalen in een herschrijving van art. 4:138 lid 1 en 2 BW. Vervolgens zoom ik in op enkele bijzonderheden die van groot belang zijn bij de verhouding tussen de bezwaarde en verwachter, te weten op de zaaksvervangingsregeling en op de verteringsbevoegdheid. Bij de zaaksvervanging ligt de focus op registergoederen, omdat deze voor de notariële rechtspraktijk van groot belang zijn. Het zal blijken dat de (tot voor kort) heersende leer over zaaksvervanging, zeker bij een fideicommis de residuo, zwaar onder vuur ligt. In mijn ogen dient de verwachter in beginsel van rechtswege een goederenrechtelijk recht op de tot het fideicommissaire vermogen behorende registergoederen toegekend te worden, ook al is het goed uitsluitend op naam van de bezwaarde gesteld. Met zaaksvervanging hangt samen de uitermate ingewikkelde en casuïstische

problematiek van de vergoedingsrechten en -plichten. Deze problematiek wordt aangesneden. Daarna volgt een exposé over de mogelijkheid voor de bezwaarde om het fideicommissaire vermogen te verteren. Daarbij doemt de vraag op of de uitgave (die tot de vertering leidt) ‘uit het goede potje’ moet komen om van een vertering ten laste van het fideicommissaire vermogen te kunnen spreken. Eveneens van belang is de kwestie of iedere voldoening van een schuld een ‘vertering’ behelst of dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de fideicommissaire en eigen schulden van de bezwaarde en tussen schulden die voor en na het overlijden van de insteller zijn ontstaan. Ook kan men zich afvragen of sprake is van een vertering als de bezwaarde een lening aangaat en daarvoor een fideicommissair goed als onderpand bezwaart, waarna de geleende gelden worden verteerd (in plaats van het goed te vervreemden en de opbrengst te verteren). Dit noem ik de ‘indirecte vertering’.

Het hebben van twee soorten (namelijk fideicommissair en eigen) vermogen, heeft in de praktijk geregeld tot resultaat dat bij het einde van het fideicommiss niet meer duidelijk is wat precies tot het fideicommissaire vermogen en wat tot het eigen vermogen behoort. De vraag is of er een eenvoudige en rechtvaardige oplossing bestaat waarmee de insteller dit probleem tegen kan gaan. In de praktijk en literatuur wordt het zogenaamde ‘omslagstelsel’ als mogelijkheid genoemd. Onderzocht wordt wat een omslagstelsel is, op welke wijze dit vormgegeven kan worden en welke problemen men tegen het lijf loopt. Tot slot van hoofdstuk 2 wordt geanalyseerd of er bepalingen uit de boeken 2, 5, 6 en 7 BW van overeenkomstige toepassing zijn en hoe het zit met de publieke kenbaarheid van de verhouding tussen de bezwaarde en verwachter.

Hoofdstuk 3 wijdt gedachten aan de aanvaarding en verwerping door de bezwaarde en verwachter van een fideicommissaire erfstelling. Bij de verwachter borrelen de meeste vragen op. Een van de belangrijkste is of van een stilzwijgende zuivere aanvaarding gesproken kan worden als de verwachter over zijn rechten beschikt of bevoegdheden uitoefent. Ook de gevolgen van een zuivere of beneficiaire aanvaarding en van een verwerping worden besproken. Daarbij speelt de kwestie of de bezwaarde en verwachter als ‘erfgenamen’ over één kam geschoren worden als één van hen beneficiair aanvaardt: heeft dat gevolgen voor beiden? In het kader van de afwikkeling van de nalatenschap, komt ook de legitieme portie tevoorschijn. Vooral wordt stilgestaan bij de problemen die opdoemen als de bezwaarde of verwachter, gesteld dat zij legitimaris zijn, een aanvullend beroep op hun legitieme portie doen.

Vervolgens worden de executele en vereffening van de fideicommissaire nalatenschap behandeld. Ik laat vooral licht schijnen over de kwestie of de executele en vereffening na de vervulling van de voorwaarde kunnen spelen en

welke gevolgen dat heeft. Aan het slot van het hoofdstuk komt de verklaring van erfrecht boven drijven. De inhoud daarvan en de verplichtingen van de notaris daarbij komen aan de orde. Wie moet hij informeren en wat neemt hij op in de verklaring van erfrecht? En is de vervulling van de voorwaarde voor de buitenwereld eigenlijk wel kenbaar?

Hoofdstuk 4 loopt – met het fideicommiss aan de hand – door de regeling van het testamentaire bewind heen. Bij het bewind zijn veel verschillende strekkingen mogelijk, die elk hun invloed op de rechten en verplichtingen van de bezwaarde en/of verwachter hebben. Ik confronteer het fideicommiss met de bewindbepalingen, om helder te krijgen welke (on)mogelijkheden de rechtspraak heeft bij de vormgeving van het bewind in het belang van de rechthebbende, het bewind uitsluitend of mede in het belang van de ander en het bewind in gemeenschappelijk belang. Dit hoofdstuk vergt de nodige inspanning van de lezer: bij elk soort bewind dient telkens bedacht te worden welke praktische situatie voor ogen staat. De in dat hoofdstuk gebruikte afkortingen zijn in die zin verraderlijk. De lezer is gewaarschuwd.

In hoofdstuk 5 neemt het fideicommiss een duik in het ‘gemeenschapsbad’. Het onderzoekt de gemeenschap van nalatenschap tussen de bezwaarden en tussen de verwachters. Ik beschrijf de gevolgen van een verdeling van de nalatenschap door de bezwaarden respectievelijk door de verwachters. Bekeken wordt wat gebeurt als gedurende de onverdeeldheid tussen de bezwaarden sprake is van een vervulling van de voorwaarde ten aanzien van één van hen. Daarnaast wordt onderzocht of gesproken kan worden van een afgescheiden vermogen als het gaat om het eigen en fideicommissaire vermogen van de bezwaarde. Ook de inbreng van schenkingen bij de verdeling tussen bezwaarden en tussen verwachters komt aan bod. Laat de insteller een echtgenoot en één of meer kinderen na en is sprake van een fideicommiss, dan roept de combinatie van de wettelijke verdeling (art. 4:13 BW) met het fideicommiss de nodige vragen op.

Vervolgens bijt hoofdstuk 5 zich vast in de huwelijksgemeenschap. Complexe situaties doen zich voor als de fideicommissaire nalatenschap in de huwelijksgemeenschap van de bezwaarde of verwachter valt. Telkens worden de gevolgen beproefd in de situaties waarin de huwelijksgemeenschap *bij leven* en *bij overlijden* van de fideicommissaire verkrijger wordt ontbonden. Een stuk eenvoudiger is het, wanneer de insteller een uitsluitingsclausule opneemt: het fideicommissaire vermogen blijft dan buiten de huwelijksgemeenschap.

Hoofdstuk 6 brengt het fideicommissaire legaat ter sprake. Eerst wordt acht geslagen op twee verschillende manieren waarop men het fideicommissaire legaat kan vormgeven en welke consequenties dat heeft. Om de

rechtsverhouding tussen de bezwaarde-legataris en verwachter-legataris te vereenvoudigen wordt aanbevolen om de band tussen de erfgenamen en de legatarissen door te snijden. Dit kan bereikt worden door het legaat aan de bezwaarde-legataris onvoorwaardelijk te maken en deze een fideicommissair sublegaat ten behoeve van de verwachter-legataris op te leggen. Vervolgens komt aan de orde of de leden 1 en 2 van art. 4:138 BW, die voor de fideicommissaire erfstelling gelden, overeenkomstige toepassing vinden bij het fideicommissaire legaat. De aanverwante fideicommissaire last en gift worden kort besproken. Voordat het hoofdstuk wordt afgesloten met de aanvaarding en verwerping van het fideicommissaire legaat, wordt aandacht geschonken aan de mogelijkheden voor de bezwaarde-legataris om te vervreemden en bezwaren.

Het boek sluit, net als elk hoofdstuk, af met een conclusie.

Verantwoording en bronnen

In dit boek probeer ik zowel theoretisch als met oog voor de praktijk de juridische aspecten van het fideicommiss te beschrijven. Ik ga daarbij systematisch langs de verschillende rechtsfiguren waarmee het fideicommiss geconfronteerd kan worden. De uitkomsten daarvan zijn nog niet eerder in samenhang besproken en verschenen in één omvattend overzicht. De door mij in 2011 en 2013 gepubliceerde artikelen zijn als aanzetten tot het overzicht te zien.

Zoals gezegd ben ik al jaren geboeid door de rechtsfiguur, die sinds 1 maart 2010, door een 15 minuten durend item in het Tv-programma Radar⁶ een opleving heeft gekend. Ik vermoed dat de afgelopen jaren tienduizenden, zo niet honderdduizenden fideicommissen in testamenten zijn opgenomen.⁷ Daarnaast wordt het fideicommiss, zo weet ik ook uit ervaring, steeds vaker als estateplanningstool ingezet. Bijvoorbeeld om landgoederen, aandelen of ander vermogen binnen de familie te houden. In fiscale zin kan een fideicommiss erfbelasting besparen wanneer niet het tarief voor derden (30-40%) maar voor ouder-kind (10-20%) of grootouder-kleinkind (18-36%) geldt.⁸ In de echt-

⁶ Ten tijde van het afronden van dit proefschrift nog steeds terug te zien op: <http://www.trosradar.nl/uitzending/archief/detail/aflevering/01-03-2010/successierecht>.

⁷ Ik verwacht dat het merendeel fideicommissen de residuo betreft. Echter ook zuivere fideicommissen zullen soms een passende oplossing zijn, bijvoorbeeld in langstlevende stiefouder-situaties, als men wil profiteren van de langstlevende vrijstelling voor de erfbelasting en men ('bij het eerste overlijden') wil voorkomen dat over de verkrijgingen door de afstammelingen erfbelasting moet worden betaald.

⁸ Erft een broer bijvoorbeeld van zijn zus, dan betaalt deze laatste 30-40% erfbelasting. Is de broer bezwaarde en de zus verwachter van een door de ouders ingesteld fideicommiss, dan erft zus als verwachter tegen een tarief van 10-20%. Zie voor de tarieven art. 24 Successiewet 1956.

scheidingspraktijk vervult het fideicommiss (vanouds) een dankbare taak: de echtgenoot buiten de deur houden.⁹ Het praktische belang van het onderhavige proefschrift is met het vorenstaande gegeven.

De huidige vormgeving van het fideicommiss bestaat sinds 1 januari 2003. Onder het oude recht was het fideicommiss summier geregeld en bestonden veel onduidelijkheden over de (uit)werking daarvan. De wetgever heeft het species fideicommiss vanaf 2003 binnen het genus van de voorwaardelijke makingen geplaatst.¹⁰ De verhouding tussen de bezwaarde en verwachter is vormgegeven via de overeenkomstige toepassing van de vruchtgebruikbepalingen. Er is nauwelijks diepgravende literatuur verschenen over het fideicommiss in zijn huidige vorm. Ook onder het oude recht is niet heel veel literatuur verschenen over het onderwerp. De vijf proefschriften die sinds 1835 het licht hebben gezien¹¹ concentreren zich (uiteraard) grotendeels op het oude recht. Alleen Stollenwerck gaat in zijn proefschrift uit 1886¹² (dat bijna een eeuw na de laatste

⁹ Zie over de praktische toepassingen van het fideicommiss A.H.N. Stollenwerck, *Het fidei-commis de residuo*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1886, p. 143-148, W.M. Kleijn, *De tweetrapsmaking als middel om tweemaal over het vermogen na dode te beschikken*, FTV 2004/5, onder 2, P. Blokland, *Nieuw erfrecht in de praktijk, Een evaluatie*, Preadvies voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 2006, p. 91 e.v., *Handboek Erfrecht* (2011), L.C.A. Verstappen, p. 300-304 en P. Blokland en A.H.N. Stollenwerck, *Handboek Familievermogensrecht 2013/2014*, p. 780-791.

¹⁰ Onder het oude recht werd gestreden over de vraag hoe het fideicommiss gekwalificeerd moest worden. Zie daarover noot 49. Onder het nieuwe recht is het fideicommiss onder het systeem van de voorwaardelijke makingen geplaatst, voornamelijk omdat in het nieuwe BW aan de vervulling van een voorwaarde terugwerkende kracht is onthouden (art. 3:38 BW). Zie het verslag van het Mondeling Overleg in Van der Burght c.s., *Parl. Gesch. Vaststellingswet Erfrecht*, p. 816-817 en p. 825. De regering merkt op bij het voorgestelde art. 4.4.5.4 BW (thans art. 4:138 BW): 'Ter aanvulling op dit betoog [dat het weerleggen van de bezwaren tegen handhaving van het fideicommiss betrof, REB] wees de Regering erop, dat voor het huidig recht de terugwerkende kracht van de ontbindende voorwaarde soms problemen oproept: in het nieuwe Burgerlijk Wetboek wordt geen terugwerking verbonden aan het vervullen van deze voorwaarde. Dit zal er toe bijdragen, dat de onzekerheden, waarvoor de bovenbedoelde leden zich beducht betoonden, worden verminderd.' en bij het voorgestelde art. 4.4.5.6 BW (thans art. 4:141 BW): 'Van de kant van de Regering werd erop gewezen, dat naar huidig recht de fideicommissen op één punt radicaal verschillen van de andere voorwaardelijke makingen, immers bij de fidei commissen niet, bij die andere makingen wel van terugwerkende kracht sprake is. In de regeling van het ontwerp ontbreekt over de gehele linie de terugwerkende kracht. Daardoor kon in het ontwerp het fideicommiss een gewone voorwaardelijke making worden, met alleen deze bijzonderheid dat de voorwaarde niet gebonden is aan de termijn van artikel 5 [thans art. 4:140 BW, REB].'

¹¹ Zie voor de vier proefschriften uit de negentiende eeuw: A.H.N. Stollenwerck, *Het fidei-commis de residuo*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1886, p. 1-2, noot 4. Ik heb van de laatste twee (die van Achterberg (1875) en Pijnacker Hordijk (1895)) kennis genomen. Die proefschriften hebben voor de huidige vormgeving van het fideicommiss weinig relevantie.

¹² A.H.N. Stollenwerck, *Het fidei-commis de residuo*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1886.

verschenen dissertatie verscheen¹³) in op de nieuwe vormgeving, maar niet heel uitgebreid en slechts voor het fideicommiss de residuo. Daarnaast merk ik op dat de erfrechtelijke handboeken het fideicommiss niet in extenso behandelen.¹⁴ Hoewel de erfrechtelijk georiënteerde tijdschriften wel aandacht hebben gehad voor het fideicommiss (in zijn huidige vorm), is deze niet overweldigend te noemen. Ook jurisprudentie is er nog niet veel. Hoe kan het ook anders, nu het ‘nieuwe erfrecht’ net z’n tweede lustrum heeft gevierd?¹⁵ Gelet op het vorenstaande en de veelvuldige toepassing van het fideicommiss in de notariële praktijk, is de behoefte aan een veelomvattend overzicht, zoals in dit proefschrift weergegeven, groot.

Voor dit proefschrift is, behalve genoemde literatuur en jurisprudentie, de wet en de parlementaire geschiedenis frequent geraadpleegd.

Hierboven heb ik in hoofdlijnen beschreven waar dit proefschrift over gaat. Het is belangrijk om aan te geven waar geen of weinig aandacht aan is besteed en waarom. Zoals al vermeld, ga ik nagenoeg alleen in op de juridische aspecten van het fideicommiss. De fiscale vragen laat ik bijna geheel buiten beschouwing. Behalve het willen beperken van de omvang van dit proefschrift, is een tweede reden daarvoor dat mevrouw B.B.A. de Kroon als promovenda aan de Leidse Universiteit promotieonderzoek verricht naar de fiscale aspecten van het fideicommiss.¹⁶

¹³ In de tussentijd is het enige werk van belang in mijn ogen het preadvies van de Broederschap der Candidaat-Notarissen uit 1952 (*Het fideicommiss de residuo*, door A. Pitlo en J.R.H. Buining).

¹⁴ De belangrijkste handboeken zijn *Handboek Erfrecht* (2011), *Handboek Familievermogensrecht 2013/2014*, Klaassen/Luijten & Meijer II, *Erfrecht*, Asser/Perrick 4 2013, *Erfrecht en schenking*, Pitlo/Van der Burght, Ebben, *Erfrecht* en Huijgen e.a., *Compendium Erfrecht*. De pagina’s die in de laatstgenoemde vier handboeken zijn gewijd aan de voorwaardelijke making, zijn op twee handen te tellen. Uitgebreide beschouwingen zijn alleen te vinden bij L.C.A. Verstappen in eerstgenoemd handboek, hoofdstuk IX, en bij P. Blokland en A.H.N. Stollenwerck, in het als tweede genoemde handboek, paragraaf 10.10. (Bij dit laatste handboek teken ik aan dat de praktische insteek het werk minder wetenschappelijk maakt. Voor een onderbouwing van het in dat handboek gestelde lezen de publicaties van genoemde auteurs in de vakbladen. Naar bedoelde publicaties wordt in het hierna volgende regelmatig verwezen. Ik heb de indruk dat bedoeld handboek een gestructureerd ‘samenraapsel’ is van wat de auteurs in de vakliteratuur schreven.)

¹⁵ Ook onder het oude recht is over het fideicommiss niet veel jurisprudentie verschenen (zie voor een overzicht A.H.N. Stollenwerck, *Het fidei-commis de residuo*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1986, p. 161-162). En wat is verschenen, is thans veelal niet meer relevant.

¹⁶ Zie voor een voorproefje haar artikelen in NTFR-B 2011/35 en 41, *Ondernemingsvermogen en tweetrapsbepalingen* (deel I en II) en het door haar geschreven commentaar in *NDFR Commentaar Successiewet bij art. 21 lid 2 en 4 SW* (aantekening 2).

In deze studie ontbreekt, net als in de dissertatie van Stollenwerck,¹⁷ de rechtsvergelijking. Nou ja, op een enkele uitzondering na.¹⁸ Vluchtige kennisneming van de stelsels in de andere landen,¹⁹ leert dat het fideicommis elders veelal op andere wijze is vormgegeven. Ik denk dat rechtsvergelijking thans van weinig toegevoegde waarde is, mede omdat dit proefschrift het eerste veelomvattende overzicht wil zijn van het fideicommis onder het nieuwe recht. Stollenwerck merkt daarnaast op dat rechtsvergelijking al bij de totstandkoming van het nieuwe stelsel is meegewogen in de gemaakte keuzes.²⁰

Dat dit proefschrift *veelomvattend* is, geeft direct zijn beperking weer. Uiteraard is *niet alles* behandeld en blijft er genoeg stof over voor nieuwe proefschriften en artikelen in de vakliteratuur. In mijn eigen (notaris)praktijk en bij het geven van lezingen over dit onderwerp ben ik al zoveel praktijkvragen tegengekomen, dat een uitputtende behandeling van het fideicommis een niet haalbaar ideaal zal blijven. Gelukkig maar. De praktijk zal altijd weerbarstiger en rijker zijn dan de theorie.²¹ Ik heb mij daarom – bewust – beperkt tot die onderwerpen die ik het belangrijkste acht om te behandelen.²²

Tot slot

Wanneer ik hierna spreek over de voorwaarde, bedoel ik daarmee de fideicommissaire voorwaarde. In de praktijk is vaak sprake van meerdere ontbindende en (daarbij aansluitende) opschortende voorwaarden. Ik gebruik gemakshalve meestal het enkelvoud (voorwaarde), waarmee tevens het meervoud (voorwaarden) kan zijn bedoeld. Uit de context valt op te maken of enkelvoud of meervoud bedoeld wordt.

¹⁷ Zie A.H.N. Stollenwerck, *Het fidei-commis de residuo*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1986, p. XIV.

¹⁸ De lezer treft een paar opmerkingen over en verwijzingen naar het Duitse recht aan. De Duitse Vor- und Nacherbschaft is niet één op één te vergelijken met ons fideicommis, mede omdat de figuur van de Vor- und Nacherbschaft niet alleen een erfgenaamschap onder voorwaarde, maar ook onder tijdsbepaling kan inhouden. Dat laatste is in Nederland niet toegestaan (art. 4:136 BW).

¹⁹ W. Roth, F. Hannes, H. Mielke, *Vor- und Nacherbschaft*, Verlag C.H. Beck: München 2010, geven behalve van het Duitse recht, op p. 157-162 e.v. een summier overzicht van het fideicommis in veel (vooral Europese) landen.

²⁰ Zie A.H.N. Stollenwerck, *Het fidei-commis de residuo*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1986, p. XIV.

²¹ Zie bijvoorbeeld noot 26 voor een (niet-limitatief) overzicht van artikelen in boek 4 BW waarover in het kader van het fideicommis vragen te stellen zijn. Veel van die vragen behandel ik in dit proefschrift. Maar het betekent ook onherroepelijk dat er nog veel meer onderwerpen te verzinnen zijn waarover het gewenst is dat erover gedacht en geschreven wordt.

²² Soms werp ik in een noot wel een vraag op die nadere bestudering verdient. Volledige beantwoording gaat het bestek van deze studie dan te buiten.

Ik merk nog op dat ik hier en daar in herhaling val. Dit doe ik voor het gemak van de lezer. De hoofdstukken kunnen zo makkelijker los van elkaar gelezen worden.

Het proefschrift is afgesloten op 1 juni 2014. Met nadien verschenen literatuur en jurisprudentie is geen rekening gehouden.

1 Algemene beschouwingen over het fideicommiss

1.1 Inleiding

In dit hoofdstuk ²³ beschouw ik een aantal algemene aspecten van het fideicommiss. In § 1.2 begin ik met een uiteenzetting op hoofdlijnen over wat een fideicommiss is.

In § 1.3 wordt ingegaan op de overgang op de bezwaarde. Hij houdt de goederen onder een ontbindende voorwaarde. Aan bod komt (§ 1.3.1) hoe zijn gerechtigdheid tot de goederen eindigt en of het voorwaardelijke karakter van zijn gerechtigdheid kan vervallen. De fideicommissaire medaille heeft behalve een goederenkant een schuldenkant. Over fideicommissaire schulden handelt § 1.3.2.

Het onderzoek wordt in § 1.4 voortgezet met de overgang op de verwachter. In § 1.4.1 bespreek ik de goederenrechtelijke positie van de verwachter hangende de voorwaarde en wordt geprobeerd zijn recht juridisch te kwalificeren. In § 1.4.1.1 tot en met § 1.4.1.5 komen achtereenvolgens drie benaderingswijzen van die positie aan bod, waarna een conclusie volgt. Vervolgens wordt in § 1.4.2 onderzocht hoe de verwachter en de schuldeiser van de nalatenschap zich hangende de voorwaarde verhouden tot de schuldenkant van het fideicommissaire vermogen. In § 1.4.3 en § 1.4.4 wordt besproken hoe en welke goederen en schulden overgaan op de verwachter na de vervulling van de voorwaarde.

Is helder hoe het zit met de overgangen van de goederen en schulden op de bezwaarde en verwachter, dan komt de vraag op (in § 1.5.1) welke positie de zogenaamde ‘subsidiare’ verwachter hangende de voorwaarde inneemt ten opzichte van de ‘primaire’ verwachter. In § 1.5.2 wordt gezocht naar een passende kwalificering van de plaats die de ‘subsidiare’ verwachter in de erfopvolging inneemt. In § 1.5.3 behandel ik de gevolgen van de door mij in te nemen kwalificatie. Een tussenconclusie (§ 1.5.4) volgt. In § 1.5.5 zie ik de situatie waarin ongeborenen als primaire verwachters zijn aangewezen en de vraag of dan voor de subsidiaire verwachters nog een rol is weggelegd.

²³ Dit hoofdstuk bevat delen uit de door mij in WPNR 2011/6894 en 6895 en WPNR 2013/6978 gepubliceerde artikelen (*Het fideicommiss: over de rechtsposities van de bezwaarde en de verwachter en het aanvaarden van een voorwaardelijke erfstelling I en II (slot) en Fideicommiss en plaatsvervulling*). Zoals hierna blijkt ben ik op sommige punten van opvatting veranderd.

In § 1.5.6 komt een soortgelijke vraag als die voor ‘plaatsvervullers’ om de hoek kijken, te weten welke plek de zogenaamde ‘tweede’ verwachter ten opzichte van de ‘eerste’ verwachter toekomt.

Voordat het hoofdstuk afsluit met een conclusie (§ 1.7), behandelt § 1.6 de kernvoorwaarde van het fideicommis: het overleven van de verwachter van het aangewezen tijdstip. Na in § 1.6.1 kennis te hebben gemaakt met de extra voorwaarde van het ‘behalen van het rijbewijs’, gaat § 1.6.2 in op het ‘boerenplaatsje-arrest’. Als de insteller de bezwaarde de mogelijkheid verleent om bij testament over het fideicommissaire vermogen te beschikken, rijst de vraag of sprake is van een voorwaardelijk fideicommis (§ 1.6.2.1) of van een uit het fideicommis voortvloeiende bevoegdheid (§ 1.6.2.2). In § 1.6.2.3 geef ik de gevolgen van beide kwalificaties weer. Daarna snijdt § 1.6.3 een cruciaal punt van het fideicommis de residuo aan, namelijk of het aanwezig zijn van een overschot als bijkomende voorwaarde kan worden opgevat. In § 1.6.3.1 wordt beargumenteerd dat in beginsel geen sprake is van een bijkomende voorwaarde. Mocht geoordeeld worden dat er toch sprake is van een ‘ingebakken’ bijkomende voorwaarde, dan behandelt § 1.6.3.2 de vraag of bij ‘het overschot’ naar het saldo of slechts naar activa gekeken wordt. In § 1.6.3.3 worden bijzonderheden onderzocht als de insteller het aanwezig zijn van een overschot expliciet als voorwaarde heeft opgenomen. In § 1.6.3.4 volgen conclusies over de ‘voorwaarde’ van het overschot.

1.2 De fideicommissaire erfstelling

De fideicommissaire erfstelling is een species van het genus voorwaardelijke erfstellingen.²⁴ De bezwaarde is onder ontbindende voorwaarde erfgenaam van de insteller. De verwachter is onder – bij de ontbindende voorwaarde

²⁴ Titel 5 afdeling 5 van boek 4 BW. Zie ook VMO/EV Kamerstukken, 1964/1965, 3771, nr. 8, p. 62. Op grond van art. 3:38 BW kan een rechtshandeling onder voorwaarde worden verricht. Een uiterste wilsbeschikking is een (eenzijdige) rechtshandeling. Afdeling 4.5.5 BW behandelt de gevolgen van de voorwaardelijke making. Niet de erfstelling (of het legaat, waarover verder hoofdstuk 6) is afhankelijk van het in vervulling gaan van de voorwaarde, maar enkel het rechtsgevolg daarvan. Zie ook A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, diss. Leiden, Kluwer: Den Haag 2003, p. 309. Art. 4:56 lid 2, 3 en 4 BW betreft de bestaanseis. Bij fideicommissaire makingen wordt in specifieke gevallen afgeweken van de hoofdregel van art. 4:56 lid 1 BW (bestaanseis op moment openvallen nalatenschap). Hierover meer in § 1.5.5. Zie verder o.m. C.A. Kraan, *Vruchtgebruik*, Preadvies voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 1999, p. 117 en *Handboek Erfrecht* (2011), L.C.A. Verstappen, p. 277-281, Pitlo/Van der Burght, Ebben, *Erfrecht*, p. 342-344, Asser/Perrick 4 2013/223.

aansluitende – opschortende voorwaarde erfgenaam van de insteller.²⁵ Bij een fideicommissaire erfstelling vindt dus rechtsopvolging onder algemene titel onder ontbindende en onder opschortende voorwaarde plaats. Zoals ik in de Inleiding al opmerkte, ben ik van mening dat men iedere overgang van de fideicommissaire nalatenschap in zekere zin op zichzelf moet beschouwen. Telkens weer is sprake van het ‘openvallen van de nalatenschap’.²⁶ Eerst bij het overlijden van de insteller (overgang op de bezwaarde), dan bij de vervulling van de voorwaarde (overgang op de verwachter) en mogelijk bij een volgende vervulling van de voorwaarde (overgang op de ‘tweede’ verwachter²⁷).²⁸

²⁵ Zie art. 4:141 BW, welk artikel de regeling van art. 4:140 BW uitsluit. Overigens is art. 4:141 BW de enige plaats waar de wet waar de termen ‘bezwaarde’ en ‘verwachter’ gebruikt. Omdat deze termen in de praktijk gebruikelijk zijn, aanzienlijk korter zijn dan ‘degene aan wie het vermaakte tot de vervulling der voorwaarde toekomt’ en ‘degene aan wie het vermaakte bij vervulling van de voorwaarde toekomt’ (zie art. 4:138 BW) en duidelijk maken dat het om een fideicommiss en niet om een ‘gewone voorwaardelijke making’ gaat, gebruik ik deze termen ook.

²⁶ In sommige situaties moeten wetsbepalingen uit boek 4 BW in geval van een fideicommiss dan ook mede met het oog op het meerdere keren openvallen van de nalatenschap worden gelezen. Waar men in art. 4:4 BW, art. 4:12 BW, art. 4:31 BW, art. 4:32 BW, art. 4:49 BW, art. 4:63 BW, art. 4:64 BW en art. 4:190 lid 4 BW, het woord ‘openvallen’ dient te lezen als het moment van het overlijden van de erflater, moet mijns inziens in art. 4:7 BW, art. 4:18 BW, art. 4:190 lid 2 en art. 4:233 lid 1 BW het woord ‘openvallen’ opgevat worden als van toepassing zijnde op de verschillende keren waarop de nalatenschap in geval van een fideicommiss kan openvallen. Zo geldt dat ook bij het ‘overlijden van de erflater’ (of een daarop duidende variant): in art. 4:28 BW, art. 4:29 BW, art. 4:30 BW, art. 4:31 BW, art. 4:32 BW, art. 4:37 BW, art. 4:38 BW, art. 4:42 BW, art. 4:56 BW, art. 4:66 BW, art. 4:67 BW, art. 4:70 BW, art. 4:72 BW, art. 4:73 BW, art. 4:74 BW, art. 4:75 BW, art. 4:81 BW, art. 4:85 BW, art. 4:89 BW, art. 4:90 BW, art. 4:95 BW, art. 4:126 BW, art. 4:140 BW, art. 4:143 BW, art. 4:153 BW, art. 4:178 BW, art. 4:179 BW, art. 4:180 BW, art. 4:189 BW en art. 4:213 BW dient men dat begrip letterlijk op te vatten. In art. 4:6 BW, art. 4:13 lid 4 BW, art. 4:16 BW, art. 4:18 BW, art. 4:47 BW, art. 4:50 BW, art. 4:123 BW, art. 4:125 BW, art. 4:134 BW, art. 4:150 BW, art. 4:182 BW, art. 4:183 BW, art. 4:185 BW en art. 4:186 BW kan men dat begrip zien als toepasselijk op de meerdere keren waarop de nalatenschap in geval van een fideicommiss kan openvallen. Over de artikelen die van toepassing kunnen zijn op de verschillende keren waarop de nalatenschap in geval van een fideicommiss kan openvallen, is meer te zeggen. Ik ga in het hierna volgende op de meeste, maar niet alle genoemde artikelen in. Overigens merk ik op dat de wetgever in een aantal, maar ook niet alle, artikelen van het Burgerlijk Wetboek heeft bepaald hoe het geregelde geval werkt als de wettelijke verdeling van toepassing is (vgl. *Asser/Perrick 4 2013/445-446*), maar dat bij de voorwaardelijke makingen veelal achterwege heeft gelaten, zoals hierna zal blijken.

²⁷ Zie hierover § 1.5.6.

²⁸ Vgl. de opmerking van AG De Vries Lentsch-Kosterse in haar conclusie bij het boerenplaatsje-arrest (HR 16 januari 2004, waarover verder in § 1.6.2): ‘Bij een erfstelling over de hand (een fideicommiss) wordt de onmiddellijk bij het overlijden van de erflater geroepen erfgenaam – de erfgenaam uit de hand/de bezwaarde – bij zijn overlijden (of een daaraan voorafgaand tijdstip) opgevolgd door de erfgenaam over de hand/de verwachter. *De nalatenschap valt zodoende meer dan eenmaal open* [cursief van mij, REB], voor het geheel ingeval over de gehele nalatenschap door erfstelling over de hand is beschikt en voor een deel indien slechts over een deel daarvan aldus is beschikt.’

T1 betreft het overlijden van de insteller. T2 kan niet alleen het overlijden van de bezwaarde, maar ook eerdere tijdstippen betreffen.

I = insteller, B = bezwaarde, V = verwachter

T1----->----->-----T2----->----->----->----->----->----->

Periode 1: B-V →

Openvallen nalatenschap voor *eerste* keer
Door overlijden I: *B erft*
V heeft positie jegens B

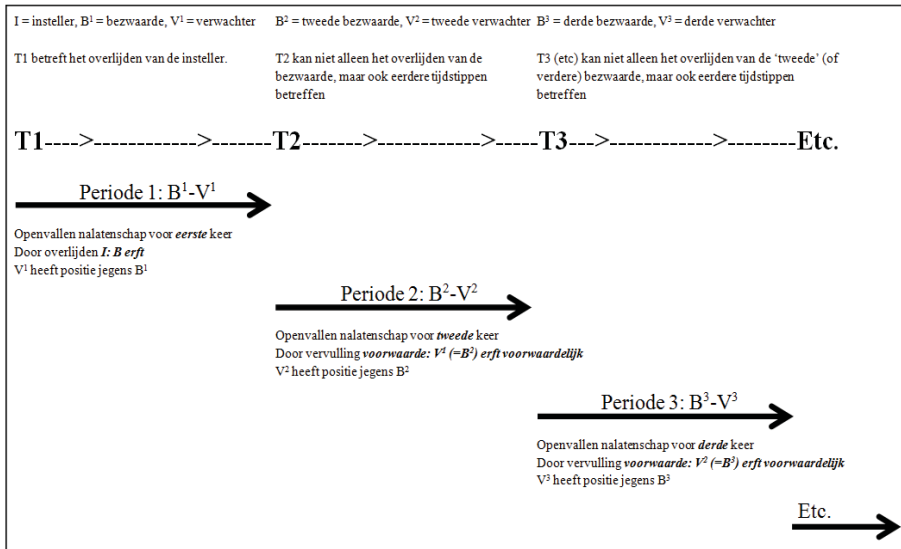
Periode 2: V →

Openvallen nalatenschap voor *tweede* keer
Door vervulling voorwaarde: *V erft onvoorwaardelijk*

Figuur 1: Het fideicommiss met twee overgangen

²⁹ Vgl. art. 4:13 lid 3 BW. Zie voor een voorbeeld waaruit blijkt dat de vormgeving van de ontbindende voorwaarde soms geen sinecure is, Rb. Rotterdam 4 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW1442. In dat geval was de ontbindende voorwaarde dat de bezwaarde een overheidsbijdrage aanvraagt en (ver)krijgt krachtens een overheidsregeling, die inhoudt dat alvorens de overheidsbijdrage kan worden genoten het eigen vermogen geheel of gedeeltelijk ingeteerd dient te zijn, hetzij dat de overheidsbijdrage geheel of gedeeltelijk op het eigen vermogen verhaalbaar is. Zowel ten tijde van het opstellen van het testament als ten tijde van het overlijden van de insteller genoot de bezwaarde een uitkering krachtens de WWIK. Voor de Rechtbank was in geschil of de voorwaarde in vervulling was gegaan.

In figuur 2 is weergegeven hoe ik het fideicommiss in de tijd zie als er nog meer overgangen zijn.



Figuur 2: Het fideicommiss met meerdere overgangen

De opvatting dat de nalatenschap twee keer of meerdere keren openvalt, heeft in ieder geval betekenis voor de overgang van goederen en schulden op de verwachters, voor plaatsvervulling, aanvaarding, executele, vereffening en testamentair bewind. Dit werk ik nader uit in dit hoofdstuk en in de hoofdstukken 3 en 4. De complexiteit van het fideicommiss toont zich vooral in de (vaak) langdurige verhouding tussen de bezwaarde en de verwachter en de gevolgen die dat kan hebben voor de volgende overgang (op de verwachter). Denk daarbij vooral aan de tussentijdse beschikking over het fideicommissaire vermogen en de zaaksvervanging. Op de verhouding tussen de bezwaarde en de verwachter ga ik in dit en het volgende hoofdstuk dieper in.

1.3 De overgang op de bezwaarde

1.3.1 De goederen

Overlijdt de insteller,³⁰ dan volgt de bezwaarde de insteller van rechtswege op in zijn voor overgang vatbare rechten en in zijn bezit en houderschap.³¹ De

³⁰ Met het overlijden van de insteller kan men gelijkstellen het rechtsvermoeden van overlijden, zie art. 1:413 e.v. BW. Zie art. 1:422 e.v. BW voor de situatie dat later blijkt dat de insteller nog leeft.

bezwaarde wordt van rechtswege schuldenaar van de schulden van de insteller die niet met zijn dood tenietgaan.³² Met andere woorden: de nalatenschap gaat onder algemene titel over op de bezwaarde.³³ De bezwaarde houdt de goederen³⁴ onder ontbindende voorwaarde. Men dient deze *goederenrechtelijke* *blik* op de zaak (dat de bezwaarde eigenaar/gerechtigde is, zij het dat hij de goederen onder voorwaarde houdt) scherp te onderscheiden van de ‘interne verhouding’ tussen de bezwaarde en de verwachter. Voor de ‘interne verhouding’ verklaart de wet de vruchtgebruikbepalingen van overeenkomstige toepassing (art. 4:138 lid 2 BW). De wet kleurt de positie van de bezwaarde als eigenaar/gerechtigde in met de ‘genotsbevoegdheden en -verplichtingen’ van een vruchtgebruiker, terwijl hij *in goederenrechtelijke zin* eerder te zien is als een hoofdgerechtigde. Het bijzondere is dus dat hier sprake is van een *hoofdgerechtigde* met de genotsbevoegdheden en -verplichtingen van een *beperkt gerechtigde*. In hoofdstuk 2 wordt nader uiteengezet hoe het recht van de verwachter het recht van de bezwaarde beïnvloedt. Met de vervulling van de voorwaarde neemt het recht van de bezwaarde op de goederen *ex nunc*³⁵ een einde.

De bezwaarde kan onvoorwaardelijk tot de nalatenschap gerechtigd worden. Dat is het geval wanneer geen verwachter meer in leven is op het door de insteller aangewezen tijdstip of wanneer alle verwachters de nalatenschap (voor of na het door de insteller aangewezen tijdstip) verwerpen. Stel dat de insteller bepaalt dat de bezwaarde erft onder de ontbindende voorwaarde dat hij overlijdt en dat de verwachter erft onder de daarbij aansluitende voorwaarde dat hij de bezwaarde overleeft. Wanneer de verwachter de bezwaarde niet overleeft, is de bezwaarde (op het moment dat de verwachter overlijdt) onvoorwaardelijk tot de nalatenschap gerechtigd. De vraag rijst of in dat geval niet de wettelijke erfgenamen bij versterv van de insteller als erfgenamen onder opschortende voorwaarde opkomen. Ofwel, dient in dat geval de ontbindende voorwaarde als ‘een ontbindende voorwaarde zonder een daarbij aansluitende erfstelling onder opschortende voorwaarde’ (art. 4:138 lid 3 BW) te worden beschouwd? Mijns inziens is dat niet het geval. De ontbindende voorwaarde bestaat niet alleen uit

³¹ Art. 4:182 lid 1 BW.

³² Art. 4:182 lid 2 BW.

³³ W.D. Kolkman, *Schulden der nalatenschap*, diss. Groningen, Kluwer: Deventer, 2006, p. 9, onder verwijzing naar Verstappen, vult aan: ‘Overgang onder algemene titel krachtens erfrecht omvat goederen, verplichtingen, bezit, houderschap en vermogensrechtelijke betrekkingen.’

³⁴ In art. 4:182 lid 1 BW zijn onder ‘voor overgang vatbare rechten’ niet alleen goederen begrepen, maar ook enkele niet-vermogensrechtelijke bevoegdheden. Zie *Asser/Perrick 4* 2013/438. Daarop wordt niet verder ingegaan. Voorts wordt niet ingegaan op de in art. 4:182 lid 1 BW genoemde opvolging in het bezit en het houderschap van de erflater.

³⁵ Art. 3:38 lid 2 BW.

het overlijden van de bezwaarde, maar impliceert tegelijkertijd dat de verwachter de bezwaarde overleeft. Dat volgt uit het ‘aansluiten’ van de ontbindende bij de opschortende voorwaarde. Dit is uit te schrijven als volgt: de bezwaarde erft onder de ontbindende voorwaarde dat hij overlijdt *én de verwachter op dat moment leeft en deze laatste de nalatenschap aanvaardt*, terwijl de verwachter erft onder de daarbij aansluitende opschortende voorwaarde dat hij de bezwaarde overleeft *én de nalatenschap aanvaardt*.³⁶ Het is niet nodig dit zo omslachtig in een testament uit te schrijven, maar mag natuurlijk wel.

1.3.2 De schulden

De bezwaarde is schuldenaar van de schulden van de insteller die niet met zijn dood tenietgaan (en van de overige schulden van de nalatenschap³⁷). Met het oog op de overgang op de verwachter, kan de bezwaarde een *schuldenaar onder ontbindende voorwaarde* genoemd worden. De schuldeiser heeft daarvan echter geen last en kan zijn schuld, zo bepaalt art. 4:138 lid 1 BW, hangende de voorwaarde verhalen als ware de bezwaarde onvoorwaardelijk (‘uitsluitend’) rechthebbende. Is de schuld eenmaal voldaan,³⁸ dan bestaat de schuld niet meer en gaat deze dus ook niet meer over op de verwachter. Uit art. 4:138 lid 1 BW volgt niet alleen dat de schuldeiser zich mag verhalen op het fideicommissaire vermogen alsof de bezwaarde onvoorwaardelijk rechthebbende is, maar ook dat de bezwaarde vrijwillig een fideicommissaire schuld mag voldoen uit de fideicommissaire goederen alsof hij onvoorwaardelijk rechthebbende tot die goederen is.³⁹

De bezwaarde kan hangende de voorwaarde schulden maken die tot het fideicommissaire vermogen gaan behoren.⁴⁰ Dit zijn geen schulden *van de insteller*. De bezwaarde is contractspartij en blijft in beginsel, ook na de vervulling van de voorwaarde, schuldenaar. Niettemin gaan deze schulden van rechtswege over op de verwachter. Hierop kom ik in § 1.4.4 terug.

³⁶ In bedoelde casus vervalt de voorwaarde voor de bezwaarde; de beschikking onder opschortende voorwaarde vervalt voor de verwachter. Vgl. art. 4:140 BW.

³⁷ Als onder meer bedoeld in art. 4:7 BW. Daarin zijn niet *alle* denkbare ‘schulden der nalatenschap’ opgesomd. Over dat laatste meer in § 1.4.4.

³⁸ Ervan uitgaand dat de schuld wordt voldaan uit het fideicommissaire vermogen. Zie § 2.8.2 voor de situatie dat dit niet zo is.

³⁹ Bij een zuiver fideicommiss wijkt dit af van de hoofdregel dat de bezwaarde de fideicommissaire goederen slechts in voorwaardelijke staat kan overdragen. Zie hierover nader § 2.3.

⁴⁰ Zie ook A.H.N. Stollenwerck, *Het fidei-commis de residuo*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1986, p. 91 en 140.

Net als bij de goederen kan de bezwaarde onvoorwaardelijk schuldenaar van de schulden der nalatenschap worden wanneer geen verwachter meer in leven is op het door de insteller aangewezen tijdstip of wanneer alle verwachters de nalatenschap verwerpen.⁴¹

1.4 De overgang op de verwachter

Wordt de voorwaarde vervuld, dan volgt de verwachter de insteller – via de bezwaarde – van rechtswege op in zijn voor overgang vatbare rechten en in zijn bezit en houderschap. De verwachter wordt van rechtswege schuldenaar van de schulden van de insteller die niet met zijn dood tenietgaan. De nalatenschap gaat onder algemene titel over op de verwachter. Dat de samenstelling van de nalatenschap ondertussen, zowel wat de goederen als de schulden betreft, kan zijn veranderd, doet daaraan in eerste instantie niet af.⁴²

Bij de vervulling van de voorwaarde verkrijgt de verwachter de goederen en schulden van de nalatenschap in onvoorwaardelijke staat. Dit is anders wanneer de insteller de verkrijging van de verwachter wederom aan een ontbindende voorwaarde heeft onderworpen. Er is dan sprake van een opvolgend fideicommis.⁴³ Daarop ga ik in § 1.5.6 nader in.

In deze paragraaf wordt de goederenrechtelijke- en schuldenpositie van de verwachter hangende de voorwaarde en na de vervulling van de voorwaarde uitgediept.

1.4.1 De positie van de verwachter hangende de voorwaarde met betrekking tot de goederen

De goederenrechtelijke werking van de overgang van het vermogen van de insteller op de verwachter, is zonder de terugwerkende kracht van het in vervulling gaan van de voorwaarde⁴⁴ moeilijk te verklaren. Hoe kan de verwachter – in goederenrechtelijke zin – *van de insteller* erven als er een ander (tijdelijk) gerechtigd is tot de nalatenschap en er dus een periode tussen het overlijden van de insteller en de verkrijging door de verwachter zit? Men moet bedenken dat een goederenrechtelijke overgang *onder tijdsbepaling* niet mogelijk is (art. 4:136 BW converteert dit – kort gezegd – in een vruchtgebruik),

⁴¹ De verwerping werkt terug tot aan het overlijden van de insteller, aldus art. 4:190 lid 4 BW.

⁴² Hierna zal blijken dat niet altijd sprake is van zaaksvervanging, waardoor oplossingen in de obligatoire sfeer gezocht moeten worden. Zie § 2.7.

⁴³ Er kan ook sprake zijn van een last of een (andere) erfstelling onder ontbindende voorwaarde zonder een daarbij aansluitende opschortende voorwaarde. Daarop ga ik niet verder in.

⁴⁴ Art. 3:38 lid 2 BW stelt dat de vervulling van de voorwaarde geen terugwerkende kracht heeft.

terwijl de overgang *onder ontbindende voorwaarde* toch beschouwd moet worden als een species van het genus tijdgebonden makingen.⁴⁵

Zwalve⁴⁶ bespreekt de unieke situatie van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek binnen Europa: er bestaat in ons Burgerlijk Wetboek *wel* een goederenrechtelijk werkende (*ontbindende*) *voorwaarde*, maar *geen* goederenrechtelijke overdracht (en overgang) *onder eindtermijn (tijdsbepaling)*. Zwalve heeft (historisch gefundeerde) kritiek op het Nederlandse stelsel. Hoewel een overdracht of overgang onder tijdsbepaling trekken van een vruchtgebruik vertoont, zijn beide rechtsfiguren in de kern niet gelijk. Een belangrijk verschil is dat een vruchtgebruik (uiterlijk) eindigt bij het overlijden van de vruchtgebruiker, terwijl – als art. 4:136 BW niet had gegolden – de uit de overdracht of overgang onder tijdsbepaling verkregen goederen op meerdere personen kunnen overgaan, alvorens de tijdsbepaling in vervulling gaat en het goed terugkeert bij de vervreemder (ofwel, in geval van het erfrecht, een overgang op de ‘verwachter’ plaatsvindt).

Dat het in vervulling gaan van de voorwaarde goederenrechtelijke werking heeft, betwist men onder het huidige recht niet.⁴⁷ Maar wat is de verklaring van deze goederenrechtelijke overgang? Scheltema heeft in zijn proefschrift⁴⁸ onderzocht hoe het goederenrechtelijke effect van een obligatoir overeengekomen ontbindende (of opschortende) voorwaarde te verklaren valt.

⁴⁵ Vgl. ook A.F. Mollema, *Erfstellingen en legaten onder tijdsbepaling of voorwaarde*, WPNR 2007/6698, p. 149. Anders: T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007, p. 567, die vanwege het *onzekere* tijdelijke karakter van een overdracht onder voorwaarde, de overdracht onder voorwaarde niet in strijd acht met de ‘*oneindigheid*’ van goederenrechtelijke rechten en van het eigendomsrecht in het bijzonder.

⁴⁶ W.J. Zwalve, *Simplex et perpetuum*, Beschouwingen over eigendom en tijd, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2006, p. 266 e.v.

⁴⁷ Onder het oude recht werd over de goederenrechtelijke overgang van de insteller op de verwachter verschillend gedacht. De aanleiding hiertoe was art. 1024 BW (oud), waarin was opgenomen dat de rechten van de verwachter een aanvang namen op het moment dat het genot van de bezwaarde eindigde, en art. 1038 BW (oud) waarin was opgenomen dat de verwachter na het overlijden van de bezwaarde erfgenaam (of legataris) het recht had om dadelijk *afgifte* te vorderen van hetgeen van de erfenis (of van het legaat) in natura was overgebleven. Zie A.H.N. Stollenwerck, *Het fidei-commis de residuo*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1986, p. 54. Was het een obligatoir recht van de verwachter op afgifte (levering) van de goederen die tot het fideicommissaire vermogen behoorden of vond een goederenrechtelijke overgang onder algemene titel van de goederen van de insteller, via de bezwaarde, op de verwachter plaats? Dit laatste mocht mijns inziens als heersende leer worden aangenomen. Zie onder meer Klaassen-Eggens-Luijten, *Huwelijksgoederen- en erfrecht*, tweede gedeelte, tiende druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 185 en Pitlo/Van der Burght (1997), *Erfrecht*, p. 227.

⁴⁸ A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, diss. Leiden, Kluwer: Den Haag 2003.

Het betreft een onderzoek naar de werking van art. 3:84 lid 4 BW. Hij heeft onder meer sterke kritiek op het onthouden van de terugwerkende kracht aan de vervulling van de voorwaarde.⁴⁹ Zwolve heeft het daarmee samenhangende art. 3:85 BW nader onderzocht. Beide schrijvers gaan slechts marginaal in op fideicommissaire *erfstellingen*. Toch zijn hun beschouwingen bruikbaar in de zoektocht naar een verklaring. Daarbij moet in het oog worden gehouden dat een overdracht, waarvoor is vereist een levering krachtens geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken (art. 3:84 lid 1 BW), iets anders is dan een fideicommissaire erfstelling, waarbij twee personen (in tijd na elkaar) de erflater onder algemene titel opvolgen (art. 4:182 BW). Een kenmerkend verschil tussen een overdracht en een erfstelling is gelegen in het leveringsvereiste, dat bij een erfstelling ontbreekt.⁵⁰

De terugwerkende kracht van de *aanvaarding* tot het ogenblik van het openvallen der nalatenschap (art. 4:190 lid 4 BW) ondersteunt wellicht de goederenrechtelijke werking van de opvolging onder algemene titel *van de insteller* op de verwachter.⁵¹ De verwachter aanvaardt de nalatenschap van de insteller (en niet die van de bezwaarde) en heeft vanaf het moment van het overlijden van de insteller een goederenrechtelijk recht op de (goederen der) nalatenschap. Lastiger is dat bij ‘ongeborenen’⁵² (in de zin van art. 4:56 lid 2, 3 en 4 BW). Bedoelde ‘ongeborenen’ bestaan immers nog niet ten tijde van het overlijden van de insteller en kunnen dus niet al vanaf het overlijden van de insteller een recht op de nalatenschap krijgen. Dat zij *erven van de insteller* is nog opmerkelijker dan bij een verwachter die al wel bestaat bij het overlijden

⁴⁹ Overigens werd onder het oude recht de kwalificatie van het fideicommiss als ‘voorwaardelijk recht sec’, zie A.H.N. Stollenwerck, *Het fidei-commis de residuo*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1986, p. 26, onjuist geacht in verband met de destijds geldende terugwerkende kracht die was verbonden aan de vervulling van de voorwaarde. De meeste schrijvers gingen uit van de kwalificatie van het fideicommiss als een making onder voorwaarde én tijdsbepaling (door dit laatste werd de terugwerkende kracht onthouden aan de voorwaarde). Zie echter A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, diss. Leiden, Kluwer: Den Haag 2003, p. 262 e.v., die laat zien dat onder het oude recht wel vaker terugwerkende kracht werd onthouden aan het in vervulling gaan van een voorwaarde.

⁵⁰ In beide gevallen moet sprake zijn van een *titel* op grond waarvan een goed wordt overgedragen (bijvoorbeeld koop of ruiling) of overgaat (de erfstelling). Daarnaast moet in beide gevallen sprake zijn van gerechtigdheid *tot* het goed waaruit beschikkingsbevoegdheid voortvloeit (om het goed over te dragen of daarover bij uiterste wil te beschikken).

⁵¹ *Asser-Perrick 4 2013/201* merkt op dat aanvaarding en verwerping door de verwachter na de vervulling van de voorwaarde terugwerken tot het tijdstip waarop de voorwaarde wordt vervuld. Dat is juist, maar onvolledig, omdat de aanvaarding en verwerping verder terugwerken en wel tot aan het overlijden van de insteller, evenals dat het geval is bij aanvaarding en verwerping door de verwachter vóór de vervulling van de voorwaarde.

⁵² Zie nader over het begrip ‘ongeborenen’ § 1.5.5.

van de insteller. De aanvaarding door de verwachter die ten tijde van het overlijden van de insteller nog ongebooren was, werkt weliswaar terug tot vóór de geboorte van die verwachter,⁵³ namelijk tot het moment van het overlijden van de insteller,⁵⁴ maar hiermee kan men niet zeggen dat de verwachter al vanaf het moment van het overlijden van de insteller een recht had. Alleen personen die bestaan, kunnen – vanaf hun geboorte⁵⁵ – drager zijn van een recht.

Zoals al opgemerkt, is het niet zo dat de verwachter achteraf gesproken onvoorwaardelijk erfgenaam geacht wordt te zijn geweest vanaf het ogenblik van het overlijden van de insteller, omdat de vervulling van de voorwaarde niet terugwerkt.⁵⁶ De bezwaarde en verwachter volgen elkaar *in de tijd* op als erfgenamen van de insteller.

In Boek 4 BW komt een bepaling als art. 3:84 lid 4 BW niet voor.⁵⁷ Toch moet men aannemen dat de verwachter al vanaf het moment van overlijden van de insteller een goederenrechtelijk recht op de (goederen⁵⁸ van de) nalatenschap heeft. Thans komt – in het kader van de zoektocht naar de verklaring van de goederenrechtelijke werking van de overgang op de verwachter – aan bod hoe dit recht van de verwachter (en daarmee dat van de bezwaarde) te kwalificeren valt.

1.4.1.1 De goederenrechtelijke werking van het fideicommiss: drie benaderingswijzen

De posities van de bezwaarde en verwachter hangende de voorwaarde kan men verschillend kwalificeren. Ik behandel drie uiteenlopende benaderingen over de vraag hoe het recht van de bezwaarde en (vooral) van de verwachter

⁵³ Vgl. art. 1:207 BW (waar echter de vaststelling niet verder terugwerkt dan tot de geboorte van het kind; als de ouder voor de geboorte van het kind overlijdt, biedt art. 1:2 BW soelaas).

⁵⁴ Zie art. 4:190 lid 4 BW.

⁵⁵ Of conceptie, art. 1:2 BW.

⁵⁶ Art. 3:38 lid 2 BW.

⁵⁷ Bij art. 3:85 BW is dat wel zo, te weten art. 4:136 BW. Daaruit mag niet a contrario afgeleid worden dat bij de fideicommissaire erfstelling geen goederenrechtelijke overgang op de verwachter plaatsvindt. Een verklaring voor het opnemen van zowel art. 3:85 BW als art. 4:136 BW is dat het om een *verbod* gaat: de overdracht/overgang onder tijdsbepaling is als zodanig niet mogelijk (er vindt conversie plaats in een andere rechtsfiguur). Bij art. 3:84 lid 4 BW gaat hem om een *rechtsgevolg* van een toegestane rechtshandeling (verbintenis onder voorwaarde). Door het toestaan van voorwaardelijke makingen in Boek 4 BW moet aangenomen worden dat een zelfde soort *rechtsgevolg* daaraan verbonden is. Zie ook *Handboek Erfrecht* (2011), L.C.A. Verstappen, p. 269, W. Breemhaar, *De uiterste wilsbeschikking*, diss. Groningen, Kluwer: Deventer 1992, p. 103, Pitlo/Van der Burght, Ebben, *Erfrecht*, p. 344 en Klaassen/Luijten & Meijer II, *Erfrecht*, p. 205.

⁵⁸ Zie hierna § 1.4.2 en § 1.4.4 voor de overgang van schulden op de verwachter.

gekwalficeerd kunnen worden.⁵⁹ De eerste (§ 1.4.1.2) betreft de benadering waarbij de (inhoud van de) rechten van de bezwaarde en verwachter met elkaar worden vergeleken, waarbij de gerechtigdheid van beiden tot de goederen der nalatenschap, in een bepaalde mate en in een bepaalde zin (een gedifferentieerd toebehoren), als uitgangspunt geldt. Dit is de benadering die De Jong voorstaat.⁶⁰ Een tweede benadering (§ 1.4.1.3) is die waarbij het recht van de verwachter als een ‘apart’ goederenrechtelijk recht wordt gezien, waarbij aan de bezwaarde het meest- of meeromvattende recht toekomt dat is bezwaard met het goederenrechtelijke ‘beperkt recht’ van de verwachter. Dit is de benadering die Scheltema voorstaat.⁶¹ De derde benadering (§ 1.4.1.4) is die waarbij de verwachter geen recht maar een ‘beschermde verwachting’ wordt toegekend. In § 1.4.1.5 volgt een conclusie over de drie benaderingswijzen.

1.4.1.2 Gedifferentieerd toebehoren

Gesteld kan worden dat de bezwaarde en de verwachter beiden bevoegdheden hebben ten aanzien van de goederen der nalatenschap. In de woorden van De Jong⁶² kan men spreken van een gedifferentieerd *toebehoren* van de goederen der nalatenschap aan de bezwaarde respectievelijk de verwachter, waarbij de verhouding tussen de bezwaarde en verwachter een afgeleide is van hun beider rechtsrelatie tot het goed. De Jong spreekt van zaken en andere ‘gereificeerde’ voorwerpen waarop het recht van de eigenaar, beperkt gerechtigde of rechthebbende ziet. Wanneer de bezwaarde bijvoorbeeld een erfpachtrecht van een huis verkrijgt, kan men de bezwaarde zien als degene aan wie dit huis in een bepaalde zin en in een bepaalde mate toebehoort. Hij dient rekening te houden met twee ‘bezwaringen’: die van de eigenaar van het huis en die van de verwachter.⁶³ In welke mate en zin behoren de goederen der nalatenschap de

⁵⁹ A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, diss. Leiden, Kluwer: Den Haag 2003, bespreekt ook (combinaties van) varianten van de hier bedoelde benaderingen.

⁶⁰ In Th.F. de Jong, *De structuur van het goederenrecht*, diss. Groningen, Kluwer: Deventer 2006.

⁶¹ In A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, diss. Leiden, Kluwer: Den Haag 2003.

⁶² Th.F. de Jong, *De structuur van het goederenrecht*, diss. Groningen, Kluwer: Deventer 2006, p. 159-186. Hoewel De Jong in zijn proefschrift geen aandacht besteedt aan de overdracht of overgang onder voorwaarde, is zijn visie (die volgens De Jong op de visie van Meijers is gebaseerd) voor het fideicommiss waardevol.

⁶³ In deze visie behoort het huis ook de eigenaar respectievelijk de verwachter in een bepaalde zin en in een bepaalde mate toe. Zij dienen rekening te houden met de bevoegdheden van de bezwaarde en verwachter, respectievelijk met die van de bezwaarde en de eigenaar ten aanzien van het huis. In alle gevallen bepaalt hun rechtsrelatie tot het goed de verhouding tussen de eigenaar, bezwaarde en verwachter. Zie ook T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007, p. 378, noot 43. In de visie van De Jong moet gesteld worden dat niet het

bezwaarde respectievelijk de verwachter dan toe? De bezwaarde kan bij roerende en onroerende zaken de bevoegdheden uitoefenen die een eigenaar ook heeft, te weten gebruik (usus), vruchttrekking (fructus) en revindicatie.⁶⁴ Het recht om te kunnen verteren (abusus) is bij het fideicommiss afhankelijk gesteld van de toekenning van verteringsbevoegdheid aan de bezwaarde door de insteller. Geen van bedoelde bevoegdheden (usus, fructus, revindicatie en abusus) komen hangende de voorwaarde aan de verwachter toe.

Bij roerende en onroerende zaken geldt voor de bezwaarde als uitgangspunt dat hij daar slechts voorwaardelijk over kan beschikken, tenzij het recht tot onvoorwaardelijke beschikking is verleend door de insteller. Omdat de roerende en onroerende zaken der nalatenschap de verwachter in zekere mate en zin toebehoren (onder 'bezwaar' van het recht van de bezwaarde daarop), kan ook hij voorwaardelijk beschikken *over deze zaken*. De insteller kan de verwachter niet het recht toekennen om hangende de voorwaarde onvoorwaardelijk te beschikken over deze zaken.⁶⁵ De bezwaarde kan bij vorderingsrechten de bevoegdheden uitoefenen die een schuldeiser kan uitoefenen. Hij kan bijvoorbeeld nakoming vorderen van de prestatie die de schuldenaar moet leveren. Deze bevoegdheden komen hangende de voorwaarde niet aan de verwachter toe. De bezwaarde kan, als degene aan wie het vorderingsrecht toebehoort, zijn vorderingsrecht vervreemden en bezwaren. Dit kan slechts voorwaardelijk, tenzij de insteller anders heeft bepaald. Voor de verwachter geldt wederom dat hem geen recht kan worden toegekend om hangende de voorwaarde onvoorwaardelijk te beschikken over het vorderingsrecht. De bezwaarde kan bij beperkte rechten de bevoegdheden uitoefenen die een beperkt gerechtigde kan uitoefenen. Deze bevoegdheden zijn afhankelijk van de inhoud van het beperkte recht en komen hangende de voorwaarde niet aan de

erfpachtrecht tot de nalatenschap behoort, maar dat de 'zaak' waarop het erfpachtrecht ziet tot de nalatenschap behoort, in die zin dat die zaak de erfgenaam in gedifferentieerde zin toebehoort. Niet gesproken mag dan worden over het behoren van het erfpachtrecht tot de nalatenschap, omdat het erfpachtrecht zelf niet een object is van een toebehoren. Overigens gebruikt De Jong deze terminologie niet consequent. Zie hierover ook T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007, p. 104, noot 231.

⁶⁴ Zie hierover T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007, p. 222-224 en 573-575. In het geval van een erfgenaam kan de revindicatie onderdeel zijn van de 'hereditatis petitio', art. 4:183 BW, zie P.C. van Es, *De ontaarde hereditatis petitio*, Tijdschrift Erfrecht 2013/2.

⁶⁵ De insteller kan op grond van art. 4:138 lid 2 BW de bezwaarde de bevoegdheid toekennen om hangende de voorwaarde onvoorwaardelijk over die zaken te beschikken (hetgeen onverlet laat dat sprake kan zijn van zaaksvervanging of het ontstaan van een vergoedingsrecht). Pas wanneer de voorwaarde in vervulling gaat, komen die zaken in de macht van de *verwachter*. Pas op dat moment kan de verwachter onvoorwaardelijk beschikken over die zaken.

verwachter toe. De bezwaarde kan als beperkt gerechtigde voorwaardelijk beschikken ‘over’ het beperkte recht,⁶⁶ tenzij de insteller anders heeft bepaald. De verwachter kan slechts voorwaardelijk beschikken ‘over’ het beperkte recht. In dezelfde lijn kan men ‘andere rechten’,⁶⁷ waaronder bijvoorbeeld intellectuele eigendomsrechten, beschouwen.

De vraag rijst hoe in deze visie de verwachter (zijn recht op) bedoelde goederen dient te leveren, ervan uitgaande dat zijn recht overdraagbaar is. Voor iedere soort goederen bestaat een afzonderlijke wijze van leveren.⁶⁸ Omdat bij aandelen in en beperkte rechten op een goed sprake is van een *gedifferentieerd toebehoren van het goed* in een bepaalde zin en in een bepaalde mate, kan men naar *analogie* van art. 3:96 BW of art. 3:98 BW stellen dat de verwachter op dezelfde wijze als voor (het volle recht van een rechthebbende op) het goed zelf is bepaald, zijn *gedifferentieerd toebehoren van het goed* dient te leveren. In de visie van De Jong is dit min of meer vanzelfsprekend.⁶⁹ De eigendom van een zaak (als zijnde een vorm van toebehoren) wordt in zijn visie op dezelfde wijze overgedragen als het vruchtgebruik van een zaak (als zijnde een andere vorm van toebehoren), namelijk door levering van de zaak zelf. Ik vind bedoelde *analogie* passend in de visie die De Jong heeft op de structuur van het goederenrecht, ook al ontbreekt een rechtstreekse wettelijke bepaling waarin hetgeen in afdeling 3.4.2 BW is bepaald voor de onderscheiden soorten goederen, van overeenkomstige toepassing is verklaard op de overdracht en de afstand door de verwachter van zijn recht op een zodanig goed.

Onder meer door Neppelenbroek⁷⁰ en Snijders⁷¹ is fundamentele kritiek op de visie van De Jong geleverd. Een belangrijk kritiekpunt van Neppelenbroek is dat De Jong een dogmatische oplossing aanbrengt die ‘nodeloos complicerend’ is. Bij bijvoorbeeld het auteursrecht wordt met het ‘vervoorwerpelijken’ van het auteursrecht het eigenlijke voorwerp van het auteursrecht (bijvoorbeeld

⁶⁶ In de visie van De Jong beschikt de beperkt gerechtigde niet *over* het beperkte recht, maar (omdat een beperkt recht gezien moet worden als een vorm van toebehoren) over het voorwerp waarop het beperkte recht ziet, zij het ‘onder bezwaar van het recht van een ander (bijvoorbeeld de eigenaar)’. Zie hierover kritisch T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007, p. 378, noot 43.

⁶⁷ Vgl. art. 3:83 lid 3 BW.

⁶⁸ Zie art. 3:89 e.v. BW.

⁶⁹ Th.F. de Jong, *De structuur van het goederenrecht*, diss. Groningen, Kluwer: Deventer 2006, p. 81 (vooral noot 141).

⁷⁰ E.D.C. Neppelenbroek, *Dogmatisch purisme*, NJB 2006, nr. 32, p. 1395.

⁷¹ W. Snijders, *Boekbespreking Th.F. de Jong, De structuur van het goederenrecht*, diss. Groningen, 2006, WPNR 2006/6689.

gedichten) opgeheven. Neppelenbroek stelt dat De Jong hier een ‘onnodige eigendomsdeken over het auteursrecht’ legt. Snijders bespreekt vele problemen die in de structuur van het goederenrecht die De Jong voorstaat, niet opgelost worden. Daaruit blijkt dat de op het eerste gezicht heldere uitgangspunten van De Jong bij een verder doordenken van de consequenties van zijn dogmatiek tot merkwaardige uitkomsten leiden.

Snijders stelt bijvoorbeeld:

‘De moeilijkheid met zaken is dat zij zowel een stoffelijk aspect, het stoffelijk object, als een juridisch aspect, de eigendom, hebben, die bovendien sterk met elkaar verweven zijn. De uitoefening van het eigendomsrecht en het gebruik van de zaak lopen immers voortdurend door elkaar heen. (...) Wat overheerst hangt af van het geval waarom het gaat. Het zijn m.i. pragmatische overwegingen van deze aard die Meijers ertoe gebracht hebben op grond van de vereenzelvigingsgedachte zaak en eigendom samen onder het begrip zaak te brengen. Stoffelijk voorwerp en eigendom zijn derhalve niet te scheiden, maar wel te onderscheiden als twee zijden van hetzelfde verschijnsel. Bij rechten heeft een dergelijke constructie evenwel geen goede zin, omdat het geen goede zin heeft hier het recht en het voorwerp van dat recht te onderscheiden. Het recht van de schuldeiser is zijn vorderingsrecht zelf, niet een soort eigendomsrecht of, in de terminologie van De Jong, “een recht van toebehoren”, waarvan het vorderingsrecht het voorwerp is.’⁷²

Recent is Mollema in haar proefschrift over het beperkte recht uitgebreid ingegaan op de visie van De Jong.⁷³ Ook zij komt tot de conclusie dat De Jong geen ‘herwonnen helderheid’ brengt.⁷⁴

1.4.1.3 Het recht van de verwachter als beperkt recht

Scheltema beschouwt het (verwachtings)recht van een verkrijger onder opschortende voorwaarde⁷⁵ als een *beperkt recht* op de *overgedragen*

⁷² W. Snijders, *Boekbespreking Th.F. de Jong, De structuur van het goederenrecht, diss. Groningen, 2006*, WPNR 2006/6689, p. 832. Op p. 833 stelt hij: ‘Bovendien is de belangrijke vereenzelviging zaak/eigendom niet in de wettekst zelf neergelegd, maar alleen in de toelichting van Meijers (Parl. Gesch. Boek 3, p. 63) met de eveneens nogal uitdagende toevoeging: ‘Tegenover het logisch onzuivere van deze terminologie staat dan het grote voordeel van haar praktische bruikbaarheid.’

⁷³ A.F. Mollema, *Het beperkte recht*, diss. Leiden, Kluwer: Deventer 2013, p. 105-124.

⁷⁴ Mollema zelf komt, men leze haar proefschrift, weliswaar met een aansprekende vereenvoudiging van de plaats van de eigendom, overige volle gerechtigdheden en het beperkte recht in het systeem van het vermogensrecht, maar bespreekt helaas niet welke plaats de ontbindende voorwaarde in de structuur van het vermogensrecht inneemt.

⁷⁵ Hierna gebruik ik voor het gemak ook vaak de terminologie van het fideicommiss: bezwaarde en verwachter.

goederen.⁷⁶ Dat het stelsel van ons goederenrecht een gesloten stelsel is, betekent dat *partijen* geen andere beperkte rechten kunnen vestigen dan de in de wet genoemde beperkte rechten, zie art. 3:81 lid 1 BW. Dat laat echter onverlet dat volgens Scheltema uit *de wet* kan voortvloeien dat er meer beperkte rechten bestaan dan in de wet opgesomd. Scheltema trekt een parallel met het Duitse *Anwartschaftsrecht*, welk begrip is ontstaan *ter verklaring* van de goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde. Hij probeert het verwachtingsrecht van de verkrijger onder opschortende voorwaarde vervolgens nader te duiden.⁷⁷ De kwalificatie van het verwachtingsrecht als *beperkt recht* is zijns inziens de kwalificatie die het best past in het wettelijk systeem.⁷⁸

Uitgaande van de kwalificatie van het recht van de verwachter als beperkt recht, kan de vraag gesteld worden hoe het beperkte recht kan ‘uitgroeien’ tot een vol recht. Gaat het beperkte recht bij het in vervulling gaan van de voorwaarde door vermenging teniet, nu het goed zelf (onvoorwaardelijk) aan de verwachter toekomt?⁷⁹ Als bezwaar kan men daartegen aanvoeren dat het vreemd is dat het goed zelf, met goederenrechtelijke werking, toekomt aan de verwachter. Immers, een beperkt gerechtigde heeft weliswaar bepaalde bevoegdheden, maar wordt nooit automatisch eigenaar (of volle rechthebbende) van het goed waarop het beperkte recht rust. Dat gebeurt wel bij de verwachter. Het probleem kan men uitleggen aan de hand van een omgekeerde nemo plus-regel: een beperkt gerechtigde kan nooit meer verkrijgen dan hij heeft. Zijn beperkte recht kan nooit ‘uitgroeien’ tot een meeromvattend recht. Een vol recht kan wel worden ‘uitgekleed’ tot een bloot recht.⁸⁰ Scheltema merkt dit zelf op (in het kader van de vergelijking van het recht van de verwachter met een pandrecht), maar relativeert dit door te stellen dat onder het klassieke Romeinse recht een beperkt gerechtigde (pandhouder) soms automatisch eigenaar werd van de zaak waarop

⁷⁶ A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, diss. Leiden, Kluwer: Den Haag 2003, p. 319-353 en *Eigendomsvoorbehoud, overdracht en verpanding van eigendom onder opschortende voorwaarden*, MvV 2013/6.

⁷⁷ Zie ook W.J. Zwalve, *Simplex et perpetuum*, Beschouwingen over eigendom en tijd, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2006, p. 271-273.

⁷⁸ Zie ook A.F. Mollema, *Erfstellingen en legaten onder tijdsbepaling of voorwaarde*, WPNR 2007/6698, p. 144-145, die in noot 34 de (aanhangers van) de verschillende kwalificaties van het recht van de verwachter weergeeft, maar zelf geen standpunt inneemt.

⁷⁹ Vgl. art. 3:81 lid 2 aanhef en onder e BW.

⁸⁰ Wanneer het recht van de verwachter wordt gezien als een gedifferentieerd toebehoren van het goed, zoals De Jong doet, kan men het ‘hele goed’ beschouwen als de verwachter ‘toebehorend’, zij het nog in een beperkte mate en in een beperkte zin. Door de vervulling van de voorwaarde valt de beperking weg.

het pandrecht rustte. Dit is onder het huidige recht echter niet zo.⁸¹ Met andere woorden: het *zaaksgevolg* dat aan een beperkt recht is verbonden, heeft tot gevolg dat als de eigenaar een goed vervreemdt, het beperkte recht op het goed blijft rusten; het zaaksgevolg wil niet zeggen dat het goed bij de vervulling van de voorwaarde bij de beperkt gerechtigde terechtkomt. Zwalve haalt in zijn onderzoek naar art. 3:85 BW Scheltema geregeld aan, maar is iets minder stellig en merkt op dat de werking van de ontbindende voorwaarde ‘trekken van een beperkt recht’ vertoont.⁸²

Overigens is de benadering van Scheltema (*beperkt recht*) niet echt in strijd met de benadering van De Jong (*gedifferentieerd toebehoren*), omdat De Jong het beperkte recht ook als een vorm van toebehoren beschouwt.

1.4.1.4 Er is slechts sprake van een verwachting

Een derde benadering bestaat uit de mogelijkheid de verwachter geen subjectief recht toe te kennen.⁸³ De positie van de verwachter zou dan die zijn van een soort beslaglegger op de goederen der nalatenschap. De bezwaarde is weliswaar volledig beschikkingsbevoegd, echter niet ten opzichte van de verwachter (relatieve werking).

Dat de verwachter hangende de voorwaarde geen subjectief recht zou hebben, betekent dat de verwachter nog geen vermogensrechtelijk te waardenen belang heeft. Met Snijders⁸⁴ en Struycken⁸⁵ ben ik echter van mening dat toekenning

⁸¹ Ook niet door de zaak zich toe te eigenen, art. 3:235 BW. In art. 7:53 BW is weliswaar sprake van een bepaalde vorm van toe-eigening, maar ook in dat geval vindt de verkrijging van het meeromvattende recht niet van rechtswege plaats.

⁸² W.J. Zwalve, *Simplex et perpetuum*, Beschouwingen over eigendom en tijd, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2006, p. 312. Vgl. A.F. Mollema, *Het beperkte recht*, diss. Leiden, Kluwer: Deventer 2013, p. 275 die het beperkte recht omschrijft als: ‘de belasting van een zaak door zijn eigenaar of de belasting van een vermogensrecht door zijn rechthebbende met een nieuw, eigensoortig en tevoren niet bestaand recht, waarmee de positie van de eigenaar ten opzichte van zijn zaak of van de rechthebbende ten opzichte van zijn recht op enigerlei wijze wordt bezwaard’. Hoewel de beperking van de zaken en vermogensrechten van de bezwaarde door het recht van de verwachter m.i. onder deze omschrijving gebracht kan worden, kan hieruit niet geconcludeerd worden dat Mollema het recht van de verwachter als een beperkt recht ziet, aangezien zij in haar proefschrift (zie bijv. p. 6) de grenzen onderzoekt van de zogenaamde Typenfixierung en niet van de Typenzwang. Toch denk ik dat Mollema zich goed kan vinden in de typering dat het recht van de verwachter ‘trekken van een beperkt recht’ heeft.

⁸³ Zie hierover A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, diss. Leiden, Kluwer: Den Haag 2003, p. 331-335. Zie ook noot 47 voor de discussie onder het oude recht over de vraag of de verwachter een recht had.

⁸⁴ H.J. Snijders, *Verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken*, NTBR 2006/31.

van een subjectief recht aan de ‘verwachter’ past in het systeem van de wet en de daaraan ten grondslag liggende verhandelbaarheid van goederen (in casu het recht van de verwachter om diens voorwaardelijke recht te kunnen vervreemden c.q. het recht van een schuldeiser der nalatenschap daarop verhaal te nemen).⁸⁶ Aan het recht van de verwachter kleven zoveel goederenrechtelijke componenten, dat een loutere ‘verwachting’ geen aannemelijke kwalificatie is. Een verdere beschouwing van deze benadering laat ik dan ook achterwege.

1.4.1.5 Conclusie over de drie benaderingswijzen

Met Struycken⁸⁷ concludeer ik dat zonder nadere wetgeving de juridische positie van de ‘verwachter’, die onder opschortende voorwaarde houdt, in het (gesloten) systeem van de wet onzeker is.⁸⁸ Gesteld kan worden dat het fideicommis zelfs strijdig is met ons rechtssysteem. Bij de fideicommissaire erfstelling vindt de ‘vestiging’ van het recht van de verwachter op alle goederen der nalatenschap van rechtswege plaats. Bij beperkte rechten is dat niet zo. De vestiging van bijvoorbeeld een vruchtgebruik op een algemeenheid van goederen is niet mogelijk: het vruchtgebruik dient op elk goed afzonderlijk gevestigd te worden. Daarnaast is het fideicommis een vreemde eend in de bijt: waar de erfstelling onder tijdsbepaling is verboden, wordt de daarop lijkende erfstelling onder voorwaarde toegestaan. Hoe dat alles ook zij, de fideicommissaire erfstelling is door de wetgever mogelijk gemaakt. Het goederenrechtelijke recht van de verwachter dient mijns inziens als een recht *sui generis* te worden beschouwd.⁸⁹ De concrete invulling van de rechtsgevolgen die dat eigensoortige recht met zich brengt, dient, zonder de rechten te vereenzelvigen en dus met inachtneming van de verschillen, grotendeels plaats te vinden *naar analogie* van het *beperkte recht*. In zoverre kan ik dus meegaan met de tweede benaderingswijze, die Scheltema voorstaat, dat ik het recht van de verwachter het dichtst vind

⁸⁵ T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007, p. 568 en 569. Struycken heeft (net als Snijders, zie noot 84) de *koper* die onder opschortende voorwaarde houdt op het oog.

⁸⁶ Anders: R.M. Wibier, *Eigendomsvoorbehoud en de overdraagbaarheid en verpandbaarheid van ‘voorwaardelijke eigendom’*, MvV 2013/10.

⁸⁷ T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007, p. 551-558 en p. 568-569, die overigens de visie van De Jong niet betreft in zijn bespreking van de ‘voorwaardelijke overdracht’ en ook niet ingaat op voorwaardelijke erfstellingen.

⁸⁸ Hij probeert een – voor het fideicommis niet toepasbare – oplossing te bieden door conversie van het recht van de ‘verwachter’ in een zekerheidsrecht.

⁸⁹ In gelijke zin: J.A.J. Peter, *Levering van roerende zaken*, Deventer: Kluwer 2007, p. 147-152. Zie ook H.J. Snijders, *Verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken*, NTBR 2006/31, die opmerkt dat de naamgeving van het recht van degene die een recht of eigendom onder opschortende voorwaarde heeft, van ondergeschikt belang is. Ik ben het met hem eens dat het uiteindelijk niet om de naamgeving, maar om de rechtsgevolgen gaat.

aanliggen tegen het beperkte recht.⁹⁰ Niettemin zal ik in het navolgende de visie van De Jong nog wel eens gebruiken om de verhouding tussen de bezwaarde en de verwachter te illustreren.

In lijn met de tweede benaderingswijze ben ik van mening dat de verwachter zijn voorwaardelijk recht op de goederen der nalatenschap naar analogie van art. 3:98 BW moet leveren op dezelfde wijze als voor (het volle recht van een rechthebbende op) het goed zelf is bepaald.⁹¹ In hoofdstuk 2 (§ 2.3.2) ga ik nader in op de goederenrechtelijke rechtsgevolgen van voorwaardelijke erfstellingen.

1.4.2 De positie van de verwachter hangende de voorwaarde met betrekking tot de schulden

Men kan de verwachter hangende de voorwaarde nog niet als onvoorwaardelijk schuldenaar van de schulden der nalatenschap aanmerken. Op de verwachter rust jegens schuldeisers der nalatenschap nog geen enkele verplichting.⁹² De verwachter kan met het oog op het tijdstip waarop de voorwaarde wordt vervuld toch een *voorwaardelijk schuldenaar* worden genoemd. Deze kwalificatie brengt hangende de voorwaarde echter niet mee dat de verwachter verplichtingen heeft jegens de schuldeisers van de nalatenschap. Niettemin heeft de verwachter mijns inziens als ‘voorwaardelijk schuldenaar’ een positie jegens en kan dus afspraken maken met de schuldeiser der nalatenschap, bijvoorbeeld over het overnemen van schulden der nalatenschap door een derde voor de (dan nog toekomstige onzekere) situatie dat de voorwaarde in vervulling gaat. Ook

⁹⁰ Zoals ook Zwolve doet in W.J. Zwolve, *Simplex et perpetuum*, Beschouwingen over eigendom en tijd, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2006, p. 312.

⁹¹ Dit veronderstelt overigens dat de verwachter zijn rechten op de (meeste) goederen der nalatenschap kan overdragen. Hoewel art. 3:81 lid 1 BW slechts spreekt over eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten en niet over de rechten van een verwachter daarop (of meer algemeen: van iemand die een goed onder opschortende voorwaarde houdt), dient dit artikel mijns inziens naar analogie toegepast te worden. Mocht al geoordeeld worden dat niet lid 1 maar lid 3 van art. 3:83 BW hierop van toepassing is, dient men mijns inziens met W. Snijders, *Ongeregeldheden in het vermogensrecht (I) en (II)*, WPNR 2005/6607 en 2005/6608, p. 82, te stellen dat ‘de ongelukkige bepaling van art. 3:83 lid 3 (...) zo [moet] worden uitgelegd dat zij zo min mogelijk schade aanricht. Dat kan door de woorden ‘wanneer de wet dit bepaalt’ ruim uit te leggen. Voldoende moet zijn dat overdraagbaarheid in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen (...)’. Niet te ontkennen valt dat de overdraagbaarheid van het recht van de verwachter met betrekking tot de eigendommen, beperkte rechten en vorderingsrechten die tot de nalatenschap behoren, past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen (namelijk bij die van art. 3:81 lid 1 BW). Bij andere goederen (bijv. intellectuele eigendomsrechten) is het recht van de verwachter daarop, in overeenstemming met art. 3:83 lid 3 BW slechts overdraagbaar wanneer de wet dit bepaalt.

⁹² Zie E.M. Meijers, *De Algemene Begrippen van het burgerlijk recht*, p. 91.

zou de verwachter nu al ‘ontslag uit aansprakelijkheid’ kunnen overeenkomen met de schuldeiser der nalatenschap voor als de voorwaarde in vervulling gaat.⁹³

1.4.3 De overgang van de goederen bij vervulling van de voorwaarde

Met de vervulling van de voorwaarde gaan de goederen der nalatenschap op de verwachter over. Mijns inziens moet art. 4:182 lid 1 *eerste zin* BW, met het oog op de tweede overgang die voortvloeit uit het fideicommis, als volgt gelezen worden: ‘Met het overlijden van de erflater volgen zijn erfgenamen van rechtswege op in zijn voor overgang vatbare rechten en in zijn bezit en houderschap; bij een erfgenaam onder opschortende voorwaarde treden de in de eerste zin genoemde rechtsgevolgen pas in *na* het overlijden van de erflater en nadat de voorwaarde in vervulling is gegaan.’ In deze formulering is nog geen rekening gehouden met de (in de praktijk veel voorkomende) situatie dat hangende de voorwaarde sprake is geweest van zaaksvervanging of vertering. De woorden ‘voor overgang vatbare rechten’ in art. 4:182 lid 1 BW zouden met het oog op de tweede overgang wellicht aangevuld kunnen worden met ‘en al hetgeen daarvoor in de plaats is getreden’ en bij een fideicommis de residuo met ‘en voor zover die niet verteerd zijn’. In hoofdstuk 2 (§ 2.7 en § 2.8) ga ik verder op zaaksvervanging en vertering in.

1.4.4 De overgang van de schulden bij vervulling van de voorwaarde

Wordt de voorwaarde vervuld, dan is de verwachter (onvoorwaardelijk) schuldenaar van de schulden van de erflater die niet met zijn dood tenietgaan (art. 4:182 lid 2 BW en art. 4:7 lid 1 aanhef en sub a⁹⁴ en i BW) en die hangende de voorwaarde nog niet zijn voldaan. Daarnaast bestaan mogelijk andere schulden van de nalatenschap als bedoeld in art. 4:7 lid 1 BW, die hangende de voorwaarde nog niet zijn voldaan. Sommige van de in art. 4:7 lid 1 BW genoemde schulden kunnen bij het in vervulling gaan de voorwaarde (voor de tweede keer) ontstaan (de onder de letters c, d, e en h genoemde schulden). Tot

⁹³ Als men zou betogen dat de verwachter vanuit zijn ‘voorwaardelijk schuldenaarsschap’ geen enkele positie jegens de schuldeiser der nalatenschap heeft, kan het gewenste resultaat natuurlijk ook via een andere weg bereikt worden. De verwachter en de schuldeiser der nalatenschap kunnen zich immers over en weer verbinden tot het verrichten van prestaties onder de opschortende voorwaarde van de vervulling van de fideicommissaire opschortende voorwaarde. Zie art. 6:21 BW en art. 6:22 BW. Vgl. ook art. 6:156 BW. Met andere woorden: bij de ene weg kan men spreken van *onvoorwaardelijke* afspraken over *voorwaardelijke* schulden, bij de andere weg over *voorwaardelijke* afspraken over (toekomstige) *onvoorwaardelijke* schulden.

⁹⁴ Ik wijs nog op de mogelijkheid, dat krachtens art. 1:102 BW en art. 3:77 BW schulden ontstaan bij of na het overlijden, die aangemerkt moeten worden als schulden in de zin van art. 4:7 lid 1 aanhef en sub a BW. Zie daarover W.D. Kolkman, *Schulden der nalatenschap*, diss. Groningen, Kluwer: Deventer, 2006, p. 11. Vgl. ook noot 560 over de schulden uit de wettelijke verdeling als deze met een fideicommis worden gecombineerd.

slot kunnen nog andere schulden van de nalatenschap bestaan of gedurende de voorwaarde ontstaan. Kolkman⁹⁵ concludeert dat schulden van de nalatenschap zijn: de schulden als bedoeld in art. 4:7 lid 1 BW, alsmede de (overige) schulden die volgens verkeersopvatting behoren tot de nalatenschap.⁹⁶ Dit kan bijvoorbeeld spelen bij schulden die hangende de voorwaarde zijn ontstaan in verband met een verbetering van de fideicommissaire goederen, bijvoorbeeld de verbouwing van de woning die tot het fideicommissaire vermogen behoort.⁹⁷ Een ander voorbeeld is de vergoedingsplicht die ten laste van het fideicommissaire vermogen ten behoeve van het eigen vermogen van de bezwaarde ontstaat.⁹⁸ Gaan ook al die schulden van de nalatenschap, die hangende de voorwaarde zijn ontstaan, van rechtswege op de verwachter over?

Vanuit de gedachte dat de nalatenschap bij de vervulling van de voorwaarde voor de tweede keer openvalt, dient de eerste zin van art. 4:182 lid 2 BW met het oog op die tweede overgang mijns inziens als volgt gelezen te worden: ‘Zij [de erfgenamen, REB] worden van rechtswege schuldenaar van de schulden van de erflater die niet met zijn dood tenietgaan. Bij een erfgenaam onder opschortende voorwaarde treden de in de eerste zin genoemde rechtsgevolgen pas in *na* het overlijden van de erflater en nadat de voorwaarde in vervulling is gegaan en niet alleen ten aanzien van de in de eerste zin bedoelde schulden, maar ook ten aanzien van de overige schulden van de nalatenschap die hangende de voorwaarde zijn ontstaan en die niet met de vervulling van de voorwaarde tenietgaan.’

Art. 3:77 BW biedt enige reflexwerking voor de hier beschreven situatie. Herschreven naar het fideicommiss kan men art. 3:77 BW als volgt lezen: wordt

⁹⁵ W.D. Kolkman, *Schulden der nalatenschap*, diss. Groningen, Kluwer: Deventer, 2006, p. 234-241.

⁹⁶ Zie bijv. HR 6 september 2013, NJ 2014/58, m.nt. Perrick, over de vraag of een schuld uit geldlening, welke geldlening de executeur namens de erfgenamen was aangegaan ter voldoening van schulden der nalatenschap, een schuld der nalatenschap was. De Hoge Raad beantwoordt de vraag bevestigend. Kritisch daarover E.A.A. Luijten en W.R. Meijer, *De taak van de 'exécuteur-afwikkelingsbewindvoerder'*, Tijdschrift Erfrecht 2014/1.

⁹⁷ Zie ook A.H.N. Stollenwerck, *Het fidei-commis de residuo*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1986, p. 91, en *Over het graf heen: fidei-commissaire making of tweetrapsmaking*, FTV 2007/6. Met Stollenwerck acht ik de aard van de schuld beslissend. Anders dan Stollenwerck acht ik schulden die voortvloeien uit ‘gewone lasten en herstellingen’, zoals het schilderen van een woning, niet behorend tot het fideicommissaire vermogen, aangezien uit art. 3:220 lid 1 BW voortvloeit dat deze ten laste van (het eigen vermogen van) de bezwaarde komen. Het moet dus, tenzij de insteller anders bepaalt, gaan om schulden ter zake buitengewone lasten en herstellingen.

⁹⁸ Bijvoorbeeld doordat de bezwaarde een fideicommissaire schuld met eigen middelen heeft voldaan. Zie hierover § 2.8.2.

ondanks de dood van de *insteller* krachtens de *bevoegdheden die aan de bezwaarde toekomen* een geldige rechtshandeling verricht *door de bezwaarde*, dan worden de *verwachters als erfgenamen van de insteller na de vervulling van de voorwaarde* en de wederpartij gebonden alsof de handeling bij het leven van de *insteller* was verricht.⁹⁹ Art. 4:184 lid 1 BW, in combinatie met art. 3:192 BW en art. 4:224 BW, bevestigt dat de schulden verhaalbaar zijn op het fideicommissaire vermogen dat op de verwachter overgaat.¹⁰⁰ Met figuur 1 (zie § 1.2) in gedachten, kan gesteld worden dat alle schulden der nalatenschap uit periode 1 worden overgeheveld naar periode 2.

Wanneer ten tijde van het overlijden van de erflater nog geen van de aangewezen verwachters geboren is, maar bij de vervulling van de voorwaarde wel, zal mijns inziens ook sprake zijn van een automatisch overgang van de schulden op de verwachter. Dat er hangende de voorwaarde gedurende enige periode geen verwachter is die als voorwaardelijk schuldenaar kan worden gezien, doet daar niet aan af. Dit past goed bij de gedachte dat de overgang op de verwachter als het opnieuw openvallen van de nalatenschap gezien kan worden.

Een interessante vraag is wat gebeurt als de voorwaarde in vervulling gaat nadat de bezwaarde zuiver heeft aanvaard, de schulden der nalatenschap de baten overtreffen en deze schulden nog niet zijn voldaan. Is de bezwaarde dan niet langer schuldenaar, omdat de schulden van rechtswege zijn overgegaan op de verwachter? Kunnen de schuldeisers der nalatenschap geen verhaal meer nemen op het vermogen van de bezwaarde (of diens rechtsopvolgers)? Of blijft het vermogen van de bezwaarde die zuiver heeft aanvaard niettemin aansprakelijk voor de schuld ('Haftung ohne Schuld'¹⁰¹)? De schuldeisers zullen mijns inziens in ieder geval eerst verhaal dienen te nemen op de goederen der nalatenschap, die op de verwachter zijn overgegaan. Mocht blijken dat deze goederen niet voldoende verhaal bieden, dan kan – los van de vraag of schuldeisers zich kunnen verhalen op het eigen vermogen van de *verwachter* – mijns inziens de (blijvende) aansprakelijkheid wegens het persoonlijk aangaan van de schulden of een wettelijke verhaalsaansprakelijkheid bij de (voormalig) bezwaarde worden aangenomen. De wettelijke verhaalsaansprakelijkheid stoelt mede op

⁹⁹ Vgl. B.M.E.M. Schols, *Executele*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007, p. 120 e.v. over de toepassing van art. 3:77 BW voor de executele.

¹⁰⁰ Waarover ook W.D. Kolkman, *Schulden der nalatenschap*, diss. Groningen, Kluwer: Deventer 2006, p. 249.

¹⁰¹ Zie hierover ook W.D. Kolkman, *Schulden der nalatenschap*, diss. Groningen, Kluwer: Deventer 2006, p. 197.

art. 4:184 lid 2 BW. Vergelijk art. 4:184 lid 4 BW, dat bepaalt dat een erfgenaam die als gevolg van art. 4:184 lid 2 onder b of c BW met zijn gehele vermogen aansprakelijk is geworden, dit blijft na verwerping van de nalatenschap. Na verwerping is de erfgenaam geen schuldenaar meer ten aanzien van de schulden der nalatenschap. Toch blijft de verhaalsaansprakelijkheid bestaan.¹⁰² Ten slotte wijs ik in dit kader op art. 4:133 lid 1 BW, dat bepaalt een erfgenaam die met zijn gehele vermogen jegens schuldeisers van de erflater en legatarissen aansprakelijk was, jegens hen na de vervallenverklaring van zijn recht tot voldoening blijft gehouden, onverminderd zijn recht van verhaal op degenen aan wie het door hem geërfde opkomt. Gedacht vanuit het schema in figuur 1 (zie § 1.2), zijn de schulden der nalatenschap weliswaar in periode 2 terechtgekomen en rusten deze op en komen deze ten laste van de verwachter, maar blijft de verhaalsaansprakelijkheid voor de schulden der nalatenschap (die in of vóór periode 1 zijn ontstaan) bij de (voormalige) bezwaarde achter.

In het kader van de schuldenproblematiek doet zich nog een intrigerende vraag voor. Stel dat een schuldeiser van de *verwachter* de volledige voorwaardelijke positie van de verwachter met betrekking tot de goederen der nalatenschap hangende de voorwaarde uitwint door verkoop aan een executiekoper. Bij het in vervulling gaan van de voorwaarde wordt deze executiekoper, van rechtswege, gerechtigd tot de goederen der nalatenschap die anders zouden zijn toegekomen aan de verwachter. Dat geldt niet voor de schulden der nalatenschap. Stel dat die schulden er nog wel zijn. Op welk of wiens vermogen kunnen schuldeisers hun vorderingen verhalen? De goederen der nalatenschap behoren de verwachter niet meer toe. Stel dat de verwachter beneficiair heeft aanvaard, hebben de schuldeisers der nalatenschap dan pech, omdat geen verhaal meer mogelijk is op de goederen der nalatenschap die aan de executiekoper toebehoren? Ik denk het niet. Aangenomen moet worden dat, als de verwachter inderdaad beneficiair heeft aanvaard, de schuldeisers der nalatenschap voorgaan op de eigen schuldeisers van de verwachter. Art. 4:224 BW bepaalt immers:

‘Eerst nadat de bekende schuldeisers van de vereffende nalatenschap volledig zijn voldaan, hebben de overige schuldeisers van een erfgenaam recht van verhaal op de goederen der nalatenschap.’

¹⁰² Verschil is evenwel dat de strafbepaling van art. 4:184 lid 4 BW gericht is op een zich *misdragende* erfgenaam. Zie ook W.D. Kolkman, *Schulden der nalatenschap*, diss. Groningen, Kluwer: Deventer 2006, p. 262.

Dat kan drie kanten op. De eerste weg leidt tot de stelling dat de schuldeisers van de verwachter geen verhaal kunnen nemen op het voorwaardelijke recht van de verwachter ten aanzien van de goederen der nalatenschap, zolang niet alle bekende schuldeisers der nalatenschap volledig zijn voldaan. De tweede weg leidt ertoe dat de executiekoper de uitwinning niet kan inroepen tegen de schuldeisers der nalatenschap: er is als het ware sprake van een ‘voorwaardelijke uitwinning van een voorwaardelijk recht’. Bij de derde weg wordt ervan uitgegaan dat uit het systeem van de wet volgt dat de schulden als het ware de goederen ‘volgen’ (een ‘droit de suite’, maar dan voor schulden) en dus verhaald kunnen worden op de goederen die aan de executiekoper toekomen. Dat kan voortvloeien uit art. 4:184 lid 1 BW. Mijn voorkeur gaat uit naar het bewandelen van de derde weg. Het is het vermelden waard dat in Duitsland het Antwortschaftsrecht van de Nacherbe (de verwachter) slechts als een soort ‘algemeenheid van goederen’ overgedragen en uitgewonnen kan worden.¹⁰³

1.5 Plaatsvervulling voor de verwachter en meerdere overgangen

Als de insteller niet alleen primaire verwachters, maar ook personen subsidiair als verwachters tot de nalatenschap roept, komt de vraag op welke personen als verwachters rechten en bevoegdheden kunnen uitoefenen. Daarnaast doemt de vraag op wat de positie is van personen die opeenvolgend als verwachters tot de nalatenschap worden geroepen (en dus sprake is van meerdere overgangen van het fideicommissaire vermogen, zie figuur 2 in § 1.2). In § 1.5.1 bespreek ik, vooruitlopend op hoofdstuk 2, kort de juridische positie van verwachters, mede aan de hand van een voorbeeld. In § 1.5.2 wordt ingegaan op twee kwalificaties van de positie van de *subsidiare* verwachter. In § 1.5.3 beschouw ik de gevolgen van het door mij ingenomen standpunt. § 1.5.4 vat de bevindingen samen in een korte tussenconclusie. Vervolgens legt § 1.5.5 zich toe op de situatie waarin ongeborenen als primaire verwachters zijn aangewezen. Men stuit dan op de vraag of er een rol voor de subsidiaire verwachter is weggelegd. § 1.5.6 weidt uit over de situatie dat sprake is van meerdere overgangen van het vermogen: daar speelt de vraag naar de juridische status van ‘tweede’ bezwaarden en verwachters.

¹⁰³ Zie W. Roth, F. Hannes, H. Mielke, *Vor- und Nacherbschaft*, Verlag C.H. Beck: München 2010, p. 6, Rn. 22. Zie van genoemd werk ook p. 91, Rn. 38, over de vraag of de insteller van een Nacherbschaft de beschikkingsbevoegdheid van de Nacherbe (verwachter) kan uitsluiten. Hoewel onzeker is of die mogelijkheid bestaat, wordt wel een praktische mogelijkheid aangegeven om het beoogde doel te bereiken: benoem een Nacherbenvollstrecker (een soort bewindvoerder) over het Nacherbschaftsrecht. Wellicht is dat ook een goed idee voor de Nederlandse notariële praktijk.

1.5.1 Primaire en subsidiaire verwachters

Stel dat de erflater B tot bezwaarde en V1 tot verwachter benoemt. De erflater bepaalt dat als V1 zijn erfgenaamschap verwerpt of vóór het aangewezen tijdstip overlijdt,¹⁰⁴ V2 als verwachter optreedt. In de praktijk neemt men frequent uitgebreidere regelingen van plaatsvervulling op. In al die situaties is het principe hetzelfde: er dient een ‘eerdere’ verwachter als erfgenaam weg te vallen (in het voorbeeld: V1) voordat de ‘volgende’ verwachter opkomt (in het voorbeeld: V2). Ik noem de eerstgeroepen verwachter hierna de primaire verwachter. De verwachter die pas rechten en bevoegdheden krijgt wanneer de als eerste geroepen verwachter wegvalt, geef ik het predicaat subsidiaire verwachter. Stel dat er na V2 nog een V3 in de rij van plaatsvervullers staat. Men kan de positie van V3 (en meer abstract: alle overige personen die in de rij van plaatsvervullers staan na de subsidiaire verwachter) weergeven met ‘meer subsidiair’. V3 is dan een ‘meer subsidiaire verwachter’. Als V1 (de primaire verwachter) bijvoorbeeld overlijdt vóór het aangewezen tijdstip, wijzigt de kleur van V2 (de subsidiaire verwachter) in die van primaire verwachter. V3 (de meer subsidiaire verwachter) is een stap dichterbij gekomen: hij is nu subsidiaire verwachter. Slechts V2 hoeft er nu nog tussen uit te vallen en V3 neemt de plek van de primaire verwachter in.

Hangende de voorwaarde heeft de primaire verwachter de volgende rechten en bevoegdheden:

1. Een (goederenrechtelijk, subjectief) *recht* onder opschortende voorwaarde.¹⁰⁵
Deze goederenrechtelijke gerechtigdheid tot het fideicommissaire vermogen brengt mee dat, in geval van een zuiver fideicommiss, de bezwaarde in beginsel toestemming nodig heeft van de verwachter om onvoorwaardelijk te vervreemden of bezwaren. Dat de bezwaarde de verwachter in bepaalde gevallen om toestemming moet vragen, noem ik de ‘*interne bevoegdheid met externe werking*’ van de verwachter. Het is als het ware een tussencategorie

¹⁰⁴ Met *Asser/Perrick 4 2013/36* ben ik van mening dat bij gelijktijdig overlijden van de bezwaarde en verwachter (in het voorbeeld B en V1), het bepaalde in art. 4:2 lid 1 BW (waarin staat: ‘wanneer de volgorde waarin twee of meer personen zijn overleden niet kan worden bepaald, worden die personen geacht gelijktijdig te zijn overleden en valt aan de ene persoon geen voordeel uit de nalatenschap van de andere ten deel’) (naar analogie) van toepassing is, waardoor de verwachting van V1 vervalt. In het voorbeeld vervult V2 dan de plaats van V1. De woorden ‘en valt aan de ene persoon geen voordeel uit de nalatenschap van de andere ten deel’ uit art. 4:2 lid 1 BW dienen in het beschreven geval van het fideicommiss gelezen te worden als ‘en valt aan de betreffende verwachter geen voordeel uit de nalatenschap van de insteller ten deel’.

¹⁰⁵ Zie ook J.D.A. den Tonkelaar, *Opschortende en ontbindende voorwaarden*, Studiepockets privaatrecht 31, Zwolle 1994, p. 77-81.

tussen het onder 1 genoemde recht en de onder 2 bedoelde overige interne bevoegdheden.

2. De – uit het onder 1 genoemde recht voortvloeiende – door de wet¹⁰⁶ toegekende (overige) *interne* bevoegdheden jegens de bezwaarde.¹⁰⁷

De interne bevoegdheden van de verwachter jegens de bezwaarde (het vorderen van een boedelbeschrijving, de jaarlijkse toonplicht, etc.) zijn geen subjectieve *rechten* die in het vermogen van de verwachter vallen.¹⁰⁸ Daarom spreek ik liever van *bevoegdheden*. Op deze interne bevoegdheden ga ik in hoofdstuk 2 nader in.

Bij een zuiver fideicommiss kan men twijfelen over de vraag of zowel primaire als subsidiaire als meer subsidiaire verwachters hun toestemming moeten verlenen aan een vervreemding door de bezwaarde. Het antwoord hangt af van de kwalificatie van de posities van de primaire respectievelijk van de subsidiaire (of meer subsidiaire) verwachter. Die kwalificatie is tevens van belang voor de – voor zowel zuiver als residuaire fideicommissen van belang zijnde – overige interne bevoegdheden van de verwachter.

¹⁰⁶ Art. 4:138 lid 2 BW.

¹⁰⁷ Zie ook § 2.2.1. Eerder (zie mijn bijdrage in WPNR 2011/6895, Het fideicommiss: over de rechtsposities van de bezwaarde en de verwachter en het aanvaarden van een voorwaardelijke erfstelling (II, slot)) was ik van mening dat bedoelde bevoegdheden uit de tussencategorie beter de ‘externe rechten’ van de verwachter genoemd konden worden. Bij nader inzien vind ik dit verwarrend. Het blijft immers een ‘interne bevoegdheid’ die de verwachter jegens de bezwaarde kan uitoefenen wanneer deze laatste wil vervreemden of bezwaren, zij het dat deze ‘interne bevoegdheid’ enige externe werking heeft, in die zin dat een derde zonder de ‘interne’ toestemming van de verwachter aan de bezwaarde geen onvoorwaardelijk goed verkrijgt. Ik was toen ook nog de mening toegedaan dat niet alleen de primaire verwachters, maar ook de subsidiaire en meer subsidiaire verwachters de ‘interne bevoegdheden met externe werking’ konden uitoefenen en dat slechts een redelijke wetstoepassing er toe leidt dat alleen de primaire verwachter de overige interne bevoegdheden kon gebruiken.

¹⁰⁸ De ‘*interne bevoegdheid met externe werking*’ is evenmin een subjectief recht als de overige interne bevoegdheden. De verwachter beschikt niet over die bevoegdheid als zijnde over een recht, maar verleent slechts ergens toestemming voor, in welk geval hij op het vervangende goed een vervangend recht krijgt (zaaksvervanging), dan wel een vergoedingsrecht jegens de bezwaarde krijgt. T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007, p. 610-611, maakt onderscheid in een drieslag van bevoegdheden: obligatoire, goederenrechtelijke en bijzondere wettelijke bevoegdheden. De bevoegdheden van de verwachter jegens de bezwaarde die voortvloeien uit een overeenkomstige toepassing van titel 3.8 BW betreffen bevoegdheden uit de laatste categorie.

1.5.2 Kwalificatie positie subsidiaire verwachter

Men kan de subsidiaire verwachter binnen het wettelijke systeem op twee manieren een positie geven. Men kan de subsidiaire verwachter zien:

1. als erfgenaam onder een dubbele opschortende voorwaarde:
 - a. hij dient het aangewezen tijdstip te overleven; en
 - b. hij dient de primaire verwachter te overleven; of
2. als erfgenaam die de plaats van de primaire verwachter pas inneemt wanneer de primaire verwachter niet langer verwachter is (omdat hij bijvoorbeeld hangende de voorwaarde overlijdt).¹⁰⁹

De eerste mogelijkheid (dubbele voorwaarde) verleent de subsidiaire verwachter een (goederenrechtelijk) recht en daarmee wellicht de daaruit voortvloeiende bevoegdheden. De tweede mogelijkheid ('plaatsvervulling') niet. Hoewel de eerste mogelijkheid misschien logischer voorkomt,¹¹⁰ ben ik van mening dat de tweede mogelijkheid de juiste is. Daartoe is het goed dat men zich afvraagt wat plaatsvervulling behelst.

Eerst ga ik in op plaatsvervulling in het versterferfrecht. Art. 4:12 lid 1 BW bepaalt dat plaatsvervulling geschiedt met betrekking tot personen die op het ogenblik van het openvallen van de nalatenschap niet meer bestaan, die onwaardig zijn, ontferd zijn of verwerpen of wier erfrecht is vervallen.¹¹¹ In mijn ogen is de wettelijke plaatsvervulling niets anders dan een abstracte manier om bepaalde personen als erfgenamen tot een nalatenschap te roepen. Aan het zijn van *plaatsvervuller* als zodanig zijn geen wettelijke gevolgen verbonden. Wel aan het zijn van *erfgenaam*. Art. 4:12 BW regelt, in combinatie met art. 4:10 lid 2 BW, deze aanwijzing van de erfgenamen 'bij versterf' op eenvoudige

¹⁰⁹ De positie van de *meer subsidiaire* verwachters kan men dienovereenkomstig beschrijven. In het in § 1.5.1 genoemde voorbeeld kan men V3 noemen: 1. een erfgenaam onder een *drievoudige* opschortende voorwaarde of 2. een erfgenaam die de plaats van de primaire verwachter inneemt wanneer zowel V1 als V2 niet langer als verwachter optreden. Ik ga hierna niet meer verder in op de *meer subsidiaire* verwachters.

¹¹⁰ In mijn bijdrage in WPNR 2011/6895, *Het fideicommiss: over de rechtsposities van de bezwaarde en de verwachter en het aanvaarden van een voorwaardelijke erfstelling (II, slot)*, was ik dit nog van mening. Zo ook P. Blokland, *Nieuw erfrecht in de praktijk, Een evaluatie*, Preadvies voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 2006, p. 83, vooral noot 130.

¹¹¹ Deze wijze van plaatsvervulling wordt ook wel de vulgaire substitutie genoemd, in tegenstelling tot de fideicommissaire substitutie. Bij de vulgaire substitutie wordt – al dan niet krachtens erfrecht bij versterf of bij uiterste wil – een ander *in de plaats van* de 'weggefallen' erfgenaam tot erfgenaam geroepen. Bij de fideicommissaire substitutie wordt bij uiterste wil een ander (lees: de verwachter) *na* de 'wegvallende' erfgenaam (lees: de bezwaarde) tot erfgenaam geroepen.

wijze.¹¹² De vraag dringt zich op welke positie de plaatsvervuller inneemt binnen het wettelijke systeem. Men kan een plaatsvervuller zien als erfgenaam onder opschortende voorwaarde. Stel dat X erfgenaam is uit eigen hoofde en dat Y zijn plaatsvervuller is. Aan Y kan een recht worden toegekend onder de ‘opshortende voorwaarde van het verwerpen van de nalatenschap’ door X. Evenzo geldt dat men aan Y een recht kan toekennen onder de ‘opshortende voorwaarde van het onwaardig blijken te zijn’ van X.¹¹³ Het toekennen van een *recht* aan Y is in die gevallen mijns inziens niet doelmatig. Y heeft als *potentiële* erfgenaam, zolang hij niet werkelijk erfgenaam is,¹¹⁴ geen subjectief recht maar een verwachting.¹¹⁵ De verwachting van de plaatsvervuller kan niet in een huwelijksgemeenschap vallen, schuldeisers kunnen daarop geen verhaal nemen, etc. Het beschouwen van een plaatsvervuller als *erfgenaam onder opschortende voorwaarde* past niet in het wettelijk systeem. De plaatsvervuller (de subsidiair geroepen erfgenaam) valt in een afzonderlijke categorie: aan hem komt, in tegenstelling tot een ‘echte’ erfgenaam onder opschortende voorwaarde (bijvoorbeeld de primaire verwachter), geen recht toe gedurende de periode dat het onzeker is of hij erft.

Dan nu de plaatsvervulling buiten het versterkerrecht.¹¹⁶ Stel dat de erflater X tot *onvoorwaardelijk* erfgenaam benoemt. Als de erflater in zijn testament de wettelijke plaatsvervulling van overeenkomstige toepassing heeft verklaard, is dit in feite niets anders dan de *benoeming* van subsidiaire erfgenamen,¹¹⁷ door

¹¹² Dat dit toch vragen kan oproepen, blijkt uit de rechtsvraag die in WPNR 2011/6891 door Van Mourik werd beantwoord (over wat ‘staaksgewijze’ plaatsvervulling precies inhoudt). Zie ook W. Breemhaar, *De uitdrukking ‘staaksgewijs’ in art. 4:12 lid 2 BW*, WPNR 2013/6961.

¹¹³ Bij een last regelt de wet dat X zijn recht verkrijgt onder de ontbindende voorwaarde dat het wegens niet-uitvoering van de last wordt vervallenverklaard door de rechter (art. 4:131 BW). In dat geval krijgt Y wel een recht onder opschortende voorwaarde.

¹¹⁴ Hij wordt pas werkelijk erfgenaam als één van de situaties van plaatsvervulling zich voordoet.

¹¹⁵ Zie ook Pitlo/Van der Burght, Ebben, *Erfrecht*, p. 340, waar wordt gesteld dat bij vulgaire substitutie geen sprake is van een making onder voorwaarde.

¹¹⁶ Onder oud recht (art. 1022 BW (oud), in de afdeling over ‘de geoorloofde erfstellingen over de hand, ten behoeve van kleinkinderen en afstammelingen van broeders en zusters’) gold voor een overleden verwachter van rechtswege plaatsvervulling.

¹¹⁷ Namelijk de afstammelingen van X, die staaksgewijze tot het erfdeel van X worden geroepen, overeenkomstig art. 4:10 lid 2 BW juncto art. 4:12 lid 2 BW. De erflater had dat ook als volgt kunnen formuleren: ‘Als X mij niet overleeft of mijn nalatenschap verwerpt of onwaardig is, benoem ik zijn kinderen tot erfgenamen, tezamen en voor gelijke delen, met dien verstande dat indien ook een bedoeld kind mij niet overleeft of mijn nalatenschap verwerpt of onwaardig is, ik de kinderen van dat kind tot erfgenamen benoem, tezamen en voor gelijke delen voor dat deel van mijn nalatenschap dat bedoeld kind anders had verkregen, met dien verstande dat indien ook een bedoeld kleinkind... enzovoorts.’ Dit is een erg omslachtige wijze. Overigens zij opgemerkt dat de ‘plaatsvervulling’ bij een last als benoeming van erfgenamen onder opschortende voorwaarde moet worden aangemerkt, zodat wanneer het erfrecht van de primaire erfgenaam (onder ontbindende

gebruik te maken van de regeling van plaatsvervulling uit het versterkerrecht. Stel dat de erflater X tot *voorwaardelijk* erfgenaam (bezwaarde) benoemt en Y tot verwachter. Als, zoals in de praktijk veelvuldig gebeurt, de erflater in zijn testament ten aanzien van Y de wettelijke plaatsvervulling van overeenkomstige toepassing verklaart, moet men op dezelfde wijze als waarop een plaatsvervuller bij de *onvoorwaardelijke* erfstelling behandeld wordt, omgaan met personen die de insteller subsidiair (als plaatsvervullers) tot verwachters roept. Daarom heeft de subsidiaire verwachter geen (subjectief, goederenrechtelijk) recht, maar slechts een verwachting.

Ik kom tot de conclusie dat men de subsidiaire verwachter niet als ‘erfgenaam onder een dubbele opschortende voorwaarde’ moet zien, maar als een ‘plaatsvervuller’. In § 1.5.3 inventariseer ik de gevolgen van het ingenomen standpunt.

1.5.3 Gevolgen kwalificatie positie subsidiaire verwachter als ‘plaatsvervuller’

De stelling dat de subsidiaire verwachter geen recht, maar slechts een verwachting toekomt, heeft consequenties. Is de stelling juist, dan heeft de subsidiaire verwachter geen interne bevoegdheden. Dat houdt in dat de bezwaarde bij een zuiver fideicommiss slechts van doen heeft met de primaire verwachter als zijn toestemming voor een onvoorwaardelijke vervreemding of bezwaring nodig is. Bij zowel zuivere als residuaire fideicommissen hoeft de bezwaarde slechts jegens de primaire verwachter zijn ‘vruchtgebruik-verplichtingen’ na te komen. Dat roept wel de vraag op wat er met de toestemming of afgelegde jaarlijkse verantwoording (art. 3:205 lid 4 BW) gebeurt als de primaire verwachter hangende de voorwaarde bijvoorbeeld overlijdt.¹¹⁸ Werkt dat overlijden terug tot aan het moment van het overlijden van de insteller? Oftewel, de vraag luidt of de subsidiaire verwachter (die opschuift naar het zijn van primaire verwachter) opnieuw zijn toestemming moet verlenen (in geval van een vervreemding of bezwaring bij een zuiver fideicommiss) of opnieuw om verantwoording kan vragen over de verstreken

voorwaarde) vervallen wordt verklaard, zijn ‘plaatsvervullers’ (onvoorwaardelijk) erven. Men neme daarom het advies van P. Blokland (in *Nieuw erfrecht in de praktijk, Een evaluatie*, Preadvies voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 2006, p. 83, noot 132, onder verwijzing naar Estate-Tip 2004-34) ter harte om bij het opnemen van lasten de bepaling van art. 4:138 lid 3 BW ‘standaardmatig’ weg te schrijven. Immers, door het opnemen van een plaatsvervullingsclausule kan men feitelijk erfgenamen onder opschortende voorwaarde hebben gecreëerd.

¹¹⁸ In § 3.3.1 ga ik in op de vraag of een verwerping nog mogelijk is als de verwachter van zijn interne bevoegdheden gebruik maakt.

jaren (zowel bij een zuiver als residuair fideicommiss). Mijns inziens heeft het overlijden van de primaire verwachter geen terugwerkende kracht (tot aan het overlijden van de insteller) voor wat betreft de door de primaire verwachter verrichte handelingen.¹¹⁹ De handeling is verricht op het moment dat de primaire verwachter ‘in functie’ was. Aan hem kwamen die bevoegdheden toe. Mijn inziens moeten, voor zover nodig, de handelingen van de primaire verwachter worden *toegerekend* aan de subsidiaire verwachter.¹²⁰ De toestand van de (voormalige) subsidiaire verwachter als erfgenaam onder opschortende voorwaarde aan wie een recht (met de daaruit voortvloeiende interne bevoegdheden) toekomt, begint op het moment dat de primaire verwachter geen erfgenaam meer is. Vanaf dat moment kan de nieuwe primaire verwachter beschikken over zijn recht en zijn interne bevoegdheden uitoefenen.¹²¹

Deze stelling heeft tevens gevolgen voor de deontologische vraag hoever de informatieplicht van de notaris reikt. Algemeen neemt men aan dat de notaris een verwachter in kennis moet stellen van zijn (voorwaardelijke) erfgenaamschap.¹²² Moet hij alle verwachters informeren of slechts de primaire?¹²³ Zolang de subsidiaire verwachter niet de primaire verwachter is en dus slechts een verwachting en geen recht heeft, hoeft de notaris mijns inziens de subsidiaire verwachter niet aan te schrijven. Dat vereenvoudigt de notariële uitvoeringspraktijk (terecht) aanzienlijk ten opzichte van de stelling dat de notaris alle (dus ook subsidiaire) verwachters in kennis moet stellen. Zie hierover verder Hoofdstuk 3 (§ 3.7), waar het gaat over de verklaring van erfrecht. Duidelijk is dat de positie van een subsidiaire verwachter ‘zwak’ is.¹²⁴ Hij heeft nog geen recht.

¹¹⁹ Vgl. art. 3:38 lid 2 BW, dat hierop mijns inziens naar analogie toegepast kan worden.

¹²⁰ Een interessante vraag is of men hier kan spreken van een vertegenwoordigingshandeling. Het beantwoorden van die vraag gaat het bestek van dit proefschrift te buiten.

¹²¹ Zie § 5.2.3 voor de vraag of de primaire verwachter afstand kan doen van zijn voorwaardelijke recht en of die afstand, in geval de primaire verwachter de bezwaarde niet overleeft, ‘toegerekend’ wordt aan de (voormalig) subsidiaire verwachter.

¹²² Zie bijvoorbeeld L.C.A. Verstappen, *Handboek Boedelafwikkeling 2011/2012*, p. 70 e.v. en R.L. Albers-Dingemans (namens de Werkgroep deontologie nieuw erfrecht), *Enige beschouwingen over de notariële deontologie bij een nalatenschap*, WPNR 2004/6585.

¹²³ Zie ook de discussie tussen P. Blokland en ondergetekende in het FTV: *Wie heeft er wat te verwachten?* en *Reactie op ‘Wie heeft er wat te verwachten?’*, FTV 2013/2 en 2013/3.

¹²⁴ Vgl. W. Roth, F. Hannes, H. Mielke, *Vor- und Nacherbschaft*, Verlag C.H. Beck: München 2010, p. 14 en 15, Rn. 60, voor het Duitse Ersatznacherbschaftsrecht, waar de Ersatznacherbe (subsidiaire verwachter) weliswaar een overdraagbaar Antwachtschaftsrecht wordt toegekend (hetgeen minder vreemd is als men bedenkt dat, tenzij de erflater anders heeft bepaald, naar Duits recht het Antwachtschaftsrecht niet aan het leven van de Nacherbe is gebonden), maar de Nacherbe geen interne bevoegdheden worden toegekend en bijvoorbeeld een verleende toestemming tot

1.5.4 Tussenconclusie over de plaatsvervulling

Met gebruikmaking van de tekst van art. 4:12 lid 1 BW in combinatie met die van art. 4:138 BW, vat ik wat ik tot nu toe in § 1.5 heb gesteld, samen als volgt: de erflater kan bepalen dat plaatsvervulling geschiedt met betrekking tot degenen aan wie het vermaakte bij de vervulling der voorwaarde toekomt, voor het geval zodanige personen, op het ogenblik van de vervulling der voorwaarde of daarvoor, niet meer bestaan, onwaardig zijn of indien zij verwerpen of wanneer hun erfrecht is vervallen.¹²⁵ De uit art. 4:138 lid 1 en 2 BW¹²⁶ voortvloeiende rechten en bevoegdheden van degenen aan wie het vermaakte bij de vervulling der voorwaarde toekomt, komen toe aan hun plaatsvervullers vanaf het moment dat de toestand als gevolg waarvan plaatsvervulling geschiedt, intreedt. De gevolgen van de uitoefening van de uit art. 4:138 lid 2 BW¹²⁷ voortvloeiende bevoegdheden door degenen aan wie het vermaakte bij de vervulling der voorwaarde toekomt, wordt aan hun plaatsvervullers toegerekend.¹²⁸

vervreemding door de Nacherbe (primaire verwachter) ook toegerekend wordt aan de Ersatznacherbe.

¹²⁵ Drukt er een last op de verwachter, dan krijgt hij zijn recht wederom onder een ontbindende voorwaarde. Er kan dan sprake zijn van plaatsvervulling, maar ook van een opvolgende verkrijging. Als de verwachter hangende de voorwaarde zijn last niet nakomt en zijn erfrecht vervallen wordt verklaard, treedt plaatsvervulling op. Als de verwachter na de vervulling van de voorwaarde zijn last niet nakomt, vindt een opvolgende verkrijging plaats. Er is in dat laatste geval sprake van drie overgangen: eerst op de bezwaarde, daarna op de verwachter en ten slotte op degene die door de insteller of de wet is aangewezen als verkrijger. Bepaalt de wet wie als erfgenaam opkomt ten gevolge van de vervallenverklaring, dan kan men zich afvragen per welk moment die ‘aanwijzing’ plaatsvindt: per het moment van het overlijden van de erflater (in welk geval het recht van die erfgenamen kan vererven op hun erfgenamen) of per het moment van de vervallenverklaring. Ik meen dat laatstgenoemd moment bepalend is. Als een op laatstgenoemd moment aangewezen persoon ten tijde van het overlijden van de insteller nog niet bestond, loopt men voor die persoon tegen de bepaling van art. 4:9 BW aan, tenzij men deze bepaling in zo’n geval mag lezen als dat men moet bestaan op het ogenblik dat de nalatenschap *wederom openvalt* ten gevolge van de vervallenverklaring van het erfrecht van de erfgenaam die onder de last was geroepen. De vraag rijst dus of hier een soortgelijke uitzondering wordt gemaakt als in art. 4:56 lid 2, 3 en 4 BW voor ongeboren verwachters. Ik pleit voor het maken van een dergelijke uitzondering in geval van plaatsvervulling bij vervallenverklaring van het erfrecht. Vermoedelijk anders: *Asser/Perrick 4 2013/45*.

¹²⁶ Bij een last die op de verwachter drukt, zou hier voor de volledigheid ook lid 3 van art. 4:138 BW moeten staan.

¹²⁷ Wanneer, zoals ik in § 2.6 doe, de bevoegdheid van een verwachter om toestemming te verlenen voor een vervreemding of bezwaring, in art. 4:138 lid 1 BW zou worden opgenomen, dient hier uiteraard ook een verwijzing naar art. 4:138 lid 1 BW gelezen te worden.

¹²⁸ In de praktijk treft men bij de formulering van wie verwachters zijn wel eens aan dat diegenen verwachters zijn die bij het overlijden van de bezwaarde erfgenamen van de insteller zouden zijn indien de insteller op dat tijdstip zou zijn overleden (of iets soortgelijks). Men kan zich dan afvragen wie hangende de voorwaarde als verwachter optreedt. Stel dat X verwachter zou zijn

...

1.5.5 Omgekeerde plaatsvervulling bij ongeborenen

In art. 4:56 lid 1 BW is opgenomen dat men moet bestaan op het ogenblik dat de nalatenschap openvalt om aan een making een recht te kunnen ontleen. In art. 4:56 lid 2, 3 en 4 BW zijn uitzonderingen op die eis opgenomen. Art. 4:56 lid 2 BW bepaalt kort gezegd dat als de insteller een afstammeling van zijn ouder als bezwaarde van een *zuiver fideicommiss* benoemt, hij de ten tijde van het aangewezen tijdstip bestaande afstammelingen van die afstammeling staaksgewijze kan aanwijzen als verwachters, ook al bestonden zij (de afstammelingen van die afstammeling) nog niet bij het overlijden van de insteller. Art. 4:56 lid 3 BW regelt dat als de insteller iemand, ongeacht wie, als bezwaarde van een *zuiver fideicommiss* aanwijst, hij een afstammeling van zijn ouder als verwachter kan benoemen en tevens kan regelen dat indien die afstammeling het aangewezen tijdstip niet overleeft, de dan bestaande afstammelingen van die afstammeling staaksgewijze in diens plaats treden, ook al bestonden zij nog niet bij het overlijden van de insteller.¹²⁹ Uit art. 4:56 lid 4 BW blijkt dat als de insteller iemand, ongeacht wie, tot bezwaarde heeft benoemd van een *fideicommiss de residuo*, hij een op het aangewezen tijdstip bestaande bloedverwant van de insteller in de erfelijke graad als verwachter kan benoemen, ook al bestond die bloedverwant nog niet bij het overlijden van de insteller.¹³⁰ Hoewel in de parlementaire geschiedenis¹³¹ alleen gesproken wordt van het *door geboorte* ontstaan (en dus later dan bij het overlijden van de insteller *bestaan*) van de in art. 4:56 lid 2 en 3 BW bedoelde ‘afstammelingen’

geweest als de bezwaarde op tijdstip 1 (ergens tussen het overlijden van de insteller en het overlijden van de bezwaarde) zou zijn overleden, terwijl op tijdstip 2 (het overlijden van de bezwaarde) blijkt dat Y verwachter is (omdat X bijvoorbeeld is overleden). Is X dan wel verwachter (geweest)? Deze vraag is relevant omdat de verwachter hangende de voorwaarde bevoegdheden heeft. In letterlijke zin kan men stellen dat X geen verwachter is (geweest), omdat X niet aan de gestelde voorwaarde voldeed (hij is geen erfgenaam van de insteller op tijdstip van het overlijden van de bezwaarde). Toch moet men mijns inziens, voor de vraag wie op enig moment hangende de voorwaarde als verwachter aangemerkt moet worden, kijken naar wie verwachter zou zijn als de voorwaarde op het betreffende moment in vervulling zou gaan.

¹²⁹ Overigens verdedigt J.B. Vegter, *Problemen bij de vormgeving van het fidei-commis de residuo in het licht van artikel 4:56 BW*, WPNR 2003/6521, mijns inziens terecht dat de kring van ongeboren personen ten aanzien van wie een zuiver fideicommiss kan worden ingesteld, ook bij een fideicommiss de residuo toegepast kan worden. Dat is van belang als de in art. 4:56 lid 2 en 3 BW genoemde kring van personen ruimer is dan de in art. 4:56 lid 4 BW genoemde kring van personen. Concreet: de beperking tot de zesde graad als bedoeld in art. 4:56 lid 4 BW geldt niet bij art. 4:56 lid 2 en 3 BW.

¹³⁰ Zie voor kritiek op de beperking van de kring van personen die als ongeborenen tot verwachters mogen worden geroepen (vooral ook omdat het oude recht op dat gebied ruimer was) P. Blokland en A.H.N. Stollenwerck, *Handboek Familievermogensrecht 2013/2014*, p. 767, met nadere literatuurverwijzingen.

¹³¹ Zie Van der Burght c.s., *Parl. Gesch. Vaststellingswet Erfrecht*, p. 315 e.v.

en van de in art. 4:56 lid 4 BW bedoelde ‘bloedverwanten’, ben ik van mening dat bedoelde ‘afstammelingen’ en ‘bloedverwanten’ tevens door adoptie, erkenning en gerechtelijke vaststelling van het ouderschap kunnen ontstaan (en later dan bij het overlijden van de insteller bestaan).¹³² Voor het gemak spreek ik hierna echter van het later ‘geboren’ worden van een verwachter.

In alle in art. 4:56 lid 2, 3 en 4 BW genoemde gevallen verkrijgen de bij het overlijden van de insteller nog niet geboren personen een recht, indien en vanaf het moment dat zij na het overlijden van de insteller geboren worden. Een kenmerkend verschil tussen de drie uitzonderingen is dat bij de tweede uitzondering (lid 3) ten minste één verwachter moet bestaan op het ogenblik van het overlijden van de insteller. Dat hoeft bij de eerste en derde uitzondering (lid 2 en lid 4) niet. In het geval als bedoeld in art. 4:56 lid 3 BW kan bedoelde bestaande afstammeling-verwachter zijn interne bevoegdheden uitoefenen. In die situatie komt een eventuele subsidiaire verwachter¹³³ niet aan bod, zolang de primaire verwachter er is. Bij de eerste en derde uitzondering is dat nog maar de vraag. Stel dat de insteller in een geval als bedoeld in art. 4:56 lid 2 en 4 BW ongeborenen primair als verwachters heeft aangewezen, maar daarnaast heeft bepaald dat indien bedoelde personen niet bestaan ten tijde van de vervulling van de voorwaarde, een ander als verwachter optreedt. Wie kan, zolang bedoelde ‘ongeborenen’ niet bestaan, de interne bevoegdheden uitoefenen? Men kan het probleem op twee manieren aanpakken. De eerste is dat niemand de interne bevoegdheden kan uitoefenen, omdat de ongeborenen dat nog niet zelf

¹³² Vgl. art. 1:3 BW. Zie voor een vrouw art. 1:198 BW en voor een man art. 1:199 BW. In de parlementaire geschiedenis wordt telkens gesproken van ‘geboren’ worden. In de MvA II (zie Van der Burght c.s., *Parl. Gesch. Vaststellingswet Erfrecht*, p. 323) wordt bijvoorbeeld opgemerkt dat als de boedelrechter (lees thans: kantonrechter) door de bezwaarde om machtiging voor een vervreemding wordt verzocht, ‘waarvan het niet zeker is dat zij mede in het belang van eventueel daarna nog geboren wordende verwachters is, de boedelrechter de machtiging [dan] uiteraard niet [zal] verlenen, als er nog een redelijke kans is dat er alsnog een verwachter zal worden geboren’. De wetgever lijkt hier over het hoofd te zien dat voor bijvoorbeeld erkenning en adoptie geen leeftijdsgrenzen hoeven te gelden, zodat bedoelde kans tot aan de vervulling van de voorwaarde aanwezig blijft. Mijns inziens mag uit dit soort redeneringen niet a contrario worden afgeleid dat alleen het ‘later dan het overlijden van de insteller ontstaan en dus bestaan *door geboorte*’ onder de in art. 4:56 lid 2, 3 en 4 BW genoemde uitzonderingen valt. Ik merk overigens op dat personen die door adoptie, erkenning of gerechtelijke vaststelling van het ouderschap in een familierechtelijke betrekking tot de bezwaarde komen te staan, mogelijk al *bestaan* bij het overlijden van de insteller. De vraag is of het feitelijk bestaan in dat geval doorslaggevend is, of dat de juridische verwantschap bij het overlijden van de insteller moet bestaan. Ik denk het laatste.

¹³³ Voor de duidelijkheid: hier bedoel ik met de subsidiaire verwachter niet de ‘nog niet geboren afstammelingen’ van bedoelde afstammeling-verwachter, maar een (in leven zijnde) derde.

kunnen en die ander als subsidiaire verwachter aangemerkt moet worden.¹³⁴ De tweede is dat die ander de interne bevoegdheden kan uitoefenen. Is de tweede optie de juiste, dan is die ander als het ware *tijdelijk* de primaire verwachter. Wordt na het overlijden van de insteller een aangewezen verwachter geboren, dan treedt een soort omgekeerde plaatsvervulling op: de later geborene duwt die ander weer in zijn subsidiaire verwachtersrol. Wordt na het overlijden van de insteller geen aangewezen verwachter geboren, dan blijkt die ander een *permanente* primaire verwachter te zijn geweest. Voor deze tweede route pleit dat de onzekere periode dat aangewezen personen (als bedoeld in art. 4:56 lid 2 en 4 BW) geboren kunnen worden, lang kan duren, namelijk maximaal tot aan het overlijden van de bezwaarde.¹³⁵ Het is dan onwenselijk als die ander, die mogelijk (permanent) primaire verwachter blijkt te zijn, geen bevoegdheden heeft kunnen uitoefenen. Voor de eerste route pleit dat de wetgever bewust toestaat dat de insteller ongebornen als (primaire) verwachters aanwijst, wetende dat hun belangen, gedurende de tijd dat zij nog niet geboren zijn, niet kunnen worden behartigd.¹³⁶ Een subsidiaire verwachter heeft dat dan maar te slikken, zo kan de gedachte zijn. Daarnaast kan tegen de tweede route worden ingebracht dat het niet ondenkbaar is dat de verkeerde verwachter van zijn interne bevoegdheden gebruik maakt, nu een aangewezen persoon al vanaf zijn conceptie als geboren wordt aangemerkt.¹³⁷ Bij de uitoefening van een bevoegdheid zou dan onderzocht moeten worden of er niet al een ‘echte’ primaire verwachter is geconcipieerd, hetgeen een niet-hanteerbare regel oplevert.

Alles overwegende kies ik voor de tweede route, omdat het mij doelmatig voorkomt dat liever iemand dan niemand de interne bevoegdheden uitoefent. Dit standpunt leidt er toe dat – als later een aangewezen verwachter geboren wordt – de handelingen van die ander (welke handelingen die ander verrichtte als tijdelijke primaire verwachter), moeten worden *toegerekend* aan de later geboren primaire verwachter. Dit is vergelijkbaar met de in § 1.5.3 genoemde gevolgen bij ‘echte’ plaatsvervulling. Als de verkeerde verwachter de interne

¹³⁴ Ik laat de instelling van een testamentair bewind ter behartiging van de belangen van de ongebornen en de eventueel vereiste machtiging van de kantonrechter bij een vervreemding of bezwaring (als sprake is van een zuiver fideicommis, in welk geval de kantonrechter bij het verlenen van de machtiging de belangen van de eventueel later geborene meeweegt), hier buiten beschouwing.

¹³⁵ Zeker als men in herinnering brengt dat de familierechtelijke betrekking tot de aangewezen personen ook door adoptie, erkenning en gerechtelijke vaststelling van het ouderschap kan ontstaan.

¹³⁶ Zie Van der Burght c.s., *Parl. Gesch. Vaststellingswet Erfrecht*, p. 315 e.v.

¹³⁷ Art. 1:2 BW.

bevoegdheden uitoefent, moeten de eventuele consequenties mijns inziens op de koop toe worden genomen.¹³⁸

Ik merk op dat de insteller ter voorkoming van misverstanden zelf kan regelen dat de ‘tijdelijke primaire verwachter’ de interne bevoegdheden mag uitoefenen.¹³⁹ Zoals reeds opgemerkt ben ik van mening dat de handelingen van die tijdelijke primaire verwachter dan moeten worden *toegerekend* aan de later geboren primaire verwachter.

Tot slot is een interessante vraag of de notaris de later geboren verwachter moet informeren. Een wellicht praktischer oplossing is dat de notaris diegenen informeert die ouder kunnen worden van de aangewezen (nog ongebornen) personen en hen aanraadt contact op te nemen zodra een kind geboren wordt.¹⁴⁰ In het geval als bedoeld in art. 4:56 lid 2 BW volstaat het de bezwaarde zelf daarover te informeren, aangezien het om zijn eventuele latere afstammeling gaat. In het geval als bedoeld in art. 4:56 lid 4 BW zal meestal duidelijk zijn wie geïnformeerd moeten worden, omdat het ook daar meestal zal gaan om een ongebornen afstammeling van de bezwaarde. Het is overigens wellicht slechts een academische kwestie dat de insteller andere specifieke ‘ongeborenen’ benoemt als verwachters, zonder eerst de ouder van die ‘ongeborenen’ als bezwaarde of (primaire) verwachter te benoemen.¹⁴¹

¹³⁸ Deze consequenties zijn overigens zeker bij een fideicommis de residuo redelijk te overzien en mijns inziens aanvaardbaar. Het gaat immers ‘slechts’ om het uitoefenen van conservatoire bevoegdheden. Ik kan mij voorstellen dat de – achteraf – primaire verwachter (althans diens wettelijk vertegenwoordiger) eerst de – achteraf – subsidiaire verwachter om informatie/verantwoording vraagt en zo dit onvoldoende is, opnieuw de bezwaarde om nakoming van een verplichting vraagt.

¹³⁹ Kent men de ‘tijdelijke primaire verwachter’ een voorwaardelijk subjectief recht toe, dan kan gezegd worden dat de bevoegdheden uit dat recht voortvloeien (welk recht mijns inziens vervalt als er een later geboren primaire verwachter verschijnt). Kent men de ‘tijdelijke primaire verwachter’ geen voorwaardelijk subjectief recht toe, dan moeten deze toegekende bevoegdheden worden gezien als afzonderlijke legaten: het betreft dan bijvoorbeeld een vorderingsrecht op grond waarvan de ‘tijdelijke primaire verwachter’ een boedelbeschrijving kan vorderen van de bezwaarde. In dat laatste geval worden de bevoegdheden (die, zoals hiervoor bleek, normaal gesproken niet als subjectieve rechten gezien worden) toch als afzonderlijke subjectieve rechten beschouwd.

¹⁴⁰ Of anderszins tot hen in familierechtelijke betrekking komt te staan.

¹⁴¹ En toch: stel dat de insteller zijn vriendin tot bezwaarde benoemt en de (ongeborene) kinderen van zijn broer tot verwachters. Hij vindt het niet nodig dat zijn broer nog iets krijgt (‘die heeft zat’). Zou zijn broer geen kinderen krijgen, dan laat de insteller zijn nalatenschap liever naar een goed doel gaan. De insteller benoemt het goede doel daarom als subsidiaire verwachter. Al met al een niet ondenkbare situatie.

1.5.6 Meerdere overgangen

De insteller kan regelen dat zijn vermogen meerdere keren achter elkaar onder algemene titel overgaat. Zolang alle personen die benoemd zijn, bestaan ten tijde van het overlijden van de insteller, is hier niets op tegen, zo volgt uit art. 4:56 lid 1 BW. Daarom heb ik, zoals reeds opgemerkt, enigszins bezwaar tegen de term ‘tweetrapsmaking’ als algemene term voor de fideicommissaire making: mogelijk is sprake van een drie-, vier-, vijf- of ‘nog meer’-trapsmaking. In art. 4:56 lid 2, 3 en 4 BW staan enkele uitzonderingen op de bestaanseis.¹⁴² In het Ontwerp Meijers was bij dit artikel nog expliciet vermeld dat als een overgang van het vermogen van de insteller heeft plaatsgevonden op een ten tijde van het overlijden van de insteller nog ongebooren verwachter, geen verdere overgangen meer mogelijk zijn.¹⁴³ Deze beperking geldt nog steeds en moet in het achterhoofd gehouden worden bij de mogelijkheid voor de insteller om zijn vermogen meerdere keren over te laten gaan.¹⁴⁴

Stel dat de insteller B als bezwaarde benoemt en V1 als verwachter. Stel dat hij bepaalt dat wat V1 verkrijgt, uiteindelijk bij V2 terecht moet komen. V1 verkrijgt zijn *recht onder opschortende voorwaarde* tegelijkertijd *onder een ontbindende voorwaarde*. V1 heeft met andere woorden achtereenvolgens twee functies: hij is verwachter en, zoals men dat in de praktijk wel noemt, ‘tweede’ bezwaarde.¹⁴⁵ Zodra de fideicommissaire voorwaarde ten aanzien van B in vervulling gaat, fungeert V1 als bezwaarde en V2 als verwachter. De insteller had ten aanzien van V1 en V2 plaatsvervullers kunnen benoemen. De plaatsvervulling voor V1, die speelt vóór of bij de tweede overgang, gaat dan vóór op de benoeming van V2, die bedoeld is voor de derde overgang. Heeft de insteller voor V1 geen plaatsvervuller aangewezen, terwijl het erfgenaamschap van V1 wel vervalt,¹⁴⁶ dan dient men V2 als plaatsvervuller aan te merken.¹⁴⁷

¹⁴² Zie hierover § 1.5.5.

¹⁴³ Zie Van der Burght c.s., *Parl. Gesch. Vaststellingswet Erfrecht*, p. 315 e.v. over het toenmalige art. 4.3.2.2 BW. De Commissie Erfrecht KNB, *Eindverslag Commissie Erfrecht KNB inzake Boek 4 BW*, Ars Notariatus nr. CV, Kluwer: Deventer 2012, p. 20, zou het toejuichen als dit punt duidelijker in de wettekst tot uitdrukking wordt gebracht dan thans het geval is.

¹⁴⁴ Zie ook noot 286.

¹⁴⁵ Dit is uitdrukkelijk iets anders dan wanneer de insteller V2 slechts als plaatsvervuller van V1 aanwijst.

¹⁴⁶ Bijvoorbeeld omdat hij vóór het in vervulling gaan van de voorwaarde overlijdt.

¹⁴⁷ In de literatuur wordt voor de situatie dat een benoemde bezwaarde is overleden vóór de insteller en in het testament naast de bezwaarde enkel verwachters zijn benoemd, terecht verdedigd dat de fideicommissaire substitutie een vulgaire substitutie inhoudt. Zie bijvoorbeeld *Asser/Perrick 4 2013/182* en 186, Pitlo/Van der Burght, Ebben, *Erfrecht*, p. 340 en Rechtbank Den Haag, 11 april 2001, ECLI:NL:RBSGR:2001:AT1647. Vgl. ook § 2102 Abs. 1 BGB: ‘Die Einsetzung als

‘Meer’trapsmakingen zijn in de notariële praktijk een veelvuldig voorkomend verschijnsel, al herkent misschien niet iedereen dit meteen. Ik noem het voorbeeld van het echtscheidings testament. Stel vader A benoemt zijn vier zonen tot bezwaarde, omdat hij niet wil dat als zijn zonen zelf – kort gezegd – zonder achterlating van afstammelingen, echtgenoot of testament overlijden, het vermogen bij hun moeder (de ex-echtgenoot van A) terecht komt. Hij benoemt voor elke zoon de overige drie zonen tot verwachters. A overlijdt. Ik denk dat hiermee meestal bedoeld is dat als zoon 1 overlijdt, het fideicommissaire vermogen dat aan de zonen 2, 3 en 4 via hun broer toekomt, wederom onderworpen is aan de ontbindende voorwaarde. Als zoon 2 vervolgens overlijdt, verkrijgen de zonen 3 en 4 het fideicommissaire vermogen als (‘eerste’ respectievelijk ‘tweede’) verwachters via hun (eerstoverleden respectievelijk als tweede overleden) broer, dat wederom is onderworpen aan de ontbindende voorwaarde. Enzovoort.

De insteller kan zijn vermogen meer dan twee keer laten overgaan. Men kan de rechtsposities van de ‘eerste’ en ‘tweede’ verwachters goed vergelijken met die van de primaire en subsidiaire verwachters. Ik ben van mening dat de tweede verwachter nog geen (subjectief, goederenrechtelijk) *recht* heeft, zolang het vermogen nog niet op de eerste verwachter is overgegaan. De eerste verwachter fungeert vanaf het moment dat de overgang van de nalatenschap (van de insteller, via de bezwaarde) op hem heeft plaatsgevonden, als tweede bezwaarde. Op dat moment, en niet eerder, verkrijgt de tweede verwachter een recht. Hij verschiet dan van kleur en wordt van ‘tweede’ verwachter gewoon een (primaire) verwachter. Nu aan de tweede verwachter nog geen recht toekomt zolang geen overgang op de eerste verwachter heeft plaatsgevonden, geldt met betrekking tot de gevolgen daarvan het hiervoor in § 1.5.3 gestelde overeenkomstig.

1.6 Wil de ‘echte’ fideicommissaire voorwaarde opstaan?

Bij de fideicommissaire erfstelling is de bezwaarde onder ontbindende voorwaarde geroepen tot erfgenaam van de insteller. De verwachter is onder – bij de ontbindende voorwaarde aansluitende – opschortende voorwaarde geroepen tot erfgenaam van de insteller. Kenmerkend voor het fideicommiss is

Nacherbe enthält im Zweifel auch die Einsetzung als Ersatzerbe.’ De ‘Zweifel’ komt voort uit nog twee andere mogelijkheden waaraan gedacht kan worden. Ten eerste kan men de erfgenamen bij versterf als bezwaarden zien als de benoemde bezwaarde is overleden vóór de insteller. Ten tweede kan geredeneerd worden dat de erfstelling voor de verwachter dient te vervallen. Het devies is dan ook om in het testament uit te schrijven wat de bedoeling is als alle bezwaarden vóór de insteller overlijden.

dat de verwachter de bezwaarde (of een eerder aangewezen tijdstip) dient te overleven. Dit kan men de ‘echte’ fideicommissaire voorwaarde noemen. In dat geval is de hoofdregel van art. 4:140 BW, waarin staat dat de *beschikking* ten aanzien van de verwachter en de *voorwaarde* ten aanzien van de bezwaarde vervallen, indien de voorwaarde 30 jaar na het overlijden van de erflater nog niet is vervuld,¹⁴⁸ niet van toepassing. Art. 4:141 BW bepaalt namelijk dat art. 4:140 BW geen toepassing vindt op een making onder een ontbindende voorwaarde en een daarbij aansluitende making onder opschortende voorwaarde, volgens welke het vermaakte of het onverteerde deel daarvan op het tijdstip van overlijden van de bezwaarde of op een eerder tijdstip zal ten deel vallen aan de verwachter, indien deze het aangewezen tijdstip *overleeft*. De kernvoorwaarde is dus de voorwaarde van overleven. Interessant is om te kijken wat speelt als de insteller aan de kernvoorwaarde nog een andere voorwaarde koppelt. Die andere voorwaarde kan zowel als een ontbindende als opschortende voorwaarde geformuleerd worden. Lift die tweede voorwaarde met de kernvoorwaarde mee op de uitzondering van art. 4:141 BW, of geldt daarvoor de hoofdregel van art. 4:140 BW? Ik ga, mede aan de hand van voorbeelden, in op een ‘bijkomende’ voorwaarde (§ 1.6.1), op de ‘boerenplaatsje-clausules’ (§ 1.6.2) en op de – bij het fideicommis de residuo wezenlijke – voorwaarde dat een overschot resteert (§ 1.6.3). Vooral in de laatste twee paragrafen komt de vraag op of wel sprake is van een ‘echte’ voorwaarde.

1.6.1 Een bijkomende voorwaarde: het rijbewijs

Stel dat de insteller (de fideicommissaire kernvoorwaarde) opneemt dat de verwachter de bezwaarde dient te overleven en ook (de bijkomende voorwaarde) dat de verwachter uiterlijk op het aangewezen tijdstip zijn rijbewijs heeft gehaald. Als de bezwaarde overlijdt en de verwachter zijn rijbewijs nog niet heeft gehaald, rijst de vraag of het fideicommissaire vermogen op de verwachter overgaat. Dat hangt af van de vraag hoeveel tijd er sinds het overlijden van de insteller is verstreken. Is dit langer dan 30 jaar en is de bijkomende voorwaarde als opschortende voorwaarde geformuleerd, dan vervalt de hele beschikking ten behoeve van de verwachter, waardoor de bezwaarde onvoorwaardelijk heeft

¹⁴⁸ Art. 4:140 BW is, gelet op de tweede zin van lid 1 van dat artikel van dwingend recht. Niet duidelijk is overigens of de dertigjaarstermijn van art. 4:140 BW, in de situatie dat aan de verkrijging van de verwachter een (niet fideicommissaire) ontbindende voorwaarde is gekoppeld, pas gaat lopen na de vervulling van de voorwaarde waardoor de nalatenschap op de verwachter overgaat. Ik ga ervan uit dat de dertigjaarstermijn van art. 4:140 BW een absolute is, en dus niet opnieuw gaat lopen bij ‘het openvallen van de tweede nalatenschap’.

geërfd.¹⁴⁹ Is de bijkomende voorwaarde als *ontbindende voorwaarde* geformuleerd, dan vervalt de voorwaarde. Art. 4:140 lid 1 BW is van dwingend recht. In dit laatste geval (de bijkomende voorwaarde is als ontbindende voorwaarde geformuleerd) is het voldoende dat de verwachter de bezwaarde overleeft. Het fideicommissaire vermogen gaat op de verwachter over.

Is minder dan 30 jaar verstreken op het moment dat het aangewezen tijdstip aanbreekt, dan kan het zijn dat de verwachter voldoet aan de kernvoorwaarde (het overleven). Voldoet hij niet aan de bijkomende voorwaarde (het halen van zijn rijbewijs), dan vervalt daarmee voor de bezwaarde het voorwaardelijke karakter van zijn verkrijging en behoort het fideicommissaire vermogen hem (of zijn rechtverkrijgende) onvoorwaardelijk toe. Het maakt dan niet uit of de bijkomende voorwaarde als ontbindende of opschortende voorwaarde is geformuleerd.

Een heel andere mogelijkheid is dat men de bijkomende voorwaarde niet als een *afzonderlijke* voorwaarde beschouwt, waarop art. 4:140 lid 1 BW van toepassing is, maar als een *bij het fideicommiss behorende voorwaarde*, die wordt meegetrokken in art. 4:141 BW, waardoor de voorwaarde van de dertigjaarstermijn van art. 4:140 lid 1 BW wordt uitgezonderd. Vergelijk daarover de volgende paragraaf.

1.6.2 Kwalificatie van het boerenplaatsje-arrest

In het zogenoemde ‘boerenplaatsje-arrest’¹⁵⁰ stond de rechtsgeldigheid centraal van de testamentaire bepaling dat de bezwaarde bij testament mag beschikken over een tot de nalatenschap behorend goed. De Hoge Raad oordeelde dat een dergelijke bepaling geldig is. De Hoge Raad merkt op:

‘In dat geval is sprake van een fidei-commissaire making onder de voorwaarde dat zij slechts van kracht is, indien en voor zover de bezwaarde niet bij uiterste wil

¹⁴⁹ Ik ga er in deze paragraaf van uit dat geen plaatsvervullingsregeling is opgenomen voor de verwachter.

¹⁵⁰ HR 16 januari 2004, NJ 2004/487 m.nt. Kleijn. Zie daarover T.J. Mellema-Kranenburg, *Testeren over met een fidei-commis de residuo bezwaarde goederen*, JBN 2004/2, nr. 10 en P. Blokland en A.H.N. Stollenwerck, *De uiterste wil van de bezwaarde en het overschot (I en II)*, WPNR 2004/6574 en 2004/6575 en de laatste ook in *Over het graf heen: fidei-commissaire making of tweetrapsmaking*, FTV 2007/6. Over de naar aanleiding van het arrest gerezen vragen over (on)geoorloofde wilsdelegatie, bijvoorbeeld met betrekking tot de vraag of de insteller kan bepalen dat de bezwaarde het voorwaardelijke karakter van zijn verkrijging eenzijdig kan doen vervallen, waardoor de verkrijging onvoorwaardelijk wordt, ga ik in dit proefschrift niet in. Zie daarover genoemde bijdragen van P. Blokland en A.H.N. Stollenwerck in WPNR 2004/6574 en 2004/6575, alsmede N.V.C.E. Bauduin, *De geoorlooftheid van wilsdelegatie nader bezien*, WPNR 2011/6907.

over de fidei-commissair vermaakte zaken mocht blijken te hebben beschikt. Is zulks wel het geval, dan vallen de bedoelde zaken niet langer onder het fidei-commissair verband.’

Alhoewel het over een casus onder oud recht ging, oordeelde de Hoge Raad in een obiter dictum dat dit onder het huidige recht ook zo geldt. Blokland en Stollenwerck¹⁵¹ merken naar aanleiding van dit arrest op dat met de door de Hoge Raad uitgesproken woorden dat onder het oude erfrecht geen regel van erfrecht zich verzet:

‘tegen een testamentaire making als bedoeld in art. 4:928 (oud) BW waarbij de erflater de bezwaarde niet slechts de vrijheid laat het hem gemaakte te vervreemden of te verteren, doch hem eveneens de bevoegdheid verleent daarover bij testament te beschikken,’

onduidelijk blijft of de goederen door het maken van het testament min of meer zijn ‘vervreemd en verteerd’ of dat het fideicommissaire bezwaar zelf is vervallen (dat wil zeggen dat het fideicommis zelf onderworpen is aan een voorwaarde). Deze kwestie lijkt, zoals Blokland en Stollenwerck opmerken, een academische. Ik laat Blokland en Stollenwerck aan het woord:

‘De HR overweegt niet dat de wet geen verbod inhoudt, maar dat de regels van erfrecht zich niet verzetten. De HR plaatst het dus in een breder kader. Het erfrecht laat toe dat de bezwaarde in geval van een fidei-commis de residuo de bevoegdheid wordt verleend bij uiterste wil te beschikken over de fidei-commissaire goederen. De HR legt dit als volgt uit. De insteller kon onder het voorheen geldende recht in geval van een fidei-commis de residuo de bezwaarde de bevoegdheid verlenen om te vervreemden, te verteren en te schenken (art. 928 (oud) en 1036 (oud) BW). In de visie van de HR is er dan geen grond om aan te nemen dat het in strijd zou zijn met het tot 1 januari 2003 geldende wettelijk stelsel de erflater de vrijheid te laten aan de bezwaarde, in het verlengde van die bevoegdheden (dus binnen het bestek van het fidei-commis), ook de bevoegdheid toe te kennen om over het vermaakte bij testament te beschikken. Heeft de bezwaarde over die goederen bij testament beschikt, dan vallen die goederen niet langer meer onder het fidei-commissair verband. In de vooromschreven overweging wordt ook (impliciet) voorbij gegaan aan de heersende leer dat er geen sprake was van al of niet mogen beschikken bij uiterste wil maar van niet kunnen.

De overwegingen van de HR ter zake komen er o.i. immers op neer dat als de insteller de bevoegdheid kan verlenen om te vervreemden, te verteren en te

¹⁵¹ P. Blokland en A.H.N. Stollenwerck, *De uiterste wil van de bezwaarde en het overschot (I)*, WPNR 2004/6574.

schenken, door hem ook de bevoegdheid om te testen kan worden verleend. Kortom het is een kwestie van mogen. Waarom dat zo is, blijft echter duister.

Ziet men een zodanig fideicommiss de residuo echter als een voorwaardelijke fideicommiss – zoals de HR kennelijk in zijn hiervoor als eerste geciteerde overweging ook doet – dan wordt aan het onderscheid mogen of kunnen niet toegekomen. De aan het fideicommiss zelf verbonden voorwaarde is o.i. dan klaarblijkelijk vervuld en doet het fideicommiss eindigen met betrekking tot die goederen waarover de bezwaarde testamentair heeft beschikt. Kortom, in beide visies van de HR geldt het fideicommiss niet meer met betrekking tot de bewuste goederen, in de eerste visie omdat de goederen door het maken van het testament min of meer zijn “vervreemd en verteerd”, in de tweede visie omdat het fideicommissaire bezwaar zelf is vervallen. Aangezien het eindresultaat voor beide gevallen – ook fiscaal – exact hetzelfde is, betreft het hier een vrij academische discussie.’

Ik betwijfel echter of het eindresultaat van beide opvattingen wel hetzelfde is. Immers, bij een voorwaarde dient men rekening te houden met de dwingende bepaling van art. 4:140 lid 1 BW:

‘Is een aan een erfstelling toegevoegde voorwaarde dertig jaren na het overlijden van de erflater nog niet vervuld, dan vervalt de beschikking, wanneer het een opschortende voorwaarde is; is het een ontbindende voorwaarde, dan vervalt de voorwaarde.’

Er hoeft met die bepaling geen rekening te worden gehouden als sprake is van een *bevoegdheid* die aan de bezwaarde toekomt. Ik onderzoek hieronder beide opvattingen nader. Mijn conclusie zal zijn dat de tweede opvatting (er is sprake van een bevoegdheid) de meest eenvoudige en daarmee in mijn ogen aannemelijkste opvatting is.

1.6.2.1 Er is sprake van een voorwaarde

Wordt ervan uitgegaan dat sprake is van een voorwaarde, dan kan deze op twee wijzen worden gekwalificeerd:

1. De eerstgeroepen erfgenaam¹⁵² verkrijgt onder *ontbindende voorwaarde*, welke (verkrijging onder) ontbindende voorwaarde onderworpen is aan de *opschortende voorwaarde* dat de eerstgeroepen erfgenaam *niet* bij uiterste wil over de verkrijging beschikt.

¹⁵² Ik spreek hier bewust van ‘eerstgeroepen erfgenaam’, om aan te geven dat mogelijk geen sprake is van een fideicommissaire verhouding. Zie hierna.

2. De bezwaarde verkrijgt onder *ontbindende voorwaarde*, welke (verkrijging onder) ontbindende voorwaarde onderworpen is aan de *ontbindende voorwaarde* dat de bezwaarde bij uiterste wil over de verkrijging beschikt.¹⁵³

In het eerste geval lijkt het erop dat de insteller de eerstgeroepen erfgenaam onvoorwaardelijk heeft benoemd, met dien verstande dat als achteraf blijkt dat de erfgenaam niet bij testament over de verkregen goederen heeft beschikt, alsnog, zonder terugwerkende kracht, sprake is van een voorwaardelijke verkrijging. In die visie zou vóór het overlijden van de eerstgeroepen erfgenaam geen rechtsverhouding tussen de erfgenaam en ‘verwachter’ bestaan. De eerstgeroepen erfgenaam kan dan in ieder geval tot zijn overlijden worden beschouwd als onvoorwaardelijk erfgenaam.¹⁵⁴ Dit lijkt strijdig met ons rechtssysteem, omdat er bij een verkrijging onder (ontbindende voorwaarde die is onderworpen aan een) opschortende voorwaarde altijd iemand lijkt te moeten zijn die tot aan de mogelijke vervulling van de opschortende voorwaarde de ‘tegenpositie’ van erfgenaam onder (i.c. opschortende voorwaarde die is onderworpen aan een) ontbindende voorwaarde inneemt.

In het tweede geval heeft de insteller de bezwaarde tot voorwaardelijk erfgenaam benoemd, met dien verstande dat als achteraf blijkt dat bezwaarde bij

¹⁵³ Vgl. de opmerking van AG De Vries Lentsch-Kosterse in haar conclusie bij het boerenplaatsje-arrest: ‘Gezien de testeervrijheid die in ons erfrecht geldt (zie *Asser-Van der Ploeg-Perrick*, 1996, nr. 84) moet naar mijn oordeel dan ook worden aangenomen dat de erflater aan de bezwaarde de bevoegdheid kan verlenen bij testament te beschikken over goederen die onder het fideï-commissaire verband vallen, in dier voege dat een dergelijk fideï-commis voorzover het de goederen betreft die onder bedoelde testeerbevoegdheid vallen, moet worden beschouwd als een making over de hand onder de opschortende voorwaarde dat van de testeerbevoegdheid geen gebruik is gemaakt.’ De AG construeert dit door de verkrijging van de verwachter aan een (bijkomende) opschortende voorwaarde te onderwerpen. Dat komt op hetzelfde neer als het onderwerpen van de verkrijging van de bezwaarde aan de (bijkomende) ontbindende voorwaarde.

¹⁵⁴ Wanneer sprake is van een zogenaamde ‘Wiederverheiratungsklausel’, wordt in het Duitse recht de langstlevende gezien als ‘auflösend bedingter Vollerbe’ (erfgenaam onder ontbindende voorwaarde) maar tegelijkertijd als ‘aufschiebend bedingter Vorerbe’ (‘bezwaarde’ onder opschortende voorwaarde). Heersende leer is dat in dat geval sprake is van een befreite Vorerbschaft (vgl. § 2136 BGB: ‘Der Erblasser kann den Vorerben von den Beschränkungen und Verpflichtungen des § 2113 Abs. 1 und der §§ 2114, 2116 bis 2119, 2123, 2127 bis 2131, 2133, 2134 befreien.’). De langstlevende kan, volgens de heersende leer, als Vorerbe niet van alle beperkingen en verplichtingen bevrijd worden. Een minderheidsstandpunt is dat de langstlevende in de periode dat nog geen sprake is van ‘Wiederverheiraten’ een ‘superbefreiten Vorerbe’ is en dus voor de langstlevende geen enkele van de beperkingen van § 2113 e.v. BGB geldt. Zie hierover bijv. F. Klinger, *Münchener Prozessformularbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2013, p. 522-524, C. Hartmann, *Kölner Prozessformularbuch Erbrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2011, p. 239-246, W. Kossinger, *Handbuch der Testamentsgestaltung*, München: Verlag C.H. Beck 2008, p. 751, R. Zawar, *Gedanken zum bedingten oder befristeten Rechtserwerb im Erbrecht*, NJW 2007/33, p. 2353-2354.

testament over de verkregen goederen heeft beschikt, de fideicommissaire kernvoorwaarde, zonder terugwerkende kracht, vervalt.¹⁵⁵ In die visie bestaat vóór het aangewezen tijdstip de normale fideicommissaire rechtsverhouding tussen de bezwaarde en verwachter.¹⁵⁶

In beide gevallen rijst, zoals gezegd, de vraag of de aan de voorwaardelijke erfstelling toegevoegde (bijkomende) voorwaarde (omtrent het bij uiterste wil beschikken over het verkregene) onderworpen is aan art. 4:140 lid 1 BW. In het eerste geval (verkrijging door de eerstgeroepen erfgenaam onder *ontbindende voorwaarde* onder *opschortende voorwaarde*) zou door de toepassing van art. 4:140 lid 1 BW *de beschikking* ten behoeve van de eerstgeroepen erfgenaam vervallen als de eerstgeroepen erfgenaam niet binnen 30 jaar na het overlijden van de insteller is overleden en bij testament over de goederen heeft beschikt. Dat zou als resultaat hebben dat het recht van de eerstgeroepen erfgenaam na 30 jaar vervalt en overgaat op de ‘verwachters’.

In het tweede geval (verkrijging door de bezwaarde onder *ontbindende voorwaarde* onder *ontbindende voorwaarde*) zou door de toepassing van art. 4:140 lid 1 BW *de bijkomende voorwaarde* vervallen als de bezwaarde niet binnen 30 jaar na het overlijden van de insteller is overleden en bij testament over de goederen heeft beschikt. Dat zou als gevolg hebben dat het recht van de bezwaarde na 30 jaar voorwaardelijk blijft en dus overgaat op de verwachter als deze laatste de bezwaarde overleeft. De bezwaarde zou dan niet meer bij testament over het fideicommissaire vermogen kunnen beschikken.

Of is art. 4:140 lid 1 BW in beide gevallen niet van toepassing? Zou het kunnen zijn dat de Hoge Raad met zijn overweging dat het de erflater vrijstaat:

‘aan een dergelijke making verbonden voorwaarden aldus te formuleren dat de te vermaken zaak of zaken slechts dan aan de verwachter zal (zullen) toevallen indien deze de bezwaarde overleeft en laatstgenoemde niet bij uiterste wil over die zaak (zaken) heeft beschikt,’

¹⁵⁵ Ik wijs erop dat als de fideicommissaire kernvoorwaarde eerder dan bij het overlijden van de bezwaarde in vervulling gaat, een testamentaire regeling van de bezwaarde ten aanzien van het fideicommissaire vermogen geen effect sorteert.

¹⁵⁶ In het hierboven opgenomen citaat merkt de Hoge Raad op dat als de bezwaarde bij uiterste wil over de fideicommissair vermaakte zaken mocht blijken te hebben beschikt, de bedoelde zaken *niet langer* onder het fideicommissair verband vallen. Aan de woorden ‘niet langer’ is een argument te ontleen dat gedurende het leven van de bezwaarde wel degelijk een rechtsverhouding tussen de bezwaarde en verwachter bestaat. Een argument voor de tweede kwalificatie dus.

beide voorwaarden (het overleven door de verwachter van het aangewezen tijdstip én het door de bezwaarde niet bij uiterste wil over het fideicommissaire vermogen beschikken) over één kam scheert en onder de uitzondering van art. 4:141 BW laat vallen? Helaas blijkt dit niet expliciet. Bedacht moet worden dat onder het oude recht geen bepaling bestond in de zin van art. 4:140 lid 1 BW. Aangezien in de casus van het arrest ongeveer 19 jaar (dus minder dan 30 jaar) zat tussen het moment van het overlijden van de insteller en het overlijden van de bezwaarde, verbaast het niet dat de Hoge Raad in zijn obiter dictum over het nieuwe recht geen woorden wijdt aan art. 4:140 lid 1 BW. Maar jammer is het wel.

Als aangenomen mag worden dat sprake is van een voorwaarde die niet is onderworpen aan art. 4:140 lid 1 BW, hoeft men de voorwaarde van het behalen van het rijbewijs door de verwachter, zoals in de vorige paragraaf besproken, wellicht ook niet als een afzonderlijke voorwaarde te zien. Ik sta daar kritisch tegenover. Naar mijn mening dienen de voorwaarden van elkaar te worden onderscheiden. Dat de fideicommissaire kernvoorwaarde (het overleven van de verwachter van het aangewezen tijdstip) niet gebonden is aan de dertigjaarstermijn, is duidelijk. Andere voorwaarden behoren dat mijns inziens wel te zijn.

1.6.2.2 Er is sprake van een bevoegdheid

De tweede opvatting, namelijk dat het gaat om een bevoegdheid die de bezwaarde toekomt, komt mij als de juiste opvatting voor. Men kan echter tegenwerpen dat die *bevoegdheid* om bij testament over het fideicommissaire vermogen te beschikken, ook als *voorwaarde* moet worden opgevat. Alle vormen van vervreemding en vertering, dus ook bij leven, zouden dan als voorwaarde kunnen worden opgevat. Een vervreemding en vertering zou dan voor de bezwaarde inhouden dat zijn verkrijging onder *ontbindende voorwaarde* is onderworpen aan de *ontbindende voorwaarde*¹⁵⁷ dat hij het verkregene bij leven of bij testament aan een ander overdraagt of nalaat, zonder dat daarvoor een goed of tegenwaarde in de plaats komt.¹⁵⁸ Ik vind deze kwalificatie van bedoelde bevoegdheid als voorwaarde niet passend.

¹⁵⁷ Hier zou de voorwaarde op zich ook in de vorm van een opschortende voorwaarde gegoten kunnen worden, maar dat is minder logisch. Men komt dan namelijk, net als in § 1.6.2.1, weer voor de vraag te staan of de eerstgeroepen erfgenaam tot het moment van de vervulling van de opschortende voorwaarde onvoorwaardelijk gerechtigd is tot het verkregene. Ik werk dat niet verder uit.

¹⁵⁸ Zie § 2.8 over het begrip vertering.

Mijns inziens vloeit uit de door de insteller vormgegeven rechtsverhouding tussen de bezwaarde en verwachter voort, dat de bezwaarde de bevoegdheid heeft om het verkregene bij leven of bij testament aan een ander over te dragen of na te laten, zonder dat daarvoor een goed of tegenwaarde in de plaats komt.¹⁵⁹

De charme van deze opvatting is gelegen in haar eenvoud en is daardoor mijns inziens het meest aannemelijk.

De opvatting dat sprake is van een bevoegdheid, brengt mee dat het fideicommiss in de geschetste situatie van het boerenplaatsje-arrest niet van doen heeft met art. 4:140 lid 1 BW. Er is dan immers geen sprake van een bijkomende, afzonderlijke voorwaarde.

1.6.2.3 Gevolgen

Maakt het uit voor welke opvatting wordt gekozen? Misschien niet als het gaat om de situatie dat de bezwaarde bij testament over het fideicommissaire vermogen kan beschikken. Is men de opvatting toegedaan dat sprake is van twee voorwaarden als bedoeld in § 1.6.2.1 (het overleven door de verwachter van het aangewezen tijdstip én het door de bezwaarde niet bij uiterste wil over het fideicommissaire vermogen beschikken), maar dat beide voorwaarden over de ene kam van art. 4:141 BW geschoren moeten worden, dan is de uitkomst inderdaad gelijk aan de opvatting dat sprake is van een bevoegdheid om (bij leven of bij testament) te vervreemden en verteren (§ 1.6.2.2).

Maar daarmee staat allerminst vast dat *alle* voorwaarden die aan een fideicommiss worden verbonden onder de uitzondering van art. 4:141 BW vallen. In mijn ogen dient bijvoorbeeld de in § 1.6.1 genoemde voorwaarde van het behalen van een rijbewijs als afzonderlijke voorwaarde te worden beschouwd.

Blokland en Stollenwerck geven in hun beschouwingen over het boerenplaatsje-arrest¹⁶⁰ een aantal voorbeelden van de mogelijkheden die het arrest biedt. Het gaat dan telkens over mogelijkheden die de bezwaarde heeft om via zijn testament over het vermaakte te beschikken. Zij geven bijvoorbeeld aan hoe de boerenplaatsje-clausule kan luiden in een echtscheidingstestament:

‘Het voorwaardelijk karakter van de verkrijging van de bezwaarde vervalt, zodat zijn/haar verkrijging uit mijn erfenis niet aan de verwachters zal toevallen, als mijn

¹⁵⁹ In § 2.3 ga ik, bij de vraag hoe het *onvoorwaardelijk* vervreemden en verteren door de bezwaarde moet worden opgevat, uit van de tweede kwalificatie.

¹⁶⁰ P. Blokland en A.H.N. Stollenwerck, *De uiterste wil van de bezwaarde en het overschot (II)*, WPNR 2004/6575.

voornoemde ex-echtgenote niet als rechtverkrijgende in de nalatenschap van de bezwaarde optreedt.’

Men kan dat ook formuleren in termen van bevoegdheden:

De bezwaarde is bevoegd bij uiterste wil over het fideicommissaire vermogen te beschikken. In afwijking van de vorige zin is de bezwaarde niet bevoegd het fideicommissaire vermogen na te laten aan mijn voornoemde ex-echtgenote.

Beide formuleringen volstaan denk ik, gelet op de uitspraak van de Hoge Raad in het boerenplaatsje-arrest. Hoe anders kan dat zijn als de insteller andere situaties wil opnemen waarin het voorwaardelijk karakter van de verkrijging van de bezwaarde vervalst. Stel dat de insteller de volgende situaties aanwijst waarin het voorwaardelijk karakter van de verkrijging van de bezwaarde vervalst:

1. als de bezwaarde ten tijde van het aangewezen tijdstip één of meer afstammelingen heeft tot wie hij in familierechtelijke betrekking staat;
2. zodra de bezwaarde na het overlijden van de insteller tot een kind in familierechtelijke betrekking komt te staan;
3. als de bezwaarde ten tijde van het aangewezen tijdstip gehuwd of geregistreerd partner is;
4. zodra de bezwaarde na het overlijden van de insteller een huwelijk of geregistreerd partnerschap aangaat; of
5. als de bezwaarde ten tijde van het aangewezen tijdstip minder dan een bepaald bedrag aan eigen vermogen heeft.

In al deze situaties is mijns inziens sprake van een afzonderlijke voorwaarde, die onderworpen is aan de bepaling van art. 4:140 lid 1 BW.¹⁶¹ Of brengt de Hoge Raad of de wetgever deze situaties (voorwaarden) onder de hoede van art. 4:141 BW? De toekomst zal het leren.

Tot slot van deze paragraaf nog een boeiende vraag. Stel dat insteller A tot bezwaarde benoemt B en tot verwachter benoemt V. Stel dat A bepaalt dat B het huis dat tot het fideicommissaire vermogen behoort, mag legateren aan zijn echtgenote E. Stel dat B gebruik maakt van die bevoegdheid. Op wie rust het legaat dan? Uit art. 4:117 lid 1 en 2 BW vloeit voort dat een door B gemaakt legaat een uiterste wilsbeschikking is waarin B aan E een vorderingsrecht toekent, welk legaat ten laste van de erfgenaam van B komt. Stel dat B als

¹⁶¹ De insteller kan, ter voorkoming van gevolgen die niet gewenst zijn, de toetsing of aan de afzonderlijke voorwaarde (als hierboven bedoeld) is voldaan eventueel en voor zover nodig koppelen aan het moment direct voorafgaand aan de afloop van de dertigjaarstermijn van art. 4:140 BW in plaats van aan het moment waarop de fideicommissaire voorwaarde in vervulling treedt.

erfgenaam X achterlaat. Het fideicommissaire vermogen gaat bij de vervulling van de voorwaarde over op V. Rust het legaat van het huis nu op X of op V? In de casus van het boerenplaatsje-arrest was sprake van een erfstelling. Het fideicommissaire vermogen ging daardoor in z'n geheel, tezamen met de overige eigen goederen en schulden van de bezwaarde, over op de erfgenamen van de bezwaarde (en niet op de verwachters van de insteller).¹⁶² Bij een legaat werkt dat anders. Het fideicommissaire vermogen gaat dan over op de verwachter (i.c. V). Het huis komt dus niet van rechtswege bij de legataris (i.c. E) terecht. Als aangenomen wordt dat zo'n legaat niettemin mogelijk is, zijn twee opties denkbaar. De eerste is dat art. 4:117 lid 2 BW zo gelezen moet worden dat het legaat ten laste van V komt. De tweede optie is dat de bezwaarde door het maken van deze uiterste wilsbeschikking het huis 'ontdoet van zijn voorwaarde', waardoor het huis toekomt aan X, op wie vervolgens de verplichting rust het huis te leveren aan E. Ik kies voor de eenvoudigste weg, dus de eerste optie. De eenvoud van de eerste optie is nog beter zichtbaar als het legaat van het huis wordt vervangen door een legaat van het vruchtgebruik van het huis. In dat geval dient het huis zelf namelijk wel bij de verwachter V terecht te komen. Slechts het beperkte recht van vruchtgebruik dient ten behoeve van E gevestigd te worden. In de lijn van de eerste optie rust het legaat nu eenvoudigweg op V.¹⁶³ Niet vol te houden is dat de bezwaarde door het maken van deze uiterste wilsbeschikking het beperkte recht van vruchtgebruik 'ontdoet van zijn voorwaarde'. Het beperkte recht van vruchtgebruik is, voordat deze wordt gevestigd, nog geen zelfstandig goed dat tot het fideicommissaire vermogen behoort.¹⁶⁴ De tweede optie is daarom geen begaanbare weg.

¹⁶² De betreffende tekst van het testament van de bezwaarde in het boerenplaatsje-arrest luidde als volgt: 'Ik benoem tot mijn enige erfgename mijner nalatenschap mijn tweede echtgenote, [betrokkene 5], waarbij ik bepaal *dat in deze nalatenschap mede is begrepen het recht dat mij is verleend door mijn eerste echtgenote*, [betrokkene 2] (...) bij haar testament, achttien augustus negentienhonderd zestig verleden (...) *waarbij zij over haar nalatenschap een fidei-commis de residuo instelde, doch mij de bevoegdheid gaf om over het onroerend goed aan de [a-straat] te [plaats] vrijelijk te beschikken, weshalve gemeld vast goed eveneens onder mijn nalatenschap is begrepen.*' (cursief van mij, REB)

¹⁶³ Met andere woorden: de insteller geeft de bezwaarde de bevoegdheid om de verwachters te belasten met de verplichting om een goed te vestigen. Men zou de bevoegdheid van de bezwaarde wellicht ook als een door de insteller aan de bezwaarde gemaakt legaat ten laste van de verwachter kunnen zien, waarbij het vorderingsrecht van de bezwaarde eruit bestaat dat hij van de verwachter verlangt dat deze laatste een goed aan of ten behoeve van een derde, i.c. E, overdraagt of vestigt.

¹⁶⁴ Vgl. de omschrijving van het beperkte recht van Mollema als genoemd in noot 82, waarin het gaat om 'een nieuw, eigensoortig en tevoren niet bestaand recht'.

1.6.3 De ‘voorwaarde’ van het overschot

Bij het fideicommis de residuo gaat slechts het *overschot* op de verwachter over. De vraag dient zich aan of hier sprake is van een bijkomende voorwaarde. Heeft de insteller het aanwezig zijn van een ‘overschot’ niet expliciet als voorwaarde opgenomen, maar de bezwaarde slechts verteringsbevoegdheid toegekend (met wellicht daarbij de ‘constatering’ dat de verwachter daarom het overschot van het verkregene toekomt), dan speelt een soortgelijke vraag. In dat geval is het – ongeacht of de bezwaarde binnen 30 jaar na de insteller overlijdt – de vraag of men kan spreken van een ‘ingebakken’ bijkomende voorwaarde en zo ja, hoe deze voorwaarde ingekleurd kan worden. In § 1.6.3.3 wordt aandacht besteed aan de situatie dat de insteller het aanwezig zijn van een overschot expliciet als voorwaarde heeft opgenomen.

1.6.3.1 Geen bijkomende voorwaarde

Is bij een fideicommis de residuo sprake van een ‘ingebakken’ bijkomende voorwaarde van het overschot? Art. 4:182 BW scheidt de overgang van de goederen¹⁶⁵ van de insteller (lid 1) van de overgang van de schulden van de insteller (lid 2). Men kan stellen dat als de insteller alleen schulden (en dus geen goederen) nalaat, deze schulden bij het in vervulling gaan van de voorwaarde van rechtswege overgaan op de verwachter. Ook wanneer de insteller bij zijn overlijden wel goederen (en schulden) nalaat, maar de bezwaarde alle goederen verteert of deze door toeval teniet gaan, blijft staan dat de schulden over kunnen gaan op grond van art. 4:182 lid 2 BW. Dit pleit er voor om de voorwaarde van het overschot *niet* als een ‘ingebakken’ bijkomende voorwaarde te beschouwen. Toch kan men daaraan twijfelen, omdat uit de omschrijving die de wet van het fideicommis *de residuo* geeft (art. 4:141 BW; vgl. art. 4:56 lid 4 BW), blijkt dat de fideicommissaire making ziet op het ‘onverteerde deel’ van de nalatenschap. Omdat schulden niet ‘verteerd’ kunnen worden, zou een fideicommis de residuo volgens deze omschrijving niet alleen op schulden kunnen zien.¹⁶⁶ Stel dat toch sprake is van een ‘ingebakken’ bijkomende voorwaarde, dan doemt de vraag op hoe men die voorwaarde moet inkleuren. Daarover gaat de volgende paragraaf.

¹⁶⁵ Art. 4:182 lid 1 BW spreekt overigens van ‘voor overgang vatbare rechten’.

¹⁶⁶ Bij een zuiver fideicommis geldt de voorwaarde van een overschot niet. In dat geval gaan in bovenbedoelde situatie de schulden zeker op de verwachter over. Bij een zuiver fideicommis kan de afwezigheid van goederen bijvoorbeeld voortvloeien uit het feit dat de insteller van het fideicommis slechts schulden nalaat of omdat alle tot de nalatenschap behorende goederen ‘tijdens de rit’ door toeval teniet zijn gegaan.

1.6.3.2 Saldo- en activa-theorie

Stel dat sprake is van een ‘ingebakken’ bijkomende voorwaarde. Uitgaande van het normale spraakgebruik is sprake van een *overschot* wanneer het *saldo* van de bezittingen en schulden positief is. Dat betekent dat bij een negatieve nalatenschap¹⁶⁷ de bijkomende voorwaarde niet wordt vervuld. Ik spreek hier voor het gemak van de ‘saldo-theorie’. Stel E overlijdt. Stel dat B als bezwaarde de nalatenschap erft die bestaat uit één actief (een woning, waard € 100.000) en één passief (een hypotheekschuld van € 50.000). V is verwachter. Wanneer bij het overlijden van de bezwaarde het actief is gedaald in waarde naar € 40.000, terwijl de schuld van € 50.000 nog niet is voldaan, is in de saldo-theorie geen sprake van een overschot. B (of zijn rechtverkrijgende) is dan onvoorwaardelijk gerechtigd tot het fideicommissaire vermogen.

De doctrine spreekt wel van een *overschot*;¹⁶⁸ de wet niet. De wet spreekt van het *onverteerd* blijven van het aan de bezwaarde nagelatene of vermaakte.¹⁶⁹ Aangezien men schulden niet kan verteren, kan gesteld worden dat de wet ziet op de nagelaten of vermaakte *goederen*. De voorwaarde is alleen dan vervuld als alle activa zijn verteerd. Zolang er ten minste nog één actief aanwezig is, kan de voorwaarde van het aanwezig zijn van een *overschot* vervuld worden. Dit noem ik kortheidshalve de ‘activa-theorie’. In genoemd voorbeeld is de woning er nog. Al is deze slechts € 40.000 waard, bij toepassing van de activa-theorie gaat het fideicommissaire vermogen onder algemene titel over op de verwachter.

Voor de saldo-theorie pleit dat bij de woorden ‘het nagelatene’ en ‘het vermaakte’ heel goed past dat daartoe schulden behoren.¹⁷⁰ Daarnaast merk ik op dat de wet vaker met een saldo-begrip werkt, bijvoorbeeld in art. 4:15 lid 2

¹⁶⁷ Of zuiverder geformuleerd: bij een nalatenschap waarvan het saldo van de activa en passiva kleiner of *gelijk aan nihil* is.

¹⁶⁸ Zie bijvoorbeeld A.H.N. Stollenwerck, *Over het graf heen: fidei-commissaire making of tweetrapsmaking*, FTV 2007/6, p. 5, P. Blokland en A.H.N. Stollenwerck, *De uiterste wil van de bezwaarde en het overschot (I) en (II)*, WPNR 2004/6574 en 2004/6575 en J.B. Vegter, *Making/schenking over de hand van het overschot en de vruchten van het vermaakte/geschonken vermogen*, WPNR 2008/6764, p. 607.

¹⁶⁹ Zie art. 4:56 lid 4 BW en art. 141 BW.

¹⁷⁰ Zie ook J.B. Vegter, *Grondslagen der beneficiaire aanvaarding naar Nederlands en Duits recht*, diss. Leiden, Kluwer: Deventer 1989, p. 5-12 die drie mogelijke omschrijvingen van het begrip *vermogen* geeft: onder het vermogen van een (rechts)persoon kunnen worden verstaan 1. de bezittingen en schulden, 2. alleen de vermogensrechten, waarop de schulden ‘drukken’ en 3. het ‘rekenkundige saldo’ van de bezittingen en schulden. De laatste omschrijving wordt ook wel een economische benadering van het vermogensbegrip genoemd. Een op basis van het economische vermogensbegrip genoemd *overschot* is juridisch moeilijk te kwalificeren in termen van vermogensrechten of verbintenissen.

aanhef en sub a BW en art. 3:196 lid 1 BW (benadeling van een ‘deelgenoot’ bij dwaling omtrent de *gesaldeerde* waarde van de verdeelde goederen en schulden). Voor de activa-theorie pleit dat deze theorie rechtsonzekerheid vermijdt. Bij de saldo-theorie kan in beginsel slechts na de vereffening van de nalatenschap vastgesteld worden of de nalatenschap negatief is. De vraag is dan: wie mag vereffenen? De verwachter zolang niet vaststaat dat het saldo negatief is, of de bezwaarde (of zijn rechtverkrijgende) die moet vaststellen of de nalatenschap positief of negatief is? Omdat de opvolging onder algemene titel voor de verwachter zijn werking eerst krijgt op het moment dat de voorwaarde wordt vervuld, heeft een vereffening door de bezwaarde bij een daarna vast te stellen positief saldo, tot gevolg dat de afwikkeling door een onbevoegd persoon is geschied. Bij een vereffening door de verwachter bij een daarna vast te stellen negatief saldo heeft dit eveneens tot gevolg dat de afwikkeling door een onbevoegd persoon is geschied. Mede omdat de vereffening van de nalatenschap verstreckende gevolgen met zich kan brengen, bijvoorbeeld op het gebied van aansprakelijkheid van de vereffenaar, is helderheid nodig wie mag vereffenen.¹⁷¹ De problemen bij de saldo-theorie kan men mogelijk oplossen door bij het ‘rekenkundig overschot’ als peilmoment de dag van het overlijden van de bezwaarde te kiezen. Het blijft dan echter nog steeds de vraag of er niet vereffend moet worden om vast te stellen wat de waarde op het peilmoment was. Hoe dan ook, bij de activa-theorie is helder wie mag vereffenen: zijn er één of meer activa, dan is de voorwaarde vervuld en vereffent de verwachter. Is er geen enkel activum meer, dan is de voorwaarde niet vervuld en vereffent de bezwaarde. De argumenten afwegend, ben ik van mening dat – mocht sprake zijn van een ingebakken bijkomende voorwaarde – de rechtszekerheid het meest gediend is bij de activa-theorie. Bij de activa-theorie kan geen strijd ontstaan

¹⁷¹ Overigens is in de wet wel vaker sprake van onzekerheid omtrent bevoegdheden. In art. 4:202 lid 1 aanhef en onder a BW staat bijvoorbeeld een uitzondering op de verplichting tot vereffening als er een tot voldoening van de opeisbare schulden en legaten bevoegde executeur is en deze kan aantonen dat de goederen der nalatenschap ruimschoots toereikend zijn om alle schulden der nalatenschap te voldoen. Dit kan op en neer gaan (bijvoorbeeld aandelen met een waarde van € 20.000 en een schuld van € 10.000; enige dagen later zijn de aandelen nog € 5.000 waard, een week later € 7.500, enzovoorts). Is de executeur nu wel of niet bevoegd? In dit geval is wellicht de oplossing te vinden in art. 4:149 lid 3 BW, dat bepaalt: ‘een gewezen executeur blijft verplicht te doen wat niet zonder nadeel voor de afwikkeling van de nalatenschap kan worden uitgesteld, totdat degene die na hem tot het beheer van de nalatenschap bevoegd is, dit heeft aanvaard’. Dit betekent dat hier geen sprake is van ‘onbevoegde handelingen’ als zijn taak zou zijn geëindigd. Zie hieromtrent ook W.D. Kolkman, *Schulden der nalatenschap*, diss. Groningen, Kluwer: Deventer 2006, p. 290 en 291, noot 81.

omtrent de vraag of sprake is van een *rekenkundig overschot*, waarbij men eventueel derden (waardedeskundigen) moet betrekken.¹⁷²

1.6.3.3 Toch een bijkomende voorwaarde: de insteller spreekt

Neemt de insteller in zijn testament het aanwezig zijn van een overschot expliciet als voorwaarde op,¹⁷³ dan is dit mijns inziens een bijkomende voorwaarde die onderworpen is aan art. 4:140 BW.¹⁷⁴ De voorwaarde van het ‘overschot’ vervalt als deze voor de verwachter als een ontbindende voorwaarde is geformuleerd en de vervulling van de fideicommissaire kernvoorwaarde langer dan 30 jaar op zich laat wachten.¹⁷⁵ De fideicommissaire beschikking blijft dan voor de verwachter in stand. Als de verwachter de bezwaarde overleeft, treedt in beginsel de voorwaarde in vervulling, ook al is geen sprake van een overschot.¹⁷⁶ Overlijdt de bezwaarde binnen 30 jaar na het overlijden van de insteller, dan vinden de hiervoor in § 1.6.3.2 gemaakte opmerkingen overeenkomstige toepassing.

Stel dat de bezwaarde, gelet op art. 4:140 lid 1 BW, binnen 30 jaar na het overlijden van de insteller overlijdt, en dat vastgesteld kan worden dat de insteller een *rekenkundig overschot* (saldo-theorie) bedoeld heeft. In dat geval kan gedurende lange(re) tijd onzekerheid bestaan omtrent de vraag wie gerechtigd is tot de nalatenschap en daarmee bij wie de schuldeisers der nalatenschap zich moeten melden (als er nog onvoldane schulden zijn). De insteller doet er in ieder geval wijs aan te bepalen dat de betrokkenen het al dan niet aanwezig zijn van een rekenkundig overschot spoedig na het overlijden van

¹⁷² Dat wil overigens niet zeggen dat de activa-theorie niet van praktische problemen ontbloomt is. Niet altijd is duidelijk of er nog activa tot het fideicommissaire vermogen behoren.

¹⁷³ Zie A.H.N. Stollenwerck, *Over het graf heen: fidei-commissaire making of tweetrapsmaking*, FTV 2007/6, p. 5.

¹⁷⁴ Tenzij ook hier de ‘voorwaarde’ van het overschot onder de vleugels van art. 4:141 BW kan worden gebracht. In het navolgende ga ik ervan uit dat art. 4:140 BW wel van toepassing is.

¹⁷⁵ Overigens geldt hier een temporeel probleem: de voorwaarde behelst eigenlijk de aanwezigheid van een overschot op het moment van vervulling van de echte fideicommissaire voorwaarde. Dat is niet mogelijk omdat art. 4:140 BW de toetsing na 30 jaar aanlegt (terwijl in dit geval de fideicommissaire kernvoorwaarde later intreedt). Wellicht kan gesteld worden dat er dan in het geheel niet getoetst hoeft te worden of sprake is van een overschot of dat er getoetst wordt of er een overschot is alsof de fideicommissaire kernvoorwaarde op dat moment (30 jaar na het overlijden van de insteller) in vervulling zou zijn gegaan. Zou de bijkomende voorwaarde van het overschot als opschortende voorwaarde zijn geformuleerd, dan zou de vraag rijzen of de voorwaarde van het overschot ‘niet is vervuld’. Ook daarbij speelt het temporele probleem.

¹⁷⁶ Bij een positief saldo van de nalatenschap is de uitkomst gelijk aan hetgeen de insteller heeft gewenst, namelijk dat de verwachter het overgebleven vermogen onvoorwaardelijk erft. Bij een negatief saldo van de nalatenschap is het voor de verwachter te hopen dat hij beneficiair aanvaardt of dat hij verwerpt.

de bezwaarde dienen vast te stellen, maar in ieder geval binnen de driemaandstermijn als bedoeld in art. 4:185 lid 1 BW.¹⁷⁷ Maar zelfs dan blijft de kwestie wat gebeurt als achteraf blijkt dat er niet juist is gerekend of dat de omvang van de nalatenschap groter of kleiner bleek te zijn. De voorwaarde kan blijken toch niet of juist wel vervuld te zijn. Duidelijk is dat dit goederenrechtelijke (rechts)onzekerheid meebrengt.¹⁷⁸

Overigens kan de insteller ook bij een zuiver fideicommiss bepalen dat sprake moet zijn van een overschot, immers de goederen der nalatenschap kunnen teniet gaan zonder dat daarvoor een vergoeding in de plaats komt, terwijl de schulden blijven staan. De insteller kan ook slechts schulden nalaten. De insteller moet met de voorwaarde van het overschot dan bedoeld hebben een bijkomende voorwaarde op te nemen. Stel dat de bezwaarde, gelet op art. 4:140 lid 1 BW, binnen 30 jaar na het overlijden van de insteller overlijdt. In dat geval blijft wederom de vraag staan of sprake is van de ‘saldo-theorie’ of van de ‘activa-theorie’.

1.6.3.4 Conclusies over de ‘voorwaarde’ van het overschot

Ik concludeer, het vorenstaande overziend, als volgt. Het aanwezig zijn van een overschot bij een fideicommiss de residuo dient *niet* te worden gezien als een bijkomende voorwaarde, tenzij dit expliciet is bepaald.¹⁷⁹ Het fideicommissaire vermogen, bestaande uit goederen *en/of* schulden, gaat over op de verwachter op het aangewezen tijdstip.

De insteller bedenke zich tweemaal voor hij het aanwezig zijn van een overschot expliciet als bijkomende voorwaarde opneemt. Is sprake van een expliciete bijkomende voorwaarde, dan geniet de activa-theorie de voorkeur.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Art. 4:185 lid 1 BW is tevens van toepassing bij de overgang op de verwachter. Zie nader daarover § 3.3.2.

¹⁷⁸ Voor een relativering verwijs ik naar noot 172.

¹⁷⁹ Het fideicommiss de residuo blijft zo ook mooier in lijn met het zuiver fideicommiss. Gesteld kan worden dat het niet twee afzonderlijke rechtsfiguren betreft, maar dat een fideicommiss de residuo slechts als bijzonderheid – ten opzichte van het zuiver fideicommiss – heeft dat de bezwaarde onvoorwaardelijk mag vervreemden, bezwaren en verteren.

¹⁸⁰ Ik prefereer de activa-theorie ook boven de saldo-theorie als de insteller de voorwaarde van het overschot bij een *zuiver fideicommiss* expliciet opneemt. Neemt de insteller de voorwaarde van het overschot bij een zuiver fideicommiss niet op, dan concludeer ik dat de goederen en schulden overgaan op de verwachter, ongeacht of sprake is van een positieve of negatieve nalatenschap (waarbij het bij een negatieve nalatenschap niet uitmaakt of er wel of geen activa meer zijn). Dat is van groot belang als de verwachter niet meer kan verwerpen.

1.7 Conclusies

Uit het voorgaande kunnen de volgende conclusies getrokken worden.

1. Om de rechtsfiguur van het fideicommiss beter te begrijpen kan men zeggen dat de nalatenschap van de insteller bij de overgang op een verwachter als het ware opnieuw openvalt.
2. Hangende de voorwaarde neemt de bezwaarde ten aanzien van de goederen der nalatenschap de positie in van gerechtigde, zij het dat hij de goederen houdt onder een voorwaarde. Men dient deze *goederenrechtelijke blik* op de zaak scherp te onderscheiden van de ‘interne verhouding’ tussen de bezwaarde en de verwachter. De wet kleurt de positie van de bezwaarde als *hoofdgerechtigde* in met de genotsbevoegdheden en -verplichtingen van een *beperkt gerechtigde*.
3. Vervalt het erfgenaamschap van alle verwachters, dan valt de beperking van de voorwaarde weg voor de bezwaarde en wordt hij onvoorwaardelijk gerechtigde.
4. Hangende de voorwaarde hebben schuldeisers der nalatenschap geen last van de voorwaardelijkheid van het erfgenaamschap van de bezwaarde. De fideicommissaire goederen waarmee de schulden der nalatenschap worden voldaan of die worden uitgewonnen in verband met de schulden der nalatenschap, gaan in onvoorwaardelijke staat op de schuldeisers der nalatenschap of executiekopers over. Gaat de voorwaarde in vervulling, dan is de bezwaarde met betrekking tot de schulden der nalatenschap niet langer schuldenaar. Mogelijk blijft de bezwaarde, als hij zuiver heeft aanvaard, wel verhaalsaansprakelijk voor de schulden waarvoor hij voordien aansprakelijk was (Haftung ohne Schuld). Vervalt het erfgenaamschap van alle door de insteller benoemde verwachters, dan is de bezwaarde onvoorwaardelijk schuldenaar.
5. De goederen der nalatenschap gaan van de insteller, via de bezwaarde, over op de verwachter als de voorwaarde in vervulling gaat. Dit geschiedt van rechtswege. De verwachter heeft hangende de voorwaarde een goederenrechtelijke positie ten aanzien van de goederen der nalatenschap. Zijn recht kan beschouwd worden als een goederenrechtelijk recht *sui generis*, dat dicht aanligt tegen het beperkte recht, doch daarmee niet vereenzelvigd kan worden. De gevolgen die de goederenrechtelijke positie van de verwachter heeft voor de bezwaarde, kunnen inzichtelijk worden gemaakt door het recht van de verwachter te vergelijken met het beperkte recht.

6. Ten aanzien van de schulden der nalatenschap is de positie van de verwachter complementair aan die van de bezwaarde: van de verwachter kan hangende de voorwaarde niet gezegd worden dat op hem enige verplichting (schuld) rust. Gaat de voorwaarde in vervulling, dan wordt hij van rechtswege schuldenaar van de schulden der nalatenschap die voor de vervulling van de voorwaarde zijn ontstaan en die niet met de vervulling van de voorwaarde tenietgaan.
7. Subsidiaire verwachters komt hangende de voorwaarde geen recht, maar een verwachting toe. Dat betekent onder meer dat de bezwaarde hangende de voorwaarde alleen met de primaire verwachter van doen heeft als het gaat om de nakoming van zijn 'vruchtgebruikverplichtingen' en, bij een zuiver fideicommiss, om het verzoeken van toestemming voor een vervreemding of bezwaring. Zijn ongeborenen als primaire verwachters aangewezen, maar staan er wel bestaande personen in de 'plaatsvervullingsrij', dan heeft die subsidiaire verwachter, zolang er geen primaire verwachter bestaat, de rol van 'tijdelijke' primaire verwachter. Eventuele handelingen van een primaire verwachter worden toegerekend aan de subsidiaire verwachter als een primaire verwachter wegvalt (bijvoorbeeld door het overlijden van de primaire verwachter). De zogenaamde 'tweede' verwachter bevindt zich, zolang de overgang op de 'eerste' verwachter niet heeft plaatsgevonden, in dezelfde positie als een subsidiaire verwachter.
8. Heeft de insteller een bijkomende voorwaarde gesteld voor de verwachter (bijvoorbeeld het halen van een rijbewijs), dan geldt voor die afzonderlijke voorwaarde de hoofdregel van art. 4:140 lid 1 BW. Breekt het door de insteller aangewezen tijdstip binnen 30 jaar na het overlijden van de insteller aan en is de voorwaarde nog niet vervuld, dan wordt de bezwaarde onvoorwaardelijk gerechtigd tot de nalatenschap. Breekt het aangewezen tijdstip 30 jaar of later na het overlijden van de insteller aan en is de bijkomende voorwaarde als een opschortende voorwaarde geformuleerd en nog niet vervuld na 30 jaar, dan vervalt de beschikking ten behoeve van de verwachter. Is de bijkomende voorwaarde als ontbindende voorwaarde uitgeschreven, dan vervalt de bijkomende voorwaarde na 30 jaar en blijft de beschikking (onder de fideicommissaire kernvoorwaarde) voor de verwachter in stand.
9. Bepaalt de insteller dat de bezwaarde ook bij uiterste wil over het fideicommissaire vermogen mag beschikken, dan dient deze mogelijkheid gekwalificeerd te worden als een 'bevoegdheid' om te vervreemden en te verteren. Minder geschikt is de kwalificatie dat sprake is van een voorwaardelijke making voor de bezwaarde onder de ontbindende

respectievelijk opschortende voorwaarde dat de bezwaarde wel respectievelijk niet bij uiterste wil over het fideicommissaire vermogen heeft beschikt. Door te kiezen voor de kwalificatie van een bevoegdheid, is de niet-toepasselijkheid van dertigjaarstermijn van art. 4:140 lid 1 BW beter te begrijpen.

10. Is sprake van een fideicommiss de residuo, dan dient men het aanwezig zijn van een 'overschot' niet als 'ingebakken' bijkomende voorwaarde te zien. Als er nog goederen of schulden in de nalatenschap aanwezig zijn, gaan deze bij de vervulling van de voorwaarde over op de verwachter (tenzij alle verwachters verwerpen). Neemt de insteller het 'overschot' expliciet als bijkomende voorwaarde op, dan bedenke hij zich welke consequenties dat heeft als niet duidelijk is of de nalatenschap positief is. Formuleert hij het 'overschot' als in de 'activa-theorie', dan brengt dit de minste problemen mee. Neemt hij de 'saldo-theorie' als uitgangspunt, dan doet hij er goed aan uit te schrijven op welke wijze de vaststelling van dat saldo dient te geschieden, zodat snel na het aanbreken van het door de insteller aangewezen tijdstip vastgesteld wordt of de voorwaarde is vervuld.

2 De verhouding tussen de bezwaarde en de verwachter

2.1 Inleiding

Dit hoofdstuk houdt zich bezig met de verhouding tussen de bezwaarde en de verwachter. Eerst volgen enige gedachten over de ‘externe’ positie die de bezwaarde en de verwachter innemen. Na een kort intermezzo over het snijvlak tussen de ‘externe’ positie en de interne verhouding, komt de interne verhouding om de hoek kijken.

In § 2.2 wordt de status van het recht van de bezwaarde en van de verwachter ten opzichte van derden onderzocht. De eerste vraag (§ 2.2.1) betreft hoe de bezwaarde derden tegemoet treedt als het gaat om de in art. 4:138 lid 1 BW bedoelde bevoegdheden en rechtsvorderingen. Hoe derden de bezwaarde benaderen bij de uitoefening van hun uit art. 4:138 lid 1 BW bedoelde bevoegdheden en rechtsvorderingen, staat centraal in § 2.2.2.

Voordat vanaf § 2.4 wordt ingegaan op de ‘echte’ interne verhouding tussen de bezwaarde en verwachter, zoekt § 2.3 het snijvlak tussen het externe en interne op, door te kijken naar de onvoorwaardelijke vervreemding of bezwaring door de bezwaarde. Een dergelijke vervreemding of bezwaring brengt de bezwaarde, de verwachter en de derde samen op het kruispunt van de interne en externe aspecten van het fideicommiss. De parlementaire geschiedenis komt in § 2.3.1 aan bod. In § 2.3.2 wordt behandeld hoe de onvoorwaardelijke vervreemding of bezwaring door de bezwaarde kan worden beschreven.

Zoals gezegd gaat het vanaf § 2.4 om de ‘echte’ interne verhouding tussen de bezwaarde en verwachter. In § 2.4.1 bespreek ik de achtergrond van de keus van de wetgever om de vruchtgebruikstitel (titel 3.8 BW) van overeenkomstige toepassing te verklaren op de fideicommissaire erfstelling. § 2.4.2 kijkt of de gekozen bepalingen die van overeenkomstige toepassing zijn, een dwingend karakter kennen als deze op het fideicommiss worden toegepast. In dat kader bespreek ik ook of het voordelen biedt als de insteller het fideicommiss niet ‘in goederen’ maar ‘in geld’ vormgeeft. Vervolgens stel ik drie positieve en drie negatieve criteria op (§ 2.4.3), aan de hand waarvan iedere bepaling van titel 3.8 BW wordt getoetst aan het fideicommiss. De volgende vraag (§ 2.4.4) is of de toepasselijke bepalingen van goederenrechtelijke of verbintenisrechtelijke aard zijn.

In § 2.5 ga ik alle vruchtgebruikbepalingen één voor één langs. Ik begin met in § 2.5.1 te bekijken welke bepalingen bij een fideicommiss de residuo geen of juist wel toepassing vinden. § 2.5.2 somt de toepasselijke bepalingen voor zowel

het zuiver fideicommiss als het fideicommiss de residuo (voor zover niet uitgezonderd in § 2.5.1) op. In § 2.5.2.1 tot en met § 2.5.2.5 worden de toepasselijke bepalingen in categorieën onderverdeeld. Dan volgt een beschrijving van de bepalingen die niet van toepassing zijn (§ 2.5.3). § 2.5.4 behandelt kort het overgangsrecht.

§ 2.6 geeft een soort samenvatting van de voorgaande paragrafen door art. 4:138 lid 1 en 2 BW te herschrijven.

In § 2.7 en § 2.8 zoom ik in op twee belangrijke bepalingen voor het fideicommiss. § 2.7 handelt over de zaaksvervangingsregeling en dan vooral (§ 2.7.1) over zaaksvervangings bij registergoederen. In § 2.7.1.1, § 2.7.1.2 en § 2.7.1.3 wordt aandacht besteed aan de heersende leer over de zaaksvervangings bij registergoederen en de kritiek daarop, waarna in § 2.7.1.4 nog enkele aspecten volgen over zaaksvervangings, waaronder ook de deontologie van de notaris. § 2.7.2 behelst de met zaaksvervangings samenhangende leer van de vergoedingsrechten en -plichten die over en weer tussen het fideicommissaire vermogen en het eigen vermogen van de bezwaarde kunnen ontstaan.

§ 2.8 bespreekt de verteringsbevoegdheid van de bezwaarde bij het fideicommiss de residuo. Ik onderzoek wat onder de term vertering moet worden verstaan en of het van belang is (§ 2.8.1) uit welk vermogen de bezwaarde de uitgave feitelijk doet. In § 2.8.2 onderscheid ik verschillende aspecten van schulden, met als doel erachter te komen of men de voldoening van een betreffende schuld door de bezwaarde als vertering kan aanmerken. Dat het fideicommissaire vermogen ook ‘indirect’ belast kan worden met schulden, bespreek ik in § 2.8.3.

Vervolgens komt het zogenaamde omslagstelsel aan bod (§ 2.9). Hoewel dit veelal alleen bij het fideicommiss de residuo gewenst zal zijn, is het niet ondenkbaar dat dit in aangepaste vorm ook bij een zuiver fideicommiss speelt. In § 2.9.1 wordt besproken wat een omslagstelsel behelst, in § 2.9.2 hoe een dergelijk omslagstelsel vormgegeven kan worden en in § 2.9.3 welke problemen daarbij opdoemen.

Hoewel in art. 4:138 lid 2 BW alleen titel 3.8 BW van overeenkomstige toepassing is verklaard, staat in § 2.10 de mogelijke toepassing van vruchtgebruikbepalingen uit de andere boeken van het BW in de schijnwerpers. Ik beperk mij daarbij tot boek 2 BW (§ 2.10.1), boek 5 BW (§ 2.10.2), boek 6 BW (§ 2.10.3) en boek 7 BW (§ 2.10.4).

Tot slot van dit hoofdstuk komt in § 2.11 een aspect aan bod dat de interne verhoudingen tussen de bezwaarde en verwachter weer verbindt met de

buitenwereld: de kenbaarheid van de fideicommissaire verhouding in het rechtsverkeer.

§ 2.12 sluit af met een conclusie.

Ter inleiding van dit hoofdstuk nog het volgende. In de praktijk wordt nogal eens opgemerkt dat de verwachter nog niets heeft ('hij erft toch pas als de voorwaarde vervuld is?')¹⁸¹ en dat de insteller de bezwaarde, zeker bij een fideicommis de residuo, daarom zou (moeten) kunnen bevrijden van alle bemoeienis door de verwachter met het fideicommissaire vermogen. Men haalt Pitlo soms aan,¹⁸² die – onder het oude recht – opmerkte:

'Tien vogels in de lucht telt de verwachter en hij benijdt hem, die er een in de hand houdt.'¹⁸³

Deze uitspraak maakte Pitlo niet vanwege het feit dat de verwachter geen belang bij het bezwaarde vermogen heeft, maar vanwege de bijzonderheid dat de bezwaarde alle goederen kan *verteren*. Pitlo maakte de vergelijking met de blote eigenaar wiens recht met vruchtgebruik is belast, die:

'ten minste de zekerheid [heeft], dat hij of zijn erfgenamen eens tot den vollen eigendom zullen komen.'¹⁸⁴

Omdat, sinds het BW van 1992, de erflater aan een vruchtgebruiker de bevoegdheid tot vertering kan toekennen, dient men zich te realiseren dat het onderscheid tussen een fideicommis de residuo en een vruchtgebruik met verteringsbevoegdheid niet meer heel groot is. Althans, *gedurende* het vruchtgebruik en *hangende* de voorwaarde zijn de posities van de vruchtgebruiker en bezwaarde respectievelijk hoofdgerechtigde en verwachter voor een groot deel vergelijkbaar. Ook de in de literatuur gevoerde discussies

¹⁸¹ In 'Radar'-testamenten (langstlevende erfgenaam onder ontbindende voorwaarde van overlijden en kinderen erfgenamen onder een daarbij aansluitende opschortende voorwaarde van overleven) zie ik wel eens staan dat de kinderen 'bij het eerste overlijden' worden *onterfd*. Dit is niet juist. Zij erven wel degelijk, zij het onder opschortende voorwaarde.

¹⁸² Zie bijvoorbeeld Vegter in noot 4 van zijn in noot 270 genoemde naschrift bij de discussie tussen hem en Verstappen, alsmede J.B. Spath, *Zaaksvervanging*, Serie Onderneming en Recht, Kluwer: Deventer 2010, p. 80.

¹⁸³ A. Pitlo, *Het Fideicommis de Residuo*, preadvies van de Broederschap der Candidaat-Notarissen (1952), p. 75.

¹⁸⁴ A. Pitlo, *Het Fideicommis de Residuo*, preadvies van de Broederschap der Candidaat-Notarissen (1952), p. 75.

over de vraag of de verwachter een recht heeft of niet¹⁸⁵ en over het al dan niet dwingendrechtelijk karakter van de van overeenkomstige toepassing verklaarde vruchtgebruikbepalingen,¹⁸⁶ kunnen van invloed zijn op de gedachte dat de verwachter hangende de voorwaarde nog geen of een (aan dat van de bezwaarde) ondergeschikt belang heeft. Ik onderbouw in dit hoofdstuk dat men de positie van de verwachter serieus moet nemen.

2.2 De ‘externe’ positie van de bezwaarde, de verwachter en derden

Eerst ga ik in op art. 4:138 lid 1 BW. Ik maak onderscheid tussen derden jegens wie door de bezwaarde rechten en rechtsvorderingen uitgeoefend/ingesteld kunnen worden (§ 2.2.1) en derden die jegens de bezwaarde rechten en rechtsvorderingen kunnen uitoefenen/instellen (§ 2.2.2). De in art. 4:138 lid 1 BW gebruikte term ‘rechten’ is weinig gelukkig. In art. 4:138 lid 1 BW zijn de *bevoegdheden* bedoeld die een rechthebbende van een goed of die een schuldeiser kan uitoefenen. Deze bevoegdheden vormen zelf geen subjectief recht.¹⁸⁷ Ik gebruik hierna de term bevoegdheden waar de wet spreekt van rechten.

2.2.1 Derden jegens wie door de bezwaarde bevoegdheden en rechtsvorderingen uitgeoefend/ingesteld kunnen worden

Wanneer de bezwaarde jegens *derden* bevoegdheden kan uitoefenen, bepaalt art. 4:138 lid 1 BW dat, ondanks het feit dat de bezwaarde de goederen der nalatenschap onder ontbindende voorwaarde houdt, hij wordt aangemerkt als uitsluitend (onvoorwaardelijk) rechthebbende. Art. 4:138 lid 1 BW vergemakkelijkt de positie van de bezwaarde. De bezwaarde kan zonder medewerking of toestemming (en dus met uitsluiting) van de verwachter bedoelde bevoegdheden uitoefenen. Art. 4:138 lid 1 BW bedoelt met het woord ‘rechthebbende’ niet de rechthebbende van bedoelde bevoegdheden, aangezien die bevoegdheden geen vermogensrechten vormen. Bedoeld wordt dat de bezwaarde, alsof hij de enige (onvoorwaardelijke) rechthebbende van het fideicommissaire goed is, met uitsluiting van de verwachter bevoegd is tot het uitoefenen van die bevoegdheden.

¹⁸⁵ Zie daarover bijvoorbeeld W. Burgerhart, *Is iedere fideïcommissaire schenking een voorwaardelijke (tweetraps)gift?*, WPNR 2011/6897. In hoofdstuk 1 ben ik tot de conclusie gekomen dat de wet de verwachter een recht toekent.

¹⁸⁶ Zie hierover nader § 2.4.2.

¹⁸⁷ Vgl. T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007, p. 602 e.v. en hiervoor in § 1.5.1.

Met het oog op het bepaalde in art. 4:138 lid 1 BW kan het zinvol zijn om twee soorten bevoegdheden voor *de bezwaarde* te onderscheiden: enerzijds die bevoegdheden die de bezwaarde jegens de verwachter kan uitoefenen¹⁸⁸ (hierna te noemen: interne bevoegdheden¹⁸⁹) en anderzijds die bevoegdheden die de bezwaarde jegens derden (niet zijnde de verwachter)¹⁹⁰ kan uitoefenen (hierna te noemen: externe bevoegdheden). Voorbeelden van interne bevoegdheden van de bezwaarde zijn het gebruik van een goed, het verbruiken van een goed, het vruchttrekken, het verteren van een goed, het onvoorwaardelijk vervreemden van een goed, het afstand doen van een goed. Voorbeelden van externe bevoegdheden van de bezwaarde zijn het innen van een vordering, het uitoefenen van stemrecht op aandelen, het revindiceren van een goed, het vragen van nakoming van een prestatie, het verhaal nemen op een goed van een derde.

Men kan de bevoegdheden van de bezwaarde ook, in de woorden van Struycken,¹⁹¹ onderscheiden in:

‘enerzijds de bevoegdheden die behoren tot de inhoud van een vermogensrecht en anderzijds de bevoegdheden die verband houden met het daartoe gerechtigd zijn, soms aangeduid als het ‘toebehoren’. Met het toebehoren houdt dan bijvoorbeeld de beschikkingsbevoegdheid verband; het gaat om een bevoegdheid tot een goed. Met de inhoud van het vermogensrecht waarop dat toebehoren betrekking heeft, houdt bijvoorbeeld bij het recht van vruchtgebruik de gebruiksbevoegdheid verband; het gaat hier om een bevoegdheid uit het goed.’

De hiervoor bedoelde ‘interne bevoegdheden’ en ‘bevoegdheden *uit* een goed’ van de bezwaarde zien dus vooral op de interne verhouding tussen de bezwaarde en de verwachter, terwijl bedoelde ‘externe bevoegdheden’ en ‘bevoegdheden *tot* een goed’ van de bezwaarde vooral betrekking hebben op de externe verhouding tussen de bezwaarde en derden. De interne bevoegdheid van de bezwaarde tot het onvoorwaardelijk vervreemden van een goed, heeft echter in zekere zin externe goederenrechtelijke gevolgen. Zie daarover meer in § 2.3. De huidige leden 1 en 2 van art. 4:138 BW overlappen elkaar enerzijds soms en spreken elkaar anderzijds soms tegen. De bevoegdheden uit art. 3:210 BW (o.a. tot het door de ‘vruchtgebruiker’ in en buiten rechte innen van vorderingen) vloeien bijvoorbeeld voor de bezwaarde al voort uit art. 4:138 lid 1 BW

¹⁸⁸ Die overigens ook jegens derden handhaafbaar zijn.

¹⁸⁹ Men verwarre deze niet met de interne bevoegdheden van de *verwachter*!

¹⁹⁰ Ik laat de situatie dat de verwachter ook ‘derde’ is, bijvoorbeeld omdat tot het fideicommissaire vermogen een vordering op de verwachter behoort, buiten beschouwing.

¹⁹¹ T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007, p. 604.

(overlap). Art. 4:138 lid 1 BW (bezwaarde oefent stemrecht uit op aandelen in een NV of BV) heeft voorrang boven het in art. 4:138 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing verklaarde art. 3:219 BW (afwijking). In gevallen van overlap kan men zeggen dat art. 4:138 lid 2 BW overbodig is. In gevallen van afwijking gaat lid 1 voor op lid 2, hetgeen in overeenstemming is met de beginwoorden ‘voor het overige’ van art. 4:138 lid 2 BW.

Voor het instellen van rechtsvorderingen¹⁹² jegens derden bepaalt art. 4:138 lid 1 BW dat de bezwaarde wordt aangemerkt als uitsluitend rechthebbende. Art. 4:138 lid 1 BW faciliteert de positie van de bezwaarde, aangezien hij de verwachter niet in de rechtsvordering hoeft te betrekken.¹⁹³

2.2.2 Derden die jegens de bezwaarde bevoegdheden en rechtsvorderingen kunnen uitoefenen/instellen

Derden kunnen de bevoegdheden uit de overeenkomsten (of uit andere gronden) ter zake van schulden der nalatenschap (uitsluitend) jegens de bezwaarde uitoefenen. Dat de bezwaarde op grond van zijn voorwaardelijke gerechtigdheid tot de goederen der nalatenschap in beginsel slechts voorwaardelijk kan beschikken over die goederen (waarover meer in § 2.3), betekent niet dat de schuldeiser of executiekoper bij overdracht van goederen ter voldoening of uitwinning van een schuld der nalatenschap, die goederen onder dezelfde voorwaarde verkrijgt. Art. 4:138 lid 1 BW bevestigt dat de schuldeiser/executiekoper onvoorwaardelijk gerechtigd wordt tot de overgedragen/uitgewonnen goederen.¹⁹⁴ Er is dus een verschil tussen het vervreemden door de bezwaarde van een goed ter voldoening van een schuld der nalatenschap en het vervreemden van een goed ter voldoening van een eigen verplichting van de bezwaarde (niet zijnde een schuld der nalatenschap). Tot het eerste is de bezwaarde onvoorwaardelijk bevoegd, tot het tweede (in beginsel) slechts voorwaardelijk. Bij een executieverkoop tot verhaal van een vordering, ter zake

¹⁹² Waaronder ook dient te worden verstaan het indienen van verzoekschriften ter verkrijging van een uitspraak tegen derden, vgl. art. 3:218 BW.

¹⁹³ Hierna spreek ik in beginsel alleen nog van het ‘uitoefenen van bevoegdheden’, waarmee, tenzij anders is aangegeven, ook wordt bedoeld op het ‘instellen van rechtsvorderingen en het indienen van verzoekschriften ter verkrijging van een uitspraak tegen derden’.

¹⁹⁴ Met het onvoorwaardelijk overdragen van een fideicommissair goed ter voldoening van een fideicommissaire schuld verdwijnt een goed uit het fideicommissaire vermogen; de verwachter verliest zijn aanspraak daarop. Daartegenover staat dat een schuld uit het fideicommissaire vermogen verdwijnt. Uit de tekst van art. 4:138 lid 1 BW blijkt thans niet helder dat de bezwaarde van een *zuiver fideicommiss* – in tegenstelling tot bij het fideicommiss de residuo, waar de bezwaarde steeds onvoorwaardelijk kan beschikken – bij ‘vrijwillige’ voldoening van een schuld der nalatenschap het fideicommissaire goed in onvoorwaardelijke staat kan overdragen. Bij de herschrijving van art. 4:138 lid 1 BW (zie § 2.6), noem ik dat wel.

waarvan de daarmee corresponderende schuld een schuld der nalatenschap is, kan de executieschuldeiser de goederen onvoorwaardelijk verkopen. Bij een executieverkoop tot verhaal van een vordering die niet correspondeert met een schuld der nalatenschap, kan de executieschuldeiser de goederen slechts voorwaardelijk verkopen. Art. 4:138 lid 1 BW ziet *alleen* op bevoegdheden die derden tegen de bezwaarde kunnen uitoefenen ter zake van schulden der nalatenschap. Voor eigen (niet-fideicommissaire) schulden van de bezwaarde, kunnen derden verhaal nemen op de eigen (niet-fideicommissaire) goederen van de bezwaarde ‘in onvoorwaardelijke staat’ en op de fideicommissaire goederen van de bezwaarde ‘in voorwaardelijke staat’.¹⁹⁵ Is sprake van een executoriale verkoop van fideicommissaire goederen in verband met schulden die men *niet* als schulden der nalatenschap kan aanmerken, dan geldt als uitgangspunt dat de beslaglegger slechts de goederen in voorwaardelijke staat kan leveren aan de executiekoper. Na overdracht geldt het bepaalde in art. 4:138 lid 2 BW juncto art. 3:223 BW, zodat de aan de bezwaarde (van een fideicommissis *de residuo*) toegekende vervreemdings-, bezwarings- en verteringsbevoegdheid *niet* aan de executiekoper toekomt.¹⁹⁶

Gaat de bezwaarde failliet, dan komt de curator de bevoegdheid toe om (eventueel na verkoop van fideicommissaire goederen) met de fideicommissaire gelden schulden te voldoen.¹⁹⁷ Betreft dat de eigen schulden van de bezwaarde, dan staat daar – indien sprake is van een onvoorwaardelijke overdracht – mogelijk tegenover dat een (voorwaardelijke) vergoedingsplicht jegens de verwachter ontstaat, welke de curator eveneens in het faillissement moet meenemen. Wanneer de curator besluit de fideicommissaire goederen te verkopen ‘in voorwaardelijke staat’, behoort de opbrengst onvoorwaardelijk tot de boedel. Voor de verkrijger van die fideicommissaire goederen geldt wederom dat de aan de bezwaarde toegekende bevoegdheid tot vervreemding, bezwaring en vertering niet aan hem als verkrijger toekomt.

¹⁹⁵ Zie omtrent de mogelijkheid tot voorwaardelijke uitwinning ook Van der Burght c.s., *Parl. Gesch. Vaststellingswet Erfrecht*, p. 811 e.v. In een eerder stadium was in lid 2 van het (huidige) art. 4:138 BW nog opgenomen dat schuldeisers, niet zijnde schuldeisers der nalatenschap, het vermaakte slechts voorwaardelijk kunnen uitwinnen. De zinsnede is later, tezamen met nog enkele ‘vanzelfsprekendheden’, als ‘overbodig’ geschrapt. Zie nader § 2.3.1.

¹⁹⁶ Een andere vraag, die ik hierna in § 2.8.2 behandel, is of een vergoedingsplicht van de bezwaarde jegens de verwachter ontstaat, wanneer de bezwaarde van een fideicommissis de residuo met een fideicommissair goed een schuld die tot zijn eigen vermogen behoort, voldoet.

¹⁹⁷ Dit is anders wanneer de insteller het faillissement als ontbindende fideicommissaire voorwaarde heeft opgenomen, in welk geval het fideicommissaire vermogen wordt onttrokken aan het verhaal van schuldeisers van de bezwaarde: het vermogen gaat dan (wegens de goederenrechtelijke werking van het fideicommissis) automatisch over op de verwachter.

Ontstaat hangende de voorwaarde een schuld die men kan aanmerken als schuld der nalatenschap, bijvoorbeeld een schuld die is ontstaan in verband met een verbetering van de fideicommissaire goederen, dan is art. 4:138 lid 1 BW van toepassing: onvoorwaardelijk verhaal moet kunnen plaatsvinden op de fideicommissaire goederen.

Hoewel het niet ondenkbaar is dat rechtsvorderingen (mede) jegens de verwachter moeten worden ingesteld,¹⁹⁸ vergemakkelijkt art. 4:138 lid 1 BW¹⁹⁹ de positie van de schuldeiser door te bepalen dat alleen de bezwaarde als procespartij optreedt.

Uit het voorgaande volgt overigens tevens dat art. 4:138 lid 1 BW *niet* ziet op de bevoegdheden die de *verwachter* jegens de bezwaarde heeft. Dit staat los van het gegeven dat de verwachter zelf een subjectief recht heeft, welk recht bepaalde bevoegdheden met zich brengt (bijvoorbeeld het kunnen vervreemden of bezwaren van dat subjectieve recht) en met betrekking tot welk recht rechtsvorderingen kunnen worden ingesteld (bijvoorbeeld de rechtsvordering van een schuldeiser van de verwachter, die het subjectieve recht van de verwachter wil uitwinnen).²⁰⁰

2.3 Het kruispunt tussen extern en intern: onvoorwaardelijk vervreemden/bezwaren

Het kruispunt van het externe aspect van het fideicommis als bedoeld in art. 4:138 lid 1 BW en het interne aspect als opgenomen in art. 4:138 lid 2 BW, wordt bereikt als men de bevoegdheid van de bezwaarde tot onvoorwaardelijke vervreemding of bezwaring bestudeert. De wettekst doet vermoeden dat de bezwaarde onvoorwaardelijk kan vervreemden en bezwaren.²⁰¹ Toch is dit niet de bedoeling van de wetgever. De bezwaarde kan de goederenrechtelijke aanspraak van de verwachter op de fideicommissaire goederen niet zomaar terzijde schuiven. Een kenmerkend verschil tussen de toegekende bevoegdheid van de vruchtgebruiker tot (*onbezwaarde*) vervreemding en die van de bezwaarde tot (*onvoorwaardelijke*) vervreemding, is dat de vruchtgebruiker

¹⁹⁸ Vgl. art. 3:218 BW.

¹⁹⁹ Art. 4:138 lid 1 BW vertrouwt als het ware de behartiging van het belang van de verwachter aan de bezwaarde toe.

²⁰⁰ Zie § 1.4.2 over de positie van de verwachter die uit zijn voorwaardelijk schuldenaarsschap voortvloeit.

²⁰¹ Vgl. Klaassen/Luijten & Meijer II, *Erfrecht*, nr. 292, die dit weliswaar suggereren, maar dat even later ook weer lijken in te trekken. Zie ook A.F. Mollema, *Erfstellingen en legaten onder tijdsbepaling of voorwaarde*, WPNR 2007/6698, p. 146 en C.J.M. Martens en F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, 18^e druk, hoofdstuk 6, § 2.

beschikt over een goed van een *ander* (het hoofdrecht behoort de eigenaar of andere volle rechthebbende toe), terwijl de bezwaarde beschikt over een *eigen* goed (waarop de verwachter een goederenrechtelijke aanspraak heeft). In de – in § 1.4.1.2 vermelde – visie van De Jong dat de goederen enerzijds zowel de vruchtgebruiker als de hoofdgerechtigde en anderzijds zowel de bezwaarde als de verwachter ‘in gedifferentieerde zin toebehoren’, is het verschil minder groot: de één (vruchtgebruiker respectievelijk bezwaarde) kan het ‘goederenrechtelijke toebehoren’ van de ander (hoofdgerechtigde respectievelijk verwachter) terzijde schuiven en de volle (onbezwaarde respectievelijk onvoorwaardelijke) gerechtigdheid aan een derde doen toekomen. Zoals hierna in § 2.6 bij de herschrijving van art. 4:138 BW zal uitkomen, ben ik van mening dat dit punt (beschikkingsbevoegdheid) ter verduidelijking in lid 1 van art. 4:138 BW moet worden opgenomen.²⁰² Vergelijkt men de positie van de bezwaarde en verwachter met elkaar, dan vallen, gelijk art. 4:138 lid 2 BW bepaalt, zekere overeenkomsten op met een vruchtgebruiker en een hoofdgerechtigde. Een vruchtgebruiker is in de visie van De Jong iemand die, net als de eigenaar (of volle rechthebbende), in een bepaalde relatie tot het vruchtgebruikgoed staat. Gesteld kan worden dat de vruchtgebruiker en eigenaar in hun goederenrechtelijke betrekking tot het vruchtgebruikgoed *naast elkaar* staan. Het verschil tussen een eigenaar (van een onbezwaarde zaak) en een vruchtgebruiker is dat aan een eigenaar in beginsel meer bevoegdheden toekomen dan aan een vruchtgebruiker. Kijkt men echter naar de eigenaar van een zaak waarop een zakelijk recht van vruchtgebruik is gevestigd, dan komen de vruchtgebruiker bevoegdheden toe die de eigenaar (gedurende het vruchtgebruik) niet toekomen; de eigenaar dient het recht van de vruchtgebruiker te dulden (art. 5:1 lid 2 BW). Bij een vruchtgebruik kan de vruchtgebruiker in beginsel over niets anders beschikken dan over de bevoegdheden die hij zelf *met betrekking tot het vruchtgebruikgoed* heeft. Is aan een vruchtgebruiker de bevoegdheid tot vervreemding en bezwaring toegekend (art. 3:212 BW), dan komen de bevoegdheden van de vruchtgebruiker die van een eigenaar zeer nabij. Zo geldt voor een bezwaarde eveneens dat hij over niet meer kan beschikken dan over de bevoegdheden die hij zelf met betrekking tot het goed der nalatenschap heeft. Is aan een bezwaarde de bevoegdheid tot onvoorwaardelijke vervreemding of bezwaring toegekend, dan komen de

²⁰² Dat aan de bezwaarde in art. 4:138 lid 1 BW de bevoegdheid is toegekend om zonder medewerking van de verwachter bepaalde bevoegdheden uit te oefenen, betekent niet dat hetgeen wordt gerevindiceerd, geïnd, gevorderd of in ontvangst wordt genomen, onvoorwaardelijk aan de bezwaarde toebehoort, omdat (in beginsel, zie § 2.7) sprake is van zaaksvervanging (art. 3:213 lid 1 BW).

bevoegdheden van de bezwaarde die van een onvoorwaardelijke erfgenaam zeer nabij.

Art. 4:138 lid 2 tweede zin BW bezigt de misleidende woorden dat de bezwaarde verplicht is het vermaakte ‘in stand te houden’. Deze woorden betekenen mijns inziens dat de bezwaarde in beginsel niet anders over het vermaakte kan beschikken dan onder bezwaar van het recht van de verwachter daarop en dat, bij een zuiver fideicommiss, de bezwaarde niet mag verteren.²⁰³

In tegenstelling tot art. 3:84 lid 4 BW blijkt uit art. 4:138 BW wel welke rechtsgevolgen aan een voorwaardelijke erfstelling zijn verbonden: de bezwaarde heeft met betrekking tot de goederen der nalatenschap de bevoegdheid tot usus, fructus en revindicatie. Maar meer nog wordt hiermee helder wat een bezwaarde niet kan: hij is, in beginsel, niet bevoegd tot verteren en ook niet tot beschikken over de goederen der nalatenschap zonder rekening te houden met het recht van de verwachter daarop.

2.3.1 De totstandkoming van art. 4:138 BW

Ter verduidelijking van het vorenstaande, lijkt het mij goed de totstandkoming van art. 4:138 lid 1 en 2 BW nader te onderzoeken. In het Ontwerp Meijers (hierna: OM) was in art. 4.4.5.4 lid 1 opgenomen dat, zowel bij een erfstelling als legaat, de bezwaarde, voor zover het betreft de door en tegen derden uit te oefenen rechten en rechtsvorderingen, als uitsluitend rechthebbende wordt gezien. Beschikken kan de bezwaarde slechts onder dezelfde voorwaarde als waaronder hij heeft verkregen. In art. 4.4.5.4 lid 2 OM werden ‘voor het overige’ de vruchtgebruikbepalingen van overeenkomstige toepassing verklaard. In de Toelichting geeft Meijers aan dat de verwachter hangende de voorwaarde nog geen rechthebbende is, omdat onzeker is of de verwachter wel erft. Deze opmerking geeft aanleiding te denken dat de verwachter nog geen ‘recht’ op die goederen heeft. Wellicht bedoelt Meijers te zeggen dat de goederen hem (nog) niet *volledig* toebehoren. Vervolgens merkt Meijers op dat de bezwaarde de positie van een vruchtgebruiker heeft. Het gaat daar uiteraard om een *tijdelijke*

²⁰³ Zouden deze woorden in art. 4:138 lid 2 BW niet zijn gevolgd door ‘tenzij de erfflater hem de bevoegdheid heeft toegekend om de goederen te verteren en onvoorwaardelijk te vervreemden’, dan zou gedacht kunnen worden dat deze woorden doelen op de verplichting van de bezwaarde om te voldoen aan de zorg voor het fideicommissaire vermogen (voortvloeiend uit de vele vruchtgebruikverplichtingen). Neemt men aan dat onder het begrip ‘verteren’ ook kan worden verstaan het niet zorgvuldig omgaan met het fideicommissaire vermogen, dan zou verplichting van de bezwaarde om het vermaakte ‘in stand te houden’ wel gericht kunnen zijn op de zorg voor het fideicommissaire vermogen. Ik denk echter dat men met het begrip verteren niet zover mag gaan. Zie ook hierna § 2.8.

vergelijking, geldend voor de periode hangende de voorwaarde. Gaat de voorwaarde in vervulling, dan heeft de bezwaarde niet langer ‘als een vruchtgebruiker’ recht op de goederen der nalatenschap. De verwachter wordt in dat geval immers volledig rechthebbende. De tijdelijkheid van de vergelijking blijkt ook als de voorwaarde niet (meer) in vervulling *kan* gaan. De bezwaarde heeft dan niet langer de positie van een vruchtgebruiker,²⁰⁴ maar van een volledig, onvoorwaardelijk rechthebbende.

In art. 4.4.5.4 lid 3 OM was opgenomen dat de bezwaarde dientengevolge (dus door de overeenkomstige toepassing van de vruchtgebruikbepalingen) het ontvangen goed gelijk een vruchtgebruiker moet bewaren en in stand houden, tenzij de erflater hem de bevoegdheid heeft toegekend om de goederen te verteren²⁰⁵ en onvoorwaardelijk te vervreemden. Het woord *dientengevolge* wekt verwarring. Dat de bezwaarde in beginsel niet mag verteren vloeit al voort uit ‘het wezen’ van de fideicommissaire erfstelling. Het was mooier geweest als in lid 2 van het huidige art. 4:138 BW was opgenomen dat de bezwaarde ‘gelijk’ een vruchtgebruiker niet bevoegd is het vermaakte te verteren, tenzij de erflater hem die bevoegdheid heeft toegekend. Dat de bezwaarde niet onvoorwaardelijk mag beschikken, volgde al uit lid 1 van art. 4.4.5.4 OM.²⁰⁶ Het was beter geweest als in lid 1 van het huidige art. 4:138 BW was opgenomen dat de bezwaarde kan vervreemden en bezwaren onder dezelfde voorwaarde als waaronder hij heeft verkregen, tenzij de erflater hem de bevoegdheid toekent onvoorwaardelijk te vervreemden en bezwaren. Daardoor zou de externe verhouding (tussen de bezwaarde en derden, welke verhouding mede bepaald wordt door het recht van de verwachter op de goederen der nalatenschap) meer helder onderscheiden zijn van de interne verhouding (tussen de bezwaarde en de verwachter).

²⁰⁴ Opnieuw wijs ik erop dat de omschrijving van de positie van de bezwaarde als ‘vruchtgebruiker’ een uitdrukking is van de interne verhouding tussen de bezwaarde en verwachter. De goederenrechtelijke positie van de bezwaarde is die van een (hoofd)gerechtigde, wiens recht ‘bezwaard’ wordt door de voorwaarde. Invulling van die goederenrechtelijke positie geschiedt deels door art. 4:138 lid 1 BW en deels door art. 4:138 lid 2 BW. Zie ook § 1.3.1.

²⁰⁵ Hier stond eerst het woord ‘verbruiken’ genoemd, dat in het Gewijzigd Ontwerp is vervangen door ‘verteren’.

²⁰⁶ De in art. 4:138 lid 2 BW gebruikte terminologie ‘onvoorwaardelijk’ vervreemden is in feite ook ‘vreemd’ aan het vruchtgebruik, waar het immers gaat om het vervreemden van een goed van een ander (gesproken kan dan worden van een ‘onbezwaarde vervreemding’), terwijl het bij het fideicommis gaat om het vervreemden van een eigen goed, zij het in ‘onvoorwaardelijke staat’.

In de Memorie van Antwoord,²⁰⁷ naar aanleiding waarvan het Gewijzigd Ontwerp van Wet (hierna: GO) werd gepresenteerd,²⁰⁸ wordt opgemerkt dat in art. 4.4.5.4 lid 2 GO (waar de laatste zin van art. 4.4.5.4 lid 1 van het Ontwerp Meijers naar was overgebracht, inhoudende dat de bezwaarde slechts voorwaardelijk kan beschikken) is opgenomen dat de bezwaarde met toestemming van de verwachter (of machtiging van de boedelrechter) wel onvoorwaardelijk kan beschikken. Opgemerkt wordt dat door de overeenkomstige toepassing van de vruchtgebruikbepalingen in art. 4.4.5.4 lid 3 GO, de bepaling van lid 2 in feite overbodig is, omdat in het van overeenkomstig van toepassing verklaarde art. 3.8.10 lid 3 (het latere art. 3:212 lid 3 BW) hetzelfde was opgenomen. Mijns inziens wordt uit het oog verloren dat *uit de voorwaardelijke erfstelling* voortvloeit dat de bezwaarde niet onvoorwaardelijk kan beschikken. Dat vloeit niet voort uit het van overeenkomstige toepassing verklaarde art. 3.8.10 lid 3 (het latere art. 3:212 lid 3 BW). Met andere woorden: de overeenkomstige toepassing van de vruchtgebruikbepalingen is mogelijk, omdat het recht en de bevoegdheden van de bezwaarde met die van een vruchtgebruiker kunnen worden vergeleken. Het is niet zo dat men door de overeenkomstige toepassing van de vruchtgebruikbepalingen het recht en de bevoegdheden van de bezwaarde met die van een vruchtgebruiker kan vergelijken. *Oorzaak en gevolg* worden door elkaar gehaald. De overeenkomstige toepassing van de vruchtgebruikbepalingen is, omdat de posities van bezwaarde en vruchtgebruiker respectievelijk verwachter en hoofdgerechtigde zijn te vergelijken, een hulpmiddel om nader invulling te geven aan de bevoegdheden van de verwachter jegens de bezwaarde en vice versa. Uit de voorwaardelijke positie zelf vloeit al voort dat de bezwaarde in beginsel niet onvoorwaardelijk kan vervreemden en bezwaren.²⁰⁹

In het Voorlopig verslag²¹⁰ wordt opgemerkt dat de bezwaarde in de verhouding tot derden eigenaar is en in de relatie tot de verwachter vruchtgebruiker. Het probleem van deze stelling is dat de rechtsbetrekking van de verwachter tot de goederen der nalatenschap de positie van de bezwaarde jegens derden beperkt: de stelling kan als juist worden beschouwd, zolang het niet gaat om de

²⁰⁷ Kamerstukken, 1959/1960, 3771, nr. 6, p. 48.

²⁰⁸ Kamerstukken, 1959/1960, 3771, nr. 7.

²⁰⁹ En ook, zoals hierboven geconstateerd, dat de bezwaarde in beginsel niet bevoegd is om te verteren.

²¹⁰ Kamerstukken, 1967/1968, 3771, nr. 73a, p. 12.

bevoegdheid om te vervreemden en bezwaren. Bij de Invoeringswet²¹¹ is art. 4.4.5.4 lid 2 GO vervallen als zijnde overbodig.

Ik concludeer dat art. 4:138 lid 1 BW in zijn huidige vorm wel ziet op bevoegdheden van de bezwaarde *uit* goederen, maar niet ziet op bevoegdheden van de bezwaarde *tot* goederen, anders dan in geval van vervreemding van een fideicommissair goed ter voldoening van een fideicommissaire schuld. Het uitgangspunt bij bevoegdheden *tot* goederen is dat men niet over meer kan beschikken dan men heeft (nemo plus-regel, vgl. art. 3:84 lid 4 BW).

2.3.2 Hoe wordt onvoorwaardelijk vervreemd of bezwaard?

Hoe ‘verdwijnt’ de beperking waar de bezwaarde aan gebonden is (door het recht van de verwachter) bij een onvoorwaardelijke vervreemding of bezwaring van een goed der nalatenschap?²¹² Bij een fideicommis de residuo heeft de insteller aan de bezwaarde de bevoegdheid toegekend om onvoorwaardelijk te vervreemden en bezwaren. In de benadering dat de goederen gedifferentieerd toebehoren aan de verwachter, betekent dit dat de bezwaarde het ‘gedifferentieerd toebehoren aan de verwachter’ als het ware kan negeren. Makkelijker voor te stellen is dit in de benadering dat sprake is van een beperkt recht (of een daarop gelijkend recht sui generis) van de verwachter. In dat geval kan de bezwaarde als het ware (impliciet) namens de verwachter *afstand* doen van het recht van de verwachter op het goed.²¹³ Vergelijk art. 3:212 BW: als de vruchtgebruiker beschikt over het vruchtgebruikgoed, kan de vruchtgebruiker afstand doen van zijn beperkte recht van vruchtgebruik.²¹⁴ Het verschil is erin gelegen dat bij een fideicommis de bezwaarde namens de verwachter afstand doet, terwijl de vruchtgebruiker afstand doet van zijn eigen beperkte recht.

Bij een zuiver fideicommis kan de bezwaarde een tot het fideicommissaire vermogen behorend goed in beginsel alleen onvoorwaardelijk vervreemden en bezwaren, wanneer de verwachter toestemming verleent.²¹⁵ Vanuit het

²¹¹ Kamerstukken, 1981/1982, 17141, nr. 2.

²¹² In geval van vervreemding van een fideicommissair goed anders dan ter voldoening van een fideicommissaire schuld; is dat wel het geval dan schuift de wet de voorwaarde als het ware terzijde.

²¹³ Overigens dient de bezwaarde bij de overdracht of bezwaring wel te vermelden dat hij onvoorwaardelijk vervreemdt of bezwaart. Bij de overdracht van een registergoed dient de bezwaarde dit in de akte van levering te vermelden.

²¹⁴ Zie M.S. van Gaalen, *Vruchtgebruik*, Ars Notariatus nr. XCI, Kluwer: Amsterdam 2001, p. 127-128.

²¹⁵ Zoals opgemerkt (in § 1.3.2), mag de bezwaarde van een zuiver fideicommis mijns inziens ook vrijwillig schulden der nalatenschap voldoen door goederen onvoorwaardelijk over te dragen aan

ingenomen standpunt dat het recht van de verwachter dicht aanligt tegen een beperkt recht,²¹⁶ kan de toestemming worden beschouwd als een afstand door de verwachter van zijn recht op het betreffende goed.²¹⁷

2.4 De ‘interne’ positie van de bezwaarde en de verwachter

Het is nu tijd voor beschouwingen over de interne positie van de bezwaarde tegenover de verwachter. In deze paragraaf sta ik eerst in het algemeen stil bij die interne positie. In § 2.5 wordt vervolgens de toepasselijkheid van alle vruchtgebruikbepalingen in concreto behandeld.²¹⁸

2.4.1 De belangen van de bezwaarde en de verwachter

Welk doel heeft de wetgever met het uitvaardigen van wetten? Scholten²¹⁹ merkt op:

‘Iedere wet steunt op een waardering van maatschappelijke belangen, beoogt op hetgeen in die maatschappelijke werkelijkheid gebeurt invloed te oefenen.’

In Pitlo/Gerver e.a., *Het Systeem*,²²⁰ staat:

‘Het objectieve recht is het geheel van in principe afdwingbare regels voor de uiterlijke gedragingen van de in maatschappelijk verband levende mensen. Dit geheel van geldende rechtsregels heeft ten doel de belangen van de mensen in hun onderling verkeer te ordenen en te beschermen.’

De wetgever streeft naar evenwichtige rechtsverhoudingen, die ervoor zorgen dat het recht zijn beloop heeft, met zo weinig mogelijk procedures.²²¹ De

de schuldeiser van de nalatenschap ter voldoening van die schulden. Zie daarnaast art. 3:212 lid 1 BW voor de uitzondering dat de ‘onderworpen goederen bestemd zijn om vervreemd te worden’. Indien een ongeborene als verwachter is aangewezen, kan de kantonrechter door machtiging diens toestemming vervangen. Vgl. art. 3:212 lid 3 BW. De kantonrechter zal de toestemming terughoudend (moeten) verlenen, omdat onduidelijk zal zijn of de vervreemding of bezwaring in het belang van de ongeboren verwachter is, althans het belang van de ongeboren verwachter niet schaadt. Is er een in leven zijnde subsidiaire verwachter die aangemerkt kan worden als ‘tijdelijk primaire verwachter’, zie § 1.5.5, dan dient deze zijn toestemming te verlenen.

²¹⁶ Zie § 1.4.1.5.

²¹⁷ In de visie dat de goederen gedifferentieerd toebehoren aan de verwachter, is de ‘toestemming’ van de verwachter te beschouwen als een vorm van medewerking om de verkrijger een volledig en onvoorwaardelijk recht op het goed te verstrekken.

²¹⁸ In § 2.7 wordt een van de vruchtgebruikbepalingen, te weten de zaaksvervangingsregeling van art. 3:213 BW, nader onderzocht in het licht van het fideicommiss. In § 2.8 zoom ik in op de verteringsbevoegdheid.

²¹⁹ Asser/Scholten, *Algemeen deel** 1974/9.

²²⁰ Op p. 3.

wetgever heeft in het wetgevingsproces de nodige kritiek gehad met betrekking tot en vragen gehad over de wenselijkheid van het fideicommis.²²² Geoordeeld is dat het fideicommis in een maatschappelijk behoefte voorziet.²²³ Art. 4:138 lid 2 BW maakt daarom deel uit van het objectieve recht en verleent aan de bezwaarde en de verwachter ‘rechten’ in subjectieve zin. Een recht in subjectieve zin is de *bevoegdheid* die een bepaald persoon (i.c. de verwachter) aan de norm ontleent, welke bevoegdheid altijd wordt ontleend aan een regel van het objectieve recht (i.c. art. 4:138 lid 2 BW).²²⁴ Struycken spreekt van een ‘overbedelingsdimensie’ in het goederenrecht.²²⁵ Wanneer twee belangen spelen, is het de kunst, niet zozeer dat de ene partij (lees i.c. de bezwaarde) meer rechten en bevoegdheden krijgt dan hij behoeft voor het beoogde doel, maar dat de andere partij (lees i.c. de verwachter) niet minder rechten en bevoegdheden overhoudt dan hij nodig kan hebben om zijn positie als belanghebbende veilig te stellen. Het gaat volgens Struycken vooral om het voorkomen van onderbedeling van rechten en bevoegdheden voor de belanghebbende (lees i.c. de verwachter). Door in art. 4:138 lid 2 BW de vruchtgebruikbepalingen van overeenkomstige toepassing te verklaren, kent de wetgever aan de verwachter een positie toe die rechtens bescherming verdient. Ik acht het een gelukkige keuze dat de wetgever heeft aangesloten bij de vruchtgebruikbepalingen, al zou, vanwege de verschillen tussen de rechtsfiguren, een nadere uitwerking niet hebben misstaan. De hoofdgerechtigde (of diens erfgenaam) is zeker dat als de vruchtgebruiker goederen overlaat, hij (de hoofdgerechtigde of zijn rechtverkrijgende) daartoe bij het einde van het vruchtgebruik (weer) vol gerechtigd is, terwijl de verkrijging van de volle gerechtigdheid van de nalatenschapsgoederen door de verwachter afhankelijk is van de vraag of de verwachter het aangewezen tijdstip overleeft. Uitgangspunt bij de discussie over of en in welke omvang het belang van de verwachter bescherming verdient, zou kunnen zijn hoe groot de kans is dat de verwachter uiteindelijk goederen der

²²¹ Vgl. W.D. Kolkman, *Schulden der nalatenschap*, diss. Groningen, Kluwer: Deventer, 2006, p. 267, die over de belangen van de verschillende betrokkenen in het erfrecht opmerkt dat het erfrecht dient te zorgen voor ‘een door de rechtsovertuiging gedragen balans’ van deze belangen.

²²² Zie bijvoorbeeld Van der Burght c.s., *Parl. Gesch. Vaststellingswet Erfrecht*, p. 318-329.

²²³ Mede gelet op het feit dat in buitenlandse rechtsstelsel het fideicommis een geaccepteerde rechtsfiguur is. Zie Van der Burght c.s., *Parl. Gesch. Vaststellingswet Erfrecht*, p. 754, 799, 815 en 819. Zie ook noot 19 voor een verwijzing naar buitenlandse stelsels.

²²⁴ Zie Pitlo/Gerver e.a., *Het Systeem*, p. 4. Overigens onderscheide men een recht in subjectieve zin van subjectieve rechten. De via art. 4:138 lid 2 BW uit de vruchtgebruikbepalingen voortvloeiende bevoegdheden kunnen niet als ‘subjectieve rechten’, maar wel als ‘rechten in subjectieve zin’ worden gekenschetst. Ik gebruik voor dit laatste liever de term ‘bevoegdheden’.

²²⁵ T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007, bijvoorbeeld § 7.4.2, p. 498-499 en § 7.9.2.1, p. 613.

nalatenschap in handen krijgt. Die kans is onder meer afhankelijk van de vraag of sprake is van een situatie waarin:

1. de erflater aan de bezwaarde verteringsbevoegdheid heeft toegekend;
2. de erflater veel (jonge) verwachters heeft benoemd;
3. de erflater heeft bepaald dat het voorwaardelijke karakter van de verkrijging door de bezwaarde kan vervallen, bijvoorbeeld als de bezwaarde afstammelingen of een partner heeft of bij testament over het fideicommissaire vermogen beschikt, als de bezwaarde een bepaalde leeftijd bereikt of failliet gaat;²²⁶
4. de fideicommissaire verkrijging een ‘algemeenheid van goederen’ of slechts een vordering of een ander bepaald goed betreft;
5. sprake is van een familierechtelijke betrekking van de bezwaarde tot de verwachter.

Een voorbeeld: de insteller benoemt zijn kind tot bezwaarde en (slechts) diens kinderen tot verwachters, waarbij hij aan de bezwaarde verteringsbevoegdheid toekent en waarbij wordt opgenomen dat als de bezwaarde op het aangewezen tijdstip een partner heeft die in familierechtelijke betrekking tot de verwachters staat, het voorwaardelijke karakter van de verkrijging vervalt. In dat geval hebben de verwachters denk ik weinig behoefte aan een bescherming van hun belang, het gaat immers om hun ouder die bezwaarde is. Ouders staan er in het algemeen om bekend niet snel in het nadeel van hun kinderen te handelen.²²⁷

Daarnaast kan het vermogen wellicht ‘op zijn’ als de voorwaarde in vervulling gaat of de verkrijging voor de bezwaarde onvoorwaardelijk worden als hij een partner nalaat die ouder van de verwachters is. Ander voorbeeld: een kinderloze erflater benoemt zijn vriendin tot bezwaarde. Verwachters zijn de ‘erfgenamen volgens de wet’ van de erflater. In dat geval denk ik dat de verwachters veel of in ieder geval meer behoefte hebben aan een bescherming van hun belang. De vraag is of de wetgever zo’n fijnmazig onderscheid kan maken. Mijns inziens niet. Er moet een uitgangspunt genomen worden. Zoals gezegd denk ik dat de keuze van de wetgever voor de overeenkomstige toepassing van de vruchtgebruikbepalingen een gelukkige is geweest. De insteller kan van dat uitgangspunt afwijken en de bescherming van de belangen van de verwachters voor een groot deel naar eigen believen invullen door vruchtgebruikbepalingen

²²⁶ Zie daarover § 1.6.2.

²²⁷ Zie MO Kamerstukken, 1964/1965, 3771, nr. 8, p. 22-24. Als zoon van liefhebbende ouders en vader van twee jonge kinderen onderschrijf ik die stelling ten volle!

‘weg te schrijven’²²⁸ of bijvoorbeeld te kiezen voor een fideicommissair legaat in plaats van een fideicommissaire erfstelling.²²⁹

Ik beveel de (notariële) praktijk graag aan bij de advisering over en vormgeving van een fideicommiss op dezelfde wijze na te denken als bij de advisering over en vormgeving van een vruchtgebruik. In hoeverre verdient het belang van de bezwaarde/vruchtgebruiker bescherming en in hoeverre verdient het belang van de verwachter/hoofdgerechtigde bescherming (welke vruchtgebruikbepalingen worden opgenomen of juist buiten toepassing verklaard)? Dat daarbij verschil bestaat in waardering van de posities (tussen bezwaarde en vruchtgebruiker en tussen verwachter en hoofdgerechtigde), maakt het, naast de fiscale implicaties,²³⁰ interessant om vanuit juridische optiek te overwegen welke rechtsfiguur de voorkeur verdient.

2.4.2 Zijn de bepalingen van titel 3.8 BW dwingend?

De vraag kan gesteld worden of het adagium: ‘wie het meerdere kan, kan ook het mindere’, kan helpen bij de vraag welke de verhouding moet zijn tussen de bezwaarde en de verwachter. Als de insteller de bezwaarde onvoorwaardelijk tot erfgenaam kan benoemen (het meerdere), kan hij dan bepalen dat de bezwaarde voorwaardelijk erfgenaam is, maar zonder enige verplichting jegens de verwachter (het mindere)? Neen. Het adagium kan niet worden beschouwd als algemeen beginsel van het goederenrecht. Het goederenrechtelijke stelsel is ‘gesloten’. Struycken beargumenteert in zijn proefschrift over de *numerus clausus* uitgebreid dat daar nog steeds goede gronden voor zijn.²³¹ Die geslotenheid brengt onder meer mee dat de inhoud van het goederenrechtelijke recht dwingend uit de wet voortvloeit. Dat de wetgever bij de overdracht onder ontbindende voorwaarde (art. 3:84 lid 4 BW) geen nadere uitwerking van de goederenrechtelijke verhouding heeft gegeven, is geen argument voor het ‘vrijlaten’ van de invulling van de verhouding tussen de bezwaarde en de verwachter. In het erfrecht, dat betrekkelijk de fideicommissaire erfstelling als *goederenrecht* te kenschetsen is, heeft de wetgever deze verhouding ingevuld door titel 3.8 BW van overeenkomstige toepassing te verklaren. Dat dit voor de

²²⁸ Een tegenovergestelde mogelijkheid is dat hij de verplichtingen van de bezwaarde verzuamt.

²²⁹ In welk geval art. 4:138 lid 2 BW niet van toepassing is. Zie daarover verder § 6.3.

²³⁰ Zie hierover bijvoorbeeld recent F.A.M. Schoenmaker, *Een gat in de erfbelasting door makingen op te splitsen door middel van een opschortende voorwaarde of een wilsrecht?*, FBN 2014/4, nr. 18 en W. Burgerhart, *(Erf)belastingrente, een aandachtspunt bij een boedelafwikkeling*, WPNR 2014/7012. Zie ook noot 16.

²³¹ T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007, hoofdstuk 9, vooral vanaf § 9.4, p. 753 e.v.

verhouding tussen de bezwaarde-legataris en verwachter-legataris niet is geregeld, mede omdat de wetgever verwachtte in boek 3 BW daarvoor een afzonderlijke regeling te geven,²³² is geen tegenargument. Sterker nog, het achterwege laten van de overeenkomstige toepassing van de vruchtgebruikbepalingen bij een fideicommissair legaat, is, zeker wanneer sprake is van levering aan de verwachter-legataris,²³³ een gemiste kans. Struycken spreekt, wegens het ontbreken van een nadere invulling, zelfs van een bres in het goederenrechtelijke systeem.²³⁴ De *numerus clausus* heeft tot gevolg dat een partij (in casu de insteller) niet vrij is in het creëren van allerlei soorten goederenrechtelijke ('beperkte') rechten. Hoewel de wetgever de insteller van een fideicommiss de vrije hand lijkt te geven ('de vruchtgebruikbepalingen zijn slechts een hulpmiddel'²³⁵), past dat niet binnen het goederenrecht, dat in beginsel dwingend is. Dat wil niet zeggen dat de insteller gebonden is aan alle vruchtgebruikbepalingen. Slechts indien de wet bepaalt dat men niet van de bepalingen kan afwijken, kan de insteller de verhouding tussen de bezwaarde en verwachter niet zelf regelen. Dat de insteller kan afwijken van de meeste vruchtgebruikbepalingen, betekent niet dat als de bezwaarde een goed 'in voorwaardelijke staat' overdraagt of wanneer een schuldeiser van de bezwaarde dat goed 'in voorwaardelijke staat' uitwint, de verkrijger van dat goed aan deze afwijkingen is gebonden (of daarvan kan profiteren). Slechts wanneer de wet toestaat af te wijken van de bepalingen van titel 3.8 BW en wanneer de wet zich op het betreffende punt van een regeling onthoudt en aanvullende bevoegdheden en verplichtingen een zodanig verband hebben met de inhoud van het recht van

²³² MvT, Kamerstukken, 1992/1993, 17141, nr. 12, p. 53-54. De volgende opmerking uit de MvT geeft blijk van een niet-vooruitziende blik: '[e]n dergelijke regeling is evenwel bij nader inzien niet wenselijk geacht omdat ook *deze in de praktijk zelden voorkomende materie* [cursief van mij, REB] beter aan de testeervrijheid, onderscheidenlijk contractsvrijheid kan worden overgelaten.'

²³³ Dit geldt m.m. ook bij een fideicommissaire gift of last. Zie hierover verder § 6.3 e.v.

²³⁴ T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007, p. 695. Struycken noemt art. 4:138 lid 2 BW overigens niet in het kader van de overdracht onder ontbindende voorwaarde, maar enkel, zie a.w., p. 614, noot 352, in het kader van de 'overbedelingsdimensie' in het goederenrecht.

²³⁵ MvT, Kamerstukken, 1992/1993, 17141, nr. 12, p. 53. J.B. Vegter, *Over de wettelijke vormgeving van het fidei-commis de residuo en in het bijzonder over het overeenkomstig van toepassing zijn van de vruchtgebruikbepalingen op dit fidei-commis*, WPNR 2002/6486 gebruikt deze passage mijns inziens als een te belangrijk argument om het dwingende recht opzij te schuiven. B.M.E.M. Schols en F.W.J.M. Schols, 'Over de dood heen'; *De tweetrapsmaking: een prima instrument*, FTV 2003/7-8, lijken hierin mee te gaan. Dat de vruchtgebruikbepalingen een 'hulpmiddel' zijn, is ongelukkig uitgedrukt.

de bezwaarde en/of de verwachter dat gelijke behandeling gerechtvaardigd is,²³⁶ is een afwijking of aanvulling *met goederenrechtelijk gevolg* mogelijk.

Er zijn dus bepalingen.²³⁷

1. die zo essentieel zijn voor de rechtsfiguur, dat afwijking daarvan in strijd komt met het wezen van de rechtsfiguur, bijvoorbeeld de bepaling over vruchttrekking (art. 3:201 BW).²³⁸ Daaronder vallen ook de dwingende bepalingen over de boedelbeschrijving en de jaarlijkse opgave (art. 3:205 lid 1, 2 en 4 BW) en over de jaarlijkse toonplicht (art. 3:206 lid 2 BW);²³⁹
2. waar *met goederenrechtelijk gevolg* van mag worden afgeweken; het betreft hier de bepalingen van art. 3:205 lid 6 BW, art. 3:206 lid 1 BW, art. 3:208 lid 1 en 2 BW, art. 3:214 lid 1 BW, art. 3:216 BW, art. 3:217 lid 1 en 2 BW, (bij het fideicommis de residuo vinden de bepalingen van art. 3:208 BW en art. 217 lid 2 en 3 tweede zin BW geen toepassing); goederenrechtelijk gevolg hebben ook die aanvullende bepalingen die voldoen aan het ‘voldoende verband-vereiste’;
3. waar men slechts met niet-goederenrechtelijk (dus obligatoir) gevolg van kan afwijken (dat betreft de overige artikelen van titel 3.8 BW, voor zover deze van toepassing kunnen zijn op het fideicommis²⁴⁰ en voor zover deze niet dwingend zijn²⁴¹).

Zijn de vruchtgebruikbepalingen van overeenkomstige toepassing op een rechtverkrijgende van de bezwaarde indien een fideicommissair goed in ‘voorwaardelijke staat’ wordt overgedragen of uitgewonnen? Jazeker. De absoluteitheid van het (voorwaardelijke) recht brengt mee dat sprake is van zaaksgevolg, zodat het (voorwaardelijke) recht van de verwachter de zaak volgt.

²³⁶ Vgl. A.F. Mollema, *Het beperkte recht*, diss. Leiden, Kluwer: Deventer 2013, p. 5-6 en 258-272, Asser/Mijnssen, *Van Velten & Bartels* 5* 2008/217 en T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007, p. 387 e.v.

²³⁷ Bij de drie categorieën is geen rekening gehouden met bepalingen die niet van overeenkomstige toepassing kunnen zijn of hun eigen regeling in boek 4 BW (zouden moeten) hebben of reeds voortvloeien uit of Boek 4 BW. Dit laatste is in § 2.4.3 en § 2.5 nader uitgewerkt.

²³⁸ Zie T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007, p. 396 en 397. Overigens laat dat mijns inziens onverlet dat de insteller de bezwaarde de verplichting oplegt om de aan hem toekomende vruchten af te geven aan de verwachter (eventueel onder dezelfde opschortende voorwaarde als waaronder de verwachter erfgenaam is). Zie hierover ook J.B. Vegter, *Making/schenking over de hand van het overschot en de vruchten van het vermaakte/geschonken vermogen*, WPNR 2008/6764. Dit betreft evenwel een verplichting die slechts obligatoire en geen goederenrechtelijke werking heeft.

²³⁹ Zie ook W. Breemhaar, *De testeervrijheid: een vrijheid in gebondenheid. Titel 4.5 BW: dwingend recht, tenzij...*, Tijdschrift Nieuw Erfrecht 2005/3.

²⁴⁰ Zie § 2.5.3.

²⁴¹ Zoals art. 3:224 BW.

De rechtverkrijgende komt in dezelfde rechtspositie met betrekking tot de eigendom of andere gerechtigdheid als de bezwaarde.²⁴² Uitzondering hierop zijn de hierboven onder 3 genoemde bepalingen met slechts obligatoire werking, die niet mee overgaan, en de situatie als bedoeld in art. 3:223 BW.

In verband met het dwingende karakter van de vruchtgebruikbepalingen, is het hier gewenst om het verschil tussen een fideicommissaire erfstelling en een fideicommissair legaat aan te stippen.²⁴³ Het komt voor dat de insteller niet kiest voor een fideicommissaire erfstelling, maar voor een fideicommissair legaat dat betrekking heeft op een vordering die samenhangt met de gesaldeerde waarde van de nalatenschap, zijnde de waarde van de goederen der nalatenschap verminderd met (bepaalde) schulden der nalatenschap. De verwachter verkrijgt de vordering onder een opschortende voorwaarde.²⁴⁴ Een voordeel hiervan lijkt te zijn dat de mogelijk dwingende bepalingen van het vruchtgebruik niet van toepassing zijn. Dit is echter relatief. Om te kunnen vaststellen wat de omvang is van de vordering, moet de bezwaarde na het overlijden van de insteller, evenals bij de ‘normale’ vormgeving van het fideicommis (en bij het vruchtgebruik), een boedelbeschrijving opstellen. Omdat bij een fideicommissaire erfstelling de insteller de meeste van de vruchtgebruikbepalingen kan ‘wegschrijven’ (zie hierna), voorkomt zo’n fideicommissair legaat in beginsel alleen dat er een verplichte jaarlijkse opgave (art. 3:205 lid 4 BW) en eventuele toonplicht (art. 3:206 lid 2 BW) moet volgen. Het voorkomt echter ook dat bij het in vervulling gaan van de voorwaarde onduidelijkheid kan bestaan over de vraag welke goederen (en schulden) onder het fideicommis vallen. Hoewel zo’n legaat mogelijk is, is het de vraag of het legaat de uitwerking heeft die de insteller beoogt. De fideicommissaire vordering loopt in beginsel niet mee met de waarde van het verkregen vermogen.²⁴⁵ Als dat wel de bedoeling is, zal men toch te kampen krijgen met het bijhouden (goed administreren) van op welke goederen

²⁴² Des te wonderlijker is het dat na zo’n overdracht/uitwinning onder bijzondere titel de overeenkomstige toepassing van titel 3.8 BW *wel* tussen de nieuwe verkrijger en de verwachter geldt, maar dit bij een overdracht aan de bezwaarde én de verwachter ter uitvoering van een fideicommissair legaat in beginsel niet zo is.

²⁴³ Zie hierover bijvoorbeeld EstateTip Reviews 2010-11 en 2011-41, *Denken in goederen of in geld. Tweetrapsmaking: erfstelling of legaat?*

²⁴⁴ Zie ook noot 653.

²⁴⁵ Is dat, net als bij de wettelijke verdeling, ook niet nodig, dan is bij een fideicommissair legaat sprake van een eenvoudigere rechtsverhouding dan bij een fideicommissaire erfstelling. Als bij een fideicommissaire erfstelling de vruchtgebruikbepalingen zoveel mogelijk zijn ‘weggeschreven’, ontstaan bij de vervulling van de voorwaarde waarschijnlijk problemen over wat tot het fideicommissaire vermogen behoort. Die problemen zijn er natuurlijk niet bij een fideicommissair legaat van een vaste geldvordering.

de vordering zag (en de daarmee verbonden problemen van zaaksvervanging). Wordt bepaald dat op de vordering het omslagstelsel van toepassing is, dan komt men de hierna in § 2.9.3 bedoelde problemen tegen. Van een eenvoudige oplossing kan dan niet gesproken worden.

2.4.3 Criteria voor overeenkomstige toepassing vruchtgebruikbepaling

Hieronder stel ik een aantal criteria op aan de hand waarvan beoordeeld kan worden of de betreffende vruchtgebruikbepaling van overeenkomstige toepassing is. Ik geef eerst twee positieve en dan drie negatieve criteria.

1. De overeenkomstige toepassing van een vruchtgebruikbepaling bevestigt wat in overeenstemming is met de aard van het fideicommissaire recht van de bezwaarde. Ik denk dan aan art. 3:201 BW, art. 3:216 BW en art. 3:223 eerste zin BW. Hoewel art. 3:212 BW misschien past binnen dit eerste criterium, ben ik, ter voorkoming van misverstanden over de aard van de rechtsfiguur, van mening dat men de bevoegdheden van de bezwaarde ter zake vervreemding en bezwaring, in plaats van door overeenkomstige toepassing van art. 3:212 BW, in art. 4:138 lid 1 BW moet regelen.²⁴⁶ Datzelfde geldt voor art. 3:207 lid 2 tweede zin BW.
2. Wanneer de overeenkomstige toepassing van een vruchtgebruikbepaling ervoor zorgt dat de verwachter niet minder bevoegdheden overhoudt en de bezwaarde niet minder verplichtingen worden opgelegd dan de verwachter nodig kan hebben om zijn positie als belanghebbende veilig te stellen, lijkt mij overeenkomstige toepassing gewenst. Dat betreft de meeste bepalingen van titel 3.8 BW. Deze bepalingen kan men onderverdelen in:
 - a. de zaaksvervangingsregeling van art. 3:213 BW;
 - b. bevoegdheden van de bezwaarde met betrekking tot het gebruik en beheer van de fideicommissaire goederen: hieronder vallen art. 3:207 lid 1 en 2 – met uitzondering van de tweede zin van lid 2 – BW, art. 3:208 lid 2 BW en art. 3:217 BW;
 - c. verplichtingen van de bezwaarde: hiertoe behoren art. 3:205 – met uitzondering van lid 3 – BW, art. 3:206 BW, art. 3:207 lid 3 BW, art. 3:208 lid 1 BW, art. 3:209 BW, art. 3:211 BW, art. 3:214 BW, art. 3:220 lid 1 BW, art. 3:221 BW, art. 3:222 lid 1 BW, art. 3:223 tweede en derde²⁴⁷ zin BW, art. 3:224 BW²⁴⁸ en art. 3:225 BW.²⁴⁹

²⁴⁶ Zie hierover § 2.3.

²⁴⁷ Van de derde zin van art. 3:223 BW kan eigenlijk niet gezegd worden dat dit een verplichting is die op de bezwaarde rust: het gaat hier om een gevolg dat de wet koppelt aan de overdracht als

...

3. Uit het feit dat het vruchtgebruik en het fideicommis vooral vergelijkbaar zijn *gedurende* het vruchtgebruik/*hangende* de voorwaarde, vloeit een negatief criterium voort: de overeenkomstige toepassing van de vruchtgebruikbepalingen ziet niet op die bepalingen die met het ontstaan van het vruchtgebruik van doen hebben. Daarom vallen art. 3:202 BW, art. 3:203 BW en art. 3:205 lid 3 BW af als bepalingen die van overeenkomstige toepassing zijn.
4. Uit art. 4:138 lid 1 vloeit een tweede negatief criterium voort: wanneer de bevoegdheden van de bezwaarde voortvloeien uit zijn (fictieve) positie als ‘uitsluitend rechthebbende’, zijn de vruchtgebruikbepalingen die zulke bevoegdheden aan de hoofdgerechtigde (lees bij het fideicommis: aan de verwachter) toedelen, niet van toepassing. Daarom vallen art. 3:210 BW, art. 3:218 BW en art. 3:219 BW af als bepalingen die van overeenkomstige toepassing zijn.
5. De ‘aard van de rechtsfiguur’ kan een derde negatief criterium genoemd worden: sommige bepalingen verdragen zich eenvoudigweg niet met het fideicommis: art. 3:220 lid 2 BW en art. 3:226 BW vallen af als bepalingen die van overeenkomstige toepassing kunnen zijn. Hiertoe behoort ook art. 3:222 lid 2 BW, dat niet ziet op een fideicommissaire *erfstelling*.²⁵⁰

Bij het opstellen van bovenstaande criteria is geen rekening gehouden met de vraag of sprake is van een zuiver of residuair fideicommis. Art. 3:215 BW is van toepassing op een fideicommis de residuo; in dat geval zijn enkele bepalingen van titel 3.8 BW niet van toepassing.

bedoeld in de eerste zin van art. 3:223 BW. Het gevolg rust op de verkrijger van het goed dat de bezwaarde in voorwaardelijke staat overdraagt.

²⁴⁸ De bepaling van art. 3:224 BW geldt slechts als de verwachter heeft aanvaard.

²⁴⁹ Vanuit een goederenrechtelijk perspectief is het interessant om te zien dat de wetgever hier op de eigenaar/rechthebbende een aantal verplichtingen legt, terwijl veelal wordt geleerd dat men in beginsel een eigenaar/rechthebbende geen verplichtingen tot een doen kan opleggen. De wetgever maakt daarop zelf de nodige uitzonderingen (vooral in boek 5 BW bij de beperkte rechten). Bij het fideicommis wordt ook inbreuk gemaakt op dat principe, door de situatie om te draaien: de eigenaar/rechthebbende wordt als een beperkt gerechtigde te zien, waardoor de (vele) verplichtingen die normaal gesproken op een beperkt gerechtigde rusten, nu op die eigenaar/rechthebbende rusten. Dat het hier om eigendom gaat die of een recht gaat dat onder een voorwaarde wordt gehouden, doet daar mijns inziens niet aan af. Zie over bedoeld leerstuk het recente proefschrift van A.F. Mollema, *Het beperkte recht*, diss. Leiden, Kluwer: Deventer 2013, met name p. 211-272.

²⁵⁰ Was art. 4:138 lid 2 BW van toepassing verklaard bij *legaten*, dan was dit anders geweest.

2.5 Toepasselijke bepalingen van titel 3.8 BW

In het navolgende wordt in concreto ingegaan op de bepalingen van titel 3.8 BW die van toepassing zijn bij zuivere en residuaire fideicommissen.²⁵¹ Het betreft een uitwerking van de vorige paragraaf. Ik behandel eerst (§ 2.5.1) de bepalingen die bij een fideicommiss de residuo door de wetgever buiten toepassing zijn verklaard. Daarna (§ 2.5.2) ga ik in op de bepalingen die gelden bij een residuaire fideicommiss, voor zover sprake is van een beperking van de verteringsbevoegdheid, en bij een zuiver fideicommiss. Dan (§ 2.5.3) som ik de bepalingen op die voor alle fideicommissen niet van toepassing zijn, gelet op de in § 2.4.3 genoemde criteria. Ik kies ervoor om telkens de bepalingen die ik noem integraal weer te geven, omdat dit voor de lezer het gemakkelijkst is. Evenals Verstappen in het Handboek Erfrecht doet,²⁵² heb ik de bepalingen herschreven naar de terminologie van het fideicommiss. Ik geef hieronder bij sommige bepalingen een toelichting.²⁵³ Het overgangsrecht wordt kort behandeld in § 2.5.4.

2.5.1 Bepalingen die bij het fideicommiss de residuo buiten toepassing blijven

Allereerst komen aan bod de artikelen uit titel 3.8 BW die voor het fideicommiss de residuo buiten toepassing zijn verklaard.²⁵⁴ De buitentoepassingstelling vloeit (thans²⁵⁵) uit art. 3:212 lid 2 BW voort.²⁵⁶ Ik merk op dat de insteller de

²⁵¹ A.H.N. Stollenwerck, *Het fidei-commis de residuo*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1986, p. 114-121 heeft uitgebreid aandacht besteed aan welke bepalingen wel en niet van toepassing zouden moeten zijn (zie voor een samenvatting a.w., p. 121). Bedacht moet worden dat hij alleen over het fideicommiss de residuo schreef. Zie ook zijn artikel: *Over het graf heen: fidei-commissaire making of tweetrapsmaking*, FTV 2007/6. Ook Verstappen heeft in *Handboek Erfrecht* (2011), § IX.3.11-3.13, veel aandacht besteed aan welke bepalingen wel en niet van toepassing zouden kunnen zijn. Hij probeert in algemene zin een overzicht te geven van mogelijk toepasselijke bepalingen. C.A. Kraan, *Vruchtgebruik*, Preadvies voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 1999, p. 121-123, bespreekt een aantal bepalingen. Zie ook M.S. van Gaalen, *Vruchtgebruik*, Ars Notariatus nr. XCI, Kluwer: Amsterdam 2001, p. 80 en W. Breemhaar, *De uiterste wilsbeschikking*, diss. Groningen 1992, Kluwer: Deventer 1992, p. 103-104. Genoemde auteurs denken over de toepasselijkheid van meerdere bepalingen anders dan ik.

²⁵² Zie *Handboek Erfrecht* (2011), L.C.A. Verstappen, § IX.3.11-3.13.

²⁵³ Zie ook de noten bij sommige artikelen hiervoor in § 2.4.3. Voor een verdere toelichting op de afzonderlijke bepalingen verwijs ik naar de handboeken en dissertaties over het vruchtgebruik. In § 2.7 en § 2.8 ga ik afzonderlijk in op art. 3:213 BW (zaaksvervanging) en art. 3:215 BW (vertering).

²⁵⁴ Merk op dat art. 3:210 lid 2 BW – dat in art. 3:212 lid 2 BW buiten toepassing wordt verklaard – niet in § 2.5.1 is opgenomen, omdat dit artikel in § 2.5.3 is opgenomen bij de bepalingen die voor geen van de fideicommissen van toepassing is.

²⁵⁵ In § 2.6 zal ik dit bij de beschrijving meenemen in art. 4:138 BW zelf en niet via een verwijzing naar art. 3:212 BW. Zie over het ‘lastige’ art. 3:212 BW ook § 2.3 en § 2.4.3.

verteringsbevoegdheid kan beperken door bijvoorbeeld te bepalen dat de verteringsbevoegdheid zich enkel uitstrekt tot één of meer bepaalde goederen of dat de bezwaarde eerst het eigen vermogen van de bezwaarde moet verteren. Indien en voor zover de verteringsbevoegdheid is beperkt in de hiervoor bedoelde zin, brengt dat mee dat de hieronder genoemde artikelen *niet* buiten toepassing zijn. De beperking kan ook inhouden dat het schenken van fideicommissair vermogen geheel of gedeeltelijk is verboden.²⁵⁷ In dat geval is sprake van een tussenvorm tussen het zuivere en residuaire fideicommis.²⁵⁸

Art. 3:208 BW:

1. Van zaken die aan het fideicommis zijn onderworpen, mag de bezwaarde de bestemming die deze bij de aanvang van het fideicommis hadden, niet veranderen zonder toestemming van de verwachter of machtiging van de kantonrechter.
2. Tenzij door de insteller anders is bepaald, is de bezwaarde van een zaak, zowel tijdens de duur van zijn recht als bij het einde daarvan, bevoegd om aan de zaak aangebrachte veranderingen en toevoegingen weg te nemen, mits hij de zaak in de oude toestand terugbrengt.

Dat lid 2 buiten toepassing wordt verklaard, houdt in dat de bezwaarde bevoegd is om aan de zaak aangebrachte veranderingen en toevoegingen weg te nemen, al brengt hij de zaak daarmee niet in de oude toestand terug.

Art. 3: 217 lid 2, lid 3, tweede zin, en lid 4 BW:

2. Indien bij het openvallen van de nalatenschap een onroerende zaak niet verhuurd of verpacht was, kan de bezwaarde niet verhuren of verpachten zonder toestemming van de verwachter of machtiging van de kantonrechter, tenzij de bevoegdheid daartoe hem bij de instelling van het fideicommis is toegekend.

²⁵⁶ M.S. van Gaalen, *Vruchtgebruik*, Ars Notariatus nr. XCI, Kluwer: Amsterdam 2001, p. 132-134, geeft een verklaring voor de buitentoepassingstelling van bedoelde artikelen voor het vruchtgebruik. Nu de parlementaire geschiedenis hierover zwijgt, probeert hij zelf de ratio te achterhalen. Dat bijvoorbeeld art. 3:208 lid 1 BW buiten werking is gesteld, verklaart Van Gaalen door te stellen dat 'wie het meerdere mag (vervreemden), ook het mindere mag (de bestemming wijzigen)'. Zo bespreekt hij alle buitentoepassinggestelde artikelen. Telkens lijkt bedoelde gedachte dat 'wie het meerdere mag, ook het mindere mag', de leidende gedachte. Van Gaalen kan zich niet vinden in de uitschakeling van genoemde artikelen: hij vindt dat daardoor de rechtspositie van de hoofdgerechtigde te ernstig wordt verzwakt. Ik ben het met Van Gaalen eens.

²⁵⁷ Uiteraard zijn andere beperkingen denkbaar, bijvoorbeeld een omslagstelsel of een bepaalde maximumvertering per bepaald tijdvak. Zie over het omslagstelsel § 2.9.

²⁵⁸ Veelal neemt men aan dat in dat geval aan de striktere eisen van art. 4:56 lid 2 of 3 BW moet worden voldaan, voor zover het gaat om de vraag in hoeverre ongeborenen als verwachter kunnen opkomen. Zie bijvoorbeeld A.H.N. Stollenwerck, *Over het graf heen: fidei-commissaire making of tweetrapsmaking*, FTV 2007/6.

3. (...) De verwachter kan nochtans gestanddoening weigeren, voor zover zonder zijn toestemming hetzij de overeengekomen tijdsduur van de huur langer is dan met het plaatselijk gebruik overeenstemt of bedrijfsruimte in de zin van de zesde afdeling van titel 4 van Boek 7 is verhuurd voor een langere tijd dan vijf jaren, hetzij de verpachting is geschied voor een langere duur dan twaalf jaren voor hoeven en zes jaren voor los land, hetzij de verhuring of verpachting is geschied op ongewone, voor hem bezwarende voorwaarden.

4. De verwachter verliest de bevoegdheid gestanddoening te weigeren, wanneer de huurder of pachter hem een redelijke termijn heeft gesteld om zich omtrent de gestanddoening te verklaren en hij zich niet binnen deze termijn heeft uitgesproken.

Dat de wet deze bepalingen van art. 3:217 BW buiten toepassing verklaart, betekent dat de bezwaarde bevoegd is tot verhuur of verpachting over te gaan, welke verhuur of verpachting de verwachter dient te accepteren.

Opgemerkt zij dat art. 3:215 BW juist *wel* overeenkomstige toepassing vindt bij het fideicommis de residuo (en bij de hierboven bedoelde ‘tussenvorm’ in verband met een beperking van de verteringsbevoegdheid), maar niet bij het zuiver fideicommis:

1. Is aan de bezwaarde de bevoegdheid gegeven tot gehele of gedeeltelijke [onvoorwaardelijke]²⁵⁹ vervreemding en vertering van aan het fideicommis onderworpen goederen, dan kan de verwachter bij het in vervulling gaan van de voorwaarde afgifte vorderen van de fideicommissaire goederen of hetgeen daarvoor in de plaats getreden is, voor zover de bezwaarde of zijn rechtverkrijgenden niet bewijzen dat die goederen verteerd of door toeval tenietgegaan zijn.

2. Bij verlening van de bevoegdheid tot [onvoorwaardelijke] vervreemding en vertering kunnen een of meer personen worden aangewezen, wier toestemming voor de [onvoorwaardelijke] vervreemding en voor de vertering nodig is. Staan de fideicommissaire goederen onder bewind, dan zijn de [onvoorwaardelijke] vervreemding en de vertering van de medewerking van de bewindvoerder afhankelijk.

3. Is aan de bezwaarde de bevoegdheid tot [onvoorwaardelijke] vervreemding en vertering verleend, dan mag hij de goederen ook voor gebruikelijke kleine geschenken bestemmen.

²⁵⁹ Ik heb het woord ‘onvoorwaardelijk’ toegevoegd om duidelijk te maken dat het niet gaat om een voorwaardelijke vervreemding of bezwaring, hetgeen steeds is toegestaan, maar om een ‘extra’ bevoegdheid. Als de insteller het woord ‘onvoorwaardelijk’ niet toevoegt aan de bevoegdheid om te vervreemden en bezwaren, kan men zich afvragen of hij daarmee toch bedoelt te zeggen dat de bezwaarde onvoorwaardelijk mag vervreemden en bezwaren. Deze vraag werd gesteld op het congres van de EPN in mei 2012 naar aanleiding van mijn bijdrage aan dat congres. Ik beantwoordde de vraag bevestigend en doe dat nog steeds.

2.5.2 Bepalingen die voor alle fideicommissen van toepassing zijn

Thans volgt de opsomming van de artikelen die van toepassing zijn op het fideicommis, voor zover de bepalingen niet hiervoor in § 2.5.1 buiten toepassing zijn verklaard (in de situatie dat gehele of gedeeltelijke verteringsbevoegdheid is toegekend). Ik heb de bepalingen onderverdeeld in categorieën, op vergelijkbare wijze als Van Gaalen dat in zijn proefschrift over het vruchtgebruik heeft gedaan.²⁶⁰

2.5.2.1 Substitutie

Art. 3:213 BW:

1. Hetgeen in de plaats van aan het fideicommis onderworpen goederen treedt doordat daarover bevoegdelyk wordt beschikt, is eveneens aan het fideicommis onderworpen en behoort zowel de bezwaarde als verwachter voorwaardelyk toe. Hetzelfde is het geval met hetgeen door inning van aan het fideicommis onderworpen vorderingen wordt ontvangen, en met vorderingen tot vergoeding die in de plaats van aan het fideicommis onderworpen goederen treden, waaronder begrepen vorderingen ter zake van waardevermindering van die goederen.
2. Ook zijn aan het fideicommis onderworpen de voordelen die een goed tijdens het fideicommis oplevert en die geen vruchten zijn.

2.5.2.2 Overdracht en afstand

Art. 3:223 BW:

Een bezwaarde kan zijn recht overdragen of bezwaren zonder dat daardoor de duur van het recht gewijzigd wordt. Naast de verkrijger is de oorspronkelyke bezwaarde hoofdelijk voor alle uit het fideicommis voortspruitende verplichtingen jegens de verwachter aansprakelyk. Is aan de oorspronkelyke bezwaarde door de insteller een grotere bevoegdheid tot vervreemding, verbruik of vertering gegeven dan de wet aan de bezwaarde toekent, dan komt die ruimere bevoegdheid niet aan de latere verkrijgers van de fideicommissaire goederen toe.

Wanneer de bezwaarde een fideicommissaire goed in voorwaardelyke staat overdraagt, is het recht van de verkrijger aan dezelfde voorwaarde onderworpen. Daarnaast dient in acht te worden genomen dat:

1. de duur van de voorwaardelykheid van het recht van de verkrijger niet wijzigt (en dus op z'n langst gebonden blijft aan het leven van de oorspronkelyke bezwaarde);²⁶¹

²⁶⁰ M.S. van Gaalen, *Vruchtgebruik*, Ars Notariatus nr. XCI, Kluwer: Amsterdam 2001.

²⁶¹ Een interessante vraag is of dit voor de omgekeerde situatie ook geldt: als het recht van de verwachter wordt uitgewonnen, blijft het recht dan ook gebonden aan de voorwaarde dat de oorspronkelyke verwachter het aangewezen tijdstip dient te overleven? Ik beantwoord deze vraag bevestigend. De insteller koppelt het recht van de verwachter aan het overleven door de benoemde

2. de oorspronkelijke bezwaarde hoofdelijk voor alle uit de voorwaardelijke verkrijging voortvloeiende verplichtingen jegens de verwachter aansprakelijk blijft;
3. als sprake is van een fideicommiss de residuo, de verkrijger geen ruimere bevoegdheden tot vervreemding, verbruik of vertering krijgt dan *de wet* (dus niet de insteller) aan een bezwaarde toekent.

Art. 3:224 BW:

Indien een bezwaarde uit hoofde van de aan het fideicommiss verbonden lasten en verplichtingen op zijn kosten afstand van zijn recht wil doen, is de verwachter gehouden hieraan mede te werken.

Zolang de verwachter zijn erfgenaamschap niet heeft aanvaard, kan dit artikel geen overeenkomstige toepassing vinden. Heeft de verwachter eenmaal (al dan niet beneficiair) aanvaard, dan is overeenkomstige toepassing mogelijk.

2.5.2.3 Bevoegdheden van de bezwaarde met betrekking tot het gebruik en beheer

Art. 3:207 lid 1 en 2 (met uitzondering van de tweede zin van lid 2) BW:

1. Een bezwaarde mag de aan het fideicommiss onderworpen goederen gebruiken of verbruiken overeenkomstig de bij de instelling van het fideicommiss gestelde regels of, bij gebreke van zodanige regels, met inachtneming van de aard van de goederen en de ten aanzien van het gebruik of verbruik bestaande plaatselijke gewoonten.
2. Een bezwaarde is voorts bevoegd tot alle handelingen die tot een goed beheer van de aan het fideicommiss onderworpen goederen dienstig kunnen zijn.

Art. 3:208 lid 2 BW:

2. Tenzij in de uiterste wil van de insteller anders is bepaald, is de bezwaarde van een zaak, zowel tijdens de duur van zijn recht als bij het einde daarvan, bevoegd om aan de zaak aangebrachte veranderingen en toevoegingen weg te nemen, mits hij de zaak in de oude toestand terugbrengt.

Art. 3:217 BW:

1. De bezwaarde is bevoegd de aan het fideicommiss onderworpen zaken te verhuren of te verpachten, voor zover bij de instelling van het fideicommiss niet anders is bepaald.

verwachter van het aangewezen tijdstip. Dit is ook van belang bij het doen van afstand van het voorwaardelijke recht door de verwachter ten behoeve van de bezwaarde als er nog plaatsvervullers of andere verwachters zijn. Zie over dat laatste § 5.2.3. Merk op dat dit niet gaat over afstand door de bezwaarde, waar het volgende art. 3:224 BW over gaat.

2. Indien bij het openvallen van de nalatenschap een onroerende zaak niet verhuurd of verpacht was, kan de bezwaarde niet verhuren of verpachten zonder toestemming van de verwachter of machtiging van de kantonrechter, tenzij de bevoegdheid daartoe hem bij de instelling van het fideicommis is toegekend.
3. Na het in vervulling gaan van de fideicommissaire voorwaarde is de verwachter verplicht een bevoegdelijk aangegane huur of verpachting gestand te doen. Hij kan nochtans gestanddoening weigeren, voor zover zonder zijn toestemming hetzij de overeengekomen tijdsduur van de huur langer is dan met het plaatselijk gebruik overeenstemt of bedrijfsruimte in de zin van de zesde afdeling van titel 4 van Boek 7 is verhuurd voor een langere tijd dan vijf jaren, hetzij de verpachting is geschied voor een langere duur dan twaalf jaren voor hoeven en zes jaren voor los land, hetzij de verhuring of verpachting is geschied op ongewone, voor hem bezwarende voorwaarden.
4. De verwachter verliest de bevoegdheid gestanddoening te weigeren, wanneer de huurder of pachter hem een redelijke termijn heeft gesteld om zich omtrent de gestanddoening te verklaren en hij zich niet binnen deze termijn heeft uitgesproken.
5. Indien de verwachter volgens de vorige leden niet verplicht is tot gestanddoening van een door de bezwaarde aangegane verhuring van woonruimte waarin de huurder bij het eindigen van het recht van de bezwaarde zijn hoofdverblijf heeft en waarop de artikelen 271 tot en met 277 van Boek 7 van toepassing zijn, moet hij de huurovereenkomst niettemin met de huurder voortzetten met dien verstande dat artikel 269 lid 2 van Boek 7, van overeenkomstige toepassing is.

2.5.2.4 Verplichtingen van de bezwaarde

Art. 3:205 – met uitzondering van lid 3 – BW:

1. Tenzij een bewind reeds tot een voldoende boedelbeschrijving heeft geleid of daartoe verplicht, moet de bezwaarde in tegenwoordigheid of na behoorlijke oproeping van de verwachter een notariële beschrijving van de goederen opmaken. De beschrijving kan ondershands worden opgemaakt, indien de verwachter tegenwoordig is en de verwachter en bezwaarde een regeling hebben getroffen omtrent haar bewaring.
2. Zowel de bezwaarde als de verwachter hebben het recht om in de beschrijving alle bijzonderheden te doen opnemen, die dienstig zijn om de toestand waarin de aan het fideicommis onderworpen zaken zich bevinden, te doen kennen.
4. De bezwaarde moet jaarlijks aan de verwachter een ondertekende nauwkeurige opgave zenden van de goederen die niet meer aanwezig zijn, van de goederen die daarvoor in de plaats zijn gekomen, en van de voordelen die de goederen hebben opgeleverd en die geen vruchten zijn.
5. De bezwaarde kan van de verplichtingen die ingevolge de voorgaande leden op hem rusten, niet worden vrijgesteld.
6. Tenzij anders is bepaald, komen de kosten van de beschrijving en van de in lid 4 bedoelde jaarlijkse opgave ten laste van de bezwaarde.

De overeenkomstige toepassing van art. 3:205 lid 6 BW kan, als de insteller bepaalt dat de kosten ten laste van de verwachter komen, een hoge drempel

vormen voor de verwachter om de boedelbeschrijving of jaarlijkse opgave te verlangen. Immers, onzeker is of hij wel onvoorwaardelijk erft. Ik geef de wetgever in overweging lid 6 niet van overeenkomstige toepassing te verklaren en de kosten dwingend ten laste van de bezwaarde of van het fideicommissaire vermogen te laten komen.²⁶²

Gelet op het belang van de al dan niet dwingendrechtelijke verplichting om een boedelbeschrijving op te stellen, verwijs ik hier naar Verstappen,²⁶³ Van Gaalen,²⁶⁴ Kraan,²⁶⁵ Stollenwerck,²⁶⁶ Perrick,²⁶⁷ Breemhaar²⁶⁸ en Mollema,²⁶⁹ die allen van mening zijn dat dit dwingend recht moet zijn. Ik sluit mij hier van harte bij aan.²⁷⁰ Daarnaast ben ik van mening dat de jaarlijkse opgaveplicht van art. 3:205 lid 4 BW voor het fideicommis dwingend van aard is,²⁷¹ evenals – wanneer de bezwaarde van het stellen van zekerheid is vrijgesteld – de jaarlijkse toonplicht van art. 3:206 lid 2 BW.

²⁶² Vgl. § 2121 Abs. 4 BGB: ‘Die Kosten der Aufnahme und der Beglaubigung fallen der Erbschaft zur Last.’ De Vorerbe kan hiervan niet ‘befreit’ worden op basis van § 2136 BGB.

²⁶³ *Handboek Erfrecht* (2011), L.C.A. Verstappen, p. 292.

²⁶⁴ M.S. van Gaalen, *Vruchtgebruik*, Ars Notariatus nr. XCI, Kluwer: Amsterdam 2001, p. 80.

²⁶⁵ C.A. Kraan, *Vruchtgebruik*, Preadvies voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 1999, p. 122.

²⁶⁶ A.H.N. Stollenwerck, *Het fidei-commis de residuo*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1986, p. 114.

²⁶⁷ *Asser/Perrick 4* 2013/200.

²⁶⁸ W. Breemhaar, *De uiterste wilsbeschikking*, diss. Groningen 1992, Deventer: Kluwer 1992, p. 104 en W. Breemhaar, *De testeervrijheid: een vrijheid in gebondenheid. Titel 4.5 BW: dwingend recht, tenzij...*, Tijdschrift Nieuw Erfrecht 2005/3, p. 45.

²⁶⁹ A.F. Mollema, *Erfstellingen en legaten onder tijdsbepaling of voorwaarde*, WPNR 2007/6698, p. 146.

²⁷⁰ Anders: J.B. Vegter, *Over de wettelijke vormgeving van het fidei-commis de residuo en in het bijzonder over het overeenkomstig van toepassing zijn van de vruchtgebruikbepalingen op dit fidei-commis*, WPNR 2002/6486. Zie daarover ook de reactie van Verstappen in WPNR 2002/6509 en het naschrift van Vegter daarbij in datzelfde nummer van het WPNR. Vgl. ook § 2121 BGB: ‘(1) Der Vorerbe hat dem Nacherben auf Verlangen ein Verzeichnis der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände mitzuteilen. Das Verzeichnis ist mit der Angabe des Tages der Aufnahme zu versehen und von dem Vorerben zu unterzeichnen; der Vorerbe hat auf Verlangen die Unterzeichnung öffentlich beglaubigen zu lassen. (2) Der Nacherbe kann verlangen, dass er bei der Aufnahme des Verzeichnisses zugezogen wird. (3) Der Vorerbe ist berechtigt und auf Verlangen des Nacherben verpflichtet, das Verzeichnis durch die zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufnehmen zu lassen. (4) Die Kosten der Aufnahme und der Beglaubigung fallen der Erbschaft zur Last.’ De Vorerbe kan hier niet ‘befreit’ van worden op basis van § 2136 BGB.

²⁷¹ De echtgenoot die een vruchtgebruik heeft gekregen op grond van art. 4:19 BW of art. 4:21 BW, is op grond van art. 4:23 lid 1 BW vrijgesteld van de jaarlijks opgaveplicht. De wetgever kan een in titel 3.8 BW opgenomen dwingende wetsbepaling uiteraard in een concrete situatie buiten werking stellen. Zolang de wetgever dit voor het fideicommis niet doet, blijven de in titel 3.8 BW opgenomen dwingende wetsbepalingen dwingend. Anders: A.H.N. Stollenwerck, *Over het graf heen: fidei-commissaire making of tweetrapsmaking*, FTV 2007/6.

Zonder boedelbeschrijving en/of zonder jaarlijkse opgaveplicht,²⁷² is het voor de verwachter heel lastig om te bewijzen welke goederen bij het in vervulling gaan van de voorwaarde op hem over zijn gegaan. Uit art. 3:119 BW juncto art. 3:109 BW kan men afleiden dat de bezwaarde vermoed wordt onvoorwaardelijk rechthebbende te zijn van de fideicommissaire goederen. Art. 3:215 lid 1 BW lijkt de bewijslast, in geval van een fideicommiss de residuo, om te draaien en bij de bezwaarde of diens erfgenamen te leggen.²⁷³

Art. 3:206 BW:

1. De bezwaarde moet voor de nakoming van zijn verplichtingen jegens de verwachter zekerheid stellen, tenzij hij hiervan is vrijgesteld of de belangen van de verwachter reeds voldoende zijn beveiligd door de instelling van een bewind.
2. Is de bezwaarde van het stellen van zekerheid vrijgesteld, dan kan de verwachter jaarlijks verlangen dat hem de aan het fideicommiss onderworpen zaken worden getoond. Ten aanzien van waardepapieren en gelden kan, behoudens bijzondere omstandigheden, met overlegging van een verklaring van een geregistreerde kredietinstelling worden volstaan.

Art. 3:207 lid 3 BW:

3. Jegens de verwachter is de bezwaarde verplicht ten aanzien van de aan het fideicommiss onderworpen goederen en het beheer daarover de zorg van een goed bezwaarde in acht te nemen.

Art. 3:208 lid 1 BW:

1. Van zaken die aan het fideicommiss zijn onderworpen, mag de bezwaarde de bestemming die deze bij de aanvang van het fideicommiss hadden, niet veranderen zonder toestemming van de verwachter of machtiging van de kantonrechter.

Art. 3:209 BW:

1. De bezwaarde is verplicht het voorwerp van zijn recht ten behoeve van de verwachter te verzekeren tegen die gevaren, waartegen het gebruikelijk is een verzekering te sluiten. In ieder geval is de bezwaarde, indien een gebouw aan het fideicommiss is onderworpen, verplicht dit tegen brand te verzekeren.

²⁷² Blijkbaar is de Commissie Erfrecht KNB, *Eindverslag Commissie Erfrecht KNB inzake Boek 4 BW*, Ars Notariatus nr. CV, Deventer: Kluwer, 2012, p. 26 van mening dat een boedelbeschrijving als verplichting volstaat. Ik ben van mening dat ook de jaarlijkse opgave voor de verwachter onontbeerlijk kan zijn.

²⁷³ Geheel duidelijk is dit niet: mocht een boedelbeschrijving ontbreken, dan staat niet vast op welke goederen het fideicommiss rustte. Werkt het bewijsvermoeden dan ten aanzien van het hele vermogen van de bezwaarde? Een duidelijke bewijsregeling in het testament verdient aanbeveling.

2. Voor zover de bezwaarde aan de in het eerste lid omschreven verplichtingen niet voldoet, is de verwachter bevoegd zelf een verzekering te nemen en is de bezwaarde verplicht hem de kosten daarvan te vergoeden.

Anders dan Van Gaalen²⁷⁴ ben ik van mening dat de verwachter hangende de voorwaarde, vanwege zijn goederenrechtelijke aanspraak op de fideicommissaire goederen, best redenen kan hebben om lid 2 toe te passen.²⁷⁵

Art. 3:211 BW:

1. Ook wanneer bij de beschrijving of in een jaarlijkse opgave een of meer goederen die aan het fideicommiss onderworpen zijn, slechts naar hun soort zijn aangeduid, behoudt de verwachter daarop zijn recht.
2. De bezwaarde is verplicht zodanige goederen afgescheiden van zijn overig vermogen te houden.

Art. 3:214 BW:

1. Tenzij door de insteller anders is bepaald, moeten gelden die tot het fideicommissaire vermogen behoren, in overleg met de verwachter vruchtdragend belegd of in het belang van de overige aan het fideicommiss onderworpen goederen besteed worden.
2. In geval van geschil omtrent hetgeen ten aanzien van de in het eerste lid bedoelde gelden dient te geschieden, beslist daaromtrent de persoon die door de insteller daartoe is aangewezen, of bij gebreke van een zodanige aanwijzing, de kantonrechter. Tegen een beschikking van de kantonrechter krachtens dit lid is geen hogere voorziening toegelaten.

Art. 3:220 lid 1 BW:

1. Gewone lasten en herstellingen worden door de bezwaarde gedragen en verricht. De bezwaarde is verplicht, wanneer buitengewone herstellingen nodig zijn, aan de verwachter van deze noodzakelijkheid kennis te geven en hem gelegenheid te verschaffen tot het doen van deze herstellingen. De verwachter is niet tot het doen van enige herstelling verplicht.

Hoewel de derde zin van lid 1 logisch lijkt, moet men bedenken dat de bezwaarde op grond van (het van overeenkomstige toepassing verklaarde) art. 3:214 lid 1 BW gelden, die tot het fideicommissaire vermogen behoren, in

²⁷⁴ M.S. van Gaalen, *Vruchtgebruik*, Ars Notariatus nr. XCI, Kluwer: Amsterdam 2001, p. 78.

²⁷⁵ Art. 4:138 lid 1 BW is op het doen verzekeren van fideicommissaire goederen mijns inziens niet van toepassing, omdat het niet gaat om een bevoegdheid jegens derden die voortvloeit uit de goederen. Hij 'beschikt' (in de zin van vervreemden of bezwaren) ook niet over de te verzekeren goederen. Hij heeft een te verzekeren belang.

overleg met de verwachter in het belang van de overige aan het fideicommiss onderworpen goederen kan besteden. Als de verwachter en bezwaarde een geschil daarover hebben, is het uiteindelijk de kantonrechter die bepaalt of het betreffende fideicommissaire goed hersteld wordt (waarbij het gaat om een buitengewone herstelling) ten koste van het overig fideicommissaire vermogen (die daarvoor mogelijk te gelde moeten worden gemaakt). Willen noch de bezwaarde noch de verwachter het betreffende fideicommissaire goed herstellen of is dat onmogelijk (bijvoorbeeld omdat er geen overig fideicommissair vermogen is), dan komt het goed bij het in vervulling gaan van de fideicommissaire voorwaarde de verwachter toe in de staat waarin het zich dan bevindt.

Art. 3:221 BW:

1. Indien de bezwaarde in ernstige mate tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen, kan de rechtbank op vordering van de verwachter aan deze het beheer toekennen of het fideicommissaire vermogen onder bewind stellen.
2. De rechtbank kan hangende het geding het fideicommissaire vermogen bij voorraad onder bewind stellen.
3. De rechtbank kan voor het bewind of beheer zodanige voorschriften geven als zij dienstig acht. Op het bewind zijn voor het overige de artikelen 154, 157 tot en met 166, 168, 170, 172, 173, 174 en 177 lid 1 van Boek 4 van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat de kantonrechter de in artikel 159 van Boek 4 bedoelde beloning ook op grond van bijzondere omstandigheden anders kan regelen, alsmede dat hij de in artikel 160 van Boek 4 bedoelde zekerheidstelling te allen tijde kan bevelen. Het bewind kan door een gezamenlijk besluit van de bezwaarde en de verwachter of op verzoek van een hunner door de rechtbank worden opgeheven.

Men kan zich afvragen of met de verwijzing naar art. 4:170 BW bedoeld is ‘door te verwijzen’ naar – het in art. 4:170 lid 3 BW genoemde – art. 4:169 (lid 2 en 3) BW. Zie daarover verder hoofdstuk 4 (§ 4.3.3).

Art. 3:222 lid 1 BW:

1. Bij een fideicommissaire nalatenschap kan de verwachter van de bezwaarde verlangen dat de tot die algemeenheid behorende schulden uit de tot het fideicommissaire vermogen behorende goederen worden voldaan of, voor zover de verwachter deze schulden uit eigen middelen heeft voldaan, dat hem het betaalde, vermeerderd met rente van de dag der betaling af, uit het fideicommiss wordt teruggegeven. Voldoet de bezwaarde een schuld uit eigen vermogen, dan behoeft de verwachter hem het voorgeschotene eerst bij het in vervulling gaan van de voorwaarde terug te geven.

Ik merk op dat ‘vruchtgebruik van schulden’ niet bestaat.²⁷⁶ Weliswaar geldt art. 3:222 lid 1 BW bij een vruchtgebruik, maar dan zijn de schulden van de hoofdgerechtigde geen schulden van de vruchtgebruiker. Bij een fideicommis zijn de schulden der nalatenschap schulden ter zake waarvan de bezwaarde van rechtswege (voorwaardelijk) schuldenaar is geworden (art. 4:182 lid 2 BW). Bij de verkrijging van een vruchtgebruik is geen sprake van een wettelijke vereffening. De vruchtgebruiker kan immers niet in zijn eigen vermogen worden aangesproken voor schulden die ‘tot de algemeenheid van goederen’²⁷⁷ behoren. Bij een fideicommis kunnen schuldeisers der nalatenschap de bezwaarde, wanneer hij zuiver aanvaardt, wel aanspreken in zijn eigen vermogen (art. 4:184 lid 2 aanhef en sub a BW). Bij een fideicommis vindt, na beneficiaire aanvaarding door de bezwaarde, de wettelijke vereffening plaats. Art. 3:222 lid 1 BW past mijns inziens beter bij het vruchtgebruik dan bij het fideicommis. Bij een vruchtgebruik kan het zijn dat de hoofdgerechtigde, die aansprakelijk is voor de schulden die tot de algemeenheid behoren, bij het einde van het recht van de vruchtgebruiker geconfronteerd wordt met goederen waarvan de waarde onvoldoende is om de schulden te voldoen.²⁷⁸ Bij een fideicommis heeft de verwachter de mogelijkheid de nalatenschap beneficiair te aanvaarden. Bij het invullen gaan van de voorwaarde kunnen er weliswaar onvoldoende activa zijn om de passiva mee te voldoen, maar dat betekent niet dat hij de schulden ten laste van zijn eigen vermogen dient te voldoen. Heeft de verwachter beneficiair aanvaard, dan is de verhaalsaansprakelijkheid in beginsel beperkt (art. 4:184 lid 2 BW). Wat hier ook van zij, art. 3:222 lid 1 BW is mijns inziens op grond van art. 4:138 lid 2 BW wel van toepassing. Gesteld dat de eisen van de redelijkheid en billijkheid van invloed zijn op de verhouding tussen de bezwaarde en de verwachter (zie § 2.10.3), dan kunnen deze eisen mogelijk tot een uitzondering op de overeenkomstige toepassing van art. 3:222 lid 1 BW leiden. Bijvoorbeeld bij een schuld die is aangegaan ter verwerving, verbetering of onderhoud²⁷⁹ van een woning of van andere goederen, die dienen ter bewoning door of verzorging

²⁷⁶ Vgl. R.E. Brinkman, *Vruchtgebruik, in het bijzonder van geldvorderingen en ten aanzien van schulden*, WPNR 2010/6837.

²⁷⁷ Zie over dit – destijds wel in het wetsvoorstel voor het Nieuw BW opgenomen, maar later vervallen – rechtsfenomeen J. de Ruiter, *Beschouwingen over de algemeenheid van goederen in het Ontwerp-Burgerlijk Wetboek*, diss. Utrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963. Zie ook Van Zeven c.s., *Parl. Gesch. Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, p. 97-104 en *Parl. Gesch. Boek 3 Inv. 3, 5 en 6*, p. 1026.

²⁷⁸ Overigens kan de hoofdgerechtigde zijn risico drastisch beperken door te vereffenen, zodat het vruchtgebruik slechts op (een al dan niet als ‘algemeenheid van goederen’ te kenschetsen hoeveelheid) goederen rust en er dus geen (namelijk vereffende) schulden meer zijn.

²⁷⁹ Welke terminologie is ontleend aan afd. 3.6 Wet Inkomstenbelasting 2001.

van de bezwaarde.²⁸⁰ Dat de bezwaarde de eventuele rentelasten van die schuld wel uit zijn eigen vermogen moet voldoen (art. 3:220 BW), staat daar los van.²⁸¹

Art. 3:225 BW:

Na het in vervulling gaan van de fideicommissaire voorwaarde rust op de bezwaarde of zijn rechtverkrijgenden de verplichting de goederen ter beschikking van de verwachter te stellen.

Tot slot merk ik in deze paragraaf op dat de verwachter na het in vervulling gaan van de voorwaarde zijn bevoegdheden nog kan uitoefenen, die hij normaal gesproken *hangende de voorwaarde* uitoefent. De aanvaarding op grond van art. 4:190 lid 4 BW werkt terug tot het moment van het overlijden van de insteller.²⁸² Het kan bijvoorbeeld gaan om het (alsnog) vorderen van een boedelbeschrijving.

2.5.2.5 Gebruik en vruchten

Art. 3:201 BW:

Het fideicommis geeft de bezwaarde het recht om fideicommissaire goederen te gebruiken en daarvan de vruchten te genieten.

Art. 3:216 BW:²⁸³

De bezwaarde komen alle vruchten toe, die hangende de fideicommissaire voorwaarde afgescheiden of opeisbaar worden. Bij de instelling van het fideicommis

²⁸⁰ Is de schuldeiser bevoegd de lening bij het overlijden van de insteller op te eisen, dan wordt de situatie lastiger. Sluit de bezwaarde een nieuwe leningsovereenkomst of stelt deze zich met toestemming van de bank persoonlijk aansprakelijk voor de schuld, dan vindt de laatste volzin van art. 3:222 lid 1 BW toepassing. De verwachter dient het bedrag bij het in vervulling van de voorwaarde terug te geven aan de bezwaarde. Heeft de verwachter beneficiair aanvaard en is de waarde van de goederen der nalatenschap onvoldoende om het bedrag terug te geven, dan blijft de bezwaarde of diens erfgenaam met een restschuld zitten. Wordt de voorwaarde vervuld door het overlijden van de bezwaarde, dan doen diens erfgenamen er wellicht verstandig aan de nalatenschap van de bezwaarde beneficiair te aanvaarden.

²⁸¹ Vgl. R.E. Brinkman, *Vruchtgebruik, in het bijzonder van geldvorderingen en ten aanzien van schulden*, WPNR 2010/6837.

²⁸² Ik ga niet in op de vraag of aan het inroepen van die bevoegdheden ook een verval- of verjaringstermijn zit, en ook niet op de kwestie of de verwachter zijn bevoegdheden kan verwerken. Zie daarover W. Snijders, *Wilsrechten, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht*, WPNR 1999/6365, 6366 en 6367.

²⁸³ In Rb. Amsterdam, 4 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW4435, Notafax 2012/107 speelt de vraag of niet-opeisbare rente op een onderbedelingsvordering een vrucht is en/of deze tot het fideicommissaire vermogen (en daarmee bij de vervulling van de voorwaarde aan de verwachter) behoort. De Rechtbank worstelt met de vraag. Mijns inziens dient eenvoudigweg art. 3:216 BW toegepast te worden: zijn de vruchten niet opeisbaar, dan komen deze de bezwaarde niet toe. De Rechtbank komt via een aantal bochten tot hetzelfde resultaat.

kan nader worden bepaald wat met betrekking tot het fideicommis als vrucht moet worden beschouwd.

Resumerend merk ik op dat bij een zuiver fideicommis zeventien (gedeelten) van de vierentwintig artikelen van titel 3.8 BW van toepassing zijn, hetgeen mijns inziens voldoende reden is om in art. 4:138 lid 2 BW niet in het algemeen de vruchtgebruikbepalingen van overeenkomstige toepassing te verklaren, maar de toepasselijke bepalingen te noemen. Zie hierna § 2.6.

2.5.3 Bepalingen die voor alle fideicommissen niet van toepassing zijn

In deze paragraaf noem ik de vruchtgebruikbepalingen die niet van overeenkomstige toepassing kunnen zijn of hun eigen regeling in boek 4 BW hebben of *zouden moeten* hebben.

Ik herschrijf de bepalingen niet, omdat de oorspronkelijke vorm van het betreffende artikel duidelijk maakt dat deze zich niet voor overeenkomstige toepassing leent of zou moeten lenen.

Art. 3:202 BW:

Vruchtgebruik ontstaat door vestiging of door verjaring.

Bij een fideicommissaire erfstelling ontstaat het recht van zowel de bezwaarde als de verwachter van rechtswege.²⁸⁴

Art. 3:203 BW:

1. Vruchtgebruik kan worden gevestigd ten behoeve van één persoon, ofwel ten behoeve van twee of meer personen hetzij gezamenlijk hetzij bij opvolging. In het laatste geval moeten ook de later geroepen op het ogenblik van de vestiging bestaan.
2. Vruchtgebruik kan niet worden gevestigd voor langer dan het leven van de vruchtgebruiker. Vruchtgebruik ten behoeve van twee of meer personen wast bij het einde van het recht van een hunner bij dat van de anderen aan, bij ieder in evenredigheid van zijn aandeel, en eindigt eerst door het tenietgaan van het recht van de laatst overgeblevene, tenzij anders is bepaald.

²⁸⁴ Bij fideicommissaire legaten, lasten en giften, ontstaat het recht van zowel de bezwaarde als de verwachter, net als bij vruchtgebruik, onder bijzondere titel. In dat geval dient voor vestiging te worden gelezen levering. Het door de bezwaarde of de verwachter verkrijgen van een voorwaardelijke aanspraak op een goed door verjaring is moeilijk voor te stellen. Dat het recht van de verwachter bij een fideicommissaire erfstelling van rechtswege ontstaat, is zoals besproken strijdig met ons rechtssysteem (zie § 1.4.1.5).

3. Is de vruchtgebruiker een rechtspersoon, dan eindigt het vruchtgebruik door ontbinding van de rechtspersoon, en in ieder geval na verloop van dertig jaren na de dag van vestiging.

Wat lid 1 betreft geeft Boek 4 BW zijn eigen regeling. Vergelijk art. 4:11 BW voor de mogelijkheid om tezamen geroepen te worden tot een erfdeel. Over de in lid 1 genoemde mogelijkheid bij opvolging op te komen, het volgende: stel dat de insteller A als bezwaarde wil benoemen en hij bij opvolging eerst B benoemt, en ten slotte C als verwachter aanwijst. Er is mijns inziens geen sprake van ‘opvolging’ als bedoeld in art. 3:203 lid 1 BW, maar van een drievoudige overgang. De eerste overgang is op A, de tweede op B, de derde op C (als ‘tweede’ verwachter).²⁸⁵ In dat geval moeten zowel B als C bij het overlijden van de insteller bestaan (art. 4:56 lid 1 BW).²⁸⁶ Datzelfde geldt voor de mogelijkheid om *gezamenlijk* als bezwaarden op te komen. Naar mijn mening komt, als de ene bezwaarde overlijdt, de andere bezwaarde voor dat gedeelte van de nalatenschap dat die ene bezwaarde nalaat, als verwachter op. Dat er nog een ‘tweede verwachter’ achteraan kan komen, doet hier niet aan af.²⁸⁷ Wat art.

²⁸⁵ Vgl. J.B. Vegter, *Vruchtgebruik bij opvolging en gezamenlijk vruchtgebruik; civielrechtelijk en in het licht van de Successiewet 1956 gezien*, WPNR 2011/6884, waarin hij een vruchtgebruik bij opvolging kwalificeert als twee of meer voorwaardelijke makingen. Zie ook § 1.5.6.

²⁸⁶ Uiteraard kan zich nog wel een uitzondering als bedoeld in art. 4:56 lid 2, 3 en 4 BW voordoen. In dat geval dient wel in acht te worden genomen dat er slechts één overgang op ongeborenen kan plaatsvinden. Bestaan A en B bij het overlijden van de insteller, dan kan C, ongeboren bij het overlijden van de insteller, als verwachter opkomen. Is ook B nog niet geboren bij het overlijden van de insteller, dan is slechts de overgang van A op B mogelijk; de overgang van B op C is dan niet mogelijk. Overigens kan, als B niet maar C wel bestaat bij het overlijden van de insteller, de overgang van A op B op C plaatsvinden. Slechts een *tweede* overgang op (ten tijde van het overlijden van de insteller) *ongeborenen* is niet mogelijk. Anders: P. Blokland en A.H.N. Stollenwerck, *Handboek Familievermogensrecht 2013/2014*, p. 768.

²⁸⁷ Anders: *Handboek Erfrecht* (2011), L.C.A. Verstappen, p. 294, die lijkt te stellen dat ‘aanwas’ bij de langstlevende van twee bezwaarden kan plaatsvinden, alvorens de benoemde verwachter erft. Hoewel ik met L.C.A. Verstappen, *Rechtsopvolging onder algemene titel*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. LXXII, Kluwer: Deventer 1996, p. 78 van mening ben dat aanwas een rechtsopvolging onder algemene titel kan inhouden, kwalificeer ik aanwas liever als een fideicommissaire opvolging van de overgebleven bezwaarde (als verwachter) in het deel van de andere bezwaarde in (het residu van) de nalatenschap. Ik adviseer de praktijk klare wijn te schenken en niet te spreken over een – naar analogie van het vruchtgebruik – ‘gezamenlijke fideicommissaire verkrijging’ of iets dergelijks, maar liever over bezwaarden die elkaars verwachters zijn. Aanwas kan overigens ook bij *verwachters* een rol spelen. Stel dat de insteller twee personen tot verwachters heeft benoemd, zonder plaatsvervullingsregeling. Stel dat één van de verwachters voor het in vervulling gaan van de voorwaarde overlijdt. Wordt de andere verwachter dan enig verwachter of wordt de bezwaarde voor de helft onvoorwaardelijk gerechtigd tot het fideicommissaire vermogen? Art. 4:48 BW is in mijn ogen ook voor de ‘tweede overgang’ van de nalatenschap van toepassing: ‘Wanneer in eenzelfde uiterste wil twee of meer personen tot hetzelfde, al of niet voor bepaalde delen, zijn geroepen en de beschikking ten opzichte van een geroepene geen gevolg heeft, vindt ten behoeve van de overigen aanwas naar evenredigheid van de

3:203 lid 2 BW betreft, geeft art. 4:140 BW zijn eigen regeling. Wat art. 3:203 lid 3 BW betreft, merk ik op dat art. 4:141 BW alleen geldt voor natuurlijke personen,²⁸⁸ zodat voor een voorwaardelijke making aan een rechtspersoon de hoofdregel van art. 4:140 BW blijft gelden.²⁸⁹

Art. 3:205 lid 3 BW:

De hoofdgerechtigde is bevoegd de levering en afgifte van de aan het vruchtgebruik onderworpen goederen op te schorten, indien de vruchtgebruiker niet terzelfder tijd zijn verplichting tot beschrijving nakomt.

Bij een fideicommissaire erfstelling ontstaan de rechten van de bezwaarde en de verwachter onder algemene titel, zodat van opschorting geen sprake kan zijn.²⁹⁰

Art. 3:207 lid 2 tweede zin BW:

2. (...) Tot alle overige handelingen ten aanzien van die goederen zijn de hoofdgerechtigde en de vruchtgebruiker slechts tezamen bevoegd.

Dit zou moeten voortvloeien uit art. 4:138 lid 1 BW en komt terug in mijn herschrijving in § 2.6.

hun toekomstige delen plaats.' De verwachters zijn 'tot hetzelfde geroepen', namelijk tot de nalatenschap zoals deze zal zijn bij de tweede overgang.

²⁸⁸ Het gaat in art. 4:141 BW immers om het overlijden van de bezwaarde; dat is bij een rechtspersoon onmogelijk. Men mag de ontbinding daaraan niet gelijkstellen, want, anders dan bij een natuurlijk persoon, is bij een rechtspersoon de hoofdregel dat deze eeuwig bestaat. In dat geval zou de voorwaarde van 'overleven' door de verwachter van de bezwaarde bijna geen onzekere factor meer zijn. Ik zeg nog wel 'bijna', want als men de ontbinding van de rechtspersoon gelijk zou stellen met het overlijden, zou de rechtspersoon vóór het aangewezen tijdstip ontbonden kunnen zijn. Vgl. Van der Burght c.s., *Parl. Gesch. Vaststellingswet Erfrecht*, p. 822 (MvA II). Vgl. ook § 2109 BGB: '(1) Die Einsetzung eines Nacherben wird mit dem Ablauf von 30 Jahren nach dem Erbfall unwirksam, wenn nicht vorher der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist. Sie bleibt auch nach dieser Zeit wirksam, 1. wenn die Nacherbfolge für den Fall angeordnet ist, dass in der Person des Vorerben oder des Nacherben ein bestimmtes Ereignis eintritt, und derjenige, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, zur Zeit des Erbfalls lebt, 2. wenn dem Vorerben oder einem Nacherben für den Fall, dass ihm ein Bruder oder eine Schwester geboren wird, der Bruder oder die Schwester als Nacherbe bestimmt ist. (2) *Ist der Vorerbe oder der Nacherbe, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, eine juristische Person, so bewendet es bei der dreißigjährigen Frist.*' (Cursief van mij, REB)

²⁸⁹ Terzijde merk ik op, dat als dit geen fideicommissaire making is, de fiscale behandeling van de verkrijgingen door een rechtspersoon ook anders kan zijn.

²⁹⁰ Zie over de eventuele toepasselijkheid van de bepaling bij fideicommissaire legaten, lasten en giften noot 662.

Art. 3:210 BW:

1. Tenzij de insteller anders bepaalt, is de bezwaarde bevoegd in en buiten rechte nakoming te eisen van aan het fideicommis onderworpen vorderingen en tot het in ontvangst nemen van betalingen.
2. Tenzij bij de vestiging anders is bepaald, is hij tot ontbinding en opzegging van overeenkomsten slechts bevoegd, wanneer dit tot een goed beheer dienstig kan zijn.
3. De hoofdgerechtigde is slechts bevoegd de in de vorige leden genoemde bevoegdheden uit te oefenen, indien hij daartoe toestemming van de vruchtgebruiker of machtiging van de kantonrechter heeft gekregen. Tegen de machtiging van de kantonrechter krachtens dit lid is geen hogere voorziening toegelaten.

Dat de bezwaarde bevoegd is tot de in lid 1 en 2 genoemde bevoegdheden (en de verwachter niet) vloeit voort uit art. 4:138 lid 1 BW. Lid 3 is daarmee overbodig.²⁹¹

Art. 3:212 BW:

1. Voor zover de aan een vruchtgebruik onderworpen goederen bestemd zijn om vervreemd te worden, is de vruchtgebruiker tot vervreemding overeenkomstig hun bestemming bevoegd.
2. Bij de vestiging van het vruchtgebruik kan aan de vruchtgebruiker de bevoegdheid worden gegeven ook over andere dan de in het vorige lid genoemde goederen te beschikken. Ten aanzien van deze goederen vinden de artikelen 208, 210 lid 2 en 217 lid 2, en 3, tweede zin, en lid 4, geen toepassing.
3. In andere gevallen mag een vruchtgebruiker slechts vervreemden of bezwaren met toestemming van de hoofdgerechtigde of machtiging van de kantonrechter. De machtiging wordt alleen gegeven, wanneer het belang van de vruchtgebruiker of de hoofdgerechtigde door de vervreemding of bezwaring wordt gediend en het belang van de ander daardoor niet wordt geschaad.

Dit alles hoort mijns inziens zijn plaats te hebben in art. 4:138 lid 1 BW.²⁹² Zie § 2.6.

²⁹¹ De *insteller* kan bepalen dat de bezwaarde slechts tot ontbinding en opzegging van overeenkomsten bevoegd is, wanneer dit tot een goed beheer dienstig kan zijn. Dat raakt de externe bevoegdheid echter niet.

²⁹² Uit de bijdragen van W. Snijders, *Wilsrechten, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht*, WPNR 1999/6365, 6366 en 6367, kan worden afgeleid dat het (niet) verlenen van toestemming (en meer in het algemeen: gebruikmaking door de verwachter van de overige interne bevoegdheden) gebonden is aan de eisen van redelijkheid en billijkheid. Ook is Snijders van mening dat herroeping van een eenmaal verleende toestemming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet aanvaardbaar is. Een bij voorbaat algemene toestemming van de verwachter aan de bezwaarde lijkt hem uitgesloten, vanwege strijd met de strekking van het toestemmingsvereiste, in verband met de belangen die het beoogt te beschermen.

Art. 3:218 BW:

Tot het instellen van rechtsvorderingen en het indienen van verzoekschriften ter verkrijging van een rechterlijke uitspraak die zowel het recht van de vruchtgebruiker als dat van de hoofdgerechtigde betreft, is ieder van hen bevoegd, mits hij zorg draagt dat de ander tijdig in het geding wordt geroepen.

Uit art. 4:138 lid 1 BW vloeit voort dat alleen de bezwaarde bedoelde bevoegdheden heeft.

Art. 3:219 BW:

Buiten de gevallen, geregeld in de artikelen 88 en 197 van Boek 2, en artikel 123 van Boek 5 blijft de uitoefening van stemrecht, verbonden aan een goed dat aan vruchtgebruik is onderworpen, de hoofdgerechtigde toekomen, tenzij bij de vestiging van het vruchtgebruik anders is bepaald. Bij een vruchtgebruik als bedoeld in de artikelen 19 en 21 van Boek 4 komt het stemrecht eveneens aan de vruchtgebruiker toe, tenzij bij de vestiging van het vruchtgebruik door partijen of door de kantonrechter op de voet van artikel 23 lid 4 van Boek 4 anders wordt bepaald.

Uit art. 4:138 lid 1 BW vloeit voort dat alleen de bezwaarde bedoelde bevoegdheden heeft.

Art. 3:220 lid 2 BW:

2. Nochtans is een hoofdgerechtigde, aan wie tengevolge van een beperking in het genot van de vruchtgebruiker een deel van de vruchten toekomt, verplicht naar evenredigheid bij te dragen in de lasten en kosten, die volgens het voorgaande lid ten laste van de vruchtgebruiker komen.

Het lijkt mij uitgesloten dat de bezwaarde is beperkt in zijn genot. De bezwaarde kan het genot niet ten behoeve van een ‘moedergerechtigde’ afstaan; hij *is* de moedergerechtigde.

Art. 3:222 lid 2 BW:

2. Het in het voorgaande lid bepaalde vindt overeenkomstige toepassing, wanneer het vruchtgebruik van toepassing is op bepaalde goederen en daarop buitengewone lasten drukken.

Deze bepaling kan niet van toepassing zijn op een fideicommissaire *erfstelling*.²⁹³

²⁹³ Zie over de eventuele toepasselijkheid van de bepaling bij fideicommissaire legaten, lasten en giften noot 662.

Art. 3:226 BW:

1. Op een recht van gebruik en een recht van bewoning vinden de regels betreffende vruchtgebruik overeenkomstige toepassing, behoudens de navolgende bepalingen.
2. Indien enkel het recht van gebruik is verleend, heeft de rechthebbende de bevoegdheid de aan zijn recht onderworpen zaken te gebruiken en er de vruchten van te genieten, die hij voor zich en zijn gezin behoeft.
3. Indien enkel het recht van bewoning is verleend, heeft de rechthebbende de bevoegdheid de aan zijn recht onderworpen woning met zijn gezin te bewonen.
4. Hij die een der in dit artikel omschreven rechten heeft, kan zijn recht niet vervreemden of bezwaren, noch de zaak door een ander laten gebruiken of de woning door een ander laten bewonen.

2.5.4 Overgangsrecht

Hetgeen hierboven in § 2.5 is gesteld, is mede van toepassing op fideicommissen die onder het BW van vóór 2003 zijn ingesteld, maar in of na 2003 effect sorteren en op fideicommissen die onder het BW van vóór 2003 zijn ingesteld en vóór 2003 effect hebben gesorteerd, maar nog niet zijn ‘uitgewerkt’ (de voorwaarde is nog niet in vervulling gegaan). Op deze fideicommissen is art. 4:138 BW direct van toepassing (art. 132 Ow²⁹⁴). Voor zover de insteller niet is afgeweken van de ‘vruchtgebruikbepalingen’, geldt het hiervoor in § 2.5 gegeven overzicht van toepasselijke bepalingen, waarbij zij opgemerkt dat bij een fideicommis de residuo de bezwaarde bevoegd blijft tot vervreemding en vertering (art. 132 tweede zin Ow). Door de verwijzing naar art. 1036 BW (oud) is duidelijk dat de verteringsbevoegdheid in dat geval de bevoegdheid inhoudt de goederen te schenken, tenzij dit geheel of gedeeltelijk is verboden. Dit is een ruimere regel dan thans in art. 3:215 lid 3 BW staat, namelijk dat de bezwaarde de goederen voor gebruikelijke kleine geschenken mag bestemmen.

2.6 Herschrijving van art. 4:138 lid 1 en 2 BW

Als samenvatting van het vorenstaande, herschrijf ik hieronder art. 4:138 lid 1 en 2 BW:

1. Wanneer een erfstelling onder een voorwaarde is gemaakt, wordt degene aan wie het vermaakte tot de vervulling der voorwaarde toekomt, als de uitsluitend rechthebbende aangemerkt voor zover het betreft de door en tegen derden uit te oefenen bevoegdheden en rechtsvorderingen. Hij kan het

²⁹⁴ Vreemd is overigens dat art. 132 Ow bepaalt dat art. 4:137 BW van toepassing is op een ‘oud’ fideicommis. Bij een fideicommis is het juist kenmerkend dat de verwachter de bezwaarde moet overleven en dat het recht van de verwachter dus niet kan vervallen. Zie ook *Handboek Erfrecht* (2011), L.C.A. Verstappen, p. 273-274. Ik ga ervan uit dat de overeenkomstige toepassing van art. 4:137 BW op ‘oude’ fideicommissen berust op een onzorgvuldigheid in het wetgevingsproces en voor niet geschreven moet worden gehouden.

vermaakte slechts vervreemden en bezwaren onder dezelfde voorwaarde als waaronder hij het heeft verkregen, tenzij:

- de erflater hem de bevoegdheid heeft toegekend het vermaakte onvoorwaardelijk te vervreemden en bezwaren; of
- degene aan wie het vermaakte bij de vervulling der voorwaarde toekomt zijn toestemming verleent om het vermaakte onvoorwaardelijk te vervreemden en bezwaren; of
- de kantonrechter machtiging verleent om het vermaakte onvoorwaardelijk te vervreemden en bezwaren; de machtiging wordt alleen gegeven, wanneer het belang van degene aan wie het vermaakte tot de vervulling der voorwaarde toekomt door de vervreemding of bezwaring wordt gediend en het belang van degene aan wie het vermaakte bij de vervulling der voorwaarde toekomt daardoor niet wordt geschaad.

Degene aan wie het vermaakte tot de vervulling der voorwaarde toekomt, is ook bevoegd het vermaakte te vervreemden wanneer:

- het vermaakte bestemd is om vervreemd te worden; of
- het vermaakte wordt overgedragen aan de schuldeiser van de nalatenschap ter voldoening van een schuld van de nalatenschap.

2. Voor het overige vinden, zolang de vervulling der voorwaarden onzeker is, van de wettelijke voorschriften betreffende het vruchtgebruik, zoals geregeld in titel 8 van Boek 3, de volgende bepalingen overeenkomstige toepassing: de artikelen 201, 205 met uitzondering van lid 3 van dat artikel, 206, 207 lid 1, lid 2 eerste zin en lid 3, 208, 209, 211, 213, 214, 216, 217, 220 lid 1, 221, 222 lid 1, 223, 225 en, na aanvaarding door degene aan wie het vermaakte bij de vervulling der voorwaarde toekomt, artikel 224. Gelijk een vruchtgebruiker is degene aan wie het vermaakte tot de vervulling der voorwaarde toekomt niet bevoegd het vermaakte te verteren, tenzij de erflater hem die bevoegdheid heeft toegekend.

Is deze bevoegdheid toegekend, dan:

- zijn in afwijking van het vorenstaande de artikelen 208 en 217 lid 2, lid 3, tweede zin, en lid 4 van Boek 3 niet van toepassing; en
- is artikel 215 van Boek 3 van overeenkomstige toepassing.

2.7 Zaaksvervanging

In deze paragraaf komt een van de toepasselijke vruchtgebruikbepalingen in het brandpunt te staan, namelijk de zaaksvervangingsregeling van art. 3:213 BW. Zaaksvervanging is bij de fideicommissaire erfstelling een algemeen aanvaarde

rechtsfiguur.²⁹⁵ De basis daarvoor is art. 4:138 lid 2 BW juncto 3:213 lid 1 BW.²⁹⁶ Spath is in haar proefschrift uitgebreid ingegaan op dit onderwerp, ook in het kader van het fideicommiss.²⁹⁷

Uitgangspunt is dat zaaksvervangings bij het fideicommiss een wenselijk en toepasbaar instrument is.²⁹⁸ Op basis van de wet krijgt de verwachter een vervangend (goederenrechtelijk) recht (onder opschortende voorwaarde) op een goed dat als vervanging dient van het oorspronkelijke goed. Een beperking van zaaksvervangings vindt Spath in de ‘rechtssystematische grenzen’. Zaaksvervangings moet passen binnen het goederenrechtelijke systeem. De beginselen

²⁹⁵ Zie G. van der Burght, *Eindelijk één vogel in de hand en wat voor één?* HR 5 oktober 2007, LJV BA6756, FTV 2007/12, p. 17-22. Zie ook A.H.N. Stollenwerck, *Het fidei-commis de residuo*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1986, p. 81 en 137, en *Over het graf heen: fidei-commissaire making of tweetrapsmaking*, FTV 2007/6. Anders: J.B. Vegter, *Making/schenking over de hand van het overschot en de vruchten van het vermaakte/geschonken vermogen*, WPNR 2008/6764, p. 608/609.

²⁹⁶ Met J.B. Spath, *Zaaksvervangings*, Serie Onderneming en Recht, Kluwer: Deventer 2010, p. 81, ben ik van mening dat de constatering van Sonneveldt (in F. Sonneveldt en J.B. Vegter, *De gift over de hand, civielrechtelijk en in het licht van de Successiewet gezien (I)*; *Civielrechtelijke vormgeving van de gift over de hand*, WPNR 2006/6679, onder 5 (waar zij spreken over de fideicommissaire erfstellingen), dat zaaksvervangings vaak niet kan plaatsvinden omdat niet aan de verwachter wordt geleverd, onzuiver of sterker nog onjuist is. Het is juist de zaaksvervangings die zorgt dat de verwachter een voorwaardelijke aanspraak op het vervangende goed krijgt.

²⁹⁷ Zie noot 296. Hoewel de beschrijving die Spath geeft van het fideicommiss mijns inziens enige onjuistheden of onvolledigheden bevat, zijn haar beschouwingen over zaaksvervangings bij het fideicommiss grotendeels juist. Ik noem een aantal onjuistheden: op p. 80 stelt zij dat met name de hoofdgerechtigde en de verwachter hetzelfde lot delen, hetgeen men mijns inziens met evenveel recht voor de vruchtgebruiker en de bezwaarde kan stellen; op p. 81 stelt zij dat sprake kan zijn van een fideicommiss in het geval als bedoeld in art. 4:138 lid 3, terwijl nu juist kenmerkend voor een fideicommiss is, zie art. 4:141 BW, dat sprake is van een – op de erfstelling onder ontbindende voorwaarde – aansluitende erfstelling onder opschortende voorwaarde; op p. 82 zegt zij dat de verwachter geen directe goederenrechtelijke aanspraak toegekend kan worden, terwijl dit mijns inziens wel zo is; op p. 82 vergelijkt zij zaaksvervangings bij het fideicommiss met die van art. 3:167 BW bij een gemeenschap (‘oneigenlijke zaaksvervangings’), terwijl mijns inziens de zaaksvervangings ook kan optreden als het fideicommissaire vermogen bestaat uit één enkel goed. Hoe dit alles ook zij, zeer interessant is haar mening over zaaksvervangings bij registergoederen. Zie daarover ook haar artikel *Zaaksvervangings bij registergoederen*, WPNR 2010/6846. Overigens ben ik het niet eens met haar kritiek op analoge toepassing van art. 1:124 lid 2 BW (oud). Zie over beide punten nog hierna. Ik ga hier niet verder in op haar stelling dat bij zaaksvervangings telkens sprake is van een origineire verkrijging, anders dan dat ik met S. Perrick, *Boekbespreking*, WPNR 2010/6872 van mening ben dat het ‘vangen’ van een zo complexe rechtsfiguur in één methode (origineire verkrijging) niet houdbaar is. Zie over zaaksvervangings ook S. Perrick, *Zaaksvervangings en de regels van het goederenrecht*, WPNR 2008/6753 en meer in het algemeen A. Hammerstein, *Eigenlijke en oneigenlijke zaaksvervangings*, W.E.J. Tjeenk-Willink: Zwolle 1977 en G.E. Langemeijer, *Zaaksvervangings*, Vlaardingen: N.V. Dorsman & Odé’s Boekhandel en drukkerij 1927.

²⁹⁸ J.B. Spath, *Zaaksvervangings*, Serie Onderneming en Recht, Kluwer: Deventer 2010, p. 333.

die bepalend zijn voor dit systeem (vooral het individualiteitsprincipe en het publiciteitsprincipe) dienen te worden gerespecteerd.²⁹⁹

2.7.1 Zaaksvervangende en registergoederen

Spath geeft in haar proefschrift weer welke gevolgen de genoemde principes hebben voor zaaksvervangende bij de verschillende soorten goederen. Ik maak de keus, gelet op het grote belang voor de (notariële) praktijk van registergoederen, alleen op zaaksvervangende bij registergoederen in te gaan.³⁰⁰

Zowel Spath als Perrick zijn van mening dat zaaksvervangende bij het fideicommissum kan optreden als de vervangende rechten onmiddellijk, direct dan wel indirect, uit de openbare registers blijken. Ik geef twee voorbeelden. De eerste is dat de bezwaarde een tot het fideicommissaire vermogen behorend registergoed ruilt met een derde. De tweede is dat in de notariële akte van levering van een registergoed melding wordt gemaakt van de betaling van de koopprijs met fideicommissaire middelen.³⁰¹ Lastiger wordt het wanneer de vervangende rechten niet uit de openbare registers blijken. Spath bespreekt drie mogelijkheden die zich dan voordoen:³⁰² 1. geen zaaksvervangende; 2. soms zaaksvervangende; 3. volledige zaaksvervangende. De onder 1 genoemde mogelijkheid dat er geen sprake is van (juridische) zaaksvervangende als de vervangende rechten niet uit de openbare registers blijken, wordt veelal als heersende leer aangemerkt.³⁰³ Hierna ga ik in op de onder 2 en 3 genoemde mogelijkheden.

2.7.1.1 Soms zaaksvervangende

Perrick staat de onder 2 genoemde mogelijkheid voor. Perrick is van mening dat wanneer de regels van het goederenrecht zijn nageleefd, zaaksvervangende kan plaatsvinden van registergoederen, ook al is het recht van de verwachter niet

²⁹⁹ J.B. Spath, *Zaaksvervangende*, Serie Onderneming en Recht, Kluwer: Deventer 2010, p. 333. Ook S. Perrick, *Zaaksvervangende en de regels van het goederenrecht*, WPNR 2008/6753, stelt grenzen: zaaksvervangende kan alleen spelen wanneer (eerst) de regels van het goederenrecht zijn nageleefd.

³⁰⁰ Omdat de notariële praktijk geregeld betrokken is bij de (praktische) afwikkeling van nalatenschappen, ook die van personen die een eigen en een fideicommissair vermogen nalaten, is kennis omtrent de mogelijkheden van zaaksvervangende bij andere goederen onontbeerlijk. Ik verwijs de lezer daarvoor naar het zeer lezenswaardige hoofdstuk 6 van het proefschrift van Spath.

³⁰¹ Niet noodzakelijk, maar wel aanbevelenswaardig is dat de notaris in de akte opneemt dat daardoor de bezwaarde het registergoed houdt onder ontbindende voorwaarde en dat de verwachter goederenrechtelijke aanspraken op dat registergoed heeft (onder opschortende voorwaarde). Dit zal de kenbaarheid vergroten, vooral wanneer hiervan ook aantekening wordt gehouden in de kadastrale registratie. Pogingen mijnerzijds dit bij het kadaster gedaan te krijgen, heeft tot op heden geen vruchten afgeworpen.

³⁰² Zie J.B. Spath, *Zaaksvervangende*, Serie Onderneming en Recht, Kluwer: Deventer 2010, p. 353, 354, met vooral de verwijzingen in noot 72.

³⁰³ Zie J.B. Spath, *Zaaksvervangende bij registergoederen*, WPNR 2010/6846, onder 6.

kenbaar uit de openbare registers. Vooral nog lijkt Perrick in lijn te zitten met de Hoge Raad in zijn arrest van 5 oktober 2007.³⁰⁴ Een kwetsbaar punt in de redenering van Perrick is dat hij die naleving bijvoorbeeld niet aanwezig acht indien een vruchtgebruiker – met middelen die tot het vruchtgebruikvermogen behoren – op zijn naam een registergoed verwerft, terwijl hij die naleving wel aanwezig acht indien het goed op naam van de hoofdgerechtigde wordt gesteld.³⁰⁵ Volgens Perrick zijn de regels van het goederenrecht die men dient na te leven, beperkt tot die regels die ertoe leiden dat de hoofdgerechtigde rechthebbende tot het vervangende registergoed wordt. Wellicht is zijn gedachtegang dat men een beperkt recht wel kan afleiden uit het moederrecht (art. 3:8 BW), maar niet andersom. Dat kan een reden zijn om een correcte tenaamstelling van het moederrecht te eisen (dus op naam van de hoofdgerechtigde), waarna een afgeleid recht – krachtens zaaksvervanging – voor de beperkt gerechtigde kan ontstaan. Bij het fideicommis betekent dit dat het registergoed op naam van de bezwaarde moet komen (omdat diens recht het moederrecht genoemd kan worden), waarna de verwachter – krachtens zaaksvervanging – een voorwaardelijke aanspraak op het goed kan krijgen (omdat diens recht aanschurkt tegen een beperkt recht).³⁰⁶ Tegen het standpunt van Perrick pleit dat hij daarmee lijkt te stellen dat de ‘regels van het goederenrecht’ strakkere eisen stellen aan de verkrijging van (blote) eigendom of andere gerechtigdheden, terwijl art. 3:98 BW voor beperkte rechten net zulke strakke eisen stelt. In de visie die De Jong³⁰⁷ heeft op het goederenrecht, staan eigendom en beperkte rechten als vormen van ‘gedifferentieerd toebehoren’ naast elkaar. Spath is de mening toegedaan dat de visie van Perrick enigszins willekeurig is, omdat hij een scheidslijn trekt tussen eigendom en beperkte rechten. Ik kan mij echter goed vinden in de argumentatie van Perrick. Het is

³⁰⁴ NJ 2008/296, waarover ook T.J. Mellema-Kranenburg, *Zaaksvervanging of een vergoedingsrecht in geval van een fidei-commis de residuo?*, WPNR 2007/6734 en S. Perrick, *Zaaksvervanging en de regels van het goederenrecht*, WPNR 2008/6753. De casus van dit arrest speelde onder het oude recht (van voor 2003). Ook toen werd zaaksvervanging – op grond van art. 1038 BW (oud) – aanvaard, zie ook de conclusie van de plaatsvervangend PG bij dit arrest, onder 8. De Hoge Raad geeft niet aan of nadere vereisten gesteld moeten worden aan de mogelijke toepassing van zaaksvervanging. Hierdoor kunnen zowel Perrick als Spath een beroep doen op het arrest ter onderbouwing van hun stellingen.

³⁰⁵ Zie S. Perrick, *Zaaksvervanging en de regels van het goederenrecht*, WPNR 2008/6753, onder 5.2.

³⁰⁶ Perrick zelf gebruikt mijns inziens in dit kader een onzuivere terminologie: hij stelt dat hangende de voorwaarde de bezwaarde de enige gerechtigde is tot het registergoed, terwijl hij direct daarna toch stelt dat het registergoed voorwerp is van het voorwaardelijk recht van de verwachter. Zie S. Perrick, *Zaaksvervanging en de regels van het goederenrecht*, WPNR 2008/6753, onder 9.

³⁰⁷ Zie § 1.4.1.2.

praktisch overigens ook niet goed voorstelbaar dat een registergoed op naam van de verwachter wordt gesteld. De verwachter is immers niet de handelende partij. Dat zal de bezwaarde zijn. Een levering enkel aan de verwachter is moeilijk denkbaar. Het is de vraag of de visies van Perrick en Spath wel zo ver uit elkaar liggen.

2.7.1.2 Volledige zaaksvervangning

Spath staat de derde mogelijkheid (volledige zaaksvervangning bij registergoederen) voor, indien en voor zover de derdenbescherming goed is geregeld. Zij komt tot de conclusie dat dit in het algemeen niet zo is. Een uitzondering daarop doet zich naar haar mening voor bij het fideicommiss *de residuo*. Spath stelt:

‘Nu de bezwaarde op grond van art. 4:138 lid 1 als enig rechthebbende wordt aangemerkt tot de voorwaarde zich vervult en de verwachter de onder het fideicommiss vallende goederen verkrijgt zoals de bezwaarde deze heeft achtergelaten, is de verwachter ook aan de door de bezwaarde gesloten huur- of andere overeenkomst met betrekking tot het registergoed gebonden. Hier biedt het recht bijvoorbeeld de huurder voldoende bescherming om zaaksvervangning zonder vermelding in de openbare registers aan te kunnen nemen.’³⁰⁸

Spath deelt in de door haar bedoelde situatie (een registergoed doet dienst als vervangend goed van het oorspronkelijke niet-registergoed) art. 4:138 *lid 1* BW een rol toe die het niet toekomt. Bekeken moet worden of de huurder op grond van art. 4:138 *lid 2* BW beschermd wordt. Bij een fideicommiss *de residuo* is dat het geval, gelet op het bepaalde in art. 3:212 lid 2 BW en de op grond daarvan buiten toepassing verklaarde bepalingen van art. 3:217 lid 2, lid 3, tweede zin, en lid 4 BW.³⁰⁹ Dat de redenering van Spath onjuist is, blijkt tevens uit het feit dat ook bij een *zuiver* fideicommiss *lid 1* van art. 4:138 BW van toepassing is. Hoewel de redenering van Spath dus niet juist is, kom ik wel tot dezelfde conclusie. Door de verregaande bevoegdheden die de bezwaarde bij een fideicommiss *de residuo* heeft, is de positie van derden veelal³¹⁰ geborgd. Die positie wordt meestal niet bedreigd door het (mogelijk niet-kenbare maar wel bestaanbare) goederenrechtelijke recht van de verwachter, zoals dat bij een

³⁰⁸ J.B. Spath, *Zaaksvervangning bij registergoederen*, WPNR 2010/6846, p. 485.

³⁰⁹ Daarbij blijft overigens staan dat bijvoorbeeld beslagleggers in deze situatie niet beschermd worden. De bescherming van art. 3:24 BW geldt immers (in beginsel) alleen voor verkrijgers onder bijzondere titel. Zie daarover ook J.B. Spath, *Zaaksvervangning*, Serie Onderneming en Recht, Kluwer: Deventer 2010, p. 361.

³¹⁰ Zie noot 309.

zuiver fideicommis het geval kan zijn.³¹¹ Volledige zaaksvervangings lijkt overigens – net als de tweede mogelijkheid – op één lijn te liggen met het eerdergenoemde arrest van de Hoge Raad van 5 oktober 2007.

2.7.1.3 Conclusie

De conclusie van het vorenstaande is dat de heersende leer onder vuur ligt. Zowel de Hoge Raad, als Perrick en Spath,³¹² staan zaaksvervangings voor bij registergoederen in geval van een fideicommis *de residuo*, ook al blijken de vervangende rechten niet uit de openbare registers. Hoewel de Hoge Raad geen argumenten lijkt te geven en Perrick en Spath qua argumentatie verschillen, dient men thans serieus rekening te houden met de mogelijkheid van zaaksvervangings bij registergoederen zonder directe vermelding in de openbare registers.

Bij een *zuiver* fideicommis is de heersende leer vooralsnog dat zaaksvervangings bij registergoederen niet mogelijk is, indien dit niet blijkt uit de openbare registers. Anders dan bij het fideicommis *de residuo*, is de bescherming van derden bij het zuiver fideicommis te beperkt geregeld.³¹³ Wanneer gedacht wordt in de lijn van Perrick en wanneer men met Spath oordeelt dat zaaksvervangings wel wenselijk is,³¹⁴ staat ook die leer onder druk.³¹⁵ Wanneer de verwachter in de akte van levering van het registergoed wordt opgenomen in verband met de door hem te verlenen toestemming, blijkt hieruit indirect dat de verwachter een voorwaardelijk recht op de koopsom krijgt. In dat geval is sprake van zaaksvervangings.

Is zaaksvervangings niet mogelijk (omdat de zaaksvervangings niet blijkt uit de openbare registers), dan ben ik met Perrick en Spath wel van mening dat als de bezwaarde met fideicommissaire middelen een registergoed verkrijgt, de bepalingen van zaaksvervangings de bezwaarde verplichten tot een

³¹¹ Zoals bij art. 3:217 BW.

³¹² B.W.M. Nieskens-Ishording, *Praktijkgerichte evaluatie van het vruchtgebruik leidt tot vraag naar meer "maatwerk"*, WPNR 1999/6368, p. 619, zit ook op deze lijn, evenals G. van der Burght, *Eindelijk één vogel in de hand en wat voor één?* HR 5 oktober 2007, LJN BA6756, FTV 2007/12, onder punt 7.

³¹³ Zie J.B. Spath, *Zaaksvervangings bij registergoederen*, WPNR 2010/6846, onder 7.

³¹⁴ Zie J.B. Spath, *Zaaksvervangings bij registergoederen*, WPNR 2010/6846, onder 7.

³¹⁵ Wanneer de verwachter in de akte van levering wordt opgenomen in verband met de door hem te verlenen toestemming, blijkt hieruit indirect dat de verwachter een voorwaardelijk recht op de koopsom krijgt. In dat geval is sprake van zaaksvervangings.

(door)levering aan de verwachter, zodat de verwachter alsnog voorwaardelijke aanspraken op het registergoed verkrijgt.³¹⁶

2.7.1.4 Nog enkele aspecten van zaaksvervanging

Naar analogie van art. 1:95 BW ben ik van mening dat zaaksvervanging niet van toepassing is bij een latere aflossing met fideicommissaire middelen van een schuld die is aangegaan ter verwerving van een registergoed door de bezwaarde. Zaaksvervanging dient *bij de verkrijging* plaats te vinden.³¹⁷

Indien geoordeeld wordt dat zaaksvervanging alleen mogelijk is indien de vervangende rechten op het moment van de verkrijging van het vervangende goed, direct of indirect *onmiddellijk* uit de openbare registers blijken, kan men zich afvragen of een ‘latere vermelding’ nog kan plaatsvinden. Het ‘herleven van het recht van de verwachter’ wijst Spath af, tenzij door middel van een rechtshandeling waaraan door de wet terugwerkende kracht is verbonden bij wijze van fictie alsnog kan worden gezegd dat het vervangende recht op het registergoed op het moment van verkrijging is ingeschreven in de openbare registers (vgl. art. 3:58 BW). Dit is, thans, nog niet het geval. Het verlenen van een nieuw recht door de bezwaarde aan de verwachter op het ‘vervangende’ registergoed is in dit geval de enige oplossing.³¹⁸

De bezwaarde kan het fideicommissaire goed bezwaren met een beperkt recht. In § 2.8 ga ik in op de bezwaring met een hypotheek- of pandrecht. Betreft de bezwaring een ander beperkt recht (bijvoorbeeld een recht van vruchtgebruik, erfpacht, opstal of erfdienstbaarheid), dan staat daar doorgaans een prestatie tegenover. Die tegenprestatie valt, als sprake is van een bevoegdelijke beschikking, als vervangend goed onder de zaaksvervangingsregeling van art. 3:213 BW, zodat de verwachter daarop een voorwaardelijk recht krijgt.

Tot slot van deze paragraaf kort iets over de rol van de notaris. Vanwege de onzekerheid over de zaaksvervanging bij registergoederen, weten partijen niet of de verwachter, na vervulling van de opschortende voorwaarde, krachtens

³¹⁶ Een interessante fiscale vraag, die het bestek van dit boek te buiten gaat, is of overdrachtsbelasting kan worden geheven ter zake van deze (door)levering.

³¹⁷ Zie daarover ook J.B. Spath, *Zaaksvervanging*, Serie Onderneming en Recht, Kluwer: Deventer 2010, p. 235-238, die ruimte ziet voor zaaksvervanging als de vervangende goederen eerder dan het tenietgaan van de vervangen rechten zijn verkregen; zie inzake art. 1:95 BW ook B. Breederveld, *De huwelijksgemeenschap bij echtscheiding*, diss. Amsterdam VU, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 170-171.

³¹⁸ In beginsel zal, zie § 2.7.2, wanneer geen juridische zaaksvervanging mogelijk is, een vergoedingsrecht ontstaan.

zaaksvervanging van rechtswege gerechtigd wordt tot een door de bezwaarde met fideicommissair vermogen gekocht registergoed op zijn eigen naam. Dient de notaris veiligheidshalve de (erfgenamen van de) bezwaarde het goed te laten leveren aan de verwachter? Een geschikt middel om de onzekerheid te beëindigen is partijen een vaststellingsovereenkomst te laten sluiten (art. 7:900 BW).

2.7.2 Zaaksvervanging en vergoedingsrechten en -plichten

Het ontstaan van vergoedingsrechten en -plichten, ten laste of ten behoeve van het eigen vermogen³¹⁹ van de bezwaarde of het fideicommissaire vermogen, kan in het licht van de rechtsfiguur zaaksvervanging worden begrepen.³²⁰ De basis voor vergoedingsrechten en -plichten³²¹ kan men stoelen op:

1. art. 1:87 lid 1 BW, art. 1:95 lid 2 BW en art. 1:96 lid 3 BW: naar analogie van bedoelde artikelen is de bezwaarde bij verrijking van het eigen vermogen ten laste van het fideicommissaire vermogen verplicht een bedrag *te vergoeden aan het fideicommissaire vermogen*,³²² vergelijk art. 6:212 BW, welk artikel Spath mede als basis ziet voor het toepassen van zaaksvervanging;³²³
2. art. 4:138 lid 2 BW juncto art. 3:213 lid 1 BW: gesteld kan worden dat de vergoeding in de plaats komt van het goed dat uit het fideicommissaire vermogen is verdwenen (doordat daarover bijvoorbeeld onbevoegdlijk is beschikt); en

³¹⁹ Ik bedoel met het eigen vermogen die goederen waartoe de bezwaarde onvoorwaardelijk gerechtigd is en de schulden die uiteindelijk ten laste en voor rekening komen van (dat eigen vermogen van) de bezwaarde. Met het 'fideicommissaire vermogen' bedoel ik die goederen waartoe de bezwaarde voorwaardelijk gerechtigd is en de schulden die uiteindelijk ten laste en voor rekening komen van het fideicommissaire vermogen van de bezwaarde (of, na de vervulling van de voorwaarde, van de verwachter). Zie over de vraag of sprake is van een afgescheiden vermogen § 5.2.4.

³²⁰ Zie hierover ook A.H.N. Stollenwerck, *Over het graf heen: fidei-commissaire making of tweetrapsmaking*, FTV 2007/6.

³²¹ Vgl. § 2138 Abs. 2 BGB: 'Hat der Vorerbe der Vorschrift des § 2113 Abs. 2 zuwider über einen Erbschaftsgegenstand verfügt oder hat er die Erbschaft in der Absicht, den Nacherben zu benachteiligen, vermindert, so ist er dem Nacherben zum Schadensersatz verpflichtet.'

³²² Lees: te vergoeden aan de verwachter onder de opschortende voorwaarde. Net als in titel 3.7 BW, waarin het woord gemeenschap soms doelt op de deelgenoten zelf, soms op het gemeenschappelijke vermogen (en soms op de rechtsverhouding zelf), gebruikt de wet in art. 1:87 lid 1 BW, art. 1:95 lid 2 BW en art. 1:96 lid 3 BW een eenvoudige formulering. Vgl. ook A.H.N. Stollenwerck, *Het fidei-commis de residuo*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1986, p. 47.

³²³ J.B. Spath, *Zaaksvervanging*, Serie Onderneming en Recht, Kluwer: Deventer 2010, p. 127 e.v.

3. de uitspraak van de Hoge Raad van 5 oktober 2007,³²⁴ volgens welke uitspraak de bezwaarde bevoegd lijkt gelden te onttrekken aan het fideicommissaire vermogen, mits hij daar tegenover een vergoedingsplicht accepteert jegens het fideicommissaire vermogen.³²⁵

Een probleem bij het aannemen van vergoedingsrechten en -plichten ten laste en ten behoeve van het eigen vermogen van de bezwaarde en het fideicommissaire vermogen, is of na het ontstaan van deze vergoedingsrechten en -plichten nog vermindering daarvan kan optreden, bijvoorbeeld indien het goed dat een rol heeft gespeeld bij het ontstaan van de vergoedingsrechten en -plichten, wordt verteerd of tenietgaat.³²⁶ Een voorbeeld: de bezwaarde koopt met fideicommissair geld (€ 300.000) een woning. Laat ik aannemen dat zaaksvervangende niet mogelijk is. In dat geval is de bezwaarde onvoorwaardelijk eigenaar van de woning. Men kan dan aannemen dat ten laste van het eigen vermogen van de bezwaarde een vergoedingsplicht ontstaat (van € 300.000) jegens het fideicommissaire vermogen. Stel dat de woning niet verzekerd is en tenietgaat, waardoor alleen een stuk grond overblijft met een waarde van € 100.000. Of stel dat de bezwaarde de woning verkoopt en het geld verteert. Blijft in dat geval de vergoedingsplicht € 300.000 of is deze in geval van tenietgaan € 100.000 en in geval van vertering nihil? Mijns inziens is de meest redelijke uitkomst die waarbij de vergoeding afhankelijk is van de waarde van het – met de vergoedingsvordering – samenhangende goed. Vergelijk art. 1:87 lid 1 BW, waarin de koppeling tussen de waarde van het goed en de vergoedingsvordering is gemaakt.³²⁷ Op de situatie van vertering ga ik in § 2.8 nader in. Hetzelfde speelt wanneer de woning in waarde stijgt (naar € 400.000) of daalt (naar € 200.000). Ook in dat geval bedraagt de vergoedingsplicht niet € 300.000, maar € 400.000 respectievelijk € 200.000. Men kan, met Kleijn,³²⁸ spreken van *economische zaaksvervangende*: de bezwaarde is verplicht de waarde te vergoeden van het betreffende goed alsof sprake zou zijn geweest van zaaksvervangende. Is *juridische zaaksvervangende* niet mogelijk, dan is – zoals

³²⁴ Zie noot 304.

³²⁵ Zie over dit laatste (het onttrekken van gelden aan het fideicommissaire vermogen) ook J.B. Spath, *Zaaksvervangende*, Serie Onderneming en Recht, Kluwer: Deventer 2010, p. 241 en S. Perrick, *Zaaksvervangende en de regels van het goederenrecht*, WPNR 2008/6753, onder 6.1 en hierna in § 2.8.1.

³²⁶ Bij tenietgaan denk ik dan aan de situatie dat geen vergoedingsvordering, bijvoorbeeld uit een verzekering, wordt ontvangen, die krachtens art. 3:213 lid 1 tweede zin BW in de plaats treedt van het tenietgegaane goed.

³²⁷ Vgl. *Handboek Erfrecht* (2011), M.J.A. van Mourik, p. 100.

³²⁸ HR 5 oktober 2007, NJ 2008/296, m.nt. Kleijn. Vgl. ook W.M. Kleijn, *Zaaksvervangende in het vermogensrecht*, VPFA-millennium-bundel, Deventer 1999, p. 21-25.

reeds in § 2.7.1.3 vermeld – de bezwaarde of zijn rechtverkrijgende verplicht de woning te leveren aan de verwachter. Ofwel direct nadat hij de woning zelf geleverd heeft gekregen, zodat de verwachter in plaats van een vergoedingsvordering een goederenrechtelijke aanspraak op het betreffende registergoed verkrijgt. Ofwel na het in vervulling gaan van de voorwaarde, zodat de verwachter het betreffende registergoed alsnog verkrijgt (als een inbetalinggeving).³²⁹ Een tweede voorbeeld: de bezwaarde koopt een fiets (€ 1.000) deels (voor 20%) met eigen middelen en deels (voor 80%) met fideicommissaire middelen. Dat zaaksvervanging hier speelt, wordt niet betwist. De heersende leer³³⁰ is dat de fiets tot het fideicommissaire vermogen behoort omdat het grootste deel van de tegenprestatie ten laste van het fideicommissaire vermogen is gekomen,³³¹ zodat de bezwaarde de fiets (geheel) onder ontbindende voorwaarde houdt en de verwachter een recht op de fiets heeft onder opschortende voorwaarde. In dat geval wordt aangenomen dat de bezwaarde een vordering heeft van € 200 op het fideicommissaire vermogen. Stel dat de fiets in waarde daalt (naar € 500). Wordt de vordering van de bezwaarde op het fideicommissaire vermogen verminderd tot € 100? Mijns inziens is dat de meest redelijke uitkomst. Spath stelt dat ook sprake kan zijn van een gemeenschap: de bezwaarde houdt 2/10^e deel van de fiets voor zichzelf in eigendom en 8/10^e deel behoort tot het fideicommissaire vermogen.³³² Spath twijfelt over de vraag of dit bij (nog) kleine(re) investeringen uit een van beide vermogens het geval is. Ik sluit mij in dit tweede voorbeeld aan bij de hierboven aangehaalde heersende leer. De goederenrechtelijke eenvoud van het vallen van het goed in één van beide vermogens, verdient mijn (praktische) voorkeur. De

³²⁹ Zie ook J.B. Spath, *Zaaksvervanging*, Serie Onderneming en Recht, Kluwer: Deventer 2010, p. 363. Vgl. art. 6:45 BW: de (erfgenaam van de) bezwaarde levert ‘ter betaling van zijn geldschuld’ de woning aan de verwachter. Ontstaat een vergoedingsplicht van de bezwaarde jegens de verwachter en verkoopt de bezwaarde de woning voordat deze in voorwaardelijke zin is geleverd aan de verwachter, dan kan de bezwaarde mijns inziens ‘ter inlossing van zijn vergoedingsplicht’ de opbrengst in voorwaardelijke zin leveren aan de verwachter.

³³⁰ Zie S. Perrick, *Boekbespreking*, WPNR 2010/6872, onder 4.

³³¹ Zuiverder geformuleerd, naar analogie van art. 1:95 BW (voorheen naar analogie art. 1:124 lid 2 BW (dat gold tot 1 januari 2012)): het goed behoort tot het fideicommissaire vermogen indien de koopprijs voor *de helft of meer* uit het fideicommissaire vermogen afkomstig is en het goed behoort tot het eigen vermogen van de bezwaarde indien de koopprijs voor *meer dan de helft* uit het eigen vermogen afkomstig is.

³³² Zie J.B. Spath, *Zaaksvervanging*, Serie Onderneming en Recht, Kluwer: Deventer 2010, p. 249. Spath is overigens van mening dat deze argumentatie alleen bij vruchtgebruik opgaat en niet bij het fideicommis, althans niet hangende de voorwaarde. Haar argumentatie is mijns inziens onjuist. Haar standpunt vloeit voort uit het feit dat zij de verwachter niet direct een goederenrechtelijke aanspraak op het fideicommissaire vermogen toekent. Vgl. B. Breederveld, *De aangepaste gemeenschap van goederen in verband met echtscheiding*, Serie Recht en Praktijk – Personen- en familierecht, Kluwer: Deventer 2011, p. 27-28 met betrekking tot de gemeenschap van goederen.

interne economische werkelijkheid kan prima worden gecorrigeerd op obligatoire wijze via de vergoedingsrechten en -plichten.

2.8 Vertering: het fideicommiss de residuo

Als de insteller een fideicommiss instelt, kent hij in de praktijk meestal aan de bezwaarde verteringsbevoegdheid toe. De verteringsbevoegdheid is, naast de vervreemdings- en bezwaringsbevoegdheid, kenmerkend voor het fideicommiss *de residuo*. Wat moet onder vertering worden verstaan? Stollenwerck³³³ omschrijft het begrip ‘vertering’ (dat veelal als economisch begrip wordt beschouwd) juridisch als volgt: het verrichten of nalaten van die (rechts)handelingen met betrekking tot het fideicommissaire vermogen, die tot gevolg hebben dat bij het einde van het bezwaar vermogensbestanddelen zijn verdwenen, zonder dat daarvoor een tegenwaarde (in het fideicommissaire vermogen) in de plaats is gekomen.³³⁴

In dezelfde lijn oordeelde recent het Hof Arnhem-Leeuwarden:³³⁵

‘in het algemene spraakgebruik heeft verteren de betekenis: opmaken, zonder dat er iets voor in de plaats komt of iets overblijft.’

Gedacht kan worden dat het begrip verteren ook inhoudt dat de bezwaarde het vermaakte mag verwaarlozen.³³⁶ Dit is niet zo. Vertering dient te worden beschouwd als de (positieve) bevoegdheid van de bezwaarde om het

³³³ A.H.N. Stollenwerck, *Het fidei-commis de residuo*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1986, p. 79.

³³⁴ Vgl. M.S. van Gaalen, *Vruchtgebruik*, Ars Notariatus nr. XCI, Kluwer: Amsterdam 2001, p. 136-138. Waar Van Gaalen in nr. 162 een aantal mooie beschouwingen geeft over wat verteren is, lijkt hij in nr. 163 te suggereren dat de vruchtgebruiker kan ‘verteren’ door zich geld uit het vruchtgebruik toe te eigenen, zonder dat daarvoor een waardevergoeding in de plaats komt. Dat lijkt mij een omissie te zijn, te meer omdat hij in noot 87 verwijst naar de Parlementaire Geschiedenis, waarin, met betrekking tot het toenmalig voorgestelde art. 4.2A.1.3 BW, toe-eigening in ruil voor een waardevergoeding aan het einde van het vruchtgebruik aan de orde komt. In deze opvatting van Van Gaalen wordt het eigen vermogen van de vruchtgebruiker mijns inziens ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van het vruchtgebruikvermogen (vgl. art. 6:212 BW).

³³⁵ 26 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ2834, zie Notafax 2013/62, *Investeren in woning van ander was vertering van fidei-commissair vermogen*. In die casus speelde de kwestie of de investering van de bezwaarde (die ziek was geworden) in een woning van haar dochter en schoonzoon, een vertering inhield. Het geld werd gebruikt om een zelfstandige woonruimte voor de bezwaarde te creëren. Vlak na de verbouwing overlijdt de bezwaarde. Het Hof oordeelde dat de bezwaarde tegenover de investering blijkbaar een persoonlijk recht van bewoning heeft gekregen, zonder dat sprake was van een zorgcontract. Omdat niet is gesteld of gebleken dat de bezwaarde jegens haar dochter en schoonzoon een recht op vergoeding heeft gekregen, is volgens het Hof het geld verteerd.

³³⁶ Ik vermoed dat A.H.N. Stollenwerck, *Het fidei-commis de residuo*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1986 op basis van deze gedachte tot zijn oordeel is gekomen dat veel vruchtgebruikbepalingen niet van toepassing zijn op het fideicommiss de residuo.

fideicommissaire vermogen voor consumptie te gebruiken en niet als de (negatieve) bevoegdheid om ‘slordig’ of ‘onzorgvuldig’ om te gaan met het fideicommissaire vermogen. Een dergelijke negatieve bevoegdheid is strijdig met de (goederenrechtelijke) rechtsverhouding tussen de bezwaarde en verwachter. Art. 3:207 lid 3 BW (dat op grond van art. 4:138 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing is) bepaalt dit ook met zoveel woorden.

Hieronder bespreek ik drie kwesties aangaande vertering. De eerste (§ 2.8.1) betreft de vraag of de goederenrechtelijke ‘route’ bepalend is voor de vraag ten laste van welk vermogen een uitgave komt. Vervolgens bekijk ik (§ 2.8.2) of een vergoedingsplicht ontstaat indien de bezwaarde met fideicommissaire middelen een schuld uit zijn eigen vermogen voldoet (of omgekeerd). Tot slot (§ 2.8.3) wordt de kwestie besproken of de bezwaarde een goed ‘indirect’ kan verteren.

2.8.1 De goederenrechtelijke route van de vertering

Onder het oude recht heeft Hoge Raad, bijna 80 jaar geleden, een interessant arrest over de problematiek gewezen.³³⁷ Het arrest handelt over het fideicommiss in combinatie met twee (!) ontbonden huwelijksgemeenschappen. Bij de behandeling hiervan moet men in het achterhoofd houden dat onder het oude recht omstreden was hoe de posities van de bezwaarde en van de verwachter precies gekenschetst moesten worden en of de verwachter wel een recht had.³³⁸ De casus van het arrest was – gestileerd en voor zover hier van belang – als volgt: A is in gemeenschap van goederen getrouwd met B. A benoemt B tot bezwaarde. Het gaat om een fideicommiss *de residuo*, met dien verstande dat het doen van schenkingen – anders dan aan goede doelen – verboden is. A overlijdt. De ontbonden gemeenschap van goederen is niet verdeeld omdat B enig erfgenaam was. B hertrouwt in gemeenschap van goederen met C. B doet schenkingen aan goede doelen uit zijn vermogen en bepaalt dat deze ten laste van het fideicommissaire vermogen komen. In de woorden van de Hoge Raad: B ‘boekt’ de uitgaven ten laste van het fideicommissaire vermogen. De erfgenamen van B zijn C en K (K is een kind van B en C). De verwachters van A zijn degenen die haar wettelijke erfgenamen bij versterf zouden zijn geweest wanneer A op hetzelfde tijdstip zou zijn overleden als B, in casu X c.s. De Hoge Raad moest beoordelen of de schenkingen (geheel) ten laste van het fideicommissaire vermogen kwamen. De Hoge Raad oordeelt, gelijk bij een vertering ten behoeve van de bezwaarde zelf, dat de schenking (en daarmee de

³³⁷ HR 31 januari 1936, NJ 1937/877, m.nt. Meijers.

³³⁸ Vgl. A.H.N. Stollenwerck, *Het fidei-commis de residuo*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1986, p. 17 e.v.

vertering) niet zomaar ten laste komt van het fideicommissaire vermogen, omdat – in goederenrechtelijke zin – de uitgave zelf feitelijk niet (geheel) uit het fideicommissaire vermogen is geschied. De Hoge Raad komt tot het oordeel dat een kwart van de schenking ten laste van het fideicommissaire vermogen moest worden gebracht.³³⁹

Men kan zich afvragen of de ‘goederenrechtelijke’ route van de vertering/schenking dient te prevaleren boven de wil van de bezwaarde om de schenking ten laste van het fideicommissaire vermogen te brengen.³⁴⁰ Als de bezwaarde met betrekking tot de uitgave geen aantekening maakt en achteraf vastgesteld kan worden dat deze (deels) uit het eigen vermogen en/of (deels) uit het fideicommissaire vermogen is geschied, lijkt het mij inderdaad juist dat men de goederenrechtelijke weg volgt: de uitgave komt ten laste van dat vermogen waaruit de uitgave is voldaan. Tekent de bezwaarde – ‘bij’ het doen van de

³³⁹ Over de huwelijksvermogensrechtelijke problematiek, merk ik het volgende op. Ten eerste had B mijns inziens, toen hij erfgenaam-bezwaarde werd van A, een ‘informele verdeling’ van het vermogen kunnen maken, zodat de fideicommissaire voorwaarde niet zou rusten op ieder goed voor de helft, maar – na de ‘informele verdeling’ – op de *aan het fideicommissaire vermogen toegedeelde* goederen. Dat had de administratie waarschijnlijk eenvoudiger gemaakt. Bij zo’n informele verdeling – ik ga nog steeds uit van een fideicommiss de residuo – kunnen de goederen door B, gebruikmakend van zijn – door de insteller verleende – vervreemdingsbevoegdheid en handelend in beide hoedanigheden (‘namens zichzelf’ en ‘als bezwaarde’), verdeeld en geleverd worden. De toedeling en levering vindt plaats aan hemzelf in zijn ‘eigen’ hoedanigheid respectievelijk aan hemzelf in zijn hoedanigheid van bezwaarde, constaterende dat met de laatste toedeling en levering de verwachter een voorwaardelijke (goederenrechtelijke) aanspraak op het goed krijgt. Bij een zuiver fideicommiss dient de verwachter mee te werken aan de verdeling; zie daarover § 5.2.1. Ten tweede zal de aanname van de Hoge Raad dat een kwart van de schenking ten laste van het fideicommissaire vermogen moest worden gebracht, gebaseerd zijn op de gedachte dat toen A overleed, de helft van de gemeenschap als fideicommissair vermogen kon worden aangemerkt, welke helft vervolgens weer gedeeld werd door het opnieuw huwen van B met C in gemeenschap van goederen. Mogelijk is hier veronachtzaamd dat bij het opnieuw huwen van B met C ook (toekomstig) vermogen of inkomen van C in de gemeenschap is gevloeid. Wellicht was het dan redelijker geweest om de schenkingen naar rato van het fideicommissaire vermogen ten opzichte van het totale door B en C aangebrachte vermogen, ten laste van het fideicommissaire vermogen te brengen. Een voorbeeld. Als B € 20.000 (€ 10.000 eigen vermogen, € 10.000 fideicommissair vermogen) aanbracht ten huwelijk en C een aanbreng deed van € 5.000, dan zou een schenking van € 10.000 voor € 10.000 / (€ 10.000 + € 10.000 + € 5.000) ofwel 40% (€ 4.000) ten laste van het fideicommissaire vermogen zijn gekomen. Anderzijds geldt dat dan geen rekening wordt gehouden met bijvoorbeeld de inkomsten van B en C, met de waardeverandering van de verschillende (fideicommissaire en gemeenschappelijke) vermogensbestanddelen. Een bijna onoplosbare kluit. Het is moeilijk daar een rechtvaardige verdeelsleutel voor te verzinnen. Zie hierover ook L.C.A. Verstappen, *Rechtsopvolging onder algemene titel*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. LXXII, Kluwer: Deventer 1996, p. 411-414. Zie over de huwelijksgemeenschap in combinatie met het fideicommiss verder § 5.3.

³⁴⁰ Zie ook de noot van Meijers onder het arrest.

uitgave³⁴¹ – aan dat de uitgave ten laste van het ene of andere vermogen komt, dan vraag ik mij af of men de goederenrechtelijke werkelijkheid moet volgen.³⁴² Mijns inziens kan de bezwaarde van een fideicommiss de residuo bepalen ten laste van welk vermogen een uitgave komt. Komt de uitgave uit het ene vermogen, terwijl de bezwaarde daarbij aantekent dat de uitgave ten laste van het andere vermogen komt, dan ontstaat een vergoedingsrecht van het ene vermogen ten laste van het andere vermogen. Een voorbeeld om dit standpunt te verduidelijken. Stel dat alle fideicommissaire geldmiddelen op een ‘eigen’ rekening van de bezwaarde komen te staan waar de bezwaarde zelf ook al geld op had staan.³⁴³ Er vindt in dat geval vermenging met het eigen vermogen plaats.³⁴⁴ Er wordt dan een vergoedingsrecht van het fideicommissaire vermogen

³⁴¹ Vgl. art. 1:94 lid 2 aanhef en sub a BW, dat bepaalt dat de uitsluitingsclausule ‘bij’ de gift dient te worden geregeld. ‘Bij het doen van de uitgave’ mag men mijns inziens zo ruim uitleggen dat een aantekening of boeking bij de jaarlijkse opgave (als bedoeld in art. 3:205 lid 4 BW) volstaat.

³⁴² Art. 1038 lid 2 BW (oud) bepaalde: ‘Ten aanzien van de gereede penningen of van de opbrengst der vervreemde goederen, kan uit aantekeningen van den bezwaarden erfgenaam of legataris, uit huisselijke papieren, of door alle andere bewijsmiddelen worden opgemaakt, of, en in hoeverre, er iets van de erfenis of van het legaat is overgebleven.’ De vraag rijst wat in onder oud recht met ‘aantekeningen’ werd bedoeld. A.H.N. Stollenwerck, *Over het graf heen: fidei-commissaire making of tweetrapsmaking*, FTV 2007/6 onder 9.3., stelt: ‘Overigens heeft de bezwaarde op grond van zijn recht tot verteren, de bevoegdheid om openstaande schulden tot fidei-commissaire te bestempelen bijvoorbeeld door op een ingekomen rekening aan te tekenen dat deze zal worden voldaan ten laste van het fidei-commissaire vermogen. Art. 1038 lid 2 BW (oud) bepaalde uitdrukkelijk dat aantekeningen van de bezwaarde als bewijs dienden. Dit is zo vanzelfsprekend dat dat niet meer in de wet behoefde te worden bepaald.’ De vraag is of met ‘aantekeningen’ inderdaad werd bedoeld dat de bezwaarde door een ‘boeking’ of ‘aantekening’ de uitgave, ongeacht de vraag uit welk vermogen deze feitelijk werden voldaan, ten laste kon laten komen van het fideicommissaire vermogen. Stollenwerck stelt van wel. De Hoge Raad lijkt in zijn arrest het tegendeel te beweren. Niet duidelijk is of de Hoge Raad de mogelijkheid van het doen van boekingen, ten gevolge waarvan de uitgaven ten laste van het fideicommissaire vermogen komen, heeft verworpen omdat i.c. (zo stelt de P-G in zijn conclusie) niet bewezen was dat de boekingen tegelijk met het doen van de uitgaven waren geschied, of omdat dit in strijd is met de werkelijkheid.

³⁴³ Dus zonder vermelding dat de verwachter een voorwaardelijke aanspraak op het tegoed op de rekening heeft.

³⁴⁴ Zie hierover bijvoorbeeld J.B. Spath, *Zaaksvervanging*, Serie Onderneming en Recht, Kluwer: Deventer 2010, nr. 214. Vgl. ook B. Breederveld, *De bankrekening, de huwelijksgemeenschap en echtscheiding*, WPNR 2014/7006, die een voor de praktijk goed werkbaar oplossing voorstelt voor de vraag of een bankrekening tot het eigen vermogen van een echtgenoot behoort of tot de gemeenschap van goederen waarin die echtgenoot gehuwd is. Hij stelt voor dat als een bankrekening wordt geopend op naam van de echtgenoot die het onder uitsluitingsclausule verkregen geld heeft verkregen en de eerste bijschrijving op die rekening de inning van een vordering is die onder uitsluitingsclausule is verkregen, de bankrekening als een tot het eigen vermogen behorend goed moet worden aangemerkt. Verdere bijschrijvingen op die rekening ten laste van de gemeenschap worden dan gecorrigeerd door de gemeenschap een vergoedingsrecht toe te kennen op het eigen vermogen ter grootte van het bijgeschreven bedrag. Mogelijk kan naar analogie hiervan betoogd worden, dat als de bezwaarde een bankrekening opent en de eerste

jegens het eigen vermogen aangenomen. De opvatting dat men ‘de goederenrechtelijke weg moet volgen’ leidt er toe dat als de bezwaarde een uitgave doet ten laste van bedoelde bankrekening, hij het fideicommissaire vermogen – in goederenrechtelijke zin – per definitie niet kan verminderen. Immers, de uitgave kan niet feitelijk ten laste van de vergoedingsvordering komen. Een administratieve boeking verhindert dit niet. Men kan het nog scherper stellen. In verbintenisrechtelijke zin betreft iedere uitgave, die hangende de voorwaarde wordt gedaan en geen delging van een schuld der nalatenschap behelst, de voldoening van een schuld die tot het eigen vermogen van de bezwaarde behoort.³⁴⁵ De bezwaarde komt een verbintenis na in zijn hoedanigheid van rechtssubject, niet in zijn hoedanigheid van bezwaarde. De wet kent geen afzonderlijke identiteit toe aan ‘de bezwaarde’. De voldoening met fideicommissair vermogen zou dan per definitie een vergoedingsrecht doen ontstaan ten behoeve van het fideicommissaire vermogen en ten laste van het eigen vermogen. Het fideicommissaire vermogen zou zo onaantastbaar zijn. De geschetste gevolgen van bedoelde opvatting zijn ongewenst.³⁴⁶ Een rol moet toegekend worden aan de naar buiten toe blijken ‘intentie’ van de bezwaarde.³⁴⁷ Blijkt – naar buiten toe – niet van die intentie en is de uitgave feitelijk ten laste van het eigen vermogen gekomen, dan dient men mijns inziens als hoofdregel aan te nemen dat de uitgave ten laste van het eigen vermogen komt. Ik wijs op de uitspraak van de Hoge Raad van 5 oktober 2007.³⁴⁸ Daaruit lijkt te volgen dat de bezwaarde bevoegd is gelden te onttrekken aan het fideicommissaire vermogen, mits hij daar tegenover een vergoedingsplicht

bijschrijving op die rekening de inning van een vordering is die tot het fideicommissaire vermogen behoort, de bankrekening als een tot het fideicommissaire vermogen behorend goed moet worden aangemerkt. Er is dan sprake van zaaksvervanging, waardoor de verwachter van rechtswege een voorwaardelijk recht op de bankrekening (lees: het vorderingsrecht op de bank) krijgt. Verdere bijschrijvingen op die rekening ten laste van het eigen vermogen van de bezwaarde worden via vergoedingsrechten ten behoeve van het eigen vermogen rechtgetrokken.

³⁴⁵ Dat kunnen schulden uit een overeenkomst zijn (bijv. ter verkrijging van consumptieve diensten of goederen of bijv. een schenking; de bezwaarde komt met de overdracht van goederen of gelden zijn verplichting (schuld) na jegens de leverancier of begiftigde), maar ook uit onrechtmatige daad of anderszins (art. 6:1 BW).

³⁴⁶ Vgl. L.H.M. Zonnenberg, *Vergoedingsvordering en zaaksvervanging*, EB 2013/60, onder ‘Gevolg uitsluitingsclausule’, over de vertering van een vergoedingsvordering.

³⁴⁷ In zijn conclusie (bij HR 31 januari 1936) stelt P-G Besier dat als de bezwaarde bij het doen van uitgaven deze ten laste van het bezwaarde vermogen wil brengen, hij met zijn bedoeling *naar buiten toe* dient te *treden*. Dat was volgens de P-G niet gebeurd, of althans was dit niet bewezen. Ook was niet bewezen dat de aantekening in het kasboek tegelijk met de uitgave was opgetekend.

³⁴⁸ Zie noot 304.

accepteert jegens het fideicommissaire vermogen.³⁴⁹ Hoe dat dient te geschieden, blijft in het midden. Het lijkt alsof de bezwaarde door een (over?)‘boeking’³⁵⁰ het goed van de voorwaarde kan verlossen, mits hij daar tegenover een (voorwaardelijke) vergoedingsplicht accepteert. Wat hiervan zij, het verdient aanbeveling dat de insteller de verhouding regelt tussen de bezwaarde en de verwachter bij een uitgave. De insteller kan de bezwaarde het recht toekennen om een uitgave ten laste te laten komen van het fideicommissaire vermogen door het verrichten van een administratieve handeling (‘boeking’). Als geoordeeld wordt dat dit geen bevoegdheid is die aan de bezwaarde toekomt krachtens de uit de fideicommissaire erfstelling voortvloeiende bevoegdheden, kan men dit als afzonderlijk legaat ten behoeve van de bezwaarde zien.³⁵¹ Een regeling in het testament over hoe en over het moment waarop de boeking dient plaats te vinden, misstaat niet.

2.8.2 Het voldoen van welke schulden betreft een vertering?

De tweede kwestie betreft de vraag wat rechtens is als de bezwaarde met fideicommissaire middelen een schuld uit zijn eigen vermogen voldoet. Het gaat in deze paragraaf steeds om de voldoening van niet-fideicommissaire schulden (dus schulden die tot het eigen vermogen van de bezwaarde behoren) met fideicommissaire middelen.

Onderscheid moet gemaakt worden tussen enerzijds:

1. a. schulden die de bezwaarde ten tijde van het overlijden van de insteller al had; en
- b. schulden die de bezwaarde hangende de voorwaarde maakt;

³⁴⁹ Zie over dit laatste (het onttrekken van gelden aan het fideicommissaire vermogen) ook J.B. Spath, *Zaaksvervanging*, Serie Onderneming en Recht, Kluwer: Deventer 2010, p. 241 en S. Perrick, *Zaaksvervanging en de regels van het goederenrecht*, WPNR 2008/6753, onder 6.1.

³⁵⁰ Het onttrokken geld kan zich vermengen met het eigen vermogen van de bezwaarde, bijvoorbeeld doordat een overboeking van de ‘fideicommissaire bankrekening’ naar de ‘eigen bankrekening’ plaatsvindt.

³⁵¹ Zie ook noot 354 hierna.

en anderzijds:

2. a. schulden die de bezwaarde aangaat ter verwerving van goederen die nog aanwezig zijn en die tot zijn eigen vermogen behoren (waarover § 2.7.2 handelt); en
- b. schulden die de bezwaarde aangaat ter verwerving van consumptieve diensten of goederen, die de bezwaarde verbruikt/verteert (hierna te noemen: consumptieve schulden).³⁵²

Mijns inziens dient men bij voldoening (met fideicommissaire middelen) van consumptieve schulden (2.b) die zijn ontstaan na het overlijden van de insteller (1.b), aan te nemen dat sprake is van een vertering van het fideicommissaire vermogen.³⁵³ Bij de voldoening van consumptieve schulden (2.b) die zijn ontstaan vóór het overlijden van de insteller (1.a), ontstaat mijns inziens een vergoedingsplicht jegens het fideicommissaire vermogen ter grootte van de nominale onttrekking. De insteller kan evenwel bepalen dat de bezwaarde het fideicommissaire vermogen mag gebruiken voor het voldoen van laatstgenoemde consumptieve schulden.³⁵⁴ Het verdient aanbeveling dat de insteller zich hier expliciet over uitlaat.³⁵⁵

³⁵² De schulden der nalatenschap, ook die hangende de voorwaarde ontstaan, blijven buiten beschouwing. Die komen ten laste van het fideicommissaire vermogen. In die situatie kan evenwel de omgekeerde exercitie verricht worden: als de bezwaarde met eigen middelen die schulden voldoet, ontstaan er vergoedingsrechten jegens het fideicommissaire vermogen. Een verdere uitwerking daarvan laat ik hier achterwege.

³⁵³ Bij een zuiver fideicommissa betekent de 'betaling' in beginsel de 'overdracht van geld of goederen onder voorwaarde', zodat de verwachter daarop zijn recht houdt. Verleent de verwachter of kantonrechter toestemming tot 'onvoorwaardelijke overdracht', dan kunnen de bezwaarde en verwachter in het kader van die toestemming tot onvoorwaardelijke overdracht een regeling treffen over de vergoedingsplicht van de bezwaarde jegens de verwachter.

³⁵⁴ Wordt geoordeeld dat dit geen bevoegdheid is die aan de bezwaarde toekomt krachtens de uit de fideicommissaire erfstelling voortvloeiende bevoegdheden, dan kan men dit ook als afzonderlijk legaat zien. De insteller kan het legaat bijvoorbeeld vormgeven door de verwachter te verplichten om afstand te doen van de vordering (het vergoedingsrecht) waartoe hij gerechtigd is geworden door de voldoening van de schuld door de bezwaarde. Een vraag, die het bestek van dit boek te buiten gaat, is of de vormgeving gevolgen heeft voor de heffing van belasting op grond van de Successiewet 1956 en Wet Inkomstenbelasting 2001.

³⁵⁵ Dat geldt ook voor de vraag of een schuld die de bezwaarde aan de insteller had, geacht moet worden te zijn verteerd. Op grond van art. 6:161 lid 2 aanhef en sub c BW gaat de schuld niet door vermenging teniet. Het met de schuld corresponderende vorderingsrecht gaat bij de vervulling van de voorwaarde in beginsel over op de verwachter. De insteller kan, bij wijze van prelegaat, anders bepalen. Iets soortgelijks geldt voor de omgekeerde situatie: de insteller had een schuld aan de bezwaarde. De insteller kan bepalen dat de bezwaarde afstand dient te doen ten behoeve van de verwachter van zijn vorderingsrecht. Zie hierover ook A.H.N. Stollenwerck, *Het fidei-commis de residuo*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1986, p. 48-51. Vgl. ook § 2143 BGB: 'Tritt die Nacherbfolge ein, so gelten die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von

2.8.3 Indirecte vertering

Bij een fideicommiss de residuo kent de insteller de bezwaarde, naast vervreemdings- en verteringsbevoegdheid, bijna altijd ook bezwaringsbevoegdheid toe. Deze laatste bevoegdheid gebruikt de bezwaarde soms om een fideicommissair goed tot zekerheid van geleende gelden (die tot zijn eigen vermogen gaan behoren) onvoorwaardelijk te bezwaren met een hypotheek- of pandrecht.³⁵⁶ Als de voorwaarde in vervulling gaat, blijft de bezwaring voor de verwachter in stand. Wint de schuldeiser het bezwaarde goed uit ter zake van de ontstane schuld,³⁵⁷ dan ziet in beginsel een vergoedingsrecht het licht, ten behoeve van de verwachter en ten laste van de (erfgenamen van de) bezwaarde. Dat is terecht, want de bezwaarde heeft gelden ontvangen. De vraag rijst echter of de vertering van die gelden als vertering van fideicommissair vermogen moet worden gezien. De Rechtbank Den Haag moest op 2 november 2005³⁵⁸ oordelen over de vraag of een bezwaarde een tot het fideicommissaire vermogen behorend huis kan ‘verteren’ door een privé-lening bij de bank aan te gaan. Tot zekerheid voor de nakoming van zijn verplichtingen, verleende de bezwaarde een recht van hypotheek op het huis. De Rechtbank stelt:

‘bij de beantwoording van de vraag voorop dat [de bezwaarde] ten volle het recht had het fidei-commissair vermogen geheel (en dus ook gedeeltelijk) te verteren. Zij had het huis bijvoorbeeld mogen verkopen en de opbrengst mogen aanwenden voor onder meer haar dagelijks levensonderhoud.

Het enkele feit dat [de bezwaarde] na het overlijden van [de insteller] een lening is aangegaan om geld ter beschikking te krijgen voor de bestrijding van haar kosten en dagelijks levensonderhoud is onvoldoende om dat geld als fidei-commissair vermogen te beschouwen. Dat wordt echter anders doordat zij het huis dat tot de nalatenschap van [de insteller] behoorde, heeft verhypothekeerd teneinde de lening te verkrijgen.

Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen.’

³⁵⁶ Voor de situatie dat de bezwaarde een fideicommissair goed met een ander beperkt recht bezwaart, verwijs ik naar § 2.7.1.4.

³⁵⁷ Hieronder versta ik in dit kader ook de situatie dat de verwachter – ter voorkoming van uitwinning – door vervreemding van het goed de schuld vrijwillig aflost.

³⁵⁸ ECLI:NL:RBSGR:2005:AU9291, NJF 2006, 22, zie daarover ook T.J. Mellema-Kranenburg, *Hoever reikt de verteringsbevoegdheid bij een fidei-commis de residuo?*, JBN 2006/10, nr. 53 en W.M. Kleijn, *Hoever gaan de vrijheden van de bezwaarde bij een fidei-commis de residuo*, Tijdschrift Nieuw Erfrecht 2006/4, nr. 2. Kritisch hierover is A.H.N. Stollenwerck, *Over het graf heen: fidei-commissaire making of tweetrapsmaking*, FTV 2007/9.

Het aangaan van de geldlening hangt door het verhypothekeren van het ‘fideï-commissaire huis’ zo nauw samen met het fideï-commissair vermogen, dat een lening en fideï-commissair vermogen niet meer los van elkaar kunnen worden gezien.’

Anders dan in § 2.8.2 gaat het hier om het voldoen met *eigen middelen* van *consumptieve eigen schulden*. De kernvraag is dus of de eigen middelen *geacht worden* te behoren tot het fideicommissaire vermogen. In § 2.8.1 werd onderbouwd dat een boeking of aantekening ertoe kan leiden dat de (voldoening van een) schuld ten laste van het fideicommissaire vermogen komt. Volgens de Rechtbank Den Haag kan dat ook voortvloeien uit het nauwe verband tussen de verstrekking van de geldmiddelen, de zekerheid die de bezwaarde daarvoor verleent en de voldoening van consumptieve schulden. Ik onderschrijf dit oordeel. Toch doet de insteller er goed aan dit, desgewenst, in het testament op te nemen. Doet hij dat niet, dan doet de bezwaarde er – ter voorkoming van misverstanden – wijs aan in zijn administratie (of bijvoorbeeld in de hypotheekakte) op te nemen dat voor zover hij de gelden gebruikt voor de voldoening van consumptieve schulden, deze uitgaven ten laste van het fideicommissaire vermogen komen.³⁵⁹ Overigens merk ik op dat als slechts een deel van de gelden verteerd zijn, de schuld aan de geldverstrekker in zoverre (dus ter grootte van de resterende gelden) tot het eigen vermogen van de bezwaarde blijft behoren. Wint de geldverstrekker het goed uit voor de schuld, dan heeft de bezwaarde (of zijn erfgenaam) een vergoedingsplicht jegens de verwachter ter grootte van de resterende gelden.

2.9 Omslagstelsel

In deze paragraaf bespreek ik de mogelijkheid tot het opleggen van een omslagstelsel. Meestal hangt dat samen met de in de vorige paragraaf besproken mogelijkheden tot vertering.³⁶⁰ Toch hoeft dat niet zo te zijn. Het kan ook gaan om vermogenstoenames.³⁶¹ Daarnaast kan het bij een *zuiver fideicommiss* dienst doen als een soort bewijsregel voor het geval sprake is van het niet afgescheiden houden van of niet goed administreren van het eigen en fideicommissaire vermogen. Bezien wordt wat de insteller in goederenrechtelijke zin – via de

³⁵⁹ In zo’n situatie is het mijns inziens mogelijk om bij voorbaat de aantekening te maken dat de uitgave ten laste van het fideicommissaire vermogen komt. Een aantekening bij het doen van iedere uitgave (zie § 2.8.1) kan dan achterwege blijven.

³⁶⁰ Een deel van de verteringen dient dan ten laste van het eigen vermogen te komen en een deel ten laste van het fideicommissaire vermogen. Het omslagstelsel regelt welk deel van de verteringen ten laste van welk vermogen komt.

³⁶¹ Het gaat er dan niet (alleen) om dat er verteerd is, maar om hoe de vermogenstoenames bij het in vervulling gaan van de voorwaarde verdeeld moet worden.

overeenkomstige toepassing van de vruchtgebruikbepalingen – kan regelen in de uiterste wil en wat hij in obligatoire zin – middels legaten – kan bepalen. Ik ga in het navolgende uit van een residuaire fideicommissaire erfstelling.

2.9.1 Wat is een omslagstelsel?

Het makkelijkst is dit weer te geven in een voorbeeld. Wanneer de bezwaarde bij het openvallen van de nalatenschap € 20.000 aan eigen vermogen heeft en € 10.000 aan fideicommissair vermogen ontvangt, terwijl bij het in vervulling gaan van de voorwaarde in totaal nog € 15.000 over is, brengt het omslagstelsel mee dat € 10.000 tot het eigen vermogen van de bezwaarde (en dus aan hem of zijn erfgenamen) behoort en dat € 5.000 tot het fideicommissaire vermogen (en dus aan de verwachters) behoort. Stollenwerck meende in zijn proefschrift³⁶² dat toepassing van het omslagstelsel in strijd is met de wettekst en het systeem van de wet. De Minister geeft in reactie op de kritiek van Stollenwerck,³⁶³ aan dat een omslagstelsel in feite niet meer is dan een beperking van de verteringsbevoegdheid. Een verdere uitwerking geeft de Minister niet. Ik meen met Stollenwerck dat het eenvoudigweg opnemen van een (goederenrechtelijke) ‘omslagbepaling’ niet mogelijk is: dat zou immers betekenen dat de voorwaarde achteraf gezien niet rust op sommige fideicommissaire goederen. Wanneer men in de beschouwing over het omslagstelsel de mogelijkheid betreft dat het totale vermogen in waarde stijgt,³⁶⁴ zou dit zelfs betekenen dat de voorwaarde achteraf gezien komt te rusten op sommige eigen goederen van de bezwaarde. Een dergelijke omslagbepaling komt mijns inziens ten enenmale in strijd met de goederenrechtelijke aard van het fideicommis. Hoewel een goederenrechtelijke invulling van het omslagstelsel niet mogelijk is, kan de erflater tot het gewenste resultaat komen, door het omslagstelsel op andere wijze vorm te geven.

2.9.2 Vormgeving van het omslagstelsel

De erflater kan – in de lijn van hetgeen de Minister over het omslagstelsel opperde³⁶⁵ – bepalen dat vertering van het fideicommissaire vermogen (pas) mogelijk is als de bezwaarde voldoet aan het vereiste dat hij naar evenredigheid op het eigen en het fideicommissaire vermogen inteert. Stel dat de bezwaarde

³⁶² A.H.N. Stollenwerck, *Het fidei-commis de residuo*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1986, p. 138-139. Zie over het omslagstelsel ook A. Pitlo, *Het Fideicommis de Residuo*, preadvies van de Broederschap der Candidaat-Notarissen (1952), p. 134 e.v.

³⁶³ Van der Burght c.s., *Parl. Gesch. Vaststellingswet Invoeringswet Boek 4*, p. 2042 (MvA II).

³⁶⁴ Bijvoorbeeld door inkomsten uit vermogen of arbeid van de bezwaarde, of door het ontvangen van erfenissen en giften, al dan niet in combinatie met de situatie dat het eigen en/of fideicommissaire vermogen in waarde stijgt door de marktomstandigheden.

³⁶⁵ Van der Burght c.s., *Parl. Gesch. Vaststellingswet Invoeringswet Boek 4*, p. 2042 (MvA II).

zich daar niet aan houdt. De insteller kan bepalen dat als de bezwaarde ‘teveel’ van het fideicommissaire vermogen verteert, hij een vergoedingsplicht jegens de verwachters krijgt. Voor de omgekeerde situatie dat de bezwaarde ‘teveel’ van zijn eigen vermogen verteert, kan de erflater de bezwaarde een vergoedingsrecht jegens de verwachters toekennen. De omvang van het eigen en het fideicommissaire vermogen wordt, zo nodig, ‘gecorrigeerd’ door een (geldelijke) vergoeding. In feite is sprake van geldlegaten onder opschortende voorwaarde van het voldoen aan een bepaalde norm.³⁶⁶

Een vervolg op bovenstaand voorbeeld: de bezwaarde heeft € 20.000 aan eigen vermogen en € 10.000 aan fideicommissair vermogen. Op moment 1 verteert hij € 9.000: praktisch gesproken zal dat waarschijnlijk uit één van beide vermogens komen. Goederenrechtelijk zal bijvoorbeeld het fideicommissaire vermogen na de vertering uit € 1.000 aan goederen bestaan; ten behoeve van het fideicommissaire vermogen ontstaat dan een vergoedingsrecht jegens het eigen vermogen van € 6.000 (in waarde uitgedrukt is het fideicommissaire vermogen dan € 7.000). Het eigen vermogen bestaat dan nog uit € 20.000 aan goederen, waarop een vergoedingsplicht drukt jegens het eigen vermogen van € 6.000 (saldo: € 14.000). Op moment 2 verdient A € 7.000. Zijn eigen vermogen bedraagt dan – in waarde uitgedrukt – € 21.000. Op moment 3 verteert hij € 6.000. In waarde uitgedrukt is het fideicommissaire vermogen na die vertering € 7.000 -/- ($€ 7.000 / € 21.000 + € 7.000 = 1/4^e * € 6.000 = € 5.500$). Het eigen vermogen € 21.000 -/- ($3/4^e * € 6.000$) = € 16.500. Zo kan men verder gaan. Of het eindresultaat als hier bedoeld de erflater voor ogen heeft gestaan, is nog maar de vraag. Is dat wel zo, dan zal dit niet eenvoudig uit te voeren zijn: op het moment van iedere vertering moet de verhouding tussen de beide vermogens worden vastgesteld. Dat is in de praktijk ondoenlijk. Vergelijkbare problemen kunnen opdoemen bij de uitvoering van art. 1:87 BW.³⁶⁷

Alle praktische problemen van voornoemde – theoretisch zuivere – oplossing in ogenschouw genomen, denk ik dat de erflater eerder voor ogen staat om de verhouding tussen de beginvermogens gelijk te laten zijn aan de verhouding tussen de eindvermogens. Om dat resultaat te bereiken kan de erflater een legaat maken ten laste van de bezwaarde en ten behoeve van de verwachter, of juist

³⁶⁶ Op deze legaten, die niet zien op een *bepaald goed* der nalatenschap, is de dertigjaarstermijn van art. 4:140 BW niet van toepassing. Zie noot 642.

³⁶⁷ Vgl. de opmerkingen van M.J.A. van Mourik, *De omvang van de nieuwe wettelijke gemeenschap van goederen*, WPNR 2003/6545, onder 9 en in *Vernieuwd huwelijksvermogensrecht*, WPNR 2012/6913, onder 1.3 en 2.2.

andersom, waarvan de inhoud (en omvang) wordt bepaald op het moment waarop de voorwaarde in vervulling treedt. Men zou dit een ‘correctielegaat’ kunnen noemen. Wanneer in bovenstaand voorbeeld blijkt dat bij het in vervulling gaan van de voorwaarde nog € 9.000 over is, enkel bestaand uit fideicommissaire goederen (en schulden), kan de insteller bepaald hebben dat de verwachter een legaat krijgt opgelegd met als resultaat dat hij € 6.000 moet voldoen aan de bezwaarde.³⁶⁸ Het eindresultaat (in waarde) is dan dat de verwachter € 3.000 overhoudt en de bezwaarde of diens erfgenamen € 6.000. Dat is dezelfde verhouding als bij het overlijden van de insteller. Voor de situatie dat de bezwaarde bij zijn overlijden een totaalvermogen heeft van € 45.000 (doordat zijn eigen en/of fideicommissaire vermogen is vermeerderd), kan de insteller hebben bepaald dat als het fideicommissaire vermogen verminderd is of niet vermeerderd is of niet verder vermeerderd is dan tot € 15.000, de bezwaarde een legaat krijgt opgelegd jegens de verwachter van een zodanig bedrag dat het fideicommissaire vermogen voor de verwachter € 15.000 zal bedragen. Of als het fideicommissaire vermogen is vermeerderd tot boven de € 15.000, de verwachter een legaat krijgt opgelegd jegens de bezwaarde van een zodanig bedrag dat het fideicommissaire vermogen slinkt tot € 15.000.

2.9.3 Problemen bij het omslagstelsel

Is men hiermee uitgedacht over het omslagstelsel? Neen, volstrekt niet. Ik zie meerdere vragen en moeilijkheden die het vormgeven van een omslagstelsel kan opleveren. Wat gebeurt bijvoorbeeld als de bezwaarde krachtens erfrecht of gift goederen van een derde verkrijgt? Valt dat binnen of buiten het omslagstelsel? Tellen de vruchten van die erfenissen en giften ook mee? Als het de bedoeling is dat bedoelde verkrijgingen en vruchten buiten het omslagstelsel dienen te blijven, zal een goede administratie vereist zijn. Administreert de bezwaarde niet goed, dan zal een bewijsregel uitkomst moeten geven.

Daarnaast kan men zich afvragen welke invloed het ‘correctielegaat’ heeft op de legitieme portie van de bezwaarde respectievelijk verwachter (aangenomen dat de bezwaarde respectievelijk verwachter legitimaris is). Doet de bezwaarde respectievelijk verwachter een aanvullend beroep op de legitieme portie, dan zal bij de waardering van het fideicommissaire erfdeel tevens rekening gehouden

³⁶⁸ Een interessante vraag, die het bestek van dit boek te buiten gaat, is of en hoe dit krachtens de Successiewet 1956 met erfbelasting wordt belast.

moeten worden met de mogelijke verplichting van de bezwaarde of de verwachter uit het ‘correctielegaat’.³⁶⁹

Ook doemt de vraag op of, als het ‘correctielegaat’ ten laste van de bezwaarde en ten behoeve van de verwachter groter blijkt te zijn dan de nalatenschap zelf, art. 4:120 lid 2 BW roet in het eten gooit (ervan uitgaande dat de bezwaarde beneficiair aanvaardt).³⁷⁰ Een vervolg op bovenstaand voorbeeld. Stel dat het totaalvermogen van de bezwaarde bij zijn overlijden € 45.000 bedraagt en daarbij vastgesteld wordt dat dit volledig uit eigen vermogen bestaat (dat bij het overlijden van de insteller nog € 20.000 was) en dat het fideicommissaire vermogen (dat bij het overlijden van de insteller € 10.000 bedroeg) volledig is opgesoupeerd. Uitgaande van het omslagstelsel, is de bezwaarde verplicht een bedrag van € 15.000 uit te keren aan de verwachter. Heeft de bezwaarde beneficiair aanvaard,³⁷¹ dan kan hij deze uitkering beperken tot € 10.000, zijnde (de waarde van) zijn verkrijging uit de nalatenschap.

Het doel van het opnemen van een omslagstelsel lijkt mij het versimpelen van de afwikkeling van de beide vermogens bij het in vervulling gaan van de fideicommissaire voorwaarde. Uit het bovenstaande blijkt dat het nog maar de vraag is of dat doel behaald wordt.

2.10 Toepasselijke bepalingen boeken 2, 5, 6 en 7 BW

Hoewel in art. 4:138 lid 2 BW alleen de vruchtgebruikbepalingen van titel 3.8 BW van overeenkomstige toepassing zijn verklaard, ben ik nieuwsgierig naar de mogelijke toepassing van vruchtgebruikbepalingen uit de andere boeken van het BW. Ik onderzoek boek 2 BW (§ 2.10.1), boek 5 BW (§ 2.10.2), boek 6 BW (§ 2.10.3) en boek 7 BW (§ 2.10.4), die in de notariële praktijk het meest gehanteerd worden.

2.10.1 Boek 2 BW

Boek 2 BW geeft bijzondere bepalingen voor vruchtgebruikssituaties. Art. 2:88 lid 2 BW en art. 2:197 lid 2 BW bepalen dat de aandeelhouder het stemrecht heeft ter zake van aandelen ‘waarop een vruchtgebruik is gevestigd’. Art. 2:88

³⁶⁹ Zie over de legitieme portie en de waardering van het fideicommissaire erfdeel verder § 3.4.

³⁷⁰ Wordt het fideicommis via fideicommissaire legaten vormgegeven (waarover nader § 6.2), dan speelt de vergelijkbare vraag of art. 4:121 lid 1 BW het feestje verstoort.

³⁷¹ Aanvaardt de bezwaarde zuiver, dan kan de vraag gesteld worden of sprake is van een gift aan de verwachters. De bezwaarde voldoet immers meer dan ‘nodig is’. Vgl. voor een soortgelijke vraag (gift en verwerping) W.D. Kolkman, *De goede notaris, Over notariële deontologie*, Preadvies voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 2010, p. 154.

lid 3 BW en art. 2:197 lid 3 BW bepalen dat het stemrecht aan een vruchtgebruiker toekomt in de daar geregelde gevallen. Aangezien – via art. 4:138 lid 2 BW – art. 3:219 BW van overeenkomstige toepassing is verklaard, komt de vraag op of de verwachter stemrecht kan krijgen van aandelen die tot het fideicommissaire vermogen behoren. Hier botst, zoals reeds opgemerkt,³⁷² titel 3.8 BW met art. 4:138 lid 1 BW. Het is niet mogelijk de verwachter hangende de voorwaarde stemrecht toe te kennen. Het stemrecht dient als een *tegen derden* (lees: de naamloze of besloten vennootschap) *uit te oefenen bevoegdheid* te worden aangemerkt. Art. 2:88 BW en art. 2:197 BW vinden daarom geen (overeenkomstige) toepassing. Ook al zouden art. 2:319 BW, art. 2:320 BW, art. 2:334o BW en art. 2:334p BW overeenkomstige toepassing kunnen vinden, de in die artikelen bedoelde zaaksvervanging is al geregeld door de overeenkomstige toepassing van art. 3:213 lid 1 BW. De ‘vruchtgebruik-bepalingen’ van art. 2:118 lid 7 BW en art. 2:228 lid 6 BW vinden geen overeenkomstige toepassing, omdat art. 4:138 lid 1 BW de dienst uitmaakt. Art. 2:85 BW en art. 2:194 BW (over de aandeelhoudersregisters), kunnen wel overeenkomstige toepassing vinden.³⁷³

2.10.2 Boek 5 BW

De vraag rijst op basis waarvan de bezwaarde na afscheiding van de vruchten eigenaar wordt van die vruchten. Past hier de analogie van art. 5:1 lid 3 BW of van art. 5:17 BW? De waarheid hangt daar ergens tussen in, nu men het recht van de bezwaarde niet ongeclausuleerd kan kenschetsen als (volle) eigendom (art. 5:1 lid 3 BW), maar ook niet als genotsrecht (art. 5:17 BW). Ik stel dat de bezwaarde eigenaar wordt van die vruchten op grond van art. 5:1 lid 3 BW, voor zover nodig ‘ondersteund’ door art. 5:17 BW.

Op grond van art. 5:84 lid 2 BW gaan erfdiensbaarheden die zijn bedongen door een vruchtgebruiker *ten behoeve van* de zaak waarop zijn recht rust, bij het einde van het vruchtgebruik slechts teniet, indien dit in de akte van vestiging van de erfdiensbaardheid is bepaald. In geval van een fideicommissis is hier geen wettelijke grondslag voor.³⁷⁴ Blijft de erfdiensbaardheid na vervulling van de voorwaarde bestaan? Als sprake is van een verbetering, dient art. 5:84 lid 2 BW naar analogie toegepast te worden. De verwachter heeft geen reden om de erfdiensbaardheid niet te aanvaarden als de bezwaarde bijvoorbeeld een recht

³⁷² Zie § 2.2.1.

³⁷³ Zie ook hierna § 2.11.

³⁷⁴ Bedacht moet worden dat hier de fideicommissaire zaak niet *bezwaard*, maar *begunstigd* wordt. Over een bezwaring hierna meer.

van overpad bedingt ten gunste van het erf dat tot het fideicommissaire vermogen behoort, zonder dat daaraan voor de bezwaarde als ‘eigenaar’ van het heersende erf lasten zijn verbonden (vgl. art. 5:70 lid 2 BW, art. 5:73 lid 3 BW en art. 5:82 lid 1 BW). Vraag is wel hoe dat ‘voordeel’, zonder dat de insteller dit heeft bewerkstelligd, bij de verwachter terechtkomt. Scheltema³⁷⁵ haalt een oud adagium aan dat door Gaius als volgt is verwoord:

‘(...) wij kunnen de positie van een ander ook buiten zijn weten en tegen zijn wil wel beter, maar niet slechter maken’.

Niet-conflicterende beschikkingen blijven, zo versta ik Gaius, ten gunste van de verwachter in stand. Een andere insteek is dat men, in het licht van de stelling dat de nalatenschap bij de overgang op de verwachter opnieuw openvalt, de handeling als het ware toerekent aan de (nalatenschap van de) insteller.³⁷⁶ Is aan de erfdiensbaarheid wel een last verbonden, dan neem ik aan dat de erfdiensbaarheid weliswaar in stand blijft, maar dat de verwachter afstand kan doen van de erfdiensbaarheid (naar analogie van art. 5:82 BW juncto art. 5:84 lid 2 BW).

Voor de omgekeerde situatie (vestiging van een erfdiensbaarheid *ten laste van* de fideicommissaire zaak) vloeit het in art. 5:84 lid 3 BW bepaalde al voort uit de bepalingen van Boek 4 BW. De bezwaarde kan in beginsel alleen bezwaren onder voorwaarde. Bij een zuiver fideicommiss gaat de erfdiensbaarheid teniet bij de vervulling van de voorwaarde, tenzij de verwachter zijn toestemming heeft verleend aan de (onvoorwaardelijke) vestiging. Bij een fideicommiss de residuo is de bezwaarde bevoegd tot het onvoorwaardelijk bezwaren van de zaak, zodat de erfdiensbaarheid, als de bezwaarde van de mogelijkheid van een onvoorwaardelijke bezwaring gebruik maakt, niet teniet gaat bij de vervulling van de voorwaarde.

De ‘vruchtgebruikbepalingen’ van art. 5:123 lid 1, eerste zin, en lid 3 BW vinden geen overeenkomstige toepassing. Uit art. 4:138 lid 1 BW volgt immers al dat schuldeisers (alleen) de bezwaarde kunnen aanspreken voor de in art. 5:123 lid 1 eerste zin BW genoemde schulden en bijdragen en dat aan de bezwaarde het in art. 5:123 lid 3 BW bedoelde stemrecht toekomt. Mij lijkt wel van overeenkomstige toepassing het bepaalde in art. 5:123 lid 1 tweede zin

³⁷⁵ A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, diss. Leiden, Kluwer: Den Haag 2003, p. 386.

³⁷⁶ Vgl. § 1.4.4 en het daarin genoemde art. 3:77 BW.

(vergelijk het eveneens van overeenkomstige toepassing zijnde art. 3:220 lid 1 BW) en lid 2 BW (naar analogie van art. 3:222 lid 1 BW).

2.10.3 Boek 6 BW

Allereerst rijst de vraag hoe men de – uit de overeenkomstige toepassing van de vruchtgebruikbepalingen voortvloeiende – verplichtingen van de bezwaarde en de daarmee corresponderende bevoegdheden van de verwachter moet kwalificeren. De vraag rijst of naast het algemene vermogensrecht (Boek 3 BW), ook het verbintenissenrecht van Boek 6 BW de verhouding tussen de bezwaarde en verwachter beheerst. Is dat laatste niet het geval, dan heeft de verwachter slechts de mogelijkheid om nakoming van de verplichtingen te vragen (art. 3:296 BW) of een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen wegens een inbreuk op de rechten die voortvloeien uit de vruchtgebruiktitel (art. 6:162 BW).³⁷⁷ In het tweede geval staan de verwachter nog andere mogelijkheden ten dienste, bijvoorbeeld het vorderen van aanvullende of vervangende schadevergoeding, het stellen van een termijn voor de nakoming van een verplichting (Boek 6 BW in het algemeen en afd. 6.1.9 BW in het bijzonder). Struycken³⁷⁸ gaat in op de verschillende standpunten die in de literatuur worden ingenomen over rechten en verplichtingen die tot de inhoud van goederenrechtelijke rechten behoren. Na bespreking van doctrine, rechtspraak en wet, komt hij tot de conclusie dat rechten en verplichtingen die tot de inhoud van goederenrechtelijke rechten behoren, gekwalificeerd kunnen worden als *kwalitatieve verbintenissen (uit de wet)*.³⁷⁹ Het belang hiervan is dat sprake is van een *verbintenis* waarop de bepalingen van Boek 6 BW van toepassing zijn. Bij een fideicommissaire erfstelling kan men naar analogie van art. 6:251 BW³⁸⁰ spreken van *kwalitatieve verbintenissen uit de wet* (of nader uit

³⁷⁷ Zie T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007, p. 437 en de daar in noot 176 genoemde literatuur over de consequenties hiervan.

³⁷⁸ T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007, p. 435-447.

³⁷⁹ A.F. Mollema, *Het beperkte recht*, diss. Leiden, Kluwer: Deventer 2013, p. 237-238 vindt het niet noodzakelijk het beperkte recht als een in de kern verbintenisrechtelijke verhouding te kwalificeren. Zij acht het heel goed mogelijk dat het Boek 6-instrumentarium door de wetgever van overeenkomstige toepassing wordt verklaard als dat wenselijk wordt gevonden, maar ook dat de rechter het analoog toepast vanwege het feit dat de relatie tussen hoofd- en beperkt gerechtigde op bepaalde punten een zekere overeenkomst vertoont met de verbintenis.

³⁸⁰ Dat niet rechtstreeks van toepassing is, omdat geen sprake is van een *overeenkomst*. Daarom kunnen niet alle bepalingen van Boek 6 BW van toepassing zijn.

de uiterste wilsbeschikking), omdat beider verhouding tot de goederen der nalatenschap de rechtsverhouding tussen de bezwaarde en verwachter bepaalt.³⁸¹

Een specifieke vraag is of de redelijkheid en billijkheid op de rechtsverhouding tussen de bezwaarde en de verwachter van toepassing zijn. Verdedigd kan worden dat art. 6:2 BW van (overeenkomstige) toepassing is op de rechtsverhouding tussen de bezwaarde en de verwachter. Struycken³⁸² gaat uitgebreid in op de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht. Hij geeft aan dat veel te zeggen is voor toepassing daarvan, zodat voor de rechtsverhouding tussen de bezwaarde en de verwachter een genuanceerder, fijnmaziger recht ontstaat.³⁸³ Er zijn volgens hem echter keerzijden, zoals een mindere voorspelbaarheid van het (goederenrechtelijke) recht, die bijvoorbeeld van belang kan zijn voor een rechtsopvolger (onder bijzondere titel) van de bezwaarde of de verwachter (bijvoorbeeld bij uitwinning door een schuldeiser). Daarnaast wordt de handhaafbaarheid van goederenrechtelijke rechten meer afhankelijk van de discretie van de rechter, wat weer kan leiden tot een grotere belasting van het rechterlijk apparaat.³⁸⁴ Oordeelt men dat de redelijkheid en billijkheid van toepassing zijn, dan kunnen deze mede invulling geven aan de bescherming van de verwachter tegen ‘overbedeling’ van de bezwaarde of andersom (bescherming van de bezwaarde tegen ‘overbedeling’ van de verwachter). Met Stollenwerck³⁸⁵ kan dan bijvoorbeeld gesteld worden dat het recht van de bezwaarde om (naar eigen goeddunken) te verteren, een door de redelijkheid en billijkheid gestelde grens kent, namelijk dat de bezwaarde niet mag verteren met als uitsluitend doel de benadeling van de verwachter.³⁸⁶

³⁸¹ De verbintenissen hebben derdenwerking. Als de verwachter zijn ‘voorwaardelijke recht’ overdraagt, gaan de aan het recht van de verwachter verbonden rechten en bevoegdheden op basis van de overeenkomstige toepassing van de vruchtgebruikbepalingen ook over.

³⁸² T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007, p. 734 e.v.

³⁸³ Zo ook W. Snijders, *Wilsrechten, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht (III, slot)*, WPNR 1999/6367, p. 602.

³⁸⁴ Zie ook A.H.N. Stollenwerck, *Het fidei-commis de residuo*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1986, p. 72-75 en 132. Uit de beschikking van de Rechtbank Den Haag van 8 juni 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU8572, Notafax 2012/4 en Estate Tip Review 2012/2, blijkt dat de redelijkheid en billijkheid het erfrecht inderdaad ‘insluipen’. Zie ook A.F. Mollema, *De werking van de redelijkheid en billijkheid bij uiterste wilsbeschikkingen – een vervolg*, WPNR 2012/6918.

³⁸⁵ A.H.N. Stollenwerck, *Het fidei-commis de residuo*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1986, p. 72-75 en 132.

³⁸⁶ Voor een ‘omgekeerd’ voorbeeld verwijs ik naar § 2.5.2.4, waar het gaat over art. 3:222 lid 1 BW.

2.10.4 Boek 7 BW

Op grond van art. 7:215 BW is de huurder in beginsel niet bevoegd de inrichting of gedaante van het gehuurde te veranderen dan na schriftelijke toestemming van de verhuurder. Indien de verhuurder de toestemming niet verleent, kan de huurder vorderen dat de rechter hem zal machtigen tot het aanbrengen van de veranderingen. Indien de verhuurder niet tevens de eigenaar of vruchtgebruiker van de zaak is, draagt de verhuurder ervoor zorg dat ook de eigenaar of vruchtgebruiker tijdig in het geding wordt geroepen. Omdat het in art. 7:215 BW gaat om bevoegdheden die de huurder heeft met betrekking tot de zaak die tot het fideicommissaire vermogen behoort, kan de verhuurder er op grond van art. 4:138 lid 1 BW mee volstaan de bezwaarde tijdig in het geding te roepen. Dat geldt tevens voor het op art. 7:215 BW lijkende art. 7:348 BW (over pacht).

Tot slot wijd ik nog enkele woorden aan art. 7:967 lid 4 BW, waarin is opgenomen dat als de als zodanig aangeduide erfgenamen van de verzekeringnemer of van de verzekerde als begunstigden van een sommenverzekering zijn aangewezen, daaronder worden verstaan diegenen die als erfgenamen tot de nalatenschap zijn geroepen, ongeacht of zij haar hebben aanvaard. Zij zijn tot de uitkering gerechtigd *in dezelfde verhouding* als waarin zij tot de nalatenschap zijn geroepen. Mijns inziens heeft dat bij een fideicommissaire erfstelling tot gevolg dat de bezwaarde als begunstigde een voorwaardelijk recht krijgt (de uitkering komt hem onder ontbindende voorwaarde toe), evenals de verwachter (de uitkering komt hem onder opschortende voorwaarde toe).

2.11 De kenbaarheid van de rechtsverhouding tussen de bezwaarde en de verwachter

Aan het eind van dit hoofdstuk ga ik nog in op de interessante en voor de praktijk belangrijke vraag of de rechtsverhouding tussen de bezwaarde en de verwachter kenbaar is voor derden. Wat betreft registergoederen bepaalt art. 3:17 lid 1 aanhef en onder b BW dat de erfopvolging (onder ontbindende en opschortende voorwaarde) ingeschreven kan worden in de openbare registers. Of de rechtsverhouding daarmee kenbaar wordt uit de kadastrale registratie, is nog de vraag. Omdat in beginsel, naast eigendom, alleen beperkte rechten zichtbaar hoeven te worden gemaakt (art. 48 lid 1 aanhef en sub b Kadasterwet), kan men stellen dat het recht van de verwachter op de registergoederen niet kenbaar hoeft te worden gemaakt. Echter, de verwachter heeft bij een fideicommissaire erfstelling een goederenrechtelijke aanspraak op de goederen

der nalatenschap. Overeenkomstige toepassing van art. 48 lid 1 aanhef en sub b Kadasterwet ligt voor de hand. Registratie lijkt mij gerechtvaardigd.³⁸⁷

Met betrekking tot aandelen in een NV of BV geldt dat op grond van art. 2:86a BW en art. 2:196a BW (alleen) de volle gerechtigdheid tot een aandeel of een beperkt recht op een aandeel ingeschreven wordt in het aandeelhoudersregister. Gelet op wat hierboven is opgemerkt over registergoederen, ben ik van mening dat de bezwaarde (al dan niet op verzoek van de verwachter) het recht van de verwachter(s) kan inschrijven in het aandeelhoudersregister.

Aangaande roerende zaken (die geen registergoederen zijn) geldt dat de feitelijke macht bij de bezwaarde ligt en de rechtsverhouding in beginsel, net als bij vruchtgebruik van een roerende zaak, niet kenbaar is. Dat geldt ook voor vorderingen aan toonder. Voor vorderingen op naam kan bij de tenaamstelling opgenomen worden dat de bezwaarde onder ontbindende voorwaarde houdt en de verwachter onder opschortende voorwaarde.

Ik betwijfel overigens of, als de kenbaarheid vergroot *kan* worden, dat in de praktijk wel toegepast wordt.

2.12 Conclusies

Ik trek de volgende conclusies uit dit hoofdstuk.

1. Art. 4:138 lid 1 BW ziet (in zijn huidige vorm) op bevoegdheden die derden tegenover de bezwaarde kunnen uitoefenen ter zake van schulden der nalatenschap. Daarnaast ziet het op bevoegdheden van de bezwaarde jegens derden. Een vervreemding door de bezwaarde kan in beginsel slechts onvoorwaardelijk plaatsvinden als het gaat om voldoening van schulden der nalatenschap. In art. 4:138 lid 1 BW hoort thuis dat de insteller de bezwaarde de bevoegdheid kan verlenen om de fideicommissaire goederen onvoorwaardelijk te vervreemden en bezwaren. Bij een zuiver fideicommiss kan de verwachter zijn toestemming aan de bezwaarde verlenen om de fideicommissaire goederen onvoorwaardelijk te vervreemden en bezwaren, welke toestemming zo nodig vervangen kan worden door machtiging van de kantonrechter.

³⁸⁷ Het gaat dan om het recht van de primaire verwachter, zie § 1.5.3. Na verwerping door of overlijden van de primaire verwachter voor het aangewezen tijdstip, kan registratie van de subsidiaire verwachters plaatsvinden, enzovoorts. Wie de verwerping of het overlijden van bedoelde eerstgeroepen verwachters kenbaar moet maken aan het kadaster, blijft onduidelijk. Een andere optie is het in abstracte zin vermelden van de voorwaardelijkheid van het recht van de bezwaarde en daarbij te verwijzen naar de bepalingen van het fideicommiss.

2. Het belang van de verwachter verdient rechtens bescherming. De keus van de wetgever om de vruchtgebruikbepalingen van overeenkomstige toepassing te verklaren, is een gelukkige. De dwingende bepalingen van titel 3.8 BW zijn ook dwingend voor het fideicommis. Zeventien (gedeeltelijke) bepalingen van de vierentwintig vruchtgebruikbepalingen kunnen bij het fideicommis overeenkomstige toepassing vinden. Het betreft bepalingen over substitutie, overdracht en afstand door de bezwaarde en over bevoegdheden en verplichtingen van de bezwaarde.
3. Behalve op een erfstelling, kan een fideicommis op een legaat in geld zien. Dat lijkt bepaalde voordelen te bieden, mede omdat titel 3.8 BW dan niet van overeenkomstige toepassing is. Gelet op alle problemen die aan een fideicommissaire vordering in geld kunnen kleven, kan men zich afvragen of de afloop wordt bereikt die de insteller heeft beoogd.
4. Zaaksvervangende is bij het fideicommis van overeenkomstige toepassing. De heersende leer dat zaaksvervangende niet zou kunnen plaatsvinden bij registergoederen wanneer de vervangende rechten van de verwachter niet uit de openbare registers blijken, ligt zwaar onder vuur. Perrick en Spath betogen, in lijn met de Hoge Raad, overtuigend dat zeker bij een fideicommis de residuo, maar mogelijk tevens bij een zuiver fideicommis, zaaksvervangende mogelijk is. Is zaaksvervangende niet mogelijk, dan brengen de bepalingen van zaaksvervangende in ieder geval mee dat de bezwaarde verplicht is tot een (door)levering aan de verwachter, zodat de verwachter alsnog voorwaardelijke aanspraken op het goed verkrijgt.
5. In het licht van de rechtsfiguur zaaksvervangende kunnen ook de vergoedingsrechten en -plichten ten laste of ten behoeve van het eigen vermogen van de bezwaarde of het fideicommissaire vermogen worden begrepen. Kan het vergoedingsrecht worden gekoppeld aan de verwerving van een goed, dan dient men de lijn van de beleggingsleer (art. 1:87 lid 1 BW) aan te houden.
6. De insteller doet er goed aan bij de bepalingen van het fideicommis de residuo op te nemen hoe een vertering kan plaatsvinden. Hij kan daarbij onderscheid maken tussen (niet-fideicommissaire) schulden die de bezwaarde vóór het overlijden van de insteller heeft gemaakt en na het overlijden van de insteller maakt, en tussen consumptieve schulden en schulden die zijn gemaakt wegens de verwerving van goederen die nog aanwezig zijn. Ook kan hij (via een prelegaat) regelen dat de schulden van de bezwaarde aan de insteller teniet gaan bij zijn overlijden. Tot slot kan hij bepalen dat 'indirecte' vertering is toegestaan (door geleende gelden te

verteren, voor welke lening een fideicommissair goed in onderpand is gegeven).

7. Een omslagstelsel is in obligatoire zin mogelijk. Via een corrigerend legaat wordt de eindpositie (bij de vervulling van de voorwaarde) van betrokkenen gelijkgesteld aan hun beginpositie (bij het overlijden van de insteller). Een omslagstelsel is niet van problemen ontbloot. De vraag is dan ook of de insteller met een omslagstelsel het gewenste resultaat bereikt.
8. In art. 4:138 lid 2 is enkel titel 3.8 BW van overeenkomstige toepassing verklaard. Het onderzoek toont aan dat ook enkele 'vruchtgebruik-bepalingen' uit de boeken 2, 5, 6 en 7 BW naar analogie overeenkomstige toepassing kunnen vinden. De belangrijkste daarvan zijn misschien wel die over de redelijkheid en billijkheid, die langzaam hun intrede lijken te doen in het erfrecht.
9. Tot slot is het met de kenbaarheid van de rechtsverhouding tussen de bezwaarde en de verwachter nog niet goed gesteld. Ik betwijfel of de praktijk de mogelijkheden benut die daarvoor bestaan. Registratie in de openbare registers en de kadastrale registratie, in aandeelhoudersregisters en bij banken lijkt mij zeer gewenst.

3 De afwikkeling van de fideicommissaire overgangen

3.1 Inleiding

Dit hoofdstuk³⁸⁸ behandelt de afwikkeling van de fideicommissaire overgangen. Dat roept voor de verschillende overgangen vragen op over aanvaarding, executele en vereffening. Het idee dat sprake is van het twee (of meer) keer openvallen van de nalatenschap is een belangrijk uitgangspunt bij de behandeling.

Als eerste ga ik in op het leerstuk van de aanvaarding. De bezwaarde kan de nalatenschap zuiver aanvaarden, beneficiair aanvaarden of verwerpen (art. 4:190 lid 1 BW). Dat geldt tevens voor de verwachter. In § 3.2 sta ik stil bij de gevolgen die een aanvaarding of verwerping voor de bezwaarde heeft. In § 3.3 wordt uitgebreid ingegaan op de aanvaarding en verwerping door de verwachter. Aan bod komen de wijzen en de momenten waarop de verwachter kan aanvaarden of verwerpen (§ 3.3.1). In § 3.3.1.1 komt ter sprake of het beschikken door de verwachter over zijn voorwaardelijke rechten een stilzwijgende aanvaarding behelst. Diezelfde vraag speelt bij het gebruikmaken van zijn interne bevoegdheden (§ 3.3.1.2 en § 3.3.1.3). Daarna wordt besproken wat de gevolgen zijn van een aanvaarding (§ 3.3.2) en een verwerping (§ 3.3.3) door de verwachter.

In § 3.4 wordt kort stilgestaan bij de legitieme portie. Het wordt spannend als de bezwaarde legitimaris of verwachter legitimaris niet verwerpt, maar een aanvullend beroep op de legitieme portie doet. Hoe dient het fideicommissaire erfdeel gewaardeerd te worden en bij wie wordt ingekort?

Vervolgens houdt § 3.5 zich bezig met de executele. Aan de orde komt of de executele voortduurt na vervulling van de voorwaarde (§ 3.5.1), of de executele ingesteld kan worden voor de tweede of verdere overgang (§ 3.5.2) en welke bepalingen van afdeling 4.5.6 BW toepassing vinden (§ 3.5.3).

³⁸⁸ Dit hoofdstuk bevat delen uit de door mij in WPNR 2011/6895 en WPNR 2013/6985 gepubliceerde artikelen (*Het fideicommis: over de rechtsposities van de bezwaarde en de verwachter en het aanvaarden van een voorwaardelijke erfstelling II (slot)* en *Het fideicommis, de executele en de vereffening*). Zoals hierna blijkt ben ik op sommige punten van opvatting veranderd.

In het verlengde van de executele, stel ik in § 3.6 de vereffening aan de orde. In § 3.6.1 wordt net als voor de executele gezien of de vereffening voortduurt na vervulling van de voorwaarde. § 3.6.2 behandelt of er ruimte is voor een nieuwe vereffening als de nalatenschap op de verwachter overgaat.

§ 3.7 ziet op de verklaring van erfrecht. Ingegaan wordt op de vraag wat de notaris daarin moet opnemen, of de overgang op de verwachter kenbaar is en hoever de informatieplicht van de notaris reikt.

§ 3.8 rondt het hoofdstuk af met conclusies.

3.2 Aanvaarding en verwerping door de bezwaarde

De bezwaarde kan, net als een onvoorwaardelijke erfgenaam, de nalatenschap aanvaarden:

- door een wilsverklaring (art. 4:191 lid 1 BW);
- door gedragingen (art. 4:192 lid 1 BW);
- door stilzitten (art. 4:192 lid 2, 3 en 4 BW en art. 4:193 BW).

Voor deze manieren van aanvaarden en de gevolgen die een zuivere of beneficiaire aanvaarding of een verwerping heeft, verwijs ik in het algemeen naar de handboeken.³⁸⁹ Voor de bezwaarde geldt in beginsel hetzelfde als voor een onvoorwaardelijke erfgenaam. In het hierna volgende onderzoek ik enige bijzonderheden.³⁹⁰

Bij beneficiaire aanvaarding door de bezwaarde, rijst de vraag of de verwachter mede-vereffenaar wordt.³⁹¹ Immers, art. 4:195 lid 1 BW stelt dat na een beneficiaire aanvaarding *alle* erfgenamen vereffenaar zijn.³⁹² Dat de verwachter een erfgenaam onder opschortende voorwaarde is, doet niet af aan het feit *dat* hij erfgenaam is. Dit kan evenwel niet de bedoeling zijn van art. 4:195 lid 1 BW. In het Ontwerp Meijers werd het in – het aan art. 4:195 lid 1 BW ten grondslag liggende – art. 4.5.2.5 lid 2 nog anders verwoord: als een of meer erfgenamen hebben gekozen voor beneficiaire aanvaarding ‘dan werkt deze aanvaarding voor allen’. Dat wil zeggen dat de *beneficiaire aanvaarding* door de ene erfgenaam, gevolgen heeft voor een andere *zuiver aanvaard hebbende*

³⁸⁹ Bijvoorbeeld *Handboek Erfrecht* (2011), L.C.A. Verstappen, p. 437 e.v., Pitlo/Van der Burght, Ebben, *Erfrecht*, p. 375 e.v., *Asser/Perrick 4 2013/436* e.v.

³⁹⁰ Vgl. § 1.4.4, waarin reeds enkele bijzonderheden aan bod kwamen.

³⁹¹ Ik ga ervan uit dat er geen uitzondering speelt als bedoeld in art. 4:202 BW.

³⁹² Vgl. *Asser/Perrick 4 2013/606*, die erop wijst dat art. 4:195 BW geen onderscheid maakt voor het geval de nalatenschap overeenkomstig art. 4:13 BW is verdeeld. Hij is van mening dat in dat geval het uitgangspunt zou moeten zijn dat de echtgenoot alleen als vereffenaar optreedt.

erfgenaam. Deze laatste dient zijn medewerking te verlenen aan de vereffening en kan niet zomaar zijn gang gaan.³⁹³ Met andere woorden, art. 4:195 lid 1 BW is geschreven met het oog op schuldeisers der nalatenschap,³⁹⁴ die zich via de procedure van de wettelijke vereffening verzekerd moeten zien van een zo goed en eerlijk mogelijk verhaal van hun vorderingen.³⁹⁵ Onder ‘alle erfgenamen’ in art. 4:195 lid 1 BW dient men daarom te verstaan ‘al die erfgenamen die onvoorwaardelijk of onder ontbindende voorwaarde erfgenamen zijn’.³⁹⁶ Ik merk op dat deze gedachtegang goed past in het idee dat de nalatenschap twee keer openvalt. Bij de eerste keer zijn de bezwaarden de vereffenaars, bij de tweede keer de verwachters.

Eenzelfde soort kwestie speelt als de bezwaarde zuiver aanvaardt, terwijl de verwachter beneficiair aanvaardt. Al heeft de beneficiaire aanvaarding van de verwachter terugwerkende kracht tot het moment van het openvallen van de nalatenschap, de bezwaarde hoeft mijns inziens de nalatenschap niet te vereffenen in de zin van afdeling 4.6.3 BW. Dat zou geen nut hebben, de schuldeisers der nalatenschap kunnen zich verhalen op het hele vermogen van de bezwaarde. Dat biedt voldoende waarborgen voor de schuldeisers. Daarnaast is een zekere analogie te trekken met de wettelijke verdeling. Als de kinderen beneficiair aanvaarden, terwijl de langstlevende zuiver aanvaardt, hoeft deze laatste niet te vereffenen.³⁹⁷ Nog een extra argument is dat art. 4:138 lid 1 BW

³⁹³ Als hij zich aan de vereffening wil onttrekken, kan hij vragen om benoeming van een vereffenaar. Art. 4:203 lid 1 BW.

³⁹⁴ W.D. Kolkman, *Schulden der nalatenschap*, diss. Groningen, Kluwer: Deventer 2006, p. 38, geeft dit, onder verwijzing naar een rede van Meijers over het IPR, als volgt weer: ‘Dit [dat de vereffening in het IPR een onderwerp is waarbij de nationaliteit van de erflater geheel onverschillig is, REB] geeft goed het wezen van de vereffening weer. De schuldeisers hebben recht op een gedegen behartiging van hun belangen, de erfgenamen spelen een ondergeschikte rol.’

³⁹⁵ Art. 4:222 BW, dat gedurende de vereffening slechts enkele artikelen van titel 3.7 BW van toepassing verklaart, kan deze stelling ondersteunen. De deelgenoten in een nalatenschap kunnen op grond van art. 4:222 BW *gedurende de vereffening* bijvoorbeeld geen verdeling vragen. De belangen van de schuldeisers der nalatenschap gaan vóór de eigen belangen van de deelgenoten. Zie voor een voorbeeld Hof Arnhem 24 juli 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX6105. De vereffening en art. 4:195 BW moeten aldus vooral worden gezien vanuit het perspectief van de schuldeisers en niet in de eerste plaats vanuit het perspectief van (de verhouding tussen) de deelgenoten of de bezwaarden en verwachters.

³⁹⁶ Een ondersteunend argument is wellicht dat de schuldeisers zich (nog) niet kunnen verhalen op (het eigen vermogen van) de verwachter en de verwachter zelf nog niet onvoorwaardelijk kan beschikken over de goederen der nalatenschap: zijn medewerking heeft dan weinig zin. Daartegenin gebracht kan worden dat de wet soms diegenen die (door de wettelijke verdeling of ouderlijke boedelverdeling) niet gerechtigd zijn tot de goederen der nalatenschap (i.c. de kinderen) toch in de vereffening betreft. Dat lijkt uitzondering in het geval als bedoeld in art. 4:202 lid 3 BW, welke bepaling de opgeworpen oplossing juist wel weer stut.

³⁹⁷ Art. 4:202 lid 3 BW.

de schuldeisers slechts van doen laat hebben met de bezwaarde en niet met de verwachter. Wederom merk ik op dat de tweede overgang in zoverre als het *opnieuw openvallen van de nalatenschap* moet worden beschouwd. De beneficiaire aanvaarding en vereffening hebben ten eerste als doel de erfgenaam, die onvoorwaardelijk of onder ontbindende voorwaarde gerechtigd wordt tot de nalatenschap, te beschermen tegen een negatieve nalatenschap.³⁹⁸ Ten tweede dient de vereffening schuldeisers zo veel mogelijk waarborgen te geven dat ieder krijgt wat hem toekomt. Beide doelen dienen *per overgang* te worden gerealiseerd.

Tot slot stip ik nogmaals aan dat als de bezwaarde verwerpt, terwijl de insteller geen plaatsvervullers voor de bezwaarde heeft aangewezen, de verwachters als plaatsvervullers optreden. De fideicommissaire substitutie wordt dan een vulgaire substitutie.³⁹⁹

3.3 Aanvaarding en verwerping door de verwachter

Net als de bezwaarde, kan de verwachter de nalatenschap aanvaarden:

- door een wilsverklaring;
- door gedragingen;
- door stilzitten.

De verwachter kan zuiver of beneficiair aanvaarden. Hij kan ook verwerpen. De verwachter legt op de wijze als bedoeld in art. 4:191 lid 1 BW zijn wilsverklaring af (ter griffie van de rechtbank van het sterfhuis). Op de wilsverklaring ga ik niet verder in, behalve dat ik opmerk dat de verwachter de negatieve gevolgen van een zuivere aanvaarding door gedragingen of stilzitten, kan voorkomen door zijn keuze voor beneficiaire aanvaarding (of verwerping) vóór het verrichten van die gedragingen of dat stilzitten af te leggen. De aanvaarding of verwerping kan al voor de vervulling van de voorwaarde plaatsvinden.

Hieronder ga ik eerst in op drie verschillende categorieën ten aanzien waarvan aanvaarding door gedragingen en door stilzitten kan spelen (§ 3.3.1). Vervolgens worden de gevolgen behandeld van een (zuivere of beneficiaire) aanvaarding (in § 3.3.2) en van een verwerping (in § 3.3.3) door de verwachter.

³⁹⁸ Art. 4:184 lid 2 BW.

³⁹⁹ Zie noot 147.

3.3.1 Daden van zuivere aanvaarding

Als de insteller een verwachter heeft benoemd, is deze verwachter *vanaf het overlijden van de insteller* erfgenaam (zij het onder opschortende voorwaarde). Zekerheid omtrent de vraag of de verwachter die positie als erfgenaam behoudt, bestaat pas vanaf het moment dat de verwachter aanvaardt of verwerpt.⁴⁰⁰ Beschikt de verwachter over zijn rechten of maakt hij gebruik van zijn interne bevoegdheden hangende de voorwaarde, dan rijst de vraag of de verwachter gedrag vertoont dat zuivere aanvaarding impliceert (art. 4:192 lid 1 BW). Een aanverwante vraag is of de verwachter hangende de voorwaarde door stilzitten geacht kan worden zuiver te aanvaarden (art. 4:192 lid 2, 3 en 4 BW en art. 4:193 BW).

Eerder⁴⁰¹ is al genoemd dat de verwachter hangende de voorwaarde de volgende rechten en interne bevoegdheden heeft:⁴⁰²

1. Een (goederenrechtelijk, subjectief) recht onder opschortende voorwaarde.
2. De – uit het onder 1 genoemde recht voortvloeiende – door de wet toegekende interne bevoegdheden, bestaande uit:
 - a. de (tussencategorie van) interne bevoegdheden met externe werking;
 - b. de overige interne bevoegdheden.

In art. 1094 BW (oud) was opgenomen dat:

‘de aanvaarding stilzwijgend [geschiedt], wanneer de erfgenaam eene daad verrigt, welke zijne meening om de erfenis te aanvaarden noodzakelijk aan den dag legt, en waartoe hij slechts in zijne hoedanigheid als erfgenaam zoude zijn bevoegd geweest.’

In art. 1095 BW (oud) stond dat:

‘(...), de daden dienende alleen tot bewaring, als ook die welke strekken om op de nalatenschap toezigt te hebben, of dezelve bij voorraad te beheeren, [niet] worden gerekend daden te zijn, welke de stilzwijgende aanvaarding eener erfenis kenschetsen.’

⁴⁰⁰ Art. 4:190 lid 1 BW. Zie ook J.B. Vegter, *Grondslagen der beneficiaire aanvaarding naar Nederlands en Duits recht*, diss. Leiden, Kluwer: Deventer 1989, p. 96: ‘Door de aanvaarding komt in ons recht niet alleen het erfgenaamschap vast te staan, maar wordt tevens beslist over de consequenties die aan het erfgenaamschap verbonden zijn.’

⁴⁰¹ § 1.5.1.

⁴⁰² Ná het in vervulling gaan van de voorwaarde is de verwachter onvoorwaardelijk erfgenaam. In dat geval bestaat geen verschil meer met een gewone onvoorwaardelijke erfgenaam als het om aanvaarden of verwerpen gaat.

De jurisprudentie die onder het oude recht is gewezen, heeft nog steeds gelding.⁴⁰³ Voor zover ik kan nagaan, komt de vraag of gedragingen van een verwachter tot een stilzwijgende aanvaarding leiden, in de jurisprudentie niet voor. Volgens Luijten en Meijer⁴⁰⁴ is voor een daad van zuivere aanvaarding vereist dat de erfgenaam zich als erfgenaam volledig bevoegd en aansprakelijk acht, hetgeen naar derden toe dient te blijken. Omdat bij een fideicommiss voor de verwachter onderscheid moet worden gemaakt tussen rechten en bevoegdheden hangende de voorwaarde en na vervulling van de voorwaarde, is dit criterium niet eenvoudig toe te passen. Het criterium lijkt toegesneden op de situatie waarin geen sprake (meer) is van een voorwaardelijk erfgenaamschap. Verstappen⁴⁰⁵ geeft aan dat de wet voor aanvaarding niet de eis stelt dat men ten aanzien van de goederen bevoegd moet zijn, doch slechts dat men een *bepaald gedrag* vertoont. Dit lijkt mij een beter criterium.

3.3.1.1 Beschikken over het recht onder opschortende voorwaarde

Beschikt de verwachter over zijn voorwaardelijke rechten ten aanzien van de goederen der nalatenschap, dan impliceert dat mijns inziens een stilzwijgende aanvaarding in de zin van art. 4:192 lid 1 BW. Wil een derde de voorwaardelijke rechten uitwinnen, dan kan deze de verwachter dwingen zich uit te spreken door de termijnstelling van art. 4:192 lid 2 BW.⁴⁰⁶ Een argument voor de stilzwijgende aanvaarding in deze situatie is dat de rechtszekerheid ermee wordt gediend als niet een *ander* (de verwachter) alsnog kan verwerpen als een *derde* een voorwaardelijk recht in handen krijgt.

3.3.1.2 Gebruikmaking van de interne bevoegdheden met externe werking

Dan de genoemde tussencategorie van de ‘interne bevoegdheid met externe werking’. Als voorbeeld noem ik de situatie dat de verwachter toestemming verleent aan de bezwaarde voor een onvoorwaardelijke vervreemding (in geval van een zuiver fideicommiss). De toestemming heeft weliswaar gevolgen voor een derde, maar toch kom ik tot de conclusie dat geen sprake is van een stilzwijgende zuivere aanvaarding. De functie van de interne bevoegdheid met

⁴⁰³ Zie bijv. *Handboek Erfrecht* (2011), L.C.A. Verstappen, p. 438-441, Pitlo/Van der Burght, Ebben, *Erfrecht*, p. 392-394, *Asser/Perrick 4 2013/520* over de vraag welke gedragingen in de jurisprudentie tot zuivere aanvaarding leiden.

⁴⁰⁴ Klaassen/Luijten & Meijer II, *Erfrecht*, p. 495.

⁴⁰⁵ *Handboek Erfrecht* (2011), L.C.A. Verstappen, p. 441. Zie ook Pitlo/Van der Burght, Ebben, *Erfrecht*, p. 392 en *Asser/Perrick 4 2013/520*.

⁴⁰⁶ Zie over dit artikel ook HR 9 november 2012, NJ 2013/213, m.nt. Perrick, waaruit blijkt dat zeer zorgvuldig gehandeld moet worden bij de termijnstelling. *Asser/Perrick 4 2013/516* lijkt – ten onrechte – te stellen dat de kantonrechter bedoelde termijn slechts aan de verwachter kan stellen nadat de voorwaarde is vervuld.

externe werking van de verwachter is gelegen in het behoud van zijn aanspraken op de goederen van de insteller of op vervangende goederen, die bij de vervulling van de voorwaarde op de verwachter overgaan. In zoverre kan men gebruikmaking van de interne bevoegdheid met externe werking daarom een *conservatoire* maatregel noemen, die aan het zijn van erfgenaam als zodanig verbonden is. Een derde heeft niet in directe zin van doen met de toestemming van de verwachter. Het wel of niet verlenen van toestemming (door de *verwachter* aan de *bezwaarde*) heeft enkel tot gevolg dat de verwachter onvoorwaardelijk of voorwaardelijk over een goed kan beschikken. Zo nodig kan de bezwaarde de verwachter een redelijke termijn stellen voor het verlenen van de toestemming voor de vervreemding.⁴⁰⁷

3.3.1.3 Gebruikmaking van de overige interne bevoegdheden

De overige ‘interne bevoegdheden’ hebben vooral de functie van het door de bezwaarde verstrekken van informatie, het door de bezwaarde stellen van zekerheid en het aan de bezwaarde opleggen of afdwingen van een zorg-, verzekerings-, administratie- en beleggingsplicht.⁴⁰⁸ De conservatoire aard van die maatregelen is nog duidelijker zichtbaar dan bij de interne bevoegdheid met externe werking. De verwachter betreft geen derden bij de uitoefening van bedoelde overige interne bevoegdheden. Gebruikmaking van de interne bevoegdheden past mijns inziens goed bij de in art. 1095 BW (oud) genoemde woorden ‘bewaring’, ‘toezicht’ en ‘beheer’. Tot slot vermeld ik nog de opmerking van de Minister dat hij, in het kader van de wettelijke verdeling, het verzoek van een kind jegens de langstlevende tot het meewerken aan of het vaststellen van een boedelbeschrijving,⁴⁰⁹ geen gedraging acht die moet worden aangemerkt als een daad van zuivere aanvaarding.⁴¹⁰ Dat bevestigt de stelling dat gebruikmaking van een interne bevoegdheid geen stilzwijgende zuivere aanvaarding behelst.

De gedachte dat bij de vervulling van de voorwaarde sprake is van het voor de tweede keer openvallen van de nalatenschap, pleit ook voor de stelling dat gebruikmaking van een interne bevoegdheid geen stilzwijgende zuivere aanvaarding inhoudt. De rechtsgevolgen van de aanvaarding⁴¹¹ zien in mijn

⁴⁰⁷ Zie ook W. Snijders, *Wilsrechten, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht (I)*, WPNR 1999/6365.

⁴⁰⁸ Zie § 2.5.2.4 over verplichtingen van de bezwaarde.

⁴⁰⁹ Art. 4:16 BW, vgl. art. 4:138 lid 2 BW juncto art. 3:205 lid 1 en 2 BW.

⁴¹⁰ Aangehaald in *Handboek Erfrecht* (2011), L.C.A. Verstappen, p.441.

⁴¹¹ Zoals de beschikking over de goederen der nalatenschap (art. 4:182 lid 1 BW), de aansprakelijkheid en het verhaal van de schulden der nalatenschap (art. 4:182 lid 2 BW en art.

ogen vooral op de situatie dat de goederen en schulden van de nalatenschap onvoorwaardelijk (of onder ontbindende voorwaarde) op de erfgenaam zijn overgegaan.⁴¹²

Stel dat een minderjarige⁴¹³ verwachter is. Zijn wettelijke vertegenwoordiger dient een verklaring van beneficiaire aanvaarding of van verwerping (dit laatste met machtiging van de kantonrechter) af te leggen binnen drie maanden vanaf het tijdstip waarop de nalatenschap, of een aandeel daarin, de erfgenaam toekomt, aldus art. 4:193 lid 1 BW. De vraag rijst wat hier wordt bedoeld met de zinsnede ‘vanaf het tijdstip waarop de nalatenschap de erfgenaam toekomt’. Volgens de Memorie van Toelichting⁴¹⁴ komt bij een voorwaardelijke erfstelling de nalatenschap pas aan de erfgenaam toe na het in vervulling gaan van de voorwaarde. Dit betekent dat de termijn van art. 4:193 lid 1 BW pas begint te lopen op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat.⁴¹⁵

De conclusie van het besprokene in § 3.3.1 is dat de verwachter niet stilzwijgend aanvaardt door gebruik te maken van zijn interne bevoegdheden.⁴¹⁶ Beschikt de verwachter over zijn voorwaardelijke rechten, dan impliceert dit wel een zuivere aanvaarding. Wil een derde zijn voorwaardelijke rechten uitwinnen, dan kan de derde de verwachter een termijn laten stellen om helderheid te krijgen over de aanvaarding.

4:184 BW), de hereditatis petitio (art. 4:183 BW) en de termijn waarbinnen schuldeisers geen verhaal kunnen nemen (art. 4:185 BW).

⁴¹² Dat bij het beschikken door de verwachter over zijn voorwaardelijke rechten wel sprake kan zijn van een stilzwijgende zuivere aanvaarding, komt doordat de verwachter dan als het ware vooruitgrijpt op de vervulling van de voorwaarde en derden betreft in zijn rechtspositie.

⁴¹³ Of een andere persoon voor wie een wettelijke vertegenwoordiger als bedoeld in art. 4:193 BW optreedt, zie *Handboek Erfrecht* (2011), L.C.A. Verstappen, p. 434.

⁴¹⁴ MvT, Kamerstukken, 1999/2000, 27021, nr. 3, p. 21. Zie ook *Handboek Erfrecht* (2011), L.C.A. Verstappen, p. 443.

⁴¹⁵ Indien de wettelijk vertegenwoordiger hangende de voorwaarde over de voorwaardelijke rechten van de minderjarige verwachter wil beschikken, moet aangenomen worden dat hij verplicht is eerst een verklaring van beneficiaire aanvaarding af te leggen. Wil een derde het voorwaardelijk recht van de verwachter uitwinnen, dan kan de derde de wettelijk vertegenwoordiger een termijn laten stellen (art. 4:192 lid 2 BW). Anders dan uit art. 4:192 lid 3 BW voortvloeit, denk ik dat het gevolg van art. 4:193 lid 2 BW intreedt, te weten een beneficiaire aanvaarding van rechtswege. Ik beveel de wetgever aan dit in art. 4:192 lid 3 BW of art. 4:193 lid 2 BW tot uitdrukking te brengen.

⁴¹⁶ Anders: *Asser/Perrick 4 2013/204*, die dit overigens niet beargumenteert. In mijn bijdrage in WPNR 2011/6895 (*Het fideicommiss: over de rechtsposities van de bezwaarde en de verwachter en het aanvaarden van een voorwaardelijke erfstelling (II, slot)*) was ik nog van mening dat gebruikmaking van de interne bevoegdheden leidde tot zuivere aanvaarding.

3.3.2 Gevolgen van zuivere en beneficiaire aanvaarding

De verwachter kan hangende de voorwaarde en na de vervulling daarvan zuiver of beneficiair aanvaarden. Uit § 3.3.1 volgt dat als de verwachter hangende de voorwaarde over zijn voorwaardelijke rechten beschikt, dit een stilzwijgende zuivere aanvaarding inhoudt. In deze paragraaf staat centraal welke gevolgen een zuivere of beneficiaire aanvaarding heeft. Het verschil tussen zuiver en beneficiair aanvaarden komt naar voren op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat. De rechtsopvolging onder algemene titel voor de verwachter wordt dan onvoorwaardelijk. Wanneer de nalatenschap negatief blijkt te zijn, is de verwachter in beginsel⁴¹⁷ met zijn hele vermogen⁴¹⁸ aansprakelijk voor de schulden der nalatenschap, aldus art. 4:184 lid 2 aanhef en onder a BW. Stel E overlijdt. Stel dat B de enige bezwaarde is van de nalatenschap die bestaat uit één actief (een woning, waard € 100.000) en één passief (een hypotheekschuld van € 50.000). V is verwachter. Wanneer bij het in vervulling gaan van de voorwaarde het actief is gedaald in waarde naar € 40.000, terwijl de schuld van € 50.000 nog niet is voldaan, is V bij een zuivere aanvaarding met zijn hele vermogen (waaronder het verkregen actief) aansprakelijk voor de nakoming van de schuld.⁴¹⁹ Gelet op de mogelijk negatieve gevolgen voor de verwachter als hij zuiver aanvaardt, verdient beneficiaire aanvaarding de voorkeur.⁴²⁰ Vooral, meer dan bij een gewone erfstelling, als de verwachter reeds hangende de voorwaarde aanvaardt, omdat de waardeontwikkeling hangende de voorwaarde onzeker is, de goederen teniet kunnen gaan zonder dat daarvoor een vergoeding in de plaats komt en bij een fideicommiss de residuo de bezwaarde de goederen kan verteren. Om het risico van een negatieve nalatenschap bij het in vervulling gaan van de voorwaarde zo klein mogelijk te maken, kan de verwachter, door de

⁴¹⁷ Tenzij hij een beroep kan doen op art. 6:2 juncto art. 6:248 BW of art. 6:258 BW: de verwachter kan de rechter verzoeken om wijziging of ontbinding van de overeenkomst (waaruit de schuld is voortgevloeid), zodanig dat de verwachter de schuld slechts hoeft te voldoen voor zover dat met de goederen der nalatenschap mogelijk is. Zie *Handboek Erfrecht* (2011), L.C.A. Verstappen, p. 486. Voor zover de bezwaarde de tot de nalatenschap behorende schulden uit eigen middelen heeft voldaan (zie art. 4:138 lid 2 BW juncto art. 3:222 lid 1 BW), kan de verwachter, mede onder verwijzing naar de hiervoor bedoelde wetsartikelen, mogelijk stellen dat de bezwaarde slechts het betaalde (vermeerderd met rente van de dag der betaling af) wordt teruggegeven, voor zover dit uit de goederen der nalatenschap kan worden voldaan.

⁴¹⁸ Zijnde het door hem geërfde vermogen en zijn 'overig' vermogen.

⁴¹⁹ In § 1.6.3 ben ik bij het fideicommiss de residuo ingegaan op de vraag of de opschortende voorwaarde wel in vervulling gaat, gelet op het vereiste van het overschot.

⁴²⁰ W.D. Kolkman, *De goede notaris, Over notariële deontologie*, Preadvies voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 2010, p. 149-153, beveelt de notaris aan de cliënt in de meeste gevallen beneficiaire aanvaarding als standaardkeuze voor te leggen. Mijns inziens gaat zijn aanbeveling al helemaal op bij de aanvaarding door de verwachter hangende de voorwaarde.

overeenkomstige toepassing van art. 3:222 lid 1 BW,⁴²¹ van de bezwaarde verlangen dat deze de tot de nalatenschap behorende schulden uit de tot de nalatenschap behorende goederen voldoet.⁴²²

Als de verwachter hangende de voorwaarde zuiver aanvaardt, kan hij later niet meer beneficiair aanvaarden of verwerpen. Art. 4:190 lid 3 BW eerste zin bepaalt immers dat een keuze onvoorwaardelijk en zonder tijdsbepaling geschiedt. De tweede zin bepaalt dat deze keuze niet een deel van het erfdeel kan betreffen. De derde zin van art. 4:190 lid 3 BW bepaalt dat hetgeen aan een erfgenaam die reeds aanvaard heeft, opkomt door de vervulling van een door de erfflater aan een erfstelling toegevoegde voorwaarde, evenwel nog afzonderlijk aanvaard of verworpen kan worden. Deze bepaling is *niet* geschreven voor de verwachter die zelf *niet voor een ander deel van de nalatenschap* onvoorwaardelijk erfgenaam of erfgenaam onder ontbindende voorwaarde is. Het gaat in de derde zin om een erfgenaam die zelf al een aandeel in de nalatenschap heeft aanvaard en er ‘nog’⁴²³ een aandeel bij krijgt. Stel A en B zijn ieder voor de helft erfgenamen van X. X heeft B benoemd tot erfgenaam onder ontbindende voorwaarde. A is voor dat deel erfgenaam onder opschortende voorwaarde. A is dus onvoorwaardelijk erfgenaam voor de ene helft en voorwaardelijk erfgenaam voor de andere helft van de nalatenschap. Art. 4:190 lid 3 derde zin BW bepaalt dat als A zijn onvoorwaardelijke halve aandeel in de nalatenschap heeft aanvaard, hij de andere helft nog afzonderlijk kan aanvaarden. Het kan zijn dat X heeft bepaald dat zowel A als B over en weer bezwaarde en verwachter zijn. A is bezwaarde voor de *ene* helft en verwachter voor de *andere* helft. B is verwachter voor die *ene* helft en bezwaarde voor die *andere* helft. Dan geldt hetzelfde: A en B kunnen hun erfdeel onder ontbindende voorwaarde en hun erfdeel onder opschortende voorwaarde afzonderlijk aanvaarden. Dit wijkt af van de hoofdregel van de tweede zin van art. 4:190 lid 3 BW. In het voorbeeld kan A, op grond van de eerste en tweede zin van art. 4:190 lid 3 BW, zijn halve erfdeel onder ontbindende voorwaarde niet voor een deel aanvaarden (hetgeen mede geldt voor zijn halve erfdeel onder opschortende voorwaarde). A dient zijn *voorwaardelijke* erfdelen *geheel* te aanvaarden (of *geheel* te verwerpen of de ene voorwaardelijke making *geheel* te aanvaarden en de andere voorwaardelijke

⁴²¹ Tenzij deze bepaling door de insteller is ‘weggeschreven’.

⁴²² Deze mogelijkheid wordt, naar mijn ervaring, in de praktijk zelden toegepast. Om een voorbeeld te noemen: als tot de nalatenschap een met een hypothecaire schuld bezwaarde woning behoort, welke schuld de bezwaarde niet uit zijn overige vermogen kan voldoen, zullen de verwachters de bezwaarde niet snel ‘uit huis sturen’. Zie over art. 3:222 lid 1 BW uitgebreider § 2.5.2.4.

⁴²³ MvA, Kamerstukken, 1962/1963, 3771, nr. 6, p. 59.

making *geheel* te verwerpen). Het woord ‘opkomen’⁴²⁴ in art. 4:190 lid 3 derde zin BW lijkt er geen rekening mee te houden dat de verwachters (A en B) hun erfdeel onder opschortende voorwaarde eerder dan het in vervulling gaan van de voorwaarde kunnen aanvaarden.⁴²⁵

Ik beveel de wetgever aan om na een zuivere aanvaarding hangende de voorwaarde een latere beneficiaire aanvaarding (na de vervulling van de voorwaarde) alsnog mogelijk te maken.⁴²⁶ Voor een latere verwerping zie ik slechts, met toestemming van de kantonrechter, plaats in zeer uitzonderlijke gevallen. Een andere mogelijkheid is van de beneficiaire aanvaarding het wettelijk uitgangspunt te maken: er geldt beneficiaire aanvaarding, tenzij sprake is van zuivere aanvaarding of verwerping.⁴²⁷ Naar aanleiding van het rapport ‘Erven zonder financiële zorgen?!’⁴²⁸ heeft de staatssecretaris in een brief aan de Tweede Kamer⁴²⁹ aangegeven wetgeving te concipiëren die voorziet in een bescherming van erfgenamen tegen onverwachte schulden. Een concept-wetsvoorstel is gemaakt, waarin een nieuw art. 4:194a BW wordt geïntroduceerd. Dat nieuwe artikel luidt in de voorgestelde tekst als volgt:⁴³⁰

‘Een erfgenaam die na zuivere aanvaarding bekend wordt met een schuld van de nalatenschap, die hij niet kende en ook niet behoorde te kennen, kan binnen drie maanden na die ontdekking de kantonrechter verzoeken om geheel of gedeeltelijk

⁴²⁴ Vgl. art. 4:193 lid 1 BW waarin het woord ‘toekomst’ staat.

⁴²⁵ Het woord ‘opkomen’ kan de gedachte oproepen dat een verwachter (die niet ook voor een ander deel tot erfgenaam is geroepen) zijn erfdeel pas hoeft te aanvaarden (of verwerpen) op het moment van het in vervulling gaan van de voorwaarde. Hiervoor is uiteengezet dat dit niet de strekking van die bepaling kan zijn. Zie ook *Handboek Erfrecht* (2011), L.C.A. Verstappen, p. 433 en *Asser/Perrick 4* 2013/510.

⁴²⁶ Vgl. art. 4:194 BW. Ik sluit niet uit dat de rechter hier thans al invulling aan zal geven in bijzondere gevallen, gelet op de uitspraken van Rechtbank Assen sector kanton 19 oktober 2010, ECLI:NL:RBASS:2010:BQ7094, Notafax 2011/74, Rechtbank Limburg sector kanton 1 februari 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:BZ0690, Notafax 2013/36, Rechtbank Gelderland sector kanton 13 december 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:5997, NFX 2013/341, waarin art. 4:194 BW extensief (maar mijns inziens onjuist) werd uitgelegd. Zie ook E.A.A. Luijten en W.R. Meijer, ‘*Vernietiging van een zuivere aanvaarding van een nalatenschap*’, *Tijdschrift Erfrecht* 2011/4.

⁴²⁷ Zie hierover ook W.D. Kolkman, *De goede notaris, Over notariële deontologie*, Preadvies voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 2010, p. 153.

⁴²⁸ Op 4 oktober 2012 uitgebracht door het Centrum voor Notarieel Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen en Netwerk Notarissen.

⁴²⁹ 7 maart 2013, *Reactie op het rapport Erven zonder financiële zorgen van de Radboud Universiteit en Netwerk Notarissen*, kenmerk 350292. Zie daarover ook Notafax 2013/67, *Regering wil wet wijzigen om erfgenaam te beschermen tegen onverwachte schulden* en NTFR 2013/589, *Reactie staatssecretaris Teeven op rapport ‘Erven zonder financiële zorgen’*.

⁴³⁰ Zie internetconsultatie.nl/bescherming_erfgenamen_tegen_onverwachte_schulden (geraadpleegd op 15 mei 2014). Ten tijde van het afsluiten van dit proefschrift is de internetconsultatie voor de ‘Wet bescherming erfgenamen tegen onverwachte schulden’ net afgesloten.

te worden ontheven van zijn verplichting deze schuld uit zijn vermogen te voldoen voor zover deze niet uit zijn erfdeel kan worden voldaan. De kantonrechter stelt vast of en in hoeverre redelijkerwijs niet van de erfgenaam kan worden gevergd dat hij deze schuld uit zijn overige vermogen voldoet.’

Noch in de concept-toelichting,⁴³¹ noch in de openbare reacties,⁴³² noch in de literatuur over het concept-wetsvoorstel⁴³³ is aandacht besteed aan de positie van de verwachter bij een fideicommiss.⁴³⁴ In bovenstaand voorbeeld waarbij het actief in waarde daalt, terwijl de schuld gelijk blijft, is bijvoorbeeld geen sprake van een ‘onverwachte’ schuld, maar (wellicht) van een ‘onverwachte’ waardedaling van een goed der nalatenschap. Ik beveel de wetgever aan deze situatie mee te nemen in het verdere wetgevingsproces.

Aanvaardt de verwachter beneficiair, dan dient de nalatenschap bij de overgang op de verwachter vereffend te worden. Men kan zich afvragen welke gevolgen het voor een vereffening heeft als ten aanzien van de ene bezwaarde de voorwaarde wel in vervulling gaat, maar ten aanzien van een andere niet. Daarbij ga ik ervan uit dat bij de eerste overgang (op de bezwaarden) geen vereffening plaatsvond⁴³⁵ en dat de nalatenschap nog onverdeeld is. Mijns inziens dient de vereffening dan alsnog een aanvang te nemen,⁴³⁶ waarbij de

⁴³¹ Via internetconsultatie.nl/bescherming_erfgenamen_tegen_onverwachte_schulden/reacties te raadplegen.

⁴³² Behalve in de reactie van de auteur van dit proefschrift, welke reactie is te raadplegen via de in noot 430 genoemde link.

⁴³³ J.W.A. Biemans, *Reactie op het concept-Wetsvoorstel bescherming erfgenamen tegen onverwachte schulden*, WPNR 2014/7019 en P. Blokland, W. Burgerhart en W.D. Kolkman, *Wet bescherming erfgenamen tegen onverwachte schulden: schuldeisers de klos met de ‘Wet betos’*, WPNR 2014/7019. Genoemde auteurs zijn erg kritisch over het wetsvoorstel en pleiten allen voor een beneficiaire aanvaarding van rechtswege.

⁴³⁴ P. Blokland, W. Burgerhart en W.D. Kolkman, *Wet bescherming erfgenamen tegen onverwachte schulden: schuldeisers de klos met de ‘Wet betos’*, WPNR 2014/7019, noemen wel het fideicommiss, maar slechts in het kader dat de overledene bezwaarde bleek te zijn en door zijn overlijden een deel van het vermogen niet meer tot de nalatenschap van de overledene behoort.

⁴³⁵ Bijvoorbeeld omdat er zuiver is aanvaard door de bezwaarden.

⁴³⁶ Vgl. art. 4:213 BW, welk artikel zo nodig naar analogie toegepast kan worden. In Rb. Midden-Nederland 1 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5433, Notafax 2013/303, werd het verzoek tot *partiële* vereffening (terecht) afgewezen. In die uitspraak ging het over het verzoek tot vereffening van alleen een woning en inboedel in verband met hypotheekschulden. Anders dan in die uitspraak gaat het hier in feite om de vraag of een *partiële* vereffening op een *onverdeeld aandeel in alle tot de nalatenschap behorende goederen en schulden* kan zien. Ook zo’n *partiële* vereffening is in mijn ogen niet mogelijk: de hele nalatenschap wordt meegetrokken. Laatstgenoemde *partiële* vereffening dient evenwel goed onderscheiden te worden van de vereffening die kan zien op de overgang van vermogen op de verwachter als er reeds vereffend en verdeeld is bij de eerste overgang op de bezwaarden en voor één van die bezwaarden de voorwaarde in vervulling gaat. Zie ook noot 439.

samenstelling van de nalatenschap per het moment van het in vervulling gaan van de voorwaarde⁴³⁷ als uitgangspunt dient voor de vereffening.⁴³⁸ Is geen sprake van een onverdeeldheid, dan concentreert de vereffening zich enkel op het deel van de nalatenschap dat op de verwachter overgaat.⁴³⁹ Aanvaardt de bezwaarde beneficiair, terwijl de verwachter zuiver aanvaardt, dan hoeft, mits de vereffening bij de eerste overgang op de bezwaarde is afgerond,⁴⁴⁰ na de vervulling van de voorwaarde niet opnieuw een vereffening plaats te vinden. Dit past goed bij de gedachte dat sprake is van het twee keer openvallen van de nalatenschap.

Tot slot van deze paragraaf merk ik op dat de ‘driemaandstermijn’ van art. 4:185 lid 1 BW, waarbinnen schuldeisers in beginsel geen verhaal kunnen nemen op goederen van een nalatenschap die niet door alle erfgenamen (lees i.c.: verwachters) is aanvaard, mijns inziens opnieuw gaat lopen bij de vervulling van de voorwaarde.⁴⁴¹

3.3.3 Gevolgen van verwerping⁴⁴²

Verwerpt de verwachter, dan heeft dat terugwerkende kracht tot aan het overlijden van de insteller.⁴⁴³ De verwachter kan zowel hangende de voorwaarde als na de vervulling van de voorwaarde verwerpen.⁴⁴⁴ Verleent de verwachter, voordat hij verwerpt, toestemming aan de bezwaarde voor een vervreemding of bezwaring (bij een zuiver fideicommiss), of maakt hij gebruik van een overige interne bevoegdheid, dan wordt de ‘uitkomst’ van de uitgeoefende bevoegdheid

⁴³⁷ Vgl. *Asser/Perrick 4 2013/632* die aangeeft dat, in het geval de rechter een vereffenaar benoemt van een (insolvente) nalatenschap die niet beneficiair is aanvaard, fixatie per het tijdstip dat de vereffenaar in functie treedt voor de hand ligt.

⁴³⁸ Eventueel daarvóór (hangende de voorwaarde) verrichte handelingen kunnen niet vernietigd worden.

⁴³⁹ Zie ook noot 436. Het bijzondere hiervan is dat als de insteller overlijdt, er slechts sprake is van één gehele nalatenschap, terwijl als de bezwaarden overlijden er in zoverre meerdere nieuwe ‘gehele’ nalatenschappen openvallen. Als bijvoorbeeld bij twee bezwaarden (A en B, tussen wie de nalatenschap is verdeeld) telkens twee verwachters (A1, A2 en B1, B2) opkomen bij de vervulling van de voorwaarde, ontstaat er tussen A1 en A2 een afzonderlijke bijzondere gemeenschap, zoals dat voor B1 en B2 ook zal gelden. Er ontstaat niet (gesteld al dat A en B tegelijk of korte tijd na elkaar overlijden) één bijzondere gemeenschap tussen A1, A2, B1 en B2.

⁴⁴⁰ Zie hierna § 3.6.2 voor de situatie dat de vereffening nog niet is afgerond.

⁴⁴¹ Wordt de voorwaarde niet voor alle bezwaarden op hetzelfde moment vervuld, dan geldt de driemaandstermijn slechts voor het gedeelte van de nalatenschap dat door vervulling van de voorwaarde op de betreffende verwachters is overgegaan.

⁴⁴² Op de algemene gevolgen van verwerping ga ik hier niet in. Zie daarover de handboeken over het erfrecht (genoemd in noot 389).

⁴⁴³ Art. 4:190 lid 4 BW.

⁴⁴⁴ Vgl. § 2142 Abs 1 BGB: ‘Der Nacherbe kann die Erbschaft ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist.’

toegerekend aan de subsidiaire verwachter.⁴⁴⁵ Plaatsvervulling treedt overigens alleen op wanneer de insteller plaatsvervulling bij verwerping heeft voorgeschreven.⁴⁴⁶ Zijn er geen plaatsvervullers en ook geen andere ‘primaire’ verwachters,⁴⁴⁷ dan wordt de bezwaarde onvoorwaardelijk erfgenaam.⁴⁴⁸

Tot slot dringt de vraag zich op hoe men art. 4:205 BW moet toepassen bij een schuldeiser van de verwerpende verwachter (in het geval zonder plaatsvervullers). In bedoeld artikel staat dat wanneer een schuldeiser van een erfgenaam die de nalatenschap verworpen heeft, hierdoor klaarblijkelijk is benadeeld, de rechtbank op zijn verzoek kan bepalen dat de nalatenschap mede in het belang van de schuldeisers van degene die verworpen heeft zal worden vereffend en kan zij zo nodig een vereffenaar benoemen. De in art. 4:205 BW bedoelde vereffening kan mijns inziens pas plaatsvinden nadat de voorwaarde, waaronder de verwerpende erfgenaam was geroepen, vervuld zou zijn.⁴⁴⁹ Art. 4:219 BW bepaalt dat de schuldeisers van de verwerpende erfgenaam hun vorderingen kunnen indienen en in de uitdelingslijst worden opgenomen, doch slechts batig worden gerangschikt voor zover een overschot aan de verwerpende erfgenaam zou zijn toegekomen, indien deze niet verworpen had.⁴⁵⁰

⁴⁴⁵ Zie § 1.5.3.

⁴⁴⁶ Onder het oude recht geschiedde plaatsvervulling bij verwerping soms van rechtswege (art. 1022 BW (oud)).

⁴⁴⁷ Zie noot 287 over aanwas.

⁴⁴⁸ Zie § 1.3.1. Terzijde merk ik op dat als de insteller de verwachter een legaat heeft opgelegd ten behoeve van een derde, aangenomen moet worden dat als de bezwaarde onvoorwaardelijk gerechtigd wordt tot het fideicommissaire vermogen, het legaat op de bezwaarde komt te rusten. De insteller had bedoeld om het legaat, zijnde een schuld der nalatenschap (art. 4:7 lid 1 aanhef en sub h BW), pas tevoorschijn te laten komen bij het voor de tweede keer openvallen van zijn nalatenschap, aldus in periode 2 als bedoeld in figuur 1 (zie § 1.2). Nu de positie van de verwachter door zijn overlijden of verwerpen vervalt, valt er iets voor te zeggen dat het legaat pas *opeisbaar* is op het moment dat de voorwaarde vervuld zou zijn in de situatie dat de verwachter niet had verworpen (dus alsof periode 2 alsnog zou zijn aangebroken). De woorden ‘op degenen aan wie zijn erfdeel toevalt’ in art. 4:118 lid 1 BW dienen bij het fideicommis te worden gelezen als ‘op degene wiens erfdeel onvoorwaardelijk wordt’. Uiteraard is dat alles niet zo als de insteller anders bepaalt.

⁴⁴⁹ In welk geval de bezwaarde of zijn erfgenamen, die dan onvoorwaardelijk gerechtigd zijn geworden tot de nalatenschap, (opnieuw) moeten vereffenen.

⁴⁵⁰ Te dien einde kan de vereffenaar voor zoveel nodig verdeling van de nalatenschap vorderen en aan de verdeling deelnemen, zo blijkt uit de laatste zin van art. 4:219 BW.

3.4 Legitieme portie

In het kader van de afwikkeling van de nalatenschap, wil ik hier kort de problematiek van de legitieme portie aansnijden. Welke rechten heeft een legitimaris die zelf bezwaarde of verwachter is van een fideicommissaire erfstelling? Ik ga voor het gemak uit van een situatie waarin er maar één bezwaarde en één verwachter is. Of het nu de bezwaarde is, die legitimaris is, of de verwachter, in beide situaties is de verkrijging van de legitimaris inferieur en kan de legitimaris verwerpen zonder dat de waarde van het (voorwaardelijke) erfdeel in mindering komt van zijn legitieme portie (art. 4:72 aanhef en sub a BW).

Maar het hoeft niet zo te zijn dat de legitimaris wil verwerpen. In beide gevallen geldt dat de legitimaris die het erfgenaamschap (onder ontbindende respectievelijk opschortende voorwaarde) aanvaardt, een aanvullend beroep op de legitieme portie kan doen. Op grond van art. 4:71 BW komt de waarde van al hetgeen een legitimaris krachtens erfrecht verkrijgt, in mindering van de legitieme portie.⁴⁵¹ Het is een uitdaging om de waardering van een erfdeel onder ontbindende respectievelijk opschortende waarde in kaart te brengen.⁴⁵² Ik denk dat men de volgende uitgangspunten kan hanteren bij de bepaling van de waarde. De waardering kan in beginsel op de in de praktijk gangbare vruchtgebruikwaarde worden gestoeld, omdat de positie van de bezwaarde, wat betreft zijn bevoegdheden en verplichtingen, grotendeels overeenkomt met die van een vruchtgebruiker. Bij de waardering dient men de kans dat de verwachter het aangewezen tijdstip niet overleeft in acht te nemen. Vervalt het voorwaardelijk karakter van de verkrijging van de bezwaarde op andere gronden

⁴⁵¹ Vgl. *Asser/Perrick 4 2013/323*, die er terecht vanuit gaat dat de ‘ausser-Betracht-regel’ van § 2307 BGB (Abs. 1 slot, dat luidt: ‘bei der Berechnung des Wertes bleiben Beschränkungen und Beschwerden (...) ausser Betracht’) niet geldt in ons recht. Zie ook W. Burgerhart, *Waarde en Erfrecht*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2008, p. 182-183.

⁴⁵² Vgl. *Asser/Perrick 4 2013/314*, die in het kader van de legitieme portie over art. 4:6 BW opmerkt: ‘Voorwaardelijke rechten en verplichtingen worden gewaardeerd met inachtneming van de voorwaarde. Aldus MvA, Vaststellingswet 3771, Kamerstuk nr. 6, p. 21. Het in § 2313 BGB neergelegde stelsel, volgens hetwelk rechten en verplichtingen onder opschortende voorwaarde buiten beschouwing worden gelaten en rechten en verplichtingen onder ontbindende voorwaarde als onvoorwaardelijk worden aangemerkt, een en ander behoudens verrekening bij vervulling der voorwaarden, vermijdt de moeilijkheid verbonden aan de waardering van voorwaardelijke rechten en verplichtingen. Het past bij een legitieme die de legitimaris slechts een aanspraak in geld geeft, zoals in het BGB en ons BW.’ Het mag volgens Perrick zo zijn dat het buiten beschouwing laten van rechten en verplichtingen onder opschortende voorwaarde passend is (anders: W. Burgerhart, *Waarde en Erfrecht*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2008, p. 183), in het thans geldende systeem in ons BW is de voorwaarde wel degelijk van invloed op de waardering, zoals Perrick zelf ook opmerkt (zie noot 451). Vgl. ook Van Mourik & Verstappen, *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding*, Algemeen deel A 2014, hoofdstuk 4, paragraaf 4.4.3.

dan dat de verwachter de aangewezen tijdstippen niet overleeft, dan dient de kans op dat verval eveneens bij de waardering te worden betrokken. Ten slotte dient, net als bij een vruchtgebruik, te worden bepaald welke invloed uitgaat van een eventueel toegekende verteringsbevoegdheid.

Als de waarde voor de bezwaarde berekend kan worden, is de (complementaire) waarde voor de verwachter ook bekend. Gesteld dat sprake is van schending van de legitieme portie, dan is dat een schuld in de zin van art. 4:7 lid 1 (aanhef en sub g) BW. De schuld gaat in het geval dat de bezwaarde legitimaris is, niet door vermenging teniet (art. 6:161 lid 2 aanhef en sub c BW). Wordt de schuld niet voldaan hangende de voorwaarde, dan gaat de schuld over op zijn verwachter. De vraag rijst bij wie de bezwaarde kan inkorten. In art. 4:87 lid 2 BW staat dat op alle makingen gelijkelijk naar evenredigheid van hun waarde wordt ingekort. Dus ook bij de verwachter. De legitieme behelst een geldvordering (art. 4:80 lid 1 BW). De verwachter kan niet zonder medewerking van de bezwaarde ‘afstand’ doen van zijn voorwaardelijke rechten op een zodanig deel van de (goederen der) nalatenschap dat de bezwaarde niets tekort komt.⁴⁵³ Verleent de bezwaarde die toestemming niet en wil de verwachter het tekort niet in geld op tafel leggen, dan is een alternatief voor de verwachter dat hij de nalatenschap verwerpt (gesteld dat dat nog mogelijk is). Is er geen subsidiaire verwachter, dan wordt de bezwaarde alsnog onvoorwaardelijk erfgenaam.⁴⁵⁴

In het geval dat de verwachter legitimaris is, beïnvloedt de schuld uit de legitieme weliswaar de omvang van de nalatenschap, maar hiermee wordt geen rekening gehouden omdat alleen de onder a tot en met c en f genoemde schulden van art. 4:7 lid 1 BW meegenomen worden voor de berekening. Wordt de schuld niet voldaan hangende de voorwaarde, dan gaat de schuld over op de verwachter. De verwachter kan inkorten bij de bezwaarde, welke inkorting ten laste van het fideicommissaire vermogen wordt gebracht.

⁴⁵³ Uit de eisen van redelijkheid en billijkheid, gesteld dat die van toepassing zijn (zie § 2.10.3), kan overigens wel voortvloeien dat de bezwaarde gehouden wordt mee te werken aan de ‘afstand’ van een zodanig gedeelte dat geen sprake meer is van een schending van de legitieme portie. Voor de vraag of de ‘afstand’ werkt als de verwachter voor het aangewezen tijdstip overlijdt, verwijs ik naar noot 574.

⁴⁵⁴ Zouden er meer ‘primaire’ verwachters zijn, dan dient ook nog met aanwas rekening te houden worden. Zie over aanwas bij verwachters ook noot 287.

3.5 Executele

In deze paragraaf ga ik in op de mogelijkheden om een executeur aan te stellen in de fideicommissaire nalatenschap. Allereerst brengt § 3.5.1 naar voren of de executele gebonden is aan het recht of de persoon van de bezwaarde of dat deze, voor zover nodig, ook van toepassing is na vervulling van de fideicommissaire voorwaarde. De daarop volgende paragrafen (§ 3.5.2 en § 3.5.3) werpen zich verder op de executele na het in vervulling gaan van de voorwaarde en de problemen die dan verschijnen.

3.5.1 Hoe lang duurt de executele?

In de praktijk is het gebruikelijk dat de insteller een *bewind* instelt over hetgeen een erfgenaam verkrijgt uit de nalatenschap. Meestal regelt de insteller daarbij tevens de benoeming van de *bewindvoerder*. De *executele* vindt veelal plaats met de enkele benoeming van een persoon tot *executeur*. Waar een bewind meestal voor bepaalde en langere tijd wordt ingesteld, wordt bij de executele vaak geen eindtermijn genoemd. Dat lijkt logisch, omdat de executele uit haar aard bedoeld is ter afwikkeling van de nalatenschap en die geschiedt meestal in betrekkelijk korte tijd. Over de combinatie tussen testamentair bewind en het fideicommiss handelt hoofdstuk 4.

In beginsel geldt dat zodra de taken van de executeur erop zitten, de executele eindigt.⁴⁵⁵ De executeur stelt de goederen dan ter beschikking van de erfgenamen.⁴⁵⁶ Net als bij het bewind kan bij de executele worden gesproken van een ‘verband op de goederen’.⁴⁵⁷ Een derde, namelijk de executeur, vertegenwoordigt de rechthebbende.⁴⁵⁸ Uit het ‘verband op de goederen’ volgt

⁴⁵⁵ Art. 4:149 lid 1 aanhef en sub a BW.

⁴⁵⁶ Art. 4:150 lid 1 BW. Zie hierover HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:38 en 39, NJ 2013/521, m.nt. Verstappen en AA 2013/09 m.nt. Nuytinck, waarin terecht wordt onderscheiden tussen de beëindiging van de taak van de executeur (art. 4:149 lid 1 BW) en de (zelfstandig te bewerkstelligen) beëindiging van het beheer (art. 4:150 lid 1 BW).

⁴⁵⁷ Mogelijk kan bij de executele ook gesproken worden van een ‘afgescheiden vermogen’. Zie daarover uitgebreid B.M.E.M. Schols, *Executele*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007, p. 129-132.

⁴⁵⁸ Zie B.M.E.M. Schols, *Executele*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007, p. 134 en 135. Of het veel zin heeft om te stellen dat de executele een species is van het genus bewind, zoals Schols doet, betwijfel ik. Er bestaan zekere overeenkomsten tussen beide figuren. Zoals hierna zal blijken is ook de vereffenaar een vertegenwoordiger van de rechthebbenden in de goederenrechtelijke relatie tot derden (met beheers- en beschikkingsbevoegdheden). Uit het onderscheid dat de wet maakt tussen de figuren testamentair bewind, executele en vereffening blijkt al dat het om drie eigensoortige rechtsfiguren gaat. Er is geen gelaagde wettelijke structuur betrekkelijk de drie rechtsfiguren. Men kan wel over het ‘bewindsaspect’ in de zin van ‘beheer’ of ‘bestuur’ bij executele en vereffening spreken, maar verhelderend is dit niet. Het woord ‘bewind’ roept bij mij ook de overige rechtsgevolgen van het bewind op. Liever spreek ik van het ‘beheers- en vertegenwoordigingsaspect’ bij

dat de executele niet gebonden is aan het recht of de persoon van de bezwaarde.⁴⁵⁹ Gaat de voorwaarde in vervulling, dan blijft de executeur, als hij zijn taken nog niet heeft voltooid, in functie. Als de executeur zijn taak daarna heeft volbracht, is hij bevoegd zijn beheer te beëindigen door de goederen ter beschikking van *de erfgenamen* te stellen. Onder de erfgenamen worden mede verstaan de verwachters die, door de vervulling van de voorwaarde, onvoorwaardelijk gerechtigd zijn geworden tot de goederen der nalatenschap.

3.5.2 Executele voor de verwachters

Stel dat de voorwaarde nog niet in vervulling is gegaan. Komt de executeur die zijn taak heeft voltooid en de goederen ter beschikking van de bezwaarden heeft gesteld, opnieuw in functie als de voorwaarde in vervulling gaat? Om die vraag te beantwoorden, is het allereerst van belang om vast te stellen of de executele van toepassing *kan* zijn na de vervulling van de voorwaarde.⁴⁶⁰ Uitgangspunt lijkt te zijn dat de executele alleen bedoeld is voor de situatie ‘direct’ na het overlijden van de erflater (bij de eerste overgang). Art. 4:143 lid 1 BW bepaalt dat men executeur wordt door aanvaarding van zijn benoeming *na het overlijden* van de erflater. Daar staat echter niet dat de aanvaarding ‘direct’ na het overlijden of ‘hangende de voorwaarde’ dient plaats te hebben. Bepaalt de erflater dat de executele van toepassing is na het in vervulling gaan van de voorwaarde, dan is sprake van een aanvaarding van een benoeming *na het overlijden*.⁴⁶¹

Even een uitstapje. Hoe zit dat bij het testamentair bewind? Art. 4:153 lid 2 BW bepaalt dat het bewind in werking treedt op het tijdstip van zijn overlijden, *tenzij de erflater anders heeft bepaald*. Een soortgelijke bepaling treft men bij de executele niet aan. De achtergrond van de bepaling dat iemand executeur wordt door aanvaarding van zijn benoeming *na het overlijden* van de erflater, is evenwel niet of aanvaarding ‘direct’ na het overlijden of later kan plaatsvinden,

zowel testamentair bewind, executele als vereffening, om aan te geven dat de figuren op dat punt verwantschap vertonen.

⁴⁵⁹ De voorwaarde kan ook tijdens het leven van de bezwaarde in vervulling kan gaan als de insteller andere tijdstippen heeft aangewezen (vgl. art. 4:141 BW).

⁴⁶⁰ Daarmee bedoel ik in dit geval niet dat de executele voortduurt na het in vervulling gaan van de voorwaarde, zoals besproken in § 3.5.1.

⁴⁶¹ Art. 4:150 lid 2 aanhef en *sub b* BW laat de termijn van anderhalf jaar (waarna de erfgenamen, lees i.c. de verwachters, de bevoegdheid van een executeur tot beheer kunnen beëindigen) terecht niet ingaan bij het overlijden van de erflater, maar bij het in beheer kunnen nemen van de nalatenschap. Dat kan na het in vervulling gaan van de voorwaarde zijn. In art. 4:150 lid 2 aanhef en *sub a* BW dienen de woorden ‘binnen het jaar na het overlijden van de erflater’ in geval van de overgang op de verwachter te worden gelezen als ‘binnen het jaar na het in vervulling gaan van de voorwaarde’.

maar dat de aanvaarding niet reeds vóór het overlijden mag plaatsvinden.⁴⁶² Mag uit het ontbreken van een executele-bepaling in de zin van art. 4:153 lid 2 BW worden afgeleid dat de executele niet op een later tijdstip, bij het in vervulling gaan van de voorwaarde, in werking kan treden, of is de juiste conclusie dat wat niet verboden is, is toegestaan?

Het lijkt erop dat de wetgever zich niet gerealiseerd heeft dat de executele een rol kan spelen na het in vervulling gaan van de voorwaarde.⁴⁶³ Ik ben van mening dat het antwoord op bovenstaande vraag, gelet op het doel van de rechtsfiguur executele, bevestigend moet worden beantwoord.⁴⁶⁴ Ook voor de periode na de vervulling der voorwaarde kan instelling van een executele goede zin hebben.⁴⁶⁵ Het kan zijn dat dan goederen beheerd en schulden voldaan moeten worden. Ik noem de schulden in de zin van art. 4:7 lid 1 aanhef en sub e (erfbelasting) en h (legaten) BW en overige schulden van de nalatenschap, waaronder ook de schulden der nalatenschap die voor de vervulling van de voorwaarde zijn ontstaan en die niet met de vervulling van de voorwaarde tenietgaan.⁴⁶⁶ Als het goed is, zijn de schulden als bedoeld in art. 4:7 lid 1 aanhef en sub a, b, f, g en i BW, voor zover aanwezig, reeds voldaan vóór de vervulling van de voorwaarde c.q. tijdens de ‘eerste’ executele.⁴⁶⁷ Maar dat hoeft niet zo te zijn. Het is goed denkbaar dat de erflater de aanstelling van een executeur bij de eerste overgang niet opportuun heeft geacht, omdat bijvoorbeeld maar één erfgenaam als bezwaarde is benoemd, terwijl hij dat juist wel nodig vindt bij de tweede overgang, omdat er bijvoorbeeld meerdere, al dan niet minderjarige verwachters zijn benoemd. De behoefte aan een executeur na de vervulling van de voorwaarde kan groot zijn. Ik zie geen goede redenen om instelling van een executele voor de tweede overgang te verbieden. Mijn conclusie luidt dat de erflater een executeur kan aanstellen om na de vervulling van de voorwaarde de goederen der nalatenschap te beheren en de schulden der

⁴⁶² B.M.E.M. Schols, *Executele*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007, p. 207 e.v. en Van der Burght c.s., *Parl. Gesch. Vaststellingswet Erfrecht*, p. 841-842 (MvA II en MvA I).

⁴⁶³ Vgl. voor een soortgelijke vraag, namelijk of een Boek 1 Bewind (art. 1:253i lid 4 aanhef en sub c BW) ondanks het ontbreken van een bepaling in de zin van art. 4:153 lid 2 BW, later dan bij overlijden in werking kan treden: J.H.M. ter Haar, *Minderjarigen en (de zorg voor hun) vermogen*, diss. Groningen, Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 145, die geen bezwaar ziet tegen de uitgestelde benoeming.

⁴⁶⁴ Zo ook *Asser/Perrick* 4 2013/201 en 678.

⁴⁶⁵ De vraag blijft overigens wie de executeur informeert over zijn positie en wanneer dit geschiedt. Dient de notaris de executeur die pas een rol krijgt bij de tweede overgang al in kennis te stellen bij de afwikkeling van de eerste overgang? Zie hierna § 3.7.

⁴⁶⁶ Zie § 1.4.4.

⁴⁶⁷ Is bij de eerste overgang een executele of vereffening geweest, dan kunnen de schulden van art. 4:7 lid 1 aanhef en sub c en d BW ook hebben gespeeld.

nalatenschap te voldoen.⁴⁶⁸ Dit past wederom goed bij de gedachte dat de nalatenschap bij de overgang op de verwachter voor de tweede keer openvalt. Daarmee is de vraag nog niet beantwoord of, als de insteller een executeur aanwijst die hangende de voorwaarde het beheer over de goederen na voltooiing van zijn taken heeft overgedragen aan de bezwaarden, die executeur opnieuw in functie komt als de voorwaarde in vervulling gaat. In ogenschouw moet worden genomen dat na de vervulling van de voorwaarde, als gezegd, nog ‘schulden der nalatenschap’ aanwezig kunnen zijn of nog kunnen ontstaan. Wanneer de insteller niet met zoveel woorden heeft geregeld dat de executele voor één of meerdere overgangen geldt, komt de executeur mijns inziens na alle overgangen in functie.⁴⁶⁹ Dit kan anders zijn als uit de executele-bepalingen impliciet blijkt dat de taken en bevoegdheden slechts zijn toegesneden op de eerste overgang. In de praktijk zal de aangewezen executeur overigens niet altijd meer bestaan als de voorwaarde in vervulling treedt. In dat geval is er bij de tweede overgang in beginsel geen executele, tenzij de insteller dit anders heeft geregeld.⁴⁷⁰ Om uitlegging van de uiterste wil te voorkomen, verdient het aanbeveling dat de insteller in het testament over deze mogelijke situaties duidelijkheid verschaft.

Ik merk ten slotte op dat wanneer er meerdere bezwaarden zijn, de vervulling van de voorwaarde ten aanzien van het recht van de ene bezwaarde eerder kan plaatsvinden dan bij de anderen. In dat geval kan de tweede executele zien op het aandeel in de nalatenschap dat op de betreffende verwachters overgaat.⁴⁷¹ Is

⁴⁶⁸ Een aardige vraag is of art. 4:143 lid 1 BW in de situatie dat de executele is ingesteld voor de overgang op de verwachter, gelezen moet worden als dat de executeur zijn benoeming pas kan aanvaarden *na het in vervulling gaan van de voorwaarde*. Ik denk dat dat niet hoeft. De executeur kan zijn benoeming hangende de voorwaarde al aanvaarden (of weigeren). Bij aanvaarding hangende de voorwaarde vangen zijn bevoegdheden en verplichtingen evenwel pas aan op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat. *Asser/Perrick 4 2013/678* wijst er terecht op dat voor de executeur die is aangewezen om bij de tweede overgang executeur te zijn, de tweede zin van art. 4:143 lid 1 BW pas van toepassing is nadat de voorwaarde is vervuld, zodat de kantonrechter niet reeds hangende de voorwaarde een termijn kan stellen aan de executeur. Dat laatste laat echter onverlet dat de executeur zelf eerder aanvaardt.

⁴⁶⁹ In WPNR 2013/6985 (*Het fideicommiss, de executele en de vereffening*) was ik nog van mening dat de erfflater in zo’n geval slechts bedoeld zou hebben om de executeur alleen aan te wijzen voor de eerste overgang op de bezwaarde. Bij nadere overdenking van de kwestie, ben ik tot bovenstaande mening gekomen.

⁴⁷⁰ Bijvoorbeeld door aanwijzing van een subsidiaire executeur of door (op basis van art. 4:142 lid 1 BW) te beschikken dat wanneer een benoemde executeur komt te ontbreken, de kantonrechter bevoegd is op verzoek van een belanghebbende een vervanger te benoemen.

⁴⁷¹ Vgl. ook noot 439, waarin wordt aangegeven dat als de onverdeeldheid tussen de verschillende bezwaarden is opgeheven, in feite sprake is van meerdere *gehele* nalatenschappen die voor de tweede keer openvallen. Anders dan bij een vereffening, is het bij een executele overigens ook mogelijk dat een executeur een deel van de goederen (zie het voorbeeld in noot 439 van de woning

de nalatenschap bij de vervulling van de voorwaarde nog onverdeeld, dat wil zeggen dat een deel van de nalatenschap aan (andere) bezwaarden toebehoort en een deel aan de verwachters ten aanzien van wie de voorwaarde in vervulling is gegaan, dan wordt de executeur tezamen met de bezwaarden bevoegd ter zake de onverdeelde boedel.

3.5.3 Toepasselijke bepalingen

Hiervoor heb ik verdedigd dat de executele (ook) van toepassing kan zijn bij de tweede overgang op de verwachters.⁴⁷² Daarvan uitgaande dient nog aandacht te worden besteed aan enkele bepalingen van de executele-afdeling 4.5.6 BW, die lijken te zijn geschreven zonder het fideicommiss in het achterhoofd.

Als eerste art. 4:142 lid 2 BW. Heeft de insteller verschillende executeurs aangesteld voor de overgangen op de bezwaarden respectievelijk verwachters, dan kan het gebeuren dat de ‘eerste executele’ nog niet is geëindigd op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat.⁴⁷³ Voor die situatie kan de insteller bepalen dat, zolang de eerdere executeur zijn taak en beheer nog niet heeft beëindigd, deze als ‘alleenheerser’ in beeld blijft, zonder dat hij een tweede executeur naast zich hoeft dulden. Heeft de insteller dat niet bepaald, dan geldt dat beide executeurs naast elkaar komen te staan. Beide executeurs kunnen dan ieder alle werkzaamheden alleen verrichten.⁴⁷⁴ Bij problemen tussen de executeurs kan de kantonrechter een taakverdeling vaststellen.⁴⁷⁵

Het volgende punt gaat over de beloning. Art. 4:144 lid 2 BW bepaalt dat voor het loon uitgegaan moet worden van de waarde van het vermogen van de erflater *op diens sterfdag*. Wanneer een nieuwe executele in werking treedt op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat, dient art. 4:144 lid 2 BW mijns inziens aldus gelezen te worden: ‘Tenzij bij uiterste wil anders is geregeld,’⁴⁷⁶

en de inboedel) der nalatenschap beheert, zie *Handboek Erfrecht* (2011), B.M.E.M. Schols, p. 537. Op die situatie ziet de tekst hier echter niet.

⁴⁷² En dan ook op verdere overgangen (derde, vierde, etc.).

⁴⁷³ Zie § 3.5.2. Anders dan bij een vereffening, dient de executeur van de verwachter, in een situatie dat de voorwaarde ten aanzien van de ene bezwaarde wel in vervulling gaat, maar ten aanzien van een andere niet en sprake is van een onverdeeldheid, gewoon met de andere deelgenoten de nalatenschap af te wikkelen. Als de situatie niet werkbaar zou zijn, kan bijvoorbeeld de executeur alsnog om een vereffenaar vragen. Zie § 3.3.2 voor bedoelde situatie bij een vereffening.

⁴⁷⁴ Art. 4:142 lid 2 BW.

⁴⁷⁵ Art. 4:142 lid 3 BW.

⁴⁷⁶ Het verdient aanbeveling, ter voorkoming van bedoelde interpretatie, maar ook vanwege de onduidelijkheid over andere vragen omtrent art. 4:144 lid 2 BW (zie bijvoorbeeld B.M.E.M. Schols, *Executele*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007, p. 392 e.v.), dat de insteller zelf regelt welke beloning de executeur ten deel valt.

komt de executeur, of als er meer dan een executeur is, hun tezamen, een ten honderd van de waarde van het vermogen van de erflater op het moment van het in vervulling gaan van de voorwaarde toe. Is de executele van toepassing op een deel van het vermogen, dan wordt de beloning over dat deel van het vermogen berekend.⁴⁷⁷

Daarnaast stel ik aan de orde hoe art. 4:147 lid 3 BW moet worden uitgelegd. Daar is geregeld dat de erflater kan bepalen dat de executeur voor de tegeldemaking van een goed de toestemming van de erfgenamen behoeft.⁴⁷⁸ Heeft de insteller in algemene zin toestemming van ‘de erfgenamen’ als vereiste opgenomen, dan kunnen daarmee de bezwaarden, maar ook de verwachters bedoeld zijn. De executele wordt niet, zoals dat bij een testamentair bewind het geval is, vermoed te zijn ingesteld in het belang van de verwachters. De executele is vooral ingesteld voor een kortdurende soepel verlopende afwikkeling en het voldoen van schulden. Ik ben daarom van mening dat de analogie met art. 4:169 lid 2 BW niet zomaar opgaat. In laatstgenoemd artikel is opgenomen dat als het bewind uitsluitend of mede in het belang van een ander dan de rechthebbende of in hun gemeenschappelijk belang is ingesteld, ook toestemming (bijvoorbeeld voor een vervreemding⁴⁷⁹) van die ander is vereist. Die analogie gaat zeker niet op als het een fideicommis de residuo betreft.⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ Vgl. art. 4:159 lid 1 BW voor de beloning bij bewind.

⁴⁷⁸ Deze toestemming kan vervangen worden door een machtiging van de kantonrechter. Dezelfde vraag speelt overigens ook bij vereffening, art. 4:215 BW.

⁴⁷⁹ Zie art. 4:169 lid 1 aanhef en sub a BW, dat verwijst naar de in art. 4:167 lid 1 BW bedoelde handelingen.

⁴⁸⁰ Bij een zuiver fideicommis kan daaraan getwijfeld worden. De twijfel komt mede voort uit art. 4:147 lid 4 BW en art. 4:215 lid 3 BW waar staat dat de executeur en de vereffenaar omtrent tegeldemaking van de goederen niet alleen in overleg treedt met de erfgenamen, maar ook met ‘hen aan wie het vruchtgebruik van de nalatenschap of van een aandeel daarin is vermaakt’. Omdat men de vruchtgebruiker als ‘beperkt gerechtigde’ kan vergelijken met de verwachter, wiens recht hangende de voorwaarde ook ‘trekken heeft van een beperkt recht’, is analogische toepassing wellicht mogelijk. Art. 4:147 lid 4 BW is volgens de Minister (zie Van der Burght c.s., *Parl. Gesch. Vaststellingswet Erfrecht*, p. 856 (MvA I)) ook van toepassing voor opvolgende vruchtgebruiken. Wellicht kan naar analogie verdedigd worden dat de executeur zich jegens de verwachters moet gedragen conform het bepaalde in art. 4:147 lid 2 en 3 BW. De opvolgende vruchtgebruiker kan als een verkrijger onder opschortende voorwaarde worden gezien, aldus J.B. Vegter, *Vruchtgebruik bij opvolging en gezamenlijk vruchtgebruik; civielrechtelijk en in het licht van de Successiewet 1956 bezien*, WPNR 2011/6884. Asser/Perrick 4 2013/621 merkt op dat de ratio van art. 4:147 lid 4 BW en art. 4:215 lid 3 BW is dat de schulden van de nalatenschap op grond van art. 3:222 BW dienen te worden voldaan uit de met vruchtgebruik belaste goederen. De vruchtgebruiker heeft er een belang bij om betrokken te worden bij de keuze van de executeur en vereffenaar voor de tegeldemaking van een bepaald goed. In het geval van een fideicommis is de bezwaarde niet alleen degene, *gelijk een vruchtgebruiker*, van wie de verwachter, gelijk een hoofdgerechtigde, kan verlangen dat de schulden uit de nalatenschap voldaan worden; hij *is* (anders dan een vruchtgebruiker) schuldenaar

Aangezien de tegeldemaking geschiedt met het oog op de voldoening van schulden der nalatenschap,⁴⁸¹ ben ik, mede op grond van art. 4:138 lid 1 BW, van mening dat slechts toestemming van de bezwaarden nodig is. De bezwaarden zijn de direct of primair belanghebbenden bij de tegeldemaking van het goed voor de voldoening van de schulden der nalatenschap.⁴⁸²

Vervolgens stel ik de vraag of verwachters de executeur om inlichtingen kunnen vragen op grond van art. 4:148 BW, omdat ook zij *erfgenamen* zijn, zij het onder opschortende voorwaarde. Vanuit praktisch oogpunt lijkt het mij wenselijk dat de verwachters de door de executeur op te stellen boedelbeschrijving⁴⁸³ bij laatstgenoemde kunnen opvragen. Het gaat mij echter te ver om te beweren dat de verwachters, aan wie in art. 4:138 lid 2 BW slechts de bevoegdheden zijn toebedeeld als bedoeld in titel 3.8 BW, nadere informatie aan de executeur kunnen vragen.⁴⁸⁴

Tot slot nog een opmerking over art. 4:149 BW.⁴⁸⁵ In lid 2 is opgenomen dat ontslag van de executeur kan worden verleend op verzoek van een erfgenaam. Doelt het woord ‘erfgenaam’ hangende de voorwaarde mede op de verwachter? Omdat de executeur in beginsel niet de belangen van de verwachters behartigt, maar vooral is aangesteld om te zorgen voor een soepele afwikkeling van de nalatenschap die aan de bezwaarden – onder ontbindende voorwaarde – toekomt en voor de voldoening van de schulden en lasten, ben ik van mening dat de

van de schulden der nalatenschap. In mijn ogen hoeft daarom de verwachter niet betrokken te worden bij de keuze omtrent tegeldemaking van de goederen.

⁴⁸¹ Art. 4:147 lid 1 BW.

⁴⁸² *Handboek Erfrecht* (2011), B.M.E.M. Schols, p. 542 merkt op dat de toestemming slechts *interne werking* heeft. Dat is een extra argument. Het gaat niet om een ‘goederenrechtelijke’ toestemming, maar om een ‘obligatoire’. Zie bijv. ook *Eindverslag Commissie Erfrecht KNB inzake Boek 4 BW*, Ars Notariatus nr. CV, Kluwer: Deventer 2012, p. 29 en 30 over art. 4:147 BW en Pitlo/Van der Burght, Ebben, *Erfrecht*, p. 352.

⁴⁸³ Art. 4:146 lid 2 BW.

⁴⁸⁴ De Minister merkt op dat de informatieplicht zich uitstrekt jegens de erfgenamen ‘te wier behoefte [de executeur] de nalatenschap beheert’, Van der Burght c.s., *Parl. Gesch. Vaststellingswet Erfrecht*, p. 859 (MvA II). Mijn inziens worden met die erfgenamen in principe alleen de bezwaarden bedoeld. Ik kan mij voorstellen dat de verwachters de executeur in het gegeven geval toch zullen vragen om nakoming van de jaarlijkse opgaveplicht van art. 3:205 lid 4 BW, nu de executeur privaat beheer voert over de goederen en het de erfgenamen daarom waarschijnlijk (praktisch) niet mogelijk is om te voldoen aan die plicht.

⁴⁸⁵ Omdat de executeur eindigt als vereffend moet worden overeenkomstig afdeling 4.6.3 BW (art. 4:149 lid 1 aanhef en sub d BW), is het van belang om te weten of de bezwaarde moet vereffenen als hij zuiver aanvaardt, terwijl de verwachter beneficiair aanvaardt. Ik ben van mening dat dit niet zo is, zie § 3.2.

verwachters hangende de voorwaarde niet vallen onder het begrip erfgenamen in art. 4:149 lid 2 BW.

3.6 Vereffening

In de Toelichting Meijers wordt de vereffening als het normaaltype gezien en de executele als een bijzonder geval van het normaaltype.⁴⁸⁶ In deze paragraaf ga ik, in het verlengde van hetgeen ik heb behandeld bij de executele en aanvullend op wat ik hiervoor al heb opgemerkt over de vereffening,⁴⁸⁷ kort in op de toepassing van het fideicommiss in combinatie met de wettelijke vereffening.

3.6.1 Hoe lang duurt de vereffening

Net als bij de executele, geldt dat de vereffenaar niet gebonden is aan het recht of de persoon van de bezwaarde. Gaat de voorwaarde in vervulling, dan blijft de vereffenaar, zolang de vereffening geen einde heeft genomen, in functie. Een extra argument in het kader van de ('zware'⁴⁸⁸) vereffening is dat deze functionaris heel veel weg heeft van de curator in faillissement en bewindvoerder in de schuldsanering. Er rust een soort beslag⁴⁸⁹ op de goederen van de failliet, saniet en nalatenschap.⁴⁹⁰ Dit beslag duurt voort bij een wijziging van de persoon⁴⁹¹ die tot de goederen is gerechtigd.

Is de vereffening voltooid en met een overschot geëindigd, dan geeft een door de rechter benoemde vereffenaar de overgebleven goederen af aan *de erfgenamen*, onder wie mede worden verstaan de verwachters die, door de vervulling van de voorwaarde, onvoorwaardelijk gerechtigd zijn geworden tot de goederen der nalatenschap.

⁴⁸⁶ Van der Burght c.s., *Parl. Gesch. Vaststellingswet Erfrecht*, p. 843 (TM). Zie ook B.M.E.M. Schols, *Executele*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007, p. 302.

⁴⁸⁷ In § 3.2 zijn enkele vragen betreffende art. 4:195 BW behandeld.

⁴⁸⁸ Bij de 'zware' vereffening rusten alle bepalingen van afd. 4.6.3 BW op de vereffenaar. Bij een 'lichte' vereffening gelden allerlei 'vrijstellingen' van de vereffeningsverplichtingen van afd. 4.6.3 BW (zie bijv. art. 4:221 lid 1 BW).

⁴⁸⁹ Vgl. de term 'verband' bij de executele en het bewind. Het woord 'beslag' roept bij mij meer het belang van de schuldeisers op, terwijl ik het woord 'verband' ook associeer met het belang van de erfgenamen.

⁴⁹⁰ Zie S. Perrick, *Insolventierecht in de notariële praktijk*, Preadvies voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 2011, p. 267-269.

⁴⁹¹ Bij faillissement resp. schuldsanering door overlijden van de failliet resp. saniet. Bij een fideicommiss kan de verwachter ook eerder in de plaats treden van de bezwaarde. Zie noot 459.

3.6.2 Vereffening voor de verwachters

Net als bij de executele, speelt hier de vraag of er ruimte is voor een ‘tweede’ vereffening, te weten op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat.⁴⁹² Het antwoord luidt bevestigend. Wanneer de verwachter beneficiair aanvaardt of wanneer na de vervulling van de voorwaarde een vereffenaar wordt benoemd, moet de vereffenaar overeenkomstig afdeling 4.6.3 BW vereffenen. De tweede overgang wordt in zoverre als het *opnieuw openvallen van de nalatenschap* beschouwd. Is de ‘eerste’ vereffening nog niet voltooid, dan komen, als geen sprake is van een door de rechtbank benoemde vereffenaar, de verwachters als vereffenaars in de plaats van de betreffende bezwaarden.

3.7 De verklaring van erfrecht

Art. 4:188 lid 1 aanhef en onder a BW bepaalt dat een verklaring van erfrecht een notariële akte is waarin een notaris onder andere vermeldt dat een of meer in de verklaring genoemde personen, al dan niet voor bepaalde erfdelen, erfgenaam zijn of de enige erfgenamen zijn, met vermelding of zij de nalatenschap reeds hebben aanvaard. Betekent dit dat de notaris bij een fideicommiss in zijn verklaring van erfrecht niet alleen melding moet maken van alle bezwaarden en of deze al hebben aanvaard, maar ook van alle verwachters en of deze reeds hebben aanvaard? De opsomming van art. 4:188 lid 1 BW geldt niet als lijst van verplicht te vermelden feiten.⁴⁹³ De notaris dient relevante informatie te vermelden.

Allereerst zij opgemerkt dat de notaris er bij een fideicommiss goed aan doet te vermelden onder welke ontbindende voorwaarden de bezwaarde is geroepen, zodat een derde die op de verklaring van erfrecht afgaat, kan nagaan of een van deze voorwaarden is vervuld.⁴⁹⁴ Volgens Verstappen heeft de wetgever bij een overgang onder algemene titel krachtens erfrecht⁴⁹⁵ waarborgen ingebouwd met het oog op twee belangen: het belang van het rechtsverkeer dat de overgang

⁴⁹² Bedacht moet wel worden dat de insteller een executele kan instellen, maar een vereffening niet. Bij een executele kan men stellen dat de executeur onder opschortende voorwaarde (van het in vervulling gaan van de fideicommissaire voorwaarde) is aangesteld. Dat kan bij een vereffening dus niet.

⁴⁹³ Zie E. Van den Brink-Baggerman, *Nieuw erfrecht in de praktijk; een evaluatie*, Preadvies voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 2006, p. 275.

⁴⁹⁴ Zie L.C.A. Verstappen, *Rechtsopvolging onder algemene titel*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. LXXII, Kluwer: Deventer 1996, p. 80-81.

⁴⁹⁵ Bij de overgang onder algemene titel hoeven geen leveringshandelingen te worden verricht. Bij de overgang onder bijzondere titel wel. Daardoor is de overgang onder bijzondere titel voor derden makkelijker kenbaar dan een overgang onder algemene titel. De overgang onder algemene titel behoort daarom met bijzondere waarborgen te zijn omkleed. Hierna zal blijken dat hier niet altijd aan wordt voldaan bij de overgang op de verwachter.

voldoende duidelijk blijkt en het belang van de schuldeisers. De aard van het rechtsfeit moet meebrengen dat aan het rechtsfeit voldoende publiciteit gegeven wordt. Als de ontbindende voorwaarde *het overlijden* van de bezwaarde is, wordt aan die ‘voldoende publiciteit’ voldaan.⁴⁹⁶ Problematisch kan het worden als de insteller een eerder tijdstip heeft aangewezen als het moment waarop de voorwaarde in vervulling kan gaan. Is dit het tijdstip waarop de bezwaarde huwt, een geregistreerd partnerschap aangaat,⁴⁹⁷ in faillissement verkeert of ten aanzien van hem de wettelijke schuldsanering van toepassing wordt,⁴⁹⁸ dan is hieromtrent de nodige publiciteit gewaarborgd middels de publicatie in de daarvoor bestemde registers. De wet stelt echter niet als vereiste dat het eerdere tijdstip uit openbare registers of anderszins publiekelijk kenbaar moet zijn: bepaalt de insteller dat de ontbindende voorwaarde in vervulling gaat op het moment dat de bezwaarde afstand van zijn rechten doet, wordt opgenomen in een verzorgings- of verpleeghuis, gaat samenwonen, 30 jaar wordt, et cetera, dan kan de overgang onder algemene titel het belang van het rechtsverkeer en van de schuldeisers schaden. Het in vervulling gaan van de voorwaarde is dan immers over het algemeen slecht kenbaar.⁴⁹⁹ Des te belangrijker is het dat de notaris de ontbindende voorwaarden opneemt in de verklaring van erfrecht. Hij dient de bezwaarde op het hart te drukken ‘terug te komen’ zodra een van genoemde voorwaarden wordt vervuld. De notaris dient ook de primaire verwachters in te lichten over het feit dat de nalatenschap van rechtswege (onvoorwaardelijk) op hen overgaat op het moment dat één van genoemde voorwaarden wordt vervuld.⁵⁰⁰ Het fideicommis kan in de openbare registers

⁴⁹⁶ Zie ook L.C.A. Verstappen, *Rechtsopvolging onder algemene titel*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. LXXII, Kluwer: Deventer 1996, p. 81.

⁴⁹⁷ Los van de vraag of dit een onzedelijke voorwaarde is, zie hierover Pitlo/Van der Burght, Ebben, *Erfrecht*, p. 196-197, *Asser/Perrick 4* 2013/195 en Rb. Alkmaar 4 mei 1994, NJ 1995/281 en recent nog Rb. Noord-Holland 29 januari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:2026, Notafax 2014/64, *Opeisbaarheid van vordering bij hertrouwen was niet in strijd met goede zeden*.

⁴⁹⁸ Vgl. art. 4:13 lid 3 BW.

⁴⁹⁹ Nog afgezien van de vraag of het in vervulling gaan van de voorwaarde ook objectief vastgesteld kan worden en zo ja, door wie; zie bijvoorbeeld de uitspraak van Hof Amsterdam 19 april 2001, waarover, met verdere verwijzingen, E. Van den Brink-Baggerman, *Nieuw erfrecht in de praktijk; een evaluatie*, Preadvis voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 2006, p. 274-275.

⁵⁰⁰ Met *Handboek Erfrecht* (2011), L.C.A. Verstappen, p. 492 ben ik van mening dat de notaris dienst moet weigeren (dus geen verklaring van erfrecht mag afgeven) als de bezwaarde de notaris verbiedt informatie te verstrekken aan de verwachter. Anders: de Werkgroep deontologie nieuw erfrecht, die bij monde van een van haar leden, R.L. Albers-Dingemans, *Enige beschouwingen over de notariële deontologie bij een nalatenschap*, WPNR 2004/6585, als mening te kennen geeft dat afgifte van een verklaring van erfrecht dan niet geweigerd mag worden, omdat de bezwaarde daar recht op heeft. Natuurlijk heeft de bezwaarde daar recht op! Het gaat echter om de vraag of de verwachter niet ook en tegelijkertijd recht op informatie heeft. Die informatie is – mede gelet op

(als bedoeld in art. 3:16 BW) worden ingeschreven, zie art. 3:17 BW.⁵⁰¹ Ook dan is van belang dat daarin expliciet de door de insteller opgenomen voorwaarden worden ingeschreven. Of de praktijk goed uit de voeten kan met moeilijk te controleren voorwaarden, valt nog te bezien. Dit kan verstreckende gevolgen hebben. Dient de bank voor elke transactie te controleren of de bezwaarde is gaan samenwonen waardoor de voorwaarde wordt vervuld? En zo ja, hoe dan? Heeft de bank bevrijdend betaald⁵⁰² als zij deze controle niet heeft uitgevoerd? Ik beveel de wetgever aan hiervoor een nadere regeling te geven. De wetgever kan bijvoorbeeld bepalen dat de insteller slechts een eerder tijdstip kan aanwijzen als de vervulling van de betreffende voorwaarde kenbaar is uit een openbaar register of anderszins publiekelijk bekend is gemaakt. Een andere – en betere – mogelijkheid is dat de wetgever een (aanvullende) derdenbeschermingsbepaling maakt voor de situatie dat een voor derden niet objectief en niet zonder moeite⁵⁰³ vast te stellen voorwaarde is opgenomen in het testament.⁵⁰⁴ Ten slotte is mogelijk dat de wetgever bij de vervulling van een voorwaarde op een eerder tijdstip (dan het overlijden van de bezwaarde), dat niet uit openbare registers kenbaar is, het recht van de verwachter converteert in een obligatoir recht op afgifte jegens de bezwaarde (of zijn rechtsopvolger). Iets anders is dat de insteller zelf waarborgen in het testament kan inbouwen, waardoor de vervulling van de voorwaarde beter kenbaar wordt. Het gaat dan om voorwaarden die iets anders inhouden dan het overlijden (of het faillissement of het van toepassing worden van de wettelijke schuldsanering ten aanzien) van de

rechtsverhouding tussen de bezwaarde en de verwachter en alle door mij genoemde (goederenrechtelijke) rechten en bevoegdheden van de verwachter – niet los te koppelen van het recht van de bezwaarde! Volgens mij zal de notaris het recht van de verwachter dan ook moeten koppelen aan het recht van de bezwaarde. Het één kan niet zonder het ander.

⁵⁰¹ Zie ook art. 27 lid 1 en 30 Kadasterwet (inzake inschrijving authentiek afschrift van een notariële verklaring van erfrecht waaruit van de erfopvolging blijkt en inschrijving van de vervulling van de voorwaarde). Zie hierover ook het proefschrift van mijn 'voorganger' in Hardenberg, notaris J.W.M. de Vos, *De notariële verklaring van erfrecht*, diss. Amsterdam, Gouda Quint B.V.: Arnhem 1975, p. 435.

⁵⁰² Art. 6:34 BW. Vgl. W.D. Kolkman, *De zwijgende saniet en de verklaring van erfrecht*, WPNR 2004/6583.

⁵⁰³ Vgl. voor deze terminologie art. 6:51 lid 2 BW.

⁵⁰⁴ Door bijvoorbeeld te bepalen: Een schuldenaar die heeft betaald aan iemand die door het in vervulling gaan van een voorwaarde niet bevoegd was de betaling te ontvangen, kan aan degene aan wie betaald moest worden, tegenwerpen dat hij bevrijdend heeft betaald indien hij niet wist of behoorde te weten dat de voorwaarde is vervuld. Van de schuldenaar kan op grond van bijzondere omstandigheden worden gevergd nader te onderzoeken of de voorwaarde is vervuld. Vgl. § 2140 BGB: 'Verfügungen des Vorerben nach Eintritt der Nacherbfolge Der Vorerbe ist auch nach dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge zur Verfügung über Nachlassgegenstände in dem gleichen Umfang wie vorher berechtigt, bis er von dem Eintritt Kenntnis erlangt oder ihn kennen muss. Ein Dritter kann sich auf diese Berechtigung nicht berufen, wenn er bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts den Eintritt kennt oder kennen muss.'

bezwaarde. Bij registergoederen bijvoorbeeld kan de insteller als constitutief vereiste voor de vervulling van een dergelijke voorwaarde opnemen dat inschrijving van de vervulling in de openbare registers moet plaatsvinden.⁵⁰⁵

Moet de notaris in de verklaring van erfrecht vermelden of de verwachters hebben aanvaard? Zoals opgemerkt dient de notaris relevante feiten te vermelden. In eerste instantie kan de notaris volstaan met het noemen van de verwachters, waarbij hij kan opnemen dat de verwachters nog geen keuze hebben uitgebracht. Heeft hij weet van (stilzwijgende) aanvaarding of van verwerping, dan dient hij dit te vermelden. In § 1.5.3 besprak ik al kort de deontologische vraag hoe ver de informatieplicht van de notaris reikt. Ik kwam tot de conclusie dat, zolang de subsidiaire verwachter niet primair verwachter is, de notaris de subsidiaire verwachter niet hoeft aan te schrijven. Hier zitten natuurlijk haken en ogen aan. Hoe komt de subsidiaire verwachter te weten dat hij tot primaire verwachter is ‘gepromoveerd’ door het wegvallen van de eerdere primaire verwachter, als hij dat niet van de notaris hoort? Een mogelijke oplossing is dat de wetgever het Centraal testamentenregister (CTR) aanwijst als register om een aantekening te kunnen (of moeten) maken in het ‘dossier’ van de primaire verwachter.⁵⁰⁶ Bij het overlijden van de primaire verwachter

⁵⁰⁵ P. Blokland en A.H.N. Stollenwerck doen (in de modellen die behoren bij het hoofdstuk over voorwaardelijke makingen in *Handboek Familievermogensrecht 2013/2014*, p. 780-791, paragrafen 10.10.4.9 en 10.10.4.10), de volgende tekstsuggestie voor instellers, waardoor de kenbaarheid vergroot kan worden. De modeltekst luidt:

‘In de andere situaties dan overlijden en faillissement van de bezwaarde eindigt het recht van de bezwaarde:

- voor wat betreft tot het bezwaard vermogen behorende registergoederen, uitsluitend indien – en pas op het moment dat – de verwachters overgaan tot inschrijving van hun verkrijging van de (desbetreffende) registergoederen in de openbare registers;

- voor wat betreft aandelen op naam, uitsluitend indien – en pas op het moment dat – de verwachters overgaan tot inschrijving van hun verkrijging van de (desbetreffende) aandelen op naam in het aandeelhoudersregister van de desbetreffende vennootschap(pen), en

- voor wat betreft vorderingen op naam, uitsluitend indien – en pas op het moment dat – de verwachters overgaan tot het doen van de mededeling als bedoeld in artikel 3:94 lid 1 Burgerlijk Wetboek aan de schuldenaar van de (desbetreffende) vordering.’

Hoewel bij de voorgestelde tekst nog wel enige kanttekeningen te plaatsen zijn, doe ik dat op deze plek niet. Belangrijker acht ik hier de vraag of de opgenomen vereisten (ontbindende of opschortende) voorwaarden zijn die aan art. 4:140 lid 1 BW zijn onderworpen, vgl. § 1.6. Ik pleit voor een ontkennend antwoord, omdat het ‘slechts’ gaat om het beter kenbaar maken van het einde van het recht van de bezwaarde in gevallen waarin de wetgever dit verzuimd heeft.

⁵⁰⁶ Vgl. P. Blokland, W. Burgerhart en W.D. Kolkman, *Wet bescherming erfgenamen tegen onverwachte schulden: schuldeisers de kloos met de ‘Wet betos’*, WPNR 2014/7019, noot 39, die in het kader van het inschrijven van een boedelbeschrijving in het CTR opmerken: ‘Uiteraard behoort een boedelbeschrijving niet tot de in art. 1 lid 1 Wet op het centraal testamentenregister bedoelde akten, maar de ‘intake’ wordt niet gecontroleerd en bij het overlijden van de langstlevende is de akte zeker – los van de Wet betos – een belangrijk stuk informatie voor de erfgenamen. Enige

...

vergroot dat de kenbaarheid van het testament van de insteller.⁵⁰⁷ Ter bevordering van de rechtszekerheid, namelijk dat in het rechtsverkeer duidelijk is wie de primaire verwachter is en dat er zoveel mogelijk kans bestaat dat de subsidiaire verwachter kennis neemt van een zich voordoende plaatsvervulling, verdient het voor de notariële praktijk overweging om de mogelijkheid van *plaatsvervulling bij verwerping*⁵⁰⁸ uit te sluiten. De notaris die betrokken is bij het overlijden van de insteller en waarschijnlijk alleen de bezwaarde ‘aan tafel heeft’, zou daartoe, naast de bezwaarde, de primaire verwachter moeten vragen of hij de nalatenschap (zuiver of beneficiair) aanvaardt of verwerpt. Er blijft dan nog maar één onzekere factor over, het overlijden van de primaire verwachter hangende de voorwaarde. Zoals gezegd kan dat laatste ‘via het CTR’ worden opgelost.

Tot slot beveel ik de notaris aan in de verklaring van erfrecht op te nemen of een executele, vereffening of testamentair bewind van toepassing is ten aanzien van de verwachters. Het voert mijns inziens te ver om de executeur al te informeren over zijn eventuele, toekomstige positie. Ik adviseer wel om de gegevens van de executeur in de akte op te nemen, zodat, als bij de tweede overgang gebruik wordt gemaakt van de verklaring van erfrecht, de erfgenamen/verwachters en een derde weten dat zij niet zonder de executeur kunnen (art. 4:145 BW).

burgerlijke ongehoorzaamheid is dus wat ons betreft – evenals bij het inschrijven van een akte van boedelbeschrijving ten name van de bezwaarde bij een tweetraps-testament – geïndiceerd en wij zouden een verruiming van de Wet op het centraal testamentenregister in deze zin ook van harte aanbevelen.’ Iets soortgelijks is aan te bevelen voor de inschrijving van het testament van de insteller in het ‘dossier’ van de primaire verwachter. En misschien ook wel in het ‘dossier’ van de bezwaarde, aangezien de verwachters, zeker als zij dezelfde zijn als de erfgenamen van de bezwaarde (in de praktijk zijn dat vaak de kinderen van beide ouders), na zoveel jaren soms niet meer weten wat er bij het overlijden van de insteller is gebeurd. Het kan dan zomaar gebeuren dat er met het hele fideicommiss niets gedaan wordt. Dat is civielrechtelijk overigens niet zo erg, omdat al het vermogen terecht is gekomen waar het moet. Fiscaal kan dat wel onvoordelig uitpakken voor de erfgenamen.

⁵⁰⁷ Bij andere wijzen van plaatsvervulling (verwerping, onwaardig zijn, vervallen van het erfrecht) heeft dit minder zin, omdat de *plaatsvervulling* dan niet bij overlijden van de primaire verwachter plaatsvindt (maar al eerder) en het leed dan al geschied kan zijn. Wie dan overigens de taak moet krijgen om de subsidiaire verwachter in kennis te stellen, laat ik nu in het midden. Hieruit blijkt overigens wel hoe lastig deze rechtsfiguur in de (notariële) uitvoeringspraktijk is.

⁵⁰⁸ Vóór 2003 speelde de wettelijke plaatsvervulling alleen bij vóóroverlijden (hetgeen uit art. 894 BW (oud) voortvloeide). Mijn indruk is dat in de huidige tijd de insteller (lees: de notaris) de wettelijke plaatsvervulling in de gevallen van vóóroverlijden en verwerpen vaak van overeenkomstige toepassing verklaart, maar niet in de gevallen van onwaardigheid en het vervallen van het erfrecht. Speelt plaatsvervulling ook bij onwaardigheid en vervallen van het erfrecht, dan moet de notaris zijn ogen open hebben voor signalen die kunnen wijzen op onwaardigheid van de primaire verwachter en kijken of de aan de primaire verwachter opgelegde last al hangende de voorwaarde moet worden uitgevoerd of pas na het in vervulling gaan van de voorwaarde (is dat laatste het geval, dan is plaatsvervulling op die grond hangende de voorwaarde niet mogelijk).

Aangezien de verwachters in beginsel zelf vereffenaars zijn (art. 4:195 BW), zullen zij – als sprake is van een beneficiaire aanvaarding door de verwachter hangende de voorwaarde – bij de tweede overgang weet kunnen hebben van de verplichting tot vereffening; het kan geen kwaad dit op te nemen in de verklaring van erfrecht die wordt afgegeven bij de eerste overgang. Bij een testamentair bewind⁵⁰⁹ is van belang om vast te stellen of dit reeds bij het overlijden van de insteller in werking treedt. Is dat zo, dan krijgt de bewindvoerder direct een positie en dient hij daarover geïnformeerd te worden. Het bewind wordt dan in de verklaring van erfrecht vermeld. Treedt het bewind pas in bij de vervulling van de voorwaarde, dan geldt net als bij de executele dat de notaris er goed aan doet de gegevens van de bewindvoerder in de verklaring van erfrecht op te nemen, zodat de erfgenamen en een derde weten dat zij te zijner tijd de bewindvoerder kunnen vragen of hij het bewindvoederschap aanvaardt.

3.8 Conclusies

Dit hoofdstuk levert de volgende conclusies op.

1. Als de bezwaarde de nalatenschap zuiver aanvaardt, blijft zijn vermogen verhaalsaansprakelijk voor de schulden der nalatenschap waarvoor hij aansprakelijk was vóór de vervulling van de voorwaarde.
2. De beide overgangen van het fideicommissaire vermogen dienen te worden beschouwd als het twee keer openvallen van de nalatenschap. Dat betekent dat er ook twee keer vereffend kan worden. Een beneficiaire aanvaarding door de verwachter heeft geen invloed op een eventuele vereffening bij de eerste overgang op de bezwaarde. Zo heeft een beneficiaire aanvaarding door de bezwaarde geen invloed op een eventuele nieuwe vereffening bij de tweede overgang op de verwachter.
3. De verwachter aanvaardt niet stilzwijgend door gebruik te maken van zijn interne bevoegdheden. Beschikt de verwachter over zijn voorwaardelijke rechten, dan impliceert dit wel een stilzwijgende zuivere aanvaarding. Wil een derde de voorwaardelijke rechten van de verwachter uitwinnen, dan kan de derde hem een termijn laten stellen om helderheid te krijgen over de aanvaarding.
4. Beneficiaire aanvaarding door de verwachter verdient de voorkeur als hij hangende de voorwaarde zijn keus wil uitbrengen. Hij wordt zo beschermd

⁵⁰⁹ Zie uitgebreid hierover hoofdstuk 4.

tegen een bij de vervulling van de voorwaarde negatieve nalatenschap. Het valt nog te bezien of de aanpassing van de aanvaardingsregeling, welke aanpassing recent in een concept-wetsvoorstel is gegoten, voor verwachters die (stilzwijgend) zuiver aanvaarden, het gewenste resultaat heeft.

5. De ‘driemaandstermijn’ van art. 4:185 lid 1 BW gaat opnieuw lopen bij de overgang op de verwachter.
6. In de situatie dat de bezwaarde onvoorwaardelijk gerechtigd wordt tot de nalatenschap door de verwerping door de verwachters, kan de in art. 4:205 BW bedoelde vereffening pas plaatsvinden nadat de voorwaarde, waaronder de verwerpende verwachter was geroepen, vervuld zou zijn.
7. Benoemt de insteller een legitimaris tot bezwaarde of verwachter, dan kan de legitimaris straffeloos verwerpen en zijn legitieme portie opeisen. Moelijker wordt het als de legitimaris een aanvullend beroep op de legitieme portie doet. Onder meer het probleem van de waardering speelt dan. De deskundige laat veel factoren meewegen bij de waardering.
8. De executele blijft voortduren als de voorwaarde gedurende de afwikkeling van de nalatenschap wordt vervuld. Zowel voor de eerste overgang op de bezwaarde als voor de tweede overgang op de verwachter kan een executeur worden aangesteld. De testateur doet er goed aan de gesignaleerde problemen met betrekking tot een aantal bepalingen van afdeling 4.5.6 BW, o.a. over het loon en informatieverstrekking, in het testament te ondervangen door helder aan te geven welke regels voor wie en wanneer gelden.
9. De vereffenaar blijft, net als de executeur, in het zadel zitten wanneer de voorwaarde tijdens de vereffening in vervulling gaat. Zijn ‘de erfgenamen’ vereffenaars (art. 4:195 BW), dan treden de betreffende verwachters voor de betreffende bezwaarden in de plaats als vereffenaars.
10. De notaris neemt in zijn verklaring van erfrecht zoveel mogelijk gegevens omtrent de fideicommissaire voorwaarde, de verwachters, de aanvaarding of verwerping door bedoelde verwachters, de executele, het testamentaire bewind en de vereffening op. Hij informeert in ieder geval diegenen die een rol spelen hangende de voorwaarde, zoals de primaire verwachter en de bewindvoerder van een bewind dat direct in werking treedt bij het overlijden van de insteller.
11. Omdat de overgang op de verwachter niet altijd publiekelijk kenbaar is, raad ik de wetgever aan een (aanvullende) derdenbeschermingsbepaling te

maken. De bescherming zou moeten gelden voor de situatie dat een – door de insteller in het testament opgenomen – voor derden niet objectief en niet zonder moeite vast te stellen voorwaarde in vervulling is gegaan.

4 Testamentair bewind

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk neem ik de combinatie van het fideicommis met het testamentair bewind onder de loep.⁵¹⁰ De verschillende vormen van testamentair bewind die bij een fideicommis denkbaar zijn, worden behandeld. Ingegaan wordt op de mogelijkheden om een testamentair bewind in te stellen over de verkrijgingen van de bezwaarde en van de verwachter.

Als eerste komt aan bod het bewind in het uitsluitend belang van ‘de rechthebbende’ (§ 4.2). Onderscheiden wordt tussen een bewind in het belang van de bezwaarde (§ 4.2.1) en in een bewind in het belang van de verwachter (§ 4.2.2).

Dan volgt het bewind dat mede in het belang van de rechthebbende en de ander en uitsluitend in het belang van een ander is ingesteld (§ 4.3), wederom onderverdeeld in uitsluitend of mede in het belang van de bezwaarde (§ 4.3.1) en uitsluitend of mede in het belang van de verwachter (§ 4.3.2). Ik sta dan ook stil bij de nadere gevolgen van de strekking van het bewind (§ 4.3.3).

§ 4.4 vat de voorafgaande beschouwingen samen in een overzicht, waarin op een rij worden gezet de brij van bewinden en bepalingen waaraan de testateur bij de redactie van zijn testament extra aandacht zou moeten besteden.

Vervolgens wordt kort gekeken naar het bewind in een gemeenschappelijk belang (§ 4.5).

§ 4.6 sluit af met conclusies.

⁵¹⁰ Voor algemene beschouwingen over bewind zie onder meer P.W. van der Ploeg, *Testamentair bewind*, Amsterdam: De Bezige Bij 1945, A.G. Lubbers, *Bewind in het NBW*, Studiepocket Privaatrecht nr. 29, Zwolle: Tjeenk Willink 1983, M.B. de Boer, *Het bewind*, diss. Utrecht, Zwolle: Tjeenk Willink 1982, *Handboek Erfrecht* (2011), B.M.E.M. Schols, p. 567 e.v., Klaassen/Luijten & Meijer II, *Erfrecht*, p. 267 e.v., *Asser/Perrick 4 2013/706* e.v., Pitlo/Van der Burght, Ebben, *Erfrecht*, p. 356-358.

Voor de leesbaarheid van dit hoofdstuk, voer ik hieronder enkele afkortingen in. Bij een bewind over de verkrijging van de bezwaarde, geef ik vier afkortingen:

1. *B-bewind-UB*
Onder B-bewind-UB wordt verstaan: een bewind over de verkrijging van de bezwaarde, uitsluitend ingesteld in het belang van de bezwaarde (beschermingsbewind).
2. *B-bewind-UV*
Onder B-bewind-UV wordt verstaan: een bewind over de verkrijging van de bezwaarde, uitsluitend ingesteld in het belang van de verwachter (conflict-sec bewind⁵¹¹).
3. *B-bewind-BV*
Onder B-bewind-BV wordt verstaan: een bewind over de verkrijging van de bezwaarde, zowel ingesteld in het belang van de bezwaarde als van de verwachter (conflict-mede bewind⁵¹²).
4. *B-bewind-UV/BV*
Is de betreffende regeling van toepassing bij zowel het B-bewind-UV als bij het B-bewind-BV, dan wordt dat weergegeven met B-bewind-UV/BV.

Zo ook voor een bewind over hetgeen de verwachter verkrijgt:

1. *V-bewind-UV*
Onder V-bewind-UV wordt verstaan: een bewind over de verkrijging van de verwachter, uitsluitend ingesteld in het belang van de verwachter (beschermingsbewind).
2. *V-bewind-UB*
Onder V-bewind-UB wordt verstaan: een bewind over de verkrijging van de verwachter, uitsluitend ingesteld in het belang van de bezwaarde (conflict-sec bewind).
3. *V-bewind-VB*
Onder V-bewind-VB wordt verstaan: een bewind over de verkrijging van de verwachter, zowel ingesteld in het belang van de verwachter als van de bezwaarde (conflict-mede bewind).
4. *V-bewind-UB/VB*
Is de betreffende regeling van toepassing bij zowel het V-bewind-UB als bij het V-bewind-VB, dan kort ik dat af tot V-bewind-UB/VB.

Opgemerkt zij dat het bewind over een voorwaardelijke making wordt vermoed te zijn ingesteld in het belang van zowel de bezwaarde als de verwachter (art. 4:155 lid 3 BW). Bepaalt de erfflater bijvoorbeeld: ‘ik stel het erfdeel van de

⁵¹¹ F.W.J.M. Schols, *Bewind en aan bewind verwante vormen*, Preadvies voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 2004, p. 17.

⁵¹² F.W.J.M. Schols, *Bewind en aan bewind verwante vormen*, Preadvies voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 2004, p. 17.

bezwaarde onder bewind,' zonder daarbij een nadere strekking aan te geven, dan wordt dit bewind vermoed *mede* te zijn ingesteld in het belang van de verwachter.⁵¹³ Het komt op de redactie van het testament aan welke strekking (en daarmee welke gevolgen) het bewind heeft.

4.2 Bewind ingesteld in het belang van 'de rechthebbende': het beschermingsbewind

In deze paragraaf wordt uitgegaan van een bewind dat uitsluitend in het belang van 'de rechthebbende' is ingesteld. § 4.2.1 richt zich op de bezwaarde als rechthebbende, § 4.2.2 op de verwachter. De strekking van het bewind is van belang voor de rechtsgevolgen.

4.2.1 Bewind uitsluitend in het belang van de bezwaarde

De erflater kan een B-bewind-UB instellen. Dat betekent dat de goederen waartoe de bezwaarde onder ontbindende voorwaarde gerechtigd is, onder bewind staan en dat voor alle rechten, bevoegdheden en verplichtingen die de bezwaarde extern (*erga omnes*) en intern (jegens de verwachter) heeft, de bevoegdheden van de bewindvoerder van belang zijn. De bevoegdheden van de bewindvoerder beperken de mogelijkheden van de bezwaarde. De bewindvoerder is bijvoorbeeld bevoegd tot het beheer van het fideicommissaire vermogen.⁵¹⁴ Van Mourik⁵¹⁵ en Perrick⁵¹⁶ hebben zich recent uitgelaten over de vraag of het beheer zich uitstrekt over schulden. Laatstgenoemde schrijver is van mening dat, anders dan bij de executele (art. 4:144 BW), de testamentair bewindvoerder niet zonder toestemming van de rechthebbende bevoegd is tot voldoening van schulden, tenzij de erflater krachtens art. 4:171 lid 1 BW de

⁵¹³ Kritisch S. Perrick, *Beschikken over goederen onder voorbehoud van bewind*, WPNR 2005/6626, die het volgende opmerkt: 'Een erflater die een bewind instelt over een voorwaardelijke making, zal veelal slechts het belang van degene die het goed bij vervulling van de voorwaarde verkrijgt, op het oog hebben. Dat kan natuurlijk anders zijn wanneer de strekking van het bewind *mede* is de rechthebbende, dat is (...) degene die het goed bij de vervulling van de voorwaarde verliest, tegen zichzelf te beschermen.' Zo ook in *Asser/Perrick 4 2103/733*. Ik kan mij goed vinden in zijn kritiek.

⁵¹⁴ Met dien verstande dat de bezwaarde, aldus art. 4:166 BW, bevoegd blijft tot handelingen dienende tot gewoon onderhoud van de goederen die hij in gebruik heeft en tot handelingen die geen uitstel kunnen lijden. In de parlementaire geschiedenis wordt toegelicht dat niet gekozen is voor een volledig privaat beheer (zoals dat bij de executele geldt) vanwege de lange(re) duur van het bewind. Het is, aldus de Minister, ongewenst dat de rechthebbende bijvoorbeeld niet zijn eigen gras mag (laten) maaien of kranen en sloten mag repareren of een uitgebreide dakreparatie mag aanbesteden. Zie Van der Burght c.s., *Parl. Gesch. Invoeringswet Boek 4*, p. 2117 (NW 2).

⁵¹⁵ M.J.A. van Mourik, *Verdeling in de notariële praktijk*, Preadvies voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 2012, p. 27-28.

⁵¹⁶ S. Perrick, *Verdeling in de notariële praktijk*, WPNR 2012/6944. Zo ook in *Asser-Perrick 4 2013/754*.

bewindvoerder deze bevoegdheid heeft verleend. Op grond van art. 4:153 lid 1 BW kan een erfflater bewind instellen over één of meer door hem nagelaten goederen. Over schulden rept dat artikel niet. Van Mourik lijkt te stellen dat bewind over (en daarmee beheer van) schulden mogelijk is. Of hij daarmee probeert te zeggen dat de bewindvoerder bevoegd is tot voldoening van een schuld ten titel van beheer, is niet duidelijk.⁵¹⁷

Of de bewindvoerder verplicht of bevoegd is de interne verplichtingen na te komen die de bezwaarde jegens de verwachter heeft, is onduidelijk. Valt het nakomen van die verplichtingen onder het ‘beheer’ van de goederen?⁵¹⁸ Gezien het feit dat de bewindvoerder het beheer voert over de goederen (en dus de administratie voert of doet voeren), lijkt hij mij de meest aangewezen persoon om die taken (bijvoorbeeld het opmaken van de boedelbeschrijving⁵¹⁹ en de jaarlijkse opgave-⁵²⁰ en toonplicht⁵²¹) op zich te nemen.⁵²² De erfflater kan – ter voorkoming van onzekerheid – op basis van art. 4:171 BW de bewindvoerder de bevoegdheid verlenen en de verplichting⁵²³ opleggen om bedoelde interne verplichtingen jegens de verwachter na te komen.

Wil de bezwaarde de fideicommissaire goederen vervreemden of bezwaren, dan is deze slechts met medewerking of toestemming van de bewindvoerder daartoe bevoegd, art. 4:167 lid 1 BW.

⁵¹⁷ Terzijde merk ik op dat (sinds 1 januari 2014) in art. 1:441 lid 1 BW staat: ‘De bewindvoerder kan voorts voor de rechthebbende alle handelingen verrichten die aan een goed bewind bijdragen.’ Ik kan mij voorstellen dat hiertoe ook behoren het voldoen van schulden en andere ‘schuldengerelateerde’ handelingen. Vgl. K. Blankman, *Notariële bescherming ouderen*, Preadvies voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 2013, p. 11, 12 en 37. Het zou mooi zijn als hiervan reflexwerking naar het testamentair bewind uitgaat.

⁵¹⁸ Net als bij het voldoen van schulden, waarover noot 517, kan de nieuwe bepaling in art. 1:441 lid 1 BW, die de bewindvoerder de bevoegdheid verstrekt alle handelingen te verrichten die aan een goed bewind bijdragen, wellicht zijn invloed doen gelden bij de invulling van de bevoegdheden van de testamentair bewindvoerder. Ik ben daar een voorstander van.

⁵¹⁹ Art. 4:138 lid 2 BW juncto art. 3:205 lid 1 BW.

⁵²⁰ Art. 4:138 lid 2 BW juncto art. 3:205 lid 4 BW.

⁵²¹ De toonplicht van art. 4:138 lid 2 BW juncto art. 3:206 lid 2 BW is alleen van toepassing wanneer de bezwaarde van het stellen van zekerheid als bedoeld in art. 3:206 lid 1 BW is vrijgesteld.

⁵²² Overigens is de bewindvoerder zelf ook reeds verplicht tot het maken van een boedelbeschrijving, art. 4:160 lid 1 BW. De bewindvoerder dient, in beginsel jaarlijks, verantwoording af te leggen aan de bezwaarde (en in de – in deze paragraaf niet ter zake doende – situatie dat sprake is van een bewind dat uitsluitend of mede is ingesteld in het belang van de ander: aan die ander). De beide verplichtingen zijn mooi te combineren met de verplichtingen die de bezwaarde jegens de verwachter heeft o.g.v. art. 4:138 lid 2 BW juncto art. 3:205 lid 1 en 4 BW.

⁵²³ Of de bewindvoerder ook een last kan worden opgelegd is onduidelijk. Art. 4:130 lid 2 BW bepaalt dat de executeur wel een last kan worden opgelegd. Voor de bewindvoerder geldt geen soortgelijke bepaling. Wellicht kan men de bepaling analogisch toepassen.

Vervalt de fideicommissaire voorwaarde (bijvoorbeeld doordat alle verwachters de bezwaarde niet overleven of de nalatenschap verwerpen), dan blijft het bewind bestaan. De bewindvoerder is dan, als hij daartoe gehouden was, verlost van de verplichtingen die de bezwaarde jegens de verwachter had. Zijn beheer ten behoeve van de (voormalige) bezwaarde (thans vol gerechtigde) blijft voortduren.

De strekking van het bewind heeft onder meer gevolgen voor het einde van het bewind. Op grond van art. 4:178 BW eindigt een B-bewind-UB door het overlijden van de bezwaarde. Daarnaast kan de rechtbank een zodanig bewind opheffen op verzoek van de bewindvoerder op grond van onvoorziene omstandigheden en voorts indien aannemelijk is dat de bezwaarde de onder bewind staande goederen zelf op verantwoorde wijze zal kunnen besturen. Na verloop van vijf jaren na het overlijden van de erflater kan het bewind op deze laatste grond ook worden opgeheven op verzoek van de bezwaarde.⁵²⁴

Men kan zich afvragen of een B-bewind-UB bij een fideicommiss de residuo zich verdraagt met het *residuaire karakter* van het fideicommiss. De bewindvoerder kan een vertering,⁵²⁵ vervreemding of bezwaring ‘tegenhouden’. Art. 4:167 lid 1 BW bepaalt immers dat de bezwaarde slechts met medewerking of toestemming van de bewindvoerder bevoegd is tot ‘andere handelingen’ (dan die in art. 4:166 BW bedoeld).⁵²⁶ Stollenwerck⁵²⁷ is van mening dat het bewind niet onverenigbaar is met het karakter van het fideicommiss de residuo als de insteller bepaalt

⁵²⁴ Zie voor een voorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden, 16 mei 2014, ECLI:GHARL:2014:4123, waarin het Hof eerst nagaat of sprake is van een bewind dat krachtens art. 4:155 lid 3 BW vermoed wordt in het belang van zowel de bezwaarde als de verwachter te zijn ingesteld (er was sprake van een fideicommissaire making), of dat het bewind in het uitsluitend belang van de bezwaarde was ingesteld. Het Hof komt op grond van de bewoordingen van het testament tot het oordeel dat sprake is van een bewind in het uitsluitend belang van de bezwaarde. Dat eenmaal vastgesteld hebbend, oordeelt het Hof dat het bewind op grond van art. 4:178 lid 2 BW kon worden opgeven.

⁵²⁵ Onder een vertering kan i.c. worden verstaan een uitgave ten laste van het fideicommissaire vermogen of een uitkering aan de bezwaarde, waarna de bezwaarde de uitgekeerde gelden/goederen zelf verteert.

⁵²⁶ In de laatste zin van art. 4:167 lid 1 BW is opgenomen dat hetzelfde geldt voor de bevoegdheden van een vruchtgebruiker met betrekking tot de goederen waarop onder bewind gesteld vruchtgebruik rust en die verder gaan dan het gebruik daarvan. Luijten en Meijer (Klaassen/Luijten & Meijer II, *Erfrecht*, p. 300) stellen dat deze zin van toepassing is op de bezwaarde, maar dat lijkt mij overbodig. Bij een vruchtgebruik beschikt een vruchtgebruiker niet over zijn eigen goederen (die vallen in het vermogen van de hoofdgerechtigde). Bij een fideicommiss beschikt de bezwaarde over zijn eigen goederen. Dat hij dat op twee wijzen kan doen, namelijk in voorwaardelijke en onvoorwaardelijke staat, doet daar niet aan af. Dat betekent dat de eerste zin van art. 4:167 lid 1 BW reeds de beperking voor de bezwaarde meebrengt.

⁵²⁷ A.H.N. Stollenwerck, *Het fidei-commis de residuo*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1986, p. 42-43.

dat de bewindvoerder al naar gelang de redelijke behoefte van de bezwaarde moet meewerken aan of toestemming moet geven voor een vertering, vervreemding of bezwaring. Krijgt de bewindvoerder een grotere bevoegdheid om bedoelde handelingen tegen te houden (bijvoorbeeld dat de bewindvoerder alleen hoeft mee te werken bij behoefte van de bezwaarde), dan is dit volgens Stollenwerck onverenigbaar met het karakter van het fideicommiss de residuo.

Ik plaats een aantal kanttekeningen bij de opvatting van Stollenwerck. Ten eerste wordt de bevoegdheid van de bezwaarde om te verteren, te vervreemden of te bezwaren als zodanig niet aangetast door het bewind, althans niet voor zover het gaat om de toestemming van de verwachter voor bedoelde handelingen. De bezwaarde heeft de toestemming van de verwachter niet nodig. Ten tweede dient mijns inziens *als uitgangspunt* te gelden dat de bewindvoerder al naar gelang de redelijke behoefte van de bezwaarde dient mee te werken aan of toestemming dient te geven voor een vertering, vervreemding of bezwaring.⁵²⁸ Ten derde merk ik op dat in art. 3:215 lid 2 BW (dat via art. 4:138 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing is) sprake is van een bewind in combinatie met verteringsbevoegdheid. Een criterium wordt daar niet gegeven.

⁵²⁸ In haar beschikking van 11 april 2001, ECLI:NL:RBSGR:2001:AT1647, lijkt de Rechtbank Den Haag – bij een casus die speelt onder het oude recht – te stellen dat een bewind (dat was ingesteld in het belang van de bezwaarde) niet conflicteert met een fideicommiss de residuo. Uit de uitspraak maak ik op dat de bewindvoerder geen instructies zijn verleend omtrent het meewerken aan of toestemming verlenen voor het verteren, vervreemden of bezwaren van het fideicommissaire vermogen. De Rechtbank stelt: ‘Temeer daar een bewind krachtens art. 4:1066 BW slechts beoogt de erfgenaam te weerhouden van onberaden beheers- en beschikkingsdaden, (...)’ Bedoelt de Rechtbank met het woord ‘onberaden’ dat de bewindvoerder alleen zijn toestemming dient te weigeren als de bezwaarde *geen redelijke behoefte* heeft aan het verrichten van de handeling? In hoger beroep oordeelt Hof Den Haag 23 februari 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AS7307 (welke uitspraak door het Hof overigens is ingetrokken van www.rechtspraak.nl; de uitspraak is grotendeels te vinden in E.A.A. Luijten en W.R. Meijer, *Een fidei-commis de residuo en het overgangsrecht NBW*, Tijdschrift Nieuw Erfrecht 2006/3, die kritisch zijn over de uitleg van het Hof) dat ‘[b]ij de beoordeling van de geldigheid van het fideicommiss de residuo met een onder bewindstelling van het fidei-commissair vermogen medebepalend [is] het doel dat de erflater met het bewind voor ogen heeft gehad. Partijen zijn het erover eens dat hier sprake is van een bewind op grond van artikel 4:1066 (oud) BW en mitsdien van een bewind waarvan de strekking is de bescherming van de verkrijger tegen zichzelf. Niet is gebleken dat de regeling van het bewind (...) er toe leidt dat de erfgenamen Maria juridisch of feitelijk onbevoegd was het haar gemaakte te vervreemden of te verteren. Immers, de bevoegdheid tot vervreemden en verteren werd niet uitgesloten in haar moeders testament. De mogelijkheid tot vervreemden en verteren was er mitsdien, zij het dat door de bewindvoerder gewaakt diende te worden tegen verspilling door Maria van het vermogen onder verband van het fidei-commis de residuo. Niet is gebleken dat de samenloop van het fidei-commis de residuo en het bewind in dit geval juridisch of feitelijk een mogelijkheid tot vervreemding of vertering meer belemmert dan uit de beoogde, in geval van een fideicommiss de residuo toegestane, bescherming voortvloeit.’

Het is overigens wel zo dat de bezwaarde *feitelijk* door de ‘macht’ van de bewindvoerder kan worden beperkt in de uitoefening van zijn bevoegdheden.⁵²⁹ Weigert de bewindvoerder mee te werken of toestemming te verlenen, dan kan de bezwaarde geen vervangende machtiging van de kantonrechter vragen. Hij kan hoogstens de bewindvoerder aansprakelijk stellen voor slecht bewind of om zijn ontslag vragen.⁵³⁰ Ik merk overigens op dat als het bewind hangende de voorwaarde eindigt, het ‘volle’ residuaire karakter herleeft. Als gezegd kan worden dat het bewind resulteert in een tussenvorm tussen het zuivere en residuaire fideicommiss, dan rijst nog de vraag of men art. 4:56 lid 2 of lid 3 BW of art. 4:56 lid 4 BW daarop moet toepassen.⁵³¹ Vanwege de hierboven genoemde nuanceringen op de visie van Stollenwerck, pleit ik ervoor dat art. 4:56 lid 4 BW op zo’n ‘residuaire fideicommiss met bewind’ van toepassing blijft.

4.2.2 Bewind uitsluitend in het belang van de verwachter

De erflater kan een V-bewind-UV instellen. Tenzij de erflater iets anders heeft bepaald, zie art. 4:153 lid 2 BW, treedt het bewind in werking op het tijdstip van zijn overlijden. Dat betekent dat het bewind zich eerst uitstrekt over de voorwaardelijke aanspraken. Is het bewind volgens de hoofdregel al hangende de voorwaarde van toepassing, dan is de bewindvoerder bevoegd tot het beheer van de voorwaardelijke aanspraak van de verwachter.⁵³² Dat brengt mijns inziens mee dat de bewindvoerder namens de verwachter bevoegd is de

⁵²⁹ In HR 18 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:983, Notafax 2013/283, leidt de ‘macht’ van de bewindvoerder tot de uitkomst dat de vader van het kind nog geen vordering uit vruchtgenot kon opeisen van de bewindvoerder (ten laste van het vermogen van de zoon). Het betrof rente die wel verschenen was, maar niet aan de minderjarige rechthebbende werd uitgekeerd door de bewindvoerder. De bewindvoerder was tot het niet uitkeren bevoegd op grond van het testament (en art. 4:171 BW). Anders dan in het arrest gaat het nu niet om een recht (op vruchtgenot) van een derde (de vader) op het onder bewind staande vermogen, maar om een bevoegdheid (tot vertering) van de rechthebbende zelf (de bezwaarde) met betrekking tot het onder bewind staande fideicommissaire vermogen. Ik denk daarom niet dat de ‘macht’ van de bewindvoerder door het arrest van de Hoge Raad een andere invloed op het vraagstuk van het residuaire karakter van het fideicommiss heeft dan hierboven door mij is beschreven. Zie over het arrest ook J.H.M. ter Haar, *Ouderlijk vruchtgenot en testamentair bewind: de Hoge Raad aan het woord*, WPNR 2013/6996 en T.J. Mellema-Kranenburg, *Testamentair bewind versus ouderlijk vruchtgenot*, JBN 2014/2, nr. 10.

⁵³⁰ Mocht de bezwaarde, ondanks diens onbevoegdheid, de handeling toch verrichten, dan kan de beschermingsbepaling van art. 4:168 BW een rol spelen.

⁵³¹ Dat is van belang voor de vraag welke ‘ongeboren verwachters’ de insteller kan benoemen.

⁵³² Het is overigens goed voorstelbaar dat de insteller het bewind pas laat ingaan bij de vervulling van de voorwaarde. Is bijvoorbeeld sprake van een fideicommiss de residuo en heeft de insteller veel ‘vruchtgebruikbepalingen’ weggeschreven, dan bestaat er wellicht niet veel behoefte aan een bewind(voerder) hangende de voorwaarde. De verwachter zelf (of diens wettelijk vertegenwoordiger) kan dan de interne bevoegdheden die niet zijn weggeschreven uitoefenen. Na de vervulling van de voorwaarde, treedt het bewind in werking over de goederen (en schulden) die op de verwachter (dan: vol gerechtigde) zijn overgegaan.

bezwaarde om nakoming van zijn ‘vruchtgebruikverplichtingen’ te vragen. Wil de verwachter zijn voorwaardelijke recht vervreemden of bezwaren, dan is deze slechts met medewerking of toestemming van de bewindvoerder daartoe bevoegd, art. 4:167 lid 1 BW.

Over het einde van het bewind merk ik op dat hetzelfde geldt als hierboven over de bezwaarde is opgemerkt (art. 4:178 BW is van toepassing). Ik beveel de wetgever aan de in art. 4:178 lid 2 BW genoemde vijfjaarstermijn in geval van een voorwaardelijke making ten aanzien van de verkrijger onder opschortende voorwaarde te laten aanvangen op het moment dat de voorwaarde wordt vervuld (in plaats van bij het overlijden van de erflater). Vergelijk art. 4:193 lid 1 BW, waarin staat dat de driemaandstermijn gaat lopen na de vervulling van de voorwaarde.⁵³³ Hangende de voorwaarde heeft het bewind nog geen betrekking op de (onvoorwaardelijke) goederen zelf, slechts op de voorwaardelijke aanspraak op die goederen. Ik neem aan dat de wetgever de toets van art. 4:178 lid 2 BW (of de rechthebbende de onder bewind staande goederen zelf op verantwoorde wijze zal kunnen besturen) bedoelt aan te leggen voor de situatie dat de goederen de verwachter ‘toekomen’.

Als een V-bewind-UV is ingesteld in het belang van een *ongeboren* verwachter en de bewindvoerder een handeling als bedoeld in art. 4:169 lid 1 BW, bijvoorbeeld vervreemding van het voorwaardelijke recht van de verwachter, wil verrichten op het moment dat er nog geen verwachter is geboren, kan mijns inziens *naar analogie* van art. 4:156 BW,⁵³⁴ met toepassing van art. 4:169 lid 3 BW, de toestemming van de ongeboren verwachter door een machtiging van de kantonrechter worden vervangen.

4.3 Het ‘conflictbewind-sec’ en ‘conflictbewind-mede’

Ik ga in deze paragraaf uit van een bewind dat uitsluitend of mede in het belang van een ander dan de rechthebbende is ingesteld. Bij een bewind over hetgeen de bezwaarde erft (waarover § 4.3.1), is de verwachter die ‘ander’. Bij een bewind over hetgeen de verwachter erft (waarover § 4.3.2), is die ‘ander’ de bezwaarde. De strekking is van belang voor de rechtsgevolgen, hetgeen in § 4.3.3 nader wordt belicht.

⁵³³ Zie § 3.3.1.3.

⁵³⁴ Art. 4:156 BW is volgens de letter bij een verwachter van toepassing bij een V-Bewind-UB/VB en niet bij een V-Bewind-UV.

4.3.1 Bewind over de goederen van de bezwaarde, uitsluitend of mede in het belang van de verwachter

De erflater kan een B-bewind-UV of B-Bewind-BV instellen. Is een B-bewind-UV ingesteld, dan heeft dat onder meer gevolgen voor het einde van het bewind. Op grond van art. 4:179 lid 1 BW eindigt het bewind wanneer het belang vervalt, dus op het moment dat de verwachter overlijdt of verwerpt en wanneer de voorwaarde wordt vervuld.⁵³⁵ Het eindigt tevens wanneer de bezwaarde en de verwachter een gemeenschappelijk besluit tot opheffing schriftelijk ter kennis van de bewindvoerder brengen.⁵³⁶ Een B-Bewind-BV heeft andere gevolgen, onder meer bij het einde van het bewind. Overleven bijvoorbeeld de aangewezen verwachters de bezwaarde niet, dan eindigt daarmee weliswaar het belang van de verwachters, maar niet dat van de bezwaarde. In dat geval gaat het bewind over in een beschermingsbewind in het uitsluitend belang van de (voormalige) bezwaarde (thans vol gerechtigde). De woorden ‘voor zover’ van art. 4:179 lid 1 BW brengen dit mee.⁵³⁷

⁵³⁵ Hoewel het in dit hoofdstuk gaat over bewind bij een fideicommissaire *erfstelling*, merk ik – vooruitlopend op hoofdstuk 6 – het volgende op over een bewind bij een *legaat*. Op grond van art. 4:179 lid 2 BW kan het bewind over hetgeen de bezwaarde verkrijgt in het belang van de verwachter-*legataris* (B-bewind-UV) door opzegging worden beëindigd, wanneer 30 jaar na het overlijden van de erflater zijn verstreken. Deze regeling lijkt ook van toepassing bij een fideicommissair (sub)legaat ten behoeve van de verwachter-(sub)legataris, althans zo lees ik de Kamerstukken II 1981/1982, 17141, nr. 3, p. 65. De Minister merkt op dat als de in (het huidige) art. 4:140 BW gestelde dertigjaarstermijn van toepassing is (voor niet-fideicommissaire (sub)legaten), het bewind uiteraard van rechtswege eindigt (omdat het belang van de ‘verwachter’ eindigt). *Niet* wordt vermeld dat dit ook geldt voor fideicommissaire (sub)legaten, die op grond van art. 4:141 BW een verplichting ten behoeve van de verwachter-(sub)legataris voor een langere duur dan 30 jaar kunnen inhouden. Ook Klaassen/Luijten & Meijer II, *Erfrecht*, p. 314 lijken, gelet op het gebruik van de term verwachter, te stellen dat art. 4:179 lid 2 BW bij een fideicommis van toepassing is. In art. 4.4.7.2 zoals dat in het Gewijzigd Ontwerp stond (zie Van der Burgh c.s., *Parl. Gesch. Vaststellingswet Erfrecht*, p. 874 e.v.), was nog opgenomen dat het bewind in zo’n geval niet voor langer dan het leven van de legataris kan worden ingesteld. Dat zou betekenen dat het B-bewind-UV bij een fideicommissair (sub)legaat langer in stand kon blijven dan 30 jaar. De tekst uit het Gewijzigd Ontwerp is vervangen door het huidige art. 4:179 lid 2 BW. Ik roep de wetgever op hierover duidelijkheid te verschaffen.

⁵³⁶ Vgl. de laatste zin van het van overeenkomstige toepassing verklaarde art. 3:221 BW (strafbewind), waaruit voortvloeit dat het bewind door een gezamenlijk besluit van de bezwaarde en de verwachter of op verzoek van een hunner door de rechtbank kan worden opgeheven. Zie ook art. 4:181 BW, dat overigens onvolledig lijkt, omdat daarin bij opzegging alleen een taak voor de rechthebbende is weggelegd; in art. 4:179 lid 1 BW dienen de bezwaarde en verwachter (waarvan een van beiden *rechthebbende* en de ander ‘*degene in wiens belang het bewind is ingesteld*’) een *gemeenschappelijk* besluit tot opheffing uit te brengen. Ik neem aan dat in art. 4:181 BW sprake is van een omissie.

⁵³⁷ Zie F.W.J.M. Schols, *Bewind en aan bewind verwante vormen*, Preadvies voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 2004, p. 26, onder aanhaling van de parlementaire geschiedenis van Boek 3 BW (Parl. Gesch. Boek 3, p. 537). Zo ook

In art. 4:156 BW is opgenomen dat als het bewind uitsluitend of mede is ingesteld in het belang van een ander dan de rechthebbende, die ander, zolang niet vaststaat wie hij is, voor de toepassing van afdeling 4.5.7 BW wordt aangemerkt als iemand die niet in staat is zijn wil te bepalen. Hiervan is bij een B-bewind-UV/BV sprake als het bewind (mede) is ingesteld in het belang van wel benoemde maar nog ongebornen verwachters.⁵³⁸ In dat geval wordt bijvoorbeeld de rekening en verantwoording door de bewindvoerder aan de kantonrechter afgelegd, tenzij de uiterste wil iets anders bepaalt, aldus art. 4:161 lid 2 BW. Wil de *bewindvoerder* bij een B-bewind-UV/BV een handeling als bedoeld in art. 4:169 lid 1 BW verrichten op het moment dat nog geen verwachter is geboren, dan is niet alleen toestemming van de bezwaarde, maar in beginsel ook die van de ongebornen verwachter nodig. In dat geval kan op grond van art. 4:156 BW juncto art. 4:169 lid 2 en 3 BW de toestemming door een machtiging van de kantonrechter worden vervangen.

Heeft de erflater een B-Bewind-BV over het residuair fideicommissaire erfdeel ingesteld, dan heeft de bezwaarde voor een vertering, vervreemding of bezwaring op grond van art. 4:167 lid 3 BW de medewerking of toestemming van de bewindvoerder nodig. In dat geval geldt met betrekking tot de verenigbaarheid van het bewind met het residuaire karakter van het fideicommis hetzelfde als ik hiervoor in § 4.2.1 schreef bij een B-bewind-UB.⁵³⁹ Is sprake van een B-bewind-UV, dan speelt bedoelde kwestie niet. De wetgever gaat ervan uit dat de bezwaarde zonder toestemming van de bewindvoerder mag beschikken, zij het onder voorbehoud van bewind (art. 4:167 lid 2 BW). Zoals hierna in § 4.3.3 zal blijken, dient deze bepaling mijns inziens voor de

Asser/Perrick 4 2013/763. Zie echter ook *Asser/Perrick 4 2013/733*, waarin hij verdedigt dat bij het wettelijke vermoeden van art. 4:155 lid 3 BW (vermoeden van instelling in het belang van zowel de bezwaarde als verwachter), het bewind niet geacht wordt mede de strekking te hebben de bezwaarde tegen zichzelf te beschermen. Het ‘belang’ van de bezwaarde zou in dat geval dus slechts duren zolang als de voorwaarde hangt. Zou de verkrijging door de bezwaarde door welke oorzaak ook onvoorwaardelijk worden, dan zou het bewind volgens Perrick niet overgaan in een beschermingsbewind. Hoewel ik mij kan vinden in zijn kritiek, gaat zijn stelling mij te ver zolang de wetgever het wettelijke vermoeden niet aanpast in de door Perrick voorgestane zin (namelijk dat als de erflater niets heeft vermeld, sprake is van een B-bewind-UV in plaats van een B-bewind-VB).

⁵³⁸ Zie hierover § 1.5.5.

⁵³⁹ Zie in verband daarmee hetgeen in § 4.3.3 wordt opgemerkt over art. 4:167 lid 3 BW bij een onvoorwaardelijke vervreemding. Als overigens niet de bezwaarde wil handelen (bijvoorbeeld vervreemden), maar de *bewindvoerder*, heeft laatstgenoemde niet alleen toestemming van de bezwaarde, maar ook van de verwachter nodig. Daarmee worden echter de bevoegdheden van de *bezwaarde* niet onverenigbaar met het residuaire karakter van het fideicommis de residuo. De bevoegdheden van de bezwaarde vloeien in dit verband voort uit art. 4:167 BW.

onderhavige situatie als niet geschreven te worden beschouwd als de bezwaarde het goed onvoorwaardelijk vervreemdt.

4.3.2 Bewind over de goederen van de (ongeboren) verwachter, uitsluitend of mede in het belang van de bezwaarde

De erflater kan een V-bewind-UB of V-bewind-VB instellen. Het bewind wordt ingesteld omdat de insteller wenst dat (hangende de voorwaarde) niet de verwachter zelf maar de bewindvoerder jegens de bezwaarde *nakoming vraagt* van de ‘vruchtgebruikverplichtingen’. Dat kan in de praktijk bijvoorbeeld spelen in een situatie met een stiefouder en stiefkind. Stel dat de stiefouder bezwaarde is en het stiefkind verwachter. Wanneer de insteller niet wenst dat zijn kind zich ‘bemoeit’ met zijn echtgenoot (de stiefouder), terwijl hij ook niets ziet in het onder bewind stellen van het recht van de bezwaarde (de stiefouder), biedt een V-bewind-UB/VB uitkomst. De insteller kan een onafhankelijk persoon tot bewindvoerder benoemen.

Is een V-bewind-UB/VB ingesteld, dan heeft dat onder meer gevolgen voor het einde van het bewind. Op grond van art. 4:179 lid 1 BW eindigt het bewind voor zover het belang vervalt, dus op het moment dat de voorwaarde wordt vervuld, maar ook wanneer de verwachter de bezwaarde niet overleeft of de nalatenschap verwerpt. Het eindigt tevens wanneer de bezwaarde en de verwachter een gemeenschappelijk besluit tot opheffing schriftelijk ter kennis van de bewindvoerder brengen.⁵⁴⁰ In bovengenoemd voorbeeld kunnen de stiefouder en het stiefkind toch een betere verhouding blijken te hebben (gekregen) dan de insteller dacht. In dat geval heeft zo’n gemeenschappelijk besluit tot opheffing tot gevolg dat de bewindvoerder geen belangen van de bezwaarde meer heeft te behartigen. Op grond van art. 4:179 lid 1 BW duurt na het einde van een V-bewind-VB in beginsel nog wel een beschermingsbewind voor de verwachter voort (V-bewind-UV).⁵⁴¹

4.3.3 Nadere gevolgen van de strekking van het bewind

In deze paragraaf sta ik stil bij de artikelen van afdeling 4.5.7 BW, waarin voor het B-bewind-UV/BV en V-bewind-UB/VB bepalingen zijn opgenomen die extra aandacht verdienen. Ik merkte hiervoor al op dat de strekking van het bewind van belang is bij het einde van het bewind. Verder noem ik nog een aantal artikelen dat weinig of geen vragen oproept: art. 4:159 lid 3 BW

⁵⁴⁰ Zie ook art. 4:181 BW.

⁵⁴¹ Zie noot 537.

(beloning),⁵⁴² art. 4:161 BW (rekening en verantwoording),⁵⁴³ art. 4:164 lid 1 aanhef en onder e en lid 2 BW (einde bewindvoorderschap), art. 4:165 lid 2 BW (taken gewezen bewindvoerder) en art. 4:171 BW (uitbreiding taken bewindvoerder⁵⁴⁴).

Bij een aantal artikelen rijzen wel de nodige vraagtekens. Deze bespreek ik hieronder. Art. 4:167 BW verwijst qua terminologie naar art. 4:166 BW, welk laatste artikel bepaalt dat de rechthebbende naast de bewindvoerder bevoegd is tot handelingen dienende tot gewoon onderhoud van de goederen die hij in gebruik heeft en tot handelingen die geen uitstel kunnen lijden. Voor ‘andere handelingen’ dan die genoemd in art. 4:166 BW geldt art. 4:167 BW. In lid 2 van laatstgenoemd artikel is opgenomen dat indien het bewind uitsluitend is ingesteld in het belang van een ander dan de rechthebbende, de rechthebbende slechts onder voorbehoud van het bewind bevoegd is tot het verrichten van die andere handelingen. Uit lid 3 van art. 4:167 BW vloeit voort dat indien het bewind zowel in het belang van de bezwaarde als van de verwachter is ingesteld, de rechthebbende slechts met medewerking of toestemming van de bewindvoerder en onder voorbehoud van dat bewind bevoegd is tot het verrichten van de ‘andere handelingen’. Bij een B-bewind-UV/BV geschiedt bijvoorbeeld een vervreemding door de bezwaarde van een fideicommissair goed onder voorbehoud van het bewind. Bij een vervreemding van het goed in voorwaardelijke staat is dat een goede regel. In dat geval blijft de voorwaarde op het goed rusten en blijft de rechtsverhouding, in verband waarmee het bewind is ingesteld, intact. Bij een (zowel residuair als zuiver) fideicommiss is in de praktijk echter de hoofdregel dat de bezwaarde *onvoorwaardelijk* vervreemdt.⁵⁴⁵ Is dat zo, dan komt de voorwaarde te rusten op hetgeen voor het vervreemde goed in de plaats treedt.⁵⁴⁶ Moet bij een B-bewind-UV art. 4:167 lid 2 BW gevolgd worden, dan doet dat af aan de bescherming van de verwachter: de verwachter heeft immers niets aan een bewind over een goed waarop geen voorwaarde meer rust. Hij heeft wel belang bij een gelijkwaardige tegenprestatie

⁵⁴² Bij een V-bewind-UB/VB kan men zich afvragen of de beloning wordt berekend over de waarde van het fideicommissaire vermogen of over de waarde van de voorwaardelijke aanspraken op dat vermogen. Het verdient aanbeveling dat de insteller de beloning zelf regelt. Zie ook noot 476.

⁵⁴³ *Asser/Perrick 4 2013/723* merkt op dat de insteller kan bepalen dat de bewindvoerder wordt vrijgesteld van het afleggen van periodieke rekening en verantwoording aan de verwachter. Hij schrijft: ‘Het zal in het algemeen wenselijk zijn dat de bewindvoerder periodiek rekening en verantwoording aflegt aan de bezwaarde (...) en niet tevens aan de verwachter (...).’

⁵⁴⁴ Zie hierover hierna bij de bespreking van art. 4:167 en art. 4:176 BW.

⁵⁴⁵ Bij een zuiver fideicommiss bijvoorbeeld met toestemming van de verwachter.

⁵⁴⁶ Art. 4:138 lid 2 BW juncto art. 3:213 lid 1 BW. Dat is anders als de bezwaarde onbevoegdlijk beschikt. Daar ga ik thans niet van uit.

waarop het fideicommissaire verband rust krachtens zaaksvervanging (art. 4:138 lid 2 BW juncto art. 3:213 lid 1 BW). Mijns inziens komt op dat vervangende goed het bewind te rusten (art. 4:154 BW).⁵⁴⁷ Bij een B-Bewind-BV geldt met betrekking tot art. 4:167 lid 3 BW hetzelfde voor wat betreft het voorbehoud van bewind. Mijns inziens dient de regel van art. 4:167 lid 2 en 3 BW, dat het goed onder voorbehoud van bewind overgaat, voor niet geschreven te worden gehouden wanneer sprake is van een onvoorwaardelijke vervreemding. Mocht men niet zo ver willen gaan, dan verdient het – in navolging van Perrick⁵⁴⁸ – aanbeveling om bij de bepalingen van het bewind (op basis van art. 4:171 lid 1 BW) op te nemen: a. dat ook in het geval van een B-bewind-UV de bezwaarde slechts met medewerking of toestemming van de bewindvoerder bevoegd is tot beschikkingshandelingen; en daarmee samenhangend b. dat in het geval dat de rechthebbende over een met bewind belast goed beschikt met medewerking of toestemming van de bewindvoerder, hij het goed vrij van bewind overdraagt.

Bij een V-bewind-UB/VB geschiedt een vervreemding door de verwachter van zijn voorwaardelijke aanspraken op het fideicommissaire vermogen onder voorbehoud van het bewind. De bezwaarde houdt daarmee de bewindvoerder (en niet de verkrijger zelf) tegenover zich jegens wie hij zijn vruchtgebruikverplichtingen nakomt.

In art. 4:169 lid 1 BW is geregeld dat de bewindvoerder met toestemming van de rechthebbende de in art. 4:167 lid 1 BW bedoelde andere handelingen mag verrichten.⁵⁴⁹ In lid 2 is geregeld dat als het bewind uitsluitend of mede in het belang van een ander dan de rechthebbende is ingesteld, ook toestemming van die ander is vereist. Lid 3 bepaalt dat de kantonrechter vervangende machtiging kan verlenen als de rechthebbende of die ander zijn toestemming niet verleent.⁵⁵⁰ Bij een B-bewind-UV/BV geschiedt bijvoorbeeld een vervreemding

⁵⁴⁷ Zie hierover uitgebreid S. Perrick, *Beschikken over goederen onder voorbehoud van bewind*, WPNR 2005/6626. Zie ook Klaassen/Luijten & Meijer II, *Erfrecht*, p.301, die bij een vruchtgebruiker met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid uitgaan van een vervreemding vrij van bewind; wel is het vervangende goed aan het bewind onderworpen. Let wel, daar gaat het weer om een vervreemding van het goed waarop het vruchtgebruik rust. Wordt het vruchtgebruik zelf vervreemd, dan is een vervreemding onder voorbehoud van bewind een goede regel.

⁵⁴⁸ Zie S. Perrick, *Beschikken over goederen onder voorbehoud van bewind*, WPNR 2005/6626, onder 9. Perrick maakt nog wel de kanttekening dat hij niet zeker is of de onder b. bedoelde bepaling stand houdt.

⁵⁴⁹ Daarnaast mag hij ook geld lenen of de rechthebbende als borg of hoofdelijk schuldenaar verbinden en een overeenkomst tot beëindiging van een geschil aangaan; hij behoeft deze toestemming niet in het geval van art. 87 Rv, of indien het voorwerp van het geschil een waarde van € 700 niet te boven gaat.

⁵⁵⁰ De kantonrechter kan de machtiging verlenen onder zodanige voorwaarden als hij geraden acht.

door de bewindvoerder van een fideicommissair goed met toestemming van zowel de bezwaarde als de verwachter (ongeacht of sprake is van een zuiver of residuair fideicommiss). Verlenen zij die toestemming beiden, dan staat het vervreemde goed niet langer onder bewind. De opbrengst komt krachtens zaaksvervanging wel onder bewind (art. 4:154 BW). Op die opbrengst heeft de verwachter een voorwaardelijk recht.⁵⁵¹ Aangezien de belangen blijven bestaan, maar nu gericht op de opbrengst, blijft het B-bewind-UV/BV in stand.

Bij een V-bewind-UB/VB heeft een vervreemding door de bewindvoerder van de voorwaardelijke rechten van de verwachter ook de toestemming van zowel de verwachter als de bezwaarde. In zo'n geval moet de bezwaarde nadenken over de vraag of hij gediend is van de nieuwe verkrijger. De kantonrechter kan een eventuele weigering van de bezwaarde corrigeren. Vindt de vervreemding doorgang, dan staan de voorwaardelijke rechten niet langer onder bewind. In dat geval staat de opbrengst in beginsel wel onder bewind (art. 4:154 BW). Bij een V-bewind-VB blijft het belang van het bewind over de opbrengst in stand voor zover het de (voormalige) verwachter betreft. Het bewind gaat op basis van art. 4:179 lid 1 BW over in een beschermingsbewind.⁵⁵² Een V-bewind-UB eindigt in dat geval, aangezien het belang vervalt (art. 4:179 lid 1 BW).

In hoofdstuk 2 (§ 2.5.2.4) vroeg ik mij af of met de verwijzing in art. 3:221 lid 3 BW naar art. 4:170 BW bedoeld is 'door te verwijzen' naar – het in art. 4:170 lid 3 BW genoemde – art. 4:169 (lid 2 en 3) BW. Ik denk het niet. Art. 3:221 lid 3 BW verwijst niet naar art. 4:169 BW. Dat betekent mijns inziens dat de rechtbank overeenkomstig de eerste zin van art. 3:221 lid 3 BW zodanige voorschriften kan geven omtrent een eventuele beschikkingshandeling door de bewindvoerder als zij dienstig acht. De rechtbank kan beslissen dat de bewindvoerder met of zonder toestemming van de verwachter kan beschikken over het fideicommissaire vermogen.

Art. 4:170 BW regelt voor de verdeling van een gemeenschap waartoe fideicommissair vermogen behoort, dat de bewindvoerder bevoegd is tot het vorderen van verdeling daarvan en dat hij, met toestemming van de rechthebbende, bevoegd is tot het aangaan van een overeenkomst tot uitsluiting van verdeling voor een bepaalde tijd. De bewindvoerder is met toestemming van

⁵⁵¹ Art. 4:138 lid 2 BW juncto art. 3:213 BW, zie § 2.7. Merk op dat de zaaksvervanging hier zowel bij het bewind als bij het fideicommiss speelt.

⁵⁵² Zie ook noot 537.

de rechthebbende bevoegd tot medewerking aan de verdeling. Op het vorenstaande zijn de leden 2 en 3 van art. 4:169 BW van overeenkomstige toepassing, zodat als het bewind uitsluitend of mede is ingesteld in het belang van een ander dan de rechthebbende, ook toestemming van die ander is vereist. Bij een B-bewind-UV/BV dient dus ook de verwachter zijn toestemming te verlenen aan bedoelde handelingen.⁵⁵³ Bij een V-bewind-UB/VB behoeft een verdeling door de bewindvoerder van de voorwaardelijke rechten van de verwachters-deelgenoten niet alleen de toestemming van de verwachters zelf, maar ook die van de bezwaarde(n).

Art. 4:173 BW bepaalt dat de bewindvoerder de rechthebbende vertegenwoordigt in gedingen over onder bewind staande goederen. Hij kan zich, alvorens in rechte op te treden, te zijner verantwoording doen machtigen door de rechthebbende en degenen in wier belang het bewind uitsluitend of mede is ingesteld. Wordt de machtiging niet verleend, dan kan de kantonrechter haar door zijn machtiging vervangen. Als het geding betreft een door of tegen derden uit te oefenen recht (lees: bevoegdheid) of rechtsvordering, dan zet dit artikel bij een B-bewind-UV/BV art. 4:138 lid 1 BW buiten spel. Art. 4:138 lid 1 BW schakelt de verwachter uit; door de instelling van een B-bewind-UV/BV kan de verwachter via de achterdeur weer binnen komen.

Over art. 4:175 lid 3 BW wil ik kort zijn. Perrick – en met hem de Commissie Erfrecht van de KNB – neemt aan dat art. 4:175 lid 3 BW jegens de in art. 4:175 lid 1 BW bedoelde schuldeisers onaanvaardbaar is en als niet geschreven moet worden beschouwd.⁵⁵⁴ Ik stem daar van harte mee in.

Ten slotte over art. 4:176 BW het volgende. Indien het bewind uitsluitend is ingesteld in het belang van een ander dan de rechthebbende, kunnen de onder bewind gestelde goederen krachtens dat artikel ten laste van de rechthebbende ook voor andere schulden dan genoemd in art. 4:175 lid 1 BW worden uitgewonnen, doch dan slechts onder de last van het bewind. Bij een B-bewind-UV kan de uitwinning van een fideicommissair goed ten laste van de bezwaarde

⁵⁵³ Voor de goede orde: een verdeling door de bezwaarde valt onder art. 4:167 BW. Vgl. *Handboek Erfrecht* (2011), B.M.E.M. Schols, p. 580. Krijgt de bezwaarde dan een onderbedelingsvordering, dan is toepassing van art. 4:167 BW mijns inziens uitgesloten. Het bewind komt in dat geval te rusten op de onderbedelingsvordering en niet op de aan de andere deelgenoot toegedeelde goederen. Krijgt de bezwaarde goederen toebedeeld, dan ga ik ervan uit dat de voorwaarde op die goederen blijft rusten (zie § 5.2.1), zodat de regeling van art. 4:167 lid 2 en 3 BW geen nut heeft.

⁵⁵⁴ Zie S. Perrick, *Verhaal van schulden op onder bewind staande goederen*, WPNR 2005/6628 en Commissie Erfrecht KNB, *Eindverslag Commissie Erfrecht KNB inzake Boek 4 BW*, Ars Notariatus nr. CV, Kluwer: Deventer 2012, p. 31.

voor een andere schuld dan genoemd in art. 4:175 lid 1 BW, onder voorbehoud van bewind plaatsvinden. Aangezien uitwinning in beginsel slechts de uitwinning van het ‘voorwaardelijke goed’ betreft, is het gewenst dat het bewind op het uitgewonnen goed blijft rusten.⁵⁵⁵ Bij een V-bewind-UB geldt een soortgelijke redenering.

4.4 Een overzicht van de toepasselijke bewindbepalingen

Hieronder wordt – als samenvatting van het vorenstaande – (een) overzicht verstrekt in de brij van bewinden en bepalingen waaraan de insteller bij de redactie van zijn testament extra aandacht zou moeten besteden. Horizontaal worden de verschillende soorten bewinden aangeduid. Verticaal worden de artikelen genoemd waarin het onderscheid tussen de verschillende vormen van bewinden een rol spelen. Ik noem de bewindartikelen niet die bij alle soorten bewinden van belang zijn.

⁵⁵⁵ Zo ook Commissie Erfrecht KNB, *Eindverslag Commissie Erfrecht KNB inzake Boek 4 BW*, Ars Notariatus nr. CV, Kluwer: Deventer 2012, p. 31-32. Anders: S. Perrick, *Verhaal van schulden op onder bewind staande goederen*, WPNR 2005/6628.

Tabel: toepasselijke bewindbepalingen

	B-bewind-UB: een bewind over de verkrijging van de bezwaarde, uitsluitend ingesteld in het belang van de bezwaarde	B-bewind-UV: een bewind over de verkrijging van de bezwaarde, uitsluitend ingesteld in het belang van de verwachter	B-bewind-BV: een bewind over de verkrijging van de bezwaarde, zowel ingesteld in het belang van de bezwaarde als van de verwachter	V-bewind-UV: een bewind over de verkrijging van de verwachter, uitsluitend ingesteld in het belang van de verwachter	V-bewind-UB: een bewind over de verkrijging van de verwachter, uitsluitend ingesteld in het belang van de bezwaarde	V-bewind-VB: een bewind over de verkrijging van de verwachter, zowel ingesteld in het belang van de verwachter als van de bezwaarde
153 lid 2				x		
154		x	x		x	x
155 lid 1	x			x		
155 lid 3			x			x
156				x		
159 lid 3		x	x		x	x
161		x	x		x	x
164 lid 1-e en lid 2		x	x		x	x
165 lid 2		x	x		x	x
167 lid 1	x			x		
167 lid 2		x			x	
167 lid 3			x			x
169 lid 1	x			x		
169 lid 2		x	x		x	x
170		x	x		x	x
171		x	x		x	x
173		x	x		x	x
175 lid 3		x	x		x	x
176		x			x	
178 lid 1	x			x		
178 lid 2				x		
179 lid 1		x	x		x	x
179 lid 2		x				
181		x	x		x	x

4.5 Bewind in een gemeenschappelijk belang

Hoewel gedacht kan worden dat de belangen van de bezwaarde en de verwachter samen een gemeenschappelijk belang vormen, is de term ‘gemeenschappelijk belang’ niet geschikt voor de gezamenlijke belangen van de bezwaarde en verwachter. De term is *vooral* geschikt voor de belangen die deelgenoten samen hebben (bijvoorbeeld meerdere bezwaarden in een

onverdeelde nalatenschap).⁵⁵⁶ Ik ben van mening dat de artikelen uit afdeling 4.5.7 BW waaruit gevolgen voortvloeien voor bewinden in een gemeenschappelijk belang, niet van toepassing zijn op de verhouding tussen de bezwaarde en de verwachter. Voor die verhouding zijn nu juist de bepalingen van de conflict-bewinden ‘sec’ en ‘mede’ geschreven.

Neemt de insteller van het fideicommiss een afwikkelingsbewind op in het testament, dan rijst de vraag voor wie (nauwkeuriger: over wiens goederen) het bewind geldt. Gaat gedurende het afwikkelingsbewind de fideicommissaire voorwaarde ten aanzien van een bezwaarde in vervulling, dan komen de betreffende verwachters in diens plaats. Van belang is dan hoe de erflater het afwikkelingsbewind heeft ingesteld. Als hij *alleen het recht van de bezwaarden* aan het afwikkelingsbewind heeft onderworpen, geldt het bewind niet voor bedoelde verwachters, zodat de bewindvoerder na vervulling van de voorwaarde geen beheer voert over het aandeel van die verwachters in de onverdeeldheid. Heeft de insteller meer in het algemeen bewind ingesteld over ‘de onverdeelde gemeenschappelijke goederen’ of woorden van soortgelijke strekking,⁵⁵⁷ dan blijft het bewind in bedoelde situatie op de totale onverdeeldheid rusten. Ook hier komt het aan op een nauwkeurige formulering van (de strekking van) het bewind en op de uitlegvrijheid van de ‘toepasser’ van het testament.

4.6 Conclusies

Uit dit hoofdstuk zijn de volgende conclusies te destilleren.

1. De insteller van een testamentair bewind over de verkrijging van een bezwaarde, doet er verstandig aan te bepalen of het bewind ook ziet op het beheer van de fideicommissaire schulden en de nakoming van de interne verplichtingen jegens de verwachter.
2. Een testamentair bewind over de verkrijging van een bezwaarde bij een fideicommiss de residuo verdraagt zich met het *residuaire karakter* van het fideicommiss.
3. Een V-bewind-UV treedt in werking op het tijdstip van het overlijden van de insteller, tenzij deze laatste anders bepaalt. Het bewind strekt zich eerst uit

⁵⁵⁶ Zie ook Van der Burght c.s., *Parl. Gesch. Invoeringswet Boek 4*, p. 2078 en 2079 (NW 2), alsmede F.W.J.M. Schols, *Bewind en aan bewind verwante vormen*, Preadvies voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 2004, p. 17-18. Ook bijvoorbeeld het belang van tien rechthebbenden die ieder afzonderlijk rechthebbende zijn op een schilderij, terwijl de tien schilderijen samen een kunstverzameling vormen, is als een gemeenschappelijk belang aan te merken.

⁵⁵⁷ Zie art. 4:155 lid 4 BW.

over de voorwaardelijke aanspraken en na de vervulling van de voorwaarde over de goederen zelf. Bij ongeborenen als verwachter is, voor zover nodig, art. 4:156 BW naar analogie van toepassing.

4. Vervalt bij een B-Bewind-BV het belang van de verwachters (bijvoorbeeld door overlijden van de verwachters), dan gaat het bewind over in een beschermingsbewind in het uitsluitend belang van de (voormalige) bezwaarde (thans vol gerechtigde).
5. Bij een V-bewind-UB of V-bewind-VB vraagt (hangende de voorwaarde) niet de verwachter zelf, maar de bewindvoerder jegens de bezwaarde nakoming van de ‘vruchtgebruikverplichtingen’.
6. In § 4.4 is een overzicht gegeven van die bepalingen waaraan de insteller bij de redactie van zijn testament extra aandacht zou moeten besteden.
7. De bepaling in art. 4:167 lid 2 en 3 BW, dat een goed slechts onder voorbehoud van het bewind kan worden vervreemd, is bij een onvoorwaardelijke vervreemding niet van toepassing. Daarnaast dient art. 4:175 lid 3 BW voor niet geschreven te worden gehouden.
8. De belangen van de bezwaarde en de verwachter samen vormen geen ‘gemeenschappelijk belang’ in de zin van afdeling 4.4.7 BW.

5 De bijzondere gemeenschappen van nalatenschap en huwelijksgemeenschap

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk ga ik in op vragen die rijzen wanneer het fideicommis interfereert met twee bijzondere gemeenschappen: nalatenschap en huwelijksgemeenschap.

In § 5.2 worden de problemen besproken die opdoemen als de gemeenschap-nalatenschap met een fideicommis is bezwaard. Zo wordt in § 5.2.1 bekeken waar de fideicommissaire voorwaarde op rust na een verdeling van een nalatenschap waarin meerdere bezwaarden deelgenoot zijn. Daarnaast komt aan bod of voor verdeling van de nalatenschap toestemming of medewerking van de verwachter nodig is. Verder wordt uit de doeken gedaan (§ 5.2.2) wat er gebeurt als de fideicommissaire voorwaarde in vervulling gaat tijdens het bestaan van de onverdeeldheid van de nalatenschap. In § 5.2.3 kijk ik naar een verdeling door de verwachters van hun voorwaardelijke rechten, waarbij ook de schuldenkant wordt meegenomen. Daarbij behandel ik of na de verdeling door de verwachters een plaatsvervulling van een (vroegere) deelgenoot-verwachter roet in het eten van die verdeling gooit. § 5.2.4 vervolgt met de vraag of de rechtsverhouding tussen de bezwaarde en verwachter meebrengt dat het fideicommissaire vermogen bij de bezwaarde is afgescheiden van zijn overige vermogen. In het kader van de verdeling van de nalatenschap, bespreek ik in § 5.2.5 de regeling van inbreng van schenkingen. In § 5.2.6 behandel ik een bijzondere verdeling, namelijk de wettelijke verdeling van afd. 4.3.1 BW. De vraag rijst of, als de insteller een echtgenoot en één of meer kinderen nalaat, de wettelijke verdeling met het fideicommis te combineren valt.

In § 5.3 wordt licht geworpen op de mogelijkheid dat de rechtsposities van de bezwaarde en verwachter in de huwelijksgemeenschap vallen en wat daarvan de consequenties zijn. Uiteraard komt de uitsluitingsclausule daarbij aan bod. Is die niet opgenomen of niet goed geredigeerd, dan komen vele lastige vragen in zicht. Bijvoorbeeld (§ 5.3.1) of het huwen in gemeenschap van goederen betekent dat de helft van het fideicommissaire vermogen daardoor wordt vervreemd en verteerd en of fideicommissair vermogen als verhaalsobject voor schulden van de andere echtgenoot kan dienen (verknochtheid). Waar § 5.3.1.1 die vragen behandelt voor een zuiver fideicommis, doet § 5.3.1.2 dat voor een fideicommis de residuo. De positie van de bezwaarde na ontbinding van de gemeenschap bespreek ik in § 5.3.2.

Onderscheid wordt gemaakt tussen een ontbinding bij leven van de bezwaarde (waarbij § 5.3.2.1 het zuiver fideicommis als uitgangspunt heeft en § 5.3.2.2 het fideicommis de residuo) en bij overlijden van de bezwaarde (waarbij § 5.3.2.3 wederom het zuiver fideicommis betreft en § 5.3.2.4 het fideicommis de residuo). Voor de verwachter herhaal ik de exercitie. In § 5.3.3 zie ik of de gemeenschap waarin de verwachter is gehuwd, de voorwaardelijke positie van de verwachter omvat. § 5.3.4 behandelt de positie van de verwachter na ontbinding van de gemeenschap, waarbij weer wordt onderscheiden tussen ontbinding bij leven (§ 5.3.4.1) en bij overlijden (§ 5.3.4.2).

De conclusies in § 5.4 sluiten het hoofdstuk af.

5.2 Het fideicommis en de gemeenschap van nalatenschap

In deze paragraaf bespreek ik problemen die opborrelen als men de regels van het fideicommis legt naast die van de (bijzondere) gemeenschap van nalatenschap (in de zin van afdeling 2 van titel 3.7 BW). Ik behandel de theorie aan de hand van een casus: de insteller benoemt X en Y, ieder voor de helft, tot bezwaarden. Anderen zijn verwachters. Er is sprake van een fideicommis de residuo, tenzij anders vermeld.

5.2.1 Verdeling van de fideicommissaire nalatenschap door de bezwaarden

Stel dat in genoemde casus een verdeling van de nalatenschap plaatsvindt, waarbij uitsluitend sprake is van goederen (en niet van schulden), X alles krijgt toebedeeld en Y een onderbedelingsvordering ten laste van X krijgt. Waarop rust dan de fideicommissaire voorwaarde? Allereerst ga ik in op de positie die voor X ontstaat. Naar analogie van art. 3:177 lid 1 BW kan men stellen dat de voorwaarde komt rusten op de toegedeelde goederen. De overbedelingsschuld moet dan gerekend worden tot het fideicommissaire vermogen.⁵⁵⁸ Men kan er ook anders tegenaan kijken, namelijk dat de voorwaarde (slechts) blijft rusten op de helft van de toegedeelde goederen.⁵⁵⁹ De andere helft van de goederen en de overbedelingsschuld horen in dat geval tot het eigen vermogen van X.

⁵⁵⁸ Aangenomen dient dan te worden dat sprake is van een (niet in art. 4:7 lid 1 BW genoemde) schuld der nalatenschap, zodat Y – als de bezwaarde hangende de voorwaarde de overbedelingsschuld nog niet heeft voldaan – na vervulling van de voorwaarde zich (naast bij de bezwaarde) bij de verwachters kan vervoegen om als schuldeiser op de goederen der nalatenschap verhaal te nemen. Zie ook § 1.4.4.

⁵⁵⁹ Vgl. B. Breederveld, *De aangepaste gemeenschap van goederen in verband met echtscheiding*, Serie Recht en Praktijk, Personen- en Familierecht, Kluwer: Deventer 2011, p. 27-28, waarin hij mede op basis van het arrest van de HR van 5 oktober 2007, NJ 2008/296, stelt dat een goed gedeeltelijk – op basis van de op de verkrijging van dat gedeelte toegepaste uitsluitingsclausule – tot het privé-vermogen en gedeeltelijk tot de gemeenschap van goederen kan behoren.

Laatstgenoemde verkrijgt dan de helft van de goederen van Y ten laste van zijn eigen vermogen. Voor beide gezichtspunten is wat te zeggen. Vanuit een praktisch perspectief pleit ik voor eerstgenoemd gezichtspunt.⁵⁶⁰ Het komt de eenvoud in het rechtsverkeer ten goede.⁵⁶¹

Over Y's positie het volgende. Op grond van art. 4:138 lid 2 BW juncto art. 3:213 lid 1 BW kan de onderbedelingsvordering als 'vergoeding die in de plaats van aan het fideicommis onderworpen goederen is getreden' worden beschouwd, ervan uitgaande dat de verdeling bevoegdelijk is geschied. Op de onderbedelingsvordering of het op grond daarvan geïnde bedrag rust dan de voorwaardelijke aanspraak van de verwachters van Y.

Het vorenstaande roept de vraag op of de verwachters hun medewerking moeten verlenen aan de verdeling tussen X en Y. Is een verdeling een vervreemding, zodat de verdelingsbevoegdheid voortvloeit uit de vervreemdingsbevoegdheid

⁵⁶⁰ Vgl. G.G.B. Boelens en P.C. van Es, *Wettelijke verdeling en fidei-commis; een (on)mogelijke combinatie?*, WPNR 2014/7016, die aannemen dat bij een wettelijke verdeling de schuld van de echtgenoot aan de kinderen ook gelijkgesteld moet worden met een schuld der nalatenschap en daarmee behoort tot het fideicommissaire vermogen. Wellicht is hier ook een parallel te trekken met de jurisprudentie over de uitsluitingsclausule bij een erfrechtelijke verdeling. De Hoge Raad heeft in het 'Vier huizen'-arrest (HR 11 mei 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4810, NJ 1985/527, m.nt. Kleijn) geoordeeld dat de door de erflater opgenomen uitsluitingsclausule na een verdeling van de krachtens erfrecht verkregen goederen op de (gehele) toegedeelde goederen rust en niet slechts op het aandeel dat de verkrijger al had. Deze visie is recent nog weer bevestigd in Hof Arnhem-Leeuwarden 13 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2059, Notafax 2014/94. In deze lijn ook de nadere MvA, Kamerstukken, 2009/2010, 28867, nr. E, p. 3. Als in dezelfde lijn gedacht mag worden, is dat een ondersteunend argument voor het in de tekst genoemde eerstgenoemd gezichtspunt. Ik spreek bewust over een *parallel*, want de jurisprudentie over de uitsluitingsclausule is niet één op één door te trekken naar het fideicommis. Waar het recht van de bezwaarde is 'bezwaard' met een goederenrechtelijk recht van de verwachter, kan van een uitsluitingsclausule niet gezegd worden dat deze het recht van de erfgenaam 'bezwaart'. Bij de uitsluitingsclausule is geen recht van een derde betrokken. In genoemd arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden 13 maart 2014 wordt het verschil tussen de uitsluitingsclausule en het fideicommis ook aangestipt. Het Hof merkt op: 'De uitspraak van de Hoge Raad die de man met Breederveld aanhaalt (HR 5 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6756) betreft de kwestie van zaaksvervanging bij een fidei-commis de residuo en bevat naar het oordeel van het hof geen aanknopingspunten voor de stelling dat de uitsluitingsclausule in een geval als het onderhavige slechts betrekking zou hebben op 1/6e of 1/2e van de (waarde van de) woning.'

⁵⁶¹ Het is eenvoudiger om een goed (met 'bijbehorende schuld') geheel tot één soort (i.c. het fideicommissair) vermogen te rekenen, dan dat de ene helft van het goed tot het ene (i.c. het eigen) vermogen en de andere helft van het goed tot het andere (i.c. het fideicommissair) vermogen behoort. Als het goed bijvoorbeeld na de toedeling aan de bezwaarde voor een deel wordt vervreemd of bezwaard, rijst de vraag of het gaat om het deel dat tot het eigen of tot het fideicommissaire vermogen behoort. Dat probleem bestaat niet als het goed na toedeling geheel tot het fideicommissaire vermogen wordt gerekend. Een zo helder mogelijke afbakening van de vermogens, komt de administratie van het fideicommis ten goede.

van de bezwaarde? De verdeling zelf is strikt genomen geen vorm van vervreemding.⁵⁶² De verdeling is de obligatoire handeling, die – om een overgang van het goed te bewerkstelligen – nog gevolgd moet worden door een levering (art. 3:186 BW). Kan men de levering dan zien als vervreemding? Ook dat is niet geheel duidelijk. Men kan zeggen dat X als het ware iets *koopt* (en dus niet vervreemdt), namelijk de helft die hij nog niet had. Daartegenover krijgt hij een overbedelingsschuld jegens Y. Voor Y is dit evenwel anders: bij hem kan men aannemen dat hij als het ware iets vervreemdt (verkoopt), namelijk de helft die hij had, waartegenover een onderbedelingsvordering ('koopsom') ontstaat. Ik wijs op de analogie met art. 3:177 lid 2 BW, waarin staat dat een verdeling de *medewerking* behoeft van de beperkt gerechtigde. Hoewel het recht van de verwachter geen echt beperkt recht is, schuurt het er wel dicht tegenaan.⁵⁶³ Speelt art. 4:138 lid 1 BW hier nog een rol? Bezien moet dan worden of sprake is van een jegens een derde (lees in casu: Y) uit te oefenen bevoegdheid. Wordt vrijwillig verdeeld en geleverd, dan betreft dat geen uit te oefenen bevoegdheid. Wil X een rechtsvordering tot verdeling instellen, dan is hij daartoe wel met uitsluiting van de verwachter bevoegd, maar dat laat onverlet dat de rechter, als hij de wijze van verdeling gelast of de verdeling zelf vaststelt (art. 3:185 BW), mogelijk toch – naar analogie van art. 3:177 lid 2 BW – medewerking of toestemming van de verwachter verlangt. Hoewel men kan betogen dat een verdeling (en de daarop volgende levering) een afzonderlijke rechtshandeling is en niet zomaar onder de term beschikken (vervreemden en bezwaren) kan worden geschaard, dient mijns inziens naar analogie van art. 3:177 lid 2 BW toch te worden aangenomen dat voor de toepassing van de bepalingen van het fideicommiss, de verdeling als een vervreemdingshandeling wordt aangemerkt. Dat heeft als resultaat dat de bezwaarde bij een fideicommiss de residuo de medewerking van de verwachter niet nodig heeft; bij een zuiver fideicommiss wel.⁵⁶⁴

⁵⁶² Zie ook *De Bruijn/Huijgen/Reinhartz*, nr. 15, terwijl in nr. 17, met betrekking tot art. 1:88 BW, wel gesteld wordt dat een toedeling een daad van vervreemding is. Vgl. Klaassen-Luijten-Meijer I, *Huwelijksgoederenrecht*, nr. 79.

⁵⁶³ Zie hierover uitgebreider § 1.4.1.

⁵⁶⁴ Om onzekerheid voor te zijn, verdient het natuurlijk aanbeveling hier aandacht aan te besteden bij het redigeren van de bepalingen van een fideicommiss. Verstappen gaat er zonder meer van uit dat sprake is van een met een vervreemdingshandeling overeenkomende situatie. Hij is ook van mening dat toedeling goederenrechtelijk niet anders dan met overeenkomstige toepassing van art. 3:212 BW mogelijk is. Zie Van Mourik & Verstappen, *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding*, Algemeen deel A 2014, hoofdstuk 4, paragraaf 4.4.3 en 4.4.4. Overigens merk ik op dat als zou worden aangenomen dat bij X de voorwaardelijke aanspraken slechts op de helft van de

De verwachters van Y krijgen – van rechtswege – een voorwaardelijke aanspraak op de onderbedelingsvordering als de verdeling *bevoegdelijk* is geschied. Int Y deze vordering, dan vindt opnieuw zaaksvervanging plaats (art. 3:213 lid 1 BW). Dat betekent dat als Y het geïnde bedrag niet vermengt met zijn eigen vermogen, hij dat geïnde bedrag, gesteld dat sprake is van een fideicommiss de residuo, kan verteren. Geschiedt de verdeling *niet* bevoegdelijk, dan verkrijgen de verwachters van Y een voorwaardelijk vergoedingsrecht (jegens X).⁵⁶⁵

Stel dat X en Y ieder goederen ter waarde van de helft van de totale waarde van de goederen krijgen toebedeeld en dat sprake is van een ‘bevoegdelijke beschikking’ (art. 3:213 lid 1 BW). Overeenkomstig het hiervoor gestelde, kan men betogen dat de voorwaarde bij de verkrijging van X respectievelijk Y:

1. op de toegedeelde goederen rust; of
2. op de helft van de toegedeelde goederen rust.

In het tweede geval behoort de andere helft tot het eigen vermogen van X respectievelijk Y; aangezien het eigen vermogen van de bezwaarden dan verrijkt wordt, ontstaat een vergoedingsplicht van het eigen vermogen van de bezwaarden jegens de verwachters. Zoals hiervoor opgemerkt, pleit ik voor eerstgenoemde uitwerking.

Maakt het voor de positie van de verwachters uit als er nog passiva tot de nalatenschap behoren en X en Y tot verdeling overgaan? Wat de verdeling van de goederen betreft is er natuurlijk geen verschil. De ‘toedeling’ van de schulden⁵⁶⁶ roept de vraag op of de verwachters dezelfde rechtspositie ten aanzien van de toegedeelde schulden innemen als ten aanzien van de toegedeelde goederen. Een redelijke wetstoepassing brengt mijns inziens mee dat als bijvoorbeeld – na toedeling van een schuld aan X – ontslag van aansprakelijkheid wordt geregeld voor Y voor die schuld, de verwachters van Y bij de overgang van die schuld op de verwachters van X (geacht worden) ontslagen (te) zijn uit de aansprakelijkheid.

verdeelde goederen blijft rusten (zie hierboven in § 5.2.1 en hierna), de kwestie van de medewerking voor de verwachters van X niet speelt.

⁵⁶⁵ Of een dergelijk vergoedingsrecht zich voor ‘vertering’ leent, besprak ik in § 2.7.2.

⁵⁶⁶ In beginsel behelst een toedeling van schulden (intern) niets meer dan een afspraak over wie de betreffende schulden dient te ‘dragen’. Dat laat (extern) de aansprakelijkheid jegens de schuldeisers onverlet.

5.2.2 Vervulling van de voorwaarde tijdens het bestaan van de onverdeeldheid

Als X tijdens het bestaan van de onverdeelde nalatenschap overlijdt en de voorwaarde daardoor in vervulling gaat, treden de verwachters als deelgenoot in de plaats van X. Een aantal bepalingen van afdeling 1 van titel 3.7 BW,⁵⁶⁷ roept vragen op als het aandeel van X in de onverdeelde nalatenschap overgaat op de verwachters. Die verwachters komen dan in een onverdeeldheid met Y terecht. Bijvoorbeeld art. 3:168 lid 1 BW, waarin is opgenomen dat de deelgenoten het genot, het gebruik en het beheer van gemeenschappelijke goederen bij overeenkomst kunnen regelen. In lid 2 van dat artikel is geregeld dat voor zover een overeenkomst ontbreekt, de kantonrechter op verzoek van de meest gerede partij een zodanige regeling kan treffen, zo nodig met onderbewindstelling van de goederen. In lid 4 van dat artikel is opgenomen dat een regeling bindend is voor de rechtverkrijgenden van een deelgenoot. Wordt de verwachter als *rechtsverkrijger* van de bezwaarde aangemerkt? In ieder geval niet rechtstreeks, aangezien met die term is bedoeld de rechtverkrijgenden van X (en niet van de insteller).⁵⁶⁸ Ik pleit voor analogische toepassing van lid 4. De verwachter blijft aan de regeling gebonden en het bewind blijft van toepassing.

Een tweede voorbeeld is art. 3:174 BW, op grond waarvan de rechter een deelgenoot op diens verzoek ten behoeve van de voldoening van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld of om andere gewichtige redenen kan machtigen tot het te gelde maken van een gemeenschappelijk goed. Op grond van lid 2 van dat artikel kan de rechter een deelgenoot machtigen een gemeenschappelijk goed te bezwaren met een recht van pand of hypotheek tot zekerheid voor de voldoening van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld die reeds bestaat of waarvan het aangaan geboden is voor het behoud van een goed der gemeenschap. Stel dat de rechter X heeft zijn machtiging heeft verleend, maar voordat te gelde is gemaakt of is bezwaard, de voorwaarde in vervulling gaat. Geldt de machtiging voor de verwachters? Omdat niet zeker is of dat het geval is, verdient in notariële deontologische zin een nieuwe procedure de voorkeur. Bij het indienen van het verzoek kan de bezwaarde reeds mede namens de eventuele verwachters om machtiging vragen.

Tot slot noem ik nog art. 3:177 lid 2 BW, waarover hierboven de vraag is gesteld (en beantwoord) of een bezwaarde bevoegd is tot verdeling over te gaan

⁵⁶⁷ De betreffende bepalingen van afd. 3.7.1 BW zijn van toepassing omdat daarvan niet is afgeweken in afd. 3.7.2 BW.

⁵⁶⁸ Zie Asser/Perrick 3-V* 2011/12.

zonder medewerking van de verwachter. Het antwoord op deze vraag is van belang bij art. 3:180 BW, art. 3:183 BW, art. 3:185 BW en art. 3:195 BW.

Ik merk terzijde nog op dat de hierboven besproken artikelen *gedurende de vereffening* van de nalatenschap buiten toepassing zijn gesteld (art. 4:222 BW).

5.2.3 De verdeling van de rechten van de verwachters

De verwachters kunnen tot verdeling van hun voorwaardelijke aanspraken overgaan. Ik merk op dat het daarbij kan gaan om twee situaties. De eerste betreft het geval dat de nalatenschap tussen de bezwaarden onverdeeld is. Alle primaire verwachters van alle bezwaarden zitten dan in een onverdeeldheid. Stel dat voor X twee primaire verwachters opkomen (X1 en X2) en voor Y ook (Y1 en Y2). Gedurende de onverdeeldheid tussen X en Y, zijn ook X1, X2, Y1 en Y2 met z'n vieren deelgenoten in een onverdeeldheid. Het tweede geval betreft de situatie dat de nalatenschap tussen de bezwaarden X en Y is verdeeld. Er bestaan dan twee onverdeeldheden tussen de verwachters, één tussen X1 en X2 (betreffende de voorwaardelijke rechten op het aan X toegedeelde vermogen) en één tussen Y1 en Y2 (betreffende de voorwaardelijke rechten op het aan Y toegedeelde vermogen). Hieronder bespreek ik drie aandachtspunten voor de verdeling tussen verwachters, die zowel in de eerste als tweede situatie kunnen spelen.

Het eerste punt betreft de draagplicht en aansprakelijkheid voor schulden die tot het fideicommissaire vermogen behoren. Wat betreft de *draagplicht* kunnen de deelgenoten afspreken dat de schulden verdeeld worden. De ene deelgenoot-verwachter verplicht zich dan, onder opschortende voorwaarde, een bepaalde schuld voor zijn rekening te nemen. Het regelen van ontslag uit *aansprakelijkheid* behoort mijns inziens ook tot de mogelijkheden, mits de schuldeiser hieraan wil meewerken.⁵⁶⁹

Een tweede punt betreft de positie van de bezwaarden X en Y bij de verdeling tussen de verwachters. Mijns inziens hoeven zij *niet* hun medewerking aan of toestemming voor deze verdeling te verlenen. Vergelijk dit bijvoorbeeld met een gemeenschap van het goederenrechtelijke recht van vruchtgebruik. De vruchtgebruikers hebben voor de verdeling van het goederenrechtelijke recht van vruchtgebruik geen toestemming van de hoofdgerechtigde nodig. Dit past in

⁵⁶⁹ Zie § 1.4.2 voor de vraag op welke manier de verwachter zaken kan doen met de schuldeiser der nalatenschap.

de lijn van het feit dat de verwachter, zonder toestemming van de bezwaarde, over zijn voorwaardelijke recht kan beschikken (vervreemden en bezwaren).

Het derde punt belicht of het ingenomen standpunt over de positie van de primaire en subsidiaire verwachters⁵⁷⁰ gevolgen heeft wanneer de primaire verwachters tot verdeling van hun voorwaardelijke rechten overgaan. De gezamenlijke rechten van de primaire verwachters vormen een gemeenschap. De vraag komt op of een verdeling door de primaire verwachters de rechten van de subsidiaire verwachters kan doorkruisen als na de verdeling, maar hangende de voorwaarde, een primaire verwachter overlijdt (of verwerpt). Stel dat de nalatenschap tussen X en Y is verdeeld. Stel verder dat de twee primaire verwachters van X, namelijk X1 en X2, voor welke laatste X2P als plaatsvervuller is aangewezen, hun voorwaardelijke rechten zodanig verdelen dat X1 de voorwaardelijke rechten krijgt toegedeeld. X2 krijgt, wegens onderbedeling, een bedrag uitgekeerd door X1. Wanneer X2 hangende de voorwaarde overlijdt (of verwerpt), neemt X2P de plaats in van X2 als primaire verwachter. Heeft X2P nog ergens recht op? Men kan even in de verleiding komen te denken dat X2 een 'onvoorwaardelijk voorwaardelijk recht' heeft toegedeeld aan X1, mede gelet op het in hoofdstuk 1 (in § 1.5) ingenomen standpunt dat een subsidiaire verwachter pas een recht (als primaire verwachter) verkrijgt vanaf het moment dat die subsidiaire verwachter de plaats van de primaire verwachter vervult.⁵⁷¹ Toch is dit mijns inziens niet zo.⁵⁷² Het recht van X2 is gebonden aan de voorwaarde dat hij de bezwaarde (X) overleeft of een aangewezen eerder tijdstip overleeft. Naar analogie van art. 3:84 lid 4 BW heeft X1 een recht verkregen onder voorwaarde. Door het wegvallen van X2 als verwachter, wordt de goederenrechtelijke situatie van vóór de verdeling van rechtswege hersteld, met dien verstande dat X1 samen met X2P als (nieuwe)

⁵⁷⁰ Zie § 1.5.2.

⁵⁷¹ Men zou kunnen denken dat de verhouding tussen de primaire verwachter en de subsidiaire verwachter als een fideicommissaire verhouding gezien moet worden (alsof de primaire verwachter *bezwaarde* en de subsidiaire verwachter *verwachter* is). In dat geval zou art. 3:213 BW van overeenkomstige toepassing kunnen zijn geweest en zou de subsidiaire verwachter een voorwaardelijk recht op de onderbedelingsvordering hebben gekregen. Dit gaat in mijn ogen te ver en vindt geen wettelijke grondslag. Toch ben ik hierna van mening dat er een verhouding tussen de primaire en subsidiaire verwachter bestaat die een zekere gelijkenis vertoont met de verhouding tussen een verkrijger onder ontbindende en een verkrijger onder opschortende voorwaarde (art. 3:84 lid 4 BW). Deze verhouding is echter niet door de wetgever ingekleurd à la de verhouding tussen de bezwaarde en de verwachter.

⁵⁷² Net zo goed als de verwachter niet bij testament kan beschikken over zijn voorwaardelijke recht (art. 4:137 BW is bij een fideicommiss niet van toepassing op de verwachter), kan hij het recht ook niet onvoorwaardelijk overdragen.

primaire verwachter gerechtigd is tot de voorwaardelijke rechten.⁵⁷³ X2 (of zijn erfgenaam) dient de uitkering terug te betalen aan X1 wegens onverschuldigde betaling.⁵⁷⁴ De insteller kan deze uitkomst voorkomen, door bij de vormgeving van het fideicommiss te bepalen dat als een verdeling door de verwachters plaatsvindt, de plaatsvervullingsregeling vervalt voor de verwachter die is 'uitgeboedeld'.

5.2.4 Afgescheiden vermogen

Gelet op de verhouding tussen de bezwaarde en de verwachter dringt de vraag zich op of men kan spreken van een – ook bij een bijzondere gemeenschap bestaand – afgescheiden vermogen (fideicommissair vermogen versus eigen vermogen van de bezwaarde). Hieronder ga ik ervan uit dat de nalatenschap tussen de bezwaarden X en Y is verdeeld.

Is het vermogen van X waarop de fideicommissaire voorwaarde rust afgescheiden van zijn overige vermogen? Dat is van belang voor de vraag of de

⁵⁷³ Hoewel dus niet gezegd kan worden dat X2P, zolang X2 primair verwachter is, al een goederenrechtelijk recht heeft, is het recht van X2 toch gebonden aan een voorwaarde, namelijk het overleven van *de bezwaarde*.

⁵⁷⁴ Voor de duidelijkheid: de verdeling wordt niet 'toegerekend' aan X2P, omdat het hier niet gaat om (toerekening van) handelingen die X2 jegens *de bezwaarde* heeft verricht, maar om de beschikking over zijn *eigen* recht onder opschortende voorwaarde. Meer in het algemeen merk ik op dat als de verwachter na (zuivere of beneficiaire) aanvaarding 'afstand doet' van zijn voorwaardelijke positie (al dan niet tegen betaling), deze afstand niet toegerekend wordt aan zijn eventuele plaatsvervullers of overige verwachters met wie hij tezamen is geroepen tot de nalatenschap die (of het deel van de nalatenschap dat) aan de bezwaarde is toegekomen (zie over aanwas ook noot 287). Ook in die situaties kan de afstand niet anders dan 'voorwaardelijk' geschieden, namelijk onder de voorwaarde dat hij het aangewezen tijdstip overleeft. Als de insteller dit wil voorkomen, kan hij in het testament bepalen dat als de verwachter – die ten tijde van het doen van afstand onvoorwaardelijk zou hebben verkregen als de ontbindende voorwaarde op dat moment in vervulling zou zijn gegaan – afstand doet van zijn voorwaardelijke positie met betrekking tot de goederen en schulden van de nalatenschap, de voorwaardelijke rechten van de eventuele plaatsvervullers van die verwachter vervallen. En dat dan ten behoeve van andere verwachters geen aanwas optreedt. Ik vermoed dat in de praktijk de behoefte aan het 'onvoorwaardelijk afstand kunnen doen' erg groot is. Bijvoorbeeld in gevallen dat de bezwaarde in het geheel niet gecharmeerd is van de tweetrapsmaking en de verwachters (al dan niet tegen betaling) afstand willen doen van hun rechten. Ik zie de jonge vriendin van de erflater al voor me, die met de (oudere) kinderen van de erflater overeenkomt de tweetrapsmaking 'af te kopen'. Als de insteller slechts zijn vriendin tot bezwaarde heeft ingesteld en de kinderen tot verwachters, voorzie ik geen probleem. Is er een plaatsvervullingsregeling opgenomen, dan doemen de problemen op: willen en kunnen alle subsidiaire en meer subsidiaire verwachters, zo deze al zijn geboren (!), meewerken aan de afstand? En zo zijn er nog tientallen scenario's te bedenken waarin het afstand kunnen doen door de verwachters gewenst is. De insteller dient zich bij de vormgeving af te vragen of hij de hiervoor geopperde bevoegdheid (afstand doen met verval van plaatsvervulling en aanwas) aan de verwachter wil toekennen.

schuldeisers der nalatenschap een voorrangrecht⁵⁷⁵ op het fideicommissaire vermogen hebben. Hierbij onderscheide men tussen de situatie dat

1. reeds een voorrangrecht voor de schuldeisers bestond op grond van het feit dat de nalatenschap beneficiair aanvaard was of om andere redenen de weg van de vereffening is gevolgd; en
2. de bezwaarde de nalatenschap zuiver heeft aanvaard.

In het eerste geval is voorrang aanwezig, ook al is niet sprake van een tussen meerdere bezwaarden bestaande gemeenschap. Art. 4:224 BW (en niet art. 3:192 BW) schrijft hier de wet voor. In het tweede geval rijst de vraag of voorrang bestaat voor nalatenschapsschuldeisers ten opzichte van de eigen schuldeisers van de bezwaarde. De wetgever houdt zich hier stil. Gaat hier de analogie met art. 4:14 lid 2 BW op? Bij het quasi-enig erfgenaamschap van de langstlevende bij een wettelijke verdeling kent de wet voorrang toe aan schuldeisers van de nalatenschap (boven de eigen schuldeisers van de langstlevende). Nu de wet zwijgt, ben ik geneigd aan te nemen dat in het tweede geval geen voorrang voor schuldeisers van de nalatenschap bestaat. Er zij op gewezen dat de spiegelbeeldige situatie (voorrang van privé-schuldeisers op het eigen vermogen van de bezwaarde boven schuldeisers van de nalatenschap), ook niet is geregeld.⁵⁷⁶ Het vorenstaande betekent dat na een zuivere aanvaarding fideicommissaire schuldeisers (in beginsel concurrent) verhaal op zowel het fideicommissaire vermogen als op het eigen vermogen hebben en dat de eigen schuldeisers van de bezwaarde ook (in beginsel concurrent) verhaal op beide vermogens hebben. In dit laatste geval geldt als uitgangspunt dat de eigen schuldeisers van de bezwaarde het fideicommissaire vermogen slechts onder de last van de daarop rustende voorwaarde kunnen uitwinnen. Naar analogie van art. 4:14 lid 3 BW en art. 1:96 lid 2 BW kan verdedigd worden dat uitwinning van het eigen vermogen mogelijk is voor fideicommissaire schulden, tenzij de bezwaarde fideicommissaire goederen aanwijst die voldoende verhaal bieden. Omgekeerd geldt hetzelfde: uitwinning van het fideicommissaire vermogen is mogelijk voor eigen schulden, tenzij de bezwaarde eigen goederen aanwijst die voldoende verhaal bieden.

5.2.5 Inbreng

Bij de verdeling van de fideicommissaire nalatenschap kan de inbrengregeling spelen. Erfgenamen zijn verplicht ten behoeve van hun mede-erfgenamen de

⁵⁷⁵ Van een exclusief verhaalsrecht (art. 3:192 BW) kan niet gesproken worden, omdat geen sprake is van een echte gemeenschap.

⁵⁷⁶ W.D. Kolkman, *Schulden der nalatenschap*, diss. Groningen, Kluwer: Deventer 2006, p. 242-243.

waarde van de hun door de erflater gedane giften in te brengen, voor zover de erflater dit, hetzij bij de gift hetzij bij uiterste wilsbeschikking, heeft voorgescreven (art. 4:229 BW).⁵⁷⁷ Bij de verdeling van de nalatenschap komt de waarde van de gift in mindering van het aandeel van de tot inbreng verplichte erfgenaam in het hem en de erfgenamen, te wier behoefte de inbreng verplicht is, uit de nalatenschap toekomende gedeelte, vermeerderd met de onderling in te brengen bedragen (art. 4:233 lid 1 BW). Stel dat de insteller aan X € 10.000 heeft geschonken, met de verplichting tot inbreng. X en Y zijn bezwaarden. De nalatenschap is € 50.000. Stel dat X en Y tot verdeling overgaan. Bij onvoorwaardelijk erfgenaamschap zou de inbreng, geabstraheerd van de rentevergoeding als bedoeld in art. 4:233 lid 1 BW, als resultaat hebben dat X een bedrag van $((€ 50.000 + € 10.000)/2) - € 10.000 = € 20.000$ ontvangt en Y van $(€ 50.000 + € 10.000)/2 = € 30.000$. Nu de posities van X en Y zijn bezwaard met het fideicommis, dient de te verdelen gemeenschap gewaardeerd te worden. Stel dat men vaststelt dat 90% van de volle waarde genomen kan worden.⁵⁷⁸ De inbreng heeft dan als resultaat dat X in waarde $((€ 45.000 + € 10.000)/2) - € 10.000 = € 17.500$ ontvangt. Hij krijgt van de te verdelen € 60.000 dan € 19.444, waarvan de waarde overeenkomt met € 17.500 (= 90% * € 19.444). Y ontvangt in waarde $(€ 45.000 + € 10.000)/2 = € 27.500$. Van de te verdelen € 60.000 krijgt Y € 30.555, waarvan de waarde overeenkomt met € 27.500 (= 90% * € 30.555).

Stel dat de insteller X1 en X2 tot verwachters benoemt van het erfdeel van X. X1 heeft € 10.000 als schenking van de insteller ontvangen, met de verplichting tot inbreng. Treedt de voorwaarde in vervulling en gaan X1 en X2 over tot verdeling, dan vindt wederom inbreng plaats. De in art. 4:233 lid 1 BW genoemde rentecompensatie (waardoor de waarde van de gift wordt verhoogd met 6% rente) gaat lopen 'vanaf de dag dat de nalatenschap is opengevallen'. Ik ga ervan uit dat hiermee wordt bedoeld het openvallen van de 'tweede' nalatenschap, zodat de rente pas na de vervulling van de voorwaarde gaat lopen. Geabstraheerd van die rente vindt dan een 'normale' inbreng plaats. Stel dat de

⁵⁷⁷ Ik merk nog op dat de bepaling van art. 4:232 lid 2 BW, waarin is opgenomen dat het recht op de verplichting tot inbreng van een erfgenaam mede overgaat bij overgang van het erfdeel van die erfgenaam, ziet op de situatie dat de erfgenaam onvoorwaardelijk erft en zijn erfdeel wederom overgaat (onder algemene of bijzondere titel) op de rechtverkrijgende van die erfgenaam. Het ziet niet op de situatie dat de bezwaarde voorwaardelijk erft, waarna dat erfdeel bij de vervulling van de voorwaarde overgaat op de verwachter.

⁵⁷⁸ Zie § 3.4 voor enkele opmerkingen over de waardering van de erfdelen van de bezwaarde en verwachter.

nalatenschap dan nog steeds € 50.000 bedraagt: X1 ontvangt € 20.000 en X2 € 30.000.

Tot slot, stel wederom dat X1 en X2 verwachters zijn van X en Y1 en Y2 verwachters zijn van Y. X1 heeft € 10.000 als schenking van de insteller ontvangen. Zou de voorwaarde in vervulling zijn gegaan ten aanzien van X en de nalatenschap tussen X en Y onverdeeld zijn gebleven, dan kunnen Y en X2 bij de verdeling om inbreng door X1 vragen. Was de nalatenschap tussen X en Y verdeeld, dan zou inbreng slechts tussen X1 en X2 plaatsvinden.

Men bedenke dat vele interessante en complexe voorbeelden te bedenken zijn, waar de inbrengregeling nog ergere hoofdbrekens kost. Een verdere uitweiding over inbreng gaat het bestek van dit boek echter te buiten.

5.2.6 Het fideicommis en de wettelijke verdeling

De wettelijke verdeling (art. 4:13 e.v. BW) maakt deel uit van het versterkerrecht. De nalatenschap van de erflater die een echtgenoot en een of meer kinderen als erfgenamen achterlaat, wordt, tenzij de erflater bij uiterste wilsbeschikking heeft bepaald dat afdeling 4.3.1 BW geheel buiten toepassing blijft, zodanig verdeeld dat de echtgenoot van rechtswege de goederen van de nalatenschap verkrijgt.⁵⁷⁹ De voldoening van de schulden van de nalatenschap komt voor zijn rekening. Ieder van de kinderen verkrijgt als erfgenaam van rechtswege een geldvordering ten laste van de echtgenoot, overeenkomend met de waarde van zijn erfdeel. Zijn de echtgenoot en/of één of meer van de kinderen belast met een fideicommis, dan rijst de vraag of dit te combineren is met de wettelijke verdeling.

Stel dat de insteller voor iedere erfgenaam, dus ook voor de langstlevende, een fideicommis heeft ingesteld. De langstlevende en de kinderen zijn dus bezwaarden. Wie verwachters zijn kan hier in het midden blijven. Heersende leer⁵⁸⁰ is dat in dit geval de toepassing van de wettelijke verdeling geen enkel

⁵⁷⁹ Hoewel bij een wettelijke verdeling geen sprake is van een echte verdeling in de zin van afd. 3.7 BW, is een aantal bepalingen van afd. 3.7 BW wel op de wettelijke verdeling van toepassing. Vgl. *Asser/Perrick 4* 2013/70, 83 en 84.

⁵⁸⁰ Zie P. Blokland en A.H.N. Stollenwerck, *Handboek Familievermogensrecht 2013/2014*, p. 769 met verdere literatuurverwijzingen. Anders: G.G.B. Boelens en P.C. van Es in *Wettelijke verdeling en fidei-commis; een (on)mogelijke combinatie?*, WPNR 2014/7016, althans zo lijken zij in hun conclusie te stellen. Voor hen is een aantal gesignaleerde complicaties van dien aard dat zij aannemen dat een combinatie van de wettelijke verdeling en het fideicommis niet mogelijk is. Dat speelt volgens hen in de situatie dat de ontbindende voorwaarde kan intreden vóór het overlijden van de langstlevende echtgenoot, terwijl de verwachter een ander is dan de in de wettelijke verdeling betrokken kinderen. De gesignaleerde complicaties zijn mijns inziens niet zo

bezwaar ontmoet. Niet de wettelijke verdeling zelf is voorwaardelijk, maar slechts de daaruit voortvloeiende verkrijgingen.⁵⁸¹ De onderbedelingsvoorwaarden vormen voor de kinderen de verkrijging uit de nalatenschap. Anders dan

fundamenteel. Het rechtvaardigt zeker de daaruit getrokken conclusie niet dat het fideicommiss en de wettelijke verdeling onverenigbaar zijn. Ik laat hierna van een paar door hen genoemde complicaties zien dat het zo gecompliceerd niet is. Genoemde auteurs ervaren een probleem met de opeisbaarheid als de ontbindende voorwaarde eerder intreedt en de schuld aan de kinderen uit de wettelijke verdeling overgaat op de verwachter. Ik noem deze verwachter hierna X, niet zijnde een kind van de insteller van het fideicommiss. Dat het fideicommissaire vermogen, inclusief de schuld aan de kinderen, overgaat op X, houdt nog niet in dat de vordering van de kinderen opeisbaar is. Die opeisbaarheid blijft gewoon verbonden aan het overlijden van de langstlevende echtgenoot van de insteller. Ik zie geen probleem.

Vervolgens stellen zij dat het wilsrecht van de kinderen van art. 4:19 BW niet langer jegens de langstlevende echtgenoot maar jegens X uitgeoefend moet worden. Hoewel het laten ontstaan van deze situatie geen aanbeveling verdient (en de insteller er dus verstandig aan doet dit bij de vormgeving van de wilsrechten te voorkomen), zie ik geen fundamenteel probleem: het wilsrecht kan nog steeds uitgeoefend worden (jegens X) als de langstlevende echtgenoot aangifte heeft gedaan van zijn voornemen opnieuw een huwelijk te willen aangaan. Als extra argument wil ik hier te berde brengen dat, in een situatie dat geen sprake is van een fideicommiss, de schuld van de langstlevende echtgenoot aan de kinderen ook over kan gaan op een derde middels schuldoverneming (art. 6:155 BW). Dat is de omgekeerde situatie van art. 4:25 lid 5 BW: niet het kind draagt zijn vordering over, maar de langstlevende draagt de schuld over. Dat de kinderen toestemming moeten verlenen voordat de overneming werking heeft jegens hen, laat onverlet dat de schuld kan overgaan. In dat geval speelt dezelfde vraag over de wilsrechten. Dat is toch geen reden om de wettelijke verdeling onmogelijk te achten?

Tot slot wordt opgemerkt dat de langstlevende echtgenoot bij een fideicommiss in combinatie met de wettelijke verdeling niet toekomt aan de vestiging van een verzorgingsvruchtgebruik op grond van art. 4:29 BW en art. 4:30 BW. Ik zie dat anders: de woorden in art. 4:29 lid 1 BW ‘Voor zover de echtgenoot van de erflater tengevolge van uiterste wilsbeschikkingen van de erflater niet of niet enig rechthebbende is’ dienen in het kader van het fideicommiss gelezen te worden als ‘Voor zover de echtgenoot van de erflater tengevolge van uiterste wilsbeschikkingen van de erflater niet of niet onvoorwaardelijk rechthebbende is’. Met andere woorden: de langstlevende hoeft niet te wachten tot de ontbindende voorwaarde in vervulling gaat, maar kan – binnen de termijnen van art. 4:31 lid 2 BW – direct aanspraak maken op het verzorgingsvruchtgebruik. Als dat verzorgingsvruchtgebruik tot stand komt rust het vruchtgebruik op het recht van de verwachter. Dat lijkt daarmee op de regeling van art. 4:30 lid 2 BW.

⁵⁸¹ *Asser/Perrick 4 2013/70* stelt ten onrechte dat als de ontbindende voorwaarde ten aanzien van de langstlevende wordt vervuld, met ingang van het tijdstip van vervulling van de voorwaarde een gemeenschap ontstaat, zijnde óf een ontbonden huwelijksgemeenschap waarvan de langstlevende krachtens huwelijksgoederenrecht en de kinderen als enige erfgenamen de deelgenoten zijn óf een gemeenschap van een nalatenschap waarvan de kinderen de enige erfgenamen zijn. Anders dan bij de ongedaanmaking van de wettelijke verdeling (art. 4:18 lid 1 BW), die terugwerkt tot aan het overlijden van de insteller (art. 4:18 lid 2 BW), blijft de wettelijke verdeling in dit geval in stand. De door de langstlevende uit de wettelijke verdeling verkregen goederen en schulden der nalatenschap (art. 4:13 lid 2 BW) en de schulden aan de kinderen (art. 4:13 lid 3 BW) gaan over op de kinderen als verwachters. Het is dan ook niet zo, zoals Perrick stelt, dat zodra vaststaat dat de ontbindende voorwaarde niet zal worden vervuld, de wettelijke verdeling onvoorwaardelijk is geworden. Ook als de ontbindende voorwaarde wel wordt vervuld, blijft de eenmaal tot stand gekomen wettelijke verdeling definitief.

bij een normale verdeling⁵⁸² komt hier de vraag of toestemming van de verwachters nodig is, niet ter sprake. De wet zelf bewerkstelligt de verdeling. Maar net als bij een gewone verdeling, kan hier de vraag gesteld worden waar de voorwaarde op rust.⁵⁸³ Evenals bij een gewone verdeling pleit ik ervoor dat bij de langstlevende *de gehele* uit de wettelijke verdeling verkregen goederen en schulden (waaronder ook begrepen de schulden aan de kinderen) onder het fideicommissaire vermogen vallen. Bij de kinderen rust het fideicommiss op de onderbedelingsvorderingen.

Maar wat nu als de langstlevende geen bezwaarde, maar verwachter is. Of als de kinderen geen bezwaarden maar verwachters zijn. Is in die situaties de ‘latere’ toepassing van de wettelijke verdeling nog denkbaar? Stel dat door de vervulling van de voorwaarde (alsnog) voldaan wordt aan het vereiste van art. 4:13 lid 1 BW dat de erflater ‘een echtgenoot en een of meer kinderen als erfgenamen’⁵⁸⁴ achterlaat’. Werkt de wettelijke verdeling dan, op het moment van het in vervulling gaan van de voorwaarde? Ik beantwoord de vraag bevestigend. Ook hier is niet de wettelijke verdeling zelf voorwaardelijk: slechts de inwerking-treding van de wettelijke verdeling is gebonden aan de vervulling van een aan de erfstelling verbonden opschortende voorwaarde.⁵⁸⁵

Ik geef een voorbeeld van de toepassing van de ‘latere’ wettelijke verdeling: A benoemt zijn echtgenote B voor 1% tot onvoorwaardelijk erfgenaam en voor 99% tot bezwaarde. Hij benoemt zijn kinderen voor 99% tot verwachters. De ontbindende voorwaarde bestaat (onder andere) uit het hertrouwen van B. Stel dat B hertrouwt en de verwachters nog leven. Op dat moment treedt de voorwaarde in werking. B is nog en blijft voor 1% erfgenaam, zijn kinderen zijn voor 99% (onvoorwaardelijke) erfgenamen. De wettelijke verdeling treedt in werking. Omdat de vervulling van de voorwaarde geen terugwerkende kracht heeft,⁵⁸⁶ worden de onderbedelingsvorderingen van de kinderen berekend naar de waarde van (het saldo van) de nalatenschap ten tijde van het in vervulling

⁵⁸² Zie § 5.2.1.

⁵⁸³ Zie § 5.2.1.

⁵⁸⁴ Welk begrip ‘erfgenamen’ in art. 4:13 lid 1 BW als ‘onvoorwaardelijke erfgenamen of erfgenamen onder ontbindende voorwaarde’ moet worden gelezen.

⁵⁸⁵ Voor de woorden ‘binnen een jaar na het overlijden van de erflater’ van art. 4:16 lid 2 BW dient dan mijns inziens te worden gelezen ‘binnen een jaar na het tijdstip waarop de wettelijke verdeling van toepassing wordt’. Ook de in art. 4:13 lid 4 BW genoemde inflatiecorrectie dient in te gaan vanaf het tijdstip waarop de wettelijke verdeling van toepassing wordt. Ten slotte gaat de driemaandstermijn van art. 4:18 lid 1 BW pas lopen vanaf laatstbedoeld tijdstip.

⁵⁸⁶ Art. 3:38 lid 2 BW.

gaan van de voorwaarde.⁵⁸⁷ Een voordeel hiervan kan zijn dat er een ‘eenvoudige’ verhouding (in de vorm van niet-opeisbare vorderingen) tussen B en de kinderen ontstaat. Bij overlijden van B zal dan, zeker als zij haar nieuwe echtgenoot tot erfgenaam heeft benoemd, geen (of een minder) gecompliceerde goederenrechtelijke verhouding bestaan.

Een variant: de ontbindende voorwaarde bestaat uit de definitieve opname van B in een zorgcentrum. Stel dat A en B in gemeenschap van goederen getrouwd waren en het huis na het overlijden van A ‘onverdeeld’ is gebleven. Het mooie van een ‘latere’ wettelijke verdeling is dat B als enig eigenaar bevoegd blijft tot verkoop, terwijl (99% van) de waarde op dat moment via de wettelijke verdeling aan de kinderen toekomt.⁵⁸⁸

5.3 Het fideicommis en de huwelijksgemeenschap

In deze paragraaf wordt stilgestaan bij de vraag of de rechtspositie van de bezwaarde (m.b.t. de goederen en schulden die hij erft) respectievelijk van de verwachter, in een gemeenschap van goederen valt, waarin de bezwaarde respectievelijk de verwachter is gehuwd. Verder wordt ingegaan op de situatie na ontbinding van de huwelijksgemeenschap, zowel bij leven als bij overlijden van de bezwaarde respectievelijk de verwachter.⁵⁸⁹

Heeft de erflater aan de fideicommissaire erfstelling een uitsluitingsclausule verbonden (art. 1:94 lid 2 aanhef en sub a BW), dan valt het fideicommissaire vermogen zowel voor de bezwaarde als voor de verwachter – in goederenrechtelijke zin – niet in de gemeenschap waarin hij is gehuwd.⁵⁹⁰ In voorkomende gevallen heeft de erflater de uitsluitingsclausule zelf voorwaardelijk gemaakt (een ‘zachte’ uitsluitingsclausule). Ik ga hieronder in op de situatie dat de uitsluitingsclausule voorwaardelijk is in geval van overlijden van de verkrijger en/of diens echtgenoot. Een dergelijke ‘zachte’ uitsluitingsclausule kan als volgt luiden: ‘De uitsluitingsclausule heeft geen gevolg wanneer

⁵⁸⁷ Het ‘tijdstip onmiddellijk na het overlijden van de erflater’ in art. 4:6 BW dient met het oog op de vervulling van de fideicommissaire voorwaarde gelezen te worden als het ‘tijdstip onmiddellijk na het in vervulling gaan van de voorwaarde’.

⁵⁸⁸ In de clausulering van de wettelijke verdeling kan A als opeisingsgrond ook de definitieve opname van B in het zorgcentrum opnemen.

⁵⁸⁹ Zie hierover ook Van Mourik & Verstappen, *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding*, Algemeen deel A 2014, hoofdstuk 4, paragraaf 4.4.3, L.C.A. Verstappen, *Rechtsopvolging onder algemene titel*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. LXXII, Kluwer: Deventer 1996, p. 403-414, A.H.N. Stollenwerck, *Het fidei-commis de residuo*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1986, p. 98-107, *Asser/De Boer 1* 2010/315* en Klaassen-Luijten & Meijer I, *Huwelijksgoederenrecht*, nr. 222-224.

⁵⁹⁰ Dit geldt ook voor het geregistreerd partnerschap.

het huwelijk van de verkrijger door overlijden⁵⁹¹ wordt ontbonden. In dat geval moet er door de gerechtigden in de gemeenschap verrekend worden alsof de uitsluitingsclausule niet is gemaakt.’

In het geval de gemeenschap van goederen door het overlijden van de echtgenoot van de *bezwaarde* wordt ontbonden, moeten de deelgenoten de waarde van het fideicommissaire vermogen bij de verdeling van de ontbonden gemeenschap verrekenen. Immers, de ontbindende voorwaarde wordt door het overlijden van de echtgenoot van de *bezwaarde* niet vervuld, terwijl het fideicommissaire vermogen wel een waarde vertegenwoordigt.⁵⁹² Die waarde moet worden verrekend. Wordt de gemeenschap van goederen ontbonden door het overlijden van de *bezwaarde*, dan komt, gesteld dat er nog verwachters zijn, het fideicommissaire vermogen aan de verwachters toe en valt er niets meer te verrekenen.

Voor de gemeenschap waarin de *verwachter* is gehuwd werkt zo’n ‘zachte’ uitsluitingsclausule als volgt uit. In het geval de gemeenschap van goederen door het overlijden van de verwachter wordt ontbonden, is hij geen verwachter (hij overleeft de *bezwaarde* immers niet) en valt er niets te verrekenen. Overlijdt de echtgenoot van de verwachter, dan moeten de deelgenoten de waarde van de fideicommissaire aanspraak bij de verdeling van de ontbonden gemeenschap verrekenen.

In de volgende paragrafen ga ik ervan uit dat de insteller geen uitsluitingsclausule heeft opgenomen in de uiterste wilsbeschikking.

5.3.1 Positie bezwaarde tijdens bestaan gemeenschap

In deze paragraaf komt de positie van de *bezwaarde* aan de orde tijdens het bestaan van de gemeenschap waarin hij is gehuwd. In § 5.3.2 wordt besproken wat gebeurt als de gemeenschap wordt ontbonden.

5.3.1.1 Zuiver fideicommiss

Eerst ga ik in op de situatie dat sprake is van een *zuiver fideicommiss*. De *bezwaarde* mag niet, althans niet zonder toestemming van de verwachter, onvoorwaardelijk vervreemden en verteren. De fideicommissaire goederen en schulden vallen mijns inziens zonder meer in de gemeenschap. De uitzondering op grond waarvan een fideicommissair goed buiten de gemeenschap blijft is

⁵⁹¹ Dat kan dus zowel het overlijden van de verkrijger als van dat van zijn echtgenoot zijn.

⁵⁹² De waardering van het voorwaardelijke vermogen besprak ik in § 3.4.

ofwel dat sprake is van een uitsluitingsclausule (art. 1:94 lid 2 aanhef en sub a en lid 5 aanhef en sub a BW), quod non, ofwel dat sprake is van een verknocht goed (art. 1:94 lid 3 en lid 5 aanhef en sub a BW). Van Mourik⁵⁹³ wijst erop dat de Hoge Raad bij herhaling heeft aangegeven dat de vraag of sprake is van verknochtheid, mede afhangt ‘van de aard van dat goed, zoals deze aard mede door de maatschappelijke opvattingen wordt bepaald’.⁵⁹⁴ Ik vermag niet in te zien waarom een goed dat iemand onder ontbindende voorwaarde verkrijgt, van dien aard is dat verknochtheid kan worden aangenomen. Denkt men daar anders over, geldt dat dan bijvoorbeeld ook voor een goed dat onder eigendomsvoorbehoud is overgedragen en dat door de verkrijger onder een voorwaarde wordt gehouden? Mijns inziens kan juist gesteld worden dat het bij een fideicommissair goed per definitie geen verknocht goed kan zijn.⁵⁹⁵ Bij verknochte goederen denkt men ook aan onvervreembare en hoogstpersoonlijke rechten.⁵⁹⁶ Nu kan gedacht worden dat, omdat de bezwaarde niet mag vervreemden, het een onvervreemdbaar en hoogstpersoonlijk recht betreft. Maar dat is schijn. De bezwaarde mag niet onvoorwaardelijk vervreemden *zonder* toestemming van de verwachter; *met* toestemming natuurlijk wel. De bezwaarde kan en mag *zonder toestemming* van de verwachter wel zijn ‘voorwaardelijke’ positie overdragen. De verkrijger verkrijgt het goed dan onder de bestaande fideicommissaire voorwaarde. Van een onvervreemdbaar en hoogstpersoonlijk recht is geen sprake. Dat de insteller het onwenselijk zou hebben gevonden dat de goederen in de huwelijksgemeenschap vallen, doet naar mijn mening niet ter zake, aangezien hij het vallen van het goed in de huwelijksgemeenschap had kunnen voorkomen door een uitsluitingsclausule op te nemen.

In de literatuur is de kwestie eerder aan de orde gekomen. Ik herinner de lezer eraan dat het nog steeds over het *zuiver fideicommiss* gaat. Verstappen lijkt zich

⁵⁹³ Mon. Privaatrecht 12 (Van Mourik), *Huwelijksvermogensrecht*, nr. 50.

⁵⁹⁴ Recent nog in HR 30 maart 2012, NJ 2012/407, m.nt. Wortmann en HR 7 december 2012, NJ 2013/141, m.nt. Verstappen. In genoemde arresten wordt overwogen dat de beantwoording van de vraag of sprake is van verknochtheid afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, waaronder *met name* – dus niet uitsluitend – de aard van het goed/de schuld, zoals deze mede door de maatschappelijke opvattingen wordt bepaald.

⁵⁹⁵ Laat de erflater een goed na dat bij de erflater zelf als verknocht wordt aangemerkt (bijvoorbeeld een recht op uitkering wegens letselschade), dan is dat goed (die uitkering) voor de bezwaarde mijns inziens niet meer verknocht.

⁵⁹⁶ Zie daarover B. Breederveld, *De aangepaste gemeenschap van goederen in verband met echtscheiding*, Serie Recht en Praktijk, Personen- en Familierecht, Kluwer: Deventer 2011, p. 117 e.v. Met Breederveld ben ik – zeker als het gaat om fideicommissaire goederen – van mening dat sprake is van het, in goederenrechtelijke zin, *wel of niet* vallen in de gemeenschap van de goederen. Het valt er goederenrechtelijk niet *een beetje* in.

onder het nieuwe (erf)recht (sinds 2003) aan te sluiten bij de mening die hij onder het oude recht verkondigde,⁵⁹⁷ namelijk dat de goederen niet in de huwelijksgemeenschap vallen, omdat dit niet strookt met de bewaarplicht van de bezwaarde. Zoals hiervoor aangegeven kan ik mij niet in dit standpunt vinden. Van Mourik⁵⁹⁸ is, vanwege het feit dat hij de schuldeiser van de echtgenoot van de bezwaarde liever buiten de deur houdt, van mening dat goederen die zijn verkregen krachtens een zuivere fideicommissaire making, buiten de gemeenschap vallen (als verknochte goederen, art. 1:94 lid 3 BW), ofwel er wel in vallen doch zich onttrekken aan verhaalsmogelijkheden voor schulden van de echtgenoot. Hij geeft als argument dat de eenvoud ermee is gediend als het goed buiten de gemeenschap valt en dat tot de gemeenschap een vergoedingsrecht van de bezwaarde kan worden gerekend. Ik kan mij niet verenigen met deze redenering. Het lost mijns inziens niets op wanneer men stelt dat tot de gemeenschap een vergoedingsrecht van de bezwaarde kan worden gerekend. Dan kan het vergoedingsrecht immers als verhaalsobject dienen. Hoe dient men dat vergoedingsrecht te kwalificeren? Mijns inziens wederom als een voorwaardelijk recht (onder ontbindende waarde). Men komt dan in een vicieuze cirkel. Luijten en Meijer⁵⁹⁹ zijn eveneens van mening dat fideicommissaire goederen buiten de gemeenschap vallen. Als argument geven zij dat de echtgenoot van de bezwaarde als verkrijger onder algemene titel door boedelmenging, rekening heeft te houden met de interne verhouding tussen de bezwaarde en verwachter en derhalve niet als ‘derde’ heeft te gelden. Die interne verhouding ziet mijns inziens op bevoegdheden en verplichtingen die uit de vruchtgebruiktitel voortvloeien en die gelden tussen de bezwaarde en verwachter. De verwachter blijft, nadat de goederen in de gemeenschap van de bezwaarde en diens echtgenoot zijn gevallen, zijn bevoegdheden uitoefenen jegens de bezwaarde op grond van het feit dat het goed onder bestuur van de bezwaarde staat (art. 1:97 lid 1 BW).⁶⁰⁰ Ik denk dat hun argument geen hout snijdt. Kraan⁶⁰¹ vindt dat het fideicommissaire vermogen in de gemeenschap valt. Zijns inziens is toedeling van het fideicommissaire vermogen aan de echtgenoot van de bezwaarde *praktisch* uitgesloten, omdat de bezwaarde het

⁵⁹⁷ Van Mourik & Verstappen, *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding*, Algemeen deel A 2014, hoofdstuk 4, paragraaf 4.4.3 en L.C.A. Verstappen, *Rechtsopvolging onder algemene titel*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. LXXII, Kluwer: Deventer 1996, p. 403 e.v., met name p. 407.

⁵⁹⁸ Mon. Privaatrecht 12 (Van Mourik), *Huwelijksvermogensrecht*, nr. 51, p. 80-81.

⁵⁹⁹ Klaassen-Luijten-Meijer I, *Huwelijksgoederenrecht*, nr. 222.

⁶⁰⁰ Na ontbinding van de gemeenschap komen de bevoegdheden respectievelijk rusten de verplichtingen uit titel 3.8 BW, zolang de gemeenschap niet wordt verdeeld, in beginsel toe aan respectievelijk op beide echtgenoten (art. 3:170 BW).

⁶⁰¹ C.A. Kraan, *Het huwelijksvermogensrecht*, zesde druk, Boom: Den Haag 2012, p. 89.

vermaakte in stand moet houden. Mijns inziens berust dit op een ‘oude lezing’ van het fideicommiss (zoals dat gold onder het oude recht), waarin die ‘bewaarplicht’ nog een afzonderlijke functie vervulde. Hoewel art. 4:138 lid 2 BW nu nog dezelfde terminologie hanteert, heeft de bewaarplicht inhoudelijk niets anders te betekenen dan dat de bezwaarde in beginsel niet anders over het vermaakte kan beschikken dan onder bezwaar van het recht van de verwachter daarop (en dat de bezwaarde in beginsel niet mag verteren). Hij kan het fideicommissaire vermogen wel ‘in voorwaardelijke staat’ overdragen (of toedelen) aan een ander. Ik kan mij daarom niet verenigen met het standpunt van Kraan. Tot slot vermeld ik opvatting van De Boer.⁶⁰² Hij is van mening dat de voorwaardelijke nagelaten goederen in de gemeenschap vallen. Onder omstandigheden kan de bezwaarde bij ontbinding van de gemeenschap (anders dan door zijn overlijden) volgens De Boer op grond van de redelijkheid en billijkheid toedeling verlangen. Ik kan mij vinden in zijn opvatting.

Theoretisch rijst nog de vraag, die met het karakter van de gemeenschap samenhangt, of de echtgenoot van de bezwaarde tijdens het huwelijk ‘*gerechtigd*’ wordt tot de fideicommissaire goederen. Anders dan Breederveld,⁶⁰³ ben ik van mening dat de echtgenoot inderdaad in goederenrechtelijke zin ‘gerechtigd’ wordt tot de goederen.⁶⁰⁴ Anders dan onder meer Nuytinck,⁶⁰⁵ ben ik met onder meer Verstappen⁶⁰⁶ van mening dat die gerechtigdheid tijdens het bestaan van de gemeenschap ziet op de helft van de fideicommissaire goederen.

Op de fideicommissaire goederen is verhaal mogelijk door schuldeisers van de echtgenoot van de bezwaarde, met dien verstande dat schuldeisers uiteraard voor die schulden niet anders kunnen uitwinnen dan onder bezwaar van de fideicommissaire voorwaarde.

5.3.1.2 Fideicommiss de residuo

Bij een *fideicommiss de residuo* is de bezwaarde *bevoegd* tot vervreemding en vertering van de fideicommissaire goederen. Wordt de echtgenoot van de bezwaarde bij het aangaan van een huwelijk in de wettelijke gemeenschap van

⁶⁰² Asser/De Boer 1* 2010/315.

⁶⁰³ B. Breederveld, *De aangepaste gemeenschap van goederen in verband met echtscheiding*, Serie Recht en Praktijk, Personen- en Familierecht, Kluwer: Deventer 2011, p. 53-57.

⁶⁰⁴ Zie ook C.A. Kraan, *Het huwelijksvermogensrecht*, zesde druk, Boom: Den Haag 2012, p. 57-58.

⁶⁰⁵ A.J.M. Nuytinck, *Gerechtigdheid voor het geheel in geval van wettelijke gemeenschap*, WPNR 2012/6955.

⁶⁰⁶ Zie de annotatie van L.C.A. Verstappen in NJ 2013/140 onder het arrest van de Hoge Raad van 5 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9239.

goederen, voor de helft en zonder dat op die helft nog een fideicommissaire voorwaarde rust, gerechtigd tot het fideicommissaire vermogen? Wat de activakant betreft neem ik met Verstappen⁶⁰⁷ aan dat het aangaan van het huwelijk een bijzonder soort vervreemdings- en verteringshandeling kan zijn, althans als de bezwaarde dat kenbaar maakt.⁶⁰⁸ Niet één maar twee personen worden dan gerechtigd tot het vermogen. En zoals dat gaat met in beginsel ieder ander goed dat tot de gemeenschap gaat behoren, ‘verliest’ degene die dat goed ten huwelijk aanbrengt of tijdens het huwelijk verkrijgt, door de boedelmenging de helft van dat goed. Zij het dat men van een *voltooide* vermogensverschuiving nog niet kan spreken. Dat wordt pas het geval bij de ontbinding van de gemeenschap. Op de vraag of het aangaan van het huwelijk, als zijnde een bijzonder soort vervreemdings- en verteringshandeling, tot gevolg heeft dat het residuaire fideicommissaire vermogen als (gedeeltelijk) vervreemd en verteerd dient te worden beschouwd, ga ik hierna in, maar niet nadat met betrekking tot het fideicommissaire residuo een kort overzicht is gegeven van de opvattingen in de literatuur.

Van Mourik⁶⁰⁹ is van mening dat goederen die zijn verkregen krachtens een residuaire fideicommissaire making zonder meer in de gemeenschap vallen. Hij beargumenteert niet waarom hij zo’n groot belang hecht – ten opzichte van zijn stellingen over het zuiver fideicommissaire – aan de vervreemdings- en verteringsbevoegdheid die de bezwaarde heeft. Luijten en Meijer⁶¹⁰ zijn eveneens van mening dat residuaire fideicommissaire goederen in de gemeenschap vallen. Dat heeft volgens hen echter niet tot resultaat dat de goederen voor de helft ‘verloft’ zijn van de voorwaarde. Kraan⁶¹¹ vindt dat het fideicommissaire vermogen in de gemeenschap valt. Hij merkt op dat wanneer de gemeenschap wordt ontbonden door het overlijden van de bezwaarde, het gehele nog aanwezige fideicommissaire vermogen toevalt aan de verwachter. De Boer⁶¹² is van mening dat de krachtens residuaire fideicommissaire making verkregen goederen in de gemeenschap vallen. Bij het in vervulling gaan van de voorwaarde worden deze

⁶⁰⁷ L.C.A. Verstappen, *Rechtsopvolging onder algemene titel*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. LXXII, Kluwer: Deventer 1996, p. 406.

⁶⁰⁸ Vgl. de situatie dat de bezwaarde de bevoegdheid krijgt om bij testament over het fideicommissaire vermogen te beschikken, waarover uitgebreid § 1.6.2 inzake het boerenplaatsje-arrest. Ik lees het arrest zo dat sprake is van een bijzondere vervreemdings- en verteringshandeling ten behoeve van een erfgenaam van de bezwaarde. In casu gaat het dan om een bijzondere vervreemdings- en verteringshandeling ten behoeve van de echtgenoot van de bezwaarde.

⁶⁰⁹ Mon. Privaatrecht 12 (Van Mourik), *Huwelijksvermogensrecht*, nr. 51, p. 80-81.

⁶¹⁰ Klaassen-Luijten-Meijer I, *Huwelijksgoederenrecht*, nr. 223.

⁶¹¹ C.A. Kraan, *Het huwelijksvermogensrecht*, zesde druk, Boom: Den Haag 2012, p. 89.

⁶¹² Asser/De Boer 1* 2010/315.

volgens hem echter weer aan de gemeenschap onttrokken. De standpunten van Kraan en De Boer komen op hetzelfde neer als wat Luijten en Meijer zeggen. Stollenwerck⁶¹³ is onder het oude recht van mening dat de residuaire fideicommissaire goederen in de gemeenschap vallen. Maar ook hij vindt dat de boedelmenging geen vervreemding en vertering inhoudt.

In de literatuur wordt mijns inziens niet voldoende ingegaan op de *bevoegdheid* van de bezwaarde tot vervreemding en vertering van de fideicommissaire goederen. Als de bezwaarde van die *bevoegdheid* gebruik maakt bij het aangaan van (of tijdens⁶¹⁴) het huwelijk, heeft de boedelmenging mijns inziens tot gevolg dat de echtgenoot (onder algemene titel) in de (helft van de) fideicommissaire goederen opvolgt. Om dit te bereiken, dient de bezwaarde naar buiten toe kenbaar te maken dat hij van zijn bevoegdheid gebruik maakt.⁶¹⁵ De echtgenoot wordt geen *schuldenaar* van de schulden. Toch behoren de schulden (in economische zin) wel tot de gemeenschap.

Men kan misschien nog stellen dat een dergelijke specifieke bevoegdheid tot vervreemding en vertering door de insteller aan de bezwaarde toegekend *moet* worden. Vergelijk daartoe de bevoegdheid die de insteller aan de bezwaarde *moet* toekennen om bij uiterste wil het fideicommissaire vermogen te kunnen vervreemden en verteren (zo volgt uit het ‘boerenplaatsje-arrest’⁶¹⁶). Maakt de bezwaarde daar gebruik van, dan pas kan het fideicommissaire vermogen overgaan op een ‘derde’.⁶¹⁷ Het is niet waarschijnlijk dat de Hoge Raad heeft

⁶¹³ A.H.N. Stollenwerck, *Het fidei-commis de residuo*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1986, p. 98-107.

⁶¹⁴ Hoe de vervreemdings- en verteringshandeling tijdens het huwelijk precies plaatsvindt is minder helder dan bij het aangaan van een huwelijk. Ik beeld mij in dat het aangaan van het huwelijk gezien kan worden als handeling die *tevens* een vervreemdings- en verteringshandeling inhoudt. Bij een verkrijging van fideicommissair vermogen tijdens het huwelijk stel ik mij voor dat een ‘aantekening’ (dat de bezwaarde wil dat het fideicommissaire vermogen in de gemeenschap valt), die naar buiten toe kenbaar is (vgl. § 2.8.1), mogelijk als vervreemdings- en verteringshandeling kan worden gezien.

⁶¹⁵ Ik zie de ambtenaar van de burgerlijke stand al voor me, die niet alleen vraagt of de bezwaarde ‘alle gevolgen aanvaardt die de wet aan het huwelijk verbindt’, maar ook of hij ‘gebruik wil maken van zijn bevoegdheid om het door hem gehouden fideicommissaire vermogen te vervreemden en verteren, in welk geval de boedelmenging tot gevolg zal hebben dat het fideicommissaire vermogen mede, in onvoorwaardelijke staat, zijn echtgenote toebehoort’, waarna één en ander bij akte wordt vastgelegd.

⁶¹⁶ HR 16 januari 2004, NJ 2004/487 m.nt. Kleijn. Zie noot 150 en § 1.6.2.

⁶¹⁷ Dat kan dan, net als bij het aangaan van een gemeenschap van goederen door een huwelijk te sluiten, *onder algemene titel* plaatsvinden. Overigens hoeft dit niet per se onder algemene titel, omdat de bezwaarde het fideicommissaire vermogen in zo’n situatie kan legateren (of via een last kan nalaten), waarbij de verkrijger onder bijzondere titel verkrijgt.

willen zeggen dat *alleen al* uit de algemeen toegekende vervreemdings- en verteringsbevoegdheid voortvloeit dat *bij uiterste wil* over dat vermogen beschikt mag worden. Maar dat komt mijns inziens doordat met het overlijden van de bezwaarde de voorwaarde normaal gesproken vervuld zou zijn en het recht van de bezwaarde op het fideicommissaire vermogen dus zou zijn geëindigd. Het is dan nodig iets te bedenken waardoor dat recht niet eindigt, waardoor de bezwaarde daarover kan beschikken. Het grote verschil bij het aangaan van een huwelijk in gemeenschap van goederen door de bezwaarde is nu juist dat het recht van de bezwaarde *niet* eindigt. In dat geval lijkt mij de ‘normale’ toegekende vervreemdings- en verteringsbevoegdheid voldoende om het fideicommissaire vermogen in de huwelijksgemeenschap te kunnen laten vloeien. Daarnaast merk ik op dat de bezwaarde van een fideicommissis de residuo het fideicommissaire vermogen ook aan zijn echtgenoot kan *schenken*.⁶¹⁸ Waarom zou dan niet aangenomen mogen worden dat het eenvoudiger kan, namelijk door het aangaan van het huwelijk in gemeenschap van goederen, waarbij de bezwaarde kenbaar maakt dat hij van zijn vervreemdings- en verteringsbevoegdheid gebruik maakt?

Maakt de bezwaarde *geen* gebruik van zijn bevoegdheid tot vervreemding en vertering of oordeelt men dat het niet mogelijk is, dan geldt hetzelfde als bij het zuivere fideicommissis: de goederen behoren ‘in voorwaardelijke staat’ tot de gemeenschap van goederen. In dat geval kan gesteld worden dat uit art. 3:223 BW volgt dat de bezwaarde van zijn bevoegdheid tot vertering nog slechts gebruik mag maken ten aanzien van zijn eigen deel in de gemeenschap, nu de bevoegdheid tot vertering voor het deel waarin zijn echtgenoot in de gemeenschap is gerechtigd, is vervallen. Verdedigbaar is wellicht dat de verteringsbevoegdheid voor de bezwaarde behouden blijft, omdat, anders dan bij een gewone vervreemding, de bestuursbevoegdheid over het fideicommissaire vermogen alleen toekomt aan de bezwaarde en niet aan diens echtgenoot (art. 1:97 lid 1 BW).

5.3.2 Positie bezwaarde na ontbinding gemeenschap

Stel dat de gemeenschap van goederen, waartoe fideicommissaire goederen en schulden behoren, wordt ontbonden. Onderscheiden moet worden tussen

⁶¹⁸ Althans, als de insteller de bezwaarde de bevoegdheid heeft verleend om het fideicommissaire vermogen niet alleen voor gebruikelijke kleine geschenken, maar ook voor ongebruikelijke en grote schenkingen te bestemmen. Zie art. 4:138 lid 2 BW juncto art. 3:215 lid 3 BW.

ontbinding van de gemeenschap bij leven van de bezwaarde⁶¹⁹ en ontbinding door overlijden van de bezwaarde.

5.3.2.1 Bij leven bezwaarde; zuiver fideicommiss

Allereerst de situatie dat sprake is van een zuiver fideicommiss. Wat gebeurt met het fideicommissaire vermogen als de gemeenschap bij leven van de bezwaarde wordt ontbonden? Op grond van art. 1:100 BW hebben de echtgenoten beiden recht op de onverdeelde helft van de fideicommissaire goederen⁶²⁰ en worden zij beiden voor 100% aansprakelijk (art. 1:102 BW) voor de fideicommissaire schulden, zij het dat verhaal bij de echtgenoot van de bezwaarde voor schulden waarvoor hij voordien niet aansprakelijk was, beperkt blijft tot de toegedeelde goederen.⁶²¹ Een voorbeeld. A en B zijn in gemeenschap van goederen getrouwd. Tot de gemeenschap van goederen behoort een huis (€ 100.000) en een hypotheekschuld (€ 50.000), die door A zijn verkregen krachtens een zuivere fideicommissaire erfstelling. A en B dienen een echtscheidingsverzoek in, op grond waarvan de gemeenschap wordt ontbonden.⁶²² A en B kunnen het huis en de hypotheekschuld aan A toedelen.⁶²³ In dat geval krijgt A een overbedelingsschuld aan B. Is dat € 25.000 (de helft van het saldo van de volle waarde van het huis en de schuld)? Nee, mijns inziens dient men bij bepaling van de waarde rekening te houden met het voorwaardelijke karakter van de goederen.⁶²⁴ Stel dat het fideicommissaire vermogen, rekening houdend met het fideicommissaire bezwaar, een waarde heeft € 40.000. De overbedelingsschuld is dan € 20.000. De volgende vraag die rijst is of de overbedelingsschuld een eigen schuld van de bezwaarde is of dat deze behoort tot het fideicommissaire vermogen. Mijns inziens behoort de schuld bij een zuiver fideicommiss tot het eigen vermogen van de bezwaarde. Door het aangaan van het huwelijk in gemeenschap van goederen liep hij immers de kans om er (in vermogensrechtelijk opzicht) beter of slechter van te worden. Hier is mijns

⁶¹⁹ Zie art. 1:99 BW: hiervan is ook sprake als de echtgenoot van de bezwaarde overlijdt.

⁶²⁰ Tenzij anders is bepaald bij huwelijkse voorwaarden of bij een overeenkomst die tussen de echtgenoten bij geschrift is gesloten met het oog op de aanstaande ontbinding der gemeenschap, aldus lid 1 van art. 1:100 BW.

⁶²¹ Voor 2012 betrof de (hoofdelijke) aansprakelijkheid op grond van art. 1:102 BW (oud) nog de helft voor die schulden waarvoor de echtgenoot gedurende het bestaan van de gemeenschap niet aansprakelijk was. Het verschil met de huidige regeling is onder meer dat destijds de schuldeisers zich ook konden verhalen op het privé vermogen van de echtgenoot die op grond van art. 1:102 BW (oud) aansprakelijk werd.

⁶²² Art. 1:99 lid 1 aanhef en onder b BW.

⁶²³ Hier abstraheer ik van de vraag of de verwachter hieraan zijn medewerking of toestemming dient te verlenen. Zie daarover § 5.2.1.

⁶²⁴ Zie over de waardering § 3.4.

inziens geen sprake van een schuld die naar haar aard verbonden is aan het fideicommissaire goed. A had er ook voor kunnen kiezen om het huis en de schuld onverdeeld te laten.

Er kan tevens aan B worden toebedeeld, in welk geval de voorwaarde in beginsel blijft rusten op de toegedeelde goederen en de hypotheekschuld die op B rust tot het fideicommissaire vermogen behoort. A heeft recht op een onderbedelingsvordering, waarop geen voorwaarde rust. De daarmee corresponderende overbedelingsschuld behoort niet tot het fideicommissaire vermogen. B 'koopt' als het ware, met eigen vermogen, een 'voorwaardelijke positie'. Overigens blijft in zo'n situatie de vervulling van de voorwaarde verbonden aan het leven van de bezwaarde.⁶²⁵ A kan zijn helft met toestemming van de verwachter ook onvoorwaardelijk aan B toedelen en leveren. In dat geval komt de voorwaarde te rusten op de onderbedelingsvordering. Daarnaast houdt de verwachter een voorwaardelijke aanspraak op de andere helft die B heeft.

5.3.2.2 Bij leven bezwaarde; fideicommis de residuo

Is er een verschil als sprake is van een fideicommis de residuo? Niet als de bezwaarde *geen* gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid tot vervreemding en vertering aan zijn echtgenoot. Maakt de bezwaarde wel gebruik van die bevoegdheid en oordeelt men met mij dat de voorwaarde ten aanzien van de helft van het vermogen is komen te vervallen, dan heeft toedeling van dat vermogen aan de bezwaarde tot gevolg dat de bezwaarde vermogen verkrijgt waarop voor de helft de fideicommissaire voorwaarde rust. De andere helft verkrijgt hij in zijn eigen vermogen en de daartegenover staande overbedelingsschuld komt ten laste van zijn eigen vermogen.

Toedeling van dat vermogen aan de echtgenoot van de bezwaarde heeft tot gevolg dat die echtgenoot vermogen verkrijgt waarop geen fideicommissaire voorwaarde rust.⁶²⁶ De bezwaarde verkrijgt een onderbedelingsvordering, waarop krachtens zaaksvervanging de fideicommissaire voorwaarde rust (art. 3:213 lid 1 BW). Stel dat in bovenstaand voorbeeld sprake was van een fideicommis de residuo en dat de bezwaarde gebruik heeft gemaakt van zijn

⁶²⁵ Men kan zich afvragen of de vervulling van de voorwaarde nu alleen aan het leven van de bezwaarde (A) blijft hangen of *ook* aan het leven van B. Uit art. 4:138 lid 2 BW juncto 3:203 lid 2 eerste zin BW juncto art. 3:223 BW zou men kunnen afleiden dat, als A nog leeft bij het overlijden van B, het fideicommissaire vermogen kan vererven op de erfgenamen van B! Is dit correct, dan komt dit een erfstelling onder tijdsbepaling (die niet is toegestaan, art. 4:136 BW) nabij. Het kan verkeren.

⁶²⁶ Aangenomen dat de bezwaarde tot onvoorwaardelijke toedeling overgaat op grond van art. 4:138 lid 2 BW juncto art. 3:215 lid 1 BW.

bevoegdheid om te vervreemden en verteren bij het aangaan van het huwelijk. Delen de deelgenoten het huis en de hypotheekschuld aan A toe, dan behoort de helft van het huis en de schuld tot het fideicommissaire vermogen van A; de andere helft behoort tot het eigen vermogen van A. De overbedelingsschuld van A jegens B hoort ook tot het eigen vermogen van A. De waarde van de onverdeelde helft van A in de woning en schuld (die tot het fideicommissaire vermogen behoort) is minder dan die van de helft van B (bij B rust er geen voorwaarde op). De overbedelingsschuld bedraagt daarom minder dan de helft van het saldo van de volle waarde van de woning en de schuld (dus minder dan € 25.000). Stel dat de gesaldeerde waarde van A's helft op € 20.000 te stellen valt. B's helft is € 25.000 waard. Ieder heeft dan recht op € 22.500. A verkrijgt bij toedeling een gesaldeerde waarde van € 45.000 en krijgt een overbedelingschuld aan B van € 22.500. Wordt het huis en de hypotheekschuld aan B toebedeeld, dan vervalt de voorwaarde volledig⁶²⁷ en verkrijgt A een onderbedelingsvordering waarop, krachtens zaaksvervanging, de voorwaarde rust. In die situatie is de waarde van de onderbedelingsvordering hoger dan de helft van het saldo van de volle waarde van de woning en de schuld (dus meer dan € 25.000). Stel wederom dat de gesaldeerde waarde van A's helft € 20.000 was en van B € 25.000. Ieder heeft dan recht op € 22.500. B verkrijgt goederen en schulden met een (onbezwaarde) gesaldeerde waarde van € 50.000. Hij krijgt een overbedelingsschuld aan A van € 27.500, waarvan € 25.000 bezwaard is met de voorwaardelijke aanspraak van de verwachter en € 2.500 niet. Waardeert men A's onderbedelingsvordering, dan verkrijgt hij een bezwaarde vordering van € 25.000 met een waarde van € 20.000 en een onbezwaarde vordering van € 2.500, ofwel samen € 22.500.

5.3.2.3 Door overlijden bezwaarde; zuiver fideicommiss

Wat gebeurt met vermogen dat is verkregen krachtens een zuiver fideicommiss als de gemeenschap door overlijden van de bezwaarde wordt ontbonden? Noch de erfgenamen van de bezwaarde, noch de echtgenoot van de bezwaarde worden gerechtigd tot het fideicommissaire vermogen. Door het in vervulling gaan van de voorwaarde, gesteld dat er nog verwachters zijn, verdwijnen de goederen immers van rechtswege uit de gemeenschap.⁶²⁸ Dat verdeling van de gemeenschap van belang of zelfs vereist is voor het vaststellen van de (omvang van de) nalatenschap van de bezwaarde, doet niet ter zake. Het verdwijnen van

⁶²⁷ Zie noot 626.

⁶²⁸ Ik ga hier niet in op de situatie dat sprake is van vergoedingsrechten en -plichten. Dat kan bijvoorbeeld bij vermenging spelen, in welk geval het fideicommissaire vermogen niet van rechtswege uit het vermogen verdwijnt.

de goederen waarop de voorwaarde rustte (en evenzo van de schulden) heeft niets met de (omvang van de) nalatenschap van de bezwaarde te maken.

5.3.2.4 Door overlijden bezwaarde; fideicommiss de residuo

Wanneer wordt onderschreven dat de helft van het fideicommissaire vermogen kan zijn vervreemd en verteerd en dat in de gegeven situatie ook gebeurt,⁶²⁹ geldt bij een fideicommiss de residuo het volgende: als de gemeenschap door het overlijden van de bezwaarde wordt ontbonden, wordt de verwachter gerechtigd tot de helft van de goederen en schuldenaar van de helft van de schulden der nalatenschap⁶³⁰ en komen daarmee in een (onvoorwaardelijke) onverdeeldheid (ontbonden gemeenschap van goederen) met de langstlevende echtgenoot terecht.

5.3.3 Positie verwachter tijdens bestaan gemeenschap

In deze paragraaf komt de positie van de verwachter die in gemeenschap van goederen is gehuwd ter sprake tijdens het bestaan van de gemeenschap. Daarna (§ 5.3.4) volgt wat gebeurt als de gemeenschap wordt ontbonden.

Valt de volledige rechtspositie van de verwachter in de gemeenschap van goederen waarin hij is gehuwd? Wat betreft het voorwaardelijke recht op de *goederen* denk ik dat zonder meer sprake is van een vallen in de gemeenschap van goederen. Men kan zeggen dat de voorwaardelijke schulden in zekere zin ook in de gemeenschap vallen. In ieder geval zouden die voorwaardelijke schulden moeten meewegen bij de bepaling van de waarde van de aanspraak van de verwachter op het fideicommissaire vermogen. Het maakt hier in goederenrechtelijke zin niet uit of sprake is van een zuiver fideicommiss of van een fideicommiss de residuo. De al dan niet van toepassing zijnde vervreemdings- en verteringsbevoegdheid is slechts van invloed op de goederenrechtelijke positie van de bezwaarde en niet op die van de verwachter. In economische zin maakt het voor de verwachter wel uit of de bezwaarde mag vervreemden en verteren. Uitgangspunt zal zijn dat bij een fideicommiss de residuo de voorwaardelijke rechten en plichten van de verwachter per saldo een lagere waarde hebben dan in geval van een zuiver fideicommiss.⁶³¹

⁶²⁹ Kan men zich niet verenigen met dit standpunt, dan zou de situatie niet anders zijn dan bij een zuiver fideicommiss.

⁶³⁰ De draagplicht betreft voor beide echtgenoten de helft, de aansprakelijkheid vloeit voort uit art. 1:102 BW.

⁶³¹ Zie § 3.4.

5.3.4 Positie verwachter na ontbinding gemeenschap

Stel dat de gemeenschap van goederen, waartoe de rechten van de verwachter behoren, wordt ontbonden. Onderscheiden moet wederom worden tussen een ontbinding bij leven en door overlijden.

5.3.4.1 Bij leven verwachter

Eindigt de gemeenschap bij leven van de verwachter, dan maakt de voorwaardelijke aanspraak deel uit van de ontbonden gemeenschap. Ieder der echtgenoten⁶³² is voor de helft gerechtigd tot de voorwaardelijke aanspraken op de fideicommissaire goederen. Men dient aan te nemen dat iets soortgelijks geldt voor de ‘voorwaardelijke’ schulden (in economische zin). Wordt de voorwaardelijke positie aan de verwachter toebedeeld, dan krijgt hij daartegenover een schuld aan zijn echtgenoot. De deelgenoten kunnen de voorwaardelijke positie ook aan de echtgenoot van de verwachter toedelen. De echtgenoot krijgt dan een overbedelingsschuld aan de (oorspronkelijke) verwachter.⁶³³ Voorstelbaar is dat de gerechtigden tot de ontbonden gemeenschap de verrekening van de toegedeelde positie slechts voorwaardelijk regelen: indien de voorwaarde wordt vervuld, krijgt degene die gerechtigd wordt een overbedelingsschuld aan de andere echtgenoot. Een andere optie is om de aanspraken onverdeeld te laten.⁶³⁴

5.3.4.2 Door overlijden verwachter

Als de gemeenschap waarin de verwachter is gehuwd, wordt ontbonden door het overlijden van de verwachter, vervalt de voorwaardelijke aanspraak op het fideicommissaire vermogen. Er valt dan niets meer te verdelen.

5.4 Conclusies

Hieronder vat ik de belangrijkste uitkomsten van dit hoofdstuk samen.

1. Onduidelijk is of de fideicommissaire voorwaarde na een verdeling komt te rusten op het hele goed (waartegenover de overbedelingsschuld ook tot het fideicommissaire vermogen behoort), of dat deze slechts blijft rusten op de ‘eigen’ helft (zodat de andere helft en de overbedelingsschuld tot het eigen vermogen behoren). Ik pleit voor de eerste mogelijkheid.

⁶³² Respectievelijk de verwachter en de erfgenamen van de echtgenoot.

⁶³³ Overigens blijven de voorwaardelijke aanspraken gebonden aan het leven van de verwachter. Zie noot 261.

⁶³⁴ Met de naar mijn verwachting, zeker sinds de uitzending van Tros Radar op 1 maart 2010, vele tweetrapstestamenten (langstlevende enig erfgenaam onder ontbindende voorwaarde, kinderen erfgenamen onder opschortende voorwaarde) die in Nederland circuleren, is het te hopen dat, gelet op mogelijke echtscheidingen bij de kinderen, de instellers een uitsluitingsclausule hebben opgenomen. Het zal in ieder geval de aandacht vergen van echtscheidingsbemiddelaars.

2. Bij een fideicommiss de residuo is geen toestemming of medewerking van de verwachter nodig voor de verdeling van de nalatenschap waarin de bezwaarde deelgenoot is. Bij een zuiver fideicommiss is dat wel het geval.
3. De wetgever heeft de consequenties van de vervulling van de fideicommissaire voorwaarde tijdens het bestaan van de onverdeelde nalatenschap niet doordacht. De vraag is dan of de positie van de bezwaarde als deelgenoot volledig wordt overgenomen door de verwachter. Is bijvoorbeeld sprake geweest van het treffen van een deelgenotenregeling, dan mag naar analogie van de wettelijke regeling voor rechtverkrijgenden bij een ‘gewone’ vererving (art. 3:168 BW) aangenomen worden dat de verwachter daaraan gebonden is.
4. Is de nalatenschap tussen twee of meer bezwaarden onverdeeld, dan kunnen de verwachters hun gemeenschap van voorwaardelijke rechten op die onverdeelde nalatenschap verdelen.
Is de nalatenschap tussen de bezwaarden verdeeld, dan kan er nog wel een gemeenschap tussen verwachters bestaan indien er meerdere verwachters tegelijk – dat wil zeggen in dezelfde ‘rang’ (primair, subsidiair, etc.) – tot het fideicommissaire vermogen van de betreffende bezwaarde zijn geroepen. Ook die gemeenschap is voor verdeling vatbaar.
Verdelen de verwachters de nalatenschap, dan moet rekening gehouden worden met de mogelijkheid dat plaatsvervulling of aanwas voor de ‘uitgeboedelde’ verwachter kan plaatsvinden. Is dat het geval, dan kan de verdeling slechts plaatsvinden onder de voorwaarde dat de ‘uitgeboedelde’ verwachter het in vervulling gaan van de voorwaarde overleeft. Iets dergelijks geldt als een verwachter (om niet of om baat) afstand wil doen van zijn voorwaardelijke rechten. Een plaatsvervullings- of aanwasregeling kan roet in het eten gooien: overlijdt de verwachter, die afstand deed voor het in vervulling gaan van de voorwaarde, dan vervalt de afstand van rechtswege en wordt de oude situatie ten behoeve van de plaatsvervullende of andere verwachters hersteld. De insteller kan dit voorkomen door te bepalen dat in dergelijke situaties de plaatsvervullings- en aanwasregeling vervalt.
5. Heeft de bezwaarde niet beneficiair aanvaard, dan is bij de bezwaarde geen sprake van een afgescheiden fideicommissair vermogen ten opzichte van zijn ‘eigen’ vermogen.
6. Inbreng bij een fideicommissaire erfstelling brengt soortgelijke problemen mee als bij de legitieme portie: onder andere hoe de verkrijging van bezwaarden (mede-erfgenamen) gewaardeerd dient te worden. Inbreng kan

tevens spelen na de vervulling van de voorwaarde als de verwachters (mede-erfgenamen) inbrengplichtig zijn. In dat geval wordt de gift niet verhoogd met 6% rente gedurende de periode dat de vervulling van de voorwaarde onzeker was.

7. Een 'latere' wettelijke verdeling wegens de vervulling van de voorwaarde is, anders dan een 'voorwaardelijke' wettelijke verdeling, mogelijk en is wellicht een nieuwe (fiscale) tool voor estateplanners.
8. Bij een zuiver fideicommis geldt als hoofdregel dat het fideicommissaire vermogen in de gemeenschap valt. De fideicommissaire voorwaarde blijft op de in de gemeenschap vallende goederen rusten. Bij een fideicommis de residuo dient aangenomen te worden dat de helft van het fideicommissaire vermogen *kan* worden vervreemd en verteerd door de boedelmenging. Dat is afhankelijk van de wil van de bezwaarde, die naar buiten toe moet blijken. De insteller kan de problemen voorkomen door een uitsluitingsclausule op te nemen in het testament. In de navolgende conclusies wordt ervan uitgegaan dat er geen uitsluitingsclausule is gemaakt.
9. Is de bezwaarde in gemeenschap van goederen gehuwd, dan valt het fideicommissaire vermogen in de gemeenschap. Dat betekent dat deze goederen als verhaalsobject voor schulden van de echtgenoot van de bezwaarde dienen.
10. Wordt de gemeenschap waarin de bezwaarde is gehuwd bij leven van de bezwaarde ontbonden, dan moeten de echtgenoten het fideicommissaire vermogen betrekken in de afwikkeling van de ontbonden gemeenschap. Wordt de gemeenschap ontbonden door het overlijden van de bezwaarde, dan 'verdwijnen' de goederen waarop het fideicommis rust uit de gemeenschap. Deze komen aan de verwachter toe. Bij een zuiver fideicommis betreft dat het hele fideicommissaire vermogen. Bij een fideicommis de residuo kan dat, als de bezwaarde bij het aangaan van (of tijdens) het huwelijk gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid tot vervreemding en vertering, het halve fideicommissaire vermogen betreffen. Is dat laatste het geval, dan komt de verwachter in een onverdeelde ontbonden gemeenschap van goederen terecht met de echtgenoot van de bezwaarde.
11. Is de verwachter in gemeenschap van goederen gehuwd en wordt de gemeenschap bij leven van de verwachter ontbonden, dan moet de voorwaardelijke aanspraak op het fideicommissaire vermogen betrokken worden in de afwikkeling van de ontbonden gemeenschap. Wordt de

gemeenschap ontbonden door het overlijden van de verwachter (terwijl het aangewezen tijdstip nog niet is aangebroken), dan is er niets te verdelen, omdat de aanspraak is komen te vervallen. Voorwaarde nummer één is immers dat de verwachter het aangewezen tijdstip overleeft, quod non.

6 Legaten, lasten en giften

6.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken werd, op een enkele uitzondering na, alleen ingegaan op fideicommissaire erfstellingen. In dit hoofdstuk⁶³⁵ bespreek ik de rechtspositie van de bezwaarde en de verwachter bij fideicommissaire (sub)legaten, lasten en giften. In dit hoofdstuk spreek ik van een ‘bezwaarde-legataris’ en ‘verwachter-(sub)legataris’. Dit doe ik om helder te maken dat het om een ‘fideicommissair’ (sub)legaat gaat en niet om een ‘gewoon’ – al dan niet voorwaardelijk – legaat en ook niet om een erfstelling. In § 6.2 wordt het verschil tussen een fideicommissair legaat en fideicommissair sublegaat nader uitgelegd en uitgewerkt.

Ter inleiding van dit hoofdstuk merk ik eerst op dat een erfstelling een rechtsopvolging onder algemene titel bewerkstelligt,⁶³⁶ terwijl als ter uitvoering van een legaat, last of gift een overdracht van een goed of vestiging van een beperkt recht plaatsvindt, dit wordt aangemerkt als een verkrijging onder bijzondere titel.⁶³⁷ Voor een last geldt als bijzonderheid dat de ‘lastbevoordeelde’⁶³⁸ geen vorderingsrecht heeft. Bestaat de last uit de verplichting om een goed over te dragen of een beperkt recht te vestigen, en voert de erfgenaam van de insteller of legataris de last uit, dan verkrijgt de ‘lastbevoordeelde’ het goed of het beperkte recht⁶³⁹ onder bijzondere titel.

In § 6.2 wordt, als gezegd, ingezoomd op de vormgeving van het fideicommiss via een legaat. Zo is het mogelijk dat de insteller de erfgenamen de verplichting oplegt het fideicommissaire goed *voorwaardelijk* aan de bezwaarde en *voorwaardelijk* aan de verwachter te leveren (fideicommissair legaat, § 6.2.1). De daarbij behorende problemen krijgen aandacht in § 6.2.1.1 (bij een residuair

⁶³⁵ Dit hoofdstuk bevat delen uit het door mij in WPNR 2011/6902 gepubliceerde artikel (*Fideicommissaire legaten, lasten en giften*).

⁶³⁶ Art. 3:80 lid 1 en 2 BW juncto art. 4:182 BW.

⁶³⁷ Art. 3:80 lid 1 en 3 BW. Zie voor het legaat art. 4:117 BW, voor de last art. 4:130 lid 1 BW en voor de gift art. 7:186 lid 2 BW. Een schenking (art. 7:175 lid 1 BW) is een species van het genus gift. In dit hoofdstuk wordt telkens het genusbegrip genoemd.

⁶³⁸ De term ‘lastbevoordeelde’ komt in soortgelijke termen voor in art. 4:29 lid 3 BW en art. 4:30 lid 3 BW (‘de door een testamentaire last bevoordeelden’) en wordt gebruikt als aanduiding van de persoon ten aanzien van wie degene op wie de last drukt, een verplichting heeft. Niet ingegaan wordt op onpersoonlijke lasten.

⁶³⁹ Dat zelf ook een ‘goed’ is.

fideicommissair legaat) en in § 6.2.1.2 (bij zowel een residuair als een zuiver fideicommissair legaat).

Het is ook mogelijk dat de insteller de erfgenaam verplicht het goed *onvoorwaardelijk* aan de bezwaarde en *voorwaardelijk* aan de verwachter te leveren (fideicommissair sublegaat, § 6.2.2). Ik laat de problemen daarvan niet onbesproken (§ 6.2.2.1).

In § 6.3 neem ik in overweging of de leden 1 en 2 van art. 4:138 BW overeenkomstig bij fideicommissaire (sub)legaten van toepassing zijn.

§ 6.4 gaat in op het verschil tussen het fideicommissaire (sub)legaat en de fideicommissaire gift of last.

§ 6.5 beziet hoe een onvoorwaardelijke vervreemding of bezwaring door de bezwaarde-legataris in zijn werk gaat.

In § 6.6 laat ik licht schijnen over de aanvaarding en verwerping van een fideicommissair (sub)legaat.

§ 6.7 geeft de conclusies van dit hoofdstuk weer.

6.2 Vormgeving van het fideicommissaire legaat en de fideicommissaire gift

Men kan een fideicommiss bij een legaat op meerdere manieren vormgeven. Ik noem er twee: als fideicommissair legaat en als fideicommissair *sublegaat*.⁶⁴⁰ Hetgeen hierna wordt behandeld, geldt *mutatis mutandis* ook voor een fideicommissaire gift,⁶⁴¹ tenzij anders vermeld. Op de fideicommissaire last wordt afzonderlijk ingegaan.

⁶⁴⁰ Zie hierover ook F. Sonneveldt en J.B. Vegter, *De gift over de hand, civielrechtelijk en in het licht van de Successiewet gezien (I); Civielrechtelijke vormgeving van de gift over de hand*, WPNR 2006/6679, p. 633. Zie ook J.B. Vegter, *Over de wettelijke vormgeving van het fidei-commis de residuo en in het bijzonder over het overeenkomstig van toepassing zijn van de vruchtgebruikbepalingen*, WPNR 2007/6486, p. 317.

⁶⁴¹ Art. 7:180 BW luidt: 'Op schenkingen onder een ontbindende voorwaarde en een daarbij aansluitende schenking onder opschortende voorwaarde zijn de artikelen 140 lid 1 en 141 van Boek 4 van overeenkomstige toepassing.' Net als bij een fideicommissair sublegaat, waarover § 6.2.2, hoeft niet steeds sprake te zijn van een schenking onder ontbindende voorwaarde, maar kan de schenking aan de 'bezwaarde' onvoorwaardelijk zijn. Zie § 6.4.

6.2.1 Het fideicommissaire legaat

Uit art. 4:141 BW vloeit voort dat een fideicommissair legaat een legaat is onder een ontbindende voorwaarde *en een daarbij aansluitende* making onder opschortende voorwaarde.⁶⁴² Bij het fideicommissaire legaat van een goed dient de erfgenaam van de insteller behalve aan de bezwaarde-legataris, aan de verwachter-legataris te leveren.⁶⁴³ De levering kan plaatsvinden vóór of na de vervulling van de voorwaarde. Als levering plaatsvindt vóór de vervulling van de voorwaarde, heeft de verwachter-legataris hangende de voorwaarde een goederenrechtelijk recht op het gelegateerde (art. 3:84 lid 4 BW). Bij de vervulling van de voorwaarde valt het goed van rechtswege toe aan de verwachter-legataris. Als levering plaatsvindt na de vervulling van de voorwaarde,⁶⁴⁴ heeft de verwachter-legataris hangende de voorwaarde slechts een obligatoir vorderingsrecht gehad (art. 4:117 lid 1 BW). De erfgenaam van de insteller dient, zoals gezegd, te leveren. Is die erfgenaam niet meer in leven, dan rust deze verplichting op *de erfgenaam van de erfgenaam* van de insteller. Hierna bespreek ik enkele problemen die bij het fideicommissaire legaat spelen.

6.2.1.1 Problemen bij een residuair fideicommissair legaat

Al is bij een residuair fideicommissair legaat het goed (tevens) aan de verwachter-legataris geleverd, toch kan de bezwaarde-legataris overgaan tot *onvoorwaardelijke* vervreemding van een gelegateerd fideicommissair goed.⁶⁴⁵ In dat geval verliest de verwachter-legataris zijn goederenrechtelijke aanspraak op het goed. De verwachter-legataris krijgt in beginsel een (obligatoire) aanspraak jegens de bezwaarde-legataris op of wegens hetgeen voor het vervreemde goed in de plaats is gekomen. Aangezien overeenkomstige toepassing van art. 3:213 BW ontbreekt bij het fideicommissaire legaat, is

⁶⁴² Art. 4:141 BW bepaalt dat art. 4:140 lid 2 BW dan niet geldt, zodat de aan een dergelijk legaat toegevoegde ontbindende voorwaarde niet na 30 jaar na het overlijden van de insteller vervalt en waarmee het legaat aan de verwachter-legataris dus ook niet na die 30 jaar vervalt. Betreft het een legaat anders dan die van een *bepaald goed der nalatenschap* of van een beperkt recht op een zodanig goed, dan geldt de dertigjaarstermijn niet. In dat geval rijst de vraag of nog sprake is van een *fideicommissair* legaat. Mijns inziens is daarvoor vereist dat de verwachter-legataris een recht krijgt onder de voorwaarde dat hij de bezwaarde overleeft (en zijn recht dus niet vererft; is dat laatste wel het geval dan gaat het om een ‘gewone’ – niet fideicommissaire – voorwaardelijke making).

⁶⁴³ Daaronder ook begrepen de vestiging van een beperkt recht op een goed.

⁶⁴⁴ De insteller kan de bezwaarde overigens verplichten tot levering hangende de voorwaarde.

⁶⁴⁵ Dat kan de bezwaarde ook als niet geleverd is aan de verwachter: in dat geval hebben de erfgenamen van de insteller de goederenrechtelijke positie (onder opschortende voorwaarde) die de verwachter na een levering zou hebben.

juridische zaaksvervanging niet mogelijk.⁶⁴⁶ Het ‘vervangende’ goed behoort in goederenrechtelijke zin onvoorwaardelijk aan de bezwaarde toe. Het is mogelijk dat de insteller aan de bezwaarde-legataris de verplichting heeft opgelegd om dit vervangende goed te leveren aan de verwachter-legataris. Er is dan in feite sprake van een fideicommissair *sublega*t. Zie hierover nader § 6.2.2.

6.2.1.2 Problemen bij alle vormen van een fideicommissair legaat

Als het fideicommissaire legaat bestaat uit de verplichting voor de erfgenaam van de insteller om aan de bezwaarde-legataris een geldsom uit te keren, rijst de vraag welke positie de verwachter-legataris inneemt. De wetgever⁶⁴⁷ gaat ervan uit dat in veel gevallen beoogd zal zijn dat het bedrag pas opeisbaar⁶⁴⁸ wordt bij de vervulling van de voorwaarde. De wetgever stelt dat hetzelfde geldt als het gaat om een legaat van bepaalde goederen. In dat geval heeft de verwachter-legataris slechts een obligatoir recht hangende de voorwaarde. Bij de vervulling van de voorwaarde vallen de aanwezige gelegateerde goederen terug in het vermogen van de erfgenaam van de insteller, die vervolgens deze goederen dient af te geven aan de verwachter-legataris. Een van de problemen is dat de erfgenaam van de insteller failliet gaat hangende de voorwaarde, in welk geval de verwachter-legataris in beginsel slechts een (concurrente) vordering heeft op de failliete boedel.⁶⁴⁹ Als de erfgenaam van de insteller bijvoorbeeld wilsonbekwaam is, is overleden, zich in het buitenland bevindt of onvindbaar is, ontstaan daarnaast mogelijk praktische uitvoeringsproblemen. In de situatie dat een ongeborene als bedoeld in art. 4:56 lid 2 en 4 BW⁶⁵⁰ als verwachter-legataris is aangewezen, is het uitvoeren van een fideicommissair legaat (nog) niet

⁶⁴⁶ Zie J.B. Spath, *Zaaksvervanging*, Serie Onderneming en Recht, Kluwer: Deventer 2010, p. 149, die – gelet op de rechtszekerheid en de eisen van het rechtsverkeer – een wettelijke grondslag noodzakelijk acht. Zie *Asser/Perrick 4 2013/469* voor een relativering van Spaths standpunt dat zaaksvervanging zonder wettelijke grondslag niet mogelijk is.

⁶⁴⁷ MvA, Kamerstukken, 1962/1963, 3771, nr. 6, p. 49. Zie ook NV, Kamerstukken, 2000/2001, 27021, nr. 5, p. 14-15.

⁶⁴⁸ Mijns inziens is de gebruikte term ‘opeisbaar’ ongelukkig. Een vordering onder opschortende voorwaarde is niet hetzelfde als een niet-opeisbare vordering. Zodra de opschortende voorwaarde vervuld wordt, kan de vordering nog steeds niet-opeisbaar zijn. Vgl. W.D. Kolkman, *Schulden der nalatenschap*, diss. Groningen, Kluwer: Deventer, 2006, p. 240.

⁶⁴⁹ Hetzelfde doet zich voor als op de erfgenaam de wettelijke schuldsanering van toepassing is verklaard.

⁶⁵⁰ In de situatie als bedoeld in art. 4:56 lid 3 BW is er altijd een primaire verwachter in leven. De ongeborenen kunnen alleen bij plaatsvervulling opkomen. Net als bij een fideicommissaire erfstelling hebben legatarissen-plaatsvervullers mijns inziens gedurende de tijd dat de situatie van plaatsvervulling zich niet heeft voorgedaan, nog geen recht, maar slechts een verwachting. Zie § 1.5.5.

mogelijk. De erfgenaam van de insteller kan niet leveren aan nog niet bestaande personen.⁶⁵¹

6.2.2 Het fideicommissaire sublegaat

Gelet op de hiervoor genoemde problemen zal in de praktijk vaker gekozen worden voor het fideicommissaire sublegaat. In dat geval is geen sprake van een legaat onder een ontbindende en een daarbij aansluitende opschortende voorwaarde. Het legaat aan de bezwaarde-legataris is in dat geval onvoorwaardelijk. Slechts het sublegaat is voorwaardelijk. De bezwaarde-legataris dient het sublegaat af te geven aan de verwachter-sublegataris onder een opschortende voorwaarde. Vindt direct levering aan de verwachter-sublegataris plaats, dan houdt de bezwaarde-legataris het goed onder een goederenrechtelijk werkende ontbindende voorwaarde (art. 3:84 lid 4 BW). De verwachter-sublegataris heeft dan een goederenrechtelijk recht (onder opschortende voorwaarde) op het geleverde goed. Wordt niet direct geleverd aan de verwachter-sublegataris, dan heeft de bezwaarde-legataris slechts een obligatoire verplichting onder ontbindende voorwaarde. De verwachter-sublegataris heeft dan een obligatoir recht onder – een bij de ontbindende voorwaarde aansluitende – opschortende voorwaarde. Het verschil tussen een fideicommissair legaat en een fideicommissair *sub*legaat, is onder meer gelegen in het feit dat de verwachter-sublegataris niet met de (erfgenaam van de) erfgenaam van de insteller van doen heeft, maar met de (erfgenaam van de) bezwaarde-legataris.

6.2.2.1 Problemen bij een fideicommissair sublegaat

Bij een fideicommissair sublegaat spelen dezelfde problemen die hierboven in § 6.2.1.1 en § 6.2.1.2 voor het fideicommissaire legaat zijn besproken, zij het dat de verwachter-sublegataris dan, zoals gezegd, met de (erfgenaam van de) bezwaarde-legataris te maken heeft.

⁶⁵¹ Vgl. W.J. Zwalve, *Simplex et perpetuum*, Beschouwingen over eigendom en tijd, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2006, p. 257-266. Op p. 264 en 265 is hij mijns inziens iets te stellig in zijn conclusie dat er geen sprake kan zijn van ‘tijdelijke eigendom’ (goederenrechtelijke overgang van bezwaarde op verwachter) bij een fideicommissair legaat. Als sprake is van ongeborenen die als verwachter optreden, is deze conclusie juist. Zijn er echter geen ongeborenen als legataris aangewezen, maar slechts personen die al ten tijde van het overlijden van de insteller bestaan, dan is de conclusie onjuist. Dan is een fideicommissair legaat mogelijk, waarbij de erfgenaam van de insteller levert aan de bezwaarde-legataris ter uitvoering van het legaat onder ontbindende voorwaarde en aan verwachter-legataris ter uitvoering van het legaat onder opschortende voorwaarde. In dat geval is wel degelijk sprake van een goederenrechtelijk werkend fideicommissair legaat (en daarmee in de woorden van Zwalve ook van ‘tijdelijke eigendom’).

Bij een fideicommissair sublegaat is daarnaast een algemener probleem te signaleren. Uit art. 4:141 BW is een definitie van het fideicommissaire legaat af te leiden, te weten: een legaat onder een ontbindende voorwaarde en een legaat onder een daarbij aansluitende opschortende voorwaarde, volgens welke het gelegateerde of het onverteerde deel daarvan op het tijdstip van overlijden van de bezwaarde-legataris of op een eerder tijdstip zal ten deel vallen aan de verwachter-legataris, indien deze het aangewezen tijdstip overleeft. De vraag rijst of een ‘fideicommissair’ sublegaat wel een *fideicommissaire making* is. Als dat het geval is, heeft dat tot gevolg dat de dertigjaarstermijn van art. 4:140 lid 2 juncto lid 1 BW terzijde wordt geschoven. De ‘verwachter’-sublegataris verkrijgt zijn recht, op grond van het legaat, onder opschortende voorwaarde. Maar de bezwaarde-legataris heeft zelf, op grond van het legaat, een onvoorwaardelijk recht verkregen. Dat hij, onder ontbindende voorwaarde, verplicht is het gelegateerde af te geven aan de ‘verwachter’-sublegataris, betekent niet dat hij een ‘legaat onder een ontbindende voorwaarde’ heeft verkregen. Art. 4:117 BW geeft de definitie van een legaat: een legaat is een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater aan een of meer personen een *vorderingsrecht* toekent. Het met de verplichting van de bezwaarde-legataris corresponderende vorderingsrecht dat aan de verwachter-sublegataris toekomt, noemt men een *sublegaat*. Een legaat is dus per definitie een recht en geen plicht. Met andere woorden: de bezwaarde-legataris verkrijgt (door de levering of vestiging door de erfgenaam van de insteller) het goed onvoorwaardelijk en heeft daarnaast een voorwaardelijke schuld of plicht. Toch ben ik van mening dat het fideicommissaire sublegaat als een ‘echt’ fideicommiss⁶⁵² moet worden gezien. De kern van het fideicommiss is immers dat twee personen elkaar *in de tijd* opvolgen in het door de insteller vermaakte, waarbij de voorwaarde dat de verwachter-(sub)legataris het tijdstip van het overlijden van de bezwaarde-legataris (of een eerder aangewezen tijdstip) overleeft, essentieel is.⁶⁵³ Bij een

⁶⁵² Hier gebruik ik het woord fideicommiss niet voor de fideicommissaire erfstelling, maar meer algemeen voor de fideicommissaire making, dus ook voor het fideicommissaire legaat.

⁶⁵³ Ik merk op dat een fideicommissair sublegaat van een – bijvoorbeeld op de gesaldeerde waarde van de nalatenschap gebaseerd – geldbedrag lastiger onder deze definitie te brengen is, omdat ‘het vermaakte’ voor de bezwaarde-legataris dan mogelijk iets anders is (namelijk *goederen*, niet zijnde alleen geld, en eventueel *schulden*) dan voor de verwachter-legataris (een geldbedrag dat *samenhangt* met het door de bezwaarde-legataris verkregen vermogen). Dit geldt ook bij een *onvoorwaardelijke erfstelling*, waarbij op de erfgenaam van de erflater/insteller een fideicommissair legaat rust ten behoeve van de verwachter-legataris van een bedrag dat samenhangt met de gesaldeerde waarde van de nalatenschap. Zie daarover § 2.4.2. Vgl. ook het hierna opgenomen art. 4.4.5.6 lid 1 OM, waarin bij een fideicommiss nog werd gesproken over het beschikken ‘over dezelfde goederen’, hetgeen in de hierboven genoemde situaties *niet letterlijk* toegepast kan

‘gewone’ making (dus ook bij een legaat) onder opschortende voorwaarde, is het *niet* essentieel dat degene die onder *opschortende voorwaarde* verkrijgt, het aangewezen tijdstip overleeft. Diens recht kan vererven, volgens art. 4:137 BW. Bij een fideicommissair sublegaat kan het recht van de verwachter-sublegataris niet vererven, gelet op de essentiële voorwaarde dat de verwachter-sublegataris het aangewezen tijdstip overleeft.⁶⁵⁴ Dat laat onverlet dat de insteller subsidiaire verwachters-sublegatarissen kan aanwijzen. Maar ook voor hen geldt dat zij het aangewezen tijdstip moeten overleven.

Ik wijs op de voorloper van art. 4:141 BW, te weten art. 4.4.5.6 van het Ontwerp Meijers, waarin in lid 2 was opgenomen dat op een fideicommiss (het Ontwerp gebruikte het synoniem ‘making over de hand’) de dertigjaarstermijn van het latere art. 4:140 BW geen toepassing vindt.⁶⁵⁵ In lid 1 van art. 4.4.5.6 OM was een definitie van het fideicommiss opgenomen: ‘een voorwaardelijke uiterste wilsbeschikking kan ook aldus worden getroffen, dat de erflater over dezelfde goederen ten behoeve van twee personen – de bezwaarde en de verwachter – bij opvolging beschikt en dat voorwaarde voor het eindigen van het recht van de bezwaarde en voor het aanvangen van dat van de verwachter is, dat laatstgenoemde eerstgenoemde overleeft’. Ook uit de Toelichting Meijers blijkt dat de voorwaarde van overleving essentieel is.⁶⁵⁶ Dat de bezwaarde-legataris niet ‘onder ontbindende voorwaarde’ een recht verkrijgt, doet niet af aan het feit dat de insteller met een onvoorwaardelijk legaat ten behoeve van de bezwaarde-legataris en een voorwaardelijk sublegaat ten behoeve van de verwachter-sublegataris over dezelfde goederen ‘bij opvolging beschikt’.

6.2.3 Algemene opmerkingen over fideicommissaire (sub)legaten

Ik maak nog drie algemene opmerkingen over de uitvoering van fideicommissaire (sub)legaten. Wat in deze paragraaf voor een fideicommissair legaat wordt opgemerkt, geldt evenzo voor een fideicommissair sublegaat.

worden. Niettemin denk ik dat zodanige legaten onder de ‘echte’ fideicommissen geschaard moet worden.

⁶⁵⁴ Zie ook *Handboek Erfrecht* (2011), L.C.A. Verstappen, p. 273-274.

⁶⁵⁵ Daarnaast werd in art. 4.3.2.2 OM in de leden 5 en 6 de term making over de hand gebruikt, welke leden 5 en 6 later zijn geschrapt.

⁶⁵⁶ Meijers (in de Toelichting Meijers bij art. 4.4.5.6) was van mening dat het recht om te vervreemden en verteren aan iedere voorwaardelijke making kon worden toegevoegd, dus ook aan het fideicommiss. Een afzonderlijke vermelding daarvan was dus niet noodzakelijk. In de huidige vorm (art. 4:141 BW) is de mogelijkheid om te verteren wel opgenomen (evenals de ook in art. 4:56 BW genoemde mogelijkheid om eerdere tijdstippen aan te wijzen).

De eerste opmerking is dat levering aan de verwachter-legataris op dezelfde wijze plaats dient te vinden als waarop een goed normaal gesproken wordt geleverd.⁶⁵⁷ In geval van roerende zaken en rechten aan order en toonder dient dit te geschieden middels een daartoe bestemde akte (art. 3:95 BW). Levering vindt niet plaats op basis van art. 3:91 BW, omdat het gelegateerde in de macht van de bezwaarde dient te blijven.⁶⁵⁸

De tweede opmerking is dat onduidelijk is of art. 4:50 lid 1 BW, waarin staat dat, tenzij de erflater anders heeft beschikt, een gelegateerd goed wordt geleverd in de staat waarin het zich *op het ogenblik van overlijden van de erflater* bevindt, letterlijk gelezen moet worden. Ik denk dat bedoeld lid 1 voor de verwachter-sublegataris gelezen moet worden als volgt: ‘tenzij de erflater anders heeft beschikt, wordt een gelegateerd goed geleverd in de staat waarin het zich *op het ogenblik waarop de voorwaarde in vervulling gaat* bevindt.’⁶⁵⁹

Een dergelijke onduidelijkheid geldt ten slotte ook voor art. 4:125 lid 1 BW, waar staat dat een legaat van een geldsom zes maanden na het overlijden van de erflater opeisbaar wordt, tenzij hij anders heeft beschikt. Heeft de insteller de verwachter (erfgenaam) een legaat van een geldsom opgelegd ten behoeve van een verwachter-legataris en heeft de insteller niets over de opeisingstermijn vermeld, dan dient art. 4:125 lid 1 BW mijns inziens zo gelezen te worden dat het legaat opeisbaar is zes maanden na *het ogenblik waarop de voorwaarde in vervulling gaat*. De insteller doet er goed aan de onduidelijkheden in het testament weg te nemen door zijn bedoelingen uit te schrijven.

⁶⁵⁷ Zie § 1.4.1.5.

⁶⁵⁸ Door de gekunstelde oplossing van een ‘omgekeerd’ fideicommissair sublegaat, waarbij de uiteindelijke ‘verwachter’ als bezwaarde optreedt en de eigenlijke bezwaarde als ‘verwachter’ optreedt, zou art. 3:91 BW wel toegepast kunnen worden. De bezwaarde-legataris (= normaal de ‘verwachter’) krijgt dan een *onvoorwaardelijk* legaat, aan welk legaat een *voorwaardelijk* sublegaat ten behoeve van de verwachter (= normaal de bezwaarde) is gekoppeld. In dit geval kan uitvoering worden gegeven aan art. 3:91 BW: de bezwaarde (= normaal de ‘verwachter’) levert de roerende zaak (of het recht aan order of toonder) aan de verwachter (= normaal de bezwaarde) door deze in de macht van laatstgenoemde te brengen, waarbij ‘omgekeerde’ voorwaarden gelden: de verwachter (= normaal de ‘bezwaarde’) wordt onvoorwaardelijk eigenaar als de bezwaarde (= normaal de ‘verwachter’) de verwachter (= normaal de ‘bezwaarde’) *niet* overleeft.

⁶⁵⁹ Dit is natuurlijk anders wanneer de bezwaarde van een zuiver fideicommiss een beperkt recht heeft gevestigd op het fideicommissaire goed zonder toestemming van de verwachter. Dan vloeit uit de voorwaardelijke beschikking voort dat het beperkte recht vervalt bij de overgang op de verwachter.

6.3 Overeenkomstige toepassing art. 4:138 lid 1 en 2 BW

Is art. 4:138 lid 1 en 2 BW van overeenkomstige toepassing bij fideicommissaire legaten?⁶⁶⁰ Wat art. 4:138 lid 2 BW (in zijn huidige vorm) betreft hangt het antwoord mijns inziens af van het feit of de erfgenaam of de bezwaarde-legataris het betreffende goed levert aan de verwachter-(sub)legataris. Heeft levering plaatsgevonden, dan heeft de verwachter-(sub)legataris een bijna volledig vergelijkbare positie met die van een verwachter bij een fideicommissaire erfstelling. In dat geval zie ik geen beletsel de (meeste) vruchtgebruikbepalingen van overeenkomstige toepassing te verklaren.⁶⁶¹ Zolang de wetgever dit niet heeft geregeld, dient de insteller zelf te bepalen of hij (een deel van) de vruchtgebruikbepalingen van overeenkomstige toepassing verklaart. Als de bezwaarde-legataris het door hem verkregene overdraagt of wanneer dat wordt uitgewonnen, zijn de vruchtgebruikverplichtingen en -bevoegdheden mogelijk niet van toepassing in de relatie tussen de verwachter-(sub)legataris en de verkrijger.⁶⁶² Wordt hangende de voorwaarde niet geleverd aan de verwachter-(sub)legataris, dan heeft de verwachter-(sub)legataris geen goederenrechtelijke aanspraken op het nagelatene. Overeenkomstige toepassing van de vruchtgebruikbepalingen ligt in dat geval niet direct voor de hand. De wetgever merkt op:

‘Met name in het geval dat uit het legaat (...) voortvloeit dat de bezwaarde het goed bij vervulling van de daarin opgenomen voorwaarde nog dient door te leveren aan de verwachter, waarbij de verhouding tussen hen derhalve obligatoir van aard

⁶⁶⁰ Vgl. A.F. Mollema, *Erfstellingen en legaten onder tijdsbepaling of voorwaarde*, WPNR 2007/6698, p. 146-147. Pitlo/Van der Burght, Ebben, *Erfrecht*, p. 344 vindt analogische toepassing voor de hand lijken te liggen.

⁶⁶¹ Anders dan bij een fideicommissaire erfstelling heeft de wetgever overeenkomstige toepassing van titel 3.8 BW niet passend gevonden. De wetgever (NV, Kamerstukken, 2000/2001, 27021, nr. 5, p. 14-15) stelt: ‘Denkbaar zou zijn om een regeling te treffen waarin deze (overeenkomstige) toepasselijkheid wordt beperkt tot de situatie dat ter uitvoering van het legaat of de schenking levering op de voet van artikel 84 lid 4 van Boek 3 heeft plaatsgevonden zowel aan de bezwaarde als aan de verwachter, en waarin de verhouding tussen beiden derhalve niet slechts obligatoir van aard is. Wegens het tamelijk complexe karakter en het beperkte toepassingsgebied van een zodanige regeling is er echter de voorkeur aan gegeven de materie over te laten aan de erflater, respectievelijk aan partijen bij de schenking.’ Zie voor kritiek hierop o.a. A.H.N. Stollenwerck, *Het fidei-commis de residuo*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1986, p. 121-123. Zoals gezegd zie ik geen beletsel. Over de toepassing van art. 3:205 lid 3 BW merk ik op dat overeenkomstige toepassing slechts mogelijk is in het uitzonderlijke geval dat gekozen wordt voor het in noot 658 genoemde ‘omgekeerde’ fideicommissaire sublegaat. De overige vruchtgebruikbepalingen die van overeenkomstige toepassing kunnen zijn op een fideicommissaire erfstelling, kunnen mijns inziens ook van overeenkomstige toepassing zijn op een fideicommissair (sub)legaat.

⁶⁶² Zie ook noot 646 over de zaaksvervangingsregeling.

is, zou (overeenkomstige) toepasselijkheid van de goederenrechtelijke regels van vruchtgebruik als algemene regel te ver gaan.⁶⁶³

De insteller kan, mits hij niet in strijd komt met de wet, de openbare orde of de goede zeden (art. 3:40 BW) bepalen wat hij wil: hij kan de bezwaarde-legataris allerlei obligatoire verplichtingen opleggen en de verwachter-(sub)legataris daarmee corresponderende bevoegdheden met betrekking tot de fideicommissaire goederen toekennen. Dit alles heeft slechts ‘interne werking’.

Wat betreft de overeenkomstige toepassing van art. 4:138 *lid 1* BW⁶⁶⁴ (in zijn huidige vorm) geldt mijns inziens het volgende. Wanneer de erfgenaam het goed in *onvoorwaardelijke* zin aan de bezwaarde-legataris heeft geleverd, kan bedoeld lid 1 overeenkomstige toepassing vinden als het goed door de bezwaarde-legataris in *voorwaardelijke* zin aan de verwachter-sublegataris is geleverd; is niet aan de verwachter-sublegataris geleverd, dan kan (of beter: hoeft) bedoeld lid 1 geen toepassing (te) vinden. Dat spreekt in laatstbedoelde situatie voor zich: de bezwaarde-legataris is onvoorwaardelijk gerechtigde en de verwachter-legataris heeft dus geen goederenrechtelijke voorwaardelijke aanspraken waar de bezwaarde-legataris rekening mee moet houden.

Wanneer de erfgenaam het goed in *voorwaardelijke* zin aan de bezwaarde-legataris heeft geleverd, kan bedoeld lid 1 mijns inziens wel overeenkomstige toepassing vinden. Is in dat geval niet aan de verwachter-legataris geleverd, dan kan de bezwaarde-legataris ten opzichte van de *erfgenaam* aangemerkt worden als uitsluitend rechthebbende voor zover het de door en tegen derden uit te oefenen bevoegdheden en rechtsvorderingen betreft. Is wel aan de verwachter-legataris geleverd, dan kan de bezwaarde-legataris ten opzichte van de *verwachter-legataris* aangemerkt worden als uitsluitend rechthebbende in de hiervoor bedoelde zin.

⁶⁶³ NV, Kamerstukken, 2000/2001, 27021, nr. 5, p. 14-15. Merk op dat de wetgever in feite verwijst naar het fideicommissaire *sublega*t, omdat gesproken wordt van ‘doorleveren’ (door de bezwaarde-legataris, die dan onvoorwaardelijk moet hebben verkregen, aan de verwachter-legataris).

⁶⁶⁴ Voor zover het gaat om de bevoegdheid voor schuldeisers der nalatenschap om ter zake van hun vorderingen de goederen der nalatenschap uit te winnen, zij opgemerkt dat op grond van art. 4:7 lid 2 BW de voldoening (afgifte) van een fideicommissaire legaat pas als laatste in de rangorde staat. Men komt in zoverre mogelijk dus niet toe aan toepassing van art. 4:138 lid 1 BW.

6.4 De fideicommissaire gift en last

Zoals al opgemerkt spelen bij een fideicommissaire gift soortgelijke problemen als bij het fideicommissaire legaat.⁶⁶⁵ Wanneer men de fideicommissaire gift op een soortgelijke manier vormgeeft als het fideicommissaire sublegaat, rijst de vraag hoe men de verplichting van de bezwaarde-begiftigde ten opzichte van de verwachter-begiftigde moet duiden. Met Sonneveldt en Vegter ben ik van mening dat hier sprake is van een derdenbeding ten behoeve van de verwachter-begiftigde. Mijns inziens kan, net als bij een uitsluitingsclausule,⁶⁶⁶ de fideicommissaire gift betrekking hebben op een ‘geschonken waarde’ (bijvoorbeeld bij aankoop van een goed tegen een te lage prijs). De bezwaarde-begiftigde (of zijn erfgenaam) heeft dan de plicht om de geschonken waarde na het in vervulling gaan van de voorwaarde uit te keren aan de verwachter-begiftigde.⁶⁶⁷

Volgens art. 4:133 BW is het mogelijk om aan een last een ontbindende of opschortende voorwaarde te verbinden. Het ontmoet geen bezwaar om een *fideicommissaire* last mogelijk te achten.⁶⁶⁸ De last bestaat dan uit de verplichting (voor de erfgenaam van de insteller of de bezwaarde-legataris) om bijvoorbeeld een goed over te dragen aan de ‘bezwaarde-lastbevoordeelde’, welke verplichting onder een ontbindende voorwaarde is opgelegd. Als de erfgenaam of de legataris de last uitvoert, houdt de ‘bezwaarde-lastbevoordeelde’ het (recht op het) goed onder ontbindende voorwaarde (art. 3:84 lid 4 BW). Daarnaast is de erfgenaam van de insteller of de legataris verplicht om het goed over te dragen aan de ‘verwachter-lastbevoordeelde’, welke verplichting onder een opschortende voorwaarde is opgelegd.⁶⁶⁹ Als de

⁶⁶⁵ Zie daarover ook F. Sonneveldt en J.B. Vegter, *De gift over de hand, civielrechtelijk en in het licht van de Successiewet gezien (I); Civielrechtelijke vormgeving van de gift over de hand*, WPNR 2006/6679.

⁶⁶⁶ Zie bijvoorbeeld *De Bruijn/Huijgen/Reinhartz*, nr. 34 en 36.

⁶⁶⁷ Waarbij niet ondenkbaar is dat de bezwaarde-begiftigde bij verkoop van het goed de geschonken waarde weer ‘realiseert’ (zaaksvervanging), waardoor de bezwaarde-begiftigde – bij een residuaire fideicommissaire gift – de mogelijkheid heeft deze gerealiseerde waarde te verteren. Op de mogelijkheid dat de geschonken waarde meestijgt of meedaalt met de waarde van het goed zelf, ga ik hier niet verder in.

⁶⁶⁸ Zie ook *Handboek Erfrecht* (2011), L.C.A. Verstappen, p. 274-276, Klaassen/Luijten & Meijer II, *Erfrecht*, p. 178 en Pitlo/Van der Burght, Ebben, *Erfrecht*, p. 345.

⁶⁶⁹ Dit kan bijvoorbeeld spelen bij een ik-opa legaat, waarbij de kleinkinderen de last krijgen opgelegd om met een later dan het overlijden van de insteller geboren kleinkind hun legaat te delen. Als opa aan de legaten voor de kleinkinderen een fideicommiss heeft gekoppeld voor bijvoorbeeld de achterkleinkinderen, kunnen de kleinkinderen die bij het overlijden van de insteller geboren zijn, niet alleen de last opgelegd krijgen om hun legaat met dat ‘nieuwe’ kleinkind te delen via een last onder ontbindende voorwaarde, maar ook om de kinderen van dat ‘nieuwe’ kleinkind een recht op het verkregene te verlenen onder opschortende voorwaarde. Wel moet dan rekening gehouden

erfgenaam van de insteller of de legataris verplicht is om te leveren, maar dit niet doet, kan de ‘verwachter-lastbevoordeelde’ dit niet afdwingen, omdat een ‘lastbevoordeelde’ geen vorderingsrecht heeft (art. 4:130 BW juncto art. 4:117 BW).⁶⁷⁰

Bij een last geldt niet de voorwaarde dat de ‘lastbevoordeelde’ ten tijde van het overlijden van de insteller moet bestaan, zodat art. 4:56 BW in het geheel niet speelt. Er is dus geen beperking in de kring van personen ten behoeve van wie de insteller een (fideicommissaire) last kan maken. Bij een last geldt wel de bepaling van art. 4:133 lid 3 BW, dat art. 4:140 lid 1 BW van overeenkomstige toepassing verklaart. Daarmee is de periode waarin onzeker is of de ‘bezwaarde-lastbevoordeelde’ onder een ontbindende voorwaarde zijn recht houdt, beperkt tot 30 jaar. Is de voorwaarde na die 30 jaar niet vervuld, dan vervalt de voorwaarde en is de ‘bezwaarde-lastbevoordeelde’ onvoorwaardelijk gerechtigd tot het goed, ongeacht of aan de ‘verwachter-lastbevoordeelde’ is geleverd of niet. Omdat art. 4:141 BW niet van toepassing is op fideicommissaire lasten, is bedoelde dertigjaarstermijn dwingend.⁶⁷¹

6.5 Voorwaardelijke of onvoorwaardelijke vervreemding of bezwaring

Bij een *residuaire* fideicommissair (sub)legaat mag de bezwaarde-legataris, zulks met ‘terzijdestelling’ van art. 3:84 lid 4 BW, onvoorwaardelijk vervreemden en bezwaren, ongeacht de vraag of aan de verwachter-(sub)legataris is geleverd.

Bij een *zuiver* fideicommissair (sub)legaat kan de bezwaarde-legataris, als is geleverd aan de verwachter-(sub)legataris, slechts met toestemming van de verwachter-(sub)legataris⁶⁷² onvoorwaardelijk vervreemden en bezwaren.

Bij een zuiver fideicommissair *legaat* is de bezwaarde-legataris, zolang niet is geleverd aan de verwachter-legataris, slechts met toestemming van de erfgenaam van de insteller bevoegd om onvoorwaardelijk te vervreemden en bezwaren.

worden met het hierna te noemen art. 4:133 lid 3 BW, dat art. 4:140 lid 1 BW van overeenkomstige toepassing verklaart.

⁶⁷⁰ Wat betreft de analogische toepassing van art. 4:138 lid 1 en 2 BW, geldt hetzelfde als hierboven voor de fideicommissaire legaten is opgemerkt, hetgeen dus afhankelijk is van of levering aan de ‘verwachter-lastbevoordeelde’ plaatsvindt.

⁶⁷¹ Zie ook *Handboek Erfrecht* (2011), L.C.A. Verstappen, p. 275 en Klaassen/Luijten & Meijer II, *Erfrecht*, p. 178-179.

⁶⁷² Waarbij de vraag gesteld kan worden of, als de insteller niets heeft geregeld, de bezwaarde ook met vervangende machtiging van de kantonrechter kan vervreemden of bezwaren. Wel als men art. 4:138 BW overeenkomstig toepast op een fideicommissair (sub)legaat.

Bij een zuiver fideicommissair *sublega*t vervreemdt of bezwaart de bezwaarde-legataris, zolang niet is geleverd aan de verwachter-sublegataris, zonder problemen onvoorwaardelijk. De bezwaarde-legataris is immers onvoorwaardelijk gerechtigd tot het gelegateerde. De verwachter-sublegataris heeft slechts een obligatoire aanspraak.⁶⁷³

6.6 Aanvaarden of verwerpen van het legaat en de gevolgen daarvan

Bij het onderwerp aanvaarden of verwerpen, geldt wat voor een fideicommissair legaat wordt opgemerkt, evenzo bij een fideicommissair *sublega*t. De verwachter-legataris van een fideicommissair legaat wordt geacht het legaat te hebben verkregen zonder dat een aanvaarding nodig is. Hij kan echter, zolang hij het legaat niet aanvaard heeft, nog verwerpen. Aldus art. 4:201 lid 1 BW.⁶⁷⁴ Wanneer de insteller de positie van de verwachter-legataris nader regelt,⁶⁷⁵ kan daaruit voortvloeien dat de verwachter-legataris interne bevoegdheden krijgt.⁶⁷⁶ Beschikt de verwachter-legataris over zijn voorwaardelijke rechten, dan laat hij daarmee mijns inziens blijken dat hij heeft aanvaard en kan hij niet meer verwerpen. Als een derde het voorwaardelijk recht van de verwachter-legataris wil uitwinnen, kan deze derde, op grond van art. 4:201 lid 2 BW, de verwachter-legataris door de kantonrechter een termijn laten stellen waarbinnen hij moet verklaren of hij verwerpt.⁶⁷⁷ Maakt hij gebruik van eventueel toegekende

⁶⁷³ De obligatoire aanspraak bestaat jegens de bezwaarde-legataris. Mogelijk is wel dat de insteller de bezwaarde-legataris een obligatoir werkend vervreemdings- en bezwaringsverbod oplegt, op grond waarvan hij jegens de verwachter-legataris verplicht is om toestemming te vragen voor een vervreemding of bezwaring.

⁶⁷⁴ Bij de gift geldt een soortgelijke bepaling, zie art. 7:175 lid 2 BW dan wel (bij een soortgelijke vormgeving als bij een fideicommissair *sublega*t) art. 6:253 lid 4 BW. Aangezien bij een last geen recht aan de lastbevoordeelde toekomt, kan pas sprake zijn van een aanvaarding als daadwerkelijk uitvoering gegeven wordt aan de last.

⁶⁷⁵ Zie § 6.3.

⁶⁷⁶ In feite is dan sprake van een legaat van rechten ten behoeve van de verwachter-legataris en ten laste van de bezwaarde-legataris. Deze legaten kan de verwachter afzonderlijk van het fideicommissaire legaat aanvaarden of verwerpen. Mogelijk is ook dat de insteller bepaalt dat bij verwerping van het ene legaat, het andere legaat ook vervalt. Bij een last is dit, zolang de wetgever dit niet regelt door een overeenkomstige toepassing van art. 4:138 lid 2 BW, niet mogelijk, omdat de insteller aan de 'bezwaarde- lastbevoordeelde' geen sublast kan opleggen.

⁶⁷⁷ Bij gebreke van een verklaring binnen de gestelde termijn verliest de legataris de bevoegdheid om te verwerpen, aldus de laatste zin van art. 4:201 lid 2 BW. De schenkingstitel (7.3 BW) zelf kent geen soortgelijke bepaling. Dat is ook niet nodig. Er is ofwel sprake van een overeenkomst tussen de schenker en verwachter begiftigde, ofwel sprake van een derdenbeding ten behoeve van de verwachter begiftigde, in welk laatste geval art. 6:253 lid 4 BW geldt. Ook een beslaglegger kan de verwachter-legataris overigens een termijn als bedoeld in art. 4:201 BW laten stellen.

‘interne bevoegdheden’, dan is een (afzonderlijke) verwerping (van het fideicommissaire legaat) nog mogelijk.⁶⁷⁸

Heeft de verwachter-legataris niet verworpen en kan hij niet meer verwerpen, dan rijst de vraag welke gevolgen aan de aanvaarding zijn verbonden. Is nog niet aan de verwachter-legataris geleverd, dan heeft hij pas bij het in vervulling gaan van de voorwaarde een onvoorwaardelijk recht op levering. Is er al geleverd, dan verkrijgt de verwachter-legataris met het in vervulling gaan van de voorwaarde automatisch de gelegateerde goederen. Is aan het legaat van de verwachter-legataris een ‘sublegaat’ (niet zijnde een fideicommissair sublegaat) verbonden, bijvoorbeeld tot overname van een schuld,⁶⁷⁹ dan dringt zich de vraag op of de voorwaarde in vervulling gaat als de waarde van de verplichting de waarde van het gelegateerde goed overstijgt. Stel E overlijdt. Stel dat B als bezwaarde-legataris een woning krijgt gelegateerd met een waarde van € 100.000, onder de verplichting om een (hypotheek)schuld van € 50.000 over te nemen. Stel dat de woning bij de vervulling van de voorwaarde een waarde heeft van € 40.000 en de schuld nog altijd € 50.000 is. Heeft de verwachter-legataris het legaat eenmaal aanvaard, dan rust daarmee weliswaar op de verwachter-legataris de verplichting tot overname van de schuld, echter art. 4:121 BW bepaalt dat de legataris bevoegd is opgelegde sublegaten⁶⁸⁰ te verminderen, voor zover de waarde van het hem gelegateerde ontoereikend is om aan de hem opgelegde verplichtingen te voldoen.⁶⁸¹ Hier is als het ware sprake van een *beneficiaire aanvaarding van rechtswege*.⁶⁸²

⁶⁷⁸ Vgl. § 3.3.1

⁶⁷⁹ De verwachter-legataris kan ook de verplichting opgelegd krijgen een goed te leveren aan een (niet fideicommissaire) sublegataris of een beperkt recht te vestigen ten behoeve van een (niet fideicommissaire) sublegataris.

⁶⁸⁰ En tot een uitgave in geld of goed verplichtende lasten.

⁶⁸¹ Hetgeen in het voorbeeld betekent, afhankelijk van de vraag hoe het legaat is vormgegeven, dat de restantschuld van € 10.000 voor rekening van de erfgenaam of bezwaarde-legataris komt.

⁶⁸² Zie ook W.R. Meijer, *Gevolgen van erfopvolging*, Mon. BW deel B22, p. 7. Wellicht doet de *schenker* er bij het opleggen van een (niet fideicommissaire) last of verplichting verstandig aan te bepalen dat de fideicommissaire gift een extra voorwaarde kent: ofwel dat het voorwaardelijke karakter van de verkrijging van de bezwaarde begiftigde vervalst als het uiteindelijke ‘saldo’ (van de verkrijging minus de opgelegde last of verplichting) negatief is, ofwel dat de verwachter begiftigde de bevoegdheid heeft de opgelegde verplichting te verminderen tot de waarde van het geschonkene (overeenkomstig art. 4:121 BW).

6.7 Conclusies

Ik trek de volgende conclusies uit dit hoofdstuk.

1. Het fideicommissaire legaat kan men op meerdere wijzen vormgeven. Een fideicommissair sublegaat (bezwaarde krijgt een onvoorwaardelijk legaat en de verwachter een voorwaardelijk sublegaat) zal meestal de voorkeur verdienen.
2. De verwachter-(sub)legataris verkrijgt pas na levering een goederenrechtelijk recht op de goederen hangende de voorwaarde. In dat geval zou overeenkomstige toepassing van art. 4:138 lid 2 BW gewenst zijn. Zolang geen levering plaatsvindt, is voor de verwachter-(sub)legataris sprake van een obligatoir recht.
3. Het fideicommissaire (sub)legaat vertoont grote verwantschap met de fideicommissaire gift en last.
4. Vervreemding door de bezwaarde-legataris dient bij een zuiver fideicommissair legaat, afhankelijk van de vraag of aan de verwachter-legataris wordt geleverd, met toestemming van de erfgenamen van de insteller of met toestemming van de verwachter-legataris plaats te vinden. Bij een residuair fideicommissair (sub)legaat is geen toestemming nodig van de erfgenamen of de verwachter-legataris. Bij een zuiver fideicommissair sublegaat is alleen (goederenrechtelijk werkende) toestemming nodig van de verwachter-sublegataris als aan deze laatste is geleverd.
5. Bij een fideicommissair (sub)legaat zal in veel gevallen de verwerping van het (sub)legaat door de verwachter-(sub)legataris nog kunnen plaatsvinden na de vervulling van de voorwaarde. Zo nodig kan de verwachter-(sub)legataris een termijn worden gesteld.
6. De verwachter-(sub)legataris kan een op hem rustend sublegaat verminderen als dat nodig is.

Samenvatting en conclusies

Deze studie heeft tot doel om zowel theoretisch als met oog voor de praktijk een veelomvattend overzicht te geven van de juridische aspecten van het fideicommiss. De vormgeving die het fideicommiss in 2003 met de komst van het ‘nieuwe’ erfrecht heeft gekregen, roept veel vragen en problemen op.

Het *eerste hoofdstuk* levert een belangrijke grondgedachte bij het fideicommiss, namelijk dat de nalatenschap van de insteller bij de overgang op een verwachter als het ware opnieuw openvalt. Deze grondgedachte vertaalt zich op vele terreinen waar het fideicommiss mee in verband kan worden gebracht. Een in de wet gegeven regeling die ‘op het overlijden van de erflater is geschreven’, kan zich bij de vervulling van de voorwaarde in ‘gewijzigde’ gedaante aandienen. De toepasselijke regel moet dan gelezen worden met de bijzondere positie van de verwachter in het achterhoofd. Daarvan worden in dit onderzoek de nodige voorbeelden gegeven.

Dat de positie van een verwachter bijzonder genoemd mag worden, blijkt vooral uit zijn plaatsing binnen ons rechtssysteem. Terwijl een erfstelling onder tijdsbepaling is verboden, wordt de erfstelling onder voorwaarde toegestaan. En waar bij beperkte rechten vestiging is vereist en vestiging ‘ineens’ op een algemeenheid van goederen (i.c. de nalatenschap) onmogelijk is, kleeft het recht van de verwachter door de voorwaardelijke erfstelling van de insteller plots aan alle goederen die tot de nalatenschap behoren. Het recht van de verwachter hangende de voorwaarde valt niet binnen een bestaande rechtsfiguur te plaatsen, maar dient als een goederenrechtelijk recht sui generis te worden aangemerkt, dat in zijn werking dicht aanligt tegen het beperkte recht. Daarnaast wordt opgemerkt dat de overgang op de verwachter, die bij een fideicommissaire erfstelling onder algemene titel plaatsvindt, *zomaar* kan plaatsvinden. Dat wil zeggen, zonder dat de wetgever de overgang met voldoende publiciteit heeft omgeven. Bijvoorbeeld als de ontbindende voorwaarde ‘het gaan samenwonen door de bezwaarde’ inhoudt.

De bijzondere positie van de verwachter komt, wegens het ontbreken van toegesneden regelgeving, de kenbaarheid van de rechtsverhouding tussen de bezwaarde en de verwachter niet ten goede.

Het *eerste hoofdstuk* probeert de plaats te bepalen van het fideicommiss, en dan vooral van de goederenrechtelijke positie van zowel de bezwaarde als de verwachter. Hangende de voorwaarde neemt de bezwaarde ten aanzien van de goederen der nalatenschap de positie in van gerechtigde, met dien verstande dat hij de goederen houdt onder een voorwaarde. De *goederenrechtelijke* status van de bezwaarde dient scherp onderscheiden te worden van de ‘interne verhouding’

tussen de bezwaarde en de verwachter (die in het tweede hoofdstuk aan de orde komt).

De fideicommissaire erfstelling heeft hangende de voorwaarde weinig gevolgen voor de schuldenpositie van de bezwaarde: hij wordt tegenover de schuldeisers der nalatenschap als onvoorwaardelijk schuldenaar aangemerkt.

Bovengenoemde grondgedachte heeft tot resultaat dat bij de vervulling van de voorwaarde niet alleen de bestaande schulden van de erflater (die niet met zijn dood tenietgaan) op de verwachter overgaan, maar alle schulden der nalatenschap die voor de vervulling van de voorwaarde zijn ontstaan.

Is geen van de benoemde verwachters (meer) erfgenaam, dan is (of wordt) de bezwaarde onvoorwaardelijk gerechtigd tot de goederen (en schuldenaar van de schulden) der nalatenschap.

Subsidiaire verwachters komt hangende de voorwaarde geen recht, maar een verwachting toe. Dat vergemakkelijkt de positie van de bezwaarde: hij hoeft geen rekening te houden met (in de praktijk vaak talrijke) subsidiaire en meer subsidiaire verwachters. Valt een primaire verwachter weg, dan worden zijn ‘handelingen’ (die voortvloeien uit de overeenkomstige toepassing van de vruchtgebruikbepalingen) toegerekend aan de subsidiaire verwachter. Is sprake van een verdere overgang op een zogenaamde ‘tweede’ verwachter, dan is de positie van laatstgenoemde, zolang de overgang op de ‘eerste’ verwachter niet heeft plaatsgevonden, vergelijkbaar met die van een subsidiaire verwachter.

De insteller kan de bezwaarde de bevoegdheid verlenen bij uiterste wil over het fideicommissaire vermogen te beschikken. Hoewel hier sprake lijkt van een ‘voorwaardelijke’ voorwaardelijke verkrijging, is deze kwalificatie gevaarlijk. Bij een voorwaarde is immers in beginsel de dertigjaarstermijn van art. 4:140 lid 1 BW van toepassing. Dat die dertigjaarstermijn, als gevolg van de uitspraak van de Hoge Raad in het boerenplaatsje-arrest, niet van toepassing is in bedoelde situatie (dat de bezwaarde bij uiterste wil over het fideicommissaire vermogen beschikt), betekent allerm minst dat iedere voorwaarde die wordt gekoppeld aan het fideicommiss onder de uitzondering van art. 4:141 BW valt.

Bij een fideicommiss de residuo dient men het aanwezig zijn van een ‘overschot’ niet als afzonderlijke voorwaarde te zien. Bij een negatieve nalatenschap, zelfs wanneer er alleen schulden en geen goederen zijn, doet de saisine zijn werk, ook bij de overgang op de verwachter. De verwachter doet er verstandig aan, als hij vóór de vervulling van de voorwaarde wil of moet aanvaarden, dit beneficiair te doen.

In het *tweede hoofdstuk* is eerst art. 4:138 lid 1 BW aan een onderzoek onderworpen. Zoals al uit het eerste hoofdstuk bleek, heeft een nalatenschapsschuldeiser zich weinig aan te trekken van de voorwaardelijke positie van de bezwaarde. Vervreemdt of bezwaart de bezwaarde aan of ten

behoefte van een derde (niet zijnde een nalatenschapsschuldeiser) een goed der nalatenschap, dan komt de fideicommissaire voorwaarde wel om de hoek kijken en kan, tenzij de bezwaarde onvoorwaardelijke vervreemdings- en bezwaringsbevoegdheid is toegekend, in beginsel alleen onvoorwaardelijk vervreemd of bezwaard worden met toestemming van de verwachter.

Het belang van de verwachter verdient rechtens bescherming. De keus van de wetgever om de vruchtgebruikbepalingen van overeenkomstige toepassing te verklaren, is een gelukkige. De dwingende bepalingen van titel 3.8 BW zijn ook dwingend voor het fideicommis. Veel bepalingen van titel 3.8 BW lenen zich voor (overeenkomstige) toepassing op het fideicommis. Wenst de insteller deze toepassing niet, dan kan de insteller voor een fideicommissair legaat kiezen. De vormgeving daarvan kan, afhankelijk van het beoogde resultaat, de nodige hoofdbreken kosten.

De heersende leer dat zaaksvervanging niet plaatsvindt bij registergoederen als de vervangende rechten van de verwachter niet uit de openbare registers blijken, is aan vervanging toe. Zeker bij een fideicommis de residuo, maar mogelijk ook bij een zuiver fideicommis, is zaaksvervanging vaker mogelijk dan gedacht.

Met zaaksvervanging hangt samen de leer over vergoedingsrechten en -plichten. In veel gevallen kan zelfs van economische zaaksvervanging gesproken worden, omdat het vergoedingsrecht ook in omvang kan groeien of krimpen.

Kent de insteller de bezwaarde verteringsbevoegdheid toe, dan is een nadere uitwerking in het testament zeer gewenst, met name over het voldoen van schulden en de mogelijkheid om het fideicommissaire vermogen indirect te verteren.

De praktijk laat zien dat administratie niet de meest geliefde hobby van Nederland is. Een omslagstelsel kan dat 'gat' dichten. Maar ook hier dient de insteller zich bewust te zijn van de problemen.

Naast de echte vruchtgebruikbepalingen van titel 3.8 BW, zijn enkele vruchtgebruikregels uit de boeken 2, 5, 6 en 7 BW naar analogie van overeenkomstige toepassing.

Het *derde hoofdstuk* richt zich op de afwikkeling van de fideicommissaire nalatenschap. De eerste overgang roept wat betreft aanvaarding en verwerping door de bezwaarde niet veel vragen op. Als de bezwaarde de nalatenschap zuiver aanvaardt, blijft zijn vermogen na de vervulling van de voorwaarde verhaalsaansprakelijk voor de schulden der nalatenschap waarvoor hij aansprakelijk was voor de vervulling van de voorwaarde.

Genoemde grondgedachte dat beide overgangen dienen te worden beschouwd als het twee keer openvallen van de nalatenschap, komt in dit derde hoofdstuk sterk naar voren: er kan bij elke overgang een (nieuwe) executele en vereffening spelen. De verschillende overgangen dienen goed onderscheiden te worden:

aanvaardt de verwachter beneficiair, dan heeft dat geen invloed op een eventuele vereffening bij de eerste overgang op de bezwaarde. En andersom: aanvaardt de bezwaarde beneficiair, dan heeft dat geen invloed op een eventuele vereffening bij de tweede overgang op de verwachter (ervan uitgaande dat de eerste vereffening dan al is afgerond).

Is de vereffening of executele nog niet afgerond op het moment dat de voorwaarde in vervulling treedt, dan blijft de vereffenaar of executeur in het zadel zitten om zijn taak af te maken.

De grondgedachte uit zich ook in het gegeven dat geen sprake is van een stilzwijgende aanvaarding door de verwachter wanneer hij gebruikt maakt van zijn interne bevoegdheden. Grijpt hij op de vervulling van de voorwaarde vooruit door te beschikken over zijn voorwaardelijke rechten, dan impliceert dat wel een zuivere aanvaarding.

Komt bij de afwikkeling een legitimaris om de hoek kijken, dan dient onderkend te worden dat als deze legitimaris ook bezwaarde of verwachter is, hij straffeloos kan verwerpen en zijn legitieme portie op kan eisen. Doet hij een aanvullend beroep op de legitieme portie, dan wordt het een stuk lastiger: de taxatie van het recht van de bezwaarde en verwachter is afhankelijk van veel (moeilijk te waarderen) factoren.

De notaris neemt in zijn verklaring van erfrecht zoveel mogelijk gegevens op over de fideicommissaire voorwaarde, de verwachters, de aanvaarding of verwerping door bedoelde verwachters, executele, testamentair bewind en vereffening op. Hij informeert in principe alleen diegenen die een rol spelen hangende de voorwaarde, zoals de primaire verwachter, de executeur en de bewindvoerder van een bewind dat hangende de voorwaarde in werking treedt.

Het *vierde hoofdstuk* onderzoekt de gevolgen van een testamentair bewind over het fideicommissaire vermogen. De insteller dient niet alleen na te denken waarover hij het bewind wil instellen (over de goederen zelf of over het recht van de verwachter daarop), maar ook wiens belangen hij wil beschermen: die van de bezwaarde, van de verwachter of van beiden tegelijk. Er bestaan maar liefst zes mogelijke combinaties. Iedere soort van testamentair bewind heeft zijn eigen rechtsgevolgen. De insteller dient zich te realiseren op welk moment hij welk soort bewind in werking wil laten treden en welke specifieke regels op het bewind van toepassing zijn.

Een testamentair bewind over de verkrijging van een bezwaarde bij een fideicommis de residuo verdraagt zich met het residuaire karakter van het fideicommis.

Het *vijfde hoofdstuk* ziet op de situatie dat fideicommissair vermogen deel uitmaakt van de bijzondere gemeenschappen van nalatenschap en huwelijksgemeenschap.

Eerst over de gemeenschap van nalatenschap. De fideicommissaire voorwaarde rust na verdeling van de nalatenschap op het hele goed (een eventuele overbedelingsschuld behoort dan ook tot het fideicommissaire vermogen).

Waar bij een fideicommiss de residuo geen toestemming of medewerking van de verwachter nodig is voor de verdeling van de nalatenschap waarin de bezwaarde deelgenoot is, is dat bij een zuiver fideicommiss wel het geval.

De wetgever heeft de consequenties van de vervulling van de fideicommissaire voorwaarde tijdens het bestaan van de onverdeelde nalatenschap niet doordacht. Zoveel mogelijk dient naar analogie van de wettelijke regeling aangenomen te worden dat waar een erfgenaam van de bezwaarde aan regels zou zijn gebonden, de verwachter (als erfgenaam van de insteller) daaraan ook gebonden is.

Verdelen de verwachters hun voorwaardelijke aanspraken op de nalatenschap, dan moet rekening gehouden worden met de mogelijkheid dat plaatsvervulling of aanwas roet in het eten gooit voor de voormalige deelgenoten. Iets dergelijks geldt als een verwachter afstand wil doen van zijn voorwaardelijke rechten. De insteller kan dit voorkomen door te bepalen dat in dergelijke situaties de plaatsvervullings- en aanwasregeling vervalt.

Het fideicommissaire vermogen heeft in beginsel niet de status van een ‘afgescheiden vermogen’.

Bij de verdeling van een fideicommissaire nalatenschap kan inbreng van giften een rol spelen. Dat brengt soortgelijke problemen mee als bij de legitieme portie, vooral wat betreft de waardering van het bezwaarde erfdeel.

Zijn bij het fideicommiss een echtgenoot en één of meer kinderen van de insteller betrokken, dan kan ook een ‘latere’ wettelijke verdeling intreden.

Tenzij sprake is van een uitsluitingsclausule, valt fideicommissair vermogen in de huwelijksgemeenschap. Bij een fideicommiss de residuo kan de helft van het fideicommissaire vermogen worden vervreemd en verteerd door de boedelmenging. Dat is afhankelijk van de wil van de bezwaarde, die naar buiten toe moet blijken.

Als de gemeenschap waarin de bezwaarde is gehuwd bij leven van de bezwaarde wordt ontbonden, moet het fideicommissaire vermogen betrokken worden in de afwikkeling van de ontbonden gemeenschap. Wordt de gemeenschap ontbonden door het overlijden van de bezwaarde, dan ‘verdwijnen’ de goederen waarop het fideicommiss rust uit de gemeenschap. Deze komen aan de verwachter toe.

Is de verwachter in gemeenschap van goederen gehuwd en wordt de gemeenschap bij leven van de verwachter ontbonden, dan moet de voorwaardelijke aanspraak op het fideicommissaire vermogen betrokken worden in de afwikkeling van de ontbonden gemeenschap. Wordt de gemeenschap ontbonden door het overlijden van de verwachter (terwijl het aangewezen tijdstip nog niet is aangebroken), dan is er niets te verdelen omdat de aanspraak is komen te vervallen.

Het *zesde en laatste hoofdstuk* belicht vooral het fideicommissaire legaat (en zijdelings ook de fideicommissaire last en gift). Het fideicommissaire legaat kan op meerdere wijzen vormgegeven worden. Het verdient veelal de voorkeur de bezwaarde-legataris te verblijden met een onvoorwaardelijk legaat en de verwachter-sublegataris met een op de bezwaarde-legataris rustend voorwaardelijk sublegaat.

Het is een gemiste kans dat de wetgever art. 4:138 lid 2 BW niet van overeenkomstige toepassing heeft verklaard op het fideicommissaire (sub)legaat. In sommige gevallen kan dat op dezelfde goederenrechtelijke wijze plaatsvinden als bij de fideicommissaire erfstelling. In veel gevallen zou een 'obligatoire' overeenkomstige toepassing van titel 3.8 BW niet hebben misstaan.

Het fideicommissaire (sub)legaat vertoont grote verwantschap met de fideicommissaire gift en last.

Bij een vervreemding door de bezwaarde-legataris van een zuiver fideicommissair (sub)legaat, moet goed worden gekeken of, en zo ja van wie, toestemming is vereist.

Bij een fideicommissair (sub)legaat zal in veel gevallen de verwerping van het (sub)legaat door de verwachter-(sub)legataris nog kunnen plaatsvinden na de vervulling van de voorwaarde.

Tot slot van deze samenvatting en conclusie geef ik nog een lijst met aanbevelingen voor de praktijk. Uiteraard is de opsomming niet uitputtend.

1. Bij het doornemen met de testateur en het redigeren van de fideicommissaire erfstelling en bijbehorende plaatsvervulling dient men de volgende opmerkingen en vragen de revue te laten passeren:
 - a. de formulering van de ontbindende voorwaarden:
 - het overleven van de verwachter van het aangewezen tijdstip is een wezenskenmerk van het fideicommiss; dat kan impliciet blijken, maar expliciete vermelding verdient de voorkeur;
 - het aanwezig zijn van een 'overschot' als aparte voorwaarde bij het fideicommiss de residuo dient vermeden te worden;
 - dient het voorwaardelijk karakter van de verkrijging van de bezwaarde in bepaalde situaties te vervallen, dan lette men op de dertigjaarstermijn van art. 4:140 lid 1 BW;
 - de kenbaarheid van de vervulling van de ontbindende voorwaarden kan verbeterd worden (bijvoorbeeld door bij registergoederen de inschrijving van de vervulling van de voorwaarde in de openbare registers in sommige gevallen als constitutief vereiste voor die vervulling op te nemen);

- b. in geval van benoeming van ongebornen als primaire verwachters, regelen of de subsidiaire verwachter als ‘tijdelijke primaire verwachter’ bevoegdheden mag uitoefenen;
 - c. in welke gevallen treedt plaatsvervulling voor de verwachter op (bijvoorbeeld bij niet overleven van aangewezen tijdstip en bij verwerpen of ook in de andere gevallen als bedoeld in art. 4:12 lid 1 BW); als verwezen wordt naar de wettelijke plaatsvervulling dan duidelijk maken dat het gaat om plaatsvervulling met betrekking tot personen voor wie op het ogenblik van het openvallen van de ‘tweede’ nalatenschap een genoemde situatie speelt; dient plaatsvervulling en/of aanwas te geschieden als een verwachter afstand doet van zijn voorwaardelijke rechten of deze toedeelt aan een mede-verwachter;
 - d. is sprake van een verdere overgang (‘meertrapsmaking’) en zo ja op wie, en in het verlengde daarvan: is het de bedoeling dat als de bezwaarde tegelijk ook verwachter is, de verkrijging van die bezwaarde als verwachter ook onderworpen is aan de ontbindende voorwaarde (in welk geval zijn fideicommissaire vermogen groter wordt); dat kan impliciet blijken, maar expliciete vermelding verdient de voorkeur;
 - e. de positie van de verwachter als de bezwaarde de insteller niet overleeft; expliciete vermelding dat de verwachter dan onvoorwaardelijk erfgenaam (of bezwaarde) is, verdient aanbeveling.
2. Bij het bespreken met de testateur en het opstellen van de toepasselijke bepalingen over de verhouding tussen de bezwaarde en de verwachter, mede met het oog op derden, dient men acht te slaan op het volgende. Allereerst zou, op basis van mijn herschrijving in § 2.6, de positie van derden verhelderd kunnen worden als sprake is van een zuiver fideicommiss. De insteller dient, bij alle fideicommissen, te beslissen of hij een vruchtgebruikbepaling van overeenkomstige toepassing wil verklaren of juist wil ‘wegschrijven’. Ook dient bedacht te worden of de in § 2.10 genoemde bepalingen uit de overige boeken van het BW overeenkomstige toepassing moeten vinden.
- Daarnaast gelden de volgende aandachtspunten bij de verschillende bepalingen als de insteller besluit deze op te nemen:
- a. zaaksvervanging:
 - geldt de regeling van art. 1:95 BW overeenkomstig;
 - geldt zaaksvervanging voor alle goederen;
 - b. vergoedingsrechten:
 - is de beleggingsleer van art. 1:87 BW van overeenkomstige toepassing;
 - kan het vergoedingsrecht aan vertering blootstaan;

- c. vertering:
 - hoe en wanneer dient de bezwaarde kenbaar te maken dat hij fideicommissair vermogen verteert;
 - de voldoening van welke (consumptieve) schulden geldt als vertering (onderscheid tussen *eigen* en *fideicommissaire* schulden en tussen schulden ontstaan *voor* of *na* het moment waarop het fideicommissaire vermogen op de bezwaarde is overgegaan);
 - worden schulden van insteller aan en vorderingen van insteller op bezwaarde geëcarteerd;
 - mag er indirect verteerd worden;
 - d. ten laste van welk vermogen (eigen vermogen bezwaarde, fideicommissaire vermogen of eigen vermogen verwachter) komen de kosten van de boedelbeschrijving en andere verplichtingen die op de bezwaarde rusten;
 - e. is de bezwaarde bevoegd het fideicommissaire vermogen in te zetten voor de voldoening van gewone en/of buitengewone lasten en herstellingen;
 - f. blijven de (niet-verteerde en niet-tenietgegane) vruchten van het fideicommissaire vermogen van de bezwaarde of komen deze de verwachter toe na de vervulling van de voorwaarde (via een legaat van die vruchten aan verwachter);
 - g. kan de verwachter verlangen dat de schulden der nalatenschap uit het fideicommissaire vermogen worden voldaan en zo ja, geldt dat voor alle schulden;
 - h. bewijsregelingen voor de situatie dat door de bezwaarde:
 - geen boedelbeschrijving is opgesteld;
 - geen gescheiden administratie is bijgehouden;
 - de vermogens zijn vermengd;
 - de verteringen niet of niet goed zijn geadministreerd;
 - i. vermelding van de positie van de verwachter in (openbare) registers en bij vorderingen op naam (bankrekeningen).
3. Komen fideicommissaire erfstellingen (mogelijk) in aanraking met bijzondere rechtsfiguren als de uitsluitingsclausule, het legaat ten behoeve van een derde, de legitieme portie, de inbreng, de executele of het testamentair bewind, dan is van belang dat het volgende is overdacht:
- a. voor wie werkt de uitsluitingsclausule en verdraagt een ‘verzachting’ (voorwaardelijke uitsluitingsclausule) zich met de situatie van het fideicommissis op het moment dat de ‘verzachting’ optreedt;
 - b. wat gebeurt er met het legaat ten behoeve van een derde als het erfgenaamschap vervalt van een verwachter op wie dat legaat rust;

- c. dient het erfgenaamschap van de legitimaris te vervallen als hij een beroep doet op zijn legitieme portie;
 - d. op welke wijze dient de inbreng plaats te vinden en op welk moment;
 - e. op welke overgangen ziet de executele en welke executele-bepalingen vinden dan, mogelijk in aangepaste vorm, toepassing;
 - f. op welk vermogen ziet het bewind, in wiens belang wordt het ingesteld, wanneer treedt het in werking en welke bewindbepalingen vinden dan, zo nodig in aangepaste vorm, toepassing.
4. Bij het voorlichten van de testateur en redigeren van fideicommissaire legaten (en m.m. bij lasten of giften) dient gekeken te worden naar het volgende:
- a. de vormgeving: wordt gekozen voor een voorwaardelijk of onvoorwaardelijk legaat aan de bezwaarde-legataris;
 - b. de verhouding tussen de bezwaarde-legataris en de verwachter-(sub)legataris: welke vruchtgebruikbepalingen vinden (in obligatoire zin) overeenkomstige toepassing (in welk geval de onder 2 genoemde lijst weer van belang is);
 - c. dient er een omslagstelsel te gelden;
 - d. dient (bij een fideicommissaire vordering) het legaat gekoppeld te worden aan de waarde van (de goederen van) de nalatenschap.
5. Bij de afwikkeling van een fideicommissaire nalatenschap, houdt de notaris rekening met het volgende:
- a. eventueel verwachter vragen om keuze reeds hangende de voorwaarde kenbaar te maken;
 - b. in de verklaring van erfrecht:
 - opnemen van de bezwaarden en eventueel ook van de verwachters (zowel primaire als subsidiaire), zo mogelijk met vermelding van aanvaarding of verwerping;
 - in ieder geval opname van alle ontbindende voorwaarden;
 - opnemen van eventuele toegekende vervreemdings-, bezwarings- en verteringsbevoegdheid van de bezwaarde;
 - bepalingen over executele, testamentair bewind en vereffening opnemen en daarbij duidelijk maken om wiens positie (bezwaarde of verwachter) het gaat;
 - c. 'direct' (d.w.z. hangende de voorwaarde) aanschrijven van:
 - primaire verwachters over hun rechten en bevoegdheden;
 - executeurs, testamentair bewindvoerders en vereffenaars die hangende de voorwaarde een rol spelen over hun rechten en bevoegdheden en informeren op welke periode die bevoegdheden zien;

- d. zo mogelijk na vervulling voorwaarde aanschrijven van:
 - verwachters over hun rechten en bevoegdheden;
 - executeurs, testamentair bewindvoerders en vereffenaars die na de vervulling van de voorwaarde een rol spelen;
- e. bij fideicommissair (sub)legaat hangende de voorwaarde eventueel leveren aan verwachter.

Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Diese Studie soll sowohl eine theoretische, als auch praxisbezogene umfassende Übersicht über die juristischen Aspekte des Fideikommisses bieten. Die Form, die das Fideikommiss im Jahr 2003 mit der Einführung des ‘neuen’ Erbrechts erhalten hat, wirft viele Fragen auf und führt zu Problemen.

Im *ersten Kapitel* wird ein wichtiger Grundgedanke des Fideikommisses erläutert, nämlich dass der Nachlass des Erblassers beim Übergang auf einen Nacherben sozusagen erneut übergeht. Dieser Grundgedanke zeigt sich in vielen Bereichen, mit denen das Fideikommiss in Zusammenhang gebracht werden kann. Eine Rechtsvorschrift ‘von Todes wegen’ kann sich bei Eintritt der Bedingung in ‘geänderter’ Form darstellen. Die geltende Bestimmung muss dann unter Berücksichtigung der Sonderstellung des Nacherben gelesen werden. In der Studie werden entsprechende Beispiele aufgeführt.

Dass es sich bei der Stellung des Nacherben um eine Sonderstellung handelt, geht vor allem aus seiner Einordnung in unserem Rechtssystem hervor. Während eine befristete Erbeinsetzung verboten ist, ist eine bedingte Erbeinsetzung erlaubt. Und wo bei beschränkten Rechten eine Begründung verlangt wird und ein solches beschränktes Recht nicht an der Gesamtheit des Vermögens (d.h. des Nachlasses) begründet werden kann, besteht das Recht des Nacherben aufgrund der bedingten Erbeinsetzung des Erblassers plötzlich für alle Güter, die zum Nachlass gehören. Das Recht des Nacherben kann angesichts der Bedingtheit nicht mit anderen Rechten verglichen werden, sondern muss als sachenrechtlicher Anspruch sui generis betrachtet werden, der in seiner Wirkung den beschränkten Rechten sehr ähnlich ist. Darüber hinaus wird angemerkt, dass der Übergang auf den Nacherben, der bei der fideikommissarischen Erbeinsetzung im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge erfolgt, einfach so erfolgen kann. Das heißt, ohne dass der Gesetzgeber geregelt hat, dass dies nach außen erkennbar wird. Beispielsweise wenn die auflösende Bedingung das ‘Zusammenwohnen des Vorerben’ umfasst.

Die Sonderstellung des Nacherben wird wegen fehlender Rechtsvorschriften bezüglich des Rechtsverhältnisses zwischen dem Vorerben und dem Nacherben nicht hinreichend deutlich.

Im *ersten Kapitel* sollen die Stellung des Fideikommisses und insbesondere die sachenrechtliche Stellung sowohl des Vorerben als auch des Nacherben bestimmt werden. Nach dem Erbfall nimmt der Vorerbe hinsichtlich des Nachlassvermögens die Position des Erblassers ein, mit der Maßgabe, dass er den Nachlass unter einer bestimmten Bedingung erhält. Die sachenrechtliche Stellung des Vorerben muss strikt getrennt werden vom ‘Innenverhältnis’

zwischen dem Vorerben und dem Nacherben (das im zweiten Kapitel behandelt wird).

Die fideikommissarische Erbeinsetzung hat vor Eintritt der Bedingungen wenig Auswirkungen auf die Haftung des Vorerben: Er wird den Nachlassgläubigern gegenüber als uneingeschränkt haftbar betrachtet.

Der vorgenannte Grundgedanke hat zum Ergebnis, dass mit Eintritt der Bedingung nicht nur die bestehenden Schulden des Erblassers (die nicht mit seinem Tod erlöschen) auf den Nacherben übergehen, sondern sämtliche Schulden aus dem Nachlass, die vor dem Eintritt des Nacherbfalls entstanden sind.

Ist keiner der ernannten Nacherben (mehr) Erbe, wird der Vorerbe zum Vollerben mit allen Rechten und Pflichten.

Ersatznacherben haben vor Eintritt des Nacherbfalls kein Recht, sondern eine bloße Erwartung. Dies vereinfacht die Situation des Vorerben: Er braucht die (in der Praxis häufig zahlreichen) Ersatznacherben und weitere Ersatznacherben nicht zu berücksichtigen. Wenn ein primärer Nacherbe wegfällt, gelten seine 'Handlungen' (die sich aus der entsprechenden Anwendung der Bestimmungen zum Nießbrauch ergeben) auch für den Ersatznacherben. Wenn von einem weiteren Übergang auf einen sogenannten 'zweiten' Nacherben die Rede ist, ist die Stellung dieses zweiten Nacherben, solange der Übergang auf den 'ersten' Nacherben nicht erfolgt ist, mit der eines Ersatznacherben vergleichbar. Der Erblasser kann dem Vorerben die Befugnis erteilen, per Testament über das fideikommissarische Vermögen zu verfügen. Obwohl hier von einer 'bedingten' bedingten Erbeinsetzung die Rede zu sein scheint, ist diese Qualifizierung gefährlich. Bei einer Bedingung gilt im Prinzip immer die Dreißigjahresfrist gemäß Buch 4 Artikel 140 Absatz 1 des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches (nachstehend 'BW'). Dass diese Dreißigjahresfrist infolge eines Urteils des obersten niederländischen Gerichtshofes (Hoge Raad) im 'Boerenplaatsje arrest' auf die vorgenannte Situation nicht anwendbar ist (dass der Vorerbe per Testament über das fideikommissarische Vermögen verfügt), bedeutet nicht, dass jede Bedingung, die mit einem Fideikommiss verbunden wird, unter die Ausnahmen in Buch 4 Artikel 141 BW fällt.

Bei einem Fideikommiss de residuo darf man das Vorhandensein eines 'Überschusses' nicht als besondere Bedingung betrachten. Bei einem negativen Nachlass findet der Übergang auf den Nacherben ebenfalls statt, auch wenn nur Schulden und kein Vermögen vorhanden sind. Der Nacherbe ist gut beraten, sofern er vor Eintritt des Nacherbfalls das Erbe annehmen will oder muss, dies nur haftungsbeschränkt zu tun.

Im *zweiten Kapitel* wird zunächst auf Buch 4 Artikel 138 Absatz 1 BW eingegangen. Wie sich bereits im ersten Kapitel gezeigt hat, braucht sich ein Nachlassgläubiger nicht um die bedingte Stellung des Vorerben zu kümmern. Wenn der Vorerbe einen Nachlassgegenstand an einen Dritten (der kein Nachlassgläubiger ist) veräußert oder zu dessen Gunsten belastet, gilt die fideikommissarische Bedingung und deshalb kann, wenn dem Vorerben keine bedingungslose Veräußerungs- oder Belastungsbefugnis erteilt wurde, im Prinzip eine bedingungslose Veräußerung oder Belastung nur mit Zustimmung des Nacherben erfolgen.

Das Interesse des Nacherben verdient rechtlichen Schutz. Die Entscheidung des Gesetzgebers, die Bestimmungen zum Nießbrauch entsprechend für anwendbar zu erklären, ist richtig. Die unabänderlichen Bestimmungen in Buch 3 Titel 8 BW gelten auch zwingend für das Fideikommiss. Wenn der Erblasser deren Anwendung nicht wünscht, kann er sich für ein Fideikommiss-Vermächtnis entscheiden. Dessen Ausgestaltung kann je nach beabsichtigtem Ergebnis einiges Kopfzerbrechen bereiten.

Die herrschende Meinung, dass keine Surrogation bei in ein öffentliches Register eintragungsfähigen Sachen erfolgt, wenn diese nicht in den öffentlichen Registern eingetragen sind, sollte geändert werden. Insbesondere bei einem Fideikommiss *de residuo*, aber auch bei einem reinen Fideikommiss, ist eine Surrogation häufiger möglich als gedacht.

Mit der Surrogation einher geht die Lehre über Vergütungsrechte und -pflichten. In vielen Fällen kann sogar von einer wirtschaftlichen Surrogation gesprochen werden, weil auch der Umfang des Vergütungsrechts zunehmen oder abnehmen kann.

Wenn der Erblasser dem Vorerben eine Verbrauchsbefugnis erteilt, ist eine genaue Festlegung im Testament äußerst wünschenswert, insbesondere über die Begleichung von Schulden und die Möglichkeit, das fideikommissarische Vermögen indirekt zu verbrauchen.

In der Praxis hat sich gezeigt, dass die Verwaltung nicht zu den beliebtesten Beschäftigungen der Niederländer zählt. Ein Umlageverfahren kann dieses 'Loch' stopfen, aber auch hier muss sich der Erblasser der Probleme bewusst sein.

Neben den echten Nießbrauchbestimmungen in Buch 3 Titel 8 BW sind einige Nießbrauchbestimmungen aus den Büchern 2, 5, 6 und 7 BW ebenfalls analog anwendbar.

Im *dritten Kapitel* wird die Abwicklung des fideikommissarischen Nachlasses besprochen. Der Erbfall wirft hinsichtlich der Annahme und der Ausschlagung durch den Vorerben wenig Fragen auf. Wenn der Vorerbe die Erbschaft unbeschränkt annimmt, bleibt er mit seinem Vermögen nach Eintritt des

Nacherbfalls haftbar für die Schulden des Nachlasses, für die er bereits davor gehaftet hat.

Der Grundgedanke, dass davon auszugehen ist, dass der Nachlass zweimal auf verschiedene Berechtigte übergeht, tritt im dritten Kapitel besonders zutage: Es kann bei jedem Erbanfall eine (neue) Testamentsvollstreckung oder Nachlassverwaltung eintreten. Die beiden Erbanfälle müssen sauber unterschieden werden: Wenn der Nacherbe das Erbe haftungsbeschränkt annimmt, hat dies keinen Einfluss auf eine eventuelle Nachlassabwicklung beim ersten Erbanfall an den Vorerben. Und umgekehrt: Wenn der Vorerbe das Erbe haftungsbeschränkt annimmt, hat dies keinen Einfluss auf eine Nachlassabwicklung beim zweiten Übergang auf den Nacherben (davon ausgehend, dass die erste Nachlassabwicklung bereits erfolgt ist).

Wenn die Nachlassabwicklung oder Testamentsvollstreckung zu dem Zeitpunkt, wenn der Nacherbfall eintritt, noch nicht abgeschlossen ist, bleibt der Auftrag für den Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter weiterhin bestehen, damit sie ihre Aufgaben vollenden.

Der Grundgedanke äußert sich auch in der Tatsache, dass nicht von einer stillschweigenden Annahme des Erbes durch den Nacherben gesprochen werden kann, wenn er seine internen Befugnisse ausübt.

Greift er der Erfüllung der Bedingung vor, indem er über seine bedingten Rechte verfügt, impliziert dies aber eine unbeschränkte Erbesannahme.

Wenn bei der Abwicklung ein Pflichtteilsberechtigter auftaucht, muss berücksichtigt werden, dass dann, wenn der Pflichtteilsberechtigte auch Vorerbe oder Nacherbe ist, er das Erbe folgenlos ausschlagen und seinen Pflichtteil einfordern kann. Wenn er einen zusätzlichen Anspruch auf seinen Pflichtteil geltend macht, wird die Sache komplizierter: Die Bewertung des Anspruchs des Vorerben und des Nacherben ist von einer Vielzahl von (schwer zu bewertenden) Faktoren abhängig.

Der Notar nimmt in den von ihm auszustellenden Erbschein möglichst viele Angaben zur fideikommissarischen Bedingung auf, zu den Nacherben, zur Annahme oder Ausschlagung des Erbes durch die betreffenden Nacherben, zur testamentarisch verfügten Schutzverwaltung, zur Testamentsvollstreckung und zur Nachlassverwaltung. Er informiert im Prinzip alle diejenigen, die vor Eintritt der Bedingung eine Rolle spielen, wie den ersten Nacherben, den Testamentsvollstrecker und den Schutznachlassverwalter, dass ab sofort die Bedingungen gelten.

Im *vierten Kapitel* werden die Auswirkungen der testamentarisch angeordneten besonderen Schutzverwaltung auf das fideikommissarische Vermögen untersucht. Der Erblasser muss nicht nur darüber nachdenken, worauf er diese Schutzverwaltung beziehen möchte (auf die Nachlassgegenstände selbst oder

auf den Anspruch des Nacherben auf die Nachlassgegenstände), sondern auch darüber, wessen Interessen er schützen möchte: die des Vorerben, des Nacherben oder die Interessen beider Parteien. Es bestehen sechs mögliche Kombinationen. Jede Art der besonderen Schutzverwaltung hat ihre eigenen Rechtsfolgen. Der Erblasser muss sich bewusst werden, zu welchem Zeitpunkt er welche Art der Schutzverwaltung einsetzen lassen möchte und welche spezifischen Regelungen hierfür gelten sollen.

Eine Schutzverwaltung über den Erhalt eines Vorerbes im Rahmen eines Fideikommiss de residuo verträgt sich mit dem Charakter des Fideikommisses.

Im *fünften Kapitel* wird die Situation beschrieben, in der das fideikommissarische Vermögen zu einer Erbengemeinschaft und Gütergemeinschaft gehört.

Zunächst wird auf die Erbengemeinschaft eingegangen. Die fideikommissarische Bedingung ruht nach Verteilung des Nachlasses auf dem gesamten Vermögensgegenstand (eine etwaige Übervorteilungsschuld zählt in diesem Fall auch zum fideikommissarischen Vermögen).

Während bei einem Fideikommiss de residuo keine Zustimmung oder Mitwirkung des Nacherben für die Verteilung des Nachlasses erforderlich ist, an dem der Vorerbe berechtigt ist, ist dies bei einem reinen Fideikommiss sehr wohl der Fall.

Der Gesetzgeber hat die Konsequenzen der Erfüllung der fideikommissarischen Bedingung während des Bestehens des unverteilter Nachlasses nicht durchdacht. Es muss soweit wie möglich durch analoge Anwendung von Rechtsvorschriften angenommen werden, dass in den Fällen, in denen ein Erbe des Vorerben an Regeln gebunden ist, der Nacherbe (als Erbe des Erblassers) ebenfalls daran gebunden ist.

Wenn die Nacherben ihre bedingten Ansprüche auf den Nachlass verteilen, muss die Möglichkeit berücksichtigt werden, dass Ersatznacherbfolge und eine Anwachsung den vormaligen Teilberechtigten zum Nachteil gereichen kann. Derartige gilt, wenn ein Nacherbe von seinen bedingten Rechten zurücktreten möchte. Der Erblasser kann dies durch die Bestimmung verhindern, dass in solchen Situationen die Ersatznacherbfolge und die Anwachsungsregelung entfällt.

Das fideikommissarische Vermögen hat im Prinzip nicht den Status eines 'separaten Vermögens'.

Bei der Verteilung eines fideikommissarischen Nachlasses kann ein Schenkungsausgleich eine Rolle spielen. Dies bringt ähnliche Probleme wie beim Pflichtteil mit sich, insbesondere für die Bewertung des belasteten Erbteils. Sind an einem Fideikommiss ein Ehepartner und ein oder mehrere Kinder des Erblassers beteiligt, kann auch eine 'spätere' gesetzliche Verteilung eintreten.

Wenn keine Ausschlussklausel vorliegt, fällt das fideikommissarische Vermögen in eine Gütergemeinschaft. Bei einem Fideikommiss de residuo kann die Hälfte des fideikommissarischen Vermögens durch die Einbringung in eine Gütergemeinschaft veräußert oder verbraucht werden. Dies ist vom Willen des Vorerben abhängig, der nach außen deutlich gemacht werden muss.

Wenn die eheliche Gütergemeinschaft, in der der Vorerbe verheiratet ist, vor dessen Tod aufgelöst wird, muss das fideikommissarische Vermögen in die Abwicklung der aufgelösten Gütergemeinschaft einbezogen werden. Wenn die Gütergemeinschaft durch den Tod des Vorerben aufgelöst wird, werden die Güter, auf die sich das Fideikommiss bezieht, der Gemeinschaft 'entzogen'. Diese stehen den Nacherben zu.

Wenn der Nacherbe in Gütergemeinschaft verheiratet ist und diese Gemeinschaft vor dem Tod des Nacherben aufgelöst wird, muss der bedingte Anspruch auf das fideikommissarische Vermögen in die Abwicklung der aufgelösten Gütergemeinschaft einbezogen werden. Wenn die eheliche Gütergemeinschaft durch den Tod des Nacherben aufgelöst wird (bevor der angewiesene Zeitpunkt erreicht ist), gibt es nichts zu verteilen, weil der Nacherbanspruch mit dem Tod verfallen ist.

Im *sechsten und letzten Kapitel* wird vor allem das Fideikommiss-Vermächtnis (und daneben auch die fideikommissarische Auflage und unentgeltliche Zuwendung) behandelt. Das Fideikommiss-Vermächtnis kann auf unterschiedliche Art ausgestaltet werden. In den meisten Fällen ist es vorzuziehen, den Vorvermächtnisnehmer mit einem bedingungslosen Vermächtnis auszustatten und den Nachvermächtnisnehmer mit einem auf dem Vorvermächtnisnehmer ruhenden bedingten Untervermächtnis.

Es ist eine verpasste Chance, dass der Gesetzgeber Buch 4 Artikel 138 Absatz 2 BW nicht als ebenfalls entsprechend anwendbar auf das Fideikommiss-(Unter-)Vermächtnis erklärt hat. In einigen Fällen kann dies auf dieselbe sachenrechtliche Weise stattfinden wie bei der fideikommissarischen Erbeinsetzung. In vielen Fällen wäre eine 'zwingende' entsprechende Anwendung von Buch 3 Titel 8 BW kein Fehler gewesen.

Das fideikommissarische (Unter-)Vermächtnis hat große Ähnlichkeit mit der fideikommissarischen unentgeltlichen Zuwendung und Auflage.

Bei einer Veräußerung durch den Vorvermächtnisnehmer eines einem reinen fideikommissarischen (Unter-)Vermächtnisses unterliegenden Gegenstandes, muss sorgfältig betrachtet werden, ob und wessen Zustimmung nötig ist.

Bei einem fideikommissarischen (Unter-)Vermächtnis wird in vielen Fällen die Ausschlagung des (Unter-)Vermächtnisses durch den Nachvermächtnisnehmer auch noch nach Eintritt der Bedingung erfolgen können.

Summary and conclusions

This study aims to provide a broad overview, both theoretically as well as from a practical point of view, of the legal aspects of the fideicommissum. The form which the fideicommissum has acquired in 2003 with the arrival of the 'new' law of succession, raises many questions and problems.

The *first chapter* provides an important rationale with regard to the fideicommissum, namely that the testator's estate upon transfer to a secondary beneficiary devolves once again as it were. This rationale is reflected in many areas to which the fideicommissum can be associated. A regulation passed in law which 'is written on the death of the testator', may arise in a different form upon fulfilment of the condition. The applicable regulation must then be read with the special position of the secondary beneficiary in mind. The necessary examples of this are presented in this research.

That the position of a secondary beneficiary may be called a special one, is particularly evident from his position within our legal system. While an appointment of an heir for a specific period of time is forbidden, the appointment of an heir under condition is permitted. And where in the case of limited rights establishment is required and establishment 'all at once' on a totality of assets (in this case the estate) is impossible, the right of the secondary beneficiary through the conditional appointment of an heir of the testator is suddenly attached to all property that belongs to the estate. The right of the secondary beneficiary pending the condition cannot be placed within an existing legal concept, but should be considered as a *sui generis* property right, which in its operation closely resembles the limited right. In addition, it is observed that the transfer to the secondary beneficiary, which takes place with a fideicommissary appointment of an heir under general title, can take place just like that. This means, without the legislator adequately publicising the transfer. For example, if the resolutive condition implies 'cohabitation by the fiduciary heir'.

The special position of the secondary beneficiary, due to the lack of tailor-made legislation, does not benefit the recognisability of the legal relationship between the fiduciary heir and the secondary beneficiary.

The *first chapter* tries to determine the position of the fideicommissum, and in particular the law of property position of both the fiduciary heir and the secondary beneficiary. Pending the condition the fiduciary heir, with regard to the assets of the estate, takes the position of beneficiary, on the understanding that he holds the property under a condition. The law of property status of the fiduciary heir needs to be clearly distinguished from the 'internal relationship'

between the fiduciary heir and the secondary beneficiary (which is discussed in the second chapter).

The fideicommissary appointment of an heir pending the condition has few consequences for the debt position of the fiduciary heir: he is considered as an unconditional debtor in relation to the creditors of the estate.

The above mentioned rationale has the result that, when fulfilling the condition, not only the existing debts of the testator (which do not expire upon his death) transfer to the heir, but all debts of the estate which have arisen to the moment the condition is fulfilled.

If none of the appointed secondary beneficiaries is an heir (any longer), then the fiduciary heir is (or will become) unconditionally entitled to the assets (and debtor of the debts) of the estate.

Pending the condition, the alternate beneficiaries do not have a right, but an expectation. This simplifies the position of the fiduciary heir: he does not have to take account with (in practice often numerous) alternate and more alternate beneficiaries. If a primary beneficiary dies, then his 'actions' (which result from corresponding application of the usufruct provisions) are attributed to the alternate beneficiary. If it involves a further transfer to a so called 'second' secondary beneficiary, then the position of the last mentioned, as long as the transfer to the 'first' secondary beneficiary has not taken place, is comparable with that of an alternate beneficiary.

The testator can grant the fiduciary heir upon death control over the fideicommissary assets. Although this seems to be a 'conditional' acquisition, this qualification is dangerous. Indeed, with a condition the thirty-year period of art. 4:140 paragraph 1 of the Dutch Civil Code is, in principle, applicable. That this thirty-year period, as a result of the judgement of the Supreme Court in the Boerenplaatsje ruling, is not applicable in the situation referred to (that the fiduciary heir upon death has control over the fideicommissary assets), means least of all that every condition that is linked to the fideicommissum falls under the exception of art. 4:141 of the Dutch Civil Code.

With a fideicommissum de residuo the presence of a 'surplus' should not be seen as a separate condition. With a negative estate, even when there are only debts and no property, the livery of seisin does its work, also during the transfer to the secondary beneficiary. The secondary beneficiary is advised, if he wants to or must accept prior to the fulfilment of the condition, to do this without liability to debts beyond the assets descended.

In the *second chapter* the first art. 4:138 paragraph 1 of the Dutch Civil Code has been subjected to an investigation. As is already apparent from the first chapter, an estate creditor needs take little notice of the conditional position of the fiduciary heir. If the fiduciary heir disposes of or encumbers a property of

the estate to the benefit of a third party (not being an estate creditor), then the fideicommissary condition comes into play and, unless the fiduciary heir is granted unconditional disposal and encumbering powers, can in principle only be unconditionally disposed of or encumbered with permission of the secondary beneficiary.

The interest of the secondary beneficiary rightly deserves protection. The choice of the legislator to declare the usufruct provisions *mutatis mutandis*, is a good one. The mandatory provisions of title 3.8 of the Dutch Civil Code are also mandatory for the fideicommissum. Many provisions of title 3.8 of the Dutch Civil Code are suitable for (corresponding) application to the fideicommissum. If the testator does not want this, then the testator can opt for a fideicommissary legacy. How this is arranged, depends on the intended result and may be quite complex.

The prevailing theory that substitution of property does not take place with registered property if the replacement rights of the secondary beneficiary are not apparent from the public register, is in need of replacement. Certainly with a fideicommissum *de residuo*, but also possibly with an unconditional fideicommissum, substitution of property is more often possible than is thought. Substitution of property is associated with the theory about the rights and obligations of compensation. In many cases it can even concern an economic substitution of property, because the right to compensation can also grow or contract in size.

If the testator assigns the fiduciary heir the right to dispose of the assets, then a further specification in the testament is very desirable, in particular concerning the payment of debts and the possibility to indirectly dispose of fideicommissary assets.

Practice shows that administration is not the most beloved pastime of the Netherlands. An apportionment system could close this gap. But also here the testator needs to be aware of the problems.

Besides the actual usufruct provisions of title 3.8 of the Dutch Civil Code, some usufruct rules from books 2, 5, 6 and 7 of the Dutch Civil Code apply *mutatis mutandis*.

The *third chapter* focuses on the settlement of the fideicommissary estate. The first transfer, with regard to acceptance and rejection, does not raise many questions with the fiduciary heir. If the fiduciary heir accepts the estate unconditionally, then a recourse liability remains on his assets after the fulfilment of the condition for the debts of the estate for which he was liable prior to the fulfilment of the condition.

The stated rationale that both transfers need to be considered as two devolvments of the estate, emerges strongly in this third chapter: with every

transfer (new) executor's duties and liquidation may be involved. The various transfers have to be well distinguished from each other: if the secondary beneficiary accepts without liability to debts beyond the assets descended, then this has no effect on any liquidation upon the first transfer to the fiduciary heir. And vice versa: if the fiduciary heir accepts without liability to debts beyond the assets descended, then this has no effect on any liquidation with the second transfer to the secondary beneficiary (assuming that the first liquidation has then already been completed).

If the liquidation or executor's duties are not yet completed at the moment the condition is fulfilled, then the liquidator or executor remains in place to complete his task.

The rationale also shows itself in the fact that there is no question of a tacit acceptance by the secondary beneficiary when he makes use of his internal powers. If he anticipates the fulfilment of the condition by exercising his conditional rights, this implies an unconditional acceptance.

If during the settlement a statutory heir appears, then it needs to be recognized that if this statutory heir is also a fiduciary heir or secondary beneficiary, he can renounce proceedings with impunity and demand his statutory share. If he makes an additional claim to the statutory share, then this becomes somewhat more complicated: the valuation of the right of the fiduciary heir and secondary beneficiary is dependent on many (difficult to value) factors.

In his certificate of inheritance the notary includes as many details as possible about the fideicommissary condition, the secondary beneficiaries, the acceptance or rejection by the intended secondary beneficiaries, executor's duties, testamentary administration and liquidation. In principle, he informs only those persons who are involved pending the condition, such as the primary beneficiary, the executor and the administrator of an administration that comes into effect pending the condition.

The *fourth chapter* investigates the effects of a testamentary administration over the fideicommissary assets. The testator not only needs to think about what he wants to implement the administration for (over the assets themselves or over the right of the secondary beneficiary to these assets), but also whose interests he wants to protect: those of the fiduciary heir, of the secondary beneficiary or of both at the same time. There are no fewer than six possible combinations. Every kind of testamentary administration has its own legal consequences. The testator needs to realise at which moment he wants to allow which kind of administration to come into operation and which specific regulations are applicable to the administration.

A testamentary administration about the acquisition of a fiduciary heir with a fideicommissum de residuo behaves with the residuary character of the fideicommissum.

The *fifth chapter* addresses the situation that fideicommissary assets form part of the special community of estate and matrimonial estate.

First about the community of estate. The fideicommissary condition after distribution of the estate rests on the entire estate (any overendowment debt therefore belongs to the fideicommissary assets).

Where with a fideicommissum de residuo no permission or cooperation is necessary from the secondary beneficiary for the distribution of the estate in which the fiduciary heir is a participant, this is certainly the case with an unconditional fideicommissum.

The legislator has not thought through the consequences of the fulfilment of the fideicommissary condition during the existence of the undivided estate. It must be assumed as much as possible by way of analogy with the legal regulations that where an heir of the fiduciary heir is bound by regulations, the secondary beneficiary (as heir of the testator) is also bound by them.

If the secondary beneficiaries divide their conditional claims to the estate, then account needs to be taken of the possibility that representation or growth causes problems for the previous participants. Something similar applies if a secondary beneficiary wants to distance himself from his conditional rights. The testator can prevent this by specifying that in such situations the representation and growth regulation lapses.

In principle, the fideicommissary assets do not have the status of ‘separated assets’.

The inclusion of gifts can play a role during the distribution of a fideicommissary estate. This incurs similar problems as with the statutory share, particularly with regard to the valuation of the fiduciary heir’s inheritance.

If a wife and one or more children of the testator are involved with the fideicommissum, then a ‘future’ legal distribution can also become operative.

Unless it involves an exclusion clause, fideicommissary assets fall within the matrimonial estate. With a fideicommissum de residuo half of the fideicommissary assets can be disposed of and consumed by the community of property. This is dependent on the wishes of the fiduciary heir, which must be apparent to the outside.

If the community in which the fiduciary heir is married is dissolved while the fiduciary heir is alive, then the fideicommissary assets must be included in the settlement of the dissolved community. If the community is dissolved as a result of the death of the fiduciary heir, then the property on which the

fideicommissum rests ‘disappears’ from the community. These then fall to the second beneficiary.

If the secondary beneficiary is married in community property and the community is dissolved while the secondary beneficiary is alive, then the conditional claim to the fideicommissary assets must be included in the settlement of the dissolved community. If the community is dissolved as a result of the death of the secondary beneficiary (while the appointed point of time has not yet arrived), then there is nothing to be divided because the claim has lapsed.

The *sixth and last chapter* mainly explains the fideicommissary legacy (and indirectly also the fideicommissary burden and gift). The fideicommissary legacy can be depicted in several ways. It is often preferable to please the fiduciary heir (legatee) with an unconditional legacy and the secondary beneficiary (sub-legatee) with a conditional sub-legacy that rests on the fiduciary heir (legatee).

It is a missed opportunity that the legislator has not declared that art. 4:138 paragraph 2 of the Dutch Civil Code applies *mutatis mutandis* to the fideicommissary (sub-)legacy. In some cases that can take place in the same law of property manner as with the fideicommissary appointment of an heir. In many cases an ‘obligatory’ corresponding application of title 3.8 of the Dutch Civil Code would not have been out of place.

The fideicommissary (sub-)legacy demonstrated a strong relationship with the fideicommissary gift and burden.

Upon the disposal by the fiduciary heir-legatee of an unconditional fideicommissary (sub-)legacy, it needs to be well examined whether, and if so from whom, permission is required.

With a fideicommissary (sub-)legacy the rejection of the (sub-)legacy by the secondary beneficiary (sub-)legatee can still take place in many cases after the fulfilment of the condition.

Geraadpleegde literatuur

Achterberg, C.E., *Het fideicommissum residui*, diss. Utrecht, 1875

Albers-Dingemans, R.L., *Enige beschouwingen over de notariële deontologie bij een nalatenschap*, WPNR 2004/6585

Asser/De Boer 1* 2010, Kluwer: Deventer 2010

Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht, *Personen- en familierecht*, bewerkt door J. de Boer

Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008, Kluwer: Deventer 2008

Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht, *Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten*, bewerkt door F.H.J. Mijnssen, A.A. van Velten en S.E. Bartels

Asser/Perrick 3-V* 2011, Kluwer: Deventer 2011

Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht, *Gemeenschap*, bewerkt door S. Perrick

Asser/Perrick 4 2013, Kluwer: Deventer 2013

Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht, *Erfrecht en schenking*, bewerkt door S. Perrick

Asser/Scholten, *Algemeen deel**, Kluwer: Deventer 1974

Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht, *Algemeen deel*, bewerkt door P. Scholten

Bauduin, N.V.C.E., *De geoorloofdheid van wilsdelegatie nader bezien*, WPNR 2011/6907

Biemans, J.W.A., *Reactie op het concept-Wetsvoorstel bescherming erfgenamen tegen onverwachte schulden*, WPNR 2014/7019

Blankman, K., *Notariële bescherming ouderen*, Preadvies voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 2013

Blokland, P., Stollenwerck, A.H.N., *De uiterste wil van de bezwaarde en het overschot (I en II)*, WPNR 2004/6574 en 2004/6575

Blokland, P., *Nieuw erfrecht in de praktijk, Een evaluatie*, Preadvies voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 2006

Blokland, P., Burgerhart, W., Kolkman, W.D., *Wet bescherming erfgenamen tegen onverwachte schulden: schuldeisers de klos met de 'Wet betos'*, WPNR 2014/7019

Blokland, P., *Wie heeft er wat te verwachten?*, FTV 2013/2

Boelens, G.G.B., Es, P.C. van, *Wettelijke verdeling en fidei-commis; een (on)mogelijke combinatie?*, WPNR 2014/7016

Boer, M.B. de, *Het bewind*, diss. Utrecht, Zwolle: Tjeenk Willink 1982

Breederveld, B., *De aangepaste gemeenschap van goederen in verband met echtscheiding*, Serie Recht en Praktijk – Personen- en familierecht, Kluwer: Deventer 2011

Breederveld, B., *De bankrekening, de huwelijksgemeenschap en echtscheiding*, WPNR 2014/7006

Breederveld, B., *De huwelijksgemeenschap bij echtscheiding*, diss. Amsterdam VU, Den Haag: Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2008

Breemhaar, W., *De testeervrijheid: een vrijheid in gebondenheid. Titel 4.5 BW: dwingend recht, tenzij...*, Tijdschrift Nieuw Erfrecht 2005/3

Breemhaar, W., *De uitdrukking 'staaksgewijs' in art. 4:12 lid 2 BW*, WPNR 2013/6961

Breemhaar, W., *De uiterste wilsbeschikking*, diss. Groningen, Kluwer: Deventer 1992

Brinkman, R.E., *Drie stellingen over het fideicommiss*, WPNR 2013/7000

Brinkman, R.E., *Fideicommiss en plaatsvervulling*, WPNR 2013/6978

Brinkman, R.E., *Fideicommissaire legaten, lasten en giften*, WPNR 2011/6902

Brinkman, R.E., *Het fideicommiss, de executele en de vereffening*, WPNR 2013/6985.

Brinkman, R.E., *Het fideicommiss: over de rechtsposities van de bezwaarde en de verwachter en het aanvaarden van een voorwaardelijke erfstelling I en II (slot)*, WPNR 2011/6894 en 2011/6895.

Brinkman, R.E., *Reactie op 'Wie heeft er wat te verwachten?'*, FTV 2013/3

Brinkman, R.E., *Vruchtgebruik, in het bijzonder van geldvorderingen en ten aanzien van schulden*, WPNR 2010/6837

De Bruijn, A.R., Huijgen, W.G., Reinhartz, B.E., *Het Nederlandse Huwelijksvermogensrecht*, Kluwer: Deventer 2012

Burgerhart, W., *(Erf)belastingrente, een aandachtspunt bij een boedelafwikkeling*, WPNR 2014/7012

Burgerhart, W., *Is iedere fideïcommissaire schenking een voorwaardelijke (tweetraps)gift?*, WPNR 2011/6897

Burgerhart, W., *Waarde en Erfrecht*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2008

Burght, G. van der, *Eindelijk één vogel in de hand en wat voor één? HR 5 oktober 2007, LJN BA6756*, FTV 2007/12

Burght, G. Van der, Ebben, E.W.J., Kremer, M.R., *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Vaststellingswet Boek 4, Erfrecht*, Kluwer: Deventer 2002

Burght, G. Van der, Ebben, E.W.J., Kremer, M.R., *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoeringswet Boek 4, Erfrecht*, Kluwer: Deventer 2003

Commissie Erfrecht KNB, *Eindverslag Commissie Erfrecht KNB inzake Boek 4 BW*, Ars Notariatus nr. CV, Kluwer: Deventer 2012

Es, P.C. van, *De ontaarde hereditatis petitio*, Tijdschrift Erfrecht 2013/2

EstateTip Reviews 2010-11 en 2011-41, *Denken in goederen of in geld. Tweetrapsmaking: erfstelling of legaat?*

Gaalen, M.S. van, *Vruchtgebruik*, Ars Notariatus nr. XCI, Kluwer: Amsterdam 2001

Haar, J.H.M. ter, *Minderjarigen en (de zorg voor hun) vermogen*, diss. Groningen, Boom Juridische Uitgevers: Den Haag 2013

Haar, J.H.M. ter, *Ouderlijk vruchtgenot en testamentair bewind: de Hoge Raad aan het woord*, WPNR 2013/6996

Hammerstein, A., *Eigenlijke en oneigenlijke zaaksvervanging*, W.E.J. Tjeenk-Willink: Zwolle 1977

Hartmann, C., *Kölner Prozessformularbuch Erbrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2011,

Huijgen, W.G. e.a., *Compendium Erfrecht*, Kluwer: Deventer 2005

Jong, Th.F. de, *De structuur van het goederenrecht*, diss. Groningen, Kluwer: Deventer 2006

Klaassen-Eggens-Luijten, *Huwelijksgoederen- en erfrecht*, Tweede gedeelte: Erfrecht, tiende druk, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1989

Klaassen-Luijten-Meijer I, *Huwelijksgoederenrecht*, Kluwer: Deventer 2005
E.A.A. Luijten en W.R. Meijer, *Huwelijksgoederen- en erfrecht*, Eerste gedeelte: Huwelijksgoederenrecht

Klaassen/Luijten & Meijer II, *Erfrecht*, Kluwer: Deventer 2008
E.A.A. Luijten en W.R. Meijer, *Huwelijksgoederen- en erfrecht*, Tweede gedeelte: Erfrecht

Kleijn, W.M., *De Boedelscheiding*, Gouda Quint: Arnhem 1969

Kleijn, W.M., *De tweetrapsmaking als middel om tweemaal over het vermogen na dode te beschikken*, FTV 2004/5

Kleijn, W.M., *Hoever gaan de vrijheden van de bezwaarde bij een fidei-commis de residuo*, Tijdschrift Nieuw Erfrecht 2006/4

Kleijn, W.M., *Zaaksvervanging in het vermogensrecht*, VPFA-millennium-bundel, Deventer 1999

Klinger, F., *Münchener Prozessformularbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2013

Kolkman, W.D. e.a., *De goede notaris, Over notariële deontologie*, Preadvies voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 2010

Kolkman, W.D., *De zwijgende saniet en de verklaring van erfrecht*, WPNR 2004/6583

Kolkman, W.D., *Schulden der nalatenschap*, diss. Groningen, Kluwer: Deventer, 2006

Kossinger, W., *Handbuch der Testamentsgestaltung*, München: Verlag C.H. Beck 2008

Kraan, C.A., *Het huwelijksvermogensrecht*, zesde druk, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2012

Kraan, C.A. e.a., *Vruchtgebruik*, Preadvies voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, Koninklijke Vermande: Lelystad 1999

Kroon, B.B.A. de, *NDFR Commentaar Successiewet* bij art. 21 lid 2 en 4 SW

Kroon, B.B.A. de, *Ondernemingsvermogen en tweetrapsbepalingen* (deel I en II), NTFR-B 2011/35 en 41

Langemeijer, G.E., *Zaaksvervanging*, Vlaardingen: N.V. Dorsman & Odé's Boekhandel en drukkerij 1927

Lubbers, A.G., *Bewind in het NBW*, Studiepocket Privaatrecht nr. 29, Zwolle: Tjeenk Willink 1983

Luijten, E.A.A., Meijer, W.R., *De taak van de 'exécuteur-afwikkelingsbewindvoerder'*, Tijdschrift Erfrecht 2014/1

Luijten, E.A.A., Meijer, W.R., *Een fidei-commis de residuo en het overgangsrecht NBW*, Tijdschrift Nieuw Erfrecht 2006/3

Luijten, E.A.A., Meijer, W.R., *'Vernietiging' van een zuivere aanvaarding van een nalatenschap*, Tijdschrift Erfrecht 2011/4

Martens, C.J.M., Sonneveldt, F., *Wegwijs in de Successiewet*, 18^e druk, Sdu uitgevers: Den Haag 2013

Meijer, W.R., *Gevolgen van erfopvolging*, Mon. BW deel B22, Kluwer: Deventer 2005

Meijers, E.M., *De Algemene Begrippen van het burgerlijk recht*, Universitaire Pers Leiden: Leiden 1948

Mellema-Kranenburg, T.J., *Hoever reikt de verteringsbevoegdheid bij een fidei-commis de residuo?*, JBN 2006/10

Mellema-Kranenburg, T.J., *Testamentair bewind versus ouderlijk vruchtgenot*, JBN 2014/2

Mellema-Kranenburg, T.J., *Testeren over met een fideï-commis de residuo bezwaarde goederen*, JBN 2004/2

Mellema-Kranenburg, T.J., *Zaaksvervangingsrecht van een vergoedingsrecht in geval van een fideï-commis de residuo?*, WPNR 2007/6734

Mollema, A.F., *De werking van de redelijkheid en billijkheid bij uiterste wilsbeschikkingen – een vervolg*, WPNR 2012/6918

Mollema, A.F., *Erfstellingen en legaten onder tijdsbepaling of voorwaarde*, WPNR 2007/6698

Mollema, A.F., *Het beperkte recht*, diss. Leiden, Kluwer: Deventer 2013

Mourik, M.J.A. van, *De omvang van de nieuwe wettelijke gemeenschap van goederen*, WPNR 2003/6545

Mourik, M.J.A. van e.a., *Handboek Erfrecht*, Kluwer: Deventer 2011

Mourik, M.J.A. van, Verstappen, L.C.A., *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding*, Algemeen deel A 2014, Kluwer: Deventer 2014

Mourik, M.J.A. van, *Huwelijksvermogensrecht*, Mon. Privaatrecht 12, Kluwer: Deventer 2013

Mourik, M.J.A. van, *Rechtsvragenrubriek*, WPNR 2011/6891

Mourik, M.J.A. van, *Verdeling in de notariële praktijk*, Preadvies voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 2012

Mourik, M.J.A. van, *Vernieuwd huwelijksvermogensrecht*, WPNR 2012/6913

Neppelenbroek, E.D.C., *Dogmatisch purisme*, NJB 2006, nr. 32

Nieskens-Isphording, B.W.M., *Praktijkgerichte evaluatie van het vruchtgebruik leidt tot vraag naar meer “maatwerk”*, WPNR 1999/6368

Nuytinck, A.J.M., *Gerechtigdheid voor het geheel in geval van wettelijke gemeenschap*, WPNR 2012/6955

Perrick, S., *Beschikken over goederen onder voorbehoud van bewind*, WPNR 2005/6626

Perrick, S. *Boekbespreking*, WPNR 2010/6872

Perrick, S. e.a., *Insolventierecht in de notariële praktijk*, Preadvies voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 2011

Perrick, S., *Verdeling in de notariële praktijk*, WPNR 2012/6944

Perrick, S., *Verhaal van schulden op onder bewind staande goederen*, WPNR 2005/6628

Perrick, S., *Zaaksvervanging en de regels van het goederenrecht*, WPNR 2008/6753

Peter, J.A.J., *Levering van roerende zaken*, Kluwer: Deventer 2007

Pijnacker Hordijk, W.F.C.C., *Het fideicommissum de residuo*, diss. Amsterdam, 1895

Pitlo, A., Gerver, P.H.M., Sorgdrager, H., *Het Systeem van het Nederlandse Privaatrecht*, Gouda Quint: Arnhem 1995

Pitlo/Van der Burght, Gouda Quint: Deventer 1997

Pitlo, Het Nederlands Burgerlijk recht, deel 5, *Erfrecht*, G. van der Burght

Pitlo/Van der Burght, Ebben, Kluwer: Deventer 2004

Pitlo, Het Nederlands Burgerlijk recht, deel 5, *Erfrecht*, G. van der Burght en E.W.J. Ebben

Pitlo, A., Buining, J.R.H., *Het fideicommiss de residuo*, Preadvies Broederschap der Candidaat-notarissen, 1952

Ploeg, P.W. van der, *Testamentair bewind*, Amsterdam: De Bezige Bij 1945

Reehuis, W.H.M., Slob, E.E., onder redactie van Zeben, C.J., *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering boeken 3, 5 en 6, Aanpassing Burgerlijk Wetboek*, Kluwer: Deventer 1991

Roth, W., Hannes, F., Mielke, H., *Vor- und Nacherbschaft*, Verlag C.H. Beck: München 2010

Ruiter, J. de, *Beschouwingen over de algemeenheid van goederen in het Ontwerp-Burgerlijk Wetboek*, diss. Utrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963

Santing-Wubs, A.H., *Kerken in geding. De burgerlijke rechter en de kerkelijke geschillen*, Boom: Meppel 2002

Scheltema, A.H., *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, diss. Leiden, Kluwer: Den Haag 2003

Scheltema, A.H., *Eigendomsvoorbehoud, overdracht en verpanding van eigendom onder opschortende voorwaarden*, MvV 2013/6

Schoenmaker, F.A.M., *Een gat in de erfbelasting door makingen op te splitsen door middel van een opschortende voorwaarde of een wilsrecht?*, FBN 2014/4

Schols, B.M.E.M., *Executele*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007

Schols, B.M.E.M., Schols, F.W.J.M., *'Over de dood heen'; De tweetraps-making: een prima instrument*, FTV 2003/7-8

Schols, F.W.J.M. e.a., *Bewind en aan bewind verwante vormen*, Preadvies voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 2004

Snijders, H.J., *Verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken*, NTBR 2006/31

Snijders, W., Boekbespreking Th.F. de Jong, *De structuur van het goederenrecht*, diss. Groningen, 2006, WPNR 2006/6689

Snijders, W., *Ongeregeldheden in het vermogensrecht (I) en (II)*, WPNR 2005/6607 en 2005/6608

Snijders, W., *Wilsrechten, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht*, WPNR 1999/6365, 1999/6366 en 1999/6367

Sonneveldt, F., Vegter, J.B., *De gift over de hand, civielrechtelijk en in het licht van de Successiewet gezien (I); Civielrechtelijke vormgeving van de gift over de hand*, WPNR 2006/6679

Spath, J.B., *Zaaksvervanging*, Serie Onderneming en Recht, Kluwer: Deventer 2010

Spath, J.B., *Zaaksvervanging bij registergoederen*, WPNR 2010/6846

Stollenwerck, A.H.N., *Het fidei-commis de residuo*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1986

Stollenwerck, A.H.N., *Over het graf heen: fidei-commissaire making of tweetrapsmaking*, FTV 2007/6

Struycken, T.H.D., *De numerus clausus in het goederenrecht*, diss. Nijmegen, Kluwer: Deventer 2007

Teeven, *Reactie staatssecretaris Teeven op rapport 'Erven zonder financiële zorgen'*, NTFR 2013/589

Tonkelaar, J.D.A. den, *Opschortende en ontbindende voorwaarden*, Studiepockets privaatrecht 31, Zwolle 1994

Vegter, J.B., *Grondslagen der beneficiaire aanvaarding naar Nederlands en Duits recht*, diss. Leiden, Kluwer: Deventer 1989

Vegter, J.B., *Making/schenking over de hand van het overschot en de vruchten van het vermaakte/geschonken vermogen*, WPNR 2008/6764

Vegter, J.B., *Over de wettelijke vormgeving van het fidei-commis de residuo en in het bijzonder over het overeenkomstig van toepassing zijn van de vruchtgebruikbepalingen op dit fidei-commis*, WPNR 2002/6486, met reactie van Verstappen in WPNR 2002/6509 en het naschrift van Vegter daarbij in datzelfde nummer van het WPNR

Vegter, J.B., *Problemen bij de vormgeving van het fidei-commis de residuo in het licht van artikel 4:56 BW*, WPNR 2003/6521

Vegter, J.B., *Vruchtgebruik bij opvolging en gezamenlijk vruchtgebruik; civielrechtelijk en in het licht van de Successiewet 1956 gezien*, WPNR 2011/6884

Verstappen, L.C.A., Kolkman, W.D. e.a., *Handboek Boedelafwikkeling*, Walburgers: Zutphen 2011

Verstappen, L.C.A., Kolkman, W.D. e.a., *Handboek Familievermogensrecht*, Walburgers: Zutphen 2013

Verstappen, L.C.A., *Rechtsopvolging onder algemene titel*, diss. Nijmegen, Ars Notariatus nr. LXXII, Kluwer: Deventer 1996

Vos, J.W.M. de, *De notariële verklaring van erfrecht*, diss. Amsterdam, Gouda Quint B.V.: Arnhem 1975

Wibier, R.M., *Eigendomsvoorbehoud en de overdraagbaarheid en verpandbaarheid van 'voorwaardelijke eigendom'*, MvV 2013/10

Zawar, R., *Gedanken zum bedingten oder befristeten Rechtserwerb im Erbrecht*, NJW 2007/33

Zeben, C.J. van, Pon, J.W. du, met medewerking van Olthof, M.M., *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Kluwer: Deventer 1981

Zonnenberg, L.H.M., *Vergoedingsvordering en zaaksvervanging*, EB 2013/60

Zwalve, W.J., *Simplex et perpetuum*, Beschouwingen over eigendom en tijd, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2006

Jurisprudentieregister

Verwezen wordt naar paragraafnummers.

Hoge Raad der Nederlanden

31-01-1936		NJ 1937/877	2.8.1
11-05-1984		NJ 1985/527 (Vier huizen)	5.2.1
16-01-2004		NJ 2004/487 (Boerenplaatsje)	1.2, 1.6.2, 5.3.1.2
05-10-2007		NJ 2008/296	2.7-2.7.1.3, 2.7.2, 2.8.1, 5.2.1
30-03-2012		NJ 2013/521	5.3.1.1
05-10-2012		NJ 2013/140	5.3.1.1
09-11-2012		NJ 2013/ 213	3.3.1.1
7-12-2012		NJ 2013/ 141	5.3.1.1
28-06-2013		NJ 2013/521	3.5.1
06-09-2013		NJ 2014/58	1.4.4
18-10-2013		ECLI:NL:HR:2013:983	4.2.1

Gerechtshoven

11-04-2001	Den Haag	ECLI:NL:RBSGR:2001:AT1647	1.5.6, 4.2.1
19-04-2001	Amsterdam		3.7
23-02-2005	Den Haag	ECLI:NL:GHSGR:2005:AS7307	4.2.1
24-07-2012	Arnhem	ECLI:NL:GHARN:2012:BX6105	3.2
26-02-2013	Arnhem- Leeuwarden	ECLI:NL:GHARL:2013:BZ2834	2.8
13-03-2014	Arnhem- Leeuwarden	ECLI:NL:GHARL:2014:2059	5.2.1
16-05-2014	Arnhem- Leeuwarden	ECLI:NL:GHARL:2014:4123	4.2.1

Rechtbanken

04-05-1994	Alkmaar	NJ 1995/281	3.7
02-11-2005	Den Haag	ECLI:NL:RBSGR:2005:AU9291	2.8.3
19-10-2010	Assen	ECLI:NL:RBASS:2010:BQ7094	3.3.2
08-06-2011	Den Haag	ECLI:NL:RBSGR:2011:BU8572	2.10.3
04-04-2012	Amsterdam	ECLI:NL:RBAMS:2012:BW4435	2.5.2.5
04-04-2012	Rotterdam	ECLI:NL:RBROT:2012:BW1442	1.2, 2.5.2.5
01-02-2013	Limburg	ECLI:NL:RBLIM:2013:BZ0690	3.3.2
01-11-2013	Midden- Nederland	ECLI:NL:RBMNE:2013:5433	3.3.2
13-12-2013	Gelderland	ECLI:NL:RBGEL:2013:5997	3.3.2
29-01-2014	Noord-Holland	ECLI:NL:RBNHO:2014:2026	3.7

Artikelenregister

Verwezen wordt naar paragraafnummers.

Boek 1 BW

1:2	1.4.1, 1.5.5
1:3	1.5.5
1:87	2.9.2
1:87 lid 1	2.7.2., 2.12,
1:88	5.2.1
1:94 lid 2	2.8.1, 5.3, 5.3.1.1
1:94 lid 3	5.3.1.1
1:94 lid 5	5.3.1.1
1:95	2.7.1.4, 2.7.2
1:95 lid 2	2.7.2
1:96 lid 2	5.2.4
1:96 lid 3	2.7.2
1:97 lid 1	5.3.1.1, 5.3.1.2,
1:99	5.3.2.1
1:99 lid 1	5.3.2.1
1:100	5.3.2.1
1:102	5.3.2.1, 5.3.2.4
1:198	1.5.5
1:199	1.5.5
1:207	1.4.1
1:253i lid 4	3.5.2
1:413	1.3.1
1:422	1.3.1
1:441 lid 1	4.2.1

Boek 2 BW

2:85	2.10.1
2:86a	2.11
2:88 lid 2	2.10.1
2:88 lid 3	2.10.1
2:118 lid 7	2.10.1
2:194	2.10.1
2:196a	2.11
2:197 lid 2	2.10.1
2:197 lid 3	2.10.1
2:228 lid 6	2.10.1
2:319	2.10.1
2:320	2.10.1
2:334o	2.10.1
2:334p	2.10.1

Boek 3 BW

3:8	2.7.1.1
3:16	3.7
3:17 lid 1	2.11, 3.7
3:24	2.7.1.2
3:38	1.2, 1.3.1
3:38 lid 2	1.4.1, 1.5.3, 5.2.6
3:40	6.3
3:58	2.7.1.4
3:77	1.4.4, 2.10.2
3:80	6.1
3:81 lid 1	1.4.1.3, 1.4.1.5
3:81 lid 2	1.4.1.3
3:83 lid 1	1.4.1.5
3:83 lid 3	1.4.1.2, 1.4.1.5
3:84 lid 1	1.4.1
3:84 lid 4	1.4.1, 2.3, 2.3.1, 2.4.2, 5.2.3, 6.2.1, 6.2.2, 6.4, 6.5
3:85	1.4.1, 1.4.1.3
3:89 e.v.	1.4.1.2
3:91	6.2.3
3:94 lid 1	3.7
3:95	6.2.3
3:96	1.4.1.2
3:98	1.4.1.2, 1.4.1.5
3:109	2.5.2.4
3:119	2.5.2.4
3:167	2.7
3:168	5.2.2, 5.4
3:170	5.3.1.1
3:174	5.2.2
3:177 lid 1	5.2.1
3:177 lid 2	5.2.1, 5.2.2
3:180	5.2.2
3:183	5.2.2
3:185	5.2.1, 5.2.2
3:186	5.2.1
3:192	1.4.4, 5.2.4
3:195	5.2.2

3:196 lid 1	1.6.3.2	3:214	2.4.3, 2.5.2.4
3:201	2.4.2, 2.4.3, 2.5.2.5	3:214 lid 1	2.4.2, 2.5.2.4
3:202	2.4.3, 2.5.3	3:215	2.4.3, 2.5, 2.5.1
3:203	2.4.3, 2.5.3	3:215 lid 1	2.5.2.4, 5.3.2.2
3:203 lid 2	5.3.2.1	3:215 lid 2	4.2.1
3:205	2.4.3, 2.5.2.4	3:215 lid 3	2.5.4, 5.3.1.2
3:205 lid 1	2.4.2, 3.3.1.3, 4.2.1	3:216	2.4.2, 2.4.3, 2.5.2.5,
3:205 lid 2	2.4.2, 3.3.1.3	3:217	2.4.3, 2.5.1, 2.5.2.3, 2.7.1.2
3:205 lid 3	2.4.3, 2.5.3, 6.3	3:217 lid 1	2.4.2
3:205 lid 4	1.5.3, 2.4.2, 2.5.2.4, 2.8.1, 3.5.3, 4.2.1	3:217 lid 2	2.4.2, 2.5.1, 2.7.1.2
3:205 lid 6	2.4.2, 2.5.2.4	3:217 lid 3	2.5.1, 2.7.1.2
3:206	2.4.3, 2.5.2.4	3:217 lid 4	2.5.1, 2.7.1.2
3:206 lid 1	2.4.2, 4.2.1	3:218	2.2.1, 2.2.2, 2.4.3, 2.5.3
3:206 lid 2	2.4.2, 2.5.2.4, 4.2.1	3:219	2.2.1, 2.4.3, 2.5.3, 2.10.1
3:207 lid 1	2.4.3, 2.5.2.3	3:220	2.5.2.4
3:207 lid 2	2.4.3, 2.5.2.3, 2.5.3	3:220 lid 1	1.4.4, 2.4.3, 2.10.2
3:207 lid 3	2.4.3, 2.5.2.4, 2.8	3:220 lid 2	2.4.3, 2.5.3
3:208	2.4.2, 2.5.1	3:221	2.4.3, 2.5.2.4, 4.3.1
3:208 lid 1	2.4.2, 2.4.3, 2.5.2.4, 2.5.1	3:221 lid 3	4.3.3
3:208 lid 2	2.4.2, 2.4.3, 2.5.2.3	3:222	3.5.3
3:209	2.4.3, 2.5.2.4	3:222 lid 1	2.4.3, 2.5.2.4, 2.10.2, 2.10.3, 3.3.2
3:210	2.2.1, 2.4.3, 2.5.3,	3:222 lid 2	2.4.3, 2.5.3
3:210 lid 2	2.5.1	3:223	2.2.2, 2.4.2, 2.4.3, 2.5.2.2, 5.3.1.2, 5.3.2.1
3:211	2.4.3, 2.5.2.4	3:224	2.4.2, 2.4.3, 2.5.2.2,
3:212	2.3, 2.3.2, 2.4.3, 2.5.3, 5.2.1	3:225	2.4.3, 2.5.2.4
3:212 lid 1	2.3.2	3:226	2.4.3, 2.5.3
3:212 lid 2	2.5.1, 2.7.1.2	3:235	1.4.1.3
3:212 lid 3	2.3.1, 2.3.2	3:296	2.10.3
3:213	2.4, 2.4.3, 2.5, 2.5.2.1, 2.7, 2.7.1.4, 4.3.3, 5.2.3, 6.2.1.1	Boek 4 BW	
3:213 lid 1	2.3, 2.7.2, 2.10.1, 4.3.3, 5.2.1, 5.3.2.2	4:2 lid 1	1.5.1
		4:4	1.2
		4:6	1.2, 3.4, 5.2.6

4:7	1.2, 1.3.2	4:56 lid 3	1.2, 1.4.1, 1.5.4,
4:7 lid 1	1.4.4, 3.4, 3.3.3, 3.5.2, 5.2.1		1.5.5, 1.5.6, 2.5.1, 2.5.3, 4.2.1, 6.2.1.2
4:7 lid 2	6.3	4:56 lid 4	1.2, 1.4.1, 1.5.4, 1.5.5, 1.5.6, 1.6.3.1, 1.6.3.2, 2.5.3, 4.2.1, 6.2.1.2
4:10 lid 2	1.5.2		
4:11	2.5.3	4:63	1.2
4:12	1.5.2, 1.2	4:66	1.2
4:12 lid 1	1.5.2, 1.5.4,	4:67	1.2
4:13	3.2, 5.2.6	4:70	1.2
4:13 lid 1	5.2.6	4:71	3.4
4:13 lid 2	5.2.6	4:72	1.2, 3.4
4:13 lid 3	1.2, 3.7, 5.2.6	4:73	1.2
4:13 lid 4	1.2, 5.2.6	4:74	1.2
4:14 lid 2	5.2.4	4:75	1.2
4:14 lid 3	5.2.4	4:80 lid 1	3.4
4:15 lid 2	1.6.3.2	4:81	1.2
4:16	1.2, 3.3.1.3,	4:85	1.2
4:16 lid 2	5.2.6	4:87 lid 2	3.4
4:18	1.2, 5.2.6	4:89	1.2
4:19	2.5.2.4, 5.2.6	4:90	1.2
4:21	2.5.2.4	4:95	1.2
4:23 lid 1	2.5.2.4	4:117	6.1, 6.2.2.1, 6.4
4:28	1.2	4:117 lid 1	1.6.2.3, 6.2.1
4:29	1.2, 5.2.6	4:117 lid 2	1.6.2.3
4:29 lid 3	6.1	4:118 lid 1	3.3.3
4:30	1.2, 5.2.6	4:120 lid 2	2.9.3
4:30 lid 3	6.1	4:121	2.9.3, 6.6
4:31	1.2	4:123	1.2
4:31 lid 2	5.2.6	4:125	1.2
4:32	1.2	4:125 lid 1	6.2.3
4:37	1.2	4:126	1.2
4:38	1.2	4:130	6.4
4:42	1.2	4:130 lid 1	6.1
4:47	1.2	4:130 lid 2	4.2.1
4:48	2.5.3	4:131	1.5.2
4:49	1.2	4:134	1.2
4:50	1.2	4:136	1.4.1, 5.3.2.1
4:50 lid 1	6.2.3	4:137	2.5.4, 5.2.3, 6.2.2.1
4:56	1.2, 6.2.2.1, 6.4		
4:56 lid 1	1.2, 1.5.5, 1.5.6, 2.5.3		
4:56 lid 2	1.2, 1.4.1, 1.5.4, 1.5.5, 1.5.6, 2.5.1, 2.5.3, 4.2.1, 6.2.1.2		

4:138	1.2, 1.5.4, 2.2.1, 2.2.2, 2.3, 2.3.1, 2.5.1, 2.7.1.2, 6.5	4:142 lid 2	3.5.3
4:138 lid 1	1.3.2, 1.4.1.2, 1.5.4, 2.1, 2.2, 2.2.1, 2.2.2, 2.3, 2.3.1, 2.4.3, 2.5.2.4, 2.5.3, 2.6, 2.7.1.2, 2.10.1, 2.10.2, 2.10.4, 2.12, 3.2, 3.5.3, 4.3.3, 5.2.1, 6.1, 6.3, 6.4	4:142 lid 3	3.5.3
4:138 lid 2	1.3.1, 1.5.1, 1.5.4, 2.1, 2.2.1, 2.2.2, 2.3, 2.3.1, 2.4.1, 2.4.2, 2.4.3, 2.5.2.4, 2.5.2.5, 2.6, 2.7, 2.7.1.2, 2.7.2, 2.8, 2.10, 2.10.1, 2.12, 3.3.1.3, 3.3.2, 3.5.3, 4.2.1, 4.3.3, 5.2.1, 5.3.1.1, 5.3.1.2, 5.3.2.1, 5.3.2.2, 6.1, 6.3, 6.4, 6.6, 6.7	4:143	1.2
4:138 lid 3	1.3.1, 1.5.2, 2.7	4:143 lid 1	3.5.2
4:140	1.2, 1.3.1, 1.6, 1.6.2.3, 1.6.3.3, 2.5.3, 6.2.2.1	4:144	4.2.1
4:140 lid 1	1.6.1, 1.6.2, 1.6.2.1, 1.6.2.2, 1.6.2.3, 1.6.3.3, 1.7, 6.2.2.1, 6.4	4:144 lid 2	3.5.3
4:140 lid 2	6.2.2.1	4:146 lid 2	3.5.3
4:141	1.2, 1.6, 1.6.1, 1.6.2.1, 1.6.2.3, 1.6.3.1, 1.6.3.3, 2.5.3, 2.7, 3.5.1, 4.3.1, 6.2.1, 6.2.2.1, 6.4	4:147	3.5.3
4:142 lid 1	3.5.2	4:149	3.5.3
		4:149 lid 1	3.5.1, 3.5.3
		4:149 lid 2	3.5.3
		4:149 lid 3	1.6.3.2
		4:150	1.2
		4:150 lid 1	3.5.1
		4:150 lid 2	3.5.2
		4:153	1.2
		4:153 lid 1	4.2.1
		4:153 lid 2	3.5.2, 4.2.2, 4.4
		4:154	4.3.3, 4.4
		4:155 lid 3	4.1, 4.2.1, 4.3.1, 4.4
		4:155 lid 4	4.4, 4.5
		4:156	4.2.2, 4.3.1, 4.4, 4.6
		4:159 lid 1	3.5.3
		4:159 lid 3	4.3.3, 4.4
		4:160 lid 1	4.2.1
		4:161	4.3.3, 4.4
		4:161 lid 2	4.3.1
		4:164 lid 1	4.3.3, 4.4
		4:165 lid 2	4.3.3, 4.4
		4:166	4.2.1, 4.3.3
		4:167	4.3.1, 4.3.3
		4:167 lid 1	3.5.3, 4.2.1, 4.2.2, 4.3.3, 4.4
		4:167 lid 2	4.3.1, 4.3.3, 4.4, 4.6
		4:167 lid 3	4.3.1, 4.3.3, 4.4, 4.6
		4:168	4.2.1
		4:169	4.3.3
		4:169 lid 1	3.5.3, 4.2.2, 4.3.1, 4.3.3, 4.4
		4:169 lid 2	2.5.2.4, 3.5.3, 4.3.1, 4.3.3, 4.4

4:169 lid 3	2.5.2.4, 4.2.2, 4.3.1, 4.3.3	4:192 lid 2	3.2, 3.3.1, 3.3.1.1, 3.3.1.3
4:170	2.5.2.4, 4.3.3, 4.4	4:192 lid 3	3.2, 3.3.1, 3.3.1.3
4:171	4.2.1, 4.3.3, 4.4	4:192 lid 4	3.2, 3.3.1
4:171 lid 1	4.2.1, 4.3.3	4:193	3.2, 3.3.1, 3.3.1.3
4:173	4.3.3, 4.4	4:193 lid 1	3.3.1.3, 4.2.2
4:175 lid 1	4.3.3	4:193 lid 2	3.3.1.3
4:175 lid 3	4.3.3, 4.4, 4.6	4:194	3.3.2
4:176	4.3.3, 4.4	4:194a	3.3.2
4:178	1.2, 4.2.1, 4.2.2, 4.4	(wetsvoorstel)	
4:178 lid 2	4.2.1, 4.2.2, 4.4	4:195	3.2, 3.6, 3.7, 3.8
4:179	1.2	4:195 lid 1	3.2
4:179 lid 1	4.3.1, 4.3.2, 4.3.3, 4.4	4:201	6.6
4:179 lid 2	4.3.1, 4.4	4:202	3.2
4:180	1.2	4:202 lid 1	1.6.3.2
4:181	4.3.1, 4.3.2, 4.4	4:202 lid 3	3.2
4:182	1.2, 1.4.1, 1.6.3.1, 6.1	4:203 lid 1	3.2
4:182 lid 1	1.3.1, 1.4.3, 1.6.3.1, 3.3.1.3	4:205	3.3.3, 3.8
4:182 lid 2	1.3.1, 1.4.4, 1.6.3.1, 2.5.2.4, 3.3.1.3	4:213	1.2, 3.3.2
4:183	1.2, 1.4.1.2, 3.3.1.3	4:215	3.5.3
4:184	3.3.1.3	4:219	3.3.3
4:184 lid 1	1.4.4	4:221 lid 1	3.6.1
4:184 lid 2	1.4.4, 2.5.2.4, 3.2, 3.3.2	4:222	3.2, 5.2.2
4:184 lid 4	1.4.4	4:224	1.4.4, 5.2.4
4:185	1.2, 3.3.1.3	4:229	5.2.5
4:185 lid 1	1.6.3.3, 3.3.2, 3.8	4:232	5.2.5
4:186	1.2	4:233	1.2, 5.2.5
4:188	3.7		
4:189	1.2	Boek 5 BW	
4:190 lid 1	3.1, 3.3.1	5:1 lid 2	2.3
4:190 lid 2	1.2	5:1 lid 3	2.10.2
4:190 lid 3	3.3.2	5:17	2.10.2
4:190 lid 4	1.2, 1.3.2, 1.4.1, 2.5.2.4, 3.3.3	5:70 lid 2	2.10.2
4:191 lid 1	3.2, 3.3	5:73 lid 3	2.10.2
4:192 lid 1	3.2, 3.3.1, 3.3.1.1	5:82	2.10.2
		5:82 lid 1	2.10.2
		5:84 lid 2	2.10.2
		5:84 lid 3	2.10.2
		5:123 lid 1	2.10.2
		5:123 lid 3	2.10.2
		Boek 6 BW	
		6:1	2.8.1
		6:2	2.10.3, 3.3.2
		6:21	1.4.2

6:22 1.4.2
 6:34 3.7
 6:45 2.7.2
 6:51 lid 2 3.7
 6:155 5.2.6
 6:156 1.4.2
 6:161 lid 2 3.4, 2.8.2
 6:162 2.10.3
 6:212 2.7.2, 2.8
 6:248 3.3.2
 6:251 2.10.3
 6:253 lid 4 6.6
 6:258 3.3.2

Boek 7 BW

7:53 1.4.1.3
 7:175 lid 1 6.1
 7:175 lid 2 6.6
 7:180 6.2
 7:186 lid 2 6.1
 7:215 2.10.4
 7:348 2.10.4
 7:900 2.7.1.4
 7:967 lid 4 2.10.4

BW oud

894 3.7
 928 1.6.2
 1022 1.5.2, 3.3.3
 1024 1.4.1
 1036 1.6.2, 2.5.4
 1038 1.4.1, 2.7.1.1
 1038 lid 2 2.8.1
 1066 4.2.1
 1094 3.3.1
 1095 3.3.1, 3.3.1.3,
 1:102 1.4.4, 5.3.2.1
 1:124 lid 2 2.7, 2.7.2

Overgangswet

NBW

132 2.5.4

Kadasterwet

27 lid 1 3.7

30 3.7
 48 lid 1 2.11

**Wet op het centraal
 testamentenregister**

1 lid 1 3.7

BGB

2102 Abs. 1 1.5.6
 2109 2.5.3
 2113 Abs. 1 1.6.2.1
 2113 e.v. 1.6.2.1, 2.7.2
 2114 1.6.2.1
 2116-2119 1.6.2.1
 2121 2.5.2.4
 2121 Abs. 4 2.5.2.4
 2123 1.6.2.1
 2127-2131 1.6.2.1
 2133 1.6.2.1
 2134 1.6.2.1
 2136 1.6.2.1, 2.5.2.4
 2138 Abs. 2 2.7.2
 2140 3.7
 2142 Abs 1 3.3.3
 2143 2.8.3
 2307 3.4
 2313 3.4

Trefwoordenregister

Verwezen wordt naar paragraafnummers. Bij de trefwoorden wordt niet verwezen naar de inleidingen en conclusies van de hoofdstukken.

A

Aansprakelijkheid (zie ook ontslag uit -)	1.4.4, 1.6.3.2, 3.3.1.3, 5.2.1, 5.2.3, 5.3.2.1, 5.3.2.4
Aanvaarding	1.2, 2.6, 3.3.1, 3.7
Beneficiaire -	1.6.3, 3.2, 3.3, 3.3.1, 3.3.2, 3.7, 6.6
- door de bezwaarde	2.5.2, 3.2, 5.2.4
- door de executeur	3.5.2
- door de verwachter	1.4.1, 3.3, 3.3.1, 3.3.2, 3.7, 5.2.3, 6.6
Stilzwijgende -	3.3.1
Terugwerkende kracht van de -	1.4.1
Zuivere -	3.3, 3.3.1, 3.3.2, 5.2.4,
Aanwas	2.5.3, 3.3.3, 3.4, 5.2.3
Afgescheiden vermogen	2.7.2, 3.5.1, 5.2.4
Afstand	1.2, 1.4.1.2, 1.5.3, 2.2.1, 2.3.2, 2.5.2.2, 2.8.2, 2.10.2, 3.4, 3.7, 5.2.3
Algemeenheid van goederen	1.4.1.5, 1.4.4, 2.4.1, 2.5.2.4
Anwartschaftsrecht	1.4.1.3

B

Beperkt recht	1.4.1.1, 1.4.1.2, 1.4.1.3, 2.3.2, 2.7.1.1, 2.7.1.4, 2.8.3, 2.11, 3.5.3, 5.2.1, 6.2.1, 6.2.3, 6.6
Bewind	
Beschermings-	4.2, 4.3.1, 4.3.2, 4.3.3
Conflict-	4.3, 4.5
Einde van het -	4.2.1, 4.2.2, 4.3.1, 4.3.2, 4.3.3
- in gemeenschappelijk belang	3.5.3, 4.5
- over schulden	4.2.1
Boedelbeschrijving	1.5.1, 1.5.5, 2.4.2, 2.5.2.4, 3.3.1.3, 3.7, 3.5.3, 4.2.1
Boerenplaatsje	1.2, 1.6, 1.6.2, 1.6.2.1, 1.6.2.2, 1.6.2.3, 5.3.1.2

C

Centraal testamentenregister	3.7
------------------------------	-----

Consumptieve schulden

2.8.2, 2.8.3

D

Derdenbescherming

2.7.1, 3.7

Draagplicht

5.2.3, 5.3.2.4

Dwingend

6.4

- (e) recht(elijk(e))

1.6, 1.6.1, 2.4.2, 2.5.2.4

- e bepaling

1.6.2, 2.4.2

E

Erfstelling

Fideicommissaire -

1.2, 1.4.1, 1.4.1.5, 1.6, 2.3.1, 2.4.1, 2.4.2, 2.4.3, 2.5.3, 2.7, 2.8.1, 2.8.2, 2.9, 2.10.3, 2.10.4, 3.4, 4.3.1, 5.3, 5.3.2.1, 6.2.1.2, 6.2.2.1, 6.3

Voorwaardelijke -

1.2, 1.4.1.5, 1.6.2.1, 2.3, 2.3.1, 3.3.1.3

Executele

1.2, 1.4.4, 3.5, 3.5.1, 3.5.2, 3.5.3, 3.6, 3.6.1, 3.6.2, 3.7, 4.2.1

Executeur

1.4.4, 1.6.3, 3.5, 3.5.1, 3.5.2, 3.5.3, 3.6.2, 3.7, 4.2.1

Executie

- koper

1.4.4, 2.2.2

- verkoop

2.2.2

F

Faillissement, failliet

1.2, 2.2.2, 2.4.1, 3.6.1, 3.7, 6.2.1.2

G

Gedifferentieerd toebehoren

1.4.1.1, 1.4.1.2, 1.4.1.3, 2.3.2, 2.7.1.1

Geldsom

6.2.1.2, 6.2.3

Gift, fideicommissaire -

2.4.2, 6.2, 6.4, 6.6

Goederen, - van de/der nalatenschap

1.4.1.1, 1.4.1.2, 1.4.1.4, 1.4.1.5, 1.4.3, 1.4.4, 1.6.3.2, 1.6.3.3, 2.2.1, 2.2.2 2.3, 2.3.1, 2.4.1, 2.4.2, 2.5.2.4, 2.10.3, 2.11, 3.2, 3.3.1.1, 3.3.1.3, 3.3.2, 3.5.1, 3.5.2, 3.6.1, 5.2.1, 5.2.6, 6.3

Goederenrechtelijke werking

1.2, 1.4.1, 1.4.1.1, 1.4.1.3, 1.4.1.4, 2.2.2, 2.4.2, 2.10.2

I

- Inbreng 5.2.5
- Informatieplicht, - van de notaris 1.5.3, 3.7

K

- Kadastrale registratie 2.7.1, 2.11

L

- Last 1.4, 1.5.2, 1.5.4, 3.7, 6.4, 6.6
 - Fideicommissaire - 6.2, 6.4
- Legaat 1.6.2.3, 2.8.1, 2.8.2, 2.9.2, 2.9.3, 3.3.3, 4.3.1
 - Correctie- 1.6.2.3, 2.9.2, 2.9.3
 - Fideicommissair(e) (sub)- 1.4.1, 2.3.1, 2.4.1, 2.4.2, 4.3.1, 6.2, 6.2.1, 6.2.1.1, 6.2.1.2, 6.2.2, 6.2.2.1, 6.2.3, 6.3, 6.4, 6.5, 6.6
- Legitieme portie 2.9.3, 3.4
- Leveren 1.4.1.2, 1.4.1.5, 1.6.2.3, 2.2.2, 2.7.1.4, 2.7.2, 2.9.3, 5.3.2.1, 6.2.1, 6.2.1.1, 6.2.1.2, 6.3, 6.4, 6.6
- Levering 1.4.1, 2.3.2, 2.4.2, 2.5.3, 2.7.1, 2.7.1.1, 2.7.1.3., 2.8.1, 3.7, 5.2.1, 6.2.1, 6.2.1.1, 6.2.2, 6.2.2.1, 6.2.3, 6.4, 6.6

M

- Minderjarige 3.3.1, 3.5.2, 4.2.1

N

- Natuurlijk persoon 2.5.3
- Negatieve nalatenschap 1.6.3, 3.2, 3.3.2
- Nemo plus-regel 2.3.1
 - Omgekeerde - 1.4.1.3
- Notaris 1.5.3, 1.5.5, 2.7.1.4, 3.7
 - Informatieplicht van de - 1.5.3, 3.7

O

- Obligatoir
 - afwijken 2.4.2
 - overeengekomen voorwaarde 1.4.1
 - recht 1.4.1, 3.7, 6.2.1.2, 6.2.2

- vorderingsrecht	6.2.1
-e aanspraak	6.2.1.1, 6.5
-e bevoegdheden	1.5.1, 6.3
-e correctie	2.7.2
-e verplichting	6.2.2, 6.3
-e werking	2.4.2
Verdeling is een -e handeling	5.2.1
Omslagstelsel	2.4.2, 2.5.1, 2.9, 2.9.1, 2.9.2, 2.9.3
Onderbedelingsvordering	2.5.2.5, 4.3.3, 5.3.2.1, 5.3.2.2, 5.3.2.1, 5.3.2.2
Ontslag	
- uit aansprakelijkheid	1.4.2, 5.2.1, 5.2.3
- van de bewindvoerder	4.2.1
- van de executeur	3.5.3
Overbedeling	2.10.3
-sdimensie	2.4.1, 2.4.2
-sschuld	5.2.1, 5.3.2.1, 5.3.2.2, 5.3.4.1
Overgang	
Meerdere -en	1.2, 1.5, 1.5.6, 3.5.2
- onder ontbindende voorwaarde	1.4.1
- onder tijdsbepaling	1.4.1
- op de bezwaarde	1.2, 1.3, 3.3.2, 3.5.2
- op de verwachter	1.2, 1.3.2, 1.4, 1.4.1, 1.4.4, 1.6.3.3, 2.10.2, 3.3.2, 3.5.2, 3.5.3, 3.7, 6.2.3
Overgangsrecht	2.5.4
Overleven, overleeft	1.3.1, 1.5.2, 1.5.3, 1.5.5, 1.6, 1.6.1, 1.6.2.1, 1.6.2.3, 1.6.3.3, 2.4.1, 2.5.2.2, 2.5.3, 2.5.4, 3.4, 4.2.1, 4.3.1, 4.3.2, 5.2.3, 5.3, 6.2.1, 6.2.2.1, 6.2.3
Overschot	1.6, 1.6.2, 1.6.2.3, 1.6.3, 1.6.3.1, 1.6.3.2, 1.6.3.3, 1.6.3.4, 3.3.2, 3.3.3, 3.6.1
P	
Plaatsvervulling(sregeling)	1.2, 1.5, 1.5.1, 1.5.2, 1.5.4, 1.5.6, 1.6.1, 2.5.3, 3.3.3, 3.7, 5.2.3, 6.2.1.2
Omgekeerde -	1.5.5

R

- Rechtspersoon 2.5.3
Redelijkheid en billijkheid 2.5.2.4, 2.5.3, 2.10.3, 3.4, 5.3.1.1

S

- Schenken 1.6.2, 2.5.1, 2.5.4, 5.3.1.2
Schulden, - van de/der nalatenschap 1.3.2, 1.4, 1.4.2, 1.4.4, 1.6.3.2, 2.2.2, 2.3.2, 2.4.1, 2.4.2, 2.5.2.4, 2.8.2, 3.2, 3.3.1.3, 3.3.2, 3.5.2, 3.5.3, 5.2.4, 5.2.6, 5.3.2.4, 6.2.1.2
Schuldenaar(schap)
 Onvoorwaardelijk(e) - 1.3.2, 1.4.2
 Voorwaardelijk(e) - 1.4.2, 1.4.4, 2.2.2
Stemrecht 2.2.1, 2.5.3, 2.10.1, 2.10.2
Subjectief recht, subjectieve rechten 1.4.1.4, 1.5.1, 1.5.2, 1.5.5, 1.5.6, 2.2, 2.2.2, 2.4.1, 3.3.1
Substitutie (zie ook zaaksvervangings)
 Fideicommissaire - 1.5.2, 1.5.6, 3.2
 Vulgaire - 1.5.2, 1.5.6, 3.2

T

- Terugwerkende kracht 1.4.1, 1.5.3, 1.6.2.1, 2.7.1.4, 3.2, 3.3.3, 5.2.6
Tijdelijke eigendom 6.2.1.2

U

- Uitsluitingsclausule 5.2.1, 5.3, 5.3.1.1, 5.3.4.1, 6.4, 2.8.1

V

- Verdeling 3.3.3,
 Informeel - 2.8.1
 - van een gemeenschap 4.3.3
 - van een huwelijksgemeenschap 5.3, 5.3.2.3
 - van een nalatenschap 5.2.1, 5.2.2, 5.2.3, 5.2.4, 5.2.5, 5.2.6, 5.3
 Wettelijke - 1.2, 1.4.4, 2.4.2, 3.2, 3.3.1.3
Vereffening 1.2, 1.6.3, 2.5.2, 3.2, 3.3.2, 3.3.3, 3.5.1, 3.5.2, 3.5.3, 3.6, 3.6.1, 3.6.2, 3.7, 5.2.2, 5.2.4
Verhaals aansprakelijkheid 1.4.4, 2.5.2.4

Verklaring van erfrecht	1.5.3, 3.7
Verknocht	5.3.1.1
Vertering	1.4.3, 1.6.2.2, 2.5.1, 2.5.2.2, 2.5.4, 2.7.2, 2.8, 2.8.1, 2.8.2, 2.8.3, 2.9, 2.9.1, 2.9.2, 4.2.1, 4.3.1, 5.2.1, 5.3.1.2, 5.3.2.2
Verteringsbevoegdheid	1.4.1.2, 1.6.3, 2.2.2, 2.4, 2.4.1, 2.5, 2.5.1, 2.5.2, 2.5.4, 2.8, 2.9.1, 3.4, 4.3.3, 5.3.1.2, 5.3.3
Vervreemding	1.5.1, 1.5.3, 1.5.4, 1.5.5, 1.6.2.2, 2.2.2, 2.3, 2.3.1, 2.3.2, 2.4.3, 2.5.1, 2.5.2.2, 2.5.3, 2.5.4, 2.5, 2.8, 2.8.1, 2.8.3, 3.3.1.2, 3.3.3, 3.5.3, 4.2.1, 4.2.2, 4.3.1, 4.3.3, 5.2.1, 5.3.1.2, 5.3.2.2, 5.3.3, 6.2.1.1, 6.5
-shandeling	5.2.1
Verwachter	
Primaire -	1.5, 1.5.1, 1.5.2, 1.5.3, 1.5.5, 2.3.2, 2.11, 3.3.3, 3.4, 3.7, 5.2.3, 6.2.1.2
Subsidiaire -	1.5, 1.5.1, 1.5.2, 1.5.3, 1.5.5, 1.5.6, 2.3.2, 2.11, 3.3.3, 3.4, 3.7, 5.2.3, 6.2.2.1
Verwachting	1.4.1.1, 1.4.1.3, 1.4.1.4, 1.5.1, 1.5.2, 1.5.3, 5.3.4.1, 6.2.1.2
Voorwaarde	
Aansluitende -	1.2, 1.3.1., 1.4, 1.6, 2.7, 6.2, 6.2.1, 6.2.2, 6.2.2.1
Fideicommissaire -	1.5.6, 1.6, 1.6.2.3, 1.6.3.3, 2.2.2, 2.5.2.3, 2.5.2.4, 2.5.2.5, 2.8.1, 2.9.3, 3.5, 3.6.2, 4.2.1, 4.5, 5.2.1, 5.2.4, 5.2.6, 5.3.1.1, 5.3.1.2, 5.3.2.2
-lijke erfstelling (zie Erfstelling)	
Ontbindende en opschortende -	1.2, 2.11
Rechtshandeling onder -	1.2
Schuldenaar onder ontbindende -	1.3.2
W	
Waardering	2.9.3, 3.4, 5.2.5, 5.3, 5.3.2

Z

Zaaksvervanging	1.2, 1.4, 1.4.1.2, 1.4.3, 1.5.1, 2.3, 2.4, 2.4.2, 2.5, 2.7, 2.7.1, 2.7.1.1, 2.7.1.2, 2.7.1.3, 2.7.1.4, 2.7.2, 2.8.1, 2.10.1, 4.3.3, 5.2.1, 5.3.2.2, 6.2.1.1, 6.4
-sregeling	2.4.3, 2.7, 6.3
- bij registergoederen	2.7.1, 2.7.1.2, 2.7.1.3, 2.7.1.4
Economische -	2.7.2
- en bewind	4.3.3

Curriculum Vitae

Ronald Brinkman is geboren en getogen in Zwolle. Hij zag het levenslicht op 19 mei 1976 en is bij het afronden van dit proefschrift 38 jaar.

Hij doorliep het gymnasium in Zwolle (Greydanus Scholengemeenschap). Vervolgens studeerde hij in Groningen aan de Rijksuniversiteit Groningen en behaalde daar in 1998 zijn meesterstitel (notarieel recht).

Hij begon zijn loopbaan in 1999 als kandidaat-notaris bij Klein & Trip in Zwolle. In 2002 stapte hij over naar Vechtstede Notarissen in Hardenberg, waar hij sinds 2007 notaris is.

Vanaf 2005 publiceert Ronald Brinkman met enige regelmaat in notariële vakbladen. Ook geeft hij juridische en fiscale cursussen op notarieel gebied. Tevens doceert hij het erf- en relatievermogensrecht aan schuldsaneringsbewindvoerders.

In oktober 2010 begon hij als buitenpromovendus aan de Rijksuniversiteit Groningen. Daaruit is het proefschrift voortgekomen dat zich thans in uw handen bevindt.