



ANNOTATIE

Annotatie bij Gerechtshof Arnhem- Leeuwarden 22 september 2015 ECLI:NL:GHARL:2015:7099

prof. mr. dr. F.W.J.M. Schols

*Annotatie bij Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 22-09-2015,
ECLI:NL:GHARL:2015:7099 (ERF-2015-0323)*

Hoewel deze zaak 'slechts' een uitlegzaak betreft (art. 4:46 BW) met betrekking tot de 'tenzij' in artikel 4:49 lid 1 BW, is deze toch aardig omdat 'het niet tot de nalatenschap behoren' in het onderhavige geval te wijten was aan het feit dat er goederen (in casu een halve woning) verkregen waren onder een ontbindende voorwaarde. Het betrof, gelet op de tekst van het onderhavige testament, geen 'gewone' verkrijging onder voorwaarde, maar een verkrijging onder voorwaarde in de zin van artikel 4:141 BW. Hierbij is sprake is van (1) een benoeming onder ontbindende voorwaarde, (2) een aansluitende benoeming onder opschortende voorwaarde en (3) een overlevingselement. Dit maakt in die zin de voorwaarde bijzonder dat bij een dergelijke voorwaardelijke verkrijging de 30-jaarsregel van artikel 4:140 BW niet geldt en er uitzonderingen bestaan op de bestaans eis van artikel 4:56 lid 1 BW (art. 4:56 lid 2-4 BW).

Hoewel ik mij zeker in de uitspraak van het hof kan vinden, valt het mij op dat het hof hier en daar nog de term 'fidei-commis de residuo' laat vallen. Het fidei-commis kennen wij niet meer in het huidige Boek 4 BW. Nu is dat vanzelfsprekend geen ramp, het beestje moet immers een naam hebben, maar ik maak me zorgen dat het gebruik van de oude terminologie met zich brengt dat oude fidei-commissaire denkbeelden (en daarmee beperkingen) ten onrechte vat krijgen op het denken over voorwaardelijke erfstellingen en legaten. Het is in ditzelfde opzicht ook jammer dat de wetgever nog de term 'bezwaarde' en 'verwachter' bezigt in artikel 4:141 BW.



Het fidei-commis bestaat niet, zo moet helder zijn, net als overigens de tweetrapsmaking. Ook deze bestaat niet. Het betreft slechts erfstellingen en legaten waaraan voorwaarden kunnen worden verbonden door de testateur (art. 3:38 BW). Denken in termen van voorwaarden werkt mijns inziens bevrijdend.

Maar dit terzijde. De onderhavige uitspraak brengt voor de practicus een pijnpunt in beeld waar hij aandacht aan dient te besteden indien voorwaardelijke makingen worden ingezet om aan de wensen van erflater tegemoet te komen. Vergeet de 'eerstgeroepene' niet al te gemakkelijk dat hij slechts verkregen heeft onder ontbindende voorwaarde? De verkrijgers onder opschortende voorwaarde, die recht hebben op informatie van de notaris bij de afgifte van de verklaring van erfrecht aan de verkrijger onder ontbindende voorwaarde (zie R.L. Albers-Dingemans, *WPNR* 6585/2005), zullen de eerstgeroepene wel alert houden, zo zou de gedachte kunnen zijn. Maar soms is er zwaarder geschut nodig en mijns inziens dient bij (niet louter fiscale) constructies met voorwaardelijke makingen vaker gegrepen te worden naar de conflictbewindvoerder die de spelregels tussen de voorwaardelijk gerechtigden in de gaten houdt. Zie artikel 4:153 BW e.v. en F. Schols, *Testamentair bewind naar nieuw erfrecht, theoretische en praktische varia*, Preadvies KNB 2004, p. 55 e.v. Zie ook A.G. Lubbers, *WPNR* 5160/1972 en A.G. Lubbers, *Bewind in het NBW*, studiepockets privaatrecht nr. 29, Zwolle: Tjeenk Willink 1983, p. 119.

Dit kan vanzelfsprekend niet voorkomen dat de testateur meer legateert dan hij heeft, maar de conflictbewindvoerder houdt de zaak wel scherp en overzichtelijk.

De erflater had overigens met HR 16 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8282 ('Boerenplaatsje') de eerstgeroepene de mogelijkheid kunnen geven wel over de verkregen goederen te beschikken krachtens erfrecht, zonder dat artikel 4:49 BW-perikelen aan de orde zouden zijn.

Over artikel 4:49 BW overigens uitvoerig Asser-Perrick 4 2013/183 e.v. en F. Schols, *Handboek Erfrecht*, 2011 nr. VII. 2.16 en onlangs nog G.G.B. Boelens, *Het legaat, de wisselwerking tussen civiel en fiscaal recht* (diss. Leiden), 2015, p. 144-160.